

مفهوم المحكم

في التحكيم التجاري الدولي

د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوفى

أستاذ مساعد قانون المرافعات - جامعة شقراء بالسعودية

محام بالنقض ومحكم دولى

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ سورة النساء: آية ٣٥.

ويقول تعالى: ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ سورة النساء: آية ١١٤.

ويقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا... إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ سورة الحجرات: آية ٩ - ١٠.

ويقول عز وجل: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ سورة النساء: آية ٦٥.

ويقول تعالى: ﴿ ... لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ... ﴾ سورة النساء: آية ١٢٨.

ويقول تبارك وتعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ سورة النساء: آية ٥٨.

((إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر)).
العماد الأصفهاني، معجم الأدباء، مقدمة.

مقدمة

١ - فكرة أزمة العدالة القضائية: لم تعد القوة كما كانت في المجتمعات القديمة، وسيلة اقتضاء الحقوق والدفاع عنها، بعد أن أخذت الدولة الحديثة على عاتقها، واجب إقامة العدل على إقليمها، عن طريق السلطة القضائية صاحبة الولاية العامة، في تولي الوظيفة القضائية داخل الدولة كمرفق عام. وذلك بهدف حماية الحقوق والمراكز القانونية التي يقررها القانون للأشخاص، والدفاع عنها ضد ما يواجهها من عوارض قانونية. فقد حل نظام القضاء العام في الدولة محل القضاء الخاص، وأصبح ضمان إقامة العدل، وفعال القانون إحدوي وظائف الدولة الحديثة، تباشرها لضمان حماية النظام القانوني، عن طريق المحاكم والبيئات القضائية، لتحقيق الحماية القضائية بصورها المختلفة للحقوق والمراكز القانونية. ولذا منحت الدولة للأفراد حق الإلتجاء إلي القضاء كحق دستوري، دون تمييز بينهم بسبب اللون أو الجنس أو العقيدة أو الجنسية، في حدود ضمانات وضوابط قانونية لممارسة حق التقاضي^(١).

ويستهدف القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات، التي تثور بين الأشخاص داخل الدولة الحديثة من خلال ممارسة نشاطه، تحقيق حماية النظام القانوني (العدالة القضائية)، ويعتبر صمام الأمن، ودرع الأمان، والحارس الطبيعي للحقوق والحريات، وحامل لواء الحق والعدل، للمواطنين في الدولة الحديثة، بعد أن تدخلت الدولة الحديثة في الحياة الاجتماعية، والإقتصادية، باعتبارها مستقر كل السلطات ومستودعها. إلا أن دول العالم الآن في سباق محموم، للأخذ بالوسائل البديلة عن قضاء الدولة الرسمي لفض المنازعات (العدالة غير القضائية أو الرضائية). ونظراً لأن العدالة الرضائية تقوم على الموازنة، كي تنال رضا وقبول طرفي النزاع، بما يحقق السلام والعدالة الاجتماعية، فإنها تكون

(١) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، ج ٢، دار المعارف، مصر ١٩٩٨ ف، ص ٢٣.

أكثر إيجابية وفعالية، من العدالة القضائية المبنية على النصوص القانونية المجردة^(١).

إلا أن قضاء الدولة، كطريق أصيل لحسم المنازعات، لم يرق بأداء رسالته على الوجه المنشود، نتيجة بعض المعوقات منها: قلة عدد القضاة، وأساليب التحايل من المحامين وأعدان القضاة، وازدحام المحاكم بالكم الهائل من القضايا، وبطء وتعقيد إجراءات التقاضي، وتعدد درجات التقاضي، ومشاكل تنفيذ الأحكام القضائية، وعدم تجاوب النظم القانونية الداخلية مع متطلبات التعامل الدولي، وجهل المستثمر الأجنبي بالقوانين الداخلية للدولة محل الاستثمار، وعدم ثقته في استقلال قضائها الوطني أمام أجهزتها السياسية، والهروب من مشكلة تنازع القوانين، وعدم الثبات والاستقرار التشريعي، والرغبة في التحرر من القوانين الوطنية في مجال التجارة الدولية، وتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية والاقتصادية، مما أدى إلى التفكير في نظم تتلافى كل هذه العيوب.

فالمشروع الفرنسي مثلاً في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد أنشأ نظام قضاة السلام للقيام بمحاولات الصلح أو التوفيق بين الخصوم، وتفعيل دور القاضي في الخصومة القضائية، بإلزام القاضي ببذل قصارى جهده للصلح بين الخصوم، وجعل للقاضي مكنة تعيين وسيط قضائي للقيام بإجراءات الوساطة بعد موافقة الخصوم (art.21, 131-1, 840 et 847).
N.C.P.C.F.)

ونظراً لأن إقامة العدالة هي التي تشيع الطمأنينة، وتنشر الأمن، وتنمي علاقات الأشخاص فيما بينهم... لذا يجب تنمية العدالة سواء أكانت عدالة قضائية أم رضائية، إلا أن هناك بعض المعوقات تقف حائلاً منيعاً أمام إقامة العدالة: كزيادة الطمع، وتعارض المصالح، وأزمة الأخلاق، وضعف الوازع الديني، وزيادة العنف والغضب، وتلاعب

- G. Cornu et J. Foyer; Procédure Civile; 3éd; P.U.F; Paris; (1) 1996; P.91.

المحامين، ودهاء وحيل بعض الخصوم لخلط الحق بالباطل، وتباين الأهواء والنزاعات، وزيادة عدد القضايا نتيجة زيادة عدد السكان، والشغرات القانونية، والإجراءات المعقدة... وفي ذلك ضياع للعدالة والحقوق.

وإذا كان هدف القانون هو حفظ النظام العام وحماية المصلحة العامة في المجتمع، وحماية حقوق وحرّيات ومصالح الأفراد، فقد أصبح الوصول إلى العدالة الناجزة أمراً عسيراً وصعب المنال، إزاء عدم فعالية قضاء الدولة في حسم المنازعات، لذا صار من الضرورة البحث عن بدائل للدعوى المدنية تليبي رغبة طرفي النزاع في سرعة حسم منازعاتهم. وفي ظل الانفتاح الاقتصادي، وازدهار التجارة الدولية، إزدادت واتسعت آفاق اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات، نتيجة نمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية، وذلك للمساهمة في تخفيف العبء الملقى على عاتق القضاء، وعدم إرهاق المتقاضين، وضمان تحقيق مصالحهم بإجراءات أسهل، وفي وقت أقل، وتنمية روح التصالح والمودة بين طرفي النزاع، والخروج بعد فض النزاع بعلاقات دائمة، وودية، و متصلة، ومستمرة.

فالغاية من لجوء طرفي النزاع إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات كوسائل سليمة، وودية، ومحيدة، وسريعة، ومرنة...هي تحقيق العدالة الرضائية بينهم، وتمكين من سيصدر الحكم لصالحه من الحصول على حقه بإجراءات سهلة وميسرة دون تكبد عناء ومشقة اللجوء إلى القضاء، وما يستلزمه من ضياع الوقت والجهد والنفقات...والذي يغلب تطبيق النصوص القانونية على الأخذ بروح العدالة. فإذا نجحت الوسائل البديلة لفض المنازعات في تحقيق هدفها فإنها تؤدي إلى نتيجة أفضل من حسم المنازعات عن طريق القضاء؛ لأن الخصومة تنتهي بالحكم القضائي، ولكن روح النزاع والتباغض تظل قائمة بينهم^(١). إلا أن نجاح الوسائل

(١) د.عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد الاختصاص والإجراءات في أحكام المنازعات المدنية البسيطة، الندوة المشتركة المصرية - الفرنسية حول تسوية المنازعات المدنية البسيطة باستخدام الحلول التشريعية والتقنيات الحديثة، القاهرة ١٨ - ٢٠ ديسمبر ١٩٨٩، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٩١م، بند ٤، ص ٣٢.

البديلة لفض المنازعات مرهون بزيادة وعي وثقافة الأشخاص بأهميتها، ودورها، وتفعيل دور الدولة من الناحية التشريعية والقضائية. وإعداد كوادر وطنية عالية المعرفة، والدراية، والخبرة، والتدريب، والمهارة، باعتباره واجباً وطنياً، وضرورة قومية.

٢- الوسائل البديلة لفض المنازعات: يمكن تعريف الوسائل البديلة لفض المنازعات بأنها طرق اتفاقية لتسوية المنازعات المدنية والتجارية دون اللجوء إلى قضاء الدولة الرسمي؛ كالتحكيم، والوساطة، والتوفيق، والمصالحة، والتفاوض... يقصد الوصول إلى تسوية ودية سريعة، وغير مكلفة. وقد شهد التحكيم ازدهاراً لم يكن منتظراً ولا متوقفاً، وتقبلته الأوساط القضائية في كثير من الدول، وأقبلت عليه بجدية واهتمام، وانعكس ذلك في ظهور التشريعات أو القوانين المنظمة للتحكيم. وحل المنازعات عن طريق التحكيم سيكون أكثر فعالية من حلها عن طريق القضاء. لأن التحكيم وسيلة للحوار الاجتماعي، وعامل للتنمية الاجتماعية، وفن معايشة المنازعات، وطريقة ذات نزعة إنسانية، بالرغم من أنه وسيلة احتياطية للحصول على العدالة. ويعتبر المحكم دينامو عملية التحكيم، وأكثر حرصاً وضمناً لمصالح طرفي النزاع. فالتحكيم هو الدواء الشافي لحل المنازعات في العصر الحديث، ووسيلة أكثر إنسانية وفعالية وأقل كلفة واختيارية، وأكثر مرونة وخصوصية وسرية. فالمحكم يفتح النقاش والحوار لطرفي النزاع بتقديم حلول للنزاع، ويستطيع طرفي النزاع باتفاقهما الخروج من عملية التحكيم في أي وقت. والمحكم شخص حكيم ذو شخصية وخبرة، وله حس مرهف للعدالة والإنصاف(١).

وتتيح الوسائل البديلة لفض المنازعات، إمكانية دراسة النزاع دراسة معمقة من مختلف جوانبه القانونية، والفنية نظراً للآلية التي يستخدمها كل طرف لمحاولة إثبات شرعية موقفه. وعادة ما يلجأ كل طرف إلى الاستعانة

(١) د.شارل جاروسون، الوساطة الطب العذب للقانون، ترجمة جمال سلطان، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥- ١٠/٨/١٩٩٦م، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالجمهورية العربية السورية ١٩٩٦م، ص ٢٨٢ وما بعدها.

بمحامين، وخبراء لإبداء آرائهم حول المسائل الفنية أو المتخصصة. ولا شك أن ذلك يساعد المحكم على فهم مختلف جوانب النزاع، وإصدار حكم ملزم يأخذ بعين الاعتبار كل الأدلة والحجج المقدمة من الطرفين. وتساعد عملية التحكيم على تهدئة التوتر بين طرفي النزاع، عن طريق حل المنازعات بطريقة دبلوماسية وقائية قبل وصولها إلى القضاء، ولأنها قد تكون الوسيلة الأكثر ملائمة لحل المنازعات مع بقاء العلاقات ودية متصلة، والتعاون بينهما دائم ومستمر.

ويرجع اختيار الوسائل البديلة لفض المنازعات بين الأطراف؛ إلى صعوبة توقع نتيجة الحكم القضائي، وطول الإجراءات القضائية، وتعقدها، والتكلفة المالية، وما يؤدي إليه الحكم القضائي من خصومة وانقطاع العلاقات، وعلاوية القضاء، وإنهاء النزاع بطريقة غير هادئة. ولأطراف النزاع الحرية الكاملة في اختيار أي من الوسائل البديلة لحل المنازعات الناشئة بينهم، والتي يرونها أكثر ملائمة لتسوية المنازعات بينهم. وعادة يراعي أطراف النزاع، عند اتخاذ قرارهم بتسوية النزاع، بوسيلة محددة من بين الوسائل البديلة، إجراء موازنة بينها عن طريق مقارنة مزايا وعيوب كل وسيلة. وقد يساعد التعهد المسبق لأطراف النزاع باستخدام وسيلة محددة، لتسوية أنواع معينة من المنازعات بينهم، على تحديد الوسيلة الواجب استخدامها لفض النزاع، مع الأخذ في الاعتبار نوعية المنازعات القابلة وغير القابلة للتسوية الغير قضائية. أي أنه يجب اختيار الوسيلة البديلة لفض المنازعات التي تتفق وتتلاءم مع ظروف النزاع وطبيعته.

ويقوم طرفي النزاع قبل إختيارهم إحدى الوسائل البديلة لحل المنازعات، بإجراء عملية تقييم شاملة لوسائل التسوية الممكن استخدامها، ومدى استجابتها لمصالحهم، والأهداف التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها. فكل شئ يتوقف على أهمية المصالح - المعرضة للخطر - محل النزاع، ورغبة أطراف النزاع في تطبيق قانون معين، ونوعية العلاقات القائمة بين أطراف النزاع ممتدة أو منقطعة، وأثار النزاع على

طرفيه. وكثرة وتعقد العلاقات والمصالح بين الأطراف وتشابكها قد يحتم استخدام أكثر من وسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات فيما بينهم.

٣- التحكيم نظام قانوني إتفاقي بديل عن القضاء لفض المنازعات:

التحكيم وسيلة بديلة من وسائل فض المنازعات قوامه الخروج عن قضاء الدولة الرسمي في فض المنازعات، يتفق الأطراف علي اللجوء إليه بإتفاق تحكيم شرطاً كان أم مشاركة، فهو نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون. ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات؛ من ولاية قضاء الدولة كمي تفض عن طريق هيئة تحكيم يختارها أطراف النزاع^(١). فالتحكيم ظاهرة دولية وليدة ثقافات متعددة، ووسيلة رضائية بديلة لفض المنازعات؛ المدنية والتجارية، الوطنية أو الدولية، عن طريق هيئة تحكيم من اختيار أطراف النزاع. فالتحكيم يرتبط بوجود نزاع يراد حسمه بحكم ملزم عن غير طريق القضاء، وبناءً على اتفاق تحكيم بين طرفي النزاع^(٢). فالتحكيم هو طريقة خاصة لفض بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاق تحكيم بحكم ملزم.

فالتحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم التي يتم تشكيلها بإتفاقهما كأصل للفصل فيه بحكم ملزم تنحسم به الخصومة بينهما. والأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على مُحكّم من الأغبيار يعين باختيارهم ليفصل في هذا النزاع بحكم ملزم قاطع لدابر

(1) د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤، ص ٨.

- Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage Commercial International; Litec 1996; N.7; P.11.

(2) د.محمد عبدالحالقي عمر، النظام القضائي المدني، ج ١، ط ١٩٧٦م، ص ٩٧. تقض مدني ١٠: ٦٠/٢٠٠٣م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

-Alfred Jauffret; Procédure civile et voies d' exécution; éd.1980; N.57; P.31.

الخصومة المحالة إليه ، فالتحكيم مصدره الاتفاق وإليه ترتد سلطة المحكمين عند البت في النزاع ، بإعتباره دستور التحكيم^(١) .

ومقتضى التحكيم عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها اتفاق التحكيم ، إذ يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان . بمعنى أن أثر التحكيم هو عزل القضاء عن نظر المسائل التي أنصبت عليها خصومة التحكيم ، فالتحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان . ويتميز التحكيم عن قضاء الدولة بأساسه الإتفاقي ، وولايته الخاصة . وإذا انتفى وجود النزاع ، واتفاق التحكيم ، وهيئة تحكيم ، وحكم ملزم ، انتفى وجود التحكيم ذاته . نظراً لقيام التحكيم على إرادة طرفي النزاع الحرة في اللجوء إليه ، أي أن اتفاق التحكيم هو دستور عملية التحكيم . ويقوم التحكيم علي إعتبارين هما ؛ إرادة أطراف التحكيم ، وإقرار المشرع لهذه الإرادة . ويعتبر التحكيم قضاء العدالة الرضائية بإعتباره صورة من صور القضاء الذاتي ، أو صورة من صور القضاء الخاص منظمة قانوناً ، فرضته ظروف تطور التجارة الدولية ، وإعلاءً لإرادة أطراف التحكيم^(٢) .

• واتفاق التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع على الالتجاء إلى التحكيم لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع (شرط تحكيم) أو لاحقاً بعد قيام النزاع (مشارطه تحكيم) أو في شكل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم . ويجب أن يتم إتفاق التحكيم صحيحاً بتراضي - إيجاب ، وقبول - صحيح خالي من عيوب الإرادة ، ومادراً عن شخص لديه أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه ، وأن يرد هذا التراضي علي محل

(1) تقض مدني ١٠/٦/٢٠٠٣م ، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ق ، مج ، س ٥٤ ، ج ٢ ، ق ١٦٧ ، ص ٩٥٥ .

(2) تقض مدني ١٠/٦/٢٠٠٣م ، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ق ، مج ، س ٥٤ ، ج ٢ ، ق ١٦٧ ، ص ٩٥٥ .

- Alfred Jauffret; Procédure civile et voies d' exécution; éd.1980; N.57; P.31.

صحيح ويمكن ومشروع، وأن يستند إلي سبب مشروع، وأن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً (م ١٠، م ١٢ تحكيم مصري).

والأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ولا يجوز أن يكون إجبارياً، لأن مصدره الاتفاق. فالتحكيم أصلاً مصدره الاتفاق، وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكم عند البت في النزاع، فهو نظام بديل عن القضاء ولا يجتمعان.

وهيئة التحكيم هي المحكم الفرد أو الفريق من المحكمين، الذي يفصل في النزاع المحال إلي التحكيم (م ٢/١ تحكيم سعودي). وتعتبر المهمة التحكيمية المنوطة بالمحكم جوهر فض المنازعة. ويعتبر المحكم هو الدينامو المحرك ومحور عملية التحكيم. وعلى قدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم، وصحة الحكم الصادر في خصومة التحكيم. والجدير بالذكر أن حسن أداء المحكم لمهمته التحكيمية يتوقف على ما يحمله من مؤهلات علمية وعملية وخبرات فنية. فالمحكم هو شخص يتمتع بثقة أطراف التحكيم، أولوه عناية الفصل في النزاع القائم بينهم.

ويتم تعيين المحكم من أطراف التحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية المختصة قانوناً بنظر النزاع في الحالات المنصوص عليها قانوناً. وإعداد المحكم المؤهل قانوناً لتولي المهمة التحكيمية يتطلب معرفة الشروط الواجب توافرها في المحكم، وكيفية اختياره، وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة به. ثم التطرق لإبان الطبيعة القانونية للمحكم. ويعتبر وجود المحكم أهم عنصر من عناصر العملية التحكيمية؛ فالمحكم هو الذي يقود ويوجه العملية التحكيمية في المكان والزمان المناسبين حتى تصل إلى غايتها النهائية بصدور حكم ملزم في موضوع خصومة التحكيم، ويقدر تحري الدقة في اختيار المحكم، تكون سلامة حكم التحكيم وعدالته وجدواه.

فالمحكم هو المحور الأساسي لعملية التحكيم، ويقدر كفاءته ودقته تكون سلامة إجراءات التحكيم، وبالتالي صحة التحكيم. فحسن أداء المحكم وكفاءته ومهارته في تأدية مهمته يظل رهناً بشخص المحكم

ومؤهلاته وخبراته، لذا يجب تأهيل المحكمين من خلال عقد الدورات والمؤتمرات والندوات وورش العمل المتخصصة. والمحكم أثناء قيامه بمهمة التحكيم يختلف عن غيره من الأشخاص الذين يقومون بعمل مشابه لعمله أو مهمته كالخبير، والوكيل، والموفق، والمصالح، والقاضي... فالمحكم يستمد سلطاته من إرادة المحكمين من جهة، ومن إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة المهمة التحكيمية، ومنحه سلطة إصدار الحكم التحكيمي. لذا يجب اختيار المحكم الكفاء القادر على تحقيق العدالة بعيداً عن المصالح والرغبات الشخصية. فلا شك أن التحكيم يكون جيداً بقدر ما يكون المحكم جيداً (١). ولذلك يشترط في المحكم صفات وشروط معينة قررها المشرع، واتفاق الأطراف، لأنه بعد تشكيل هيئة التحكيم، تبدأ إجراءات خصومة التحكيم بطلب التحكيم، وتصبح هيئة التحكيم هي صاحبه الاختصاص بفض النزاع التحكيمي وإصدار حكم التحكيم.

والأصل في تكوين هيئة التحكيم قيام أطراف النزاع بإختيار هيئة التحكيم، فإذا كان هناك هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، وإذا كان هناك أطراف متعددون سواء كمدعين أو كمدعى عليهم، وكان ينبغي أن يحال النزاع إلى هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين كان على المدعين المتعددين أن يعينوا محكماً، وعلى المدعى عليهم المتعددين أن يعينوا محكماً. وفي حالة إختلافهم وعدم إتفاقهم على التشكيل، فيأتي الدور الاحتياطي المساعد من قضاء الدولة في تشكيل هيئة التحكيم بناءً على طلب أحد أطراف النزاع التحكيمي صاحب الصفة والمصلحة في ذلك، يقدم إلي المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع أو محكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر في التحكيم التجاري الدولي بمقتضى نص (م ٩م تحكيم مصري). وفي السعودية هي

(١) د.عكاشة محمد عبد العال، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم، مؤتمر مراكز التحكيم العربية المتعدد في بيروت، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، في الفترة من ١٧ - ١٨، مايو ١٩٩٩م، ص ١.

المحكمة صاحبة الولاية نظاماً بالفصل في المنازعات التي اتفق علي التحكيم فيها (م ٣/١م تحكيم سعودي)، ويكون الاختصاص بنظر...المسائل التي يحيلها نظام التحكيم للمحكمة المختصة معقوداً لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع (م ١/٨م تحكيم سعودي، وم ١٤م تحكيم سوري)، وفي التحكيم التجاري الدولي يكون لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض مالم يتفق طرفا التحكيم علي محكمة استئناف أخرى في المملكة (م ٢/٨م تحكيم سعودي): وفي قطر هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على التحكيم (م ٢٠١م مرافعات قطري). ويتدخل القضاء في حالة عدم إتفاق الأطراف علي إختيار هيئة التحكيم، أو إمتناع أحدهما عن المشاركة في إختيار هيئة التحكيم، أو إختلاف المحكمان المعينان علي إختيار المحكم المرجح، أو تخلف مركز التحكيم عن أداء ماعهد إليه في شأن إختيار هيئة التحكيم.

ونظراً للنشأة الإتفاقية للتحكيم، أساسه إرادة الأطراف وإختيارهم، فإن سلطة المحكم تتحدد بموجب إتفاق التحكيم، والقانون؛ فإتفاق التحكيم هو دستور عملية التحكيم، والأساس الذي يستمد منه المحكم سلطاته، فليس للمحكم سلطة مطلقة في إدارة خصومة التحكيم، وتوجيهها بكافة الطرق والوسائل، دون أن يكون مقيداً بضوابط نظام التحكيم، وإتفاق التحكيم. كما أن دوره ليس سلبياً يقتصر علي الفصل في النزاع في ضوء الطلبات، والأدلة المقدمة في خصومة التحكيم. وإنما دوره مزيجاً بين هذا وذاك. فله دور في إدارة خصومة التحكيم، وتسييرها، وتوجيهها، وتقدير الأدلة المقدمة من أطراف النزاع؛ وملتزمًا بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي، باعتبارها الضمانات والأسس التي تحكم أداء العدالة لوظائفها أيًا كان نوعها. عدالة قضائية أم عدالة تحكيمية. ولا يمكن النزول عنها أيًا كانت المبررات والدوافع لذلك.

ويجب على أطراف التحكيم؛ التقرير بين التحكيم المؤسسي والحر، و إختيار قواعد التحكيم، واستخدام البند النموذجي المقترح لقواعد التحكيم، و ألا يقيدوا نطاق النزاعات القائمة بينهم والتي ستخضع

للتحكيم، بل عليهم تحديد هذا النطاق بشكل عام مفصّل. و اختيار المكان الذي سيجري فيه التحكيم، و يبنى خيارهم هذا على أساس اعتبارات عملية وقانونية، و تحديد عدد المحكمين، و تحديد طريقة اختيار واستبدال المحكمين، و عندما يتم اختيار التحكيم الحر، عليهم اختيار سلطة التعيين، و تحديد لغة التحكيم، و تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد وأي نزاع لاحق بينهما.

ولذا يجب الاهتمام بتوضيح مفهوم التحكيم، وطبيعته القانونية، وأنواعه، والمهمة التحكيمية للمحكم، و بيان الطبيعة القانونية لشخصية المحكم، ونطاق مسؤوليته عن أعماله بتحديد طبيعة إلتزامه، ومسؤوليته، و حقوقه، و التزاماته، و أركان مسؤوليته، و طرق دفعها، و كيفية تأمينها، و ضمان الأضرار الناجمة عن خطأ المحكم.

و بناء على ذلك نتناول موضوع مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي في فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: النظام القانوني للتحكيم، و المحكم. و يشتمل علي مبحثين:

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم.

المبحث الثاني: النظام القانوني للمحكم.

الفصل الثاني: النظام القانوني لمسئولية المحكم. و يشتمل علي مبحثين:

المبحث الأول: نطاق مسؤولية المحكم.

المبحث الثاني: أركان و طرق دفع مسؤولية المحكم.

و ذلك بالتفصيل المناسب علي الوجه التالي.

الفصل الأول

النظام القانوني للتحكيم و المحكم

٤ - تمهيد و تقسيم: يعتبر التحكيم نظام قانوني لفض المنازعات يتفق الأطراف علي اللجوء إليه دون القضاء بقواعد و إجراءات محددة، و بإتفاق الأطراف علي اللجوء إلي التحكيم لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهما أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو

غير عقديّة، يتنازل أطراف النزاع عن الالتجاء إلى القضاء لفض منازعاتهم، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر بعدد فردي ليفصلوا فيه بحكم تحكيم ملزم. حتى ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية، ولو كانت الدعوى أمام الاستئناف مادام لم يصدر حكم نهائي فيها (م/١٠/٢) تحكيم مصري، و (م/١/١، م/٩، م/١٠) تحكيم سعودي، و (م/١٠) تحكيم عُمانى. وإذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة القضائية المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم (م/١٢ تحكيم سعودي).

فقوام التحكيم اتفاق أطراف التحكيم، وهذا الاتفاق قد يرد كبنود ضمن بنود العقد المبرم بين الأطراف أو في ورقة ملحقة به تنص على التجاؤهم إلى التحكيم دون قضاء الدولة بشأن ما قد ينشأ مستقبلاً بينهم من منازعات - قبل قيام النزاع - ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم. وقد يتم الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم بعد أن يثور النزاع فعلاً، ويسمى في هذه الحالة بمشارطة التحكيم، وذلك باتفاق لاحق بعد قيام النزاع (١). ولا يصح التحكيم إلا فى المسائل التى يجوز فيها الصلح. ويبدأ التحكيم باتفاق، ويمر بإجراءات، وينتهي بحكم ملزم. بمعنى أنه يبدأ باتفاق طرفي النزاع على فض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهما عن طريق هيئة تحكيم من اختيارهم بحكم ملزم.

ولأن المحكم أهم عنصر من عناصر عملية التحكيم، ويقوم بدور كبير وفعال من أجل التوصل إلى حل النزاع المطروح أمامه بعدالة وحياد، فيمكن وصف المحكم بقائد طائرة التحكيم، وبربان سفينة التحكيم، فهو المسؤول عما يواجهه من الأتواء والأعاصير في رحلة التحكيم. فالمحكم هو قلب التحكيم النابض الذي إذا صلح صلح التحكيم كله، وإذا فسد فسد

(1) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٩٨٣، م ٤، بند ١، ص ١٥. د. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩ م، بند ٢، ص ٦.

- Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure Civile; Dalloz 1994; P. 961.

التحكيم كله ، ولذا يجب تأهيل المحكمين من خلال عقد الدورات والمؤتمرات والندوات وورش العمل المتخصصة في مجال التحكيم. فرغم أن المحكم هو حجر الزاوية في عملية التحكيم ، إلا أن القوانين والتشريعات أجمعت على منح أطراف التحكيم الحرية الكاملة في اختيار المحكم ، إلا أن هذه الحرية مقرونة بعدة شروط يجب توافرها في المحكم المختار من قبل أطراف التحكيم ، نصت عليها القوانين ، وإلا كان حكم التحكيم الصادر من هذا المحكم غير متوافر فيه هذه الشروط باطل ، ومن ثم فهو غير قابل للتنفيذ. وقد يكون المحكم محكماً بالقانون ؛ ملتزماً بتطبيق القواعد القانونية التي اتفق عليها طرفي التحكيم. وقد يكون محكماً مفوضاً بالصلح يبيح له اتفاق التحكيم أن يبت في موضوع النزاع بروح العدل والإنصاف لا بحسب القواعد القانونية.

كما يجب أن تشكل هيئة التحكيم من عدد وتري أو فردي يتم اختيارهم بمعرفة الأطراف لثقتهم في المحكمين المختارين للفصل في النزاع ، ويكون اختيار المحكمين من قبل الأطراف أنفسهم أو تفويض الغير في اختيارهم ، كتفويض مركز أو مؤسسة تحكيم في تعيينهم ، أو تعيين المحكم من قبل المحكمة القضائية المختصة بنظر النزاع أصلاً في حالة عدم تعيين أحد أطراف التحكيم محكماً. وتعد مرحلة إجراءات التحكيم مرحلة عملية تلي مرحلة اتفاق التحكيم ، ونشوء النزاع يتم من خلالها الوصول إلى حكم ملزم فاصل في النزاع التحكيمي.

وعرفت (م/١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م اتفاق التحكيم بأنه: " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". وكذلك (م/١ ، م/٩) تحكيم سعودي ، و(الفصل ٣٠٧) مسطرة مدنية مغربي ، و(م/٤٤٤) إجراءات مدنية جزائري ، و(م/٧٦٢ ، ٧٦٢) أصول محاكمات مدنية لبناني ، و(م/١٧٣) مرافعات كويتي ، و(م/١٩٠) مرافعات قطري ، و(م/٢٥١ ، ٢٥٢) مرافعات عراقي ، و(م/١/٢٠٣) إجراءات مدنية

إماراتية، و(م ٧٣٩) مرافعات ليبى، و(م ١٠) تحكيم عُمانى، و(م ٨، ٧، ١) تحكيم سوري، و(م ٣) تحكيم موريتانى، و(١٦٧٦) قضائى بلجيكى، و(١/٦) تحكيم إنجليزى، و(م ١٠٢٩/١) إجراءات مدنية المانى، و(art.1442 N.C.P.C.F.)، و(م ١٣٩) إجراءات مدنية سودانى، و(م ٧) تحكيم بحرينى، و(م ٥) تحكيم فلسطينى.

وعلى ذلك فاتفاق التحكيم اتفاق رضائى ملزم للجانبين، موضوعه الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة لفض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ في المستقبل بواسطة هيئة تحكيم (١). ويعتبر الاتفاق على التحكيم، شرطاً كان أم مشارطه، من اتفاقات القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وتطبق عليه قواعد النظرية العامة للعقد. والتحكيم أياً كانت صورته يستند إلى اتفاق تحكيم بين أطرافه، قوامه رضا الأطراف. ويتعين أن تتوافر شروط صحته من الرضا، والمحل، والسبب؛ كشروط موضوعية، والكتابة كشرط شكلي. ويعتبر اتفاق التحكيم اتفاقاً مدنياً، ولا يعتبر عملاً تجارياً، ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن أحد المعاملات التجارية. كما لا يعتبر عقداً إدارياً، ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن أحد العقود الإدارية، وذلك لأن اتفاق التحكيم يحتفظ باستقلاله عن العقد الأصلي، ولا يتأثر بصفته (٢). وتسري قواعد التحكيم على كل تحكيم اتفاقي يتعلق بنزاع بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقديّة كانت أو غير عقديّة.

وتطبق القواعد والأحكام الخاصة بالتحكيم التقليدي على التحكيم الإلكتروني، فلا خلاف بينهما سوى الوسيلة المستخدمة في كل منهما.

- (1) دهشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٤ف، ص ٣١ وما بعدها. دسامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٦م، ص ١٧٢ - ١٧٨.
- (2) دفتحي والي، قانون التحكيم، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧م، بند ٣٨، ص ٨٧. دمصطفى الجمال، ودعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج ١، ط ١ - ١٩٩٨م، بند ٢١٨، ص ٣٢٤.٣٢١.

حيث يتم التحكيم التقليدي بالوسائل التقليدية العادية، بينما يتم التحكيم الإلكتروني بوسائل اتصال إلكترونية حديثة. فيتم اتفاق التحكيم الإلكتروني بصورة عقدية إلكترونية سواء في شكل شرط مدرج بالعقد الإلكتروني الأصلي أو في شكل مشاركة تحكيم إلكترونية عندما يرسل طرفي النزاع إلى أحد مراكز مقدمي خدمة تسوية المنازعات إلكترونياً رسالة إلكترونية باتفاقهما على عرض نزاعهما عليه. يتنوع اتفاق التحكيم إلى ثلاث صور؛ إما شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم بالإحالة. وتلك الأنواع لإتفاق التحكيم يمكن إجراؤها بين طرفي اتفاق التحكيم، سواء في شكل شرط بالعقد الأصلي كبنود ضمن بنوده، أو في شكل مشاركة باتفاق لاحق بعد قيام النزاع، أو في شكل شرط إحالة يرد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم⁽¹⁾.

ولما كان التحكيم نظام قانوني بديل عن نظام التقاضي الذي تنظمه الدولة؛ فإنه يجب التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من عمل القاضي، والخبير، والوكيل...و لما كان نظام التحكيم يمر بعدة مراحل، واختلاف طبيعة كل مرحلة، فهو نظام تعاقدية في نشأته باتفاق تحكيم، وقضائي في وظيفته بحكم ملزم، الأمر الذي أثار خلاف بخصوص الطبيعة القانونية للمحكم، هل هي عقدية؟ أم قضائية؟ أم مختلطة؟ أم نظام مستقل ذا طابع خاص.

(1) د.حمزة حداد، التحكيم في الفوائين العربية، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٧ ف، ص ٩٠ وما بعدها. د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة (٢٠٠١م، بند ٣٩، ص ٤٣.

- Boucobzax; La clause Compromissiore par Référence en matière d'arbitrage commercial international; Rév.arb. 1998; N.3; P.495.
- Bruno oppetit; La clause arbitrale par Référence; Rév.arb. 1990; P.55.
- Cass.civ.2 ; 30 Juin 1993; Rév.arb.1994; P.95; obs. Y.Pa clot.
- Cass.civ.1re; 18 Fév.1992; Rév.arb.1993; P.103; Note. J.H.Moitry.

وعلي ذلك نتناول التعريف بالتحكيم، وأهميته، وأسباب اللجوء إليه، ومزاياه، وعيوبه، ومعوقاته، واتفاق التحكيم، ونطاقه الموضوعي والشخصي، وأنواعه، وتطوره التاريخي، ومشروعيته في الفقه الإسلامي، وطبيعته القانونية. ثم نتناول التعريف بالمحكم، وشروطه، وتمييزه عن غيره، وكيفية اختياره، وعقد التحكيم المبرم بين المحكم، وأطراف التحكيم، وإنقضائه، والتميز بين المحكم وبين غيره من النظم القانونية المشابهة، حقوق المحكم، والتزامات المحكم... وإذا كان التحكيم نظاماً قانونياً قائماً بذاته له طبيعته الخاصة، وأحكامه المستقلة، نتيجة حرية الأطراف النزاع التحكيمي في اختيار هيئة التحكيم، والقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، والقانون الذي يحكم موضوع النزاع التحكيمي... لذلك أصبحت الحاجة ملحة وضرورية لتقنين مهنة المحكمين من حيث شروط المحكم، وواجباته، وحقوقه، ومسئولته، وحصانته، وامتيازاته...

وبناء على ذلك نتناول الفصل الأول (النظام القانوني للتحكيم، والمحكم) في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم.

المبحث الثاني: النظام القانوني للمحكم.

وذلك بالتفصيل المناسب علي الوجه التالي.

المبحث الأول

النظام القانوني للتحكيم

٥- تمهيد وتقسيم: نتناول في النظام القانوني للتحكيم: تعريف

التحكيم لغة، وشرعاً، واصطلاحاً، وأهميته، وأسباب اللجوء إليه،

ومزاياه، وعيوبه، ومعوقاته، واتفاق التحكيم، ونطاقه الموضوعي

والشخصي، وأنواعه، وتطوره التاريخي، ومشروعيته في الفقه

الإسلامي، وطبيعته القانونية.

٦- تعريف التحكيم: أ- في اللغة: التحكيم مصدر حكم يقال

حكمت فلاناً في مالي تحكيمياً، أي فوضت إليه الحكم، ويقال استحكمت

فلان مال فلان، إذا أجاز فيه حكمه. و حكموه فيما بينهم: أمره أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكماً فيما بينهم. واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم؛ إذا رفعوا أمرهم إليه. وحكم فلاناً في الشيء أو الأمر يعني جعله حكماً، ومنه قوله تعالى ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾^(١). ويطلق على من يختار للفصل بين المتخاصمين؛ الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾^(٢). ومن اختاره الطرفان للتحاكم إليه يسمى: حكماً أو مُحَكِّمًا و حاكماً. أما الخصم صاحب النزاع فيسمى؛ مُحْتَكِماً، بكسر الكاف أو مُحَكِّمًا؛ بتشديد الكاف مع الكسر^(٣). يتضح من ذلك أن التحكيم في معناه اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشرع أو تفويض الأمر للغير أي التفويض في الحكم أو طلب الحكم بمن يتم الاحتكام إليه.

ب- تعريف التحكيم شرعاً: عند الأحناف: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"^(٤).

وعند المالكية: "أن الخصمين إذا حكماً بينهما رجلاً وارتضاه لأن يحكم بينهما جاز"^(٥).

وعند الشافعية: "أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا"^(٦).

- (1) سورة النساء: آية ٦٥.
- (2) سورة النساء: آية ٣٥.
- (3) لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر بالقاهرة، ج ٥، ص ٣١-٣٢. المصباح الثير للفيومي، المطبعة الأميرية بمصر، ج ١- ٢، ط ٣، ص ٢٢٦. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص ١٦٥. القاموس المحيط للفيروز أبادي، دار بيروت ١٣٩٨هـ، ج ٤- ٥، ص ٩٨.
- (4) حاشية رد المحتار على المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٩٥م، نج ٥، ص ٥٧٣. البحر الرائق شرح كثر الدقائق لزين الدين بن نجيب الحنفي، المكتبة العلمية، بيروت، ج ٧، ص ٢٤.
- (5) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن فرحون المالكي، المطبعة العامرية الشرقية بمصر ١٣٠١هـ، ج ١، ص ٤٣.
- (6) أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين إسحاق عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم، مطبعة الإرشاد ببغداد، ط ١، ج ١، ص ١٤٤، تحقيق محي هلال سرحان. د.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر ١٩٨٩م، ص ٢٩١.

وعند الخنابلة: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل وحكامه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز"^(١).

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في (م ١٧٩٠) بقولها: "اتخاذ الخصمين شخصاً آخر برضاها لفصل خصومتها ودعواها". بمعنى أن التحكيم وسيلة يستغني بها الفرقاء عن قضاء الدولة في حسم منازعاتهم"^(٢).

وعرفت مجلة الأحكام الشرعية التحكيم في (م ٢٠٩١) بأنه: "أن يُحكّم الخصمان رجلاً يرتضيه ليحكم بينهما، فينفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي"^(٣).

يتبين من ذلك أن التحكيم بمعناه الشرعي متفق مع معناه في اللغة في اعتبار التحكيم توليه وتفويضه من طرفي خصومة التحكيم لشخص ثالث يسمى محكماً ليحكم في نزاع بينهما بحكم ملزم.

ج - تعريف التحكيم في الفقه القانوني: فقد عرفه بعض الفقه المصري بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة بحكم ملزم"^(٤)، وعرفه البعض الآخر بأنه: "عرض نزاع على محكم يعين باختيار أطراف النزاع أو بتفويض منهما أو على ضوء الشروط التي يحددانها ليفصل في هذا النزاع بقرار يكون قاطعاً أطراف التحكيم بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره ووفقاً

- (١) المغني وبهامشه الشرح الكبير، لموفق الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن قدامه، طبعة دار الغد العربي، ج ١١، ص ٣١٢.
- (٢) مجلة الأحكام العدلية: أول تقنين لفقه المذهب الحنفي، بإعتباره المذهب الرسمي للخلافة العثمانية، صادرة عام ١٢٩٣هـ/١٨٦٩م، واحتوت على ١٨٥١ مادة، وظلت هذه المجلة مطبقة في أكثر البلاد العربية إلى أوساط القرن العشرين.
- (٣) مجلة الأحكام الشرعية: أول محاولة لتقنين الشريعة في تاريخ السعودية، بوضع قواعد فقه المذهب الحنبلي المطبق بالسعودية، في صورة مواد قانونية على يد أحد مشايخ القضاة العلامة الشيخ أحمد القاري المكي (١٣٠٩ - ١٣٥٩هـ)، الذي كان رئيساً للمحكمة الكبرى بمكة المكرمة.
- (٤) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ١، ص ١٥.

لضمانات التقاضي الرئيسية"^(١)، وعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "طريق يهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة"^(٢).

د - التعريف القضائي للتحكيم: عرفت محكمة النقض التحكيم بأنه: "طريق استثنائي لفض النزاع قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو على ما تنصرف إليه إرادة المحكمين في عرضه على هيئة التحكم"^(٣). كما عرفته المحكمة الدستورية بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يُعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار ناءٍ من شبهة المالمأة، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يُدلي كل منهما بوجهه نظرة تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"^(٤). وعرفته

- (1) دمصطفى محمد الجمال، دعكاشة محمد عبد العال، التحكيم، بند ٤، ص ١٨ - ١٩.
- Cass. civ.; 17 Nov. 1993; Rév. arb.1995; P.78; Not. Philippe Fouchar
(2- Jean Robert; L'arbitrage droit interne, droit international privé; 6 éd; Dallooz; Paris;1993; P.3.
- René David; L'arbitrage dans Le Commerce international; Paris;1982; N.2; P.5.
- Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage commercial international; Litec 1996; N.7; P.11.
(3) تقض مدني ١٦/٢/١٩٧١م، طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٧٩. تقض مدني ١٠/٦/١٩٨٠م، طعن رقم ٣٥ لسنة ٤٤ق، مج، س ٣١، ج ٢، ق ٣١٨، ص ١٧٠٧. تقض مدني ١٤/٢/١٩٨٨م، طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٥، ص ٢٤٢. تقض مدني ١٨/٥/١٩٨٩م، طعن رقم ٧٤٠ لسنة ٢٢ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ٢٠٨، ص ٣٠١. تقض مدني ٢٢/٦/٢٠٠٤م، طعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٥، ق ١١٧، ص ٦٣٨.
(4) دستورية عليا ١٧/١٢/١٩٩٤ف، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ق، الجريدة الرسمية ع ٢، ١٢ يناير ١٩٩٥م.
دستورية عليا ٣/٧/١٩٩٩ف، القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ق، الجريدة الرسمية ع ٢٨، ١٥ يوليو ١٩٩٩م.
دستورية عليا ٦/١/٢٠٠١ف، القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ق، الجريدة الرسمية ع ٣٤، ١٨ يناير ٢٠٠١م.

المحكمة الإدارية العليا بأنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة بحكم ملزم"^(١).

ويتضح مما سبق أن معنى التحكيم في الفقه القانوني قريب مما ذكره الفقه الشرعي. فتعاريف التحكيم وإن لم تكن متطابقة، فإنها وردت في كلمات مترادفة تؤدي نفس المعنى. فلم يخرج الفقه القانوني في تعريفه للتحكيم عن مضمون التعريفات التي قال بها الفقه الإسلامي في تعريفه للتحكيم. وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف التحكيم بأنه: "نظام قانوني ينشأ باتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، لتسوية كل أو بعض منازعاتهم القابلة للتحكيم، التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم مستقبلاً، عن طريق هيئة تحكيم من اختيارهم، تطبق القانون الإتفاقي وضمانات التقاضي، لإصدار حكم تحكيم ملزم بينهم بدلاً من المحكمة القضائية المختصة"^(٢).

وعلى ذلك فبمقتضى اتفاق التحكيم ينزل أطراف التحكيم عن الالتجاء إلى القضاء، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر، ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. فقوام التحكيم هو اتفاق الأطراف، وهذا الاتفاق قد يرد كبنود ضمن بنود العقد المبرم بين أطراف التحكيم أو في ورقة ملحقة به تنص على التجاؤم إلى التحكيم دون قضاء الدولة بشأن ما قد ينشب مستقبلاً بينهم من منازعات - قبل قيام النزاع - ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم. وقد يتم الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم بعد أن يثور النزاع فعلاً، ويسمى في هذه الحالة بمشارطة التحكيم، وذلك باتفاق لاحق بعد قيام النزاع. حتى ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية، ولو كانت الدعوى أمام الاستئناف مادام لم يصدر حكم نهائي فيها. ويبدأ التحكيم باتفاق، ويمر بإجراءات، وينتهي

(١) إدارية عليا ١٨/١/١٩٩٤ ف. طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. مج. س. ٦٨، ص ٦٩١.
(٢) د. محمود بريري، التحكيم، بند ١، ص ٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٤، بند ٤، ص ١٨-١٩. دنيل إسماعيل عمر، التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٤، م. بند ١، ص ٣.

بحكم ملزم؛ حيث يبدأ باتفاق طرفي النزاع على فض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهما عن طريق التحكيم^(١).
وتفترض منظومة التحكيم إبرام عقود ثلاثة مستقلة:^(٢)

أ- عقد يبرم بين طرفين يتمثل عادة في عقد بيع أو إيجار عقار أو منقول أو خدمة أو عقد استثمار أو نقل تكنولوجيا أو عقد مقاوله... (العقد الأصلي).

ب - اتفاق التحكيم سواء كان شرط تحكيم قبل قيام النزاع في العقد الأصلي أو مشاركته تحكيم بعد قيام النزاع في شكل اتفاق منفصل عن العقد الأصلي أو إشارة (إحالة) في العقد الأصلي إلى أي وثيقة تتضمن بند تحكيم مكتوب بشرط أن تكون الإشارة أو الإحالة واضحة في اعتبار هذا البند جزءاً من العقد الأصلي.

ج - إبرام عقد التحكيم بين أطراف التحكيم من جانب، والمحكم أو المحكمين من جانب آخر.

وترجع أهمية اتفاق التحكيم إلى أنه أساس التحكيم، ومصدره، ومحدد نطاقه من حيث؛ أشخاصه، وموضوعه، والإجراءات، والقانون الواجب التطبيق على موضوعه. ف أطراف التحكيم هم سادته، واتفاق التحكيم هو قانونه الواجب الاحترام، ما لم يخالف النظام العام. فالتحكيم يقوم على أساسين هما: إرادة أطراف التحكيم (اتفاق التحكيم)، وإقرار المشرع لهذه الإرادة^(٣). ويسري قانون التحكيم المصري

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ١، ص ١٥. د. محمود يريري، التحكيم، بند ٢، ص ٦.

Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure civile; Dalloz 1994; P.961.-

(٢) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق جامعة الكويت، ص ١٨، ع ٢٤، يونيو ١٩٩٤م، ص ١٩٧، ١٨٦. د. الهادي السعيد عرفه، المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والكويتي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنصورة، ع ٢٧، إبريل ٢٠٠٠م، ص ١٥٠. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص ٣-٤.

(٣) د. وجدي راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضرة مكتوبة في دورة تدريبية للتحكيم، جامعة الكويت/كلية الحقوق ١٩٩٢/١٩٩٣م، ص ١٧-١٨.

رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على كافة أنواع التحكيم التي تجري في مصر، كما أنه يسري على التحكيم الذي يجري في الخارج باعتباره قانون إرادة الأطراف، سواء تعلق الأمر بتحكيم مدني أو تجاري، بمعنى أنه يسري على التحكيم سواء جرى في مصر أو في الخارج وفقاً لاتفاق وإرادة المحكّمين بتطبيق أحكام قانون التحكيم المصري. ونفس الحكم ورد النص عليه في (م٢ تحكيم سعودي).

٧- أهمية التحكيم، وأسباب اللجوء إليه: يتطلب قيام التحكيم كنظام بديل موازي لقضاء الدولة العام؛ وجود نزاع، وجود اتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم، وجود إلزام بحكم التحكيم، ووجود طلب التحكيم. فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، في حين أن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف اتفاق التحكيم (١).

وتبدو أهمية التحكيم باعتباره قضاء خاص بديلاً عن القضاء الدولة في يسر لجوء الأطراف إليه وتحقيق بغيتهم بفض النزاع بطريقة مشروعة يقرها القانون، وبالتالي تحقيق المصالح المعتدى عليها بتطبيق القاعدة القانونية المخالفة واجبة التطبيق، وتجنب مساوئ الإجراءات القضائية الطويلة المعقدة البطيئة. وتخفيف العبء عن كاهل القضاء، في الوقت الذي ازدادت فيه ظاهرة تكديس القضايا بأنواعها المختلفة أمام المحاكم، وبمعدلات لا يستوعبها الجهاز القضائي، مما تترتب على ذلك زيادة عدد القضاة، وبالتالي زيادة أعباء الدولة. لذا يصبح التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات علاجاً ناجحاً لهذه الظاهرة، أي يؤدي إلى تجنب الخوض في ظاهرة العدالة القضائية البطيئة. كما أن نظام التحكيم يزيل الشكوك حول قيام أي نوع من النجياز لأحد الأطراف المتنازعة. ويعتبر التحكيم بمثابة طوق نجاة في مجال التجارة الدولية لمواجهة تحيز القضاء الوطني، وتشدد وتغيير القوانين الوطنية (٢).

(١) د.جمال الدين نصار، شرط التحكيم في عقود الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دورة عقود الفيديك والمطالبات والتحكيم، الجمعية المصرية للمهندسين، ١٩٩٣م، ص ٢٨ - ٢٩.

(٢) د.عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٦م، ص ٢٧ - ٢٨. د.كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠م، بند ٥٢ - ٥٣، ص ٣٩ - ٤٠.

ونظراً للأهمية القصوى للتحكيم، فقد ازداد اللجوء إليه نتيجة للأسباب الآتية: تكدرس القضايا أمام المحاكم، وبطء التقاضي، وعدم فاعلية الأحكام القضائية، وقصورها عن الاستجابة لمطالبات التجارة الدولية، مما أدى إلى زيادة العبء على القضاة، وتعدد درجات التقاضي. فكثرة المنازعات ضاعف أعباء العمل على القضاة مما انعكس ذلك سلباً على كفاءة أدائهم. وطبيعة بعض المنازعات التي يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم بدلاً عن القضاة كالتخلافات الأسرية، والمنازعات تجارة الدولية... والتطور الهائل في التجارة الدولية، وتفادي صعوبات عدم العلم بالقانون الأجنبي، وتعقيد إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني، ومشكلة عدم معرفة لغة القضاء. وتحقيق العدل المنشود بالتحكيم على يد محكمين من ذوي الخبرة والتخصص في المنازعة محل التحكيم. مما يترتب عليه تلافي الشحنة بين المتخاصمين؛ لأن حسم النزاع سيكون بعد التراضي بطيب خاطر من الأطراف. كما يعتبر التحكيم التنفيس الوحيد لتحقيق رغبات مسلمي الدول غير الإسلامية كدول أوروبا وأمريكا لتطبيق الشريعة الإسلامية^(١).

٨- مزايا التحكيم: للتحكيم مزايا عديدة منها؛ الاستفادة من خبرة المحكم الفنية، وتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين، وتجنب علانية القضاء، وغيرها من المزايا التي شجعت على الإقبال على التحكيم وكانت سبباً في انتشاره، وتزايد اللجوء إليه من قبل الأفراد والمؤسسات والدول. ويمكن أن نجمل مزايا التحكيم على النحو التالي:

(أ) - السرعة والسرية: فعمليات التحكيم تتم بسرعة، وتوفر الوقت، والمال، لبساطة الإجراءات، وقلة التكاليف، والتحرر من الشكلية. ويجنب الأطراف بطء التقاضي، واللدود في الخصومة. كما أن التحكيم يكون غالباً على درجة تقاضي واحدة بعكس القضاء. كما

(١) دمصطفى محمد عرجاوي، التحكيم وضوابطه، مجلة القضاة، نادي القضاة، س٣١، ع١٦ - ٢، يناير/ديسمبر ١٩٩٩م. د. عبيد صقر يوسف، تأملات في النظريات الناظمة للتحكيم، مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي، س١، ع١٦، يناير ١٩٩٣م؛ ص٢٤٣.

يهدف التحكيم إلى عدم كشف الأسرار التجارية، أو الصناعية أو التكنولوجية، مما يتطلب سرية الإجراءات، فلا يحضر جلسات التحكيم إلا أطراف النزاع، والشهود، والخبراء، ومن يؤذن له بالحضور، في جلسات سرية لا يحضرها الجمهور. ولا تنشر في الصحف، مما يؤدي إلى إشاعة السلام الاجتماعي، واستقرار المعاملات وازدهارها. فالتحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة يدخله الأطراف وهم ينظرون إلى الأمام، مما يؤدي إلى وجود التعايش السلمي بينهما في المستقبل. وسرية التحكيم هي التي تفسر قلة الإحصائيات المتعلقة به، وقلة ما ينشر من أحكام المحكمين^(١).

(ب) - عدالة مرنة متخصصة: يهتم المحكم بالتوفيق بين المصالح المتعارضة أكثر من الاهتمام بالتطبيق الصارم للقانون، ودون التقييد بإجراءات التقاضي المعقدة الطويلة. و المحكم غير ملزم عادة بتطبيق القانون الوطني، فيمكنه الرجوع إلى قواعد العدل والإنصاف إذا كان مفوضاً بالصلح، وبالتالي يجب أطراف التحكيم روتين القضاء، وتحييز القضاء

(١) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط ١، مطبعة الخلود ببغداد، ١٩٨٥، ص ٣١ - ٣٢. د. يحيى الدين أسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج ١، شركة مطابع الطنابي بالقاهرة ١٩٨٦م، ص ١٢، ٧. د. حسين يوسف غنايم، شرط التحكيم في عقود الوكالات التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ع ٦٦، ١٩٩٦م، ص ٣٣١. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومه التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ط ٢، ١٩٩٨م، هامش ٩، ص ٨ وما بعدها. د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م، ص ٧ وما بعدها. د. أمال النزابري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣م، ص ٧. د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٢٣. د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٥م، ص ١٠٦. د. أحمد أنعم بن ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط ١، ١٩٩٤م، صنعاء، ص ٨. د. محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ١، مايو ١٩٩٩م، ص ٨. د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، حقوق إسكندرية، س ١٠، ع ١ - ١٩٦٠، ١٩٦١/٢، ص ٥٢ - ٥٣.

الوطني للوطنيين ومصالح وطنه، وبذلك يعتبر التحكيم أداة للثقة والطمأنينة في علاقات التجارة الدولية.

فالتحكيم هو طوق النجاة لتحقيق رغبة أطراف معاملات التجارة الدولية في التحرر من قيود القوانين والقواعد الوطنية، وذلك باختيارهم القانون الواجب التطبيق على الموضوع، والإجراءات. كما أن المحكم لا يتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي، وبالنظام العام في الدولة التي سيجرى فيها تنفيذ حكم التحكيم واتفاقات الأطراف. كما يتيح التحكيم للطرفي النزاع فرصة كبيرة لتقديم، وشرح وجهات نظرهم، ومناقشتها مع المحكم، ومع الطرف الآخر. ويعتبر حكم التحكيم وسيلة للتخلص من الرقابة القضائية اللاحقة بعدم قابليته للطعن بالاستئناف، والتماس إعادة النظر، والنقض عدا الأمر القضائي بتنفيذ حكم التحكيم، ودعوى بطلانه في قانون التحكيم المصري. فالقاضي يبحث عن العدالة لصالح القانون بينما المحكم يبحث عن العدالة لصالح جميع الأطراف^(١).

ويعتبر التحكيم طريقاً لإيصال الحقوق إلى أهلها بحكم ملزم. فقد يحدث أن لا تكون الدعوى مسموعة أمام القضاء لمرور الزمن بسبب التقادم مثلاً. فهذا لا يمنع من سماعها أمام المحكم. وأن يصدر فيها حكم ملزم، وبذلك يحصل المدعي على حقه بدلاً من إنتظار وفاء المدعي عليه به طواعية^(٢). فالمحكم على خلاف القاضي، لا يلزم أن يكون رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة فنية معينة في مجال النشاط الذي يتعلق به موضوع النزاع، مما يجعله مؤهلاً لفهم وإدراك طبيعة النزاع، دون أن يكون مضطراً للاستعانة بالخبراء^(٣).

(١) دناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ص٦٨ - ٦٩. د.علي يركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ص٦٨ - ٦٩.

(٢) د.محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج١، النشر النهبي للطباعة، ص٩.

(٣) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠م، ص١٣ - ١٤. د.سيد أحمد محمود، التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي ١٩٩٨م، ص٧٢ - ٧٥. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة للدورة إعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، يناير ٢٠٠٠م، ص٧. د.محمد عبد القادر حجاج، الوسيط في التحكيم التجاري، ١٩٩٨م، ص١٢.

(ج) - قضاء اتفاقي مؤقت: التحكيم نظام قضائي إرادي أساسه اتفاق التحكيم المحدد لمقوماته، وإقرار المشرع لهذه الإرادة. ويختاره الأطراف المحكم للفصل في النزاع، وتزول ولايته بعد الحكم فيها. وهو تعبير عن روح العدالة لفض النزاع بحسن النية، وتغليب المصالحة على روح النزاع. خاصة وأن مبدأ الحصانة لا وجود له في إطار التحكيم، فالدولة متى وقعت على اتفاق تحكيم، فلا تستطيع التمسك بمحاصنتها القضائية أمام هيئة التحكيم. كما يجنب التحكيم الدولي الصعوبات الناشئة عن إختلاف النظم القانونية، والاقتصادية، والسياسية، والثقافية، واللغوية، والتاريخية للدول في التجارة الدولية. كما يجنب التحكيم التغيرات التشريعية المفاجئة في دول العالم الثالث بصفة خاصة للشركات الأجنبية في مجال منازعات التجارة الدولية، كما يعتبر التحكيم وسيلة لإعاقه، ووقف امتيازات الدولة في مواجهة الأفراد العاديين (١).

وظهر في الآونة الأخيرة إبرام عقود، وصفقات التجارة الدولية عبر شبكات الإنترنت، والتي تصل إلى مبالغ تقدر بالمليارات، ولا شك أن أنسب وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن تلك المعاملات هي التحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصالات الالكترونية، حيث توجد مشقة في قيام تلك المنازعات أمام القضاء (٢).

٩- عيوب ومساوئ التحكيم: بالرغم من أهمية التحكيم، والمزايا العديدة التي يمتاز بها إلا أن له بعض المساوئ، التي لا تقلل من اعتباره وسيلة هامة بديلة لفض 'لمنازعات منها:

(أ) - التكلفة المادية، وعدم التحديد: قد يكون التحكيم مكلفاً

(١) د. جورج حزبون، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الدولي، مجلة الحقوق الكويتية، س ١١، ديسمبر ١٩٨٧م، ص ١٨٩. د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٣، ١٤، يناير ٢٠٠١، ص ٣ وما بعدها. د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٠٦.

(٢) د. عمرو الفقسي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، دار الجامعي الحديث، الإسكندرية ١٩٩٠م، ص ١٩.

بسبب ارتفاع أتعاب المحكمين، والمحامين، والمترجمين، والخبراء، والمصاريف الإدارية... مقارنة بمصاريف التقاضي أمام المحاكم^(١). إلا أن هذا العيب يجب ألا يقدر بمعزل عن العامل الزمني، فللوقت قيمة كبيرة خاصة في معاملات التجارة الدولية، بالإضافة إلى انخفاض قيمة العملة بمرور الوقت.

ويرجع عدم التحديد إلى تعدد النصوص، والأحكام الواردة في قوانين دول مختلفة، ولوائح مراكز ومؤسسات تحكيم منتشرة في كافة دول العالم. بالإضافة إلى الاتفاقيات، والمواثيق الدولية، والمعاهدات الإقليمية في مختلف أنحاء العالم مثل الاتفاقيات العربية أو الأوربية أو الأمريكية في مجال التحكيم^(٢). وهو ما أدى إلى إعادة عرض النزاع الذي صدر فيه حكم تحكيم في إطار أحد مراكز التحكيم لينظر في إطار مركز تحكيم آخر، كما حدث في قضية هضبة الأهرام. وتنفيذ حكم تحكيم في دولة رغم صدور حكم قضائي ببطلان حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها، وعجز الأطراف عن تحديد نوع التحكيم الذين يرغبون فيه إكتفاءً بشرط تحكيم مبهم^(٣). ولكن يرد على ذلك العيب بأن عدم التحديد يرجع لإرادة أطراف اتفاق التحكيم، فيستطيع أطراف اتفاق التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، ولغة التحكيم، وميعاد التحكيم... قبل بدء إجراءاته.

(ب) - الخطورة: فالتحكيم يكون أشد خطراً من الصلح، لأن المصالح يكون على علم مسبق بقيمة ما هو متنازل عنه. بينما في التحكيم يسند أطراف التحكيم إلى المحكمين التصرف في حقوقهم على غير حد

(1) د. جلال وفائي محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق، حقوق إسكندرية، ع ٢٤، ١٩٩٩م، ص ٢٨١ - ٢٨٢.

(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ١٣٦.

(3) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طرق التحكيم ومفهومه، المحاماة، ع ١، ٢٠٠١م، ص ١.

معلوم. كما لا توجد رقابة كافية على أحكام المحكمين، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها وترتيب الجزاء عليها. فالتحكيم إذا كان ضرورياً فهو شر لا بد منه، فهو كوسيلة بديلة لفض المنازعات قد لا يحسن استخدامها. كما أن المتعاقد الذي يقبل شرط التحكيم ربما لا يدرك وهو يوقع عليه، مدى خطورة تنازله عن حقه الدستوري في اللجوء إلى القضاء العادي (قاضيهِ الطبيعي)^(١).

كما أن التحكيم قد لا يضع حداً للمنازعة، فقد لا توافق الأطراف المتنازعة علي ما تحقيق لها عن طريق التحكيم، وتجد نفسها في النهاية مضطرة إلى العودة إلى القضاء العادي، ولم تحصد من سلوك طريق التحكيم إلا ضياع الوقت، وزيادة النفقات^(٢). وخطورة تأخير الفصل في خصومة التحكيم، وعدم تحقق السرعة في بعض قضايا التحكيم؛ بالرغم من وجود ميعاد للتحكيم يجب خلاله الفصل في النزاع التحكيمي، إلا أن التجربة العملية أثبتت انتشار قرارات التأجيل وامتدادها لبضع سنوات في بعض الأحيان^(٣).

(ج) - حرمان أطراف التحكيم من بعض ضمانات التقاضي: فالمحكم قد يكون من المتخصصين في مجال معين، وخبرته القانونية ضئيلة، قد لا تسعفه في تحقيق العدالة بالفهم الصحيح لنصوص القانون. كما قد يقوم بالتحكيم محكمون غير أكفاء يشوب سلوكهم التحيز تجاه مصالح شخصية، ثم تحمل كارثة حكم ملزم واجب النفاذ. كما أن أحكام التحكيم باته لا تستأنف، ولا تنقض في قانون التحكيم المصري، مما يهدد مبدأ التقاضي على درجتين المتعلق بالنظام العام. كما أن المحكم قد يكتفي بتسيب مجمل لأحكام التحكيم. ولا يوفر التحكيم الضمانات التي يفرضها مبدأ سيادة القانون. وقد يكون التحكيم مضيقاً للوقت و النفقات

(١) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، ص ٣٢. د. ناريمان عبد القادر، اتفاق

التحكيم، ص ٧٣ - ٧٤.

(٢) د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة،

ط ٢، ١٩٩٨م، ص ٢٥.

(٣) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ص ٧٣.

عند فشل التحكيم، وعودة أطراف التحكيم للقضاء. وعدم وجود سوابق تحكيمية كثيرة منشورة تساعد أطراف التحكيم على التنبؤ بحكم التحكيم، خاصة وأن بعض المحكمين قد يكونوا غير موضوعين بتطبيق قانون القوي على الضعيف^(١).

١٠- معوقات ومشاكل التحكيم: للتحكيم كنظام قانوني بديل للقضاء في فض المنازعات؛ معوقات ومشاكل كثيرة، وجد لبعضها حلولاً، والبعض الآخر في طريقها إلى التذليل فمنها: مشكلة عدم تحديد شكل أو سريان اتفاق التحكيم. ومشكلة تعدد أطراف التحكيم، ومشكلة تحديد أهلية الأطراف، والمحكم وفقاً للقانون الشخصي أم وفقاً لقانون مكان التحكيم، ومشكلة إدراج شرط تحكيم معيب لا يكفي لضمان سلامة إجراءات التحكيم، ومشكلة الاهتداء إلى محكم عالم بالقواعد المتصلة بالمنازعة، ومشكلة تعدد نظم التحكيم التجاري الدولي ومنظّماته، ومشكلة تباين إجراءات التحكيم، ومشكلة تحديد مكان ولغة التحكيم، ومشكلة عدم تحديد نوع التحكيم المختار حر أم مؤسسي، وطني أم دولي، ومشكلة تحديد مدى أحقية القضاء الوطني بمساعدة ورقابة هيئة التحكيم^(٢).

وكذلك مشكلة تحديد مكان وتاريخ صدور حكم التحكيم في حالة تعدد المحكمين من جنسيات مختلفة في أماكن إقامة مختلفة عن مكان جلسات التحكيم، ومشكلة تفسير مفهوم النظام العام في التحكيم التجاري الدولي هل هو النظام العام الدولي أم النظام العام الداخلي.

(١) د.أحمد مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩م، ص ١٨٣. د.محمد عبد الحالح عمر، النظام القضائي المدني، ص ٩٨. د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨١م، ص ١٩٤ وما بعدها. ديهاء دسوقي، قانون التجارة الدولي الجديد، القاهرة ١٩٩٣م، ص ١٠٠ - ١٠١.

(٢) د.عبد المنعم خلاف، مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، ع ١٩٩٠م، ص ٢، وما بعدها. د.أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم ودور الرقابة القضائية السابقة على إصدار القرار، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٥(١)، ع ٥، تشرين الأول، ١٩٩٤م، ص ٧ وما بعدها.

ومشكلة تباين القوانين في تحديد معيار دولية، وتجارية المنازعة هل على أساس معيار موضوعي أو شخصي أو معيار مختلف، ومشكلة تباين القوانين في المسائل القابلة للتحكيم، وهل تعتبر قابلية الموضوع للتحكيم شرط لصحة اتفاق التحكيم أم شرط للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، ومشكلة إنهاء النزاع أمام محكمة التحكيم باتفاق أطراف التحكيم بعد السير فيه، ومشكلة إلزامية حكم التحكيم وتنفيذه في دول أجنبية^(١).

وأيضاً مشكلات حكم التحكيم بتحديد الأغلبية المطلوبة لصحته، وكتابته، وتوفيق وإمكانية كتابة الآراء المعارضة، وتسيبه، ونهائيته من حيث مدى جواز الطعن فيه أم لا، وتفسيره، وتصحيحه، وقواعد تنفيذه. ومشكلات إجراءات التحكيم بتحديد وقت تقديم طلبه التحكيم، وقواعد سير المرافعات، والمواعيد، وتقديم المستندات، وسماع الشهود، والخبراء، وتنحي المحكم، وانقطاع سير أطراف التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات^(٢).

١١ - اتفاق التحكيم: هو اتفاق الطرفين عند إبرام العقد الأصلي على إحالة أي نزاع بينهما سواء كان في صورة شرط تحكيم La Clause Compromissoire قبل قيام النزاع في العقد الأصلي بين أطرافه. أو في صورة مشاركة تحكيم Le Compromis بعد قيام النزاع في شكل اتفاق منفصل عن العقد الأصلي، حتي ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوي قضائية، متضمنة تحديداً لمسائل التحكيم، وحتى لو تضمن العقد الأصلي شرط تحكيم. وإبرام مشاركة تحكيم لا تلغي شرط التحكيم، وبطلان

- (١) دناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ص ٧٥. د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم ودور الرقابة القضائية السابقة على إصدار القرار، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٥ (١)، ع ٥، تشرين الأول، ١٩٩٤م، ص ٧ وما بعدها.
- (٢) د. عبد المنعم خلاف، مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، مجلة روح القوانين، حقوق طوطا، ع ١٩٩٥، ص ٢، ص ١٩ وما بعدها. دناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ص ٧٥. د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم ودور الرقابة القضائية السابقة على إصدار القرار، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٥ (١)، ع ٥، تشرين الأول، ١٩٩٤م، ص ٧ وما بعدها.

أيهما لا يؤدي إلي بطلان الآخر مالم يتفق الأطراف على غير ذلك ، طبقاً لنص (م/٢١٠) تحكيم مصري ، و(م/١١ ، م/٩١) تحكيم سعودي. أو في صورة تحكيم بالإحالة Arbitrage Par Référence (إحالة صريحة أو ضمنية) وذلك بالإشارة في العقد الأصلي إلي أي وثيقة تتضمن بند تحكيم مكتوب بشرط أن تكون الإشارة أو الإحالة واضحة في اعتبار هذا البند جزءاً من العقد الأصلي طبقاً لنص (م/٣١٠) تحكيم مصري ، و(م/٥) تحكيم سعودي ، و(م/٢٠٣/١) إجراءات مدنية إماراتي ، و(م/٦/٢) تحكيم إنجليزي ، و(م/٣١٠/٣) إجراءات مدنية الماني ، و(art.1443-1 N.C.P.C.F.) ، و(م/٦/٢) تحكيم موريتاني ، و(م/١٠٢١) إجراءات مدنية هولندي ، و(الفصل ٢) مجلة تحكيم تونس ، و(م/٣/١٠) تحكيم عُمانى ، و(م/٧) تحكيم سوري ، و(الفصل ٣٠٩) مسطرة مدنية مغربية ، و(م/٦) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي ، و(م/٧٦٢) أصول محاكمات مدنية لبناني ، و(م/١٦) تحكيم يمني ، و(م/٧) تحكيم بحرينى ، و(م/١١ ، ١٠) تحكيم أردنى ، و(م/٥) تحكيم فلسطينى.

ويعتبر اتفاق التحكيم قانون أطرافه Loi des parties ودستور ، وأساس عملية التحكيم ، ومصدر سلطة المحكم للفصل في النزاع التحكيمى. واتفاق التحكيم يحول بين الشخص وحقه في اللجوء إلي القضاء بشرط أن يكون صحيحاً ؛ أما إذا كان باطلاً أو منعداً فيكون للشخص حق اللجوء إلي القضاء.

ولا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه. فيلزم لإنعقاد إتفاق التحكيم ؛ رضا الطرفين رضاً خالياً من عيوب الغلط ، والإكراه ، والتدليس ، والاستغلال. وأن يكون لكل منهما أهلية التصرف فى الحق محل النزاع ؛ طبقاً لأحكام قانونه الشخصى (م/١١ تحكيم مصرى ، م/١١/١ مدني مصرى). ولا يملك القاصر أو المحجور عليه قبول التحكيم ، وبالنسبة للولي أو الوصي أو القيم فلا يملك قبول التحكيم نيابة عنهم إذ ليس لهؤلاء التصرف فى أموالهم إلا بإذن من القاضي فى الأحوال المقررة قانوناً. وعندما يمثل الوصي قاصراً أمام القضاء فهو لا يملك التحكيم ما لم يستأذن القاضي

المختص، علماً بأن هذا الإذن مقرر لمصلحة ناقص الأهلية، وليس لخصمه التمسك به، وببطلان اتفاق التحكيم لنقص أهلية أحد العاقدین وهو بطلان نسبي لا يتمسك به إلا ناقص الأهلية. ويلزم لإبرام اتفاق التحكيم وكالة خاصة بالتحكيم، ولا تكفي الوكالة العامة. وتكفي الوكالة العامة للمحامي في مباشرة القضايا لتمثيل موكله أمام هيئة التحكيم^(١).

ويجب أن يكون موضوع التحكيم من المنازعات القابلة للتحكيم فيها طبقاً لقانون الإرادة الذي يحكم التحكيم أي من المنازعات القابلة للصالح فيها، والغیر متعلقة بالنظام العام. وأن يكون سبب إتفاق التحكيم مشروعاً. وأن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان بوسائل الإتصال المكتوبة من البريد الإلكتروني، أو الفاكس، أو التلكس، أو الرسائل أو البرقيات أو غيرها طبقاً لنص (م١٢) تحكيم مصري، و(م٩) تحكيم سعودي، و(م٢/٢٠٣) إجراءات مدنية إماراتية، و(م٨) تحكيم سوري، و(م٦) تحكيم موريتاني، و(art.1449.N.C.P.C.F.)، و(م١/٧٦٦) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م١٥) تحكيم يمني، و(م٩) تحكيم أردني، و(م٥) تحكيم فلسطيني. ويطبق علي بطلان اتفاق التحكيم قواعد بطلان العقد ما لم يرد نص خاص في قانون التحكيم، فيجوز النزول عن البطلان النسبي صراحة أو ضمناً، وتتقدم دعوي بطلان اتفاق التحكيم كدعوي بطلان العقد حسب نوع البطلان بثلاث سنوات أو خمسة عشر سنة طبقاً لنصوص (م١٤٠، ١٣٩، ١٤١ مدني مصري)^(٢).

(1) دفتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠١م، بند ٤٥٧، ص ٩٣٥. د.مصطفى الجمال، ود.عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٢٩٢، ص ٤٣٢. تقض مدني ١٩٧٦/٢/٢٦م، طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٧٩.

- Bruno oppotit; La clause arbitrale par rférence; Rév.arb.1990; P.550 ets.

(2) د.مصطفى الجمال، ود.عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٢٩٢، ص ٤٣٢. تقض مدني ١٩٧٦/٢/٢٦م، طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٧٩.

-Bruno oppotit; La clause arbitrale par rférence; Rév.arb.1990; P.550 ets.

وتتطلب تشريعات التحكيم الوطنية والدولية شكلية معينة في اتفاق التحكيم، وتمثل تلك الشكلية في اشتراط كتابة اتفاق التحكيم. بمعنى اشترط شكلية الكتابة سواء أكانت شكلية للانعقاد أم للإثبات في اتفاق التحكيم، وأيا كانت صورته شرطاً أو مشاركة أو شرط تحكيم بالإحالة. ولكن اختلفت تلك التشريعات في تحديد دور شكلية الكتابة في اتفاق التحكيم، هل هي شكلية مطلوبة للإثبات أم للانعقاد؟

فبعض القوانين اعتبرت الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم، وإلا كان باطلاً؛ مثل: (م ١٢) تحكيم مصري، و(م ٢/٩) تحكيم سعودي، و(م ٨٠٧) مرافعات إيطالي، و(art.1443 N.C.P.C.F.) بخصوص شرط التحكيم، و(م ١٠) تحكيم أردني، و(م ٥) تحكيم إنجليزي، و(م ١٢) تحكيم عُماني، و(م ١٥) تحكيم يمني، و(م ٨) تحكيم سوري، و(م ٧٦٣) أصول محاكمات مدنية لبناني بخصوص شرط التحكيم. ولا يثبت اتفاق التحكيم إلا كتابة، ومن ثم لا يمكن إثبات حصول لاتفاق التحكيم باليمين أو بشهادة الشهود مهما كانت قيمة النزاع.

بينما بعض القوانين الأخرى اعتبرت الكتابة شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم، وليست ركناً فيه، ولا شرطاً لصحته، فاتفاق التحكيم من العقود الرضائية يرتب آثاره بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول. فالكتابة هي شرط إثبات لا وجود، وبناءً عليه فإن إقرار الخصم بوجود الاتفاق على التحكيم يغني عن الكتابة. فالكتابة وسيلة إثبات وفقاً للقواعد العامة لا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم، منها: (م ٢/٢٠٣) إجراءات مدنية إماراتي، و(م ٧) تحكيم بحريني، و(م ١٧٣) مرافعات كويتي، و(م ٦) تحكيم موريتاني، و(م ٢/١٩٠) مرافعات قطري، و(الفصل ٦) مجلة تحكيم تونس، و(الفصل ٣٠٧) مسطرة مدنية مغربي، و(م ١٠٢١) مرافعات هولندي، و(م ٧٤٢) مرافعات ليبي، و(م ١٦٧٧) قضائي بلجيكي، و(art.1443.N.C.P.C.F.) بخصوص مشاركة التحكيم، و(م ٧٦٦) أصول محاكمات مدنية لبناني بخصوص مشاركة التحكيم، و(م ٥) تحكيم فلسطيني.

ولا يجوز إجبار أحد علي التحكيم، ولا يجوز للمشرع فرض التحكيم قصراً علي الأشخاص، فلا تحكيم بدون اتفاق تحكيم قائم. فالرضا بالتحكيم لا يفترض، ولذا لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن له أطرافه، تطبيقاً لقاعدة قانونية أمرية، لا يجوز الإتفاق علي مخالفتها، لإخلاله بحق التقاضي كحق دستوري، وحرمان الشخص من قاضيه الطبيعي.

وشرط التحكيم يغني عن مشاركة التحكيم، ولا يشترط تسجيل أو شهر اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة أو إتفاق تحكيم بالإحالة، لأنه ليس من قبيل التصرفات المنشئة أو الكاشفة لحق عيني علي عقار، وليس من قبيل صحف الدعاوي الواجب شهرها، بل أنه اتفاق إجرائي لعرض النزاع علي التحكيم. ولا يعتبر اتفاق التحكيم في ذاته إجراء قاطع للتقدم، لأنه عقد وليس مطالبة قضائية. ولا أثر للقوة القاهرة علي صحة اتفاق التحكيم إلا فيما يترتب عليها من وقف سريان مواعيد التحكيم. ولا يؤدي الاتفاق علي التحكيم شرطاً أم مشاركة أي أثر علي تقدم الدعوي، ولا علي سريان الفوائد، ولا علي مواعيد السقوط والتقدم في الخصومة القضائية، ولا علي ولاية المحكمة القضائية بالدعاوي المستعجلة والأوامر الوقتية. ولا يعتبر الالتجاء إلي قضاء الدولة بالدعاوي المستعجلة والأوامر الوقتية تنازلاً أو إسقاطاً لاتفاق التحكيم. ويجوز الإتفاق علي التحكيم في الخارج بشرط عدم مخالفة للنظام العام والآداب العامة في مصر باعتبارها دولة تنفيذ حكم التحكيم. وإذا تم اتفاق التحكيم في الخارج فإنه يتعين الرجوع في شأن صحته، وترتيب آثاره إلي القانون الأجنبي الذي أنفق علي إجراء التحكيم في ظله. ويجوز لطرفي اتفاق التحكيم مع النزول عنه صراحة بإتفاق جديد أو ضمناً باللجوء للقضاء، فلا يكفي نزول أحدهم دون الآخر^(١).

(١) دفتحي والسي، قانون التحكيم، بند ٩٦ وما بعده، ص ١٨٦ وما قبلها. تقض مدني ١٩٧٥/٣/٥م، طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ق، مج، س ٢٦، ج ١، ص ٥٣٥. تقض مدني ١٩٨٣/٦/١٣م، طعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٩ق، مج، س ٣٤، ج ٢، ق ٢٧٩، ص ١٤١٦.

ومن المبادئ المستقرة فقهاً وقضاءً وتؤكدته التشريعات الحديثة للتحكيم مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي طبقاً لنص (م ٢٣) تحكيم مصري، و(م ٢١) تحكيم سعودي، و(م ٢٣) تحكيم عُمانى، و(م ٦) تحكيم إنجليزي، و(م ٢/١٦٩٧) قضائي بلجيكي، و(م ٤/٨٠٨) مرافعات إيطالي، و(م ١١) تحكيم سورى، و(Art.6/4) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢/٢١) من قواعد اليونسترال، و(art.1446 N.C.P.C.F.)، و(م ٢/٢١) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م ٦) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولى، و(م ١٩) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، و(م ٢٢) تحكيم أردنى، و(م ٥/٥) تحكيم فلسطينى. ولذا فيجوز الحكم بصحة شرط التحكيم إذا كان صحيحاً في ذاته بالرغم من الحكم ببطالان العقد الأصلي أو بفسخه أو بإنهائه أو بتقادمه. كما يجوز الحكم ببطالان شرط التحكيم لعيب ذاتي فيه، رغم صحة العقد الأصلي، ما لم يتفق الأطراف على اعتبار شرط التحكيم شرطاً جوهرياً لرضائهم بباقي بنود العقد الأصلي، فمئذئذ يؤدي بطلان العقد الأصلي إلى بطلان شرط التحكيم. فيعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأصلي، ولا يترتب علي بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر علي شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان شرط التحكيم صحيحاً في ذاته. وذلك نظراً لاختلاف سبب، ومحل اتفاق التحكيم عن سبب، ومحل العقد الأصلي. وللأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، فاتفاق التحكيم عقد يخضع كغيره من العقود لإرادة الأطراف، وقد يخضع الأطراف اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي^(١).

- (1) د.محمود سمير الشراوي، التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري، مجلة مصر المعاصرة، ع ٤٤٩ - ٤٥٠، ص ٨٩، عدد يناير/ إبريل ١٩٩٨م، ص ٢١٠ - ٢١١.
- Alexandre Ditchew; Le contrat d'arbitrage; Rév. arb . 1981; N. 3; P. 395ets.
- Rene David; L' arbitrage dans Le commerce international Economica 1982;P.273 .
- Paris 13 Janv.1984; Rév. arb. 1984; P.530; obs.Barnard.
- Cass. Civ. 2e 17 Nov.1993; Rév. arb . 1995; P.78 ; Note Fouchard.

ويرتب اتفاق التحكيم أياً كانت صورته شرطاً كان أم مشارطه أثراً إيجابياً إجرائياً يتمثل في التزام طرفيه بالخضوع لقضاء التحكيم، والإستمرار في خصومة التحكيم، وذلك بعرض النزاع على التحكيم للفصل فيه بحكم ملزم حائز لحجية الأمر المقضي بدلاً من المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع. وأثراً سلبياً يتمثل في منع الأطراف من عرض النزاع المحدد باتفاق التحكيم على قضاء الدولة، واستبعاد أو منع أو حجب أو إقصاء قضاء الدولة من الفصل فيه، عن طريق الدفع بالتحكيم exception d'arbitrage لو نكص أحد طرفي إتفاق التحكيم عنه ورفع دعوي قضائية، بشرط أن يكون تنفيذ اتفاق التحكيم ممكناً، أي أن يكون صحيحاً. ويجب علي طرفي اتفاق التحكيم تنفيذه بحسن نيه، ولا يجوز الرجوع فيه من جانب أحد طرفيه دون موافقة الطرف الأخر. وتترتب هذه الآثار من لحظة الإتفاق علي التحكيم، ولو قبل اختيار المحكم أو قيامه بمباشرة مهمته التحكيمية. ولا يحول رفع دعوي قضائية لنزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم، دون البدء في اجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم، كنتيجة للأثر الملزم للإتفاق التحكيم طبقاً لنص (م/١٣/٢) تحكيم مصري، و(م/١٠/٢) تحكيم سوري، و(م/١٣/٢) تحكيم عُمانى. والاتفاق على التحكيم لا يمنع القاضي المستعجل من الحكم بالإجراء الوقتي متى توافر شرطي الخطر والاستعجال^(١).

وعلى ذلك يكون لكل من طرفي اتفاق التحكيم الحق في الدفع بالتحكيم، وذهب البعض إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول

(١) دوجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث مقدم إلي مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة، ص ٩٧ وما بعدها. د.حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٥م، ص ١٤١ وما بعدها. د.على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراة حقوق عين شمس ١٩٩٦م، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ١١٥. تقض مدني ٢٦/٣/١٩٨١م، طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ١٧٦، ص ٩٥٣. تقض مدني ١/٦/١٩٧٦م، مج، س ٢٧، ج ١، ص ١٣٨. تقض مدني ٢/٢٥/١٩٧٧م، مج، س ٢٣، ص ١٦٨. تقض مدني ٢/٢٥/١٩٦٥م، مج، س ١٦، ص ٢٢٠.

exception d'irrecevabilité علي أساس تنازل الطرفين عن حق الدعوي القضائية باتفاق التحكيم. أي باتفاق المتعاقدين على الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهما، ويجب التمسك بشرط التحكيم قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه، فالدفع بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة ليس دفعاً موضوعياً. ويجب علي المحكمة القضائية المرفوع أمامها الدعوي الحكم بعدم قبولها عند الدفع بالتحكيم من صاحب المصلحة قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى مالم يتبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو معدوم أو لا يمكن تنفيذه، أي بشرط أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً طبقاً لنص (م/١٣) تحكيم مصري، و(م/١١) تحكيم سعودي، و(م/١٠) تحكيم سوري، و(م/١٣) تحكيم عُمانى، و(م/١٩٢) مرافعات قطري، و(م/١٢) تحكيم أردنى. بينما ذهب البعض الآخر إلي أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الإختصاص exception d'incompetence علي أساس سلب إختصاص المحكمة القضائية لصالح هيئة التحكيم كأثر لإتفاق التحكيم، كما في فرنسا فتحكم المحكمة بعدم إختصاصها (art.1458 N.C.P.C.F.)، و(م/١٧٣/٥) مرافعات كويتي، و(م/١٩) تحكيم موريتانى. وشرط الالتجاء إلى التحكيم في المنازعات لا يتعلق - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية- بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها^(١).

وللمحكمة سلطة الفصل في صحة اتفاق التحكيم قبل الحكم برفض الدفع بعدم القبول، فإذا تبين لها بوضوح بطلان إتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم وجوده، فتستمر في نظر موضوع الخصومة القضائية، لأن

(١) د.محمود بري، التحكيم، بند ٣٧، ص ٦٦ - ٦٧. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٢١٨، ص ١٨١. نقض مدني ١٩٨١/٣/٢٦ م، طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ١٧٦، ص ٩٥٣. نقض مدني ٢٠١٠/٥/٢٧ م، طعن رقم ٧٦ لسنة ٧٦ ق،

قاضي الدعوي هو قاضي الدفع ، ولأن القضاء هو صاحب الاختصاص الأصل. ولا ينعها مبدأ الإختصاص بالإختصاص المنصوص عليه في (م ٢٢) تحكيم مصري، و(م ٢٠) تحكيم سعودي، و(art.1466N. C.P.C.F.)، و(م ٢٥) داخلي، م ٤٦ دولي) تحكيم موريتاني، الذي يخول لهيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية علي عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه ، لأن هذه السلطة لهيئة التحكيم لا تسلب القاضي اختصاصه بالفصل في هذه الدفوع إذا طرحت عليه ، فلا يجوز الزام القاضي باتفاق تحكيم اكتشف بطلانه أو سقوطه أو انعدامه^(١).

والحكم بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود شرط التحكيم هو حكم إجرائي منهي للخصومة القضائية ، يجوز الطعن فيه بالإستئناف عقب صدوره. وإذا حكمت محكمة الإستئناف بإلغاء حكم أول درجة ورفض الدفع ، وجب عليها إعادة القضية إلي محكمة أول درجة للفصل فيها ، لأنها لم تستنفد ولايتها في نظر موضوع الدعوي ، وإحتراماً لمبدأ التقاضي علي درجتين. ولأن الاتفاق على التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ، فمؤدى ذلك أنه ليس للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها ووجوب التمسك به أمامها ، جواز النزول عنه صراحةً أو ضمناً ، ويسقط الحق فيه إذا أثير بعد الكلام في الموضوع. ولا يجوز الادلاء أمام المحكمة القضائية بالدفع بالإحالة إلى المحكم لقيام ذات النزاع أو نزاع آخر مرتبط به أمامه ؛ لأن القاعدة أن هذه الإ-الة لا تجوز إلا بين المحاكم القضائية ما لم ينص القانون على غير ذلك ، والقانون خال من أي نص يميز الإحالة إلى المحكم^(٢).

وليس لأحد أطراف اتفاق التحكيم أن يتخلى عنه أو يعطل مقتضاه بإرادته المنفرد، وإلا جاز للطرف الآخر أن يلجأ لقضاء الدولة استناداً إلى

(١) د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٢١٨، ص ١٨١. تقض

مدني ١٩٧٦/١/٦م، مج، س ٢٧، ج ١، ص ١٣٨.

(٢) تقض مدني ١٩٨١/٣/٢٦م، طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧، مج، س ٣٢، ج ١، ص ١٧٦،

ص ٩٥٣. تقض مدني ١٩٧٦/١/٦م، مج، س ٢٧، ج ١، ص ١٣٨.

ولايته العامة بدعوى لإلزام الطرف الآخر بتنفيذ اتفاق التحكيم. فمقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزاماً بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي اتفاق التحكيم، هو ضرورة قيام كل منهما بتنفيذ اتفاق التحكيم باتخاذ إجراءات التحكيم، والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة وإلا كان مخللاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن اتفاق التحكيم^(١). ويكون ذلك في صورة طلب قضائي بتعين محكم من المحكمة المختصة أو في صورة الدفع بالتحكيم بعد رفع الدعوى القضائية (م/١٧/٢) تحكيم مصري، و(م/١٥/٢) تحكيم سعودي، و(م/١٤، ١٠) تحكيم سوري، و(م/١٦) تحكيم أردني، و(art.1454N.C.P.C.F.)، و(م/١١) تحكيم فلسطيني^(٢).

ويجب عند صياغة اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة مراعاة: تحديد نوع التحكيم المتفق عليه، وتحديد نطاق التحكيم الشخصي والموضوعي، تحديد عدد المحكمين ومؤهلاتهم وجنسياتهم وطريقة تعيينهم، وتحديد مكان أو مقر التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وعلى الموضوع، وتحديد لغة التحكيم، وإدراج شرط النزول عن الحصانات، تحديد مدى سلطة المحكمين في إصدار أحكام وقتية أو اتخاذ تدابير تحفظية، والنص على أن الطريق المتفق عليه هو الطريق الوحيد الذي لا يجوز لأي من الطرفين أن يعترض عليه أي لا يجوز لأي منهما سلوك طريق آخر غيره، والنص على سرية الإجراءات وحكم التحكيم، والنص على ضرورة مراعاة الأوضاع القانونية في بلد التنفيذ خاصة المتعلقة بالنظام العام، حتى يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري، والنص على الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم وأنه إذا انقسمت آراء المحكمين بقدر عددهم وتعدر إيجاد أغلبية صدر حكم التحكيم برأي الرئيس في بعض تشريعات التحكيم^(٣).

- (١) د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، بند ١٢٨ - ١٢٩، ص ٤٣٨.
- (٢) د.حسان عبد السمیع هاشم أبو العلا، مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٤٨٩.
- (٣) د.محيي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم وصورة، مؤتمر تحكيم القاهرة ٢٨ يناير ٢٠٠٠م، ص ٥ وما بعدها.

وينقضي اتفاق التحكيم بإعتبره عقداً بالأسباب العامة لإنقضاء العقد وفقاً للقواعد العامة. فينتضي بتنفيذ طرفي العقد الأصلي التزاماته العقدية كاملة دون وجود منازعة بينهما. كما ينقضي ببطلانه لانعدام أو لنقص أهلية أحد أطرافه، أو لوجود عيب من عيوب الإرادة أو لعدم مشروعية محله أو لعدم مشروعية سببه. وينقضي بإتفاق طرفيه علي إنهائه صراحة بالمراسلات مثلاً أو ضمناً بالتنازل عن الدفع بالتحكيم. كما ينقضي بإنقضاء ميعاد التحكيم دون مد إتفاقي أو قضائي. وينقضي بصدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم في الموضوع محل اتفاق التحكيم، دون امتداد سلطة هيئة التحكيم لإصدار حكم إضافي أو حكم بالتصحيح أو بالتفسير. ويترتب علي إنقضاء اتفاق التحكيم؛ زوال ولاية الفصل في النزاع عن هيئة التحكيم، وانتقالها إلي القضاء صاحب الاختصاص الأصلي. ويترتب علي الحكم ببطلان اتفاق التحكيم، زوال جميع الأحكام الصادرة في خصومة التحكيم، تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان، ولزوال أساس ومناط التحكيم. ويطلان حكم التحكيم لصدوره بعد ميعاد التحكيم، لايمس أحكام وإجراءات التحكيم التي تمت قبل انقضاء ميعاده؛ كالحكم بنذب خبير، أو سماع شهود أو تقرير خبير...فتبقي منتجة لأثارها^(١).

١٢ - وثيقة مهمة هيئة التحكيم

تقوم هيئة التحكيم بعد اختيارها باستلام ملف التحكيم الذي يحتوي على طلب التحكيم، وطلبات المدعي وأدلته ومذكراته، وطلبات المدعي

(١) د. محمود الشقار، التحكيم، بند ١١٠ ومابعده، ص ١٥٨ ومابعدها. دمصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٢٨٢ ومابعده، ص ٥٥٨ ومابعدها. نقض ملني ١٩٥٨/٦/١٩م، مج، س ٩، ص ٥٧١.

- Philippe Fouchard; E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage Commercial International; Litec1996. N.728ets; P.453ets.

- Paris; 9 déc.1987; Rév.arb.1988; P.573.

- Cass.civ.18 Mai1989; Rév.arb.1990; P.913.

عليه وأدلته ومذكراته بالرد... لدراسته وتكوين فكرة عن موضوع النزاع، لتقوم هيئة التحكيم بعد ذلك بإعداد وثيقة مهمة هيئة التحكيم، والتي تتضمن بيانات أطراف التحكيم وعناوينهم وبيانات هيئة التحكيم ومكان ولغة التحكيم وبيان القواعد الإجرائية والموضوعية التي ستطبق ومواعيد الجلسات وتحديد أدلة الإثبات وميعاد التحكيم ومواعيد تقديم المذكرات والمستندات وملخصاً لوقائع النزاع، وطلبات المدعي، وطلبات المدعي عليه، والمسائل التي ستفصل فيها هيئة التحكيم، وتحديد ممثل عن كل طرف...⁽¹⁾.

وتعرض هيئة التحكيم الوثيقة بعد إعدادها على أطراف النزاع التحكيمي الذين لهم حق في بيان رأيهم فيها والتعليق عليها، وذلك قبل اعتمادها والتوقيع عليها من هيئة التحكيم، ومن أطراف النزاع التحكيمي. تكون بمثابة تصور لعملية التحكيم. ثم ترسل وثيقة مهمة هيئة التحكيم إلى مركز التحكيم في التحكيم المؤسسي للمصادقة عليها. ثم تبدأ هيئة التحكيم عملها في المهمة التحكيمية للفصل في النزاع بعد تلك المصادقة طبقاً لنص (١٨م) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، و(١٥م) من لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، و(٧٩٤م) مرافعات ليبي. ورغم أن قانون التحكيم المصري لم ينص علي وثيقة مهمة هيئة التحكيم فإن العمل يجري علي الأخذ بها^(٢).

(1) د. إبراهيم الدسوقي، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، س١٧، ع١٦، ٢ مارس - يونيو ١٩٩٣ ف، ص٩٣ - ٩٥. د. عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، ص٤٥٩ - ٤٦٠. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند٧٥، ص١٧٦ وما بعدها. د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن ٢٠٠٥، ص٢٢٠ - ٢٢٢.

- B. Hanotiau; arbitrage, médiation, conciliation, approches d'Europe continentale et de commun Law; Rév.arb.1996; N.2; P.208.
- Paris; 19 Mars 1987; Rév.arb.1987; P.498; Not. Louis Zollinger.

(2) الإشارة السابقة.

والهدف من وثيقة مهمة هيئة التحكيم التي تنظم في الجلسة التمهيديّة التي تمرّ بها إجراءات التحكيم قبل تصدي هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع التحكيمي هو التقاء أطراف النزاع مع هيئة التحكيم لتحديد محل النزاع، والاتفاق على الإجراءات ومواعيد الجلسات، وترتيب عملية تقديم المستندات... من أجل إنهاء إجراءات التحكيم بسرعة لتوفير الوقت والجهد والتفقات، ووثيقة مهمة هيئة التحكيم لا يمكن أن تحمل محل اتفاق التحكيم، ولا يمكن أن تغني عنه كأساس لعملية التحكيم، لأن الاتفاق على التحكيم لا يفترض، وهو مصدر سلطات هيئة التحكيم، ولا تتأثر إجراءات التحكيم بعدم توقيع أحد الأطراف على وثيقة مهمة هيئة التحكيم، ولا بعدم وجودها أصلاً^(١).

ولذا فإن عدم تحرير وثيقة مهمة هيئة التحكيم أو عدم توقيعها من الأطراف لا يمنع هيئة التحكيم من السير في إجراءات خصومة التحكيم استناداً إلى اتفاق التحكيم. كما أن تحرير وثيقة مهمة هيئة التحكيم لا يغني عن اتفاق التحكيم؛ لأن اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة هو الأصل، بينما وثيقة مهمة هيئة التحكيم فرع، ولا يمكن حلول الفرع محل الأصل، وفي حالة وجود الأصل يمكن الاستغناء عن الفرع. وفي حالة انعدام الأصل ينعدم الفرع كنتيجة ضرورية لذلك. فإذا حكم ببطالان اتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في مواجهة أحد الأطراف فلا تغني عنه وثيقة مهمة هيئة التحكيم. ومن أمثلة وثيقة مهمة هيئة التحكيم، ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في ١٢/٧/١٩٨٤ بخصوص قضية هضبة الأهرام من أن التوقيع على محضر مهمة هيئة التحكيم الذي تتمسك به مصر بعدم تضمينه لاتفاق تحكيم، لا يمكن أن يحل محل اتفاق التحكيم...^(٢).

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٧٠، ص ٣٢٣ وما بعدها. د. إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص، ص ١٠٥ - ١٢٠. د. هادي محمد مجدي، دور المحكم، بند ١، ص ٣. د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم، ص ٢٢١.

(2) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧، بند ٢٠٠، ص ٢٨٨. د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٧٠، ص ٣٢٣ وما بعدها. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٧٨، ص ٢٥٢ وما بعدها.

- Cass. Civ.; 6 Janv.1987; Rév.arb.1987; P.469.

١٣- النطاق الموضوعي للتحكيم:

(١) - النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي: تنقسم الحقوق في الفقه الإسلامي باعتبار من يضاف إليه الحق إلى ثلاثة أقسام:

(أ) - حقوق الله تعالى: وهي الحقوق التي شرعت لحماية الصالح العام من غير اختصاص بأحد. وهذه الحقوق أشبه ما يكون في القانون الوضعي بالأمر المتعلقة بالنظام العام، ولا يملك الإنسان أن يتنازل عنها، ولا يجوز فيها الصلح، ولا تسقط بالإسقاط، ولا تقبل المعاوضة بالمال، ولا يجري فيها الإرث، ولا يملك الفرد ولا الجماعات إسقاطها، ويكون التحاكم فيها إلزامياً أمام القضاء العام لخطورتها، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم مثل: الحدود كحد الزنا، وحد الشرب، وحد السرقة، وحرمان الوارث من الميراث^(١).

(ب) - حقوق خالصة للعباد: وهي الحقوق التي شرعت لمصلحة دينوية خاصة بالفرد دون المجتمع، ويملك الإنسان التنازل عنها، ويجوز فيها الصلح، وتسقط بالإسقاط، وتقبل المعاوضة بالمال، ويجري فيها الإرث، وبالتالي يجوز فيها التحكيم، وهي كثيرة ومتنوعة مثل: عقود المعاوضات كالبيع، والإيجارات، والكفالة بالمال، الديون، حق الشفعة، حق الارتفاق، والحقوق المالية، وما يصح فيه العفو والإبراء. وهذه الحقوق لا يتعلق بها حق للغير عدا أطراف التحكيم، ولا يتعلق بها حق عام^(٢).

(ج) - ما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله فيه غالب كحد القذف، أو ما اجتمع فيه الحقان وكان حق العبد فيه غالب كالقصاص^(٣).

(١) د.محمد رأفت عثمان، القضاء في الفقه الإسلامي، مكتبة الأزهر الخليفة، ١٩٩٢م، ص ٣٠ وما بعدها. د.الهادي السعيد عرفه، المبادئ العادية للتحكيم، ص ٢١٣ وما بعدها. د.إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٦م، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٢) د.محمد رأفت عثمان، القضاء، ص ٣٠ وما بعدها. د.إسماعيل الأسطل، التحكيم، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٣) د.الهادي السعيد عرفه، المبادئ، ص ٢١٣ وما بعدها. د.إسماعيل الأسطل، التحكيم، ص ١٣٣ وما بعدها.

وقد اشترط الفقه الإسلامي في موضوع التحكيم، أن يكون من الحقوق التي يجوز فيها التحكيم. وقد تعددت وجهات نظر المذاهب الفقهية في تحديد ما يجوز، وما لا يجوز فيه التحكيم على أقوال عدة على النحو التالي:

المذهب الحنفي^(١): ذهب الحنفية إلى أنه يجوز التحكيم فيما يملك الأفراد فعله بأنفسهم من حقوق العباد كالإجارة، والرهن، والبيع، والديون، ودعاوى الأموال، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز فيه التحكيم، وما لا يجوز استحقاقه بالصلح لا يجوز فيه التحكيم. أما حقوق الله تعالى فلا يجوز فيها التحكيم كالحدود، والقصاص، واللعان.

المذهب المالكي^(٢): ذهب المالكية إلى جواز التحكيم في الأموال، وما يجري مجرى المال، كالبيع، والرهن، والقصاص فيما دون النفس. وحددوا أموراً لا يجوز فيها التحكيم هي: الحدود، والقصاص في النفس، واللعان، والطلاق، والولاء، والنسب، والعتق، والرشد، والسفه، وأمر الغائب، والوصية... هذه الأمور يحكم فيها القاضي لعظم قدرها أو لتعلق حق لغير الخصمين فيها.

المذهب الشافعي^(٣): عند الشافعية ثلاثة أقوال فيما يجوز فيه التحكيم:

الأول: يجوز التحكيم في كل ما يتحاكم فيه الخصمان مطلقاً كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام.

(١) المسوط لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية بيروت، ج ١٦، ص ١١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج ٧، ص ٢٦. حاشية ابن عابدين ومعها الدر المختار شرح تنوير الإبصار، مطبعة مصطفى الحلبي، ج ٥، ص ٤٣.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري، مطبعة مصطفى الحلبي، ج ٤، ص ١٣٦. حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدرديري، مطبعة مصطفى الحلبي، ج ٤، ص ١٩٨ - ٢٠٠.

(٣) مغني المحتاج على شرح المناهج للحظيب الشريني، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٨م، ج ٤، ص ٣٧٨ - ٣٧٩. نهاية المحتاج للرملي، مطبعة المكتبة الإسلامية، ج ٨، ص ٢٤٢.

والثاني: يجوز التحكيم في كل شيء، ولكنه لا يصح في حدود الله تعالى، وحقوق الله المالية كالزكاة، والكفارات.

والثالث: يجوز التحكيم في الحقوق المالية، وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء ولا يجوز في النكاح، واللعان، والقصاص، والحدود... وذلك لعظيم قدرها.

المذهب الحنبلي^(١): ذهب الحنابلة إلى قولين فيما يجوز فيه التحكيم: الأول: يجوز التحكيم في كل شيء؛ في الأموال، والحدود، والقصاص، والنكاح، واللعان... فالمحكم كالقاضي ينفذ حكمه في كل الأمور حتى مع وجود قاضي بالبلد.

الثاني: ينفذ حكم المحكم في كل شيء إلا في أربعة أشياء: الزواج، واللعان، والقذف، والقصاص... لأنها مبنية على الاحتياط فكان لا بد من عرضها على القضاء.

(٢) النطاق الموضوعي للتحكيم في القانون الوضعي: يتطلب اتفاق التحكيم وجود رضا، ومحل، وسبب، وكتابة طبقاً للقواعد العامة في العقود. فمحل اتفاق التحكيم هو المنازعة التي يراد حلها بالتحكيم، فيجب أن يكون موضوع اتفاق التحكيم موجوداً أو ممكناً وجوده وإلا كان باطلاً، ويجب أن يكون موضوع اتفاق التحكيم معيناً أو قابلاً للتعين وإلا كان باطلاً، كما يجب ألا يكون موضوع اتفاق التحكيم مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان باطلاً. ويجب توافر أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، وألا يشوب الرضا عيباً من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والإستغلال، وأن يكون المحكّم سلطة أو صفة قانونية تخوله الاتفاق على التحكيم^(٣). وإذا تعدد موضوعات الاتفاق على

(1) كشف القناع للبهوتي، طبعة بيروت، ١٩٨٢م، ج ٦، ص ٢٠٣. المغني لابن قدامة، ط ١، ١٩٩٠م، ج ٩، ص ١٠٨. الكافي في فقه الحنابلة لابن قدامة، طبعة بيروت، ج ٣، ص ٤٣٦.

(2) د. محمد نور شحاتة، نشأة الاتفاقية، ص ١٤٨. د. محمد عبد الحميد حسين القاضي، أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، س ١٦، عدد يوليو ٢٠٠١، ص ١٣٢ - ١٣٣.

التحكيم، وكان بعضها يتعلق بالنظام العام دون البعض الآخر، وكانت قابلة للتجزئة، فإن اتفاق التحكيم يبطل في الشق المتعلق بالنظام العام دون الشق الآخر، أما إذا كانت غير قابلة للتجزئة فيبطل اتفاق التحكيم كله^(١). وسبب اتفاق التحكيم هو استبعاد طرح النزاع علي القضاء، و حل المنازعة التي يراد حلها بالتحكيم بواسطة محكمين، فإذا لم توجد هذه المنازعة أو كانت موجودة ثم زالت بطل اتفاق التحكيم لعدم وجود المحل، ولانعدام السبب في ذات الوقت. ويمكن رفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم لعدم وجود السبب أو لعدم مشروعيته قبل صدور حكم التحكيم، ويمكن أن ترفع بعد صدور حكم التحكيم حيث يكون الحكم قد بني على اتفاق تحكيم باطل^(٢). ويجب أن يكون موضوع منازعة التحكيم محدداً أو قابلاً للتحديد في المستقبل، وذلك في اتفاق التحكيم (مشاركة أو شرط) وإلا كان التحكيم باطلاً، فلا يجوز للمحكم أن يقضي بشيء لم يطلبه أطراف التحكيم، ولا بأكثر مما طلبوه، فهو مقيد بما يطرح عليه من منازعات، وإلا خرج عن حدود مهمته، مما يعرض حكمه للطعن فيه بالبطلان^(٣).

ويجب أن تتطابق الإرادتان - الإيجاب والقبول - (م ٣١م - ٣٣ مدني مصري) حول موضوع اتفاق التحكيم، وعناصره، وأسبابه. ويجب أن يكون اتفاق التحكيم شرطاً أم مشاركة مكتوباً وإلا كان باطلاً (م ١٢م) تحكيم مصري، و(م ٢/٩م) تحكيم سعودي. وأن يثبت هذا الاتفاق بالكتابة في ورقة عرفيه (موقعة أو محتومة أو عليها البصمة) أو رسمية أو مصدق على التوقيع عليها أو مثبتة في محضر الجلسة في المحكمة أيا كانت درجتها، ويجب أن يكون الرضا صحيحاً وخالياً من عيوب الإرادة كالغلط أو

- (1) دسامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م، بند ٣٥، ص ٨٦. دحمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٠م، بند ٥١، ص ١٤٠.
- (2) دعزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، بند ٨، ص ١٠٦ - ١٠٧. دفايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٥٥ - ١٥٦.
- (3) دمحمد نور شحاتة النشأة الاتفاقية، ص ١٤٩ - ١٥١.

التدليس أو الإكراه أو الاستغلال (م ١٥٩، ١٥٦، ١٥١، ١٤٧، ٨٣ مدني مصري)^(١).

والأصل أن يتحدد محل التحكيم في اتفاق التحكيم، ويجب أن يكون محل اتفاق التحكيم مشروعاً، بكونه حقاً مالياً، قابلاً للتصرف فيه، جائز الصلح فيه، يقبل التنازع، غير متعلق بالنظام العام أو الآداب العامة. والحكمة من عدم جواز اللجوء للتحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام هو أن تخضع تلك المسائل لرقابة وإشراف السلطة التي يعينها ذلك. فمناط القابلية للتحكيم هو الحقوق المالية بصرف النظر عن مصدرها، وما إذا كان تصرفاً قانونياً كالعقد أو واقعة قانونية كواقعة الفعل الضار أو الفعل النافع، وبصرف النظر عن محلها، وما إذا كان عقاراً أو متقولاً، وبصرف النظر عما إذا كانت علاقة حق عيني كالملكية، والرهن، والامتياز أو كانت علاقة حق شخصي ترد على ذمة المدين بها. وسواء كان النزاع مدني أم تجاري. وسواء كانت العلاقة بين أشخاص القانون الخاص، أو بين أحد أشخاص القانون الخاص وأحد أشخاص القانون العام، أو بين شخصين من أشخاص القانون العام^(٢).

ويجب أن يكون محل التحكيم حق مالي قابلاً للتصرف فيه، وجائز الصلح فيه، وقابلاً للتنازل عنه. ومؤدي ذلك أنه لا يقبل التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه، وهو مالا يجوز الصلح عليه. فما يجوز التصرف فيه، يجوز أن يكون محلاً للتحكيم، متى توافرت الأهلية اللازمة لذلك لدى أطراف التحكيم. وعلى ذلك لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالأموال العامة للدولة، لأنها تخرج عن دائرة التنازل، ولا يجوز التصرف فيها، ما دامت مخصصة للمنفعة العامة، وذلك على خلاف الأموال الخاصة للدولة، حيث تخضع لقواعد القانون الخاص، وتتميز بقابليتها

(١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٤٥٨، ص ٩٣٨. د. محمود مختار بريري، التحكيم، بند ٢٨، ص ٤١ - ٤٣.

(٢) د. سمير الشقراني، معيار التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد مقارناً بالقانون النموذجي، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ٢٢ - ٢٧ / ٣ / ١٩٩٥ م.

للتصرف فيها. وكذلك لا يجوز التحكيم بشأن تصرف يبرمه قاضي في حق من الحقوق المتنازع عليها، فالمنع يستهدف الحفاظ على نزاهة القضاء، ومن ثم يكون التصرف المخالف باطلاً^(١).

والمقتضى (م/٢١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والمضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م فإنه يجوز أن يكون محل اتفاق التحكيم إحدى منازعات العقود الإدارية بعد موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك لاعتبارات الصالح العام، وباعتبار أن الوزير ممثل الدولة في وزارته، ولا خلاف في صحة الاتفاق على التحكيم بالنسبة لعقود الدولة المدنية. بينما نصت (م/٢١٠) تحكيم سعودي علي أنه: "لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك".

وكقاعدة عامة يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم حقاً مالياً قابلاً للتصرف فيه، وقابلًا للتنازل عنه، وجائز الصلح فيه، وغير متعلق بالنظام العام. وعلى ذلك يستبعد من مجال التحكيم منازعات الحقوق غير المالية، والغير قابلة للتصرف فيها، والغير جائز الصلح فيها، والغير قابلة للتنازل عنها، والمتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، ولكن يجوز التحكيم على الحقوق المالية الناشئة عن المسائل المستبعدة من مجال التحكيم. وإذا تم اتفاق تحكيم في منازعة لا يجوز التحكيم فيها، فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، نظراً لافتقاده لركن المحل، الذي يجب أن يكون موجوداً أو معيناً ومشروعاً، وإذا تم التحكيم رغم ذلك بناء على هذا الاتفاق الباطل، فإنه يمكن رفع دعوى بطلانه، كما يجب على قضاء الدولة الامتناع عن إصدار الأمر بتنفيذه. كما يجب على المحكم أن يتخلى عن نظر هذه المنازعة^(٢).

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاء،

س ٣١، ١٤ - ٢، يناير، ديسمبر ١٩٩٩م، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) د. محمد نور شحاته، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء، دار الفكر العربي بالقاهرة، بند ٤٧، ص ٩٥.

ونظراً لأن قاضي الدولة هو الحارس على حماية النظام العام، ولأن النيابة العامة تتدخل وجوباً كقاعدة عامة في القضايا التي تتعلق بالنظام العام، فلا يتصور تدخل النيابة العامة في خصومة التحكيم. فلا يصلح الحق محلاً للتحكيم إذا كان مما يجب أن تتدخل فيه النيابة العامة فيما لو عرض على القضاء، وذلك تنفيذاً لرغبة المشرع بوجود التدخل أمام القضاء من جهة، ولأن النيابة العامة لا تعمل أمام محكمين من جهة أخرى، وأن كل المسائل التي تتدخل فيها النيابة العامة تتعلق بالنظام العام، فلا تكون محلاً للتحكيم عدا المسائل المدنية والتجارية أمام محكمة النقض. وتعلق المنازعة بالنظام العام لا يعني مجرد المساس بالنظام العام، وإنما يتعين أن تحدث مخالفة لنص قانوني أمر بالنظام العام كقاعدة عامة، وتخضع محكمة الموضوع - كمحكمة دعوى بطلان حكم التحكيم أو محكمة الأمر بتنفيذه - لرقابة محكمة النقض في مسألة تعلق أو عدم تعلق موضوع منازعة التحكيم بالنظام العام^(١).

ولا يجوز التحكيم في المسائل التي قصرها المشرع علي اختصاص القضاء الوطني بها. ولا يجوز التحكيم في الأعمال التي تخرج عن ولاية القضاء. كما لا يجوز التحكيم بشأن المسائل المتعلقة بأعمال سلطات الدولة الثلاث التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، فطبيعة الدولة ودستورها يجعلان الرقابة عليها داخلية متبادلة تمارسها كل سلطة على الأخرى. ولا يجوز التحكيم بصدد نزاع على تفسير المعاهدات، أو دستورية قانون، أو قانونية لائحة، أو صحة قرار إداري، أو على إجراء من إجراءات

(1) والنظام العام فكرة مرنة يختلف مضمونها بحسب الزمان والمكان الذي تطبق فيه وما يعد من النظام العام في زمن معين قد لا يعد في غيره، وما يعد من النظام العام في مكان معين قد يعد منها في مكان آخر. وتعني فكرة النظام العام مجموعة الأصول والمبادئ والقيم العليا اللازمة للمحافظة على المصالح الأساسية في المجتمع سواء أكانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو عسكرية أو ثقافية أو دينية أو عرفية أو خلفية... والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي أو المعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٠٨ وما بعدها. د. حسام الدين الأهواني، المسائل التي يجوز فيها التحكيم، ص ٩٣ وما بعدها. د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية، ص ١٤٨ هامش (١).

التقاضي أمام المحاكم، أو رد أحد القضاة. وكذلك المسائل الخاصة بالجنسية باعتبارها تتعلق بحق المواطنة، وهي تمس سيادة الدولة على مواطنيها. بالإضافة إلى المنازعات التي تخرج عن ولاية القضاء الوطني كأعمال السيادة، ومع ذلك يجوز التحكيم في الحقوق المالية الناشئة عن تلك المسائل^(١).

ولا يجوز التحكيم بشأن المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، فهي من الأمور التي ينفرد بها قضاء الدولة. فالنزاع فيها لا يقوم بين أشخاص، وإنما بين المجتمع والمتهمين، فالإتهام لا تملكه إلا سلطات الدولة ممثلة في النيابة العامة كطرف أصلي في الخصومة الجنائية، والنيابة العامة لا تتدخل في خصومة التحكيم. ولأن المحاكم المدنية ممنوعة من الفصل في المسائل الجنائية كقاعدة عامة، بالتالي تمنع هيئات التحكيم من نظر المسائل الجنائية من باب أولى. وترتيباً على ذلك كقاعدة عامة فلا يجوز للمتهم التحكيم مع النيابة العامة في الجرائم والعقوبات أياً كان نوعها، باستثناء الجرائم التي يجوز فيها الصلح كمخالفات المرور والجمارك والضرائب^(٢).

ويقصد بالجرائم التي يمتنع فيها التحكيم: تلك الأفعال التي يجرمها القانون الجنائي. فإذا ورد نص في قانون آخر غير القانون الجنائي يفرض عقوبات جنائية لفاعلية قواعده، فلا يعني ذلك امتناع التحكيم. فالنظام العام في مجال التحكيم لا يؤخذ بمدلول واسع. ولا يوجد ما يمنع التحكيم في الحقوق المالية الناشئة عن الجريمة^(٣).

وقد يعلق المشرع حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية أحياناً على تقديم شكوى من مجني عليه، كما هو الحال في جرائم السب،

- (1) د.حسام الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، ص ٩٩. دمصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٠٨، ص ١٦٢ وما بعدها.
- (2) ديس محمد يحيى، عقد الصلح، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٧٨م، ص ٤٢٦. د.أشرف الرفاعي، اتفاق التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ج ١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣، تقص مدني ١٢/٢/١٩٨٠م، طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٧ق، مج، ص ٣١، ق ٣٦٩، ص ١٩٨٩.
- (3) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١١٣. تقص مدني ١٩٩٦/٥/٢٦م، طعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٠ق، مج، ص ٤٧، ج ١، ق ١٦٢، ص ٨٦٣.

والقذف، والزنا، والسرقعة بين الأصول والفروع. وأحياناً أخرى على تقديم طلب كتابي من جهة حكومية كما هو الحال في جريمة العيب في حق رئيس دولة أجنبية. وأحياناً ثالثة على إذن خاص من جهة حكومية كما هو الحال في تحريك الدعوى الجنائية ضد القضاة أو أعضاء مجلس الشعب. ففي مثل هذه الأحوال سوف يعتبر الاتفاق على التحكيم بمثابة تنازل عن الحق في الشكوى أو الطلب تنقضي به الدعوى الجنائية، وهذا التنازل جائز في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى الجنائية حكم نهائي (م ١٠م) إجراءات جنائية مصرية^(١).

ولا يجوز التحكيم بشأن المسائل المتعلقة بالأموال العامة للدولة، والأموال المخصصة للمنفعة العامة، والضرائب، والرسوم المستحقة للدولة. نظراً لأن هذه المسائل تتعلق بنظام الدولة، والفصل فيها لا يكون إلا للقضاء وحده، فلا يجوز اللجوء للتحكيم بصدد نزاع على استحقاق ضريبة معينة تفرضها الدولة أو على مقدار الضريبة المستحقة، والرقابة على قرارات الإدارة بشأن الضرائب^(٢). ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز التصرف فيها المتعلقة بالنظام العام. كالحقوق المعنوية، والحقوق الذهنية، وحقوق الملكية الصناعية، كحق امتلاك الرسوم والنماذج والعلامات التجارية، وبراءات الاختراع، ومسائل الإفلاس، وتراخيص الصحة العامة أو الأمن العام نظر لتدخل النيابة العامة في تلك المسائل^(٣). كما لا يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي، والتنفيذ. فلا يصح التحكيم حول ما إذا كانت الخصومة أمام محكمة الدولة قد زالت لسبب إجرائي كالسقوط، أو الترك، أو اعتبارها كأن لم تكن أو اعتبار أطراف التحكيم حاضرين أو غائبين أمام قضاء الدولة، ودعوى رد القاضي، ومنازعات التنفيذ الموضوعية أو الوقتية التي يترتب عليها صحة

(١) دمصطفى الجمال، دعكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٠٩، ص ١١٦.

(٢) دحسام الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، ص ١٠٠.

(٣) دعزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١١٦ - ١١٨. دمصطفى الجمال، دعكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١١٧، ص ١٧٨ وما بعدها.

أو بطلان إجراءات التنفيذ كدعوى رفع الحجز، وصحة الحجز، وعدم الاعتراد بالحجز، وقصر الحجز، والاعتراض على قائمة شروط بيع العقار المحجوز عليه أو الحكم بصحة أو بطلان إجراء من إجراءات التقاضي أمام قضاء الدولة... لأن هذه المسائل تنظم أمر متعلق بالنظام العام، ويتعلق بها حق للغير. ولذلك لا يصح فيها التحكيم، ولا ينظرها غير قضاء الدولة^(١).

ولا يجوز التحكيم في بعض مسائل الأحوال الشخصية؛ كالمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، وأهليتهم، والولاية عليهم، والزواج، والطلاق، والنسب، والنفقة، والحضانة، والميراث، والوصية، والقوامة،...^(٢). وترتيباً على ذلك فلا يجوز التحكيم في منازعة الزواج بالمحرمات، أو إثبات الطلاق، أو فسخ الزواج أو بطلان الوصية، أو دعوى إثبات أو نفي النسب أو دعوى الوقف، أو دعوى صحة أو بطلان عقد زواج أو حضانة صغير، أو دعوى الحجر أو حق الزوجة في النفقة، أو حق الزوج في الطلاق... كما لا يجوز التحكيم في منازعة تتعلق بأهلية شخص لاكتساب حق معين كحقه في التملك أو حقه في الانتخاب...^(٣)، ومع ذلك يجوز التحكيم في الحقوق المالية الناشئة عن تلك المسائل.

وقد نصت تشريعات التحكيم على المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم مثل: (م ١١) تحكيم مصري، و(م ٢/٢) تحكيم سعودي، و(م ١٩٠)

(1) د.عزمي عبد الفتاح قانون التحكيم، بند ٧، ص ١٠٦. د.محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم، بند ٤٦، ص ٩٣.

(2) د.حسام الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، ص ١٠٠. د.أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص ١٦٠. قرض ملني ٢٠١٢/٢/٢٠م، طعن رقم ٣١٨٨ لسنة ٦٦ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(3) د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١١٠، ص ١٦٦ - ١٦٧. د.محمود السيد التحوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد للنشر بالإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ١١٥.

مرافعات قطري، و(الفصل ٣٠٦) مسطرة مدينة مغربي، و(م٣) تحكيم
 يمني، و(م٩) تحكيم أردني، و(م٢/٩) تحكيم سوري، و(م٢٥٤)
 مرافعات عراقي، و(م٧٤٠) مرافعات لبيبي، و(م٧) تحكيم تونسي،
 و(م١٧٣) مرافعات كويتي، و(م٤/٢٠٣) إجراءات مدينة إماراتية، و(م
 ١١) تحكيم عُماني، و(م٢٥٤) مرافعات عراقي، و(م١٧٣) مرافعات
 كويتي، و(م٧٦٥) أصول محاكمات مدينة لبناني، و(م٤٤٢) إجراءات
 مدينة جزائري، و(م٨) تحكيم موريتاني.

١٤- النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم: لا يسري اتفاق التحكيم
 إلا على أطرافه فقط دون غيرهم، ويمتد أثره إلى من يعتبر طرفاً فيه، حتى
 ولو لم يوقع بنفسه على اتفاق التحكيم، إذا كان من وقع على الاتفاق يمثله
 بموجب وكالة خاصة اتفاقية أو قانونية أو قضائية. ويعتبر ممثلاً في اتفاق
 التحكيم: خلف الأطراف سواء كان خلفاً عاماً كالورثة أم خلفاً خاصاً
 ومن في حكمهما من الدائنين، والموكلون بموجب توكيل خاص. ولا
 تنصرف آثار اتفاق التحكيم إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، ولم تربطه
 صلته ما بأي من طرفي اتفاق التحكيم، سواء كانت هذه الآثار حقاً أم
 التزاماً (م١٤٥ مدني مصري)^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن: "التنظيم القانوني للتحكيم
 إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض
 المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة
 عقدية أو غير عقدية، بإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد
 نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل
 هيئة التحكيم وسلطاتها، وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى
 تخلف الاتفاق أمتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا
 يحتاج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته"^(٢).

- (١) دم.مصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به،
 بحث مؤتمر تحكيم القاهرة، ٢٨ يناير ٢٠٠٠م، ص١ وما بعدها. د.محمد نور شحاته،
 مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، بند٤٧، ص٥٥. تقض
 مدني ٢٢/٦/٢٠٠٤م، طعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٥، ق ١١٧، ص ٦٣٨.
 (٢) تقض مدني ٢٢/٦/٢٠٠٤م، طعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٥، ق ١١٧،
 ص ٦٣٨. تقض مدني ٢٢/٣/٢٠١٢، طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٨٠ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

وعلى ذلك فلا يستطيع الغير التمسك باتفاق تحكيم لم يكن طرفاً فيه، كما لا يستطيع أطراف اتفاق التحكيم إلزام الغير به، كما لا يجوز للغير الاعتراض على تنفيذ اتفاق التحكيم، ما لم يوجد رضاً باتفاق سابق أو لاحق على النزاع بين الأطراف والغير على ذلك. ولكن ليس لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه إمكانية توسيع النطاق الشخصي لأطراف خصومة التحكيم بالتدخل أو الإدخال إلا باتفاق جميع الأطراف استثناءً؛ نظراً لخصوصية خصومة التحكيم التي تميزها عن الخصومة القضائية^(١).

غير أنه استثناء من نسبية آثار اتفاق التحكيم، فقد يترتب الاتفاق أحياناً آثاره بالنسبة للغير: فشرط التحكيم في عقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير لا يمكن أن يلزم به الغير، ولكن للغير أن يستفيد منه إذا صدر الحكم لصالحه. وشرط التحكيم في عقد بين الدائن والمدين لا يسري في مواجهة الكفيل، ولكن إذا صدر حكم التحكيم لصالح الدائن فله أن يحتج بهذا الحكم في مواجهة الكفيل، واتفاق التحكيم مع الشركة الأم يمتد أثره إلى فروع هذه الشركة الأم التي كانت تعلم بوجوده ومحتواه، ولو لم توقع على العقد الذي تضمن شرط التحكيم^(٢).

أما بالنسبة لخصومة القضائية فقد تتسع أطرافاً غير المدعى، والمدعى عليه، ويتسع نطاقها الشخصي بعد سيرها عن طريق تدخل شخص من الغير لم يكن طرفاً فيها عند بدءها (م ١١٧، ١٢٦ مرافعات مصري). استناداً إلى وجود مصلحة له في تدخله أو مصلحة لأحد الأطراف في إدخاله، سواء كان التدخل انضمامياً للدفاع عن أحد الأطراف، أو كان تدخلاً هجومياً أو اختصامياً بقصد المطالبة بحق شخصي له في مواجهة

(١) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، بند ١٨٤، ص ٣٣٦ - ٣٣٨.

د. مختار بيري، التحكيم، بند ٣١، ص ٥١.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ١٣١، ص ٤٦؛ وما بعدها. نقض مدني ١٩٧٥/١/٢٧م، طعن رقم ٤٢٩، لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٦، ج ١، ق ٥٨، ص ٢٥٧. نقض مدني ١٩٦٦/١/١١م، طعن رقم ٢٨٩، لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٧، ج ١، ق ٨، ص ٦٥.

المدعي أو المدعي عليه، أو كان إدخاله خصماً في الدعوى بناءً على طلب أحد الأطراف ليكون الحكم حجة عليه، والحكم عليه بنفس الطلبات، أو لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، أو كان الإدخال بناءً على طلب المحكمة لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة (م ١٨ مرافعات مصري)، وفي جميع الأحوال يجب توافر المصلحة، والارتباط بين طلب التدخل أو الإدخال وبين الدعوى الأصلية.

ونظراً لخصوصية خصومة التحكيم، فيتحدد نطاقها الشخصي بأطراف اتفاق التحكيم. فلا يتسع نطاقها الشخصي إلى غير أطرافها، حتى ولو امتد أثر اتفاق التحكيم، إلا باتفاق جميع أطراف خصومة التحكيم والغير. ولذلك فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم الحكم بالتدخل الانضمامي أو الهجومي أو بالإدخال في خصومة التحكيم كأصل عام ما لم يتفق جميع الأطراف على غير ذلك، سواء باتفاق مسبق على قيام النزاع أو باتفاق لاحق عليه كأن يتفقا على إمكانية تدخل الكفيل أو الضامن لأحدهما أو للغير للمطالبة بحق شخصي له يرتبط بخصومة التحكيم أو أن يتفقا على طلب أحدهما بإدخال شركة التأمين بعد موافقتها. وعلة ذلك أن سلطة المحكم تستمد من اتفاق التحكيم، وهو نسبي الأثر، ولا يلزم الغير بالخضوع لسلطة المحكم، ولا يملك المحكم إلزام شخص بالمثل أمامه لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، ولهذا فلا تقبل دعوى الضمان الفرعية أمام هيئة التحكيم، إلا إذا كان الضامن طرفاً في اتفاق التحكيم (١).

١٥ - أنواع التحكيم: يتخذ التحكيم بصفة عامة صوراً متعددة لكي تغطي كافة المنازعات وخيارات الأطراف. فمن حيث الأساس الذي يستند إليه إلى تحكيم اختياري، وتحكيم إجباري. ومن حيث السلطة الممنوحة للمحكمين عند الفصل في موضوع النزاع إلى تحكيم بالقضاء أو بالقانون

(١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٤٧٨، ص ٩٧٤. تقض مدني ١١/٥/٢٠١٠م، طعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٧٨ ق،

أو مقيدة، وتحكيم بالصلح أو مطلق. ومن حيث أسلوب اختيار أطراف النزاع لطريقة التحكيم إلى تحكيم حر، وتحكيم منظم أو مؤسسي. ومن حيث عناصر التحكيم وطني، وتحكيم دولي، وتحكيم أجنبي. وتتناول أنواع التحكيم المختلفة لمعرفة أهمية كل نوع ووظيفته في حل المنازعات المختلفة بوسيلة سلمية.

(أ) - التحكيم الاختياري، والتحكيم الإجباري: يكون التحكيم اختياراً متى كان للأطراف حرية كاملة في اللجوء إليه بمحض إراداتهم. أي يكون للأطراف حرية كاملة في اللجوء إلى القضاء أو اللجوء إلى التحكيم، ولكنهم بإراداتهم اختاروا طريق التحكيم، كوسيلة لفض منازعاتهم في مسألة معينة. بمعنى أن التحكيم يكون اختيارياً إذ لم يكون اللجوء إليه أمراً مفروضاً على الأطراف. والأصل أن يكون التحكيم اختيارياً، وليس إجبارياً؛ لأنه يجب على الدولة أن لا تتخلى عن القيام بواجبها في تحقيق العدل لمواطنيها، وذلك بالتخلي عن وظيفتها القضائية، وتفرض على الأطراف اللجوء إلى التحكيم. والتحكيم الاختياري الذي يتفق عليه طرفي النزاع بإرادتهما الحرة، وهو محل سريان أحكام قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م (م ٤ تحكيم مصري) كقانون عام للتحكيم في مصر، وفي المملكة العربية السعودية يعد التحكيم اختيارياً كأصل عام. وهذا النوع من التحكيم يركز بصفة خاصة على دعامين أساسيتين هما: إرادة الأطراف، واعتراف المشرع بهذه الإرادة^(١).

ويكون التحكيم إجبارياً إذا جعله المشرع في بعض المنازعات أمراً واجباً مفروضاً على إرادة الأطراف، ولا يملك الأطراف معه رفع هذه المنازعة إلى قضاء الدولة، الذي لا يكون له سلطة حسم تلك المنازعة ابتداءً، وإنما يجب على الأطراف اللجوء إلى التحكيم الإجباري. بمعنى أنه

(1) دفتحي والي، قانون التحكيم، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧م، بند ١٣، ص ٣٢ - ٣٦. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٧م، ص ٧. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٤م، ط ١، ص ١١ وما بعدها. د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم، بند ١، ص ٢٠ - ٢١.

في التحكيم الإلزامي تنعدم إرادة أطراف النزاع ويصبح مفروضاً عليهم بناءً على قاعدة قانونية أمرة متعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها. والتحكيم الإلزامي أمر غير دستوري لأنه يعارض وينتهك حق التقاضي كحق دستوري لكل مواطن بواسطة قاضيه الطبيعي، والذي لا يجوز حرمانه منه إلا باتفاق إرادي^(١).

وفرض التحكيم الإلزامي قسراً وتسلطاً وكرهاً أمر غير دستوري؛ لأنه يناهض الأصل في اعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن إرادة حرة وباتفاق أطرافه، وفيه قيوداً ومصادرة لحق التقاضي واللجوء إلى القاضي الطبيعي كحق دستوري. مثل التحكيم في منازعات شركات القطاع العام (م ٦٦) من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣م والتي لم تخضع بعد لقانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١م. وعلي ذلك لا يسري قانون التحكيم (الاختياري) المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على شركات القطاع العام التي لم تتحول إلى شركات قابضة لخضوعها للتحكيم الإلزامي بنص (م ٥٦) من قانون هيئات القطاع العام رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣م، علي اعتبار أن تلك الشركات لاتتناقض مصالحها وتؤول أموالها في النهاية إلى ذمة مالية واحدة، ذمة الدولة^(٢).

ويجب عدم الخلط بين التحكيم الإلزامي، وقضاء الدولة. فالحكم القضائي له قوة تنفيذية، أما حكم التحكيم الإلزامي فلا يحوز القوة التنفيذية إلا بعد شموله بأمر التنفيذ. والتحكيم الإلزامي قد يأخذ إحدى صورتين هما: أما أن يكتفي المشرع بفرض التحكيم الإلزامي، ويترك

(١) فتحي عبد الصبور، البحث المقدم منه في الدورة العامة لإعداد المحكمين، بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠٠١م، ج ٢، ص ٥٠.

(٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٣، ص ٣٤. د. محمود الشرفاري، التحكيم، بند ٨، ص ١٦ وما بعدها. د. أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر، رسالة دكتوراه؛ حقوق القاهرة ٢٠٠٢، بند ٦، ص ٥٨. د. رضا عبد الحميد، الشركات القابضة والشركات التابعة وفقاً لأحكام القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١م، ص ٥٩. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٩م، بند ٢٩٥، ص ٢٣٠. دستورية عليا ١١/٥/٢٠٠٣م، قضية رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م. دستورية.

للأطراف حرية اختيار المحكم، وتعين إجراءات التحكيم. وإما أن يتدخل
المشرع فيضع تنظيماً قانونياً أمراً لمنظومة التحكيم الإجباري بدون أي
تدخل لإرادة أطراف النزاع في التحكيم^(١). وليس لأي من أطراف
منازعات التحكيم الإجباري رفعها إلى المحكمة القضائية المختصة أصلاً
بنظرها، بل يجب رفعها إلى هيئة التحكيم الإجباري، وذلك سواء رفعت
الدعوى بصفة أصلية أو في صورة دعوى فرعية. والتحكيم الإجباري يعتبر
استثناءً لا يجوز التوسع في تفسير حالاته أو القياس عليها^(٢).

ولذلك فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر رفضت نظام التحكيم
الإجباري، مؤكدة علي الطبيعة الرضائية للتحكيم (التحكيم الإختياري)
إذ أنه مكنة اختيارية يمارسها طرفي النزاع بمقتضى اتفاق تحكيم، وأن
التحكيم الإجباري لا يتفق مع فلسفة التحكيم والأساس الاتفاقي
الرضائي للتحكيم، والذي يستمد منه مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم
بين طرفيه. ولذا قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية
(م/١٨، ٧، ٦، ٥، ٤، ٣، ٢) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧م بإنشاء بنك
فيصل الإسلامي في المنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه(٣). وبعدم
دستورية (م/٥٧) من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م في المنازعات
بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشأها أو قيمتها^(٤). وبعدم
دستورية (م/١٧، م/٣٥، م/٣٦) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١م بشأن
الضريبة العامة علي المبيعات في المنازعات التي تحدث بين الممولين
ومصلحة الضرائب^(٥). وبعدم دستورية (م/١٠، م/٥٢) من القانون رقم
٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق المال في المنازعات بين المتعاملين في مجال

- (١) د.محمود سمير الشرقاوي، التحكيم الاجباري في مصر، ندوى التحكيم بالقاهرة
١٩٨٨م، ص ١٧.
- (٢) د.محمود التحيوى، التحكيم، ص ٣٨ وما بعدها.
- (٣) دستورية عليا ١٧/١٢/١٩٩٤م، قضية رقم ١٣ لسنة ١٥ دستورية.
- (٤) دستورية عليا ٣/٧/١٩٩٩م، قضية رقم ١٠ لسنة ٢٠ ق. دستورية، مج، ج ٩، ق ٣٩،
ص ٣١٦.
- (٥) دستورية عليا ٦/١/٢٠٠١م، قضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق. دستورية.

الأوراق المالية^(١). وبعدم دستورية (م١٧) من النظام الداخلي للاتحاد التعاوني الإسكاني المركزي، وقراري وزير الإسكان رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١م، ورقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢م بشأن الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان في المنازعات بينها وبين أعضائها^(٢).

ويترتب علي الحكم بعدم دستورية نص غير ضريبي في قانون أو لائحة؛ عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشرالحكم في الجريدة الرسمية (م٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م)، ومن ثم فلا يجوز تطبيق هذا النص من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستوريته في الجريدة الرسمية، ويمتنع على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها تطبيقه. فإن تم تطبيقه من القضاء أو هيئة التحكيم رغم ذلك، فإن الحكم المبني عليه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، ويكون محلاً للطعن عليه، وهو أمر متعلق بالنظام العام. وللحكم بعدم دستورية النص أثر رجعي، فلا ينسحب أثره إلي المستقبل فقط، بل ينسحب أيضاً علي الوقائع السابقة علي صدور الحكم بعدم دستورية النص، ما لم يكن قد صدر حكم بات قبل الحكم بعدم الدستورية، فالحكم البات يمنع أعمال الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية. والحكم بعدم دستورية التحكيم الإيجاري لا يمنع الأطراف من اللجوء إلي التحكيم الاختياري بإتفاق تحكيم جديد طبقاً لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م^(٣).

وقضت محكمة النقض المصرية بشأن تحديد طبيعة التحكيم الطبي وفقاً للقانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بأن: "قواعد التحكيم الطبي المنصوص عليها في

(١) دستورية عليا ١٣/١/٢٠٠٢م، قضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ق. دستورية، الجريدة الرسمية بالعدد ٤ تابع بتاريخ ٢٤/١/٢٠٠٢ف.

(٢) دستورية عليا ١١/٥/٢٠٠٣م، قضية رقم ٣٨ لسنة ٢٣ق. دستورية، الجريدة الرسمية، ع٢٢، صادر في ٢٩مايو ٢٠٠٣م.

(٣) دفتحي والي، "قانون التحكيم، بند ١٣، ص ٣٥. دستورية عليا ٣٠/١١/١٩٩٦م، قضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق. دستورية. تقض مدني ٢٩/٥/١٩٩٧م، طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٦ق. تقض مدني ١٨/٥/١٩٩٩م، طعن رقم ٧٧٧ لسنة ٦١ق (هيئة عامة).

القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥م لا تعدو أن تكون تقريراً لقواعد تنظيمية للتيسير على العامل في اقتضاء حقوقه وأن عدم سلوك سبيلها لا يجرمه من حقه الأصلي في الالتجاء مباشرة إلى القضاء إذا لم يرغب في التحكيم^(١).

(ب) - التحكيم بالقضاء، والتحكيم بالصلح: الأصل هو التحكيم العادي أو بالقانون أو بالقضاء أو المقيد، الذي يؤدي فيه المحكم نفس دور القاضي. فللمحكم سلطة الحكم في النزاع مع التقيد بالقواعد الموضوعية والإجرائية للقانون الواجب التطبيق على التحكيم. فتصبح سلطة المحكم مقيدة بالقواعد القانونية الموضوعية، والإجرائية الواردة بالقانون الاتفاقي لأطراف التحكيم، ويعمل على تطبيقها للوصول إلى حكم صحيح غير مشوب بأي بطلان. فلا يلتزم المحكم بإتباع إجراءات وشكليات التقاضي المطبقة أما قضاء الدولة، وإنما يلتزم بإجراءات التقاضي التي يحددها أطراف التحكيم، كما يلتزم باحترام الضمانات الأساسية للتقاضي (م٢٥) تحكيم مصري، و(م٣٨) تحكيم سعودي^(٢).

أما في التحكيم بالصلح فلا يلزم المحكم بالصلح بتطبيق قواعد القانون الإجرائي أو الموضوعي؛ بإستثناء المبادئ الأساسية، والقواعد المتعلقة بالنظام العام، لحماية المصلحة العامة؛ كسعر الصرف، والتسعير الجبري، والضرائب، والافلاس، والبورصة. ويحكم المحكم بالصلح بحرية كبيرة كاملة وفقاً لقواعد العدالة والانصاف، ودون التقييد بأحكام القانون، ويصرف النظر عن موافقة، وعدم موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي طبقاً لنص (م٤/٣٩) تحكيم مصري، و(م٢/٣٨) تحكيم سعودي، و(art.1474; 1497. N.C.P.C.F.). كما لا يتقيد بقواعد المرافعات، ولا

(1) قرض مدني ٢٠/١١/٢٠١١م، طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٦٨ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(2) د.عبد الحميد الأحمد، التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، ع٣، ص٦٥. د.أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص٤٤.

- Paris; 2Déc.1977; Rév.arb. 1979; N.4; P.246-247.

تسري على أعماله الجزاءات المقررة بقانون المرافعات، فلا يطبق قواعد القانون بمخالفاتها، وإنما يلتزم بقواعد قانون التحكيم، ما لم يرد اتفاق لطرفي التحكيم على غير ذلك^(١).

ويعتبر التحكيم بالصلح استثناءً من الأصل وهو التحكيم بالقضاء، لذا يجب أن يكون منصوصاً عليه في اتفاق التحكيم صراحةً أو ضمناً، فلا يكون إلا باتفاق أطرافه صراحةً أو ضمناً، وإذا لم ينص في اتفاق التحكيم على تفويض المحكم بالصلح، فإنه يكون محكم عادي أو بالقانون. كما يجب الالتزام بالتفسير الضيق لهذا الاتفاق. ويجوز للمحكم المفوض بالصلح رخصة تطبيق قواعد القانون إذا قدر أنها الحل الأكثر عدالة، بتوفير حل عادل للنزاع، بتكامل العدالة والقانون، في شكل العدل المثالي أو النموذجي الذي تسوده روح التصالح. ويخضع حكم التحكيم بالصلح لذات الطرق المقررة للطعن على حكم التحكيم بالقضاء^(٢).

وقد أقر نظام التحكيم السعودي الجديد التحكيم بالصلح، ولم يفرق بينه وبين التحكيم القضاء إلا من حيث حق هيئة التحكيم بالصلح في أن تحكم وفق مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، ووجوب صدور الحكم في التحكيم بالصلح بالإجماع، في حين أنه في التحكيم بالقضاء يكفي صدور الحكم بالأغلبية (٢/٣٨م، ٤/٣٩م تحكيم سعودي). لذا يعتبر التحكيم بالصلح تعبير عن إرادة صادقة من طرفي النزاع في التعاون المشترك

(1) د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٥م، ص٧-٨. د.محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وتانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، رسالة دكتوراه، حقوق النوفية ١٩٩٤م، ص٧٨. د.خالد الحميد الأحمد، التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي والقوانين الأوربية، ندوة التحكيم بالقاهرة ١٩٨٩م.

(2) د.حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٥م، ص٣٩٩ وما بعدها. نقض مدني ١٦/١٢/١٩٧٦م، طعن رقم ١٧٧، لسنة ٤٠ ق، مج، ص ٢٧، ج ٢، ق ٣٢٤، ص ١٧٦٩.

- Paris; 4 Nov. 1997; Rév.arb. 1998; N.4; P.704.

-Paris; 7 Oct. 1981; Rév.arb. 1984; P.360.

- Paris; 28 Fév. 1980; Rév.arb. 1980; P.538; Obs. Loquin.

واستمرار التعايش السلمي، واستمرار العلاقة فيما بينهم، ويطلق عليه التحكيم الطليق أو غير المقيد أو الحر.

(ج) - التحكيم الحر، والتحكيم المنظم أو المؤسسي: التحكيم الحر أو الخاص هو التحكيم الذي يعطي لإرادة الأطراف حرية كاملة في تحديد مكان التحكيم، والقواعد الموضوعية والإجرائية التي يتبعها المحكم المختار من الأطراف للفصل في نزاع معين بينهما، بما لا يتعارض مع قواعد النظام العام، وفقاً للقواعد المحددة من الأطراف أو التي فوض الأطراف المحكم في تحديدها أو وفقاً للقواعد العامة في التحكيم^(١).

أما التحكيم المنظم أو المؤسسي أو المقيد هو التحكيم الذي تتولاه هيئات منظمة استناد إلى قواعد وإجراءات محددة بالاتفاقات الدولية أو بالنظام الأساسي لهيئة التحكيم أو محكمة التحكيم أو جمعية التحكيم أو مركز التحكيم أو غرفة التحكيم أو لجنة التحكيم. ومؤسسات التحكيم الوطنية والدولية العامة والخاصة في التحكيم الدولي تتجاوز أكثر من أربعة آلاف مؤسسة، ومعيار التحكيم المنظم هو توافر إرادة الأطراف في الموضوع مقدماً للائحة مؤسسة التحكيم. وأصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في التحكيم التجاري الدولي نظراً للإمكانيات المالية، والإدارية، والخدمية، والتنفيذية التي تتمتع بها مؤسسات التحكيم. وتوصف مؤسسات التحكيم بالتخصص لأن التحكيم هو وظيفتها، كما توصف بالدوام، لأنها لا تقف عند عملية تحكيم بعينها، بل أنها قائمة بصفة مستمرة، لتلقي ما يعهد إليها من عمليات التحكيم^(٢). والإحالة إلى التحكيم المؤسسي يترتب

(1) د. أحمد حسان الغندور، التحكيم، ص ٤٩ وما بعدها.

- P.H. Fouchard; L'arbitrage Commercial international; Thèse Dijon; Dalloz; Paris 1965; N.274; P.164.

(2) د. سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٦م، بند ١٥، ص ٣٥ - ٣٦. د. أحمد شرف الدين، بحث مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، ندوة القاهرة للتحكيم ١٩٩١م، ص ٤٦ - ٤٧. د. علي يركات، خصومة التحكيم، بند ١٤، ص ١٦. - R. David; L'arbitrage; op. cit.; N.41; P.49.

عليه الأخذ بما ورد في نظامه القانوني خاصة فيما يتعلق بطريقة اختيار المحكم، والقواعد الواجبة التطبيق ما لم يتفق الأطراف على خلافها، وهذه الإحالة تعني الأطراف من التصدي لكل تفصيلات اتفاق التحكيم اكتفاءً بما ورد باللائحة الداخلية لمؤسسات التحكيم.

(ح) - التحكيم الداخلي أو الوطني، والتحكيم الدولي، والتحكيم الأجنبي: يكون التحكيم وطنياً إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها وهي: موضوع النزاع، وجنسية أطراف التحكيم، وجنسية المحكمين، والقانون الواجب التطبيق، والمكان الذي يجري فيه التحكيم، ومكان تنفيذ حكم التحكيم. فالتحكيم يكون وطنياً إذا اتصلت جميع عناصره بدولة القاضي. وعلى ذلك فالتحكيم الوطني هو التحكيم الذي يتعلق بمعاملات وطنية خالصة بين وطنيين، ويفصل بينهم محكمون وطنيين، وينفذ حكمهم في ذات الدولة، في نزاع وطني بجميع عناصره، ويصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات وتشريع وطني. بمعنى أن التحكيم الوطني هو التحكيم الذي تكون كل مكوناته وعناصره منحصرة في دولة معينة^(١). فالتحكيم الذي يقع بمصر يعتبر تحكيمياً داخلياً ويخضع لأحكام قانون التحكيم المصري، وينعقد الإختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في المسائل التي يحيلها قانون التحكيم للقضاء المصري. ويكون التحكيم أجنبياً إذا اتصلت أحد عناصره بدولة غير دولة القاضي، أو لعدم توافر معيار دولية التحكيم، أو لعدم ارتباطه بالتجارة الدولية، إذ يكون التحكيم أجنبياً بالنسبة للدولة المراد التمسك بآثار حكم التحكيم فيها، أي دولة قاضي تنفيذ حكم التحكيم، ووطنياً بالنسبة للدولة التي اتصلت بها كل عناصره^(٢).

- (1) د.أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ٢، ع ٢٤، ص ٤٤. جاك يوسف الحكيم، تنفيذ أحكام المحكمين، مجلة المحامون السورية، س ٤٧، ع ١٩٨٢م، ص ٤ وما بعدها. دبليغ حمدي، الدعوي بيطلان أحكام التحكيم الدولية، ط ٢٠٠٧م، بند ٢٤٠، ص ٢٩٣.
- (2) د.غوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ١٩٩٧م، ص ٩٩.

Fouchard; L'arbitrage; op. cit.; N.22; P. 16-17.- David; L'arbitrage; op. cit; P. 96-106. -

ويكون التحكيم دولياً في نظر القاضي إذا ارتبط بالتجارة الدولية، أو اتصلت جميع عناصر التحكيم بأكثر من دولة أو توزعت بين عدة دول أخرى، وينعقد الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق طرفي التحكيم علي اختصاص محكمة استئناف أخرى في المسائل التي يحيلها قانون التحكيم للقضاء المصري. فيجوز الجمع بين صفتي الأجنبية والدولية للتحكيم إن تعلق بمنازعة تجارة دولية، ولكن ليس كل تحكيم دولي يعد أجنبياً، فقد يكون التحكيم دولياً مع جريانه في الداخل، وحتى مع خضوعه للقانون الوطني. والتحكيم الأجنبي هو الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق هذا العنصر بموضوع النزاع، أو جنسية الأطراف، أو موطنهم أو المحكمين أو إجراءات التحكيم، أو مكان صدور حكم التحكيم، فيكون التحكيم أجنبياً إذا صدر في نزاع يشتمل على عناصر أجنبية، ولا يخضع لأحكام قانون التحكيم الوطني، ولم يتفق أطرافه علي إخضاعه لأحكام القانون الوطني، ويصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات وتشريع أجنبي، ويخضع حكم التحكيم الأجنبي في تنفيذه للقواعد التي تحكم تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية في قانون المرافعات (م ٢٩٩ مرافعات مصري)^(١).

واختلف الفقه والقضاء حول معيار يمكن الاستناد إليه لتحديد دولية التحكيم، فاتجه رأي أول إلى تبني معيار إجرائي هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم؛ فإذا كان قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم هو المطبق على النزاع كان التحكيم وطنياً، أما إذا كان قانوناً أجنبياً أو لائحة مؤسسة تحكيم أو اتفاقية دولية كان التحكيم دولياً^(٢). بينما اتجه رأي آخر إلى الأخذ بمعيار موضوعي هو مدى ارتباط أو عدم ارتباط

(1) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩١م، ط ١، بند ٥٧، ص ١٠٠. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، س ١٩٨١م، ج ٣٧، ص ١ وما بعدها.

(2) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٨م، ص ٥٨٠ - ٥٨١. د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٢، ص ٢٠٠٠م، ص ٢٥. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ١٠٠.

- Paris; 28 avril. 1977; Rév. arb. 1980; P.151.

- Paris; 18 Juin 1974; Rév. arb. 1975; P.179.

موضوع النزاع بمسائل التجارة الدولية. فإذا كان موضوع النزاع غير متعلق بموضوعات التجارة الدولية كان التحكيم وطنياً؛ أما إذا تعلق موضوع النزاع بإحدى موضوعات التجارة الدولية كان التحكيم دولياً، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق وجنسية المحكمين وأطراف التحكيم، ومكان التحكيم. وقد اعتنقت تشريعات التحكيم المعيار الموضوعي مثل (م ٣) تحكيم مصري، و (art.1494. N.C.P.C.F.)، و (م ٣) تحكيم سعودي، و (م ٤١) تحكيم موريتاني، و (م ١) تحكيم سوري، فيكون التحكيم دولياً إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية...^(١).

ويؤخذ على المشرع التحكيمي مثل المصري (م ٣)، والسعودي (م ٣)، والعُماني (م ٣)... أنه لم يكتفِ ببيان مدلول التحكيم الدولي، وإنما قام بدور الفقه والقضاء في بيان صورته، وحالاته التي وردت على سبيل المثال لا الحصر. فليس من حسن السياسة التشريعية أن يرد في التشريع أمثلة لبيان المعيار الذي تبناه المشرع فهذا من عمل الفقه والقضاء (٢). حيث نصت (م ٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أن: "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:"

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.
ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم داخل مصر أو خارجها.
ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

(1) د. مختار أحمد بيري، التحكيم، ص ٣٨ - ٣٩.

- Paris; 14 Nov. 1991; Rév. arb. 1994; P.545.

- Paris; 8 déc. 1988; Rév. arb. 1989 ; P.111; Not. Pellerin.-

- Paris; 21 Fév. 1980, Rév. arb. 1980; P.524; Not. Jeantel.

(2) د. أحمد حسان الغندور، التحكيم، ص ٥٦ - ٥٩. د. أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي والتمييز بينهم، مؤتمر تحكيم، القاهرة ١٣/١٢ سبتمبر ١٩٩٤. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، ص ١٥١.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت الاتفاق عن التحكيم وكان أحد الأماكن التالية يقع خارج هذه الدولة :

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه الاتفاق على التحكيم.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن علاقة أطراف التحكيم.

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع."

وعلى ذلك فإن التحكيم التجاري الدولي هو "التحكيم الذي يتعلق بعقد دولي أو بمصالح التجارة الدولية بصفة عامة. ويعتبر العقد عقداً دولياً إذا كان محله يتضمن انتقالاً وتحريكاً للأموال والسلع والخدمات عبر حدود الدول".

وعند انضمام مصر إلى إتفاقية دولية ثنائية أو جماعية متعلقة بالتحكيم فإن أحكام تلك الإتفاقية تصبح قانون واجب التطبيق بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وكذلك الأمر إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام عقد نموذجي، أو إتفاقية دولية، أو أية وثيقة أخرى (م ١، وم ٦ تحكيم مصري، وم ٣٠١ مرافعات مصري)، ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، أو قانون التحكيم المصري... وسواء تم التحكيم في الداخل أو في الخارج، بشرط ضرورة مراعاة أحكام قواعد النظام العام والآداب العامة في مصر أو أن يكون الموضوع محل النزاع في خصومة التحكيم من المسائل التي يجوز فيها التحكيم (م ١١ تحكيم مصري). وذلك لاحترام تعهدات مصر الدولية، وتشجيعاً على جذب الاستثمارات الدولية. وتسري أحكام تلك الإتفاقيات بأثر فوري ومباشر كقاعدة عامة، ولا تسري بأثر رجعي^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في شأن التحكيم في المواد المدنية

(١) تقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق، ص. تقض مدني ١٨/٥/١٩٨٢م، طعن رقم ٧٧٣ لسنة ٤١ق، مج، س ٣٣، ج ١، ق ٧٩، ص ٥٤٢.

والتجارية على أن" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون..."، يدل على أن المشرع قصر تطبيق أحكام هذا القانون على التحكيم الذي يجري في مصر، وعدم سريانه على كل تحكيم يجري في خارج البلاد إلا إذا كان تحكيمياً تجارياً دولياً اتفق أطرافه على إخضاعه لتلك الأحكام، وعلى ذلك إذا صدر حكم تحكيم أجنبي غير خاضع لأحكام قانون التحكيم المصري بأن صدر في الخارج ولم يتفق الطرفان على خضوعه للقانون المصري وفقاً للمادة (١) آتفة الذكر فإن المحاكم المصرية تكون غير مختصة بدعوى بطلانه^(١).

١٦- التطور التاريخي للتحكيم: عرف التحكيم كصورة، بدائية للعدالة منذ أقدم العصور، حتى أنه سبق ظهور القوانين، والمحاكم، والدولة الحديثة. فعرفته أوربا قديماً عند اليونان، والرومان، وفي الدول الشرقية عند البابليين، والآشوريين، وقدماء المصريين، والعرب قبل الإسلام. ثم وضعت قواعده بعد ظهور الإسلام في الفقه الإسلامي ثم طوره بعد ذلك التشريعات الوطنية والدولية. ويعتقد الفقهاء بأن التحكيم ظهر أول ما ظهر في اليونان القديمة ما بين القرنين السادس والرابع قبل الميلاد، وكان التحكيم اختيارياً متروكاً لتراضي المتخاصمين^(٢). فعرف التحكيم منذ قدم الأزل لدى قدماء اليونان، والإغريق كوسيلة لفض

(١) تقض ملني ٢٣/٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٩١٣ لسنة ٧٣ق،

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

(٢) دفتحي المرصفاوي، فلسفة ونظم القانون المصري، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٧٩م، ص ٢٧٧ وما بعدها. د.محمود سلام زنتي، التحكيم عند العرب، بحث مقدم المؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش ٢٠-٢٥ سبتمبر ١٩٨٧م، جامعة عين شمس، ص ١٥.

المنازعات، بين الأفراد في المعاملات الداخلية، حيث كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا بتسجيل اسمه في قوائم المحكمين، للقيام بمهمة التحكيم، لتخفيف العبء عن المحاكم الشعبية، ويتم اختيارهم بالقرعة بواسطة أطراف التحكيم لعرض نزاعهم، وأوجه دفاعهم عليهم. ولكن يشترط في المحكم أن يكون قد بلغ الستين من عمره. قد عرف الإغريق المحكم المنفرد، وكان قرار المحكم قابلاً للاستئناف أمام المحاكم الشعبية. وكذلك في المعاملات الخارجية على شكل مجلس تحكيم دائم يتولى حسم المنازعات التي تحدث بين دويلات المدن اليونانية^(١).

كما عرف الرومان التحكيم الاختياري في مسائل القانون الخاص، وكان التحكيم في تلك الفترة دائماً في العقود الرضائية مثل؛ البيع، والإجارة، والوكالة، والشركة، إلا أن حكم المحكم لا يتمتع بقوة التنفيذ. وكان على من يربح دعواه أن يعمد إلى القيام بإجراءات تنفيذ الحكم، وكان يترتب على عدم تنفيذ قرار التحكيم، ملاحقة الطرف الممتنع عن التنفيذ بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى اشتراط اتفاق التحكيم، وأنكروه في المجال الدولي بسبب إنكارهم لمبدأ مساواة الدول. وفي القرون الوسطى مارست الجماعات المحلية الأوربية التحكيم في المنازعات بين الأفراد، ثم أخذت فكرة التحكيم في التطور، فكانت الدول الأوربية المسيحية تحتكم إلى البابا أو الإمبراطور أو هيئات تحكيم خاصة لفض منازعاتها^(٢).

وعرف نظام التحكيم في الحضارات القديمة؛ فقد عرفه قدماء المصريين، والبابليين، والآشوريين، والعرب في الجاهلية قبل الإسلام،

(1) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، دار الكتاب العربي ١٩٥٢م، ص ٢٠ - ٢٥. د. فخري يوسف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، ص ٦، ١٤، يناير ١٩٧٤م، ص ١٠٣ - ١٠٤.

(2) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، ص ٢٠ - ٢٥. د. فخري يوسف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي، ص ١٠٣ - ١٠٤. د. فتحي المرصفاوي، فلسفة ونظم القانون المصري، ص ٢٧٧ وما بعدها. د. محمود سلام زنتاني، التحكيم عند العرب، ص ١٥.

فكان يلجأ إليه الأفراد والقبائل في نزاعاتهم فيما بينها، كان التحكيم اختيارياً، وكان متروكاً للخصوم حرية اختياره. والتاريخ القبلي للمجتمعات العربية قبل الإسلام حافل بالأمثلة التحكيمية، كتحاكم قريش إلى الرسول محمد ﷺ قبل بعثته، عندما تنازعت الشرف في وضع الحجر الأسود في مكانه عند بناء الكعبة. وكان يلجأ إلى تحكيم شيوخ العشائر والقبائل أو رجال الدين، نظراً لمكانتهم الاجتماعية أو الدينية، واقتبسوه من الفرس، والروم. ومن صور التحكيم عند العرب قبل الإسلام؛ الاحتكام إلى الآلهة، اعتقاد منهم بأن الكاهن يستطيع بما يعلمه من غيب، أن يعلم الظالم من المظلوم. والاحتكام إلى النار؛ اعتقاداً منهم بأن النار تأكل الظالم، ولا تمس البريء بسوء^(١).

وأخذ نظام التحكيم يتطور رويداً رويداً إلى أن وصل إلى الصورة الحديثة التي عليها اليوم، وأصبح في العصر الحديث وسيلة بديلة لقضاء الدولة في حسم المنازعات. ونظمته تشريعات غالبة دول العالم في قوانينها الداخلية، والاتفاقيات الدولية، إلى جانب ظهور مؤسسات تحكيم وطنية، ودولية منتشرة في جميع أرجاء العالم. وقد شهدت الآونة الأخيرة حرية تشريعية، وفقهية نشطة في مختلف الدول، وأفردت بعض الدول قانوناً مستقلاً للتحكيم، بينما آثرت دول أخرى تنظيمه في إطار قانون المرافعات. كما اهتمت بتدريسه المعاهد العلمية. وظهرت العديد من المؤلفات، ونشأت هيئات متخصصة في التحكيم ذات أنظمة ولوائح معترف بها دولياً.

وفي مصر نُظِم التحكيم في قانون المرافعات الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣م في ٢٦ مادة هي المواد من ٧٠٢ حتى ٧٢٧ منه. ثم بعده قانون المرافعات القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م في ٣٢ مادة هي المواد من ٨١٨ حتى ٨٥٠. ثم من بعده قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م في ١٣ مادة، هي المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣ إلى جانب القانون

(١) د. فخري يوسف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي، ص ١٠٣ - ١٠٤. د. محمود سلام زنتي، التحكيم عند العرب، ص ١٥.

رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣م بشأن التحكيم الإلزامي في المنازعات بين هيئات ومؤسسات القطاع العام في المواد من ٥٦ حتى ٦٩ منه. وأخيراً نظمه بتنظيم مستقل وكامل في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وتعديلاته. وفي فرنسا تولى قانون المرافعات الفرنسي الجديد تنظيم التحكيم الداخلي منذ عام ١٩٨٠م في المواد من ١٤٤٢ حتى ١٤٩١ منه، وتنظيم التحكيم الدولي منذ عام ١٩٨١م في المواد من ١٤٩٢ حتى ١٥٠٧ منه.

أما في المملكة العربية السعودية، دينها الإسلام، ولغتها العربية، وتطبق المذهب الحنبلي، ونظام الحكم فيها ملكي يقوم على أساس البيعة والشورى والعدل والمساواة وفق الشريعة الإسلامية، ودستورها القرآن الكريم والسنة النبوية، وتقويمها هو التقويم الهجري، وتصدر وتعدل وتلغى الأنظمة (القوانين) فيها بموجب مراسيم ملكية تصدر من جلالة الملك بعد دراستها من مجلس الشورى ومجلس الوزراء، وتُنشر في الجريدة الرسمية (جريدة أم القرى) وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها مالم ينص على تاريخ آخر. فقد تولى نظام المحكمة التجارية السعودي الصادر بالأمر السامي رقم (٣٢) بتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ الموافق ٢/٦/١٩٣١م تنظيم التحكيم بشكل مختصر و موجز في المواد من (٤٩٣ حتى ٤٩٧). كما عرفت التحكيم العمالي لفض المنازعات العمالية، حيث أقرته المادة (١٨٣) من نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) بتاريخ ٦/٩/١٣٨٩هـ الموافق ١٦/١١/١٩٦٩م. ويتطور الحياة الاقتصادية والسياسة بالمملكة ظهور الحاجة الى وضع نظام تحكيم متكامل، حيث صدر أول تنظيم للتحكيم والذي تضمنه نظام الغرف التجارية الصناعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) بتاريخ ٢٢/٤/١٤٠٠هـ الموافق ١٠/٣/١٩٨٠م ثم صدرت لائحته التنفيذية بموجب قرار وزير التجارة رقم ١٨٧١ بتاريخ ٢٢/٥/١٤٠١هـ الموافق ٢٨/٣/١٩٨١م. ثم بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ الموافق ٢٥/٤/١٩٨٣م صدر نظام التحكيم السعودي في عهد الملك / فهد بن عبد العزيز - رحمه الله - بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦)، وقد اشتمل هذا النظام على خمس وعشرين مادة، ثم صدرت

لائحته التنفيذية بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢١/٧/٢٠٠٢م بتاريخ ١٤٠٥/٩/٨هـ وتضمنت شرح وتفصيل النظام، والتي نشرت بالجريدة الرسمية (جريدة أم القرى) فى عددها (٣٠٦٩) بتاريخ ١٤٠٥/١٠/١٠هـ. وقد أظهر التطبيق العملي قصورا في أحكام هذا النظام مما أدى إلى ضعف القناعة بجدوى التحكيم بسبب جواز الاعتراض على حكم التحكيم لدى المحكمة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع للفصل فيه شكلاً وموضوعاً. وعلى درجتى التقاضي، مما أفقد التحكيم ميزة السرعة والسرية بسبب المادتين (١٨) و(١٩) من هذا النظام. وأخيراً يأتي ضمن مساعي خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز المستمرة لتحسين وتطوير آليات عمل مرفق القضاء، والوسائل البديلة لفض المنازعات؛ فصدر نظام التحكيم السعودي الجديد بالمرسوم الملكى رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ الموافق ٢٠١٢/٤/١٦م، وجاء مواكبا لركب الأنظمة الدولية والإقليمية في مجال التحكيم، ومحققاً لنقلة نوعية في مجال التحكيم السعودي، ومتجاوزاً للثغرات والعيوب التي كانت في نظام التحكيم السعودي السابق. ويتكون من ثمانية أبواب تحتوي على ثمان وخمسون مادة نظامية تبدأ بالأحكام العامة، واتفاق التحكيم، وهيئة التحكيم، وإجراءات التحكيم، وإجراءات الفصل في الدعوى التحكيمية، وبطلان حكم التحكيم، وحجية أحكام المحكمين وتنفيذها، ثم أحكام ختامية.

١٧- مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي: أقرت الشريعة الإسلامية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات. وقد جاءت مشروعيتها بالقرآن الكريم، وبالسنة النبوية، وبالإجماع، وبالمعقول.

(أ) - في القرآن الكريم: قوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾^(١) بهذه الآية أمرنا الله سبحانه وتعالى باللجوء إلى التحكيم بين

(1) سورة النساء أية ٣٥.

الزوجين - فابعثوا أمر يفيد الوجوب - إذا ما خيف وقوع النزاع والشقاق بين الزوجين، وذلك يبعث حكماً صالحاً عدلاً من أهل الزوج، وحكماً عدلاً صالحاً من أهل الزوجة. وإذا ما جاز التحكيم بين الزوجين فدل على جوازه في سائر الحقوق والدعاوى. وقال الإمام القرطبي رحمه الله: إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم^(١). وقوله تعالى ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾^(٢) أقسم الله سبحانه وتعالى بنفسه في تلك الآية على أن هؤلاء القوم لا يكونوا مؤمنين حتى يجعلوا رسول الله حكماً بينهم للفصل فيما نشب بينهم من نزاعات. وقوله تعالى ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا﴾^(٣) الله سبحانه وتعالى بنص مطلق بخير رسول الله محمد ﷺ في الحكم بين أهل الكتاب اليهود أو الإعراض بدون ضرر في الدين أو في الدنيا أو جزاء يوقع عليه أو إلزام، إذ أن المحكم بالخيار بين قبول أو رفض المهمة التحكيمية.

(ب) - في السنة النبوية: ما روى من أن أبا شريح هاني بن يزيد رضي الله عنه لما وفد إلى النبي ﷺ مع قومه، فسمعهم يكتونه أبا الحكم فقال النبي: "إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنيت بأبا الحكم؟ فقال: أن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. فقال الرسول: ما أحسن هذا! فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله. فقال الرسول فما أكبرهم؟ قال: شريح، فقال الرسول: أنت أبو شريح، ودعاه له ولولده". فدل هذا الحديث الشريف على مشروعية التحكيم بإقرار، واستحسان النبي له، وثنائه على فعل أبي شريح دليل على جواز التحكيم^(٤).

- (1) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، ج ٥، طبعة دار الكتاب العلمية، ص ١٧٩.
- (2) الشيخ محمد علي الصابوني رواه البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن، دار الصابوني، ج ١، بدون تاريخ نشر، ص ٤٧١.
- (3) سورة النساء آية ٦٥.
- (4) سورة المائدة آية ٤٢.
- (5) كشاف القناع عن متن الاقناع، لشرف الدين أبي النجا المقدسي الحجواوي، المطبعة الشرقية بمصر، ج ٦، ص ٤٨.

وما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون". دل هذا الحديث الشريف على مشروعية التحكيم، وإلزام المحكم بالحكم بالعدل، وإلا فعليه لعنة الله^(١).

وما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري ﷺ أنه قال: "نزل بنو قريظة على حكم سعد ابن معاذ فأرسل النبي لسعد فأتى على حمار فلما دنا من المسجد قال الرسول: هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال: تقتل مقاتلهم، وتسبي زرارهم، فقال الرسول: قضيت بحكم الله" فدل هذا الحديث على مشروعية التحكيم، وجوازه. إذا لو لم يكن مشروعاً لما عمل الرسول بحكم سعد بن معاذ، ولما نفذ الحكم فيهم^(٢).

وهكذا تكون السنة النبوية الشريفة بأنواعها الثلاثة؛ القولية، والعملية، والتقريرية، قد دلت على مشروعية التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

(ج) - الإجماع: أجمع فقهاء الأمة الإسلامية منذ عهد النبي ﷺ على جواز التحكيم، ومشروعيته، وعلى وقوعه من الرسول، والصحابة، ولم ينكره أحد؛ فكان إجماعاً سكوتياً، وقد وقع من الصحابة رضوان الله عليهم قضايا تحكيمية كثيرة في؛ جزاء الصيد، والشقاق بين الزوجين، والحقوق الخاصة^(٣).

(د) - المعقول: الغرض من تشريع التحكيم فض المنازعات بين أطراف التحكيم دون بقضاء وشحناء، وبذلك يحقق مصلحتين: عامه بتخفيف العبء عن القضاء، وخاصة بفض منازعات الأفراد بسرعة، وإجراءات أسهل، وسرية تامة، وإصلاح ذات البين فيما بين أطراف

(1) نيل الأوطار شرح متنى الأخبار، لمحمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، دار الحديث بالقاهرة، ج ٨، ص ٥٥.

(2) شرح فتح القدير، للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي، ج ٦، ص ١٦٥. نيل الأوطار للشوكاني، ج ٨، ص ٥٥. صحيح مسلم بشرح النووي، ج ٢، ص ٩٢.

(3) مغني المحتاج، ج ٤، ص ٣٧٨ - ٣٧٩. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٢، ١٩٧٣م، ص ٢٤ - ٢٥.

التحكيم. كما أن فيه توسعة وتخفيفاً على الفضاة حيث ينظر في الخصومة حكمون متفرغون لنظرها. وإذا كان الخصمان اللذان يختاران التحكيم لهما ولاية على أنفسهما، فبالتالي يجوز لهما تعيين من يحكم بينهما في منازعتهما أو ما ينشأ بينهما من منازعة؛ لأن التحكيم ولاية تستفاد من آحاد الناس. كما أنه إذا كان الخصمان يجوز لهما أن يستفتيا في قضيتهما فقيها يعملان بفتواه فكذلك تحكيهما لغيرهما في منازعتهما جائز^(١).

١٨ - الطبيعة القانونية للتحكيم: ثار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم، ويرجع هذا الخلاف إلى تعدد المراحل التي يمر بها نظام التحكيم، واختلاف طبيعة كل مرحلة من مراحلها. فالتحكيم يبدأ باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، ويسير بإجراءات، وينتهي بحكم ملزم للأطراف له حجية الأمر المقضي. وبذلك فالتحكيم نظام قانوني تعاقدية في نشأته، وقضائي في وظيفته.

ويعتبر اتفاق التحكيم هو المصدر المباشر لسلطة المحكم، وأن القانون هو المصدر غير المباشر لها، ولذا يعتبر عمل المحكم بالمهمة التحكيمية تنفيذاً لاتفاق التحكيم. وإذا كان ما يميز التحكيم كقضاء خاص موازى لقضاء الدولة عن الوسائل البديلة الأخرى في حسم المنازعات مثل: الصلح، والتوفيق، والوساطة، و... هو تمتع المحكم بسلطة حسم النزاع بين أطراف التحكيم، بحكم ملزم للأطراف، له حجية الأمر المقضي. فهل معنى ذلك أن طبيعة وظيفة المحكم تماثل طبيعة وظيفة القاضي، أم أنها ذات طبيعة خاصة؟ وما أثر ذلك في تحديد نطاق مسئولية المحكم المدنية؟ ويعتمد تكييف الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم بشكل أساسي على التكييف القانوني للحكم الذي يصدره، والطبيعة القانونية لنظام التحكيم برمته. وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء استمر لفترة طويلة بغية تحديد طبيعة عمل المحكم، ومبعث هذا الخلاف هو أن جانب من الفقه يرى في حكم التحكيم مجرد عمل اتفاقي، ومن ثم ذهب إلى تكييف مهمة المحكم بأنها

(١) معين الحكام، ص ٢٥. كشاف القناع للبهوتي، طبعة بيروت، ١٩٨٢م، ج ٦، ص ٣٠٨.

تعاقدية، بينما جانب آخر من الفقه اعتبر حكم التحكيم عملاً قضائياً فذهب إلى تكييف مهمة المحكم بأنها قضائية. وسبب هذا الخلاف هو كون التحكيم تعاقدي النشأة، قضائي الوظيفة^(١).

ويعتبر التحكيم وسيلة بديلة لفض المنازعات، محل فيها التحكيم محل قضاء الدولة، في تحقيق الحماية للحق المتنازع فيه. إلا أن الفقهاء اختلفوا حول تكييف وظيفة التحكيم، أي تحديد طبيعتها القانونية. ويرجع مبعث هذا الخلاف في أن التحكيم نظام تعاقدي في نشأته، ونظام قضائي في وظيفته. أي أنه قضاء خاص اتفاقي. فغلب بعض الفقه الجانب التعاقدي على الجانب القضائي (النظرية العقدية). في حين غلبت آراء أخرى الجانب القضائي على الجانب التعاقدي (النظرية القضائية). وحاول فريق ثالث المزج بينها (النظرية المختلطة). وذهبت آراء أخرى للقول بأن التحكيم نظام مستقل بطابع خاص، وهذا الخلاف له نتائج عملية. فلو اعتبر التحكيم من طبيعة عقدية لكان معنى ذلك أن المحكم وكيل عن الخصم، ولو اعتبر التحكيم من طبيعة قضائية فإن المحكم يعتبر قاضياً...لذا تتطلب منا دراسة الطبيعة القانونية لعمل المحكم التعرض للاتجاهات المختلفة، والتي احتلت مكاناً بارزاً بين المؤلفات الفقهية، وشغلت وما زالت أذهان الفقه العربي، والأجنبي في محاولة للترجيح بينها.

(١) - النظرية العقدية: يذهب جانب من الفقه المصري، والفرنسي، ومحكمة النقض الفرنسية قديماً في القليل من أحكامها إلى أن نظام التحكيم ذاته له طبيعة تعاقديه، استناداً إلى أن أساس التحكيم هو إرادة أطراف التحكيم، ومصدر سلطة المحكمين هو اتفاق التحكيم، ويعتبر المحكمين أفراد عاديين، يتم اختيارهم بإرادة الأطراف لتحقيق مصلحة خاصة، هي حل النزاع بطريقة ودية بين أطراف اتفاق التحكيم. كما أن حكم التحكيم ذاته يستمد أثره وقوته من رضاء أطراف التحكيم، ولا يتمتع بقوة تنفيذية، بل يلزم صدور أمر بتنفيذه من قضاء

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢١.

الدولة. فأساس تلك النظرية يرجع إلى حرية الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، وفي اختيار المحكمين، وفي اختيار مكان، و زمان، ولغة، وإجراءات، وقانون التحكيم. كما أن المحكم يستمد سلطاته، واختصاصاته من اتفاق التحكيم. فالمحكم شخص عادي، وليس قاضياً، يستطيع رفض القيام بمهمة التحكيم، دون أن يكون منكراً للعدالة، ولا يستطيع توقيع جزاء على أي خصم، ولا يتمتع بسلطة الأمر، ولا يتقيد بالأشكال الإجرائية القضائية. فعمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذاً لاتفاق التحكيم، والذي يستمد سلطاته منه. فأنصار هذه النظرية يغلبون المصدر على الوظيفة ويسبقون على التحكيم الطابع العقدي، وعليه فإن مركز الثقل في نظام التحكيم بكل جوانبه المعقدة هو اتفاق التحكيم^(١). ولكن يعيب هذه النظرية مبالغتها في إرادة أطراف التحكيم بإعطائها الدور الرئيسي في التحكيم. علماً بأن مهمة المحكم هي الكشف عن إرادة القانون، وليس إرادة الأطراف فقط، بتولي نظر النزاع والفصل فيه بحكم ملزم.

(٢) - النظرية القضائية: ذهب جمهور الفقه المصري، والفرنسي، ومحكمة النقض المصرية، ومحكمة النقض الفرنسية إلى أن؛ وظيفة المحكم وظيفة قضائية، وأن كانت تستند إلى اتفاق تحكيم. وأنصار تلك النظرية يغلبون الوظيفة على المصدر، ويسبقون على التحكيم الطابع القضائي. فالتحكيم قضاء إلى جانب قضاء الدولة بتفويض من المشرع، وحكم

(1) دفتحي والي، نظرية البديان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٥٧م، بند ٦٣، ص ١٣٠ - ١٣١. د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، ص ٢٩. د. مختار بريري، التحكيم، بند ٣، ص ٧ - ٨. د. عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨١م، ص ٥٢. د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة، ص ٢٣. د. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص ٨٦. د. سحر عبدالستار، المركز القانوني، ص ١٥. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٢٩. استئناف مصر ١٩٤١/٤/٦، المحاماة، ص ٢١، ١٠٩١.

- David; op. cit. P.108. J. Fouchar; op. cit; P.7. - Paris; 17 Mars 1960; D.1960; P.699.

- Cass. Requ; 17 Juill 1938; D.1938-1-P.25; Rapport. M. Castets.

- Cass. Requ; 9 Juill. 1928; D.1928-1-P.173; Repport. M. Cremieu.

المحكم حكم ملزم يجوز حجية الأمر المقضي كالحكم القضائي، كما أن المحكم يرد بنفس أسباب رد القاضي، فمهمة المحكم بالنصل في النزاع هي مهمة قضائية، حتى وإن ظل لاتفاق التحكيم ولعقد التحكيم المبرم بين الأطراف والمحكم الطبيعة العقدية، وذلك بالنظر إلى طبيعة المهمة الموكولة إلى المحكم، أي بالنظر إلى طبيعة مهنة المحكم، وهي حسم المنازعات. وتعتبر هيئة التحكيم هيئة قضائية متخصصة بالمعنى الصحيح، فالتحكيم نوع خاص من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة، ويخضع للقواعد العامة للقضاء الواردة في قانون المرافعات. فالتحكيم قضاء لأنه يصدر حكم ملزم، و باعتراف المشرع له بولاية القضاء بصفة مؤقتة. والمحكم لا يستمد سلطته من إتفاق التحكيم فقط، وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به، وتجعل لحكمه حجية الأمر المقضي. فالقانون ينظم نوعين من القضاء: قضاء المحاكم، وقضاء التحكيم، وكلاً من القضاء، والتحكيم يؤدي وظيفة واحدة هي الفصل في المنازعات، وتطبيق القانون على وقائعها. فالتحكيم قضاء ملزم للأطراف محل قضاء الدولة، ويقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة. والتحكيم يستمد وجوده من إتفاق التحكيم الذي يعتبر مجرد آلية لتحريك نظام التحكيم الذي هو أصلاً نظام قضائي، ونصوص قانون التحكيم^(١).

(1) د.عبد محمد القصاص، حكم التحكيم، ٢٠٠٠م، بند ٢٣، ص ٨٤ ومابعدها. د.أكرم الخولي، أخلاقيات التحكيم، بحث مقدم إلى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط، القاهرة ١٩٨٩م، ص ٢. د.أحمد قسمت الجداوي، التحكيم في مواجهة اختصاص القضاء الدولي، ١٩٨٢م، ص ٣٧. د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ١٨. د.عبد المنعم الشراوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دارالنشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م، ص ٦٢٤. د.السيد تمام، مبدأ المواجهة وخصوصية التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٦-٧. د.محمد عبد الخالق عمر، نظام التحكيم في منازعات القطاع العام، مجلة التانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، س ٣٨، ص ٢٠١-٢٢٨. تقض مدني ١٤/١/١٩٩١م، طعن رقم ٨٨٧ لسنة ٥٩، سج، س ٤٢، ع ١٤، ق ٣٣، ص ١٨٤. تقض مدني ١٩٨٦/٢/٦م، طعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٢ ق، مجلة القضاة، س ٢، ع ١، يناير/يونيو ١٩٨٨م، ص ٢٣٤. تقض مدني ١٩٧٨/٢/١٥م، طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤ ق، سج، س ٢٩، ع ١، ق ٩٣، ص ٤٧٢.

- Fouchard, Gaillard et GoLdmon; Traité de L'arbitrage commercial international; Litec; 1998; P.25.

- Cass.Civ. 9 Juin 1961; Rév. arb. 1961; P.186.

- Cass. Civ. 25 Mai 1962; Rév. arb. 1962; P.103.

يجب ملاحظة أن هذه النظرية لا تعمم الطبيعة القضائية على كل مكونات عملية التحكيم، وإنما تقصر إسباغ الطبيعة القضائية على العمل الذي يصدر عن هيئة التحكيم، وبالتالي استبعاد إضفاء الطبيعة القضائية على اتفاق التحكيم، والعقد المبرم بين الأطراف، والمحكم، إذ يبقى لهذين العقدين الطبيعة العقدية. ويجب عدم الخلط بين عقد التحكيم، واتفاق التحكيم، وعملية التحكيم ذاتها. فموجب اتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة، فاتفاق التحكيم ما هو إلا نقطة انطلاق، ومحرك لنظام التحكيم، وبعدها ينطلق التحكيم، ويأخذ الطبيعة القضائية^(١).

ولكن يعيب هذه النظرية عدم تمتع المحكم بسلطة الأمر والجبر والإلزام التي يتمتع بها القاضي. فلا يستطيع المحكم إلزام شاهد بالحضور، ولا إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده... وقد نص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في (٢٥ إلى ٢٩) منه، والقانون الفرنسي الصادر في ١٩٨٠م في (art.1469 N.C.P.C.F.) على الطبيعة القضائية للتحكيم. باعتبار أن مهمة المحكم في الفصل في نزاع، وربط التحكيم بوجود النزاع، وأن عمل المحكم عمل قضائي، وحكمه حكم قضائي ملزم يجوز حجية الأمر المقضي من حيث الموضوع والشكل.

(٣) - النظرية المختلطة: ذهب أنصار تلك النظرية إلى أن التحكيم

نظام مختلط؛ يبدأ باتفاق، ثم يسير بإجراء، وينتهي بقضاء، هو حكم ملزم لأطراف التحكيم. وطبيعة التحكيم مختلطة، تتبادل عليه قواعد العقد، وقواعد القضاء معاً. وتظهر قواعد العقد في اتفاق الأطراف على التحكيم كوسيلة لفض النزاع، واختيارهم للقانون الإجرائي والموضوعي الواجب التطبيق على التحكيم. كما تظهر قواعد القضاء في تدخل قضاء

(١) د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ج ١، بند ٧٧، ص ٢٢٠. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٢٩. د. سحر عبدالستار، المركز القانوني، بند ٨، ص ٢١-٢٢.

-Cass. Com.; 18 Juin 1998; Rév. arb. 1998; P. 91.

الدولة بالمساعدة، والرقابة، وإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم لمنحه القوة التنفيذية، ويباشر المحكم مهمته التحكيمية طبقاً لمقتضيات الوظيفة القضائية. وبذلك فنظام التحكيم لا يعتبر من طبيعة تعاقدية محضة، ولا من طبيعة قضائية محضة، وإنما هو نظام مختلط بينهما، فهو نوع من القضاء الخاص أساسه اتفاقي^(١).

وأساس فكرة الطبيعة المزدوجة للتحكيم ترجع إلى أنه اتفاقي النشأة، قضائي الوظيفة، إلا أن تلك النشأة الاتفاقية لا تؤثر على سلطات المحكم القضائية. أي أن التحكيم قضاء خاص ذو نشأة اتفاقية، والمحكم عندما يصدر حكمه يقوم بوظيفة قضائية فوضت إليه من قبل أطراف التحكيم بهدف حسم النزاع. فهذه النظرية تسعى للتوفيق بين النظريتين السابقتين العقدية، والقضائية. فالتحكيم يبدأ باتفاق تنطبق عليه أحكام النظرية العامة للعقد، وينتهي بحكم ملزم يخضع لقواعد المرافعات من حيث آثاره، ونفاذه، وإجراءاته، وتنفيذه. واتفاق التحكيم يرجع طابعة العقدي بينما هو قضائي من حيث أنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن قوة العقد، بذلك يحتل التحكيم موقعاً وسطاً بين الطبيعة العقدية، والطبيعة القضائية. ولكن يعيب هذه النظرية أنها لم تتصدي لجوهر المشكلة، وإنما اختارت أيسر الحلول. وذلك بالجمع بين النظريتين العقدية، والقضائية أي بدمج نظامين مختلفين في نظام واحد^(٢).

(٤) - نظرية الاستقلال: ذهب أنصار تلك النظرية إلى استقلالية التحكيم بنظامه، وأصالته في إقامة العدل بين الأطراف. فظهر التحكيم

(1) دنارعيان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ص ٥٥. دسامية راشد، التحكيم، بند ٢١ - ٢٣، ص ٧٠ وما بعدها. د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ٥٣. د. عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء، مطبوعات معهد الإدارة العامة بالرياض ١٩٨١م، ص ٥٥٦. د. شمس مرغني، التحكيم، ص ٧. د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، بند ٧٥، ص ٢٠٦. د. رأفت محمود رشيد الميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٦م، ص ٢٣.

- Paris 28 Juin 1960; Rév. arb. 1960; P. 103.

- Paris 5 Janv. 1961; J. C. P. 1961; II; N. 12204; Note. H. Motulsky.

(2) د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، بند ٩، ص ٣١.

قبل القضاء، وانتشر شيوع التحكيم المؤسسي حتى بعد ظهور القضاء بمراكزه وهيئاته الدولية والوطنية، وأصبح موازياً لقضاء الدولة. وإن كان أساس التحكيم اتفاق الأطراف، إلا أنه لا يفقد ذاتيته الخاصة. ويؤكد واقع التجارة الدولية الآن على أصالة واستقلال التحكيم كقضاء حقيقي خاص لفض المنازعات في عقود التجارة الدولية ذات الشكل النموذجي. فالتحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات، يستمد أساسه من اتفاق التحكيم، وذلك على خلاف العمل القضائي. كما أن الواقع الدولي والوطني قد أثبت أن للتحكيم، والمحكم طبيعة عمل خاصة جعلته نظاماً مستقلاً قائماً بذاته، وأصبح التحكيم أداة متميزة ومستقلة لحل المنازعات. فالتحكيم يسير موازي لقضاء الدولة، ويؤدي نفس الدور، ويحقق ذات الغاية، ولكنه لا يلتقي معه، لأنه نظام قانوني مختلف في طبيعته عن القضاء. لذلك لا يجوز تطبيق قواعد القضاء على التحكيم إلا على سبيل القياس، وبشروطه، عند وجود فراغ تشريعي في القوانين الخاصة بالتحكيم^(١).

وبذلك فالتحكيم طريق خاص للتقاضي بديل للقضاء في حدود معينة، وله من القواعد والأحكام ما يتناسب مع طبيعته المستقلة، ونظمه المشرع بقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والذي يعتبر الشريعة العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، والذي تم تعديل بعض نصوصه بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م. ومن قبله نصوص قانون

(١) د.سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م، ص ٥٥. د.حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٨٠. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٤٠. د.أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ط ١٩٩٣م، بند ٦، ص ٨٧. د.عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٤م، ص ٤١٨. د.وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، ص ٣٨٥. تقض مدني ١/٣/١٩٥٣م، طعن رقم ١٤٩ لسنة ١٩ق، مج، س ٣، ج ١، ص ٣٣٨.

- Mohamed Elgohary; L'arbitrage et les contracts commerciaux inteanationaux; 1982; P.253.

المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، في المواد من ٥٠١ وحتى ٥١٣ منه، والتي تم إلغاؤها. فالتحكيم نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية، والقضائية، كما أن اتفاق التحكيم ليس عقداً مدنياً لأن العقد المدني لا يرتب آثار إجرائية.

بعد دراسة النظريات السابقة التي تعرضت لطبيعة عمل المحكم في القانون الوضعي نجد أنها رغم احترام الخلاف بينها، إلا أنها متفقة فيما بينها على تعريف موحد للتحكيم، وإن اختلفت العبارات والصيغ بأنه: « اتفاق طرفي التحكيم على عرض منازعاتهم على محكم أو أكثر من اختيارهم لحسم النزاع بينهم بحكم ملزم بغير طريق قضاء الدولة ». التحكيم نظام مستقل قائم بذاته له مميزاته الخاصة به وأحكامه، بينما القضاء الرسمي نظام آخر له أحكامه، ومميزاته الخاصة به، مع وجود علاقة خاصة بينهما تجعل من القضاء مشرفاً، ورقياً على التحكيم ومعاوناً له (إشراف ورقابة).

وما يشهده العالم اليوم من زيادة في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والتجارية بين الدول، وما يتطلبه ذلك من ثقة، وسرعة في التعامل، وبسبب قصور القضاء الرسمي عن تلبية هذه المتطلبات، فإن ذلك فرض على المجتمع الدولي الاعتراف للتحكيم بطبيعته الخاصة المستقلة، وجعله نظاماً قائماً بذاته. ومن أجل ذلك، وضعت القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية للتحكيم لتنظيمه باعتباره نظاماً مستقلاً قائم بذاته مثل قانون اليونسيرال الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥م، وقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، الذي اقتبس أغلب مواده من نصوص قانون اليونسيرال، وكذلك نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ ف.

المبحث الثاني النظام القانوني للمحكم

١٩ - تمهيد وتقسيم: نتناول في النظام القانوني للمحكم: تعريف المحكم في اللغة، والإصطلاح، وشروطه، وتمييزه عن غيره، وكيفية اختياره، وعقد التحكيم المبرم بين المحكم، وأطراف التحكيم، وإنقضائه، والتمييز بين المحكم وبين غيره من النظم القانونية المشابهة، حقوق المحكم، والتزامات المحكم...

٢٠ - تعريف المحكم: (أ) - تعريف المحكم في اللغة: المُحَكَّم - تشديد الكاف مع الفتح - هو الذي يفوض إليه الحكم في الشرع، أي الحكم والفاصل. وتُحَكَّم في الأمر: حكم فيه، ويطلق الحُكْمُ على من يختار للفصل بين المتنازعين. وحكمه في ماله تحكماً: إذا جعل إليه الحكم فيه (١).

(ب) - تعريف المحكم في الإصطلاح: فالمحكم هو شخص يتمتع بثقة أطراف التحكيم بتولي سلطة الفصل في نزاع معين أو أكثر بحكم ملزم (٢). أو هو شخص يعهد إليه طرفي التحكيم بالفصل في النزاع بينهما بحكم ملزم. وقد عرفت محكمة النقض المصرية المحكم بأنه: "هو شخص ليس طرفاً في خصومة التحكيم، يتمتع بثقة أطراف التحكيم ويفصل فيما شجر بينهم بحكم يجوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره" (٣). فهو شخص طبيعي قد يكون فرداً أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع، بإصداره حكم تحكيم ملزم.

(1) مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر الرازي، ترتيب محمود خاطر بك، المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٢٢م، مادة حكم، ص ١٤٨.

(2) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ١٤٩. د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية، ص ١١٤.

- PH. Fouchard; la Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou la fin d'une mauvaise querelle; Rév. arb. 1994; N.4; P.653.

(3) نقض مدني ١٤/٢/١٩٨٨م، طعن رقم ٦٤٠ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٣٩، ج ٢، ق ٥٢، ص ٢٤٢.

فالمحكم تثبت له ولاية الفصل في النزاع، فيلتزم المحكم أمام أطراف التحكيم بالفصل في النزاع بحكم حاسم ملزم له يفرض على أطرافه. فالمحكم ليس وكيلاً عن أطراف التحكيم ولا يعمل بأسمهم، ولا لحسابهم. كما أنه ليس مقاولاً أو عاملاً لديهم، أو لا حتى وسيطاً بينهم، وإنما هو يتولى الفصل بينهم في النزاع المعروض عليه بحكم حاسماً له - وفقاً لما يراه محققاً للعدالة أو طبقاً لما تقضي به قواعد القانون - حائزاً لحجية الأمر المقضي وملزماً للخصوم. ولا يعتبر المحكم موظفاً عاماً، ولا قاضياً بالمعنى الفني الدقيق، وبالتالي فلا يخضع في شروط تعيينه لقانون تنظيم القضاء، كما لا يحلف يمينا، ولا يلتزم بالقيام بمهمته بمجرد اختياره، بل يلزم لذلك قبوله. كما لا تسأل الدولة عن أعماله لأنه ليس تابعاً لها، ولا يخضع لجرمة إنكار العدالة، ويتقاضى أتعابه من أطراف التحكيم، ويكون مسئولاً تجاههم عن خطأه وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، ووفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير. وإذا حكم المحكم فإنه يستنفد ولايته بالنسبة للمسألة التي فصل فيها، فهو بعد الحكم لم يعد محكماً^(١). وهناك أنواع شتى من التحكيمات، مختلفة إلى درجة يصعب إيجاد قواعد عامة للمحكمين معها، فلكل تحكيم قياساته، ولهذا لا يمكن أن تنطبق على جميع المحكمين تحكيمات "الثياب الجاهزة" بل لا بد من تفصيل كل محكم على مقياس كل تحكيم^(٢).

٢١ - شروط المحكم:

(أ) - شروط المحكم عند العرب قبل الإسلام: أن يكون من أهل الفصاحة، والبلاغة، والبيان. وأن يكون له معرفة بأحوال الناس، ومآثرهم، ومفاخرهم. وأن يكون ذا مكانة اجتماعية مرموقة من أهل الشرف، والرئاسة، والمجد، والعصبية القوية. وأن يكون عريق النسب،

(١) د. محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٢٦، ع ١٤ - ٢، يناير/ يوليو ١٩٨٤م، ص ٦٤. د. عبد محمد القصاص، نطاق رد الحكم في قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، مجلة هيئة قضايا الدولة ٢٠٠١م، ع ١٤، ص ٤.

(٢) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٧٦.

والزعامة، والقيادة، والحكمة، والكرم، والتواضع، وكثرة الثروة، والعزوة. وأن يكون ذا خبرة، وتجربة سابقة، قادراً على استنباط الأحكام. وأن يتصف بسرعة البديهة، والقدرة على التحليل، واستخلاص النتائج. وأن يكون من أهل الصدق، والأمانة، والعدل، والنزاهة، والفتنة، والذكاء^(١).

(ب) - شروط المحكم في الشريعة الإسلامية: اشترط جمهور الفقه الإسلامي عدة شروط يجب توافرها في الشخص ليكون محكماً - نفس شروط القاضي - وهي: البلوغ، والعقل، والإسلام، والعدالة، والاجتهاد، وسلامة الحواس، والذكورة، والحرية،... وهذه الشروط يجب توافرها من وقت تولية المحكم التحكيم إلى وقت الحكم. فهي شروط تعيين، واستمرار. فإذا كان المحكم أهلاً وقت التحكيم ثم زالت أهليته قبل الحكم بطل التحكيم. وعلى ذلك فالمحكم بمنزلة القاضي ويشترط فيه ما يشترط في القاضي؛ فالمحكم بالتحكيم صار قاضياً حتى وإن كانت ولايته ولاية خاصة، ويبان هذه الشروط بالتفصيل المناسب على النحو التالي :-

(١) - العقل والبلوغ: يشترط في المحكم العقل والبلوغ. فلا يجوز تحكيم الصبي، ولا المجنون لعدم التمييز منهما، كما أنه لا ولاية لأحدهما على نفسه، فمن باب أولى أن لا تكون له ولاية على غيره. فيجب أن يكون المحكم صحيح التمييز جيد الفتنة، بعيداً عن السهو والغفلة، وأن يكون مكلفاً، للأثر المروي عن علي كرم الله وجهه أنه قال لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه: "أما علمت أن القلم رفع عن ثلاث: عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ". ولأن العقل مناط التكليف، ومصدر التفكير، وحسن التقدير والتصرف. ولحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "تعوذوا بالله من رأس السبعين، ومن إمارة الصبيان".

(1) د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٧.

والتعوذ لا يكون إلا من شر وفساد^(١). وعلى ذلك إذا حكم الخصمان صيباً أو مجنوناً فلا يصح تحكيمهما، وإذا قضي لا ينفذ حكمهما، حتى وأن أصابا الحق، لأن التحكيم يتطلب بُعد نظر ودقة وخبرة كبيرة، وكما لا تجوز شهادتهم فلا يجوز تحكيمهم.

(٢) - الإسلام: يشترط في المحكم أن يكون مسلماً، وعلى ذلك لا يجوز تحكيم الكافر ليفصل في أطراف التحكيم بين المسلمين، لأن الكافر لا تصح شهادته على المسلم، ومن ثم فلا تجوز شهادته، ولا يصح تحكيمه، ولقول الله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾^(٢). كما لا يجوز تحكيم الكافر لو كان أحد طرفي أطراف التحكيم مسلماً فلا يصح تولية غير المسلم للحكم بينهما. فإذا حكم مسلمان كافراً فإن ولايته غير صحيحة، وإذا حكم فإن حكمه غير صحيح. فالإسلام شرط في صحة التولية وصحة الحكم بينه وبين المسلمين، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والظاهرية^(٧). وعند الأحناف يجوز تحكيم الكافر في حق الكافر لأنه أهل للشهادة في حقه، فتحكيم الذمي بين أهل الذمة دون المسلمين جائز^(٨).

(٣) - العدالة: اشترط جمهور الفقهاء في المحكم أن يكون عدلاً، إذ العدالة معتبرة في كل ولاية. والعدالة هي: اجتناب الكبائر، وعدم

- (١) كتاب أذب القضاء، للقاضي شهاب الدين بن عبد الله المعروف بابن أبي اللثم، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٧م، ص ١٢٢. معين الحكام علي القضايا والأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيح، تحقيق د. محمد بن قاسم بن عباد، دار العرب الإسلامي، بيروت ١٩٨٩م، ج ١، ص ٣١١ وما بعدها. نيل الأوطار للشوكاني، ج ٨، ص ٢٢١. علي حار، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط ١، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م، ص ٦٩٦.
- (٢) سورة النساء آية رقم (١٤١).
- (٣) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، ج ٥، ص ٤٩٩.
- (٤) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج ١، ص ٤٣.
- (٥) مغني المحتاج للخطيب الشريبي، ج ٤، ص ٣٧٨.
- (٦) المغني لابن قدامة، ج ١٠، ص ١٩٥.
- (٧) المحلي لأبي محمد علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الريان للتراث بالقاهرة، ج ١، ص ١٣.
- (٨) البحر الرائق لابن نجيم، ج ٧، ص ٢٥ - ٢٦.

الإصرار على الصغائر، وغلبه الصواب، واجتناب الأفعال الخسيسة. أو هي: ملكه في النفس تمنع ارتكاب الكبائر، والإصرار على الصغائر الدالة على الخسنة أو مباح يخل بالمروءة. أو هي: الاستقامة والصلاح في الدين والتحلي بالمروءة. واشترط العدالة في المحكم للمحافظة على أموال المتحاكمين إذا لو تم تعيين محكم فاسق لا يوثق به لحكم بالظلم وإضاع المصالح وأكثر المفسد، وذلك؛ لأن الفاسق لا تقبل شهادته لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(١). بالتالي لا يكون الفاسق قاضياً ولا محكماً. ولقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٢). فالله عز وجل أمر المؤمنين بعدم قبول نبأ الفاسق أو الوثوق بقوله إلا بعد التبين واستطلاع الأمر، فلا يصح أن يكون المحكم ممن لا يقبل قوله، أو لا يوثق به حفاظاً على حقوق الناس، وخوفاً من انتشار الظلم، وضياع المصالح، وكثرت المفسد، إلا أن بعض الأحناف، وبعض الحنابلة أجازوا تحكيم الفاسق قياساً على جواز شهادته عندهم^(٣).

(٤) - الاجتهاد: اشترط جمهور الفقهاء في المحكم أن يكون مجتهداً. والاجتهاد هو: بذل الجهد والوسع في تحصيل وإدراك الأحكام الشرعية. فيجب أن يكون المحكم مجتهداً، وإلا بطل حكمه، وإن وافق الحق. ولا ينفذ حكمه لعدم توافر شرط الاجتهاد في المحكم مثل القاضي، لقول الله تعالى ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^(٤). فالقلد في حكمه مقتف ما ليس له به علم. والحديث الرسول ﷺ: "القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض قضى بجهل فهو في النار، وقاض عرف الحق وجار فهو في النار". وهذا الرأي لبعض

(1) سورة النور آية ٤.

(2) سورة الحجرات آية ٦.

(3) الأحكام السلطانية لأبي الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الماوردي، ط ٣، مطبعة

مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٧٣م، ص ٦٦ وما بعدها. المخني لابن قدامه،

ج ١٠، ص ١٩٥. الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار إحياء

الكتب العربية، ص ٤١٢.

سورة الإسراء آية ٣٦.

المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية^(١). إلا أن هناك قول آخر بجواز تحكيم الجاهل في حالة الضرورة، إذا شاور العلماء، إذا أن حكمه وفي هذه الحالة لا يعد حكم جاهل بل يعد حكماً بما أنزل الله لقوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٢)، وعلى ذلك فإذا قضى الجاهل بدون مشاوره العلماء فحكمه باطل. وإذا حكم الجاهل، ولم يصب في حكمه فعليه الضمان. أي إذا ترتب على حكمه إتلاف؛ فإن كان التالف عضواً فالدية على عاقلته، وإن كان المثلف مالا كان الضمان في ماله، وهذا القول للحنفية، وبعض المالكية، والشافعية^(٣).

(٥) - سلامة الحواس (السمع، والبصر، والنطق): اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في المحكم كالقاضي سلامة الحواس، فيجب أن يكون سليم السمع والبصر والنطق، لأن بها يصح إثبات الحقوق، ويفرق بين الطالب والمطلوب، ويميز المقر من المنكر، ويتبين الحق من الباطل، ويعرف الحق من المبطّل. فلا يجوز تحكيم الأعمى، أو الأصم، أو الأبكم. لأن الأعمى لا يكشف جال أطراف التحكيم، ولا يعرف الطالب من المطلوب، ولأن الأصم لا يسمع كلام أطراف التحكيم أو الشهود، ولأن الأبكم لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارات، والأخرس يكون غالباً أصم لا يسمع. وإذا تولى الأعمى أو الأخرس أو الأطرش التحكيم بطلت ولايته، ولا ينفذ حكمه^(٤). إلا أن بعض الفقهاء يرون صلاحية الأعمى للتحكيم أو القضاء لأنه أهل للشهادة عندهم،

- (١) الأشباه والنظائر لزين العابدين إبراهيم المشهور بابن نجيم المصري الحنفي، المطبعة الحسينية ١٩٢٢م، ص ٣٧٨. المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ١٠٩. المحلى لابن حزم الظاهري، ج ٩، ص ٣٦٣.
- (٢) سورة النحل آية ٤٣.
- (٣) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج ١، ص ٤٤. حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للدرديري، ج ٤، ص ١٣٥. أدب القضاء لابن أبي الدم، ج ١، ص ١٤٥.
- (٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي، دار الجليل، بيروت، ط ١، ١٩٨٩م، ج ٢، ص ٧٨٢ وما بعدها. الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٦٦. حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٣٥٩. نهاية المحتاج للرملي، ج ٨، ص ٢٣٨. كشف القناع للبهوتي، ج ٤، ص ٢٦٢. حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، ج ٤، ص ١٣.

وهم ابن حزم الظاهري، ورأي عند الإمامية، وبعض الشافعية، والحنابلة^(١). كما ذهب ابن حزم الظاهري إلى جواز تولية الأخرس للقضاء أو التحكيم إذا كان يفهم الإشارة الموجهة إليه، وكانت الإشارة الصادرة منه مفهومة^(٢).

(٦) - الذكورة: اشترط جمهور الفقهاء المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، الذكورة في المحكم كالقاضي. فلا يجوز تحكيم المرأة بناءً على عدم جواز توليتها القضاء حتى فيما تجوز شهادتها فيه. فإذا ما وليت المرأة القضاء أو التحكيم يكون حكمها باطلاً. لقوله تعالى ﴿الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(٦)، ولقوله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٧). والله سبحانه جعل القوامة للرجال دون النساء في الآية الأولى، وفي الآية الثانية لم يجز شهادة المرأة في المعاملات المالية وحدها، ولحديث الرسول ﷺ "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"^(٨). فالرسول نفى الفلاح عن ولوا أمرهم امرأة. ولأن العمل في عهد رسول الله وصحابته والتابعين جرى على عدم جواز تحكيم المرأة، لأنه لا يليق بالمرأة أن تحضر مجالس الرجال لما يؤدي إلى ارتكاب محظور الاختلاط، والنظر، والخلوة، ولو كان ذلك جائزاً ما خلا منه جميع الزمان، كما أن نقص قوامة المرأة يمنع من انعقاد الولايات لها^(٩).

- (١) المحلي لابن حزم الظاهري، ج ١٠، ص ٥٠٩. المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ٤٠. مغني المحتاج للطيب، ج ٤، ص ٣٧٥.
- (٢) المحلي لابن حزم الظاهري، ج ١٠، ص ٥٠٩. د. فتحية النبراوي، تاريخ النظم والحضارة الإسلامية، ط ١، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٩٤م، ص ١٢٨.
- (٣) تبصره الحكام لابن فرحون، ج ١، ص ٤٣. د. محمود الشرييني، القضاء في الإسلام، ط ٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٢م، ص ١٩.
- (٤) مغني المحتاج للطيب الشرييني، ج ٤، ص ٣٧٨ - ٣٧٩.
- (٥) المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ٤٦.
- (٦) سورة النساء آية ٣٤.
- (٧) سورة البقرة آية ٢٨٢.
- (٨) نيل الأوطار، للشوكاني، ج ٨، ص ٢٧٣.
- (٩) القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، ط ١، عالم الفكر، القاهرة، ص ٣٢٣.

إلا أن الأحناف^(١) يرون جواز تحكيم المرأة فيما عدا الحدود و القصاص. بحجة أن المرأة تصح شهادتها عندهم فيما عدا الحدود والقصاص. فيصح تحكيمها طبقاً لقاعدتهم من صحت شهادته صحت ولايته، بينما ذهب ابن حزم الظاهري^(٢)، وابن جرير الطبري^(٣) إلى أن المرأة يجوز توليتها القضاء والتحكيم في كل شيء قياساً على جواز فتياها عندهم. ونرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء نظراً لقوة أدلتهم.

(٧) - الحرية: اشترط جمهور الفقهاء في المحكم أن يكون حراً. وبالتالي لا يجوز تحكيم العبد - يلاحظ أن الرق قد انتهى عهده - لأن العبد لا يلبي أمر نفسه، فلا يلبي أمر غيره. إلا أن بعض المالكية أجازوا تحكيم العبد(٤).

(٨) - المعلوماتية: بأن يكون المحكم معلوماً؛ فلو حكم الخصمان أول من يدخل المسجد مثلاً، لا يجوز بالإجماع، لما فيه من الجهالة، إلا إذا رضوا به بعد العلم فيكون حينئذ تحكيمياً لمعلوم^(٥).

(٩) - أن يكون حليماً عفيفاً صلباً: يجب أن يكون المحكم صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، مأموناً في الرضا والغضب، بغض طرفه عما يؤذيه، لا تمتد يده إلى رشوة أو هدية، شديداً في الحق، لا يميل إلى الهوى، ولا يكون جائراً، ولا ضعيفاً...^(٦)

(١٠) - أن يكون المحكم عالماً فطناً ذا رأى ومشورة وورع: ويكون عالماً بأحكام الشريعة الإسلامية، خاصة القرآن والسنة والإجماع

- (1) المسوط للسرخسي، ص ١٦، ص ١١١. البحر الرائق لابن نجيم، ج ٧، ص ٢٨.
- (2) المحلي لابن حزم الظاهري، ج ٩، ص ٤٢٩.
- (3) الأحكام السلطانية للموردي، ص ٦٥.
- (4) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، ج ٥، ص ٤٩٩. البحر الرائق لابن نجيم الحنفي، ج ٧، ص ٢٤. تبصره الحكام لابن فرحون، ج ١، ص ٤٤. المسوط للسرخسي، ج ١٦، ص ١١١. حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للدردي، ج ٤، ص ١٣٦.
- (5) البحر الرائق لابن نجيم، ج ٧، ص ٢٤. شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام، ج ٥، ص ٥٠٢. حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٤٣٨.
- (6) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، دار الكتب العلمية بيروت، ط ١، ج ٤، ص ٨٨.

والقياس... وأن يكون كياساً فظناً، لأن عمله هو البحث عن الحقيقة، وهذا يتطلب قدراً كبيراً من الذكاء والاعتدال، ورعاً، حسن الخلق، يخاف الله في كافة أقواله وأفعاله، حتى إذا حكم لا تأخذه في الله لومة لائم^(١).

(ج) - شروط المحكم في القانون الوضعي: يجب توافر شروط معينة في شخص المحكم؛ والمشرع في (م ١٦) تحكيم مصري، و(م ١٤) تحكيم سعودي، و(م ١٥، ١١، ١٦) تحكيم عُمانى، و(م ٧٤١) مرافعات ليبي، و(١٥، ١٤) تحكيم أردني، و(٢٠٦) إجراءات مدنية إماراتي، و(٧٦٨) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م ١٣، ١٢) تحكيم سوري، و(م ١٠) تحكيم تونسي، و(م ١٧٤) مرافعات كويتي، و(م ٢٥٥) مرافعات عراقي، و(م ٢١، ٢٠) تحكيم يمني، و(م ١٩٣) مرافعات قطري، و(art.1451.N.C.P.C.F)، و(م ١٠) تحكيم موريتاني، و(م ٨) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي، و(الفصل ١٠) مجلة تحكيم تونسي، و(م ١١، ١٠) تحكيم بحريني... لم يتناول كل الشروط بالتفصيل مما ترك للفقه والقضاء مجالاً خصباً لاستكمال هذه الشروط.

(١) - يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية المدنية الكاملة: يشترط في المحكم أن يكون كامل الأهلية في مباشرة حقوقه المدنية كالقاضي، فمهمة التحكيم لا تعهد إلا إلى شخص طبيعي يتمتع بالأهلية المدنية الكاملة، التي تبيح له مباشرة كافة حقوقه المدنية، لأنه يفصل في النزاع بحكم ملزم غير قابل للطعن فيه بأي طريق. وأن ورقة حكم التحكيم تعتبر ورقة رسمية، لا يمكن دحضها إلا بالطعن بالتزوير، وحتى ينزل حكمه منزلة الإحترام ويكون محل ثقته وهيبته. وقد ورد النص في (م ١٦/١) تحكيم مصري على شرط الأهلية بقولها: "لا يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره". و(م ٢٠٦) مرافعات إماراتي، و(م ٧٦٨) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م ١/١٥) تحكيم

(١) دمصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط ٢، ١٩٩٣م، ص ٥١١.

أردني، و(م13) تحكيم سوري، و(م10) تحكيم تونسي، و(م741) مرافعات ليبي، و(م10) تحكيم موريتاني، و(م174) مرافعات كويتي، و(م255) مرافعات عراقي، و(م14) تحكيم سعودي، و (art.1451 al.I.N.C.P.C.F.)، و(م16، 3/6) تحكيم عُمانِي، و(م20) تحكيم يمني، و(م9) تحكيم فلسطيني.

يقصد بالأهلية صلاحية المحكم لمباشرة حقوقه المدنية باكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ويكون كامل أهلية الأداء، عاقلاً بالغاً لا يعتربه أحد عوارض الأهلية، وألا يكون المحكم محجوراً عليه لأي سبب كان، كالسفه أو العته أو الجنون، وألا يكون قد حكم عليه بحكم نهائي، ولو لم ينفذ العقوبة لأي سبب في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد إليه اعتباره أو يحكم ببراءته، ولا يصح أن يكون المحكم قاصراً سواء كان مأذوناً له بالإدارة أو غير مأذون له بها. ولا يصح لمن بلغ سن الرشد وخضع للقوامة بسبب الحجر. ولا يجوز للمحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية في جريمة مخلة بالشرف أو للمفلس ما لم يرد إليه اعتباره أن يكون محكماً. فالمحظور تعيينه محكماً هو المحروم من حقوق المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف، وليس المحروم من مباشرة حقوقه السياسية؛ لأن الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية لدوافع سياسية لا ينتقص من إرادة الشخص، ولا من كمال أهليته المدنية، فلا يشترط في المحكم أن يكون متمتعاً بحقوقه السياسية. وإذا كان المحكم أجنبياً تحددت أهليته طبقاً لقانون جنسيته (م1 مدني مصري). يتعين اختيار محكماً بديلاً عند انتفاء صلاحية المحكم السابق لإنتفاء أهليته⁽¹⁾.

ومرجع ضرورة شرط الأهلية؛ أن ناقص الأهلية لا يستطيع أن يلي أمر نفسه، فمن باب أولى أن لا يلي أمر غيره. كما أن المحكوم عليه في

(1) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص178. تقض مدني 1956/4/2م، طعن رقم 369 لسنة 22ق، مج، ص7، ص522.

- Ph.Foucherd; Le statut de L'arbitre dans La Jurisprudence Française; Rév.arb.1996; P.359.

- Cass. Civ. 2^e; 3 Juill.1996; Rév.arb.1996; P.405; Not.Ph. Fouchard.

-Cass. Civ.; 30 Juill.1978; Rév.arb.1979; P.343.

جناية أو جنحة محللة بالشرف أو بسبب شهر إفلاس لا يتمتع بحسن السمعة والنزاهة والثقة التي يجب أن يتمتع بها المحكم. والمحروم من حقوقه المدنية فقط هو المحظور تعيينه محكماً، وليس المحروم من مباشرة حقوقه السياسية، لأن حرمان الشخص من مباشرة حقوقه السياسية لدوافع سياسية لا ينتقص من إدراكه وتمييزه، ولا ينال من كمال أهليته المدنية، ولا ينزل به منزلة ناقص الأهلية^(١).

(٢) - يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً وطنياً أو أجنبياً: يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً، سواء كان ذكراً كان أم أنثى، وطنياً أم أجنبياً، جاهلاً أم متعلماً، موظفاً أم غير موظف، طالما لم يوجد فيه مانع قانوني يمنعه من القيام بمهمته، ما لم يتفق طرفا التحكيم أو ينص القانون على غير ذلك، ويطبق هذا الشرط في جميع أنواع التحكيم وطني أو دولي^(٢). وعلى ذلك فالشخص المعنوي سواء كان مركزاً أو شركة أو مؤسسة أو جمعية أو نقابة أو هيئة عامة أو غرفة تجارية... لا يجوز أن يكون محكماً؛ لعدم قدرته على مباشرة التحكيم إلا عن طريق المحكمين المتمين إليه، ويقوم الشخص المعنوي بتنظيم عملية التحكيم، دون أن يكون محكماً (م ١٠م) تحكيم موريتاني، و(م ٧٦٨) أصول محاكمات مدنية لبناني، و (art.1451 al.1.N.C.P.C.F.)؛ لأنه لا يتصور قيام الشخص المعنوي بمهمة التحكيم، وإصدار الحكم التحكيمي، وإن استطاع تنظيم وإدارة عملية التحكيم، عند اللجوء إليه كمركز أو غرفة أو مؤسسة تحكيمية^(٣).

(1) دهدي محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦م، بند ٦٠، ص ٩٢ - ٩٥. د. مخلوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان المنازعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٥٣ وما بعدها.

(2) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي جلسة ١٢/٣/١٩٩٨م، القضية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٧م، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م، بند ٩، ص ٥١.

- Paris; 13 Nov.1980; Rév.arb.1984; P.129.

- Paris; 22 Fev.1965; Rév.arb.1965; P.23.

(3) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٧٦ - ١٧٧. دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٩٤. د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ط ١، ص ٧٨.

(٣) - يجب أن يكون المحكم صالحاً لما حُكِّم فيه: لا يقصد بهذا الشرط خبرة المحكم؛ فخبرة المحكم ليست شرطاً لتعيينه، وإنما التمرس على إدارة عملية التحكيم، بكفاءة وتخصص وعلم بقواعد وأصول ممارسة المهنة، وفطنة وتقدير لما يثيره النزاع من مشكلات، والإلمام بجوانبه المختلفة، والإحاطة بالأعراف التجارية، وعدم الوقوع في أخطاء قد تؤدي إلى بطلان الحكم. والقدرة على إدارة المهمة التحكيمية، والتغلب على ما قد يعترض سيرها من عقبات. فتخصص المحكم يوفر للمحكم القدرة على حسن الفصل فيما يعرض عليه من منازعات تدخل في إطار تخصصه، وذلك لا يتأتى إلا بالتمرس على التحكيم^(١).

ولا يوجد نص في قانون التحكيم المصري يمنع جواز تحكيم الأمي أو الجاهل، ورغم ذلك نرى أفضلية وجوب أن يكون المحكم على معرفة كاملة بأصول التقاضي، والقواعد الموضوعية القانونية الآمرة، وقواعد النظام العام. إلى جانب أن يكون على علم ودراية بأصول الحرفة أو المهنة التي ينتسب إليها، والأعراف التي تحكمها؛ حتى يصدر حكمه صحيحاً غير معرضاً للبطلان. وحتى يستطيع موازنة مصالح أطراف التحكيم بالعدل، وحتى يستطيع كتابة، وتسييب، وتوقيع حكمه. كما يجب ألا يتحقق في شخص المحكم أحد أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى أو أحد أسباب الرد بعد تعيينه محكماً. ويجب على المحكم الإفصاح للأطراف عن ذلك حتى يكونوا على بينه من الأمر.

(٤) - يجب ألا يكون المحكم ممنوعاً من التحكيم: يحظر القانون أحياناً بنص خاص علي بعض الأشخاص من توائي مهمة التحكيم. فمثلاً نص قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م في (م٦٣) منه على أنه: "...لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون محكماً ولو بغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح علي القضاء،

(١) دإبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص٨.

Rene David; L'arbitrage dans Le droit commerciale international; P.15. -

إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية.

كما لا يجوز بغير موافقة المجلس المذكور ندب القاضي ليكون محكماً عن الحكومة أو الهيئات العامة متى كان طرفاً في نزاع يراد فضه بطريق التحكيم. وفي هذه الحالة يتولى هذا المجلس وحده تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي".

فالأصل هو الحظر وعدم جواز اختيار القاضي محكماً؛ أياً كانت درجته، ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير معروض علي القضاء، ولو بموافقة مجلس القضاء الأعلى. وذلك لتفرغهم للعمل القضائي وعدم تأخير الفصل في الدعاوي القضائية، ولعدم المساس بهيئة القضاء، ومنع القضاة من الوقوع في مواطن الشبهات، كما أنه يعرض استقلال وكرامة القضاة للخطر، ولعدم تسبب الحرج للقاضي إذا عرض عليه نزاع آخر أحد طرفيه كان قد اختاره محكماً في نزاع سابق^(١).

ولكن يجوز للقاضي القيام بالتحكيم؛ بعد الحصول علي موافقة مجلس القضاء الأعلى بالإذن للقاضي العمل محكماً استثناءً في حالتين فقط هما: الأولى: حالة ما إذا كان أحد أطراف النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية، وبشرط أن يكون الطرف القريب للقاضي خصماً حقيقياً في النزاع، وبعد الحصول علي إذن المجلس الأعلى للهيئات القضائية. والثانية: حالة ندب القاضي محكماً عن الحكومة أو الهيئات العامة متى كان طرفاً في نزاع يراد فضه بطريق التحكيم.

وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية إلي أن عدم حصول الموظف علي إذن جهة عمله، لا يعد سبباً من أسباب عدم صلاحيته محكماً، كما لا يعتبر سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في (م ٥٣)

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٢٣، ص ٢٤٠. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٢٠١، ص ١٩٣ - ١٩٤. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٤٢٢، ص ٦٠٩. د. هادي عبدالرحمن، دور المحكم، بند ٦٢، ص ٩٦ هامش (١).

تحكيم مصري. ويقتصر أثر عدم الحصول علي إذن جهة العمل علي العلاقة بين المحكم و جهة عمله ، بما يعرضه للمساءلة التأديبية ، ولكنه لا ينقص من صلاحيته لتولي مهمة التحكيم^(١).

إلا أن جمهور الفقه يري أنه يترتب علي مخالفة هذا الحظر بطلان حكم التحكيم بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ، تحكم به محكمة دعوي بطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها (م ٢/٥٣ تحكيم مصري) ؛ لأنه يمس النظام القضائي في الدولة ، وأن القاضي ممنوع من التحكيم بصريح نص قانوني (م ٦٣) من قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ م ، ولبطلان تعيين المحكم ، وبالتالي تشكيل هيئة التحكيم علي وجه مخالف للقانون (م ١/٥٣ - هـ تحكيم مصري) ، ولوجوب تفرغهم للقضاء ، وإبعادهم عن مواطن الشبهات ، وعدم الحيدة والاستقلال ، وفلا إجتهد مع صراحة نص المنع والحظر في مصر. ولا يحتج بالعمل في فرنسا علي إجازة تولي القضاة للتحكيم ، لأن ذلك مرجعه عدم وجود نص بالمنع في فرنسا^(٢).

وعلة هذا الحظر هي حرص المشرع المصري علي عدم إغراء القضاة بميزات التحكيم ، ومغرياته المادية ، حتى يتفرغوا لمهمتهم الأساسية خاصة مع قلة عددهم ، وكثرة عدد الدعاوي القضائية ، وهي إقامة العدل بين المتقاضين أمام القضاء الذين يؤرقهم بطء التقاضي ، وتراكم القضايا أمام المحاكم سنين بغير فصل فيها. بالتالي يهتم القاضي بعمله كمحكم أكثر من عمله كقاضي^(٣).

- (1) دفتحي والي ، قانون التحكيم ، بند ١١٨ ، ص ٢٣٥. و بند ١٢٤ ، ص ٢٤١. استئناف القاهرة ٢٨/٤/٢٠٠٤م ، دائرة ٩١ تجاري ، دعوي رقم ١٦٩ لسنة ١٢٠٠ق. استئناف القاهرة ٢٢/١١/٢٠٠٣م ، دائرة ٩١ تجاري ، دعوي رقم ١٧ لسنة ١٢٠٠ق.
- (2) دأحمد أبو الوفا ، التحكيم ، بند ٦٥ ، ص ١٥٧. دفتحي والي ، قانون التحكيم ، بند ١٢٢ ، ص ٢٣٨. دمصطفى الجمال ، ودعكاشة عبدالعال ، التحكيم ، بند ٤٢٢ ، ص ٦٠٩. دمحمود الشراوي ، التحكيم ، بند ١٤١ ، ص ٢٠٣. دعيد القصاص ، حكم التحكيم ، ص ٣١.

- Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure Civile; Dalloz 1994;N.1653; P.1973.

- (3) دأحمد مليجي موسى ، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ١٩٧٩م ، ص ١٨٧. دأسامة الشناوي ، المحاكم الخاصة في مصر ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٩٠م ، ص ٤٣٨.

لذا نقترح قصر هذا الحظر على القاضي في الخدمة الوظيفية دون القاضي المتقاعد، بمعنى جواز تولي القاضي المتقاعد مهمة التحكيم بعد تركه للوظيفة القضائية. ونرى سريان هذا الحظر على القضاة، والمستشارين، وأعضاء النيابة العامة، وأعضاء النيابة الإدارية، وأعضاء مجلس الدولة، وأعضاء هيئة قضايا الدولة... طالما كانوا في الخدمة الوظيفية، نظراً لتوافر علة الحظر في شأنهم. ويرى البعض عدم سريان هذا الحظر على أعضاء النيابة العامة^(١). إلا أن هذا الرأي قد نسي أن للنيابة العامة دور في الخصومة المدنية بالتدخل والإدخال.

(٥) - يجب ألا تكون له مصلحة ما في النزاع: يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع (م ١/١٦٦ تحكيم سعودي). فيجب ألا يكون له صلة بموضوع النزاع أو بأحد الأطراف أو ممثليهم، وألا تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة مادية أو معنوية في القضية التي ينظرها. وألا توجد علاقة مالية أو مهنية أو اجتماعية سابقة أو حالية تربط المحكم بأطراف النزاع^(٢). فلا يجوز أن يكون المحكم أحد أطراف التحكيم، فالمحكم لا يجوز أن يكون خصماً وحكماً في الوقت ذاته، أي لا يجوز أن يكون قاضياً لنفسه. كما لا يجوز للدائن أو الكفيل أو الضامن أن يكون محكماً في النزاع الواقع بين المدين والغير. ولا يجوز للشريك أو المساهم في شركة أن يكون محكماً في نزاع بين الشركة والغير، ولا يجوز للمهندس المشرف على تنفيذ عملية البناء أن يكون محكماً في نزاع بين صاحب العمل والمقاول^(٣). ونصت (م ٣/١٦٦) تحكيم مصري على أنه "...ويجب عليه - المحكم - أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده". وذلك عملاً بمبدأ الشفافية في مجال التحكيم، ولحسن أداء العدالة التحكيمية.

- (1) دمصطفى الجمال، د.مكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٢٢، ص ٦١٠.
- (2) د.حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ١١٢. د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم، ص ١٤٩.
- (3) دمصطفى الجمال، ود.مكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٢٠، ص ٦٠٧ - ٦٠٨. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ١٥٠.

(٦) - يجب أن يكون عدد المحكمين في هيئة التحكيم وتراً: يجب ألا يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم شفع، بل يجب أن يكون العدد وتراً. وتشكيل محكمة التحكيم من عدد فردي أمر متعلق بالنظام العام، وذلك لسهولة تكوين رأي الأغلبية عند إصدار حكم التحكيم^(١). وإذا اتفق أطراف التحكيم على عدد زوجي فإن اتفاق التحكيم لا يبطل، ويجب تعيين من يكمل العدد وفقاً لاتفاق التحكيم، ولولم يوجد اتفاق تحكيم بتعيين المحكم اللازم لاستكمال هيئة التحكيم، تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم، وإن كان السائد فقهاً أن طلب تعيين المحكم يقدم في شكل طلب على عريضة. ويجب ألا يكون في إختيار المحكم أية لبث أو غموض في تحديد شخصية المحكم. وإذا صدر حكم التحكيم من هيئة تحكيم بعدد زوجي كان حكم التحكيم صادراً من هيئة مشكلة تشكياً باطلاً، ويجوز في هذه الحالة رفع دعوى أصليه بطلانه^(٢).

وقد نصت (م/١٥/٢) تحكيم مصري علي ذلك بقولها: "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً". وهذا ما أقرته أيضاً (م/١٣) تحكيم سعودي، و(م/٢٠٤) مرافعات إماراتي،

(1) د.محمود بري، التحكيم، بند ٤٠، ص ٧٤. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٠ - ١٨٢. استئناف مصر ١٩٣٢/١٢/٢٥ م، مجلة المحاماة، س ١٣، رقم ٤٩٧، ص ١٠٠٥. تقض مدني ١٩٦٥/٢/٢٥ م، طعن رقم ٦٠ لسنة ق، مج، س ١٦، ج ١، ق ٣٥، ص ٢٢٠. تقض مدني ١٩٦٥/٦/١٧ م، طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٦، ج ١، ق ١٢٣، ص ٧٧٨.

- Paris; 18 avril.1989; Rév. arb.1990; P.915

- Paris; 15 Mai1987; Rév. arb.1987; P.503.

- Paris; 2 déc.1983; Rév. arb.1985; P.107.

(2) د.محمود بري، التحكيم، بند ٤٠، ص ٧٤. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٠ - ١٨٢. تقض مدني ١٩٨٨/٢/١٤ م، طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٥٢، ص ٢٤٢.

- Paris; 18 avril.1989; Rév. arb.1990; P.915.

- Paris; 15 Mai1987; Rév. arb.1987; P.503.

- Paris; 2 déc.1983; Rév. arb.1985; P.107.

و(م١٠) تحكيم بحريني، و(م٢/١٥) تحكيم عُمانى، و(م٧٧١) أصول محاكمات مدينة لبناني، و(م١٤) تحكيم أردني، و(م٢١) تحكيم يمني، و(م٢٥٧) مرافعات عراقي، و(م٢/١٩٣) مرافعات قطري، و(م١٢) تحكيم سوري، و(م١٨) تحكيم تونسي، و(م٧٤٤) مرافعات لبيبي، و(م١٧٤) مرافعات كويتي، و(م٢/١٤١) مرافعات سوداني، و(م١٨) تحكيم موريتاني، و(م٨) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي، و(art.1453.N.C.P.C.F.) التي نصت على أن "هيئة التحكيم تشكل من محكم واحد أو من عدة محكمين بشرط أن يكون عددهم وتراً". ولا يوجد حد أقصى لعدد المحكمين في هيئة التحكيم، بشرط أن يكون عددهم وتراً، وإذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة (م١٥) تحكيم مصري).

(٧) - يجب قبول المحكم لمباشرة مهمته التحكيمية: يجب أن يقبل المحكم القيام بمهمة التحكيم سواء كان محكماً وطنياً أم أجنبياً، رجلاً أو امرأة، وطني أو أجنبي، جاهلاً أم متعلماً، وسواء كان معين من الأطراف أم عينته المحكمة أو مركز تحكيم أو الغير، لأنه لا يمكن إجبار المحكم على ممارسة المهمة التحكيمية دون رضاه. لذلك فإن تعيين المحكم يعتبر إجراء مؤقتاً، لا يصبح نهائياً إلا بعد قبول المحكم القيام بمهمته التحكيمية. وإذا رفض المحكم قبول التحكيم بعد تعيينه، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم ذاته، ولكن تتوقف آثاره حتى يتم تعيين محكم بديل آخر باتفاق أطراف التحكيم أو من القضاء (م٣/١٦) تحكيم مصري، و(art.1452 al.1.N.C.P.C.F.)، و(م١٧) تحكيم سوري، و(م١١) تحكيم موريتاني. ولا يشترط لقبول المحكم لمهمته التحكيمية أن يخلف يميناً؛ لأنه محكم مختار بناءً على قناعة وثقة في أمانته ونزاهته وعدالته، وولايته خاصة بهذا النزاع فقط، وليست عامة كولاية القاضي، وليس شاهداً، ولا خبيراً حتى يخلف يميناً^(١).

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٣. د.أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ١٣٤.

وقيام المحكم بمهمته ليس إجبارياً، بل يجب قبوله صراحة، كأن يوقع على محضر اتفاق الأطراف على التحكيم، أو ضمناً يستتج من حضوره جلسات التحكيم. وقد يكون القبول مكتوباً، والكتابة هنا ليست ركناً لانعقاد عقد التحكيم أو شرطاً لصحته، ولكن وسيلة لإثبات قبول المحكم بمهمة التحكيم، لأن عقد التحكيم بين المحكم والمحتكمين ليس عقداً شكلياً بل رضائياً، وليس ثمة مانع من إثبات القبول بما يقوم مقامها كالإقرار أو اليمين الحاسمة^(١). ومتى قبل المحكم مهمة التحكيم يجب عليه الاستمرار في مهمته حتى نهايتها، ولا يجوز له التنحي بدون سبب مشروع، وإلا جاز الحكم عليه بالتعويضات طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية. ولا يخضع المحكم لجرمة إنكار العدالة، ولا لدعوى المخاصمة، لأنه ليس موظفاً عاماً، ولا مكلفاً بخدمة عامة، وإنما تكون مسؤوليته تجاه الأطراف عقدية، وتجاه الغير تقصيرية^(٢).

٢٢- كيفية اختيار المحكم: يجري تعيين المحكمين لتشكيل هيئة التحكيم بثلاثة طرق؛ إذ قد يقوم أطراف التحكيم أنفسهم بتعيينهم كأصل عام، وقد تقوم بذلك المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع، وقد يقوم مركز أو مؤسسة أو غرفة تحكيم أو الغير بتعيين المحكمين. بمعنى أنه قد يتفق أطراف التحكم في اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة على أن يعهدوا بالتحكيم إلى محكم فرد أو عدد من المحكمين، وقد يفوضون مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم لإجراء هذا الاختيار. وفي حالة عدم وجود اتفاق بينهم، أو الاختلاف في تعيين المحكمين؛ فإن المحكمة المختصة هي التي تتولى تعيين المحكم أو المحكمين بناءً على طلب الأطراف أو أحدهما. ولا يبطل اتفاق التحكيم لعدم اشتمال بنوده على كيفية اختيار المحكم، فالمرجع خص طرفي التحكيم باختيار من يحكمونه، وإلا فرضته

(١) د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية، ص ١٢٥. تقض مدني ٢٤/٢/١٩٧٣م، طعن

رقم ٤٨٩، لسنة ٣٧ق، مج، س ٢، ج ١، ق ٥٦، ص ١٥٠.

(٢) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ١٥٠ وما بعدها.

عليهم المحكمة علي النحو الثابت بنص (م ١٧) تحكيم مصري^(١).
والمحتكمون عند اختيارهم للمحكم لابد أن يسعى كل منهم لاختيار
المحكم الذي تتوافر فيه المقتضيات التي تبعث في نفسه الطمأنينة والثقة، أن
المحكم المختار سوف يبذل قصارى جهده في تأدية مهمته التحكيمية
متسلحاً بالنزاهة، والحياد، والأمانة، والتجرد أثناء نظر الدعوى
التحكيمية^(٢).

تشكل هيئة التحكيم من عدد وتري طبقاً لاعتبارات يقدرها أطراف
النزاع، وللأطراف حرية كاملة في تحديد عدد محكمين هيئة التحكيم. حيث
يتم تشكيل هيئة التحكيم باتفاق طرفي النزاع، عملاً بمبدأ سيادة سلطان
الإرادة، فيما يتعلق باختيار المحكمين. فإن لم يتمكن الأطراف من الاتفاق
على تعيين هيئة التحكيم أو قصر أحدهم أو أهمل في القيام بواجبه في تعيين
محكمه أو إذا أغفل اتفاق التحكيم تعيين هيئة التحكيم عن طريق الأطراف
لسبب أو لآخر تم اللجوء إلى قضاء الدولة لاستكمال تشكيل هيئة
التحكيم^(٣). وهذا المبدأ نصت عليه العديد من تشريعات التحكيم:
(م ١/١٥، م ١/١٧) تحكيم مصري، و(art.1454 N.C.P.C.F.)،
و(م ١٧٥) مرافعات كويتي، و(م ٧٧٢، ٧٧١) أصول محاكمات مدينة
لبناني، و(م ١٨) تحكيم تونسي، و(م ٧٤٦) مرافعات ليبي، و(م ٢٥٦)
مرافعات عراقي، و(م ١٢) تحكيم سوري، و(م ١٦، ١٤) تحكيم أردني،
و(م ١٠) تحكيم بحريني، و(م ٢٠٦) اجراءات مدينة إماراتي، و(م ١٥).

- (1) دأبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دورة اعداد المحكم، مركز
تحكيم حقوق عين شمس في ٩- ١٤ سبتمبر ٢٠٠٠ف، ص ١٠. دمحى الدين علم الدين،
اتفاق التحكيم وصورة، دورة إعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس في ٩-
١٤ سبتمبر ٢٠٠٠ف، ص ٨. دمحمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم،
بند ٣٢٠، ص ٢٥٨. نقض مدني ٢٤/١١/٢٠٠٢م، طعن رقم ٤٧٩١ لسنة ٧١ق.
- (2) دمهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة
عمان ٢٠٠٥ف، ص ٢٠٠.
- (3) د.عاطف الفقهي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٧م،
ص ٢٦٦. نقض مدني ١٠/٦/٢٠٠٣م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٤،
ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

تحكيم سعودي ، و(م ٦) تحكيم يمني ، و(م ٦/١٤١) مرافعات سوداني ، و(م ١٨) تحكيم موريتاني ، و(م ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨) من قواعد اليونسترال . وفي التحكيم المؤسسي الذي يتم من خلال مؤسسة أو مركز تحكيم دائم ، له قواعد ولوائح تحكيم خاصة به ، فيتم التحكيم وفقاً للقواعد التي تتبعها المؤسسة ، أو المركز بعد اختيار طرفي التحكيم لمركز أو مؤسسة التحكيم التي يعهد إليها بحل النزاع ، ويتم اختيار هيئة التحكيم طبقاً للقواعد ولوائح مركز أو مؤسسة التحكيم التي اختارها طرفا التحكيم ، وذلك ما لم يتفق طرفا التحكيم على تطبيق قواعد أخرى ، ولا يتدخل القضاء في هذا الاختيار^(١) .

وإذا حدث تعارض بين بنود اتفاق التحكيم ، ونصوص مركز التحكيم ؛ فيما يتعلق بتعيين المحكم ، كانت الأروحية والأولية لما ورد في اتفاق التحكيم ، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم . وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى ضرورة احترام مبدأ التعيين الاتفاقي للمحكّمين ، وإلا كان حكم التحكيم باطلاً . وعليه فلا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق مشترك بين طرفي التحكيم (م ٢٠م تحكيم مصري)^(٢) . فالميزة الكبرى للتحكيم تكمن في اختيار هيئة التحكيم بالإرادة المشتركة للأطراف ، ولثقة الأطراف في المحكم المختار للفصل في النزاع على ضوء شروط الأطراف . فالأصل أن التحكيم مكنه اختيارية للأطراف باتفاقهم عليه وبإرادتهم الحرة ، ولا يجوز إجراؤه قسراً أو تسلطاً أو كرهاً على الأطراف .

ويجب ضرورة مراعاة المساواة بين أطراف التحكيم ، في عملية اختيار تشكيل هيئة التحكيم . فمبدأ المساواة بين الأطراف في تعيين هيئة التحكيم من النظام العام ، ولا يمكن التنازل عنه إلا بعد قيام النزاع ، فمبدأ المساواة

(1) دأبو العلا علي أبو العلا النمر ، تكوين هيئات التحكيم ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ط ١ ، ص ٣ وما بعدها .

(2) دأبو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، ط ١ ، ص ٢١٠ .
- Cass. Civ. 4déc. 1990; Rév. arb. 1991; P. 81; Not. Ph. Fouchard.

- Paris 28 mars 1984; Rév. arb. 1985; P.141.

- T.G.i. Paris 22 Mars 1983; Rév. arb. 1983; P. 479.

مبدأ إجرائي عام يندرج في مفهوم النظام العام الإجرائي^(١). ويترتب على عدم مراعاة مبدأ المساواة بين أطراف التحكيم، في عملية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، بطلان كل شرط يقضي باستقلال أحدهما دون الآخر بالاختيار، ويقضي باختيار أحدهم عدد من المحكمين يفوق العدد الذي يقوم الطرف الآخر باختياره أو يقضي باستقلال المحكم المختار من أحدهم بالفصل في النزاع في حالة تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه^(٢).

والأصل أن يتم اختيار المحكمين بإرادة الأطراف المشتركة مباشرة؛ سواء تم هذا الاتفاق في شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم أو في اتفاق لاحق مستقل. وإذا لم يتم الاتفاق على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة كحد أدنى، ودون وضع حداً أقصى لعدد المحكمين (م ١/١٥م) تحكيم مصري) بشرط وتربية العدد. وللأطراف تفويض شخص أو جهة أو هيئة أو منظمة تتولي اختيار المحكمين، وهذا هو أسلوب الإختيار غير المباشر أو بالتفويض (م ١/١٧م تحكيم مصري). ويجب أن يتم اختيار المحكم بوضوح سواء تم الاختيار بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وإذا اتفق الأطراف على التحكيم، ولم يتفقوا على اختيار هيئة التحكيم تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في التحكيم الداخلي، أو محكمه استئناف القاهرة في التحكيم الدولي بهذا الاختيار، بناءً على طلب من أحد ذوي الشأن، وتنظره المحكمة، وتصدر فيه قراراً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن (م ٣/١٧م تحكيم مصري). ذلك دون إخلال بحق الطرف ذي المصلحة في رد المحكم، حتي ولو تم تعيينه بواسطة المحكمة (م ١٧م تحكيم مصري). وتخضع إجراءات تقديم الطلب للقانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات والمرافعات المعمول بها أمام

(1) -Ph.Fouchard, E.G aillard et B. Goldmam; Traité de l'arbitrage Commercial international; Paris 1996; N.783; P.4

-Cass. Civ. 7 Jav. 1992; Rév. arb. 1992; P. 470; Not. Piesse pellet. de Boisseson.

- Paris 25 Mai 1990; Rév. arb. 1990; P.892; Not. M. (2)

-T.G.i Paris; 30 Mai 1986; Rév. arb.1988; P. 371.

المحكمة المطلوب منها التدخل للمعاونة والمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم^(١). وتعد قاعدة حرية طرفي التحكيم في عرض النزاع التحكيمي بينهما، على محكم معين من اختيارهما أو بتفويض منهما، بمثابة قاعدة دستورية. لأن اللجوء إلى التحكيم يكون اختيارياً وليس إجبارياً يتولد عن إرادة حرة. ولا يجوز إجراؤه تسليطاً أو كرهاً^(٢).

ولا تعتبر هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم المؤسسي جهة قضاء، وإنما هي مجرد كيان إداري مساعد يضع تحت تصرف المحكمين قوائم محكميه، ولوائح إجراءاته، ومصارفه القانونية والفنية، وخبرته العملية كسباً لثقتهم في سلامة عملية التحكيم الذي تديره، وفي قابلية حكم التحكيم الذي يتمخض عنه للتنفيذ. وقراراتها في شأن تنظيم عملية التحكيم، كالقرارات المتعلقة باختيار المحكمين، وردهم، واستبدالهم، وبدء الإجراءات، وتحديد المواعيد، ومدتها... وغير ذلك من القرارات التنظيمية التي تصدرها لا تعتبر أحكاماً قضائية، وإنما هي أقرب إلى القرارات الإدارية التنظيمية أو القرار المتعلقة بالإدارة القضائية^(٣). فهذه هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في أنحاء العالم تقوم بتقديم خدمات لأطراف النزاع، وتهيئ الظروف لإجراء التحكيم بما لديها من سكرتارية دائمة، ولوائح، وقائمة بأسماء المحكمين المؤهلين، بل وتقوم بتقديم التسهيلات اللازمة لإجراء التحكيم^(٤).

ويتم اختيار هيئة التحكيم للفصل في النزاع التحكيمي من قبل أطراف التحكيم، لأن هؤلاء المحكمون موضع ثقة أطراف التحكيم. وأن هؤلاء المحكمون خبراء في مجال النزاع التحكيمي أو أكثر كفاءة وقدرة في النواحي

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، ص ٦١٣ وما بعدها.

(2) دستورية عليا ١٩٩٩/٧/٣م، الجريدة الرسمية المصرية، ع ٢٨، الصادر في ١٥/٧/١٩٩٩م، ص.

(3) د. محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، ورقة عمل إلى مؤتمر التحكيم الدولي بالقاهرة في ٢٥ - ٢٧/٣/١٩٩٥م. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، ص ١٣٣.

(4) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم، بند ١٢، ص ٢١.

الفنية للنزاع من قضاء الدولة، وتمتع المحكم بسلطة حسم النزاع بحكم ملزم لكلا الطرفين^(١). وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن لجوء طرفي التحكيم إلى منظمة أو مؤسسة أو مركز تحكيم في اتفاق التحكيم بينهم يجعل لائحة تلك المنظمة أو المؤسسة أو مركز التحكيم جزء لا يتجزأ من اتفاق التحكيم، وتصبح مندمجة فيه كأحد بنوده^(٢).

وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم وحيد يتم إختياره بإرادة المشتركة للطرفين. وإذا كانت مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكمه، ثم يقوم المحكمان المختاران بإختيار المحكم الثالث. وإذا كان عدد هيئة التحكيم مشكلة من خمسة أو سبعة... اختار كل طرف محكمين أو ثلاثة أو أكثر... ثم يقوم المحكمون المختارون من الأطراف بإختيار المحكم المرجح. وإذا عين أي من الطرفين محكمه، فلا يجوز له العدول عنه أو تغييره، بعد أبلغ الطرف الآخر بذلك التعيين، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، وذلك بهدف منع التلاعب أو التسويق في تشكيل هيئة التحكيم. وإذا تنحي أحد المحكمين الثلاثة، فلا يجوز للمحكمين الآخرين الاستمرار في نظر التحكيم حتي إصدار الحكم، ولا يجوز إبقاء هيئة التحكيم قائمة دون محكم ثالث حتي إصدار الحكم، إذ تعد الهيئة مشكلة عندئذ من عدد زوجي، وبالتالي سيكون تشكيل هيئة التحكيم غير صحيح، مما يؤدي إلي بطلان حكم التحكيم^(٣).

وقد حددت (م١٧) تحكيم مصري، و(art.1457;1493 N.C.P.C.F.)، و(م١٥) تحكيم سعودي، و(٢/٨م) تحكيم أردني، و(م١٨، ١٧) تحكيم إنجليزي لسنة ١٩٩٦م، و(م١١) تحكيم بحريني، و(م١٤) تحكيم سوري، و(م١١) من القانون النمروذجي؛ حالات تدخل قضاء الدولة في تشكيل هيئة التحكيم: عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم المنفرد الذي تشكل منه وحده هيئة التحكيم. وامتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه خلال ٣٠

(1) د.مصلح أحمد الطراونه، د.جورج حزبون، د.عامر عبيد الله محمود التواسيه، مسئولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، حقوق البحرين، ج١، ع٢٤، يوليو ٢٠٠٤م، ص١١٦.

(2) - Paris; 22 Janv. 1982; Rév. Arb. 1982; P.91.

(3) - Paris; 15 Janv. 1985; Rév. arb. 1986; P.87.

(3) د.أحمد عبد الكريم سلامه، قانون التحكيم، ص٦٣٥.

يوم من تسليمه طلباً بذلك من الطرف الآخر. عدم اتفاق أعضاء هيئة التحكيم المعيّنين من طرفي التحكيم على اختيار المحكم المرجح خلال ٣٠ يوم من تاريخ تعيين آخرهما. إذا خالف أحد طرفي التحكيم إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم. إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد أو المحكم المرجح.

وهذه الحالات مجرد أمثلة للصعوبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، المكلفة بالفصل في موضوع النزاع. ويجب على المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، اختيار المحكم على وجه السرعة دون تأخير، بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم. ويكون طلب تعيين المحكم بطريق الدعوي التي ترفع بصحيفة، وتنظره المحكمة بكامل هيئتها بالإجراءات المعتادة لنظر الدعوي على وجه السرعة، وتنظره الدائرة في جلسة يحضرها الخصم الآخر أو يكلف بالحضور أمامها، وتصدر حكمها بتعيين المحكم، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق. وليس للمحكمة أن ترفض طلب تعيين المحكم، ما لم يتبين لها أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان. وتعيين المحكم وفقاً للمادة (١٧) تحكيم مصري من النظام العام؛ لأنه يتعلق بإجراءات التقاضي. وإذا تم تعيين بديل للمحكم في أية حالة من الحالات السابقة أثناء إجراءات التحكيم، فإنه يجب إعادة فتح باب المرافعة من جديد أمام هيئة التحكيم، بحضور المحكم البديل الجديد قبل إصدار حكم التحكيم. واستصدار أمراً على عريضة من رئيس المحكمة المختصة بتعيين المحكم بعد اختلاف الطرفين على تعيينه يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لمخالفة الإجراء الواجب إتباعه بالالتجاء إلى القضاء، إلا أنه رغم ذلك فإن هذا البطلان يعتبر كأن لم يكن ويزول طالما تحققت الغاية من الإجراء، وهي كفالة ضمانات التقاضي الأساسية للمحتكمين سواء ما تعلق منها بالمواجهة القضائية أو حضورية الأدلة أو كفالة حق الدفاع^(١).

(١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٤٦٣، ص ٩٤٧ وما بعدها. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ١٥٠، ص ١٤٢. د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٤٩ - ٥١. نقض مدني ٢٢/٣/٢٠١١ ف، طعن رقم ١٤٥ لسنة ٧٥ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>.

وليس لهيئة التحكيم المشكلة من عدد وتري، كثلاثة مثلاً، أن تتعقد في أية جلسة من جلساتها بعضوين فقط أو بأية عدد زوجي أو بعضو واحد فقط. وإن حدث ذلك، فإن تشكيل هيئة التحكيم يكون باطلاً، وإجراءات خصومة التحكيم تكون باطلة، ويتعين القضاء ببطالان حكم التحكيم. وسيتبين ذلك من خلال محاضر جلسات هيئة التحكيم، وإذا ثبت في محضر الجلسة عكس حقيقة تشكيل هيئة التحكيم الحاضرين في الجلسة، فإن ذلك يُعد تزويراً^(١).

٢٣- التمييز بين عمل المحكم وغيره من النظم القانونية المشابهة: لما كان التحكيم نظام قانوني بديل عن نظام التقاضي الذي تنظمه الدولة كوسيلة بديلة لحل المنازعات. وهناك سمات أساسية تفرق التحكيم، وعمل المحكم عن عمل القاضي، وعمل الخبير، وعمل الوكيل، وعمل المصلح، وعمل الموفق، وعمل الوسيط، وإن كان هؤلاء قد جمعهم هدف واحد، وهو السعي إلى حل النزاع. فالتمييز الأساسي للتحكيم يكمن في طبيعة المهمة التي يعهد بها إلى المحكم، حيث يعهد إليه بمهمة الفصل في نزاع بحكم ملزم للأطراف. فالعبرة دائماً بطبيعة النشاط الذي يباشره المحكم، ولا يعتبر محكماً بتكليف الأطراف، بل بتكليف المحكمة. أي أنه من بين العناصر المميزة للتحكيم، وجود نزاع قائم أو محتملاً بين الأطراف ذوي الشأن، وتخويل الغير (هيئة التحكيم) سلطة حسمه بحكم ملزم، حائز لحجية الأمر المقضي^(٢).

(١) - تمييز عمل المحكم عن عمل القاضي: القضاء في اللغة بعدة معان منها: الإلزام والفراغ أو الأخبار أو التقدير... وشرعاً: هو قول ملزم ويصدر عن ولاية عامة. أو فصل القاضي بين خصمين فأكثر بحكم ملزم أو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام. فالمحكم والقاضي يؤديان

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٦٢، ص ٣٠٩. د. علي بركات، خصومة

التحكيم، بند ١٥٠، ص ١٤٢.

(2) د. محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م،

ص ٢.

مهمة واحدة هي الفصل بين أطراف النزاع التحكيمي بحكم ملزم^(١). حيث تضيفي الصفة القضائية على عمل كل من المحكم والقاضي. كما يتشابه دور المحكم في الخصومة التحكيمية مع دور القاضي في الخصومة القضائية، كما أن أداة عمل المحكم وعمل القاضي واحدة. والآثار المترتبة على عمل المحكم وعمل القاضي واحدة. حكم المحكم، وحكم القاضي يهدفان لتحقيق حماية النظام القانوني بحكم محايد ملزم لأطراف النزاع. يتمتع بحجية الأمر المقضي مقيداً للخصوم والمحكم بعدم إثارة النزاع مرة أخرى.

والقاضي يتقاضى مرتب من الدولة؛ لأنه يعين من السلطة العامة للعمل في الدولة، بينما المحكم يتقاضى أتعابه من أطراف التحكيم؛ لأنه شخص يتم اختياره بالإرادة المشتركة للأطراف. ولا يعزل القاضي باتفاق الأطراف عكس المحكم. تسأل الدولة عن عمل القاضي لأنه تابعاً لها، عكس المحكم لا تسأل عنه الدولة لأنه ليس تابعاً لها. للقاضي حق اختصام الغير في القضية لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة عكس المحكم. أساس طبيعة عمل المحكم هو الإرادة المشتركة للأطراف، بينما عمل القاضي ينتمي بطبيعته إلى سلطة القضاء. والعلاقة التي نظمها قانون التحكيم بين المحكم والمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالمساعدة والرقابة، ولا تنفي عن عمل المحكم الصفة القضائية^(٢).

كما أن عمل المحكم يتطلب وجود عقد بين المحكم والأطراف، بينما عمل القاضي يمنع ذلك. عمل المحكم مؤقت ينتهي بصدور حكم التحكيم، بينما القاضي دائم في عمله. حكم التحكيم لا يصبح في قوة الحكم القضائي إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه بأمر تنفيذ من القاضي

(1) د.أمال الغزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، ص ٢٨٤. د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٥م، ص ١٤٨ وما بعدها.

(2) د.شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، عالم الكتب بالقاهرة ١٩٧٤م، ص ٤٥٥ وما بعدها. د.كمال عبد الحميد فزاري، آثار حكم التحكيم، ص ٦٦ وما بعدها.

المختص. وللخصوص دور في تعيين المحكم دون القاضي الذي تعيينه الدولة. كما أن شروط تعيين القاضي هي نفس شروط تعيين المحكم عدا شرط حلف القاضي لليمين القانونية. يجوز القضاء في كل شيء، أما التحكيم يكون في أمور محددة بنص القانون. حكم القاضي يكون ابتدائياً أو نهائياً أو باتاً، بينما حكم المحكم في القانون المصري يكون بات غير قابل للطعن فيه إلا بدعوى البطلان^(١).

تتدخل النيابة العامة وجوباً أو جوازياً أمام القضاء، بينما لا تمثل النيابة العامة أبداً أمام هيئة التحكيم. كما لا يتمتع المحكم بنفس سلطات الأمر والنهي التي يتمتع بها القاضي. ولا يخضع المحكم لنظام محاصمة القاضي. ولا يستطيع المحكم توقيع عقوبة الغرامة لصالح الدولة على خصم أو شاهد. المحكم قد يكون أكثر خبرة فنية بموضوع النزاع عن القاضي. لا يعد المحكم مرتكباً لجريمة إنكار العدالة إذا امتنع عن القيام بعمله بعد قبوله للمهمة التحكيمية عكس القاضي لأنه ملزم بحكم وظيفته بالقيام بعمله. المحكم قد تكون ثقافته القانونية وخبرته القضائية أقل من القاضي لأنه متمرس على دراسة القضايا وتحقيقها. حكم المحكم قاصراً يتعلمى طرفي التحكيم، بينما حكم القاضي قد يتعدى إلى غير المتقاضين. حكم المحكم ليس له قوة تنفيذية فور صدوره عكس الحكم القضائي. ليس للمحكم أن يجبس أو يستوفى عقوبة بل غايته الاثبات والحكم، وذلك بخلاف القاضي. القاضي أعلى مرتبة باعتباره صاحب الولاية العامة في دعاوى القضاء، والمحكم أقل مرتبة لأنه قاضي خاص في طلب تحكيم^(٢).

ولا يعتبر المحكم معاوناً قضائياً حتى في حالة قيام القاضي بتعيينه لعدم اتفاق طرفي التحكيم على اختيار المحكم، ولا يعد هذا التعيين من قبيل الفصل في تحديد مهمة المحكم، فلا تطبق القواعد المقررة لأعوان القضاء على المحكم. وتجسد سلطة المحكم أساسها القانوني في اتفاق التحكيم^(٣).

(1) د.أحمد محمد مليجي موسى، تحديد نطاق الولاية، ص ١٨٣ وما بعدها. د.كمال عبد الحميد فزاري، آثار حكم التحكيم، ص ٦٦ وما بعدها.

(2) الإشارة السابقة.

(3) د.سحر عبد الستار امام يوسف، المركز القانوني، بند ١٨، ص ٤٦.

Not.Thomas clayard. Renisard; 16 déc.1999; Rév.arb.2000; N. 2; P.316;-

ويرى بعض الفقهاء أن المحكم يعد من أعوان القضاء، ولأن المهمة التحكيمية تخضع للمبادئ العامة في فكر أعوان القضاء^(١). كما لا يعتبر المحكم مكلفاً بخدمة عامة لأن الدولة لم تعهد إليه بالخدمة العامة، بالإضافة إلى أن أوراؤه لا تنسب إلى الدولة^(٢). ويرى بعض الفقهاء أن المحكم شخص مكلف بخدمة عامة بحجة أنه يساهم في تحقيق أداء العدالة بين الناس، والتي تعد بطبيعتها وظيفة عامة^(٣).

(٢) - تمييز عمل المحكم عن عمل الخبير: الخبرة في اللغة: العلم بيوطن الأمور عن تجربة وممارسه بمهارة فائقة ومعارف فنية. واصطلاحاً: هي استعانة المحكم أو القاضي أو أطراف التحكيم بأشخاص فنيين متخصصين لإبداء رأي فني غير ملزم في أمر فني يصعب الإمام به بناء على قرار ندبه لتلبية بناء علي طلب أحد أطراف التحكيم أو من تلقاء نفس المحكمة^(٤).

فالخبير يعطي رأياً فنياً في مسألة معينة استناداً إلى معرفته واختصاصه في الأمور التي يبدي رأيه فيها، وهذا الرأي غير ملزم للمحكمة، بينما حكم المحكم ملزم للخصوم وللقضاء معاً وواجب التنفيذ بعد إصدار الأمر بتنفيذه ووضع الصيغة التنفيذية عليه. أي أن رأي الخبير يكون استشارياً ليس له سوى قيمة الرأي بالنسبة للقاضي^(٥). وينحصر دور الخبير في تقديم تقرير فني يساعد القاضي في تكوين اقتناعه، للوصول إلى الحكم الذي ينهي الخصومة المطروحة عليه. فتقرر الخبير لا يكون سوى عنصر من

(1) د. أحمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠، بند ١٣٠، ص ٣٣٠.

(2) د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، بند ١٧، ص ٤٨.

(3) د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٤م، بند ٣٤، ص ٤٦.

(4) د. حسان عبد المسميع هاشم، الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٩ وما بعدها. د. محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٣٠. د. علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٩م، ص ٩٧ وما بعدها.

(5) تقض مدني ١٣/١١/١٩٨٨م، طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٢١، ص ٩٢.

عناصر الإثبات. وتقتصر مهمة الخبير على تحقيق الواقع، وإبداء رأيه في مسائل فنية تتم عن معرفه شخصية برأي استشاري غير ملزم^(١). في حين المحكم يقوم بحسم النزاع بين أطراف التحكيم، كما أن حكمه يمتد إلى المسائل الواقعية والقانونية مع أنه قد لا يكون بالضرورة شخصاً قانونياً.

يجب أن يؤدي الخبير قبل إنجاز مهمته اليمين القانونية أمام القاضي عكس المحكم. كما يجب عرض تقرير الخبير على أطراف التحكيم قبل الحكم لإبداء رأيهم فيه احتراماً لمبدأ المواجهة بين أطراف التحكيم عكس المحكم. كما أن عمل الخبير يمثل إجراء من إجراءات الإثبات، ولا يمكن أن يكون عملاً قضائياً عكس عمل المحكم. ويعتبر الخبير والمحكم من الغير بالنسبة للأطراف. ويتطلب كل من المحكم والخبير الحياد والاستقلال والعمل بالعدل وانتقاء الموانع القانونية. ويجوز رد المحكم كما يجوز رد الخبير، ويجوز اختيار الخبير محكماً نظراً لخبرته الفنية. ولا يجوز تعيين محكم في مسألة لا يجوز فيها التحكيم، بينما يجوز تعيين خبيراً فيها، كما يجوز الطعن في حكم المحكم، بينما لا يجوز الطعن في قرار الخبير، لأنه لا يصدر حكماً، بل يصدر تقريراً ليس له حجية الأمر المقضي إلا بصدر حكم من المحكمة في الموضوع. تعيين الخبير من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع بدون وجود شرط أو مشاركة رضائي بعكس التحكيم الاختياري الذي يشترط وجود شرط أو مشاركة التحكيم. كما أن الخبير والمحكم ليس كل منهما عضواً في القضاء. فالخبير يطلب منه استشارة بتقرير استيضاحي، بينما المحكم يطلب منه حسم النزاع بحكم ملزم^(٢).

(٣) - تمييز عمل المحكم عن عمل الوكيل: الوكالة في اللغة: هي الحفظ. واصطلاحاً: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه وقابل للنياحة، أو هي عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم

(1) د.سيد أحمد محمود، التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط ١، ١٩٩٨م، ص ٨٣ وما بعدها.

(2) د.محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم، ص ١٧ وما بعدها. د.مختار بربري، التحكيم، ص ١٩. د.أحمد سعيد الدهن، موقع الخبير من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمنية، ٢٠٠٠م، ع ٣، ص ٢٦.

بعمل قانوني باسم وحساب الموكل (م ٦٦٩ مدني مصري). وتنعقد ولاية كل من المحكم، والوكيل باتفاق الأطراف للقيام بعمل قانوني محدد. فالوكالة، والتحكيم كلا منهما من العقود الرضائية أي تجمعها النشأة الاتفاقية. بالإضافة إلى الاعتبار الشخصي في مهمة كل منها. ويعمل المحكم باستقلال عن اختياره وبجباد، فلا يخضع لتعليمات من الشخص الذي اختاره، بإرادة المحكم إرادة مستقلة تماماً عن إرادة المحكم، وقد يحكم المحكم بما قد لا يرضى به المحكم الذي اختاره، وإذا كان المحكمون هم الذين يختارون المحكم، فإنه بمجرد بدء خصومة التحكيم تنفصل إرادة المحكم عن إرادة المحكمين. ولا يعمل المحكم باسم أحد أطراف التحكيم أو لصالحه. فبمجرد اختيار المحكم يصبح للمحكم صفة القاضي، ولا يتمكن أطراف التحكيم من التدخل في عمله، بل إن حكمه يفرض عليهم وملزم لهم، وبالتالي لا يكون المحكم وكيلاً للأطراف بل حكماً بينهم (١).

يعمل الوكيل بإرادة موكله في الحدود المرسومة بعقد الوكالة باسم موكله لا باسمه. ويعود أثر عمل الوكيل إلى موكله لا إلى الوكيل، ويقوم الوكيل بالتصرفات القانونية باسم الموكل وحسابه، ويملك الموكل التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، ولا يقوم الوكيل كقاعدة عامة، إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، عكس المحكم المستقل تمام الاستقلال عن أطراف التحكيم، ولا يتمكن أطراف التحكيم من التدخل في عمله أو إصدار تعليمات له بل يفرد وحده بنظر أطراف التحكيمية التحكيمية وإصدار حكم فاصل ملزم سواء وافق إرادة أطراف التحكيم أو خالفها، ولهم الطعن على حكم التحكيم بدعري البطلان الأصلية في

(١) دالسيد المراكبي، التحكيم، ص ٣١ وما بعدها. دسيد أحمد محمود، التحكيم العادي، ص ٨٨ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، ص ٣١. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٥.

- Cass. Civ.2^e ; 3 Juill. 1996; Rév. arb. 1996; P.405; Note. Ph. Fouchard.

- Paris; 17 Mars 1989; Rév. Arb. 1990; P.72.

- Cass. Civ.2^e ; 13 avril. 1972; Rév. arb. 1975; P. 235; Not. E. Loquin.

الأحوال التي وردت على سبيل الحصر (م ٥٣ تحكيم مصري). ويستطيع الموكل عزل وكيله أو استبداله متى شاء، وإلغاء عقد الوكالة برمته، بخلاف المحكم لا يستطيع عزل المحكم بدون مبرر شرعي، أو إجماع أطراف التحكيم على عزله، ولا يستطيع إلغاء اتفاق التحكيم. عمل المحكم يمنعه من أن يكون وكيلاً لأحد الأطراف، فمن غير الممكن أن يكون المحكم وكيلاً وحكماً في آن واحد. يتصرف الوكيل بما هو في مصلحة الموكل بخلاف المحكم يحكم متجرداً. يخول المحكم سلطه حسم النزاع التحكيمي بحكم ملزم للأطراف ولو لم يوافق إرادتهم. ولا يعد المحكم وكيلاً مشتركاً عن أطراف التحكيم؛ لأن مصالح أطراف التحكيم متعارضة، ولا يجوز للوكيل أن يمثل طرفين مصالهما متنازعة (١).

وبناءً عليه رفضت محكمة النقض الفرنسية تأسيس مسؤولية المحكم على فكرة الوكالة، وهو ما أيده الفقه الفرنسي. كما لا يعتبر المحكم الفرد وكيلاً مشتركاً عن المحكمين لتعارض مصالحهما، فلا يجوز للوكيل تمثيل طرفين مصالهما متعارضة (٢).

- (٤) - تمييز عمل المحكم عن عمل المصالح: الصلح لغة: هو قطع النزاع. وشرعاً: عقد يحصل به قطع المنازعة. وقانوناً: عقد يرفع النزاع بالتراضي أو عقد يحسم به المتنازعين نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً

(1) د. سيد أحمد محمود، التحكيم العادي، ص ٨٨ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ص ٣١. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٥. د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره، ص ١٦١.

- Cass. Civ. 2^e ; 3 Juill. 1996; Rév. arb. 1996; P.405; Note. Ph. Fouchard.

- Paris; 17 Mars 1989; Rév. Arb. 1990; P.72.

- Cass. Civ. 2^e ; 13 avril. 1972; Rév. arb. 1975; P. 235; Not. E. Loquin.

(2) د. محمود مصطفى يونس - قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة دار النهضة العربية بالقاهرة - ط ١ - ص ٣٠، ٣١.

- Ph. Fouchard; Le statut de L'arbitre dans La Jurisprudence Franceise; Rév. arb. 1996; P.359.

- Cass. Civ. 2e; 3 Juill. 1996; Rév. arb. 1996; P.405; Not. Ph. Fouchard.

- Cass. civ.; 30 Juill. 1978; Rév. arb. 1979; P.343.

وذلك بنزول كل منها على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م ٥٤٩ مدني مصري، art.2044.C.G.F.). ويتفق عمل المحكم والمصلح في أن كلا منهما يقوم بفض النزاع وإزالة العداوة الناشئة بين أطرافه التحكيم بين. ويجوز الطعن في كل من حكم المحكم، وعقد الصلح بدعوى بطلان أصلية مبتدأه. ويعتبر كل من التحكيم والصلح عقداً رضائياً؛ هدفه إنهاء النزاع بمودة، لاستقرار التعامل بينهما. وكل من التحكيم والصلح يؤدي إلى عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة، وكلاهما يتطلب لصحته توافر أهلية التصرف في أطرافه. وكلاهما يتطلب وكالة خاصة لإبرامه، وكلاهما محله واحد؛ فالتحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح. فالتحكيم نظام اتفاقي - قضاء غير رسمي - للفصل في المنازعات. ويجمع المحكم، والمصالح النشأة الاتفاقية لعملها وهدفهما بالسعي لحل النزاع^(١).

وينهى المصلح النزاع بين الأطراف بالتراضي، بينما المحكم ينهيه بحكم ملزم. ولا يجوز للأطراف اللجوء إلى القضاء بعد الصلح، ولا بعد التحكيم، بينما يجوز اللجوء إلى القضاء قبل الصلح. محضر الصلح، وحكم التحكيم يتمتع كل منهما بحجية الشيء المحكوم فيه، حكم المحكم ملزم نابع من إرادة المحكم دون إرادة أطراف التحكيم على عكس محضر الصلح النابع من عمل وإرادة أطراف الصلح أنفسهم؛ لأن كل طرف في الصلح يتنازل عن جزء من الحق الموضوعي مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الآخر. محضر الصلح لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بتوثيقه أو بتصديقه من القضاء، بينما حكم المحكم يحتاج إلى أمر بتنفيذه. وبعد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٥، تنقيح أحمد مدحت المرابي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م، ص ٣٨٩. د. يس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨ف، ص ٢٥٢. د. شيماء محمد سعيد خضر البوراني، أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٣ف، ص ٣٨. د. فائق عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية، مجلة حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٤٧.

تصديق محضر الصلح من القضاء يكون صالحاً لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية عليه، ودون حاجة لأستصدار أمر بالتنفيذ باعتباره سند تنفيذي (م ٢٨٠ مرافعات مصري). آلية حل المنازعات التي وقعت بالفعل أو التي قد تثور في المستقبل بين أطراف التحكيم بالصلح تتمثل في تنازل كل منهم عن بعض ما يتمسك به للوصول إلى نقطة توازن يرتضونها. فعقد الصلح يتطلب تضحيات متبادلة لحسم النزاع. بينما في التحكيم فلا ينزل أطراف التحكيم كلهم أو بعضهم عن كل أو بعض ما يتمسك به. فالصلح يتوقف على قبول أطرافه لتسوية النزاع من خلال تنازل كل منهم عن بعض ادعاءاته^(١).

(٥) - تمييز عمل المحكم عن عمل الوسيط: تعريف الوساطة في اللغة: الوسيط: المتوسط بين المتخاصمين، وتوسط بينهم: عمل الوساطة، والجمع وسطاء، وهو واسطة بينهما أي وسيط، وهي وسيطة. والوساطة مصدر وهي عمل الوسيط، والوسيط: المتوسط الساعي بالتوفيق بين المتخاصمين، والوساطة: توسط في الحق والعدل، وأوسطهم: أي أقصدهم إلى الحق. ووسط الرجل بين القوم ليحكم بينهم بالعدل، وتوسط الرجل بين المتخاصمين كان وسيطاً لحل النزاع، وكان في الوسط بينهم ويقال بعثنا إليهم بواسطة للتفاوض في الأمر، والوساطة بين القوم هو الدخول بينهم لإصلاح ذات البين، والوسيط مؤنث الوسيط، والمتوسط هو ما كان وسطاً بين الطرفين. بينما في الإصطلاح: الوساطة هي التقريب بين مواقف أطراف علاقة قانونية معينة عن طريق شخص من الغير دون المساس بالحق في اللجوء إلى القضاء. وتتميز الوساطة بأنها وسيلة سريعة قليلة الإجراءات والتفقات، تهدف الحفاظ على العلاقة بين المتنازعين أو طرفي العلاقة محل التقريب أكثر مما يهدف إليه التحكيم. فالوسيط يقوم بالوساطة بين أطراف النزاع لمحاولة تقريب وجهات النظر، سعياً لحل النزاع حل وسط، بتوصية لا تتمتع بالقوة الإلزامية إلا بقبولها

(١) د.السيد المراكبي، التحكيم، ص ٣٢. د.إبراهيم حرب محبس، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ١٩٩٩م، ص ١٩.

والتوقيع عليها من الأطراف. فالمحكم والوسيط مصدر سلطاتهما النشأة الاتفاقية لحل النزاع^(١).

ويتميز عمل المحكم عن عمل الوسيط بعنصر الإلزام في حكم التحكيم. المحكم يعمل في خصومة تحكيمية، بينما الوسيط لا تقوم أمامه خصومه بالمعنى الدقيق. يحق للأطراف اللجوء إلى القضاء بعد الوساطة، بينما لا يحق للأطراف اللجوء للقضاء بعد صدور حكم التحكيم؛ لأنه حكم ملزم يجوز حجية الأمر القضي. المحكم يصدر حكم ملزم، بينما الوسيط يصدر توصية غير ملزم يمكن إهدارها باللجوء إلى القضاء. للخصوم حق اللجوء للقضاء بداءة مع وجود اتفاق وساطة، ولا يجوز اللجوء للقضاء مع وجود اتفاق التحكيم. الوسيط قد يعرض وساطته بين الأطراف من تلقاء نفسه، وللأطراف حق القبول أو الرفض لهذه الوساطة، وإذا ما قبلوها فيحق لهم الرجوع عنها بخلاف المحكم فلا يعرض نفسه على الأطراف بل يسعون هم لاختياره، ومتى اختاروه محكماً فلا يحق لأحدهم الرجوع عنه. ويحق للوسيط الانفراد بأحد الأطراف لمعرفة ادعاءاته أو وجهة نظره في حل النزاع، بخلاف المحكم فلا يحق له الانفراد أو الاتصال بأحد الأطراف وإلا اعتبر مخالفاً بمبدأ الحياد. يقوم الوسيط بعمل محض توصية الوساطة بما تم التوصل إليه من تسوية للنزاع موقعاً عليه منه. ومن الأطراف إذا ما قبلوا توصية الوسيط، بخلاف

(١) لسان العرب المحيط لابن منظور، إعداد يوسف الخياط، وتديم مرعشلي، ج ٣، دار لسان العرب بيروت، مادة وسط، ص ٩٢٣ - ٩٢٥. الهادي إلى لغة العرب، حسين سعيد الكرمي، ج ٤، ط ١، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت ١٩٩٢م، مادة وسط، ص ٤٨٤ - ٤٨٥. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج ٢، المكتبة العلمية طهران، مادة وسط، ص ١٤٠٢ - ١٤٠٣. معجم متن اللغة للعلامة أحمد رضا، ج ٥، دار مكتبة الحياة بيروت ١٩٦٠م، مادة وسط، ص ٧٥٢ - ٧٥٣. مختار الصحاح للرازي، ترتيب محمود خاطر، ١٩٧٦م، مادة وسط ص ٧٢٠.

- Maustafa El matwaly Kandeel; La conciliation et la médiation Judiciaires; thèse Paris1; 2001; P.69.
- Bruno oppetit; arbitrage, médiation et conciliation; Rév. arb. 1984; P.308 - 310.
- Jean Timsit; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal.; 15 Nov.2001; P.53.

المحكم ينهى النزاع بحكم بات ملزم في القانون المصري. ويقوم الوسيط بعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف لعرض حججهم ومستنداتهم أو اجتماعات فردية منفصلة، بخلاف المحكم الذي يعقد جلسات. يقوم الوسيط بالتقريب بين وجهة نظر كل طرف من أطراف النزاع بعد البحث والتحقيق وتقديم المقترحات لتسوية النزاع مع ضمان استمرار العلاقة بين أطراف النزاع ودية متصلة^(١).

(٦) - تمييز عمل المحكم عن عمل الموفق: يقصد بالتوفيق كوسيلة لتسوية المنازعات؛ أسلوب أو إجراء يرمي إلى التقريب بين وجهات النظر المتعارضة للأطراف، عن طريق طرف ثالث محايد يسمى الموفق، لما له من براعة في تبديد الخلاف وسوء التفاهم، بالتقريب والمساعدة في الوصول إلي ترضية ودية بين وجهتي نظر متعارضة، ودون الخضوع والرقابة من القضاء، ويمكن للأطراف العدول عن التوفيق بعد الإلتجاء إليه. والمسائل التي يجوز للمحكم نظرها هي نفسها التي يجوز للموفق نظرها. ولا يمكن الرجوع عن التحكيم بإرادة أحد الأطراف، بينما يمكن الرجوع عن التوفيق بالعدول عنه إلى القضاء أو التحكيم. ولو كان الموفق قد قطع شوطا في نظر النزاع، بل ولو كان قد صدر إقتراح الموفق الغير ملزم للأطراف الإ بالتوقيع عليه. فمحضر اتفاق التوفيق الموقع من الأطراف، والموفق لا تكون له حجية الأمر المقضى، ولا قوة تنفيذية، وإنما يحتفظ بطابعه التعاقدى، ويلتزم به أطراف التوفيق طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بخلاف حكم التحكيم فإنه ملزم بات في القانون المصري^(٢). فيقوم الموفق بمساعدة طرفي النزاع على تذليل العقبات والخلافات،

(١) د.ضحى إبراهيم صقر الزياتي، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٨٣ وما بعدها. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ١٥١. د.عادل محمد خير، مقدمة في قانون التحكيم المصري، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٥م، ص ٤٩.

- Bruno oppetit; arbitrage, Médiation et Conciliation; Rév. Arb. 1984; P.307ets.

- Serge Braundo; propos sur la Médiation en matière civile; Gaz.Pal 14-15 avril 1995; Doct.; P.3ets.

(٢) د.عبد الباسط عبد المحسن، دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٢٥ وما بعدها. د.خالفى عبد اللطيف، الوسائل السلمية لحل المنازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م، ص ٢٩٤ وما بعدها.

بالتقريب بين وجهات النظر المتعارضة، وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق، بهدف الوصول إلى اتفاق حول المسائل الخلافية عند نقطة إلتقاء بينهما، تتحقق فيها أمانهم وتشجع رغباتهم المختلفة، وبقاء علاقاتهم ودية. فإن فجح الموفق حرر محضر بما تم الاتفاق عليه، بعد التقريب بين وجهات نظر أطراف النزاع. وإن فشل في التقريب بين وجهات نظر أطراف النزاع، فيجب عرض النزاع على وسيلة أخرى لتسويته، لأن النزاع يظل قائماً. ولا يلتزم الموفق بتطبيق قانون معين. وقرار التوفيق ليست له صفة الإلزام، إلا بعد توقيع الأطراف علي محضر الإلتفاق. والتوفيق له قيمة سلميه أكثر مما للتحكيم، فيقوم الموفق بتحديد مواضع النزاع ويقدم مقترحاته، التي لا يلتزمون بها ولا يجبرون على تنفيذها إلا برضاهم واختيارهم. وما يقوم به الموفق لا يخضع لرقابة القضاء بصفة عامة، ولا يتقيد الموفق بأي قيد أو مواعيد في عمله^(١).

وقد يقوم الموفق بعمله في حضور الطرفين أو وكلائهم أو بدون حضورهم. ويقدم الموفق مشروع تسوية للطرفين، فإن وافقوا عليه، حرره محضراً موقعاً من الموفق والأطراف، وإن لم يقبل الطرفان أو أحدهما هذه التسوية يفشل التوفيق، ويصبح لكل طرف الحق في اللجوء إلى التحكيم أو القضاء العادي. ويحتفظ كل طرف بحقوقه طبقاً للقانون، فلا تؤثر عليه محاولات التوفيق التي فشلت، وبعد الاتفاق على التوفيق، وأثناء عملية التوفيق وإجراءاته، ويجوز أن يلجأ أي من الطرفين إلى التحكيم أو القضاء؛ لأنه غير مرتبط باستكمال التوفيق حتى ينجح أو يفشل^(٢).

(1) د.شاهر الصالحى، التحكيم أحد الوسائل البديلة لحسم المنازعات التجارية، مجلة التحكيم، ع ٣، إبريل ٢٠٠٠م، ص ٣٥.

- Bruno oppetit; arbitrage; Médiation et Conciliation; Rév. Arb. 1984; P.307ets.

- Serge Braundo; propos sur la Médiation en matière civile; Gaz.Pal 14-15 avril 1995; Doct.; P.3ets.

(2) د.عبد الباسط عبد المحسن، دور الوساطة، ص ٢٥ وما بعدها. دخالفي عبد اللطيف، الوسائل السلميه، ص ٢٩٤ وما بعدها.

- Serge Braundo; propos sur la Médiation en matière civile; Gaz.Pal 14-15 avril 1995; Doct.; P.3ets.

المحكم يباشر مهمة قضائية، ويفصل في النزاع بحكم ملزم بات في القانون المصري للأطراف، حتى لو حل النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف. بينما يقوم الموفق بالتقريب بين وجهات نظر الأطراف. فالتوفيق قد يتضمن تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط. فالموفق يتدخل ليقرّب وجهات النظر بين الأطراف باتفاق توفيق. وإذا تم التوصل إلى اقتراح بحلّ للنزاع، فيحرر به محضراً، يعتبر بمثابة التزام تعاقدي، يُلزم الأطراف طبقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد. فالمحكم والموفق يتفقان في أنهما يختاران باتفاق الأطراف لحلّ النزاع. فالتوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق موفّق يتم اختياره بإرادة الأطراف. فيقدم الموفق مقترحاته التي قد يقبلها أو يرفضها الأطراف، فالمحكم والموفق مصدر سلطاتهما اتفاقي النشأة^(١).

وقد يقترن اتفاق التوفيق بشرط تحكيم، كما قد يقترن اتفاق الوساطة بشرط تحكيم، والاختلاف بين التوفيق والوساطة هو فقط في الدرجة وليس في الطبيعة، فيقتصر عمل الموفق على مجرد التقريب أو نقل وجهة نظر كل طرف من أطراف النزاع إلى الآخر فيقوم بتسهيل الاتصال بين طرفي النزاع مع بيان نقاط الخلاف والتقريب بينها. بينما عمل الوسيط يستغرق عمل الموفق، ويمتد إلى حد اقتراح حلول على طرفي النزاع، أي أن عمل الوسيط أكثر اتساعاً وأبعد مدى وأكثر إيجابية من عمل الموفق، لذا يُبدأ باستعمال وسيلة التوفيق فإن أخفقت يلجأ إلى الوساطة فإن أخفقت يلجأ إلى التحكيم، ولا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى أي وسيلة لفض النزاع قبل استنفاد الوسيلة السابقة عليها احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق على ذلك.

وقد استحدث المشرع المصري نظام التوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بموجب قانون لجان التوفيق رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠

(1) د.شاهر الصالحي، التحكيم، ص ٣٥. د.كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط ١، ١٩٩١م، ص ٧٨ - ٧٩.

- Bruno oppetit; arbitrage, Médiation et Conciliation; Rév. Arb. 1984; P.307ets.

لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها قبل اللجوء إلى القضاء، وأصبح اللجوء إلى هذه اللجان إجبارياً - كقاعدة عامة - قبل اللجوء إلى القضاء باستثناء الدعاوي والطلبات المستعجلة... فلا تقبل أي دعوى قضائية متعلقة بمنازعة تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها أو الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة... إلا بعد الالتجاء إلى لجان التوفيق (م ٢٤) من هذا القانون^(١).

ونظام التوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية وفقاً لقانون لجان التوفيق المصري رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠م لفض المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين العاملين بها أو الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة، يمكن اعتباره بمثابة شرط عرض النزاع على لجنة قبل اللجوء إلى المحكمة المختصة وإلا حكم بعدم قبول الدعوى (م ٢٤ منه). ولا يمكن اعتباره توفيق، ولا وساطة، ولا تحكيم لعدم وجود اتفاق توفيق، ولا اتفاق وساطة، ولا اتفاق تحكيم. كما أن أي اتفاق منها يقتضي إرادة حرة من طرفيه، بينما اللجوء إلى لجان التوفيق

(١) بموجب قانون لجان التوفيق المصري رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ تنشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بينها وبين العاملين بها أو الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة... لتقوم بتسوية المنازعة بتوصية غير ملزمة إلا إذا وافق عليها كل من الجهة الإدارية والطرف الآخر في النزاع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض التوصية على طرفي النزاع خلال سبعة أيام من صدورها، وتثبت التوصية في محضر جلسة موقع من طرفي النزاع، وتكون له قوة السند التنفيذي (م ٩). وتشكل لجنة التوفيق من أحد رجال الهيئات القضائية السابقين رئيساً وعضوية ممثلاً عن الشخص المعنوي العام، وممثلاً عن الطرف الآخر في النزاع. ويقدم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق من أي من طرفي النزاع. ويرتب على تقديم طلب التوفيق للجنة وقف ميعاد سقوط أو انقضاء الدعوى. وتنتظر اللجنة النزاع بحضور طرفي النزاع أو من ينوب عن أي منهما دون التقييد بإجراءات ومواعيد قانون المرافعات باستثناء ضمانات التقاضي الأساسية. وتفحص اللجنة طلبات ودفاع طرفي النزاع وتحققها لتصدر توصية بأغلبية الآراء خلال ستين يوماً من تقديم الطلب، وتنتهي مهمة اللجنة بإصدار التوصية أو بانقضاء ميعاد ستون يوماً دون إصدارها، ويرتب على أي منهما انقضاء أثر طلب التوفيق في وقت التقادم أو السقوط. وإذا لم تصدر اللجنة التوصية خلال ميعاد (٦٠) يوماً، أو أصدرتها ولم يقبلها أي من طرفي النزاع، فيحق لأي منهما اللجوء إلى القضاء، ويقوم قلم كتاب المحكمة بضم ملف التوفيق إلى ملف الدعوى.

أمر مفروض وإجباري بنص المادة الأولى من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ ف. كما أن اللجنة تصدر توصية بحل النزاع لقبولها أو رفضها من طرفي النزاع، وهذا هو عمل الوسيط وليس عمل الموفق، فالموفق يحاول التوفيق بين وجهتي نظر طرفي النزاع دون اقتراح الحلول.

(٧) - المحكم وأعوان القضاء: لتسهيل عمل القضاة، وتأمين سير العدالة يلزم وجود عدة أشخاص يقومون بمعاونة رجال القضاء في تأدية وظائفهم، ومعاونة المتقاضين في القيام بالأعمال التي تتطلبها سيرالدعوى. لذلك أوجب المشرع بجانب القضاة أعوان القضاة مثل الكتبة، والمحضرين، والمترجمين، والخبراء.

فرغم اختلاف طبيعة مهمة المحكم عن أعوان القضاء، إلا أن البعض يرى أن المحكم يعد من أعوان القضاء الإجرائية، وذلك لأن المهمة التحكيمية تخضع للمبادئ العامة في فكرة أعوان القضاء، وقد رفض القضاء الفرنسي إضفاء هذا التكييف على عمل المحكم حيث قضت محكمة استئناف Reims أن تعيين المحكم من قبل القاضي لا يعني أن المحكم من أعوان القضاء، ومن ثم لا تطبق القواعد المقررة لأعوان القضاء على المحكم. فالسلطة المخولة للمحكم تجد أساسها القانوني في اتفاق الأطراف بشرط أو بمشاركة تحكيم علي حل النزاع المحتمل نشوئه في المستقبل أو القائم بينهم بمناسبة العقد المبرم بينهم عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة^(١).

٢٤- الطبيعة القانونية لعقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم: نصت (م/٢٤/١) تحكيم سعودي علي أنه: "يجب عند اختيار المحكم إبرام عقد مستقل معه توضح فيه أتعابه، وتودع نسخة من العقد لدي الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام". ويعرف عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه

(1) د. أحمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، القاهرة ٢٠٠٠م، بند ١٣٠ - ١٣١، ص ٣٣٠ - ٣٣٣.

المحكم بإصدار حكم ملزم في خصومة تحكيم بين طرفي النزاع خلال مهلة التحكيم مقابل أجر^(١).

فعدد التحكيم ينعقد بين المحكم والمحتكمين بمجرد الإيجاب والقبول؛ لأنه عقد رضائي، وملزم للجانبين، ومعاوضة، ويقوم على مبدأ حسن النية والثقة والاعتبار الشخصي. ومن ثم فإن عقد التحكيم يخضع لحكم القواعد العامة في نظرية العقد بشأن التراضي، وعيوب الإرادة.

وعلى ذلك فعدد التحكيم هو: اتفاق يبرم بين المحكم، وأطراف اتفاق التحكيم، يتم بمقتضاه وضع اتفاق التحكيم - شرطاً أو مشاركة - موضع التنفيذ، بقيام المحكم بالمهمة التحكيمية لإنهاء النزاع بين أطرافه بحكم ملزم. بمعنى أن عقد التحكيم هو آلة أو أداة تنفيذ اتفاق التحكيم. فالمحكم ليس طرفاً في اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة، وإنما طرفاً في عقد التحكيم. وعلى ذلك فلا يلتزم المحكم بمباشرة إجراءات التحكيم إلا بعد قبوله المهمة التحكيمية. وقد يندمج عقد التحكيم مع اتفاق التحكيم عندما يتضمن اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة تعين شخص المحكم، فيعتبر ذلك إيجاب موجه للمحكم، فإن تم قبوله من المحكم انعقد عقد التحكيم بين المحكم والمحتكمين^(٢).

وقضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن العلاقة بين المحكم والمحتكمين هي علاقة قانون خاص تولد التزامات متبادلة بينهما بعد قبول المحكم تعيين المحتكمين له والذي يعتبر عقداً. فالعلاقة بين المحكم والمحتكمين علاقة تعاقدية ترتب حقوق وواجبات للمتعاقدين طبقاً للقواعد العامة للعقد في القانون المدني^(٣).

(1) د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ١٩٢.

(2) د. فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٥١ - ١٥٢.

- Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juriss. Class.; Fasc. 1032; N. 106; P.27.

- Cass. Civ. 2e; 17 Juin 1975; Rév. arb. 1976; P.189; Not. E. Loquin.

- Cass. Civ. 2; 29 Janv. 1960; D. 1960; P.262.

(3)

وبذلك لا يمكن اعتبار المحكم موظفاً عاماً يؤدي خدمة عامة؛ لأن الموظف العام لا يملك رفض مهام وظيفته، ولا يتقاضى أجراً من طالبي الخدمة نظير عمله، ويتم تعيينه من الدولة، لا من طالبي الخدمة. بينما المحكم يملك رفض قبول مهمته، ويتقاضى أجراً من المحكّمين نظير عمله، ويتم تعيينه من المحكّمين، لذلك فالعلاقة بين المحكم والمحكّمين علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص^(١). فالمحكم شخص خاص يباشر عملاً قضائياً لا يمكن تطبيق نظام مخاصمة القاضي عليه، لأنه يستمد ولايته من اتفاق التحكيم، ولا تسال عنه الدولة لأنها لم تعينه، وليس تابعاً لها، كما لا يمكن تطبيق جريمة إنكار العدالة على المحكم إذا لم يصدر حكماً^(٢). يبرم عقد التحكيم إما بين كل محتكم والمحكم الذي اختاره على حده، ثم يبرم المحكّمون عقداً آخر مع المحكم المرجح. أو أن يبرم المحكّمون والمحكم عقداً واحداً. وقد تتولى مؤسسة أو مركز تحكيم اختيار المحكم نيابة عن المحكّمين فينعقد عقد التحكيم بين أطراف التحكيم والمحكم، ومع ذلك ذهب رأي إلى أن عقد التحكيم في هذه الحالة تم بين أطراف التحكيم ومؤسسة أو مركز التحكيم. فيقوم عقد التحكيم على إرادة المحكّمين، والمحكم بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة إذا ترك أمر اختيار المحكم المؤسسة أو مركز تحكيم^(٣).

ويجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً كامل الأهلية متمتعاً بالحياد والاستقلال. كما يجب توافر أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه للمحكّمين، لاحتمال خسارة الحق المتنازع فيه. إذا حكم ضد أحد

(1) د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٨م، ص ٣٤-٣٦.

(2) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٤. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦.

(3) د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٥٠-٥١.

- Alexandre Ditchév; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N.3. P. 395.

المحتكمين بمعنى وجوب توافر الأهلية المدنية أو التجارية لدى المحتكم ، وخلوه من عوارض أو موانع الأهلية طبقاً لقانونه الشخصي ، أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها ، وليس القانون المختار من المحتكمين ليطبق على موضوع النزاع التحكيمي^(١) .

وينعقد عقد التحكيم بين المحكم والمحتكمين بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ؛ لأنه عقد رضائي ، ولا يقدح في الرضائية كون المحكم معين من قبل مركز أو مؤسسة تحكيم ، كما لا ينال من الرضائية تطلب المشرع صدور قبول المحكم للمهمة التحكيمية كتابة ، فالكتابة هنا شرط لإثبات عقد التحكيم ، وليست شرطاً لانعقاد عقد التحكيم ، لتفادي أي نزاع ينشأ في المستقبل. فرفض المحكم ، وأطراف التحكيم ركن من أركان عقد التحكيم ، يجب أن يتحقق صراحة أو ضمناً. ويخضع عقد التحكيم لحكم القواعد العامة في نظرية العقد بشأن التراضي ، وعيوب الإرادة^(٢) .

ومسألة قبول المحكم القيام بالمهمة التحكيمية ترجع إلى تقديره الشخصي في إطار طبيعة النزاع ، وشخصية أطرافه ، وأسماء المحكمين الآخرين. ولا يشترط صيغة معينة لقبول المحكم ، فقد يكون صريحاً أو ضمناً. ولا يلزم لانعقاد عقد التحكيم حصول الرضا به في شكل معين ، مالم يقضي القانون بغير ذلك. فلا يعتبر عقداً شكلياً تطبيقاً للقاعدة العامة ؛ لأن الرضائية هي الأصل في العقود ، والشكالية استثناء^(٣) .

وعقد التحكيم عقد غير مسمى ، لم يرد له تنظيم خاص ضمن العقود المسماة. ولم ينظم قانون التحكيم المصري ، ولا القانون المدني المصري أحكام عقد التحكيم. وقد ورد النص في نظام التحكيم السعودي الجديد علي عقد التحكيم في (م٢٤/١) بقولها: " يجب عند اختيار المحكم إبرام

- (١) د. أحمد الملحم ، عقد التحكيم ، ص ٢٠٦. د. أحمد عبدالكريم سلامة ، قانون التحكيم ، بند ٢٠١ ، ص ٦٩٦.
- (٢) دفوزي محمد سامي ، التحكيم ، ص ٢٣٥ - ٢٣٨. د. محمد سعد خليفة ، عقد التحكيم ، ص ٦٨. د. أحمد الملحم ، عقد التحكيم ، ص ٢٠٦.
- (٣) دفوزي محمد سامي ، التحكيم ، ص ٢٣٥ - ٢٣٨. د. محمد سعد خليفة ، عقد التحكيم ، ص ٦٨.

عقد مستقل معه توضح فيه أتعابه ، وتودع نسخة من العقد لدي الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام". وتعيين المحكم من المحكّمين أو من القضاء يعتبر إيجاب موجه للمحكم يلزم قبوله من المحكم. بينما يعتبر اتفاق المحكّمين على التحكيم عقد مسمى نظمه قانون التحكيم.

كما أن عقد التحكيم عقد معاوضة ، فالمحكم يلتزم بعمل معين ، هو الفصل في النزاع التحكيمي بحكم ملزم ، خلال ميعاد التحكيم ، مقابل الأجر الذي يتقاضاه من المحكّمين. وعقد التحكيم عقد ملزم للجانبين ، لأنه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه ، وإذا أخل أحد طرفيه بما عليه من التزام ، كان مسئولاً أمام الطرف الأخر عن تعويض الأضرار التي تصيبه. كما أنه يجوز لكل طرف أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته ، حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه (م ١٦١ مدني مصري). كما أن عقد التحكيم عقد من عقود الثقة ، حيث يلزم المحكم بالإفصاح عن كل الظروف والملايسات التي يكون من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحياده (م ٣/١٦٦ تحكيم مصري) ، كما أنه يتم اختيار المحكم من قبل المحكّمين على أساس الثقة فيه ، وعلى المحكم الحفاظ على سرية التحكيم ، وعلى المعلومات التي أفضى بها الأطراف إليه ، كما يجب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١/١٤٨ مدني مصري) ^(١).

ومحل عقد التحكيم كركن من أركانه يتمثل في إجراء عملية التحكيم لتسوية النزاع بحكم ملزم لأطرافه خلال مهلة التحكيم ، عن طريق محكم من ذوي الخبرة ، والكفاءة ، والثقافة ، مقابل أجر يتقاضاه المحكم من المحكّمين.

أما سبب عقد التحكيم كركن من أركانه يتمثل في ، رغبة المحكّمين في تسوية النزاع القائم بينهم بالتحكيم ، دون قضاء الدولة ، عن طريق هيئة

(١) د.مصطفى الجمال ، د.عكاشة عبد العال ، التحكيم ، ص ٥٩٤. د.محمد سعد خليفة عقد التحكيم ، ص ٥٥ - ٥٧.

- Bruno oppetit; La clause arbitrale par Référence; Rév.arb. 1990; P.55.

تحكيم من اختيارهم. ويجب أن يكون النزاع كسبب لعقد التحكيم مشروعاً، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وبعد توافر أركان عقد التحكيم فينتج آثاره بين أطرافه، مرتباً حقوقاً، والتزامات لكل من طرفيه، وذلك في ضوء اتفاق التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على التحكيم. وتلك الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي عقد التحكيم تمثل نطاق مسؤولية المحكم. ويثبت عقد التحكيم بين المحكم والمحتمكين، بكافة طرق الإثبات، لأنه من العقود الرضائية، واشترط الكتابة للإثبات لا للانعقاد، فإن لم يكن العقد مكتوباً جاز للمحكم اثباته بكافة طرق الإثبات.

تعتبر العلاقة في عقد التحكيم بين المحكم والمحتمكين علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص، محلها عمل أو خدمة يقدمها المحكم للمحتكمين، قوامها الفصل في النزاع بينهما بحكم تحكيم ملزم صحيح خلال مهلة التحكيم، ويخضع للقواعد العامة في العقود طبقاً لأحكام القانون المدني، والقواعد الخاصة بالتحكيم⁽¹⁾.

وتعتبر العلاقة بين المحكم ومركز التحكيم في التحكيم المؤسسي علاقة عقدية بين الطرفين، تولد حقوقاً والتزامات متبادلة لمصلحة كل منهما ولمصلحة الغير (أطراف خصومة التحكيم)؛ حيث يقوم مركز التحكيم بإدارة ورعاية عملية التحكيم، ويقوم المحكم بمهمته التحكيمية برعاية ومساعدة المركز وفقاً لما تنص عليه قواعد مركز، ويقوم المحكم مباشرة مهمته التحكيمية بصفة مستقلة دون تبعية لمركز التحكيم أو الغير الذي اختاره⁽²⁾.

(1) د. وجدى راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، س ٧، ع ٤٤، ديسمبر ١٩٨٣م، ص ١٠٦. د. أمال أحمد الغزيري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م، ص ٤٦. د. أبو العلاء النمر، المركز القانوني للمحكم، ص ٩٧.

- Paris; 25 Fév. 1994; Rév.arb.1995; P.129.

- Paris; 14 Juin 1985; Rév.arb.1987; P.395.

- Paris; 8 Janv. 1984; Rév.arb.1984; P.530.

(2) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٤٨، ص ٢٨١. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤١٥، ص ٦٠٢.

كما تعتبر العلاقة بين مركز التحكيم في التحكيم المؤسسي وأطراف التحكيم؛ علاقة عقدية تولد حقوقاً والتزامات متبادلة، لمصلحة كل منهما. إذ يكون مركز التحكيم في حالة إيجاب عام موجه للجمهور الراغبين في التحكيم وفقاً لقواعده وإجراءاته، منتظر قبولاً من طرفي التحكيم برضاهم في إتفاق التحكيم علي الخضوع لقواعد وإجراءات هذا المركز بالتحديد^(١).

٢٥- التمييز بين عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم، وغيره من النظم القانونية المشابهة: يختلف عقد التحكيم عن عقود الخدمات الأخرى التي قد تتداخل أو تتشابه معه؛ كعقد المقاول، والعمل، والوكالة...

(أ) - عقد التحكيم، وعقد المقاول: عقد المقاول هو عقد يتعهد بمقتضاه المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه (م ٦٤٦ مدني مصري). يتفق عقدا التحكيم مع عقد المقاول في أن محل كل منهما هو تقديم خدمة أو أداء عمل مقابل أجر. وأن التزام المحكم، والمقاول هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس ببذل عناية. ولا يعتبر المحكم ولا المقاول تابعاً، ولا نائباً عن الطرف الآخر المتعاقد معه^(٢).

ومع ذلك يختلف عقد التحكيم عن عقد المقاول؛ في أن المحكم يلتزم بالقيام بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يعهد بالمهمة التحكيمية لمحكم آخر، بينما يستطيع المقاول القيام بالعمل عن طريق مقاول من الباطن. ولا يجوز للمحكّمين الامتناع عن استلام حكم التحكيم وإن كان معيباً، بينما يجوز لرب العمل الامتناع عن استلام عمل المقاول إن كان معيباً ومخالف

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٤٧، ص ٢٨٠ - ٢٨١.

(2) د. مصلح الطراونه، د. جورج حزبون، د. عامر النوايسة مسئولية المحكم المدينة عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، حقوق البحرين، ج ١، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٤، ص ١٢٠. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠١ - ٢٠٢. ويعرف الفقه الإسلامي عقد المقاول، ويطلق عليه عقد الاستصناع وهو التعاقد على صنع شيء معين. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي، ١٩٥٤م، ج ١، ص ٨١.

للمواصفات المتفق عليها. ويستطيع المحكم في إذا لم يقدم له أحد المحتكمين دفاعه أو مستنداته خلال المهلة المحددة له، إصدار حكم التحكيم بناء على مستندات الطرف الآخر، بينما يجوز للمقاول فسخ عقد المقاولة إذا لم يقدم صاحب العمل الأداء المطلوب منه. ويقوم المحكم بالفصل في نزاع مصالح متعارضة بعمل ذهني يعتمد على خبرة وكفاءة وثقافة المحكم، بينما يقوم المقاول بعمل مادي لمصلحة رب العمل. ولا يجوز للمحتكمين طلب التنفيذ العيني لعمل المحكم على نفقته الخاصة، بينما يجوز لرب العمل طلب التنفيذ العيني لعمل المقاول على نفقته^(١).

(ب) - عقد التحكيم، وعقد العمل: عقد العمل هو عقد يلتزم بمقتضاه العامل بتقديم عمل لصاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر (م ٦٧٤ مدني مصري، م ٢٩ عمل مصري). ويتفق عقد التحكيم مع عقد العمل في أن محل كل منهما تقديم عمل أو خدمة من العامل أو المحكم نظير أجر.

ويختلف عقد التحكيم عن عقد العمل في أن العامل يخضع لرقابة وإشراف وإدارة صاحب العمل نظراً لوجود رابطة التبعية بين العامل وصاحب العمل، بينما المحكم يمارس عمله مستقلاً عن المحتكمين بما يناسب طبيعة مهمته وهي الفصل في النزاع بينهما بحكم ملزم دون الخضوع لرقابة وتوجيه من المحتكمين. ويشترط في المحكم أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية الكاملة، بينما لا يشترط في العامل الأهلية القانونية الكاملة. ولا يجوز للمحتكمين توقيع عقاب على المحكم بالجزاءات التي يستطيع توقيعها صاحب العمل على العامل لديه، ولا يمكن إخضاع المحكم لأحكام قانون العمل، بينما العامل يخضع لأحكام قانون العمل. التزام المحكم في عقد التحكيم هو التزام بتحقيق نتيجة قوامها الفصل في النزاع بحكم تحكيم ملزم خلال مهلة التحكيم، بينما التزام العامل في عقد العمل هو التزام ببذل عناية في القيام بأعباء العمل المكلف به من صاحب العمل.

(١) الإشارة السابقة.

كما أن المحكم يقوم بعمل ذهني هو حسم النزاع التحكيمي، بينما العامل يقوم بعمل مادي. ويتميز المحكم عن العامل بالاستقلال الفني فحتى عندما يكون التحكيم مؤسسياً ولأن تبعية المحكم لمؤسسة التحكيم تكون تبعية إدارية وليست فنية، ولا يجب أن تتجاوز هذا الإطار الإداري إلى المسائل الفنية^(١).

(ج) - عقد التحكيم، وعقد الوكالة: عقد الوكالة هو عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل (م ٦٩٩ مدني مصري). ويتفق عقد التحكيم مع عقد الوكالة في أن محل كل منهما القيام بعمل قائم على الاعتبار الشخصي، والثقة في الشخص.

ويختلف عقد التحكيم عن عقد الوكالة في أن الوكيل يخضع لتعليمات وتوجيهات موكله ويؤدي عمله لحساب موكله ويتصرف في حدود الوكالة، بينما المحكم يمارس عمله مستقلاً عن موكله ولا يخضع إلا لضميمه ومقتضيات العدالة وأحكام القانون متحلياً بالحياد والاستقلال. ويستطيع الموكل عزل وكيله بإرادته المنفردة، بينما لا يستطيع المحكم عزل محكمه بإرادته المنفردة. ولا يستطيع المحكم القيام بعمل المحكم وهو الفصل في النزاع، بينما يستطيع الموكل القيام بعمل الوكيل. ويقوم الوكيل بعمله تبرعاً من حيث الأصل ما لم يتفق على غير ذلك، بينما المحكم يقوم بعمله نظير أجر. ويستمد المحكم سلطته من الإرادة المشتركة للمحتكمين (اتفاق التحكيم) وليس من طرف بعينه، بينما الوكيل يستمد سلطته من موكله. ولا يجوز للمحتكمين التنصل من حكم المحكم، بينما يستطيع الموكل التنصل من عمل الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة. ولا يعتبر المحكم وكيلاً مشتركاً عن المحتكمين لتعارض مصالحهما، فلا يجوز للوكيل تمثيل طرفين مصالحهما متنازعة - ولو كان الأمر كذلك لكان من سلطة المحكم مد

(1) دفتحي والي، الوسيط، ص ٩٥٣. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٤١ - ٤٣. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٠ - ٢٠١. د. عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠١ م، ص ٤٠.

مهلة التحكيم من تلقاء نفسه دون الرجوع إلى المحكّمين أو القضاء، ولكن قانون التحكيم لا يعطيه هذا الحق (م ١/٤٥م تحكيم مصري)^(١).
وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن المحكم لا تربطه بالخصم الذي عينه عقد وكالة، فالمحكم لا يعيد وكيلاً عن هذا الخصم^(٢). وبناءً عليه رفضت محكمة النقض الفرنسية تأسيس مسؤولية المحكم على فكرة الوكالة، وهو ما أيده الفقه الفرنسي. كما لا يعتبر المحكم الفرد وكيلاً مشتركاً عن المحكّمين لتعارض مصالحهما، فلا يجوز للوكيل تمثيل طرفين مصالحهما متعارضة^(٣).

٢٦- التكييف القانوني لعقد التحكيم (عقد غير مسمى من طبيعة خاصة): يعتبر عقد التحكيم عقد رضائي، غير مسمى، من طبيعة خاصة له خصوصيته، من عقود الخدمات. لذلك فإن المرجع في أحكامه إلى عقد التحكيم ذاته، والقواعد العامة في العقود، والاتفاقيات الدولية. وذلك لأن أحكام عقد التحكيم ترفض الخضوع الكامل لأحكام أية عقد من عقود الخدمات المسماة التي نظمها القانون المدني. إذا أن عقد التحكيم يتمرد على الأحكام القانونية لتلك العقود بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم، وهي الفصل في نزاع بين طرفي اتفاق التحكيم بحكم تحكيم ملزم خلال مهلة التحكيم، وما تستتبعه من ضرورة تمتع المحكم بالحياد والاستقلال والنزاهة لإصدار الحكم التحكيمي بحرية^(٤).

(1) د. عبد الحميد الأحديب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ٢٤، يناير ٢٠٠٠م، ص ٤٢. د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكّمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١، ص ٣٠-٣١.

(2) - Cass. Civ.; 30 Juill 1978; Rév. arb. 1979; P.343.

- Ph. Foucherd; Le statut de L'arbitre dans La Juris Prudence Fronceise; Rév.arb. 1996; P.359.

(3) د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكّمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١، ص ٣١، ٣٠.

- Ph.Foucherd, Le statut de L'arbitre dans La Jurisprudence Franceise, Rev.arb.1996, P.359.

- Cass. Civ.2e, 3 Juill1996, Rev.arb.196, P.405, Not .Ph. Fouchard.

-Cass. civ., 30 Juill.1978, Rev.arb.1979, P.343.

(4) د. مفصلخ الطراونه، د. جورج خزيون، د. عامر النوايسه، مسؤولية المحكم، ص ١٢٢.

د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٤٧ - ٤٩. د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد

التحكيم، ص ٢٠٢. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٦.

ومع ذلك فإن هناك اتجاه آخر يكيّف عقد التحكيم بين المحكم والمحتكمين بأنه عقد ولاية بمقتضاه يولى أطراف النزاع المحكم سلطة الفصل في النزاع بينهم، ويلتزم المحكم أو المحكمون بمقتضى عقد التحكيم بممارسة هذه السلطة وإتمام تلك المهمة^(١). والآن أصبحت الحاجة ملحة بدون شك لتقنين عقد التحكيم وجعله عقد مسمى ضمن نصوص قانون التحكيم المصري بتحديد الشروط الواجب توافرها في المحكم، وواجباته، وحقوقه، ومسئوليته، وحصاناته، وانعقاد عقد التحكيم، وتكوينه، وأحكامه، وانقضائه. لذلك نهيب بالمشروع المصري تقنين عقد التحكيم.

٢٧- الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم: ثار خلاف في الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم، ويرجع هذا الخلاف إلي أن الأصل هو الفصل في المنازعات يتم عن طريق القضاء الرسمي للدولة ممثلاً في المحاكم القضائية بكافة أنواعها ودرجاتها. فذهب رأي أول إلي تكليف هيئة التحكيم بأنها هيئة قضائية خاصة لأن قانون التحكيم هو الذي نظم قواعد اللجوء إليها، وضوابط ممارستها للمهمة التحكيمية^(٢). وذهب رأي ثان إلي تكليفها بأنها هيئة قضائية علي اعتبار أن المحكم كالقاضي، وترجيحاً للصبغة القضائية لنظام التحكيم^(٣). وذهب رأي ثالث إلي تكليفها بأنها هيئة ذات إختصاص قضائي لأنها تمارس عمل قضائي هو الفصل في النزاع بين أطراف خصومة التحكيم^(٤). وذهب رأي رابع إلي تكليفها بأنها هيئة مكلفة بخدمة عامة لأنها تقوم بعمل المحاكم القضائية؛ ويرتب علي ذلك الصفة الرسمية للأوراق الصادرة عنها، ولكن يرد علي هذا الرأي

(1) د.عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص. - Paris; 11 Juill . 1978; Rév.arb.1979; P.258; Not. Boitard.

- Paris; 7 Juill 1994; Rév.arb.1995; P.107; Not .S.Jarvin.

(2) د.أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٦٩.

(3) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٣ وما بعدها.

(4) د.أنور سلامة، هيئات التحكيم هل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات إختصاص قضائي، مجلة الدستور، س ٢٠٠٣، ١، ع ٣، ص ٣ وما بعدها.

بأن المكلف بخدمة عامة يقوم بعمله بشكل دائم ومستمر، وليس لمرة واحدة يستنفد بعدها سلطته^(١).

٢٨- حقوق المحكم: يعتبر اختيار طرفي التحكيم لمحكم معين فخراً وشرفاً له، يكسبه سمعة طيبة، ومكانة رفيعة في أوساط المحكمين، ويجعله محلاً للثقة. والأصل في التحكيم إعفاء المحكم من التقيد بالقواعد الإجرائية التي يتقيد بها قاضي الدولة لأن أساسه ودستوره اتفاق التحكيم. فإن إرادة أطراف النزاع هي التي تحدد قدر المرونة التي يتمتع بها المحكم في إطار احترام ضوابط النظام العام والآداب العامة. فالمحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، يتمتع بمجموعة من الحقوق الخاصة به عند مباشرة المهمة التحكيمية مثل: حقه في قبول أو رفض مهمة التحكيم، وحقه في احترامه وتنفيذ تعليماته، وحقه في الاستقالة، وحقه في عدم عزله دون مبرر، وحقه في الأتعاب والمصاريف، وحقه في التمتع بالحصانة...

(١) - حق المحكم في قبول أو رفض مهمته التحكيمية: ولأن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة أطراف التحكيم والمحكم عند إبرام عقد التحكيم بينهما، فإنه يكون من حق المحكم، سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية أن يصدر موافقته على قبول المهمة التحكيمية أو رفضه لها. فلا يجوز إجبار أحد أطراف التحكيم على قبول محكم لا يرغب فيه، في المقابل لا يجبر محكم على قبول التحكيم في نزاع لا يرغب الفصل فيه، عكس حال قاضي الدولة الذي لا يحق له رفض الفصل في دعوى تعرض عليه، بل إن هذا الرفض يوجب مساءلة القاضي، وهو ما لا يحدث في مثل هذه الحالة مع المحكم^(٢).

ويجب أن يصدر المحكم موافقته أو رفضه للمهمة التحكيمية، ولكن متى قبل المهمة فإنه يصدر موافقته وقبوله بشكل صريح وكتابي يوجه إلى

(١) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٩٨.

(٢) د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

أطراف التحكيم أو إلى الجهة التي عينته، وذلك بنص (م/١٦٦/٣) تحكيم مصري، و(م/٢٤) تحكيم سعودي، و(م/١٦٦/٣) تحكيم عُمانى، و(الفصل ١١) مجلة تحكيم تونسى، و(م/١٧٨) مرافعات كويتي، و(م/٢٠٧/١) إجراءات مدنية إماراتي، و(م/٧٦٩) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م/١١) تحكيم تونسى، و(م/٢٥٩) مرافعات عراقى، و(م/١٩٤) مرافعات قطرى، و(م/١٧/١) تحكيم سوري، و(م/١١) تحكيم موريتانى، و(م/١٢) تحكيم فلسطينى. ويجب أن يكون قبول المحكم للمهمة التحكيمية نهائياً، ومنجزاً، ودون أي تحفظات، وغير معلق على شرط أو أجل^(١).

ويكون المحكم غير ملزم عند رفضه قبول القيام بالمهمة التحكيمية، بأن يوضح أسباب الرفض، فإن شاء ذكرها، وإن شاء سكت عنها، ولا تثرىب عليه في ذلك، فالأمر مرجعه أولاً وأخيراً إلى تقديره الشخصي. ورفض المحكم لنظر النزاع التحكيمي المعروف عليه قد يكون صريحاً أو ضمناً. ومن قبيل الرفض الضمني أن يببالغ المحكم فيما يطلبه من أجر مقابل فصله في النزاع فيشترط قدرأ باهظاً من المال لا يقبله الطرفان المتنازعان، ومن ثم يبحثان عن محكم آخر أقل كلفة^(٢). وإذا اختار أطراف التحكيم محكماً للفصل بينهم فله حق الموافقة على قبول المهمة التحكيمية أو رفضه، وإذا رفضه فلا تثرىب عليه في ذلك، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ...﴾^(٣). وإذا قبل المحكم مهمته التحكيمية، فلا يجوز له أن ينيب عنه غيره في التحكيم إلا بإذن الأطراف^(٤).

ولا يعتبر المحكم مرتكباً لجريمة إنكار العدالة إذا امتنع عن القيام بمهمته التحكيمية بعد قبوله القيام بها، لأنه ليس قاضياً من قضاة الدولة ملزم بحكم وظيفته بالقيام بعمله، وإن كان ملزماً بالتعويض إذا ثبت خطائه

(1) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٥٩.

(2) د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢٤ - ٢٥.

(3) سورة المائدة آية رقم ٤٢.

(4) علي حيدر، درر الحكام، ص ٦٩٩.

وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية المهنية، مالم يكن لديه عذر مقبول يبرر امتناعه عن القيام بالمهمة التحكيمية بنص (م ١٩٤) مرافعات قطري، و(م ٢/١٧٨) مرافعات كويتي، و(م ٢/٢٠٧) إجراءات مدنية إماراتي، و(م ١٢) تحكيم فلسطيني. ولا تسأل الدولة عن عمل المحكم لأنه ليس تابعاً لها^(١).

كما يجوز إقالة المحكم باتفاق أطراف خصومة التحكيم في أي مرحلة من مراحل سيرها طالما لم يصدر المحكم حكمه بعد، حتى ولو لم تتوافر أي ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده أو استقلال (م ٢٠) تحكيم مصري). وإن كان يلتزم طرفي خصومة التحكيم تجاه المحكم المقال بالتعويض، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية^(٢).

(٢) - حق المحكم في احترامه وتنفيذ تعليماته والتعاون معه: بمجرد قبول المحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، القيام بالمهمة التحكيمية، فيكون من حقه على أطراف النزاع احترامه وتوقيره وعدم الإساءة إليه أو اتهامه بما ليس فيه مما قد يخذل عدالته وأمانته أو يمس نزاهته كقاضي الدولة تماماً، فالمحكم ليس بأقل شأناً من القاضي في هذا الحق^(٣). فقد نصت (م ١٥) تحكيم سوري علي أن: "كل من يعتدى على محكم خلال ممارسته مهمة التحكيم أو بسببها يعاقب بالعقوبة التي يعاقب لها فيما لو كان الاعتداء علي قاضي". ويتعين على الأطراف مخاطبة المحكم بالتوقيع والإحترام، ويتعاملوا معه بحسن نية على اعتبار أنه الشخص الذي وثقوا فيه، وفي نزاهته وكفاءته وخبرته لحل النزاع مع ملاحظة أنه لا يجوز للمحكم تطبيق النصوص المتعلقة بمجرائم الجلسات أمام القضاء على الجلسات التي تتم أمامه.

(١) د.أبو العلاء النمر، المركز القانوني، ص ٧٣. د. محمود التحيوي، التحكيم، ص ١٤٨.

د. كمال عبد الحميد فزاري، آثار حكم التحكيم، ص ١٠٤.

(٢) د. أبو العلاء النمر، المركز القانوني، ص ٧٥.

(٣) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٢٩٦.

ويجب أن يمتد احترام المحكم وتوقيره إلى احترام أوامره وأحكامه متى صدرت صحيحة شكلاً وموضوعاً من الناحية القانونية بناء على ما قدمه أطراف التحكيم من أدلة ومستندات ومرافعات، فيحق للمحكم تجاه أطراف التحكيم احترامه، واتباع ما يقرره من تعليمات، والتعاون معه، ومعاملته بسلوك يتسم بالنزاهة⁽¹⁾. كما يجب على أطراف التحكيم معاونته من أجل حل النزاع بطريقة سليمة وسريعة في كل مراحل التحكيم، فيحق للمحكم مطالبة أطراف التحكيم بتقديم الإيضاحات والمعلومات الضرورية والأدلة التي يراها المحكم مفيدة لإظهار الحقيقة (م ٣٠٣/٣) تحكيم مصري، و(م ٣٠٣/٣) تحكيم سعودي، و(م ٦/٥) تحكيم أردني، و(art.1460 al. 2 N.C.P.C.F.). فيجب علي من صدر حكم التحكيم لمصلحته أن يودع أصل حكم التحكيم أو صورة موقعة باللغة التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصداقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع، ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول علي صورة من هذا المحضر (م ٤٧ تحكيم مصري).

(٣) - حق المحكم في العدول أو التنحي عن مهمته التحكيمية بمبرر شرعي: الأصل والقاعدة أن المحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، بعد قبوله بالمهمة التحكيمية يلتزم بالسير في إجراءات خصومة التحكيم حتى نهايتها الطبيعية بصور - كم في موضوعها. ولا يحق له التنحي أثناء سير خصومة التحكم، إلا أنه استثناءً قد يستجد من الظروف والأسباب التي قد تضطر المحكم إلى تقديم استقالته، في أي مرحلة من مراحل سير الخصومة التحكيمية، إذا أصبح المحكم في وضع لا يستطيع معه الاستمرار في نظر خصومة التحكيم، وخاصة عندما يقدم المحكم مبرر شرعي لاستقالته. فمثلاً عندما يطلب أحد الأطراف عزله دون مبرر... فإن ذلك

(1) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٩٠. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٦.

سيؤثر على سمعة المحكم ومكانته مما يضطره إلى عدم الاستمرار في التحكيم حتى ولو ثبت عدم صحة ما أسند إليه. والمحكم الشريف لن يسمح لنفسه بالاستمرار في خصومة تحكيم وأحد أطرافها ليس لديه الرغبة في وجوده كمحكم ليفصل فيها^(١).

وإذا قامت ظروف بالمحكم تجعله يستشعر الحرج في القيام بمهمته التحكيمية أو تؤدي إلى عدم استقلاله أو حيده أو إذا أصابه مانع قانوني أو أدبي يمنعه من مزاوله التحكيم، كما لو أصابه مرض عضال، أو أجبر على سفر طويل يحول دون أداء مهمته خلال ميعاد التحكيم. والتنحي بمبرر مشروع حق للمحكم ورد النص عليه في (م ٢٠) تحكيم مصري، و(م ١٨) تحكيم سعودي، م و(م ٧٤٨) مرافعات ليبي، و(م ١١) تحكيم تونسي، و(م ٢٦١) مرافعات عراقي، و(م ٥١٤) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م ١٧) تحكيم يمني، و(م ٢٢) تحكيم موريتاني.

وعلى ذلك فيجوز للمحكم أن يتخلى طواعية عن مهمته التحكيمية إذا وجد في نفسه ما يمكن اعتباره معه غير محايد تجاه أحد طرفي التحكيم بسبب وجود صلة أو علاقة مع أحدهم أو مع أحد المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم، ويكون تنحي المحكم عادة أثناء سير خصومة التحكيم في الحالة التي يطلب فيها أحد طرفي التحكيم رده، ويعتبر تنحي المحكم وسيلة لتلافي المشاكل الناجمة عن عدم توافر شروط المحكم^(٢).

(٤) - حق المحكم في عدم رده أو عزله دون مبرر قانوني: يجب عند قبول المحكم للمهمة التحكيمية، سواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، وسواء كان في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي؛ أن يكشف لأطراف التحكيم عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيده

(١) د. عبد الحميد الأحلب، مسئولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، يناير ٢٠٠٠م، ع ٢، ص ٢٠٦.

(٢) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، ص ٧٦٦. د. عاطف الفقهي، التحكيم، ص ٣٤١. د. أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ٣٤٥.

واستقلاله، والتي توجب رده أو عزله. ويجوز لأي من أطراف التحكيم طلب رد المحكم، إذا وجدت ظروفًا تثير شكوكاً جدية حول حيده المحكم واستقلاله (م ٣/١٦) تحكيم مصري، و(م ١٣) تحكيم بحريني، و(م ٢٢، ٢١) تحكيم موريتاني.

ويقدم طلب الرد كتابةً إلي هيئة التحكيم بعد تمام تشكيلها - وليس إلي المحكمة مباشرةً والإي كان غير مقبول - مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن سواءً كان بقبول أو برفض طلب الرد (م ١/١٩) تحكيم مصري، وأنه يتعين على طالب الرد إذا ما أجيب إلى طلبه، أن يلجأ من تلقاء نفسه إلى المحكمة المختصة، باعتباره صاحب الصفة والمصلحة في هذا الشأن، لاستكمال إجراءات هذا الطلب أمام المحكمة المختصة، وفقاً لما نظمته المواد ١٤٨ حتى ١٦٥ من قانون المرافعات باعتباره القانون العام في هذا المقام لإجراءات التقاضي، وذلك بالنظر إلى خلو مواد قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م من بيان لها. وذلك تجنباً لإطالة أمد النزاع، ولسرعة حل مشكلات التحكيم. ويطبق علي رد المحكم القانون الذي يحكم إجراءات خصومة التحكيم. ولا يترتب علي تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، خلافاً لرد القضاة (م ١٦٢ مرافعات مصري). وتقديم طلب رد المحكم لا يوقف إجراءات التحكيم إلا باتفاق الأطراف علي الوقف^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في المادة ٣/١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بإصدار قانون في شأن التحكيم

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٣٥ وما بعده، ص ٢٥٧ وما بعدها. د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٢٠٧، ص ٧٢٤ - ٧٢٥. نقض مدني ٢٠١١/٣/١٤، طعن رقم ٩٥٦٨ لسنة ٧٩ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

في المواد المدنية والتجارية على أن " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن آية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده " ، وفي المادة ١٨ منه على أن: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جديّة حول حيده أو استقلاله ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين " وفي المادة ١/١٩ منه على أن: " يقدم طلب الرد كتابةً إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة ، أو بالظروف المبررة للرد ، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب ، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون . للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن." يدل على أنه متى قامت ظروف تثير شكوكاً حول استقلال المحكم أو حيده كان عليه أن يفصح عنها عند قبوله القيام بمهمته ، أما إذا لم يفصح عنها بعد أن قدر أنها لا تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيده ، ثم علم طرف التحكيم بهذه الظروف بعد أن عينه ورأى أنها تثير ذلك ، كان له أن يقدم طلباً برده إلى هيئة التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بها ، فإذا لم يتنح المحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب ، يحال إلى المحكمة المنصوص عليها في المادة (٩) من ذات القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن . وعلى ذلك فإنه إذا لم يقم المحكم بواجب الإفصاح ، واستمرت إجراءات التحكيم دون اعتراض على المحكم ، فلا يجوز النعي على حكم التحكيم لمجرد أن المحكم لم يفصح عن الظروف التي قد تثير الشك في حيده وإستقلاله ، أما إذا اعترض أحد الطرفين على المحكم ، فإن للأخير أن يتنحى عن التحكيم ، على أن للأخير أن يستمر في العمل رغم هذا الاعتراض ، وعندئذ يكون للطرف غير الموافق التمسك برد المحكم ، فإن حكم برده أصبح غير صالح لنظر التحكيم ، أما إذا لم يقم أي من الطرفين برده والحصول على حكم بهذا الرد فإن حكمه يكون صحيحاً . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد صحيحاً

بتقريراته أن الطاعنة لم تتخذ إجراءات رد المحكم الذي عينته خلال الميعاد الذي حدده القانون ، واطرح دفاعها في هذا الخصوص فإن ما تثيره في شأن عدم إفصاح هذا المحكم عن قبوله التحكيم عن الظرف المشار إليه بسبب النعى يكون في غير محله طالما أنها لم تتخذ من جانبها إجراءات رده علي النحو الذي رسمه القانون^(١).

ويجوز لهيئة التحكيم أن تواصل نظر خصومة التحكيم، وأن تصدر حكم التحكيم، خشية تعطيل إجراءات التحكيم، وإساءة استعمال الخصوم لحق رد المحكم. وإذا حكم برد المحكم ترتب علي ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم التحكيم كأن لم يكن (م ٣/١٩ تحكيم مصري). ولا يعني ذلك تحلل الأطراف من إتفاق التحكيم، بل يظل التزامهم به قائماً، ويجب تعيين محكم بديل طبقاً لإجراءات اختيار المحكم الذي تم رده، وتعتبر قواعد رد المحكم من النظام العام، ولا يجوز الإتفاق علي ما يخالفها لأنها تتعلق بضمانة الحيطة والاستقلال^(٢). ولم ينص قانون التحكيم المصري علي حالات رد المحكم، ولم يحيل علي الحالات الواردة في قانون المرافعات، وإنما أورد سبب عام واسع النطاق لكل من حالات الرد، وحالات عدم الصلاحية في نص (م ٣/١٦، م ١/١٨ تحكيم مصري) هو أية ظروف تثير شكوكاً جدية حول إستقلاله أو حيده، وبالتالي فلا تقع الحالات التي تؤثر علي حياد المحكم واستقلاله تحت حصر. ولم يفرق قانون التحكيم بين أسباب الرد،

(1) نقض مدني ٢٦/١/٢٠١١م، طعن رقم ٨١٨ لسنة ٧٩ق، ونقض مدني ١/٨/٢٠١١م، طعن رقم ٥٩٢ لسنة ٦٦ق، ونقض مدني ٩/٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ق، ونقض مدني ٢٢/١٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٧١١ لسنة ٦٩ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(2) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٣٥ وما بعده، ص ٢٥٧ وما بعدها. د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٢٠٧، ص ٧٢٤ - ٧٢٥. نقض مدني ٢٣/٤/١٩٨٥م، طعن رقم ١٧٣٦ لسنة ٥١ق، مج، س ٣٦، ج ١، ص ٦٥٣. استئناف القاهرة ٢٦/٦/٢٠٠٢م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ١٢٠ لسنة ١١٩ق. استئناف القاهرة ٢٩/٤/٢٠٠٣م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ٢٠١ لسنة ١٢٠ق.

وأسباب عدم الصلاحية والتنحي كما فعل قانون المرافعات بشأن القاضي في المواد من ١٤٦م حتى ١٦٥م منه. إلا أن مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ذهب في أحد أحكامه إلي أن أسباب عدم صلاحية القاضي الواردة في نص (م١٤٦) مرافعات مصري، تعتبر أسباباً لعدم صلاحية المحكم^(١).

بينما نصت (م٢٢/٥، ٤، ٣) تحكيم موريتاني على أنه: " ويجوز كذلك رد المحكم بمثل ما يرد به القاضي.

ويرفع طلب الرد المبني على زعم عدم الاستقلالية أو الحياد إلى محكمة الولاية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم، والتي تنظر فيه طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية.

وعندما ترفع دعوى رد أو عزل ضد أحد المحكمين، فإن إجراءات التحكيم تعلق حتى يبت في تلك الدعوى". وعلى نفس النهج نص (م٢٦١) مرافعات عراقى بتقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع مباشرة، وكذلك نص (م٢٤) تحكيم يمني، و (م١٨) تحكيم أردنى.

فى حين نصت (م٣/١٦) تحكيم فلسطينى، و (م١٩) تحكيم عُمانى على تقديم طلب الرد لبيئة التحكيم، وتتولى هيئة التحكيم بنفسها الفصل فى طلب الرد إذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده، وهذا يجعل من المحكم خصم وحكم فى آن واحد.

وبالرغم من ذلك فقد يستهدف أحد أطراف التحكيم، عرقلة سير إجراءات التحكيم بطلب رد المحكم، أو يتقدم إلى المحكمة بطلب عزله، ويبدى أسباب واهية غير صحيحة. وبطبيعة الحال هذا الأمر يسيء إلى سمعة المحكم وسط زملائه، ويؤثر على عمله. ولذلك نصت تشريعات

(1) نقض مدني ٢٧/٦/٢٠٠٠م، الحمادة، ٢٠٠١م، ف، ١ع، ص ٣٣. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ١٠/٦/١٩٩٩م، القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، ٢ع، ص ٢٢٦.

- Cass.civ.16 Juill. 1964; Rév.arb.1964; P.125.

-Cass. Civ. 14 Nov.1990; Rév.arb.199 ; P.76; Obs. Ch. Garroson.

التحكيم (م ١٩/٣، ٢) تحكيم مصري، و(م ٢٤، ٢٣) تحكيم إنجليزي، و (art.1457 et 1463 N.C.P.C.F.)، و(م ١٨) تحكيم عُمانى، و(م ١٧٨) مرافعات كويتي، و(م ٧٧٠) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م ١٢) تحكيم تونسي، و(م ٤/١٩٤) مرافعات قطري، و(م ٧٤٧) مرافعات لبيبي، و(م ٢٦٠) مرافعات عراقي، و(م ١٧) تحكيم أردني، و(م ١٤) تحكيم فلسطيني؛ على استمرار المحكم في تسيير خصومة التحكيم إلى أن تفصل المحكمة المختصة في طلب الرد أو العزل. فلا يترتب علي تقديم طلب رد المحكم وقف إجراءات التحكيم، وذلك عكس رد القاضي (م ١٦٢ مرافعات مصري)، وذلك حرصاً علي سرعة الفصل في خصومة التحكيم، وعدم عرقلة سيرها ودفعها للأمام لإصدار حكم في موضوعها كنهاية طبيعية لها^(١).

وقد حدد قانون التحكيم المصري موانع قبول طلب الرد، بحالات يمتنع فيها تقديم طلب رد المحكم، منعا لعبث وتعسف الخصوم في طلب الرد، وتأخير الفصل في النزاع التحكيمي: يمتنع تقديم طلب الرد إلا بأسباب جدية وبمحسن نية، فلا تجوز الأسباب الوهمية بسوء نية (م ١/١٨ تحكيم مصري). كما يمتنع علي أي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين (م ٢/١٨ تحكيم مصري). ويمتنع تقديم طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم (م ٢/١٩ تحكيم مصري)، وذلك تجنباً لتكرار طلبات الرد، وابداء كل أسباب الرد مرة واحدة. كما يمتنع تقديم طلب الرد قبل تشكيل هيئة التحكيم. كما يمتنع تقديم طلب الرد بعد قفل باب المرافعة في خصومة التحكيم، ما لم يقدم طلب بإعادة فتح باب المرافعة. ولا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق جميع الأطراف، أو بقرار من القضاء. سواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو

(1) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم، ص ٢١٧. د. محمد سليم العوا، سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٣٤، بنده، ص ٤٤. د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢٣٠، ٢٣١. نقض مدني ١٩/١١/١٩٨٧، طعن رقم ٤٩٧، لسنة ٥٣ ق، مج، س ٣٨، ج ٢، ق ٢٠٦، ص ٩٦٨.

من الغير أو من المحكمة القضائية، وسواء كان في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي. ويقصد بالعزل أن يسحب المحكّمين من المحكم مهمة الفصل في النزاع التحكيمي في أية مرحلة منه. وعزل المحكم حق ثابت لأطراف التحكيم بشرط أن يكون لأسباب قوية واضحة موجبة للعزل، وأن يكون باتفاقهم جميعاً حتي ولو كان معيناً من المحكمة أو الغير، وقبل صدور الحكم التحكيمي. ولا يجوز لأحد أطراف التحكيم وحده بإرادته المنفردة عزل محكم بعد اختياره. ولا يلزم طرفي التحكيم ببيان سبب عزلهما للمحكم⁽¹⁾. وإذا انتهت مهمة المحكم باصدار حكم برده أو عزله أو تنحيه أو وفاته أو عجزه أو لأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.

وللمحكم حق طلب التعويض من طرفي التحكيم إذا كان العزل بدون مبرر قوي، أما إذا كان للعزل مبرر قوي فلطرفي التحكيم حق طلب التعويض من المحكم. والعزل قد يكون صريحاً أو ضمناً؛ بإبرام طرفي التحكيم صلحاً أو بامتناعهم عن حضور جلسات التحكيم أو باللجوء للتحكيم بمحكم جديد أو باللجوء للقضاء. كما يجوز لأي من طرفي التحكيم تقديم طلب للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بإنهاء إجراءات التحكيم، وعزل المحكم وإنهاء مهمته، إذا امتنع المحكم عن مباشرة التحكيم، أو ثبت إهماله... بنص (م ٢٠) تحكيم مصري، و(م ١٨) تحكيم سعودي، و(م ٣/١٧٨) مرافعات كويتي، و(art.1462 N.C.P.C.F.)⁽²⁾. ولكن إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء مهمته، أو تخلف عن القيام بها تنتهي ولايته إذ هو تنحى عن مهمته. أو إذا اتفق طرفي التحكيم على عزل المحكم وإنهاء مهمته، في تلك الحالة لا يترتب على إنهاء عقد التحكيم من جانب طرفي التحكيم أية آثار سوى دفع الأجر للمحكم بشكل يناسب جهده⁽³⁾.

(1) -Cass. Civ.^{1Re}; Déc. 1997; Rév. arb 1999; T.2; P.253.

(2) د.علي حيدر، درر الحكام، ص ٧٠١.

- Cass. Civ.^{1Re}; Déc. 1997; Rév. arb 1999; T.2; P.253.

(3) د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٧ - ٢٤٨. د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ٣٤٦ - ٣٤٧.

فقد يحدث بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يظهر لطرفي خصومة التحكيم عدم قدرة المحكم على أداء مهمة التحكيم، وقد يكون مرجع ذلك إصابة المحكم بمرض أو عدم توافر الخبرة القانونية الكافية لديه أو انشغاله وعدم توافر الوقت الكافي له لحسم النزاع التحكيمي أو قلة خبرته العملية أو عدم كفاءته أو ضعف أمانته أو عدم الاطمئنان إلي عمله. فالمفترض في مثل تلك الحالات أن يتنحى المحكم من تلقاء نفسه. ولكن قد لا يحدث ذلك، ويرغب المحكم في الاستمرار كعضو في هيئة التحكيم؛ في هذا الفرض قد يتفق أطراف التحكيم جميعاً على عزل المحكم، وهنا يكون للعزل ما يبرره (م ٢٠م تحكيم مصري)^(١).

ولا يؤثر عزل المحكم علي اتفاق التحكيم، بل يتعين علي طرفا التحكيم تعيين محكم بديل له بالإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته خلال المتبقي من مدة التحكيم المتفق عليها (م ٢١م تحكيم مصري). ويمتنع علي المحكم المعزول اتخاذ أي إجراء في النزاع والإلزام كان باطلاً، أما ما تم من إجراءات فأمره متروك لاتفاق الخصوم؛ ينفذ بإجازته، ويلغى برده.

وإذا انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب آخر كالوفاة، ونقص الأهلية، وفقد الحقوق المدنية، وإعتلال الصحة، والإصابة بعاهة، والبعد المكاني... ويترتب علي انتهاء مهمة المحكم لأي سبب من الأسباب، وقف سريان ميعاد إصدار حكم التحكيم بقوة القانون إلي حين تعيين محكم آخر بديلاً عن المحكم الذي انتهت مهمته، بالإجراءات التي تتبع في إختيار المحكم الذي انتهت ولايته، وقبول المحكم البديل القيام بالمهمة التكميلية. وعندما يتم استبدال المحكم تعاد المرافعة في خصومة التحكيم التي سبق اتخاذها من المحكم السابق، حتي يكون قد اشترك في سماع المرافعة، واشترك في المداولة قبل صدور الحكم (م ٢١م تحكيم مصري، و م ١٩م تحكيم سعودي)^(٢).

(١) نقض مدني ١٢/١/٢٠٠١م، مجلة المحاماة، ٢٠٠١م، ج ١، ص ٣٣. نقض

مدني ٢٤/٢/١٩٧٣م، طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ق، مج، ص ٢٤، ج ١، ص ٣٢١.

(٢) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٠٨ وما بعدها. د.حسني المصري، التحكيم،

ص ٢٢٩. د.فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٧ - ٢٤٨. د.أبو العلا النمر،

المركز القانوني، ص ٣٤٦ - ٣٤٧.

(٥) - حق المحكم في الأتعاب والمصاريف والتعويض: للمحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، حقه في الأتعاب والمصاريف، ما لم يكن قد تنازل عنها دون مقابل. ويقصد بأتعاب المحكم المبالغ المالية التي يحصل عليها المحكم كتعويض مقابل العمل والجهد والعناء الذي بذله أثناء نظر النزاع التحكيمي. ويقصد بمصاريف المحكم المبالغ المالية التي أنفقها في السفر من موطنه إلى مكان التحكيم، ونفقات الإقامة ونفقات المساعدين له في عملية التحكيم^(١).

وقد يتم تحديد أتعاب المحكم ومصاريفه بالاتفاق بينه وبين أطراف التحكيم، وتحديد الطرف الذي سيتحمل دفعها كلها أو بعضها، وقد يتفق الأطراف على أن يكون الدفع بينهما مناصفة. وفي حالة عدم وجود اتفاق بشأن أتعاب المحكم ومصاريفه فيجوز للمحكم أن يقوم بتقديرها وتحديد كيفية دفعها ومن سيتحمل دفعها في الحكم التحكيمي ذاته^(٢). إلا أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن أطراف خصومة التحكيم متضامنون تجاه المحكم بها^(٣).

ولا يستحق المحكم أتعابه إذا انقضت المهمة التحكيمية قبل السير فيها لأي سبب خارج عن إرادة المحكم متعلق بالإجراءات، إلا بمقدار ما بذله من جهد وعناء، في دراسة وفحص ملف خصومة التحكيم. كما لا يستحق المحكم أية أتعاب أو مصاريف إذا توقفت عملية التحكيم بسببه أو صدر حكم تحكيم باطل لسبب يرجع إلى إهماله أو سوء نيته لأنه يكون قد تسبب في ضياع وقت وجهد أطراف التحكيم دون جدوى ويكون محلاً للمسائلة عن ذلك الخطأ أو الإهمال. بينما يستحق أتعابه ومصاريفه كاملة إذا حكم ببطالان حكم التحكيم لسبب خارج عن المحكم^(٤).

- (1) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢١٧. د.أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٢٦.
- (2) د.حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢٣٢.
- (3) -Alexander Ditchéve; Le contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; P.403.
- (4) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢١٨ - ٢١٩. د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبدالعال، التحكيم، ص ٥٩٧.

وغالباً تحدّد أتعاب ومصاريف المحكم باتفاق مع أطراف التحكيم أو بأنظمة ولوائح مؤسسات التحكيم المختلفة. مع ملاحظة أنها تتناسب طردياً مع قيمة النزاع في وجود حد أدنى لأتعاب ومصاريف التحكيم لا تقل عنه مهما كانت قيمة النزاع التحكيمي. وفي حالة حدوث نزاع حول قيمة أتعاب المحكم، ولم يوجد اتفاق بشأنه، فيمكن تحديده عن طريق القضاء^(١). ولا يستطيع المحكم استعمال الحق في الحبس، فلا يملك حجز مستندات أطراف التحكيم أو وثائقهم لديه حتى يستوفي أتعابه منهم، ولا يستطيع وقف سير خصومة التحكيم حتى يستوفي أتعابه ومصاريفه لما قد يترتب على ذلك من إضرار بسير عملية التحكيم^(٢).

ومن حق المحكم ضمناً لاستيفاء حقه في الأتعاب والمصاريف - قبل السير في خصومة التحكيم - أن يلزم أطراف التحكيم بإيداع مبالغ مالية كافية أو أي ضمانات أخرى مقابل استيفاء حقه في الأتعاب والمصاريف في حالة امتناع أحد أطراف التحكيم عن سداد نصيبه في أتعاب ومصاريف المحكم. وللمحكم الحق في استرداد ما أنفقه من مصاريف أثناء التحكيم مثل مصاريف الانتقال والإقامة، والبريد، ووسائل الاتصال، وإيجار مقر مهمة التحكيم، وأتعاب الكاتب والمترجم^(٣). ومن التشريعات التي نصت على هذا الحق صراحة (م ٢٧٦) مرافعات عراقي، و(م ٢١٨) مرافعات إماراتي، و(م ٤١/د) تحكيم أردني، و(م ٢٤) تحكيم سعودي، و(م ٨١٤) إجراءات مدنية إيطالي.

وللمحكم الحق في الحصول على التعويض عن خطأ أحد طرفي خصومة التحكيم ترتب عليه ضرراً مادياً أو أدياً طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. كما لو طلب أحد طرفي التحكيم رد المحكم بدون مبرر قانوني لمجرد التشهير به وإساءة لسمعته وكان ذلك بسوء نية.

(١) د. عبد الحميد الأحذب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، يناير ٢٠٠٠م، ٢٤، ص ٣٠.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٢٠.

(٣) د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، بند ٤٣، ص ١٣٦.

(٦) - حق المحكم في الحصانة: لأن المحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، يقوم بعمل القاضي؛ وهو حسم منازعات التحكيم. لذا فيجب أن يكون المحكم حيادي وموضوعي وعادلاً في حكمه ومستقلاً في عمله كالقاضي، لضمان سير خصومة التحكيم بحيادية وعدالة. ولذلك فيجب أن يتمتع بالحصانة التي تمنحه، وتجعله بمنأى من الوقوع تحت أي تأثير أو ملاحقه قضائية^(١). وقد حرصت بعض التشريعات وأنظمة التحكيم (م ٢٢، ٢١، ٢٠ من اتفاق البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار) على تقرير نوع من الحصانة إلا إذا ثبت ارتكابه فعلاً يستوجب رده أو عزله أو ملاحقته قضائياً. وذلك لضمان أداء المحكم لمهمته التحكيمية على الوجه المطلوب لها.

ويتمتع القاضي بحظ وافر من الحصانات والامتيازات عن المحكم رغم أن بعض قوانين التحكيم (م ١/١٦م تحكيم مصري) تسوي بين المحكم والقاضي في الشروط والواجبات التي يجب توافرها فيهما. ومع ذلك لم تمنح المحكم ذات الحصانة الممنوحة للقاضي كاستقلال القضاة، وعدم تدخل أي جهة في عملهم. وعدم ملاحقتهم أو إلقاء القبض عليهم أو حبسهم احتياطياً إلا بعد الحصول على إذن مسبق. بل إن تلك الحصانات يتمتع بها أيضاً المحاميين وذلك لعدم المساس بسمعتهم والاستقلال وسير العدالة^(٢).

ولذلك نهيب بالمشرع المصري النص على تمتع المحكم المقيد بقوائم المحكمين بالحصانة النسبية كالقاضي، والمحامي. وذلك لضمان استقلاله في عمله عن أي جهة، وعدم ملاحقته قضائياً بدون مبرر قوي أو القبض عليه أو حبسه إلا في الحالات المحددة قانوناً، والتي توجب مسائل المحكم عما ارتكبه من أفعال ومحاسبه طبقاً للقانون. ونرفض فكرة الحصانة المطلقة للمحكم، لأنها لا تمنح إلا بتشريع، ولأنها قد تؤدي ببعض

(١) د. حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢٣٥.

(٢) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥٠، ص ٢٨٣.

المحكمين إلى الجوار والشطط والتعسف عندما يشعرون أنه لا سلطان عليهم، مما يؤدي إلى النفور من التحكيم، وخوفاً من استبداد بعض المحكمين، وتحقيقاً لمصلحة العدالة. فحق المحكم في الحصانة كالقاضي لا يمنع من دعوى المخاصمة.

وعلي ذلك فيخضع المحكم للقواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ مسئولية عقدية تجاة طرفي التحكيم بموجب عقد التحكيم المبرم بين المحكم وطرفي التحكيم، ومسئولية تقصيرية تجاه الغير المضرور من عمل المحكم. وترفع دعوى المسئولية بالإجراءات المعتادة لرفع دعوي، أمام المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة في الإختصاص القضائي. ويسأل كل محكم عن خطائه الشخصي. ولا تسأل عنه الدولة مسئولية المتبوع عن عمل التابع لأنه ليس تابعاً لها. كما لا يسأل مركز التحكيم أو الغير الذي اختار المحكم عنه لأن المحكم يباشر عمله بصفه مستقلة دون تبعيه لمركز التحكيم أو الغير الذي اختاره^(١).

(٧) - حق المحكم في عرض النزاع التحكيمي عليه للفصل فيه: يجب على المدعي في خصومة التحكيم أن يرسل إلى المدعي عليه وإلى هيئة التحكيم خلال ميعاد التحكيم بياناً مكتوباً يتضمن بياناته الشخصية، واسم المدعى عليه وعنوانه، وتفصيل وقائع الدعوى، وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته، وبيان الدعوي، ومذكرة بدفاعه، وأدلة الإثبات التي يعتمزم تقديمها... حيث تبدأ اجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي مالم يتفق الطرفان علي موعد آخر. ولذلك أعطى المشرع التحكيمي الحق لهيئة التحكيم في الاستمرار في إجراءات التحكيم أو إنهاء إجراءات التحكيم إذا تقاعس المدعي عن تقديم بيان دعواه إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك (م٢٧، م٣٠، م٣٤م تحكيم مصري)^(٢).

(1) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥٠، ص ٢٨٤. دمصطفى الجمال، ود.عكاشة

عبدالعال، التحكيم، بند ٤١٤-٤١٥، ص ٦٠٠ - ٦٠٢.

(2) دمصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، ص ٦١٤. د.مختار يريري،

التحكيم، ص ١٠٧.

وحق المحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أم دولي، حر أو مؤسسي، في عرض النزاع عليه للفصل فيه. وهو حق شخصي متعلق بشخص المحكم. وبالتالي فلا يجوز لأطراف خصومة التحكيم أن يعرضوا النزاع على غيره، وإذا حدث خلاف ذلك كان هذا إخلالاً من أطراف خصومة التحكيم بهذا الالتزام، يجعلهم مسئولين عن تعويض الأضرار التي أصابت المحكم، خاصة إذا كان قد بدأ في تنفيذ مهمته التحكيمية (١). وهذا الحق له طابع أدبي إذا أن عدم إتمام المهمة التحكيمية، بسبب غير راجع لإدارة المحكم، من شأنه الإساءة إلى المركز الأدبي للمحكم. كما أن لهذا الحق طابع مادي، إذا أن عدم إتمام المهمة التحكيمية يفقد المحكم أتعاب والمكافأة التي كان ينتظرها (٢).

(٨) - حق المحكم في عدم الطعن علي حكمه: في قانون التحكيم المصري؛ لا يجوز الطعن علي حكم المحكم؛ سواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية بنص (م ١/٥٢) تحكيم مصري، و (م ٤٩) تحكيم سعودي، و (م ١/٥٢) تحكيم عُمانى، و (م ٤٩) تحكيم سورى، و (م ١/٢١٧) إجراءات مدنية إماراتي، و (الفصل ٣١٩) مسطرة مدنية مغربية، و (م ٤٨) تحكيم أردنى، و سواء كانت طرق طعن عادية أو غير عادية، و سواء كان التحكيم داخلياً أو دولياً، و سواء تم في مصر أو في الخارج واتفق علي إخضاعه للقانون المصري. فالمرشع المصري الغي تطبيق نظام الطعن في الأحكام علي حكم التحكيم لتحقيق عدالة سريعة ناجزة. وفتح المرشع المصري مجال دعوي بطلان حكم التحكيم، ورفض الأمر بتنفيذه كوسيلة للاستيثاق من صحة حكم التحكيم. بينما نص المرشع

(1) -Alexander Ditchve; Le contrat d 'arbitrage; Rév. arb. 1981; (1) P.401.

(2) د.أبو العلاء النمر، المركز القانوني، ص ٢٥٦.

القطري على أن أحكام المحكمين يجوز إستئنافها طبقاً للقواعد المقررة لإستئناف الأحكام الصادرة من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (م ١/٢٠٥ مرافعات قطري). وأجاز المشرع الفرنسي الطعن بالإستئناف في حكم التحكيم الداخلي مالم يتنازل طرفي التحكيم عن الحق في الطعن، و لم يجز الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الدولي مكتفياً بدعوي البطلان أو رفض تنفيذه مراعاة لظروف التجارة الدولية (art.1482 N.C.P.C.F.)، وكذلك (م ٣٧، ٣٨، ٥٩) تحكيم موريتاني، و(م ٨٠٠، ١/٧٩٩) أصول محاكمات مدنية لبناني^(١).

دعوي بطلان حكم التحكيم هي دعوي بطلان أصلية لمحاكمة حكم التحكيم لتأكد من سلامته وتقرير صحته أو بطلانه إذا وجد أحد أسباب بطلان حكم التحكيم الواردة في قانون التحكيم علي سبيل الحصر في (م ٥٣) تحكيم مصري، و(م ١/٥٠) تحكيم سعودي، و(م ٢١٦) إجراءات مدنية إماراتي، و(م ٥٣) تحكيم عُمانى، و(م ٥٣) تحكيم يمنى، و(م ٦٨) تحكيم إنجليزي، و(م ٥٠) تحكيم سوري، و(م ٢٧٣) مرافعات عراقى، و(م ٢٠٧) مرافعات قطري، و(art.1484 N.C.P.C.F.)، و(م ١٨٦) مرافعات كويتي، و(م ٧) تحكيم قضائي كويتي، و(م ٢/٨٠٠) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(الفصل ٤٢) مجلة تحكيم تونسى، و(م ٣٤) تحكيم بحرينى، و(م ٤٩) تحكيم أردنى. ولذا يقتصر دور محكمة دعوي البطلان علي الحكم برفض الدعوي، أو الحكم بالبطلان إذا توافر سببه، ولا تملك مراجعة الحكم موضوعياً، فلاشأن لها بموضوع النزاع، لأن نوع تلك المحكمة من محاكم الدرجة الثانية، وفي ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي لموضوع النزاع. وتنطبق دعوي البطلان علي جميع أحكام التحكيم سواء كان تحكيمياً دولياً أو وطنياً، وسواء كان تحكيمياً بالقانون أم بالصلح. وتنطبق دعوي البطلان الأصلية علي حكم التحكيم، وتكون جزاءً لعبإ إجرائي يرجع إلي إتفاق التحكيم أو إختيار

(1) دبلينغ حمدي محمود، الدعوي يبطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ٢٠٠٧ف، بند ١٣١، ص ٢١١.

هيئة التحكيم أو إجراءات خصومة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق أو مخالفة النظام العام. ولا تتعرض لموضوع النزاع، وترفع بعد صدور الحكم الختامي المنهي لخصومة التحكيم برمتها. وتعتبر دعوي بطلان حكم التحكيم من النظام العام، ولا يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق قبل صدور الحكم علي عدم رفع دعوي البطلان عند تحقق أي من أسبابها، أما بعد صدور الحكم فيجوز لمن صدر ضده الحكم، أن يتنازل عن حقه في رفع دعوي البطلان، تطبيقاً للقواعد العامة في الطعن علي الأحكام^(١).

وترفع دعوي بطلان حكم التحكيم من صاحب المصلحة والصفة في رفعها أمام المحكمة المختصة - وهي محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، و في التحكيم الدولي تكون محكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق طرفا التحكيم علي إختصاص محكمة استئناف أخرى - بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوي، وبيانات صحيفة دعوي (م ٦٣ مرافعات مصري) مرفقاً بها اتفاق التحكيم، وصورة رسمية لحكم التحكيم. وذلك خلال ميعاد التسعين يوماً التالية لإعلان المحكوم عليه بحكم التحكيم علي يد محضر وفقاً للقواعد العامة، حتي لو علم المحكوم عليه بالحكم بأي طريق آخر كحضوره جلسة النطق بالحكم أو استلامه صورة الحكم وتوقيعه عليها، وهو ميعاد سقوط يسقط حق رفع دعوي

(1) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٣١٥، ص ٥٦٢. د. حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان علي أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، ١٩٩٧م، ص ١٩٠ وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٣١، ص ٥٨٨. نقض مدني ١٢/١/٢٠٠٠م، طعن رقم ١٥٢٩ و ٦٥٣ لسنة ٦٢ق، المحاماة ٢٠٠١م، ع ١٤، ص ٣٣.

- Philippe Fouchard; L'arbitrage Commercial en France; N.538; P.357.
- Paris; 18 Janv.1983; Rév. Arb. 1984; P.87; Obs. P. Mayer.
- Paris; 13 Janv.1984; Rév. Arb. 1984; P.530; Obs. Barnard.
- Paris; 15 Mai 1987; D.1987; inf. Rap.; P.135.
- Cass. Com. 8 Mars.1988; Rév. Arb. 1989; P.473; Obs. Pascal Ancel.
- Paris; 16 Juin.1988; Rév. Arb. 1989; P.309; Obs. Ch.Garrosso.
- Paris; 14 Oct.1993; Rév. Arb. 1994; P.380.

البطلان بفواته، وناقص ينتهي بنهاية دوام اليوم الاخيرمنه، ومتعلق بالنظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويضاف إليه ميعاد مسافة وفقاً للقواعد العامة، ويمتد إلي أول يوم عمل عند إنتهائه في يوم عطلة رسمية وفقاً للقواعد العامة (م ٥٤ تحكيم مصري). والحكم الصادر فيها يقبل الطعن عليه بكافة طرق الطعن^(١).

بينما نص المشرع القطري في (م ١/٢٠٨ مرافعات قطري) على أن: "يرفع طلب البطلان بالأوضاع المعتادة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع..."، وأجاز لها في حالة الحكم ببطلان حكم التحكيم كله أو بعضه أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب حكمهم أو أن تفصل في النزاع بنفسها إذا وجدت انه صالح للفصل فيه (م ٢/٢٠٩ مرافعات قطري).

٢٩- التزامات المحكم: يقع على عاتق المحكم، سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، مجموعة من الالتزامات تمثل واجبات قانونية على المحكم، وهي بمثابة ضمانات لعملية التحكيم، وللأطراف التحكيم، وتعتبر مبادئ ثابتة لا جدال فيها. وما كان المحكمون يلجئون إلى المحكم إلا لثقتهم بعدهم وإنصافه ونزاهته وحيدته وثقتهم به. وفي المقابل فإن المحكم نفسه ملتزم بهذه المبادئ دون حاجة إلى التأكيد عليها من قبل الأطراف؛ لأن مخالفته لها تنقص من شأنه وقدره وتضع من هيئته بين الناس، كما أن الخروج

(1) د.محمود مصطفي يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٧٣١، ص ٥٨٨. تقض مدني ١٢/١٢/٢٠٠٠م، طعن رقم ٦٥٢٩ و ٦٥٣٠ لسنة ٦٢٢ق، الحاماة ٢٠٠١م، ع ١٤، ص ٣٣. تقض مدني ١٨/١/٢٠١١م، طعن رقم ٥٩٢٠ لسنة ٦٦ق، وقض مدني ٢٢/١٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٧١١ لسنة ٦٩ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Cour Civil.aspx>

- Paris; 16 Juin.1988; Rév. Arb. 1989; P.309; Obs. Ch.Garrosson.
- Paris; 30 Juin.1988; Rév. Arb. 1991; P.357; Obs. Moitry et Vergne.
- Cass. Civ. 10 Juill.1990; Rév. Arb. 1990; P.851; Obs. Moitry.
- Paris;14 Oct.1993; Rév. Arb. 1994; P.380.

عنها يعتبر عيباً وخطأ كبيراً يذم فاعله ويستهجن ويجعله محلاً للمسئولية القانونية^(١). وإذا كان من المزايا التي يحققها نظام التحكيم، تجنب القضاء العادي وإجراءاته، بشرط ألا يكون على حساب الضمانات الأساسية في التقاضي، والتي هي ضمانات للعدالة سواء كانت عدالة قضاء الدولة أم عدالة التحكيم^(٢).

والمحكم يلتزم باحترام هذه الضمانات أياً كان نوع التحكيم. أي سواء كان المحكم مفوضاً بالصلح أم غير مفوض به. وسواء اتفق الأطراف على التزامه بمراعاة هذه الضمانات أم لم يتفقوا، باعتبار أن هذه الضمانات تعد من المسائل الملازمة لفكرة العدالة ذاتها^(٣). وقد قرر قانون التحكيم المصري بعض الضمانات الهامة كرد المحكم، وعزله، وإنهاء مهمته، وإبطال حكمه، حرصاً منه على تحقيق التوازن بين سلطات المحكم، والتزاماته قبل أطراف التحكيم، وأجاز للمحتكمين التنازل عن بعض هذه الضمانات. وذلك لأن المحكم ليس له صلاحيات القاضي، فهو مقيد بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه. فإذا تجاوزها تعرض حكمه للبطلان، بينما قاضي الدولة له صلاحية شاملة بخلاف المحكم.

وعليه فإن المحكم يجب أن يتوخى الحيطة والحذر، وأن يلتزم أثناء تأديته لمهمته التحكيمية بالقانون، وبإرادة المحتكمين، والقانون المطبق، ومراعاة المبادئ الأساسية في خصومة التحكيم، ومراعاة القواعد الآمرة في الدولة التي سينفذ فيها حكم التحكيم. وإلا فإن المحتكمين باستطاعتهم رده أو عزله، أو إبطال حكمه، أو مساءلته قانوناً. وذلك بهدف إصدار حكم التحكيم بسرعة وفاعلية رغم افتقار المحكم سلطة الإيجاب التي تتمتع بها قاضي الدولة^(٤). وعدم احترام المحكم للالتزامات الواقعة عليه سواء

(١) دمهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٥م، ص ١٩٢.

(٢) د.عبد الحميد الأحمد، التحكيم بالصلح، ص ٧٧.

(٣) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٦٢.

(٤) د.عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارناً بحصانة القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٢م، ص ٩٧.

القانونية منها أو الاتفاقية تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم وإلغاءه فضلاً عن تقرير المسؤولية المدنية للمحكم تجاه أحد أطراف التحكيم الذي لحقته الأضرار^(١). وعلي ذلك نتناول التزامات المحكم، في مرحلة الترشيح، وفي مرحلة سير خصومة التحكيم، ثم في مرحلة إصدار الحكم التحكيمي.

(أولاً) التزامات المحكم في مرحلة الترشيح: بمقتضى اتفاق، وعقد التحكيم يلتزم المحكم في مرحلة ترشيحه بمجموعة من الواجبات تفرضها عليه أصول ممارسة مهنة التحكيم منها: التزام المحكم بالإفصاح عن حيده واستقلاله، والتزامه بقبول مهمته التحكيمية، والتزامه باتباع واحترام سلوكيات وأخلاق المحكم، والتزامه مباشرة مهمته التحكيمية بنفسه دون تفويض غيره...

(١) - التزام المحكم بالكشف عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيده واستقلاله: يجب توافر استقلال المحكم عن الخصوم، وحيده تجاههم، سواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية. وسواء كان في تحكيم حر أم مؤسسي، وطني أم دولي. ويعني الاستقلال: انتفاء رابطة التبعية بين المحكم والخصوم أو الدولة أو الغير، وعدم وجود روابط مادية تنافي استقلاله والميل لأحد أطراف التحكيم. ويعني الحياد: ألا يكون للمحكم ميل ذهني أو نفسي لصالح أو ضد أحد أطراف التحكيم بحيث يرجح معه الحكم لأحد الأطراف بميل أو هوي أو تحيز لأحد أطراف التحكيم لوجود صلة ما كقربة أو مصلحة أو مودة أو عداوة. ولا يتنافى مع استقلال المحكم أو حيا.؛ أن يأخذ أتعابه من الطرف الذي اختاره، والعلاقات التبادلة بين المحكم وغيره من المحكمين أو المحامين بحكم وجودهم في مجال مهني واحد. وتعد قواعد التحكيم المتعلقة بجيدة المحكم واستقلاله من النظام العام^(٢).

(1) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، بند ١١١، ص ١٥٠.

(2) ديجي الجمل، حيلة واستقلال المحكمين، مجلة التحكيم العربي، ع ٤، ص ١٥. نقض مدني ٢٠٠٧/٢/٨م، طعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ق.

- Goldman; La débat sur l'indépendance de l'arbitre; Rév. arb. 1970; P.229.

وأجمعت القوانين الوطنية، وقواعد التحكيم الدولية بأنه يجب على المحكم أن يفصح عند إعلان قبوله المهمة التحكيمية عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حيادته واستقلاله، منها (م ١٦/٣) تحكيم مصري، و(م ١٦) تحكيم سعودي، و(م ٢٢) تحكيم تونسي، و(art.1452N.C.P.C.F.)، و(م ٢٤، ٢٣) تحكيم إنجليزي، و(م ١٥/ج) تحكيم أردني، و(م ١٧) تحكيم سوري، و(م ١٢) من اليونسترال، و(م ١١) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٧) من نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم (A.A.A.)، و(م ١٠) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، و(م ١٠) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

تبين من ذلك أن القانون المصري، والدول العربية، وقواعد التحكيم الدولية؛ تفرض التزاماً مباشراً على كاهل المحكم بأن يكشف عند قبوله القيام بالمهمة التحكيمية، عن أية ظروف يكون من شأنها إثارة شكوك حول حيادته واستقلاله. كما يلزم المحكم أن يحيط الأطراف بأي ظرف يطرأ بعد تعيينه، ويكون من شأنه التأثير على حياده واستقلاله. لأن حياد المحكم يجب أن يتجلى منذ قبوله المهمة التحكيمية إلى حين إصدار حكمه (١). ويتحقق ذلك بتقديمه ملخصاً مكتوباً عن مواقفه المهنية الحالية والماضية. وأن يبادر المحكم بإحاطة الأطراف علماً بكل العلاقات السابقة واللاحقة بموضوع النزاع وأطرافه وممثلهم وذويهم (٢).

وإذا تعهد المحكم إخفاء ظروف ووقائع تمس استقلاله وحياده، مثل العلاقات والمصالح التي تربطه بأحد أطراف النزاع التحكيمي فيعد سبباً لرده؛ إذا تم اكتشاف هذا السبب قبل صدور الحكم التحكيمي. أما إذا تم اكتشاف هذا السبب بعد صدور الحكم التحكيمي فيكون سبباً لطلب

(1) دوائر طبرة، حياد المحكم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ع ٣، ١٩٩٦م، ص ٣٠.

(2) د.عبد الحميد الأحمد، مسئولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠م، ص ٢٤٥.

إبطاله ، و يترتب علي هذا وذلك عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في خصومة التحكيم ، وضياع الوقت والنفقات والمصاريف التي تحملها الأطراف هدرًا. بالإضافة إلى ضياع حق المحكم في أتعبه لأنه لم يقيم بتنفيذ التزامه المتمثل في إصدار حكم تحكيمي صحيح ، وأن الحكم قد أبطل لسبب يرجع إليه مما يجعله محلاً للمسائلة^(١). فيجب على المحكم الإعلان عن أسباب رده لأطراف التحكيم ، ولا يباشر مهمته إلا بموافقة جميع الأطراف (art.1452. al.2.N.C.P.C.F.).

وإذا أفصح المحكم لأطراف التحكيم عن علاقته السابقة واللاحقة بموضوع النزاع أو أطرافه فلا يمكنه قبول مهمته التحكيمية إلا بعد موافقة جميع أطراف التحكيم. أما إذا صرح المحكم بصلاته لأطراف التحكيم ، ولم يعترضوا عليها فلا يحق لهم بعد ذلك طلب رده بناءً على هذه الظروف ، طالما أنهم أحيطوا بها علماً ولم يعترضوا عليها في الوقت المحدد. وإذا اعترض أحد الأطراف أو كلاهما على تلك الظروف ، فيصار إلى تعيين محكم بدلاً عنه مستقل ومحايد وتكمن أهمية هذا الالتزام في أن رضاً طرفي التحكيم هو أساس التحكيم^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " ولئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية ، يوجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي ، وذلك سواء كان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلح ، وتعتبر حيادة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي ، إلا أن الأصل في المحكم أنه محايد ومستقل ما دام قد قبل القيام بمهمته ، وعلى من يدعى عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يتمسك بذلك ويثبته طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم ، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى ببطالانه استناداً إلى عدم توافر أيهما في المحكم ، لما كان ذلك ، وكان الحكم

(1) د. أحمد الملحم ، عقد التحكيم ، ص ٢٣٧.

(2) د. أكثم الخولي ، خفقيات التحكيم وآدابه ، بحث صادر عن اتحاد المحامين العرب عن التحكيم ، ص ١٩.

المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وأقام قضاءه برفض دفاع الطاعنة الوارد بالنعى على دعامة حاصلها أنها علمت بالوقائع التي تستند عليها في نفى الحيدة عن المحكمين وذلك قبل صدور حكم التحكيم، ولم تبد ثمة اعتراض بشأنها أمام هيئة التحكيم ومن ثم لا يقبل منها الاستناد عليها لطلب بطلانه^(١)

وعدم احترام المحكم لهذا الالتزام يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم وإلغائه فضلاً عن تقرير المسؤولية المدنية للمحكم إخلاله بهذا الالتزام، فيلتزم المحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالخصم نتيجة لعدم الإفصاح عن العلاقة التي تربطه بأحد أطراف التحكيم. فيجب أن يحظى المحكم بالاستقلال والحياد حتى يتمكن من إصدار حكم عادل ونزيه في ضوء ما قدم من أوراق ومستندات وما أجراه من تحقيقات في خصومة التحكيم^(٢). ويمكن للخصم الذي أضر من جراء إخفاء المحكم وعدم إفصاحه عن العلاقة التي تربطه بالخصم الآخر مطالبه المحكم قضائياً بالتعويض. إعمالاً لقواعد القانون المدني بتقرير المسؤولية المدنية للمحكم الذي لا يلتزم بالاستقلال والحياد. إذ تقوم مسؤولية المحكم نتيجة لإخلاله بالالتزام بالإفصاح. ومن ثم يتعين عليه الالتزام بالتعويض المادي والأدبي عن الأضرار التي لحقت بالخصم نتيجة إخفاء المحكم علاقته بالخصم الآخر. وأساس ذلك العلاقة العقدية التي تربط المحكم بأطراف التحكيم^(٣).

(٢) - التزام المحكم بقبول القيام بمهمته التحكيمية: يعتبر المحكم معيناً أو مختاراً بعد صدور موافقته على قبول المهمة التحكيمية صراحة أو ضمناً. ويجب أن يسبق تلك الموافقة؛ موافقة أطراف التحكيم على إقرار المحكم بالإفصاح عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول

(١) نقض مدني ٢٠١٠/٢/٩ م، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(٢) د.سحر عبد الستار، المركز القانوني، بند ٤١، ص ١٠٨ - ١٠٩.

(٣) د.سحر عبد الستار، المركز القانوني، بند ٥٣، ص ١٩٥.

حيده واستقلاله ، ووصول إخطار من أطراف التحكيم للمحكم بقبول إقراره. عندئذ يجب على المحكم إصدار موافقته لأطراف التحكيم ، على قبول المهمة التحكيمية صراحة أو ضمناً دون إبداء أية تحفظات^(١).

وسواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية ، فيكون قبول المحكم لمهمته التحكيمية كتابة بنص (م/١٥/٣) تحكيم مصري ، و(م/١١) تحكيم تونسي ، و(م/١٧) تحكيم سوري ، و(م/١٥/ج) تحكيم أردني . ولا يشترط أن تتخذ الكتابة شكلاً معيناً. ولكن لا يترتب على عدم الكتابة أي بطلان ، لأنها شرط إثبات ، وليست شرط صحة. وإنما تلزم الكتابة لتفادي أي نزاع قد ينشأ في المستقبل ، بشأن قبول أو عدم قبول المحكم لمهمته. والكتابة قد تثبت في صلب عقد التحكيم أو في خطاب أو فاكس يرسله المحكم إلى أطراف التحكيم. أو بإثبات حضور المحكم في محاضر الجلسات أو توقيعه على الأحكام التمهيدية أو الحكم الحاسم للنزاع أو بأي عمل من الأعمال التي تدخل في نطاق مهمته^(٢).

ولم يحدد المشرع في فرنسا ، ومصر ميعاداً نهائياً لقبول المحكم لمهمته. ويعد هذا الوضع نقصاً تشريعياً يساعد على تراخي المحكم في قبول مهمته. ويعد هذا الوضع نقصاً تشريعياً يساعد على تراخي المحكم إعلان قبوله القيام بالمهمة التحكيمية ، مما يعني تأخير تشكيل هيئة التحكيم ، وإفشل التحكيم. ولا يترتب على رفض المحكم القيام بمهمته التحكيمية بطلان اتفاق التحكيم ، بل يتعين على طرفي التحكيم تعيين محكم بديل آخر ، إذا لم يتم قبول المحكم الأول في مدة معقولة^(٣). وترجع أهمية تحديد تاريخ

- (1) د.أشرف الرفاعي ، النظام العام للتحكيم ، ص ٢٣٤. د.أبو العلا النمر ، ميعاد التحكيم ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ، ص ١٩١.
- (2) د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم ، ص ١٧٣. د.هدى عبد الرحمن ، دور المحكم ، ص ١٥٨. نقض مدني ٢٤/٢/١٩٧٤م ، طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ق ، مج ، س ٣٤ ، ج ١ ، ص ٣٢١. - Trib. Gran. Inst.Paris; 28 Oct. 1983; Rév.arb. 1985; P.151.
- (3) د.حسن المصري ، التحكيم ، ص ١٧٣. د.عزيمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم ، ص ٨٣. د.أحمد الملحم ، عقد التحكيم ، ص ٢١٨ - ٢١٩.

قبول المحكم لمهمته التحكيمية في أنه قد يبدأ حساب ميعاد إصدار الحكم التحكيمي من تاريخ قبول المحكم لمهمته صراحة أو ضمناً دون إبداء أي تحفظات^(١).

(٣) - التزام المحكم باحترام سلوكيات وأخلاق التحكيم منذ ترشيحه: توجد العديد من الواجبات السلوكية والأخلاقية التي يلتزم بها المحكم. وأوردت البيئة الأمريكية للتحكيم، ونظام تحكيم مركز القاهرة للتحكيم قواعد السلوك المهني للمحكم: لا يجوز للمحكم الاتصال بأطراف التحكيم لإختياره أو تعيينه محكماً. ويجب على المحكم التأكد من قدرته وصلاحيته لأداء المهمة التحكيمية دون تمييز. ويجب على المحكم التصريح بأي ظروف تثير شكوكاً حول حياده واستقلاله. ويجب على المحكم تخصيص الوقت والجهد اللازمين لسرعة الفصل في التحكيم. ويجب على المحكم تجنب إجراء اتصالات من جانب واحد مع أحد أطراف التحكيم. ويجب على المحكم عدم قبول مزايا أو هدايا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أحد أطراف التحكيم. ويجب على المحكم عدم الاستفادة من المعلومات التي حصل عليها أثناء خصومة التحكيم. ويجب على المحكم المحافظة على سرية كافة المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم. ويجب على المحكم الإفصاح عن علاقات، والعلاقات الاجتماعية المباشرة والحالية والسابقة مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين. وكذلك علاقات القرابة والمصاهرة مع أي طرف من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين. والظروف التي تستجد بعد بدء إجراءات التحكيم^(٢).

(٤) - التزام المحكم بالقيام بمباشرة مهمته التحكيمية بنفسه: يولد عقد التحكيم المبرم بين المحكم، وأطراف التحكيم التزامات على عاتق المحكم يتعين عليه القيام بها، سواء كان المحكم معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية. ومن تلك

(1) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٥٩.

(2) د. عادل محمد خير، حضانة المحكمين مقارنة بحضانة القضاء، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٦ م. د. حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢١٥ - ٢١٧.

الالتزامات : قيام المحكم بمهمة الفصل في النزاع خلال ميعاد التحكيم بنفسه دون تفويض غيره. فعقد التحكيم من العقود الرضائية التي تقوم على الاعتبار الشخصي بالتالي ف شخصية المحكم محل اعتبار المحكّمين ، وعلى أساسها يتم اختياره. فالثقة والخبرة في شخص المحكم هي مبعث الاتفاق عليه ، ومن ثم فلا يجوز للمحكم تفويض السلطة المخولة إليه بموجب عقد التحكيم إلى غيره مهما كانت شخصية هذا الغير، ومهما كانت صلته به. فلا يملك المحكم أن يعهد لشخص آخر بالفصل في النزاع باسمه ، فولاية المحكم مستمدة من اتفاق وعقد التحكيم ، وبالتالي فمن يباشر هذه السلطة دون عقد واتفاق تحكيم فإن ما يصدر عنه من حكم يكون باطلاً ، ويكون المحكم محلاً للمساءلة القانونية تجاه المضرور من المحكّمين^(١).

فالأصل هو عدم جواز تفويض المحكم غيره في أداء مهمته ، وهذا الالتزام لم يرد النص عليه في قانون التحكيم المصري ، رغم أنه التزام مفروض بطبيعة عملية التحكيم ، والفلسفة التي يقوم عليها ، ولأن المهمة التحكيمية ذات طابع شخصي بحيث تتمثل في الثقة في شخص المحكم وعدالته^(٢).

(ثانياً) التزامات المحكم في مرحلة سير خصومة التحكيم : تختلف خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية ، ولا تخضع لما تخضع له من قيود إجرائية ، بل تخضع لإتفاق طرفي التحكيم ، مع ضرورة مراعاة قواعد النظام العام للقانون الذي يجري التحكيم علي ضوئه ، أو لبلد تنفيذ حكم التحكيم ، والمبادئ الأساسية للتقاضي. ويختص المحكم سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية ، بتسيير إجراءات خصومة التحكيم عن طريق وضع نظام

(1) -Alexandre Ditchev; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N.6;P.396;P.401.

-Ph.Fouchard; L'statut de l'arbitre; Rév. arb.1996; P.325.

(2) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٦٢. د.سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ص ٨٠. د.سحر عبد الستار، المركز القانوني، ص ١٢٥.

متكامل بخطة زمنية متكاملة، ويفرض رقابته المستمرة على أطراف التحكيم لتنفيذها والسير عليها، ابتداءً من تقديم طلب التحكيم إلى الإعلانات وتقديم الطلبات فالمرافعات، وتقديم المستندات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وإجراء التحقيقات، وسماع الشهود والاستعانة بالخبراء وإنتهاء بإصدار الحكم التحكيمي. فالمحكم يتمتع بسلطات واسعة يمارسها بناءً على اتفاق المحكّمين أو من تلقاء نفسه لتنظيم وتسيير العملية التحكيمية من بدايتها، وصولاً إلى إنهاء النزاع بحكم فاصل ملزم. وفي حالة رغبته باتخاذ أي إجراء يخرج عن مجال اختصاصه يجب عليه اللجوء إلى المحكمة المختصة طالباً المساعدة من قضاء الدولة الرسمي حيثما يحتاج إلى سلطة الأمر، ويعتبر تشكيل هيئة التحكيم، وتقديم طلب التحكيم إليها تصريحاً من أطراف التحكيم عن بدء الإجراءات^(١).

وقد نظم قانون التحكيم المصري قواعد اجراءات التحكيم في المواد من ٢٥ حتى ٣٨. ونظم نظام التحكيم السعودي اجراءات التحكيم في المواد من ٢٥ حتى ٣٧. وكما نظم قانون المرافعات الفرنسي اجراءات خصومة التحكيم في المواد من ١٤٦٠ حتى ١٤٦٨ بخصوص التحكيم الداخلي، ونصت المادة ١٤٩٥ علي سريان أحكام تلك المواد علي التحكيم التجاري الدولي مالم يتفق أطرافه علي قواعد خاصة. كما نظم قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م إجراءات ومراحل الخصومة التحكيمية علي التحكيم الداخلي والدولي في المواد من ٣٣ حتى ٤٥. ونظم القانون النموذجي قواعد سير الإجراءات التحكيمية في المواد من ١٨ حتى ٢٧. كما نظمت قواعد غرفة التجارة الدولية قواعد إجراءات الدعوي التحكيمية في المواد من ١٣ حتى ٢٣. ونظمت قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي قواعد الدعوي والإجراءات التحكيمية في المواد من ١ حتى ٤، والمواد من ١٤ حتى ٢٢. ونظمت قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي إجراءات الدعوي التحكيمية في المواد من ١٥ حتى ٣٠.

(١) د.محمد سليم العوا، إجراءات التحكيم في القانون المصري، مجلة التحكيم العربي، ٤٤، أغسطس ٢٠٠١م، بند ١، ص ٨.

كما نظمت قواعد اليونسترال للتحكيم اجراءات التحكيم في المواد من ١٧ حتى ٣٢.

(١) - التزام المحكم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه: يتفق المحكم مع القاضي في أن كلاً منهما يختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي. ومن حق أطراف التحكيم حرية اختيار القانون الذي يحكم انعقاد اتفاق التحكيم، وشروط صحته.

وإتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم مشاركة، هو عقد يخضع كغيره من العقود لإرادة أطرافه. وتقرير صحته أو بطلانه تختص به المحكمة القضائية، ولا يدخل في اختصاص هيئة التحكيم. ويحوز حكم المحكمة القضائية بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم حجية الأمر المقضي أمام هيئة التحكيم. وحكم هيئة التحكيم باختصاصها وإصدارها حكم في موضوع خصومة التحكيم؛ يحوز الحجية أمام المحكمة القضائية، ويمنع عرض ذات النزاع مرة أخرى. فمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يخول هيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم مالم يتفق الأطراف صراحة علي تحويلها هذه الولاية. ولذا فاتفاق التحكيم وحده لا يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم. ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب وقف إجراءات التحكيم من هيئة التحكيم لحين الفصل في دعوي بطلان اتفاق التحكيم أمام القضاء. بينما في فرنسا يوجد نص (art.1466.N.C.P.C.F.) يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة أو عدم وجود أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم^(١).

فالمحكم هو المختص بتحديد اختصاصه، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، كالدفع بعدم اختصاصه، والدفع بعدم وجود

(١) د.فحي والي، قانون التحكيم، بند ٦٨، ص ١٤٥ وما بعدها. د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٨٠، ص ١١٧ وما بعدها. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٨٢، ص ١٥٥.

اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع. وذلك قبل الفصل في الموضوع أو يضمها المحكم إلي الموضوع للفصل فيهما معاً. وذلك بنص (م٢٢) تحكيم مصري، و(م٢٠) تحكيم سعودي، و(م٢٢) تحكيم عُمانى، و(م٤٦) تحكيم موريتانى، و(م٢١/أ) تحكيم أردني، و(م١٦) تحكيم فلسطينى، و(م٢١) تحكيم سورى، و(م٢٦) تحكيم تونسي، و(م٢٨) تحكيم يمنى، و(م١٦ /) تحكيم فلسطينى، و(م٢٣) من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي، و(art.1466 N.C.P.C.F.)، و(م١/٢١) من قواعد اليونسترال، و(م٢/٦) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٣٠ تحكيم إنجليزي)، و(م٦) من قواعد مركز دبی للتحكيم الدولي، و(م١٦) تحكيم بحرينى، و(م٢٠) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي. وللمحكم التحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته ظاهرياً لأنه مناط اختصاصه، ومصدر ولايته، فيقع على عاتق المحكم مهمة تقرير اختصاصه كمسألة أولية لازمة قبل الفصل في النزاع التحكيمي. فأول عمل يقوم به المحكم هو التأكد من وجود وصحة اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم مشاركة؛ لأنه أساس ومناط ولايته. ويقوم المحكم ببحث وجود وصحة اتفاق التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إذا ما دفع بعدم اختصاصه لعدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه^(١).

وإذا ظهر للمحكم عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه؛ وجب عليه الحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع، توفيراً لمشقة الاستمرار في إجراءات طويلة ومكلفة سيحكم ببطلانها فيما بعد؛ لعدم وجود اتفاق

(1) د.فحي والي، قانون التحكيم، بند ٦٨، ص ١٤٥ وما بعدها. د.محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٨٠، ص ١١٧ وما بعدها. نقض مدني ٢٠١١/٦/١٧م، طعن رقم ٢٩١ لسنة ٧٠ق، مجلة التحكيم العربي، ع ٥٤، ص ١٩٨. نقض مدني ٢٠١٠/٢/٢٣م، طعن رقم ١٩٦ لسنة ٧٤ق، نقض مدني ٢٠١٠/٢/٢٣م، طعن رقم ٩١٣ لسنة ٧٣ق،

تحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع أو بطلانه لعدم توافر أحد شروطه الشكلية أو الموضوعية كنقص أهلية أحد أطرافه أو كليهما أو عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم (م ١/٢٢م تحكيم مصري). فإذا توصلت هيئة التحكيم إلي بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه فإنها تقضي بعدم الاختصاص، وتنتهي عملية التحكيم أمامها بإعتباره حكم منهي لخصومة التحكيم كلها (م ٤٨م تحكيم مصري). ويجوز رفع دعوى بطلان الحكم بعدم الاختصاص بإعتباره حكم منهي للخصومة كلها، إذا توافرت إحدي حالات بطلان حكم التحكيم الواردة في (م ١/٥٣م تحكيم مصري)^(١).

أما إذا ظهر للمحكم وجود اتفاق التحكيم وصحته؛ رفض الدفع بعدم الاختصاص، واستمر في نظر خصومة التحكيم، ويطعن في الحكم يرفض الدفع بعدم الاختصاص بدعوى البطلان مع الحكم المنهي لخصومة التحكيم. ويملك القضاء سلطة رقابية لاحقة على ممارسة المحكم سلطته في شأن الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، وذلك عن طريق دعوى بطلان حكم التحكيم. إذا رفضت هيئة التحكيم الدفع بعدم الاختصاص؛ فلا يجوز التمسك به إلا عن طريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ تحكيم مصري (م ٣/٢٢م تحكيم مصري)^(٢).

(1) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٦٨، ص ١٤٥ وما بعدها. د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٨٠، ص ١١٧ وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٨٢، ص ١٥٠. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٩٨. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤١٠. د. سامية راشد، التحكيم، ص ١٢٧. نقض مدني ١٧/٦/٢٠٠١م، طعن رقم ٢٩١ لسنة ٧٠ق، مجلة التحكيم العربي، ٥ع، ص ١٩٨.

(2) دناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ص ٣٣٢. د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٢٤٥. د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، بند ٤٦، ص ١٥٢ - ١٥٣. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤١٠. د. أحمد قسنت أبو العلا، المحكم وكيفية إعداده، محاضرة لملقاة في دورة عامة لأعداد المحكم والمنعقدة في مركز حقوق عين شمس في الفترة من ٢٩/١٢/٢٠٠١م إلى ٣/١/٢٠٠٢م، ص ٥٥. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٣٩.

- Paris; 21 Mars 1963; Rév. arb. 1963; P.125-126.

وليس لهيئة التحكيم سلطة الحكم بصحة أو بطلان أو فسخ العقد الأصلي لأنه يخرج عن اختصاصها، وإنما يكون لها سلطة البحث في مدى صحة أو بطلان أو فسخ العقد الأصلي لفحص مدى إمكانية استمرارها في إجراءات التحكيم أم لا، وذلك إذا دفع أمامها بعدم الإختصاص لبطلان العقد الأصلي. دون حاجة لوقف إجراءات التحكيم لحين الفصل من القضاء في مسألة صحة أو بطلان أو فسخ العقد الأصلي، تجنباً لتوقيف عملية التحكيم، وتحايل الخصوم للهروب من التحكيم باستخدام الدفع ببطلان العقد الأصلي^(١).

(٢) - التزام المحكم بالحياد والاستقلال أثناء سير خصومة التحكيم: يجب على المحكم الالتزام بالحياد التام، وعدم الانحياز لأحد أطراف التحكيم أو ضده لأسباب شخصية. لذا توجب قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم المرشح قبل، وبعد تعيينه أن يصرح كتابة لمن اختاره أو عينه، وسواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي، بكافة الوقائع والظروف والعلاقات التي من شأنها أن تؤثر أو تثير شكوكاً حول حياده واستقلاله. وعدم حياد المحكم، أو عدم استقلاله يعد سبباً يميز بطلب رده (م٣/١٦) تحكيم مصري، و(م٢٤) تحكيم إنجليزي، و(م١٧) تحكيم سوري، و (art.1452 N.C.P.C.F.)^(٢).

فالحياد هو سلوك يصدر من المحكم يجعله يتسم بعدم الانحياز لأحد أطراف التحكيم بأي شكل أثناء سير عملية التحكيم يكون سبباً لرده أو

(1) ديجي الجمل، حيطة واستقلال المحكمين، مجلة التحكيم العربي ٢٠٠١م، ع٤، ص١٥ وما بعدها. دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٦٨، ص١٤٥ وما بعدها. د. محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ٨٠، ص١٧ وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٨٢، ص١٥٥.

(2) د. علي بركات، خصومة التحكيم، ص٢٠٣ وما بعدها. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص١٠٢ وما بعدها، ص١٦٠ وما بعدها. د. محمد محمود بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع٣، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص٣٩-٤٣.

بطلان حكمه، والحياد غير الاستقلال. فالحياد: شوعدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أحد أطراف التحكيم، وهو حالة نفسيه وذهنية ذات طابع شخصي تخضع لنية المحكم وتفكيره. بينما الاستقلال: هو عدم تبعية المحكم لأي من أطراف التحكيم حتى لا يتوجه في عمله بتوجيهات أي منهما. بالألا توجد للمحكم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو إرتباط بأحد أطرافه أو ممثليهم. ويقوم الاستقلال غالباً علي واقعة مادية معينة تحمل مظاهر خارجية يمكن إثباتها مثل؛ علاقة الوظيفة أو القرابة أو الوكالة أو تكون له مصالح مادية أو شراكة أو إرتباطات مالية، أو مهنية أو إجتماعية سابقة أو حالية أو خاضعاً لتأثير أو توجيهه أو وعد أو وعيد مع أحد طرفي النزاع التحكيمي^(١).

وعلى ذلك فإنه يجب استقلال المحكم عن اختاره، وعن الطرف الآخر في النزاع الذي لم يختره، وعدم وجود صلات سابقة أو حالية بأي منهما أو أقاربهما أو ممثليهما، وعدم سبق اتصاله بموضوع نزاع التحكيم بفتوى أو إستشارة، وعدم وجود مصلحة له مالية أو أدبية تتعلق بموضوع نزاع التحكيم لاحقة عن تولي المحكم لمهمته أو سابقة ولم يفصح عنها للأطراف، وعدم إجراء المحكم اتصالات منفردة بأحد الأطراف، أو يسرب إليه بعض المعلومات، أو أعطاه بعض الإرشادات التي قد تعينه على خصمه. ويجب على المحكم منح كل طرف فرص كافية ومتساوية لعرض دعواه والدفاع عنها، وإصدار حكمه بعيداً عن العواطف والعلاقات والمصالح مهما كان شكلها، بل بما يقدمه الأطراف من أدلة ووثائق وإثبات في الدعوى^(٢). وطبقاً لنص (م ١/١٨م تحكيم مصري) فإنه

- (1) د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٠٣ وما بعدها. دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٠٢ وما بعدها، ص ١٦٠ وما بعدها. د.محمد محمود بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٣، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ٣٩ - ٤٣. استئناف القاهرة ٤/٢٨/٢٠٠٤م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ٧٨ لسنة ١٢٠٠ق. استئناف القاهرة ٣/٣٠/٢٠٠٤م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ٧٨ لسنة ١٢٠٠ق.
- (2) د.حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ١٩٩ - ٢٠٣. د.أكرم أمين الخولي، خليات التحكيم، مجلة التحكيم اليمنية، ع ٣، ٢٠٠٠م، ص ١٧. نقض مدني ١/١٤/١٩٩١م، طعن رقم ٨٨٧، ١١٥٤ لسنة ٥٩ق، مج، س ٤٢، ج ١، ق ٣٣، ص ١٨٤. -Paris; 20 déc.1984; Rév.arb.1987; P.84.

لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله، وذلك لأن أي سبب يثير الريبة حول استقلاله وحياده يحول دون الحكم بموضوعية في النزاع التحكيمي، ويخل بمبدأ الثقة في المحكم. وقضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه: "ولئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يوجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواء كان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلح، وتعتبر حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، إلا أن الأصل في المحكم أنه محايد ومستقل ما دام قد قبل القيام بمهمته، وعلى من يدعى عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يتمسك بذلك ويثبته طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى ببطالانه استناداً إلى عدم توافر أيهما في المحكم، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وأقام قضاءه برفض دفاع الطاعنة الوارد بالنعي على دعامة حاصلها أنها علمت بالوقائع التي تستند عليها في نفي الحيدة عن المحكمين وذلك قبل صدور حكم التحكيم، ولم تبد ثمة اعتراض بشأنها أمام هيئة التحكيم ومن ثم لا يقبل منها الاستناد عليها لطلب بطالانه"^(١).

(٣) - التزام المحكم باحترام مكان ولغة التحكيم: سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة، في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي، يجب عليه احترام اتفاق أطراف التحكيم بشأن تحديد مكان ولغة التحكيم. فالأصل في تحديد مكان التحكيم هو اتفاق أطراف التحكيم الذين لهم مطلق الحرية في ذلك، وفي حالة عدم وجود اتفاق على مكان التحكيم فينعقد الاختصاص للمحكم لتحديده، على أن يراعي في تحديده ظروف

(١) نقض مدني ٢٠١٠/٢/٩م، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق.

الدعوى، وملائمة المكان للأطراف ومصالحهم، على أن ذلك لا يخل بحق المحكم في عقد بعض الجلسات في أي مكان يراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات خصومة التحكيم عند نظر النزاع التحكيمي كسماع الشهود أو الخبراء أو المعاينة (م ٢٨) تحكيم مصري، و(م ٢٨) تحكيم سعودي، و(م ٢٧) تحكيم أردني، و(م ١٨٣، ١٨٢) مرافعات كويتي، و(م ٢٨، ٢٩) تحكيم عُمانى، و(م ٢٤، ٢٣) تحكيم سورى، و(م ٢١) تحكيم بحرينى، و(م ٢١) تحكيم فلسطينى.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: " مفاد نص المادة ٢٨١/٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنه لطفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها"^(١).

كما يجب على المحكم احترام اتفاق أطراف التحكيم بشأن تحديد لغة التحكيم، فالأصل في تحديد لغة التحكيم هو اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود اتفاق على تحديد لغة التحكيم؛ فينעד الاختصاص للمحكم بتحديد لغة التحكيم. ويسري ذلك على لغة البيانات، والمذكرات المكتوبة، والمرافعات الشفوية، وكل قرار يتخذه المحكم أو رسالة يوجهها أو حكم يصدره، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. كما أن للمحكم إرفاق تقرير بكل أو بعض المستندات والوثائق المكتوبة المقدمة من أطراف التحكيم ترجمة أو ترجمت إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم، ويجوز قصر الترجمة على بعض اللغات في حالة تعددها. فقد ترك القانون المصري الحرية للأطراف في اختيار لغة التحكيم (م ٢٩) تحكيم مصري، وكذلك (م ٢٩) تحكيم سعودي، و(م ٥١) تحكيم موريتانى، و(م ١٧) من قانون اليونسترال، و(م ٢٩) تحكيم عُمانى، و(م ١٧) من قواعد محكمة

(١) نقض مدني ٢٥/٥/٢٠١٠م، طعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ق.

لندن للتحكيم الدولي، و(م ٢٠) تحكيم بحريني، و(م ٢٨) تحكيم أردني،
و(م ٢٢) تحكيم فلسطيني^(١).

(٤) - التزام المحكم بالمساواة بين طرفي خصومة التحكيم: أوجبت
قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم؛ سواء كان المحكم معيناً أو
مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من
المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، التزاماً
بتطبيق مبدأ المساواة بين طرفي خصومة التحكيم. وأن يعامل المحكم طرفاً
التحكيم على قدم المساواة، ويهيء لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة
لعرض دعواه أو دفاعه. وذلك حتى تتحقق ثقة وطمأنية طرفي نزاع التحكيم
في هيئة التحكيم، ولأن المساواة بين الأطراف سمة من سمات العدل،
وتعطي التحكيم صفة القبول والرضا بنص (م ٢٦) تحكيم مصري،
و(م ٢٧) تحكيم سعودي، و(م ٢٥) تحكيم أردني، و(م ١٣/١) تحكيم
تونسي، و(م ٣٣) تحكيم يمني، و(م ١٨) من القانون النموذجي، و(م ١٤)
غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢٥) تحكيم سوري، و(م ٤٨) تحكيم
موريتاني، و(م ٢٦) تحكيم عُمانى، و(م ١٤) من قواعد محكمة لندن
للتحكيم الدولي، و(م ١٨) تحكيم بحريني.

وتشمل المساواة بين الخصوم؛ المساواة الإجرائية في إبداء طلباتهم،
ودفعهم، ودفاعهم؛ والمساواة في تعامل هيئة التحكيم مع الخصوم،
وتهيئة الفرص المتكافئة لكل منهما. فلا يجوز للمحكم أن يفسح صدره
لأحد أطراف التحكيم لشرح دعواه دون الآخر، أو أن يسمح لأحدهما
بتوكيل محام دون الآخر، أو أن يسمح لأحدهما بالحضور دون الآخر، أو
أن يتحمس لسماع أحدهما وشهوده دون الآخر، أو أن يرفض دون مبرر
اعتراضات أحدهما دون الآخر، أو أن يدافع عن أحدهما دون الآخر، أو
أن يقدم دليلاً في الدعوى لصالح أحدهما دون الآخر، أو أن يتبنى وجهة
نظر أحدهما دون الآخر، أو أن يتصرف كمحام عن أحدهما دون الآخر،

(١) مركز القاهرة الإقليمي، جلسة ١٢/٣/١٩٩٨م، قضية تحكيمية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٧م،
مجلة التحكيم العربي، ع ١٤، مايو ١٩٩٩م، بند ٩، ص ١٥١.

أو أن تكون لغة التحكيم هي لغة أحد الطرفين في غياب إتفاق الطرفين على اللغة، وكذلك المكان، أو السماح لأحد الأطراف بالمشاركة في تشكيل هيئة التحكيم ومنع الطرف الآخر، أو الإذن لأحدهم بالحضور في غيبة الآخر. ويجب على المحكم أن يساوي بين الأطراف في كل صغيرة وكبيرة حتى في العبارات والإشارات والجلوس أمامه في مجلس التحكيم، وتعد مخالفة تلك المبادئ سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم ورفض تنفيذه، وفي شرح موضع نزاعهم بالتساوي، وتقسيم وقت التحكيم بصورة مقبولة وكافية بين الطرفين مع الأخذ في الاعتبار مدة التحكيم حتى يضمن لأطراف التحكيم خصومة عادلة، وذلك تطبيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص بين طرفي خصومة التحكيم^(١).

وفي حالة إساءة أحد أطراف التحكيم لاستخدام هذا الحق بغرض عرقلة سير إجراءات التحكيم أو بقصد الإضرار بالطرف الآخر بأن يتخلف عن حضور الجلسات أو بالامتناع عن تقديم الأدلة المطلوبة منه، ففني هذه الحالة يجوز للمحكم الاستمرار في تسيير خصومة التحكيم أو إصدار الحكم في النزاع استناداً إلى الأدلة المطروحة أمامه، ولا يكون في هذه الحالة قد أخل بمبدأ المساواة (م ٣٥) تحكيم مصري، و(م ٢/٣٤) تحكيم سعودي، و(م ٢٥) تحكيم أردني.

(٥) - التزام المحكم باحترام مبدأ المواجهة بين أطراف التحكيم: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم؛ سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي،

(1) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٦م، بند ٥٥٥، ص ١٤٧. د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري لإزاء أحكام التحكيم، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ٦. تقض مدني ٢٧/١٢/٢٠١١، طعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation CourtCivil.aspx>

-Paris; 18 Nov. 1987; Rév. arb. 1988; P.657.

التزاماً باحترام مبدأ المواجهة بين أطراف التحكيم منذ بدء إجراءات خصومة التحكيم وحتى نهايتها بموجب (م ٣٣) تحكيم مصري، و(م ٣١) تحكيم سعودي، و(م ٢٨، ١/٢٩) تحكيم سوري، و(م ٣٣) تحكيم عُمانى، و(م ١٥، ١٤) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى، و(م ٣٢، ٣١، ٣٠، ٢٩) تحكيم أردني. ومبدأ المواجهة هو حق كل خصم في الدفاع عن نفسه بكل الوسائل القانونية والواقعية وتقديم أدلة الإثبات والنفي المؤيدة لوجهة نظره، مع تمكنه من العلم بكل ما هو موجه ضده من إدعاءات وإتاحة الفرصة له لمناقشتها والرد عليها.

ويتحقق مبدأ المواجهة بتمكين كل من طرفي التحكيم من شرح دعواه وعرض حججه وأدلته وتمكين الخصم من معرفة الملاحظات والمستندات المقدمة ضده من خصمه، والعلم في وقت مناسب ومفيد يستطيع فيه أن يقوم بالرد علي هذه الادعاءات وتفنيدها، وذلك لتحقيق خصومة عادلة ومنصفة للأطراف. وإلا حكم بإبطال حكم المحكم لعدم التزامه بتطبيق مبدأ المواجهة بموجب (م ١/٥٣ - ج) تحكيم مصري، و(م ١/٥٠ - ج) تحكيم سوري، و(م ٢/٥) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و(art.1484.al.4.N.C.P.C.F.). ف يلتزم المحكم بمواجهة أطراف التحكيم بعضهم بعضاً بادعاءاتهم ودفاعهم، بحيث يكون في مقدور كل خصم عرض أوجه دفاعه ودحض حجج خصمه أو بتمكينه من ذلك. فالمواجهة حق لكل خصم في العلم بطلبات خصمه ودفاعه ومناقشته، لضمان حسن أداء العدالة وإظهار الحقيقة، بمنح الأطراف فرص متساوية لتقديم أدلتهم وحججهم...ولضمان عدم مفاجئة أطراف التحكيم بحكم التحكيم^(١).

وبناءً على ذلك، فلا يجوز للمحكم الاستماع لأحد أطراف التحكيم، إلا بحضور الطرف الآخر. ولا يجوز له إطلاع طرف على مستند

(1) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ١٦٢ - ١٦٣. د.عبد الحميد الأحمد، ج ٢، ص ٤٤. تقض مدني (٣١/١٢/١٩٦٤) م، طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٠ ق، مج، س ٢٢، ق ١٨٥، ص ١٢٨٨.

- Cass. Civ.; 10 Nov. 1998; Rév. arb. 1998; P. 680.

دون إطلاع الآخر عليه. ولا يجوز للمحكم مباغطة أطراف التحكيم بتكييف جديد للوقائع لم يتفقوا عليه ولم يتسن لهم الاطلاع عليه أو مناقشة ما قد يستدعي فتح باب المرافعة ووضع هذا التكييف تحت نظر الأطراف^(١). فمبدأ المواجهة في خصومة التحكيم يدور حول ثلاثة أمور: حق كل محتكم أن يسمعه المحكم، وحق كل محتكم في مناقشة خصمه. وحق كل محتكم في العلم بكل عناصر الواقع والقانون التي جمعها المحكم (م ٣٣، ٣١، ٢٦) تحكيم مصري، و(م ٣٣، ٣١) تحكيم سعودي، و(art.1460. al.4.N.C.P.C.F.)^(٢). وإذا قبلت هيئة التحكيم أثناء حجز القضية للمحكم، مذكرات من أحد أطراف التحكيم، دون تمكين الخصم الآخر من الاطلاع عليها، كان الحكم باطلاً، ما لم يكن الوارد بتلك المذكرة عبارة عن ترديد للدفاع الذي تمسك به في كافة مراحل النزاع، وسبق للخصم الآخر الرد عليه^(٣).

(٦) - التزام المحكم باحترام حقوق أطراف التحكيم في الدفاع: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم؛ سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أم دولي، حر أم مؤسسي، التزاماً باحترام حقوق أطراف التحكيم في الدفاع منذ بدء إجراءات التحكيم وحتى نهايتها، وإلا حكم يبطلان حكم التحكيم أو كان ذلك سبباً لرفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم. (م ١٣) تحكيم تونسي،

(1) د.محمد نور شحاتة، سلطة التكييف في القانون الإجمالي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣م، ص ٥ وما بعدها. نقض مدني ٢٧/١٢/٢٠١١م، طعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(2) د.مهنا أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥م، ص ١٩٨.

(3) نقض مدني ٣٠/١١/١٩٧١م، طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢٢، ح ٣، ق ٥٩، ص ١٤٦. نقض مدني ٢٦/١٠/١٩٧١م، طعن رقم ٤١٢ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢٢، ج ٣، ق ١٣٨، ص ٨٤٤. نقض مدني ٣١/١٢/١٩٦٤م، طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٠ ق، س ١٥، ج، ق ١٨٥، ص ١٢٨٨.

و(art.1484 al4 N.C.P.C.F.)، و(م١٥، ١٤) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، و(م١/١٦) من نظام تحكيم المؤسسة الأمريكية للتحكيم، و(م٢٦) تحكيم عُمانى، و(م٣٣/١) تحكيم إنجليزي، و(م٣٦) من قانون اليونستيرال، و(م٢/٣٤) من القانون النموذجي، و(م٣٢) تحكيم سعودي، و(م٧٥٦) مرافعات ليبي، و(م٢٦٦) مرافعات عراقي، و(م١/٢٦، ٥٣) تحكيم مصري، و(م١٧٩) مرافعات كويتي، و(م٣٠) تحكيم أردني، و(م١/٣٠، ٥٠ - ج) تحكيم سوري، و(م٤٨) تحكيم موريتاني.

ويقصد باحترام حق الدفاع، إتاحة الفرصة كاملة لكلا الخصمين في المثل أمام المحكم لشرح ادعاءاته، وتفنيد مزاعم خصمه، وتمكينه من إثبات دعواه مع عدم التفات الحكم عن أي من مستندات الخصم أو أدلته التي تعتبر دفاعاً جوهرياً من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى. فحق الدفاع أصالة أو بالوكالة حق مقدس ومكفول في مسائل التحكيم، تقرره المبادئ العامة للقانون، والفضرة الإنسانية، وحاسة الشعور بالعدالة، وقواعد القانون الطبيعي كضمانة لحماية الحقوق والحريات. وحق الدفاع هدفه تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية داخل الخصومة للخصوم أمام منصة العدالة، لتأكيد حقهم أو لإظهار وجه الحق في الدعوى. ويتحقق بإعطاء المحكم الفرصة الكاملة لكل طرف من أطراف التحكيم بأن يقدم ما لديه من أدلة، ومذكرات، وأوراق، وأقوال، وشهود، وتمكين المحكم من مناقشة المحتكم الآخر فيما قدمه من وسائل دفاعه في خصومة التحكيم^(١).

(١) د.وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س١٨، ع١٤، يناير ١٩٧٦م، ص١١٤-١١٥. د.عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٧م، ص٤٧. د.أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٥١. تقض مدني ١٦/١٢/١٩٧٦م، طعن رقم ١٧٧ لسنة ٤٠ق، مج، س٢٧، ج٢، ص١٧٦٩. دستورية عليا ١١١/٥/٢٠٠٣م، دعوي رقم ٣٨ لسنة ٢٣ق، الجريدة الرسمية، ع٢٢، الصادرة في ٢٩/٥/٢٠٠٣م.

ويتمثل حق الدفاع في حقوق دفاع أساسية هي: الحق في الدفع، والحق في الإثبات، والحق في المرافعة. فضلاً على حقوق الدفاع المساعدة التي تتمثل في: الحق في الاستعداد، والحق في الحضور والحق في الدفاع الشخصي أو الاستعانة بمحام، والحق في العلم بالإجراءات...^(١). ولكن هناك أموراً يبدو أن فيها إخلالاً بحق الدفاع، ولكنها في الحقيقة لا تعد كذلك، وإثباتها لا يعد إخلالاً باحترام حقوق الدفاع ومنها: الحكم على خصم في غيبته دون سماع دفاعه، وذلك في حالة ما إذا كان امتناعه عن الحضور بسبب غير مقنع ومماطل لعرقلة سير إجراءات التحكيم. رفض هيئة التحكيم المستندات أو المذكرات المقدمة بعد فوات المواعيد بغرض الماطلة وعرقلة الإجراءات. وقضاء المحكم بعلمه الشخصي في حالة ما إذا كان اختياره كان بسبب عمله وخبرته لموضوع محل النزاع، فلا يخل بحق الدفاع قضاء المحكم بعلمه الشخصي علي العكس الأمر في القضاء نظراً لخبرته، واكتفاء المحكم بالمذكرات دون حاجة للمرافعة الشفوية مالم يتفق طرفاً التحكيم علي غير ذلك، وإذا قدم خصم مذكرة بدفاعه لم تعلن، أو لم يطلع عليها خصمه الآخر، لم تتضمن شيئاً جديداً، أو تم إيداعها بملف الدعوي في حضور الخصم الآخر^(٢).

وكثيراً ما يتلازم الإخلال بحق الدفاع مع الإخلال بمبدأ المساواة. فقد يساوي المحكم في الظاهر بين الخصمين، لكن مسلكه ينطوي على إخلال

= Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure Civile; 24éd; Dalloz; Paris;1996; P.431.

- Cass.civ.; 8 oct.1976; Rév. Trim.dr.civ.1978; P.184.

- Paris; 3 Mars.1992; Rév.arb.1993;P.107.

(1) د.وجدي راغب، دراسات، ص ١١٦.

(2) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٢٢. نقض

مدني ٢/٥/١٩٧٣م، المحاماة، ص ٥٨، ص ٤٨.

- Cass.Com.30 Juill 1952; D.1952; P.725.

- Cass.com.11 Fév1971; Rév.arb.1973; P.29; Obo.Loquin.

- Paris 24 Fév.1984; Rév.arb.1985; P.175.

- Paris 4 Déc.1956;Rév. Arb.1957; P.23.

بحق الدفاع للخصم الآخر، كما لو استجاب المحكم لطلب سماع شهود خصم دون الاستجابة لطلب الآخر بدون مبرر قوي أو أن يسمع المحكم لدفاع الخصمين إلا أنه يني حكمه على ما أبداه أحدهما ولا يعبأ بالرد على الدفاع الآخر^(١). وهذا الالتزام نصت عليه السنة النبوية حيث أن الرسول ﷺ قال للإمام علي بن أبي طالب: "إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول؛ فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء". وقد حرص فقهاء المسلمين على ترسيخ هذا المبدأ فقالوا: إن القاضي لا يجوز له أن يحكم على أحد إلا بعد أن يسأله «ألك بينة؟» ثم بعد ذلك يقوله: «أبقيت لك حجة».

(٧) - التزام المحكم باحترام القانون الإتفاقي لأطراف التحكيم: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم؛ سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرأ م مؤسسي، التزاماً باحترام تطبيق القانون الإتفاقي لإجراءات وموضوع التحكيم، وإلا حكم ببطلان حكم التحكيم بنص (م ١/٥٣ - د، م ٣٩) تحكيم مصري، و (م ١/٣٨، ٥٠ - د) تحكيم سعودي، و (م ٦، ٣٩) تحكيم عُمانى، و (م ٢٢، ٣٨) تحكيم سورى، و (م ٢/٣٤) من قانون اليونستيرال، و (م ٢٤، ٣٦) تحكيم أردني، و (م ٢٦٥) مرافعات عراقى، و (م ١٤) تحكيم تونسي، و (م ١٨٢) مرافعات كويتي، و (م ١٩) تحكيم فلسطيني، و (م ٥٦) تحكيم موريتانى، و (م ١٧) من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، و (م ٢٩) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم، و (م ٢٢) من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي، و (م ٢٣) من قواعد مركز دى للتحكيم الدولي، و (م ٣٢) تحكيم يمنى، و (الفصل ١٤) مجلة تحكيم تونسي، و (م ٢٨، ١٩) تحكيم بحرينى.

وذلك لأن الأصل في التحكيم هو إعفاء المحكم من التقييد بالقواعد الإجرائية التي يتقيد بها قاضي الدولة؛ لأن أساس التحكيم هو اتفاق

(١) د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٣٠٢.

التحكيم. وبناءً على ذلك، فإنه يجب على المحكم الالتزام والتقيّد بما اتفق عليه أطراف التحكيم في اتفاق التحكيم أثناء سير إجراءات التحكيم. ولا يجوز للمحكم تطبيق قواعد أو إجراءات من اتفاقهم مخالفاً للنظام العام أو في حالة تفويض الأطراف المحكم باختيار القانون الواجب التطبيق إذ تعد سلطة المحكم مجرد سلطة تكميلية لإرادة الأطراف. فأطراف التحكيم هم الذين يحددون: قانون اتفاق وإجراءات التحكيم، واختصاصات المحكم. ومكان ولغة وموضوع التحكيم (م ٢٥) تحكيم مصري، و(م ٢٥) تحكيم سعودي، و(art. 1460; 1494.N.C.P.C.F.)^(١).

فالأصل هو احترام المحكم لإرادة واتفاق المحكّمين على اختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، و موضوع النزاع. فاستقلالية شرط التحكيم تتيح للمحكّمين حرية اختيار أي قانون يرتضونه يسري على إجراءات التحكيم، أو يسري على موضوع التحكيم بغض النظر عن وجود أي صلة بينه وبين العقد مثار النزاع. بشرط عدم مخالفتها لقواعد النظام العام والآداب العامة في دولة تنفيذ حكم التحكيم. وفي حالة عدم الاتفاق بين المحكّمين على قواعد أو قانون معين للإجراءات أو الموضوع فللأطراف تفويض المحكم صراحة أو ضمناً باختيار تلك القواعد^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "ومن المقرر - في قضاء محكمة النقض - وعلى ما تقضى به المادة ٣٩ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنه متى اتفق المحكّمان على الموضوع محل النزاع تعين

(1) د. حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢٠٧ - ٢٠٩، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، دورة إعداد المحكم بمركز تحكيم حقوق عين شمس في ٩ - ١٤ سبتمبر ٢٠٠٠م، ص ٤. د. عبد الحميد الأحلب، موسوعة التحكيم، ج ١، ص ٤٤٦. د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٤١.

(2) د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨م، ص ٤٥٦، ٤٦٢، د. أبو العلا علي أبو العلا، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٦. تقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤. تقض مدني ١١/٧/١٩٩٨م، طعن رقم ٥٥٣٩ لسنة ٦٦ق، مجلة القضاة، س ٣٠، ج ٢، ١، يناير، ديسمبر ١٩٩٨م، ق ٩٣، ص ٣١٣.

على هيئة التحكيم أن تطبق عليه القواعد القانونية التي اتفقا عليها ، فإذا ما اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة تلتزم هيئة التحكيم أن تطبق على النزاع القواعد الموضوعية لهذا القانون دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق طرفا النزاع على غير ذلك. وإذا اقتصر تحديدهما على مجرد قانون الدولة دون فرع معين ، كان لهيئة التحكيم تطبيق فرع القانون الذي تراه من وجهة نظرها أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع ، بما مفاده أن خطأها في تحديد ذلك الفرع لا يعد استبعاداً منها لقانون المحكمن بل في حقيقته خطأ في تطبيق القانون"⁽¹⁾.

(٨) - التزام المحكم باحترام قانون التحكيم عند غياب القانون الاتفاقي: إذا كانت قوانين وأنظمة التحكيم تركت لطرفي التحكيم حرية الاتفاق على ما يرونه من الإجراءات التي يتبعها المحكم ، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية ، في تحكيم وطني أو دولي ، حراً مؤسسي ، عند الفصل في النزاع ، وخولت المحكم عند عدم وجود هذا الاتفاق أو تفويض للأطراف للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق أو كان القانون الذي اتفق عليه الأطراف مخالف للنظام العام في دولة التنفيذ أن يختار إجراءات التحكيم. ويلتزم المحكم باحترام أحكام قانون التحكيم باعتبار أن نصوصه مقررة للضمانات الأساسية لخصومة التحكيم بموجب نص (٢٥م) تحكيم مصري ، و(٢٥م) تحكيم سعودي ، و(٢٢م) تحكيم سوري ، و(١٨٢م) مرافعات كويتي ، و(٣٦م/ب، ج) تحكيم أردني ، و(٥٦م) تحكيم موريتاني ، و(١٩م) تحكيم بحريني. ولذلك يتعين على المحكم حين يعهد إليه أمر تنظيم إجراءات التحكيم ألا يخجل بالقواعد التي نص عليها قانون التحكيم ، وإلا كان حكم التحكيم عرضه للبطلان ،

(1) تقض مدني ٢٧/١٢/٢٠١١ ، طعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ ق.

سواء كانت هذه القواعد أمرة أو مكملة^(١). كما يجب على المحكم عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة شروط العقد محل النزاع، والأعراف الجارية (م ٣/٣٩) تحكيم مصري.

(٩) - التزام المحكم باحترام مواعيد التحكيم: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرماً مؤسسي، التزاماً باحترام مواعيد التحكيم، وإصدار حكم التحكيم خلال ميعاد التحكيم وإلا تعرض حكمه للبطلان بموجب (م ١/٥٣-أ) تحكيم مصري، و(م ٣٨) تحكيم فلسطيني، و(م ٣١) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، و(م ١٤) من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، و(م ٢٤) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٢٨) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، و(م ١٨١) مرافعات كويتي، و(م ٣٧) تحكيم أردني، و(م ٢٤) تحكيم تونسي، و(م ٤٥) تحكيم عُمانى، و(م ٢١٠) إجراءات مدنية إماراتي، و(م ٤٠) تحكيم سعودي، و(م ٣٧) تحكيم سوري، و(م ٧٥٢) مرافعات ليبي، و(م ٢٦) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة الكويت، و(م ٢٧) من نظم المصالحة والتحكيم لدى غرفة تجارة قطر، و(م ٢٩) من نظام التوفيق والتحكيم لدى غرفة وصناعة دبي، و(م ٧) من لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري.

وقد حددت معظم قوانين التحكيم مدة لإصدار حكم التحكيم خلالها، وتباين هذه المدة في مقدارها، وفي بدءها وتمديدتها، وذلك لمنع تعنت ومماطلة أيا من المحكمتين والمحكمين في سبيل تعطيل إجراءات التحكيم. وبناءً على ذلك: فيجب على المحكم التقيد بالمواعيد المحددة لإتمام عملية التحكيم، وإصدار الحكم التحكيمي خلالها، وتلك المواعيد

(١) نقض مدني ٢٣/٤/١٩٨٥م، طعن رقم ١٧٣٦ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٦، ج ١، ق، ص ٦٥٣.

تحدد في اتفاق التحكيم ذاته أو بالإحالة إلى نظام مركز أو هيئة تحكيم أو بالإحالة إلى نصوص قانون تحكيم دولة ما.

ويختلف مقدار تلك المواعيد من نظام إلى آخر، وبانتهاء تلك المدة ينتهي اختصاص المحكم، وينتهي التحكيم ذاته، وإذا لم يصدر المحكم حكمه خلال ميعاد التحكيم، ينتقض التحكيم، ويضيع كل أثر لعقد التحكيم، ويعد حكم التحكيم قابلاً للإبطال لإخلال المحكم بالتزام تعاقدية أخذه على عاتقه وهو إصدار حكم التحكيم خلال مهلة التحكيم، فإنه يحكم ببطان حكمه بعد الميعاد، ويقع تحت طائلة المسؤولية لإخلاله بواجب الالتزام بميعاد التحكيم(١). في (م٥٠) تحكيم سعودي، و(م١/٤٩) تحكيم أردني، و(م١/٢/٢١٦) إجراءات مدنية إماراتي، و(م٥٣) تحكيم عُمانى، و(م١/٢/١٨٦) مرافعات كويتي، و(م١/٧٦٩) مرافعات ليبي، و(م٢/٤٢) تحكيم تونسي، و(م١/٥٠ - أ) تحكيم سورى، و(م١/٥٣ - ٣) تحكيم مصري، و (art.1484 al.3 N.C.P.C.F.

والأصل أن أطراف التحكيم يحددون ميعاد التحكيم الذي يجب على المحكم إصدار حكم التحكيم خلاله، إلا أن بعض قوانين وأنظمة التحكيم تدخلت وحددت هذا الميعاد في حالة عدم تحديده من أطراف التحكيم حفاظاً على مبدأ السرعة في إجراءات التحكيم، وعدم إطالة أمد الإجراءات حرصاً على مصلحة أطراف التحكيم، فميعاد التحكيم في (م١/٤٥) تحكيم مصري، و (م٤٠) تحكيم سعودي هي اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، أما (م٢٦٢ - مرافعات عراقي) حددت المدة ستة أشهر من تاريخ قبولهم التحكيم، أما (م٧/٣٧) تحكيم أردني حدد المدة ستة أشهر - أما (م٢٥٨) أصول محاكمات مدنية لبناني حددت المدة بثلاث أشهر من تاريخ قبولهم ما لم يتفق أطراف التحكيم على أجل للحكم، و(م٧٥٢) مرافعات ليبي، و(م٢/٥٠) تحكيم إنجليزي،

(1) د.عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج٢، ص ٢٤٣. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٨٤.

و(art1456.N.C.P.C.F.) ستة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته بخصوص التحكيم الداخلي^(١). فالقاعدة في إعطاء الأولوية في تحديد المدة التي تنتهي بانتهائها إجراءات التحكيم، وبالتالي مهمة المحكم هي لاتفاق طرفي التحكيم، وإلا فبنص القانون، وقد يتفق المحكمون فيما بعد على تحديد مدة التحكيم، وتمديدها إن شاء باتفاق صريح أو ضمني أو تفويض هيئة التحكيم في ذلك، فالمحكم لا يملك تمديد مواعيد التحكيم من تلقاء نفسه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بإصدار قانون التحكيم على أن "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان . فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم . وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك " يدل على أن المشرع أوجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الخصوم، وأنه في حالة عدم اتفاقهم على الميعاد، فإن عليها أن تصدر حكمها خلال اثني عشر شهراً مع حقها في مد هذه المدة أو المدة المتفق عليها ، فترة أخرى لا تتجاوز ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مد الميعاد أكثر من ذلك، ولم يشترط المشرع لصحة اتفاق الخصوم على مد الميعاد أن يكون أمام هيئة التحكيم ، أو أن يكون المد لفترة محددة بزمن معين، ومن ثم فإنه ليس ما يمنع من الاتفاق أمام الخبير المنتدب، من هيئة التحكيم على مد ميعاد التحكيم لحين انتهاء أعمال الخبير وإصدار هيئة التحكيم حكمها في النزاع"^(٢).

(1) -Cass. Civ. 5Avril 1993; Rév. arb. 1995; P.68.

-Cass. Civ.2^e ; 14 Mai 1997; Rév. arb. 1998; T.4; P.703.

(2) نقض مدني ١٩٥٨/٦/١٩م، طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٤ ق، مج، س ٩، ص ٥٧١. نقض مدني ١٩٧١/٢/١٦م، طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٧٩. نقض مدني ٢٠١٠/١٢/١٥م، طعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٦٨ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation CourtCivil.aspx>

(١٠) - التزام المحكم بتبليغ أطراف التحكيم بمواعيد الجلسات ومكانها: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرام مؤسسي، التزاماً بتبليغ أطراف التحكيم بمواعيد جلسات التحكيم والمعائنات بموجب نص (م١/٢٤) اليونستيرال، و(م٢/٣٣) تحكيم مصري، و(م٢/٣٣) تحكيم سعودي، و(م١٧٩) مرافعات كويتي، و(م٢/٢٩) تحكيم سورى، و(م٤٩، ٥٠) تحكيم موريتانى، و(م١٦) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي.

فيجب على المحكم تبليغ مواعيد انعقاد الجلسات ومكانها وتقديم المستندات والأوراق الخاصة بالتحكيم للخصوم قبل الانعقاد بوقت كاف، ويجب أن يتضمن التبليغ زمان ومكان انعقاد الجلسات، ويجب أن يكون التبليغ مكتوباً، ويجوز التبليغ بالبريد المسجل أو العادي أو بالفاكس أو بالتلكس أو بالبريد الإلكتروني (E.mail) أو بأي وسيلة اتصال أخرى يمكن إثبات إرسالها، ويوجه هذا التبليغ إلى آخر عنوان معروف للخصم أو يسلم إليه باليد أو إلى من يمثله^(١).

(١١) - التزام المحكم باحترام مبدأ سرية التحكيم: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة التزاماً على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرام مؤسسي، باحترام مبدأ سرية التحكيم أثناء نظر النزاع التحكيمي، وحتى بعد صدور الحكم التحكيمي (م٣٣) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية، و(م٣٠) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي. والأصل هو سرية التحكيم لإعلى أطراف التحكيم وممثليهم بخلاف القضاء، فالأصل فيه العلانية. ويشمل نطاق التزام المحكم بسرية التحكيم: عدم إفشاء أسرار المرافعات التحكيمية، والجلسات، وتسريب المعلومات والوثائق الخاصة بالدعوى التحكيمية.

(1) د.حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢١١، ٢١٠.

وشرط السرية يعد في حكم الشرط المضمن في العقد المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم. بل يتمتع على المحكم الاستفادة من تلك المعلومات مادياً أو معنوياً، كما يحظر عليه اطلاع الغير على المستندات أو الإداء بشهادة أمام القضاء عن معلومات أطراف التحكيم، عدم إفشاء المعلومات إلى وسائل الإعلام للتريح من ورائها إخلال بعنصر الثقة والكتمان... وذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني مخالف. لأن لإنشاء أسرار أطراف التحكيم يشكل مخالفة للإلتزام تعاقدية^(١).

والأصل أن تكون جلسات التحكيم سرية، ولا يجوز حضور أحداً ممن ليس له علاقة بالنزاع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. فالتحكيم يقوم أساساً على خصوصية المنازعة بين الطرفين، بما يحقق ميزة من أبرز مميزات التحكيم، وهي عدم نشر إجراءات التحكيم أو أحكامه إلا برضا الطرفين (م ٤٤/٢) تحكيم مصري، و(م ٤٢/ب) تحكيم أردني، و(م ٤١) تحكيم فلسطيني، و(م ٣٠) من نظام محكمة لندن، و(م ٣٤) من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٣٥) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم، و(م ٧) من نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي.

وفي أغلب الأحوال لا يوافق المحكوم عليه على نشر الحكم، ويجب على المحكم عدم استخدام أية معلومات تمت إليه من خلال معرفته بالنزاع التحكيمي^(٢). وإذا خالف المحكم واجب الإلتزام بالسرية بكافة أشكالها وصورها المتعلقة بالدعوى التحكيمية المعروضة عليه، فإن هذه المخالفة توقعه تحت طائلة المسؤولية الجنائية، والتأديبية، والمدنية، إلا إذا كان الكشف قد تم بموافقة - عملية من أطراف التحكيم^(٣).

(1) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٤٩، ٢٤٨. د. عبد الحميد الأحذب،

موسوعة التحكيم، ص ٢١٢.

(2) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة ٢٠٠٢/١/٢ في قضية تحكيمية رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٠ ف، مجلة التحكيم العربي، ع ٥٤، سبتمبر ٢٠٠٢، بند ١٨، ص ١٩٣.

(3) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٢٤٣. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٦١.

-Alexander Ditchave; Le Contrat d 'arbitrage; Rév. N.3; P.395. arb.1981;

-Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juris. Class. Fasc.1032. N.107.

(١٢) - التزام المحكم باحترام مبدأ الاستمرارية في مهمته التحكيمية حتى نهايتها: أوجبت قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرماً مؤسسي، التزاماً باحترام مبدأ الاستمرارية في أداء مهمته التحكيمية حتى نهايتها وإلا كان محلاً للمساءلة عن الإخلال بهذا الالتزام. وعليه فلا يجوز للمحكم بعد قبوله للمهمة التحكيمية التخلي عنها دون مبرر مشروع، وإلا كان مسؤولاً عما قد يسببه من ضرر لطرفي التحكيم أو لأى منهما، وذلك بنص (م١٧/٢) تحكيم سوري، و(م١١/١) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، و(م٢٦٠) مرافعات عراقي، و(م٨٤٣) أصول محاكمات لبناني، و(م٧٧٤) مرافعات ليبي، و(م٥/٧) من نظام غرفة التجارة الدولية، و (art.1462. al.I.N.C.P.C.F.). ولم ينص على هذا الالتزام صراحة قانون التحكيم المصري، ولا الأردني، ولا الفلسطيني، إلا أن قانون المرافعات الكويتي اعتبر أن طبيعة التحكيم تفرض على المحكم إصدار حكم في النزاع محل التحكيم. ولا شك أن تنفيذ هذا الالتزام يتطلب استمرار المحكم في عمله حتى إصدار الحكم. وبالتالي يعد الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤولية المحكم (م١٧٨) مرافعات كويتي.

وبناءً على ذلك يعتبر من أهم واجبات المحكم؛ التزامه باحترام مبدأ الاستمرارية في أداء مهمته التحكيمية حتى نهايتها طالما أنه قد قبلها. وعليه أن يتابعها حتى إصدار الحكم التحكيمي الحاسم للنزاع. ولا يحق له الاستقالة بدون مبرر قوي كضمانه لعدم الماطلة من قبل الطرف الذي عينه من خصومة التحكيم. ولأن الاستقالة غير المشروعة ستؤدي إلى إعادة القضية من أولها؛ وسيكون مضيعة للوقت والمال خصوصاً إذا جاء المحكم البديل وقدم استقالته هو الآخر، فستدور إجراءات التحكيم في حلقة مفرغة. لذلك فيجب على المحكم قبول مهمته، وتأديتها كاملة، والاستمرار فيها حتى نهايتها حتى لا يعرض نفسه للمساءلة القانونية.

فالإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤولية المحكم، ويحق للخصوم مطالبة المحكم بالتعويض^(١).

لكن هذا الانسحاب كثيراً ما يؤدي ثماره عند انسحاب المحكم أو رفضه المساهمة في إجراءات التحكيم في بداية عملية التحكيم، ولكن يفقد فاعليته إذا حصل بعد قطعاً شوطاً كبيراً في إجراءات التحكيم. سواء كان انسحاب المحكم في هذه الحالة أو تلك دون سبب معقول، إنما يدل على سوء تصرفه، ويعد بالنتيجة خرقاً للالتزام التعاقدى.

(١٣) - التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام والآداب العامة: أوجبت قوانين ونظم التحكيم المختلفة التزاماً على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرّام مؤسسي، باحترام قواعد النظام العام والآداب العامة لقانون الدولة التي يجري التحكيم بها أو الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وإلا حكم ببطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام (م٢/٥٣) تحكيم مصري، و(م١/٣٨) تحكيم سعودي، و(م١/٢٠٧) مرافعات قطري، و(م٢/٥٠) تحكيم سوري، و(م٢/٥٣) تحكيم عُمانى، و(م٢/٢٧٣) مرافعات عراقي، و(art.1484. al.6.N.C.P.C.F.).

وبناءً على ذلك؛ فإنه وإن جاز لطرفي التحكيم الاتفاق على إجراءات التحكيم أو تفويض المحكم فيها؛ فإنه يجب على المحكم مراعاة عدم مخالفة إجراءات التحكيم للنظام العام والآداب العامة للقانون الذي يجري التحكيم في إطاره أو للبلد المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم. وذلك أياً كان نوع التحكيم، وبغض النظر عن اتفاق أطراف التحكيم أو عدم اتفاقهم على إلزام المحكم بذلك. لأن قواعد النظام العام والآداب العامة، تعتبر ضمانات أساسية للمحافظة على المصلحة العامة في المجتمع^(٢).

(١) د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج٢، ص٢٢٤. د.عزمي عبدالفتاح، قانون

التحكيم، ص٢١٣. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص١٠١.

(٢) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، بند٥، ص١١٢.

فمثلاً: إذا اتفق طرفا النزاع على إخضاع التحكيم لقانون معين بشأن أدلة الإثبات أو فوض المحكم بذلك، فيجب على المحكم التقييد بإجراءات التي نص عليها قانون الإثبات المصري، وعدم إجراء الإثبات على أساس دليل يعتبر مخالفاً للنظام العام الآداب العامة طبقاً للقانون المصري^(١).

(١٤) - التزام المحكم بأداء مهمته التحكيمية بنزاهة وعدالة: يفترض في المحكم كالقاضي العدالة والنزاهة وإلا تعرض للمسائلة القانونية. لذلك فيجب على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، القيام بمهمته التحكيمية بنزاهة وعدالة. (م٧/٤٣) تحكيم فلسطيني، و(م٣/٣٤) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، و(م٥٢) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وبناءً على ذلك؛ يعد متعارضاً مع نزاهة وعدالة المحكم: استغلال المحكم لعدم خبرة أحد الأطراف أو محاميه من خلال حرمانه من الاطلاع على المستندات المقدمة من الخصم الآخر. والبحث عن أمر ما في حضور أحد أطراف التحكيم، وغياب الخصم الآخر. ارتكاب المحكم غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم بسوء نية بقصد الإضرار بأحد أطراف التحكيم أو تحقيق مصلحة خاصة بالمحكم. وانحراف المحكم عن الوقائع أو الأقوال أو الأدلة التي أسس عليها حكمه، بقصد الإضرار بأحد أطراف التحكيم. وصف مستند على غير حقيقته لخداع باقي أعضاء هيئة التحكيم. وقيام المحكم بتصرف معين يضر بأحد أطراف التحكيم نتيجة رشوة من الخصم الآخر^(٢). وإخلال المحكم بهذا الالتزام يعرضه للمسائلة القانونية، فيقع تحت طائلة المسؤولية الجنائية في حالات الرشوة والاحتيال^(٣).

(1) د.علي بركات، خصومة التحكيم، بند٣١٧، ص٣١٣ - ٣١٤.

(2) د.أحمد هندي، أصول قانون الزرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٥٧.

(3) د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص٤٢٣.

-Paris 30 Mars 1962; J.C.P. 1962; II;N.12842;Not.Leval.

و«قاعدة الغش يبطل التصرفات» وهي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يرد بها نص خاص في القانون. وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات. «قاعدة الغش يفسد كل شيء» هي قاعدة قانونية مصدرها القانون الطبيعي، وقواعد العدالة الوارد ذكرها في (م ١ مدني مصري)، ونظرية التعسف في استعمال الحق (م ٥ مدني مصري) ^(١).

(١٥) - التزام المحكم باحترام حدود ونطاق موضوع النزاع التحكيمي كما حدده أطراف التحكيم: أوجبت قوانين ونظم التحكيم المختلفة على المحكم، سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أم دولي، حرماً مؤسسي، التزاماً باحترام حدود ونطاق موضوع النزاع التحكيمي المعروض عليه وإلا كان حكمه عرضة للحكم ببطلانه (م ١/٥٣، م ١٠م تحكيم مصري، و(م ١/٥٠ -) و تحكيم سعودي، و(م ١/٥٠ -) و تحكيم سورى، و(م ١/٥٣ -) و تحكيم عُمانى، و(م ٢/٨٤٠) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م ١٨٦) مرافعات كويتي، و(م ٥٣) تحكيم موريتاني، و(art.1448.al.1; art.1484.al.3.N.C.P..F.)، و(م ٢٨) تحكيم بحرينى. اختصاص المحكم بالنسبة لموضوع النزاع كما حدده أطراف التحكيم في اتفاق التحكيم، ويظل هذا التحديد ثابتاً بدون تغيير إلا بإبرام الخصوم اتفاق تحكيم جديد.

ويجب على المحكم ألا يحكم إلا بما يطلب منه فقط، دون زيادة أو نقصان، وإلا كان حكمه معيباً (مبدأ ثبات النزاع). وذلك تقييداً بما ورد في اتفاق التحكيم، ولذا فلا يجوز للمدعي، ولا للمدعي عليه في خصومة التحكيم أن يضيف بإرادته المنفرده مسائل لايشملها اتفاق

(١) نقض مدني ١٧/١١/١٩٨٠م، طعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨، مج، س ٣١، ج ١، ق ٤٢، ص ١٩٧. نقض مدني ٢٢/١/٢٠٠١م، طعن رقم ١٠٣ لسنة ٦٥ ق، مستحدث دوائر الأحوال الشخصية ٢٠٠٠/٢٠٠١م، ص ٦١.

التحكيم أو يتجاوز حدود هذا الاتفاق، اللهم إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له حيث لا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة فقط (م ١/٥٣ - و تحكيم مصري). ولذا يجب استبعاد ما قضى به المحكم خارجاً عن اتفاق التحكيم. فإن تعذر فصل هذا القضاء عن باقي ما قضى به، أو كان بين القضائيين ارتباط لا يقبل التجزئة، أو كان التحكيم بحسب طبيعته لا يقبل التجزئة فإن الحكم يقع باطلاً (١).

وإذا كان الأصل والقاعدة أن أحكام المحكمين التي تتصدى لموضوعات لم يتناولها اتفاق التحكيم تكون معرضة للبطلان، لأن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من اتفاق التحكيم، فإنها تكون مقيدة بنطاقه. وذلك ما لم يتفق أطراف التحكيم على إجازتها صراحةً أو ضمناً. حيث يفترض في تلك الحالة أن مشاركة تحكيم جديدة قد انعقدت بالنسبة لتلك الطلبات الإضافية والمقابلة. أو كانت الطلبات الإضافية نتيجة طبيعية للطلب الأصلي كطلب الفوائد مع أصل الدين أو اتفق أطراف التحكيم بصيغة عامة دون تحديد لنوع النزاع (الشروط النموذجية) (٢). وقد نصت (م ٣٢) تحكيم سعودي، و (م ٣٢) تحكيم مصري على أن: "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دقائه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع".

وبناءً على ذلك فيجوز قبول الطلبات العارضة (إضافية أو مقابلة) أثناء سير خصومة التحكيم بشرط قبولها من هيئة التحكيم، وارتباطها

(1) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ١٤، ص ٣٦ - ٣٧. د. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ٣١٨.

- Cass. Civ. 16 Juin. 1967; Bul. .

- Civ. 1; P. 217

- Cass. Civ. 9 Fév. 1955; Rév. arb. 1955; P. 60.

(2) د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٥، ص ٦٩ وما بعدها. تقض مدني ١٩٥٢/١/٣ م، طعن رقم ١٤٩ لسنة ١٩ ق، الموسوعة النهائية، ج ٤، ق ١٠٥، ص ٥٥٠.

Cass. Civ. 21 Fév. 1978; Rév. arb. 1978; P. 472.

ارتباطاً وثيقاً بالطلب الأصلي، وعدم خروجها عن مضمون اتفاق التحكيم...» وذلك في حالات معينة استثناءً وليس كأصل عام، وتقدير وجود الارتباط بين الطلبات العارضة من سلطة هيئة التحكيم بشرط أن يكون ما خلصت إليه من أسباب سائغاً^(١). معنى ذلك أن الأصل هو قيام المحكم بالفصل في موضوع النزاع دون أن يتعداه إلى غيره، ولا يحق له إجراء تعديلات في موضوع النزاع التحكيمي، ويلتزم باتفاق الأطراف، ولا يجوز له أن يحكم بما لم يشمل اتفاق التحكيم أو بما لم يطلبه أطراف التحكيم.

(١٦) - التزام المحكم باحترام حدود النطاق الشخصي لخصومة التحكيم: يجب علي المحكم سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرأ م مؤسسي، إحترام حدود النطاق الشخصي لإتفاق وخصومة التحكيم. فاتفاق التحكيم لا يلزم إلا طرفيه الذين أبرموه، أو الغير الذي يمتد إليه أثر اتفاق التحكيم (م١٤٥) مدني مصري، و(م٨٣٨) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م٢٧٢ / مرافعات عرقي. لذا لا يخضع لولاية هيئة التحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم من ليس طرفاً فيه، ولا يستفيد من هذا الاتفاق إلا أطرافه، ولا يضار منه غيرهم، ولا يملك التمسك ببطلانه إلا هم. ويمتد هذا الاتفاق ويتسع ليشمل الخلف العام والخلف الخاص كالورثة والمحال إليه^(٢).

ويتحدد أطراف خصومة التحكيم بأشخاص اتفاق التحكيم، ويظل هذا النطاق الشخصي ثابت طوال سير خصومة التحكيم؛ بحيث لا

(1) د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٢، ص ٧١.
-Paris 25 Juin 1982; Rév. arb. 1983; P.344.
-Paris 13 Juin 1984; Rév. arb. 1983; P.530.
- Cass. Civ. 10 Mai 1988; Rév. arb. 1989; P.51.

(2) د.سامية راشد، التحكيم، بند ١٨٤، ص ٣٣٦. تقض مدني ١٤/٤/١٩٧٠م، طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢١، ج ١، ق ٩٦، ص ٥٩٨. تقض مدني ٢٥/٢/١٩٦٥م، طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٦، ج ١، ق، ص ٢٣٠.

يجوز كقاعدة عامة التدخل الاختياري أو الإدخال في خصومة التحكيم للغير، وذلك لإحترام إرادة أشخاص اتفاق التحكيم، ومع ذلك يجوز لهم أن يسمحوا للغير بالتدخل بإدراج نص يميز ذلك في اتفاق التحكيم نفسه، وإما باتفاق لاحق. ونفس الأمر بالنسبة للإدخال لا يكون مقبولاً إلا باتفاق طرفي التحكيم، وسواء كان الإدخال بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم أو بناءً على طلب المحكم وبشرط موافقة الشخص الذي يراد إدخاله.

وعلى ذلك فيمكن ادخال الغير الذي ليس طرفاً في اتفاق التحكيم بناءً على طلب من طرفي التحكيم، وموافقة الشخص المطلوب ادخاله، وحضوره شخصياً أو بوكيل وكالة خاصة يميز له إبرام اتفاق التحكيم، والإمكان حكم التحكيم باطل؛ لصدوره دون اتفاق تحكيم بالنسبة للشخص المدخل. وللطرف في اتفاق التحكيم الذي لم يدخل في خصومة التحكيم عند بدء الإجراءات، أن يتدخل فيها هجوماً أو انضمامياً، ودون موافقة طرفي الخصومة، لأنه طرفاً في اتفاق التحكيم، ومنعاً لصدور أحكام متعارضة، وتجنباً لتقطيع أوصال القضية. وللمحكم سلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب التدخل أو الإدخال حسبما يترأى له من جدية الطلب ومدى قدرته على الفصل في النزاع خلال ميعاد التحكيم من عدمه، وتكييف التدخل والادخال يدخل في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم^(١). ويجب لصحة اجراءات خصومة التحكيم؛ أن يقوم بها من لديه أهلية التقاضي أو ممثله القانوني حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه.

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٨٠ وما بعده، ص ٣٣٨ وما بعدها. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، قانون التحكيم، بند ٤٣٩، ص ٦٣٠. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٧٢، د. علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٩٤-٢٩٦. تقض مدني ١٩٧١/١/٢٠، طعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق، ص ١٤٦. تقض مدني ١٩٦٧/٢/٧ م، طعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٣ ق، مج، س ١٨، ج ١، ق ٤٦، ص ٣٠٠. مركز القاهرة الاقليمي ٢٠٠٠/٧/٣ م، قضية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، ج ٣، ص ٢٠٩.

(١٧) - التزام المحكم باحترام أساس الادعاء التحكيمي (سبب النزاع):
أوجبت قوانين ونظم التحكيم المختلفة التزاماً على المحكم، سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرّام مؤسسي، باحترام أساس الإدعاء التحكيمي (سبب النزاع) باعتباره أحد المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة التحكيمية (art.1460.al.2.N. C.P.C.F). وتطبيقاً لمبدأ ملكية خصومة التحكيم لأطرافها، فإن المحكم يكون ملزماً بمراعاة الحياد المطلق بين طرفي التحكيم، ولذا يقع على عاتق أطراف التحكيم زعم الوقائع التي تصلح سبباً للنزاع، منذ بدايته إجراءات التحكيم، والتي تبدأ من يوم تسليم المدعى عليه طلب التحكيم ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر (م ٢٧ تحكيم مصري).

ولذا لا يجوز للمحكم أن يؤسس حكمه على وقائع لم تعرض عليه، ولم تكن مطروحة وقت نظر خصومة التحكيم. وبذلك يظل المحكم محصوراً داخل السياج الواقعي لاتفاق أطراف التحكيم بحيث إذا تجاوزه يكون قد غير أساس الادعاء التحكيمي. كما لا يجوز للمحكم أن يؤسس حكمه على وقائع استقاها من خارج جلسات التحكيم في غيبة طرفي التحكيم، ودون تحقيق مبدأ المواجهة بينهما. كما لا يجوز للمحكم أن يجري إجراء من إجراءات الإثبات دون الالتزام بقواعد الإثبات، بل يجوز للمحكم القيام بالدور الإرشادي المبكر، عن طريق دعوة طرفي التحكيم لتقديم إيضاحات حول واقعة يرى أنها ضرورية لحل النزاع التحكيمي، بشرط أن تكون تلك الوقائع كائنة بملف خصومة التحكيم، بحيث يمكن للمحكم الإطلاع عليها، وتحقيق مبدأ المواجهة بين طرفي التحكيم بشأنها^(١).

ولا يجوز للمحكم أن يقضي بعلمه الشخصي، ويعد من قبيل العلم الشخصي؛ ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم بواسطة المحكم

(1) د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٧، ص ٨٠-٨٣. د.عزمي عبدالفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، ص ٣٢١.

نفسه، فإذا قام بإجرائها بنفسه يكون قد قضى بعلمه الشخصي، وما لم يتفق طرفي التحكيم صراحة أو ضمناً على أن يقوم المحكم بإجراء هذه الترجمة بنفسه. ويجب أن تقدم المستندات بلغة المرافعة، والحكم أو تترجم إليها بمعرفة أطراف التحكيم أو محاميهم وعلى مسئوليتهم، ولا يكون المحكم قد قضى بعلمه الشخصي إذا قضى بواقعة مشهورة في أوساط معروفة في أوساط المهنة لأن المحكم يختار لصفاته الفنية والقانونية^(١).

(١٨) - التزام المحكم باحترام قواعد الإثبات: يعد الإثبات في التحكيم من أهم إجراءات خصومة التحكيم التي يجب علي المحكم، سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، وسوء في تحكيم وطني أم دولي، حرام مؤسسي، إدارتها بجرص وعناية لتمكين طرفي التحكيم من تقديم أدلة وحجج دفاعهم للحصول علي حقوقهم. وينصب موضوع الإثبات علي الوقائع المتنازع عليها؛ سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية. ويجري الإثبات أمام هيئة التحكيم كما يجري أمام المحكمة القضائية، بأدلة الإثبات الواردة في قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م.

ويقع عبء الإثبات علي المدعي، فالبينة علي المدعي واليمين علي من أنكر، فيتحمل كل طرف عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها لدعم ادعائه أو دفاعه. ويجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوي، ومنتجة فيها، وجائز قبولها. ولطرفي التحكيم الإتفاق علي إجراءات الإثبات التي تتبعها هيئة التحكيم، فإن لم يتفق أطراف التحكيم علي إجراءات الإثبات الواجبة الاتباع في خصومة التحكيم، فيكون لهيئة التحكيم سلطة اختيار إجراءات الإثبات. ويكون للمحكم نفس سلطة القاضي في تقدير الأدلة المقدمة إليه. ويكون للمحكم إتخاذ مايراه من إجراءات الإثبات في ضوء اتفاق الأطراف، والعدول عن إجراء أمره تبين

(١) د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٥٩، د.محمد نورشحاته، النشأة الاتفاقية، ص ٣٢٢، د.أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٣٨.

له فيما بعد عدم الحاجة إليه ، ويخضع طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم^(١).
وللمحكم عند الفصل في النزاع التحكيمي الاستعانة بكافة وسائل الإثبات. كأن يطلب من المحكمن تقديم كافة الأوراق والمستندات الرسمية أو العرفية التي يراها لازمة للفصل في النزاع ، أو أن ينتقل لمكان ما لإجراء المعاينة ، أو الاستماع إلى شهادة الشهود أثناء سير الجلسات ، أو الاستعانة بالخبراء بشأن مسائل معينة...ويجب على المحكم إحترام قواعد الإثبات على ضوء اتفاق أطراف التحكيم ، وفي حالة عدم وجود اتفاق بهذا الشأن فللمحكم سلطة تقديرية في اتخاذ أي وسيلة من وسائل الإثبات بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه متى رأى ذلك ضرورياً للفصل في موضوع النزاع التحكيمي ، وليس من اختصاص المحكم إتخاذ إجراءات الإثبات التي تتطلب سلطة الأمر أو الجبر ، ويمكنه الاستعانة بقضاء الدولة لسد هذا العجز.

ويقوم المحكمن بتقديم الأوراق والمستندات الرسمية والعرفية للمحكم. ولا يجوز لشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه بإستثناء الدفاتر التجارية للتاجر. ولا يجوز إلزام خصم بتقديم مستند ضد نفسه. ولا يجوز للمحكم إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده ، ويجوز للمحكم إدخال الغير في خصومة التحكيم لتقديم مستند تحت يده بشرط موافقة الغير وطرفي التحكيم. ولا يملك الحكم عليه بالغرامة التمهيدية. وبعد المحرر الرسمي حجة علي الكافة ، مالم يطعن عليه بالتزوير ، ويكون المحرر العرفي حجة علي من وقعه مالم ينكره صراحة ، ويحال إلي خبير للتحقق من نسبه إلي من يتمسك بإنكاره ، أو يطعن عليه بالتزوير. ولا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في الطعن بالتزوير لأنه من إختصاص القضاء (م ٣٠٣/٣ تحكيم مصري) ، و (م ٣٣٣ تحكيم سعودي) ، و (art.1460.N.C.P.C.F.)^(١).

(1) د.فتحي والي ، قانون التحكيم ، بند ١٩٥ وما بعده ، ص ٣٥٨ وما بعدها. دمصطفى الجمال ، ودعكاشه عبدالعال ، التحكيم ، بند ٤٨٧ ، ص ٧١٤. تقض مدني ٢٣/٢٠١٠م ، طعن رقم ١٩٦ لسنة ٧٤ق ،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation CourtCivil.aspx>

(2) د.فتحي والي ، قانون التحكيم ، بند ٢٠٢ ، ص ٣٦٥. د.محمود الشراوي ، التحكيم ، بند ٢٤٠ وما بعده ، ص ٣٢٢ وما بعدها. دهدي عبد الرحمن ، دور المحكم ، ص ٢٢١. د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم ، ص ٢٥٦. دمصطفى الجمال ، ودعكاشه عبدالعال ، التحكيم ، بند ٤٧٧ ، ص ٦٩٥.

وللمحكم الاستعانة بالشهود بناءً على اتفاق الأطراف، وتقدم شهادة الشهود شفاهة أو كتابة في جلسات التحكيم، وللمحكم الانتقال إلى مقر إقامة الشهود لأخذ شهادتهم تيسيراً للإجراءات عند تعذر حضورهم، وللمحكم سلطة تقديرية في الأخذ أو عدم الأخذ بشهادة الشهود كلها أو بعضها. ولا يملك المحكم إجبار أحد الشهود على الإجابة على كل الأسئلة الموجهة إليه. ولا يملك المحكم إصدار أمراً بإحضار الشاهد قهراً أو بمعاقبته عند امتناعه عن الحضور أو الإدلاء بشهادته. ولا يملك المحكم الامتناع عن سماع الشهود الذين أنفق أطراف التحكيم على الاستعانة بالشهود. وللمحكم سلطة تقديرية في وزن شهادة الشهود. ولم يتطلب قانون التحكيم المصري حلف الشاهد اليمين أمام هيئة التحكيم لأداء الشهادة بنص (م ٤/٣٣) تحكيم مصري، و(م ٤/٣٣) تحكيم عُمانى، و(م ٢٨) تحكيم فلسطينى، و(م ٢/٥٢٩) أصول محاكمات لبناني، و(م ٢٦٨)، (م ٢٦٩) مرافعات عراقي، و(م ٧٥٧، ٧٥٨) مرافعات لبيبي، و(م ١٨٥) مرافعات كويتي، و(م ٢٨) تحكيم تونسي، و(م ٤٠) تحكيم يمني، و(م ٣/٢٠) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م ٣٣) تحكيم إنجليزي، و(م ٢٥) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي، و(م ٢٠) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي^(١). ونصت (م ٢٩) تحكيم فلسطينى على أن: "يحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإنبابة في سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان يتعذر مثول هذا الشاهد أمامها".

ومنحت بعض التشريعات للمحكم سلطة تعيين الشهود مثل نص (م ٢١١) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م، التي نصت علي أن: "على المحكمين أن يحلفوا الشهود اليمين وكل من أدى شهادة كاذبة أمام المحكمين يعتبر مرتكباً لجريمة شهادة الزور". ونصت (م ٧/٢٩) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي على أن: "تطلب الهيئة

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٠٥، ص ٣٦٨ - ٣٦٩. د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٤٧ وما بعده، ص ٣٣١ وما بعدها.

من الشهود أداء اليمين أمامها قبل تقديم البينة وذلك وفقاً للقواعد الآمرة في القانون الإجرائي الواجب التطبيق". ونصت (م ٣٢/د) تحكيم أردنى على أن: " يكون سماع الشهود والخبراء بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقرها هيئة التحكيم".

وأجازت بعض التشريعات أن يطلب المحكم من المحكمة المختصة إصدار قرار بتكليف شاهد معين بالحضور أمام المحكم، وفي حالة عدم حضوره، كان للمحكمة الحكم عليه بغرامة منها نص (م ٢٠٠/٢-٢/٢٠١) مرافعات قطري^(١).

وللمحكم تعيين وندب خبير من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم، لإستجلاء العناصر الفنية في النزاع التحكيمي، والتي تتجاوز خبرة المحكم، كالمسائل الحسائية أو الهندسية أو الطبية أو العلمية أو حكم قانون أجنبي واجب التطبيق علي النزاع. ويفضل للمحكم تعيين الخبير بالتشاور مع أطراف التحكيم ضمناً لعدم رده أو الطعن في تقريره. ويكون سماع الخبير بدون أداء اليمين. ويجب علي طرفي التحكيم تيسير مهمة الخبير بمعاونته وتقديم المعلومات والوثائق اللازمة. ويقوم الخبير بإعداد تقرير مكتوب أو شفوي يقدمه للمحكم، ويثبت في محضر الجلسة. ولطرفي التحكيم مناقشة الخبير في تقريره، والإطلاع عليه، وفحص الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره. وتقرير الخبير لا يلزم المحكم، لأن له سلطة تقديرية في الأخذ به كاملاً أو رفضه كاملاً أو الأخذ بجزء منه فقط. على كل من الطرفين مساعدة الخبير في أداء مهمته بنص (م ٣٦م) تحكيم مصري، و(م ٣٦م) تحكيم سعودي، و(م ٣٦م) تحكيم عُمانى، و(م ٣٤م) تحكيم أردنى، و(م ٢٦م) تحكيم بحرينى، و(م ٥٥م) تحكيم موريتانى، و(م ٤٢، ٤٠) تحكيم يمنى، و(م ٢٩م) من قانون اليونسسترال، و(م ٤/٢٠م) من قواعد غرفة التجارة الدولية، و(م ٢١م) من قواعد محكمة

(1) د:السيد المرابي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره لسيادة الدولة، الناشر دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ٩٣.

لندن للتحكيم الدولي، و(م٣٠) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي، و(م٣١، ٣٠) تحكيم فلسطيني^(١).

ونصت (م٢/٣٢) تحكيم سوري على أن: "تحلف هيئة التحكيم الخبراء اليمين القانونية، قبل مباشرتهم مهمتهم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. كما نصت (م ٣٢/د) تحكيم أردني على أن: "يكون سماع الشهود والخبراء بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقرها هيئة التحكيم". وللمحكم الانتقال لمكان غير مكان التحكيم لمعاينة محل النزاع، لإثبات حقيقة الأوضاع، سواء كان عقار أو بضاعة أو أموال. ويجب على المحكم إخطار طرفي التحكيم، بميعاد ومكان المعاينة، لحضور المعاينة، إحتراما لحق الدفاع ومبدأ المواجهة، وتحرير محضر بالمعاينة، وتمكين طرفي التحكيم من مناقشة نتائج المعاينة. ويجوز لأي من طرفي التحكيم رفع دعوي إثبات حالة بطلب وقتي لهيئة التحكيم لإثبات حالة يخشي تغيير معالمها قبل نظر موضوع النزاع(م٢٨) تحكيم مصري، و(م٣/١٦) من قواعد اليونسترال، و(م٣٣) من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية، و(م٣/٨) من قواعد محكمة لندن للتحكيم^(٢). وللمحكم طلب أداء اليمين من أطراف التحكيم كوسيلة من وسائل الإثبات بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم أو المحكم نفسه بشروط وقواعد حلفها، وتوجيهها، والنكول عنها، وردها...^(٣).

(1) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٠٦ وما بعده، ص ٣٦٩ وما بعدها. د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٦٠، ص ٣٤٦ وما بعدها. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٤٨٥، ص ٧١٠ وما بعدها. د. أشم أمين الخولي، خليات التحكيم، مجلة التحكيم، ع ٣، م ٢٠٠٠، ص ١٩. د. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص ٢٥٥. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٥٧. أحمد سعيد الدهن، موقع الخبير، مجلة التحكيم اليمنية، ع ٣، م ٢٠٠٠، ص ٢٨. نقض مدني، ١٢/٣/١٩٦٤م، طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٠ق، موج، س ١٥، ج ٢، ق ١٨٥، ص ١٢٨٨.

(2) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٠٤، ص ٣٦٧. د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٥٨، ص ٣٤٣. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٤٨٤، ص ٧٠٩.

(3) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٥٧. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٢٣٢.

ويجوز للمحكم توجيه الاستجواب لأي من الخصوم، لتنوير عقيدته، بشأن موضوع النزاع التحكيمي، سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، وفي أية حالة كانت عليها خصومة التحكيم طالما لم يصدر حكم فيها، وقبل قفل باب المرافعة. وللمحكم العدول صراحة أو ضمناً عن إجراء الاستجواب. ويجري الاستجواب في الجلسة بتوجيه الأسئلة للمستجوب شخصياً، ويتم تدوين الأسئلة والأجوبة بحضور الجلسة، وللمحكم سلطة تقديرية في تقدير الاستجواب^(١). ولا يجوز للمحكم إصدار أمر بالإجابة القضائية الدولية للحصول على أدلة إثبات موجودة خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم، لأنه لا يملك سلطة الجبر، بل يستطيع طلب الإجابة من المحكمة القضائية المختصة (م ٣٧/ب تحكيم مصري)^(٢). كما يتولى المحكمون مجتمعين إجراءات التحقيق ويوقع كل منهم على المحاضر ما لم يكونوا قد ندبوا واحدا منهم لإجراءات معينة وأثبتوا ذلك في المحاضر (م ٢٦٧ مرافعات عراقية).

(١٩) - التزام المحكم بإصدار أوامر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية: للمحكم سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه. وتتمثل التدابير المؤقتة في طلب تعيين حارس قضائي علي مال معين، أو طلب توقيع حجز تحفظي، أو طلب بيع بضاعة قابلة للتلف، أو طلب حفظ بضاعة المتنازع عليها بأحد مخازن الإيداع، أو طلب تقديم ضمان، أو طلب وقف تسييل خطاب الضمان، أو طلب صرف قيمة خطاب الضمان وإيداعه لدي أمين... لحين الفصل في موضوع الدعوي. بهدف إبقاء الحال علي ما هو عليه، أو إعادة الحال إلي ما كان

(1) د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٦٦، ص ٣٥٦. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٨١، ص ٧٠٢ وما بعدها.

(2) د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٦٨، ص ٣٥٧. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٨٧، ص ٧١٥.

عليه، أو منع وقوع ضرر حال أو وشيك الوقوع، أو المحافظة علي الأموال، أو الحفاظ علي الأدلة.

ولا يمنع وجود اتفاق التحكيم، أحد طرفيه من أن يلجأ إلي المحكمة القضائية المختصة - المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في التحكيم الوطني، ومحكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها طرفي التحكيم - لإستصدار أمراً بإتخاذ أي تدابير مؤقتة أو تحفظية، تقتضيها طبيعة موضوع النزاع، سواء كان في شكل حكم قضائي أو أمر علي عريضة، وسواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها. ولا يعد ذلك تنازلاً عن اللجوء إلي التحكيم، لأن المشرع منح هذه السلطة لقضاء الدولة مع وجود اتفاق التحكيم بنص (م ١٤) تحكيم مصري^(١).

ويجب علي المحكم الالتزام بسلطة إصدار أوامر بإتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بعد منحه سلطة إصدار الأوامر الوقتية، إذا اتفق طرفا التحكيم علي أن تكون للمحكم هذه السلطة، أي أن تلك السلطة تمنح للمحكم بإتفاق طرفي التحكيم، وفي حدود سلطاته كمحكم. وهذه السلطة للمحكم محددة ومقيدة بالقاعدة التي تقرر أن المحكم ليس له سلطة الأمر أو الجبر، ولا يجوز للمحكم إصدار أمراً بتوقيع الحجز التحفظي لعدم تمتعه بسلطة الجبر. (م ١٤) تحكيم مصري، و(م ٣٩) تحكيم إنجليزي، و(م ٢٣) من قواعد غرفة التجارة الدولية، و(م ٢٥) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، و(م ٢٦) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، و(م ٢٦) من قواعد الأنستيرال، و(م ٣١) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي، و(م ٢٤) تحكيم عماني، و(م ٤٠) تحكيم أردني، و(م ٣٠) تحكيم يمني، و(م ١٧) تحكيم بحريني، و(م ٣٣) تحكيم فلسطيني^(٢).

(١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٩٨، ص ١٩٠. د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٩٣، ص ١٣٦. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٣٤، ص ٢٠٤. د. عزمتي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ١٦٩. تقاض مدني ١٢/١٢/١٩٩٦م، مج، س ٤٧، ج ٢، ص ١٥١٤.

(٢) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٣٣، ص ٤٠٣ - ٤٠٤. د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٩٠، ص ٣٨٢.

ولا يوجد نص في نصوص التحكيم الداخلي أو الدولي الفرنسي يمنح المحكم سلطة إصدار أوامر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية. ولكنه نص في (art.818 N.C.P.C.F.) علي أنه لا يجوز تحويل المحكمين سلطة إصدار أوامر بالحجز أو بأية إجراءات تحفظية أخرى. والمنوط بالإختصاص قضاء الدولة، ومع ذلك يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق علي منع أحدهما من اللجوء إلي القضاء بطلب اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي في أثناء قيام دعوي التحكيم^(١).

(٢٠) - التزام المحكم باحترام قواعد وأحكام عوارض خصومة التحكيم: يجب علي المحكم سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرّام مؤسسي، إحترام قواعد وأحكام عوارض خصومة التحكيم بنص (م١٨٠) مرافعات كويتي، و(م٢٠٩) إجراءات مدنية إماراتي، و(م١٩٦) مرافعات قطري، و(م٢٣٦٨) مرافعات عراقي، و(م٣٧) تحكيم سعودي، و(م٣٨) تحكيم عُمانى، و(م٤٤) تحكيم يمني، و(م٤٣، ٣٥) تحكيم أردنى، و(م٣٢) تحكيم فلسطينى. يقصد بعوارض خصومة التحكيم ما يطرأ عليها من حوادث أثناء سيرها تؤدي إلى وقفها أو انقطاعها أو انقضائها بغير حكم في موضوعها. ولا تخضع خصومة التحكيم نظراً لطبيعتها الاتفاقية لنظام الشطب عند غياب المدعي، والمدعي عليه، وعدم صلاحية القضية للفصل فيها؛ لأنه يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم رغم عدم حضور أحد الطرفين أو تغييرهما في أية جلسة من جلسات خصومة التحكيم ما دام المدعي قدم بيان دعواه ومستنداته وأتيحت الفرصة للمدعي عليه لتقديم دفاعه (التحكيم بالمستندات). وإذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً بدعواه وجب أن تأمر هيئة التحكيم

(1) - Philippe Fouchard; E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage Commercial International; Litec 1996; N. 1305 ets; P.724ets.

بإنهاء الإجراءات ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (م ٣٤، ٣٥) تحكيم مصري^(١).

كما لا تخضع خصومة التحكيم نظراً لطبيعتها الاتفاقية لنظام اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وكذلك لا يجوز إعمال نظام التقادم الإجرائي أو السقوط الإجرائي على خصومة التحكيم نظراً لاختلاف أهداف تلك النظم القانونية في الخصومة القضائية عنها في خصومة التحكيم^(٢).

ويقصد بانقطاع خصومة التحكيم: وقف سيرها بقوة القانون نتيجة لتصدع ركنها الشخصي، وينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال، والشروط المقررة بقانون المرافعات (م ٣٨ تحكيم مصري). وينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم، أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيات للحكم في موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد أهلية الخصوم، أو زوال الصفة (م ١٣٠/١، م ١٣١ مرافعات مصري). وتظل الخصومة موقوفة حتى يعلم بها من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته أو زالت صفته لتستأنف سيرها من آخر إجراء صحيح تم فيها، أي من آخر نقطة وقفت عندها. ويترب على انقطاع خصومة التحكيم: وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع (م ١٣٢ مرافعات مصري)، وإذا صدر حكم التحكيم رغم توافر أحد أسباب الانقطاع فيكون لذوي المصلحة حق طلب بطلان حكم التحكيم^(٣).

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢١١، ص ٣٧٥ وما بعدها. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٥٨. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٢٦٧، ص ٩٤٨ وما بعدها.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) د. محمود مختار بريري، التحكيم، بند ٧٣ وما بعده، ص ١٢٣ وما بعدها. د. محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣١ وما بعدها.

ويقصد بوقف خصومة التحكيم عدم السير فيها إذا ما طرأ عليها أحد أسباب الوقف أثناء سيرها مثل : وقف الخصومة لحين الفصل في مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم ، ووقف خصومة التحكيم لحين تعيين محكم بديل في حالة رد أو عزل أو تنحي أحد المحكمين ، ووقف خصومة التحكيم لحين تسوية النزاع بالصلح أو بالوساطة أو بالتوفيق... ويترتب على وقف خصومة التحكيم باتفاق جميع الأطراف أو بقرار من هيئة التحكيم أو بقوة القانون نفس الآثار المترتبة على انقطاعها من : وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم ، وتعتبر خصومة التحكيم في فترة الوقف راکدة ، ولا يجوز القيام فيها بأي نشاط إجرائي من الأطراف أو من هيئة التحكيم ، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الوقف (١). فإذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي آخر يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قراراً للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى أن يصدر حكم بات في هذه المسألة بنص (م ٢٦٨) مرافعات عراقى ، و(م ٢٠٨) إجراءات مدنية إماراتى.

وقد تنقضى خصومة التحكيم انقضاءً مبتسراً بغير حكم في موضوعها بصدور أمر من رئيس المحكمة القضائية المختصة بناءً على طلب أحد طرفي النزاع (م ٤٥ تحكيم مصري) أو بقرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات إذا لم يقدم المدعي دعواه بشكل كامل دون عذر مقبول ، أو لفوات ميعاد التحكيم دون تمديده ، أو باتفاق جميع الخصوم على إنهاء إجراءات التحكيم أو اتفاق جميع الأطراف على إنهاء الإجراءات لتسوية النزاع بغير التحكيم ، أو إذا ترك المدعي دعواه ما لم يطلب المدعي عليه من هيئة التحكيم الاستمرار وحسم النزاع ، أو إذا استحال على هيئة التحكيم

(١) د.فتحي والي ، قانون التحكيم ، بند ٢١٥ ، ص ٣٧٩. د.محمود مختار بريري ، التحكيم ، بند ٧١ ، ص ١٢١. د.محمود التحيوي ، التحكيم ، ص ٢٢٩ وما بعدها. نقض مدني ١٩٧٣/٢/٢٤ ، مج ، س ٢٤ ، ج ١ ، ق ٥٦ ، ص ٣٢١.

الاستمرار في خصومة التحكيم، أو إذا رأت هيئة التحكيم عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتة... وترتب على إنهاء إجراءات التحكيم انتهاء خصومة التحكيم، وانتهاء مهمة ولاية هيئة التحكيم، دون المساس بالحق الموضوعي أو بالحق في الدعوي (م ٤٨ تحكيم مصري)^(١).

(ثالثاً) التزامات المحكم في مرحلة إصدار الحكم التحكيمي: قبل قفل باب المرافعة في خصومة التحكيم من المحكم لإجراء المداولة، وإصدار الحكم التحكيمي، يقوم المحكم بالاستفسار من أطراف التحكيم عما إذا كان لديهم أقوال أخرى أو أدلة أخرى لتقديمها، أو شهود آخرين لسماعهم. كما يجوز للمحكم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد أطراف التحكيم إعادة فتح باب المرافعة التحكيمية في أي وقت قبل إصدار الحكم التحكيمي، وتنتهي مهمة المحكم بإصدار حكم التحكيم. إلا أنه قد يتضح بعد ذلك أن الحكم التحكيمي ينطوي على غموض وإبهام، أو أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، أو أنه أغفل الفصل في بعض الطلبات التي قدمت له، فيختص المحكم وهو الجهة التي أصدرت الحكم التحكيمي بتصحيحه أو بتفسيره أو بالفصل فيما أغفل الفصل فيه من طلبات موضوعية بشرط أن يكون الإغفال إغفالاً كلياً، وذلك في حدود الضوابط القانونية، واتفق التحكيم، وإلا جاز التمسك ببطان حكم التحكيم^(٢). وإذا اتفق الأطراف قبل صدور حكم التحكيم على تسوية النزاع بينهم فعندئذ يجب على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها واعتبارها قراراً صادراً عنها.

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٢٣ وما بعده، ص ٣٨٨ وما بعدها. د. محمود مختار بربري، التحكيم، بند ٧٦، ص ١٢٥ وما بعدها. د. محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(2) مركز القاهرة الإقليمي ١/٩/٢٠٠٢م قضية رقم ٢٢٤ لسنة ١ق، مجلة التحكيم العربي، ٥ع، سبتمبر ٢٠٠٢م، ق ٢٢، ص ١٩٤. مركز القاهرة الإقليمي ١/٩/٢٠٠٠م، قضية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، أكتوبر ٢٠٠٠م، ق ٣ع، ١٥، ص ٢١٠. تقض مدني ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ قى، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤. تقض مدني ٣/٢/١٩٨٢م، طعن رقم ١٤٢ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٣، ج ١، ق ٥٢، ص ٢٨٦.

وتعتبر مرحلة إصدار الحكم التحكيمي المرحلة الأخيرة والمهمة من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم. ذلك أن صدور حكم التحكيم هو الهدف المنتظر للأطراف إذ به يتم الفصل في النزاع التحكيمي وبموجبه يحصل كل ذي حق على حقه بحكم منهي للنزاع وفاصل فيه. ويجب على المحكم في تلك المرحلة مراعاة قواعد المداولة التحكيمية، والشروط الشكلية والموضوعية لإصدار الحكم التحكيمي وقواعد تسيبه وكتابته، ومحتوياته بكافة بيناته، ومراعاة قواعد إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة... هذه الالتزامات سوف نتناولها بالتفصيل علي النحو التالي:

(١) - التزام المحكم باحترام قواعد المداولة التحكيمية: يجب على المحكم سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، قبل إنهاء المرافعة التحكيمية، وحجز القضية للحكم، أن يسأل الأطراف عما إذا كان لديهم أدلة أخرى لتقديمها، أو شهود آخرين لسماعهم. فإن لم يعد لديهم ما يقدمونه، فيعلن المحكم قفل باب المرافعة، وفتح باب المداولة التحكيمية، بعد الإنهاء من التحقيق، وتقديم المذكرات الختامية. إذ يجب على هيئة التحكيم ألا تصدر الحكم التحكيمي إلا بعد إتمام مداولة سرية بين جميع أعضاء هيئة التحكيم إذا تعددوا، ولا يجوز لهيئة التحكيم إصدار حكم التحكيم دون مداولة؛ لمناقشة كل ظروف القضية، والتشاور علي رأي للحكم فيها. وتتم المداولة في أي مكان، وأي زمان، شفرياً أم كتابياً بإتفاق هيئة التحكيم طبقاً لنص (م٤٠) تحكيم مصري، و(م٣٩) تحكيم سعودي، و(م١/٤١) تحكيم سوري، و(م٤٠) تحكيم عُمانى، و(م٢٧٠) مرافعات عراقى، و(art.1468; 1469.N.C.P.C.F.)، و(م٧٨٨) أصول محاكمات مدنية لبنانى، و(م٤٠) تحكيم عُمانى^(١).

(1) د.سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص٣٦. نقض مدني ١٩٨٢/٣/٢م، طعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥١ق، ميج، س٣٣، ج١، ق٥٢، ص٢٨٦.

المداولة التحكيمية هي التشاور سراً بين جميع أعضاء هيئة التحكيم الذين عهد إليهم بالتحكيم في تلك القضية بشأن منطوق الحكم التحكيمي، وأسبابه بعد انتهاء المرافعة، وبعد حجز القضية للحكم، وقبل النطق به. فالمداولة التحكيمية هي مرحلة تفكير تلي المرافعة، وتنتهي بالنطق بالحكم استعداداً لاختيار الحل المناسب لحسم القضية بعد تشاور وتفكير. ولا يجوز لأي شخص كان، الاشتراك في المداولة، غير أعضاء هيئة التحكيم الذين حضروا جلسات المرافعة، وذلك لضمان إبداء حرية الرأي، والمحافظة على هيئة التحكيم، ورفع الحرج عنهم. ولا يجوز للمحكم توكيل أو تفويض غيره لحضور المداولة، ولا يجوز لرئيس مركز التحكيم في التحكيم المؤسسي حضور المداولة. ومن المبادئ الأساسية صدور الحكم من ذات المحكم الذي كلف بالمهمة، والذي سمع المرافعة، وفي حدود سلطته، فلا يملك أن يشرك غيره معه؛ لأن المهمة التي يقوم بها ذات طابع شخصي بحت، ولا يملك المحكم إشراك غيره في المداولة أو أخذ رأيه وإلا كان حكمه باطلاً، وذلك ينطبق على الخبير الذي يستعين به المحكم، إذ لا يحق للمحكم الاشتراك مع الخبير في إصدار الحكم. وتتم المداولة باجتماع المحكمين معاً أو أنها تجري بأية صيغة أخرى، فقد تتم بالمراسلة، أو الهاتف، أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو البريد العادي، أو بأية وسيلة اتصال أخرى، ما لم يتفق طرفا التحكيم على استلزام شكل معين للمداولة^(١).

ويصدر حكم التحكيم بالإجماع أو بأغلبية الأراء بعد مداولة فيما بينهم مجتمعين، وتتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، ويعتبر الحكم صادراً عن هيئة التحكيم كوحدة متكاملة بنص (م٤٠) تحكيم مصري، و(م٣٩) تحكيم سعودي، و(م٥/٢١٢) إجراءات مدنية إماراتي، و(م٤٠) تحكيم عُمانى، و(م٢٩) تحكيم موريتانى، و(م٧٦٠) مرافعات ليبي، و(م٢٠٢) مرافعات قطري،

(١) د. محمود بربري، التحكيم، بند ٩٨، ص ١٨٢، ١٨١. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٣١٣. د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، ص ٣٠٠.

و(م/٢٧٠/١) مرافعات عراقى ، و (م١٨٣) مرافعات كويتي ، و(م٣٨) تحكيم أردني ، و(م٣٠) تحكيم تونسي ، و(الفصل٣١٤) مسطرة مدنية مغربى ، و(م٢/١٤٥) إجراءات مدنية سودانى ، و(م٤٤٩) إجراءات مدنية جزائرى ، و(art.1469.N.C.P.C.F.) ، و(م٣٧) من قواعد مركز دىي للتحكيم الدولى ، و(م٤٧) تحكيم يمنى ، و(م٢٦) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى ، و(الفصل٣٠) مجلة تحكيم تونسي ، و(م٢٩) تحكيم بجريني ، و(م٤/٣٨) تحكيم فلسطينى. ويجب إصدار حكم التحكيم خلال ميعاد التحكيم. ويعتبر حكم التحكيم قد صدر من تاريخ توقيع هيئة التحكيم عليه. ويعتبر توقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم علي حكم التحكيم دليلاً قاطعاً علي حصول المداولة واشتراكهم جميعاً فيها^(١).

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأنه: " النص في المادة ٤٣/١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أنه " ١- يصدر حكم التحكيم كتابةً ويوقعه المحكمون ، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية .. " يدل على أن حكم التحكيم يصح متى وقعته أغلبية المحكمين ، ولا يترتب على عدم ذكر أسباب الامتناع عن التوقيع بطلان الحكم ما لم يثبت المتمسك بالبطلان عدم تحقق الغاية من إثبات سبب الامتناع وهى التحقق من حدوث مداولة قبل إصدار الحكم"^(٢).

(٢) - التزام المحكم باحترام قواعد كتابة الحكم التحكيمي : توجب أنظمة وقوانين التحكيم المختلفة التزاماً على المحكم سواء كان معيناً ، أو مختاراً من الأطراف ، أو من أحدهم ، أو من مركز تحكيم ، أو من الغير ، أو من المحكمة القضائية ، في تحكيم وطني أو دولي ، حرأ م مؤسسي ،

(1) د. فتحي والي ، قانون التحكيم ، بند٢٤٨ ، ص ٤٣٠ .

(2) نقض مدني ٢٠١٠/٢/٩م ، طعن رقم ٨٨ لسنة ٧٣ ق.

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

باحترام قواعد كتابة الحكم التحكيمي مثل نص (م ١٣١) من قانون اليونستيرال، و(م ٤٣) تحكيم مصري، و(م ٢١٢) إجراءات مدنية إماراتي، و(م ٤٣) تحكيم عُمانى، و(م ٢٧٠) مرافعات عراقي، و(م ٧٦٠) مرافعات ليبي، و (م ١٨٣) مرافعات كويتي، و(م ٧٩٠) أصول محاكمات مدنية لبناني، و (م ٤٢) تحكيم سوري، و(م ٢٠٢) مرافعات قطري، و(م ١/٤١) تحكيم أردني، و(م ٥٧) تحكيم موريتاني، و(م ١٤٥) إجراءات مدنية سوداني، و(الفصل ٣١٨) مسطرة مدنية مغربية، و(م ٣٧) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي، و(م ٤٨) تحكيم يمني، و(م ٢٦) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، و(م ٣١) تحكيم بحرينى، و(م ٣٩) تحكيم فلسطينى.

ويجب على المحكم إصدار الحكم التحكيمي مكتوباً وموقعاً منه إن كان فرداً أو من المحكمين إن كانوا أكثر من فرد. وفي حالة تعذر التوقيع من هيئة التحكيم لسبب ما كغياب أحدهم أو رفضه التوقيع، فيجب إصدار الحكم بالأغلبية، بشرط توضيح هذا الأمر في الحكم، وكتابة أسباب ذلك. فالكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته، فصدوره شقاًه لا يتحقق به وصف الحكم. وذلك حتى يتسنى إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة، ووضع الصيغة التنفيذية عليه بعد صدور أمر تنفيذه. ويمكن كتابة الحكم بخط اليد أو بأية آلة طباعة، باللغة التي جري بها التحكيم مالم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى (م ٢٩ تحكيم مصري)^(١).

ولم يشترط قانون التحكيم المصري صدور الحكم في جلسة علنية - مالم يتفق طرفي التحكيم علي صدوره في جلسة علنية - بل اكتفي بتسليم هيئة التحكيم صورة من حكم التحكيم إلي كل من طرفي التحكيم، موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة طرفي

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٥٣، ص ٤٣٤.

التحكيم (م ٤٤م تحكيم مصري). ولا يعتبر نشراً لحكم التحكيم؛ نشر المبادئ القانونية التي تضمنها حكم التحكيم دون أسماء وجنسية وصفة الخصوم. ويعتبر حكم التحكيم قد صدر من تاريخ التوقيع عليه، ولا يؤثر على صحته عدم النطق به في جلسة. ويجب كتابة الحكم التحكيمي باللغة المتفق عليها في التحكيم. فحكم التحكيم: هو غاية أطراف التحكيم، وهو الورقة المثبتة للحق. لذا فيجب أن تحتوي على كل المعلومات والبيانات والحجج التي بنيت عليها نتيجة الحكم حتى تكون ورقة الحكم متجة لآثارها القانونية. ويلزم أن تكون ورقة الحكم مهيورة بتوقيع المحكمين، فلا يعرف القانون حكم تحكيم شفوي^(١).

(٣) - التزام المحكم باحترام قواعد تسيب الحكم التحكيمي: توجب تشريعات وقوانين التحكيم التزاماً على المحكم سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، باحترام قواعد تسيب حكم التحكيم، لأن التسيب ضمانته لصحته وإحترام حقوق الدفاع، والرقابة على عمل المحكم، ويجب على المحكم احترام قواعد تسيب حكم التحكيم. بإعتباره واجب قانوني على المحكم، والتسيب يشمل ذكر الأسانيد القانونية والواقعية لتكوين عقيدة المحكم عند إصداره حكم التحكيم. ويرجع تطبيقه إلى إرادة الأطراف، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وتشترط بعض التشريعات ذكر أسباب الحكم، ولا ترتب على عدم التسيب ببطان الحكم مثل نص (م ٤٢/٢) تحكيم مصري، و(م ١٤، ٥٢) تحكيم إنجليزي، و(م ٣٣) تحكيم سويسري، و(م ٢٧٠/٢) مرافعات عراقي، و(م ٧٦٠) مرافعات لبيبي، و(م ٤٢) تحكيم سعودي، و(م

(١) نقص مدني ١٦/٧/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٢٧ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٤٥، ص ٤٣٤. نقض مدني ٢٣/٤/١٩٨٥م، طعن رقم ١٧٣٦ لسنة ٥١ق، مج، س ٣٦، ج ٢، ق ١٣٦، ص ٦٥٣. نقض مدني ٢٤/٢/١٩٧٣م، طعن رقم ٤٨٩، لسنة ٣٧ق، مج، س ٢٤، ج ١، ق ٥٦، ص ٣٢١.

٤١/ب) تحكيم أردنى، و(م٣١) تحكيم بحرينى، و(م٥٧) تحكيم موريتانى، و(م٣٠) تحكيم تونسي، و(م٢/٣١) من القانون النموذجي، و(م٢/٣٢) من اليونستيرال. بينما البعض الآخر من التشريعات اعتنق فكرة بطلان الحكم لعدم تسيبه مثل نص (م١٨٣) مرافعات كويتي، و(م٢٧٠) مرافعات عراقي، و(م٣٠) تحكيم تونسي، و(م٨٢٣) مرافعات إيطالي، و(art.1461.et.1480.N.C.P.C.F.). ويقصد بتسيب الحكم التحكيمي: تضمين ورقة الحكم الأدلة الواقعية والقانونية التي أسس عليها المحكم حكمه. وتذكر الأسباب في العادة قبل منطوق الحكم مسبوقه بعبارة (حيث أن...) أو (بناءً على...) أو (بما أن...)^(١).

ويهدف التسيب إلى ضمان تحقيق العدالة، واحترام المحكم لحقوق الدفاع، والتزامه بالقواعد الموضوعية والإجرائية، ومدى تمسكه بقواعد الإثبات، ويسهم في تكوين واضح للسوابق التحكيمية التي تعد مصدراً من المصادر القانونية التي يستعين بها المحكم في حكمه، ويعتبر ضمانه لأطراف التحكيم ضد تحيز المحكم الذي يجد نفسه مجبراً على بذل العناية اللازمه في دراسة وقائع القضية التحكيمية، وتمحيص ادعاءات أطراف التحكيم، ووزن الأدلة والمستندات التي قدموها، وبث الثقة والطمأنينة في نفوس أطراف التحكيم، كما يهيء التسيب للخصوم فرصة لتقييم حكم التحكيم، فيما أن يقبلوه عن اقتناع بعدالته، وإما أن يستعملوا حقهم في الطعن عليه أمام المحكمة المختصة كالطعن ببطلانه مثلاً. كما يسمح التسيب بالتحقق من استناد الحكم على قانون سليم أو تملك عن طريقه محكمة الطعن ببطلان حكم التحكيم مراقبة صحته وسلامة الحكم التحكيمي^(٢).

(1) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٧٤ - ١٧٥. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٢٠٥.

(2) د.محمد حامد فهمي، تسيب الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ١٩٣٥م، ص ٥٩٣ وما بعدها. د.عبد الوهاب الباهي، خواطر حول تسيب أو تحليل القرارات التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، ٢٠٠٠م، ص ١٣٢ وما بعدها.

وفي تقديرنا أن القول بأن حكم التحكيم يجوز أن يخلو من التسيب في حالة إتفاق الأطراف علي ذلك، أو إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم يشترط ذكر أسباب الحكم. وأن جاء متمشياً مع مبدأ سلطان الإرادة، لأنه يتعارض مع الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، كما يتعارض مع مبدأ حجية الحكم؛ فالذي يسوغ فرض إرادة المحكم على أطراف التحكيم، ومنح قراره قوة الأمر المقضي به كما يرى البعض بحق^(١): هو تحقيق وقائع النزاع تحقيقاً كافياً ومنطقياً وهو ما يجمله في أسباب حكمه بما يضمن عدالته. ولا يكفي في ذلك الارتكان إلى مجرد الثقة في المحكم. ما لم تعكس أسباب الحكم هذه الثقة وتؤكددها. فالتسيب هو الذي يناقش الأقوال والمستندات ويبين ركائز قناعة المحكم بالحكم^(٢).

والتزام المحكم بالتسيب يطبق على التحكيم بالقانون، وبالصلح^(٣). فالنص على الالتزام بالتسيب جاء عاماً على نحو لا يجوز تقييده^(٤). وتثبيت المسؤولية المدنية للمحكم عند تجاهل أو الإخلال بهذا الالتزام^(٥). ويجب على المحكم عند تسيب حكمه؛ أن تكون الأسباب كافية، ومقنعة، ومتعلقة بموضوع النزاع، وغير متناقضة، ومحددة، ومنطقية، ومستمدة من إجراءات التحكيم، وأن ترد في حكم التحكيم، وأن تحرر أسباب الحكم وكل بياناته بلغة التحكيم^(٦).

(٤) - التزام المحكم باحترام بيانات ومحتويات حكم التحكيم: يجب على المحكم سواء كان المحكم معينا أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو

(١) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٧٦. د.عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ص ٣١٦.

(٢) د.عبد الوهاب الباهي، تسيب أو تعليل القرارات التحكيمية، ص ١٣٩.

(٣) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٥٥. عبد الوهاب الباهي، تسيب أو تعليل القرارات التحكيمية، ص ١٣٧.

(٤) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٧٦. تقض مدني ٣١/١٢/١٩٦٤م، طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٠ق، س ١٥، ج ٢، ق ١٨٥، ص ١٢٨٨.

(٥) د.عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ص ٢٤٧.

(٦) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٢٠٦. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٣٦٥.

من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، تضمين حكم التحكيم البيانات التالية: أسماء أطراف التحكيم وعناوينهم، وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وصورة من اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات أطراف التحكيم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وتاريخ ومكان إصداره، وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً، واسم المحامي أو الشخص الذي مثل كل طرف أو مساعده... ولم يشترط قانون التحكيم المصري، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية، صدور الحكم التحكيمي باسم الشعب. ولم يوجب قانون التحكيم كتابة مسودة من حكم التحكيم، لأنه لم يشترط النطق بحكم التحكيم في جلسة علنية. ويبطل حكم التحكيم إذا كتبت مسودة للحكم ولم تكتب نسخته الأصلية، لأن العبرة بنسخة الحكم الأصلية دون المسودة، كما يكون الإدعاء بتزوير مسودة الحكم غير منتج لعدم ضرورتها، فهي مجرد ورقة لتحضير الحكم⁽¹⁾.

فتوجب قوانين وأنظمة التحكيم ذكر تلك البيانات الكثيرة التي تتشابه في معناها وتختلف في صياغتها، وتتوسع وتضيق من قانون إلى آخر. فالمهم هو التزام المحكم بضوابط بيانات حكم التحكيم الواردة في القانون الواجب التطبيق علي التحكيم، والبيانات المتعلقة بالنظام العام مثل نص (م ٤٣/٣) تحكيم مصري، و(م ٤٢) تحكيم سعودي، و(م ٤٣) تحكيم عُمانى، و(م ٧٩٠) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م ٧٦٠) مرافعات ليبي، و(م ٤٢) تحكيم سوري، و(م ٤١/ج) تحكيم أردني، و(م ٣/٣١) من قانون اليونستيرال، و(م ٥٧) تحكيم موريتانى، و(م ٤٨) تحكيم يمني، و (art.1472 N.C.P.C.F)، و(م ٣٧) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي^(٢). وترجع أهمية تحديد مكان إصدار حكم التحكيم إلى ارتباطه

(1) دفتحي والسي، قانون التحكيم، بند ٢٥٢، ص ٤٣٣ - ٤٣٤. تقض مدني ١٩٩٠/١/٢٣م، طعن رقم ٢٥٦٨ لسنة ٢٥ق، مج، س ٤١، ج ١، ق ٤٤، ص ٢٢١. تقض مدني ١٩٨٨/٤/١٢م، طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ق، مج، س ٣٩، ج ٢، ق ٥٢، ص ٢٤٢.

(2) دنيل عمر، التحكيم، بند ١٤٩، ص ١٧٢، بند ١٥٦، ص ١٨٢. تقض مدني ٢٠١٠/٤/١٣م، طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٧٤ق،

بقواعد تنفيذ حكم التحكيم، كما أن أهمية تحديد تاريخ إصدار حكم التحكيم ضرورية للتأكيد من أنه صدر في خلال مهلة التحكيم. ويجب ذكر أسباب الحكم التحكيمي بالقدر اللازم لحمل قضاء الحكم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، علي أن تكون كافية، ومعلقة بموضوع الدعوى، وغير متناقضة^(١).

(٥) - التزام المحكم باحترام قواعد إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة القضائية المختصة: توجب معظم قوانين التحكيم المختلفة التزاماً على المحكم سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، باحترام قواعد إيداع حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة المختصة، فور إصدار الحكم مستوفياً كافة شروطه الشكلية والموضوعية.

فيجب أن يقوم المحكم أو أحد المحكمين عند تعددهم أو الطرف الرابع صاحب المصلحة في تنفيذ حكم التحكيم على وجه السرعة، بإيداع حكم التحكيم في قلم كتاب المحكمة المختصة، ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع، ولكل من طرفي التحكيم الحصول علي صورة من محضر الإيداع، ويعتبر إيداع حكم التحكيم شرطاً لتنفيذ حكم التحكيم. فالهدف من إيداع حكم التحكيم بعد إصداره قلم كتاب المحكمة المختصة حتى يكون قابلاً للتنفيذ الجبري بعد إصدار أمر بتنفيذه، ثم تذييله بالصيغة التنفيذية من قاضي التنفيذ بالمحكمة المختصة. وتطبق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكام المحكمين وذلك بنص (م ٢١٢/٣) إجراءات مدنية إماراتي.

(١) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ٢٠٨ - ٢١٠. تقض مدني ١١/٧/١٩٨٨م، طعن رقم ٥٥٣٩ لسنة ٦٦ق، مجلة القضاة، س ٣٠، ع ١- ٢، ١٩٩٨م، ق ٩٢، ص ٣١٣. استئناف القاهرة، دائرة ٨ تجاري، جلسة ٢٠/٧/١٩٩٩م، استئناف رقم ٧ لسنة ١١٦ق تحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٤، أغسطس ٢٠٠١م، بند ٢/ج، ص ٢٠٩.

ويجب تحرير محضر بهذا الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة، ولأن إيداع الحكم إجراء لاحق على صدور الحكم التحكيمي، لذا فإن عدم القيام به لا يؤدي إلى إبطال حكم التحكيم، وإن كان يؤدي إلى تعطيل تنفيذه. ووظيفة القاضي حين يتصدى لإعطاء حكم المحكمين صيغة التنفيذ تقتصر على البحث في أن هناك شرط أو مشاركة تحكيم بصدد نزاع معين، وأن هذا النزاع هو الذي طرح بالفعل على المحكم، وفصل فيه في مواجهة من اتفق على التحكيم، وأن هذا النزاع لا يتصل بمسائل لا يجوز فيها الصلح، وأن المحكم لم يخرج عن حدود وثيقة التحكيم، ولم يتجاوز الميعاد المقرر للتحكيم، وأن الحكم يتمتع بالشكل المقرر بالنسبة للأحكام، ولم يبين على إجراء باطل. ويختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين وهذا الاختصاص يشمل المنازعات الموضوعية والوقئية والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وتصلح أسباب بطلان حكم المحكمين أن تكون بذاتها أسباب للاستشكال عند تنفيذه^(١).

وقد نص قانون التحكيم المصري على وجوب إيداع أصل حكم التحكيم أو صورة منه موقعة باللغة التي صدر بها مع ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة، إذا كان صادراً بلغة أجنبية من صدر حكم التحكيم لصالحه، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة، و(م٤٧) تحكيم مصري لم تحدد ميعاد للإيداع، وكذلك (م٨٤٤) أصول محاكمات مدنية لبناني، و(م٤٧) تحكيم عُمانى. أما قانون المرافعات العراقي فقد نص في (م٢٧١) منه على: "... وتسليم القرار مع الأصل إتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة". أما (م٧٦٢) مرافعات ليبي حددت المدة بخمسة أيام التالية لصدور الحكم. أما (م١٨٤) مرافعات الكويتي حددت المدة

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص٣٢٥. د.محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين، ص٣٨. د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص١٨٠. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص٢١٢. تقض مدني ١٥/٢/١٩٧٨م، طعن رقم ٥٢١، لسنة ٤٤ق، مج، س٢٧، ج، اق، ص٤٧٢. استفاد مصر ٣٠/٤/١٩٤٦م، المحاماة، س٣١، ع٧، ص١٢١٩.

بعشرة أيام من الأيام التالية لصدور الحكم المنهي للخصومة وحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع. أما (م ٤٤) تحكيم سعودي ألزمت هيئة التحكيم بإيداع حكم التحكيم في المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً، وكذلك (م ٢١٣) إجراءات مدنية إماراتي. بينما نصت (م ٥٠) تحكيم يمنى على أن الإيداع يكون خلال الثلاثين يوماً التالية لإصدار الحكم. بينما نص قانون المرافعات الفرنسي على أن يودع أحد المحكمين أو الطرف الأكثر استعجالاً أصل الحكم التحكيمي، مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم، قلم كتاب المحكمة المختصة، وعلى قاضي التنفيذ وضع الصيغة التنفيذية على أصل الحكم التحكيمي، وفي حالة رفض قاضي التنفيذ وضع الصيغة التنفيذية، فيجب أن يكون رفضه مسيئاً (art. 1477 et 1478.N.C.P.C.F.).

(٦) - التزام المحكم بتسليم صورة موقعة من حكم التحكيم لكل محتكم: توجب قوانين وأنظمة التحكيم المختلفة التزاماً على عاتق المحكم سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، بتسليم صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكم أو المحكمين للمحتكمين مثل نص (م ١/٤٤) تحكيم مصري، و(م ١/٤٤) تحكيم عُمانى، و(م ٢٧١) مرافعات عراقي، و(م ١/٤٢) تحكيم أردني، و(م ٣١) تحكيم بحرينى، و(م ٤٣) تحكيم سعودي، و(م ٣٣) تحكيم تونسي، و(م ٥٧) تحكيم موريتاني. وطبقاً لنص (م ١/٤٤) تحكيم مصري) يجب أن يتم التسليم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم، ولم ترتب أي جزاء على عدم مراعاة قيام المحكم بهذا الالتزام خلال الأجل القانوني. وتكمن أهمية هذا الالتزام من الناحية العملية في تمكين من صدر حكم التحكيم لصالحه القيام بإجراءات التنفيذ الجبري^(١).

(1) د.أبو العلاء النمر، ميعاد التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١، ص ٢٠٠. د.سحر عبد الستار، المركز القانوني، ص ١١٤.

(٧) - التزام المحكم بتفسير، وتصحيح حكم التحكيم، وإصدار أحكام إضافية: تنتهي ولاية المحكم سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، بإصدار الحكم المنهي لخصومة التحكيم كلها، حتي ولو كان ميعاد التحكيم مازال ممتداً. إلا أنه استثناءً من مبدأ انتهاء ولاية المحكم (اختصاص وصفة المحكم) بصدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم، تظل للمحكم بعد صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم كلها؛ سلطة تفسير ما قد يقع من غموض أو إبهام في منطوق حكمه، وكذلك سلطة تصحيح ما قد يقع في حكمه من أخطاء مادية بجملة سواء أكانت كتابيه - لغوياً أو مطبعياً - أم حسابية، كما يجوز للمحكم بناء علي طلب أحد أطراف التحكيم أن يصدر حكماً إضافياً في طلبات قدمت إليه أثناء نظر إجراءات خصومة التحكيم وأغفل حكم التحكيم الفصل فيها بنص (م٥١، ٥٠، ٤٩) تحكيم مصري، و(م٥٧) تحكيم إنجليزي، و(م٥١، ٥٠، ٤٩) تحكيم عُمانى، و(art.1475 al. 2 N.C.P.C.P.F.)، و(م٨) تحكيم قضائى كويتى، و(م٤٦) تحكيم سورى، و(م٤٧، ٤٦، ٤٥) تحكيم أردنى، و(م٤٢) تحكيم فلسطينى، و(م٣٣) تحكيم بحرنى، و(م٥٢) تحكيم يمنى، و(م٢٧) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، و(م٢٩) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، و(م٣٨) من قواعد مركز ديبى للتحكيم الدولي، و(م٧٩٢) أصول محاكمات مدينة لبنانى، و(م٣٧، ٣٨، ٣٩) من قواعد مركز القاهرة، و(الفصل ٣٧) مجلة تحكيم تونس. بينما جعلت (م١٤٧) إجراءات مدينة سودانى للمحكمة القضائية أن تعدل أو تصحح قرار المحكمين^(١).

٣٠- انقضاء عقد التحكيم المبرم بين المحكم والمحتكمين: تنقضي ولاية المحكم سواء كان المحكم معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم

(1) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٦ وما بعده، ص ٤٦٤ وما بعدها. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٧، ص ٢١٠ وما بعدها.

أو من مركز تحكيم أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، ويفقد صفته بإنقضاء عقد التحكيم، ويصبح شخصاً عادياً. لأن ولاية المحكم ولاية خاصة ومؤقتة ومتعلقة بنزاع محدد بموجب اتفاق تحكيم^(١).

وينقضي عقد التحكيم انقضاء طبعي بإصدار المحكم حكم تحكيم ملزم في النزاع المعروف عليه خلال ميعاد التحكيم. وقد ينقض عقد التحكيم انقضاء غير طبعي (انقضاء مبتسر) إما لأسباب ترجع إلى المحكم: كوفاء المحكم (art.1464 N.C.P.C.F.)، أو لحرمان المحكم من حقوقه المدنية أو الحجز عليه (م ١/١٦ تحكيم مصري). أو لوجود مانع قانوني لدي المحكم (م ٢٠ تحكيم مصري، و art.14 64N.C.P.C.F.). كمرض أو شغله وظيفه معينة أو لامتناع المحكم عن مباشرة مهمته التحكيمية (art.1462.al.1.N.C.P.C.F.). وإما لأسباب ترجع إلى طرفي خصومة التحكيم: كالتنازل عن الاختصاص التحكيمي (art. 1458 (al.3. N.C.P.C.F.) أو لاتفاق أطراف التحكيم على تسوية النزاع بينهم أو لعزل المحكم أو رده أو إنهاء مهمته أو لإنهاء إجراءات التحكيم بترك المدعى خصومة التحكيم دون تمسك بها من المدعى عليه^(٢).

وتوجد عدة أسباب لانقضاء عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم: ينقضي عقد التحكيم انقضاء طبعياً بإنجاز المحكم المهمة التحكيمية الموكولة إليه، صدور حكم تحكيمي في موضوع النزاع خلال مهلة التحكيم، وفقاً لاتفاق التحكيم وأحكام القانون. فالمحكم بعد قبوله القيام بالمهمة التحكيمية يجب عليه الاستمرار فيها لحين إتمامها، ولا يجوز

-Alexandre Ditchey; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N.9; (1) P. 404.

-Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juri. Class. Fasc.1032; N.106; P.27.

-Cass. Civ.2^e ; 17 Juin 1975; Rév. arb.1976; P.189; Not. E.Loquin.-

(2) الإشارة السابقة.

له التنحي عن مهمته دون سبب مشروع، والالتزام بدفع التعويض للمحتكمين عن الضرر الذي لحق بهم بسبب تنحيه في وقت غير مناسب وبدون عذر مقبول. كما ينقضي عقد التحكيم انقضاء مبتسراً، بإنهاء العقد من جانب أحد طرفيه فينقضي عقد التحكيم من جانب المحكم بتحقيق سبب أو عذر مشروع كإصابة المحكم بمرض يمنعه من الاستمرار في القيام بالمهمة التحكيمية، أو فقد المحكم لأهليته القانونية، أو القوة القاهرة التي تحول دون قيام المحكم بمهمته أو بوفاء المحكم أو بعدم توصل المحكمين إلى اتخاذ قرار لحسم النزاع. وهذا يحدث عند وجود هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة محكمين أو أكثر وانقسمت آراءهم دون تحقق الأغلبية لرأي معين. أو بصدور حكم شهر إفلاس المحكم دون أن يرد له اعتباره بصدور حكم قضائي ضد المحكم بعقوبة جنائية⁽¹⁾.

وقد ينقضي عقد التحكيم من جانب المحتكمين في أية مرحلة من مراحل نظر خصومة التحكيم قبل صدور حكم تحكيمي فاصل في النزاع حتى ولو كان المحكم معيناً من المحكمة أو المحكمين الآخرين. كما لو طلب أحد المحتكمين رد المحكم وصدور حكم بالرد، حيث يرد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي، فيكون المحكم معرضاً للرد إذا كانت هناك ظروف تشير شكوكاً حول حياده واستقلاله ظهرت بعد إتمام تعيينه أو لم يكشف عنها المحكم لحظة تعيينه أو بوفاء المحتكمين أو أحدهم أو عدم رضاه المحتكمين بمد مهلة التحكيم التي انقضت دون صدور حكم تحكيمي فاصل في الموضوع.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم، بند ٦٢-٦٣، ص ١٤٢-١٤٨، بند ٩١، ص ٢١٤-٢١٥. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٥ وما بعدها. د. عزمي عبدالفتاح، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدر عن اتحاد وزراء العدل العرب، المغرب، العدد الثالث، إبريل ١٩٨٦، ص ٤٤٧.

الفصل الثاني النظام القانوني لمسئولية المحكم

٣١- تمهيد وتقسيم: تقوم هيئة التحكيم بعد إختيارها بإستلام ملف التحكيم الذي يحتوي على طلب التحكيم، وطلبات المدعي وأدلته ومذكراته، وطلبات المدعي عليه وأدلته ومذكراته بالرد... لدراسته وتكوين فكرة عن موضوع النزاع لتقوم هيئة التحكيم بعد ذلك بإعداد وثيقة مهمة هيئة التحكيم، والتي تتضمن بيانات الأطراف وعناوينهم وبيانات هيئة التحكيم ومكان ولغة التحكيم وبيان القواعد الإجرائية والموضوعية التي ستطبق ومواعيد الجلسات وتحديد أدلة الإثبات وميعاد التحكيم ومواعيد تقديم المذكرات والمستندات وملخصاً لوقائع النزاع، وطلبات المدعي، وطلبات المدعي عليه، والمسائل التي ستفصل فيها هيئة التحكيم، وتحديد مثل عن كل طرف...^(١).

توجد بعض قوانين ونظم التحكيم المختلفة التي التزمت الصمت تجاه موضوع مسؤولية المحكم عن قيامه بمهمته التحكيمية تجاه طرفي خصومة التحكيم، وتجاه الغير، فلم تتطرق له، لا من قريب، ولا من بعيد. وهناك بعض التشريعات قد نصت صراحة على منح المحكم حصانة قضائية تحول دون إقامة دعوى مسؤولية عليه عن الإخلال بأي التزامات على المحكم. في حين توجد بعض قوانين ونظم التحكيم الأخرى كانت أكثر شجاعة، وأوردت بعض النصوص التشريعية التي تتحدث باستحياء

- (1) د.إبراهيم الدسوقي، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، ص ١٧، ع ١٤، ٢٠٠١، مارس - يونيو ١٩٩٣، ف، ص ٩٣ - ٩٥. د.عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، ص ٤٥٩ - ٤٦٠. د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٧٥، ص ١٧٦ وما بعدها. د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ٢٢٠، ٢٢٢.
- B.Hanotiau; arbitrage, médiation, conciliation, approches d'Europe continentale et de commun Law; Rév.arb.1996; N.2; P.208.
- Paris; 19 Mars 1987; Rév.arb.1987; P.498; Not. Louis Zollinger.
- Cass. Com. 9 Janv. 1979; Rév.arb. 1979; P.478; Not. Fouchard.

وتهيب وحرص شديد عن مسئولية المحكم عن الأخطاء التي قد تقع منه أثناء قيامه بمهمته التحكيمية.

وترتب على اختلاف تشريعات وقوانين التحكيم في شأن تقرير مسئولية المحكم: اختلاف الإتجاهات القضائية في معالجة هذا الموضوع اختلافاً واضحاً يدعوا إلى الحيرة والغموض. كما أدى إلى اختلاف الفقه الذي ما زالت الغالبية العظمى منه تتناول هذا الموضوع في صمت وحرص. ولذلك تميز هذا الموضوع بندرة شديدة في المراجع القانونية التي تعين الباحث على خطواته في طريق يكتنفه الغموض والإبهام^(١). وتعتبر قوانين التحكيم، وإرادة أطراف التحكيم، وعقد التحكيم، أساس سلطات المحكم، هذه السلطات مكنة للمحكم لتمكينه من تسيير وإدارة إجراءات التحكيم بسرعة وفاعلية، ولكن هذه المكنة الممنوحة للمحكم ليست بهدف استعمالها حسب رغبته وسلطته وقتما يشاء، وإلا أصبح التحكيم عبثاً لا طائل من ورائه.

فالمحكم ليس قاضي حكومي، ومن ثم فهو مقيد بالمهمة التحكيمية التي قبل القيام بها. بحيث لا يستعمل السلطات الممنوحة له إلا فيما يخدم تحقيق المصلحة التي يسعى أطراف التحكيم في الوصول إليها، ومن ثم فإن وضع هذه السلطات خارج الحدود المرسوم لها، يكون قد وضع نفسه تحت طائلة المسئولية القانونية.

وقد ساهم الغياب التشريعي والوطني والدولي والمؤسسي لعملية التحكيم بكل جوانبها في عدم وضوح الإطار العام للالتزامات المحكم، كما ساعد على ذلك أيضاً خلو المؤلفات الفقهية المختلفة، وعدم تعرض الأحكام القضائية لتقييم دور المحكم وما يفرضه عليه من التزامات^(٢).

والالتزامات المحكم سواء الالتزامات القانونية أو الاتفاقية تبدأ بمرحلة سابقة على قبول المحكم لمهمة التحكيم. هذه المرحلة هي مرحلة ترشيح أطراف التحكيم أو القضاء أو الغير الذي ينوب عن أطراف التحكيم. هذه

(١) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٢٩.

(٢) د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٥٠.

الالتزامات تتمثل في الالتزام بالإفصاح بالأطراف أو ممثليهم أو بموضوع النزاع، وكذلك بقبوله مهمة التحكيم، والالتزام باتباع واحترام سلوكيات وأخلاق المحكم الشريف، والتزامه بمباشرة مهمة التحكيم بنفسه. ثم يلي ذلك المرحلة الثانية وهي مرحلة سير الخصومة، وهذه المرحلة تتضمن العديد من الالتزامات؛ منها التزامات قانونية، ومنها التزامات اتفاقية. وفي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة إصدار حكم التحكيم، والالتزام بإيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة، وغيرها من الالتزامات...

في المقابل هناك العديد من الحقوق للمحكم بمثابة التزامات تقع على المحتكين. هذه الحقوق منها ما ورد النص عليه في التشريعات والقوانين واللوائح، ومنها ما يكون اتفاقي ورد في نص عقد التحكيم بحسب ما يتراضى عليه المحكم والمحتكمين. والحق والأساس في هذه الحقوق هو حق المحكم في تقاضي الأتعاب والمصاريف والتعويض، وكذلك حق المحكم في عدم عزله بدون مبرر، وكذلك حق المحكم في الحصانة. كذلك حق المحكم في التنحي بمرر مقبول. وكذلك حق المحكم في قبول ورفض مهمة التحكيم. ويرتبط تحديد طبيعة مسؤولية المحكم ارتباطاً وثيقاً بطبيعة علاقة المحكم بأطراف النزاع التحكيمي، وبطبيعة عمله كقاضي خاص يقوم بمهمة قضائية خاصة بناءً على اختياره من طرفي النزاع التحكيمي، وقبوله القيام بالمهمة التحكيمية، بناءً على عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف النزاع التحكيمي. لذا فتحديد مسؤولية المحكم تقتضي تحديد النظام القانوني للمحكم.

ولذا تتناول طبيعة التزام المحكم، وطبيعة مسؤولية المحكم. وأركان مسؤولية المحكم من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية. ثم تتناول دفع المسؤولية المدنية للمحكم بنفي خطأ المحكم عن طريق؛ الدفاع الشرعي، وتنفيذ أمر الرئيس، وحالة الضرورة، ورضا المضرور أو قبوله المخاطر. وينفي علاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر؛ بالقوة القاهرة، وبفعل المضرور، وبخطأ الغير. ثم تأمين المسؤولية المدنية للمحكم، وضمان الأضرار الناجمة عن خطأ المحكم.

وبناء على ذلك، نتناول الفصل الثاني (النظام القانوني لمسئولية المحكم) في
مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: نطاق وأركان مسئولية المحكم.

المبحث الثاني: طرق دفع مسئولية المحكم، وتأمينها.

وذلك بالتفصيل المناسب علي الوجه التالي.

المبحث الأول

نطاق وأركان مسئولية المحكم

٣٢- تمهيد وتقسيم: نتناول في هذا المبحث: طبيعة التزام المحكم،
وطبيعة مسئولية المحكم. وأركان مسئولية المحكم من خطأ، وضرر،
وعلاقة سببية.

٣٣- طبيعة التزام المحكم: يعرف الالتزام بأنه " واجب قانوني يقع
على عاتق شخص معين يلزمه أن يقوم بأداء مالي لصالح شخص آخر
معين أو قابل للتعين. يسمى الدائن". فالالتزام إذا له عنصران؛ عنصر
شخصي: يتمثل في الرابطة بين الدائن والمدين، وعنصر مالي: يتمثل في
محل، الذي يعتبر حقا للدائن، ودينا في ذمة المدين، وكل التزام له هذان
العنصران. ولكن البعض يغلبون العنصر الشخصي، وهؤلاء هم أنصار
المذهب الشخصي، فيرون أن العنصر الجوهري في الالتزام هو محل الالتزام
أو موضوعه. وقد قال بهذه النظرية الفقهاء الألمان ثم تأثر بها الفقهاء
الفرنسيون في أوائل القرن العشرين^(١). وإذا كان الالتزام في جميع صوره
واجبا قانونيا، فيختلف نوع الالتزام باختلاف الأساس أو الزاوية أو الجهة
التي ننظر إليه منها.

وتنقسم الالتزامات من حيث مصدرها إلى: الالتزامات الإرادية تجدد
مصدرها في العقد أو الإدارة المنفردة. والتزامات غير إرادية، وقد يكون
مصدرها الفعل الضار أو العمل الغير مشروع، وقد يكون الفعل النافع
مثل: الإثراء بلا سبب، وقد يكون نص القانون. في إطار هذا التقسيم

(١) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر
الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤، بند ٣، ٤، ص ٧-٩.

للاللتزامات ، يعتبر التزام المحكم بإصدار حكم تحكيمي ملزم خلال مهلة التحكيم هو التزام إرادي مصدره عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم.

كما تنقسم الللتزامات من حيث قوتها أي من حيث إمكان الإلجار على تنفيذها إلى الللتزامات مدنية ، و الللتزامات طبيعية. فالأولى هي التي يتوافر فيها عنصراً المديونية والمسئولية ، ويمكن فيها إجبار المدين على التنفيذ إذا لم يتم بالتنفيذ اختياراً. أما الللتزامات الطبيعية فلا يتوافر فيها إلا عنصر المديونية فقط أو عنصر المسئولية ، ولذلك لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ، ولكن إذا نفذ هذا الللتزام مختاراً، فإن وفائه صحيح ، ولا يحق له أن يسترد ما وفاه ، ولا يعتبر متبرعاً ، مثل الللتزام الذي سقط بالتقادم^(١). وفي إطار هذا التقسيم لاللتزامات ؛ يعتبر التزام المحكم بإصدار الحكم تحكيمي ملزم خلال مهلة التحكيم هو التزام مدني ، يمكن إجبار المحكم على تنفيذه إذا لم يتم بتنفيذ المهمة التحكيمية اختياراً. مع ملاحظة أنه إذا لم يتم المحكم بتنفيذ التزامه عينياً ، كأنه اعتزل المهمة التحكيمية بدون مبرر ، أمكن إلزام المحكم بتنفيذ التزامه بمقابل أي عن طريق التعويض.

وتنقسم الللتزامات من حيث محلها إلى : الللتزام بإعطاء ، و الللتزام بعمل ، و الللتزام بامتناع عن العمل. ويقصد بالاللتزام بإعطاء ، ذلك الللتزام بعمل إيجابي الذي يكون متجهاً إلى نقل أو إنشاء حق عيني مثل الللتزام بدفع مبلغ من النقود. ويقصد بالاللتزام بعمل الللتزام بعمل إيجابي غير نقل أو إنشاء حق عيني ، مثل الللتزام بالطبيب بعلاج المريض. ويقصد بالاللتزام بامتناع عن عمل أو الللتزام بعمل سلبي : الللتزام المدين بعدم القيام بعمل كان له أن يقوم به لولا وجود هذا الللتزام ، مثل : الللتزام العامل بعدم إفشاء سر المهنة. مع ملاحظة أن محل الللتزام في جميع صورته هو العمل ، وهذا العمل قد يكون إعطاءً أو عملاً إيجابياً أو امتناعاً^(٢). وفي إطار هذا

(1) نقض مدني ١٨/٢/١٩٧٥ ، طعن رقم ٣٤٩ لسنة ق ٣٩ ، مج ، س ٢٦ ، ج ١ ، ص ٤٢٩.

(2) د. محسن عبد الحميد اليه ، النظرية العامة للاللتزامات ، مصادر الللتزام ، ج ١ ، مكتبة الجلاء بالمنصورة ، ص ١١.

التقسيم للالتزامات، يعتبر التزام المحكم بإصدار حكم تحكيمي ملزم خلال مهلة التحكيم هو التزام بعمل إيجابي.

وتنقسم الالتزامات من حيث آثارها أي من حيث احتمال أو عدم احتمال تحقق النتيجة أو الغاية التي يهدف إليها الدائن إلى نوعين: التزام بتحقيق نتيجة أو غاية، والتزام ببذل عناية أو وسيلة. ويكون الالتزام بنتيجة أو غاية (التزام محدد)، إذا كان الأداء الذي يلتزم به المدين هو ذاته الغاية التي يهدف إلى تحقيقها، أي أن الأداء الذي التزم به المدين مطابق لغاية معينة حددها مصدر هذا الالتزام. بمعنى أن المدين يتعهد بتحقيق النتيجة أو الغاية حيث لا يدخلها عنصر الاحتمال، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، ومجرد عدم تحقق النتيجة يعني أن المدين مخطئ، ولا يلزم الدائن إلا بإثبات عدم تحقق النتيجة، فالتزامه بنتيجة يدخل ضمن إمكانية المدين به^(١).

ويكون الالتزام ببذل عناية أو وسيلة (التزم غير محدد): إذا لم يكن الأداء الذي يلتزم به المدين هو في ذاته هدف وغاية الدائن، وإنما يكون على المدين أو يقوم بعمل من شأنه عادة أن يؤدي إلى تحقيق هذا الهدف المنشود. أي أن المدين لا يتعهد بتحقيق الهدف لأن تحقيقه خارج عن إرادته، وإنما يتعهد ببذل ما يملكه عليه تعهده من الوسائل المؤدية إلى تحقيقه، وبذلك لا تقوم مسؤولية المدين إذا أثبت أنه بذل كل ما في استطاعه من حرص لتحقيق الهدف المنشود ولو لم يتحقق، كالتزام الطبيب بعلاج المريض، والتزام المحامي بممارسة مهنته... ويقع عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام على الدائن، فعليه أن يثبت عدم بذل المدين العناية المطلوبة، والأصل أن يبذل الملتزم ببذل عناية بما يبذله الشخص المعتاد في مثل ظروفه، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك^(٢).

(١) د.حسن علي الذنون، د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر بالأردن، ٢٠٠٢، ص ١٩.

(٢) د.مصطفى العوجي، القانون المدني، ج ٢، المسؤولية المدنية، ص ٣٥-٤٠. تقض مدني مصري ١/٢٢/١٩٨٠، طعن رقم ٧٣٨ لسنة ٤٥ ق، مج، س ٣١، ج ١، ص ٣٤٠.

وقد يتداخل الالتزام بنتيجة مع الالتزام ببذل عناية في عقد واحد، بحيث يصعب أحياناً الفصل بينهما، كعقد العلاج الطبي. وقد يتحول الالتزام بنتيجة إلى التزام بوسيلة أو ببذل عناية، والعكس، حسب العلاقة العقدية القائمة بين طرفي العقد، وبالنظر لهذا التداخل، والتحول، يعود لتقاضي الموضوع في كل قضية تحديد نوع التزام المدين^(١).

وفي إطار هذا التقسيم للالتزامات، يعتبر التزام المحكم بإصدار حكم تحكيمي ملزم خلال مهلة التحكيم هو التزام ببذل عناية؛ لأنه التزام لا يدخل ضمن إمكانية وإرادة المحكم، فقد تتدخل أمور خارجة عن إرادة المحكم تمنع إصدار الحكم التحكيمي خلال ميعاد التحكيم، بينما التزام المحكم بالقيام بالمهمة التحكيمية هو التزام بتحقيق نتيجة؛ لأنه التزام يدخل ضمن إمكانية وإرادة المحكم.

٣٤- طبيعة مسؤولية المحكم: يوجد في القانون المقارن اتجاه فقهي وقضائي وتشريعي يدافع عن حماية المحكم بمنحه حصانة مطلقة تحول دون إقامة دعوى مسئولية عليه (حصانة المحكم المطلقة) بحجة صعوبة إثبات خطأ المحكم واستحالة الحصول على دليل ضده. كما أن المحكم كالقاضي يقوم بوظيفة قضائية، هي الفصل في النزاع التحكيمي، تمنحه حصانة تحول دون طلب مناقشته ومراجعته بناء على طلب أحد أطراف التحكيم في خصومة التحكيم. وذلك لتخفيف العبء على كاهل المحكم واستقراره واحترامه، ولتفعيل نظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات عن طريق توفير الفاعلية والاحترام لأحكام التحكيم. فالسماح برفع دعوى مسئولية ضد المحكم سيكون وسيلة غير مباشرة للطعن على الحكم التحكيمي ومراجعته أمام القضاء^(٢).

وهناك بعض التشريعات نصت صراحة على منح المحكم حصانه قضائية تحول دون إقامة دعوى المسئولية عليه منها: (م ١/٢) من اتفاقية

(1) -Cass.Civ.; 8 Octobre 1968. D.1969; P.157; Not. Jean. Mazeaud.

(2) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٩٠-٣٩١. د. أبو العلاء النمر، المركز القانوني للمحكم، ص ١٣٠ وما بعدها.

البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و (م ٤٣/٤) من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية، و (م ٦٦) من قواعد مؤسسة التحكيم الهولندية، و (م ٤٣) من قواعد جمعية التحكيم الإيطالية، و (م ٣٤) من لائحة غرفة التجارة الدولية... وتوجد بعض التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه من القضاء الفرنسي بحجة التطابق بين مهمة المحكم والقاضي، ومن ثم يجب أن يتمتع المحكم بذات الحصانة التي يتمتع بها القاضي. فقد رفضت محكمة الاستئناف باريس دعوى مسئولية ضد الحكم رغم ثبوت الخطأ الشخصي في جانبه بحجة الطابع القضائي لمهمته التحكيمية. كما رفضت طلب مثول محكم كشاهد في دعوى مسئولية ضد محكم آخر^(١).

بالرغم من الاتجاه السابق، إلا أن الاتجاه السائد في الفقه، والقضاء، والقانون المقارن، يقر بمسئولية المحكم تجاه طرفي التحكيم بعلاقة تعاقدية (عقد التحكيم)، وتدخل في مجال القانون الخاص، وترتب حقوق والتزامات متبادلة. لذا يجب مساءلة المحكم عن تعويض الأضرار التي أصابت طرفي التحكيم من جراء مسلكه الغير مشروع، والإخلال بالواجبات المهنية المحكم. فالمحكم يتولى مهمته التحكيمية مقابل أتعاب كبيرة، ومن ثم يتعين أن يتحمل مغبة أي تقصير أو إهمال في أداء عمله. كما أن تقرير مسئولية المحكم ضمان لعدالته، وعدم استبداده. ولصحة أحكامه، فلا خطأ بدون عقاب^(٢). وهناك بعض التشريعات نصت صراحة على تنظيم مسئولية المحكم على أساس عقدي في مواجهة طرفي خصومة التحكيم عن الإخلال بأداء واجباته التحكيمية. من تلك التشريعات: (م ٢/٥٤٨) من قانون الإجراءات المدنية النمساوية...

(1) -Paris; 29 Mai 1992; RTD.Com. 1992; P.588; Obs. Dubarry et Loquin.

-Paris; 15 déc.1998; Rév. arb. 1999; P.103; Not; P.Lalive.

(2) د.أبو العلاء النسر، المركز القانوني للمحكم، ص ١٣٦. دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٥٨.

-Fouchard; Le statut de l'arbitre; Rév. arb.1996; P. 360.

-Paris; 29 Mai 1992; RTD.Com. 1992; P.588; Obs. Dubarry et Loquin.

ويرى جانب من الفقه أن النص في عقد التحكيم مقدما على إعفاء المحكم من المسؤولية أو التخفيف منها هو أمر غير مقبول ؛ لأن ذلك يجعل المحكم يبذل مجهوداً أقل مما تفرضه عليه واجبات مهنته التحكيمية ، وهو ما لا يجوز^(١). وإذا تم إقرار مسؤولية المحكم عن الإخلال بواجبات مهنته التحكيمية ، فهل يسأل المحكم عن جميع أخطائه العادية التي قد تقع منه أثناء تأديته لمهنته التحكيمية أم أنه لا يسأل إلا عن أخطائه الجسيمة فقط للإجابة على هذا التساؤل نجد اتجاهين في الفقه والقانون المقارن :

الاتجاه الأول: تقرير مسؤولية المحكم في حالة الغش والتدليس أو الخطأ الجسيم: يقوم المحكم في مهمة الفصل في النزاع التحكيمي كقاضي الدولة ، لذلك يجب توفير الاستقرار والحماية له والأمن والطمأنينة حتى يتم مهمته التحكيمية. وعليه فلا يجوز بحث مسؤولية المحكم إلا في حالة الخطأ الجسيم الذي يعادل الغش والتدليس ؛ لأنه في تلك الحالة لا يتصرف المحكم باعتباره قاضياً ويكون قد خرج عن السلوك المعتاد في ممارسة مهنة التحكيم. ومن التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه (م ٩٤٢) من قانون الإجراءات المدنية الصيني ، و (م ٨١٣) مرافعات ايطالي ، و (م ٣/٥٨٤) اجراءات مدنية نمساوي ، وبعض تطبيقات للقضاء الفرنسي^(٢). ولكن يعيب هذا الاتجاه: عدم وجود معيار دقيق للترقية بين الخطأ العادي ، والخطأ الجسيم الذي يترتب عليه مسؤولية المحكم. كما يمنح المحكم فرصه كبيرة للهروب من المسؤولية لعدم توافر صفة الجسامه في الخطأ^(٣).

الاتجاه الثاني: تقرير مسؤولية المحكم طبقاً للقواعد العامة: لا يعتبر المحكم قاضياً ، وإن قام بنفس وظيفة القاضي. لذا لا يلزم اتباع نظام مخصصة القضاة عند مسألة المحكم ، وإنما يخضع المحكم للقواعد العامة في

(1) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٩٩ - ٤٠٢.

(2) د.أبو العلاء النمر، المركز القانوني، ص ١٥٢ ، ١٥٤. دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٢.

-Paris 2 oct. 1982 ; Rév. arb 1987; P.84. ob. B.M. - Rene David;
L'arbitrage; op.cit.; P.380.

(3) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤٠٧.

المسئولية كفرد عادي، ويعتمد معيار الرجل العادي، وهو معيار موضوعي يقتضي عدم مؤاخذة المحكم إلا إذا صدر منه خطأ لا يصدر من المحكم العادي في مثل نفس الظروف التي صدر فيها هذا الخطأ.

وترفع الدعوى عليه بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وتختص بها المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات. ويطبق على مسئولية المحكم القانون الاتفاقي لطرفي خصومة التحكيم، أما إذا لم يتفق الأطراف فإنه يكون قانون مقر التحكيم باعتباره قانون مكان وقوع الفعل الضار. ومن التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه: (م/٣/٩) من قانون التحكيم البرتغالي لعام ١٩٨٦، و (م/١/١٦) من قانون التحكيم الأسباني لعام ١٩٨٨ (١). وعلى ذلك فإن المسئولية المدنية للمحكم تحكمها القواعد العامة في القانون المدني، إذ يخضع المحكم لقواعد القانون المدني في مجال المسئولية المدنية. وترفع دعوى التعويض بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات، و بالمواعيد القانونية (٢).

وتنقسم المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية، ومسئولية تقصيرية. فالمسئولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام عقدي، والمسئولية التقصيرية هي جزاء الإخلال بالواجب العام الذي يفرض على الشخص عدم الإضرار بالغير. بمعنى أن المسئولية العقدية توجد عند حدوث ضرر نشأ من الإخلال بالواجب القانوني بالتزام عقدي. أما المسئولية التقصيرية فهي جزاء الإخلال بالواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير، أي أن القانون هو الذي أنشأها وحدد أحكامها.

وتقوم المسئولية المدنية للمحكم على أساس الخطأ، بمخالفة الأصول الاتفاقية والقانونية للتحكيم، الذي أدى إلى إصابة المضرور بضرر، بينهما علاقة سببية. وتعتبر المسئولية المدنية للمحكم مسئولية ذات طبيعة شخصية

(1) دأبو العلالنمر، المركز القانوني، ص ١٥٥ - ١٥٩. دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤٠٧. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٠٤.

- Cass. Civ; 29 Juin 1960; D.1960; P.262.

(2) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ٨٦.

أساسها خطأ المحكم ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية المهنية. ولكن متى نعتبر خطأ المحكم خطأ عقدي يرتب مسؤولية عقدية؟ ومتى نعتبره خطأ تقصيري يرتب مسؤولية تقصيرية؟

ولأن الرابطة بين المحكم والمحتمين رابطة تعاقدية من روابط القانون الخاص ، فإن مسؤوليته تجاه المحتمين تكون إذن مسؤولية تعاقدية ، وتحدد وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية. حيث يشترط حدوث خطأ من المحكم ، وحدث ضرر نتيجة لهذا الخطأ وعلاقة سببية بينهما. ولما كان المحكم لا يعد وكيلاً فإن مسؤولية المحكم لا تشبه مسؤولية الوكيل. وتنشأ مسؤولية المحكم العقدية بسبب عدم تنفيذ الواجبات المفروضة عليه في مواجهة المحتمين ، رغم قيامه بالمهمة التحكيم ، وتحدد هذه الواجبات أما في اتفاق التحكيم وإما بنص القانون^(١). أما بالنسبة لمسؤولية المحكم تجاه الغير فتكون مسؤولية تقصيرية ، وليست عقدية ؛ نظراً لعدم وجود رابطة عقديه بين المحكم والغير^(٢).

أما إذا عهد إلى شخص معنوي بتنظيم عملية التحكيم (مركز أو مؤسسة تحكيم مثلاً) كاختيار المحكمين ، وتحديد مهلة التحكيم ومدتها فإن هذا الشخص المعنوي يكون وكيلاً ويسأل مسؤولية الوكيل لأنه يتدخل في التحكيم بناءً على هذه الصفة. لا يسأل وفقاً لذات القواعد التي يسأل عنها المحكمون بأشخاصهم ، وإذا تقاضى الشخص المعنوي أجراً تكون مسؤوليته مسؤولية الوكيل بأجر. ولا تسري على هذا الأجر القواعد الخاصة بأتعاب المحكم^(٣).

-Cass. Civ.2e; 29Janv 1960; Rév. Trim. dr. Civ. 1960; P.348; obs. (1) Obro.

-Cass.Civ.2e; 3Janv 1996; Rév. arb. 1996 ; P.405 ; Not. Ph. Fouchard.

(2) د.عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم ، ص ١٨٤ وما بعدها. د.عادل محمد خير ، المحكم وكيفية إعداداته ، بحث مقدم للدورة العامة لإعداد المحكم بمركز حقوق عين شمس للتحكيم ، من ٢٢ يناير حتى ٢٧ يناير ٢٠٠٠ ، ص ٦ - ٧ .

(3) د.عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم ، ص ١٨٥ هامش (٥١٤).

ويلاحظ أن هناك بعض القوانين لا تحاسب المحكم إلا على الخطأ الجسيم، وليس على الخطأ العادي، ولكن جميع القوانين تحاسب المحكم على الخطأ الجسيم والغش. فمثلاً القانون النمساوي في (م ٥٨٤) من قانون المرافعات المدنية اعتمد الخطأ العادي في محاسبة المحكم إذا أخل بالتزام من التزاماته التعاقدية بعد قبوله لمهمته التحكيمية، وكذلك القانون اللبناني في (م ٧٦٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية إذا استقال المحكم أو انسحب من التحكيم بعد قبوله لمهمته التحكيمية. وفي نفس الاتجاه ذهب القانون البرتغالي للتحكيم الصادر ١٩٨٦م في (م ٣/٩) منه، والقانون الإيطالي في (م ٨/٣ - ٢) من قانون المرافعات... (١) وتلك النصوص في تلك القوانين ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة التي لا تتطلب لقيام المسؤولية المدنية المهنية جسامه الخطأ.

ولا يمكن الرجوع على الدولة في حالة الحكم على المحكم بالتعويض؛ لأنه لا يعتبر تابعاً لها عكس القاضي، لأنه قد يكون مختاراً من أطراف التحكيم أو من قبل هيئة أو منظمة أو مركز للتحكيم. ويبدو لنا أن مبدأ استقلال المحكم في أداء مهمته يحول دون قيام علاقة تبعية بينه وبين هيئة أو منظمة أو مركز التحكيم بالمعنى الذي يرتب مسؤولية هذه الأخيرة عن أعماله. ولكن ذلك لا يمنع بالطبع من مسائلة الهيئة أو المنظمة أو المركز عما يمكن إثباته في مواجهتها من تقصير في اختيار المحكمين أو في إدارة التحكيم^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن مسؤولية مؤسسة أو جمعية أو مركز التحكيم يمكن أن تنعقد وتتحدد طبقاً لقواعد الوكالة إذ تعد مؤسسة التحكيم وكيلاً بأجره. كما يمكن النظر إلى علاقة طرفي التحكيم ومؤسسة التحكيم على أنها من قبيل عقد المقاولة. وتثبت مسؤولية مؤسسة التحكيم تأسيسياً على

(١) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، ج ٢، ص ٢٥٢.

(٢) د. مصطفى الجيمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، التحكيم، بند ٤١٥، ص ٦٠٢ -

Jean Robert; L'arbitrage droit interne droit international privé; Dalloz. 1993; P.128.

انتهاك واجب الثقة في إدارة التحكيم على نحو صحيح، فإذا كان لجوء الأطراف إلى مؤسسات التحكيم يعد قبولاً من الأطراف لقواعدها وتفويضاً لها، فإن تجاوز حدود التفويض أو أهدافه يهدر ثقة طرفي التحكيم فيها ويشير مسئوليتها^(١).

ومع ذلك يوجد اتجاه فقهي يخرج مسئولية المحكم من مجال المسؤولية العقدية، والتقصيرية ويضعها في إطار المسؤولية المهنية. بحجة أن مسؤولية المحكم لا تجرد أساسها في عقد التحكيم، وإنما في المهمة التي يؤديها كقاضي، وذلك بالنظر لما لمهمة المحكم من طابع مهني خاص مرجعه العادات المهنية. فالطابع المهني للخطأ يشكل معياراً خاصاً لتقدير خطأ المحكم. فالمحكم يكرس جهوده للقيام بمهمته التحكيمية دون الالتزام بتحقيق نتيجة معينة طالما لم ينسب له خطأ أو تقصير^(٢).

أما عن المسؤولية الجنائية للمحكم، فيمكن أن يقع من المحكم أخطاء تشكل جريمة جنائية كاختلاس بعض الوثائق المقدمة في الدعوى مثلاً أو التزوير فيها أو قبول رشوة أو قبول وساطة...^(٣). في هذه الحالة تطبق على المحكم أحكام قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية مثله في ذلك مثل غيره من آحاد الناس. ويعتبر المحكم في حكم الموظفين العموميين فيما يتعلق بجريمة الرشوة إعمالاً لحكم (م/١١١/٣) من قانون العقوبات المصري^(٤).

ويلاحظ أنه ليست هناك مسئولية تأديبية بالنسبة للمحكمين لدى هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائم^(٥). وإنما نأمل ذلك مستقبلاً من قبل نقابة المحكمين كنقابة مهنية، وتحت إشراف ورقابة القضاء، لها نظامها الأساسي المتضمن: شروط الانضمام، وفئات المحكمين، والعقوبات التأديبية...

(1) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤٠٥. د.أبو العلاء النمر، المركز القانوني، ص ١٤٨ - ١٥٠.

(2) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٩٧.

(3) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ٨٦، ص ٢١٠.

(4) د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤١٦، ص ٦٠٣.

(5) الإشارة السابقة.

٣٥- المسؤولية المهنية للمحكم: تباينت مواقف تشريعات التحكيم بشأن مسؤولية المحكم؛ فبعضها لم ينص علي مسؤولية المحكم: كالقانون المصري، والفرنسي، والسويسري، والهولندي، اليونستيرال. في حين توجد فئة ثانية من التشريعات عاجلت مسؤولية المحكم عن التنحي دون مبرر مشروع بعد قبوله القيام بالمهمة التحكيمية مثل: نص (م٧٤٨) مراقعات ليبي لسنة ١٩٥٣م، و (م٢/٢٠٧) إجراءات مدنية إماراتي لسنة ١٩٩٢، و (م١٩٤) مراقعات قطري لسنة ١٩٩٠م، و (م٢/١٧٨) مراقعات كويتي لسنة ١٩٨٠م، و (م٢/١٧) تحكيم سوري، و (م١١) تحكيم تونسي لسنة ١٩٩٣م، و (م٣/٩) تحكيم إختياري برتغالي لسنة ١٩٨٦م، و (م٣٩) تحكيم صيني لسنة ١٩٩٤م. بينما توجد فئة ثالثة من التشريعات عاجلت مسؤولية المحكم عن أخطاء معينة يحددها المشرع علي سبيل الحصر(حالاتي الغش، أو الخطأ الجسيم أو سوء النية) فقط مثل: نص (م١/٢٩) لمسئولية المحكم، و م٧٤ لمسئولية مؤسسات التحكيم) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م، و (م٢٨) تحكيم إسترالي لسنة ١٩٩٣م، و (م١٢) تحكيم إيرلندي لسنة ١٩٩٨م، و (م٨٨١) مراقعات يوناني لسنة ١٩٩٥م، و (م٢/٨١٣) مراقعات إيطالي لسنة ١٩٩٤م، و (م١٦) تحكيم أسباني لسنة ١٩٨٩م، و (MG2) تحكيم هونج كونج لسنة ١٩٩٦م، و (م٤٥) تحكيم سيريلانكي لسنة ١٩٩٥م، و (م٢٠) تحكيم مالطي لسنة ١٩٩٦م.

ويقوم أساس الممارسة المهنية على استقلال المهني في كل ما يتعلق بالجوانب الفنية للمهنة، فيسال كل مهني عما يتخذه من قرارات، وما يقوم به من أعمال تتعلق بمهنته. ولا شك أن المسؤولية المهنية المدنية التي يسأل عنها المهني هي مسؤولية شخصية تخضع للقواعد العامة في المسؤولية القانونية من حيث وجود خطأ صدر من المهني؛ وضرر أصاب العميل، وتوافر علاقة السببية بين هذا الخطأ وذاك الضرر. وطبقا للقاعدة العامة في المسؤولية المدنية أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يؤدي إلى مسؤولية فاعلة عن تعويض الضرور عما لحق به من ضرر^(١).

(1) د.محمد عبد الظاهر حسين، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٧م، ص٣٨. د.جابر محجوب على محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، دراسة مقارنة، ط٢، ٢٠٠٠/٢٠٠١م، ص٣٢.

إلا أن الفقه نادى منذ أمد طويل بوضع نظام للمسئولية المهنية بشتى صورها، كما أخذ القضاء على عاتقه مهمة خلق قواعد ونظام للمسئولية المهنية بتجاوز القواعد العامة للمسئولية، وقد استقرت أحكام المسئولية المهنية للعديد من المهن، هذا الاستقرار لم يكن وليد اليوم، ولكن ترددت آراء الفقه، وأحكام القضاء بين مؤيد، ومعارض^(١). وعلى سبيل المثال: بالنسبة لمسئولية الطبيب من نادى بإعفائه من المسئولية حماية لمصلحته وطلباً للتطور العلمي، وفي مجال مهنة الصحافة أيضاً فالصحفي يكون مسئولاً مسئولية شخصية عما يكتبه أو ينشره. وكذلك فقد رسم المشرع حدوداً موضوعية وأخرى إجرائية لمساءلة القاضي مدنياً عن الأخطاء التي تقع منه في ممارسته لمهنته^(٢).

وكان التحكيم مهمة الأمراء والملوك ويتشرفون بها ويضيفون إليها من رافعة مكانتهم الكثير، ولا يتقاضون عنها أجراً، وكان ذلك سبباً في عدم وضوح الأبعاد القانونية لمهمة المحكم، ومع التطور وكثرة المعاملات التجارية الهائلة، وازدياد الأجواء إلى التحكيم أصبح من الضرورة أن يبادر الفقه والقضاء والتشريع إلى وضع نظام متوازن وعادل لأحكام وقواعد مسئولية المحكم بل ومؤسسات التحكيم.

كما أن طبيعة التحكيم المتميزة وقد دلت المحكم بالعديد من الالتزامات القانونية والتعاقدية أثناء تأدية مهمة التحكيم في مقابل ذلك منحتة اختصاصات واسعة ومجالاً رحباً لإعمال رأيه والعمل بما يراه مناسباً وصولاً لحل النزاع خصصاً في حالة عدم اتفاق الأطراف. والمحكم ما هو إلا إنسان عرضه لارتكاب أخطاء غير إرادية كالخطأ في الحساب أو غلطات القلم المادية، وقد تكون أخطاء عمدية تقع بتعمد الأضرار بأحد الأطراف^(٣). ومن أمثلة خطأ المحكم أن يمتنع عن الحكم بدون أي عذر

(1) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨٠.

(2) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨٠. د. جابر محبوب، قواعد أخلاقيات، ص ٣٣.

(3) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٢٧. د. حميد الهبي، المحكم، ص ٢٤٠. دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨١ وما بعدها.

مقبول أو يجاوز الميعاد المقرر له، أو أن يتسبب في بطلان حكمه لأمر يرجع إلى إهماله أو خطأه، فيكون قد تسبب في ضياع وقت أطراف التحكيم أو جهدهم دون جدوى، أما إذا أبطل حكم المحكم ولم يكن له دخل في هذا البطلان فلا يسأل بالتعويض كما يسأل المحكم إذا تسبب في صرف مبالغ كبيرة عند إجراء التحقيقات لا تتناسب مع قيمة النزاع، ويسأل إذا أخفى عن أحد أطراف التحكيم علاقته القوية بالطرف الآخر أو قرابته له مما يترتب على ذلك الحكم برده وضياع الوقت والجهد والمال.

ويسأل المحكم إذا لم يسبب حكمه عن إهمال وسوء تصرف، وكذلك إذا وكله أطراف التحكيم في تعيين محكمين آخرين معه، فيجب عليه أن يراعي القانون في العدد وحسن الاختيار والصلاحية. وكذلك يسأل المحكم إذا أخل بالتزاماته سواء بامتناعه عن أداء المهمة التي قبلها، أو بمخالفته لحقوق أطراف التحكيم، أو بأي التزام آخر ناشئ عن العقد الذي قبله عند تولي مهمته فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الأضرار التي ترتبت على هذا الإخلال لأن من شأن ذلك ضياع مصاريف التحكيم، والتأخير إلى حين حسم النزاع بواسطة هيئة تحكيم جديدة تتقاضى أتعاب جديدة أو بواسطة قضاء الدولة، وقد يكون الضرر جسيماً إذا ترتب على التأخير نتائج لا يمكن تداركها^(١).

وقررت تشريعات التحكيم جزاءات يخضع لها المحكم تنطوي على معنى تأديبي منها الإقالة والرد، إلا أن أعمال تلك الجزاءات يتوقف على خطأ المحكم أثناء سير خصومة التحكيم؛ فإذا تراخى خطأ المحكم إلى ما بعد صدور الحكم فلا يملك الأطراف إلا طلب إبطال الحكم إذا ما توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها قانوناً، ومن ثم يتكبد الأطراف مشقة الطعن على الحكم ثم بدء الإجراءات من جديد بالرغم من أن هذا الجزاء لا يمس المحكم رغم تسبب خطأه في إبطال الحكم، والذي يتحمل الجزاء هو المحتكم المضرور بدون ذنب ارتكبه^(٢).

(١) د. محمود يريري، التحكيم، ص ٨٦. د. عبد الحميد الأحذب، مسؤولية المحكم، ص ٣٢. د. محمد ماجد عباس خلوصي، أصول التحكيم في المنازعات والمسابقات المعمارية، ط ٣، ١٩٩٢م، ص ٤١ - ٤٢. د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم، ص ١٩٢.

(٢) د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨٢.

ومن ثم يجب على الأنظمة القانونية الوطنية والمؤسسية تقرير المسؤولية المدنية للمحكم وفرض قواعد وأحكام هذه المسؤولية فرضاً لتحثل المسؤولية مركز الصدارة في الحياة العملية كجزء رادع يعبر عن القيم الأخلاقية ويستجيب للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية، ويضمن سلامة مسلك المحكم^(١). و لم تحظ المسؤولية المهنية المدنية للمحكم باهتمام الفقه العربي والأجنبي.

٣٦- مبررات تقرير المسؤولية المهنية للمحكم: القول بمسؤولية المحكم لا مبرر له ما لم توجد أسباب ومبررات لتقرير هذه المسؤولية، وقد عدد الفقهاء حشداً من المبررات التي تؤيد إقرار مسؤولية المحكم، وإذا توافر أحد هذه المبررات فقط، كان كافي لتقرير هذه المسؤولية، وهذه المبررات هي:

(أ) - من ضمن أسباب اللجوء إلى التحكيم هو الثقة في شخص المحكم، وفي عدالته وخبرته. والمحكم بطبيعته بشر، و ثم هناك ما يضمن عدالة هذا المحكم أو يحول دون تحيزه لطرف على حساب طرف أو ظلمه للطرفين معاً، وهذا لا يستقيم في غياب قواعد المسؤولية التي توجب تعويض الأطراف وحمايتهم عندما يهدر المحكم بيده ثقة الأطراف بإهماله ويصبح غير جدير بهذه الثقة^(٢).

(ب) - لم تقرر غالبية التشريعات حق الطعن على حكم المحكم إلا في حالات محددة، وفي الواقع العملي ترفض هذه الطعون، وحتى القول بإبطال حكم التحكيم لا يكفل جبر الضرر الذي يلحق بالأطراف، بل يعتبر ضرراً مضاعفاً ما لم يجب التعويض عنه^(٣).

(ج) - القول بتقرير مسؤولية المحكم يعتبر سبب لخوف المحكمين من ممارسة هذه المهنة قول خطأ، لأن الواقع العملي يخالف ذلك بالنسبة للأطباء والمحامون والمحضرون والمهندسون والقضاة بالرغم من تقرير

(1) الإشارة السابقة.

(2) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨٥. د.حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢٤٢.

د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٩.

(3) د.حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢٤٢. د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٩.

مستوليتهم، ومع ذلك لم يتخلوا عن أعمالهم بل على العكس فإن تقرير المسؤولية للمحكم، سيظهر المهنة من المحكمين غير الكفاء، وذلك في مصلحة مهنة التحكيم، وكذلك في مصلحة المحكم الجيد إذ لا يتوافر لديه نية التقصير أو الإهمال أو غش وتعدد الأضرار بالأطراف ومهنة التحكيم^(١).

(د) - الجدل بأن دافع المحكم من ممارسة مهنة التحكيم هو تحقيق أرباح مادية ومعنوية، وطبقاً لقاعدة المغرم مقابل المغنم، فيجب أن يتحمل المحكم ما يلحقه من غرم بسبب الخطأ الذي صدر منه ونتج عنه ضرر مادي أو معنوي أصاب الأطراف فلا يعقل أن يحصل على غنم بدون مغرم^(٢).

(هـ) - غياب الرقابة القضائية على عملية التحكيم من بداية اختيار المحكمين إلى صدور الحكم، ذلك يوجب تقرير مسؤولية المحكم، بل يجب مضاعفة هذه المسؤولية عن مسؤولية القاضي الذي يخضع للرقابة بالرغم من أن حكم كلاً منهما له حجية الأمر المقضي^(٣).

(و) - تقرير التشريعات نظام الرد والإقالة أو العزل كجزاء يحول دون محاسبة المحكم عن أخطائه، وأيضاً محاسبة المحكم عما تسبب في تكييد الأطراف من مشقة وتكاليف في الدعوى، بالإضافة إلى أن رد أو إقالة المحكم لا يكون إلا أثناء نظر أطراف التحكيم، وليس بعد صدور الحكم، كما أن الرد-والإقالة جزء معنوي وليس مادياً، ومن ثم فلن يكون للرد أو الإقالة صورة الجزاء القانوني ما لم يقترن بدعوى مسؤولية^(٤).

(ز) - إخلال المحكم بالقواعد الإجرائية والنوعية للتحكيم بسبب خطأ صدر منه. يعتبر هذا الخطأ خطأ مزدوجاً. أولاً لم يترتب عليه من إنتهاك المحكم للقواعد القانونية، ومن ثم الإخلال بواجبه القانوني،

(1) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨٦. د.مصلح الطراونة وآخرون، مسؤولية المحكم، ص ١٤٧.

(2) د.حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢٤٣.

(3) دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٨٥.

(4) د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٩.

بالإضافة ثانياً إلى إخلاله بالتزاماته في مواجهة الأطراف. فالمحكم ليس لديه الكفائة لأداء المهمة وارتكب أخطاء يؤتمها القانون، فإن فيعد هذا إخلالاً بالثقة التي منحها الأطراف عند اختياره، مما يستوجب التعويض عن أخطائه^(١).

(ح) - الحصانة المطلقة للمحكّمين يمكن أن تؤدي إلى إحجام الأفراد عن اللجوء إلى التحكيم بوصفه أسلوباً بديلاً لحل المنازعات، وتصبح عملية التحكيم في نظرهم عملية غير مأمونة ومحفوفة بالمخاطر، وهو ما يتنافى مع السياسة التشريعية الداعمة للتحكيم بغية تخفيف العبء الملقى على عاتق الدولة^(٢).

٣٧- تقرير المسؤولية المدنية للمحكم: رغم المبررات العديدة لتقرير المسؤولية المدنية للمحكم، إلا أن المشرع في كثير من قوانين التحكيم التزم الصمت فلم يتناول موضوع مسؤولية المحكم بنص من قريب أو بعيد، في المقابل هناك بعض التشريعات كانت أكثر شجاعة ونصت على مسؤولية المحكم. كما أنه باستطلاع الاتجاهات القضائية تبين أن أحكام المحاكم تتراوح بين الحصانة المطلقة للمحكم، والحصانة المقيدة. أما الفقه فما زالت الغالبية العظمى منه ترصد هذا الموضوع في صمت!^(٣). يمكن تقسيم الخلاف الذي ثار إلى اتجاهين هما:

(الإتجاه الأول): رفض تقرير المسؤولية المهنية للمحكم: هناك بعض التشريعات النادرة قد نصت صراحة على منح المحكم الحصانة القضائية المطلقة التي تحول دون إقامة دعوى المسؤولية عليه. ومن ذلك قانون ولاية كاليفورنيا الأمريكية لعام ١٩٨٥م، والذي يقرر إعفاء المحكم من أي مسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها لتمتعه بذات الحصانة التي يتمتع بها القاضي. ونص (م٤٣/٤) من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية على

- (1) د.حميد اللهيبي، المحكم، ص ٢٤٢. د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٩.
- (2) دمصلح الطراونة وآخرون، مسؤولية المحكم، ص ١٤٧.
- (3) د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٢٩. دمصلح الطراونة وآخرون، مسؤولية المحكم، ص ١٤٣.

إعفاء كل من مؤسسات التحكيم والمحكمين من المسؤولية مطلقاً. وكذلك مؤسسة التحكيم الهولندية بنص (م٦٦) على إعفاء المؤسسة التحكيمية وجميع أعضائها والمدير وكذلك المحكمين من المسؤولية. وكذلك جمعية التحكيم الإيطالية بنص (م٣٤) من قواعدها الصادرة في ١٩٨٥ م. كما اعترف القانون الإنجليزي بنص (م٧٤) والمشروع الأيرلندي في (م١٢) صراحة على عدم مسؤولية مؤسسات التحكيم ومستخدميهما عن الأضرار التي تلحق بالأطراف طالما لم تصدر عن سوء نية، و (م١/٢١) من إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار علي تمتع المحكمين بالحصانة مالم يتنازل عنها المركز^(١).

في المقابل هناك العديد من القوانين التزمت الصمت عن تقرير مسؤولية المحكم، ومن هذه القوانين: القانون الفرنسي، والسويسري والهولندي، وغالبية القوانين العربية منها القانون الأردني، وكذلك القانون النموذجي الذي أعدته الأمم المتحدة لم ينظم موضوع مسؤولية المحكم^(٢).

إزاء هذا الصمت ظهر اتجاه فقهي وقضائي يدافع عن (حصانة المحكم المطلقة) استناداً على عدة مبررات منها: أن مهمة المحكم ذات طبيعة قضائية، وهذا الطابع يمنح المحكم حصانة تحول دون مساءلته كالقاضي لتوفير مناخ الاستقرار، وتشجيع ممارسة مهنة التحكيم. وتوفير الفاعلية والاحترام للأحكام التحكيمية، فأحكام التحكيم باته، وتقرير المسؤولية يهدر الحكمة التشريعية من بنية أحكام التحكيم، ومراعاة لهيئة نظام التحكيم. ومن أجل تخفيف العبء عن كاهل المحكم، وما ينبغي أن يتوافر للمحكم من نزاهة واحترام يحول دون تقرير دعوى المسؤولية حماية للمحكم. وصعوبة إثبات خطأ المحكم في الواقع بسبب طابع السرية الذي يسيطر على خصومة التحكيم إلى حد يتعذر معه على الحصول على دليل

(١) دهدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٦٩ وما بعدها. دأبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٤.

(٢) دمصلح الطراونة وآخرون، مسؤولية المحكم، ص ١٤٣.

كتابي يثبت خطأ المحكم في ظل ضعف الرقابة أو انعدامها في واقع التحكيم^(١).

وعلى نفس نهج الفقه سار القضاء ؛ فقد رفضت محكمة استئناف باريس طلب مثول محكم كشاهد في دعوى المسؤولية ضد محكم آخر مقرره أن المحكم يتمتع بنفس حقوق القاضي. كما أتيح للقضاء الأمريكي فرص كثيرة للإدلاء برأيه في شأن مسؤولية المحكمين، وبالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن هذا القضاء نلمس بوضوح أن المحاكم الأمريكية فضلت مبكراً منح المحكم الحصانة التي يتمتع بها القاضي. كما استقر القضاء الأمريكي على حصانة مؤسسات التحكيم^(٢). وهذا الاتجاه يرى أن حصانة المحكم كقاضي يتعين أن تحول دون تقرير المسؤولية. وعليه فخطأ المحكم الجسيم في تقديره للوقائع والحلول ليس من شأنه أن يرتب مسؤولية المحكم الشخصية.

(الإتجاه الثاني): تأيد تقرير المسؤولية المهنية للمحكم: يرى الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء والقانون المقارن الإقرار بمبدأ مسؤولية المحكم القانونية ؛ ومن ثم ينبغى تقرير دعوى مسؤولية المحكم عن الضرر الذى يلحق بالأطراف عندما يرفض القضاء الاعتراف بحكم التحكيم أو لتنفيذه مستقلة عن دعوى بطلان الحكم وذلك لان إبطال الحكم كجزاء لوجود عيب فى خصومة التحكيم. لا يمس المحكم أو يلحقه بضرر رغم أنه السبب فى إبطال الحكم بالإضافة إلى أن إبطال الحكم لا يرفع جميع الأضرار

(1) د.أبو العلاء النمر، المركز القانوني، ص ١٣٠ وما بعدها. دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٣٩٠، ٣٩١.

(2) - Rene David; 'arbitrage dans le Commerce international (Economica;1981;P.380-381.

- Jean Robert; L'arbitrage droit interne droit international privé; Dalloz. 1993; P.128.-

- ass.Civ.2e; 3Janv 1996; Rév. arb. 1996 ; p.405 ; Not ph. Fouchard.

- Paris; 29 Mai 1992; RTD.Com. 1992; P.588; Obs. Dubarry et Loquin.

- Paris; 15 déc.1998; Rév. arb. 1999; P.103; Not; P.Lalive.

التي أصابت المضرور^(١). ورأى الفقه المؤيد لهذا الاتجاه يستند على مبررات عديدة قد سبق ذكرها بالتفصيل في مبررات تقرير مسؤولية المحكم. أما في القانون المقارن فهناك طائفة من القوانين الوطنية عاجلت مسؤولية المحكم الناشئة عن التنحي فقط كما (٣/م٩) من قانون التحكيم الاختياري البرتغالي لسنة ١٩٨٦م والتي قررت مسؤولية المحكم إذا ترك منصبه دون سبب معقول، وجعلته مسئولاً بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالأطراف من جراء ذلك، و (٣٩م) من قانون التحكيم الصيني لسنة ١٩٤٤م، والتي قررت أيضاً مسؤولية المحكم عن الأضرار التي تلحق بالأطراف من جراء استقالته دون سبب معقول. هذا وقد تضمنت بعض قوانين الدول العربية مثل هذا النص، منها: (٢٠٧م) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٢م، و (١٩٤م) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٠م، و (٢/١٧٨م) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة ١٩٨٠م، و (٢/١٧م) تحكيم سوري، و (٧٤٨م) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة ١٩٥٣م، و (١١م) من قانون التحكيم التونسي لسنة ١٩٩٣م. حيث أجمعت هذه النصوص على مسؤولية المحكم عن الأضرار التي تلحق بأطراف التحكيم من جراء تنحي المحكم بغير سبب جدي عن القيام بعمله بعد قبوله مهمة التحكيمية.

وهناك عدد من القوانين الوطنية تعاملت مع موضوع المسؤولية المدنية للمحكّمين، ولكنها لم تجعل المحكم مسئولاً في مواجهة أطراف التحكيم عن الأضرار التي تصيبهم من جراء أي خطأ يرتكبه أثناء تأدية أعمال مهمته على أساس القواعد العامة في المسؤولية، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة يحددها المشرع على سبيل الحصر.

وعلى سبيل المثال: قررت المادة (٨٨١) من القانون اليوناني للمرافعات المدنية لسنة ١٩٩٥م حصانة للمحكّم ولم تجز مقاضاته عن

(١) د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٧ - ١٣٨.

الأخطاء التي تقع منه أثناء مباشرة مهمته إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، كذلك بالرجوع إلى المادة (٨١٣ / ٢) من قانون المرافعات الإيطالي لسنة ١٩٩٤م نجد أنها تتضمن الإشارة إلى مسؤولية المحكم فقط في حالتي الخطأ الجسيم والغش، ونصت المادة (١٦) من قانون التحكيم الأسباني لسنة ١٩٨٩م على نص مادة مشابه يقرر مسؤولية المحكم فقد في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبالمثل نصت المادة (١/٢٩) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م تحت عنوان حصانة لمحكم على ما يلي: لا يكون المحكم مسؤولاً عن أي عمل أو امتناع عن عمل أثناء أو بسبب قيامه بوظائفه كمحكم ما لم يكن القيام بهذا العمل أو الامتناع ناشئاً عن سوء نية، ولقد ذهبت الفقرة الثانية من هذه المادة إلى ابعث من ذلك بتقريرها تطبيق الفقرة الأولى على مستخدمى ووكلاء المحكم بنفس شروط تطبيقها على المحكم، وقد سار على ذا النهج قانون التحكيم الأسترالي لسنة ١٩٩٣م الذي قرر في المادة (٢٨) منه حصانة للمحكم فيما يخص الأفعال التي قام بها أو امتنع عن القيام بها أثناء أو بسبب قيامه بوظائفه كمحكم ما لم يكن القيام بهذه الأفعال أو الامتناع عنها ناشئاً عن سوء نية، وقانون التحكيم الأيرلندي لسنة ١٩٩٨م حيث أقرت (م١٢) من هذا القانون عدم مسؤولية المحكم عن الأفعال التي قام بها أو امتنع عن القيام بها طالما لم تقترن بسوء نية، و (م٢/٥٤٨) من قانون الإجراءات المدنية النمساوي^(١).

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن تصور اكتمال وجود نظام التحكيم بدون قواعد واضحة تقرر مسؤولية المحكم، وتقرر أيضاً مسؤولية مراكز ومؤسسات وجمعيات التحكيم الدائمة التي تقوم بدور كبير وفعال في اختيار المحكمين، والقول بعدم تقرير مسؤولية المؤسسات التحكيمية يؤدي إلى عدم بذل العناية والحذر المعقولين في إدارتها للعملية التحكيمية. فمؤسسات التحكيم تقدم خدمات معينة للأطراف، ومعظم قواعد

(1) د.مصلح الطراونة وآخرون، مسؤولية المحكم، ص ١٤٣ وما بعدها.

مؤسسات التحكيم تتضمن النص بوضوح على أن هذه المؤسسات يقتصر دورها على تنظيم وإدارة عملية التحكيم (م ٢/١ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، وم ٣/١ من نظام البيئة الأمريكية للتحكيم، و art.145N.C.P.C.F). وطالما أن عمل هذه المؤسسات ذو طبيعة إدارية فمن الأصح اعتبار عملها خاضعاً لقواعد المسؤولية المدنية، وهذا الأمر يستقيم مع الطبيعة التعاقدية للعلاقة بين الأطراف والمؤسسة التحكيمية والتي استحدثت عنها هذه الأخيرة المصاريف الإدارية^(١). ويجب تقرير فكرة المسؤولية القانونية للمحكم كجزء واقعي يعبر عن ضرورة احترام القيم الأخلاقية، ويستجيب لنداء العدالة، ويضمن سلامة مسلك المحكم، وتشجع الأفراد إلى اللجوء إلى التحكيم^(٢).

وتعتبر التزامات المحكم في التحكيم التزامات قانونية، وإرادية مصدرها قانون التحكيم، وعقد التحكيم المبرم بين المحكم وطرفي التحكيم، وتعتبر المسؤولية المدنية للمحكم مسؤولية ذات طبيعة شخصية أساسها خطأ المحكم الذي سبب ضرراً للمضرور، بينهما علاقة سببية وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المهنية، ولا يخضع المحكم لنظام المخاصمة المقررة فقط للقضاة ولأعضاء النيابة العامة^(٣).

وتتمثل التزامات المحكم في: التزام المحكم بالكشف والإفصاح عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيده واستقلاله، والتزامه بقبول القيام بمهمته التحكيمية، والتزامه بمراعاة الواجبات السلوكية والأخلاقية لمهنة التحكيم، والتزامه بالقيام مباشرة مهمة الفصل في النزاع التحكيمي خلال ميعاد التحكيم بنفسه دون تفويض غيره،

(1) د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ٤٠٤. د. مصلح الطراونة وآخرون، مسؤولية المحكم، ص ١٤٨.

(2) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٨.

(3) د. مصلح الطراونة، د. جورج حزيون، د. عامر النوايسة، مسؤولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٤، ص ١٢٢. د. عبد الحميد الأحذب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠، ص ٤٢.

والتزامه بالفصل في الدفع المتعلقة باختصاصه، وبصحة اتفاق التحكيم، والتزامه بالحياد والاستقلال أثناء سير خصومة التحكيم، والتزامه بالمساواة بين طرفي خصومة التحكيم، والتزامه باحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم في خصومة التحكيم، والتزامه باحترام القانون الاتفاقي لطرفي التحكيم، واحترام قانون التحكيم عند غياب القانون الاتفاقي، والتزامه باحترام ميعاد التحكيم، وتبليغ الخصوم بمواعيد الجلسات. والتزامه باحترام مبدأ سرية التحكيم، والتزامه باحترام قواعد النظام العام والآداب العامة، والتزامه بأداء مهمته التحكيمية بنزاهة وعدالة، والتزامه باحترام حدود ونطاق موضوع النزاع التحكيمي، وبمحدود النطاق الشخصي لخصومة التحكيم، وبمحدود سبب النزاع (أساس الإدعاء التحكيمي)، واحترام قواعد الإثبات، والتزامه باحترام قواعد المداولة التحكيمية، ويقواعد إصدار حكم التحكيم وإيداعه وإعلانه...⁽¹⁾.

فإذا أخل المحكم بأداء إحدى واجباته عند قيامه بالمهمة التحكيمية فإنه يتعرض للمساءلة القانونية طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، و يعتمد معيار الرجل المعتاد، وهو معيار موضوعي يقتضي عدم مؤاخذه المحكم إلا إذا صدر منه خطأ لا يصدر من المحكم المعتاد في نفس الظروف التي صدر فيها هذا الخطأ، وترفع دعوى المسؤولية على المحكم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المهنية... ومسئولية المحكم تجاه المحكّمين مسؤولية عقدية نظراً لوجود عقد التحكيم بينهما، ومسئولية تقصيرية تجاه الغير لعدم وجود رابطة عقدية بين المحكم والغير⁽²⁾. أما إذا عهد إلى شخص معنوي بتنظيم عملية التحكيم، مركزاً أو مؤسسة أو هيئة أو منظمة تحكيم، فإنه يتدخل في عملية التحكيم بناءً على

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١، ص ٢٨٨. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤. د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم، ص ١٩٢ - ١٩٣. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٣٤ - ٣٦. د. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ١٧.

(2) الإشارة السابقة.

عقد تنظيم وإدارة خدمة التحكيم المبرم بينه وبين طرفي نزاع التحكيم مقابل رسوم ومصاريف. ولا يسأل وفقاً لذات القواعد التي يسأل عنها المحكم بشخصه، بل تنعقد مسؤوليته عقدياً طبقاً للقواعد العامة تأسيساً على انتهاك واجب الثقة في تنظيم وإدارة خدمة التحكيم في مواجهة طرفي التحكيم، ويكون مسئولاً مسئولية تقصيرية طبقاً للقواعد العامة في مواجهة الغير لعدم وجود عقد معه. وإذا تقاضى هذا الشخص المعنوي، مركز أو مؤسسة أو هيئة تحكيم، أجراً فلا تسري على هذا الأجر القواعد الخاصة بأتعاب ومصاريف التحكيم التي يدفعها المحكّمين لأشخاص المحكّمين^(١).

ومبدأ استقلال المحكم في أداء مهمته التحكيمية يحول دون قيام علاقة تبعية بينه وبين هيئة أو منظمة أو مركز التحكيم بالمعنى الذي يترتب مسؤولية هيئة أو منظمة أو مركز التحكيم عن أعمال المحكم. وعلى ذلك فلا تسأل هيئة أو منظمة أو مركز التحكيم عن أخطاء المحكّمين المدرجين بقوائم المحكّمين لديها مسؤولية المتبوع عن عمل التابع. ولا يوجد ارتباط بين بطلان حكم التحكيم، وتقرير مسؤولية المحكم؛ فقد تقرر مسؤولية المحكم رغم عدم قبول دعوى البطلان أو رفضها، وقد ترفض دعوى مسؤولية المحكم رغم بطلان حكم التحكيم، ولا يجوز الحكم على المحكم بالتعويض لمجرد الحكم ببطلان حكم التحكيم، فلا يحكم بالتعويض إلا عن الضرر الذي تسبب فيه خطأ المحكم طبقاً للقواعد العامة^(٢). وتطبق على المحكم أحكام قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية مثله في ذلك مثل غيره من آحاد الناس. ويعتبر المحكم في حكم الموظفين العموميين فيما يتعلق بجريمة الرشوة إعمالاً لحكم المادة (٣/١١١) عقوبات مصري.

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١ - ١٥٢، ص ٢٨٤ وما بعدها. د. هدى

عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤.

(2) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١، ص ٢٨٨. د. هدى عبد الرحمن، دور

المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤.

- Alexandre Ditchév, Le contrat d'arbitrage, Rév. arb. 1981, N.3, P.395 ets.

٣٨- أركان المسؤولية المهنية للمحكم: أركان المسؤولية المدنية المهنية للمحكم هي؛ خطأ المحكم، والضرر، وعلاقة السببية بينهما.
(أولاً): ركن خطأ المحكم: نتناول مفهوم الخطأ، وصوره، ومعياره، وإثباته.

(أ)- مفهوم خطأ المحكم: يعرف الخطأ بأنه الإخلال بواجب قانوني سابق. وعليه يتوقف وجود المسؤولية المدنية؛ فإذا انتفى الخطأ فلا مسؤولية، ولا تعويض. فالخطأ ركن ضروري وأساسي للمسؤولية، بنص جميع التقنينات. وأصحاب المهن الحرة هم من يعتمدون على خبرتهم وكفائتهم العلمية في كسب أرزاقهم، وفي تعاملهم مع الجمهور غالباً، ويرتبطون معهم بعقود منظمة للعمل المطلوب منهم تأديته. ومن هؤلاء الطبيب، والمهندس، والمحامي، والمحاسب، وكذلك المحكم. فإذا صدر من أحد هؤلاء خطأ يمكن أن يؤدي إلى أضرار جسيمة ترتب مسؤولية لهؤلاء تعاقدية نتيجة لهذا الخطأ العقدي.

ومن ثم فإن الخطأ العقدي الذي تقوم على أساسه المسؤولية العقدية يتوافر إذا لم يرقم الشخص الذي يلتزم بالعقد بتنفيذ التزامه الناشئ عن هذا العقد سواء أكان التنفيذ بالامتناع أصلاً، أو كان بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه أو غير محقق للهدف من العقد، وسواء أكان عدم التنفيذ قد حدث عمداً أو عن إهماله، وبلا حاجة إلى أن يثبت صاحب المصلحة في التنفيذ العمد أو الإهمال ما لم يثبت الملتزم بالعقد أن عدم قيامه بالتنفيذ يرجع إلى أسباب خارجة عن إرادته ولم تكن له يد فيها. وقد ورد في التقنين المدني المصري عدة نصوص عن تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد كالمواد (١٤٧، ١٩٩، ١٤٨/أ، ٢١٥، ٢٠٣)^(١).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، العقد، ط ١٩٨١، دار النهضة العربية، بند ٤٢٧، ص ٨٩٢. د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، بند ١٠٧، ص ٢٢٤. د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط ١٩٨١، بند ٨٣، ص ٣٧٨. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، ط ٢٠٠٣، بند ١٦٣، ص ٣٢٤ - ٣٢٥. د. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانون المصري واليميني، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٠، بند ٢٩٣، ص ٧١٣ - ٧١٤.

ويفترض لقيام المسؤولية المدنية العقدية ؛ وجود عقد صحيح واجب التنفيذ وقائم يرتب التزامات معينة على عاتق الطرفين. وخطأ أو إخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن ذات العقد. ومن ثم فالإخلال لا يقتصر على الالتزامات العقدية فقط، وإنما يمتد لالتزامات أخرى تعتبر من مستلزمات هذا العقد. وهذا ما نصت عليه (م ١٤٨/٢) مدني مصري بأن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وسواء كانت القاعدة القانونية التي تنص على هذا الالتزام قاعدة قانونية مكملة أو قاعدة قانونية أمرة^(١).

وعلى ذلك فإن الخطأ العقدي للمحكم يتوافر إذا وجد عقد تحكيم صحيح واجب التنفيذ وقائم ويرتب التزامات وحقوق بين المحكم والمحتمكين، ولكن لم ينفذ المحكم التزامه سواء كان تنفيذ التزام المحكم كلي أو جزئي أو تأخر في التنفيذ، وسواء كان قيامه بالتنفيذ عمدياً أو إهماله، ما لم يثبت ان عدم التنفيذ لا يد له فيه وخارج عن إرادته كالقوة القاهرة. كما أن التزام المحكم لا يقتصر على ما ورد في عقد التحكيم فقط، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة كالتزام المحكم بالسرية.

ويكون كل مهني كالمحكم أو غيره ملزماً بالإلمام بقواعد مهنته وأصولها وتقاليدها التي تمكنه من مزاولتها. فيتحقق الخطأ بعدم قيامه بتنفيذ الالتزامات التي تفرضه عليه هذه المهنة. وحيث أن التزام المحكم هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي إصدار الحكم التحكيمي ؛ فإن تنفيذ التزامه لا يتحقق إلا بتحقيق النتيجة، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة أياً كان السبب بقي الالتزام غير منفذ. ويكون المحكم قد أخطأ بعام تنفيذ التزامه العقدي، بعدم تحقق النتيجة، خطأ عقدياً موجباً للمسئولية والتعويض^(٢).

- (1) د. معتر نزيه محمد المهدي، عقد الفندقة والمسئولية المدنية الناشئة عنه، دراسة مقارنة، رسالة حقوق القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٣١٣. د. نبيلة رسلان، د. سعيد قنديل، مصادر الالتزام، الكتاب الجامعي، ط ٢٠٠١/٢٠٠٢م، بند ١٢٥، ص ١٨٧.
- (2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، بند ٤٢٨، ص ٨٩٤، ٨٩٣. د. نبيلة رسلان، و د. سعيد قنديل، مصادر الالتزام، بند ١٢، ص ١٨٧. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في مبادئ الالتزام، ط ١٩٧٩م، ص ٢٥٠ - ٢٥١. د. أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، بند ١٦٣، ص ٣٢٤ - ٣٢٥.

(ب) - صور خطأ المحكم: القاعدة العامة المستقرة في الفقه والقضاء والتشريع أن الخطأ أياً كانت درجته عمدي أو غير عمدي، جسيم أو يسير، عادي أم مهني يكفي لتحقق المسؤولية المدنية. ولكن الواقع العملي يبين أنه من الصعب حصر الصور التي تنطوي تحت مفهوم الخطأ التحكيمي، وذلك لتنوع الأخطاء التي تصدر من المحكم سواء أثناء قبوله لمهمة التحكيم، أو أثناء مهمة التحكيم، أو بعد صدور حكم التحكيم.

(١) - الخطأ العادي، والخطأ المهني للمحكم: نقول أن هناك خطأ عادياً عندما يخالف مهني قواعد الحيطة والحرص والحذر المفروضة على الكافة بحيث لا تنطوي المخالفة على إخلال بأصول فنية أو قواعد مهنية. أي هو الخطأ الذي يقع بمخالفة الواجب العام من العناية التي يلتزم بها كل مهني خارج مهنته أو داخلها مع انعدام علاقته بأصول المهنة، ومن ثم فإن خطأ المحكم العادي هو ذلك الخطأ الذي يقع من المحكم دون أن يكون لهذا الخطأ صلة بمهنة التحكيم، فهو خطأ خارج عن حدود المهنة شأن المحكم فيه شأن غيره من الناس. يخضع فيها للقواعد العامة للحيطة والحذر ويتوجب على الناس جميعاً الالتزام والتقيّد بها، وعلى القاضي التحقق من وجوده وتقدير خطورته. مثال ذلك: أن يقوم المحكم بحضور جلسة التحكيم وهو سكران؛ مما يؤدي إلى تضارب أقواله، وعدم اتزان تصريحاته، أو إهماله في ملف القضية، مما ينتج عنه ضياع معظم مستنداتهما أو سرقتها.

أما الخطأ المهني: فهو الخطأ المرتكب من شخص أثناء ممارسة مهنته وينطوي على إخلال بالقواعد العلمية والفنية لتلك المهنة. بمعنى انحراف صاحب المهنة عن السلوك الفني المألوف من مهني من أوسطهم، ويعد انحرافه هذا خطأ مهنياً^(١). ومن ثم فإن خطأ المحكم المهني هو الذي ينجم

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، بند ٥٤٨، ص. د.محمد عبد الظاهر حسين، خطأ الغير وأثره على المسؤولية، طبعة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص٩ وما بعدها. د.عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، ط ١٩٩٦م، دار الفكر الجامعي، بند ٥٩، ص٧٢. د.أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام، بند ٢٩٥، ص٧١٧.

عن عدم قيام المحكم بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته والإخلال بالقواعد العلمية والفنية لمهنة التحكيم. ومن الخطأ المهني للمحكم: قبوله مهمة التحكيم بدون أن يكون هناك عقد لتحكيم مكتوب، أو حضور جلسات التحكيم بدون اكتمال الهيئة، وغير ذلك من الأخطاء التي تنبئ عن جهل أو تجاهل للأصول وقواعد المهنة، وقبوله لمهمة التحكيم مع وجود مصالح متعارضة له، والمعيار الخطأ هنا معيار موضوعي قوامه سلوك محكم آخر من نفس المستوى والدرجة للمحكم المخطئ.

ويترب على التفرقة بين الخطأ العادي والمهني نتائج هامة منها: أن المهني لا يسأل عن كل خطأ في أعماله المهنية حتى لا يثنيه الخوف من المسؤولية عن مزاولة مهنته التي تتطلب قدراً من الحرية في العمل ومزيداً من الثقة والطمأنينة، وفي تهديدهم بمسؤولية صارمة تكون ضد المصلحة العامة التي تشمل مصلحة العملاء أنفسهم.

ولكن انتهى التطور في الفقه الحديث إلى تبني وجهة النظر بأن المهني لا يتمتع بأي تميز عن غيره من الأفراد، ويخضع للقواعد العامة في المسؤولية دون أي تميز عن غيره من الأفراد، وذلك استناداً إلى أن المواد المتعلقة بالمسؤولية جاءت الفاظها عامة بما لا يسمح بإجراء أي تفرقة بين ذوي المهن وغيرهم. وبناءً على ذلك فإن المحكم يسأل عن كل خطأ يقع منه بلا تفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير، ولا بين خطأ مادي وخطأ مهني وهو الأكثر صواباً وعدالة لأن المحكم مثله مثل أي شخص آخر لا بد أن يسأل عن الضرر الذي تسبب فيه عن إهمال وعدم تبصر وحذر، والقول أن المحكم بحاجة إلى الثقة والطمأنينة في عملهم الذي يقابلها مصلحة أهم، وهي حماية الجمهور من عدم التبصر والإهمال وغير المبالاة التي تقع من المحكم^(١).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، طبعة ١٩٥١م، ص ٦٥٩. د. محمد عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، طبعة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص ١١٨ وما بعدها. د. عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، بندا ٥٩، ص ٧٣. د. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام، بندا ٢٩٥، ص ٧١٨.

(٢) - الخطأ الجسيم والخطأ اليسير للمحكم: سبق القول أن التفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي ارتبطت بها تفرقة أخرى بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وهذا الرابط يظهر فيما بين الخطأ المهني والخطأ الجسيم حيث ربط بعض الفقهاء وعدد من المحاكم درجة معينة من الجسامه لتقوم مسئولية المهني عن خطأه المهني. وكقاعدة يكفي الخطأ أياً كان جسيماً أو يسيراً لإقامة المسئولية المدنية.

والخطأ الجسيم: هو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الماهل ولا يحدث من أقل الناس تبصراً بالأمر، وهو يفترض أن المدين كان يتوقع عند إهماله أو امتناعه عن تنفيذ التزامه حدوث الضرر ولكنه لا يكثرث بذلك (١). وعلى ذلك فإن المحكم يسأل مدنياً عن الخطأ الجسيم الذي يصدر منه ما دام صدر منه عن إهمال وعدم تبصر لو قيس بأقل المحكمين خبرة ومهارة، وذلك إذا وقع منه أثناء تنفيذ التزامه بالعقد. مثال ذلك: تلقي المحكم رشوة من أحد المحكمين، أو قيامه بإتلاف مستند قدم له... فهذه أخطاء جسيمة لا يقع من أقل محكم. بينما الخطأ اليسير وهو الذي لا يرتكبه شخص متوسط الحرص، والعناية (م) ٢١١ مدني مصري، و (art.137 C.C.F.).

(٣) - الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي للمحكم: الخطأ عموماً قد يكون إما بإتيان عملاً كان يتعين على المخطئ أن لا يقوم به. بمعنى أن يقوم المخطئ بعمل إيجابياً وهو ما يسمى بالخطأ الإيجابي. وقد يكون بالامتناع عن إتيان عمل كان يتعين على المخطئ أن يقوم به، بمعنى أن يتخذ المخطئ موقفاً سلبياً، وهو ما يسمى بالخطأ السلبي، والخطأ السلبي موجباً للمسئولية شأنه شأن الخطأ الإيجابي تماماً ما دام توافر فيه شرط الخطأ، وإلا انتفى عنه وصف الخطأ وانعدمت المسئولية. أي أن خطأ المحكم كما يكون خطأً إيجابياً قد يكون خطأً سلبياً بالامتناع عن القيام بالعمل (٢).

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، بند ٢٨١، ص ٢٦٥. د.أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، بند ١٦٥، ص ٣٣٠. د.محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض، بند ١٩٢، ص ٣٦٨، ٣٦٩.

(2) د.سليمان مرقس، الوافي، بند ١٠٤، ص ٢٧٠ - ٢٧١. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بند ٤٢١، ص ٤٥٥ وما بعدها.

ومثال الخطأ السلبي للمحكم: امتناع المحكم عن حضور جلسة التحكيم، أو التوقيع على الحكم. كأن يمتنع المحكم عن القيام بعمل توجبه القوانين أو اللوائح الخاصة بالتحكيم القيام به، ولا نزاع في أن الامتناع في هذه الصورة يعتبر قانوناً خطأً موجباً للمسئولية عما يترتب على امتناعه من ضرر، ومن ذلك القواعد القانونية أو المهنية التي توجب على المحكم إصدار الحكم أو حضور الجلسات. أو أن يقع امتناع المحكم بمناسبة عمل يقوم به. أي أن امتناعه في حقيقته هو تقصير في اتخاذ الاحتياطات التي يقتضيها القيام بعمله، ومثاله: عدم تحري المحكم الدقة وفحص المستندات المقدمة له. أو أن يكون امتناع المحكم مستقلاً عن أي نشاط له متصل بأحداث الضرر أي أنه فقط شاهد للواقعة وأحجم عن تقديم المساعدة، ومثال ذلك: امتناع المحكم عن الإدلاء بمعلومات تجنب أحد أطراف التحكيم ضرراً يحتمل وقوعه، أو امتناع المحكم عن إبلاغ السلطات عن جريمة يجب الإبلاغ عنها ظهرت له أثناء نظر خصومة التحكيم. وذهب الفقه الحديث إلى وجوب الإبلاغ وعدم اتخاذ موقف سلبي، وأفضل معيار يمكن الرجوع إليه في هذا الشأن هو معيار المحكم العادي^(١).

(٤) - خطأ العمد وخطأ الإهمال للمحكم: من حيث المبدأ تتعدد المسئولية للمدعي عليه لمجرد ارتكاب الخطأ. لا فارق في ذلك بين خطأ عمدي أو خطأ غير عمدي. فيكون الخطأ عمدياً في حالة امتناع المدين عمداً عن تنفيذ ما عليه من التزام أو التزامات ناشئة عن العقد على الوجه المتفق عليه فيه، سواء كان هذا التعمد بقصد الإضرار بالدائن أو لتحقيق مصلحة شخصية^(٢). ومن ثم تتعدد المسئولية المدنية للمحكم إذا امتنع متعمداً بتوافر نية العمد وسوء القصد في الإضرار بالمحتكم أو لتحقيق

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ص ٤٩٠ وما بعدها. د. حسن البرعي، أساس المسئولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، رسالة المنصورة، دراسة مقارنة، ص ١٨٥ وما بعدها. محمد أحمد عابدين، التعويض عن الضرر المادي والأدبي والمورث، طبعة ١٩٩٥ م، ص ٢٢، ٢٣.

(٢) د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ص ٣٣٠، ٢٢٩. د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بند ١٨٧، ص ٣٥٨.

مصلحة شخصية له عن عدم تنفيذ ما عليه من التزام بتنفيذ بنود عقد التحكيم. كأن يتعمد المحكم عدم حضور إحدي الجلسات بقصد الإضرار مادياً بالمحتكم بتأخير إصدار الحكم لتحقيق مصلحة شخصية للمحكم أو لمن لهم علاقة به. وإثبات الخطأ العمدي صعب لأنه يتصل بالنوايا الخفية، ولذلك لا يكون أمام القاضي سوى الاستناد إلى المظاهر الخارجية للاستدلال على حقيقة نيته ومقصده، وهذه المقاصد ليست سوى قرائن أو وسائل إثبات للتوصل إلى سوء النية.

أما الخطأ غير العمدي هو عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد لكن دون تعمد منه إذ قد لا ينفذ المدين التزامه لا عن عمد ولكن إهمالاً أو عدم احتياط منه. فهذا الخطأ لم يتبته إليه المدين ولم تنصرف إرادته إليه، ولم يقصد إحداث الضرر الناشئ عنه^(١). وعلى ذلك يكون خطأ المحكم غير عمدي إذا لم تتوافر النية في هذا الخطأ ولم يكن يقصد الإخلال ببنود عقد التحكيم، ولم تتوافر لديه النية للإحداث ضرر للمحتكم. كعدم حضور المحكم أحد الجلسات وكان ذلك إهمالاً منه وعدم عناية بدون توافر نية تعمد عدم الحضور ولا يهدف لإضرار المحتكم، ومع ذلك تترتب مسؤولية المحكم عن هذا الإهمال.

(ج) - عناصر خطأ المحكم: لكي يعتبر الفعل خطأً يجب توافر عنصرين فيه: عنصر مادي هو التعدي بمخالفة التزام فرضه القانون أو أنشاء العقد، وعنصر معنوي هو الإدراك أو التمييز. والعنصر المادي في المسؤولية العقدية هو التدي بمخالفة التزام أنشاء العقد لأن الالتزام بالعقد يوجب عليه تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه. طبقاً للمواد (١٤٧)، (١٤٨) مدني مصري.

فإن لم يتم بالتنفيذ عن عمد أو إهمال يكون قد ارتكب تعدياً، وخصوصاً إذا كان الالتزام العقدي الذي يقع الإخلال به التزام بتحقيق

(١) د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، المرجع السابق، بند ١٦٥، ص ٣٣٠. د. جمال الدين زكي، مصادر الالتزام، ص ٣٣٣.

نتيجة محددة، فما دام التزامه معيناً ومحددًا فمخالفته تمثل تعدياً وانحرافاً لأن الانحراف يتحقق من مجرد عدم الوفاء بهذا الالتزام في الموعد وبالكيفية المحددة بالاتفاق والمحقة لغرض الدائن^(١). ويكون المحكم مسئولاً عن إخلاله بعقد التحكيم إذا خالف أحد بنوده سواء كان عمداً أو إهمالاً بمجرد عدم إصدار حكم التحكيم، خلال ميعاد التحكيم، وبالكيفية المحددة المتفق عليها. ومعيار العنصر المادي هنا هو المعيار المسلك المعتاد بالنظر إلى الأحوال العادية، فإن طرأت ظروف غير عادية فإن هذه الظروف يمكن أن تؤثر على مدى هذه الالتزامات زيادة أو نقصاً^(٢). فإن جاوز الانحراف ضابط المسلك المعتاد صار تعدياً دون النظر للظروف الشخصية الذاتية للفاعل. ولا عبء بالظروف الداخلية للشخص المعتدي، ولكن لا تجرده من الظروف الخارجية وأهمها ظرف الزمان والمكان لأن تلك الظروف عامة يشترك فيها الشخص العادي الذي يوجد في مثل هذه الظروف التي قد تقتضي منه المزيد من الحرص والعناية والحيطه والحذر. وعلى ذلك يقاس خطأ المحكم بمعيار المحكم العادي الذي يوجد في نفس ظروف المحكم المخطئ.

(ح) - إثبات ركن خطأ المحكم: وفقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٣٨٩) مدني مصري التي نصت على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه". فإن المحتكم المدعي بالتعويض هو الذي يلتزم بإقامة الدليل على توافر أركان المسؤولية في حق المحكم المدعي عليه، وهذا يلزمه إثبات الخطأ بركنيه المادي والمعنوي، والمحكم هو المكلف بإثبات التخلص منه. وذلك على أساس أن المحتكم المدعي أقدر أطراف التحكيم على إثبات خطأ المحكم، وأن الأصل براءة الذمة، وعلى من يدعي خلاف الظاهر إقامة الدليل على ما يدعيه.

ولكن القول بذلك يشكل في غالبية الأحوال عبئاً ثقيلاً على عاتق المضرور. الأمر الذي يجعل حقوقه عرضة للضياع إذ كيف يتمكن وهو في

(١) د. فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٢٨١، ٢٥.

(٢) د. سليمان مرقص، موجز أصول الالتزامات، ص ٢٦٣.

الغالب شخص عادي غير ملم بقواعد القانون، أن يثبت خطأ المحكم بالرغم من قدرة المحكم على دحض الحجج وتفنيد الأسباب، فالمضور قد يفضل تحمل الضرر على السير في طريق التعويض الذي قد يكون أشق من الضرر ذاته^(١).

ولما كان التزام المحكم بتحقيق نتيجة فإنه يكون على المحتكم المضور إثبات الضرر، وأنه ناتج عن عدم تحقق النتيجة المطلوبة، وحينئذ تقوم مسؤولية المحكم فمجرد حدوث الضرر كاف لانعقاد المسؤولية، ويكون عدم تحقق النتيجة خطأ ثابت في حق المحكم، ولا ترتفع مسؤولية المحكم إلا بإثبات أن الضرر الذي أصاب المحتكم المضور يرجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ المحتكم نفسه أو خطأ الغير الذي لا يسأل عنه المحكم مدنياً، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسئولته العقدية محققة^(٢).

والأصل أن يتم أن يتم إثبات الخطأ بكافة طرق الإثبات، باعتبار أن الإثبات يرد على واقعة مادية. وعلى ذلك فللمحتكم إثبات خطأ المحكم بكافة طرق الإثبات. وإن كانت الكتابة وسيلة الإثبات الأصلية لخطأ المحكم باعتبار أن الكتابة شرط لصحة عقد التحكيم، ولكن ذلك لا يمنع المدعي إثبات خطأ المحكم بوسيلة إثبات أخرى، إذا كان خطأ المحكم خارج عقد التحكيم، ومن الصعب إثباته بالكتابة، ولكن من السهل إثباته بوسيلة أخرى كشهادة الشهود، أو إقرار المحكم بالخطأ سواء كان صريحاً أو ضمناً، كما لو عرض المحكم على المضور مبلغ لتعويضه عن الضرر الذي لحق به.

وللمحكمة سلطة تقديرية في تحديد وسيلة الإثبات حسب ما يترأى لها لإثبات الخطأ، ومن ثم فلها سلطة الأخذ بالقرائن القضائية، وكذلك الاستعانة بالخبير عند الحاجة، وذلك إذا ما أثير من صعوبة إدراك القاضي

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، بند ٤٢٩، ص ٨٩٨ وما بعدها. حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتضهيرية، بند ٣١٥، ص ٥٣٢ وما بعدها.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، بند ٤٢٩، ص ٦٦٠. د. عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، بند ٣٠٨، ص ٢٧٧، ٢٧٨.

للتواحي الفنية^(١). ومن ثم فإن مدى قيام المحكم بمهمته أم لا طبقاً لما هو منسوب له في الدعوى المقامة ضده تخضع لاقتناع القاضي طبقاً لطرق الإثبات وتنوعها المقدمة في الدعوى، فتلك الوقائع يستقل بها قاضي الدعوى باعتباره قاضي الموضوع بحيث ينتهي إلى نتيجة معينة هي ثبوت تلك الوقائع المنسوبة للمحكم أو عدم ثبوتها.

تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبة من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب ما دام تقديرها سائغاً ومستنداً إلى أدلة مقبولة لها أصل في الأوراق، ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، ولكن لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في تكييفها القانوني للأفعال الصادرة من المدعي عليه بأنها خطأ أو غير خطأ ومع هذا الخطأ فتكييف الفعل أو الترك المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض^(٢). ومن ثم فإن لمحكمة النقض الرقابة على تكييف ركن الخطأ، ووصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسئولية أو نفي هذا الوصف عنه، أما تقدير هذا الخطأ فمحكمة الموضوع لها سلطة في تقديره بدون رقابة.

مثال ذلك: تنحي المحكم عن نظر خصومة التحكيم بعد قبولها بدون عذر مقبول. فمحكمة النقض تراقب وصف فعل المحكم بالتنحي بأنه خطأ أو نفي الخطأ عنه بهذا التنحي، ولكن تقدير الضرر المترتب على هذا التنحي هو سلطة تقديره للمحكمة الموضوع. كذلك يخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض في اختياره معيار الخطأ وفي تعيينه ما يعتبر من الظروف الظاهر التي يقام لها وزن في تقدير الخطأ وما لا يعتبر كذلك وفي تقدير الأسباب التي ينتهي بها الخطأ كالل دفاع الشرعي.

(1) د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، بند ١١٣، ص ٩٨. نقض مدني ١٩٨٤/١/٥، مج، س ٣٥، ق ٣٠، ص ١٤٣. نقض مدني ١٩٧٩/١٢/٢٠، مج، س ٣٠، ج ٣، ق ٤٠١، ص ٣٣٧. نقض مدني ١٩٧٩/٤/٣٠، مج، س ٣٠، ج ٢، ق ٢٢٩، ص ٢٣٦.

(2) الإشارة السابقة.

(ثانياً): ركن الضرر: نتناول مفهوم الضرر، وأنواعه، وشروطه، وإثباته، ومعيار تقديره، ثم ركن الضرر في الفقه الإسلامي:

(أ) - مفهوم الضرر: يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية المحكم، بل الركن الجوهرى فيها، ولا يتصور أبداً وجودها بلا ضرر. بل يجب البدء بإثباته قبل إثبات ركن الخطأ، وعلاقة السببية. فإذا لم يترتب على خطأ المحكم أي ضرر، فلا تجب مساءلته لانعدام المصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية بالتعويض^(١). وعلى ذلك فخطأ المحكم وحده، لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية في مواجهة المحتكم أو الغير المضروب. بل يجب إثبات أن الضرر هو نتيجة خطأ المحكم حتى تقبل دعوى التعويض أمام القضاء. إذ قد توجد حالات لا يؤدي فيها عدم تنفيذ المحكم لإلتزامه إلى ضرر يلحق بالمضروب فلا تتحقق المسؤولية المدنية للمحكم. والضرر هو المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، مساساً يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، وسواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن^(٢).

وبما أن محل التزام المحكم هو الإلتزام بعمل، وهو إصدار المحكم التحكيمي. فإن إخلاله بهذا الإلتزام في صورة: عدم تنفيذ أو تنفيذ معيب أو تأخير في التنفيذ، فإنه يكون قد أخل بحق المحتكم في حصوله على حكم تحكيم غير معيب، وفي الوقت المحدد له. فيصبح مركز المحتكم في مركز أسوأ مما كان عليه، ويصاب بضرر مالي وأدبي أو بأحدهما. وإذا أثبت

(1) د.عبد المنعم الشرقاوي، د.فتحى والى، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ٢٤. د.نبيلة رسلان، د.السعيد قنديل، مصادر الإلتزام، ص ١٩٢. د.سليمان مرقص، الوافى، ص ١٣٣ وما بعدها، بند ٥٩. د.أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، ٢٠٠٣، ص ٣٤١. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، ص ٩٢٥، بند ٤٤٢. د.عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الإلتزام، ص ٣٨٥، بند ٣١٧. د.أنور سلطان، الموجز، بند ٣٩٤٣، ص ٣٤٣.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ص ٩٢٧. د.سليمان مرقص، الوافى، بند ٥٩، ص ١٣٣. د.حسام الدين الأهواني، مصادر الإلتزام، ص ٥٠٤. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادى والأدبي والمورث، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٤٦.

المحكم أن المحكّم لم يصيب بضرر، تنتفي مسؤوليته لعدم توافر المصلحة في دعوى التعويض.

(ب) - أنواع الضرر: الضرر نوعان: مادي، وأدبي. الضرر المادي: هو الذي يسبب للشخص المضرور خسارة مالية مشروعة (١). وهو الأكثر والأغلب وقوعاً في نطاق المسؤولية المدنية للمحكم. مثال ذلك: تأخر المحكم في إصدار حكم التحكيم، مما ترتب عليه ضرر في صورة زيادة نفقات ومصاريف، بإضافة إلى تفويت فرصة عليه كانت تعتمد على إصدار حكم التحكيم في ميعاد معين، مما لحق بالمحكّم خسارة مالية.

بينما الضرر الأدبي هو الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، فالضرر في حد ذاته لا يؤدي إلى خسارة اقتصادية أو مساس بالذمة المالية. ولقد عرفت محكمة النقض المصرية الضرر الأدبي بأنه كل ما يؤدي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته ومشاعره (٢). وعلى ذلك إذا أخل المحكم بالتزامه، ولحق بالمحكّم ضرراً أدبي من هذا الإخلال، تقوم مسؤولية المحكم ويصبح ملزماً بالتعويض، لأن هناك مصلحة أدبية للمحكّم في إصدار الحكم التحكيمي بدون إخلال المحكم بأي التزام من التزاماته. مثل إقضاء المحكم سراً للمحكّم لا يجوز إذاعته، فيصيب المحكّم بضرر أدبي في سمعته. وامتناع المحكم عمداً بسوء نية عن تنفيذ عقد التحكيم، يجعل التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المحكّم أكبر.

(ج) - شروط الضرر المادي والمعنوي: يشترط في الضرر سواء المادي أو المعنوي كركن للمسؤولية المدنية للمحكم عدة شروط هي:

(١) - الإخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضرور: يشترط في المصلحة حتى يعتبر الإخلال بها ضرراً، أن تكون مصلحة شخصية تلحق الشخص المضرور في شخصه أو ماله، أما غير المضرور فلا يستطيع أن

(١) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ١٣٧. دنيلة رسلان، د.السعيد قنديل. مصادر الالتزام، ص ٣٠٢. د.عبد النعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٣٨٦، ٣٨٥. د.أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، ص ٣٤٤.

(٢) د.السنهوري: الوسيط، بند ٤٤٨، ص ٩٣٠. تقضّر مدني ١٥/٣/١٩٩٠، مج، ص ٤١، ج ١، ق ١٢٧، ص ٧٦٢.

يطالب بتعويض عن ضرر أصاب غيره. كما يجب أن تكون المصلحة مشروعة؛ فإن كانت المصلحة مخالفة للنظام العام أو القانون أو الآداب العامة فإنها تكون مصلحة غير مشروعة، وتنتفي المسؤولية، ولا تقبل دعوى التعويض. لأن قواعد المسؤولية لا يجوز أن تكون ستاراً لحماية المصالح المستمدة من مركز غير مشروع^(١). وعلى ذلك يجب لتوافر مسؤولية المحكم عن إخلاله بالتزامه؛ أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه قد أصاب المضرور نفسه لا غيره.

(٢) - أن يكون الضرر محققاً: تشترط جميع التشريعات لقيام المسؤولية المدنية للمحكم أن يكون هناك خطأ سبب ضرراً، ولا يكفي وجود الضرر، بل يجب أن يكون واقعاً أو أن يكون وقوعه محقق الوقوع في المستقبل. وبناءً على ذلك يجب أن نفرق بين كلاً من الضرر المحقق، والضرر المستقبل، والضرر المحتمل، وتفويت الفرصة^(٢):

- الضرر الحال المحقق هو الضرر الذي وقع فعلاً، والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال، أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض. وعلى ذلك يلزم لتوافر المسؤولية المدنية للمحكم أن يكون الإخلال بالتزامه قد تسبب في ضرر أصاب المحتكم أو الغير المضرور، فإن لم يصبه ضرر فلا مسؤولية، ومن ثم فلا تعويض. مثال: تأخر المحكم إصدار حكم التحكيم، ومع ذلك لم يصب المحتكم أو الغير بضرر من جراء هذا التأخير.

- الضرر المستقبل: الضرر الذي تحقق سببه، وتراخت آثاره كلها أو بعضها على المستقبل، ويكون التعويض عن الضرر الذي وقع في الحال والضرر الذي سيقع في المستقبل إذا استطاع القاضي أن يقدر الضرر جميعه، وأما إذا استطاع تقدير التعويض الحال فقط دون المستقبل لتوقف

(١) د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، بند ٣٩٦، ص ٣٤٤. د.نبيلة رسلان، د.السعيد قنديل، مصادر الالتزام، ص ٣٠٢. د.عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، بند ٤٤٨، ص ٥٢٨ - ٥٢٩.

(٢) د.عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، بند ٣٢٠، ص ٣٨٦. د.أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، بند ١٧٣، ص ٣٤٥.

مدى الضرر على عامل مجهول لا يعرفه ، فيحكم بالتعويض مع حفظ حق المضرور أن يطالب بتكملة التعويض مرة ثانية ؛ إذا ساءت حالته في المستقبل. وعلى ذلك لا تقوم مسؤولية المحكم والتزامه بتعويض المضرور عن الضرر الحال فقط بل يشمل أيضاً الضرر المستقبل المحقق الوقوع ، وسواء تم تقدير تعويض الضرر في الحال أم لا. مثال ذلك: تنحي المحكم عن نظر خصومة تحكيم موضوعها خلاف حول تفرغ شحن بضائع لسلعة ما. تسبب هذا التنحي في تأخير المحتكم في عرض البضاعة للبيع قبل انتهاء موسمها، فالمحتكم لم يبيع بضائعه بخسارة فعلاً، ولكن البيع بخسارة محققة لقرب انتهاء الموسم.

- الضرر المحتمل هو ضرر لم يقع ، ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع. لذلك لا يصح لقيام المسؤولية المدنية، ولا تقوم به المسؤولية إلا بعد أن يتحقق فعلاً، ولا يتحول المطالبة بالتعويض إلا بعد التحقق. ومع ذلك تقوم مسؤولية المحكم عن الضرر المحتمل ، ويسأل عن تعويضه رغم عدم تحققه لأنه ملزم بتحقيق نتيجة، إلا إذا أثبت أن المضرور لم يصبه ضرر من جراء هذا الضرر الاحتمالي. مثال ذلك: تنحي المحكم عن نظر خصومة التحكيم رغم أنه لم يصيب المحتكم بضرر حال، ولم يتحقق رغم ذلك، فإن المحكم تقوم مسؤوليته، ويصبح ملزم بتعويض المحتكم عن هذا الضرر الاحتمالي؛ لأنه ملزم بتحقيق نتيجة، وهي إصدار حكم التحكيم في ميعاده المحدد، ما لم يثبت أن المحتكم لم يصبه ضرر حال، ولا يتوقع وقوع ضرر له في المستقبل.

- تفويت الفرصة: موضوع الفرصة وإن كان أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمراً محققاً، ولذلك يتعين التعويض عنها. والتعويض لا يكون عن موضوع الفرصة، وإنما يكون عن تفويت الفرصة ذاتها، ويراعى في التقدير مدى احتمال الكسب الذي ضاع على المضرور من جراء تفويت الفرصة عليه. وعلى ذلك فالمحكم تقوم مسؤوليته بمجرد تفويت فرصة على المحتكم أو الغير المضرور، والتعويض يكون عن كل الضرر الذي سيلحق المضرور سواء كان محقق الوقوع أو غير محقق لأن المحكم ملزم بتحقيق

نتيجة ، إلا إذا أثبت أن تفويت الفرصة لم يتحقق عنها أي ضرر متوقع من هذا التفويت^(١).

(٣) - أن يكون الضرر مباشراً: أن يكون الخطأ مسبب الضرر، والذي أصاب المضرور صادر من المحكم مباشرة، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم، فيكون مسئولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. والمقصود بالضرر المباشر؛ الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد أي وقت إبرام العقد^(٢).

(٤) - أن يكون الضرر شخصياً: أي أن يكون الضرر قد أصاب المحتكم أو الغير المضرور هو لا غيره في ذمته بسبب الخطأ، ومن ثم فلا يجوز لغير الشخص المضرور مطالبة المحكم بالتعويض عما أصابه من ضرر، سواء كان المضرور شخصياً معنوياً أو شخصياً طبيعياً^(٣).

(ح) - إثبات الضرر: القواعد العامة في الإثبات أن علي من يدعي الضرر إقامة الدليل على ما يدعيه. أي أن عبء الإثبات على المدعي المضرور من خطأ صدر عن المدعي عليه. ولأن الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن. ويعتبر تثبت محكمة الموضوع من وقوع الضرر مسألة موضوعية، لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب مقبولة^(٤). والعبرة بما آل إليه الضرر وقت الحكم، لا بما كان عليه عند وقوعه، وهذا أمر يستخلصه

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، بند ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧، ص ٩٢٨ - ٩٢٩. د.سليمان مرقص، الوافي، بند ٦٢ - ٦٣، ص ١٣٩ وما بعدها. د.أنور سلطان، الموجز، بند ٣٩٨ - ٣٩٩ ص ٣٤٥ - ٣٤٦. د.أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، بند ١٧٣، ص ٣٤٥. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بند ٣٢٠، ص ٣٨٦ - ٣٨٧.

(2) د.أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، بند ١٧٤، ص ٣٤٩ وما بعدها.

(3) د.سليمان مرقص، الوافي، بند ٦٤، ص ١٤٩ وما بعدها.

(4) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ص ٩٥٩. د.سليمان مرقص، الوافي، بند ٧٣، ص ١٨١. د.مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١، ص ٣٨٦. د.نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، ص ٢٩٤.

قاضي الموضوع. ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لطلب التعويض مسألة قانونية، يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض^(١).

(خ) - معيار تقدير الضرر: ويخضع تقدير الضرر لمعيار شخصي، ينظر فيه إلى ما يترتب عليه من أضرار أصابت المضرور نفسه حسب الظروف الشخصية، وبالذات طبيعة عمله فتقدير ما فات المضرور من كسب أو ما لحقه من خسارة مثلاً. كما يجب النظر إلى مركز المضرور المالي وقت الضرر، والمزايا المالية التي كان عمل المضرور يخولها له^(٢).

(د) - ركن الضرر في الفقه الإسلامي: يجب لوجوب الضمان في الفقه الإسلامي أن يكون هناك ضرر لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً، والفعل الذي لا ضرر فيه لأحد، لا يعطي حقاً للمطالبة بالضمان، ولا يكون سبباً لتقرير المسؤولية، فلا ضمان بغير ضرر، لأن الضمان من الجوابر، وليس من الزواجر، والجبر يستدعي وجود ضرر. ويقصد بالضرر في الفقه الإسلامي؛ الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته^(٣). وعلى ذلك فإن خطأ أو تعدي المحكم يرتب ضمان المحكم عن هذا التعدي، وذلك لتوافر علة الضرر الذي لحق بالمحتكم أو الغير المضرور، وذلك لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فإن انتفى الضرر انتفى تبعاً لذلك الحكم بتضمين المحكم. ويشترط في الضرر لكي يكون معتبراً في الفقه الإسلامي عدة شروط هي:

(١) - أن يكون الضرر واقع على مال متقوم شرعاً: المال إما أن يكون متقوم أو غير متقوم. فالأول يكون فيه الضمان، والثاني لا يضمن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٩٥٩. د. سليمان مرقص، الوافي، بند ٧٣، ص ١٨٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، بند ٥٧٤، ص ٩٥٧. د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية، بند ٦٤، ص ١٠١.

(٣) د. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص ٥٥. الشيخ علي الحقيف، الضمان، ص ٤٦، ٥٥.

متلفه. والمال المتقوم هو ما أباح الشارع الانتفاع به حال السعة والاختيار، وحازه إنسان بالفعل مثل العقارات والمنقولات ؛ فيكون لهذا المال حماية وحرمة من الشارع، ويستوجب تضمين من يتلفه^(١). وعلى ذلك فإن تعدى المحكم وتسبب في ضرر واقع على مال متقوم شرعاً، سواء كان قبل قبوله مهمة التحكيم أو أثناءها أو بعد انتهاءها، تقرر مسئوليته، ووجب ضمان ما أتلفه للمحتكم أو للغير المضروب. أما القانون الوضعي تقرر المسئولية عن جميع الأضرار سواء كان الضرر إخلالاً بحق ثابت أو بمصلحة مالية.

(٢) - أن يكون الضرر محققاً: يجب أن يكون الضرر قد وقع فعلاً، لأن الضرر سبب التعويض، ولا يتقدم السبب على المسبب، ولا المعلول على علته. ومن ثم ينشأ الحق في التعويض من الوقت الذي يصبح فيه الضرر محقق الوقوع، وليس من الوقت الذي يقع فيه الفعل الضار أو الفعل المسبب للضرر. فالضرر إذن يجب أن يتحقق، أما إذا كان ضرراً مستقبلاً، أو محتملاً أو تفويت الفرصة، فلا ضمان عن هذه الأضرار في الفقه الإسلامي إلا إذا تحقق وقوعه ؛ لأن القول بالضمان يؤدي إلى عدم العدالة، وإن تحقق وقوعه. لأن القول بالضمان يؤدي إلى عدم العدالة وإن تحقق سببه، إلا أنه لم ينكشف مقداره حالاً، ويكون غير المستطاع تقدير الضرر في الحال لأنه ضرر مستقبل^(٢). أما القانون الوضعي يقرر المسئولية على الضرر المستقبل والمحتمل وتفويض الفرصة. وعلى ذلك فإن التعدي الذي وقع من المحكم يجب أن ينتج عنه ضرر قد أصاب المحتكم أو الغير المضروب فعلاً لكي يصبح المحكم ملزم بالضمان عن هذا الضرر، أما إذا كان الضرر مستقبلاً أو محتملاً أو تفويت فرصة فلا ضمان إلى أن يتحقق وقوعه.

(١) الشيخ على الحقيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، ص ٥٠. د. محمد فتح الله النشار، التعويض المدني، ص ١٩١ وما بعدها.

(٢) الشيخ على الحقيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٥٥. د. عيد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بند ٤٤٩، ص ٤٩٠. د. محمد فتح الله النشار، التعويض المدني في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط ٢٠٠٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ص ١٩٧ وما بعدها.

(٣) - أن يكون الضرر مباشراً وشخصياً: المقصود بالمباشرة هو كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لفعل التعدي الواقع من المسئول، مهما تعددت الأضرار عن الفعل الواحد، طالما كانت الأضرار مترتبة على ذلك الفعل الذي كان سبباً فيها. أما إذا انعدم أثر التعدي وأضيف الضرر إلى غيره فلا ضمان عليه حيثئذ، وذلك لأن المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً. أما عن اشتراط شخصية الضرر فيعني أنه يشترط في الشخص الذي يطالب بالتعويض أن يكون هو المضرور ما لم يفوض أو يوكل غيره، أو أن يكون له خلفاً^(١). وبذلك يختلف عن القانون الذي لا يرتب المسئولية إلا على الضرر المباشر فقط دون غيره.

وينقسم الضرر في الفقه الإسلامي إلى عدة أنواع هي:

(١) - الضرر المادي: هو الضرر الذي يؤدي إلى إنزال مفسدة جسيمة أو مالية بالآخر. والذي يهنا هو الضرر المالي؛ والمقصود به ما يصيب الإنسان في أمواله، ويسبب له خسارة متمثلة في إتلافه كله أو بعضه أو بتعييب في المال تنقص به قيمته عما كانت قبل التعيب أو بتفويت منفعة من منافعه على مالكه^(٢). وعلى ذلك فإن المحكم ملزم بضمان الضرر الذي لحق بالمحتمك المضرور من جراء إخلاله بالتزامه كزيادة المصاريف أو الأتعاب وتأخر صدور ما فوت عليه فرصة.

(٢) - الضرر غير المادي: الضرر الذي لا يترتب عليه إتلاف مال أو نفس أو عضو، وينقسم إلى نوعين هما؛ ضرر أدبي، وضرر معنوي. والضرر الأدبي هو كل ما يصيب الشخص في شرفه، وعرضه، وعاطفته، من فعل أو قول يعد مهانة له، نتيجة ما لحق به من أضرار مادية أو تلك التي تصيبه نتيجة إفشاء الأسرار. بينما الضرر المعنوي يتمثل في

(١) دوهبة الزجيلي، نظرية الضمان، ص ٢٨. الشيخ محمود شلتوت، المسئولية المدنية والجناحية، ص ٢١. البسوط للسرخسي، ج ٢٦، ص ١٨٩ - ١٩٠. د. محمد فتح الله النشار، التعويض المدني، ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٧، ص ١٦٤.

تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، أي إمتناع الملتزم عن تنفيذ التزامه ؛
كالمحكم الذي يمتنع عن إيداع حكم التحكيم. كذلك في تفويت فرصة كان
من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي ؛ كتأخر المحكم إصدار حكم
التحكيم في خصومة بخصوص تفريغ شحنة بضائع مما ترتب عليه تفويت
فرصة بيع السلعة بسعر مرتفع في موسمها^(١).

وما تقدم يتبين لنا أن أنواع الضرر في القانون المدني تتشابه إلى حد كبير
مع نظيرتها في الفقه الإسلامي، فيتفق الفقهاء على تقسيم الضرر إلى
ضرر مادي، وضرر أدبي.

(ثالثاً): ركن علاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر: لا يكفي لقيام
المسئولية المدنية توافر الخطأ، والضرر فقط، بل لا بد من توافر ركن علاقة
السببية بين الخطأ والضرر. إلا أن من مقتضيات العدالة والمنطق ألا يسأل
مرتكب الخطأ إلا عن الضرر الذي أصاب المضرور نتيجة لخطئه فقط دون
خطأ غيره، وبذلك تظهر أهمية علاقة السببية في مجال المسئولية المدنية،
بحيث يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ ومرتباً به بصله وطيدة وحتمية
ارتباط السبب بالمسبب^(٢). وقد أقرت العديد من التشريعات ضرورة توافر
ركن السببية. ومن هذه التشريعات (م ٢٢١، ١/١٦٣) مدني مصري، و
(م ٢٢٧) مدني كويتي، و (م ٣٠١) مدني يمني، و (art.1382 C.C.F.).

وعلاقة السببية دوراً هاماً في مجال المسئولية المدنية للمحكم ؛ فهي
تحدد الفعل الذي سبب الضرر للمضرور من بين الأفعال المتعددة المحيطة
بالضرر. فضلاً عن أنها تستخدم لتحديد نطاق مسئولية المحكم. إذ أن
الضرر الواحد قد يؤدي إلى أضرار متلاحقة. فهل يسأل المخطيء عن
جميع هذه الأضرار؟ أم يسأل عن بعضها فقط؟^(٣). فيجب توافر علاقة

(1) الشيخ على الخنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٥٥. د. محمد فتح الله النشار، حق
التمويض المدني، ص ١٧٥.

(2) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، العقد، بند ٤٥٤، ص ٩٣٩. د. أنور
سلطان، الموجز، بند ٤٠٤، ص ٣٥٠. د. سليمان مرقص، الوافي، بند ١١٤، ص ٩٩.

(3) د. عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، بند ٤٥٧، ص ٥٣٦. د. عبد الرشيد
مأمون، علاقة السببية، ص ٣- ٤.

السببية المباشرة بين الخطأ الذي يقع من المحكم، والضرر الذي يصيب المضرور؛ لمساءلته مدنياً عن هذه الأخطاء التي تقع منه سواء قبل قبوله المهمة أو أثناءها أو عند إصدار حكم التحكيم. فإذا لم تتوافر علاقة السببية بين خطأ المحكم، وضرر المضرور. وتنتفي مسئولية المحكم لانقضاء السببية، حتى لو صدر من المحكم خطأ ولحق المضرور ضرر، وإنما يجب على المدعي البحث عن سبب هذا الضرر.

وتحديد علاقة السببية بين الخطأ والضرر سهلة وميسورة وواضحة في بعض الحالات إذا وضحت الصلة بين الخطأ والضرر. إلا أن تحقيق علاقة السببية قد يكون أمراً شاقاً ومتعزراً في كثير من الحالات؛ لأن الخطأ قد يأخذ صورة فعل، وقد يأخذ صورة ترك أو امتناع، وهوما يجعل آثار الخطأ أمر عسير تحديده. إذ قد يرجع الضرر في وجوده إلى عوامل متعددة فيكون من الصعب تحديد الأثر الذي ساهم به كل من هذه العوامل. وترجع صعوبة ومشقة تحديد علاقة السببية بين الخطأ والضرر إلى تعدد الأسباب؛ حيث يجب البحث عن السبب الحقيقي للضرر، لأنه غالباً يكون الخطأ أحد عوامل متعددة ساهمت في وقوع الضرر. كما قد يؤدي الخطأ إلى سلسلة من الأضرار تتعاقب واحداً بعد الآخر، وتكمن الصعوبة هنا في تحديد الحد الذي يجب التوقف عنده باعتبار أنه هو الذي ينشأ عن السبب.

واختلف الفقه على نظريتين^(١) في وضع معيار للسببية حيث قد تعدد الأسباب التي تدخل في إحداث الضرر، فمنها ما يكون قريباً بالمقارنة بغيرها من الأسباب التي أحدثت الضرر، فأى من هذه الأسباب يعد سبباً حقيقياً في إحداث الضرر؟ هل هو السبب القريب أم البعيد أم هما معاً؟ حيث فرقوا بين حالتي؛ أن يكون أحد هذه الأسباب قد استغرق الأسباب الأخرى. أو أن تتعادل الأسباب فلا يستغرق أي منها الآخر، ونعرض للنظريتين بشيء من الإيجاز:

(١) د.عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، بند ٤٥٧، ص ٥٣٦ وما بعدها. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ١١ وما بعدها. د.أنور سلطان، الموجز، بند ٤٠٥، ص ٣٥٠. د.جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ص ٥٢٩.

(النظرية الأولى): تعدد الأسباب مع استغراق سبب المحكم للأسباب الأخرى: وفي هذه الحالة يتعين التفرقة بين أمرين: ١- أن يكون أحد الأسباب عمدياً والآخر غير عمدي؛ وذلك مثل أن يكون الخطأ الصادر عن المحتكم أو الغير غير عمدي، وكان خطأ المحكم عمدياً؛ كفاياً للإحداث ذات الضرر وحده، بدون توافر خطأ المحتكم أو غيره^(١). وقد ترتب الضرر على الخطأين معاً بحسب القواعد العلمية والمجري العادي للأمور. وقد اعتنقت هذا المبدأ محكمة باريس ومحكمة النقض المصرية^(٢).

٢- أن يكون أحد السببين نتيجة للآخر: كما لو صدر خطأ من المحكم ترتب عليه صدور خطأ من المحتكم أو الغير؛ بحيث لولا خطأ المحتكم أو الغير، وكان خطأ المحكم وحده يكفي لإحداث الضرر. فيعتبر السبب الحقيقي في إحداث الضرر، وأما خطأ المحتكم أو الغير فقد أسهم في إحداث الخطأ مصادفة لاقترانه بالسبب الحقيقي. وفقاً لنظرية السبب المتج فيعتقد بالخطأ الذي صدر أولاً وهو خطأ المحكم لأنه السبب الحقيقي ورتب عليه المسؤولية، ويهدر الخطأ الثاني خطأ المحتكم أو الغير لأنه ليس من شأنه بطبيعته وفقاً للمجري العادي للأمور أن يحدث مثل هذا الضرر^(٣).

(النظرية الثانية): تعدد الأسباب دون استغراق أي منها للأسباب الأخرى^(٤): وقد اختلف أصحابها حول تحديد معنى السببية ومدى نطاقها، وظهرت فيها عدة آراء منها: تكافؤ الأسباب، والسبب المنتج... ويعني تكافؤ الأسباب أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر الذي أصاب المحتكم أو الغير مهما كان بعيداً يعتبر من الأسباب التي أحدثت

- (1) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العمل الضار، بند ٦٠٣، ص ١٢٦٣. د.سليمان مرقص، الوافي، الفعل الضار، بند ١٦٩، ص ٤٥٩.
- (2) تقض مدني ١٩٨٠/٥/٢٢ طعن رقم ٢٤٧ لسنة ٤٤ ق، ، معج، س ٣١، ص ١٤٧١.
- (3) د.سليمان مرقص، الوافي، الفعل الضار، بند ١٦٩، ص ٤٦٣. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، العمل الضار، بند ٦٠٥، ص ١٢٦٣.
- (4) د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ٩ وما بعدها. د.جميل الشراوي، مصادر الالتزام، ص ٥٢٩.

الضرر، فجميع الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر متساوية متى ثبت أنه لولاه ما حدث هذا الضرر، سواء كان الخطأ من المحكم أو المحتكم أو الغير، وأياً كان موقع خطأ كل من ساهم في الضرر من خطأ الآخر سواء كان عمدياً، وسواء كان أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر، لأن كل واحد منهما يعتبر سبباً في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع الضرر، وعليه يسأل الجميع سواء كان المحكم أو المحتكم المضروب أو الغير^(١).

بينما يعني السبب المنتج أنه يجب استعراض الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر والتمييز بين الأسباب العارضة، والأسباب المنتجة؛ والاعتداد بالأسباب المنتجة دون الأسباب العارضة، حيث تعتبر الأسباب المنتجة وحدها السبب في إحداث الضرر^(٢). وعليه فالمحكم لا يسأل عن الضرر إلا إذا كان فعله يصلح لأن يكون سبباً كافياً لحصول هذه النتيجة. ونقرر في النهاية أن الرأي السائد في الفقه والقضاء يأخذ بنظرية السبب المنتج رغم ما يؤدي إليه الأخذ بهذه النظرية من تحكم القضاء. إذ لا يمكن تقييم القاضي بمقياس معين في الكشف عن السبب المنتج^(٣).

على أن الفقه الحديث يرى أن كلا من النظريتين المذكورتين: نظرية تكافؤ الأسباب، ونظرية السبب المنتج لكل منهما مزايا وعيوب، وأن المحاكم لا تعتق أيًا منهما بصفة مبدئية بل تلجأ حسب الأحوال إلى ما توصلها إلى الحل العادل في القضية المطروحة. وتكمن صعوبة الثانية في تعدد المسببات أو تسلسل النتائج؛ حيث لا تتعدد الأسباب، بل يكون السبب واحد ولكن تتعاقب الأضرار التي تترتب عليه، فإن علاقة السببية التي تقوم عليها المسؤولية لا تعتبر متوافرة إلا بالنسبة إلى النتائج المباشرة لذلك الخطأ دون نتائجه غير المباشرة^(٤).

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، الفعل الضار، بند ٦٠٥، ص ١٢٦٣.

د. عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، بند ٤٥٨، ص ٥٣٨. د. أنور سلطان، الموجز، بند ٤٠٦، ص ٣٥١. تقض جنائي ١٢/٧/١٩٧٨، طعن رقم ٧٨١ لسنة ٤٨ ق، مج، ص ٢٩، ق ١٨١، ص ٨٧١.

(2) د. سليمان مرقص، الوافي، العمل الضار، بند ١٦٩، ص ٤٦٧.

(3) د. أنور سلطان، الموجز، بند ٤٠٨، ص ٣٥٢.

(4) د. سليمان مرقص، الوافي، الفعل الضار، بند ١٧٠، ص ٤٦٨. د. حسام الدين

الأهواني، مصادر الالتزام، بند ١١٨، ص ١٠٣.

وعلى ذلك فلا يسأل المحكم إلا عن نتائج الضرر المباشر الذي أصاب المحتكم أو الغير نتيجة إخلاله بالتزامه حتى ولو ترتب على ذلك الخطأ عدة أضرار متعاقبة. كما لو تأخر المحكم في إصدار حكم التحكيم عن ميعاده المتفق عليه، وكان النزاع بخصوص عقد تفرغ بضاعة من سفن مما ترتب عليه تسلسل أضرار أصابت المحتكم، فلا يسأل المحكم إلا عن الضرر المباشر فقط، وهو تأخر إصدار الحكم. ومعيار الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ. وهو يعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المحتكم أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فإذا لم يبذل المحتكم المضرور جهداً معقولاً في توقي الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك، وعلى المضرور أن يتحمل تبعه خطأه، ويتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ^(١). وتحديد معيار الضرر المباشر وغير المباشر مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع تبعاً لما يراه من ظروف كل مسألة على حدة، ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض^(٢).

وقد نصت^(٣) (م ١/٢٢١) مدني مصري على أن: "التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخر في الوفاء به". وخطأ المحكم لا يقيم المسؤولية إلا إذا كان هو السبب في الضرر، ذلك لأن المسؤولية عن الفعل الشخصي بصفة خاصة، تفترض علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ والضرر. وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على تطلب علاقة السببية بين الخطأ للإمكانية تحقق المسؤولية المدنية بصفة عامة^(٤). وأخطاء المحكم سواء كانت معاصرة لقبوله المهمة أو وقعت أثناء القيام بالمهمة أو كانت لاحقة على إيداع الحكم. فهذه الأخطاء قد يترتب عليها أضراراً تصيب المحتكمين أو

(1) د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، بند ١١٩، ص ١٠٣. دكتور سلطان، الموجز، بند ٤١٠٣، ص ١٠٣.

(2) د. سليمان مرقص، الوافي، مصادر الالتزام، الفعل الضار، بند ١٧٠، ص ٤٦٩.

(3) تقض مدني ١١/٢٨/١٩٦٩، مج، س ١٩، ق ٢٢٠، ص ١٤٤٨.

(4) - Cass. Civ. 3 Mai 1974; J.C.P.1974; IV; 222.

الغير. تتمثل في ضياع الوقت وإطالة أمد التقاضي أو ضياع الدليل أو إنفاق مصروفات باهظة أو غير ذلك من الأضرار المادية والأدبية.

ويجب توافر علاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر. ويجب على مدعي الضرر من خطأ المحكم إثبات توافر علاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر الحادث له. و للمضروب إثبات خطأ المحكم الذي أدى إلى بطلان الحكم أو تنحي المحكم عن المهمة بدون عذر مقبول، أو التأخر في إصدار الحكم أو الامتناع عن رد المستندات أو إفشاء الأسرار التحكيم أو الإخلال بالحيدة تسبب له إضرار، مع توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهنا تقوم مسئولية المحكم المدنية عن أخطائه. أما إذا لم يستطع المضروب إثبات علاقة السببية فإن مسئولية المحكم تنتفي.

وعلاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر الذي أصاب المضروب قائمة لأن التزام المحكم عقدي، ومن ثم فلا يكلف المضروب إثباتها. ولكن المحكم هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، فعيب الإثبات يقع على المحكم، لا على المضروب. ولا يستطيع المحكم نفي علاقة السببية إلا بإثبات أن الضرر الذي أصاب المضروب ليس نتيجة لخطئه، ولكن مصدر هذا الضرر هو السبب الأجنبي. ونصت (م ٢١٥) مدني مصري على أن: "... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه"^(١). ويجوز إثبات علاقة السببية بكافة طرق الإثبات. ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو نفيها. ولا معقب على محكمة الموضوع بشأن الوقائع التي يستدل منها قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. أما تكييفها بهذه الوقائع من الناحية القانونية، وهل تكفي لإيجاد علاقة السببية، فهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢).

(١) - د. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني، ص ٣٢١.

(٢) د. السنهوري: الوسيط، الفعل الضار، ص ١٣٤٨. د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ص ٣٠٠ وما بعدها. تقض مدني ١٣/١٣/١٩٨٣، مج، ص ٣٤، ق ٥٠، ص ٢٠٢. تقض مدني ٢٩/١/١٩٨٠، ص ٤١، ق ٤٧٤، ص ٣٥٦.

علاقة السببية في الفقه الإسلامي: يشترط لوجوب الضمان في الفقه الإسلامي وجود رباط بين الفعل والضرر؛ بأن يكون الضرر نتيجة مرتبطة بالفعل حسب المألوف والعادة وما دام الفعل هو المؤثر في وجود الضرر فالعلاقة قائمة بينها، وبالمقابل تنعدم هذه الرابطة متى كان الضرر المطلوب التعويض عنه غير مرتبط بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب، وبانتفاءها تنتفي المسؤولية عن مرتكب الفعل^(١). وقد حدد الفقهاء هذه الرابطة بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، وبالتالي فلا ضمان على غير المباشرة والمتسبب. ويقصد بالإتلاف مباشرة: إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر، ويقال لمن فعله فاعل مباشر ولكن يتعين في مثل هذه الحالة التأكد من توافر علاقة السببية بين النتيجة الضارة والفعل الذي صدر من المباشر. ويقصد بإتلاف تسبباً: التسبب في تلف الشيء يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر، ويقال لفاعله متسبب^(٢).

وعلى ذلك إذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان، وإذا وجد التسبب وحده وجب الضمان. وذلك إذا حدث تعدد من فاعل السبب ووقع ضرر متعمد من التسبب وأدى السبب إلى النتيجة قطعاً بدون تدخل سبب آخر حسب العادة. أما إذا تدخل بين السبب والضرر فاعل آخر، وكان هذا التدخل مانعاً دون تحقق النتيجة من السبب الذي صدر من الأول، وحدث الضرر نتيجة فعل فاعل آخر، فإن المسؤولية تقع على الفاعل الثاني إذ يعتبر في هذه الحالة مباشراً بإتيان الفعل وصاحب السبب الأصلي متسبباً، ومن ثم إذا اجتمع المباشر والتسبب أضيف الحكم إلى المباشر. وقرر الفقهاء أن مرتكب الفعل الضار يضمن ما تعاقب على فعله من أضرار طالما أن أثر فعله في إيجادها لم ينقطع بنهوض سبب آخر يمكن

- (1) الشيخ على الحقيف، الضمان، ص ٧٤. د. وهبة الزجيلي، نظرية الضمان، ص ٢٧ - ٢٨. د. محمد فاروق بدري العكام، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة ١٩٧١، ص ٢٤٥.
- (2) د. صبحي الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج ١، ص ١٨٠. د. السعيد محمد الأزمازي، المسؤولية المدنية للقضاة، دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٥٦ - ٥٧.

معه إضافة ما حدث إليه. أما إذا انقطع هذا المعنى وأضيف الضرر إلى غيره من الأسباب فلا ضمان على صاحب السبب الأول^(١).

٣٩- دعوي المسؤولية المدنية المحكم: ترفع دعوي المسؤولية المدنية للمحكم بالإجراءات المعتادة لرفع دعوي المسؤولية وفقاً للقواعد العامة في قواعد الإختصاص القضائي - المحلي، والنوعي، والقيمي - في قانون المرافعات، وليس وفقاً لنص (٩م) تحكيم مصري، لأنها ليست من مسائل التحكيم التي يجلها قانون التحكيم إلى القضاء. ويجوز رفع دعوي مسؤولية المحكم، ولو أثناء قيام خصومة التحكيم، وقبل صدور حكم التحكيم المنهي لخصومة التحكيم، متى تحققت وتوافرت أركان وشروط مسؤولية المحكم، من خطأ وضرر وعلاقة السببية. ولا تسأل الدولة عن أعمال المحكم، وذلك علي خلاف قاضي الدولة، ولا يجوز الرجوع بدعوي الرجوع بالتعويض عن خطأ المحكم ضد الدولة. كما لا يسأل مركز التحكيم، ولا الغير الذي اختار المحكم مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، عن خطأ المحكم لأن المحكم يقوم بمهمته التحكيمية بصفة مستقلة، ودون تبعية لمركز التحكيم أو الغير الذي إختاره. ويسأل كل محكم عن خطأه فقط، لأن مسؤولية المحكم ليست تضامنية^(٢).

ويسأل المحكم مدنياً تجاه أطراف التحكيم طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية لارتباطهم بعقد التحكيم، بينما يسأل المحكم في مواجهة الغير طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد يربط بينه وبين الغير. ولا يجوز للمضروب مطالبة المحكم بالتعويض عن طريق إتباع إجراءات مخاصمة القضاة الواردة في قانون المرافعات لأنه ليس قاضي حكومي، وإنما قاضي خاص. كما لا يعد قبول الطعن في حكم التحكيم وسيلة لتقرير مسؤولية المحكم، لأن الطعن متعلق بحكم التحكيم، والمحكم ليس طرفاً في خصومة التحكيم^(٣).

(1) دوهبة الزجيلي، نظرية الضمان، ص ٣٤، ٤٧. المبسوط للسرخسي، ج ٢٦، ص ١٨٥.

(2) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥٠، ص ٢٨٤. د. مصطفى الجمال، دعاكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٤١٥، ص ٦٠٢.

(3) د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، ص ٢١٦.

- Ph.Fouchard; La statut de L'arbitre; P.375.

- Trib.Gran.inst. Paris; 2 Octob.1985; Rév.arb.1987; P.84; Obs. B.M.

- Cass.Civ.2°. 29 Janv.1960; Rév.arb.1960; P.121.

للمضور من خطأ المحكم رفع دعوي المسؤولية ضده وفقاً للقواعد العامة، عما أصابه من ضرر مادي أو أدبي، مثل حالات أخطاء المحكم التي تؤدي إلي إبطال حكمه، للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء ضياع الوقت، والجهد، والنفقات، والمصاريف، وأتعب المحامين والمحكمين. وقد يكون المضور المدعي بدعوي التعويض هو أحد أطراف التحكيم، أو كليهما، أو من الغير. وعلي المضور المدعي إثبات خطأ المحكم، والضرر الذي لحق به، وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي أصابه. وإذا لم يكن التعويض مقدراً في عقد التحكيم، أو بنص القانون، فيقوم القاضي بتقدير التعويض بحيث يشمل ما لحق المضور من خسارة، وما فاته من كسب (م ٢٢١ مدني مصري).

٤٠- شرط الإعفاء من مسؤولية المحكم: يعرف شرط الإعفاء من مسؤولية المحكم بأنه الشرط الذي يؤدي إلي رفع المسؤولية عن المحكم أو تحديدها بمدى أو بنطاق معين قبل وقوع الضرر، وذلك بإتفاق بين المحكم وأطراف التحكيم في عقد التحكيم المبرم بينهما أو بإتفاق لاحق بينهما. و فيجوز الإتفاق علي إعفاء المدين - المحكم - من أية مسؤولية تترتب علي عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه علي وجه معيب أو تأخر فيه إلا ما ينشأ عن غشه وخطئه الجسيم... ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة علي العمل غير المشروع (م ٢١٧ مدني مصري). وذلك إستناداً علي مبدأ سلطان الإرادة، وأن من يملك الإنشاء يملك التعديل أو الإنهاء. وعلي ذلك لا يجوز إعفاء المحكم من أية مسؤولية إذا وقع منه غش أو خطأ مهني جسيم. ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً علي طلب ذوي الشأن أن تعدل الإتفاق المعدل للمسؤولية بما يجعل التعويض مساوياً للضرر^(١). وقد يرد شرط الإعفاء من

(١) د محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتصّر وسوء السلوك الفاحش والمقصود، ط١، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥، ص ٧٤ وما بعدها.

تقضى مدني ١٩٩٤/١٢/٢٥ م، طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق، ص.

المسئولية - حصانة مطلقة - شاملاً لكل من المحكم، ومركز أو مؤسسة التحكيم، والعاملين فيها،...مثل نص (م٣٤) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المعدل سنة ١٩٩٨م، و(م٢١) من إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و(م٤٠) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، و(م٢٥) من نظام التحكيم البحري لمؤسسة طوكيو للتحكيم البحري لسنة ١٩٩٦م، و(م٣٦) من نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم لسنة ١٩٩٢م، و(م٣١) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي.

المبحث الثاني

طرق دفع وتأمين المسؤولية المدنية للمحكم

٤١- تمهيد وتقسيم: تناول في هذا المبحث دفع المسؤولية المدنية للمحكم بنفي خطأ المحكم عن طريق؛ الدفاع الشرعي، وتنفيذ أمر الرئيس، وحالة الضرورة، ورضا المضرور أو قبوله المخاطر. وينفي علاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر؛ بالقوة القاهرة، وبفعل المضرور، وبخطأ الغير. ثم تأمين المسؤولية المدنية للمحكم، وضمان الأضرار الناجمة عن خطأ المحكم.

٤٢- دفع المسؤولية المدنية للمحكم بنفي الخطأ: الخطأ هو إخلال المحكم بواجب قانوني. ومع ذلك قد لا تتحقق مسؤولية المحكم عند نفي الخطأ عن طريق إثبات أن المحكم اتخذ كل الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الخطأ، وأنه بذل كل ما في وسعه من الحيلة والحذر والعناية، بما يدل على حسن مسلكه تجاه المضرور^(١). ولأن التزامات المحكم التزم بتحقيق نتيجة، فلا يكلف المضرور في هذه الحالة بإثبات الخطأ، وإنما الخطأ مفترض بمجرد عدم تنفيذ المحكم لالتزامه، ولا يستطيع المحكم نفي الخطأ في هذه الحالة بإثبات أنه بذل القدر اللازم من العناية^(٢).

(١) د.جميل الشراوي، مصادر الالتزام، بند ١١١، ص ٥٨٨. د.محسن اليه، مصادر الالتزام، ص ٥٢. د.سليمان مرقص، الوافي، ص ٢٨٣.
(٢) إسماعيل محمد علي، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارناً بالقانون المدني والشرعية الإسلامية سنة ١٩٦٦، ص ١٤٢.

صور نفي الخطأ: يمكن أن يتم نفي الخطأ عن طريق تبرير الفعل نفسه، وإباحة هذا الفعل. وصور نفي الخطأ هي حالات تطرأ على الخطأ فتخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. وإباحة خطأ المحكم تتمثل في ثلاث أسباب هي: حالة الدفاع الشرعي، وتنفيذ أمر الرئيس، وحالة الضرورة^(١). وقد نص المشرع المصري على هذه الحالات الثلاثة في المواد (١٦٨، ١٦٧، ١٦٦) مدني مصري. أما التقنين العراقي فقد نص على هذه الحالات في المواد (٢١٥، ٢١٣، ٢١٢) مدني عراقي. أما التقنين السوري في المواد (١٦٩، ١٦٨، ١٦٧) مدني سوري. وكذلك التقنين الليبي في المواد (١٧١، ١٧٠، ١٦٩) مدني ليبي... وكاد الفقه أن يجمع على إضافة حالة رابعة لهذه الحالات الثلاثة المنصوص عليها، لأن هذه النصوص ليست على سبيل الحصر، وإنما حالة رضا المضرور بحدوث الضرر الذي أصابه. إذا رضاه يترتب عليه في تلك الأحوال نفي الخطأ عن الفعل الضار المعترف بحسب أصله خطأ^(٢).

(أولاً): حالة الدفاع الشرعي: يعفي المحكم من المسؤولية في حالة الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس أو مال غيره؛ بشرط ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه العدالة. هذا هو الثابت في غالبية التشريعات، وهذا يتفق مع طبيعة الأمور ومع الميل الغريزي للبشر^(٣). وقد نصت (١٦٦م) مدني مصري على أن: "من أحدث ضرراً وهو في حالة الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئولاً على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري. وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة". فمن يستعمل حقه في الدفاع الشرعي ملتزماً بحدوده وغايته لا يكون مخطئاً، حيث إن الجواز ينافي الضمان على حد قول رجال الفقه الإسلامي^(٤).

- (1) د. عبد الحكيم فودة، الخطأ، ص ٤٦. د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٢٨٤.
- (2) د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية، ص ٨٩. د. مصطفى حسن البرعي، أساس المسؤولية، ص ١٩٦ - ١٩٧. د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٢٨٤.
- (3) دهشام السعيد، المسؤولية المدنية لمعاونة القضاء، ص ١٢٤.
- (4) د. محسن اليه، مصادر الالتزام، ص ٥٢. د. نعمان جمعة، دروس في الواقعة القانونية، القاهرة ١٩٧٢، ص ٧٥.

ونبين فيما يلي شروط استعمال حق الدفاع الشرعي والتي يمكن استخلاصها من نص (م ١٦٦) مدني مصري سالف الذكر ثم معيار تقديره وآثاره.

ويشترط في نشوء حق الدفاع الشرعي للمحكم طبقاً لنص (م ١٦٦) مدني مصري:

(أ) - وجود خطر الاعتداء على المحكم: يكتفي القانون في نشوء حق الدفاع الشرعي للمحكم بوجود خطر الاعتداء، لكي يتمكن المحكم تدارك هذا الخطر قبل وقوعه، فينشأ للمحكم حق الدفاع الشرعي ليس من وقت وقوع الاعتداء فحسب بل بمجرد تأهب المعتدي للاعتداء^(١). ولا يلزم في الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته، بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المحكم، طالما بنى على أسباب معقولة. ويعتبر تقدير المحكمة ذلك مسألة موضوع، لا تخضع لرقابة محكمة النقض بشرط سلامة الاستدلال. ويستوي في ذلك أن يكون الاعتداء يهدد المحكم أو شخصاً آخر في نفسه أو في عرضه أو في ماله أو في كرامته. ولا فرق في ذلك بين القانون المدني وقانون العقوبات. كما لا يشترط أن يكون الاعتداء المهدد بوقوعه متعمداً، أو جسيماً^(٢).

(ب) - أن يكون الخطر الذي يهدد المحكم حالاً: يشترط لكي يعتبر المحكم في حالة دفاع شرعي أن يكون الخطر المهدد به حالاً، وشيك الوقوع إذا لم ينادر إلى دفعه. أما إذا كان الخطر الذي يهدد المحكم مستقبلاً أو خطر قد وقع بالفعل، فلا ينشأ حق الدفاع الشرعي للمحكم. ولا يشترط في الاعتداء المهدد به أن يكون على درجة من الجسامه، فقد يكون بسيطاً أو تافهاً، ولكنه على الأقل يتطلب قدراً من القوة لدفعه^(٣). ويترك تقدير كون

(1) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٣٩٦، بند ١١١. د. هشام السعيد، المسؤولية المدنية، ص ١٢٤.

(2) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٣٩٦، بند ١١١. د. نبيلة رسلان، د. سعيد قنديل، مصادر الالتزام، ص ٢٩٥.

(3) د. محسن اليه، مصادر، ج ٢، ص ٥٣. د. صلاح حسن البرعي، أساس المسؤولية، ص ٢٠٢. د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٧٧.

الخطر المهدد به المحكم مبرراً لأعمال الدفاع التسريبي الذي يفصل في كل حالة وفقاً لظروفها بأسباب معقولة تبرير^(١).

(ج) - عدم إمكان المحكم دفع الخطر الحال إلا بالقوة: ويتحقق هذا الشرط عندما يكون استعمال المحكم للقوة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الاعتداء أو الخطر الذي يهدده في نفسه أو ماله أو عرضه أو كرامته أو الغير. بمعنى أن ينعدم لدى المحكم أي وسيلة أخرى صالحة لرد الاعتداء؛ كالالتجاء إلى السلطات العامة أو أي طريق آخر^(٢).

(ح) - أن يكون مصدر الخطر عملاً غير مشروع: يجب أن يكون مصدر الخطر الذي يواجهه المحكم غير مشروع لتحقيق حالة الدفاع الشرعي؛ أي أن يكون المعتدي قد صدر منه عمل يهدد المحكم بخطر بدون حق، وبالمخالفة للقانون. أما من يستعمل حقاً أو يؤدي واجبا لا يعد قد ارتكب خطأ موجباً للمسئولية؛ بشرط أن لا يسبب استعمال حقه، ولا يقع منه تقصير أو إهمال في أداء واجبه، بل يجب على المحكم أن يتمثل له مع الاحتفاظ بحقوقه إن وجدت^(٣).

(خ) - ألا يتجاوز المحكم في الدفاع القدر الضروري لرد الاعتداء: يجب أن يكون استعمال المحكم لحقه القانوني في الدفاع الشرعي بالقدر اللازم لدفع الخطر أو الاعتداء المهدد به. فإن تجاوز المحكم حدود ما يلزم للدفاع، فإنه يكون مخطئاً ويترتب عليه مسئولية توجب تعويض، ما يترتب على هذا التجاوز الذي صدر منه أضرار للمعتدي الأصلي. وتقدير ذلك لا يكون إلا على أساس معيار الشخص المعتاد إذا وجد في نفس الظروف الخارجية وملابسات الحالة الواقعية التي أحاطت بالمحكم. وهو أمر مستقل به قاضي الموضوع، ويقدره بغير معقب عليه من محكمة النقض، بشرط أن يسبب قضاءه على أسباب مقبولة^(٤).

- (1) د. عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦، ص ٤٦.
- (2) د. محسن البيه، مصادر، ج ٢، ص ٥٥. د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨١، ص ٤٧٢.
- (3) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٢٩٩ - ٣٠٠. د. صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢٠٤. د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٥٧.
- (4) د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، ص ٤٧٢. د. محسن البيه، مصادر، ج ٢، ص ٥٥ - ٥٦. د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٨٨.

معيار تقدير الدفاع الشرعي: إذا كانت الضرورات تبيح المحظورات، فإنها تقدر بقدرها؛ أي أن الاعتداء الذي أباحه المشرع للمحکم لدفع الاعتداء الواقع عليه من مصدر غير مشروع. يجب أن يحدد هذا الحق الاعتداء بالقدر اللازم لدفع هذا الاعتداء. ومحكمة الموضوع صاحبة السلطة في تقرير توافر شروط الدفاع الشرعي طبقاً للقانون، على أن يكون استنتاجها مقبولاً، ومستمداً من وقائع ثابتة في الدعوى. ومحكمة النقض أن تراقب سلامة هذا الاستنتاج. ويشترط تمسك المحكم بحق الدفاع الشرعي أمام محكمة الموضوع، حتى تلتزم هذه الأخيرة ببحث دفع المحكم، وتبين توافر شروطه من عدمه. ويعتبر تقدير القوة اللازمة لدفع الاعتداء أمراً موضوعياً لا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض طالما قام تقديره على أسباب مقبولة^(١). أما معيار تقدير الدفاع الشرعي فقد ذهب الرأي الغالب إلى أن أساس عدم مسئولية المدافع عموماً هو أن سلوكه يتفق مع سلوك الشخص المعتاد. بينما محكمة النقض تتجه إلى قياس توافر حالة الدفاع بمعيار شخصي، وهو ذات الشخص المهدد بالخطر، وليس الشخص المعتاد^(٢).

آثار توافر شروط الدفاع الشرعي: بتوافر شروط الدفاع الشرعي، لا تقوم مسئولية المحكم لا الجنائية، ولا المدنية؛ لأنه يقوم بعمل مشروع ومباح قانوناً، ويتعين القضاء ببراءته حيث أنه ارتكب فعلاً مشروعاً. أما إذا ثبت تجاوز المحكم الحد القانوني لأحد شروط الدفاع الشرعي كان مخطئاً وحينئذٍ تنعقد مسئوليته، عما وقع من ضرر^(٣). ولكن يجب التفرقة بحسب الشرط الذي تخلف. فإذا كان التخلف كل من الشرط الأول والثاني والثالث والرابع انتفت تماماً حالة الدفاع الشرعي واعتبر الاعتداء الصادر من المحكم تعدياً ويتوافر الخطأ والمسئولية ويلتزم المحكم بدفع تعويض كامل. أما إذا تخلف شرط عدم تناسب بين الخطر وفعل المحكم، فإنه

(1) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣. د. هشام السعيد، المسئولية، ص ١٢٥.

(2) د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٥٨.

(3) د. محسن اليه، مصادر، ج ٢، ص ٥٦. د. صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢٠٦.

كذلك يكون مخطئاً، وحينئذٍ تنعقد المسؤولية. ولكن يلاحظ أن المضرور، وهو ما كان يهدد بالخطر، مخطئٌ بدوره، فنكون أمام خطأ مشترك بين المضرور والمحكم. ويقدر القاضي على ضوء مسلك المضرور، ومسلك المحكم الذي تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مقدار التعويض الذي يلتزم به المحكم. ولهذا نص القانون على أن من تجاوز القدر الضروري لدفع الأذى يلتزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة على نحو ما تقرره القواعد القانونية العامة^(١).

حالة الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي: يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي إلى نوعين:

١- دفاع شرعي خاص (دفع الصائل): وهو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء. والأصل في دفع الصائل قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ)^(٢).

وشروطه هي: أن يكون هناك اعتداء يراد دفعه. وأن يكون الاعتداء حالاً. وألا يمكن دفع الاعتداء الحال إلا بما دفع به. أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه. واتفق الفقهاء على أن أفعال الدفاع مباحة، وأنه لا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية والمدنية. والسبب في ذلك أنه أتى فعلاً مباحاً أو أدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع.

٢- الدفاع الشرعي العام: وهو الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر. والأصل فيه قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَكُلًّا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)^(٣). وقوله تعالى: (كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ...)^(٤). وفي الدفاع الشرعي

(1) د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٥٩. د. محسن البيه، مصادر، ج ٢، ص ٥٦.

(2) سورة البقرة: آية ١٩٤.

(3) سورة المائدة آية ٢.

(4) سورة آل عمران آية ١١٠.

العام إذا تجاوز المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره بوسيلة عما يقتضيه الحال، فهو مسئول عن هذه الزيادة، أما فاعل المنكر فليس له أن يعتدي على من يدفع المنكر.

(ثانياً): حالة الضرورة: حالة الضرورة هي ظرف خارجي يحيط شخصاً بخطر جسيم على نفسه، أو نفس غيره، ويكون هذا الخطر على وشك الوقوع به أو بالغير، فيضطر إلى ارتكاب جريمة درءاً لهذا الخطر. فيعفي من العقاب على هذه الجريمة، ما دام لم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولم يكن في مقدرته منعه بطريقة أخرى غير الجريمة التي وقعت^(١). ويكون المحكم في حالة الضرورة إذا ارتكب المحكم عملاً أدى إلى وقوع الضرر للغير، ولكن هذا العمل الضار لم يكن بقصد سيء، فتصرف المحكم لا يقصد منه تعمد الإضرار بالغير، كما أنه غير مهمل وغير متهور، وإنما ارتكب هذا الفعل الضار ليرفع به ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره. تطبيقاً للقاعدة الشرعية (الضرورات تبيح المحظورات) سواء كان هذا الضرر في نفسه أو ماله أو في نفس أو مال غيره.

وقد نصت (م ١٦٨) مدني مصري على أن: "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملتزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً". كما نصت (م ٢٣٦) مدني كويتي على أنه: "من اضطر في سبيل اتقاء خطر جسيم محقق كان يتهدهده هو أو غيره في النفس أو في المال. ومن غير أن تكون له يد في قيامه إلى إلحاق ضرر بمال شخص آخر أهون مما عمد إلى اتقائه. فإنه لا يكون مسئولاً عن تعويض الضرر. إلا إذا تعذر استيفاؤه على أساس الإثراء بدون سبب على حساب الغير. وحيث لا يكون محدث الضرر ملتزماً إلا بتعويض مناسب يقدره القاضي بمراعاة ظروف الحال ومقتضيات العدالة".

ويشترط لتطبيق حالة الضرورة توافر ثلاثة شروط:

(١) - أن يكون الفعل الذي ارتكب ضرورياً للوقاية من خطر جسيم حال: يلزم أن يكون الخطر الذي صدر من المحكم الذي يهدد نفس أو مال

(١) د. سليمان مرقص، الوافي، بند ١٠٧، ص ٢٨٥. د. محسن اليه، مصادر، ج ٢، ص ٦٠. د. صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢١٥.

المحکم أو نفس أو مال غیره جسیماً، وحالاً، و غیر مشروع. وعلى ذلك فإن الخطر الخفیف أو المستقبل أو المباح لا یعدم المسؤولية. ولا فرق بین خطر یهدد النفس، وخطر یهدد المال، من حیث المسؤولية المدنية. أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر یهدد النفس (م ٦١) عقوبات مصري^(١).

(٢) - ألا یكون للشخص دخل في حلول الخطر: یجب أن یكون مصدر هذا الخطر الحال الجسیم الغير المشروع أجنبي. فلا ید فيه لمن سبب الضرر، ولا لمن وقع علیه الخطر. فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي یمنع خطراً - هو الذي سببه بیده - على نفسه یعتبر تعدياً یوجب المسؤولية الكاملة مبنية على القواعد العامة لا على حکم (م ١٦٨ مدني مصري) لأنه لا یجوز لمن ارتكب أمراً محرماً أو وقع في محذور أن یعتبر نفسه في حالة ضرورة تجیز له إلحاق ضرر بالغير للخلاص من هذا المحذور إذ أنه الذي خلق حالة الضرورة بفعله. أما إذا كان الخطر مصدره هو من وقع علیه الضرر وأن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر یعتبر دفاعاً شرعياً^(٢).

(٣) - أن یكون الخطر المراد تفادیه أكبر من الضرر الذي وقع: فإذا كان الخطر المراد تفادیه أقل من الضرر الذي وقع لا تقوم حالة الضرورة. ویكون من أوقع الضرر مسئولاً كاملة وفقاً للقواعد العامة. لأن الرجل المعتاد لا یسمح لنفسه بأن یلحق بغيره ضرراً جسیماً لینجو من خطر أخف، ولا حتى من خطر معادل. ویلاحظ الفرق في ذلك بین القانون المدني وقانون العقوبات إذ الأخير لم یعول على التفاوت بین الضررين، وإنما اهتم بأن لا یكون ثمة سبیل لدرء الخطر غیر ارتكاب الفعل الضار^(٣). ومن ثم إذا تعرض المحکم خلال قيامه بتنفيذ مهمته التحکیمیة

(1) د.السنهوري، الوسيط، ج ١، المجلد الثاني، ص ١١٠٦. د.سليمان مرقص، الوافي،

ص ٢٨٩. د.محسن اليه، المسؤولية المدنية للمعلم، ص ١٥١.

(2) د.سليمان مرقص، الوافي، ص ١٢٢. د.محسن اليه، مصادر، ج ٢، ص ٦١. دهشام السعيد، المسؤولية، ص ١٢٣.

(3) د.سليمان مرقص، الوافي، ص ٢٩٠. د.محسن اليه، مصادر، ص ٦١.

طبقاً لعقد التحكيم لحالة ضرورة وتوافرت الشروط الثلاثة السابقة يصبح الخطأ الذي صدر منه ، منفي عنه وصف الخطأ ولا يترتب عليه مسؤولية. وإذا وجد المحكم في حالة الضرورة اختلف الحكم الواجب اتباعه حسب ظروف كل حالة فهو يسأل مسؤولية كاملة إن كان الضرر المراد تفاديه أقل بكثير من الضرر الذي وقع.

إذا توافرت حالة الضرورة بتوافر الشروط الثلاثة السابقة ، وبالنظر إلى المعيار الموضوعي للخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص المعتاد في نفس الظروف الخارجية ، فإن القواعد العامة تقضي بإعتبار محدث الضرر غير مخطئ ، ومن ثم لا يكون مسئولاً ، بناءً على المسؤولية المؤسسة على الخطأ ، ولكن لا يترتب عليها أن يعفى من وقع منه الضرر من كل تعويض. بل يكون ملزماً بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً^(١). والغالب أن يخرج القاضي في هذه الحالة من نطاق المسؤولية التقصيرية إلى نطاق الإثراء بلا سبب. فإن من يثرى دون سبب مشروع على حساب غيره يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين ؛ قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار^(٢). وبناءً على ذلك نجد أن المحكم أصبح ملزم بقيمة الافتقار الذي حدث للمضرور ، وهي بالضرورة أقل من قيمة الإثراء.

ويقدر القاضي التعويض المناسب ، وهو يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية كاملة ، ولا يكون ملزماً بتطبيق القواعد العامة في التعويض. فلا يلزم بأن يكون التعويض جابراً لكل الضرر ، والذي يشمل الخسارة اللاحقة ، والكسب الفائت. وإنما يراعى كافة الظروف التي حدث فيها الضرر وفقاً لظروف الحال ، ومقتضيات العدالة. وقد لا يحكم إلا بتعويض جزئي. أما إذا لم تتوافر شروط الإثراء بلا سبب فإن القاضي يحكم للمضرور بتعويض على أساس فكرة العدالة لا على أساس الإثراء بلا سبب ، ولا على أساس المسؤولية التقصيرية^(٣). فالمحكم إذا وجد في حالة ضرورة

(1) د. سليمان مرقس ، الوافي ، ص ٢٩٢. د. محسن البيه ، مصادر ، ص ٦٢.

(2) د. محسن البيه ، المسؤولية المدنية للمعلم ، ، بند ٧٣ ، ص ١٥٢.

(3) د. سليمان مرقس ، الوافي ، ص ٢٩٢. د. محسن البيه ، مصادر ، ص ٦٣ ، ٦٢. د. صلاح

حسن البرعي ، أساس ، ص ٢١٩ ، ٢٢٠.

اختلف الحكم حسب ظروف كل حالة. فهو يسأل مسؤولية كاملة إن كان الضرر المراد تفاديه أقل بكثير من الضرر الذي وقع، وقد تخفف مسؤليته، ويكون ذلك إذا لم يكن المضرور قد ساهم في إحداث حالة الضرورة. أما إن ساهم المضرور في قيامها أو الغير انتفت مسؤولية المحكم بحدوث الضرر. حالة الضرورة في الفقه الإسلامي: حالة الضرورة في الفقه الإسلامي هي أمر نازل بالإنسان لا يدفع إلا بارتكاب محظور. وتجزئ الشريعة الإسلامية دفع هذا الضرر، ولو أدى إلي ارتكاب الأضرار بالآخرين، وإن كان ذلك مخالفاً للقاعدة: إحداث الضرر للغير ممنوع شرعاً. ودليلها: قوله تعالى: "فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَكَانَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ" (١٩)، وقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف". ويشترط لوجود حالة الضرورة: أن تكون ملحّة؛ وذلك بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى فيها على نفسه. وأن تكون قائمة؛ أي ليست منتظرة. وأن يكون الضرر الذي يباح تفاديه أشد من الضرر الذي أحدثه (٢).

حكم الضرورة في الفقه الإسلامي: إذا كان بأمر الحاكم لا يستوجب الضمان، أما إذا كان بغير إذن الحاكم فإنه مضمون على المضر لأن الاضطرار لا يبطل حق غيره (٣). وعلى ذلك إذا توافرت شروط حالة الضرورة سواء الشروط الواجب توافرها لوجود حالة الضرورة أو شرط الشخص الذي يعتبر في حالة الضرورة. طبقاً لما ذهب إليه الفقه الإسلامي في خطر صدر من المحكم أصاب الغير؛ فإذا كان الضرر الذي صدر من المحكم بإذن الحاكم فلا ضمان على المحكم، أما إذا كان بدون إذن الحاكم فإن المحكم يضمن الضرر الذي أصاب المضرور، رغم توافر شروط الضرورة في تصرف المحكم، لأن الاضطرار لا يبطل حق غيره. فالضرورة لا تعفي المضر من الضمان لأنه حق للعبد، وإنما تنفي المواخذة بالعقاب، لوجود إذن من صاحب الشرع، وفي هذا يتفق القانون وفقه

(1) سورة البقرة: آية ١٧٣.

(2) شرح مجلة الأحكام العدلية، ص ٢٦١. الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٧٥ وما بعدها.

(3) دوهية الزجاجي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٣٥. الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٧٥.

الشريعة^(١). ومن ثم فالمحكّم المضطر؛ أيّ كان مصدر الخطر، له أن يرتكب المحظور سواء كان ما ورد في القواعد الفقهية أم لم يرد شريطة ألا ينقص ذلك من حق أخيه شيئاً وإلا وجب إزالة الضرر.

(ثالثاً): تنفيذ أمر الرئيس: أمر الرئيس المباشر هو كل أمر يصدر عن شخص يخول له سلطة عامة في مواجهة شخص آخر يخضع لرابطة التبعية. أداء الواجب كاستعمال الحق ينتهي معه الخطأ، فإذا ترتب عليه ضرر للغير لم يستتبع ذلك مسئولية فاعله؛ سواء كان هذا الفاعل موظفاً عاماً أو فرداً عادياً. مادام هو قد أدى واجبه دون تقصيره أو إهمال^(٢). لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه. أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه. وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة. وأنه راعى في عمله جانب الحيطة (م ١٦٧ مدني مصري). فلا شك أن تنفيذ الموظف العام لأمر صادر إليه من رئيسه يكون مبرراً كافياً لرفع صفة المسئولية. فلا يمكن أن يكون تنفيذ موظف عام لأمر الرئيس خطأً. وتنتفي المسئولية عنه ما دام اتفق سلوكه مع سلوك الشخص المعتاد لو وجد في نفس ظروفه. وبالتالي يعد تنفيذ أمر الرئيس من أسباب الإباحة^(٣). ويشترط لذلك؛ أن يكون محدث الضرر موظفاً عاماً أي موظف حكومة أو لدى أحد أشخاص القانون العام. وأن يصدر للموظف الأمر من رئيسه المباشر أو غير المباشر. وأن يكون الأمر الصادر للموظف واجب الطاعة، أو أن يعتقد الموظف أن طاعته واجبة: ويجب أن يعتقد الموظف أن الفعل الذي قام به وأحدث الضرر أنه فعل مشروع. وأن يكون الاعتقاد قائم على أسباب معقولة. ويجب أن يراعي الموظف جانب الحيطة والتبصر في أداء العمل الذي أمر بتنفيذه، وذلك بالقياس على ما كان يسلكه الموظف العادي إذا وجد في مثل ظروفه^(٤).

- (1) بشير أحمد صالح علي، مسئولية الصحفي، ص ٥١٣.
- (2) د. سليمان مرقس، الوافي، ص ٣٠٨. د. السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ص ٧٩٠ وما بعدها.
- (3) د. سليمان مرقس، الوافي، ص ٣٠٩ - ٣١٠. د. صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢٠٨. د. محسن اليه، المسئولية المدنية للمعلم، بند ٧٤، ص ١٥٣.
- (4) د. محسن اليه، مصادر، ص ٥٧. د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٦٠. د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، ص ٤٧٣.

ولكن هل تنفيذ المحكم لأمر صدر إليه من رئيسه يكون مبرراً كافياً للإباحة وجعله سبباً لإعفائه من المسئولية؟ فطبيعة عمل المحكم تختلف عن الموظف الذي يحكم بوحي من ضميره ويتحمل تبعه حكمه، وطبقاً لنص (م ١٦٧) مدني مصري يجب أن يكون محدث الضرر موظفاً عاماً، والمحكم ليس كذلك. وهذا النص استثناء من حكم القاعدة، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه. هذا بالنسبة لتنفيذ الموظف العام أمر صادر إليه من رئيسه المباشر.

أما إذا كان الموظف العام ينفذ أمر صادر إليه، ولكن مصدر هذا الأمر من القانون مباشرة، كما لو أوجب القانون على الطبيب التبليغ عن المصابين بأمراض معينة، وقام بالتبليغ، فلا يعد قيامه به خطأ، ولا تجب مساءلته مهما ترتب عليه من ضرر للمبلغ عنهم، ولا عبرة هنا بواجب احترام السر المهني رعاية لمصلحة عامة أولى بالاعتبار^(١). وكذلك إذا أوجب القانون على ذوي الأملاك المبنية تبليغ جهة الإدارة عن الأجانب الذين يسكنون عمائرهم، فالبرغم من أن المالك ملزم قانوناً بعدم إثارة المتاعب لمن يسكنون عنده. وقام مع ذلك بالتبليغ لا يعد ذلك خطأ ولا يوجب مساءلة. وهذا هو ما قرره (م ٦٣) عقوبات مصري. وبناءً على ذلك يكفي أن يكون المحكم قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل الذي أصاب المضرور تنفيذاً لما أمرت به القوانين. وأن يثبت أن اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة. أنه لم يقدم على هذا العمل إلا بعد الثبوت والتحري حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للمحكم العادي. مثال ذلك: تنحي المحكم عن مهمة التحكيم بعد قبولها إذا تبين له أن الباعث لهذه المهمة غير مشروع طبقاً للقانون حتى ولو أصاب المحكمن ضرر.

تنفيذ أمر الرئيس في الفقه الإسلامي: أمر الرئيس هو طلب فعل الشيء بجزم دون إكراه. وينتفي الضمان عن المأمور بشرط أن يكون

(1) د. سليمان مرقس، الوافي، ص ٣٠٩. د. حسام الأهواني، مصادر، ص ٥٦١.

المأمور به جائز الفعل، إذ أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وأن يكون الأمر ذا ولاية على المأمور (م ٨٩ من مجلة الأحكام العدلية). كالموظف بالنسبة لرئيسه، والولد بالنسبة لوالده. ويغفل إضافة الضمان للمأمور، وليس للأمر رغم ولاية الأخير عليه بفساد الأمر شرعاً. فما دام المأمور غير مكره فلا يؤثر الأمر في اختياره وإرادته، والعمل الذي أمر به وقع منه طائعاً مختاراً مباشراً. وهو مكلف من قبل الشارع بعدم الإضرار بالآخرين، وقواعد الشريعة تأبى الطاعة في محرم، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق (م ٨٩ من مجلة الأحكام العدلية). سواء كان موظفاً أو غير موظف. وذلك طبقاً للقاعدة في الشريعة الإسلامية هي أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة له. وأنه يكون مسئولاً جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أنه لا حق له فيه. فإذا أمر إنسان غيره بفعل، وكان له عليه ولاية، كان فعل المأمور كفعل الأمر. أما إذا لم يكن للأمر ولاية على المأمور، ومع ذلك نفذ المأمور الأمر وجبت المسئولية على المأمور. وفيما يتعلق بالمأمور فإنه يجب أن يكون فعله جائزاً شرعاً حتى يكون معذوراً فيما فعل، وأنه ليس للإمام أن يأمر بفعل مخالف للشرع^(١).

(رابعاً): رضا المضرور أو قبوله المخاطر: ويعتبر المضرور راضياً بحدوث الضرر الذي لحق به إذا كان قد طلب من الفاعل إحداث ضرر محدد أو أذن له في ذلك صراحة أو ضمناً. أو رضي بالفعل الذي أدى إلى الضرر مع علمه باحتمال حدوثه، وبشرط أن تكون درجة الاحتمال كبيرة، وتجاوز الحد المألوف في ظروف العادية^(٢).

ففي الحالة الأولى تكون إرادة المصاب قد اتجهت إلى الإذن للفاعل في إحداث ضرر معين بصاحبها، أما في الثانية فلا يكون ثمة مثل هذا الاتجاه

(١) د.صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢٧٠. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي

الإسلامي، ج ١، ص ٦١.

(٢) د.حسام الأهواني، ص ٥٦٦. د.صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢٢١. دهشام

إبراهيم السعيد، المسئولية، ص ١٢٧.

الإرادي بل مجرد قبول الشخص أن يعرض نفسه لاحتمال حدوث ضرر به. ويستفاد هذا القبول من مجرد اتخاذ المصاب موقفاً معيناً^(١). والقاعدة أن رضا المصاب بالضرر أو الفعل الذي يغلب حدوث الضرر منه - متى كان صحيحاً - يجعل الفعل لا خطأ فيه، وذلك لأنه إذا كان المصاب يملك التصرف في هذا الحق بالتنازل أو غيره، فإنه يملك إعفاء الفاعل منه. ويمتنع عليه أن يطالب بالتعويض^(٢). فإذا أذن أطراف خصومة التحكيم للمحكم بالتنحي عن مهمة التحكيم بدون عذر مقبول أو برضا الأطراف فإنه يحق للمحكم الاعتذار عن المهمة بدون عذر. وكذلك تعين الأطراف محكم ذو خبرة قليلة في التحكيم أو لم يسبق له أن مارس التحكيم.

يشترط لصحة رضا المصاب بالضرر أو لصحة قبوله المخاطر: أن يكون صادر ممن يكون له أهلية التصرف والأداء الكاملة، وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا، أو أن يكون قبوله المخاطر مصحوباً برضا وليه أو وصيه. وأن يكون محل الرضا مشروعاً، أي غير مخالف للنظام والآداب العامة، ومما يجوز له التصرف فيه، ويدخل في طبيعة التعامل بطبيعته أو بحكم القانون^(٣). وعلى ذلك لا مسئولية على المحكم في حالة صدور خطأ منه أصاب المحتكمين بضرر. إذا توافر مع هذا الخطأ رضا المحتكمين بهذا الضرر، أو قبولهم له. ويقع على المجني عليه أو المضرور الذي يدعي ضرراً ناتجاً عن انحراف الفاعل، وهو بذلك يخالف الظاهر، ومن يخالف الظاهر، عليه الإثبات. ومن ثم فعلى المضرور إثبات أن الفاعل خرج في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية من حيث الزمان والمكان^(٤). ومن ثم لا يعتبر رضا المحتكم المضرور سبباً للإعفاء المحكم من مسئوليته، إذا أثبت المضرور أن المحكم خرج في سلوكه عن سلوك المحكم العادي إذا وجد في نفس الظروف

(1) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٣١٦.

(2) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٣١٧.

(3) د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٣١٨ - ٣١٩. د. صلاح حسن البرعي، أساس، ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

(4) د. عبد الحكيم فودة، الخطأ، ص ٥٦.

الخارجية من حيث الزمان والمكان، ويصبح المحكم ملزم بالتعويض في حدود ما تجاوز سلوكه سلوك المحكم العادي.

٤٣- دفع مسئولية المحكم بنفي علاقة السببية: تتحقق علاقة السببية بمجرد أن خطأ المحكم قد أدى فعلاً إلى إحداث ضرر، ولولا خطأ المحكم لما حدث هذا الضرر. ويكون ظاهر الحال يشير إلى ترتب الضرر على خطأ المحكم. ألا أنه يمكن للمحكم نفي مسئوليته عن طريق إثبات أن ترتب الضرر على فعله لم يكن إلا نتيجة لوقائع أو ظروف أخرى، لم يكن يملك بالنسبة لها شيئاً. وأنها هي صاحبة الدور الحقيقي في حدوث الضرر فينفي بذلك المسئولية. وبذلك يستطيع المحكم الإعفاء من المسئولية بإثبات أن هذا الخطأ لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى إحداث الضرر وفقاً للمجرى العادي للأمر. أو أن يثبت أن خطأه وإن قد ساهم في إحداث الضرر إلا أن مساهمته ثانوية غير مؤثرة. ويستطيع إثبات أن الضرر المنسوب إليه ضرر غير مباشر بنفي السببية^(١).

وقد استقر الفقه والقضاء على أن نفي علاقة السببية يتم عن طريق أحد الطرق الآتية:

(١) - الحالة التي لا تكون فيها السببية ثابتة على وجه الجزم واليقين بل على سبيل الترجيح، وهنا يجوز للمحكم نفيها بإثبات أن السبب الحقيقي والفعل هي واقعة أخرى أجنبية عنه^(٢).

(٢) - الحالة التي تكون فيها علاقة السببية ثابتة ثبوتاً يقيناً إلى جانب الأركان الأخرى كأن يثبت وقوع الخطأ في جانب المحكم ويثبت علاقة السببية على وجه القطع ويصبح من المتعذر الإعفاء منها. ورغم ذلك كله يتم هدمها بالصور الآتية:

(أ) - إثبات أن الفعل الضار ليس فعله إلا في الظاهر، أما في حقيقة الأمر فهو ناشئ عن سبب أجنبي، فتهدم رابطة السببية. ويعفي كلياً من

(١) د. جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨١، ص ٤٩١.

(٢) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ١١٦٥. د. عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، بند ٤٨٥، ص ٤٩٧.

المسئولية. وكما في حالة خطأ الغير إذا كان هو السبب المباشر في إحداث الضرر.

(ب) - إثبات أن سبباً أجنبياً ما قد تسبب في وقوع الضرر وأن للضرر سببين خطأ المحكم. بجانب خطأ السبب الأجنبي فيعفي المحكم من المسئولية الواقعة عليه. كما في حالة اشتراك المحكم والمضروب في الخطأ. وكذلك اشتراك المحكم مع الغير في الخطأ^(١).

وبما أن التزام المحكم هو التزام بتحقيق نتيجة. فيجب أن تقوم السببية بين تخلف النتيجة أو العيب فيها أو التأخير في تحقيقها وبين الضرر. فإن تبين أن عدم تحقق النتيجة، لم يكن هو السبب في الضرر، فلا يكون المحكم مسؤولاً^(٢). وتتفي علاقة السببية بالسبب الأجنبي؛ كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وخطأ المضروب، وخطأ الغير.

(أولاً): القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: استقر الفقه، والقضاء، و(م ١٦٦) من القانون المدني على عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فهما تعبير شامل يجمع المعنيين معاً، ولا يجب التمييز بينهم^(٣). ويقصد بالقوة القاهرة والحادث المفاجئ الواقعة التي لم تكن بمقدور أكثر الناس حيطة وحذر أن يتوقعها أو أن يدفعها، وذلك في نفس الظروف الخارجية التي يحيط بها المسئول، ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا كوقوع زلزال أو فيضان أو مرض مفاجئ أو حادث سرقة أو حادث تصادم أو بركان أو حرب أو حريق...^(٤). فالمحكم الذي يحتفظ في حقيقته بمسئوليات دعوى التحكيم وتسرق منه الحقيقة مع متعلقاته

- (1) د.إسماعيل محمد علي، الإلقاء، ص ١٨٤ وما بعدها، د.عبد الحميد عثمان الحنفي، المسئولية المدنية للموثق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٤، أكتوبر ١٩٩٣م.
- (2) د.عبد الحميد الشواربي، مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المهنية والجنائية والتأديبية، دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٨م، ص ٦٨.
- (3) د.سليمان مرقص، الوافي، ص ٤٨٦. د.محسن اليه، مصادر الالتزام، ص ٨٨. د.جميل الشراوي، مصادر الالتزام، ص ٤٩٢، ٤٩١. د.حسام الأهواني، مصادر الالتزام، ص ١٠٦. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤١.
- (4) د.سليمان مرقص، الوافي، ص ٤٨٦. د.عبد المنعم فرج الصدة، ص ٥٤١.

الشخصية، فلا يكون مسئولاً عن سرقتها إذا كان قد بذل في حفظها عناية المحكم المعتاد لأن الحادث يعتبر من قبيل القوة القاهرة. وكذلك لو حدد المحكم جلسة لإصدار حكم التحكيم، وذلك قبل انتهاء مدة التحكيم ولكن أصيب بمرض شديد مفاجئ أقعده طريح الفراش مما ترتب عليه انتهاء المدة المحددة لإصدار حكمه، فلا يكون مسئولاً عن هذا التأخير لأن المرض يعتبر من قبيل القوة القاهرة.

ويجب توافر ثلاثة شروط في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة حتي تؤدي إلى انعدام رابطة السببية هي:

(أ) - أن تكون الواقعة غير ممكنة التوقع: لانتفاء مسئولية المحكم يلزم أن يكون الفعل الطارئ غير ممكن توقعه عقلاً. كصدور تشريع أو حرب أو سرقة أو حريق أو زلزال. أما إذا كان في إمكان المحكم توقع الحادث فلا يعتبر الحادث قوة القاهرة أو حادث مفاجئ حتى لو استحال دفعها. إذ أنه من الممكن أن يتخذ تدابير معينة لتلافي وقوعها، ويعتبر مقصراً إذا لم يتخذ الإحتياطات اللازمة لتلافي ما يمكن أن يترتب عليه من آثار. ومعيار عدم التوقع معيار موضوعي لا ذاتي. وعلى هذا فلا يكفي أن يكون المحكم لم يتوقع الحادث بل لا بد ألا يتوقعه المحكم المهني المتخصص إذا وضع في نفس الظروف^(١). أما وقت إمكان التوقع فهو إبرام العقد في المسئولية العقدية، أما في المسئولية التقصيرية فيكون وقت وقوع الحادث ذاته (٢).

(ب) - أن تكون الواقعة غير ممكن دفعها: يلزم لإعفاء المحكم من المسئولية أن يكون الحادث مما لا يمكن دفعه أو مقاومته. فلا يستطيع المحكم منع وقوعه. ولا التغلب عليه. أما إذا أمكنه التغلب على الحادث أو دفع

(1) د.السهوري، الوسيط، بند ٥٨٨، ص ١٢٢٧، عبد الودود يحيى، الموجز، بند ١٥٩، ص ٢٤٨. د.محسن اليه، مصادر، ص ٨٩. حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، المسئولية المدنية، ص ٤٠٧. د.حسام الأهواني، مصادر، ص ١٠٦، ١٠٧. د.أنور سلطان، الموجز، ص ٣٥٧.

(2) د.عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤١. تقص مدني ١٩٨١/١٢/٢، مج، ق ٣٢، ص ٤٠٢. تقص مدني ١٩٨٠/٣/٢٧، مج، ق ٣١، ص ٩٣٠. تقص مدني ١٩٧٧/٦/٢٢، مج، ق ٢٨، ص ٢٥٨.

نتائجه حتى ولو كان غير متوقع فلا يعتبر قوة القاهرة؛ ومثال الاستحالة المادية: أن ينشب حريق هائل في منزل المحكم في اليوم المحدد لانققاد الجلسة أو إصابته بمرض شديد، ومثال الاستحالة المعنوية: أن يموت عزيز لدى هذا المحكم يجعل حضور جلسة التحكيم أمراً مستحيلًا، ولكي ينقي المحكم نصيره عليه أن يثبت أن الحادث الذي يتمسك به جعل تنفيذه لالتزامه مستحيلًا استحالة مطلقة. فهي ليست استحالة بالنسبة للمحكم المدعى عليه فحسب، بل بالنسبة لأي محكم آخر في موقعه، فالمعيار هنا معيار موضوعي، وهو معيار الرجل المعتاد، وهو ما تستغل به محكمة الموضوع بتقديره، ووفقاً لما يتبين لها من أوراق الدعوى، ولا تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام قائم على أسباب سائغة^(١).

(ج) - عدم نسبة القوة القاهرة إلى المحكم: أي أن يكون الحادث خارج عن إرادة المحكم، أي لا دخل لإرادته في حصوله، ولا يكون له دخل في وقوعه، ولا يمكن أن ينسب إليه، ولا يتداعى فيه؛ فإذا كان الحادث بسبب خطأ من المحكم، فلا مجال للاحتجاج بأن الحادث كان نتيجة قوة القاهرة (Art.1147 C.C.F.)، و(م ١٦٥ مدني مصري)^(٢).

الواقع أنه لا يمكن وضع قاعدة عامة لاعتبار الحادث قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً إنما يرجع في هذا الشأن إلى ظروف كل حالة بذاتها؛ فهذا التقدير من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، مادام هناك أسباب سائغة. ولكن يجب على القاضي أن يفرق بين:

١ - عندما تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد للضرر؛ في هذه الحالة يجب على القاضي الحكم بنفي رابطة السببية بين خطأ المحكم

(1) ذالستهوري، الوسيط، ص ١٢٢٨. د. سليمان مرقص، نظرية دفع المسؤولية، ص ١٩٩ وما بعدها. د. حسن البينة، مصادر، ص ٩٠. د. حسام الأهواني، مصادر، ص ١٠٧. د. عبد الودود يحيى، الموجز، ص ٢٤٨. د. عبد المنعم قراج الصلدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤١.

(2) د. حسام الأهواني، مصادر، ص ١٠٨. د. عبد المنعم قراج الصلدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤٣. د. سليمان مرقص، نظرية دفع المسؤولية، ص ٢٤٦.

والضرر الذي أصاب المضرور، ويعفي المحكم تماماً من المسؤولية، وتبرأ ذمة المحكم من هذا الالتزام. إذا ترتب على القوة القاهرة استحالة تنفيذ التزامه. أما إذا كانت الإستحالة مؤقتة يقتصر الحكم على مجرد وقف التنفيذ لحين زوال المانع كشفاء المحكم من مرضه أو انتهاء حالة الحرب أو الزلزال أو حظر التجوال.

٢- اشتراك خطأ المحكم مع القوة القاهرة في إحداث الضرر؛ ذلك يجعل المحكم مسئولاً مسئولية كاملة، لأن خطأه كان سبباً في وقوع الضرر، ولا يسأل أحد غيره عن الضرر، لأنه هو الذي ساهم مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، ولولا مساهمته لما وقع الضرر، ويلتزم بتعويض كامل للضرر. فالقوة القاهرة لا تعفي من المسؤولية إلا إذا كانت السبب الوحيد للضرر؛ فالقوة القاهرة تعفي من المسؤولية، ولا تخفف منها، وذلك استناداً إلى مبدأ عدم قابلية السببية للتجزئة، ورفض السببية الجزئية. وإذا كانت القاعدة أن عبء إثبات عناصر المسؤولية من ضرر وخطأ وعلاقة سببية يقع على المضرور، فإنه لو أراد المحكم دفع مسؤوليته بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيقع عبء إثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. فإن استطاع إثبات ذلك انعدمت علاقة السببية، وقضى برفض ادعوى المضرور، ولا يجوز للمحكمة بعد ذلك أن تبحث في وقوع الخطأ من المضرور أو خطأ من الغير^(١).

كما يجب على القاضي أن يفرق بين ما إذا كانت القوة القاهرة ستكون مانعة بصفة نهائية من تنفيذ الالتزام، وهنا تبرأ ذمة المحكم نهائياً من التزامه. أما إذا كانت مؤقتة، فتوقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث و يصبح الالتزام واجب التنفيذ. ولأن عقد التحكيم من عقود المدة فلا يكون لوقف التنفيذ العقد أثر على مقدار الأداءات الواجبة على كل من الطرفين

(١) د.حسام الدين الأهواني، مصادر، ص ١٠٨ - ١٠٩. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، ص ١٠٩ - ١١٠. دبشر أحمد صالح على، مسؤولية الصحفي المدنية، رسالة المنصورة، ٢٠٠١م، ص ٤٩٩، ٥٠٠.

فتبقى كاملة كما كانت قبل الوقف^(١). مثال ذلك: إذا حدث ظرف مفاجئ كال حرب أو زلزال توقف عملية التحكيم لحين انتهاء القوة القاهرة، على أن تحسب مدة الوقف وتمد المدة بمقدارها، ويبقى التزام الأطراف قائماً. ويجوز للطرفين أن يتفقا على تعديل أثر القوة القاهرة، فيصح أن يتحمل المحكم تبعة القوة القاهرة أو تبعة الحادث المعين^(٢).

القوة القاهرة أو الآفة السماوية في الفقه الإسلامي: هي كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان. وعدم تدخل الإنسان. وعدم تدخل الإنسان معناه أن الآفة السماوية من الأسباب الأجنبية التي تقطع الصلة بين الفعل والضرر. ويترتب على ذلك انتفاء رابطة السببية وبالتالي فلا ضمان^(٣). وعلى ذلك فالمحكم يمكنه أن يتخلص من مسؤوليته المدنية، ولا يلزم بضمان لعدم إصداره حكم التحكيم في الميعاد المحدد، إذا أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً لسبب أجنبي عنه، لا يمكنه توقع حصوله ولا درء نتائجه إذا وقع؛ كالمرض الخطير، وقوع حرب، زلزال، فيضان، بركان، وغير ذلك.

كما اتفق الفقهاء على أن صفة الآفة السماوية أو القوة القاهرة تنتفي ولا يثبت لها حكم التضمين دوماً، وذلك تبعاً لظروف الحال. فقد تنتفي إذا كان هناك توقع الحدث أو دفعه. وعلة الالتزام بالضمان هنا رغم وجود الآفة السماوية أو القوة القاهرة لأنه كان بمقدوره تلافي الضرر. وعلى ذلك يمكن القول أن عدم تنفيذ المحكم لالتزامه بإصداره الحكم التحكيمي، بسبب توافر أحد عوامل القوة القاهرة. كما في صدور حكم ضده بالحبس. فإن ذلك لا يعد قوة القاهرة ما دام وقت التعاقد كان يتوقع صدور مثل هذا الحكم. ومن ثم لم تتوافر شروط الآفة السماوية وبالتالي يلزم الضمان^(٤).

(ثانياً): فعل المضرور: تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفقاً للقواعد العامة إذا أثبت المستول أن الضرر قد نشأ من فعل أو خطأ

(1) د.عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤٣.

(2) الإشارة السابقة.

(3) دبشر أحمد صالح، مسئولية الصحفي، ص ٥٢٠.

(4) الإشارة السابقة.

المضرور نفسه، سواء كان فعله أو خطأه مكوناً لخطأ أو غير مكون له، وسواء كان عمل المضرور عملاً إيجابياً أو عملاً سلبياً، ومن ثم فهو يأخذ جانباً مع خطأ المدعي عليه بل قد ينفرد فعل المضرور وحده في إحداث الضرر. فقد يثبت أن للضرر سبباً أجنبياً، غير الخطأ الذي وقع منه هو. لأن من حقه أن يتوقع أن يسلك المضرور مسلكاً سليماً لا خطأ فيه^(١). بأن يجب عليه أن يبذل جهداً معقولاً لتفادي وقوع الضرر أو التخفيف منه بعد وقوعه، ويعتبر مقصراً إذا لم يفعل ذلك^(٢). وعلى ذلك يستطيع المحكم دفع مسؤوليته بالاستناد إلى خطأ المضرور. ووفقاً للقواعد العامة فإن رابطة السببية تنتفي إذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ المضرور.

لتحديد أثر خطأ المضرور على مسؤولية المحكم يجب أن نفرق بين فرزين:

الأول: استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر: القاعدة: إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فلا يعتد بالخطأ المستغرق سواء كان خطأ المضرور أم خطأ المحكم المدعي عليه. ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين:

(أ) - أحد الخطأين يفوق الآخر جسامة: كالخطأ العمدي: إذا كان خطأ المحكم خطأ عمدي كأن تعمد إحداث الضرر، كانت مسؤوليته كاملة، حتى ولو كان خطأ المضرور غير المتعمد قد ساهم في إحداث الضرر. حيث أن الخطأ العمدي في هذه الحالة السبب الوحيد للضرر. أما إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه وكان كافياً لإحداث الضرر. فإنه يستغرق خطأ المحكم حيث يكون سبباً أجنبياً يعدم رابطة السببية

(١) د.السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، بند ٥٩٤، ص ١٢٣١. د.سليمان مرقص، نظرية دفع المسؤولية، ص ٢٨٩. د.محمد شتا أبو سعد، خطأ المضرور كسب للإعفاء من المسؤولية المدنية، بحث في مجلة مصر المعاصرة، س ٧٥، أكتوبر ١٩٨٤م، ص ١١٣ وما بعدها. د.محسن البيه، مصادر، ص ٩٢. د.حسام الأهواني، مصادر، ص ١١٠. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ص ٦٦، ٦٧.

(٢) د.أيمن إبراهيم العشماوي، فعل المضرور والإعفاء الجزئي من المسؤولية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ٤٤.

فتتفي مسؤولية المحكم^(١). وكرضاء المضرور بما وقع عليه من ضرر؛ فإن من شأنه تخفيف المسؤولية على المحكم وفقاً للأحكام الخطأ المشترك. فهنا يصبح مساهماً بهذا الرضا في تحمل آثار الضرر الناتج، وتخفف مسؤولية المحكم بمقدار هذه المساهمة. وتكون النتيجة تحمل الاثنيين لآثار هذا الضرر كل بحسب مقدار مساهمته ودرجة خطأه^(٢).

فإذا لم يقع من المحكم المدعي عليه خطأ، وإنما وقع الضرر بفعل المضرور نفسه. كأن لم يدفع أتعاب المتعاقد عليها في الوقت المحدد فامتنع المحكم عن إصدار الحكم. أو كان خطأ المضرور مفروضاً راجعاً إلى تقصير أحد أتباعه كأن لم يتم بتسليم مستندات محاميه فتأخر في تسليم المستندات للمحكم. أو كان الخطأ راجعاً إلى عيب في دعوى التحكيم ذاتها كما لو كانت دعوى التحكيم من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم. في هذه الحالة تنتفي مسؤولية المحكم لانتهاء علاقة السببية^(٣).

(ب) - أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر: إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المحكم المدعي عليه. إما لكونه لاحقاً عليه أو لأنه جاء نتيجة له. بحيث استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول. واعتبر خطأ المدعي عليه هو وحده الذي أحدث الضرر كانت مسؤولية المدعي عليه كاملة عن تعويض الأضرار وأعفي بذلك مرتكب الخطأ المستغرق (المضرور) من المسؤولية^(٤). أما إذا كان خطأ المحكم المدعي عليه نتيجة لخطأ المضرور؛ فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعي عليه، واعتبر خطأ المضرور هو

- (1) د.السنهوري، الوسيط، ص ١٢٣٤. د.عبد الودود يحيى، مصادر، بند ١٦١، ص ٢٤٩. د.سليمان مرقص، الوافي، ص ٤٩٢ وما بعدها. د.محسن البيه، مصادر، ص ٩٣ - ٩٤. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ٧٦. د.عبد المنعم الصدة، مصادر، ص ٤٤٥.
- (2) د.السنهوري، الوسيط، ص ١٢٣٩. د.محمد عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢م، ص ٤٨. د.محسن البيه، مصادر، ص ٩٤. د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص ٣٦١.
- (3) د.السنهوري، الوسيط، ص ١٢٣١. د.سليمان مرقص، نظرية دفع المسؤولية، ص ٢٨٩.
- (4) د.السنهوري، الوسيط، ص ١٢٣٩. د.سليمان مرقص، الوافي، ص ٤٩٣. د.محسن البيه، مصادر، ص ٩٥. د.حسام الأهواني، مصادر، ص ١١٢. د.عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور، ص ٦٠. د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص ٣٦٢. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ٨٤، ٨٣.

وحده الذي احدث الضرر، كان المضرور مسئول مسئولية كاملة، و يعفى المحكم المدعي عليه لانتفاء علاقة السببية.

(الثاني): الخطأ المشترك: إذا ثبت عدم استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر على الرغم من كونهما متعاقبين أو متزامنين. بل ظل كل خطأ قائماً بذاته مستقل متميزين في المساهمة في إحداث الضرر، وكان للضرر سببان: خطأ المحكم المدعي عليه، وخطأ المضرور. ولما كان المحكم المدعي عليه والمضرور مسئولان عن الضرر. قامت مسؤولية الطرفين. وتكون بالتساوي بينها بحيث يتحمل المضرور التعويض عن نصف الضرر، ويتحمل المحكم المدعي عليه بالنصف الآخر. وللقاضي سلطة تحديد مقدار مسؤولية المحكم المدعي عليه أو المضرور، وأن يوزع التعويض بينهما بحسب هذا المقدار وهو ما أشارت إليه عجز (م ١٦٩) مدني مصري بقولها: (... إلا إذ عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض) وسلطة القاضي سلطة جوازية بحيث تقتضي العدالة بأن يوزع التعويض بحسب نسبة كل منخطئ في إحداث الضرر^(١).

ويشترط لإعتبار خطأ المضرور سبباً لإعفاء المحكم من المسؤولية:

(١) - أن يكون فعل المضرور مكوناً للخطأ: فالمضرور يعتبر منخطئاً إذا قصر فيما يجب عليه من الحيلة والتبصر أو لم يبذل كل ما في وسعة لتلافي حصول الضرر. ومعيار تقدير الخطأ هو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً. ذلك أنه يقاس بالمسلك العادي للرجل اليقظ المتبصر مع مراعاة ظروف المصاب الخارجية ومسلكه الظاهر.

(٢) - أن يكون الخطأ صادر من المضرور: فالخطأ يجب أن يكون صادر من المضرور ذاته أو يقع بتحريض منه، وأن يكون هو المدعي في دعوى المسؤولية المقامة ضد المحكم أمام القضاء.

(١) د.السنهوري، الوسيط، ص ١٢٤٢. د.محسن البيه، مصادر الالتزام، ص ٩٥ - ٩٦. د.حسام الأهواني، مصادر الالتزام، ص ١١٢ وما بعدها. د.محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص، دار الفكر العربي ١٩٨٣م، ص ١٣٠. دنيلة رسلان. د.سعید قنديل، مصادر الالتزام، ص ٣١٦. د.عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤٦ وما بعدها.

(٣) - أن يكون خطأ المضرور هو السبب الوحيد للضرر: بمعنى أن يقوم الدليل على توافر السببية بين الخطأ الذي صدر من المضرور وبين الضرر الذي أصابه. ويقع الإثبات على المحكم، فإذا أثبت ذلك انتفت علاقة السببية، وبذلك فلا مسئولية عليه، ولا يطالب بتعويض. أما إذا لم يكن لهذا الخطأ أي دور في حصول الضرر، فإنه لا يكون له أي تأثير على مسئولية المحكم لانتهاء علاقة السببية. ومن ثم يجب على المحكم البحث عن سبب آخر لدفع مسئوليته.

(٤) - أن يكون فعل المضرور غير ممكن توقعه وغير مستطاع دفعه: خطأ المضرور لا يعتبر سبباً أجنبياً بالنسبة للمحكم لانتهاء المسئولية عنه. إلا إذا أثبت أن الخطأ توافرت فيه شروط الحادث الفجائي والقوة القاهرة. أي لم يكن في وسعه توقع هذا الفعل ولا منعه ولا درء نتائجه، ويقاس معيار عدم التوقع واستحالة الدفع بمعيار موضوعي لا شخصي. فلا عبرة بشخص المحكم أو بظروفه الخاصة^(١).

وأخيراً فإن إثبات مساهمة المضرور في الفعل الضار من وسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع بدون رقابة من محكمة النقض إذا اعتمد على أسباب مقبولة. ولا يسأل المحكم إلا عن الأضرار التي تقوم علاقة السببية بينها وبين خطائه. فهذه الأضرار هي التي تدخل تحت ما يسمى بالضرر المباشر ويسأل عنها المحكم.

وهذا ما نصت عليه (م ٢٢١) مدني مصري بقولها: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن تكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به". بناءً على هذا النص يعتبر الضرر الذي تسبب فيه المحكم نتيجة طبيعية إذا لم يكن في

(1) د. سليمان مرقص، نظرية دفع المسئولية المدنية، ص ٢٩٢. د. محمد شتا أبو سعدي، خطأ المضرور، ص ١١٣ وما بعدها. د. عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره على المسئولية، ص ٣٨ وما بعدها. د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ٧١. د. سليمان مرقص، الوافي، ص ٤٩٦.

استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ومن ثم فإذا تسلسلت أضرار خطأ المحكم فلا يكون ضرراً مباشراً يسأل عنه المحكم ويلزم بتعويضه إلا إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور لا يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول، لأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولاً في توقي الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك، وعليه أن يتحمل تبعه خطأه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ^(١).

كما لا يجوز للمدعي عليه أن يحتج على المضرور بخطأ مفروض في جانبه لدفع المسؤولية أو تخفيفها. لأن هذا الافتراض قد أقامه الشارع لصالح المضرور وليس لصالح المدعي عليه^(٢).

موقف الفقه الإسلامي من مسألة خطأ المضرور: لا خلاف بين فقهاء الشريعة أنه إذا وقع الضرر بفعل المضرور نفسه فلا يكون المحكم مسئولاً عن الضمان، ما دام لم يقع تعدي من المحكم، ومن ثم فلا مسئولية على المحكم. عن عدم إصدار حكم التحكيم إذا لم يدفع المحتكم أتعابه المتفق عليها في ميعادها. أما إذا كان قد وقع من المدعي والمدعي عليه في نفس الوقت تعدي، وكان لكل من الفعلين شأن في إحداث الضرر، هنا يجب أن نفرق بين:

(أ) - استغراق خطأ المضرور لخطأ المحكم: يسأل المضرور عن الضرر كاملاً. وهو المباشر للضرر وتعمده فيستغرق فعل المحكم. من ذلك لو قدم المحتكم سند مزور للمحكم واعتمد عليه المحكم في الحكم ثم تبين التزوير في المستند ولم يظن إليه المحكم وترتب على ذلك ضرر فلا يلزم المحكم بالضمان.

(ب) - عدم استغراق أحد الخطأين للآخر: يشترك المضرور بخطأه مع خطأ المحكم في إحداث الضرر وقيام المسؤولية، ويكون للضرر سببان، وترتب على ذلك توزيع الضمان بين المضرور والمحكم، باعتبار أن كل من الفعلين قد أسهم في إحداث الضرر، وبقدر ما يعادل مساهمته^(٣).

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ص ١٢٧٠. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٥٥٢.

(2) د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٥٤٩.

(3) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ٩، ص ٥٧١. المبسوط، للسرخسي، ج ٢٥، ص ١٩١. الشيخ علي الحقيف، الضمان، ص ٤٨.

ومما تقدم يظهر لنا اتفاق القانون مع الفقه الإسلامي في اعتبار تعدي المضرور سبباً أجنبياً عن المحكم المدعي عليه. كما يتفقان في أنه إذا أثبت المحكم أن الضرر قد نشأ عن خطأ المضرور أو تعديه كان المحكم غير ملزم بتعويض هذا الضرر. وإن اشتركا معاً في إحداث الضرر كان الضمان عليهما بمقدار ما أحدث كل منهما. وهذا هو الحكم حتى وإن تعدد المدعي عليهم. إذ يقتصر ضمان كل منهم على ما أحدثه بتعديه.

(ثالثاً): خطأ الغير: قد لا ينشأ الضرر بفعل المضرور أو المدعي عليه، ولا القوة القاهرة، بل ينشأ عن شخص أجنبي عن المدعي عليه. وقد يكون فعل هذا الشخص الأجنبي هو السبب الوحيد للضرر. فإن أثبت المدعي عليه ذلك فإنه يكون قد أثبت السبب الأجنبي بركنيه: ركن استحالة دفع الضرر، وركن انتفاء الإسناد. وكان ذلك سبباً للإعفاء من المسؤولية للمدعي عليه، وثم فإن علاقة السببية تكون غير موجودة. وقد يشترك معه في إحداث الضرر فعل المدعي عليه أو فعل المضرور نفسه، كان مسئولاً مع المشترك معه في المسؤولية^(١).

صور خطأ الغير: (١) - إذا كان خطأ الغير هو الخطأ الوحيد في إحداث الضرر: في هذه الصورة تنتفي رابطة السببية بين خطأ المحكم المدعي عليه والضرر. ومن ثم فلا مسؤولية على المحكم المدعي عليه، ويصبح على المضرور أن يطالب ذلك الغير بالتعويض عن هذا الضرر، سواء عرفت شخصية الغير أم لا، وسواء أدخل في الدعوى أم لا، وسواء كان هذا الغير أهلاً لتحمل المسؤولية أم لا^(٢).

(٢) - حالة تعدد المسئولين: وهذه هي الصورة الشائعة حيث ساهم خطأ المحكم المدعي عليه وخطأ الغير في تحقيق الضرر. في هذه الصورة يجب أن نفرق بين حالتين:

- (1) د.الستهوري، الوسيط، ص ١٢٥٣. د.سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، ص ٤١٨. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ص ١١٩، ١٢٠. د.عبد المنعم الصلدة، مصادر الالتزام، ص ٥٥٠. د.محسن اليه، مصادر، ص ٦٨.
- (2) د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ١١٩ - ١٢٠. د.محسن اليه، مصادر، ص ٦٧. د.عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، ص ٥٥٠.

(أ) - استغراق خطأ الغير خطأ المحكم المدعى عليه: أي إذا اثبت المحكم المدعى عليه أن خطأ الغير هو السبب الحقيقي للضرر وأن خطأ المحكم المدعى عليه لم يحدث إلا نتيجة لخطأ الغير. فإن الضرر يكون له سبب واحد هو خطأ الغير. ويصبح المحكم المدعى عليه بعيداً عن أي مسئولية لانتفاء علاقة السببية بين خطأ المحكم المدعى عليه والضرر الذي أصاب المضرور^(١).

(ب) - إذا لم يحدث استغراق واشترك خطأ المحكم المدعى عليه وخطأ الغير في إحداث الضرر، وأصبح كل من المحكم المدعى عليه والغير مسئولين عن تعويض الضرر. يفرق في هذه الحالة بين:

♦ - في نطاق المسئولية العقدية؛ ووفقاً للقواعد العامة لا يكون هناك تضامن بين المدينين بغير اتفاق خاص. وذلك يتحقق في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاث محكمين أو خمسة، بناءً على عقد التحكيم. فإن المضرور لا يستطيع أن يطالب أياً منهم بالتعويض كاملاً لانتفاء التضامن بينهم ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك. وذلك إذا كان التضامن مشروطاً في العقد، فإن المضرور يمكنه الرجوع على أي مدين بالتعويض الكامل، وللأخير أن يرجع على بقية المدينين بما دفعه. وذلك في حالة ما إذا كان تعاقدوا مع المضرور في عقد واحد، وإلا لا رجوع للمضرور على أي منهم إلا بقدر نصيبه فقط^(٢).

♦♦ - أما في نطاق المسئولية التقصيرية. فقد نصت (م ١٦٩) مدني مصري على أنه: "إذا تعدد المسئولين عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض المضرور، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض. وبناءً على هذا النص

(1) د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ١٢٠. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٥٥١ - ٥٥٢.

-Cass. Civ.2°.; 15 Déc. 1966. Gaz. Pal.1967; I; 216.

(2) د.سليمان مرقس، نظرية دفع المسئولية، ص ٤٣.

- Mazeaud: op. cit, T.II, 6 éd, N.1638.

فللمضرور أن يرجع على أي من المدعي عليه أو الغير بالتعويض الكامل. ثم يرجع بعد ذلك من دفع التعويض منها بالرجوع على الآخر، وتكون قسمة التعويض بينهم بالتساوي. إلا إذا تمكن القاضي من تحديد جسامة الخطأ الذي وقع من كل منهما، في هذه الحالة يمكن تقسيم التعويض بينهم على أساس الخطأ الذي صدر من كل منهم^(١).

وقد يساهم المضرور في إحداث الضرر بجانب خطأ المحكم المدعي عليه وخطأ الغير. فإن المضرور يتحمل ثلث الضرر نظراً لاشتراكه في إحداث الضرر. أما المحكم المدعي عليه والغير فإنهما يتحملان ثلثي الضرر بالتضامن. ولكن القاضي قد يوزع التعويض على أساس جسامة الخطأ كل واحد منهم^(٢). وبما أن خطأ المحكم مفترض لمصلحة المضرور. ومن ثم فلا يجوز أن يحتج الغير لدفع مسؤوليته بان خطأ المحكم مفترض^(٣). ويقصد بالغير من يكون أجنبياً عن كل من المضرور، والمحكم المدعي عليه. والغير الذي يعتد بخطئه ويجب ألا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم المحكم المدعي عليه، بحيث يكون المحكم المدعي عليه في مركز المتبوع أو المكلف بالرقابة بالنسبة إلى الغير لأنه لو كان كذلك لامتنع عليه الاحتجاج بخطأ تابعه أو بخطأ من هو في رقبته. وكذلك لا يعتبر من الغير الشخص الذي تربطه مصالحه مع المحكم المدعي عليه في مواجهة المضرور. كما لا يشترط للاعتداد بخطأ الغير أن يكون معروفاً^(٤).

موقف الفقه الإسلامي من مسألة خطأ الغير: والمقصود بفعل الغير في الفقه الإسلامي: خطأ يصدر من شخص غير المحكم المدعي عليه والمضرور. فتنتقطع علاقة السببية بين ضرر المضرور وبين فعل المحكم المدعي عليه. ولكن فرق الفقهاء بين حالتين:

- (1) د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ١٢٢. د.السهنوري، الوسيط، ص ١٢٥٤. - Cass.Civ.; 20 mai 1935; Gaz. Pal. 1935; 2; 187.
- Cass.Civ.; 20 Juin 1930; Gaz.Pal. 1930; 2; 250.
- Cass. Civ.; 15 Déc. 1966; Gaz .Pal.1967; I; 216.
- (2) د.السهنوري، الوسيط، ص ١٢٥٤. د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية، ص ١٢٣.
- (3) د.السهنوري، الوسيط، هامش ص ٨٩٩.
- (4) د.حسام الأهواني، مصادر، ص ١١٥.

(١) - إذا كان تعدي الغير هو السبب الوحيد فلا ضمان على المحكم المدعي عليه. ولا مسئولية على المحكم إذا لم يحضر جلسة التحكيم بسبب مخدر دس له في مأكّل أو مشرب أو أخذ قهراً عنه.

(٢) - إذا كان تعدي الشخص الثالث قد اجتمع مع فعل المحكم المدعي عليه دون أن يَجِبُ أحدهما الآخر، وهنا يجري توزيع الضمان بينهما دون تضامن بين الفاعلين عند فقهاء الشريعة.

فتتعدّد مسئولية المحكم إذا ترك حقيته التي بها مستندات دعوى التحكيم في مكان غير آمن وترتب على ذلك سرقتها. ويشترط في الإعتداء: أن يكون معروفاً. فإن لم يكن معروفاً فإنه تعديه لا يؤثر في مسئولية المحكم.

ومما تقدم يظهر لنا اتفاق القانون مع فقه الشريعة في اعتبار تعدي الشخص الثالث سبباً أجنبياً عن المحكم المدعي عليه من شأنه أن يؤثر في مسئوليته تجاه الضرور بأن ينفيها تماماً أو يخفف منها. ومع ذلك يمكن ملاحظة أمرين:

١- أنه لا يشترط في القانون لنفي مسئولية المحكم أو تخفيفها؛ أن يكون الشخص الثالث معروفاً في حين تدل الفروع الفقهية على وجوب أن يكون الشخص الثالث معروفاً. فإن كان مجهولاً فإن تعديه لا يؤثر على مسئولية المحكم. ويلزم المحكم بالتعويض الكامل.

٢- أنه يشترط في القانون أن يكون الشخص الثالث أجنبياً عن المحكم المدعي عليه، فلا يعد من يسأل عنهم المحكم مدنياً أو من يعهد إليه بتنفيذ العقد أجنبياً. ومن ثم فهو لا يستطيع أن يتنصل من المسئولية عن الضرر الناشئ عن فعلهم، لأن مسئولية المتبوع في النظام القانوني مفترضة. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلا يشترط لديهم أن يكون الغير أجنبياً عن المحكم المدعي عليه. بل يجوز للمحكم أن يدفع مسئوليته ولو كان الغير خاضعاً لرقابته^(١).

(١) د. محمد بدري العكام، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، ص ٣٠٠ وما بعدها. دبشر أحمد صالح، مسئولية الصحفي المدنية، رسالة، ص ٥٢٢ - ٥٢٣.

٤٤ - مفهوم تأمين المسؤولية المدنية للمحکم: المهنة الحرة لها دور فعال في المجتمع، وتظهر أهمية هذا الدور في العلاقة بين المهنيين والمتعاملين معهم. فالمتعاملين يجب أن يتوافر لهم عناصر الأمان والطمأنينة في التعامل مع المهنيين، وذلك من خلال وسائل وأساليب فعالة تؤمنهم من الأضرار التي تنتج عن أخطاء هؤلاء المهنيين أثناء ممارستهم لمهنتهم، أو على الأقل تضمن لهم تعويض عن الأضرار التي تلحق بهم بسبب هذه العلاقة. خاصة أن المهنيين غالباً ما يكونوا الطرف القوي في هذه العلاقة. ولعل من أفضل الوسائل التي يمكن أن توفر الحماية للمتعاملين هو التأمين من المسؤولية المدنية لهؤلاء المهنيين. والذي يكون عادة عن طريق شخص ثالث (طبيعي، معنوي) تتوافر له القدرة المالية، ويستطيع تحمل عبء ضمان المسؤولية المهنية، وتغطية الآثار المالية لمخاطر ممارسة المهنة. سواء كان هذا المهني قادراً على تحمل الآثار المالية أم لا. وبدون تأمين المسؤولية فإن نظام المسؤولية المهنية بأكمله سوف ينهار في ظل الإفلاس شبه المطلق للمسئول عنها خصوصاً في مجال الأضرار المادية الجسيمة، التي يكون حجم التعويض فيها غير متكافئ مع الدخل الخاصة^(١). وقد اتسع نطاق التأمين من المسؤولية بالتوسع الذي شهده العصر الحديث في نظام المسؤولية المدنية ذاتها. فقد أصبح الشخص لا يسأل فحسب عن نتائج خطأ الشخصي، بل هو يسأل أيضاً عن عمل الغير من التابعين أو مشمولة برقبته^(٢).

وإذا كان للتأمين من المسؤولية بوجه عام هذه الأهمية، فإنه نتيجة لتزايد الدور الذي تلعبه المهنة الحرة في المجتمع، ومدى تأثيرها على علاقات أفرادها مع مرور الزمن، ويقدر هذه الخطورة تتسع وتعظم أهمية تأمين وحماية المتعاملين مع أربابها لتوفير أكبر قدر من الطمأنينة لهم. والمحکم كأبي مهني يقع عليه العديد من التزامات محددة قانوناً، أو طبقاً

- (١) د.محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٧.
- (٢) د.محسن البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، ط ١٩٩٣م، مكتبة الجلاء المتصورة، ص ٣١. د.محمد إبراهيم الدسوقي، التأمين من المسؤولية، ط ١٩٩٥، دار النهضة العربية ص ٣ وما يليها.

لعقد التحكيم المبرمة بينه وبين المحكمتين. كما أن أعمال المحكم طبقاً لنصوص القانون تعتبر أعمال رسمية. فمن ثم فإن الإخلال بهذه الالتزامات، وترتب عليها وقوع الضرر، وبالتالي تتعدد المسؤولية، ولكن كثير من الحالات قد لا يستطيع فيها المحكمتان إثبات خطأ المحكم، وهي أخطاء خطيرة قد تؤثر على مصالح المحكمتين في أموالهم ويتضيع الوقت. ولذلك يجب أن يكون نظام التأمين والضمان يسانداً ويكمل القواعد العامة، حتى لا يترك المضرور من خطأ ارتكبه المحكم بلا تعويض، وإلا أصبح خطأ المحكم خطراً يهدد مصالح المحكمتين في أموالهم ووقتهم. و نظام التأمين والضمان يقوي ويدعم وضع المضرور في دعوى المسؤولية، وذلك لضمان حقه في التعويض وسهولة الحصول عليه، وهذا هو الإتجاه الحديث الذي تتجه إليه المجتمعات المعاصرة. وقد وجدت هذه المجتمعات ضالتها في نظامين: الأول: نظام تأمين المسؤولية، والثاني: نظام الضمان. ومن ثم أصبحت منظومة التحكيم في حاجة إلى تأمين مسؤولية المحكم للتمكن من توفير حماية فعالة للمضرور. فضلاً عن أن التأمين سوف يؤدي إلى تشجيع المتقاضين في اللجوء إلى التحكيم، ولكن نظراً لأن التأمين يفترض نظاماً خاصاً من حيث التعاقد والتمويل، لذلك يجب استكمال هذا النظام بنظام الضمان، والذي لا يرتبط بالمسؤولية، ولا يتوقف على انعقادها، ولكن يتم تعويض المضرور بمجرد وقوع الضرر بعيداً عن المصاعب التي تحيط بإثبات الخطأ في جانب المسئول. بما أن المحكم بشر، يكون من المحتمل أن يرتكب خطأ في أحد مراحل التحكيم، وقد يترتب على هذا الخطأ ضرر، وتوافر علاقة السببية بينهم، وهذا الضرر لا يمكن إصلاحه وتأسيساً على أن كل نوع من الأخطاء، يجب أن يكون له ضامن. وأن كل ضرر يجب أن يوجد المسئول عنه⁽¹⁾.

ومن ثم فهما احتاط المحكم لتجنب الأخطاء فلا بد أحياناً من أن يصدر منه خطأ، وقد لا يستطيع المحكم ضمانه. والقول بتحميل المضرور

(1) دأين إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ط ١٩٩٨م، ص ٢١٢.

وحده عبء الضرر أو بتحميل المحكم ضمان ما أصاب المضرور من ضرر، قد يستغرق مزايا هذا النشاط بالنسبة للمحكم، ويصبح نفعه ضرراً، والشعور بالشفقة لصالح المحكم، ونفس الدور لصالح المضرور أيضاً^(١). هذا بالإضافة إلى المحكم هو الطرف القوي في العلاقة بين المحكم والمحتكم بما لديه من استعداد وما توافر له من إمكانيات، ومن معلومات علمية، وما اكتسبه من خبرات عملية، وبذلك أصبح هناك عدم تعادل بين طرفي العلاقة. والقول بتقدير المسؤولية المدنية للمحكم ذات أهمية في لجوء المتقاضين للتحكيم. إلا أن الأهم من ذلك عند المحتكم أن يتوافر لديه الضمان الكافي للحصول على حقه في التعويض عن الأضرار التي لحقت به في إقرار هذه المسؤولية من قبل القضاء. ولهذا يجب أن يتدخل المشرع بالنص على وجوب إبرام المحكم عقد تأمين من المسؤولية المدنية لتغطية ما يرتكبه المحكم من أخطاء مهنية تصيب الغير من الأضرار وتنشأ عنها المطالبات بالتعويض؛ لأن العبرة ليست في إصدار تشريع التحكيم، ولكن العبرة بتوافر حوافر وضمائم تدفع الأطراف إلى الجوء للتحكيم لفضل منازعاتهم.

الأصل أن المحكم في كل القوانين والتشريعات أثناء ممارسة مهنة التحكيم يمارس مهنة حرة، سواء كان يمارس هذه المهنة منفرداً أو في صورة هيئة تحكيم متعددة أو يتبع مركز أو منظمة أو جمعية أو محكمة تحكيم لها شخصية اعتبارية خاصة، ويمارس المهنة من خلالها. بدون أي تنظيم قانوني في صورة نقابة عامة ذات شخصية اعتبارية عامة، يتبع أو يخضع المحكم لرقابتها وإشرافها وتكون تبعيته الأصلية لها بقوة القانون. ومن ثم فلا يتبع المحكم أي جهة مليئة تقوم بينه وبينها علاقة التبعية طبقاً لأحكام القانون المدني وأحكام القانون المنظمة للنقابات المهنية العامة. ويتربط على ذلك أن المحتكم المضرور ليس له إلا الرجوع على المحكم في ذمته المالية منفرداً فهي الضامن الوحيد في هذه الحالة، ولا أحد يضمن

(١) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ط ١٩٧٨م، ص ٥٨١. د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري المدنية، ص ٦.

إعسار المحكم في هذه الحالة، وذلك لعدم وجود نقابة عامة تكون هي الضامنة في هذه الحالة، والتأمين من المسؤولية هو تأمين دين المستول، لأن المؤمن يغطي الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمؤمن له حين تكون هذه الذمة مثقلة بدين المسؤولية^(١). والتأمين يخضع لمبدأ أساسي وهو مبدأ التعويض^(٢). أي لا يجوز للمحكم إلزام شركة التأمين (المؤمن) بأداء مالي يتجاوز القدر الفعلي للضرر الذي أصاب المضرور من وقوع الخطر المؤمن منه^(٣).

ومن ثم فإن التأمين من المسؤولية المدنية للمحكم يفيد كل من المحكم والمضرور في ذات الوقت، وذلك لأن المحكم يؤمن نفسه من خطر تعرضه للمطالبة بالتعويض عن مباشرته نشاطه؛ فيكفيه أن يبرم عقد تأمين مع إحدى شركات التأمين على أن يلتزم بدفع قسط سنوياً إلى هذه الشركة باعتبارها جزءاً من نفقات المهنة، في مقابل أن يمارس نشاطه في مهنة التحكيم بغير تهديد من خطر المسؤولية المدنية المتمثلة في المطالبة بالتعويض من قبل المضرور. وكذلك تؤمن المضرور من خطر إعسار أو عدم ملاءة المحكم، فهو إما أن يتقاضى مبلغ التعويض مباشرة من الشركة أو على الأقل سيجد أن الضمان العام للمحكم قد دفعه مبلغ التأمين، وأصبح له حق الرجوع في دعوى التعويض على كلاً من المحكم وشركة التأمين.

وإذا طبقنا مبادئ وأهداف التأمين من المسؤولية على مسؤولية المحكم نجد أنه أصبح من الضروري التأكيد على أهمية التأمين من المسؤولية المدنية للمحكم؛ للمحكم ولللمحكيم والمجتمع ككل على النحو الآتي:

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، المجلد ٢، عقود الفرر وعقود المقامرة والرهان والرهن مدى الحياة وعقد التأمين، ط ١٩٦٤م، دار إحياء التراث العربي، ص ١٦٤٢ وما بعدها. د. محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبار التضامن الاجتماعي، ط ٢٠٠٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٣، ص ١٨٨.
- (2) د. أبو زيد عبد الباقي، الصفة التعويضية في تأمين الأضرار: دراسة مقارنة، المحامة، سنة ٥٩، العددان ٧-٨، ط ١٩٧٩م.
- (3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، عقد التأمين، ص ١٥٢٩.

بالنسبة للمحكم: فنظام التأمين يقوي من حرية واستقلال المحكم. كما أنه يبيث فيه روح المبادرة والقيام بعمله وممارسة مهنته بدون خوف أو قلق؛ لأن التأمين يوفر له الأمان والثقة، ويصبح متفرغاً لمهنته. كما أنه يجنب المحكم من خطر الإعسار، وعدم مطالبته بسداد مبلغ التعويض المطلوب للمضرور من ذمته المالية الخاصة. وهذا كله يشجع الكثير من ذوي الخبرة والثقة على ممارسة مهنة التحكيم. كما يظهر المحكمين متراصين في صف واحد وراء زملائهم، ولا شك أن في ذلك إعلاء لشأن مهنة التحكيم، وتأكيد تضامنهم.

وبالنسبة للمحتكم: فإن التأمين من مسئولية المحكم سبب قوي لدفع وتشجيع المحتكمين للجوء إلى طريق التحكيم؛ لأنه يوفر الوقت والمال. بالإضافة إلى الخبرة والثقة في حصول المحتكم على ضمان قوي، والتعويض من قبل شركة التأمين دون قلق من مخاطر إعسار المحكم، لأنه سيجد أمامه جهة مليئة - شركة التأمين - تضمن له الحصول على التعويض، ومن ثم يكون في وضع أفضل عن حالة عدم وجود تأمين لدي شركة تأمين.

وبالنسبة للمجتمع: فإن نظام التأمين من مسئولية المحكم المهنية عامل أساسي وعملي في انتشار التحكيم. وبالتالي فإن التحكيم يحقق الهدف الذي شرع من أجله؛ وهو التخفيف على كاهل القضاة، وتوفير الوقت في فض المنازعات، وتشجيع الاستثمار. ومن ثم يعود بالنفع على المحكمين، والمحتكمين، والمجتمع. لأن التأمين هو العصا السحرية، وهو النظام الفعال والعملي في انتشار التحكيم بأمان^(١). إلا أنه إذا كان نظام التأمين من مسئولية المحكم يضمن للمضرور الحصول على حقه في التعويض، فإنه قد يدفع المحكم إلى أخذ مقابل قسط التأمين عند الاتفاق على الأتعاب من أطراف التحكيم، ويترتب على ذلك أن التعويض

(١) د.محي الدين المرسي إبراهيم عبدالله، المبدأ التعويض في التأمين من المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ط١٩٩٤م، ص٤٠. د.مصلح الطراونة وآخرين، مسئولية المحكم المدنية، ص١٥٧.

سيدفع الأطراف جزء منه أو كله. لا من المال الخاص للمحكم أو مؤسسة التحكيم، ومن ثم ترتفع كلفة التحكيم على المتقاضين^(١).
٤٥ - كيفية تأمين المسؤولية المدنية للمحكم: يمارس المحكم مهنته في صورة مهنة حرة أو تحكيم مؤسسي:

(١) - ممارسة المحكم المهنة التحكيم في صورة مهنة حرة: في هذه الصورة يقوم المحكم بنفسه بإبرام عقد التأمين من مسؤوليته المدنية مع شركة التأمين؛ لتأمين مسؤوليته عن أعمال ممارسته مهنة التحكيم، والتي قد يترتب عليها الإضرار بالغير. ويقوم المضرور بمطالبة المحكم بتعويضه عما لحقه من ضرر. في هذه الصورة يكون الخطر محل التأمين أمراً يتعلق بمال المؤمن عليه لا بشخصه^(٢).

وصورة هذا التأمين أن هناك خطر يهدد الذمة المالية للمحكم بسبب خطأ قد يصدر منه، ويريد أن يؤمن ضمان هذا الخطأ؛ ليدفع عن نفسه هذا الخطر الذي قد يسبب له الإغتنار. هذا الخطر المؤمن منه هو الضرر الذي يصيب المحكم من جراء رجوع المضرور عليه بالتعويض. فشركة التأمين لا تعوض الضرر الذي يصيب المضرور، ولكن تعويض الأضرار المالية التي تلحق المحكم نتيجة لرجوع المضرور عليه بالتعويض^(٣).
إلا أنه من أهم النتائج التي تترتب على هذه الصورة من التأمين أنه لا يغطي الأخطاء العمدية للمحكم. لأن عقد التأمين المبرم بين المحكم، وشركة التأمين لا يضمن إلا الأخطاء غير العمدية للمحكم، التي لا توصف بالغش أو التدليس، ونص على ذلك في (م ١٢٠١) من قانون التأمين الفرنسي. والمشرع المصري في (م ٧٥٧) مدني مصري. وفي التأمين المصلحة

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري، ص ٦. محمد نظمي محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، دراسة مقارنة، ط الأولى، ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٦٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، عقد التأمين، ص ١٥١٩.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، عقد التأمين، ص ١٥١٩. د. جلال محمد إبراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، ص ١٩٨٩م، ص ١١٢ وما بعدها.

الغير في (م ٢/٧٥٧) مدني مصري. وقانون التأمين الفلسطيني في (م ٢) منه. و(م ٩٣٤) مدني أردني. و(م ٦٤٠) مدني جزائري، و(م ٧٣٤) مدني سوري. و(م ١/١٠٠) مدني عراقي. و(م ٩٦٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني^(١).

وفي هذه الصورة قد يمارس المحكم عملية التحكيم في صورة منفردة أو في صورة هيئة تحكيم، عددها وتر طبقاً للقانون، تم اختيارها من قبل المحكّمين أو عين أحدهم بحكم قضائي. ففي هذه الحالة يكون كل محكم قد أبرم عقد تأمين من مسؤوليته مع إحدي شركات التأمين منفرداً. كما يجوز للهيئة إبرام عقد تأمين واحد سواء مستقلين أو متضامنين معاً في هذا العقد بالتزاماتهم اتجاه شركة التأمين.

(٢) - ممارسة المحكم لمهنة التحكيم من خلال مركز أو جمعية تحكيم مؤسسي: في هذه الصورة يؤمن المركز أو المؤسسة أو الجمعية في التحكيم المؤسسي على مسؤولية المحكم المدنية عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء قيامه أو بسبب أو بمناسبة ممارسة مهمة تحكيمية تابعة للمركز، ويترتب على ذلك الخطأ ضرر لأحد المحكّمين. وذلك عن طريق إبرام المركز لعقد تأمين جماعي مع شركة التأمين، وذلك للتأمين على جميع المحكّمين الذين تضمنهم قائمة المحكّمين المعتمدين بالمركز أو الهيئة. ويكون لمركز أو لبيئة التحكيم تأمين مسؤولية المحكم بإحدي طريقتين:

(أ) - أن تبرم جمعية أو مركز التحكيم باسمها الاعتباري مع شركة التأمين، وتنص في عقد التأمين على أن هذه الجمعية أو المركز تلتزم بدفع القسط السنوي لشركة التأمين من ميزانيتها، وتكون طريقة الدفع مباشرة بين الجمعية أو المركز وبين شركة التأمين، ولا دخل للمحكم في هذا العقد بأي حال، من حيث إبرام العقد أو دفع القسط. فليس للمحكم أن يطالب الشركة بتغطية مسؤوليته الشخصية، ولكن تغطي مسؤولية المحكم باعتبار أن المركز مسئول عن عملية التحكيم. ومن ثم يكون عقد التأمين المبرم بين

(١) د.حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط ٢، ١٩٧٩م، دار المعارف، ص ٥٧٩. د.حسن البيه، التأمين من الأخطار، ص ١٨ وما يليها.

المركز وشركة التأمين لتغطية مسئولية عملية التحكيم، ومن ثم لا ينقلب المحكم إلى مؤمن له، لمجرد أن المركز أو الهيئة أمنت مسئوليتها^(١). ويترتب على ذلك أنه يجب على الشركة أن تغطي كل أخطاء عملية التحكيم التي يسأل عنها المركز أو الهيئة سواء كانت أخطاء المحكم عمدية أو غير عمدية. فضلاً عن المركز أو الهيئة إنما أمنت من مسئوليتها عن فعل الغير. وإذا كان الخطأ العمدي قد ارتكب من الغير المسئول عنه المؤمن له مدنياً، فإننا نجد المؤمن مسئولاً عن الأضرار التي يسببها هذا الغير، وهذا ما قرره (م ٧٦٩) مدني مصري، و (م ١/١٢١) من تقنين التأمين الفرنسي^(٢).

(ب) - تأمين المحكم مسئوليته المدنية: في هذه الحالة يقوم المحكم بإبرام عقد التأمين مع شركة التأمين بنفسه لتأمين مسئوليته عن أخطائه أثناء ممارسة مهنة التحكيم، والتي يترتب عليها الأضرار بالغير. ويقوم المضرور بمطالبة المحكم بتعويض ما أصابه، وهذا النوع من التأمين يكون إجبارياً حيث يقدم المحكم وثيقة التأمين كأحد المصوغات المطلوبة لكي ينضم إلى قائمة المحكمين المعتمدين بالمركز أو الهيئة أو النقابة أو الجمعية. وفي هذه الحالة لا تقوم علاقة بين شركة التأمين والمركز أو الهيئة، وليس طرفاً فيه، وإن كان يقوم بدور تحصيل القسط المطلوب من المحكم عن طريق خصم مبالغ من أتعاب المحكم. وذلك حسب النظام الداخلي للمركز أو الهيئة. ولكن في النهاية الذي يقع عليه عبء تحمل الأقساط هو المحكم من ذمته المالية، لا من ميزانية المركز أو الهيئة.

ونرجح للتأمين من مسئولية المحكم المدنية؛ الصورة التي تلزم المركز أو الهيئة بإبرام عقد التأمين مع شركة التأمين لضمان مسئولية المحكمين المدنية المقيدين لديها. وذلك لأن هذه الطريقة تضمن التأمين من مسئولية المحكم العمدية، وكذلك غير العمدية. وذلك لحماية المحتكمين المتعاملين مع

(1) د.محمد إبراهيم الدسوقي، التأمين، ص ١١٢.

(2) د.محسن البيه، التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن في القوانين الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة المحامي الكويتية، أعداد يناير، فبراير، مارس، ط ١٩٨٧م، ص ٢١٩ وما بعدها.

المركز أو الهيئة. إلا أنه في المقابل يجب ألا يتحمل المركز أو الهيئة قسط التأمين منفرداً لأن في ذلك إرهاق لميزانيتها. كما أنه يؤدي إلى عدم اهتمام والتقصير من قبل المحكمين في ممارستهم لمهمتهم، بل يجب أن يتحمل كلا من المحكم والمركز أو الهيئة وكذلك المحتكم؛ لأن التأمين من مسؤولية المحكم يعود بالنفع على الأطراف الثلاثة في نهاية الأمر^(١).

ولا يهم الشكل الذي يبرم به عقد التأمين من المسؤولية المدنية للمحكم، وإنما المهم وجود عقد تأمين. فالمهني الذي يمارس مهنة اشتراط المشرع لممارستها ضرورة إبرام عقد تأمين من المسؤولية الناتجة عنها. يجب عليه أن يقدم ما يثبت وجود هذا العقد قبل ممارسة هذه المهنة دون التعويل على ما إذا كان العقد قد تم بشكل فردي أم جماعي. قامت الثقة أم السطة أو المركز بإبرامه^(٢).

لذلك نهيب بالمشرع المصري بضرورة النص على وجوب التأمين من المسؤولية المدنية للمحكم سواء كان ذلك عن طريق نقابة يتم إنشائها للمحكمين ضيفاً لحكام قانون النقابات المهنية أو عن طريق جمعية أو مركز تحكيم أو عن طريق المحكم الحر نفسه. وذلك للمزايا العديدة التي تعود على المحكم والمحتكمين والمجتمع من وراء التأمين على المسؤولية المدنية للمحكم. على أن يكون قسط التأمين عبارة عن مجموعة من النسب التي يساهم فيها كل من المركز أو الهيئة التحكيم في حالة التحكيم المؤسسي والمحكم والمحتكمين. والأخير يشارك عن طريق دفع بعض الرسوم التي تفرض عليه وتوجه حصيلتها إلى قسط التأمين^(٣). ولما كان تأمين المسؤولية المدنية للمحكم مرتبط بشروط انعقاد المسؤولية، لذا نكون في حاجة إلى نظام آخر يساند نظام تأمين المسؤولية وهو الضمان. لأن الأخير لا يضع في اعتباره سوى تعويض المضرور بصرف النظر عن انعقاد المسؤولية من عدمه^(٤).

(١) د.أماني عبد اللطيف حافظ عليان، المسؤولية المدنية للمحضر، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠٠٠م، ص ٣٥٠ - ٣٥٢.

(٢) د.محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية، ص ٤٨.

(٣) د.أماني عبد اللطيف حافظ عليان، المسؤولية المدنية للمحضر، ص ٣٥٢ - ٣٥٣.

(٤) الإشارة السابقة.

٤٦- نظام ضمان الأضرار الناجمة عن أخطاء المحكم: قد لا يستطيع المضرور الحصول على حقه في التعويض الذي يجبر الضرر الذي أصابه، على الرغم من أن عمل المحكم قد يترتب عليه ضرر كبير. والقول بأن نظام التأمين من المسؤولية المدنية للمحكم. ما به من مزايا تكفل للمضرور الحصول على حقه في التعويض. دون حاجة إلى الخوض في إجراءات التقاضي^(١). إلا أنه لا يمكن الجزم بأن نظام التأمين من المسؤولية المدنية للمحكم وحده يكفل الحماية للمضرور في جميع الحالات. لأنه قد توجد حالات تخرج عن حدود الحماية التي يقرها نظام التأمين من المسؤولية؛ كعدم إبرام المحكم تأميناً من مسؤوليته، أو احتجاج المؤمن بتحديد التأمين سواء كان هذا التحديد من حيث قيمة التأمين، أو الإضرار المغطاة، أو في حالة دفع المؤمن بالتقادم من المسؤولية محل التأمين أو في حالة إعلان المؤمن إفلاسه أو إعساره عن دفع التعويض للمضرور^(٢). بذلك فإن الحاجة أصبحت ماسة إلى نظام الضمان لسد الثغرات التي تعترى نظام التأمين. هذا النظام يكون خط الدفاع الثاني للمضرور. حيث يكون تعويض المضرور هو الهدف الذي يسعى إليه نظام الضمان. ويتحقق ذلك من عدم ارتباط الضمان بقواعد المسؤولية؛ فلا يشترط إثبات الخطأ لإنعقاده، وإنما يقوم هذا النظام على تعويض المضرور بمجرد توافر الضرر، دون حاجة إلى إثبات خطأ^(٣). وذلك بإنشاء صندوق لضمان المسؤولية المدنية للمحكم بحيث يؤدي مع نظام التأمين دوراً متكاملًا. لتقديم ضمان لمصلحة المضرور من خطأ المحكم يكفل له التعويض، ويسر له أيضاً الحصول عليه، مما يشجع أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم.

- (١) دأمانى عبد اللطيف، المسؤولية المدنية للمحضر، ص ٣٥٤، ٣٥٦.
- (٢) دمحمد نصر رفاعي، الضرر، ص ٤٧٨. دأشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٩م، ص ٤٥٨، ٤٥٩.
- (٣) دأمانى عبد اللطيف، المسؤولية المدنية للمحضر، ص ٣٥٤. دمحمد نصر رفاعي، رسالته، ص ٤٧٨.

إنشاء صندوق الضمان: كثير من الطوائف المهنية في فرنسا تقوم بالتأمين على مسئوليتها عن طريق صناديق الضمان كنظام قانوني مرتبط بتنظيم المهنة، ومكمل لنظام التأمين من المسئولية، ويغطي كل الحالات التي لا يضمنها أو لا يغطيها التأمين سواء أكان الخطأ عمدي أو غير عمدي^(١).

يلزم لإنشاء صندوق ضمان من أخطاء المحكم يجب إنشاء نقابة أو رابطة للمحكمين لها شخصية اعتبارية مستقلة. ثم تقوم بإنشاء صندوق الضمان، لضمان الأضرار الناتجة عن أخطاء المحكم، لحماية كلاً من المحكم والمضروب. فيعتبر صندوق الضمان خط الدفاع الثاني للمحكم من مسئولته بعد التأمين. ومن ثم يكون بعيداً كل البعد عن رجوع المضروب على ذمته المالية. وذلك دافع قوي لتشجيع المحكمين ذوي الخبرات والكفاءات، للدخول في مجال التحكيم بعد توافر عوامل الأمان لهم، من الرجوع عليهم بالتعويض من قبل المضروب. أما المضروب أصبح متوافر لديه ضماناً حقيقياً فلم يعد يركن إلى الأسباب التي تقوم عليها المسئولية المدنية للمحكم، ولا يشترط إثبات الخطأ في جانبه، ويكفل للمضروب الحصول على تعويض يجبر الضرر الذي أصابه عندما يصاب بضرر من جراء خطأ المحكم، ولا يلزم أن يكون هذا العمل خطأً. فالصندوق يقدم الضمان، عندما لا يستطيع المضروب أن يستفيد من قواعد المسئولية، و في الحالات التي لا يغطيها التأمين^(٢).

إذا كان صندوق الضمان يعد أحد الوسائل التي تكفل للمضروب حقه في التعويض، فهو يعد الوسيلة المكتملة، ويبرز دوره في تعويض الأضرار في الحالات الآتية:

(١) - حالة عدم كفاية مبلغ التأمين لتغطية الأضرار أو تعويض المضروب؛ فيكون للمضروب حق استكمال مبلغ التعويض من صندوق الضمان، كذلك دفع المؤمن بنظام المسئولية محل الضمان.

(1) دأمانتي عبد اللطيف، المسئولية المدنية للمحضر، ص ٣٥٧.

(2) دأمانتي عبد اللطيف، المسئولية المدنية للمحضر، ص ٣٥٨ - ٣٥٩. د محمد نصر رفاعي، رسالته، ص ٤٧٨.

(٢) - حالة احتجاج المؤمن بحالات استبعاد التأمين في مواجهة المضرور. حيث يقوم الصندوق في هذه الحالة بتعويض المضرور من خطأ المحكم. سواء كانت هذه الحالات اتفاقية كاستبعاد صورة خطأ المحكم لتأخير إصدار حكم التحكيم عن الميعاد المتفق عليه في اتفاق التحكيم أو حالات قانونية لا يجوز التأمين منها طبقاً لأحكام القانون كالخطأ العمدي أو الجسيم.

(٣) - حالة عدم إبرام المحكم المسئول عن الخطأ تأميناً من مسئوليته، وفي هذه الحالة يضمن الصندوق تعويض المضرور ضماناً كاملاً ويكون للصندوق بعد ذلك الرجوع على المحكم المسئول.

(٤) - حالة إفلاس المؤمن أو فسخ عقد التأمين أو بطلانه.

(٥) - حالة دفع المؤمن بتقادم المسئولية محل الضمان^(١)

وهدف إنشاء صندوق الضمان هو ضمان الأضرار الناتجة عن خطأ المحكم. وذلك يتوقف على ملائمة الذمة المالية لهذا الصندوق، ومن ثم أنه يقع عليه عبث ثقيل، وهو مدى قدرته على تغطية مبالغ التعويض التي يستحقها المضرورين. وذلك يحتاج إلى موارد مالية متعددة لكي يتمكن الصندوق من القيام بالدور المطلوب منه. ومن ثم فتمويل صندوق الضمان مسألة ذات أهمية بالغة؛ لأنه بدون التمويل المالي لا يستطيع الصندوق القيام بالدور التكميلي لتأمين مسئولية المحكم المدنية.

ويتم تمويل صندوق الضمان عن طريق الاشتراكات التي تقررها نقابة المحكمين لحساب هذا الصندوق، وتكون هذه الاشتراكات إجبارية. ومساهمة وزارة العدل بجزء من ميزانيتها الخاصة سنوياً لحساب الصندوق، وذلك لتشجيع الدولة على انتشار التحكيم. وفرض رسوم على مراكز التحكيم تسدّد سنوياً إلى نقابة المحكمين للحساب الخاص بصندوق الضمان، ورسوم إصدار تراخيص للمراكز والبيئات. وفرض

(١) د.أشرف جابر موسى: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، ص ٤٥٨، ٤٥٩. د.طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة حقوق المنصورة، ٢٠٠٠، ص ٣٨٨.

رسوم على المحتكم الصادر له حكم التحكيم أثناء مراجعته لقاضي التنفيذ للحصول على خاتم التنفيذ، وتحصل هذه الرسوم لحساب صندوق الضمان. وعائد استثمار أموال الصندوق، فيمكن للقائمين عليه أن يستثمروا الأموال الفائضة في حساب هذا الصندوق بهدف زيادة موارده. وما يقرره مجلس إدارة الصندوق من موارد والمصادر الأخرى داخل نقابة المحكمين بحساب الصندوق.

ويقدم طلب التعويض من المضرور أو من يمثله قانوناً ويتم إيداعه برقم وتاريخ سكرتيرية صندوق الضمان، وهذا الطلب يتضمن كافة المستندات الخاصة بالمضرور، وطبيعة الضرر المستحق للتعويض، وعمّا إذا كان رفع دعوى مسئولية علي المحكم أم لا. وكذلك مبلغ التعويض الذي يكون قد حصل عليه من التأمين أو غيره. وكذلك يحدد المبلغ المطلوب من الصندوق تعويضاً له. كل ذلك يجب أن تنظمه اللائحة التنفيذية لصندوق الضمان. كما يجب أن يحدد القانون ما إذا كان يجب على المضرور أن يثبت علاقة السببية أم أنه يكفي إسناد الضرر إلى عمل المحكم فقط^(١). ثم يتولى أعضاء مجلس إدارة الصندوق دراسة طلب التعويض بناءً على ما قدمه المضرور من بيانات ومستندات. وبالرجوع إلى المحكم المنسوب إليه الخطأ المطالب به التعويض. وقد ينتهي الرأي إلى رفض صرف تعويض من الصندوق للمضرور أو بالموافقة على الصرف. ولكن ذلك لا يعتبر دليل على قيام مسئولية المحكم في مواجهة المضرور. ويكون ذلك الرد خلال مدة قانونية تحددها اللائحة التنفيذية أو القانون. ويجب أن يتم تقدير قيمة التعويض الذي أصاب المضرور من جراء خطأ المحكم بالنسبة لما أصابه من ضرر. بمعنى ألا يتجاوز مبلغ التعويض مقدار الضرر الواقع على المضرور. فصرف التعويض من الصندوق للمضرور ما هو إلا وسيلة لدفع خسارة المضرور، وليس لتحقيق ثراء له. وإن كان لا بد في هذا التقدير درجة الخطأ الذي وقع من المحكم.

(١) د. أماني عبد اللطيف، المسئولية المدنية للمحضر، ص ٣٦٣. د. طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي، ص ٣٨٨. د. أشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسئولية، ص ٤٥٨ - ٤٥٩.

ويكون للصندوق شخصية معنوية، ويمثله رئيسية أمام القضاء، ومن ثم فإن قرارات الصندوق قد تكون محل دعاوي قضائية، خصوصاً في حالة رفض طلب تعويض المقدم من المضرور من خطأ المحكم أو عدم الرد عليه خلال المدة القانونية أو عند عدم موافقة الصندوق على صرف كل التعويض المطلوب للمضرور. كذلك يمكن أن تقام دعاوى من الصندوق، ويكون هو المدعي ضد الآخرين سواء المضرورين أو المحكّمين^(١). ولكي يوفر أكبر قدر من الحماية لكلاً من المحكم، والمضرور من خطأ المحكم؛ يجب أن تتسارع القوانين على النص بإنشاء صندوق الضمان لضمان الأضرار الناتجة عن أخطاء المحكم أثناء ممارسته مهنة التحكيم. وذلك إلى جانب نظام التأمين من مسؤوليته، ولكن ذلك يتضمن وجوب إنشاء رابطة أو نقابة للمحكّمين لكي تتولى إنشاء هذا الصندوق وتتولى إدارته، وتمويله، واستثمار أمواله، التي تعود حصيلتها في النهاية لتعويض المضرورين. ويتم تعويض المضرور من الصندوق في الحالات التي لا يغطيها التأمين من مسؤولية المحكم^(٢).

الخاتمة

تناولت موضوع مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي من خلال مقدمة، وفصلين، كل فصل في مبحثين علي النحو التالي:

ففي المقدمة: تم توضيح مفهوم مشكلة بطء العدالة القضائية، ومفهوم الوسائل البديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، وأهمية الوسائل البديلة في حل المنازعات، وأهمية التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

وفي الفصل الأول: تم توضيح النظام القانوني للتحكيم والمحكم في مبحثين:

ففي المبحث الأول: تم توضيح النظام القانوني للتحكيم من خلال: توضيح تعريف التحكيم، وأهمية التحكيم، وأسباب اللجوء إليه،

(1) د. طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي، ص ٣٨٨. د. أشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسؤولية، ص ٤٥٨ - ٤٥٩.

(2) د. أماني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية للمحضر، ص ٣٦٣. د. طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي، ص ٣٨٨.

ومزايا التحكيم، وعيوب ومساوئ التحكيم، ومعوقات ومشاكل التحكيم، والنطاق الموضوعي للتحكيم، والنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، وأنواع التحكيم، والتطور التاريخي للتحكيم، ومشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، والطبيعة القانونية للتحكيم.

وفي المبحث الثاني: تم توضيح النظام القانوني للمحكم من خلال: بيان تعريف المحكم، وشروط المحكم، وكيفية اختيار المحكم، والتميز بين عمل المحكم وغيره من النظم القانونية المشابهة، والطبيعة القانونية لعقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم، والتميز بين عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف التحكيم، وغيره من النظم القانونية المشابهة، والتكييف القانوني لعقد التحكيم (عقد غير مسمى من طبيعة خاصة)، وحقوق المحكم، والتزامات المحكم، وانقضاء عقد التحكيم المبرم بين المحكم والمحتكمين.

أما في الفصل الثاني: فقد تم توضيح النظام القانوني لمسئولية المحكم في مبحثين:

ففي المبحث الأول: تم توضيح نطاق وأركان مسئولية المحكم من خلال بيان: طبيعة التزام المحكم، وطبيعة مسئولية المحكم، والمسئولية المهنية للمحكم، ومبررات تقرير مسئولية المهنة، وتقرير المسئولية المدنية للمحكم، وأركان المسئولية المهنية للمحكم.

وفي المبحث الثاني: تم توضيح طرق دفع مسئولية المحكم، وكيفية تأمينها، وإنشاء صندوق نضمانها من خلال بيان: دفع المسئولية المدنية للمحكم بنفي الخطأ، ودفع مسئولية المحكم بنفي علاقة السببية، ومفهوم تأمين المسئولية المدنية للمحكم، وكيفية تأمين المسئولية المدنية للمحكم، ونظام ضمان الأضرار الناجمة عن أخطاء المحكم.

ومما سبق يتبين أن:

يعتبر التحكيم وسيلة بديلة عن قضاء الدولة الرسمي لفض المنازعات يهدف إلى تحقيق العدالة الرضائية بين أطراف النزاع التحكيمي. إلا أن ذلك مرهون بزيادة الثقافة القانونية، وتفعيل دور الدولة من الناحية التشريعية

والقضائية، وإعداد الكوادر الوطنية من المحكمين ذوي الخبرة والكفاءة في كل التخصصات المختلفة، ومواكبة تطورات تكنولوجيا وسائل الاتصالات الحديثة. فالتحكيم وسيلة إنسانية وفعالة وأقل كلفة وأكثر مرونة وخصوصية وسرية... تساهم في حل مشكلة أزمة العدالة القضائية. ولذا نهيب بالمشرع المصري وبالمشرعين العرب بصفة خاصة النص صراحة على تنظيم الأحكام القانونية للوسائل البديلة لفض المنازعات كالتحكيم، والوساطة، والتوفيق، والمفاوضة... وذلك في تشريعات خاصة. وإعداد اتفاقية عربية موحدة بين الدول العربية مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تحت مظلة جامعة الدول العربية، وإنشاء مراكز عربية لفض المنازعات.

كما نهيب بالقائمين علي التعليم العالي في الدول العربية بتدريس مادة الوسائل البديلة لفض المنازعات (التحكيم - الوساطة - التوفيق...)، كمادة تدرس ضمن مناهج المرحلة الجامعية الأولى.

كما يجب إنشاء مراكز متخصصة موثوق بها لفض المنازعات بالوسائل البديلة كالتحكيم، والوساطة، والتوفيق... وتكون إما تابعة لوزارة العدل أو غرفة التجارة والصناعة أو مراكز مهنية خاصة متخصصة. وهذا يتطلب إنشاء قوائم بأسماء المحكمين، وقوائم للموفقين، وقوائم للوسطاء. وتنمية الكوادر الوطنية من محكمين، ووسطاء، وموفقين. بعمل دبلوم دراسي متخصص في كل منها أو عمل دورات متخصصة فيها. وإصدار ميثاق شرف مهني لكل منها يتضمن قواعد وأصول وشروط ممارسة تلك المهن. وإنشاء نقابة عامة لكل مهنة منها بالعاصمة يتبعها نقابات فرعية بالأقاليم لممارسة رقابة فعالة وجدية على هؤلاء المهنيين، ومتابعة مصالحهم، وحقوقهم، ومساءلتهم...

ويعتبر عقد التحكيم المبرم بين المحكم، والمحتكم عقد رضائي، غير مسمى، من طبيعة خاصة له خصوصيته، من عقود الخدمات. يرجع في أحكامه إلى عقد التحكيم ذاته، والقواعد العامة في قانون التحكيم، والقانون المدني، والاتفاقيات الدولية. وذلك؛ لأن أحكام عقد التحكيم

ترفض الخضوع الكامل لأحكام أية عقد من عقود الخدمات المسماة التي نظمها القانون المدني. إذا أن عقد التحكيم يتمرد على الأحكام القانونية لتلك العقود بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم، وهي الفصل في النزاع بحكم تحكيمي ملزم خلال مهلة التحكيم، وما تستتبعه من ضرورة تمتع المحكم بالحياد والاستقلال والنزاهة لإصدار الحكم التحكيمي بحرية. والآن أصبحت الحاجة ملحة بدون شك لتقنين عقد التحكيم وجعله عقد مسمى ضمن نصوص قانون التحكيم المصري بتحديد الشروط الواجب توافرها في المحكم، وواجباته، وحقوقه، ومسئوليته، وحصاناته، وانعقاد عقد التحكيم، وتكوينه، وأحكامه، وانقضائه؛ لذلك نهيب بالمشروع المصري تقنين عقد التحكيم.

ونهب بالمشروع المصري النص على تمتع المحكم المقيد بقوائم المحكمين بالحصانة النسبية كالقاضي، والمحامي. وذلك لضمان استقلاله في عمله عن أي جهة، وعدم ملاحقته قضائياً بدون مبرر قوي أو القبض عليه أو حبسه إلا في الحالات المحددة قانوناً، والتي توجب مسائلة المحكم عما ارتكبه من أفعال ومحاسبته طبقاً للقانون. ونرفض فكرة الحصانة المطلقة للمحكم لأنها قد تؤدي ببعض المحكمين إلى الجوار والشطط والتعسف عندما يشعرون أنه لا سلطان عليهم، مما يؤدي إلى النفور من التحكيم، وخوفاً من استبداد بعض المحكمين. فحق المحكم في الحصانة كالقاضي لا يمنع من دعوى المخاصمة كالقاضي.

كما نهيب بالمشروع المصري النص علي حقوق وإلتزامات المحكم بشكل محدد، وذلك لتحديد نطاق المسئولية القانونية للمحكم عن إخلاله بأحد إلتزاماته دون تعسف من المحكم أو من أحد أطراف التحكيم.

ونهب بوزارة العدل المصرية الاهتمام بإنشاء مراكز تحكيم متخصصة، والإشراف عليها، ونشر قوائم المحكمين مع توضيح خبراتهم ومؤهلاتهم ووسيلة الاتصال بهم. والإهتمام بالبحوث والدراسات القانونية المتعلقة بالتحكيم والمحكم، وعمل ندوات علمية، ودورات تدريبية بصفة مستمرة لتدريب المحكمين علي كل ما هو جديد في عالم التحكيم.

وكما نهيب بالمشرع المصري وجوب النص علي تطبيق نظام تأمين
مسئولية المحكم الذي يضمن حق المضرور في الحصول علي التعويض، إما
من المحكم المسئول والذي قد يكون معسراً، وإما من شركة التأمين؛
وذلك لحماية العدالة التحكيمية، وتخفيف العبء عن كاهل قضاء الدولة.

تم بحمد الله وتوفيقه

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين
(رَبَّنَا آتِنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا)

(سورة الكهف: آية ١٠)

قائمة المراجع (*)

أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم:
- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م.
- اختيار طريق التحكيم ومفهومه، المحاماة، ع ١٤، ٢٠٠١م.
- اختيار طريق التحكيم ومفهومه، دورة إعداد المحكم بمركز تحكيم حقوق عين
شمس في الفترة من ٩- ١٤ سبتمبر ٢٠٠٠م.
- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، س
١٩٨١م، ج ٣٧.
- إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج
الأحكام، المطبعة العامرية الشرقية بمصر، ١٣٠١هـ، ج ١.
- إبراهيم حرب محيس: طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، مكتبة دار
الثقافة، الأردن ١٩٩٩م.
- ابن عابدين: الحاشية ومعها الدر المختار شرح تنوير الإبصار، مطبعة مصطفى
الخلبي، ج ٥.
- ابن قدامة: الكافي في فقه الحنابلة، طبعة بيروت، ج ٣.
- المغني، ط ١، ١٩٩٠م، ج ٩.
- ابن منظور: لسان العرب المؤسسة المصرية للتأليف والنشر بالقاهرة، ج ٥.

(*) ملاحظة: في حالة عدم الإشارة إلى دار النشر أو مكانه أو سنته فذلك لأن المرجع
بدون هذا البيان.

- ابن نجيم الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج ٧.
- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر:
 - ميعاد التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩ م.
 - تكوين هيئات التحكيم، دورة إعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة ٩-١٤ سبتمبر ٢٠٠٠ م.
 - القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠.
- د. أبو زيد رضوان:
 - الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثاني، دولية التحكيم التجاري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ٢، ع ٢.
 - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٨١ م.
- د. أبو زيد عبد الباقي: الصفة التعويضية في تأمين الأضرار، دراسة مقارنة، المحاماة، سنة ٥٩، العددان ٧-٨، ط ١٩٧٩ م.
- أبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع: معين الحكام علي القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن قاسم بن عباد، دار العرب الإسلامي، بيروت ١٩٨٩ م، ج ١.
- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي: الأحكام السلطانية، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر ط ٣، ١٩٧٣ م.
- أبي محمد علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري: المحلى: تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الريان للتراث بالقاهرة، ج ١.
- د. أحمد سعيد الدهن: موقع الخبير، مجلة التحكيم اليمنية، ع ٣، ٢٠٠٠ ف.
- د. أحمد أبو الوفا:
 - التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ٤، ١٩٨٣ م.
 - التحكيم بالقضاء وبالصلح، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٤ م، ط ١.
 - المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- د. أحمد أنعم بن ناجي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط ١، صنعاء ١٩٩٤ م.

- د.أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م.
- د.أحمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠م.
- د.أحمد سعيد الدهن: موقع الخبير من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمنية، ٢٠٠٠م، ع ٣.
- د.أحمد محمد شتا: نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٢م.
- د.أحمد شرف الدين:
- التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي والتمييز بينهم، مؤتمر تحكيم، القاهرة ١٣/١٢ سبتمبر ١٩٩٤م.
- دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة، ١٩٩٣م.
- دراسات في التحكيم ودور الرقابة القضائية السابقة على إصدار القرار، مجلة دراسات،
- الجامعة الأردنية، مجلد (١)٢٥، ع ٥، تشرين الأول ١٩٩٤م.
- سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م.
- بحث مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، ندوة القاهرة للتحكيم ١٩٩١م.
- نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، ط ٢٠٠٣م.
- د.أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ١٨، ع ٢، يونيو ١٩٩٤م.
- د.أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٤م.
- د.أحمد قسمت أبو العلا: المحكم وكيفية إعداده، محاضرة ملقاة في دورة عامة لأعداد المحكم، والمنعقدة في مركز حقوق عين شمس في الفترة من ٢٩/١٢/٢٠٠١ إلى ٣/١/٢٠٠٢م.
- د.أحمد قسمت الجداوي: التحكيم في مواجهة اختصاص القضاء الدولي، ١٩٨٢م.

- د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ط ١٩٩٣م.
- د. أحمد محمود سعد: مصادر الالتزام في القانون المصري واليميني، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٠م.
- د. أحمد مليجي موسى: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩م.
- قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ط ١، ١٩٩٦م.
- د. أحمد هندي: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
- تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م.
- د. أسامة الشناوي: المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٠م.
- د. إسماعيل الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٦م.
- د. إسماعيل محمد علي: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليميني مقارناً بالقانون المدني، والشريعة الإسلامية سنة ١٩٦٦م.
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي: - اتفاق التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ج ١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م.
- النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م.
- د. أشرف جابر سيد مرسي: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٩م.
- د. أكثم أمين الخولي: أخلاقيات التحكيم، بحث مقدم إلى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط، القاهرة ١٩٨٩م، مجلة التحكيم، ع ٣، ٢٠٠٠م.
- المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط ١.
- د. أمال أحمد الغزيري: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م.
- الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي:
- الجامع لأحكام القرآن، ج ٥، طبعة دار الكتاب العلمية.
- الأشباه والنظائر، دار إحياء الكتب العربية.

- د.أمانى عبد اللطيف حافظ عليان: المسئولية المدنية للمحضر، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ٢٠٠٠م.
- د.أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٤م.
- د.أيمن إبراهيم العشاوي:
 - تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ط١٩٩٨م.
 - فعل الضرور والإعفاء الجزئي من المسئولية، دار النهضة العربية.
- دبشر أحمد صالح على: مسئولية الصحفي المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ٢٠٠١م.
- دبليغ حمدي محمود: الدعوي ببطالان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ٢٠٠٧م.
- دبهاء دسوقي: قانون التجارة الدولي الجديد، القاهرة ١٩٩٣م.
- البهوتي: كشاف القناع، ج٦، طبعة بيروت، ١٩٨٢م.
- د.ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٥م.
- د.جابر محجوب على محجوب: قواعد أخلاقيات المهنة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠٠١/٢٠٠٠م.
- د.جاءك يوسف الحكيم: تنفيذ أحكام المحكمين، مجلة المحامون السورية، س٤٧، ع١٩٨٢م.
- د.جلال محمد إبراهيم: التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، ص١٩٨٩م.
- د.جلال وفائي محمددين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق، حقوق إسكندرية، ع٢٤، ١٩٩٩م.
- د.جمال الدين نصار: شرط التحكيم في عقود الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دورة عقود الفيديك والمطالبات والتحكيم، الجمعية المصرية للمهندسين، ١٩٩٣م.
- د.جميل الشراوي: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨١م.
- د.جورج حزيون: النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الدولي، مجلة الحقوق الكويتية، تصدرها كلية الحقوق/جامعة الكويت، س١١، ديسمبر ١٩٨٧م.

- د. حسام الدين فتحي ناصف: قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٣، ع ١، يناير ٢٠٠١م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاة، س ٣١، ع ١٤ - ٢، يناير، ديسمبر ١٩٩٩م.
- د. حسان عبد السميع هاشم أبو العلا: مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠١م.
- د. حسان عبد السميع هاشم: الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.
- د. مصطفى حسن البرعي: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، رسالة المنصورة.
- د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر والتوزيع بالأردن، ٢٠٠٢م.
- د. حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٥م.
- د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط ٢، م، دار المعارف ١٩٧٩م.
- د. حسين يوسف غنايم: شرط التحكيم في عقود الوكالات التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ع ٦٦، ١٩٩٦م.
- د. حميد محمد علي اللهيبي: المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ٢٠٠٠م.
- د. حفيظة الحداد: الطعن بالبطلان علي أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، ١٩٩٧م.
- د. خالفي عبد اللطيف: الوسائل السلمية لحل المنازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م.
- خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢م.
- الخطيب الشربيني: مغني المحتاج على شرح المناهج، ج ٤، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٨م.
- الدرديري: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، مطبعة مصطفى الحلبي.
- درأفت محمود رشيد الميقاتي: تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٦م.

- درمضان أبو السعود: الوجيز في مبادئ الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م، مطابع سليم.
- الرملي: نهاية المحتاج، ج٨، مطبعة المكتبة الإسلامية.
- زين الدين بن نجيب الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، المكتبة العلمية، بيروت.
- زين العابدين إبراهيم المشهور بابن نجيم المصري الحنفي: الأشباه والنظائر، المطبعة الحسنية ١٩٢٢م.
- د.سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤ف.
- د.سامية راشد: التحكيم في إطار المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٦م.
- - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م.
- د.سحر عبدالستار إمام يوسف: المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- د.سراج حسين محمد أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨م.
- د.السعيد محمد الأزمازي: المسؤولية المدنية للقضاة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- د.سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٨م.
- - سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، أكتوبر ٢٠٠٠م، ع٣.
- د.سمير الشراوي: معيار التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد مقارنةً بالقانون النموذجي، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ٢٢ - ٢٧ ١٩٩٥/٣/م.
- د.سيد أحمد محمود: التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط١، ١٩٩٨م.
- - خصومة التحكيم القضائي، ط١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- - مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط١، ٢٠٠٣م.
- د.السيد المراكبي: التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

- د. السيد عبد العال تمام: مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- د. شارل جاروسون: الوساطة الطب العذب للقانون، ترجمة جمال سلطان، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥ - ٨ / ١٠ / ١٩٩٦م.
- ١٩٩٦م، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالجمهورية العربية السورية ١٩٩٦م.
- د. شاهر الصالحي: التحكيم أحد الوسائل البديلة لحسم المنازعات التجارية، مجلة التحكيم، ع ٣، إبريل ٢٠٠٠م.
- شرف الدين أبي النجا المقدسي الحجاوي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ٦، المطبعة الشرقية بمصر.
- شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج ١٦، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.
- د. شمس مرغني علي: التحكيم في منازعات المشروع العام، عالم الكتب بالقاهرة ١٩٧٤م.
- شهاب الدين إسحاق عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم: أدب القضاء، مطبعة الإرشاد ببغداد، ط ١، ج ١، تحقيق محي هلال سرحان.
- الشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، ترتيب محمود خاطر بك، المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٢٢م.
- الشيخ محمد علي الصابوني: روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن، دار الصابوني، ج ١.
- د. شيماء محمد سعيد خضر البوراني: أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط ٢٠٠٣، ١ ف.
- الصاوي: الحاشية على السرح الصغير للدرديري، مطبعة مصطفى الحلبي، ج ٤.
- د. صبحي الحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود، ج ١.
- د. ضحى إبراهيم صقر الزياتي: شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣م.
- د. طه عبد المولى طه إبراهيم: التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة حقوق المنصورة، ٢٠٠٠م.
- عادل محمد خير: المحكم وكيفية إعداده، بحث مقدم للدورة العامة لإعداد المحكم بمركز حقوق عين شمس للتحكيم، من ٢٢ يناير حتى ٢٧ يناير ٢٠٠٠م.

- حصانة المحكمين مقارنةً بحصانة القضاء، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م.

- مقدمة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١، ١٩٩٥م.

• د.عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ط ٢، ١٩٩٨م.

• د.عاطف الفقهي: التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٧م.

• د.عاطف بيومي محمد شهاب: الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠١م.

• د.عباس العبودي: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٠م.

• د.عبد الباسط عبد المحسن: دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.

• د.عبد الحكيم فودة: الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي ١٩٩٦م.

• د.عبد الحميد الأحمد: التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي والقوانين الأوربية، ندوة التحكيم بالقاهرة ١٩٨٩م.

- مسئولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠م.

- موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، ج ٢، دار المعارف، مصر ١٩٩٨ف.

• د.عبد الحميد الشواربي:

- التحكيم والتصالح، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٦م.

- التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٢، ٢٠٠٠م.

- مسئولية الأطباء والصيدلية والمستشفيات المهنية والجنائية والتأديبية، دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٨م.

• د.عبد الحميد عثمان الخنفي: المسئولية المدنية للموثق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٤، أكتوبر ١٩٩٣م.

• د.عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، المجلد ٢، عقود الغرر وعقود المقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ط ١٩٦٤م، دار إحياء التراث العربي.

- الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، العقد، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨١م.
- الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٥، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- د.عبد الرحمن عياد: أصول علم القضاء، مطبوعات معهد الإدارة العامة بالرياض ١٩٨١م.
- د.عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع.
- د.عبد القادر سيد عثمان: إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨١م.
- د.عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر ١٩٨٩م.
- د.عبد المنعم الشرقاوي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دارالنشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م.
- د.عبد المنعم الشرقاوي، فتحي والي: المرافعات المدنية والتجارية، دارالنهضة العربية ١٩٧٧م.
- د.عبد المنعم خلاف: مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، ع ١٩٩٠، ٢م.
- د.عبد الناصر توفيق العطار: نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة السعادة.
- د.عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دارالنهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٤م.
- د.عبد الوهاب الباهي: خواضر حول تسيب أو تعليل القرارات التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، ٢٠٠٠م.
- د.عبيد صقري يوسف: تأملات في النظريات النازمة للتحكيم، مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي، س ١، ع ١٤، يناير ١٩٩٣م.
- د.عزمي عبد الفتاح عطية: قواعد الاختصاص والإجراءات في أحكام المنازعات المدنية البسيطة، الندوة المشتركة المصرية - الفرنسية حول تسوية المنازعات المدنية البسيطة باستخدام الحلول التشريعية والتقنيات الحديثة، القاهرة ١٨ - ٢٠ ديسمبر ١٩٨٩م، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٩١م.

- قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط ١ - ١٩٩٠م.
- مبادئ القضاء المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٤م.
- إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدر عن اتحاد وزراء العدل العرب، المغرب، العدد الثالث، إبريل ١٩٨٦م.
- د.عكاشة محمد عبد العال: المقترحات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم، مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في بيروت، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، في الفترة من ١٧ - ١٨، مايو ١٩٩٩م.
- علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٢، ١٩٧٣م.
- د.علي سالم إبراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٩٦م، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- د.علي الشحات الحديدية: دور الخبير الفني في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٩م.
- د.علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م.
- د.علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ط ١، ١٩٩١م.
- د.علي سالم إبراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٥م.
- عمرو الفقهي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، دار الجامعي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
- د.عبد محمد القصاص:
- حكم التحكيم، ٢٠٠٠م.
- نطاق رد المحكم في قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، مجلة هيئة قضايا الدولة ٢٠٠١م، ع ١.
- د.فايز عبد الله الكندري: مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢، يوليو ٢٠٠٠م.
- د.فتحي المرصاوي: فلسفة ونظم القانون المصري، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٧٩م.

- د. فتحي عبد الرحيم: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج ١.
- د. فتحي والي:
- قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧ ف.
- الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠١ م.
- نظرية البطالان في قانون المرافعات، رسالة دكتورة حقوق القاهرة ١٩٥٧ م.
- د. فتحي النبراوي: تاريخ النظم والحضارة الإسلامية، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط ١، ١٩٩٤ م.
- د. فخري يوسف مبروك: مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، ج ٦، ١٤، يناير ١٩٧٤ م.
- د. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ١٩٩٧ م.
- الفيروز أبادي: القاموس المحيط، دار بيروت، ج ٤ - ٥، ١٣٩٨ هـ.
- القيومي: المصباح المنير، المطبعة الأميرية بمصر، ج ١ - ٢، ط ٣.
- القاضي شهاب الدين بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم: كتاب أدب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٧ م.
- د. قحطان عبدالرحمن الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود ببغداد، ط ١، ١٩٨٥ م.
- د. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩١ م، ط ١.
- د. كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري: آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠ م.
- مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز.
- د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧ م.
- د. محسن عبد الحميد البيه: - التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن في القوانين الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة المحامي الكويتية، أعداد يناير، فبراير، مارس، ط ١، ١٩٨٧ م.
- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج ١، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني (المصادر غير الارادية)، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.
- حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، ط ١٩٩٣م، مكتبة الجلاء المنصورة.
- د.محمد إبراهيم الدسوقي: التأمين من المسؤولية، دار النهضة العربية ١٩٩٥م.
- د.محمد أبو العينين: المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ١٤، مايو ١٩٩٩م.
- محمد أحمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي والأدبي والمورث، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥م.
- محمد أمين الشهير بابن عابدين: حاشية رد المحتار على المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٥، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٩٥م.
- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي: القوانين الفقهية، ط ١، عالم الفكر، القاهرة.
- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية ببيروت، ط ١، ج ٤.
- محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الحديث بالقاهرة، ج ٨.
- د.محمد حامد فهمي: تسبيب الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ١٩٣٥م.
- د.محمد رأفت عثمان: القضاء في الفقه الإسلامي، مكتبة الأزهر الحديثة، ١٩٩٢م.
- د.محمد سعد خليفة: عقد التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٨م.
- د.محمد شتا أبو سعد: خطأ المضرور كسب للإعفاء من المسؤولية المدنية، بحث في مجلة مصر المعاصرة، س ٧٥، أكتوبر ١٩٨٤م.
- د.محمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص، دار الفكر العربي، ١٩٨٣م.
- د.محمد طلعت الغنيمي: شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، حقوق إسكندرية، س ١٠، ع ١-٢، ١٩٦٠/١٩٦١م.
- د.محمد عبد الحميد حسين القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، س ١٦، عدد يوليو ٢٠٠١م.
- د.محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني.

- د.محمد عبد الظاهر حسين: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م.
- خطأ الغير وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢م.
- صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٧م.
- د.محمد عبد القادر حجاج: الوسيط في التحكيم التجاري، ١٩٩٨م.
- د.محمد عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدر اوي: مبادئ القانون الروماني، دار الكتاب العربي، ١٩٥٢م.
- د.محمد فاروق بدري العكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة ١٩٧١م.
- د.محمد فتح الله النشار: التعويض المدني في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط ٢٠٠٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية.
- محمد ماجد عباس خلوصي: أصول التحكيم في المنازعات والمسابقات المعمارية، ط ٣، ١٩٩٢م.
- د.محمد محمود بدران: المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ٣، أكتوبر ٢٠٠٠م.
- د.محمد نصر الدين منصور: ضمان تعويض الضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبار التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠.
- د.محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ط ١٩٧٨م.
- محمد نظمي محمد صعبانة: مسؤولية المحكم المدنية، دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٨م.
- د.محمد نور شحاتة: اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي بالقاهرة.
- الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م.
- سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣م.
- الرقابة على أعمال المحكمين، ورقة عمل إلى مؤتمر التحكيم الدولي بالقاهرة في ٢٥ - ٢٧ / ٣ / ١٩٩٥م.
- النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م.

- د. محمد سليم العوا: إجراءات التحكيم في القانون المصري، مجلة التحكيم العربي، ع ٤٤، أغسطس ٢٠٠١م.
- د. محمد عبد الخالق عمر: نظام التحكيم في منازعات القطاع العام، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، س ٣٨.
- د. محمود السيد التحيوي:
 - اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، رسالة دكتوراه، حقوق المنوفية ١٩٩٤م.
 - التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد للنشر بالإسكندرية، ١٩٩٩م.
 - التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م.
- د. محمود الشربيني: القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط ٢، ١٩٩٢م.
- د. محمود جمال الدين زكي: الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠م.
- د. محمود سلام زنتي: التحكيم عند العرب، بحث مقدم المؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش ٢٠ - ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧م، جامعة عين شمس.
- د. محمود سمير الشراوي:
 - التحكيم الاجباري في مصر، ندوة التحكيم بالقاهرة ١٩٨٨م.
 - التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري، مجلة مصر المعاصرة، ع ٤٤٩ - ٤٥٠، س ٨٩، عدد يناير/ إبريل ١٩٩٨م.
 - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م.
- د. محمود محمد هاشم: استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٢٦، ع ١٤ - ٢، يناير/ يوليو ١٩٨٤م.
- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩٠م.
- د. محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- د. محمود مصطفى يونس: قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١.

- د. محي الدين اسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، شركة مطابع الطنابي بالقاهرة، ج ١، ١٩٨٦م.
- د. محي الدين المرسي إبراهيم عبدالله: المبدأ التعويضي في التأمين من المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ط ١٩٩٤م.
- د. محي الدين علم الدين: اتفاق التحكيم وصورة، دورة إعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من ٩ - ١٤ سبتمبر ٢٠٠٠ ف.
- اتفاق التحكيم وصورة، مؤتمر تحكيم القاهرة ٢٨ يناير ٢٠٠٠م.
- د. مختار بري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٥م.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط ٢، ١٩٩٣م.
- د. مصطفى محمد الجمال: امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، بحث مؤتمر تحكيم القاهرة، ٢٨ يناير ٢٠٠٠م.
- شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، سنة ١٩٩١، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- د. مصطفى العوجي: القانون المدني، ج ٢، المسؤولية المدنية.
- د. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج ١، ط ١٩٩٨، م.
- د. مصطفى محمد عرجاوي: التحكيم وضوابطه، مجلة القضاة، نادي القضاة، سن ٣١، ع ١ - ٢، يناير / ديسمبر ١٩٩٩م.
- د. مصلح أحمد الطراونه، جورج حزون، عامر عبيد الله محمود النواسية: مسؤولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، حقوق البحرين، ج ١، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٤م.
- د. معتز نزيه محمد المهدي: عقد الفندقة والمسؤولية المدنية الناشئة عنه، دراسة مقارنة، رسالة حقوق القاهرة، ٢٠٠٣م.
- د. محمود طنطاوي: التوفيق والتحكيم ولجان المنازعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣م.
- د. مهند أحمد الصانوري: دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة عمان ٢٠٠٥ ف.
- موفق الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن قدامه: المغني وبهامشه الشرح الكبير، طبعة دار الغد العربي، ج ١١.

- دناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ط ١، ١٩٩٦ م.
- دنيبيل إسماعيل عمر: التحكيم. دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٤ م.
- سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية.
- دنبيلة رسلان، سعيد قنديل: مصادر الالتزام، الكتاب الجامعي، ط ٢٠٠١ / م ٢٠٠٢.
- دنعمان جمعة: دروس في الواقعة القانونية، القاهرة ١٩٧٢ م.
- د. الهادي السعيد عرفه: المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والكويتي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنصورة، ع ٢٧، إبريل ٢٠٠٠ م.
- دهدي محمد مجدي عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦ م.
- دهشام إبراهيم السعيد: المسئولية المدنية لمعاوني القضاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق بني سويف، ١٩٩٥ م.
- دهشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م.
- دوائل طبارة: حياد المحكم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ع ٣، ١٩٩٦ م.
- دو جدي راغب:
- تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق تصدرها
- كلية الحقوق جامعة الكويت، س ٧، ع ٤، ديسمبر ١٩٨٣ م.
- دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ١٨، ع ١٤، يناير ١٩٧٦ م.
- طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة.
- مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضرة مكتوبة في دورة تدريبية للتحكيم، جامعة الكويت/كلية الحقوق ١٩٩٢/١٩٩٣ م.
- النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤ م.
- د. يحيى الجمل: حيدة واستقلال المحكمين، مجلة التحكيم العربي ٢٠٠١، ع ٤٤.
- ديس محمد يحيى: عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨ ف.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- *Alexandre Ditchev*; - Le Contrat d'arbitrage; Rév.arb. 1981; N.3; P.395ets.
- Note. Sous; Cass. Civ.2^e; 17 Nov.1993; Rév. arb. 1995; P.78.
- *B.M.*; obs. Sous; Paris 2 oct. 1982; Rév. arb 1987; P.84.
- *Barnard*; Obs. Sous; Paris 13 Janv.1984; Rév. arb. 1984; P.530.
- *Boucobzax*; La Clause Compromissiore par Référence en matière d'arbitrage Commercial international; Rév.arb. 1998.
- *Bruno oppetit*; - Arbitrage, Médiation et Conciliation; Rév.arb.1984.
- La clause arbitrale par référence; Rév.arb.1990; P.550 ets.
- *Dubarry et Loquin*; Obs. Sous; Paris; 29 Mai1992; R.T.D.Com.1992; P.588.
- *Ch.Garrosson*; Obs. Sous; Paris; 16 Juin.1988; Rév. Arb. 1989; P.309.
- *E. Loquin*; - Note. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 13 avril. 1972; Rév. arb. 1975; P. 235.
- Note. Sous; Cass. Civ.2 □ ; 17 Juin 1975; Rév.arb.1976; P.189.
- *Eric Loquin*; Compétence arbitrale; Juriss. Class. Fasc.1032.
- *G. Cornu et J. Foyer*; Procédure Civile; 3 □ éd; P.U.F; Paris; 1996.
- *Goldman*; La débat sur l'indépendance de l'arbitre; Rév.Arb.1970.
- *J.H.Moitry*; Note. Sous; Cass.Civ.1^{re},18 Fév.1992, Rév.arb.1993; P.103.
- *Jean Mazeaud*; Note. Sous; Cass.Civ. 8Oct.1968; D. 1969; P.157.
- *Jean Robert*; L'arbitrage droit interne droit international privé; Dalloz. 1993.
- *Jean Timsit*; La Médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal. 15 Nov.2001.
- *Jean Vincent et Sarge Gunchard*; Procédure Civile; Dalloz 1994.

- *Jeantel*; Note. Sous; Paris 21 Fév. 1980, Rév.arb. 1980; P.524.
- *M.* Note. Sous; Paris 25 Mai 1990; Rév. arb. 1990; P.892.
- *Maustafa El matwaly kandeel*; La Conciliation et la Médiation Judiciaires;thèse Paris 1; 2001.
- *Mohamed Elgohary*; L' arbitrage et les contrats commerciaux inteanationaux;1982.
- *Moitry et Vergne*; Obs. Sous; Paris; 30 Juin.1988; Rév. Arb. 1991; P.357.
- *Moitry*; Obs. Sous; Cass. Civ. 10 Juill.1990; Rév. Arb. 1990; P.851.
- *Obro*; Obs. Sous; Cass. Civ.2^e . 29 Janv. 1960; Rév. Trim. dr. Civ. 1960; P.348.
- *P. Mayer*; Obs. Sous; Paris; 18 Janv.1983; Rév. Arb. 1984; P.87.
- *P.Lalive*; Note. Sous; Paris; 15 déc.1998; Rév. arb. 1999; P.103.
- *Pascal Ancel*; Obs. Sous; Cass. Com. 8Mars.1988; Rév. Arb. 1989; P.473.
- *Philippe Fouchard; E.Gaillard et B.Goldman*; Traité de L'arbitrage Commercial International; Litec 1996.
- *Philippe Fouchard*; - L'arbitrage Commercial interntional; Thèse Dijon; Dalloz; Paris; 1965
 - la Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou la fin d'une mauvaise querelle; Rév. arb.1994.
 - Le statut de L'arbitre dans La Jurisprudence Française; Rév.arb.1996, P.359.
 - Note. Sous; Cass. Civ. 2^e ; 3 Juill. 1996; Rév. arb. 1996; P.405.
 - Note. Sous; Cass. Civ.17 Nov. 1993, Rév. arb. 1995; P.78.
 - Note. Sous; -Cass. Civ. 4déc. 1990; Rév. Arb.1991; P.81.
 - Note. Sous; Cass. Com. 9 Janv. 1979, Rév.arb. 1979; P.478.
- *Piess pellet. de Boisseson*; Note. Sous; Cass. Civ. 7 Jav. 1992; Rév. arb. 1992; P. 470.
- *Rene David*; L'arbitrage dans Le Commerce international Economica;1982.
- *Serge Braundo*; - La Clause arbitrale par Référence; Rév.arb. 1990.

- propos sur la Médiation en matière civile; Gaz.Pal.14-15avril1995; Doct.
- Cass. Civ.2e; 17 Juin 1975; Rév.arb. 1976; P.189.
- *E.Lquin*; Cass; Réqu; 9 Juill. 1928; D.1928-1-P.173.
- *M. Cremieu*; Rapport. Sous- Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juri. Class. Fasc.1032.- international; Litec; 1998.
- *M. Castets*; Rapport. Sous; Cass. Réqu; 17 Juill 1938; D.1938-1-P.25.-
- *Leval*; Note. Sous; Paris 30 Mars 1962; J.C.P. 1962; II; N.12842
- *H.Motulsky*; Note. Sous; Paris 5 Janv.1961; J. C. P. 1961; II; N.12204.
- *Pellerin*; Note. Sous; Paris 8 déc. 1988; Rév. arb. 1989; P.111.-
- *Y.paclot.*; Obs. Sous; Cass.Civ.2^e, 30 Juin 1993, Rév.arb.1994; P.95.

ثالثاً: الدوريات:

- Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de La Cour de Cassation Française
- Dalloz- sirey
- Encyclopédie Dalloz; Répertoire de Procédure Civile
- Formulaire de procédure
- Gazette de Palais
- Juris classeur Périodique.Édition Générale(La Semaine Juridique)
- Juris classeur de Droit de Procédure Civile
- Juris classeur de Droit International Privé
- Recueil de Dalloz
- Révue d'arbitrage
- Révue critique de Droit International Privé
- Révue Trimestrielle de Droit Civil.

المواقع الإلكترونية:

١- موقع محكمة النقض المصرية:

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

قائمة المختصرات

أولاً: المختصرات العربية:

س = السنة. ص = الصفحة. ط = الطبعة. ع = العدد. ق = القاعدة

مج = مجموع المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

ثانياً: المختصرات الأجنبية:

Al. = alinéa. Art. = article.

Cass. = l'arrêt de la cour de cassation.

Chron. = chronique.

Cive. 1^{Re} = premier chambre civile .

Civ.2^e = deuxième chambre civile.

Civ.3^e = troisième chambre civile.

Com. = chamber commercial.

D. = Recueil de dalloz.

D . S = Dalloz sirey. Doct. = Doctrine .

Éd. = Édition.

Gaz .pal. = Gazette de palais.

inf. rap. = information rapides.

J. C.P = jurais classeur périodique. (la semaine juridique)

N.C.P.C = Nouveau code de procédure civile.

Not. = Note : N. = Numéro.

Obs. = Observation.

Op. Cit. = Ouvrage cité.

P = page. Pan. = panorama.

Rév. arb. = Revue d'arbitrage .

Somm. = sommaire. T. = Tome.

Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.

تأثير الفساد على مخرجات التعليم

دراسة تطبيقية على الدول العربية

أ. إيمان عطية ناصف

ملخص البحث: Abstract

يعتبر الفساد مشكلة تواجه كافة الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، وقد أشارت الدراسات التي أجريت عن الفساد في العديد من الدول إلى أن للفساد آثاراً سلبية على التنمية الاقتصادية والبشرية، وقد بدأت الدراسات عن آثار الفساد على مخرجات التعليم خاصة تخطى بالإهتمام في الآونة الأخيرة، حيث يعد التعليم من أهم عناصر التنمية البشرية، ومن ثم تؤثر مخرجات التعليم تأثيراً كبيراً عليها في الأجلين الطويل والقصير.

وقد حاولت الدراسة من خلال دراسة تطبيقية على عينة من ١٧ دولة عربية إستيضاح العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم الكمية والكيفية. وقد إتضح من الدراسة أنه مع الأخذ في الاعتبار العوامل الأخرى المؤثرة على مخرجات التعليم توجد علاقة عكسية بين الفساد ومخرجات التعليم. ومن ثم فلا بد من بذل جهود قوية ومستمرة لمحاربة الفساد.

ويتناول البحث النقاط الآتية:

- ١ - مقدمة البحث.
- ٢ - مفهوم الفساد وأنواعه.
- ٣ - آثار الفساد.
- ٤ - الفساد وقطاع التعليم.
- ٥ - مجالات الفساد في قطاع التعليم.

(*) أستاذ الاقتصاد المساعد، كلية التجارة، جامعة دمهور

- ٦ - أسباب الفساد فى قطاع التعليم.
- ٧ - الملامح الرئيسية لقطاع التعليم فى مصر.
- ٨ - الدراسة التطبيقية.
- ٩ - نتائج وتوصيات البحث.

(١) مقدمة:

يعرف الفساد على أنه سوء إستخدام الوظيفة العامة لتحقيق مصلحة خاصة (Klitgaard, Maclean-Abaroa&Parris, 2001)، ويمتد الفساد كل من الدول النامية والدول المتقدمة على حد سواء. ويزداد الفساد كلما زاد إحتكار المؤسسات العامة، لإنتاج السلع وتقديم الخدمات، فقد أشار (Klitgaard, 1988) إلى وجود علاقة طردية بين درجة احتكار المؤسسات العامة القائمة على إنتاج وبيع السلع والخدمات العامة ومعدل نمو الفساد، حيث تمتلك هذه المؤسسات السلطة ولا توجد قواعد حاكمة لمحاسبتها.

وقد أشارت العديد من الدراسات إلى وجود آثاراً سلبية للفساد على التنمية الاقتصادية والبشرية (e.g, Transparencyinternational, 2006., Akcay,2006.,Treisman, 2000.,Alesina&Weder, 2002., Gupta, Davoodi., & Tiongson, 2002., Mauro, 1995, 1988., والجاغونى، ٢٠٠٩).

وقد بدأ الإهتمام بدراسة الفساد فى قطاع التعليم يلقى إهتماماً من جانب العديد من الاقتصاديين (Azfar&Gurgur, 2001, Heyneman, 2004., Rumyantseva, 2005) وقد اعتبر الفساد فى قطاع التعليم من جانب المؤسسات الدولية، من أهم العوامل التى تعوق تحقيق أهداف التنمية للمليونية الثانية والمتثلة فى أن يصبح التعليم الأساسى حق لكل أطفال العالم بحلول عام ٢٠١٥. - Transparency International "ArciveSite"

ويؤدى الفساد فى قطاع التعليم إلى إهدار الموارد الموجهة إليه ، وانخفاض كفاءة استخدامها ، وقد أشارت الدراسات التى أجريت عن الفساد فى قطاع التعليم ، إلى أن الفساد فى هذا القطاع بصفة خاصة من أكثر العوامل المدمرة للمجتمعات سياسياً واقتصادياً واجتماعياً ، ويتميز بأثاره الطويلة الأجل. فإذا كان الفساد فى قطاع التعليم يؤدى إلى ضياع وإهدار الموارد الموجهة إليه فإنه يؤدى إلى ضياع الهدف الأساسى من التعليم ، ويؤدى إلى نشأة مواطنين ليس لديهم إحترام للقوانين والحقوق الإنسانية ، حيث يتربى النشأ على أن قوة الإنسان وموقعه لا تأتى من خلال قدرته وإمكانياته ، ولكن تأتى من عوامل أخرى مثل الرشوة والمحسوبية ، مما يؤدى إلى خلل فى قيم المجتمع وتجعله أكثر عرضه للإنهيار. ويعد قطاع التعليم فى مصر من أكثر القطاعات إدراكاً للفساد ، كما يختلف مستوى الفساد من محافظة لأخرى داخل مصر. " مركز المعلومات ودعم إتخاذ القرار ٢٠١٠ ."

ومع الأخذ فى الاعتبار العوامل الأخرى المؤثرة على مخرجات التعليم ، يحاول البحث من خلال دراسة تطبيقية على بيانات الدول العربية إيضاح العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم الكمية والكيفية.

(٢) مفهوم الفساد وأنواعه:

يعرف الفساد على أنه سوء استخدام المنصب الحكومى لتحقيق مصلحة خاصة للفرد أو أقاربه ومعارفه ، مما يؤدى إلى إهدار المال العام وإلحاق الضرر بالمصلحة العامة (Banerijce, Mullainath and Hanna R., 2011). ويغضى المفهوم العام للفساد العديد من الأنشطة مثل تقديم الرشوة والحصول عليها ، والمحسوبية والمحاباه ، بما يعنى تفضيل جهة على أخرى أو فرد على آخر فى الحصول على خدمة بغير وجه حق لتحقيق مصالح لهذا الفرد أو هذه الجهة. والواسطة أى التدخل لصالح فرد ما أو جماعة ما دون التمسك بأصول العمل والكفاءة اللازمة ، مثل تعيين فرد ما فى منصب معين لأسباب تتعلق بالقرابة أو الإلتماء لجماعة معينة ، رغم

كونه غير كفاء وغير مستحق لها. ونهب المال العام بما يعنى الإستيلاء على أموال الدولة دون وجه حق تحت مسميات مختلفة. والإبتزاز أى الحصول على أموال من طرف معين مقابل تنفيذ مصالح مرتبطة بوظيفة الشخص المتصف بالفساد.

وتختلف الأعمال التى يمكن اعتبارها أعمالاً أو تصرفات تندرج تحت مفهوم الفساد من دولة لأخرى وفقاً للقوانين والأعراف السائدة والمتفق عليها، ولذلك ما يعد فساداً فى دولة ما قد لا يكون كذلك فى دولة أخرى إذا اختلفت القوانين المنظمة للعمل فى الدولتين (*).

وعادة ما يتم التفرقة بين نوعين من الفساد:

الفساد الكبير ويحدث على مستوى موظفى الحكومة ذو المناصب العليا، والسياسيون صانعى القرارات التى تتضمن عقوداً ومشروعات كبيرة، ويرتبط عادة بإهدار وسرقة قدر كبير من الأموال.

الفساد الصغير ويحدث على المستوى الوظيفى الحكومى الأقل حيث يقوم به صغار الموظفين، وهم عادة محدودى الأثر على العملية الإدارية ويرتبط هذا النوع من الفساد بكم صغير من الأموال.

(٢). آثار الفساد:

أثار التساؤل عن آثار الفساد على النشاط الاقتصادى، وهل هى أثاراً إيجابية أم سلبية، التهكم من جانب الكثير من الاقتصاديين، إلا أن السؤال كان قابلاً للمناقشة من جانب بعض الاقتصاديين القدامى.

(*) إذا تقدم شخص للحصول على جواز سفر وحصل عليه خلال نفس اليوم على الرغم من الآخرين قد يحصلوا عليه بعد أسبوع من تقديم الأوراق فإن هذا التصرف يعد فساداً فى دولة ما لا تتيح القوانين فيها سرعة الحصول على الخدمة مقابل دفع مبلغ مادى إضافى. ولكنه لا يعد فساداً فى دولة أخرى تتيح فيها القوانين إمكانية إستخراج جواز السفر سريعاً بعد دفع مقابل الخدمة السريعة. ولذلك فإن تصنيف التصرفات إلى تصرفات فاسدة وغير فاسدة يتوقف على القوانين السائدة وهل تم خرق هذه القوانين لتحقيق مصلحة معينة لشخص أو لجهة.

فقد أشار (Leff, 1964., Nye, 1967) إلى أن الفساد يعتبر حافزاً للنمو "grease the wheels" حيث يعد الفساد تعويضاً عن سوء الإدارة الحكومية، وإزالة عدم التأكد فى التعاملات، مما يساهم فى زيادة الاستثمارات فى ظروف التأكد. وتشير وجهة النظر السابقة إلى أنه تحت ظروف معينة يساهم الفساد فى زيادة المنافع، وتقديم حوافز للنمو بينما قد يعد عائقاً للنمو تحت ظروف أخرى.

وعلى العكس من وجهة النظر السابقة فقد أشارت دراسات متعددة إلى أن هناك العديد من الآثار السلبية للفساد على النشاط الاقتصادى.

فقد أوضح (Kauffman andwei, 1999) فى دراستهم لإختبار نظرية (efficient grease) باستخدام بيانات على مستوى المشروع من دول مختلفة من العالم، أن المشروعات التى تقوم بتقديم رشاي أكثر، لإنهاء إجراءاتها تستغرق وقتاً أطول فى إنهاء الإجراءات البيروقراطية، ومن ثم فهى تتحمل تكاليف رأسمالية أعلى عند إنشاء المشروعات. وأكد (Meon and Sekkat, 2005) فى دراسته عن ٧١ دولة أن الفساد يعوق النمو، ويؤدى إلى انخفاض مستوى النشاط الاقتصادى ومدعماً لوجهة نظر (Sands the wheels) فى تأثير الفساد على النمو الاقتصادى.

وأشار (Mauro, 1995) فى دراسة كمية للعلاقة بين الفساد والنمو الاقتصادى إلى وجود علاقة سلبية معنوية بين الفساد والنمو الاقتصادى والاستثمار. وقد أشار (Habib and Zurawicki, 2002) إلى أن الفساد يعد عائقاً أمام تدفقات الاستثمار الأجنبى المباشر، حيث يتجنب المستثمر الأجنبى الاستثمار فى الدول التى ترتفع فيها معدلات الفساد، وارجع ذلك إلى انخفاض إنتاجية الاستثمار الأجنبى مع زيادة الفساد. ومن ثم يساهم الفساد فى تخفيض النمو الاقتصادى.

وأوضح (Tanzi and Davoodi, 1997) أن هناك علاقة عكسية بين الفساد وكفاءة الاستثمارات، فمع وجود الفساد تزيد الاستثمارات الحكومية المنخفضة الكفاءة مؤدية إلى انخفاض مستوى الإنتاجية والنمو، وأشار أيضاً إلى ارتفاع تكلفة المشروعات الحكومية بصورة أكبر مما يجب أن تكون عليه، وانخفاض العائد منها في نفس الوقت.

وقد أشار (الجاعوني، ٢٠٠٩) في دراسة تطبيقية عن العلاقة بين الفساد والتنمية البشرية في الدول العربية، إلى وجود علاقة عكسية بين الفساد ومستويات التنمية البشرية للدول العربية، وأن الفساد يعد أهم عائق أمام تحقيق التنمية البشرية، وليس نقص الموارد وأن تحسن مؤشر إدراك الفساد بمقدار وحدة معيارية يؤدي إلى تحسن مؤشر التنمية البشرية في الدول العربية بمقدار ٠,٧٩٣ وحدة معيارية. وقد استنتجت الدراسة أيضاً أن هناك ارتباط طردى بين مستوى الفساد ومستوى الفقر في الدولة. وقد أشار (Akçay, 2006) في دراسة للفساد في ٦٣ دولة إلى أن الفساد يساهم في زيادة عدم العدالة في توزيع الدخل وزيادة معدلات الفقر. فقد أوضحت الدراسة أن زيادة مستوى الفساد بوحدة معيارية تؤدي إلى زيادة في معامل جيني لعدم العدالة بنحو ١١ نقطة، وتؤدي إلى تخفيض معدل النمو في دخول الفقراء بنحو ٤,٧٪.

وحقيقة الأمر إذا كان هناك ارتباطاً كبيراً بين الفساد ومستوى الفقر إلا أنه لا يوجد إثبات للعلاقة السببية بين الفساد والفقر، بمعنى هل الفساد يؤدي إلى مزيد من الفقر، أم هل الفقر يؤدي إلى مزيد من الفساد. لا يوجد بصفة عامة إثبات واضح لهذه العلاقة، فقد أشارت بعض الدراسات إلى وجود ارتباط طردى بين مستوى التنمية في الدولة ومستوى الفساد (Alesina & Weder, 2002, Husted, 1999, Treisman, 2002) إلا أن (Kauffman, 1997) أوضح أن هناك تباين كبير بين مستوى الفساد في الدول التي تمر بنفس مرحلة التنمية.

وأوضح (Klitgaard et al., 2001) أنه على الرغم من وجود الفساد في كل دول العالم إلا أنه يميل لأن يكون أكثر تدميراً في الدول الفقيرة، حيث يتمكن الفساد من إهدار دور القانون ويزيد من صعوبة عملية التنمية الاقتصادية والسياسية. وأشار (Tanzi & Davoodi, 1997) إلى أن الفساد بصفة عامة يعد مشكلة خطيرة حيث يضعف قدرة الحكومة على توليد الدخل، وفي نفس الوقت فإنه يستنزف الموارد النادرة والتي من الممكن استخدامها في توليد الدخل، وإنتاج المزيد من السلع والخدمات العامة والبنية الأساسية.

وإستناداً إلى نتائج الدراسات السابقة، يتضح أن هناك آثاراً سلبية متعددة للفساد، حيث يؤدي الفساد إلى انخفاض النمو الاقتصادي، ووضع قيود على الاستثمارات المحلية والأجنبية، ويساهم في زيادة عدم العدالة في توزيع الدخل، ويؤثر سلباً على الإنفاق الحكومي، ويساهم في تدهور العوامل المؤثرة على التنمية البشرية.

(٤) الفساد وقطاع التعليم:

يعتبر التعليم هو حجر الأساس في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبشرية، ويعد قطاع التعليم من أكبر قطاعات الاقتصاد القومي إستهدافاً للفساد، ذلك أن ميزانية التعليم تعد أكبر أو ثاني أكبر الميزانيات في الدول المختلفة، كما أن الفرص المتاحة للفساد فيها كبيرة (Anticorruption Resources Center, 2006) حيث تمثل ميزانية التعليم نحو ٢٠ - ٣٠٪ من إجمالي ميزانيات الدول، ويؤدي ذلك إلى ظهور مجال واسع للفساد.

ففي دراسة لنحو ٦٠ دولة استمرت لمدة ست سنوات (Transparency International, 2006) اتضح أن مجالات الفساد في قطاع التعليم غير محدودة، وتوجد في جميع الدول الفقيرة ذات الميزانيات الضعيفة، والغنية ذات الميزانيات الكبيرة على حد سواء.

وعلى الرغم من أن الدراسة أشارت إلى أن، قطاع التعليم نادراً ما يعد أكثر القطاعات الحكومية إدراكاً للفساد، فهناك قطاعات أخرى أكثر تعرضاً للفساد منه مثل الشرطة والقضاء والسجل المدني وخدمات التراخيص. إلا أنه لا بد وأن يؤخذ في الاعتبار أنه من الصعب تقدير الفساد في كثير من المجالات الخاصة بقطاع التعليم نقدياً مثل ضعف مستوى المدرسين وتغيّبهم عن العمل والمدرسين والمدارس الوهمية "ghost school" التي يتم تسجيلها دون أن تتواجد فعلياً على أرض الواقع. ويقتصر تقدير الفساد نقدياً في بعض المجالات مثل الكتب الدراسية والآلات والمعدات والواجبات المدرسية والتي تدار مركزياً وتأخذ طريقها على عدة مستويات حتى تصل إلى مستوى المدرسة محل الاستخدام.

وقد أشار (Mauro, 1997) إلى وجود علاقة عكسية بين الإنفاق على التعليم والفساد حيث تنخفض نسبة الإنفاق على التعليم في هيكل الإنفاق الحكومي في الدول التي يزيد فيها مستوى الفساد.

وأشار (Mauro, 1998) إلى أن التحسن في مؤشر إدراك الفساد للدولة بوحدة معيارية، تؤدي إلى زيادة الإنفاق على التعليم بنسبة (0.5 %) من ناتجها المحلي الإجمالي.

ومن ناحية أخرى أوضح (Kauffman, 1997) إلى أن الآثار التدميرية لنقص الاستثمار على التعليم، تعد من أخطر المشاكل التي تواجه الدول التي يزيد فيها مستوى الفساد.

وأشارت الدراسات التطبيقية عن الفساد في قطاع التعليم في الدول النامية أن انتشار الفساد في هذا القطاع يقع عبئه على الفقراء بصفة أساسية ويؤدي إلى تخفيض درجات الطلاب، وتخفيض الترتيب الدولي للتعليم في الدولة ويزيد التفاوت في نتائج الاختبارات بين المدارس المختلفة (Azfar and Gurgur, 2001).

وقد أوضح (Gupta, Davoodi, and Tiongson, 2000) أن الفساد يؤدي إلى ارتفاع التكلفة وانخفاض جودة الخدمات التعليمية. ولا

تعتبر هذه النتائج مفاجأة إذا كان قطاع التعليم هو أكثر القطاعات إستهدافاً للفساد وأن الميزانيات الموجهة إليه تعد من أكبر الميزانيات الحكومية فى معظم الدول.

ويظهر الفساد فى قطاع التعليم فى الدول المختلفة على مستويات متعددة بدء من صانعى السياسات "المستوى السياسى" حتى مستوى الفصول الدراسية، فالاستثمار فى التعليم يعتبر فى معظمه استثمار عام فيتم التخطيط له مركزياً، وينتشر الفساد فى مجال المشروعات العامة، خاصة إذا لم يكن هناك إشراف ورقابة فعالة عليها، حيث يتميز قطاع الإنشاءات بصفة عامة بارتفاع مستوى الفساد، وإن كان الفساد على نطاق صغير على مستوى كل مشروع إلا أن ضخامة الميزانيات تؤدى فى النهاية إلى كبر حجم الفساد.

ويحدث الفساد فى قطاع التعليم أيضاً على مستوى الوزارة والإدارات التعليمية وعلى مستوى مديرى المدارس والمدرسين داخل الفصول.

ويعنى ما سبق أن قطاع التعليم يعانى من الفساد الكبير والذي يظهر ليس فقط فى قطاع التعليم ولكن يحدث فى كافة المجالات الاقتصادية مثل مشروعات الاستثمار العام التى يتم تمويلها من الموازنة العامة للدولة. خاصة البرامج التى تستهدف المناطق الفقيرة أو تستهدف أقليات معينة حيث تظهر الرشاوى للحصول على عقود لخدمة هذه البرامج، كما يعانى قطاع التعليم أيضاً من الفساد الصغير والمرتبط بكمية صغيرة من الأموال، ويحدث على المستويات المتوسطة والصغيرة، ويعتبر هذا النوع هو الشكل السائد للفساد فى قطاع التعليم، ويتعلق بكل الأطراف التى تعمل فى مجال التعليم بدء من الوكالات والإدارات التعليمية، ومديرى المدارس والمدرسين وأولياء الأمور ويكون من الصعب فى كثير من الحالات التفرقة بين مرتكب الفساد والمتضرر منه، فقد يكون المتضرر من الفساد فى موقف معين، هو مرتكب الفساد فى مواقف أخرى.

(٥) مجالات الفساد فى قطاع التعليم :

يعانى قطاع التعليم من وجود مجالات متعددة للفساد داخله ،
(Transparency International, 2009) وتوضح الدراسات الميدانية
التي تمت عن الدول المختلفة أن أهم مجالات الفساد فى قطاع التعليم يمكن
إيضاحها فى الجدول التالى :

الأشكال السائدة للفساد فى قطاع التعليم المنتشرة فى دول العالم المختلفة

المجال	طبيعة الفساد
التمويل والميزانية.	- الإخلال بالقوانين واللوائح فى تخصيص الميزانية - عدم وضوح معايير توزيع ميزانية التعليم على المناطق المختلفة والتأخير فى صرف الميزانيات. - الإختلاسات والتحايل فى رفع الأسعار والتكاليف فى الفواتير وإبصالات الإستلام.
تخصيص المساعدات والإعانات (مثل المنح الدراسية والمعونات والتبرعات).	- التحيز فى توزيع المساعدات إلى مجموعات معينة مستهدفة. - عدم الاهتمام بوجود معايير للاختيار والقبول. - تقديم الرشاوى للحصول على المساعدات والمنح.
الإنشاءات والصيانة وإصلاح وترميم المدارس.	- التحايل فى تنفيذ التعليمات. - التواطؤ والتآمر مع الموردين. - التزوير وعدم شفافية المعلومات لخطط الإنشاءات. - الإختلاسات عند التنفيذ.
توزيع الأجهزة والأدوات التعليمية ، وسائل نقل التلاميذ ، والكتب المدرسية والمواد الغذائية.	- التواطؤ مع الموردين وتوريد أدوات سيئة. - شراء أجهزة تعليمية وأدوات غير ضرورية فى مقابل دفع عمولات. - التحايل وسوء توزيع الأجهزة التعليمية ، مما يجعل بعض المدارس لديها أجهزة غير مستخدمة ، وأخرى تعانى من نقص شديد فى الأجهزة. - سوء استخدام الأجهزة وسرعة تهالكها. - اقتطاع جزء من حصة الأغذية المخصصة للأطفال. - احتكار طبع الكتب المدرسية.

المجال	طبيعة الفساد
تأليف وتوزيع الكتب المدرسية.	<ul style="list-style-type: none"> - التحيز والتحايل في اختيار مؤلفي الكتب الدراسية. - سرقة حقوق التأليف. - بطء توزيع الكتب المدرسية. - الضغط على الطلبة لشراء كتب ومذكرات خارجية غير هامة.
انتداب واختيار وتعيين المدرسين ونقلهم من مكان لآخر وتدريبهم ومراتبهم.	<ul style="list-style-type: none"> - التحايل في اختيار المدرسين، وتعيينهم، وانتداب مدرسين غير مؤهلين. قيام مديري المدارس بتزوير شهادات للمدرسين للحصول على فرص أفضل ومراتب أعلى، والتحيز في التعامل مع المدرسين عند نقلهم من مكان لآخر.
التصرفات غير الأخلاقية للمدرسين.	<ul style="list-style-type: none"> - التفتيش بدون أسباب. - قبول رشاوى لتقديم معاملة متميزة لبعض الطلاب. - مجموعات التقوية من خلال المدرسة وباستخدام قاعات التدريس بها لتحقيق مصلحة شخصية. - الدروس الخصوصية الزائدة عن الحد. - تقديم رشاوى لمديري المدارس أو من يراقبه واستجداءه لتحقيق مصلحة خاصة. - ظهور حالات لإعتداءات جنسية على الطلبة والطالبات.
نظم المعلومات.	<ul style="list-style-type: none"> - تغيير قوائم درجات الطلاب. - الاحتفاظ بالمعلومات سرية رغم ضرورة إعلانها. - الفشل في نشر المعلومات بصورة دورية كما هو مطلوب. - عدم تقديم الإيصالات الخاصة بالمصروفات بطريقة رسمية. - بيع المعلومات التي يجب أن تقدم مجاناً.
درجات الإمتحان.	<ul style="list-style-type: none"> - ضعف الرقابة على الإمتحانات. - بيع المعلومات عن الإمتحانات. - التدليس والغش في الإمتحانات. - تقديم رشاوى في مقابل الحصول على درجات مرتفعة.

المجال	طبيعة الفساد
	<ul style="list-style-type: none"> - تقديم رشاوى للإلتحاق بمدارس معينة أو للإنتقال لمرحلة دراسية أعلى. - تسرب أسئلة الإمتحانات فى مجموعات التقوية والدروس الخصوصية.
الإطار المؤسس للعمل:	<ul style="list-style-type: none"> - الفشل فى توثيق نظام العمل والسياسات المنظمة له. - نقص المصداقية. - قصور أنظمة الشكاوى لعدم فعالية المؤسسات التى تتسلم الشكاوى عن الفساد والبت فيها.

وتوضح مجالات الفساد فى قطاع التعليم أن هناك العديد من مجالات الفساد يكون من الصعب تقديرها خاصة فيما يتعلق بالجانب التعليمى الخاص باختيار المدرسين، وتدريبهم، وقدرتهم التدريسية، وتصرفاتهم غير الأخلاقية تجاه الدارسين والتى تتعلق بالدروس الخصوصية ومنح الدرجات.

(٦) أسباب الفساد فى قطاع التعليم:

أشارت الدراسات إلى وجود العديد من الأسباب التى تؤدى إلى ظهور الفساد فى قطاع التعليم والتى يمكن إدراجها تحت مجموعتين رئيسيتين:

المجموعة الأولى: تتعلق بالآليات المتبعة لإدارة الخدمة التعليمية (Mechanisms of education management).

المجموعة الثانية: تتعلق بأطراف الخدمة التعليمية (Stakeholder groups) المدارس والمدرسين وأولياء الأمور.

فيما يتعلق بالمجموعة الأولى من العوامل تواجه إدارة التعليم العديد من نقاط الضعف التى تؤدى إلى ظهور بيئة خصبة لممارسة ونمو الفساد بصورة مستمرة حيث يتميز نظام إدارة التعليم بمجموعة من الخصائص يمكن إيضاحها فيما يلى:

١ - ضعف القدرات الإدارية للقائمين على إدارة التعليم مركزياً وعدم وجود معايير واضحة للعمل ولكن الآلية المسيطرة على إدارة التعليم وهى (Asking-giving)، وهى آلية ترتبط بضعف الإدارة وضعف الإشراف، وغياب الشفافية، سواء فى جمع الأموال وتقدير وتخصيص المشروعات الاستثمارية. وهى من الأسباب الهيكلية لظهور الفساد فى قطاع التعليم، وتؤثر على جوانب كثيرة منه، خاصة فى تقدير النفقات الاستثمارية وتوزيعها على المناطق المختلفة وتوزيع المدرسين، حيث تتبع رواتبهم الميزانية العامة للدولة.

٢ - انخفاض كفاءة الإداريين وهى من القضايا العامة التى تبدأ من الإدارة المركزية، وتمتد بصورة أكثر وضوحاً إلى الإدارات المحلية وإذا كان ضعف هذه القدرات أمر معترف به لدى الحكومات، إلا أنها تتسبب فى عدم إمكانية تقديم الخدمة المطلوبة، ونقص الكفاءة فى تأدية الأعمال المكتبية، بداية من تنفيذ الأعمال الإنشائية والمشتريات الحكومية، وتنفيذ القوانين والتشريعات، وضعف الرقابة والإشراف بما يودى إلى خلق فرص كثيرة للفساد وإهدار المال العام.

٣ - عدم كفاية ووضوح النظام القانونى والذى يعانى من ثغرات كثيرة، تمكن الكثيرين من الحصول على مزايا من مواقف معينة، بما يعنى تمكينهم من القيام بممارسة كثير من الأعمال التى يشوبها الفساد، وقد تكون هذه الممارسات واضحة ومعروفة. إلا أنه لا يمكن إتخاذ إجراءات رسمية ضدها لضعف النظام القانونى وعدم وضوحه. ويتضح ذلك فى بعض مجالات التعليم مثل إحتكار طبع ونشر الكتب المدرسية، وإعلان النتائج الرسمية، ونظام التحويلات من وإلى المدارس، وإعداد التقارير المالية التى تتضمن الإيرادات والمصروفات، فمن النادر أن تقوم المدارس بالإجراءات السابقة،

وقد تظهر أيضاً فى مجال تنفيذ الإنشاءات الرأسمالية حيث تتعدد الخطوات التى تتخذ منذ التخطيط للاستثمار حتى يتم تنفيذها بصورة مبالغ فيها، وفى نفس الوقت تكون الإجراءات غير واضحة مما يجعل الفساد يجد طريقه فى كل خطوة من الخطوات ويكون من الصعب إتخاذ إجراءات ضدها لضعف وعدم وضوح النظام القانونى.

٤ - نقص الشفافية فى كثير من مجالات التعليم وذلك عند تخصيص الموارد الاستثمارية وإختيار الموظفين، وفى إختيار المدرسين، ورفع قدراتهم فى مجال العملية التعليمية. ويعتبر هذا العامل من العوامل الهامة المسببة للفساد فى قطاع التعليم بصفة أساسية مقارنة بغيره من قطاعات الاقتصاد القومى، حيث تعتمد كفاءة العملية التعليمية على كفاءة المدرسين بصفة أساسية.

٥ - ضعف الرقابة من جانب الأطراف المتعلقة بالخدمة التعليمية، فلا توجد إمكانية للرقابة من جانب الأطراف المتعلقة والمستفيدة مباشرة من الخدمة التعليمية " مديرى المدارس، المدرسين، أولياء الأمور، التلاميذ " على إدارة العملية التعليمية بدء من عملية التخطيط وتنفيذ الاستثمارات والمشتريات الحكومية، فالأمور المتعلقة باستفادتهم من العملية التعليمية تدار مركزياً ومن الصعب الوصول إلى الميزانيات المخصصة على المستويات المركزية وصانعة القرار. إضافة إلى أن معظم الأطراف المستفيدة تجبن عن مواجهة صانعى القرار وذوى المناصب الإدارية المرتفعة.

٦ - عدم وجود إجراءات حيادية للحوافز، حيث لا توجد أهداف محددة يكلف بها المدرسين، حتى يمكن تقييمهم من جانب رؤسائهم مما يساهم فى خلق حوافز للفساد، وترتيب أوضاع لبعض المدرسين لا يستحقونها، وإختيار مدرسين غير مؤهلين، وفى نفس الوقت لا توجد معايير لتقييم التلاميذ، إلا درجات

المدرسين، ويؤدى ذلك إلى أن التركيز الأساسى للتلاميذ فى التعليم هو الحصول على درجات مرتفعة، ومن ثم التركيز على الموضوعات الدراسية التى يمكن من خلالها الحصول على أعلى الدرجات، وتجعل أولياء الأمور يسلكون أى طريق يستجدون به المدرسين لحصول أولادهم على درجات أعلى سواء بتقديم هدايا أو رشاوى، أو من خلال مجموعات التقوية بالمدارس حتى وإن كان أولادهم ليسوا فى حاجة إليها، بما يعنى أن الدرجات التى يحصل عليها التلاميذ، تتم مقابل المال وليس بما يتفق مع القدرات الاستيعابية للتلاميذ.

٧ - ضعف رواتب المدرسين، من الأسباب الهامة لظهور الفساد فى التعليم هى ضعف الرواتب والحوافز والتعويضات للمدرسين، وهم حجر الزاوية فى العملية التعليمية، حيث لا يحصل المدرسين على رواتب تؤمن لهم حياة كريمة إذا اعتمدوا على رواتبهم الحكومية فقط " كما هو الحال فى معظم الجهات الحكومية مثل الصحة، الثقافة والإدارات المحلية " ويظهر أثر هذا العامل بصورة كبيرة فى المدن والمناطق الحضرية، بسبب ارتفاع تكلفة المعيشة فى هذه المناطق وإصابة العاملين بالتعليم بالإحباط من البيئة المحيطة بهم حيث تزيد فيها الثروات ومغريات الحياة بشكل كبير، ويعد هذا العامل من أهم العوامل التى تؤدى إلى ظهور الفساد الصغير من خلال الممارسات الغير قانونية التى يقوم بها المدرسين.

المجموعة الثانية من العوامل والمتعلقة بأطراف الخدمة التعليمية (Stakeholder groups) المدارس - المدرسين - أولياء الأمور.

نتيجة للظلم الشديد الواقع على المدرسين، بسبب ضعف الرواتب ومع الاتجاه إلى نظام السوق وخصخصة التعليم بدأ تحول إهتمام كثير من المدرسين إلى كيفية الحصول على المكسب الكبير، من خلال الدروس الخصوصية أو الحصول على أعمال إضافية بجانب عملهم

الرسمى اليومى دون الالتزام بالمعايير المطلوبة لتقديم الخدمة التعليمية العامة. وللبحث عن مصادر أعلى للدخل وركز المدرسون على الدروس الخصوصية أو مجموعات التقوية (كبديل عن العمل الرسمى فى الفصل الدراسى) ، أو الحصول على رشاوى من أولياء الأمور لإعطاء أولادهم درجات أعلى أو تحويلهم إلى مدارس أخرى أو فصول أخرى ، وينظر المدرسون إلى الدروس الخصوصية على أنها بديل أفضل مما لو قاموا بممارسة وظيفة أخرى إضافية ، تضمن لهم دخل أعلى يساعدهم على تكاليف الحياة.

وتؤدى الممارسات السابقة إلى إهدار القيم الأخلاقية حيث ينظر الجميع إلى المدرس على أنه فاسد ، ومن ثم فهو لا يعتبر نموذج للدور الذى يجب أن يقوم به المدرس بالنسبة لتلاميذه ، وأيضاً بالنسبة لأولياء الأمور حيث يفقد كثيراً من إحترامه لديهم.

وينطبق على الفساد فى قطاع التعليم مقولة (Win-win situation) ويشير ذلك إلى أن التآمر بين مرتكب الفساد والمتضرر منه يجعل محاربة الفساد فى قطاع التعليم أمر صعب. فالفساد وممارساته يعتبر متشعباً ، لأن الفساد عادة ما يؤدى إلى وجود منافع لكل من مرتكب الفساد والمتضرر منه . فلا يمكن إنكار أن نظام السوق فى التعليم جعل من الممكن لأولياء الأمور إلحاق أولادهم بالمدارس والفصول التى يرغبون فيها ، ويمكنهم أيضاً من الحصول على درجات مرتفعة ، وهذا النظام افاد أولياء الأمور الذين يمكنهم أن يضمّنوا لأولادهم مدارس بجودة أفضل ، حيث يمكنهم تعليمهم على أيدي مدرسين ذوى كفاءة أعلى ، والأهم من ذلك أن ينجز التلاميذ فى المدرسة أكبر ما يمكن من الواجبات المدرسية. وهذا قد يعطى تفسيراً لماذا يركز مديرى المدارس والمدرسين على تحقيق إنجاز أكبر ما يمكن داخل المدرسة والفصول الدراسية دون إلقاء العبء على أولياء الأمور. فالأداء الجيد داخل المدرسة يعتبر مؤشر جيد لأولياء الأمور الذين يقوموا بتقديم هدايا للمدرسين ومديرى المدارس لمساعدة أطفالهم على النجاح.

وبالتبعية فإن مديري المدارس والمدرسين يقوموا بإعطاء التلاميذ درجات أكبر لإرضاء أولياء الأمور، ومثل هذه الممارسات المشكوك فيها قد تحقق للمدرسة مزيد من الانتشار، وزيادة الإقبال على الالتحاق بها ومن ثم تزداد توسعاتها ومشروعاتها الاستثمارية والتي قد تفيد كل الأطراف الفاسدة. وتساهم أيضاً في حصول المدرسة على مزيد من التمويل والدعم من السلطات المحلية، وفي النهاية يستفيد منها المدرسين، وأولياء الأمور والطلبة مما يضعف ثقافة استنكار الفساد.

ولذلك نجد أن هناك تحفظاً شديداً في إستنكار الفساد في كثير من الدول النامية بصفة عامة، وفي قطاع التعليم بصفة خاصة وحقيقة الأمر إذا كان الموت مجازفة نتيجة للفساد في قطاع الصحة، فإن مستقبل الأطفال يعتبر مجازفة في قطاع التعليم، إلا أنه من الملاحظ أن هناك إستسلام للفساد في قطاع التعليم، أو على الأقل خضوع له، فكثير من أولياء الأمور يعتقدوا أن تقديم هدايا للمدرسين بصورة دورية ذو تأثير إيجابى على أولادهم، ومن ثم لا ينظروا إلى ذلك على أنه فساد، بل أنه تصرف طبيعى، لإظهار إحترامهم للمدرسين وكفاءتهم فى بذل الجهود فى تعليم أولادهم.

ويعنى ذلك أنه لا يوجد لديهم خط فاصل بين مفهوم الرشوة والهدية. فقيمة الهدية والظروف التي تقدم فيها للمدرس تؤدي إلى وجود اختلاف واضح بين ثقافة الهدية وثقافة الرشوة.

وبصفة عامة وفي مجال التعليم بصفة خاصة نجد أن المتضررين من الفساد يميلوا إلى التردد في الحديث عنه خوفاً من رد الفعل المضاد، والآثار السلبية التي يمكن أن تواجههم وتؤثر على أولادهم فى مدارسهم. وقد تزايدت صور وحجم الفساد مع تزايد خصخصة التعليم وخدمات التعهيد (Unesco, 2004). وعلى الرغم من أن الفساد يعتبر مشكلة تواجه الدول المختلفة فى كافة القطاعات الاقتصادية إلا أن الفساد فى قطاع التعليم يعد أكثرها إزعاجاً، حيث يؤثر على أخلاقيات المجتمع

وقيمه وتصيب النشئ بإحباط، وتجعلهم يتبنوا ثقافة أقصر الطرق للوصول بدلاً من العمل مجدية، وتضعف الإنتماء الإجتماعى خاصة للطبقات الفقيرة، فالفساد فى هذا القطاع يؤدي إلى زيادة الحرمان للطبقات التى تحتاج بصورة أكبر للمساعدة.

(٧) الملامح الرئيسية لقطاع التعليم فى مصر:

توضح البيانات المتاحة عن قطاع التعليم فى مصر " وزارة التربية والتعليم، الإدارة العامة للمعلومات والحاسب الآلى " فى العام الدراسى ٢٠١١/٢٠١٠ إلى ما يلى: يبلغ عدد التلاميذ فى مرحلة التعليم ما قبل الجامعى ١٧,٤٨٩,٢٨٠ طالب وطالبة يدرس منهم ١٥,٩٥٨,٦٢٤ بالمدارس الحكومية بنسبة ٩١,٢٥ ٪ من إجمالى عدد الطلبة موزعين على ٤٠١١١ مدرسة تشكل نسبة ٨٧,٦ ٪ من إجمالى عدد المدارس المصرية، فى مقابل ١٥٣٠٦٥٦ طالب يدرسون بالمدارس الخاصة وبنسبة ٨,٧٥ ٪ من إجمالى عدد الطلبة، موزعين على ٥٦٦٢٣ مدرسة خاصة وبنسبة ١٢,٤ ٪ من إجمالى عدد المدارس.

ويتركز العدد الأكبر من الطلبة فى محافظة القاهرة ثم الجيزة والشرقية والبحيرة والدقهلية والقليوبية ثم الإسكندرية حيث تبلغ أعداد الطلبة بها (١٨٥٣٣٠٣ ، ١٦١١٥١٩ ، ١٢٦٩١٠٢ ، ١٠٠١٦٨٩ ، ١١١٧٤٠٩ ، ١٠٠٥٣٥٧) على التوالى بينما يتواجد أقل عدد من الطلبة فى محافظة جنوب سيناء حيث يبلغ عدد الطلبة نحو ١٩٩٤٧ طالب.

ويبلغ إجمالى عدد الملتحقين بالتعليم الفنى ١٦٢٨١٦٨ طالب وبما يعادل نسبة ٠,٠٩٣ ٪ من إجمالى عدد التلاميذ موزعين على ١٨٠٢ مدرسة وبنسبة ٠,٠٤٥ ٪ من إجمالى عدد المدارس الحكومية.

وتبلغ جملة الفصول الدراسية ٤٤٠٦٤٥ فصلاً دراسياً. منها ٣٩٢٥٨٠ فصلاً بالقطاع الحكومى وبنسبة ٨٧,٦ ٪ من جملة الفصول مقابل ٤٨,٠٦٥ فصلاً بالقطاع الخاص وبنسبة ١٤,٤ ٪ من إجمالى عدد الفصول.

وتشكل نسبة الإناث المقيدين بالمراحل التعليمية المختلفة نحو ٤٨,٨٪ من إجمالي عدد الملحقين بالمراحل التعليمية المختلفة في مقابل ٥١,٢٪ من الذكور.

وتبلغ جملة التلاميذ في الحضر نحو ٨٩٢٥٨٤٣ بنسبة ٥١,٠٤٪ من إجمالي عدد التلاميذ في مقابل ٨٥٦٣٤٣٧ في الريف وبنسبة ٤٨,٩٦٪ من إجمالي عدد التلاميذ.

وتصل عدد المدارس في الحضر نحو ١٩١٥٨ بنسبة ٤١,٨٥٪ من إجمالي عدد المدارس، في مقابل ٢٦٦١٥ مدرسة بنسبة ٥٨,١٨٪ من إجمالي عدد المدارس في الريف.

وتبلغ الفصول الدراسية في الحضر نحو ٢٢٥٩٨٩ فصلاً دراسياً، وبنسبة ٥١,٢٨٪ من إجمالي عدد الفصول الدراسية، في مقابل ٢١٤٦٥٦ فصلاً دراسياً في الريف بنسبة ٤٨,٧٢٪ من إجمالي عدد الفصول الدراسية.

ويعمل في قطاع التعليم نحو ٨٨٤١٥٩ مدرساً منهم ٤٦٩١٠٤ من الإناث بنسبة ٥٣٪ من إجمالي عدد المدرسين ويبلغ عدد الإداريين نحو ٣٥٦٩٣ منهم ٢٧٠٨٥٣ من الذكور وبنسبة ٥٧,٨٪ من إجمالي الإداريين و ٢٦٦٠٨١ من الإناث بنسبة ٤٢,٢٪ من إجمالي عدد الإداريين ويمثل المدرسين في المرحلة الابتدائية نحو ٤٣٪ من إجمالي عدد المدرسين.

وتصل نسبة الأمية إلى نحو ٢٩,٦٪ من إجمالي عدد السكان وقد وصلت نسبة الإنفاق على التعليم بنهاية عام ٢٠٠٨ إلى ٣,٨٪ فقط من الناتج المحلي الإجمالي، يتفق منها ٧٢,٨٪ على التعليم قبل الجامعي.

وتوجد أعلى نسبة تسرب من التعليم في محافظة جنوب سيناء، البحر الأحمر، الإسكندرية ثم القاهرة وتصل نسبة القيد في التعليم الأساسي والثانوي ٧١,٥٪ في المحافظات الحضرية و ٨٠,٢٪ في وجه بحرى و ٧٧,٤٪ في وجه قبلى و ٧٨,٢٪ في محافظات الحدود..

وتعتبر مصر من الدول ذات المستوى المرتفع لإدراك الفساد فوقاً لتقرير المؤسسة الدولية للشفافية (Transparency International, 2011)، جاءت مصر في الترتيب العالمي رقم ١١٢ من بين ١٨٢ دولة تم حساب مؤشر إدراك الفساد فيها، وبلغت قيمة مؤشر الفساد (٢,١٩) في عام ٢٠١١، وإن كانت قيمة هذا المؤشر قد انخفضت مقارنة بعام ٢٠١٠ والذي بلغت فيه قيمة المؤشر (٣,١).

إلا أنه ومقارنةً بالدول الأخرى نلاحظ بصفة عامة ارتفاع قيمة مؤشر إدراك الفساد في مصر مقارنةً بالمستوى العالمي أو العربي، حيث تعد (نيوزلاندا) أقل الدول فساداً، ويبلغ قيمة المؤشر فيها (٩,٥) بينما تعد كوريا الشمالية والصومال أكثر الدول فساداً (٠,١). ومقارنةً بالدول العربية نلاحظ أن أقل الدول فساداً هي دولة قطر (٧,٢) ثم الإمارات العربية (٦,٨) والبحرين (٥,١) وعمان (٤,٨) وتأتي العراق من أكبر الدول العربية إدراكاً للفساد (١,٣).

ويعتبر قطاع التعليم في مصر من أكثر القطاعات إدراكاً للفساد وإن كان قطاع التعليم لا يعتبر أعلى القطاعات إدراكاً للفساد على المستوى العالمي، إلا أن الدراسات الميدانية في مصر تؤكد أن قطاع التعليم المصري يأتي في مقدمة القطاعات الأكثر إدراكاً للفساد "رئاسة مجلس الوزراء - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار ٢٠١١".

ويعتبر سكان الحضر في مصر أكثر إدراكاً للفساد مقارنةً بسكان الريف، كما يعد الذكور والعاملين أكثر إدراكاً للفساد مقارنةً بالإناث والغير العاملين.

ووفقاً للدراسات الميدانية فقد جاءت أسباب الفساد في مصر متفقة مع أسباب الفساد في كافة دول العالم، حيث يرجع الفساد في مصر إلى مجموعة من الأسباب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والإدارية.

ويأتي في مقدمة الأسباب الاقتصادية ضعف المرتبات وارتفاع الأسعار، وارتفاع مستوى المعيشة، ارتفاع درجة عدم العدالة في توزيع

الدخول إضافة إلى إنتشار وتزايد مشكلة البطالة وتمثل هذه الأسباب نحو ٣١ ٪ من أسباب الفساد فى مصر.

وفى مقدمة الأسباب الاجتماعية والثقافية للفساد، انتشار الرشوة والمحسوبية فى المصالح الحكومية، وعدم توفر الضمير والاعتماد على المعارف والعلاقات فى إنهاء الأعمال، وجشع الموظفين. وتمثل هذه الأسباب نحو ٦٠ ٪ من أسباب الفساد فى مصر.

ويأتى فى مقدمة الأسباب الإدارية، البيروقراطية وضعف أو إنعدام الرقابة الحكومية وعدم وجود قوانين واضحة وحاسمة ضد الفساد وتمثل هذه الأسباب نحو ١٠ ٪ من أسباب الفساد فى مصر.

وتعتبر مجاملة الأقارب والاعتماد على المعارف لتسهيل الإجراءات الحكومية هى أعلى عناصر إدراك الفساد فى قطاع التعليم (٢٣,٧) وهو السبب الرئيسى الذى يجعل قطاع التعليم فى مقدمة القطاعات الأكثر إدراكاً للفساد ثم تأتى سرقة المال العام (٢٠,٥) وهو يقارب قيمة هذا المؤشر فى المصالح الحكومية.

ومقارنة بالقطاعات الأخرى نجد أن قطاع المرور والمصالح الحكومية والتنمية المحلية يفوق قطاع التعليم فى مؤشر طلب أو قبول الرشوة والهدايا والإكراميات، كما تزيد قيمة مؤشر التصرف فى المال العام فى قطاعى المصالح الحكومية والتنمية المحلية مقارنة بقطاع التعليم. فإذا أخذنا فى الاعتبار أن ما يناهز نحو ٢٢ ٪ من سكان مصر فى سن الدراسة أى فى المرحلة العمرية من (٦ - ١٧ سنة) فإن قضية الفساد فى قطاع التعليم تعتبر من أهم القضايا التى تؤثر على قطاع عريض من الاقتصاد المصرى تشكل وترسم بشكل كبير مستقبل الاقتصاد المصرى بصورة عامة.

(٨) الدراسة التطبيقية:

يهدف البحث إلى إختبار العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم؛ من خلال دراسة تطبيقية على عينة من الدول العربية التى تتوفر عنها البيانات اللازمة لإختبار هذه العلاقة.

فقد أوضحت الدراسات المختلفة أن الفساد ظاهرة تواجه كافة دول العالم، المتقدمة والنامية منها، على حد سواء، وأن للفساد آثاراً سلبية ذات معنوية إحصائية على النمو الاقتصادي (eg. Azfar, Lee & Swamy, 2001, Klitgaard et al., 2001) إلا أن دراسة العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم لم تلقى الاهتمام الكافي إلا في الآونة الأخيرة. وتحاول الدراسة إختبار العلاقة بين مستوى الفساد ومخرجات قطاع التعليم الكمية والكيفية وذلك في عينة مكونة من ١٧ دولة عربية^(*). ويقصد بمخرجات التعليم درجة الإنجاز التعليمي للدارسين (Student achievement).

وقد أوضح (Summers and Wolf, 1977) أن الإنجاز التعليمي يعتبر دالة لمجموعة من العوامل تتمثل فيما يلي:

- الخلفية الاجتماعية والوراثية للتلاميذ.
- جودة الخدمة التعليمية المتعلقة بالجانب التدريسي (Teacher quality).
- جودة الخدمات التعليمية المتعلقة بالجانب غير التدريسي (nonteacherquality).
- الخصائص النوعية المتعلقة بالمجموعات المختلفة مثل الأمانة والشرف (Peer groups characteristics).

فإذا أخذنا في الاعتبار أن الفساد يتأثر بعوامل بيئية وإجتماعية فإن السؤال الأساسي الذي تحاول الدراسة الإجابة عليه هو: ما هو تأثير الفساد على مخرجات التعليم " مع الأخذ في الاعتبار العوامل الأخرى المؤثرة على مخرجات التعليم ".

وهل يوجد إرتباط معنوي بين الفساد ومخرجات التعليم. ومن المتوقع وجود علاقة عكسية بين مستوى الفساد ومخرجات التعليم فزيادة مستوى الفساد يؤدي إلى انخفاض مخرجات التعليم الكمية والكيفية.

(*) تشمل العينة كل من الجزائر، المغرب، تونس، الكويت، قطر، اليمن، لبنان، الأردن، البحرين، سوريا، مصر، عمان، فلسطين، السعودية، قطر، موريتانيا.

تعتمد الدراسة على عدة مصادر للحصول على البيانات اللازمة لتحليل العلاقة بين الفساد (كمتغير مستقل) ومخرجات التعليم الكمية والكيفية كمتغيرات تابعة.

وسيتم استخدام العمر الدراسى المتوقع (School Life Expectancy) "SEL" كمؤشر لمخرجات التعليم الكمية. ويتم قياس متوسط العمر الدراسى المتوقع للدول المختلفة من جانب منظمة اليونسكو (Unesco 2010).

ويبلغ متوسط العمر الدراسى لدول العالم ١٤,١ عاماً، ومن بين الدول العربية تعتبر ليبيا أعلى الدول فى متوسط العمر الدراسى المتوقع (١٧ عاماً)، بينما تعد اليمن أقل الدول العربية فى متوسط العمر الدراسى (٧ سنوات)، ويبلغ العمر الدراسى المتوقع فى مصر ١٢ عاماً.

أما مخرجات التعليم الكيفية فسوف يستند فى قياسها إلى متوسط درجات الدولة فى العلوم والرياضيات "Trends International Mathematics and Science Study" (TIMSS)^(*)، ويبلغ متوسط درجات العالم ٥٠٠ نقطة، فى حين يبلغ متوسط درجات الدول العربية ٣٣٦ نقطة وتبلغ أقصى قيمة لهذا المؤشر من بين الدول العربية فى لبنان ٤٤٩ وأقل قيمة ٢٢٤ فى اليمن^(**).

(*) يقصد بالعمر الدراسى المتوقع متوسط عدد السنوات الدراسية التى من المتوقع أن يقضيها الطفل فى سن المدرسة (٥ سنوات) فى التعليم مستقبلاً، وهو مؤشر متوسط بمعنى أن العمر الدراسى قد يكون أطول من ذلك لتلاميذ، فى حين لا يذهب آخرون إلى المدرسة إطلاقاً. ولا يأخذ هذا المعيار فى اعتباره عدد الساعات التدريسية التى يقضيها الطالب فى السنة الدراسية، ومن ناحية أخرى فإنه لا يأخذ فى اعتباره التلاميذ التى تجتاز السنة الدراسية فى عام دراسى واحد وغيرهم ممن يقوموا بالرسوب وإعادة السنة أكثر من مرة، ولذلك فإن الدول التى تزيد فيها نسبة الرسوب قد تزيد فيها عدد السنوات الدراسية.

(**) هى إحدى مشروعات المنظمة الدولية لتقييم الإنجاز التعليمى حيث يتم حساب إنجاز الدولة التعليمى على مستويين (4th , 8th) الرابع والثامن ويتم احتساب المؤشر كمتوسط لدرجات الدولة على المستويين.

المتغيرات المستقلة:

المتغير المستقل الرئيسى الذى تهدف الدراسة إلى قياس تأثيره على مخرجات التعليم هو الفساد.

وقد تم الاعتماد على مؤشر إدراك الفساد فى قياس مستوى الفساد فى الدول المختلفة. ويتم تركيب مؤشر إدراك الفساد سنوياً من جانب مؤسسة الشفافية الدولية حيث يتم ترتيب الدول تنازلياً (١٨٢ دولة) وفقاً لمؤشرات إدراك الفساد فيها (Transparency International 2011) (*).

ووفقاً لبيانات عام (٢٠١١) تعتبر نيوزيلاندا أقل الدول إدراكاً للفساد (٩,٥ درجة)، فى حين تعد كوريا الشمالية أعلى دول العالم إدراكاً للفساد (١) (درجة واحدة)، ومن بين الدول العربية تعتبر قطر أقل الدول العربية إدراكاً للفساد ٧,٥ درجة، فى حين تعد السودان أعلى الدول العربية إدراكاً للفساد (١,٦). وتقع مصر فى المركز (١١٢) من بين (١٨٢) دولة ثم تركيب مؤشر إدراك الفساد فيها، وتبلغ قيمة المؤشر (٢١٩). ومن المتوقع أن تكون العلاقة الإحصائية بين مؤشر إدراك الفساد ومخرجات التعليم علاقة موجبة بما يعنى أن ارتفاع قيمة مؤشر إدراك الفساد أى "انخفاض مستوى الفساد" يصاحبه زيادة فى مخرجات التعليم. "العلاقة عكسية بين مستوى الفساد ومخرجات التعليم".

المتغيرات المستقلة الأخرى:

سيتم تحليل العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم الكمية والكيفية مع الأخذ فى الاعتبار العوامل الأخرى المؤثرة على مخرجات التعليم والتي تتمثل فى متغيرين رئيسيين:

- المتغير الأول: متوسط عدد أفراد الأسرة.

(*) الفساد بطبيعته من الصعب قياسه حيث لا يترك عادة أثر للملاحقته وتقوم المنظمة بتركيب مؤشر إدراك الفساد من خلال مسح سنوى باستبيانات لكافة الأطراف المتعاملين فى مجال الأعمال والمجال الإدارى، وتقوم بترتيب الدول تنازلياً وفقاً لقيمة المؤشر والتي تبدأ من ١٠ درجات فى أقل الدول إدراكاً للفساد، حتى القيمة صفر " أعلى درجات إدراك الفساد".

- المتغير الثانى: مستوى درجة الحرية التى تتمتع بها الدولة. فقد أشار (Hanushek, 1989) إلى عدم وجود علاقة معنوية بين الإنفاق التعليمى ومستوى الإنجاز التعليمى. وأوضح (Hanushek, 1997) فى مراجعته لنحو ٣٧٧ دراسة تتعلق بالمدخلات المؤثرة على التعليم أن الاتجاه الرئيسى لهذه الدراسات التطبيقية أوضح عدم وجود معنوية إحصائية لبعض العوامل فى التأثير على مخرجات التعليم مثل (نسبة التلاميذ / المدرسين) (ومتوسط الإنفاق لكل تلميذ)، (ومراتب المدرسين)، (والمدخلات الإدارية). وفى مقابل ذلك أوضح (Hanusker, 1992) أن الخلفية العائلية للتلاميذ تفسر الاختلاف فى مستوى الإنجاز التعليمى. حيث يرتفع متوسط الأداء التعليمى للتلاميذ الذين ينتمون إلى أولياء أمور أكثر ثراء ومستوى دخولهم مرتفع، ومستوى تعليمهم أعلى، كما يرتفع مستوى الأداء التعليمى للتلاميذ الذين ينتمون لعائلات صغيرة العدد. وأشار إلى أن حجم العائلة يؤثر تأثيراً مباشراً على إنجاز التلاميذ ودرجاتهم الدراسية ولذلك من المتوقع وجود علاقة عكسية بين متوسط عدد أفراد الأسرة ومخرجات التعليم.

وعلى الرغم من أن متوسط نصيب الفرد من الدخل يعتبر من العوامل المؤثرة على الأداء التعليمى، فارتفاع مستوى الدخل يعنى ارتفاع درجة ثراء العائلة، وهو أيضاً مؤشراً لنوعية الحياة فى الدول المختلفة، فالدول ذات الدخل المنخفض ترتفع فيها معدلات الأمية وينخفض فيها العمر المتوقع عند الميلاد وتنخفض فيها مستوى الخدمات الأساسية (World Bank, 2011). ولذلك فقد كان من المهم إدراج متوسط نصيب الفرد من الدخل كأحد المتغيرات التفسيرية المؤثرة على مخرجات التعليم. إلا أن الدراسة لم تدرج متوسط نصيب الفرد من الدخل القومى من المتغيرات المستقلة لسببين رئيسيين:

السبب الأول: هو وجود إمتداد خطى (multicollinearity) بين متوسط نصيب الفرد من الدخل والمتغير الأساسى المراد قياس تأثيره على مخرجات التعليم (الفساد) حيث بلغ معامل الارتباط بينهما ($r = 0.87$). السبب الثانى: وجود علاقة ارتباط بين متوسط نصيب الفرد من الدخل وحجم الأسرة، فقد بلغت قيمة معامل الارتباط بينهما ($r = 0.68$).

وبما يعنى زيادة متوسط نصيب الفرد من الدخل فى الأسر ذات العدد الأقل.

ولذلك يمكن اعتبار متوسط عدد أفراد الأسرة مؤشر أيضاً لمتوسط نصيب الفرد من الدخل (*).

وقد تم الحصول على متوسط عدد أفراد الأسرة من خلال كمتغير مستقل بعد تحويله إلى الصيغة اللوغاريتمية، فقد أوضح شكل الانتشار للمتغير التواء مفردات متوسط نصيب الفرد من الدخل فى عينة الدول المستخدمة فى الدراسة.

المتغير الثانى: مستوى الحرية السياسية والمدنية، أو درجة الديمقراطية التى تتمتع بها الدولة، فقد أوضح (Treisman, 2000) أن الدول التى تتمتع بتاريخ ديمقراطى يتوفر لديها نظام رادع للفساد، ومن ثم فالحكومات الديمقراطية يتوفر لديها نظام تعليمى منضبط ومستقر عبر الزمن. ولذلك سوف يتم استخدام مؤشر الحرية (Freedom index, 2011). حيث يتم من خلال هذا المؤشر ترتيب نحو 192 دولة وفقاً لمستوى الحرية، حيث يأخذ المؤشر قيم تبدأ من (الصفر) للدولة التى لديها

(*) أشارت (Cupta et. al., 2000) فى دراسة تطبيقية عن الفساد أن الفساد كان له تأثير معنوى على العديد من مؤشرات الخدمات التعليمية وبمجرد إدخال متوسط نصيب الفرد كأحد المتغيرات التفسيرية تحول الفساد إلى متغير غير معنوى فى التأثير على كثير من المؤشرات التعليمية مثل معدل الالتحاق بالتعليم الابتدائى ومعدلات الأمية.

أقصى درجة للحرية تزيد قيمة المؤشر مع انخفاض درجة الحرية فى الدولة.

وتعد فنلندا والدانمارك والسويد وإيرلندا أعلى الدول فى درجات الحرية حيث تبلغ قيمة مؤشر الحرية فيهم = (صفر) وتعتبر اريتريا أقل الدول فى درجة الحرية وتبلغ قيمة مؤشرها ١٠٥ .

وتبلغ قيمة مؤشر الحرية فى مصر ٩٧,٥ وتقع فى المرتبة رقم ١٦٦ بين ١٧٩ دولة، ثم حساب المؤشر لها فى عام ٢٠١١. ومن بين الدول العربية تعتبر دولة الكويت أعلى الدول العربية فى درجات الحرية ويبلغ قيمة مؤشر الحرية = (٢٨) فى حين تعتبر سوريا أقل الدول العربية فى مستوى الحرية وتبلغ درجة الحرية فيها (١٣٨ نقطة) وتقع فى الترتيب رقم ١٧٦ بين دول العالم.

ومن المتوقع وجود علاقة إحصائية سالبة بين درجة الحرية ومخرجات التعليم أى أن القيمة المتوقعة لمعامل الحرية تكون سالبة بما يعنى أن انخفاض قيمة مؤشر درجة الحرية (ارتفاع درجة الحرية) يصاحبها زيادة فى قيمة مخرجات التعليم.

وعلى الرغم من أن منطقية العلاقة تعنى أن الدول التى تتمتع بارتفاع درجة الحرية تستطيع تخريج طلبة لهم مستوى إنجاز تعليمى مرتفع. إلا أن (Carnoy and Samoff, 1998) أشار إلى أن بعض الدول الإشتراكية كانت أكثر نجاحاً فى تحقيق مستوى مرتفع من الجودة التعليمية مقارنة بالإقتصاديات الرأسمالية.

كما أشار (Carnoy and Marshall, 2005) أن النظام السلطوى المتحكم يستطيع أن يكون أكثر نجاحاً فى تحقيق سياق إجتماعى أكثر فعالية لتحقيق النمو، وتحقيق إنجاز تعليمى وأكاديمى أفضل كما فى حالة سنغافورة وتايوان.

ويوضح الجدول رقم (١) منخص البيانات المستخدمة في التحليل.

جدول رقم (١)

Variable (المتغير)	Max. أقصى قيمة	Min. أقل قيمة	Mean المتوسط	St.dev. الانحراف المعياري
مستوى الإنجاز الدراسي EQ	449	224	363	66.1
العمر الدراسي المتوقع SLE	17	9	141	3.51
مؤشر إدراك الفساد (CI)	7.2	16	5.1	2.3
متوسط عدد أفراد الأسرة (HA) Log	8 (2.8)	2 (0.69)	3.68 (1.25)	1.25 (0.31)
متوسط درجات الحرية (FI)	1.38	28	77	70.1

أسلوب التحليل:

تم تحليل العلاقة بين المتغيرات التابعة وهي العمر الدراسي المتوقع (SLE) ومتوسط درجات الدولة في العلوم والرياضيات (EQ) من خلال الخطوات الآتية:

أولاً: تم حساب مصفوفة معاملات الارتباط بين المتغيرات المستقلة والمتغيرات التابعة وذلك لإيضاح الاتجاه الرئيسي لمعاملات الإندثار، وقد اتخذت معاملات الارتباط والموضحة في جدول رقم (٢) كمؤشر رئيسي للإجابة عن السؤال الأساسي للدراسة وهو هل توجد علاقة ارتباط بين مستوى الفساد ومخرجات التعليم الكمية والكيفية.

ويوضح جدول رقم (٢) مصفوفة الارتباط بين المتغيرات التابعة والمستقلة.

جدول رقم (٢)

مصفوفة الارتباط بين المتغيرات المستقلة والتابعة

المتغير	EQ	SLE	CI	HA	FI
مستوى الإنجاز الدراسي (مخرجات التعليم الكيفية) EQ	1	0.62	0.531	-0.651	0.291
العمر الدراسي المتوقع (المؤشر الكمي لمخرجات التعليم) SLE		1	0.622	-0.534	0.615
مؤشر إدراك الفساد CI			1	0.251	-0.311
متوسط عدد أفراد الأسرة HZ				1	0.521
مؤشر درجات الحرية FI					1

الارتباط معنوي عند مستوى معنوية ٥٪.

فيما عدا الارتباط بين (EQ, IC) معنوي عند ١٪.

وتوضيح نتائج مصفوفة الارتباط ما يلي:

- ١ - توجد علاقة ارتباط موجبة بين مؤشر إدراك الفساد ومتوسط درجات الدولة في العلوم والرياضيات "المخرجات الكيفية للتعليم $r = 0.531$ وقيمة $(P) < 0.001$. ويعنى ذلك وجود علاقة عكسية بين مستوى الفساد والمخرجات الكيفية للتعليم.
- ٢ - توجد علاقة ارتباط موجبة بين مؤشر إدراك الفساد (CI) والعمر الدراسي المتوقع (SLE) $(r = 0.622, P < 0.001)$. ويعنى ذلك أن زيادة قيمة مؤشر إدراك الفساد (أى انخفاض مستوى الفساد) يرتبط بزيادة فى مخرجات التعليم الكمية (العمر الدراسي المتوقع).

ويعنى ما سبق وجود علاقة سالبة بين مؤشر إدراك الفساد ومخرجات التعليم الكمية.

ثانياً: حتى يمكننا فهم العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم مع إدخال المتغيرات التفسيرية الأخرى فى الاعتبار تم إجراء تحليل الانحدار التدريجي (Step wise regression) (*) باستخدام البرنامج الإحصائي (SAS)، وذلك بإدخال المتغيرات المستقلة واحدة تلو الأخرى فى تحليل الانحدار حتى تم التوصل إلى الشكل النهائي لنموذج الانحدار، والموضح فى جدول رقم (٣) رقم (٤).

جدول رقم (٢)

نتائج الانحدار التدريجي *

المتغير التابع " مستوى الإنجاز التعليمي (EQ) " متوسط درجات الدولة فى العلوم والرياضيات "

Variable	1	2	3
(C) Constant	241.1 (12.1)	321.01 (13.2)	241.3 (15.21)
الفساد (CI)	12.02 (2.1)	7.01 (3.22)	6.41 (4.51)
متوسط عدد أفراد الأسرة (HZ) (Log)		110.82 (21.71)	-151.32 (32.03)
مستوى الحرية (FI)			11.5 (13.41)
R ²	0.18	0.11	0.55
F	15.12	17.31	13.71
P. Value significance of model	< 0.001	< 0.001	< 0.001

* جميع معاملات الانحدار معنوية عند مستوى معنوية ١ %.

(*) تم استخدام تحليل الانحدار التدريجي حيث أظهرت نتائج الانحدار المتعدد للنموذج انخفاض معنوية إحصائية (F) مع ارتفاع قيمة (P) للمتغيرات (HZ, CI).

تم استخدام أسلوب تحليل الانحدار الخطى بعد التأكد من خطية العلاقة بين المتغيرات التابعة والمتغيرات المستقلة.

جدول رقم (٤)

نتائج الانحدار التدريجي*

المتغير التابع "العمر الدراسي المتوقع" (SLE)

Variable	1	2	3
(C) Constant	13.51 (0.25)	15.73 (0.82)	17.02 (3.38)
الفساد (CI)	0.92 (0.2)	0.73 (0.51)	0.63 (0.72)
متوسط عدد أفراد الأسرة (HZ) (HA)		-4.02 (0.63)	-3.02 (1.22)
درجة الحرية (FI)			0.45 (0.71)
R ²	0.53	0.63	0.67
F	61.25	54.11	31.21
P. Value	< 0.001	< 0.001	< 0.001

* الانحدار معنوي عند مستوى معنوية 5٪.

وتوضح نتائج تحليل الانحدار التدريجي ما يلي:

أولاً: العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم الكيفية:

مع إدخال كافة المتغيرات المستقلة في نموذج الانحدار لتقدير العلاقة بين مخرجات التعليم الكيفية (EQ) وكل المتغيرات المستقلة، ظل معامل الفساد موجباً وذو معنوية إحصائية.

ويعنى ما سبق أن ارتفاع مؤشر الفساد (انخفاض مستوى الفساد) يؤدي إلى انخفاض مخرجات التعليم الكيفية [جدول رقم (٣) - عمود رقم (٣)] وأن العلاقة ذات معنوية إحصائية حيث قيمة $P = 0.02$.

ويعنى ما سبق وجود علاقة عكسية ذات معنوية إحصائية بين مستوى الفساد ومخرجات التعليم الكيفية. (قيمة $R^2 = 0.55$) أى أن

المتغيرات التي تم إدخالها في الدراسة تفسر نحو 55% من التغير في مخرجات التعليم الكيفية (EQ) ونموذج الانحدار معنوي إحصائياً لقيمة $(F) = 13.71$ وقيمة (P) أقل من 0.001.

وتشير نتائج النموذج السابق إلى أن متوسط عدد أفراد الأسرة (HZ) يرتبط عكسياً مع مخرجات التعليم الكيفية (EQ) ولكنه غير معنوي إحصائياً حيث فقدت (HZ) معنويتها بعد إدخال مؤشر الحرية (FR) إلى النموذج.

إشارة معامل مستوى الحرية (FR) سالبة ويعني ذلك أن مستوى الحرية يؤثر طردياً على مخرجات التعليم الكيفية فزيادة قيمة مؤشر الحرية (انخفاض مستوى الحرية) يؤدي إلى انخفاض مخرجات التعليم، إلا أنه غير معنوي إحصائياً حيث قيمة $P = 0.12$.

ثانياً: العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم الكمية (SLE):

توضح نتائج تحليل الانحدار للنموذج الكامل بعد إدخال كافة

المتغيرات المستقلة جدول رقم (٤) عمود رقم (٣) ما يلي:

- معامل مؤشر الفساد (CI) موجباً بما يعني أن زيادة قيمة مؤشر الفساد (انخفاض مستوى الفساد) يؤدي إلى زيادة مخرجات التعليم الكمية (SLE)، وأن معامل الفساد ظل ذو معنوية إحصائية في التأثير على مخرجات التعليم الكمية بعد إدخال كافة المتغيرات المؤثرة على مخرجات التعليم حيث قيمة $P = 0.02$.

- معامل متوسط عدد أفراد الأسرة (H₂) سالبه معنوية إحصائية بما يشير إلى أن هناك علاقة عكسية بين متوسط عدد أفراد الأسرة ومخرجات التعليم الكمية، قيمة $(P = 0.003)$.

- معامل مستوى الحرية (FR) سالب بما يعني أن زيادة مؤشر الحرية (انخفاض مستوى الحرية) يؤدي إلى انخفاض مخرجات التعليم الكمية إلا أنه غير معنوي إحصائياً.

تفسر المتغيرات السابقة نحو 67 ٪ من التغير في العمر الدراسي المتوقع حيث تبلغ قيمة $R^2 = 0.67$ ، والنموذج معنوي إحصائياً (قيمة F = 31.21) وقيمة (P أقل من 0.001).

ومن خلال التحليل السابق يمكن استخلاص النتائج التالية:

- مع الأخذ في الاعتبار العوامل الأخرى المؤثرة على مخرجات التعليم توجد علاقة عكسية وذات معنوية إحصائية بين الفساد ومخرجات التعليم الكيفية (EQ) والكمية (SLE) مما يعنى أن زيادة مستوى الفساد تؤدي إلى انخفاض مخرجات التعليم الكمية والكيفية، ولذلك يعد الفساد من العوامل الهامة التي تؤدي إلى عرقلة مجهودات تنمية رأس المال البشري.

- أن العلاقة القوية بين الفساد ومتوسط عدد أفراد الأسرة يشير إلى أهمية قيد الموارد (نقص الموارد) في الحصول على تعليم جيد.

- على الرغم من عدم وجود معنوية إحصائية لمتغير مستوى الحرية، إلا أن معامل مؤشر الحرية يشير إلى أن الدول الديمقراطية ذات مستوى الحرية المرتفع تحصل على مستوى تعليمي أفضل وتزيد فيها عدد السنوات الدراسية مقارنة بالدول غير الديمقراطية.

إلا أنه لا بد وأن نأخذ في الاعتبار أن زيادة العمر الدراسي المتوقع أو زيادة عدد السنوات الدراسية لا يعنى بالضرورة الحصول على جودة تعليمية أفضل.

فمن الجدير بالملاحظة أن الدول التي لديها إنجاز تعليمي أفضل لا تمتلك تاريخ طويل من الديمقراطية.

وقد أشار (Akcey, 2006) عند اختبار تأثير الفساد والديموقراطية على التنمية البشرية، إلى عدم وجود علاقة معنوية بين الديمقراطية ومستوى التنمية البشرية.

- العلاقة عكسية بين الفساد والعمر الدراسي المتوقع توضح أن زيادة الفساد بنقطة تؤدي إلى انخفاض العمر الدراسي المتوقع بمقدار (0.63).

سنة أى بما يعادل نحو (٧,٦ شهر) وإذا كان الاختلاف ليس كبيراً، إلا أنه لا بد من الأخذ فى الاعتبار أن الفساد يظل عامل ذو تأثير معنوى فى التأثير على العمر الدراسى المتوقع حتى مع إدخال المتغيرات المؤثرة على العمر الدراسى المتوقع فى الاعتبار. بما يؤكد أن الفساد يعتبر عامل مؤثر فى مخرجات التعليم الكمية والكيفية.

وقد أشار (Gupta et. al's 2000) إلى أنه (مع أخذ العوامل الأخرى فى الاعتبار) يؤدي الفساد إلى زيادة نسبة التسرب من التعليم الإبتدائى، ولا شك أن زيادة نسبة التسرب تعنى انخفاض العمر الدراسى المتوقع. وهو ما يؤكد ويتفق مع نتائج التحليل السابق.

- إن متوسط عدد أفراد الأسرة فقد معنويته فى التأثير على مدخلات التعليم الكمية فى النموذج الكامل بعد إدخال متغير مستوى الحرية... إلا أنه ظل محتفظاً بمعنويته الإحصائية فى التأثير على مخرجات التعليم الكيفية.

وتشير هذه النتيجة إلى أن نقص الموارد والذى يرتبط بزيادة عدد أفراد الأسرة وإن كان يؤثر على نوعية التعليم إلا أنه لا يؤثر على العمر الدراسى المتوقع لأفراد الأسرة.

(٩) نتائج البحث والتوصيات:

- ركزت العديد من الدراسات على تأثير الفساد على التنمية البشرية وتكوين رأس المال البشرى، وأوضحت هذه الدراسات أن الفساد له تأثير معنوى عكسى على العديد من جوانب التنمية البشرية، وتكوين رأس المال البشرى.

- ركزت الدراسة الحالية على العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم الكمية والكيفية وذلك من خلال قياس العلاقة بين الفساد ومخرجات التعليم فى عينة من الدول العربية شملت ١٧ دولة عربية وقد استعرض البحث مفهوم الفساد وآثاره ومجالات الفساد فى قطاع التعليم وأسبابها.

- اتضح من نتائج الدراسة التطبيقية أنه مع الأخذ في الاعتبار العوامل الأخرى المؤثرة على مخرجات التعليم، توجد علاقة عكسية ذات معنوية إحصائية بين الفساد ومخرجات التعليم الكيفية والكمية، وتتمثل المخرجات الكيفية في مستوى الإنجاز الدراسى وقد تم قياسه بمؤشر متوسط درجات الدولة فى الرياضيات والعلوم باستخدام بيانات (TIMSS)، وتتمثل المخرجات الكمية فى عدد السنوات الدراسية والتي تم قياسها من خلال متوسط العمر الدراسى المتوقع فى الدولة (SLE). ويمكن اعتبار الدراسة التطبيقية تمريناً فكرياً للتواصل والإيضاح، وزيادة المعرفة بالمزيد من الآثار السلبية للفساد، وذلك لقناعتى بصعوبة قياس الفساد والعوامل المؤثرة عليه، حيث تحتاج هذه القياسات إلى موارد كبيرة ولذلك فقد تم الاعتماد على بيانات الهيئات الدولية التى تتوفر لديها الإمكانيات المادية إلا أنه من ناحية أخرى، من الممكن تسييس هذه الأرقام لصالح دول معينة، ولذلك لا يمكن اعتبارها مقاييس دقيقة وإنما هى مؤشرات للبيئة السياسية والاقتصادية والتعليمية.

- إذا كان التعليم يعتبر أحد الأدوات التى من الممكن استخدامها لمحاربة الفساد فلا بد وأن يأخذ صانعى السياسات هذه الآثار السلبية للفساد على التعليم وإيجاد الوسائل المختلفة لمحاربهه ويتطلب ذلك ضرورة بذل جهود قوية لزيادة الموارد الموجهة للتعليم ورفع كفاءة استخدامها، بما يساهم فعلاً فى زيادة مستوى التعليم كما وكيفاً، خاصة وأن الفساد نفسه يساهم فى عرقلة الجهود الموجهة لتحسين التعليم. ونظراً للطبيعة الخاصة للفساد فإن مواجهة الفساد ومحاوله القضاء عليه ومعالجته تتطلب مجهودات كبيرة تتضمن تغيرات ثقافية وإجتماعية وتغير فى طريقة التفكير السائدة فى المجتمعات من خلال تطبيق سياسات تتميز بالشفافية والمصداقية، ولاشك أن مثل هذه الأمور تحتاج إلى وقت طويل، ورسم سياسات واضحة طويلة الأجل لتحقيق ذلك، وهذا يتطلب زيادة الاهتمام بالتعليم باعتباره أحد اهم الأدوات التى يمكن من خلالها مواجهة الفساد.

- Akcay, S. (2006). Corruption and Human Development. *Cato Journal* 26(1), 29-46.
- Alesina, A., & Weder, B. (2002). Do Corrupt Governments Receive Less Foreign Aid? *The American Economic Review*, 92(4), 1126-1137.
- Azfar, O. (2001). Corruption and The Delivery of Health and Education Services, College Park, MD: University of Maryland, Center for Institutional Reform and Informal Sector (IRIS).
- Azfar, O., & Gurgur, T (2001). Does Corruption Affect Health and Education Outcomes in The Philippines? College Park, MD: University of Maryland, Center For Institutional Reform and Informal Sector (IRIS).
- Azfar, O., Lee, Y., & Swamy. A. (2001). The Causes and Consequences of Corruption. *Annals of The American Association of Political and Social Sciences*, 573, 42-57.
- Carnoy, M. & Marshall, J., (2005). Cuba's Academic Performance in Comparative Perspective. *Comparative Education Review*, 49 (2), 230-261.
- Carnoy, M., & Samoff, J., (1988) Education and Social Transformation in The Third World. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Freedom House (2012). Freedom in The World 2012 Edition. Retrieved from 13/11/2012.
<http://en.wikipedia.org/w/index.php?p.3-13>.
- Gupta, S., Davoodi, H., Tiongson, E. (2000) Corruption and Provision of Health Care and Education Services: IMF Working Paper No. 79 Washington, DC: International Monetary Fund.
- Habib, M., & Zurawicki, L. (2002) Corruption and Foreign Direct Investment. *Journal of International Business Studies*, 33(2), 291-307.
- Hanushek, E. (1989). The Impact of Differential Expenditures on School Performance. *Educational Researcher*, 18(4), 45 – 51.

- Hanushek. E. (1992).The Trade off Between Child Quantity and Quality.The journal of Political Economy, 100 (1), 84 – 117.
- Hanshek, E. (1997), AssrssiingThe Effects of School Resources on Student Performance: An Update. Educational Evaluation and Policy Analysis, 19(2), 141-164.
- Heyneman, S. (2004) Education and Corruption. International Journal of Education Development, 24(6), 638-648.
- Kauffman, D. (1997) Corruption: The Facts. Foreign Policy, 107, 114-131.
- Kauffman, D., & Wei, S. (1999) Does “Grease Money” Speed Up The Wheels of Commerce? NBER Working paper 7093, Retrieved April 29-2007 From: <http://www.wds.worldbankory/servet>.
- Klitgaard, R. 1988. Controlling Corruption, Bekeley, CA. University of California Press.
- Klitgaard, R., Maclean-Abaroa, R., & Parris, H. L. (2001). Corrupticities: A Practical Guide to Cure and Prevention. Washington, Dc: World Bank Institute.
- Leff, N., (1964). Economic. Development Through Bureaucratic Corruption, American Behavioral Scientist, 8, 18-14.
- Maure, P. (1995) Corruption and Growth, Quarterly Journal of Economics, 110(3), 681-712.
- Maure, P. (1997). Why Worry About Corruption? Washington, Dc: The International Monetary Fund.
- Maure, P. (1998) Corruption and Composition of Government Expenditure. Journal of Public Economics, 69, 263-279.
- Meon, P., &Sekkat, K. (2005). Does Corruption Grease or Sand The Wheels of Growth? Public Choice, 122, 69-97.
- Rumyantseva, N. (2005). Taxonomy of Corruption in Higher Education. Peabody Journal of Education, 80(1), 81-92.

- Summers, A. & Wolfe, B. (1977). Do School Make A Difference? The American Review, 67(4), 639-652.
- Tanzi, V., & Davoodi, H. (1997), Corruption, Public Investment and Growth, IMF Working Paper No. 971/139. Retrieved February 10, 2007 from <http://ssrn.com/abstract=882701>.
- Transparency International 2009, Corruption In Education Sector.
- Transparency International 2012. Transparency International Index , 2012.
- Treisman, D. (2000) The Causes of Corruption: A Cross-National Study. Journal of Public Economics 76., 399-457.
- United Nation Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO) (2004) Education for all: The Quality Imperative. EFA Global Monitoring Report 2005, Retrieved February 2007 from <http://unesdec.unesco.org/>
- United Nation Educational Scientific and Cultural Organization (Unesco), Trend Inihter National Mathematics and Science Study (TIMSS), <http://nces.ed.gov/timss/table07-1asp>.

المراجع العربية:

- الجاعوني، خليل فريد، دراسة إحصائية وصفية لتحليل مؤشرات الفساد المالى والإدارى وأثرها فى مؤشر التنمية البشرية " دراسة تطبيقية على واقع الدول العربية "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٢٥) العدد الثانى (٢٠٠٩) ص ٩٥ - ١١٧.
- مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، رئاسة مجلس الوزراء.
- الإدارة العامة للمعلومات والحاسب الآلى - وزارة التربية والتعليم بيانات ٢٠١١ - ٢٠١٢.
- سراج الدين، إسماعيل، بدرأوى حسام ويوسف محسن، الشفافية ومحاربة الفساد فى قطاع التعليم المصرى، مكتبة الإسكندرية، منتدى الإصلاح العربى، فبراير، ٢٠٠٧.

الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية في الجزائر

دراسة تحليلية - مقارنة-

من اعداد الاستاذة رحيمتة نمديلى

استاذة مساعدة - كلية الحقوق- جامعة فرحات عباس -

سطيف- الجزائر

Resume:

La refere – suspension permet dobtenir la suspension de lexecutionnd unedecision administrative. Pour demander vous devez justifier l urgence et demontrer qui l ya un doute serieux sur la legalite de la decision .et pour cela il faut que la decision ne doit pas treentierementexecutee.

المخلص:

ترفع دعوى وقف القرارات الإدارية في حالة وجود حالة استعجال وشك جدى حول شرعية القرار الادارى الذى يتم ايقاف اثاره الى ان يتم الفصل فى الطلب الاستعجالي.

مقدمة

الاصل ان الطعن بالالغاء أمام القضاء الادارى لا يوقف تنفيذ القرار الادارى، بمعنى انه بمجرد رفع دعوى الالغاء ضد قرار معين يدعى الطاعن عدم مشروعيته لا يمنع من نفاذ هذا القرار والذى يتمتع بقرينة الصحة والمشروعية الى ان يثبت العكس. لكن استثناء من ذلك، اجاز المشرع للقضاء المستعجل وقف تنفيذ القرار الادارى وفقا لشروط شكلية

وموضوعية نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في الجزائر في الباب الأول من الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية في المواد ٨٣٣ الى ٨٣٧، ومن نفس الكتاب في المواد ٩١١ الى ٩١٢ كما نص على ذلك في المواد ٩١٧ الى ٩٢٢ من الفصل الثاني من الباب الخاص بالاستعجال.

وفي الحقيقة، تعد دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية من أهم دعاوى القضاء المستعجل وأكثرها اتساعاً ذلك لأنها وسيلة فعالة في حماية حقوق الأفراد من امتياز الإدارة بالتنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، كما أنها إجراء وقائي مؤقت في مسار دعوى الانقضاء يتفرع عنها حماية عاجلة لمصالح لا تحتمل التأخير.

ونظراً لهذه الأهمية، اشترط المشرع الجزائري، وكذا الفرنسي والصرى، لرفع دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية شروطاً موضوعية خاصة متمثلة في شرط الجدية والشك في عدم مشروعية القرار الإداري والمطالبة بوقف تنفيذه، وعدم الأضرار بالمصلحة العامة من جهة وحقوق الطاعن من جهة أخرى.

وعليه، فهل وفق المشرع الجزائري بعد التعديل الجديد في ٢٠٠٨، في حماية حقوق الأفراد من التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية؟ او بمعنى ذلك؟ هل ان التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حقق التوازن بين المصلحة العامة او مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد وكذا تنفيذ القرارات الإدارية وبين المصلحة الخاصة متمثلة في حقوق وحرية الأفراد؟

للإجابة على هذه الإشكاليات، نقوم بدراسة الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية وفقاً لمنهج تحليلي مقارنة من خلال البحث في الاجتهاد القضائي المصري والفرنسي ومقارنته بالاجتهاد القضائي الجزائري في ميدان القضاء المستعجل من جهة، ومن جهة

اخرى المقارنة بين الشروط الموضوعية قبل وبعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية فى الجزائر.
وذلك وفق للخطة التالية:

- مقدمة
- المبحث الاول : الشروط الموضوعية العامة :
- المطلب الاول : شرط الاستعجال
- المطلب الثانى : عدم المساس باصل الحق
- المطلب الثالث : عدم المساس بالنظام العام
- المبحث الثالث : الشروط الموضوعية الخاصة :
- المطلب الاول : شرط الجدية والشك الجدى حول مشروعية القرار الادارى
- المطلب الثانى : شرط عدم الاضرار بالمصلحة العامة
- المطلب الثالث : عدم الاضرار بحقوق الطاعن
- خاتمة

المبحث الاول الشروط الموضوعية العامة

دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية هى دعوى استعجالية يطلب بموجبها احد الاطراف استبعاد الاثر غير الموقوف للطعن بالالغاء أمام الجهات القضائية الإدارية كاجراء مؤقت وسريع لحماية مصالح قبل ان تتعرض لنتائج يصعب تداركها.^(١)

وتشترك الدعوى الاستعجالية الإدارية مع الدعوى الاستعجالية المدنية فى شروط اقرها المشرع وكرسها القضاء وهى حالة الاستعجال، وحالة عدم المساس بأصل الحق، اما شرط عدم المساس بالنظام العام،

1 شفيقة بن كبيرة : وقف تنفيذ القرارات الادارية فى الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس سطيف، اكتوبر ٢٠٠٩ ص ٩٣.

فلم ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، سواء فى إجراءات الاستعجال أمام المحكمة الإدارية أو أمام مجلس الدولة. فما المقصود بهذه الشروط؟ وهل اضاف المشرع الجزائرى جديدا فى هذه الشروط بعد التعديل الاخير؟

للإجابة على هذه الاشكاليات، نقسم هذا المبحث الى ثلاث

مطالب اساسية:

المطلب الاول: شرط الاستعجال

المطلب الثانى: عدم المساس باصل الحق

المطلب الثالث: عدم المساس بالنظام العام

المطلب الاول

شرط الاستعجال

يعتبر شرط الاستعجال من الشروط الموضوعية العامة التى تشترك فيها الدعوى الاستعجالية الإدارية مع الدعوى الاستعجالية المدنية واهم شرط لاقامة هذه الدعوى.

لذلك فقد اختلف كل من الفقه والقضاء فى تفسير هذه الحالة، كما ان المشرع الجزائرى قد عبر عنها بمسميات مختلفة، فما المقصود بشرط الاستعجال سواء فى نظر الفقه او القضاء الادارى الفرنسى والمصرى والجزائرى؟ وماهى الصياغة السليمة لهذا الشرط فى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرى الجديد؟

الفرع الاول

موقف الفقه من شرط الاستعجال

لا يعتبر تعريف حالة الاستعجال من السهولة بمكان، لان فكرة الاستعجال فى حد ذاتها فكرة متغيرة ومرنة وتتغير بحسب الظروف الزمانية والمكانية، مما اوجد الكثير من التعريفات الفقهية.

لذا فإن البعض من الفقه قد ربط بين حالة الاستعجال والضرورة
فعرفه بأنه "الضرورة التي لا تحتمل تأخير او انه الضرورة التي ادت الى
اتخاذ الاجراء المؤقت المطلوب".^(١)

بينما البعض الاخر من الفقه، اعتبر ان حالة الاستعجال تقوم فى
حالة التأخير فى الفصل فى النزاع ضررا لاحد اطرافه . حيث لقيام هذا
الشرط يتعين ان يكون الامر يمثل خطورة قد يتعذر تداركها فيما لو بقى
القرار منفذا الى ان يقضى فى طلب إلغائه، وان يترتب على تنفيذ القرار
مخاطر للطاعن يتعذر تداركها، وخطر محقق يهدده، فلا يقوم الاستعجال
إلا إذا نشأ من وقوع مخاطر محددة او ترتب اضرار نتيجة لتنفيذ القرار
المطعون فيه.^(٢)

وقد عبرت فئة اخرى من الفقه، عن حالة الاستعجال بالضرر المبرر
للحكم بوقف التنفيذ، حيث قال الاستاذ laveau ان وقف التنفيذ يكون
مبررا أمام القضاء، اذا كانت توجد مصلحة عاجلة وان هذا الشرط يصبح
محققا عندما يمثل التنفيذ خطر التسبب فى ضرر لا يمكن اصلاحه للطاعن
او ببساطة ضرر بالغ للغاية.^(٣)

كما اخذ الفقه الجزائرى بهذا التعريف، منه د/ مسعود شيهوب
والدكتور الغوثى بن ملح، و الدكتور محفوظ لشهب، حيث اعتبروا ان
الاستعجال هو الضرر المبرر للحكم بوقف التنفيذ ويلزم ان يكون مما
يصعب اصلاحه او تكون على الاقل ضررا جسيما.^(٤)

- 1 د/ القوتى بن ملح : القضاء المستعجل وتطبيقاته فى القضاء الادارى الجزائرى،
الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ١٠
- 2 ابراهيم المنجى : القضاء المستعجل والتنفيذ، الطبعة الاولى، منشأة المعارف
الاسكندرية ١٩٩٩، ص ١١٥
- 3 عبد الغنى بسونى عبد الله، وقف تنفيذ القرار الادارى فى احكام القضاء الادارى
منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٠٤
- 4 د/ مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الادارية، نظرية الاختصاص، الجزء
الثالث، دم ج، الجزائر، ١٩٩٩، ص ٤٨٩، ود/ الغوثى بن ملح : المرجع السابق،
ص ١٠٠

وأمام هذه التعريفات الكثيرة للفقهاء الإدارى لحالة الاستعجال، ترى ما موقف القضاء والتشريع من هذه التعريفات، وهل لهذه التعريفات اثر طيب او عكسى لوقف تنفيذ القرار الادارى؟

الفرع الثانى

موقف القضاء من شرط الاستعجال:

لقد اتخذ القضاء الادارى الفرنسى والمصرى والجزائرى موقفا مشابها لموقف الفقه فى تعريف حالة الاستعجال، حيث ان القضاء الفرنسى قبل صدور قانون ٣٠ جوان ٢٠٠٠، اشترط ضرورة التوقى من ضرر يخنشى وقوعه اذا تم تنفيذ القرار الادارى المطعون فيه كدعوى الالغاء وكانت احكامه الاولية تقتصر على مجرد التحقيق من وجود ضرر بسيط *un simple dommage* لكى يقضى بوقف التنفيذ.^(١)

لكن بعد صدور قانون ٣٠ جوان ٢٠٠٠، الخاص بقانون العدالة الفرنسية، اثار محافظ الدولة *touvet* حول قرار مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩ جانفى ٢٠٠١ (الكنفدرالية الوطنية للاذاعات الحرة) والذى رسم لأول مرة نطاق مفهوم الاستعجال فى مواد قضاء الوقف، ان الضرر الحال والجسيم ما هو الا سبيل للكشف المالى للاستعجال، وليس الطابع الصعب الاصلاح للضرر الوسيلة التقليدية للاستعجال. وبقي لتوفر حالة الاستعجال، ان يكون الضرر قائما وحالا حتى يطلب وقف تنفيذ القرار الادارى. وهذا ما اخذت به المحكمة الإدارية العليا فى مصر، حينما عرفت الاستعجال كشرط لنظر الدعوى الاستعجالية الإدارية حيث قالت " ان دعوة اثبات الحالة لاتعد كونها اجراء تحفظى بصورة حالة مادية يتعذر اثباتها مستقبلا صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع"^(٢)

1 شفيقة بن كسيرة : المرجع السابق، ص ٩٨

2 قرار المحكمة الادارية العليا فى مصر، الطعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٣٣ قضائية جلسة ١٩٩٧/٠٤/٠٦ اشار اليها ابراهيم المنجى : المرجع السابق، ص ٣٤٢.

كما لم يستقر القضاء الادارى الجزائرى ممثلا فى الغرفة الإدارية للمحكمة العليا . سابقا و مجلس الدولة حاليا فى تعريف حالة الاستعجال ، حيث ربط قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، الاستعجال بحالة الخطر ، فيما اقر ان " رفض صاحب السكن الشاغل الدخول الى المسكن حيث توجد ملابسه واثائه يعتبر تصرف يسمح لقاضى الاستعجال الذى هو ادرى بحالته الاستعجالية ، التدخل من اجل وضع حد لحالته غير العادية ، يمكن ان تؤدى الى افعال خطيرة مما جعل القاضى الاستعجالى مختص بالسماح للشاغل بالدخول الى المسكن ، دون المساس بالموضوع ودون اعطاء شاغل الامكنة صفة المستأجر. ^(١)

وفى قرار آخر للغرفة الإدارية للمحكمة العليا ؛ ربطت المحكمة حالة الاستعجال ، بحالة الضرر الحال او القائم ، او الضرر المحقق ، حيث اكدت " من المقرر قانونا ان قاضى الامور المستعجلة لا يجوز له الامر باتخاذ اى اجراء من اجراءات التحقيق الا عند الضرورة ومنع خطر محقق لا يمكن تفاديه ، وان يكون القصد من هذا الاجراء البحث فى مسالة اختصاصه من عدمه ، لا ان يكون الفصل فى وقائع مادية او حقوق متنازع عليها. ^(٢)

وفى امر اخر صادر عن مجلس الدولة فى ٢٠ فيفري ٢٠٠٠ ، اعتبر انه يشترط لرفع دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية ان يكون الخطر حالا وقائما ، كما ان الضرر ممكن الوقوع او وشيك الوقوع او يكون قائما او حالا ومباشرا ، حيث اقر الامر أن :

" فى هذه الظروف ان توقيف الباخرة منذ ٢٠٠٠/١١/٠٢ ترتب وتسبب يوميا فى تكاليف معتبرة مسددة بالعمل الصعبة ، كما انه من

- 1 للمحكمة العليا ، الغرفة الادارية رقم ٧٧٣ مؤرخ فى ١٠/٠٢/١٩٩٢ - نشرة القضاة - ١٩٩٧ العدد ٥٢ ، ص ١٢٥
- 2 امر رئيس المحكمة العليا ، رقم ٥٣٩١٨ مؤرخ فى ٢٢/٠٦/١٩٨٨ المجلة القضائية ، العدد الرابع - ١٩٩٥ ، ص ٣٠ امر رئيس مجلس الدولة بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٠ منشور على الموقع التالى : www.djela.info

المحتمل جدا ان يؤدي ذلك الى تلف البضاعة المحمولة نظرا لظروف تخزينها داخل الباخرة مما يجعل عنصر الاستعجال متورث في قضية الحال"
وتبين من هذه القرارات والاوامر لرئيس المحكمة العليا سابقا ورئيس مجلس الدولة حاليا، ان القضاء الادارى الجزائرى قد توسع فى مفهوم الاستعجال حسب كل حالة وحسب الظروف المكائنية والزمانية، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضى الادارى، حيث يجوز الحكم بوقف تنفيذ القرار الادارى، فى حالة وجود خطر محقق ومحقق، او فى حالة حدوث ضرر حال قائم مباشر او فى حالة تجنب اضرار او مخاطر يصعب تداركها فى المستقبل

الفرع الثالث

موقف المشرع من حالة الاستعجال

وعلى عكس الفقه والقضاء الادارين فلم يعرف المشرع الفرنسى حالة الاستعجال فى القانون الجديد للعدالة الفرنسية . حيث تضمنت المادة ١ - ٥٢١ من القانون الجديد للعدالة الإدارية رقم ٥٩٧ - ٢٠٠٠ المؤرخ فى ٢٠٠٠/٠٦/٣٠ انه " يجوز لقاضى الامور المستعجلة متى قدم اليه الطلب ان يأمر بوقف تنفيذ قرار ادارى او بعض اثاره حتى ولو كان قرارا بالرفض اذا كان هذا القرار محلا للطعن فيه بالالغاء او التعديل وطالما الاستعجال يبرر هذا الموقف وان تكون هناك اسباب من شأنها فى الحالة الراهنة لتحقيق الدعوى ان تثير شكوى حادة فى مشروعية القرار".^(١)
وعليه فان هذه المادة اشارت فقط لحالة الاستعجال كشرط من شروط وقف تنفيذ القرار الادارى، وذلك على العكس من المشرعين الجزائرى والمصرى، هذا الاخير الذى عرف حالة الاستعجال فى المادة ٤٩ - ١ من قانون مجلس الدولة المصرى، فتضمن انه لا يجوز وقف تنفيذ القرار الادارى الا اذا رأت المحكمة نتائج يتعذر تداركها.^(٢)

1 شفيقة بن كسيرة : المرجع السابق، ص ٩٤.

2 ابراهيم المنجى : المرجع السابق ص ٣٥.

وعلى خلاف ذلك ، فان المشرع الجزائري فى قانون الإجراءات المدنية القديم بموجب الامر رقم ٦٦ - ١٥٤ فى مادته ١٧١ مكرر، لم يعرف حالة الاستعجال، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضى من جهة وقدوة بالمشرع الفرنسى، حيث نصت المادة ١٧١ مكرر "يجوز لرئيس المجلس القضائى او العضو الذى تنتدبه الامر بصف مستعجلة"^(١) دون تعريف لحالة الاستعجال او توحيها

لكن بعد صدور القانون ٠٨ - ٠٩ المؤرخ فى ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المعدل والمتمم للامر ٦٦ - ١٥٤ المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، قام المشرع الجزائرى بتعريف حالة الاستعجال ؛ لكن فى المادة ٩١٢ من القسم الثالث الخاص بوقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة، حيث اشار الى الاستعجال بانه ".....عندما يكون تنفيذ القرار الادارى من شأنه احداث عواقب يصعب تداركها"^(٢).

ونلاحظ ان التعديل الاخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، خص بالفعل الدعوى الاستعجالية بمواد كثيرة، لكن لم يعرف حالة الاستعجال الا فى المادة ٩١٢ الخاص بوقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة، وهذا اسوة بالمشرع المصرى الذى عرف هذا الشرط فى قانون مجلس الدولة المصرى لسنة ١٩٧٢ فى مادته ٤٩ - ١.

ويلاحظ ان المشرع الجزائرى فى هذا التعديل يريد اعطاء القاضى الادارى سلطة تقديرية لتحديد حالة الاستعجالة، كما ان ذلك لم يمنعه من الاشارة الى هذا الشرط فى قوانين اخرى، كالقانون الخاص بالتهيئة والتعمير رقم ٩٠ - ٢٩ المؤرخ فى ١٢/٠١/١٩٩٠ وذلك فى منازعات وقف الاشغال والهدم والمطابقة، وفى القانون رقم ٨٩ - ١١ المؤرخ فى

- 1 الامر رقم ٦٦ - ٤٤ المؤرخ فى ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الاجراءات المدنية (جريدة رسمية رقم ٤٧ الصادرة فى ٠١ جوان ١٩٦٦).
- 2 القانون ٠٨ - ٠٩ المؤرخ فى ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ الخاص بقانون الاجراءات المدنية والادارية (ج رقم ٢١ الصادرة بتاريخ ٢٣ افريل ٢٠٠٨).

١٩٨٩/٠٧/٠٥ المتعلق بالجماعات ذات الطابع السياسى المعدل بالقانون
العضوى ٩٧ - ٠٩ المتعلق بالاحزاب السياسية.

المطلب الثانى

شروط عدم المساس باصل الحق:

من القواعد العامة للدعوى الاستعجالية سواء أكانت دعوى ادارية
ام دعوى مدنية، ان لا يمس الامر الاستعجالى باصل الحق.
ويقصد بالحق الممنوع على القاضى المستعجل المساس به السبب
القانونى الذى يحدد المراكز القانونية لطرفى النزاع او يغير فيها، كان ترفع
دعوى بطلب تملك عين او طلب تقرير حق ارتفاع او فسخ عقد او
بطلانه، فهى خارجة من اختصاص القاضى المستعجل، فالدعوى
الاستعجالية تهدف اما الى اثبات حالة معينة يخشى عليها من مرور
الوقت او التى تهدف الى اتخاذ اجراءات التحقيق او التى تهدف الى اتخاذ
الاجراءات التحفظية.^(١)

كما ان اوامر القضاء الاستعجالى تكون ذات حجية مؤقتة، تنتهى
مبدئيا بصدور حكم الموضوع وترتبيا لذلك، يجوز للقاضى الرجوع عن
الامر المتخذ بناء على طلب كل من له مصلحة، متى ظهرت مقتضيات
جديدة.

وبالرغم من ان الفقه والقضاء والتشريع فى كل من فرنسا ومصر
لم يشر الى هذا الشرط، الا ان المشرع اعتبره من اهم شروط رفع الدعوى
الاستعجالية.

حيث ان المحكمة العليا فى الجزائر؛ قد اقرت بهذا الشرط فى الكثير
من احكامها، حيث اكدت فى حكم لها صادر بتاريخ ١٩٨٣/٠٢/٠٧
ان " متى كان من المقرر ان الطلبات التى يكون الغرض منها استصدار امر
باثبات حالة او الانذار او اتخاذ اجراء مستعجل اخر فى اى موضوع كان

1 ابراهيم المنجى : المرجع السابق ص ٣١٤.

دون المساس بحقوق الاطراق تقدم الى رئيس الجهة القضائية المختصة الذى يصدر امره بشأنها. (١)

وفى قرار او امر اخر، اقرت المحكمة ان " من المقرر قانونا ان رئيس المجلس القضائى يستطيع عند فصله فى القضايا الادارية ان يامر عن طريق الاستعجال باتخاذ الإجراءات التى يراها ضرورية دون المساس باصل الحق، ومن ثم فان طلب تأجيل تحصيل الضرائب، المتبعة من اجلها الشركة المستأنفة وذلك لغاية الفصل فى النزاع، فان هذه الدعوى تعتبر بالفعل من اختصاص قاضى الامور المستعجلة. (٢)

ويلاحظ ان الاساس القانونى لقاضى الامور المستعجلة لاثبات شرط عدم المساس باصل الحق هو المادة ١٧١ مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائرى قبل التعديل الجديد فى ٢٠٠٨ والتي تنص " يجوز لرئيس المجلس القضائى او العضو الذى انتدبه باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة ... ويدون المساس باصل الحق.."

وبعد التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية الإدارية فى ٢٠٠٨، نص المشرع الجزائرى على هذا الشرط فى المادة ٩١٨ بقولها: " يامر قاضى الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر فى اصل الحق، ويفصل فى اقرب الاجال" وعليه فلا يعد هذا الشرط خاصا بالدعوى الاستعجالية الإدارية فهو شرط عام يخص الدعوى الاستعجالية ككل سواء ادارية او مدنية او تجارية وطبقه المشرع الجزائرى فى قوانين خاصة فى مادة الضرائب والاشغال العامة ونزع الملكية من اجل العمومية والايجارات.

ويلاحظ ان هذا الشرط كان من المفروض ان يعتبر من الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الادارى باعتباره مرتبطا بالاختصاص الولاىى لقاضى الامور المستعجلة، حيث ينظر هذا القاضى فى الاوامر

1 أمر المحكمة العليا رقم ٣٠١٦١ المؤرخ فى ١٩٨٣/٠٢/٠٧ المجلة القضائية العدد الاول - ١٩٨٩ - ص ١٦٨.

2 أمر المحكمة العليا رقم ٤٣٩٩٥ المؤرخ فى ١٩٨٩/١٠/١٢ المجلة القضائية العدد الرابع - ١٩٨٩ - ص ٢٤٦.

الاستعجالية التي لا تمس باصل الحق، ومن جهة اخرى يرتبط هذا الشرط بكون الطلبات المستعجلة مؤقتة، فهو شكلى اكثر منه موضوعى وهذا هو السبب الذى جعل المشرع الجزائرى عدم النص عليه فى الدعاوى الاستعجالية الإدارية.

المطلب الثالث

عدم المساس بالنظام العام

ان من اهم الشروط العامة لدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية هو شرط عدم المساس بالنظام العام، هذا الشرط الذى تم الغاءه من طرف المشرع الجزائرى بعد التعديل الجديد فى ٢٠٠٨ فلماذا هذا الالغاء؟ وما المقصود بالنظام العام سواء فى نظر الفقه او القضاء او التشريع؟

للإجابة على هذه الاشكاليات نقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع:

الفرع الاول: موقف الفقه من النظام العام

الفرع الثانى: موقف القضاء من النظام العام

الفرع الثالث: موقف المشرع من النظام العام

الفرع الاول:

موقف انفقه من النظام العام

فى الحقيقة تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ومط ماطة تتأثر بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية فهى فكرة من الصعب حصرها لذا وصفها الفقيه geny " النظام العام عبارة عن غلاف فارغ وان الحديث عنه هو مجرد كلام مطاط. ^(١)

وفى المقابل يرى الدكتور عمار عوابدى ان " النظام العام فى مفهوم القانون الادارى والوظيفة الإدارية فى الدولة وكهدف وحيد للمضبط الادارى هو المحافظة على الصحة العامة والسكنية العامة والاداب العامة

1 شفيقة بن كسيرة : المرجع السابق، ص ١٠٣.

بطريقة وقائية وذلك عن طريق القضاء على المخاطر والاطار مهما كان مصدرها التي تهدد عناصر ومقومات النظام.^(١)

ويرى جانب آخر من الفقه ان النظام العام " هو السلام والامن للمجموعة الوطنية وان النظام العام من المهام الاولى للضبطية الإدارية.^(٢) ويرى محافظ الدولة في فرنسا vughet ان النظام العام مفهوم واسع جدا فهو يحتوي على مفاهيم الامن العام والسكينة العامة ليتجاوزها الى القرارات المتخذة في المجال الاقتصادي.^(٣)

ومن خلال هذه المفاهيم الفقهية يتضح ان مفهوم النظام العام خاصة في القانون الادارى فكرة مرنة ومتطورة بتطور الوظيفة الإدارية واهدافها وهو من الناحية الوظيفية يهدف الى تحقيق السلام العام والسكينة العامة والامن العام والصحة العامة لجميع المواطنين لكن فى ظل التغيرات الحديثة اصبح يتعلق بجميع مجالات الحياة حتى الاقتصادية والثقافية لذا ظهر حاليا مصطلح: " الضبط الاقتصادي " بعد تدخل الدولة فى المجال الاقتصادي باستحداث هيئات ضابطة لقواعد السوق

الفرع الثانى

موقف القضاء من شرط النظام العام

لقد سائر القضاء الادارى تطور فكرة النظام العام حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسى فى قرار حـ. يث صادر فى ١٥/٠٦/٢٠٠١ ان " الاطفال الذين لا تتجاوز أعمارهم ١٣ سنة ممنوعون من السير فى بعض المناطق دون مرافق راشد بين الساعة ٢٣ مساء و٦ صباحا مساسا بحرية التنقل لتعلق ذلك بالنظام العام " وفى قرار اخر اعتبر مجلس الدولة الفرنسى ان

- 1 د/ عمار عوابدى : القانون الادارى م وك ودم ج، الجزائر ١٩٩٠ ص ٣٩٨.
- 2 بشير بلعيد : القضاء المستعجل فى المواد الادارية، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة باتنة ١٩٩٣ ص ٧٩.
- 3 شفيقة بن كسيرة : المرجع السابق، ص ١٠٣.

من النظام العام المساس بكرامة الانسان وعليه امر بتأييد القرار الذي منع مسرحية تسيئ الى الاقزام.^(١)

لذا فان النظام العام فى مفهوم مجلس الدولة الفرنسى قد اختلف عن المفهوم التقليدى ، بتطور عناصر ومقومات النظام العام حيث اصبح يشمل الى جانب الامن العام والسكينة العامة والصحة العامة كل مجالات الحياة العامة الاقتصادية والثقافية ، اى الامن الاقتصادى والامن الثقافى وكل ما يتعلق بتحقيق الرفاهية والامن للمواطنين.

وفى المقابل ، فان المحكمة العليا ومن بعدها مجلس الدولة الجزائرى ، لم يعط تعريفا واحدا للنظام العام حيث اعتبرت المحكمة العليا فى قرار صادر فى ١٢/٠٤/١٩٨٦ ، وان قرار المنع من الاقامة تديبرا امنيا متخذاً ضد نطاق المحافظة على النظام العام والامن العام تطبيقاً للمادة ١٧١ مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائرى.^(٢)

لذا فإن مفهوم النظام العام فى نظر القضاء الإدارى الجزائرى هو مجموعة القواعد القانونية لتحقيق السلم الاجتماعى وتمكين كل مواطن من ممارسة حقوقه المشروعة فى جميع الميادين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية.

الفرع الثالث

موقف المشروع من شرط عدم المساس بالنظام العام

يختلف مفهوم النظام العام من قانون لآخر ، حيث يختلف هذا المفهوم من القانون العام او القانون الادارى الي القانون الخاص ، فهو فى ميدان القانون العام ذو طبيعة سياسية ، ويتعلق خاصة بتحقيق المصلحة العامة وتحقيق التوازن بينها وبين المصلحة الخاصة ن لذا فإن تعريف النظام

1 شفيقة بن كسيرة : المرجع السابق ، ص ١٠٦

2 قرار المحكمة العليا رقم ٢٦٩٩٨ مؤرخ فى ١٢/٠٤/١٩٨٦ المجلة القضائية - العدد الثانى - ١٩٨٩ ص ٢١٥

العام خاصة في مجال القانون العام او القانون الاداري هو مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلي تحقيق التوازن بين سلامة وأمن الدولة وحماية حقوق حريات المواطنين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية . ولقد أشار المشرع الفرنسي والجزائري لشرط عدم المساس بالنظام العام في دعوي وقوف تنفيذ القرارات الإدارية ، حيث نصت المادة ١٧١ مكرر من قانون الإجراءات المدنية صراحة علي هذا الشرط حين قالت (.. في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي أو العضو الذي يتدبه الامر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة ... باستثناء ما تعلق منها بأوجه النزاع التي تمس بالنظام العام او الأمن العام ...) كما أشار إلي هذا الشرط كذلك في المادة ١٧٠ من قانون الإجراءات المدنية بقولها (.. ومع ذلك لا يجوز للمجلس القضائي بأي حال من الاحوال أن يأمر بوقف تنفيذ قرار يمس حفظ النظام العام والأمن العام والهدوء العام) .

ولقد جاءت هذه المواد مطابقة للقانون الفرنسي ، حين نص علي ان تأمر المحكمة الإدارية بوقف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بالنظام العام والأمن العام والسكينة العامة)^١ ورغم إلغاء هذا الشريط من طرف المشرع الفرنسي بموجب المرسوم المؤرخ في ٢٧/٠١/١٩٨٣ ، إلا أن المشرع الجزائري لم يبلغ هذا الشرط إلا بعد التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية بموجب القانون ٠٨/٠٩ المؤرخ في ٢٥/٢/٢٠٠٨ ونحن نري أن المشرع الجزائري رغم تقليده للمشرع الفرنسي في إلغاء هذا الشرط لكن مع ذلك نراه فكرة مستحسنة ، لان فكرة النظام العام فكرة مرنة وواسعة وتطورة وتحتاج دائما غلي تفسير واجتهاد من طرف مجلس الدولة الجزائري .

1 Péiser(6): droit administrative 19 ed mementos paris 1992 p 198.

كما ان عدم توافر شرط عدم المساس بالنظام العام يقلل من احتمال قرار القاضي بعدم الاختصاص، وبالتالي تفادي خروج الكثير من المنازعات الإدارية من الرقابة القضائية في مجال حالات الاستعجال .

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية الخاصة

اشترط المشرع لقيام ورفع دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية شروطا عامة تمثلت في شرط الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق، وشروطا خاصة تتمثل أساسا في جدية الأسباب لرفع هذه الدعوي أو وجود شك جدي لوقف تنفيذ القرار الاداري كما اشترط المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية الجديد بموجب القانون ٠٨ - ٠٩ خاصة في دعوي رفع وقف تنفيذ القرار الاداري أما مجلس الدولة بموجب المواد ٩١١ و٩١٢ عدم الاضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف . فما المقصود بهذه الشروط وما الفرق بين جدية الأسباب وشك جدي لرفع دعوي التنفيذ ؟ ما المقصود بالمصلحة العامة وحقوق المستأنف ؟

للإجابة علي هذه الإشكاليات ، نقسم المبحث إلي ثلاثة مطالب

- المطلب الاول : السبب الجدي والشك الجدي .
- المطلب الثاني : المصلحة العامة .
- المطلب الثالث : حقوق المستأنف .

المطلب الاول

السبب الجدي والشك الجدي

من شروط نظر الدعوة الإدارية المستعجلة، شرط جدية الأسباب ، ذلك انه ليس من شك ان تعذر تدارك النتائج الضارة هو شرط الاستعجال لنظر الدعوي الإدارية المستعجلة، وقيام شرط الاستعجال وحده لا يكفي لنظر الدعوي المستعجلة الإدارية أمام القضاء الداري، بل

لابد أن يكون ادعاء المدعي قائما بحسب الظاهر علي أسباب جدية تحمل علي ضرورة اتخاذ الاجراء المؤقت علي وجه السرعة^(١)

يقصد بشرط الجدية كذلك حسب الاستاذ GUSTAVE PEISER رجحان احتمال الحكم بإلغاء القرار الاداري بوجود أسباب جدية مؤسسة تبرر هذا الابطال، بحيث من الضروري أن تكون الأسباب التي استند عليها الطاعن جدية أثناء التحقيق^(٢). أما د/ عبد الغني بسيوني ود محمد فؤاد عبد الباسط فيعبران عن جدية الأسباب بأن يكون طلب وقف التنفيذ قائما علي أسباب تبرره، بمعنى ان يكون احتمال لاحقية الطاعن فيما يطلبه من حيث الموضوع، وهذه الأسباب الجدية يبحث في موضوعها من حيث القانون وليس من حيث الواقع^(٣)

ولقد أكدت محكمة القضاء الاداري في مصر باعتبار ان هذا الشرط في مصر من خلق القضاء الاداري أن المحكمة وهي بصدد وقف التنفيذ تكفي بتقدير جدية هذه المطاعن بالنظر الي ظاهرها ومحكمة الموضوع هي التي تتعمق في بحثها وتنظر فيما يؤديها وما يدحضها من دلائل موضوعية تقدمها كلا من طرفي النزاع^(٤).

أما مجلس الدولة الفرنسي فيري نأن جدية الأسباب أن تعطي لاول وهلة أكبر فرصة ممكنة لكسب الدعوة، ولكي يتحقق ذلك يكفي أن يكون علي الاقل واحد من الأسباب معروف حتي لا تصبح طعون وقف التنفيذ سبيلا للمماطلة والتأجيل^(٥).

1 ابراهيم المنجي المرجع السابق ص ٣٤٢

2 Peiser (g): op -cit p 198

3 عبد الغني عبد الله بسيوني : المرجع السابق، ص 112

4 عبد الرؤوف هاشم بسيوني : المرافعات الادارية الجزء الاول دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩ ص ٣٨٤ - ٣٨٩

5 عبد الغني عبد الله بسيوني : المرجع السابق، ص ١١٢

وقبل قانون ٢٠٠٠/٦/٣٠ نص المشرع الفرنسي علي شرط الاستعجال وشرط جدية الأسباب في قانون المحاكم الإدارية كشرط رفع دعوة وقف تنفيذ القرارات الإدارية إلا أن القانون الجديد ، أي بعد صدور قانون ٢٠٠٠/٦/٣٠ استحدث شرط الشك الجدي حيث نصت المادة ١ - ٥٢١ من هذا القانون علي ما يلي : ان تكون هناك أسباب من شأنها في الحالة الراهنة لتحقيق الدعوي أن تثير شكوي جادة في مشروعية القرار ويرى الفقه الفرنسي أن شرط الشك الجدي شرط مرن ويحرر القاضي الاستعجالي من التقيد التقليدي الذي كان يعاني منه.^(١)

وفي المقابل ، لم ينص المشرع المصري علي هذا الشرط وكذا المشرع الجزائري في الامر ٦٦ - ١٥٤ الخاص بقانون الإجراءات المدنية ن بينما نص عليه في القانون ٠٨ - ٠٩ الخاص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية . وذلك في المادة ٩١٢ من القسم الثالث من الباب الثاني الخاص بالإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة ن وذلك بقولها ... عندما تبدو الأوجه المثارة في العريضة من خلال ما توصل إليه التحقيق جدية ، ومن شأنها تبرير إلغاء القرار المطعون فيه كما نص علي شرط الشك الجدي في المادة ٩١٩ من حالات الاستعجال الفوري ، وذلك بقولها : .. متي ظهر له من التحقق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار ..

ويلاحظ أن شرط السبب الجدي قد نص عليه المشرع الجزائري في دعوي وقف التنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة فقط دون النص عليه أمام المحاكم الإدارية وهذا يعد تقصيرا من المشرع لان جدية الأسباب يمكن أثارها سواء أمام القاضي الابتدائي أو قاضي مجلس الدولة .

1 Peiser (g) : op – cit p 199.

وعليه نرجو من المشرع الجزائري خلافا للمشرع الفرنسي لم يستبدل السبب الجدي بالشك الجدي لرفع دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية ، بل نص عليهما في موضوعين مختلفين حيث اشترط جدية الأسباب أمام مجلس الدولة والشك الجدي في جميع حالات الاستعجال الفوري حسب المادة ٩١٩ لذا كان علي المشرع توحيد شروط رفع الدعوي الاستعجالية ، وإلغاء شرط السبب الجدي او شرط الشك الجدي لتوحيد أسباب رفع هذه الدعوي . رغم أننا نفضل ما أخذ به المشرع الفرنسي حينما استبدل السبب الجدي بالشك الجدي ، ذلك أن ظاهر الأوراق وتفحص المستندات قد يدخل الشك في مشروعيتها دون الجدي ، ذلك أن ظاهر الاوراق وتفحص المستندات قد يدخل الشك في مشروعيتها دون الحزم أو الجدية في مشروعيتها ، وهذا ما يلائم طبيعة الإجراءات الاستعجالية .

كما ان شرط الجدية من اهم الشروط ، لرفع دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية لانه يتصل بمبدأ المشروعية ، وعنصر توازن بين مصلحة الادارة من جهة ومصالح المتعاملين معها لذا علي المشرع الجزائري الاهتمام أكثر أمام المحاكم الإدارية .

المطلب الرابع

شرط عدم الاضرار بالمصلحة العامة

لقد نص المشرع الجزائري علي هذا الشرط في المادة ٩١١ الخاص بإجراءات وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة ، وذلك بقولها : ... إذا كان من شأن الاضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف وذلك إلي غاية الفصل في موضوع الاستئناف. ^(١)

1 القانون ٠٨ - ٠٩ المؤرخ في ٢٥ فيفري ٢٠٠٨ الخاص بتعديل الامر ٦٨ - ١٥٤ المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية (ج ر رقم ٢١ الصادرة بتاريخ ٢٣ افريل ٢٠٠٨ .

ويلاحظ ان هذا الشرط رغم اهميته إلا أن الفقه الاداري قد اختلف في مدى اعتباره من شروط رفع دعوي وقف تنفيذ القرار الاداري، فما أهمية هذا الشرط؟ هل احسن المشرع الجزائري صنيعا بهذا الاستحداث بعدة التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ يعتبر شرط عدم الإضرار بالمصلحة العامة من أهم شروط دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية ن لان تحقيقه المصلحة العامة هي مناط الدعوي الإدارية بما فيها الدعوي الإدارية الاستعجالية. وتمثل هذه المصلحة العامة في مصلحة الدفاع الوطني أو ممارسة الشعائر الدينية أو صيانة المواقع التاريخية أو احترام الآداب العامة أو المصلحة الاجتماعية ويرى جانب من الفقه أن الطعن بالإلغاء هو طعن مؤسس دائما علي مصلحة عامة، وطلب وقف التنفيذ هو طلب فرعي تبعي لدعوي تجاوز السلطة. لذا يجب أن يشترط الحفاظ علي المصلحة العامة في هذه الدعوي^(١). بينما جانب اخر من الفقه يرى أن شرط عدم الإضرار بالمصلحة العامة ليست شرطا مستقلا لدعوي وقف تنفيذ. لكن في المقابل تعد المصلحة العامة أساسا لتقدير جسامه الضرر.

وقد تبع مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه، وقرر في حكم وزير المالية ضد البنك التعاوني العقاري ان وقف تنفيذ القرار الاداري لا يهدف إلا لحماية مصالح الطاعن^(٢).

بينما يرى المشرع الجزائري أن هذا الشرط يعد سبيلا لرفع وقف تنفيذ القرارات الإدارية ذلك انه في حالة كان الوقف مضرا بالمصلحة العامة غلبت الاعتبارات العامة عن المصالح الخاصة.

1 د/ عبد الغني بسيوني المرجع السابق ص ١٣٣ - ١٣٩.

2 شفيقة بن كثيرة المرجع السابق ص ١١٥.

المطلب الثالث شرط عدم الاضرار بحقوق المستأنف

لقد نص المشرع الجزائري علي هذا الشرط في المادة ٩١١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والخاص بوقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة وتخص هذه المادة رفع وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة، وتخص هذه المادة رفع وقف تنفيذ القرارات الإدارية إذا كان من شأنها المساس بحقوق المستأنف، كما أشارت المادة ٩٢٠ من نفس القانون، علي أنه من سلطات القاضي الاستعجالي الامر بكل التاثير الضرورية للمحافظة علي الحريات الاساسية للمواطنين متي كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات. كما أضافت المادة ٩٢١ من نفس القانون، ان قاضي الاستعجال في حالات الاستعجال القصوي، يجوز أن يأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية في حالات التعدي او الاستيلاء او الغلق الاداري.

ويلاحظ ان المشرع الجزائري في هذه المواد، قد أقر صراحة شرط عدم الإضرار بحقوق الطاعن أو المستأنف خاصة في حالات المساس الخطير والغير المشروع لهذه الحقوق والحريات فما المقصود بهذا الشرط، وما موقف الفقه والقضاء في ذلك ن وهل أحسن المشروع في نصه علي هذا الشرط ؟

يلاحظ أن المادة ٩١١ من الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة قد نصت علي رفع وقف تنفيذ القرارات الإدارية في حالة الإضرار بحقوق المستأنف بينما المادة ٩٢٠ تكلمت عن وقف تنفيذ القرارات الإدارية إذا من شأنها المساس بحقوق أساسية متي كان المساس خطيرا وغير مشروع، أو طبقا للمادة ٩٢١ إذا كان هناك تعدي أو أستيلاء أو غلق أداري.

أي يفهم من هذه المواد، أن الاصل هو تنفيذ القرارات الإدارية إلا إذا كان ماسا بحقوق الطاعن الاساسية مساسا خطيرا وغير مشروع ن وفي حالات التعدي والاستيلاء والغلق الاداري .

فالتعدي بالمقابل بين هذه المواد يعتبر مساسا غير مشروع بالحقوق الاساسية للمواطنين وكذا الاستيلاء وكذا الغلق الاداري، فالتعدي حسب الأستاذ فيدل : يتحقق عندما للمواطنين، وكذا الاستيلاء وكذا الغلق الاداري، فالتعدي حسب الأستاذ فيدل : يتحقق عندما تقوم الإدارة بعمل لا يرتبط جليا بتطبيق نص تشريعي أو تنظيمي ومن شأنه المساس بحق من الحقوق الأساسية للمواطنين.^(١)

وفي الفقه العربي ن يعرفه الأستاذ طعيمة الجرف علي انه كل إجراءات التنفيذ المادية التي لا تقوم علي سند من القانون الإداري او التي يصيها عيب جوهري وتصبح علي الحالتين اعمالا مادية متجردة نهائيا من الصفة الإدارية او هي اغتصاب لقواعد المشروعية وضوابطها في نطاق المشروع المادي للإدارة.^(٢)

وبينما عرفة مجلس الدولة الفرنسي بأنه تصرف متميز بالخطورة صادر عن الادارة والذي بموجبه تمس هذه الاخيرة بحق أساسي أو بالملكية الخاصة.^(٣)

أما الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر، فلقد عرفتة في قرار صادر في ١٩٨٠/٠١/٣٠ ان التعدي المادي هو تصرف مادي للأدارة مشوب بعيب وماس بأحد الحريات الاساسية لفرد . أما بالنبة للاستيلاء فلقد عرفة الفقه الاداري بأنه اللستيلاء علي عقار مملوك للأفراد بطريقة

1 waline (g): droitadministrative.ed 22 dallozparis 2008 p 58.

2 د.عبد الغنى بسيوني المرجع السابق ص ٢١٥ .

3 حسين بن الشيخ ايت ملويا : المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزء الاول دار هومة الجزائر ٢٠٠٢ ص ٦١ .

مؤقتة او دائما بصفة جزئية أو بصفة كلية ويفرق الفقه والقضاء الاداريين في فرنسا ومصر بين الاستيلاء الشرعي والاستيلاء غير الشرعي ، حيث ينعقد الاختصاص بالنسبة للاستيلاء الشرعي للقضاء الاداري ، بينما ينعقد الاختصاص في الثاني للقضاء العادي لكون القرار قد أصبح معدوما او عمل مادي يخرج عن نطاق القرارات الإدارية . أما الغلق الاداري فيعتبر جزءا من لادارة علي أصحاب المحلات في حالة مخالفتهم القوانين التشريعية والتنظيمية الصادرة في هذا المجال . ولقد كان الاجتهاد القضائي في الجزائر، قد كرس أجتهدا غزيرا في مجال التعدي ، وبشكل اقل بروزا في مجال الاستيلاء والغلق الاداري ، لكن بعد نص المادة ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ من قانون ٠٨ - ٠٩ المتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلاحظ أن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق إعمال وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ووضع قاعدة مفادها أنه كل مساس خطير وغير مشروع لحرية أساسية أو لحقوق أساسية للمواطنين يؤدي إلي وقف تنفيذ القرارات الإدارية تن ويترك لقضاء مجلس الدولة السلطة التقديرية في فحص مدي جسامه الخطر والضرر الذي يصيب الحرية الأساسية والحقوق. ولقد ظهر هذا الاتجاه جليا قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية في قرارات قضائية سابقة منها : الأمر الاستعجالي الصادر بوقف القرار الاداري الصادر من والي ولاية البرج المتعلق بتسوية وضعية سابقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

وكذا الامر الصادر من مجلس قضاء سطيف بوقف تنفيذ قرار أداري بإنهاء مهام مدير الوكالة المحلية للتسيير العقاري لبلدية (س) إلي غاية الفصل في دعوي الالغاء . وعليه ، فلقد نجح المشرع الجزائري في هذا التعديل ، من خلال استحداثه لدعوي حماية الحريات والحقوق الاساسية للمواطنين من تعسف الادارة عن طرق تنفيذ قراراتها الإدارية ، ووسع من نطاق الوقف فلا تخلص فقط حالات التعدي والاستيلاء والغلق

الاداري، بل كل مساس غير مشروع وخطير يمس هذه الحريات يمثل سببا لوقف تنفيذ القرارات الإدارية. وبهذا التعديل، أستطاع المشرع التوفيق بين المصلحة العامة ممثلة في سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد عن طريق قرارات إدارية مشروعة شكلية وموضوعية وتحقيق المصلحة الخاصة بالحفاظ علي حقوق المستأنف .

الخاتمة

ان دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية من اهم الدعوي الاستعجالية التي نظمها المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمام المحاكم الإدارية من جهة وأمام مجلس الدولة من جهه أخرى، إضافة إلي تنظيمه لشروط دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية في حالات الاستعجال القصوي .

ومن خلال استقراءنا لنصوص الإجراءات المدنية والإدارية توصلنا إلي

النتائج ائتمالية :

- ١- اهم الشروط الموضوعية لدي وقف تنفيذ القرارات الإدارية هما شرط الاستعجال وشرط جدية الأسباب أو وجود شك جدي في مشروعية القرار الاداري .
- ٢- إن المشروع الجزائري بعد التعديل الجديد لم ينص صراحة علي شروط خاصة بدعوي وقف التنفيذ القرارات الإدارية باعتبارها دعوي استعجالية أدارية .
- ٣- أن المشروع الجزائري خلافا للمشروع الفرنسي والمصري نص علي شرط عدم المساس بأصل الحق وهذا الشرط بديهي لكون الوقف لا يمس أصل الحق وهذا الشرط بديهي لكون طلب الوقف لا يمس أصل الحق في ذاته وهو الالغاء أو تعديل القرار الاداري .

٤- رغم إلغاء المشروع الفرنسي لشرط عدم المساس بالنظام العام، تمسك المشروع الجزائري بهذا الشرط، لذا نصي المشروع بتوضيح او توفير اجتهاد قضائي يحدد مفهوم النظام العام .

٥- بالنسبة لشرط عدم الاضرار بالمصلحة العامة وبمقوق المستأنف التي نص عليها المشروع الجزائري في المادة ٩١١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ن فهو يوضح حالات رفع وقف التنفيذ وبمفهوم المخالفات، فإن الاضرار بالمصلحة العامة وبمقوق المستأنف يؤدي ألي وقف تنفيذ القرار الاداري هذا من جهه ومن جهه أخرى، يجوز للقاضي الاستعجالي خاصة في حالات الاستعجال القصوي الامر بحماية الحريات الاساسية في حالة مساس خطير وغير مشروع للحقوق الاساسية للمواطنين وكذا حالات التعدي والاستيلاء والغلق الاداري .

لذا فإن المشروع الجزائري قد أضاف حماية جديدة في دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية وهي حماية المواطنين أو حماية المصالح الخاصة للمواطنين . وبناء علي ذلك، نصي المشروع الجزائري بما يلي :

أولاً: تحديد شروط رفع الدعوي الاستعجالية الإدارية بمواد خاصة لخصوبتها وتأثيرها علي المصلحة العامة والمصلحة الخاصة .

ثانياً: توضيح شرطي الاستعجال وشرط الشك الجدي، والتمسك بالسبب الجدي أو الشك الجدي لتوضيح مدي مشروعية القرار الاداري .

ثالثاً: النص علي شروط رفع دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام المحاكم الإدارية صراحة .

رابعاً: تنظيم شروط رفع دعوي وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة .

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية

١- المراجع العامة :

- إبراهيم المنجي : القضاء المستعجل والتنفيذ الطبعة الاولى ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٩٧
- د/ الغوثي بن ملحمة : القضاء المستعجل وتطبيقاته في القضاء الاداري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٠
- حسن بن الشيخ آيت ملويا : المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزء الاول ، دارهومة ، الجزائر ٢٠٠٤
- د / عبد الرؤوف هاشم بسيوني : المرافعات الإدارية الجزء الاول - دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٤
- د / عبد الغني عبد الله بسيوني : وقف تنفيذ القرار الاداري في أحكام القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠
- د / عمار عوايد : القانون الاداري ، المؤسسة الوطنية للكتاب وديوان المطبوعات الجامعية ن الجزائر ن ١٩٩٠
- د/ محمد فؤاد عبد الباسط : وقف تنفيذ القرار الاداري ن دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ١٩٩٧ .
- د/ مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص ، الجزء الثالث ، ديوان المطبوعات الجامعية ن الجزائر ، ١٩٩٩ .

٢- الرسائل:

- بشير بلعيد : القضاء المستعجل في المواد الإدارية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة باتنة - ١٩٩٣

- شفيقة بن كسيرة : وقف تنفيذ القرارات جوان الإدارية في الجزائر
- رسالة ماجستير- كلية الحقوق - جامعة فرحات عباس -
سطيف - أكتوبر ٢٠٠٤

٣- المجلات والاحكام القضائية :

- المجلة القضائية - العدد الاول ١٩٨٩
- المجلة القضائية - العدد الثاني ١٩٩٨
- المجلة القضائية - العدد الرابع - ١٩٨٩
- المجلة القضائية - العدد الرابع - ١٩٩٠
- نشرة القضاة - العدد ٥٢ - ١٩٩٧

٤- القوانين والتنظيمات :

- الامر رقم ٦٦ - ١٥٤ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج رقم ٤٧ الصادرة بتاريخ ٠٩ جوان ١٩٦٦).
- القانون رقم ٠٨ - ٠٩ المؤرخ في ٢٥ فيفري ٢٠٠٨ (الخاص بتعديل الامر ٦٦ - ١٥٤ و المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج رقم ٢١ الصادرة بتاريخ ٢٣ أفريل ٢٠٠٨).

ثانيا : المراجع الاجنبية :

- PEISER(G): DROIT ADMINISTRATIF , 19^{ed} MEMOIRPARIS 1992.
- WALINE (G) :DROIT ADMINISTRATIF, 22^{em}ED ,DALLOZ PARIS ,2008

مدى فعالية المجلس الدستوري الجزائري

في الرقابة على دستورية القوانين

أ. صديق سعوداوي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة خميس مليانة، الجزائر

دراسة في احترام مبدأ سمو الدستور

مقدمة

لا يمكن أن تتم حماية الدستور الجزائري دون لجوء المؤسس الدستوري إلى وضع وبناء والتأسيس لهيئات دستورية ورقابية مهمة، من شأنها حماية هذا القانون الأساسي الذي يعتبر أسمى القوانين في الدولة وهو فوق الجميع، بحيث لا يمكن لأي كان سواء المؤسسات الدستورية والهيئات نفسها، أو أي مسئول سياسي أو موظف سامي في الدولة، وخاصة السلطات الثلاث من تشريعية وتنفيذية وقضائية، وبالاخص السطة التنفيذية المهيمنة على العمل السياسي.

والغطسة القانونية التي حولها إياها الدستور نفسه، من حيث المشاركة في اقتراح القانون والتشريع بأوامر والمسائل التنظيمية الداخلة في اختصاصها وإصدار القانون وتنفيذه بكل الوسائل المتاحة لها.

في حين أن تطبيق وتنفيذ القواعد الدستورية تستوجب نظام قانوني متسلسل على شكل تدرجي من قمة الدستور إلى أدنى فئة قانونية، وفق خضوع القاعدة الأدنى إلى القاعدة الأعلى منها حتى الوصول إلى القاعدة الدستورية الأسمى التي لا يمكن مخالفتها.

وعليه يتكون نظام قانوني هرمي متناسق وواضح يقتضي صقل النصوص الدستورية بمفهومها الشكلي والموضوعي، على كل المسائل والقضايا والمجالات المختلفة في الدولة، وكل ذلك من أجل حماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور نفسه.

إنّ من بين هذه الهيئات نجد " المجلس الدستوري " المنكلف على الخصوص بالرقابة على دستورية القوانين ، وإن كانت له اختصاصات دستورية أخرى.

وإنّ الدور الحقيقي للمجلس الدستوري الجزائري هو كبير وواسع ، إذا ما تمت الرقابة بطريقة صحيحة وتم إخطاره من أجل رقابة دستورية القوانين ، والتقرير بشأنها إن كانت مخالفة للدستور ومن ثم لا يمكن صدورها وتطبيقها ، وإما أن تكون دستورية وقانونية يقتضي صدورها وتطبيقها.

وعليه تم التأسيس للرقابة الدستورية على القوانين في كل من الدستور الجزائري الأول لعام ١٩٦٣ ، وغياب آلية المراقبة هذه في دستور عام ١٩٧٦ ، وظهورها من جديد في الدستور الديمقراطي لعام ١٩٨٩ ، والتعديل الدستوري لعام ١٩٩٦ بشيء من التطوير والإضافة ، من حيث تشكيل المجلس وتوسيع مجالات اختصاصاته الرقابية ، وكذا جهات إخطاره وتحريك عمله الرقابي.

وعليه فالتساؤلات المطروحة لمناقشة موضوع الورقة البحثية المعتونة بـ:
"مدى فعالية المجلس الدستوري الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين"
في ظل - دراسة في احترام مبدأ سمو الدستور - هو كالآتي:

١ - التساؤل العام: ما مدى فعالية المجلس الدستوري الجزائري في حماية مبدأ سمو الدستور بواسطة الرقابة على دستورية القوانين؟.

٢ - التساؤلات الجزئية: ما مفهوم المجلس الدستوري الجزائري؟ وما هي كفاءات الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر؟ وهل يحقق المجلس الدستوري حماية كافية لمبدأ سمو الدستور؟.

محيين عن هذه الإشكالية والتساؤلات المطروحة من خلال خطة الورقة البحثية الآتية ، مبيّنين إيجابيات وسلبيات الرقابة الدستورية في الجزائر ، ومدى فعالية المجلس في تحقيق انسجام قانوني جيد ، مبيدين توصيات مهمة

يمكن الأخذ بها لتمكين المجلس الدستوري من تأدية مهامه الرقابية على وجه جيد.

الخطة المتبعة:

- **المبحث الأول:** مفهوم المجلس الدستوري وتكوينه
- **المطلب الأول:** مفهوم المجلس الدستوري الجزائري
 - **الفرع الأول:** تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين
 - **الفرع الثاني:** تعريف الرقابة الدستورية بواسطة المجلس الدستوري
 - **الفرع الثالث:** الأساس الدستوري والقانوني للمجلس الدستوري
- **المطلب الثاني:** تطور الرقابة على دستورية القوانين
 - **الفرع الأول:** ظهور الرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٦٣
 - **الفرع الثاني:** غياب الرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٧٦
 - **الفرع الثالث:** التأسيس للرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٨٩
 - **الفرع الرابع:** المجلس الدستوري في ظل المرحلة الانتقالية
- **المطلب الثالث:** تكوين المجلس الدستوري الجزائري وتحريكه
 - **الفرع الأول:** تشكيلة المجلس الدستوري وأهم الأحكام المتعلقة بأعضائه
 - **الفرع الثاني:** المظاهر السياسية في تشكيل المجلس الدستوري
 - **الفرع الثالث:** المظاهر السياسية من حيث تحريك المجلس الدستوري
- **المبحث الثاني:** نظام وإجراءات الرقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري
 - **المطلب الأول:** الأساس الدستوري لقواعد عمل المجلس الدستوري
 - **الفرع الأول:** القواعد الدستورية لنظام قواعد عمل المجلس الدستوري
 - **الفرع الثاني:** قواعد عمل المجلس الدستوري المنشأة
 - **الفرع الثالث:** عدم مراقبة نظام قواعد عمل المجلس ومبرراته

- **المطلب الثاني:** الإجراءات المتبعة في المراقبة على دستورية القوانين
 - الفرع الأول: رسالة الإخطار ومضمونها
 - الفرع الثاني: مقرر المجلس الدستوري وعمله
 - الفرع الثالث: اجتماع ومداولة المجلس الدستوري
 - الفرع الرابع: قلم كتاب الجلسات والمحاضر
- **المبحث الثالث:** اختصاصات المجلس الدستوري الرقابية
 - **المطلب الأول:** رقابة المطابقة أو الوجوبية على دستورية القوانين
 - الفرع الأول: مفهوم القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان
 - الفرع الثاني: رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور
 - الفرع الثالث: نماذج وأمثلة عن تطبيقات رقابة المطابقة الدستورية
 - **المطلب الثاني:** الرقابة الاختيارية على دستورية القوانين
 - الفرع الأول: الأساس الدستوري للرقابة الاختيارية
 - الفرع الثاني: مجالات الرقابة الاختيارية على دستورية القوانين
 - الفرع الثالث: نماذج من تطبيقات الرقابة الاختيارية
 - **المطلب الثالث:** آثار رقابة المجلس الدستوري لدى دستورية القوانين
 - الفرع الأول: توقيع قرارات وآراء المجلس الدستوري
 - الفرع الثاني: تسبيب آراء وقرارات المجلس الدستوري
 - الفرع الثالث: تبليغ الرأي وقرار المجلس إلى جهات الإخطار ونشرها
 - الفرع الرابع: حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري

الخاتمة

قائمة المراجع

المبحث الأول

مفهوم المجلس الدستوري وتكوينه

تعدّ الرقابة على دستورية القوانين، كعنصر من العناصر الرئيسية في تحقيق سمو الدستور، سواء أكانت هيئة سياسية أو هيئة قضائية، أو هيئة بمواصفات أخرى، فالهم هو أن تكون هناك آلية كفيلة لحماية الدستور من التدخلات غير الشرعية الناتجة عن السلطات العامة والإدارية في الدولة. وقد تبنت الدولة الجزائرية الرقابة هذه في صورتها السياسية، بواسطة مجلس دستوري، يترواح بين المصادقية أحيانا والالفاعلية أحيانا أخرى، بالنظر إلى المواقف التي اتخذها في قراراته وآراءه بصدد المراقبة الدستورية على القوانين، وتقتضي دراسة مفهوم المجلس الدستوري الجزائري، من خلال تعريفه، وكيف تطورت الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، وأيضا بيان تكوين المجلس وطريقة تحريكه، وفق المطالب الثلاث التالية:

- المطلب الأول: مفهوم المجلس الدستوري الجزائري
- المطلب الثاني: تطور الرقابة على دستورية القوانين
- المطلب الثالث: تكوين المجلس الدستوري الجزائري وتحريكه

المطلب الأول

تعريف المجلس الدستوري الجزائري

للمجلس الدستوري الجزائري مجموعة تعاريف؛ منها التعاريف الفقهية، والتعريف الدستوري والقانوني، وأيضا ذلك التعريف المقترن بالرقابة السياسية على دستورية القوانين، وتعد هذه الأخيرة بصورة عامة والتي تجسد سندها في مبدأ المشروعية الفيصل في التفرقة بين الحكومة القانونية وغيرها من الحكومات الاستبدادية، أي أنّ المجال الحقيقي لهذه الآلية القانونية هو الدولة القانونية، التي يكون فيها الدستور في قمة الهرم القانوني⁽¹⁾، وبما أنّ المؤسس الدستوري الجزائري قد اعتنق الرقابة

(1) - أنظر: د. سرهنك حميد صالح البرزنجي، مقومات الدستور الديمقراطي وآليات الدفاع عنه، دار دجلة الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، ص ٢٥٤.

الدستورية بألية مجلس دستوري ؛ تكون الدراسة وفق الفروع الثلاث
التالية :

- الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين
- الفرع الثاني: تعريف الرقابة الدستورية بواسطة المجلس الدستوري
- الفرع الثالث: الأساس الدستوري والقانوني للمجلس الدستوري

الفرع الأول

تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين

من بين تعاريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين نجد أنها [العهد
لهيئة سياسية يتم اختيار أعضائها من قبل الأطراف السياسية ومراكز القرار
في الدولة] ^(١)، ويعرفها الفقهاء ^(٢) بقول جانب منهم بأنها [مراقبة مدى
اتفاقها أو اختلافها مع أحكام الدستور، فإن كانت قد خالفته فإنها
توصف بأنها غير دستورية، أو توصف بعدم الدستورية].

ويعرفها جانب آخر بأنها [العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل
أحكام القانون متفقة مع أحكام الدستور]، وتعرف لدى البعض بأنها [رقابة
وقائية تسبق صدور القانون، ومن ثم تحول دون صدوره إذا خالف
نصا في الدستور، وتقوم بهذه الرقابة لجنة سياسية يتم اختيار أعضائها
بواسطة السلطة التشريعية أو الاشتراك مع السلطة التنفيذية] ^(٣).

وهي أيضا [الرقابة التي تقوم بها هيئة ذات صفة سياسية، وهي عادة ما
تكون رقابة وقائية، أي تسبق صدور القانون وتحول دون إصداره إذا كان
مخالفا للدستور] ^(٤).

(1) - أنظر: المرجع نفسه، ص ٢٦١.

(2) - أنظر: خالد عبد الله عبد الرزاق النقيب، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة
مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، ٢٠٠٦، ص ٤١.

(3) - أنظر: صالح بن هاشل بن راشد المسكري، بحث نظم الرقابة على دستورية
القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر،
٢٠١٢، ص ١٣.

(4) - أنظر: أ. حسني بويديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر
والتوزيع، عنابة، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ١٠٤.

وتعرف أيضا بأنها [الرقابة التي تتم بواسطة هيئة سياسية من حيث التشكيل ؛ حتى ولو اتسمت من حيث موضوعها أو طبيعتها بالصيغة القانونية وليست السياسية، والحقيقة أنّ الصيغة السياسية غير مؤكدة، لاحتمال أن يكون تشكيل هذه الهيئة من أفراد غير سياسيين ومن غير القضاة]^(١).

وإن ارتبطت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين في الفقه السياسي الفرنسي خاصة لدى الفقيه " سيز " Sieyes"، وقد تم الأخذ بها في دستور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية الفرنسية عام ١٧٩٩ بإنشاء والعهد لمجلس الشيوخ المحافظ ليقوم بالرقابة الدستورية^(٢).
ومن ثم كانت رقابة سياسية بواسطة لجنة برلمانية، حتى وأنها تمتاز برقابة وقائية قبلية.

الفرع الثاني

تعريف الرقابة الدستورية بواسطة المجلس الدستوري

من خلال وجود صور عديدة للرقابة السياسية على دستورية القوانين^(٣) نجد أنّ الرقابة السياسية بواسطة مجلس دستوري أحسن وسيلة لها، إما تتمتع به من خصائص واستقلالية نسبية عن البرلمان والسلطة التنفيذية. وعليه تعرف الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري على نحو وجود مجلس مستقل ومنبثق عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإما منبثق عن السلطات الثلاث بإضافة السلطة القضائية لهما، ويمكن تعريف المجلس الدستوري باستقراءنا للنصوص الدستورية المنظمة له^(٤)، بالقول [أنّه

(1) - أنظر: نسرین طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد ٢٧ العدد ١، ٢٠١١، ص ٤٩٧.

(2) - أنظر: د. سرهنك حميد صالح البرزنجي نفس المرجع، ص ٢٦٢.

(3) - الرقابة السياسية بواسطة لجنة برلمانية، بواسطة لجنة حكومية، بواسطة لجنة مختلطة بين البرلمان والحكومة، وأخيرا بواسطة المجلس الدستوري، وهذه الأخيرة الطريقة المثلى للرقابة السياسية وتعد فرنسا النموذج الأمثل لها.

(4) - المادة ١٦٢، ١٦٣، ١٦٥ من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦، دستور المادة ١١/٢٨، ١٩٩٦/١١، الجريدة الرسمية رقم ٧٦ في ١٢/٠٨/١٩٩٦، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ المؤرخ في ١٢/٠٧/١٩٩٦ المتعلق بنشر التعديل الدستوري.

مؤسسة دستورية رقابية مكلف بالتحقيق في مدى مطابقة العمل التشريعي والتنفيذي للدستور، والسهر على احترام الدستور، والفصل في مدى دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات].

حيث يمكن تعريفها من جانبنا أيضا بأنها [تلك الرقابة المخولة لمجلس دستوري يسهر على احترام الدستور؛ والمنصوص عنه في الوثيقة الدستورية؛ ويكون مشكلا من أعضاء يغلب عليهم الطابع السياسي؛ ومثلا للسلطات الثلاث على اختلاف درجة العضوية في المجلس بتغليب عضوية السلطتين التنفيذية والتشريعية] ^(١).

ويمكننا تعريفها نتيجة طريقة تحريك هذه الرقابة بالقول [هي تلك الهيئة التي يتم إخطارها من طرف جهات سياسية محدودة جدا، من أجل النظر في مدى دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات والاتفاقيات الدولية]. وعليه يمكن استخلاص نتيجة مفادها أنّ الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة سياسية بتوافر العناصر الأساسية التالية:

- ١- أن يتم النص عنها صراحة في الدستور أو بالإشارة إلى ذلك، ولا يتم إعمالها من طرف السلطة القضائية.
- ٢- أن تتكون من تشكيلة يغلب عليها الطابع السياسي؛ لا القضائي وإن كان في الأصل تجردها من عضوية القضاة.
- ٣- أن تكون التشكيلة منبثقة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وأقل درجة من السلطة القضائية؛ لكي يكون هناك توازنا بين السلطات ولو بدرجة بسيطة.
- ٤- الرقابة السياسية بألية المجلس الدستوري يتم إخطارها سياسيا، ولا يتسع مجال تحريكها إلى القضاة أو أفراد الشعب؛ بل من الشخصيات النافذة سياسيا.

(1) - أي نجد أنّ المجلس الدستوري يتشكل عن طريق اختيار وتعيين أعضائه من بين ممثلين للبرلمان بغرفتيه، والتعيين المتعلق بالسلطة التنفيذية، وبمشاركة السلطة القضائية بأعضاء فيه، ومثاله المجلس الدستوري الجزائري.

٥- تتماشى المراقبة على دستورية القوانين في الدول ذات الدساتير المكتوبة والجامدة^(١)؛ لأن الدساتير المرنة يمكن تعديلها من طرف البرلمان بصيغة سن القوانين العادية، في حين الرقابة على دستورية القوانين مفادها حماية الدستور من طرف البرلمان أساسا؛ أي مدى دستورية تشريعات البرلمان للدستور.

الفرع الثالث

الأساس الدستوري والقانوني للمجلس الدستوري

في الحقيقة تم الاعتراف الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين بواسطة المجلس الدستوري في الجزائر، وذلك منذ دستورها الأول بعد الاستقلال في عام ١٩٦٣، وتم التأثر بالتجربة الفرنسية في اعتمادها لها بواسطة المجلس الدستوري في دستورها سنة ١٩٥٨؛ وهذا بسبب التأثر بالنظام القانوني الفرنسي ورغبة في المؤسس الدستوري الجزائري.

وإنّ الهدف من إنشاء المجلس الدستوري في فرنسا الذي يظهر بأنه مزدوج من خلال الأعمال التحضيرية للدستور ١٩٥٨^(٢)؛ فمن ناحية يهدف إلى إحكام السيطرة على البرلمان والحد من نفوذه بإخضاع التشريعات الصادرة منه، سواء أكانت القوانين أو اللوائح البرلمانية إلى هذه الرقابة لمعرفة مدى دستورتها، ومن ناحية أخرى لعدم ممارسة رقابة حقيقية على دستورية التشريعات البرلمانية.

وقد تم تغييب هذه الرقابة في الدستور الجزائري لسنة ١٩٧٦، وأخيرا إعادة النظر فيها وتطبيقها في الدستور الديمقراطي لسنة ١٩٨٩، والتي تدعمت بالتعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦ نظرا للتطور الحاصل في النظام القانوني الجزائري المتجدد.

(١)- أنظر: د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١٩، ص ٢٧٠.

(٢)- أنظر: شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسبوط، ٢٠٠٠، ص ١٢٩.

وعليه يمكن التطرق إلى بيان الأساس الدستوري والقانوني للمجلس الدستوري كالتالي:

اولاً- الأساس الدستوري: تم النص في دستور سنة ١٩٦٣^(١) على الرقابة على دستورية القوانين في المادتين (٦٤، و٦٥)، وكما تم غيابها في دستور ١٩٧٦^(٢) نظراً لعدم الاهتمام من طرف الدولة للجانب القانوني والحقوقى بالدرجة التي تقتضي وجوب هذه الرقابة، وقد تم الرجوع أخيراً لفكرة الرقابة على دستورية القوانين في دستور سنة ١٩٨٩^(٣) في المواد من (١٥٣ إلى ١٥٩)، وفي التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦ في المواد من (١٦٣ إلى ١٦٩).

ثانياً- الأساس القانوني: المقصود بالأساس القانوني هو التطبيق القانوني للأساس الدستوري المنظم للمجلس الدستوري الجزائري، حيث لم يعرف أي تطبيق في دستور ١٩٦٣ نظراً لوقف العمل به مبكراً، وفي ظل دستور ١٩٧٦ وجدنا غياب آلية الرقابة الدستورية، أما في ظل دستور ١٩٨٩ فتم تنظيم المجلس بموجب النظام المتعلق بقواعد العمل المتبعة في المجلس الدستوري، فطبيعة هذا النظام ليس قانوناً عادياً أو عضواً أو تنظيمياً بل أسماء المجلس الدستوري وأفرده له تسمية النظام بتفسيره للنص الدستوري^(٤) طبقاً للمادة (٢/٢٥٧) من دستور ١٩٨٩، والمادة (٢/١٦٧) من دستور ١٩٩٦ الذي منحه فرصة تحديد قواعد عمله.

- (1)- أول دستور الجزائر المستقلة الصادر في ١٠/٠٩/١٩٦٣.
- (2)- دستور ١٩٧٦ الصادر بأمر ٧٦-٩٧، المؤرخ في ٢٢/١١/١٩٧٦، الجريدة الرسمية السنة الثالثة عشر، العدد ٩٤، للموافق ٢٤/١١/١٩٧٦.
- (3)- دستور ١٩٨٩/٠٢/٢٣ الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم ٨٩-١٨ المؤرخ في ٢٨/٠٢/١٩٨٩، الجريدة الرسمية السنة السادسة والعشرون، العدد ٩ المؤرخ في ٠١/٠٣/١٩٨٩.
- (4)- هناك مجموعة من الطبقات القانونية المتغير غير العادية والتي تعتبر خاصة لأنها لا تخضع للقواعد التقليدية والدستورية المعتادة في التشريع البرلماني أو الحكومي كالقوانين العادية أو العضوية أو التنظيمات، بل أعطاهم المؤسس الدستوري تسمية نظام بهذا الاسم فقد تتم من طرف المجلس الدستوري منفرداً دون تدخل البرلمان أو السلطة التنظيمية الداخلة في نطاق السلطة التنفيذية، ولكن تتم وفقاً لنصوص الدستور.

المطلب الثاني

تطور الرقابة على دستورية القوانين

سبق القول أنّ الرقابة السياسية في الجزائر بواسطة المجلس الدستوري تمت بمجموعة من المراحل، بالنظر إلى مراحل تطبيقها أو غيابها أو في محاولة بلورتها، ويتمثل هذا التطور في الفروع الثلاث التالية:

- الفرع الأول: ظهور الرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٦٣
- الفرع الثاني: غياب الرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٧٦
- الفرع الثالث: التأسيس للرقابة الدستورية بعد دستور ١٩٨٩.
- الفرع الرابع: المجلس الدستوري في ظل المرحلة الانتقالية

الفرع الأول

ظهور الرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٦٣

ظهر المجلس الدستوري كجهاز يراقب مدى دستورية القوانين وموافقتها للدستور في المادتين (٦٤ و ٦٥)، رغم أنّه تم وقف العمل بهذا الدستور بموجب تطبيق رئيس الجمهورية آنذاك المادة ٥٩ من الدستور^(١).

اولاً- طبيعة المجلس الدستوري في ظل دستور ١٩٦٣: نلاحظ أن ظهور الرقابة الدستورية بأسلوب المجلس الدستوري لأول مرة في الجزائر كانت قيمة جدا، من خلال التشكيلة المتجلية لأول وهلة طبقا للمادة (٦٤) من هذا الدستور بالنص [يتألف المجلس الدستوري من الرئيس الأول للمحكمة العليا، ورئيسي الحجرتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا وثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني وعضو يعينه رئيس الجمهورية. ينتخب أعضاء المجلس الدستوري رئيسهم الذي ليس له صوت مرجح A.

(1)- قد تم تطبيق المادة ٥٩ التي تخول لرئيس الجمهورية في الحالات الاستثنائية، نتيجة النزاع الحدودي بين المملكة المغربية والدولة الجزائرية، أنظر في هذا: صديق سعوداوي، استقلالية السلطة القضائية في الجزائر بعد ١٩٨٩، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، ٢٠٠٧، ص ٢٧.

حيث نجد تغلب البرلمان الممارس للسيادة^(١)، ومساويا للقضاء بتفوقهما على السلطة التنفيذية من حيث العضوية في المجلس الرقابي، حيث نجد المجلس ممثلا بثلاث أعضاء، ثم يليه مرفق القضاء المعنون في الدستور بالعدالة طبقا للمواد (٦٠؛ ٦١ و٦٢)، وعنوانا للمجلس الأعلى للقضاء في المواد من (٦٥ إلى ٧٠) من الدستور بثلاث أعضاء؛ من بينهم رئيس المحكمة العليا كأعلى جهاز قضائي ممثلا للقضاء العادي والإداري^(٢) ومن رئيس الغرفة المدنية ورئيس الغرفة الإدارية، وعضو آخر يعينه رئيس الجمهورية ممثلا للسلطة التنفيذية، التي لم تمثل بوجه حقيقي معتبر رغم أنّ السلطة التنفيذية هي التي تصنف بهذا الاسم فقط طبقا للمادة (٣٩) من الدستور.

ورغم أنّ رئيس المجلس الدستوري يكون مختارا من بين أعضاء المجلس فليس له صوتا مرجحا، رغم ما يستفاد من أنه يجب أن يكون رأيه مرجحا نظرا لتشكيلة المجلس الفردية بـ (٧) سبعة أعضاء^(٣)، ثم لم يتم تنظيم المجلس الدستوري بأي قانون أو نظام معين له في ظل هذا الدستور.

ثانياً- التوازن بين البرلمان والقضاء في عضوية المجلس الدستوري: نلاحظ القيمة الدستورية للمجلس الدستوري بوجود توازن عضوي بين البرلمان والقضاء؛ وقطع الطريق أمام السلطة التنفيذية من الهيمنة على الجهاز الرقابي المكلف بالرقابة على دستورية القوانين.

وإنّ فتح مجال العضوية للقضاء في المجلس الدستوري بمثابة بلورة لحماية قضائية بجانب الحماية السياسية الممثلة للشعب من طرف النواب؛ رغم القول بأنّها رقابة سياسية؛ ولو تم تطبيق الرقابة فيما بعد لوجدت رقابة فعالة متزنة بين العمل السياسي والعمل القضائي.

(١)- المادة ٢٧ من دستور ١٩٦٣.

(٢)- نعني هنا وحدة القضاء.

(٣)- يفترض في كل الجلسات بالنسبة للهيئات التي تتخذ بترجيح الصوت أن تشكل من عدد فردي، ثم أنّ هذا الأخير من الممكن يتخذ فيه الرأي أو القرار دون الحاجة لترجيح الصوت.

إذ يمكن القول بوجود تقنيات وإجراءات دستورية متعلقة بحماية المبادئ الأساسية، بما فيها حريات وحقوق الإنسان التي تكتسيها صبغة قانونية في هذه الرقابة الدستورية^(١).

ثالثاً: اختصاصات المجلس الدستوري في ظل دستور ١٩٦٣: نص هذا الدستور في المادة ٦٤ منه على أنه [يفصل المجلس الدستوري في دستورية القوانين و الأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الوطني]، فمن هذا النص الدستوري يتبين التحديد الضيق والمحصور للاختصاص الرقابي للمجلس الدستوري؛ والتمثل في المجالين التاليين فقط:

١- الفصل في مدى دستورية القوانين.

٢- الفصل في مدى دستورية الأوامر التشريعية.

وبالتالي نجد أنّ الرقابة الدستورية لا تتعدى هذين الاختصاصين، مع هناك اختصاصات أخرى كالرقابة على صحة الاستفتاءات والانتخابات التشريعية والرئاسية، وإعلان النتائج والنظام الداخلي للبرلمان.

رابعاً: تحريك المجلس الدستوري: لا يقوم المجلس الدستوري بعمله الرقابي إلا بإخطار وتحريك سياسي مسبق؛ من طرف سلطتي الإخطار المتمثل في الطلب المقدم منهما وهما طبقاً للمادة ٦٥ من الدستور السابقة الذكر:

١- رئيس المجلس الوطني.

٢- رئيس الجمهورية.

أي أنّ قصور طريقة تحريك المجلس الدستوري على السلطتين السياسيتين فقط، ومن مستوى أعلى، ربما لا اعتبارهما ممثلي الشعب دون فتح المجال

(١)- أنظر: أ.د. الطاهر بن جرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان، الجزء ٢؛ التعبير الدستوري للحريات والحقوق، طاكسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٢٠.

للجهاز القضائي واعتباره بمثابة تدخلا في العمل السياسي ، حتى وإن تم تطبيق مبدأ وحدة السلطة آنذاك.

ثم وإن كان رئيس المجلس الوطني هو رئيس الهيئة التشريعية السيدة في ممارسة السيادة وفي المصادقة على القانون ، وإن كانت الأوامر التشريعية التي يختص بها رئيس الجمهورية تكون بطلب منه ، والتي تتخذ في مجلس الوزراء وتعرض أمام المجلس الوطني في أجل ثلاثة أشهر للمصادقة عليها ؛ فإن هذا ما يجعل من الهيمنة متروكة للمجلس الوطني في التشريع ؛ إذ لا يمكن تصور أن رئيس المجلس الوطني أن يخطر المجلس الدستوري بصدد مراقبة دستورية هذه القوانين والأوامر باعتباره رئيس البرلمان ، وبالتالي لا يمكن أن تتم المراقبة الدستورية الذاتية^(١).

الفرع الثاني

غياب الرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٧٦

في ظل دستور ١٩٧٦ لم يتم التأسيس الدستوري للرقابة على دستورية القوانين ، وبذلك تراجعت القيمة القانونية والدستورية للتشريعات المختلفة المنبثقة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ؛ نتيجة غياب آلية الرقابة الدستورية.

لكنه تمت في مناقشات الحزب الواحد آنذاك فيما بعد ، وأفضت بالأمر إلى رد الاعتبار لهذه الرقابة نظرا للحاجة الملحة إليها.

اولا- أسباب غياب الرقابة الدستورية : تظهر أسباب جدية في غياب آلية الرقابة على دستورية القوانين والتي تتمثل في الآتي :

١- التأثر بمذهب وفلسفة الفكر الاشتراكي ؛ طبقا للمادة (٢/١) من

دستور ١٩٧٦ [الجزائر دولة اشتراكية]

٢- اعتماد مبدأ وحدة السلطة ؛ لأن المراقبة الدستورية تأتي نتيجة

الفصل بين السلطات الثلاث.

(1) - وبالتالي تلك أحد النقائص والانتقادات المقدمة للمراقبة الدستورية في ظهورها في فرنسا ؛ بأية اللجنة البرلمانية.

- ٣- تبني مبدأ الحزب الواحد لا التعددية السياسية.
- ٤- وجود ميثاق وطني^(١) إيديولوجي اجتماعي واقتصادي يعد بمثابة أسمى قانون وأعلى من الدستور نفسه ؛ وخضوع هذا الأخير للميثاق الوطني طبقاً للمادة (٣/٦) من الدستور بالقول [الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضا لأي تأويل لأحكام الدستور]^(٢).
- ٥- قيام المجلس الوطني في العملية التشريعية بتطبيق المبادئ الواردة في الميثاق الوطني طبقاً للمادة (١٢٧) من دستور ١٩٧٦ ، والدفاع عن الثورة الاشتراكية وتعزيزها.

ولما كانت هناك ممارسات غير دستورية من طرف السلطة السياسية آنذاك ، وعدم جدية تغييب آلية الرقابة على دستورية القوانين تمت المطالبة من بعض المهتمين بهذا الأمر بإحداث هيئة كفيلة بمراقبة دستورية القوانين ، نظرا لموافقة البرلمان متمثلا في المجلس الوطني على قوانين تجاوزت القواعد الدستورية نفسها ، مما أصبح القانون البرلماني يعلو على القانون التأسيسي.

ثانياً- ظهور الرقابة على دستورية القوانين من جديد: قد تمت الموافقة على مطلب ضرورة الرقابة الدستورية باللجنة السياسية للمكتب السياسي في المؤتمر الخامس للحزب الطليعة الوحيد للدولة الجزائرية ، والمنعقد في الفترة من ١٢ - ١٩٨٣/١٢/٢٢ ، بدعوة المؤتمر إلى إنشاء هيئة عليا تحت إشراف الأمين العام للحزب وهو رئيس الجمهورية للفصل في مدى دستورية القوانين لضمان احترام سمو الدستور^(٣).

وبهذا تعتبر الفترة خلال سنوات الثمانينات بمثابة نقلة نوعية في إحداث ويلورة بناء دولة القانون ، والاتجاه نحو تبني الديمقراطية والتي كانت فيما بعد.

- (1)- هذا الميثاق يعد معيارا قانونيا من نوع خاص منافس للدستور خاصة وأنه تم الاستفتاء عليه من طرف الشعب
- (2)- كما يمثل الدستور أحد الأهداف المسيطرة في الميثاق الوطني ؛ طبقاً للفقرة (٣) من ديباجة أو تمهيد دستور ١٩٧٦.
- (3)- أنظر: د. فريد علواش، آليات حماية القاعدة الدستورية في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٩٤.

وخصوصا بعد أحداث أكتوبر ١٩٨٨ ، والتي توجت بدستور ديمقراطي لسنة ١٩٨٩ والذي أسس لآلية المراقبة الدستورية في ظل اعتماده لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث والتعددية السياسية ورد الاعتبار للحقوق والحريات.

الفرع الثالث

التأسيس للرقابة الدستورية في ظل دستور ١٩٨٩

إن التعديلات الجزئية لدستور سنة ١٩٧٦ والمؤتمر الخامس للحزب المقام سنة ١٩٨٣ ولأحداث أكتوبر سنة ١٩٨٨ ، ونظرا لوجود ديمقراطية داخل الحزب الواحد، ونتيجة لأحداث العالم ببقاء المعسكر الغربي الديمقراطي وتصعد المعسكر الشيوعي، ونظرا للتعددية السياسية وظهور الحقوق والحريات السياسية وغيرها؛ أثمر دستور سنة ١٩٨٩ في التأسيس للمراقبة على دستورية القوانين بآلية المجلس الدستوري كمؤسسة دستورية تسهر على احترام الدستور وحماية الحقوق والحريات الجديدة في ظل التوجه الديمقراطي، في هذا الدستور المرتكز على مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث.

وعرفت فترة بداية تطبيق دستور ١٩٨٩ إنشاء وتنظيم المجلس الدستوري، وأخيرا تم إعمال المراقبة الدستورية من طرفه خلال سنة وضع الدستور.

أولا- من حيث تشكيل المجلس الدستوري: كان المجلس يتشكل من سبعة (٧) أعضاء؛ بحيث يعين رئيس الجمهورية ثلاثة (٣) أعضاء من بينهم رئيس المجلس الدستوري، واثنان (٢) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني^(١) واثنان تنتخبهما المحكمة العليا^(٢).

(1)- كان يتكون البرلمان في ظل دستور ١٩٨٩ من غرفة واحدة تسمى المجلس الشعبي الوطني طبقا للمادة ٩٢.

(2)- أي تمثيل السلطة القضائية والتي على رأسها المحكمة العليا الجامعة للقضاء العادي والإدارية في ظل وحدة القضاء.

بمّث نجد أنه تمّ التوسيع في تدخل رئيس الجمهورية في تعيين غالبية أعضاء المجلس، وبالخصوص في تعيينه لرئيس المجلس دون ترك المجال لكل الأعضاء في اختياره كما كان في دستور ١٩٦٣.

وعليه تظهر هيمنة مؤسسة الرئاسة في عضوية المجلس، الذي يرجع السبب الرئيسي في ذلك لإرادة المؤسس الدستوري ببقاء سيطرة الرئاسة وتفوقها على كل السلطات الأخرى، ومن جانبنا القول بالأسباب والمظاهر التالية:

١- تفوق السلطة التنفيذية في عضوية المجلس: بتبني التعددية السياسية؛ والتي كانت فيها الأغلبية دائما إلى جانب رئيس الجمهورية، فلو كانت الأغلبية البرلمانية ضدّ رئيس الجمهورية لَمَا استطاع هذا الأخير التحكم في المراقبة الدستورية، وبالتالي يكون متفوقا على كل من البرلمان، والسلطة القضائية المشاركة بعضوين، وهذا ما يظهر جليا في الفقرة الأولى من المادة (١/١٥٤).

٢- ترجيح صوت رئيس المجلس الدستوري: في حين وبعد فقرات متعددة نجد الفقر الأخيرة من المادة (١٥٤) تمنح رئيس الجمهورية تعيين رئيس المجلس الدستوري؛ أي في حالة تساوي الأعضاء في المجلس بشأن الرأي والقرار الذي يتخذه المجلس يرجح صوت رئيس المجلس، الذي هو من بين تعيينات رئيس الجمهورية.

٣- تساوي السلّطين التشريعية والتنفيذية في عضوية المجلس شكليا: نجد مشاركة كل من السلطة التشريعية والقضائية بعضوين من اختيارهما؛ لكن يظهر التفوق السياسي في المجلس الدستوري دون منح السلطة القضائية توسعا فيه، لأنه بإضافة تعيينات رئيس الجمهورية إلى جانب عضوا البرلمان نجد الهيمنة الكبيرة لسلطتي السياسية على المجلس^(١).

(1)- كل الدساتير الجزائرية جعلت التفوق السياسي على القضائي، ومبرزة المؤسسة الرئاسية على كل المؤسسات الدستورية الأخرى.

ويبقى دور السلطة القضائية منقوصا جدا بالنظر للدور العضوي الذي كان لها في دستور ١٩٦٣.

ثانياً - من حيث تحريك المجلس الدستوري: بقي الإخطار وتحريك المجلس يقتصر دائما طبقا للمادة (١٥٦) من هذا الدستور على كل من:

١- رئيس الجمهورية.

٢- رئيس المجلس الشعبي الوطني.

وبالتالي بقي أيضا الإخطار سياسيا وموجها من طرف العمل السياسي، وليس القضائي ولا حتى التمثيلي من طرف النواب أو حتى من طرف الشعب.

ثالثاً - مجالات الرقابة على دستورية القوانين بواسطة المجلس الدستوري: تنص المادة (١٥٥) من دستور ١٩٨٩ بأن يراقب المجلس مجموعة من المجالات القانونية المختلفة وتمثل في:

١- مدى دستورية المعاهدات.

٢- مدى دستورية القوانين.

٣- مدى دستورية التنظيمات.

٤- مدى مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور.

٥- مدى دستورية اتفاق أو اتفاقية طبقا للمادة (١٥٨).

بحيث نصت المادة (١٥٨) من دستور ١٩٨٩ بأنه إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية[.

الفرع الرابع

المجلس الدستوري في ظل المرحلة الانتقالية

شهدنا في ظل المرحلة الانتقالية والأزمة الدستورية، أنّ الدولة في بداية سنة ١٩٩٤، بإحداث أرضية الوفاق الوطني^(١) لتخطي بعض النقائص

(١)- المرسوم الرئاسي رقم ٩٤- ٤٠ المؤرخ في ٢٩/٠١/١٩٩٤ يتعلق بنشر الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية، الجريدة الرسمية السنة الواحد والثلاثون، العدد ٦ المؤرخة في ٣١/٠١/١٩٩٤.

المتعلقة بإخطار المجلس الدستوري وظهور مؤسسات جديدة لتخطي هذه الأزمة.

وعليه طبقا للفقرة (١٤) من مقدمة أرضية الوفاق الوطني^(١) أنه [وفي هذا الإطار، تم التفكير في رئاسة للدولة ومجلس وطني انتقالي ليحلا محل رئيس الجمهورية والمجلس الشعبي الوطني اللذين لم يتم انتخابهما بعد]. وكما كانت تهدف أرضية الوفاق الوطني سياسيا إلى وجوب اعتماد أنظمة تشريعية جديدة تتضمن بالخصوص القوانين الانتخابية وقانون الأحزاب السياسية وقانون الإعلام، التي من الواجب مراقبة مدى دستورتها.

وتم النص في الفصل الثاني من أرضية الوفاق الوطني تحت عنوان [تنظيم هيئات المرحلة الانتقالية]، على المجلس الدستوري^(٢) في المادة (٤١) منها التي تنص [يمارس رئيس الدولة ورئيس المجلس الوطني الانتقالي الصلاحيات المنصوص عليها في المادة ١٥٤ من الدستور لصالح رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني على التوالي]. وبالرجوع إلى دستور ١٩٨٩ نجد المادة (١٥٤) منه تتحدث عن كيفية تكوين المجلس الدستوري، وعليه في حالة الإخطار يتم تطبيق المادة (٤١) الذي ينحصر في كل من رئيس الدولة، ورئيس المجلس الوطني الانتقالي. وقبيل الاستفتاء على التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦ أصدر رئيس الجمهورية مذكرة اقتراحات إلى الشركاء في الحوار السياسي جاء في المادة (٣٣) منها أنه [ينبغي دعم المجلس الدستوري من خلال توسيع تشكيلته إلى ممثلي مجلس الأمة ومجلس الدولة]^(٣).

- (1) - تعتبر أرضية الوفاق الوطني من وجهة نظرنا أنها بمثابة دستورا صغيرا مكملا لدستور سنة ١٩٨٩، أو هي الجزء الثاني الاحتياطي من الدستور الأصلي لتفادي الفراغ الدستوري.
- (2) - أنظر الفرع الرابع من الفصل الثاني من أرضية الوفاق الوطني، المرجع السابق.
- (3) - أنظر: راجحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ١٥٥.

ومن بعد ذلك تطورت الرقابة بهذه الآلية بالتعديل الدستوري الحاصل في سنة ١٩٩٦ ، وبه عرف المجلس الدستوري تطورا من حيث التشكيلة والمجالات الواجبة الرقابة عليها لمدى دستورتها، والتوسيع في مجال الإخطار.

إنّ هذه التغييرات سيتم التطرق إليها في هذه الدراسة بشيء من العمق والتفصيل ما دامت هي المطبقة حاليا في ظل دستور ١٩٩٦ وذلك كله في الحثيات القادمة من البحث.

المطلب الثالث

تكوين المجلس الدستوري الجزائري وتحريكه

كما سبق الذكر؛ فإنّ المجلس الدستوري في ظل دستور ١٩٩٦ الساري المفعول، والذي عزز مجموعة من القواعد الدستورية والمرتبطة بالسلطات الثلاث^(١)؛ وظهور طبقات جديدة من القواعد الدستورية القانونية^(٢)؛ والتي كانت مؤثرة في عمل واختصاصات المجلس الدستوري وأيضا من حيث تشكيله وآلية تحريكه^(٣)، وهذا كله بالدراسة والتحليل في الفرع الثالث التالية:

- الفرع الأول: تكوين المجلس الدستوري وأهم الأحكام المتعلقة بأعضائه
- الفرع الثاني: المظاهر السياسية في تشكيل المجلس
- الفرع الثالث: المظاهر السياسية من حيث تحريك المجلس

الفرع الأول

تشكيلة المجلس الدستوري وأهم الأحكام المتعلقة بأعضائه

قد طرأت في تشكيلة المجلس الدستوري نوعية جديدة؛ وذلك بتعزيز السلطة التشريعية؛ أن وأصبحت معززة بغرفة ثانية تدعى "مجلس الأمة"

- (1) - ثنائية السلطة التشريعية بإضافة مجلس الأمة طبقا للمادة ٩٨ من الدستور.
- (2) - فئة القوانين العضوية طبقا للمادة ١٢٣ وبعض النصوص المرتبطة بها؛ والتي يطلق عليها القوانين المكملة للدستور في مصر أو القوانين الأساسية بفرنسا.
- (3) - رقابة اختيارية ورقابة وجوبية قبلية، وأيضا لرئيس مجلس الأمة الحق في تحريك المجلس الدستوري.

طبقا للمادة (١/٩٨) من دستور ١٩٩٦^(١)؛ ومن ثم وجب مشاركة هذا المجلس في عضوية المجلس الدستوري.

وأیضا تم تدعيم السلطة القضائية بأن أصبحت ازدواجية القضاء في ظل وحدة السلطة القضائية طبقا للمادة (١٥٢) من الدستور^(٢)، وعليه تمت مشاركة السلطة القضائية في عضوية المجلس الدستوري ممثلة عن كل من القضاء العادي والقضاء الإداري.

اولا- تكوين المجلس الدستوري في ظل دستور ١٩٩٦ المعمول به: نصت المادة (١٦٤) على أنه [يتكون المجلس الدستوري من تسعة (٩) أعضاء: ثلاثة (٣) أعضاء بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان (٢) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنان (٢) ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد (١) تنتخبه المحكمة العليا، وعضو واحد (١) ينتخبه مجلس الدولة].

وبالتالي فالسلطات الثلاث كلها متشاركة في تكوين المجلس الدستوري بنسبة معينة، تطفى عليه السلطة السياسية المتمثلة في السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، وبعدها تأتي السلطة القضائية المستقلة بنسبة أقل منهما.

وعليه أصبح تكوين وتشكيل المجلس الدستوري بالنسبة لكل من السلطات الثلاث كالتالي:

- (1)- تنص المادة ١/٩٨ من الدستور بأنه [يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة].
- (2)- تنص المادة ١٥٢ من الدستور بأنه [تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.
- يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.
- تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.
- تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة].

١ - السلطة التنفيذية: ممثلة في رئيس الجمهورية؛

أ- رئيس الجمهورية يعين عضوين.

ب- رئيس الجمهورية يعين رئيس المجلس الدستوري.

٢- السلطة التشريعية: ممثلة في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة؛

أ- المجلس الشعبي الوطني يعين بالانتخاب عضوين من بين نوابه.

ب- مجلس الأمة يعين عضوين بالانتخاب من بين أعضائه.

٣- السلطة القضائية: ممثلة في المحكمة العليا، ومجلس الدولة؛

أ- المحكمة تنتخب عضوا واحدا من بين أعضائها.

ب- مجلس الدولة ينتخب عضوا واحدا من بين أعضائه.

ثانياً- أهم القواعد المرتبطة بأعضاء المجلس الدستوري: تتمثل أهم القواعد المرتبطة بأعضاء المجلس الدستوري من الناحية الدستورية بمدة العضوية، ومدة عضوية رئيس المجلس الدستوري، وحالات التنافي مع مهمة عضو المجلس، وبعض الواجبات وكلها كالآتي:

١- مدة وأجل العضوية في المجلس الدستوري: يتم تعيين رئيس المجلس الدستوري من طرف رئيس الجمهورية؛ ولمدة ست (6) سنوات ولفترة واحدة، بموجب أحكام المادة (٣/١٦٤) من الدستور؛ وغير قابلة لأي تجديد.

ونفس الأمر بالنسبة للأعضاء الآخرين بموجب المادة (٤/١٦٤)؛ والذين يوظفون بمهامهم مرة واحدة فقط، ولمدة ست (6) سنوات، بحيث يجدد نصف عددهم كل ثلاث (3) سنوات.

وكما يمكن أن تنتهي فترة أي عضو بأسباب مختلفة؛ بالوفاة أو الاستقالة أو المانع الدائم بموجب المادة (٥٧) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ المعدل والمتمم^(١)، وتنتهي أيضا في الأصل

(1)- ويتم ذلك بإجراء مداولة من طرف المجلس، تبليغ نسخة منها إلى رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، أو رئيس المحكمة العليا أو رئيس مجلس الدونة. باعتبار هؤلاء ممثلين لسلطات التعيين في عضوية المجلس الدستوري.

الدستوري بانقضاء المدة المنصوص عنها في الدستور؛ وهذا ما نصت عليه المادة (٥٨) بعد تعديلها في سنة ٢٠٠٩ بالقول [تنتهي عهدة عضو المجلس الدستوري المحددة في المادة ١٦٤ من الدستور، بسبب انقضائها عند تاريخ تنصيب العضو الجديد] ^(١).

٢- حالات التنافي مع عضوية المجلس الدستوري: ينص الدستور الجزائري في المادة (٢/١٦٤) بأنه يتوقف أعضاء المجلس الدستوري عن ممارسة أي عضوية أخرى أو وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى؛ بمجرد انتخابهم أو تعيينهم.

٣- أهم واجبات العضو في المجلس الدستوري: على أعضاء المجلس الدستوري واجبات يجب أن يحققوها، من أجل أن يكون عملهم الرقابي سليم غير مشوب بأي شيء ما من شأنه المساس بعملهم وبسرية المداولات، وواجب التحفظ كله بهدف تحقيق رقابة دستورية موضوعية؛ لأنه يفترض بمجرد تعيين وانتخاب أعضاء المجلس سيكونون مستقلين ومحايدين في عملهم.

وتتجلى أهم واجبات أعضاء المجلس الدستوري طبقاً للمادة (٥٤) ^(٢) والمادة (٥٥) من نظام قواعد عمل المجلس في الآتي:

(1)- تعديل نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٩ بموجب المادة ١٢ التي عدلت المادة ٥٨، الجريدة الرسمية السادسة والأربعون، العدد ٠٤ المؤرخة في ٢٠٠٩/٠١/١٨.

(2)- وكما تم في تعديل هذا النظام في سنة ٢٠٠٩ يتعلق باستثناء وارد على هذه الواجبات؛ وهي نص المادة ٥٤ مكرر وتعلق بترخيص المجلس لأعضائه في المشاركة في الأنشطة العلمية والفكرية، إذا كانت لهذه المشاركة علاقة بمهام المجلس الدستوري، دون أن يكون لها تأثير على استقلاليته ونزاهته. وقد تم إضافة بتعديل نظام المجلس الدستوري بباب سادس يتمم نظام المجلس لسنة ٢٠٠٠ يتعلق بنشاطات المجلس والعلاقات الخارجية بالسماح له بالعضوية في المنظمات الدولية والإقليمية بشرط الحفاظ على استقلاليته ونزاهته، وبمكته تنظيم ملتقيات وأنشطة علمية وفكرية ذات الصلة بمهامه وذلك في المواد ٥٨ مكرر و ٥٨ مكرر ١ و ٥٨ مكرر ٢.

- ١- واجب التحفظ.
- ٢- عدم اتخاذ أي موقف علني يتعلق بالمسائل المتعلقة بمداولات المجلس.
- ٣- الإخلال الخطير المنصوص عنه في المادة (٥٥) من نظام المجلس، ونشير إلى أن المجلس الدستوري بمثابة سلطة تأديبية بالنسبة لأعضائه، فيما يتعلق بالإجراءات المتخذة داخل المجلس طبقاً للمادة (٥٥)؛ ٥٦؛ ٥٧ من النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري.

الفرع الثاني

المظاهر السياسية في تشكيل المجلس

هناك مجموعة من المظاهر السياسية المتجلية بصدد أعضاء المجلس الدستوري، وتتلخص خصوصاً في سيطرة رئيس الجمهورية على المجلس؛ ومجموعة الاعتبارات السياسية التي جعلت من مؤسسة الرئاسة تهيمن على العضوية في المجلس؛ إضافة إلى الدعم الدستوري لها.

أولاً- سيطرة السلطة التنفيذية على العضوية في المجلس الدستوري: نلاحظ أن السلطة التنفيذية ممثلة في مؤسسة الرئاسة هي المسيطرة على تكوين وتشكيل المجلس الدستوري، بحيث يحق لرئيس الجمهورية تعيين ثلاثة أعضاء المجلس، وبالمقابل تشارك السلطة التشريعية بأربعة أعضاء؛ اثنان لكل من غرفتي البرلمان؛ والسلطة القضائية بعضوين فقط، فجلياً ومن الناحية الشكلية نجد أن البرلمان له السيطرة على عضوية المجلس؛ لكن في حقيقة الأمر أن السلطة التنفيذية هي المسيطرة على عضوية المجلس الدستوري.

ثانياً- الاعتبارات الأساسية في نفوذ السلطة التنفيذية على المجلس: حسبنا هذه الاعتبارات الأساسية ترتبط بالمراقبة الدستورية على القوانين والتي تتجلى في الآتي:

١- أن رئيس المجلس الدستوري يكون معيناً من طرف رئيس الجمهورية، وكان الأفضل أن يكون رئيس المجلس الدستوري منتخباً من بين أعضائه بالصيغة التي وردت في دستور ١٩٦٣، لأنها أكثر ديمقراطية

تأثيره على المجلس حراً أكثر في بلورة ديمقراطية في اتخاذ القرار أو الرأي.

٢- أنه لرئيس المجلس الدستوري صوتاً مرجحاً في اتخاذ الرأي والقرار المتعلق بالرقابة الدستورية طبقاً للمادة (٣/١٧) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري^(١).

٣- الاحتمال الواسع بأن يكون على الأقل أحد أعضاء المجلس المنتخبين من بين أعضاء المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة يكونوا من نفس برنامج أو سياسية رئيس الجمهورية، وذلك بأن يجوز رئيس الجمهورية الأغلبية التابعة والمؤيدة له في المجلس الشعبي الوطني، ونفس الأمر بالنسبة لمجلس الأمة خاصة وأنه يعين ثلث [واحد على ثلاثة ٣/١] أعضاء هذا المجلس^(٢).

ثالثاً- تعاون السلطة التشريعية مع السلطة التنفيذية: إن التشكيلة السياسية المسيطرة على المجلس الدستوري بسبعة (٧) أعضاء من أصل تسعة (٩) أعضاء، فهي تسيطر بثلاثي أعضائه زائد عضواً آخر مقابل العضوان الآخرين من السلطة القضائية.

فإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات هو فصلاً مرناً بالتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في النظام الدستوري والسياسي الجزائري؛ فكذلك التعاون بينهما في المجلس الدستوري ضروري ولو على حساب السلطة القضائية.

فلا يمكن أن يقوم المجلس الدستوري بالرقابة الحقيقية في ظل حتمية وجود أعضاء من غالبية يطغى عليها الطابع السياسي، في حين البرلمان

(١)- تنص المادة ٣/١٧ من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ المعدل والمتمم بأنه .. وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت رئيس المجلس الدستوري أو رئيس الجلسة مرجحاً، الجريدة الرسمية السنة السابعة والثلاثون، العدد ٤٨، المؤرخة في ٠٦/٠٨/٢٠٠٠.

(٢)- تنص المادة ٢/١٠١ من دستور ١٩٩٦ على أنه .. ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية.

والسلطة التنفيذية يختصان بسن التشريع بكل أنواعه وهو المراد مراقبة مدى دستوريته.

رابعاً - ضآلة المساهمة القضائية في عضوية المجلس : إذا كانت السلطة القضائية ممثلة بعضوين (٢) فقط في المجلس ؛ فالرقابة السياسية على دستورية القوانين بمختلف أنواعها ؛ وإن كانت أيضا مبرراتها هي منع القضاء من هذه المراقبة نتيجة حماية مبدأ الفصل بين السلطات ، فالمبدأ يفترض في رأينا كذلك حماية السلطة القضائية له ؛ وفتح المجال لها في عضوية المجلس الدستوري بما أنها سلطة ثالثة لازمة لهذا المبدأ ، وبالتالي مشاركة السلطات الثلاث في ذلك.

وكون أن هناك حماية رقابية سياسية ؛ فثمة حاجة للحماية الرقابية القضائية ؛ وإن كانت هذه الأخيرة هي الأولى ؛ لأنها توفر مزايا كثيرة وفعالية جدية في حماية الدستور التي أسس لها ؛ وجعل منها منبرا لحماية الحقوق والحريات ؛ فكان لا بد منها ؛ لأنها مخصصة بتفعيل القانون وتطبيقه ونتيجة امتيازها بالاستقلالية طبقا للمادة ١٣٨ من الدستور ؛ وإن كانت استقلاليته محددة بالقانون الذي يختص به البرلمان والسلطة التنفيذية وليس بالدستور [السلطة القضائية مستقلة ، وتمارس في إطار القانون]^(١).

وفي المقابل نجد أن العمل التشريعي والتنظيمي الداخلى في اختصاص سلطتي السياسة هو محدث لمراكز قانونية حقوقية ؛ ولا يستبعد منها المساس سلبا بتلك الحقوق والحريات.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الجزائري لا يتمتع بالصفة القضائية ، عكس المجلس الدستوري الفرنسي الذي ثبتت أن رقبته الدستورية لم تكن سياسية خالصة ، حتى وإن كان أسلوب اختيار أعضائه سياسيا ، فإنه يباشر وظيفة قضائية بسبب طبيعة اختصاصاته واجتهاداته

(١) - كانت المادة ١٢٩ من دستور عام ١٩٨٩ تنص [السلطة القضائية مستقلة] ، وبعد التعديل الدستوري لعام ١٩٩٦ أضيفت جملة جديدة لها وهي [وتمارس في إطار القانون] .

المتطورة والجريئة، خاصة بتوسعه في تحديد مفهوم الدستور، وإيجاد بما يسمى بمجموعة النصوص ذات القيمة الدستورية المتضمنة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦، وأيضاً بتوسعه في نطاق رقابته وتعميقها بشكل أصبح حامياً للحقوق وللحريات^(١).

وباختصار فإذا كانتا سلطتي السياسة تسعى لحماية الدستور؛ فلماذا لا يمكن للسلطة القضائية نفسها من أن تحمي الدستور؟. وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات تحكمه العناصر المتمثلة في الاستقلالية والتخصص والمساواة فيما بينها؛ فكان لا بد من المؤسس الدستوري أن يساوي بينها في العضوية في المجلس الدستوري.

فالأكيد أن قصور الإخطار على ثلاث سلطات سياسية فقط يكون له بالغ الأثر على حقوق وحرريات المواطن واحترام الدستور وتوازن السلطات، لأن جهات الإخطار لا تمثل التوازن الحقيقي بين السلطات الثلاث^(٢).

خامساً- التكليف الدستوري لرئيس الجمهورية بحماية الدستور: في مقابل وجود آلية المجلس الدستوري المكلفة باحترام الدستور من خلال الرقابة على دستورية القوانين؛ فإن الدستور قد منح رئيس الجمهورية ممثلاً للسلطة التنفيذية سلطة حماية الدستور أيضاً، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٧٠) بالقول [وهو حامي الدستور].

فيمكن القول أنّ التكليف الدستوري الواقع على رئيس الجمهورية من أجل سهره وحمايته للدستور دون الخروج عن المنحى والخطوط المرسومة فيه؛ قد منحه الدستور أيضاً تلك السلطة في التعيين في عضوية المجلس الدستوري؛ والتي تجدد مبرراتها في الآتي:

١- أنّ رئيس الجمهورية منتخب مباشرة وبالأغلبية من طرف الشعب.

(١)- أنظر: نسرین طلبه، مرجع سابق، ص ٤٩٢.

(٢)- أنظر: د. علواش فريد، مرجع سابق، ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

٢- رئيس الجمهورية هي الشخصية الوحيدة التي يتم فيها لم شمل الشعب.

٣- إرادة المؤسس الدستوري بحوز رئيس الجمهورية لسلطات مهمة.

٤- رئيس الجمهورية يمارس السلطة السامية المثبتة في الدستور^(١).

الفرع الثالث

المظاهر السياسية من حيث تحريك المجلس

إذا كانت الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري لا يمكن أن تقوم بمهامها إلا بتحريكها وإخطارها من طرف سلطات تدعى "سلطات الإخطار".

وإذا كانت سلطات الإخطار مقصورة على شخصيات معينة دون منح الشعب أو المعارضة السياسية أو القضاة من إخطار المجلس الرقابي؛ فإن المؤسس الدستوري الجزائي قد خول سلطة الإخطار وتحريك المجلس الدستوري بصدد الرقابة على دستورية القوانين إلى ثلاث (٣) جهات سياسية^(٢) دون غيرها.

أولاً- سلطات الإخطار: تتمثل هذه السلطات طبقاً للمادة (١٦٦) من الدستور بالنص [يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة المجلس الدستوري].

ومن خلال هذا النص يمكن استخلاص النتائج التالية:

١- للسلطة التنفيذية المثلة في رئيس الجمهورية فقط إخطار المجلس الدستوري دون الوزير الأول كما هو الأمر في المجلس الدستوري الفرنسي.

(1)- المادة (٧٢) من الدستور تنص [يمارس رئيس الجمهورية السلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور].

(2)- هناك مجموعة من سلطات الإخطار بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي وتتمثل في: رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيسي كل من مجلسي البرلمان وهذا طبقاً للمادة من الدستور الفرنسي المعمول به لعام ١٩٥٨، وبعد تعديله في ١٠/٢٩/١٩٧٤ تم إضافة ستون نائباً من الجمعية الوطنية، أو ستون شيخاً من مجلس الشيوخ.

- ٢- للسلطة التشريعية ممثلة برئيسي غرفتيها إخطار المجلس الدستوري.
٣- لرئيس الجمهورية دون غيره من رئيسي غرفتي البرلمان إخطار المجلس الدستوري بصدد رقابة المطابقة الدستورية المتعلقة بالقوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، طبقاً للمادة (٢/١٦٥ - ٣) من الدستور.

ومنه يظهر أنّ حتى إخطار وتحريك المجلس الدستوري سياسي؛ دون أن يقوم المجلس بعمله لوحده؛ أو حتى من يتقدم إليه بطلب الرقابة من دون هؤلاء سلطات الإخطار سيكون رفضه حتى وإن كانت كل أنواع التشريع مخالفة للدستور الأسمى في النظام القانوني للدولة.

ثم أنه يمكن أن تصدر قوانين وتنظيمات مخالفة للدستور؛ وهذا معنول به في التشريع الجزائري دون مرورها على الرقابة على دستورية القوانين؛ ويتم تطبيقها؛ ولا يمكن الاحتجاج بمخالفتها للدستور أمام السلطة القضائية.

ثم أنّ الإخطار غير وجوبي بصدد القوانين العادية والتنظيمات وحتى بعض المعاهدات والاتفاقات الدولية؛ وحتى وإن كان يجب أن لا تكون هذه الأخيرة مخالفة للدستور، على عكس القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان التي بصدها الرقابة قبلية وجوية قبل صدورها؛ حتى وإن كانت هناك مخالفات للدستور من بعض هذه الطبقات القانونية والتي صدرت وتطبق بعد مرورها على إجراء الرقابة الدستورية بأية المجلس الدستوري^(١).

ثانياً - عدم ديمقراطية تحريك المجلس الدستوري: في عدم ديمقراطية تحريك المجلس الدستوري الذي لا يعمل تلقائياً بمناسبة المراقبة على دستورية القوانين؛ إلا إذا أخطرت أشخاص سياسية محدودة جداً.

(1) - أنظر في تفصيل ذلك في المبحث الثاني من الدراسة المتعلقة باختصاصات المجلس الدستوري الرقابية بصدد مراقبة دستورية القوانين.

ثالثاً- تضييق سلطات تحريك المجلس الدستوري: بالنظر إلى محدودية عمل المجلس الدستوري بصدد الرقابة على دستورية القوانين؛ نتيجة محدودية سلطات الإخطار التي تظهر سياسية ومنقوصة جداً؛ فامتناع هذه السلطات عن تحريك المجلس خاصة في الرقابة الاختيارية على دستورية القوانين؛ سيمنع القضاء وأعضاء الحكومة والنواب وممثلي الشعب، وحتى أفراد الشعب ورؤساء الأحزاب ومنظمات المجتمع المدني من تحريك المجلس، حتى ولو كانت تلك القوانين والتنظيمات غير دستورية وتقييد الحقوق والحريات، وحتى مع علم هؤلاء سلطات الإخطار المختصة بأنها كذلك.

فإن كان المؤسس الدستوري الجزائري اعتمد آلية المجلس الدستوري الشبيه بالمجلس الدستوري الفرنسي؛ فهذا الأخير وسع من سلطات الإخطار إلى ممثلي الشعب بتاريخ ٢٩/١٠/١٩٧٤ نتيجة التعديل الدستوري الفرنسي إلى ستون (٦٠) نائباً من الجمعية الوطنية؛ أو ستون (٦٠) شيخاً من مجلس الشيوخ بتحريك المجلس الدستوري، ومع العلم أن الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ يمنح حتى الحكومة من تحريك آلية الرقابة هذه ممثلة في الوزير الأول الفرنسي.

رابعاً- الافتراض في تحريك آلية الرقابة بأن تكون شعبية ديمقراطية: إذا كانت المراقبة على دستورية القوانين من أجل حماية الدستور من أهم المخالفات القانونية والحقوقية التي يمكن أن تتم من طرف السلطة التنفيذية والتشريعية من خلال التشريع والتنظيمات والمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية؛ فإن أفراد الشعب هم المعنيين مباشرة بهذه الطبقات القانونية المختلفة، وهم أول وآخر من يستفيد أو يتضرر في المراكز القانونية أو المساس بحقوقهم وحرياتهم؛ أو التي تكلفهم غالباً في مجال صرف الأموال العمومية؛ أو التحيز الجهوي والإقليمي للسلطة على حساب جهة أخرى^(١).

(١)- ومنها قانون المحافظات الكبرى الذي اعتمده المشرع سنة ١٩٩٤ غير الدستوري والذي تم إلغائه بآلية الرقابة الدستورية في سنة ١٩٩٩ بعدما الذي حدث في=

فالأصل أن المواطن هو من يحرك المجلس الدستوري اعتباراً من أن الشعب مصدر السلطة وصاحب السيادة، وإذا قلنا بأنّ المواطن لا يدرك جيداً العمل السياسي والقانوني بعد أن اختار بالانتخاب ثلاث من سلطات الإخطار؛ فيدرك ذلك رؤساء الأحزاب ومنظمات المجتمع المدني والمثقفون؛ بعدما لا يدركه أصحاب سلطة الإخطار المخول لهم تلك السلطة التي منحها إياهم أفراد الشعب والذين لا يوفوا بالتزاماتهم الدستورية تجاههم.

المبحث الثاني

تنظيم وإجراءات الرقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري

إنّ إجراءات وتنظيم عمل وسير المجلس الدستوري تمت بواسطة أعضاء المجلس أنفسهم؛ اعتباراً من أنّه يحقّ دستورياً للمجلس بأن ينظم نفسه بنفسه دون ترك المجال للسلطة التشريعية أو التنفيذية.

وهو المحدد والمقرر لتفسير الدستور في مجال الرقابة على دستورية القوانين والمستتبط للقواعد الدستورية؛ دون تعدي الحدود المرسومة فيها؛ وإلاّ اعتبر هو كذلك مخالفاً لسمو الدستور وانتهاكاً، فالمؤسس الدستوري هو من أنشأ المجلس الدستوري الجهاز الرقابي كمؤسسة دستورية، وبالتالي يكون المجلس الدستوري في تنظيمه وعمله وفي الإجراءات المتبعة أمامه إيجابية داعمة لمبدأ احترام الدستور؛ وممانعة لسلطتي السياسية من التدخل في تلك الإجراءات والعملية الرقابية⁽¹⁾.

=صرف الأموال والتميز بين المناطق الحضرية والريفية في الجزائر بمخالفة النظام الإداري المحدد في الدستور. فكان أفراد الشعب ورؤساء الأحزاب يدركون بأنّ قانون المحافظات الحضرية الكبرى لا يمت بصلة للدستور ولم يكن باستطاعتهم تحريك المجلس الدستوري، وإنما هذا القانون جاء في تحقيق مآرب سياسية خاصة حتى وإن جاء في ظل الأزمة الدستورية الحاصلة آنذاك؛ فهذا لا يمنح للسلطة السياسية بالتصرف القانوني كما تشاء دون اعتبار للأشياء المهمة والتي من شأنها الإخلال بالنظام العام وتقسيم إقليم الدولة والمساس بمبدأ المساواة والتمثيل السياسي والوظيفي.

(1) - إذا تم منح البرلمان أو السلطة التنفيذية فرصة في تنظيم إجراءات عملية المراقبة الدستورية سيكون هذا تدخلاً صارخاً في أحقية المجلس باعتباره الجهاز الرقابي المستقل نسبياً عن المجال السياسي، ومن شأنه وضع قيود أخرى أو إجراءات بسيطة تفتح المجال لإعدام الرقابة الدستورية من أصلها.

وعليه ما هو الأساس الدستوري لقواعد عمل المجلس الدستوري ؟ وما هي الإجراءات المتبعة أمامه بصدد مراقبة دستورية القوانين ؟. مجيبين عن هذه التساؤلات في هذا المبحث في المطلبين التالية :

- المطلب الأول: الأساس الدستوري لقواعد عمل المجلس الدستوري
- المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة بصدد المراقبة الدستورية على القوانين

المطلب الأول

الأساس الدستوري لقواعد عمل المجلس الدستوري

جعل المؤسس الدستوري الجزائري اختصاصا أصيلا للمجلس الدستوري في تحديد نظام قواعد عمله ، حيث صدر هذا النظام في الجريدة الرسمية ، والذي طفت عليه عدة تعديلات ؛ ونشير إلى أنه بالتعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦ تم تعديل نظام قواعد عمله الذي كان معمولا منذ سنة ١٩٨٩ وإلى غاية سنة ٢٠٠٠ نتيجة التعديلات الدستورية والسياسية التي طرأت في المنظومة القانونية والسياسية للدولة.

وتحدث عن الأساس الدستوري لنظام قواعد عمل المجلس الدستوري في الفروع الثلاث التالية :

- الفرع الأول: القواعد الدستورية لنظام قواعد عمل المجلس الدستوري
- الفرع الثاني: قواعد عمل المجلس الدستوري المنشأة
- الفرع الثالث: عدم مراقبة نظام قواعد عمل المجلس ومبراراته

الفرع الأول

القواعد الدستورية لنظام قواعد عمل المجلس الدستوري

جعل الدستور الجزائري للمجلس الدستوري استقلالية في تحديد نظام قواعد عمله ؛ عن كل من السلطة التشريعية والسلطة التنظيمية الداخلة في اختصاص السلطة التنفيذية خاصة منها الحكومة.

بحيث ينص الدستور الجزائري المعمول به لسنة ١٩٩٦ على أن المجلس الدستوري يحدد نظام قواعد عمله، وذلك بنص المادة (٢/١٦٧) [يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله] ^(١).

ومن خلال هذا الفقرة الدستورية نستنتج مجموعة من خصائص نظام قواعد عمل المجلس الدستوري التي تتجلى في الآتي:

أولاً- استقلالية المجلس الدستوري في تحديد نظام قواعد عمله: للمجلس الدستوري حرية واستقلالية عن كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في تحديد نظام قواعد عمله؛ ولكن في الحدود المرسومة والمثبتة في الدستور؛ فإذا كان هو عبارة عن آلية حامية للدستور، فلا يمكنه الخروج عن تلك الحدود وإلا أصبح هو نفسه مخالفا للقواعد الدستورية الواردة بشأنه.

فالمجلس الدستوري من الناحية القانونية محمي من إمكانية المساس بنظامه الأساسي، من حيث تشكيله أو مهامه، وبالتالي هو بمنأى عن أي تأثير من السلطات العمومية ^(٢)، أو الإدارية أو التأثيرات الحزبية.

وأيضا يعتبر أعضاء المجلس الدستوري مستقلين نسبيا عن العمل السياسي الواقعي في مجال العضوية أو في اتخاذ القرار، بفرض القانون العضوي رقم ١٢-٠٤ المتعلق بالأحزاب السياسية ^(٣) بنص المادة (٣/١٠) منه بالقول [كما يجب على أعضاء المجلس الدستوري، وكذا كل عون من أعوان الدولة الذين يمارسون وظائف السلطة والمسئولية وينص

(1)- تنص المادة ٢/١٥٧ من دستور ١٩٨٩ كذلك على أنه [يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله].

(2)- أنظر: بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري، تنظيمه وطبيعته، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، السنة الجامعية ٢٠٠٤/٢٠٠٥، ص ٨٤.

(3)- القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية رقم ١٢-٠٤ المؤرخ في ٢٠١٢/٠١/١٢، الجريدة الرسمية السنة التاسعة والأربعون، العدد ٠٢، المؤرخة في ٢٠١٢/٠١/١٥.

القانون الأساسي الذي يخضعون له صراحة على تنافي الانتماء، قطع أي علاقة مع أي حزب سياسي طيلة هذه العهدة أو الوظيفة [1]. وبالتالي تظهر استقلالية وحياد أعضاء المجلس الدستوري عن العمل السياسي والحزبي والتفرغ للرقابة على دستورية القوانين بموضوعية، وخاصة الأعضاء المختارين من طرف السلطة التشريعية الذين يغلب عليهم الانتماء الحزبي قبل التعيين في عضوية المجلس، وأما عن العضوين المختارين من طرف السلطة القضائية وإن كان يحكمهم القانون الأساسي للقضاء من عدم الانتماء لأي حزب سياسي من قبل تعيينهم في المجلس الدستوري تكون استقلاليتهما أوفر في المجلس، حيث تنص المادة (٢/١٠) من القانون العضوي رقم ١٢ - ٠٤ أنه [غير أنه لا يجوز أن ينخرط فيه^(١) أثناء ممارسة نشاطهم:

- القضاة ..]

ثانياً- منع السلطة التشريعية من سن قانون نظام قواعد عمل المجلس: الأصل في التشريع أن تحتص به السلطة التشريعية، بحيث اقتضت إرادة المؤسس الدستوري أن يكون المجلس الدستوري هو المختص دون غيره، بإعداد وتحديد قواعد عمله باستقلالية؛ أي أن مجال التشريع بالنسبة للبرلمان محدد بالدستور، وخاصة المادة ١٢٢، والمادة ١٢٣ منه، والتي لا نجد لهما أي علاقة بالمجلس الدستوري إلا ما تعلق بمجال إخطار المجلس الدستوري، بحيث لا يمكن تأويل أي نص دستوري من أجل تحديد قواعد عمل المجلس الدستوري، كي لا يكون المشرع قاضياً دستورياً أو مراقباً ذاتياً.

ثالثاً- منع السلطة التنفيذية من تنظيم نظام قواعد عمل المجلس: نفس الأمر بالنسبة للسلطة التنظيمية، فجردها المؤسس الدستوري من تنظيم وتحديد قواعد عمل المجلس الدستوري، من أجل أن يحقق استقلالية معتبرة عن العمل الحكومي الذي يسيطر على دفة الحكم في الدولة.

(1)- المقصود هو الحزب السياسي.

بحيث لا يمكن تصور أن رئيس الجمهورية أو الوزير الأول التدخل في مثل هذا الموقف، وإلا أعتبر المنفذ محددًا ومنظماً وقاضياً دستورياً في نفس الوقت.

الفرع الثاني

قواعد عمل المجلس الدستوري المنشأة

صدرت كل القواعد المحددة لعمل المجلس الدستوري، منذ نشأته عام ١٩٨٩، وإلى غاية سنة ٢٠١٣ تحت اسم نظام يحدد إجراءات عمل المجلس الدستوري، وهي كالتالي:

- ١- النظام المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧.
- ٢- مداولة مؤرخة في ١٩٩١/١١/٢٠ تتضمن تعديل النظام المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧.
- ٣- مداولة مؤرخة في ١٩٩٧/٠٤/١٣ تعدل وتتم النظام المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧ المعدل والمتمم.
- ٤- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٦/٢٨ والذي ألغى النظام السابق المعدل والمتمم.
- ٥- مداولة مؤرخة في ٢٠٠٩/٠١/١٤ تتعلق بتعديل النظام المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٦/٢٨.

وعليه نقول أنّ النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري في سنة ٢٠٠٠ والمعمول به الذي ألغى سابقه، وإتمامه سنة ٢٠٠٩ يدل على ذلك التغيير في التعديل الدستوري، لأن المجلس الدستوري تمت عليه تعديلات كثيرة مما يستوجب الأمر مساندة عملية الرقابة الدستورية الجديدة. ونتيجة التغييرات السياسية وإصلاحاتها الجديدة، وما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين التي تضمنها تعديل النظام سنة ٢٠٠٩ يتعلق بأن تصدر قرارات وآراء المجلس الدستوري باللغة العربية.

الفرع الثالث

عدم مراقبة نظام قواعد عمل المجلس ومبرراته

ما يمكن قوله في عدم مراقبة النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري هو أنه من إنشاء المجلس نفسه الساهر على احترام الدستور، إذ يعني الأمر أن لا يكون مخالفا للدستور ومطابقا إياه على أحسن وجه. إذ لا يمكن لأي سلطة أخرى أن تنظر في مدى دستورية النظام المحدد لقواعد عمل المجلس، وفي رأينا القول بإمكانية رئيس الجمهورية باعتباره حاميا للدستور أن يتدخل لإصلاح الوضع إذا كان هذا النظام غير دستوري.

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة بصدد المراقبة الدستورية على القوانين

نتحدث في هذا المطلب عن الإجراءات الضرورية الواجبة الإتيان بها بخصوص المراقبة على دستورية القوانين، وفق الفروع الأربع التالية:

- الفرع الأول: رسالة الإخطار ومضمونها
- الفرع الثاني: مقرر المجلس الدستوري وعمله
- الفرع الثالث: اجتماع ومداولة المجلس الدستوري
- الفرع الرابع: قلم كتاب الجلسات والمحاضر

الفرع الأول

رسالة الإخطار ومضمونها

أولاً- رسالة الإخطار: يُخطر المجلس الدستوري برسالة الإخطار من إحدى جهات الإخطار المحددة والمنصوص عنها في الدستور، وهي إما رئيس الجمهورية بصدد كل المجالات القانونية المعنية بالمراقبة وينظر المجلس الدستوري وهي أساسا الرقابة الوجودية والاختيارية، وإما يُخطر المجلس من طرف أحد رئيسي غرفتي البرلمان بصدد الرقابة الاختيارية فقط دون الوجودية، وتوجه رسالة الإخطار إلى رئيس المجلس الدستوري مرفقة بالنص المراد عرضه على المجلس الدستوري من أجل أن يتخذ بشأنه رأيا

بصدد المراقبة قبل صدور النص، أو قرارا بعد صدور النص طبقا للمادة (٩) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ المعدل والمتمم. وذلك بتطبيق المادة (١/١٦٥) من الدستور بالقول [يفصل المجلس الدستوري بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إِمَّا برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية].

ثانياً- تسجيل رسالة الإخطار: تسجل رسالة الإخطار لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري، في سجل الإخطار ويسلم إشعارا باستلامها طبقا للمادة (١/١٠) من نظام قواعد عمل المجلس، وعليه يبدأ المجلس الدستوري بمجرد إخطاره في رقابة مطابقة أو دستورية النص المعروض عليه؛ على أن يتابع عمله حتى النهاية طبقا للمادة (١١) من هذا النظام. ثالثاً- مدة اتخاذ الرأي أو القرار بشأن نص الإخطار: يفصل المجلس الدستوري في النص المعروض عليه خلال ٢٠ يوما الموالية لتاريخ إخطار طبقا للمادة ١٦٧ من الدستور بالنص [...] ويعطي رأيه أو يصدر قراره في ظرف العشرين (٢٠) يوما الموالية لتاريخ إخطاره].

ويُعرف هذا الأجل من خلال التاريخ المبين في الإشعار بالاستلام المنصوص عنه في المادة (٢/١٠) [يشكل التاريخ المبين في إشعار الاستلام بداية سريان الأجل المحدد في المادة ١٦٧ من الدستور]، والذي يعتبر بمثابة التاريخ الذي يبدأ به سريان مدة العشرين يوما.

وإذا كان المجلس الدستوري ملزما بتقديم رأيه أو قراره في مدة العشرين يوما؛ فالسؤال المطروح: متى يمكن للمجلس الدستوري التدخل لفحص دستورتها؟، فمن الأفضل أن يتم تحديد مدة الإخطار عند فحص القوانين قبل إصدارها بفترة بعد التصويت على القانون وتقديمه للمجلس بالشكل الذي يكون في النص القانوني عند تقديمه لرئيس الجمهورية من أجل إصداره^(١).

(1)- أنظر: مسراتي سليمة، إخطار المجلس الدستوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠٠، ص ١٦.

رابعاً- أثر الإخطار على أجل إصدار القانون: عندما يتم إخطار المجلس الدستوري بصدد رقابة مطابقيه أو دستورية أي نص المعروض عليه، يتم وقف سريان أجل إصدار القوانين المحدد بثلاثين يوماً من تاريخ تسلم رئيس الجمهورية إيّاه، وذلك قبل صدور القانون، طبقاً للمادة (١٢٦) من الدستور بأنه لا يُصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوماً (٣٠) يوماً، ابتداءً من تاريخ تسلمه إيّاه.

غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة ١٦٦ الآتية^(١)، المجلس الدستوري، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة ١٦٧ الآتية^(٢).

الفرع الثاني

مقرر المجلس الدستوري وعمله

أوكل نظام قواعد عمل المجلس الدستوري بالنسبة لمجال المراقبة على دستورية القوانين، مهمة التحقيق من الملف المتعلق بمدى دستورية أو مطابقة النص أو القانون المعروض على المجلس الدستوري لمقرر يكون من بين أعضاء المجلس نفسه.

أولاً- تعيين المقرر: يعين رئيس المجلس الدستوري مقرراً من بين أعضاء المجلس، وذلك بمجرد تسجيل رسالة الإخطار على مستوى المجلس^(٣)، من أجل التكفل بمهمات ضرورية لتحسين الرقابة؛ دون أن

(١)- مصطلح " الآتية " يقصد بها نص المادة الذي يرد فيما بعد في الدستور، المادة ١٦٦ تحدد سلطات الإخطار الثلاث وهي رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة).

(٢)- مصطلح " الآتية " يقصد بها نص المادة الذي يرد فيما بعد في الدستور، على أن المادة ١٦٧ تحدد أجل عشرون يوماً للمجلس الدستوري ليتخذ رأيه أو قراره بصدد الرقابة.

(٣)- ومنه يبدأ العمل الرقابي للمجلس من بداية تاريخ تسجيل رسالة الإخطار ولمدة عشرين يوماً المحددة في الدستور وبالتالي يكون المجلس ملزماً بالفصل خلال هذه المدة.

يكون شخصا أو موظفا آخر من المجلس أو غيره؛ وذلك لاستقلالية أعضاء المجلس أنفسهم من أجل القيام بالعمل الدستوري الموكل إليهم. ثانياً- مهام المقرر: إن مهام مقرر المجلس بمثابة العمل التحقيقي والقاعدي والأولي من أجل مداولة المجلس والتصويت علنى بغية اتخاذ الرأي أو القرار بحسب الحالة. وتمثل هذه المهام والمنصوص عنها في المادة (١٢) من نظام قواعد عمل المجلس في الآتي:

- ١- يتكفل المقرر بالتحقيق في الملف.
 - ٢- يتولى المقرر التحضير لمشروع الرأي أو القرار.
- وكذلك يتمتع المقرر بصلاحيات ضرورية تفيده في التحقيق والتأكد وتحسين العمل الرقابي^(١)، وذلك بالقيام بما يلي:
- ١- جمع كل المعلومات والوثائق المتعلقة بالملف الموكل إليه.
 - ٢- استشارة أي خبير يختاره يفيد في موضوع الملف الذي يحقق فيه.
- كذلك ومن أجل اتخاذ المجلس الدستوري رأيه أو قراره في الأجل المحدد دستورا يمنح المقرر أجلا خلال أجل العشرون يوما، رغم أن نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ لم يتم النص عن منح الأجل المحدد للمقرر، ومع العلم أن نظام إجراءات عمل المجلس الدستوري المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧^(٢) الملغى، بنص المادة (٢/٤) منه يعطي المقرر أجلا في حدود الأجل المنصوص عنه في المادة ١٥٧ من الدستور (دستور ١٩٨٩).
ثالثاً- عدم النص عن أسباب الإخطار: ما نلاحظه أنه لم ينص لا الدستور ولا حتى نظام قواعد عمل المجلس الدستوري عن ذكر أسباب ودوافع الإخطار؛ وإن كان السبب الرئيسي معروف ويتمثل في إبداء الرأي أو القرار بشأن دستورية أو مطابقة أو مخالفة نص الإخطار للدستور؛ لكن نقصد هنا ما إذا كان هناك تسبب ودوافع يمكن أن تثيرها

(1)- المادة ١٣ من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري.
(2)- نظام إجراءات عمل المجلس الدستوري المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧، الجريدة الرسمية لسنة السادسة والعشرون، العدد ٣٢، المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧.

سلطات الإخطار بشأن النص المخطر به ، مما يسهل عمل المقرر والتحقيق في الملف ، أو أن ذكر أسباب الإخطار يضيق من عمل المجلس الدستوري أو يقيد به بشأن مسألة معينة دون مسائل ومصوص أخرى يمكن التغاضي عنها ؛ في حين يمكن التساؤل : هل سلطات الإخطار لا يمكنها أن تعرف ما إذا كانت هناك مخالفات لبعض أو لكل النصوص للدستور؟.

فالمجلس الدستوري على غرار المجالس الدستورية في الدراسات المقارنة هو الباحث عن الأسباب والبواعث غير الدستورية فيما يعرض عليه من النصوص القانونية ، وعليه فهو جدير بالبحث والتمعن والتدقيق والتحقيق في كل مسألة أو جزئية للتأكد منها ومدى دستورتها أو مطابقتها للدستور.

لأنه في بعض المجالس الدستورية لدول أخرى ترفق الإخطار بمذكرة إيضاحية لبيان أسباب الإخطار ، ومنه يكون المجلس الدستوري الجزائري يتطلب منه القيام بمجموعة من المهام التوثيقية ومتابعة بعض الإجراءات والأعمال التحضيرية والمصادقة على النصوص القانونية إضافة إلى جانب الإعلام حول الأحداث الوطنية في مختلف المجالات^(١).

رابعا- تسليم ملف الإخطار والتقارير : بعد انتهاء عمل المقرر وأشغاله يستوجب عليه طبقا للمادة (١٤) من نظام قواعد عمل المجلس بتسليم نسخة من ملف موضوع الإخطار مرفقا بالتقرير ومشروع الرأي أو القرار المتوصل إليه ؛ إلى كل من رئيس المجلس الدستوري ولكل أعضاء المجلس الآخرين.

وعليه يعد مجال التحقيق وجمع المعلومات بالنسبة للمقرر مجالا واسعا وكافيا بالقدر الذي يستعين فيه بأي خبير أو أي معلومة أو وثيقة تفيد في موضوع الإخطار^(٢) ، وذلك من أجل تحسين نوعية العمل الرقابي للمجلس.

(1)- أنظر : د. فريد علوش ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥.

(2)- أنظر : بوسالم رايح ، مرجع سابق ، ص ٣٣.

وما نلاحظه هو أنّ عمل المقرر يكون خلال مدّة العشرين يوماً الموالية لتاريخ الإخطار؛ وبالتالي لم يتم تحديد مدّة عمل المقرر وتحقيقه في الملف وإعداد التقرير بشأنه؛ وعليه يكون عمل المجلس الدستوري بصورة عامة منقوصاً لأنه في وضعية محصورة وحرجة من الناحية القانونية. لأنه كيف يعقل لتحضير مشروع أي قانون خاصة القوانين العضوية منها من طرف الحكومة ثم التصويت والمصادقة عليها في البرلمان والتي تأخذ فترة طويلة جداً؛ وقد تكون لأكثر من سنة أو سنوات؛ ثم يكون للمجلس الدستوري الساهر على احترام الدستور أن يتأكد من مدى دستورية أو مطابقة النصوص المعروضة عليها خلال عشرين يوماً فقط؟ ما من شأنه قيام المجلس الدستوري بعمل غير جدي أو عمل متعب من التأكد من موافقة أو مخالفة النص للدستور؛ مما تكون الرقابة الدستورية غير فعلية وهامشية لا ترقى لمستوى احترام الدستور؟.

الفرع الثالث

اجتماع ومداولة المجلس الدستوري

هناك مجموعة من المقتضيات الدستورية والقانونية التي يجب على المجلس الدستوري إتباعها بصدد انعقاد اجتماعاته في مجال الرقابة الدستورية على القوانين، وكذا كفاءات التصويت، وتمثل هذه المقتضيات في الآتي:

أولاً- استدعاء المجلس للاجتماع: بعد انتهاء عمل المقرر يجتمع المجلس الدستوري بناء على استدعاء من رئيس المجلس الدستوري، والذي يمكنه اختيار أحد الأعضاء في رئاسة الجلسة في حالة حصول المانع له، وهذا بنص المادة (١٥) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري.

ثانياً- اجتماع المجلس بأعضائه: يجتمع المجلس الدستوري في جلسة مغلقة طبقاً للمادة (١٧/١) من نظام قواعد عمل المجلس، وإنّ في انعقاد الجلسة مغلقة لدلالة على سرية المداولات والتصويت وما يثور من أوجه النظر المختلفة بين أعضاء المجلس.

وأيضاً منعا لأي كان من غير هؤلاء الأعضاء الحضور في الجلسة لسماع أو معرفة توجه أي عضو من أجل الحفاظ على مصداقية المجلس^(١).

ثالثاً- التصويت واتخاذ القرار أو الرأي: نذكر أنّ تشكيلة أعضاء المجلس الدستوري فردية، ومنه يحتمل في حالة التصويت في المداولات التساوي وبالتالي يستوجب ترجيح الكفة لصالح رأي أو قرار يتخذ بشأن الرقابة بترجيح رأي أو صوت رئيس المجلس الدستوري.

بحيث يبدى ويتخذ المجلس الدستوري آراءه وقراراته بأغلبية أعضائه، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت رئيس المجلس الدستوري مرجحاً؛ وعند حدوث المانع له فصوت من يخلفه لهذا الغرض طبقاً للمادة (٢/١٧ - ٣)^(٢).

ونشير إلى أنّ اتخاذ الرأي أو القرار من طرف المجلس الدستوري يجب أن لا يمس البتة بمقتضيات المادة (٨٨)^(٣) من الدستور، لأنه تستوجب

- (1)- وهذا أيضاً من أجل حياد أعضاء المجلس ومنعا من تأثرهم بوسائل الإعلام أو من سلطات الإخطار أنفسهم، بحيث لا يمكن لسلطات الإخطار أن تحضر الجلسات أو أن ترسل ممثلاً عنها، بغية تحقيق نوعية في اتخاذ القرار أو الرأي الحسن من المجلس.
- (2)- المادة ٢/١٧ - ٣ تنص على أنه لا يبدى آراءه ويتخذ قراراته بأغلبية أعضائه، دون المساس بأحكام المادة ٨٨ من الدستور.
- وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت رئيس المجلس الدستوري أو رئيس الجلسة مرجحاً.
- (3)- تنص المادة ٨٨ من الدستور لـ إذا استحال على رئيس الجمهورية أن يمارس مهامه بسبب مرض خطير ومزمن، يجتمع المجلس الدستوري وجوباً، ويعد أن يثبت من حقيقة هذا المانع بكل الوسائل الملائمة، يقترح بالإجماع على البرلمان التصريح بثبوت المانع.
- يعلن البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معاً، ثبوت المانع لرئيس الجمهورية بأغلبية ثلثي (٣/٢) أعضائه، ويكلف بتولي رئاسة الدولة بالنيابة مدة أقصاها خمسة وأربعون (٤٥) يوماً رئيس مجلس الأمة الذي يمارس صلاحياته مع مراعاة أحكام المادة ٩٠ من الدستور.
- وفي حالة استمرار المانع بعد انقضاء خمسة وأربعين (٤٥) يوماً، يعلن الشغور بالاستقالة وجوباً حسب الإجراء المنصوص عليه في الفقرتين السابقتين وطبقاً لأحكام الفقرات الآتية من هذه المادة.

الإجماع وليس أغلبية أعضاء المجلس بصدد إثبات شغور منصب رئيس الجمهورية.

الفرع الرابع

قلم كتاب الجلسات والمحاضر

قضت المادتين (١٨ - ١٩) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري أن يتولى قلم جلسات المجلس الأمين العام للمجلس^(١)، وكما يوقع الأعضاء الحاضرين وكتاب الجلسة محاضر الجلسات الخاصة بالمجلس، والتي لا يمكن لأي أحد الاطلاع عليها إلا أعضاء المجلس الدستوري فقط^(٢).

وكما تقضي المادة (٧) من المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ - ١٤٣ المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض

-
- = - في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته، يجتمع المجلس الدستوري وجوبا ويثبت الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية.
- وتبلغ فوراً شهادة التصريح بالشغور النهائي إلى البرلمان الذي يجتمع وجوبا.
- يتولى رئيس مجلس الأمة مهام رئيس الدولة مدة أقصاها ستون (٦٠) يوماً، تنظم خلالها انتخابات رئاسية.
- وإذا اقترنت استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة لأي سبب كان، يجتمع المجلس الدستوري وجوبا، ويثبت بالإجماع الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية وحصول المانع لرئيس مجلس الأمة، وفي هذه الحالة يتولى رئيس المجلس الدستوري مهام رئيس الدولة. يضطلع رئيس الدولة المعين حسب الشروط المبينة أعلاه بمهمة رئيس الدولة طبقاً للشروط المحددة في الفقرات السابقة وفي المادة ٩٠ من الدستور. ولا يمكنه أن يترشح لرئاسة الجمهورية. فعمل المجلس الدستوري في هذه الحالة بمثابة رقابة دستورية في الحالات الاستثنائية غير رقابة دستورية القوانين التي نتحدث عنها في هذا البحث.
- (1) - تنص المادة ٦ من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ ليزود المجلس الدستوري بأمانة عامة يسيروها أمين عام، ومركز للدراسات والبحوث الدستورية، ومصلحة إدارية [أ]، المرسوم الرئاسي رقم ٠٢ - ١٥٧ المؤرخ في ١٦/٠٥/٢٠٠٢، الجريدة الرسمية السنة التاسعة والثلاثون، العدد ٣٦ المؤرخ في ١٩/٠٥/٢٠٠٢ المعدل والمتمم للرسوم رقم ٨٩ - ١٤٣.
- (2) - يدل على سرية المداولات وما ورد في المحاضر لتفادي المساس باستقلالية المجلس الدستوري.

موظفيه بالنص] يتخذ الأمين العام، تحت سلطة رئيس المجلس الدستوري، التدابير اللازمة لتحضير أشغال المجلس الدستوري وتنظيمها^(١).

المبحث الثالث

اختصاصات المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين

تم تنظيم الدستور لاختصاصات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين في المادة (١/١٦٥) بأنه [يفصل المجلس الدستوري، بالإضافة للاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية].

ونظم هذا النص نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ المعمول به، في الفصلين الأولين من الباب الأول اللذين بصدد دراستهما^(٢)، اللذين يتعلقان برقابة المطابقة القبلية في المواد من (١ إلى ٥)، والرقابة الاختيارية في المواد من (٦ إلى ٨)، وعليه نتحدث في هذا المبحث عن المطالب الثلاث التالية:

- المطلب الأول: رقابة المطابقة أو الرقابة الوجوبية
- المطلب الثاني: الرقابة الدستورية الاختيارية
- المطلب الثالث: آراء وقرارات المجلس الدستوري المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين

(1) - المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ - ١٤٣ المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧ المعدل والمتعم، الجريدة الرسمية للسنة السادسة والعشرون، العدد ٣٢، المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٧.

(2) - حيث تم تنظيم الإجراءات المتبعة بصدد هذه الرقابة في الفصل الثالث من هذا النظام.

المطلب الأول

رقابة المطابقة أو الوجوبية على دستورية القوانين

نص الدستور الجزائري على رقابة المطابقة على دستورية القوانين، والتي تسمى بالرقابة الوجوبية القبلية وتسمى كذلك نظراً لأنها تأتي وتُعمل قبل صدور النص ويصبح معمولاً به وقابلاً للتنفيذ، وتتعلق هذه الرقابة بمجالين أساسيين وهما: مجال القوانين العضوية^(١) التي جاءت وظهرت بموجب التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، طبقاً للمادة ١٢٣ منه، ومجال النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، بعدما كانت رقابة المطابقة تقتصر على النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني في دستور ١٩٨٩ بموجب المادة (٢/١٥٥) ... كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور].

وأثناء التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦ أصبحت هناك غرفة ثانية جديدة في البرلمان، وهي مجلس الأمة والذي ينظم نظامه الداخلي كما هو الحال للمجلس الشعبي الوطني، وذلك بنص المادة (٣/١١٥) من الدستور [يعد المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة نظامهما الداخلي ويصادقان عليهما].

وعليه تتم دراسة هذا المطلب من خلال تقديم تعريف كل من القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، مبيّنين أهميتهما الدستورية والقانونية، ثم الحديث عن رقابة المطابقة الوجوبية والقبلية لهذين المجالين، وأخيراً تقديم أهم نماذج هذه الرقابة، وذلك في الفروع الثلاثة التالية:

- الفرع الأول: مفهوم القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان
- الفرع الثاني: رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور
- الفرع الثالث: نماذج وأمثلة عن تطبيقات رقابة المطابقة الدستورية

(1) - هذه الفئة الجديدة من القوانين عرفتها الجزائر لأول مرة بدستور ١٩٩٦، وتدعى بالقوانين الأساسية في فرنسا أو القوانين المكملّة للدستور بالدستور المصري.

الفرع الأول

مفهوم القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان

للحديث عن رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، ولأهميتهما الدستورية والقانونية في النظام القانوني للدولة، يجب توضيح معنى وتعريف القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان.

أولاً - مفهوم القوانين العضوية: لم يتم تعريف القوانين العضوية في الدستور الجزائري، وإنما اكتفى بتحديد الجهة التي يشرع فيها بهذه الصفة، والإجراءات التي تتبع في سننها وإلى صدورها فقط.

١- تعريف القوانين العضوية: هناك تعاريف من جانب المفهوم الشكلي، وأخرى من جانب المفهوم الموضوعي، وعليه نبين لكل منهما تعريف معين، ويستوجب الأمر تقديم تعريف شامل لهذه القوانين^(١).

أ- التعريف من الناحية الشكلية: يُعرف القانون العضوي في المفهوم الشكلي بأنه [مجموعة القواعد التي تصدر من البرلمان (بصفته أداة، عضو، هيئة) وتخضع في وضعها وتعديلها إلى إجراءات خاصة]^(٢). وبالتالي تظهر القوانين العضوية بأنها إنشاء دستوري؛ ومحددة به ومنصوص عنها صراحة في الوثيقة الدستورية.

ب- التعريف من الناحية الموضوعية: تُعرف القوانين العضوية بمفهوم المعيار الموضوعي بأنها [تلك القوانين التي تنظم موضوعاً من موضوعات القانون الدستوري، سواء ورد النص في الدستور على إجراءات خاصة لإقرارها تختلف عن إجراءات القانون العادي، أو أخضعها لإجراءات القانون العادي].

(١) - كلا من المفهومين منتقدين، وكل منهما يكمل الآخر.

(٢) - أنظر: د. محمد آكلي قزو، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ١٦٧ - ١٦٨.

وبمفهوم أدق فإن القانون العضوي وفقا للمعيار الموضوعي هو قانون يتكون من وجهين أساسيين هما^(١) :

- ١- أولهما " دستوري من حيث الموضوع "
- ٢- وثانيهما " تشريعي من حيث الشكل والإجراء "
- ج- التعريف من الناحية الجامعة والشاملة^(٢) : من خلال تعريف القانون العضوي وفقا للمعيارين الشكلي والموضوعي يمكن القول أن القوانين العضوية هي [مجموعة القواعد القانونية التي تعمل على تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بتنظيم السلطات العامة والحريات الفردية ؛ ويتبع في إقرارها إجراءات خاصة ومتميزة عن إجراءات القوانين العادية]^(٣).

د- التعريف باستقراءنا الدستور الجزائري : يمكن قولنا بأن الدستور الجزائري المعتمد للقوانين العضوية في المادة ١٢٣ بأنها [تلك القوانين المتصفة بالعضوية التي يشرع فيها البرلمان باعتباره عضوا أو معيارا هيئويا ، والتي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني بالأغلبية المطلقة للنواب ، وبأغلبية ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة ، والتي تعرض على المجلس الدستوري لرقابة مطابقتها للدستور قبل صدورها والتي يشرع فيها البرلمان في مجالات حساسة من صميم القانون الدستوري]^(٤).

(1)- Voir: Berrmdane Abdelkhalk, la loi organique et l'équilibre constitutionnel, revue de droit public, tome 109, 1973, p721.

(2)- اعتبرت الحكومة الفرنسية طبقا للمنشور الصادر في ١٩٩٧، ٠١، ٣٠ المتعلق بقواعد إعداد وتوقيع ونشر النصوص في الجريدة الرسمية وفي استعمال الإجراءات الخاصة المتوجة على الوزير الأول أن القوانين العضوية هي من مجموع الكتلة الدستورية التي يفرض عليها احترامها، أنظر: أ.د: يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٣٣٢.

(٣)- أنظر: د. محمد أكلي قزو، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(4)- باستقراءنا للمواد (١٢٣، ٢/١٦٥) من الدستور الجزائري.

٢- الأساس الدستوري للقوانين العضوية : في حقيقة الأمر أنّ فكرة القوانين العضوية ظهرت في الجزائر في سنة ١٩٩٦ ، وقد عبر عنها رئيس الدولة آنذاك في حديثه الذي احتوته المذكرة الدبلوماسية ، والتي وجهها للطبقة السياسية ولأهم ممثلي المجتمع المدني سنة ١٩٩٦ أن تقرير المبادئ الضامنة للحريات الفردية والجماعية يتم الاهتمام بها عبر ديباجة مفهوم القانون العضوي ، هذا الصنف الجديد معرف كنص مزود بحماية لكل اختيار مشجع للميادين أو المجالات الهامة ^(١) .

أمّا بالنسبة للدستور فقد نص عنها في المادة (١/١٢٣) بالقول [إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية ...] .

بحيث تشير مجموعة كثيرة من نصوص الدستور إلى مجالات معينة يتم التشريع فيها بموجب قوانين عضوية ، لكنها مرتبطة مباشرة أو بطريقة أخرى بنص المادة (١٢٣) المذكورة أعلاه .

ونقول أنّ المادة (١٢٣) هذه هي القاعدة والمحددة لمجموعة من المجالات المهمة على سبيل الحصر ، على أنّ النصوص الأخرى الواردة في الوثيقة الدستورية والمشار إليها أن يتم التشريع فيها بموجب القانون العضوي الذي تجد قاعدتها أو أساسها في هذا النص ، وهي كذلك غير واردة على سبيل المثال بل على سبيل الحصر أيضا ، بحيث لا يمكن تأويل أي نص أو التشريع بموجب قانون عضوي لأي مجال غير منصوص عنه صراحة في الوثيقة الدستورية ، والدليل على ذلك أنّه لم يرد أي نص بصفة قانون عضوي خارج عن هذه المجالات أو النصوص المحددة والمحصورة في الدستور ^(٢) .

(1)- Voir: Mohammed Cherief Abd Almajid, La loi organique nouvelle norme juridique dans le droit positif algérien, alger, conseil nationale de transition, fe'vrier, 1979, p3.

(2)- بل هناك مجموعة من النصوص العضوية لم تصدر لحد الآن ومنذ شهر نوفمبر ١٩٩٦ ، وأخرى تم تنظيمها مؤخرا في سنة ٢٠١٢ .

وتعد بمثابة باب مفتوح على تدبير ما يمكن أن يطرأ؛ لأن فعاليتها تبدو في وظيفتها العملية فكونها باباً مفتوحاً على ما قد يطرأ في الحياة السياسية من جديد، وهي امتداد وضرورة منطقية لا بد منها، وإن كثرة العمل بها وقوة العمل بها ودسترتها واللجوء إليها وتوزيع العمل بها على البيئتين التشريعية والتنفيذية تمنحها قيمة قانونية أكثر من القوانين العادية^(١).

٣- مجالات القوانين العضوية: تعتبر مجالات وميادين القوانين العضوية من أهم الموضوعات الدستورية، وكما أنها تعبر عن المفهوم الموضوعي للدستور، وتم النص عنها في المادة (١٢٣) من الدستور، وهي:

- تنظيم السلطات العمومية، وعملها.
- نظام الانتخابات.
- القانون المتعلق بالأحزاب السياسية.
- القانون المتعلق بالإعلام.
- القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي.
- القانون المتعلق بقوانين المالية.
- القانون المتعلق بالأمن الوطني.

ونشير بأنه بالإضافة إلى المجالات المذكورة في المادة ١٢٣ هناك تفاصيل هذه الميادين في نصوص دستورية متفرقة، وعددها (١٣) مادة^(٢)، ومع

-
- (١)- أنظر: أ.د. يوسف حاشي، مرجع سابق، ص ٣٠٦.
- (٢)- كذلك في المواد التالية: ٣١ مكرر، المتعلقة بترقية الحقوق السياسية للمرأة، المادة ٨٩ المتعلقة بحالة وفاة أحد المترشحين للانتخابات الرئاسية في الدور الثاني، المادة ٩٢ المتعلقة بحالة الطوارئ وحالة الحصار، المادة ١٠٣ المتعلقة بانتخاب النواب وأعضاء مجلس الأمة، المادة ١٠٨ حالة استقالة أحد أعضاء البرلمان، المادة ١١٢ المتعلقة بشروط استخلاف النائب أو عضو مجلس الأمة في حالة شغور مقعده، المادة ١١٥ المتعلقة بتنظيم المجلس الشعبي الوطني وتنظيم مجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، المادة ١١٦ المتعلقة بشروط نشر محاضر مداوات البرلمان، المادة ١٢٠ متضمنة داخل المادة ١١٥ الخاصة بإجراءات الأخرى المتعلقة بقانون المالية، المادة ١٥٣ المتعلقة بتنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، المادة ١٥٧ المتعلقة بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته الأخرى، المادة ١٥٨ المتعلقة بإنشاء المحكمة العليا للدولة المختصة بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول.

العلم أنّ التعديل الدستوري الجزئي لسنة ٢٠٠٨^(١) والمتعلق بالمادة (٣١) مكرر أضاف ميدانا جديدا يتم التشريع فيه مع جسد قانون عضوي بالنص [تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمواطنين وتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة

- يحدد قانون عضوي كيفية تطبيق هذه المادة]

٤- إجراءات سن القانون العضوي: لا يختلف القانون العضوي في سنه وإصداره عن القوانين العادية، إلا في حالات تجعل من أهميتها تبقى من روح الدستورية ولها أهميتها القانونية والسياسية لأنها تتعلق بمجالات حساسة.

وعليه تتمثل هذه الإجراءات في ثلاثة أمور بصدد هذا الصنف من القوانين؛ وهي:

أ- أن يكون القانون العضوي منصبا على أحد المجالات المنصوص عنها صراحة في الدستور.

ب- أن يصادق البرلمان على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب، وبثلاثة أرباع (٤/٣) أعضاء مجلس الأمة.

ج- أن يعرض القانون العضوي على المجلس الدستوري للرقابة المطابقة والسابقة قبل صدور النص.

ثانياً- تعريف النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان: إنّ النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، ما هو إلا نظام يخص كل غرفة على حدا، بشرط أن ينص عنه الدستور بصفة صريحة لأنه يتعلق بمؤسسة دستورية وسياسية ورقابية؛ إنها السلطة التشريعية ذات الثنائية أو المجلسين، يكون فيها التنظيم الداخلي والذاتي من نوع خاص، لأنه اتصف بصفة النظام وليس بالتنظيم ولا القانون العادي أو العضوي أو

(1) - التعديل الدستوري الحاصل في ١٥/١١/٢٠٠٨، بقانون التعديل رقم ٠٨ - ١٩ المؤرخ في ١٥/١١/٢٠٠٨، الجريدة الرسمية للسنة الخامسة والأربعون، العدد ٦٣، المؤرخة في ١٦/١١/٢٠٠٨.

القرار، وذلك نظرا لأهميته وخصوصياته ولا يكون هذا النظام إلا في الحدود الدستورية بالمحافظة على كل من التوازنات الأساسية للسلطات الأخرى والتنظيم الدستوري والسياسي المحكم المنصوص عنه في الدستور.

١- تعريف النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان: لم يعط المؤسس الدستوري الجزائري تعريفا للنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، بحيث يبين هذا النظام استقلالية في الحدود الدستورية لكل من غرفتي البرلمان في نظامهما الأساسي دون تدخل أي غرفة في عمل الغرفة الأخرى بلا تدخل من طرف السلطة التنفيذية وتتم المصادقة على كل نظام لكل غرفة لوحدها^(١).

ويمكن تعريف النظام الداخلي لغرفتي البرلمان من جانبنا بأنه ذلك النظام الذي يتم تنظيمه من طرف كل غرفة مكونة للسلطة التشريعية وبمصادقة كل غرفة مستقلة عن الأخرى في نظامها الداخلي في الحدود الدستورية المفروضة من المؤسس الدستوري والذي تجب فيه الرقابة الوجودية القبلية من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره في الجريدة الرسمية.

أو هو ذلك عقد وحيد الطرف يختص به كل مجلس من مجلسي البرلمان باستقلالية وحياد في الحدود الدستورية دون المساس بالتوازنات الأساسية بين السلطات التي ضبطها المؤسس الدستوري في الوثيقة الدستورية.

أو هو ذلك النظام العقد الوحيد الطرف المستقل ويلزم كل مجلس من مجلسي البرلمان لوحده، ويكون ملزما لكل سلطة أو جهة تتعامل مع هذا المجلس طبقا للدستور، والذي لا يمكن للسلطة التنفيذية أو الحكومة تحديده والواجب تطابقه مع الدستور.

(١)- تشير إلى أنه لا يدخل هذا النوع من الأنظمة في السلطات والاختصاصات التنظيمية الداخلة في عمل السلطة التنفيذية أو الحكومة طبقا للمادة ١٢٥ من الدستور الجزائري.

٢- الأساس الدستوري للنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان: من أجل احتياط المؤسس الدستوري من تسلط أي من هذين الغرفتين؛ جعل من نظامهما الداخلي أن يبرا على المراقبة الدستورية برقابة المطابقة للدستور الوجوبية والقبلية قبل صدوره في الجريدة الرسمية ويصبح به العمل جائزا.

وعليه نص الدستور طبقا للمادة (٣/١١٥) على أنه [يعد المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة نظامهما الداخلي ويصادقان عليهما].
ونشير إلى أنه حتى النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني باعتباره الغرفة الوحيدة للبرلمان في ظل دستور ١٩٨٩؛ كان بمثابة نظاما تجب فيه الرقابة الدستورية المطابقة للدستور طبقا للمادة (٢/١٠٩) [يعد المجلس الشعبي الوطني نظامه الداخلي، ويصادق عليه]، وتنص أيضا المادة (٢/١٥٥) من نفس الدستور أنه [كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني] ^(١).

ونص المادة (٢٠) من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستورية لسنة ١٩٨٩ [إذا أخطر المجلس الدستوري، في إطار الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ من الدستور، يفصل في مطابقة النظام الداخلي في المجلس الشعبي الوطني للدستور، خلال الأجل المحدد في المادة ١٣ أعلاه].

بموجب تشير المادة (١٣) المذكورة إلى الأجل المحدد في المادة (١٥٧) من الدستور لسنة ١٩٨٩ وهو أجل عشرون يوما، وعليه أصبحت الرقابة الدستورية عليه وجوبية وقبلية قبل صدوره في الجريدة الرسمية.

٣- طبيعة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان: تعد الطبيعة القانونية للنظام الداخلي بمثابة طبقة قانونية من نوع خاص تسمى بـ "

(1) - نص المادة ١١/١٩٥ أنه [يفصل المجلس الدستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية].

النظام" ^(١)، كما نص عنه في الدستور، ولكنه يختلف عن القانون العضوي والقانون العادي والتنظيم الداخلي في اختصاص السلطة التنفيذية، ويختلف من حيث إجراءات سنه ووجوب قابليته لرقابة المطابقة الدستورية ويصدر في الجريدة الرسمية.

٤- إجراءات سن النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان: يختلف النظام الداخلي لغرفتي البرلمان عن مجمل القوانين والتنظيمات من حيث المصادقة عليه وإصداره، وتمثل هذه الإجراءات كما يلي:

أ- تحديد كل غرفة لنظامها الداخلي والمصادقة عليه وفقا للدستور.

ب- وجوب مراقبة مطابقة النظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور.

الفرع الثاني

رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور تخضع كل من القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان لرقابة مدى مطابقتها للدستور قبل صدور نصيهما ويكونا قابلين للتنفيذ.

وكما هناك رقابة دستورية سابقة على أحد المجالات المنصوص عنها في المادة ٩٧ من الدستور والمتعلقة ببعض المعاهدات والاتفاقات.

وتشترك رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان في ثلاث أسس دستورية يجب مراعاتها، وهي:

١- أن تكون الرقابة وجوبية سابقة ملزمة قبل صدور نصيهما.

٢- أن يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري بصددهما.

٣- أن يتخذ المجلس الدستوري رأيا وليس قرارا.

وعليه يمكن حديثنا عن الأحكام المتعلقة برقابة المطابقة للدستور، وعن الأسس الدستورية والقانونية لرقابة المطابقة المتعلقة بهذه المجالات.

أولاً- أحكام مراقبة مطابقة القانون العضوي للدستور: تتجلى أهم الإجراءات العملية والموضوعية في المراقبة الدستورية في الحثيات التالية:

(1)- هذا النوع من الأنظمة القانونية الخاصة يحتاج إلى دراسة جدية والبحث فيه.

١- الأساس الدستوري لرقابة مطابقة القانون العضوي للدستور: تنص المادة (٣/١٢٣) من الدستور بأن [يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره] . وعليه نستنتج من هذين النصين وجوب أن تخضع القوانين العضوية لرقابة المطابقة الدستورية قبلية قبل صدور النص في الجريدة الرسمية ، وأن يتخذ المجلس الدستوري رأيه الوجودي وليس قرارا بصدد النوع من هذه الرقابة حسب ما تنص عليه المادة (١٦٥) [..... إماما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ] .

٢- إخطار رئيس الجمهورية المجلس الدستوري بصدد رقابة مطابقة القوانين العضوية للدستور: تنص المادة (٢/١٦٥) من الدستور الجزائري بأنه [يبدي المجلس الدستوري بعد أن يخطر رئيس الجمهورية رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان] .

وعليه رئيس الجمهورية لوحده فقط تحريك المجلس الدستوري بصدد هذا النوع من الرقابة ؛ واحتاط المؤسس الدستوري من إمكانية تحويل رئيسي غرفتي البرلمان من هذا الإخطار لأنّ البرلمان هو المشرع العضوي بشأن القوانين العضوية والمرتبطة مباشرة بالدستور ولقيمتها الدستورية يخطر رئيس الجمهورية المجلس الرقابي المختص بشأن مطابقتها للدستور باعتباره حاميا للدستور بالدرجة الأولى طبقا للمادة (٢/٧٠) منه .

وباعتبار أن رئيس الجمهورية تكون له مسئولية كبيرة لما يتم صدور النص ويكون قابلا للتنفيذ باعتباره هو من يصدر النص طبقا للمادة (١٢٦) من الدستور ، ويمكننا اعتبار هذا التخصيص بمثابة اعتراض على صدور القانون .

وهو أيضا وقف السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في مجال المصادقة على نصوص من شأنها أن تكون غير دستورية وهي من صميم وروح الدستور نفسه ؛ فيجب عدم إصدارها من طرف السلطة التنفيذية .

٣- الحكم المتعلق بمطابقة النص للدستور: في الأصل ومن الناحية الإيجابية إذا كانت أحكام القانون العضوي مطابقة للدستور فيتخذ المجلس الدستوري رأيا بمطابقتها وبالتالي يصدر القانون ما دام دستوريا ومطابقا له، وإذا كان أي حكم في نصوص القوانين العضوية غير مطابق للدستور فلا يمكن صدور هذا الحكم والعمل به؛ وبالتالي يتم إرجاع النص أو الحكم إلى جهة الإخطار وهذا من أجل حماية واحترام الدستور^(١).

لكن حدّد النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري بعضا من الحالات تتعلق بحكم في حالة غير مطابقة للدستور وهي وفقا للمادة (٠٢، ٠٣):

أ- إذا صرح المجلس الدستوري أنّ القانون المعروض عليه يتضمّن حكما غير مطابق للدستور؛ بشرط أن لا يمكن فصله عن باقي هذا القانون فيكون جزاء هذا القانون عدم صدوره^(٢)، نتيجة مخالفته للدستور بمخالفة جسيمة في رأينا وغير مطابق لفحوى القاعدة الدستورية التي يشرع فيها بمثل هذا الصنف من القوانين؛ لأن الحكم غير المطابق للدستور مرتبط بكل الأحكام الأخرى في هذا القانون وكان كل نصوصه ومواده مخالفة وغير مطابقة للدستور؛ أو أنّ الحكم المخالف للدستور هو المفزى وغاية المشرع من هذا القانون^(٣).

ب- إذا صرح المجلس الدستوري أنّ القانون المعروض عليه يتضمّن حكما غير مطابق للدستور؛ دون أن يلاحظ في الوقت نفسه أنّ هذا الحكم

(1)- تقتضي مراقبة مطابقة النص مع الدستور بأن تكون القواعد الدستورية مفسرة تفسيرا إيجابيا وصحيحا لمضمون هذه القواعد؛ فلا يمكن الانتقاص من قيمتها أو تأويلها أو حتى وضع استثناءات عليها، لأننا أما حقوق وحرّيات وقواعد اللعبة السياسية ومشكلة العلاقة بين السلطة والحرية.

(2)- المادة ٢ من هذا النظام.

(3)- يمكن أن يكون هذا الحكم غير المطابق هو النص والمعنى الذي بني عليه القانون العضوي فلو يتم إصداره سيكون تنفيذه قاسيا يتعارض والإرادة الشعبية ويمس بالحقوق والحرّيات أو يمس بالتوازن الأساسي للسلطات.

المعني لا يمكن فصله عن باقي أحكام هذا القانون؛ فهنا نجد اختيار حلين هما:

- إمكانية رئيس الجمهورية أن يصدر هذا القانون باستثناء الحكم المخالف للدستور.

- أن يطلب رئيس الجمهورية من البرلمان قراءة جديدة للنص، بشرط أن لو تمت هذه الحالة يجب عرض الحكم المعدل على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقته للدستور.

٤- مراقبة مطابقة تعديل القانون العضوي للدستور: إذا كان القانون العضوي يقتضي تعديلات وتتمه لمسايرة مقتضيات دستورية أو حالات عملية وواقعية، فإنه كذلك يجب مراقبة مطابقة نص التعديل لهذا القانون للدستور بنفس الإجراءات السابقة^(١).

ومن بين أدلة وجوب الرقابة على مطابقة نص التعديل الخاص بالقانون العضوي نص المادة (٣) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري... يعرض الحكم المعدل على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقته للدستور. ومن أمثلة الواقع العملي لعرض نص تعديل بعض القوانين العضوية، نجد رأي المجلس الدستوري بصدد مراقبة مطابقة نص تعديل القانون العضوي رقم ١١ - ١٣ المؤرخ في ٢٦/٠٧/٢٠١١ للدستور المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١ المؤرخ في ٣٠/٠٥/١٩٩٨ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله^(٢).

(1) - إذا لا يمكن أن يكون التعديل الجزئي لبعض نصوص القانون العضوي شيئاً عادياً بل يمكن تطبيق الأحكام والإجراءات المتبعة كما هو الحال في القانون العضوي الأصلي؛ ونفس الأمر بالنسبة لإلغاء القانون العضوي وسن قانون عضوي جديد.

(2) - رأي المجلس الدستوري رقم ٠٢/ر م د/١١ المؤرخ في ٠٦/٠٧/٢٠١١ يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١ المؤرخ في ٣٠/٠٥/١٩٩٨ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

٥- الاستثناء الوارد على سن القانون العضوي^(١): نظم المؤسس الدستوري الجزائري أحكاما تتعلق بكيفية سن القانون العضوي بغير هذه الإجراءات السابقة الذكر، وذلك في الأحكام الانتقالية الواردة في أواخر النصوص في الوثيقة الدستورية^(٢).

بمّ حيث تولت الهيئة التشريعية القائمة غير غرفتي البرلمان التمثلتين في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وأيضا رئيس الجمهورية مهمة التشريع بأوامر في مسائل ومجالات القوانين العضوية^(٣).

وكذلك يستمر العمل بالقوانين المتعلقة بمجالات القوانين العضوية إلى أن تعدل أو أن تستبدل وفق الإجراءات المنصوص عنها في الدستور، ونفس الأمر بالنسبة للمجلس الدستوري غير المكتمل وبقاء بعضا من أعضائه في التشكيلة ومنها رئيس المجلس، وكذلك يمارس المجلس الشعبي الوطني المنتخب في ظل دستور ١٩٩٦ المهمة التشريعية إلى غاية تنصيب مؤسسة مجلس الأمة^(٤).

ثانياً- أحكام مراقبة مطابقة النظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور: تظهر الأسس والإجراءات المتبعة بشأن مراقبة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان فيما يلي:

١- الأساس الدستوري لمراقبة مطابقة النظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور: تنص المادة (٣/١٦٥) كما يفصل المجلس الدستوري في

(1)- تعد الأحكام الانتقالية الواردة في الدستور الجزائري بمثابة أحكام تعلق الدستور جزئيا في مسائل مهمة، وخاصة لما تبقى سارية المفعول لمدة طويلة من الزمن فاقت أكثر من ١٤ سنة. بل كان يجب تطبيق وتنفيذ القواعد الدستورية في حينها باعتبار أنها قواعد أمرة ولا يترك المجال مفتوحا للسلطة السياسية لتفعل ما تشاء دون مراعاة للحقوق والحريات الفردية والجماعية وللمقتضيات الدستورية نظرا لأهميتها.

(2)- المواد ١٧٩، ١٨٠، ١٨١ من دستور ١٩٩٦. ونشير إلى أن هذه الأحكام مؤقتة إلى حين تنصيب المؤسسات الدستورية الرسمية، ولحد الآن يمكن القول أن المؤسسات المعنية وتشكيلاتها قد تمت وتعتبر بغير فائدة تذكر وإنما جاءت هذه المواد للوضع الانتقالي والسياسي إبان الأزمة الدستورية والأمنية في الجزائر.

(3)- المادة ١٧٩ من الدستور.

(4)- المادة ١٨٠ من الدستور.

مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة [1]. والفقرة السابقة من نفس المادة تتعلق بالقانون العضوي، أي المادة (٢/١٦٥)، المذكور أعلاه، أي أنّ يدي المجلس الدستوري رأيه وجوباً في دستورية النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان بعد أن تصادق كل غرفة على نظامها.

وتنص المادة (٤) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري كذلك بأن يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، قبل الشروع في تطبيقه، برأي وجوبي طبقاً للمادة (٣/١٦٥) السابقة الذكر خلال الأجل العشريين يوماً المنصوص عنها في المادة (١/١٦٧) من الدستور.

٢- إخطار رئيس الجمهورية المجلس الدستوري بصدد مراقبة مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور: كما هو الحال بالنسبة للقوانين العضوية؛ يعتبر رئيس الجمهورية وحده هو من يخطر المجلس الدستوري بصدد هذا النوع من الرقابة، طبقاً للمادة (٣/١٦٥) التي تشير إلى تطبيق أحكام الفقرة الثانية من نفس المادة (٢/١٦٥) [1] ... بعد أن يخطره رئيس الجمهورية ...

وبالتالي فنوع هذه الرقابة هي رقابة مطابقة قبلية سابقة ووجوبية قبل الشروع في تطبيق النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان.

ونشير إلى القول بأن مراقبة القانون العضوي تكون قبل صدوره، لأن رئيس الجمهورية هو من يصدر القانون طبقاً للمادة (١٢٦) من الدستور، لكن بصدد النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان لا يصدره رئيس الجمهورية، وإثماً ينشر النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان في الجريدة الرسمية، عكس القانون العادي أو العضوي الذي نجد في الجريدة الرسمية عبارة [إن رئيس الجمهورية] والإشارة إلى المادة (١٢٦) من الدستور، لكن نجد بصدد النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني عبارة [المجلس

الشعبي الوطني] أو بصدد النظام الداخلي لمجلس الأمة نجد عبارة [مجلس الأمة] ودون الإشارة إلى المادة (١٢٦) أو لرئيس الجمهورية^(١).
ونجد في الفقرات الأولى أو في مقدمة الجريدة الرسمية المتعلقة بالنظام الداخلي لهما ما يلي:

- وبعد مصادقة المجلس الشعبي الوطني^(٢) / أو مجلس الأمة^(٣).
- وبعد رأي المجلس الدستوري.
- ينشر النظام الداخلي الآتي نصه^(٤).

٣- الحكم المطابق وغير المطابق للدستور للنظام الداخلي لغرفتي البرلمان: إذا صرح المجلس الدستوري ورأى أنّ النظام الداخلي لإحدى غرفتي البرلمان يتضمن حكماً غير مطابق للدستور، فإنّ هذا الحكم لا يتم تطبيقه أو العمل به من طرف الغرفة المعنية به إلا بعد التصريح من المجلس الدستوري بمطابقته للدستور^(٥).

ومع العلم إذا كان النظام الداخلي مطابقاً للدستور ولا يوجد حكماً به مخالفاً له فينشر في الجريدة الرسمية ويمكن العمل به وتطبيقه من طرف الغرفة المعنية به.

٤- مراقبة مطابقة تعديل النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور: إذا كان تعديل القانون العضوي يجب مراقبة مطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري؛ فنفس الأمر بالنسبة للنظامين الداخليين

(1)- لأن إصدار القانون يختص به رئيس الجمهورية، والنشر في الجريدة الرسمية غير الإصدار الذي يختص به الرئيس في حين هو المخول بتحريك المجلس بصدد رقابة المطابقة.

(2)- النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية للسنة السابعة والثلاثون، العدد ٤٦، المؤرخة في ٢٠/٧/٢٠٠٠.

(3)- النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية للسنة السادسة والثلاثون، العدد ٨٤، المؤرخة في ٢٨/١١/١٩٩٩.

(4)- على عكس القانون العضوي الذي نجد فيه عبارة: يصدر القانون العضوي الآتي نصه.

(5)- المادة ١/٥ من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري.

لغرفتي السلطة التشريعية، وهذا ما نصت عنه صراحة المادة (٢/٥) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري [يعرض كل تعديل للنظام الداخلي لإحدى غرفتي البرلمان على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقته للدستور]. وكذلك لو يتم إلغاء النظام الداخلي ويتم تحديد نظام جديد من طرف أحد غرفتي البرلمان، فسيتم إخطار المجلس الدستوري من أجل مراقبته لدى مطابقته للدستور.

ومن أمثلة ذلك نجد تعديل النظام الداخلي لمجلس الأمة سنة ٢٠٠٠ يتعلق بمراقبة مطابقة تعديل النظام الداخلي لمجلس الأمة، والذي تم إضافة مادتين له وهما المادة (٩٦ مكرر) والمادة (٩٦ مكرر^(١)).

ونجد أيضاً إلغاء النظام الداخلي للمجلس الشعبي المؤرخ في ١٩٩٧/٠٧/٢٢، وسن نظام جديد في ٢٠٠٠/٠٥/١٣ والذي تمت مراقبته مراقبة مطابقة للدستور من طرف المجلس الدستوري^(٢).

ثالثاً- الرقابة الوجودية المنصوص عنها في المادة ٩٧ من الدستور: كثيراً ما يشير البعض إلى أن الرقابة بصدد المعاهدات والاتفاقات والاتفاقيات بأنها رقابة دستورية لاحقة أو دستورية غير ملزمة، وإنما في الدستور الجزائري نجد رقابة دستورية قبلية ووجودية لكنها ليست رقابة مطابقة، بالإضافة إلى وجود رقابة على دستورية المعاهدات بصورة اختيارية.

وعليه ما هي أحكام هذه الرقابة الوجودية السابقة غير الوجودية على دستورية المعاهدات والاتفاقات والاتفاقيات؟

١- الأساس الدستوري لهذه الرقابة: تنص المادة (٩٧) من الدستور [يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.

(1)- رأي المجلس الدستوري رقم ١١/ر.ن.د/م.د/٢٠٠٠/١٢/٠٦ المؤرخ في ٢٠٠٠/١٢/٠٦ المتعلق بتعديل النظام الداخلي لمجلس الأمة، الجريدة الرسمية للسنة السابعة والثلاثون، العدد ٧٧ المؤرخة في ٢٠٠٠/١٢/١٧.

(2)- رأي المجلس الدستوري رقم ١٠/ر.ن.د.م.د/٢٠٠٠/٠٥/١٣ المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٥/١٣ يتعلق بمراقبة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية السنة السابعة والثلاثون، العدد ٤٦، المؤرخة في ٢٠٠٠/٠٧/٣٠.

ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما.
ويعرضها فوراً على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة [1].
وتنص المادة (١٣١) من الدستور والمرتبطة بالمادة (٩٧) بأنه [يصادق
رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم ...].
وتنص المادة (٥٢) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري بأنه [عندما
يستشار المجلس الدستوري في إطار أحكام المادتين ٩٣ و٩٧ من الدستور،
يجتمع ويبدى رأيه فوراً].

وعليه نلاحظ أنّ نص المادة (٩٧) يؤكد على رقابة قبلية وسابقة على
موافقة كل من غرفتي البرلمان عليها ومصادقة رئيس الجمهورية عليها على
التوالي، ومن ثم تعتبر هذه الرقابة وقائية قبل تدخل كل من سلطتي
البرلمان والسلطة التنفيذية في الموافقة والمصادقة على هذا المجال الحيوي.
وكذلك نرى أنّ المجلس الدستوري يتخذ رأياً بصدها، أي أنّ المجلس في
كل الحالات يتخذه قبل موافقة البرلمان ومصادقة رئيس الجمهورية على
عكس الرقابة الوجودية المطابقة للدستور من حيث إجراءات سنّها،
والرأي يكون قبل دخول هذه النصوص حيز التنفيذ.

٢- إجراءات الرقابة الدستورية القبلية بصدد المادة (٩٧) من الدستور:
تتمثل الإجراءات المتعلقة بهذا النوع من الرقابة فيما يلي:

أ- استشارة رئيس الجمهورية أو إخطاره للمجلس الدستوري^(١): في
إطار المادة (٩٧) من الدستور، أو المادة (٥٢) من نظام قواعد عمل
المجلس الدستوري، فالمجلس الدستوري مجبراً باتخاذ الرأي القبلي السابق.
ب- الأجل المحدد لإبداء الرأي من طرف المجلس الدستوري: لم يتم
تحديد أجل للمجلس الدستوري كما هو الحال بالنسبة لرقابة قبل دخول

(1) - في الحقيقة أنّ الأصل نقول بخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري بصدد الرقابة
الوجودية السابقة، لكن المادة ٩٧ تقضي بتلقي رئيس الجمهورية رأيه، في حين
تقضي المادة ٥٢ من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري بأنه يستشار في مثل هذه
الحالة.

النص حيز التنفيذ، وإثما تقضي المادة (٥٢) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري أن يبدي رأيه فوراً دونما تأخير أي يكون الرأي استعجالاً^(١).

الفرع الثالث

نماذج وأمثلة عن تطبيقات رقابة المطابقة الدستورية

إنّ المجلس الدستوري في عمله الرقابي ؛ في عملية المراقبة الوجودية المطابقة للدستور كثيراً ما أخلّ ببعض المبادئ والقواعد الدستورية نفسها، وإن كانت القوانين العضوية ذات المجالات الحساسة مهمة بقدر ما منح السلطة السياسية ومنها السلطة التنفيذية مركزاً قوياً تجاه السلطتين التشريعية والقضائية.

بحيث دائماً يتأثر بالجانب السياسي وتبريره بحجيات يمكنه أن يدعم النصوص التي يخطر بها وجوباً ويكون مؤكداً لها ؛ وهي في نفس الوقت غير مطابقة للدستور وتمنح السلطة التنفيذية أو الحكومة تدخلاً سافراً والتعدي على مبدأ الفصل بين السلطات هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد مجال الحقوق والحريات الفردية والجماعية غير محمي بطريقة جيدة نتيجة مرونة المجلس الدستوري في تعامله الرقابي وانحيازه السياسي مما أخل بحماية واحترام الدستور وفتح المجال لانتهاك الحقوق والحريات بصورة قانونية.

وقليلاً جداً ما نجد له مجالاً ورقابة محترمة تؤكد على مصداقيته ؛ واعتباره مؤسسة دستورية رقابية من شأنها السهر على احترام الدستور نفسه كاختصاص أصيل له.

وعليه يمكننا تقديم أمثلة ونماذج رقابة المطابقة للدستور تتعلق بالقوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان مبيين أهم الملاحظات السلبية التي أسس المجلس الدستوري بشأنها رأيه.

ومع العلم أنه لم يجد أي قانون غير مطابق للدستور ما عدا القانون المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء الذي أخطر بشأنه في ١٧/١٢/١٩٩٧.

(١) - لأن مثل هذه الحالات منصوص عنها في الحالات الخاصة والاستثنائية.

وعليه نورد هذه البنود في الآتي متحدثين عن إيجابيات وسلبيات المجلس الدستوري بشأنها ومدى تفسيره الصحيح لبعض النصوص:

اولا- نماذج عن رقابة مطابقة القانون العضوي للدستور: يمكن تقديم بعض الأمثلة تتعلق بمراقبة مطابقة أهم القوانين للدستور، ومنها ما يلي:

١- رقابة مطابقة القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١^(١) المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور: من بين ما ورد في رأي المجلس الدستوري بصدد مراقبته لهذا القانون رقابة سابقة ووجوبية^(٢)، أنه عدل أخطاء المشرع من مصطلحات لا تبت بصلة للمقتضيات الواردة في الدستور المتعلقة بمجلس الدولة في المادة (١٥٣) من الدستور ليمدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى I.

وجد المجلس الدستور أن المشرع أورد بعضا من المصطلحات في عنوان القانون العضوي هذا مثل "صلاحيات، سير، تسيير"، بحيث لم تعبر عن أمانة وبإخلاص عن المصطلحات المقابلة والموجودة في المادة (١٥٣) "تنظيم، عمل اختصاص" من الدستور، وبهذا قد صحح المجلس عنوان القانون العضوي موضوع الإخطار.

بحيث أدلى المجلس الدستوري برأيه بالقول فيما يخص بعض المصطلحات المستعملة في القانون العضوي:

أ. تستبدل كلمة "صلاحيات" بـ "اختصاصات" وكلمتا "سير" و"تسيير" بـ "عمل" على مستوى الأحكام الآتية التي تعاد صياغتها كالآتي:

(1) - القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١ المؤرخ في ٣٠/٠٥/١٩٩٨، الجريدة الرسمية

للسنة الخامسة والثلاثون، العدد ٣٧، المؤرخة في ٠١/٠٦/١٩٩٨.

(2) - رأي رقم ٠٦/٠٦/٠٦.م.د. ٩٨ المؤرخ في ١٩/٠٥/١٩٩٨ المتعلق بمراقبة مطابقة

القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور،

الجريدة الرسمية للسنة الخامسة والثلاثون، العدد ٣٧، المؤرخة في

٠١/٠٦/١٩٩٨.

العنوان " القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١ المؤرخ في ٤ صفر عام ١٩١٤ الموافق ٣٠ مايو سنة ١٩٩٨ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله".[١]

٢- رقابة مطابقة القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠٣^(١) المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور: في هذه الرقابة أخطأ المشرع في التأشير ولم يراع الترتيب القانوني، بحيث رأى المجلس أنه: اعتبارا من أن المشرع حين رتب مصادقة البرلمان بعد رأي المجلس الدستوري ضمن تأشيرات القانون العضوي موضوع الإخطار فإنه خالف المادة (٢/١٦٥) من الدستور لبيدي... رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان.[٢]

وقد صحح المجلس التأشير في رأيه بالقول ليعاد ترتيب التأشير الأخيرة وما قبل الأخيرة من القانون العضوي، موضوع الإخطار، كالآتي:

- بعد مصادقة البرلمان،

- وبناء على رأي المجلس الدستوري.[٣]

٣- عدم مطابقة القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء لسنة ٢٠٠٢: أخيرا أثبت المجلس الدستوري بحق أنه حاميا للدستور من السلطة التشريعية، فقرر باتخاذ رأي يتعلق بعدم مطابقة القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء الذي صادق عليه البرلمان بغرفتيه، والذي جاء مخالفا غير مطابق للمادتين (١٥٧، ١٢٣) من الدستور؛ وجاء مخالفا لبعض الإجراءات الدستورية وبعض الأحكام الانتقالية، وذلك في رأيه رقم ١٣/ر.ق.ع.م.د/٠٢ المؤرخ في ١٦/١١/٢٠٠٢^(٢).

(1)- القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠٣ المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، المؤرخ في ٠٣/١٦/١٩٩٨ الجريدة الرسمية للسنة الخامسة والثلاثون، العدد ٣٩، المؤرخة في ٠٧/٠٦/١٩٩٨.

(2)- الجريدة الرسمية، للسنة التاسعة والثلاثون، العدد ٧٦، المؤرخة في ٢٤/١١/٢٠٠٢.

وكان السبب الرئيسي في رأي المجلس الدستوري وجيها جدا، لأن
المشروع أدرج وجمع بين القانون الأساسي للقضاء الذي يجب أن يكون
بقانون عضوي طبقا للمادة (١٢٣) من الدستور والقانون المتعلق بالمجلس
الأعلى للقضاء الذي يجب أن يكون بموجب قانون عضوي مستقلا
ومنفصلا عن المادة (١٢٣) طبقا للمادة (١٥٧) من الدستور، ومن بين
حيثيات المجلس نجد [واعتبارا بالنتيجة، أنّ المشروع حين أدرج في نص
واحد المواضيع التي يعود مجالها لقانونين عضويين منفصلين، فإنه يكون
قد أدخل بهذا التوزيع].

ثانياً- أهم نقائص مراقبة المطابقة الدستورية من طرف المجلس
الدستوري: من بين أهم المواضيع التي تطرق إليها المجلس الدستوري
بصدد مراقبة المطابقة للدستور هي أنّ كل القوانين العضوية قام بمراقبتها؛
ونقتصر على القانون العضوي رقم ٠٤ - ١١ المتعلق بالقانون الأساسي
للقضاء، والقانون العضوي رقم ٠٤ - ١٢ المتعلق بالمجلس الأعلى
للقضاء، والقانون العضوي رقم ١٢ - ٠٣ المتعلق بتوسيع حظوظ تمثيل
المرأة في المجالس المنتخبة، مما نلاحظ أنه أعطى بعضا من المعاني
والتأويلات التي لا تجوز دستوريا، وبالتالي يكون رأيه قابلا للانتقاد
والنظر بالمفهوم العلمي والقانوني الصحيحين.

لكنه منح السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية دعما وتأييدا غير مرغوب
فيه من جانبنا نتيجة لمقتضيات القواعد الدستورية الموجودة وبالتالي تم
المساس بالحقوق والحريات ونفس الأمر بالنسبة للسلطة القضائية.

١- القانون العضوي رقم ٠٤ - ١١ المتعلق بالقانون الأساسي
للقضاء: قد نص هذا القانون عن وظيفة تعيين وزير العدل باعتباره عضوا
في الحكومة؛ ومع أنّ الدستور لم ينص على وزير العدل باعتباره مساهما
ولو بالاقترح أو بالاستشارة بصدد تعيين رئيس الجمهورية القضاة طبقا
للمادة (٧٨) من الدستور أنه [يعين رئيس الجمهورية في الوظائف والمهام
الآتية:

- القضاة]. البند السابع

فرقابة مطابقة هذا القانون للدستور من طرف المجلس الدستوري الذي اتخذ رأياً يعتبر وزير العدل يتدخل في تعيين القضاة رغم أن النص الدستوري صريح طبقاً للمادة (١٣٨) من الدستور بأن [السلطة القضائية مستقلة، وتُمارس في إطار القانون].

حيث تقضي المادة (٣) من القانون العضوي رقم ٠٤ - ١١^(١) بأن [يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل، ويعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء]؛ بحيث يرى المجلس الدستوري صراحة بأنّ المؤسس الدستوري قد كرس مبدأ الفصل بين السلطات^(٢) لكنه آيد المادة (٣) من القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء وتجاهلها ولم يعط رأياً بخصوصها؛ اعتباراً من أنه لم يلاحظ خرق مبدأ الفصل بين السلطات من الناحية العضوية بإدخال وزير العدل في شئون تعيين القضاة، رغم أنه أشار إلى أن السلطة القضائية مستقلة دستورياً^(٣)، ومع أنّ النص الدستوري في المادة (٧٨) المذكورة أعلاه، والمادة (١/١٥٥) من الدستور بالقول [يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للشروط التي يحددها القانون تعيين القضاة، ونقلهم، وسير سلّمهم الوظيفي].

(1)- القانون العضوي رقم ٠٤ - ١١ المؤرخ في ٠٦/٠٩/٢٠٠٤، الجريدة الرسمية السنة الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون، العدد ٥٧، المؤرخة في ٠٨/٠٩/٢٠٠٤.

(2)- أشار إليه المجلس الدستوري صراحة في البند ٣ من رأيه رقم ٠٢/ر.ق.ع/م/د/٠٤ المؤرخ في ٢٢/٠٨/٢٠٠٤ المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون، العدد ٥٧، المؤرخة في ٠٨/٠٩/٢٠٠٤.

(3)- اعتباراً من المؤسس الدستوري كرس استقلالية السلطة القضائية في المادة ١٣٨ من الدستور، وحدد ممارستها في إطار القانون، لكن هذه العبارة بحاجة إلى إعادة نظر ومما تفتح المجال للمشروع بأن يقيد تلك الاستقلالية الرأي رقم ٠٢/ر.ق.ع/م/د/٠٤ المؤرخ في ٢٢/٠٨/٢٠٠٤.

فأينا^(١) أن هذا الأساس الدستوري كاف وجدي وكان بإمكان المجلس الدستوري تدارك المادة (٣) من هذا القانون العضوي وتصبح حسبنا [يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح ومداولة المجلس الأعلى للقضاء] وبذلك يتحقق المبدأ الدستوري في تعيين القضاة طبقاً للمادة (٧٨) والمادة (١/١٥٥) من الدستور.

٢- القانون العضوي رقم ٠٤ - ١٢ المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء: نفس الأمر يعيب على المجلس الدستوري بصدد رقابة المطابقة التي اتخذ فيها رأياً بمناسبة رقابته للقانون العضوي رقم ٠٤ - ١٢^(٢) المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، ونشير كمثل فقط أن هذا القانون يجعل من وزير العدل نائباً لرئيس الجمهورية باعتبار هذا الأخير رئيس المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للمادة (١٥٤) من الدستور بالقول [يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء].

في حين لا يوجد سند دستوري مثل هذا يجعل من وزير العدل العضو في الحكومة يحتل مركزاً مرموقاً في المجلس الأعلى للقضاء باعتباره الهيئة الأساسية لحفظ مبدأ استقلالية السلطة القضائية، لكن المجلس الدستوري تجاهل هذا وترك الأمر على حاله دون التطرق إلى هذه الحالة بمناسبة رقابته المطابقة للدستور، في رأيه رقم رأيه رقم ٠٢/رق.ع/م/د/٠٤ المؤرخ في ٢٢/٠٨/٢٠٠٤ المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم ٠٤ - ١٢ المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء من حيث تشكيله وعمله وصلاحياته^(٣).

(1) - انتهاك المجلس الدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعترف به عضواً مما فتح المجال للانتهاك الوظيفي فيما بعد بسيطرة وزارة العدل على السلطة القضائية والمساس باستقلاليتها.

(2) - القانون العضوي رقم ٠٤ - ١٢ المؤرخ في ٠٦/٠٩/٢٠٠٤، الجريدة الرسمية السنة الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون، العدد ٥٧، المؤرخة في ٠٨/٠٩/٢٠٠٤.

(3) - الجريدة الرسمية السنة الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون، العدد ٥٧، المؤرخة في ٠٨/٠٩/٢٠٠٤.

بحيث تنص المادة (٣) من هذا القانون [يرأس المجلس الأعلى للقضاء
رئيس الجمهورية.
ويتشكل من :

- وزير العدل نائبا للرئيس ...].

حيث لم يتطرق المجلس لمعالجة هذا النص رغم أنه تمت مناقشات داخل
البرلمان متعلقة بمركز وزير العدل حيث هناك من طالب بعدم عضويته
بهدف احترام استقلال القاضي وحيدته ، وهناك من يعتبر أن المجلس
الأعلى للقضاء الذي يسهر ويحمي استقلالية السلطة القضائية هو الجهاز
الذي يتألف من أعضاء منتخبين ديمقراطيا من طرف قضاة الحكم من
جهة ، ومن طرف قضاة النيابة العامة من جهة أخرى ، إذا عمل هذا
المجلس تحت رئاسة رئيس الجمهورية أو نائبه أو وزير العدل يعد تنافيا تماما
لمبدأ استقلال القضاء^(١).

وكذلك تجعل المادة (٢٢) من نفس القانون أنه [يباشر وزير العدل
الدعوى التأديبية أمام المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية] ؛
وتنص المادة (١/٢٣) من نفس القانون أنه [يعين وزير العدل ممثلا عنه من
بين أعضاء الإدارة المركزية لوزارة العدل لإجراء المتابعة التأديبية] في حين
كان ينبغي للمجلس الدستوري أن يجعل المتابعة من طرف أشخاص من
بين قضاة النيابة أو ممثليهم ؛ ولا يترك المجال مفتوحا لأعضاء الحكومة لأنه
يعد مساسا باستقلال القضاء بحيث يكون المجلس الأعلى للقضاء في
تشكيلته القضائية فقط هي المعنية بهذه المتابعة طبقا للمادة (٢/١٥٥) من
الدستور [ويسهر على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء وعلى
رقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا].

كل هذا لأن وزير العدل هو عضوا في الحكومة ويختلط عمله بالعمل
السياسي والتأثير الحزبي ؛ ثم كثيرا ما يتغير هذا المنصب الوزاري من فترة

(١) - أنظر: د. بوعلام بن حمودة، الممارسة الديمقراطية بين النظرية والواقع، دار الأمة،
الجزائر، الطبعة الثانية، ص ٨٩.

لأخرى مما يقضي الأمر تدارك الموقف السليبي هذا، مع الإشارة أن المرسوم التنفيذي رقم ٠٤ - ٣٣٢ المؤرخ في ٢٤/١٠/٢٠٠٤ يجعل من وزير العدل مهمة تولي سير الجهاز القضائي في إطار السياسة العامة للحكومة^(١)، والسؤال يبقى مطروحا: ما طبيعة السياسة العامة للحكومة؟ ألا يفترض للقضاء المستقل أن يضبط هذه السياسة إذا ما تعدت نطاقها لوجهات سياسية حزبية أو مصالح خاصة أو انتهاكات للحقوق وللحريات التي يضمنها ويحميها هذا القضاء؟.

٣- القانون العضوي رقم ١٢ - ٠٣ المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة^(٢): ما أراه مخالفا للدستور رغم أن المجلس الدستوري أعطى تفسيرا لرأيه في رقابة مطابقة القانون العضوي هذا؛ قد جعل من المشرع يفرض أمورا سياسية على الأفراد وبالمخصوص فرض نسب معينة لحظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وبالتالي قد أدخل بالمبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة المنصوص عنه في المادة (٢٩) من الدستور كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط آخر، شخصي أو اجتماعي.

فنص المادة ٣١ مكرر من الدستور لا يمكن النقاش فيها ما دام التعديل الدستوري كان وفقا للإجراءات الدستورية وصحيحا، لكن النقاش في مدى دستورية التعديل الدستوري لأن مسألة الفرض القانوني من طرف المشرع الدستوري المشتق أدخل بمبدأ ديمقراطي هام وهو عدم فرض فئة من الفئات على فئة أخرى ما دام الأمر متاحا للجنسين في الانتخاب والترشح طبقا للمادة (٥٠) من الدستور و الحق في إنشاء الأحزاب السياسية طبقا للمادة (٤٢) من الدستور أيضا، لكن المشكلة في المادة (١/٧) من هذا

- (1) - المرسوم التنفيذي رقم ٠٤ - ٣٣٢ المؤرخ في ٢٤/١٠/٢٠٠٤، الجريدة الرسمية للسنة الواحدة والأربعون، العدد ٦٧، المؤرخة في ٢٤/١٠/٢٠٠٤.
- (2) - القانون العضوي رقم ١٢ - ٠٣ المؤرخ في ١٢/١٠/٢٠١٢، الجريدة الرسمية التاسعة والأربعون، العدد ١ المؤرخة في ١٤/١٠/٢٠١٢.

القانون العضوي رقم ١٢ - ٠٣ التي تنص [يمكن الأحزاب السياسية أن تستفيد مساعدة مالية خاصة من الدولة، بحسب عدد مرشحاته المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية والولائية وفي البرلمان]، أي أنّ المجلس الدستوري لم يراع مدى تأثير هذه المادة في حياة المرأة باعتباره آيد النص في دعم الأحزاب السياسية ماليا نسبة لعدد المرشحات المنتخبات الفائزة بمقاعد في المجالس المنتخبة، لكن ما مدى تأثير هذا في تسابق الأحزاب والسرعة في جلب المرأة من أجل الترشح والغاية هي الاستفادة من تمويل جديد للحزب؟، ثم أنّ هناك أحزابا كبيرة وأخرى صغيرة ومن ثم يختلف فيها العدد إن لم نقل أنه من الممكن تجرد بعضا من الأحزاب من مرشحات منتخبات، هذا ونضيف أليس تمييزا بين المرأة والرجل اللذين ترشحا وانتخبا وتحصلا كل منهما على مقعد حتى داخل الحزب نفسه؛ والاستفادة كانت عامة بالنسبة للحزب.

ثم أنّ قضية الترشح هي بمثابة حرية سياسية للمرأة مسلم بها دستوريا وقانونا في ظل الأنظمة الديمقراطية، فتساءل: أليس هذا التمويل (المساعدة المالية) الجديد في هذا القانون بمثابة إحباط سياسي وليس عمل ديمقراطي بالمرّة؟ وتساءل ما ذنب الأحزاب التي لم تختارها إرادة المرأة ولجأت إلى أحزاب أخرى؟.

ثالثاً- نماذج عن مراقبة مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور: وذلك بتقديم مثال على النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، مثال عن النظام الداخلي لمجلس الأمة.

١- مراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور: أورد المجلس الشعبي الوطني في نظامه الداخلي لسنة ٢٠٠٠ موضوع الإخطار في المادة (٤٩) بإمكانية إنشائه لجانا خاصة عند الضرورة بناء على لائحة يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني وفقا للإجراءات الواردة في هذا النظام، دون نيانه أساسا معتمدا عليه، لأنه خالف المادة (١١٧) من الدستور التي تحوله إنشاء وتشكيل لجان دائمة، وخالف المادة (١٦١)

من الدستور التي تمنحه أحقية إنشاء لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة دون سواها، بحيث أضاف المجلس الشعبي الوطني حالة جديدة تتعلق بإنشاء لجان خاصة غير واردة بالدستور ومخالفة للمادتين (١١٧)، (١٦١) من الدستور، لهذا صرح المجلس الدستوري أنّ المادة (٤٩) من هذا النظام موضوع الإخطار غير مطابقة للدستور، وحقيقة استبعادها المجلس الدستوري^(١).

٢- مراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور: تطرق المجلس الدستوري لمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة المعدل والمتمم للدستور، في رأيه سنة ١٩٩٩^(٢) بأن جعل مجلس الأمة في نظامه الداخلي في المادة (٥٣) المعروض من أجل الرقابة بإنشاء لجان مؤقتة مستندا للمادة (١٠) من القانون العضوي رقم ٩٩ - ٠٢ المؤرخ في ٠٣/٠٨/١٩٩٩ المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، قد خالف المادتين (١١٧)، (١٦١) من الدستور، حيث أقر المجلس الدستوري بأنّ نص المادة (٥٣) من هذا النظام يصبح كالتالي: لتعد المادة ٥٣ من هذا النظام مطابقة جزئيا للدستور وتعاد صياغتها على النحو التالي، وطبقا لأحكام المادة ١٠ من القانون العضوي المذكور أعلاه، هيئات مجلس الأمة هي:

- هيئة الرؤساء

- هيئة التنسيق أ.

(1)- رأي المجلس الدستوري رقم ١٠/ر.ن.د/م د/٢٠٠٠ المؤرخ في ١٣/٠٥/٢٠٠٠ يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، المرجع السابق.

(2)- رأي المجلس الدستوري رقم ٠٩/ر.ن.د/م د/٩٩ المؤرخ في ٢٢/١١/١٩٩٩ يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، الجريدة الرسمية لسنة السادسة والثلاثون، العدد ٨٤، المؤرخة في ٢٨/١١/١٩٩٩.

المطلب الثاني

الرقابة الاختيارية على دستورية القوانين

تعد الرقابة السياسية على دستورية القوانين الاختيارية بمثابة رقابة لاحقة في أغلب الأوقات، لكن يمكن العمل بها قبل صدور القانون وأن تكون سابقة، لكنها هي رقابة دستورية فقط دون وصفها برقابة المطابقة، ويمكن أن يتخذ المجلس الدستوري بشأنها في الغالب قرارا وفي حالات خاصة رأيا، بحسب صدور القانون أو لا.

وعليه يمكن حديثنا عن الرقابة الدستورية الاختيارية وفق الفروع الثلاث التالية:

- الفرع الأول: الأساس الدستوري للرقابة الاختيارية
- الفرع الثاني: مجالات الرقابة الاختيارية على دستورية القوانين
- الفرع الثالث: نماذج من تطبيقات الرقابة الاختيارية

الفرع الأول

أساسها الدستوري

ينص الدستور الجزائري على الرقابة الدستورية الاختيارية في المادة (١/١٦٥) منه [يفصل المجلس الدستوري.... في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إماما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية].

ومنه نخلص إلى أنّ الرقابة على دستورية القوانين^(١) تنصب على مجالات محدّدة تتمثل في:

- ١- المعاهدات.
- ٢- القوانين.
- ٣- التنظيمات.

(١) - التعبير العام لدى القانونيين والمختصين في القانون الدستوري هو الرقابة على دستورية القوانين بالمفهوم الشامل لكل طبقات القانون، وليس المقصود بالقوانين هو التي يختص بالتشريع فيها البرلمان فقط، فنفس الأمر يطرح على المعاهدات والتنظيمات باعتبارها فئات قانونية أيضا.

وكذلك نظم النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري، هذا النوع من الرقابة في المواد (٦، ٧، ٨) منه في الفصل الثاني منه تحت عنوان رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات.

وعليه نصت المادة (٦) من هذا النظام بأنه [يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات، والقوانين، والتنظيمات، إماماً برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية، طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٦٥ من الدستور].

وتكون هذه الرقابة حسب النص الدستوري المدعم بالنظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري في حالتين، بحسب إخطار المجلس الدستوري بشأنها وهي:

- ١- رقابة دستورية اختيارية سابقة قبل أن تصبح مجالاتها واجبة التنفيذ.
 - ٢- رقابة دستورية اختيارية لاحقة بعد أن تصبح مجالاتها واجبة التنفيذ. ومنه يتخذ المجلس الدستوري إماماً رأياً في حالة الرقابة قبل صدور القانون أو قرار في حالة الرقابة بعد أن يصبح القانون واجب التنفيذ.
- وعليه يمكن التطرق إلى سلطات الإخطار المعنية بتحريك المجلس الدستوري بصدد الرقابة الاختيارية، والأحكام التي تتعلق بها، فيما يلي:

أولاً- سلطات الإخطار في تحريك الرقابة الاختيارية: على عكس رقابة المطابقة المقصور فيها تحريك المجلس الدستوري على رئيس الجمهورية فقط ووجوباً وعلى وجه الإلزام الدستوري، في حين يتوسع الأمر بالنسبة للرقابة الاختيارية التي تشمل الثلاث أشخاص باعتبارهم ممثلين للشعب على الأغلب، وهم طبقاً للمادة ١٦٦ من الدستور:

- ١- رئيس الجمهورية.
- ٢- رئيس المجلس الشعبي الوطني.
- ٣- رئيس مجلس الأمة.

ثانياً- لماذا الحصر الدستوري لجهات الإخطار الثلاث فقط؟: تعتبر جهات الإخطار الثلاث المتمثلة في كل من رئيس الجمهورية ورئيس غرفتي

البرلمان، بمثابة إرادة المؤسس الدستوري التي لا يمكن الخروج عنها، في حين هي الجهات التي تعبر عن الإرادة الشعبية المنتخبة بطريق مباشر أو غير مباشر، ورغبة في حصر الرقابة ومحدوديتها من أجل تفادي الطعون والإخطارات التي يمكن أن يقوم بها أطراف آخرين من غير هؤلاء، وإن كان هذا الحصر غير ديمقراطي من ناحية، ومن ناحية أخرى من أجل قيام تفاهم سياسي بين هذه الجهات الثلاث وبقاء مرونة في الحياة القانونية من تدخل المجلس الدستوري كما هو الحال بالنسبة لرقابة المطابقة.

وأن الإخطار يكون اختياريا غير ملزم لهذه الجهات، فأى من له الحق في تحريك الرقابة أو عدم تحريكها، فمن يرى مصلحة قانونية أو مصلحة عامة تفيد طرح النصوص المتعلقة بمجالات هذه الرقابة على المجلس الدستوري فله ذلك، وإنما رغبة في أن المؤسس الدستوري ترك الحرية والسلطة التقديرية لهؤلاء في تقدير مدى مشروعية القوانين والتنظيمات الناتجة عن المشرع أو السلطة التنظيمية ونفس الأمر بالنسبة للمعاهدات والاتفاقات والاتفاقيات لتكون هناك مرونة في وضع علاقات بين الدولة ودول المجتمع الدولي.

وقد يكون اللجوء إلى هذا النوع من الرقابة والصفة الاختيارية للإخطار فيما يخص هذه النصوص إلى كثرتها، وقد تعيق عمل المجلس الدستوري، وقد تعيق العمل السياسي وتيرة التشريع بأنواعه، وبالتالي لا يمكن إيجاد حلول في أرضية الواقع.

لكن ما الحل لو كانت هناك قوانين وتنظيمات ومعاهدات غير دستورية، وتم العمل بها على أرضية الواقع؟ في حين هي مطبقة ونافذة على كاهل المواطن في حقوقه وحرياته.

في حين يكون هناك تأثيرا على احترام الدستور والتوازن بين السلطات، وأيضا الحد من فعالية المؤسسات الدستورية الأخرى، لأنه لا يمكنها مواجهة السلطات الأخرى⁽¹⁾.

(1) - أنظر: د. سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٩٣، ص ٤٢٠.

ثالثاً- أجل الإخطار في حالة الرقابة الاختيارية: تطبق نفس الأحكام المتعلقة بالأجل المنصوص عنه في المادة (١٦٧) من الدستور، والمحدد بعشرين (٢٠) يوماً، إذا كان الإخطار الاختياري تم قبل أن يصبح النص واجب التنفيذ، أي في الفترة بين المصادقة على القانون وقبل إصداره. لكن يبقى الأمر مفتوحاً في حالة الرقابة الاختيارية بعد أن تصبح القوانين واجبة التنفيذ والتطبيق، لأنه لا يوجد أي نص صريح بهذا الخصوص، وعليه يمكن لسجلات الإخطار المنصوص عنها أن تحرك المجلس الدستوري في أي وقت يناسبها.

رابعاً- الأحكام المتعلقة بالحكم المخالف للدستور: تضمن المادتين (٧، ٨) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري حالتين متعلقة بالحكم الذي أخطر به غير دستوري فإنه نجد الحلين التاليين:

١- إذا صرح المجلس الدستوري بعدم دستورية الحكم المخطر به، بشرط أن يكون هذا الحكم في نفس الوقت غير قابل للفصل عن باقي أحكام النص المخطر بشأنه، فإنّ النص الذي ورد ضمنه الحكم غير الدستوري يعاد إلى الجهة المخطرة سواء كان رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة.

٢- إذا اقتضى الفصل في دستورية حكم التصدي^(١) لأحكام أخرى لم يخطر المجلس الدستوري بشأنها، ولكن لها علاقة بالأحكام موضوع الإخطار، فإنّ التصريح بعدم دستورية الأحكام التي أخطر بها أو تصدى

(1)- يعتبر تصدي المجلس الدستوري لرقابة مدى دستورية أحكام لم يخطر بشأنها بشرط أن تكون لها علاقة بأحكام بموضوع الإخطار بمثابة تصدي تلقائي وذاتي، مما يبين القراءة الصحيحة للنص المعروض على الرقابة، نظراً لوجود ارتباط عام وشامل للنص، بحيث لا يمكن فصل أي حكم عن الأحكام الأخرى، لأنه لو يفصل المجلس الدستوري في حكم يخطر بشأنه وكان غير دستوري فلا جدوى من باقي أحكام النص ككل، لهذا رتب المجلس الدستوري نتيجة في قواعد عمله ونظراً لاحترام الدستور وجب إعادة كل النص إلى الجهة المخطرة مهما كانت.

لها وكان فصلها عن بقية النص يؤدي إلى المساس ببنيته كاملة، ففي هذه الحالة يعاد النص إلى الجهة المخطرة.

الفرع الثاني

مجالات الرقابة الاختيارية على دستورية القوانين

إنّ المجالات التي تنصب عليها الرقابة الدستورية الاختيارية، تتمثل في ثلاث ميادين أساسية غير تلك ميادين رقابة المطابقة، وتتجلى في الآتي:

- ١- القوانين.
- ٢- التنظيمات.
- ٣- المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات.

وعليه يمكن الحديث عن كل مجال على حدا.

أولاً- الرقابة الدستورية على القوانين: المقصود بالقوانين هو القوانين العادية التي يصادق عليها البرلمان بغرفتيه، على اختلاف نسبة التصويت، غير القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، والمنصوص عنها في المادة (١٢٢) من الدستور.

١- الأساس الدستوري للقوانين العادية: تنص المادة (١٢٢) من الدستور أنه [يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية ...] ^(١).

٢- مصادقة البرلمان على القوانين العادية: يصادق البرلمان بصورة عامة على القانون العادي بأغلبية نواب المجلس الشعبي الوطني، وبأغلبية ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أعضاء مجلس الأمة طبقاً للمادة (٣/١١٥).

(١)- حصرت المادة ١٢٢ من الدستور ٣٠ مجالاً يتم التشريع فيه بقانون عادي، ومثالها:
١- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين.
٢- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة، لا سيما الزواج والطلاق والبنوة، والأهلية والتركات.
٣- شروط استقرار الأشخاص.
٤- التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية، وهكذا.

٣- الأوامر التشريعية: يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر طبقاً للمادة ١٢٤ من الدستور وفي حالات معينة لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها.

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة ٩٣ من الدستور.

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء.١.

وعليه ستعرض هذه الأوامر على البرلمان في أول دورة له ليوافق عليها، ومن ثم تصبح بمثابة قانون، لكن يصدر في شكل أمر ومن ثم كأنه رجعتنا للاختصاص الأصيل للبرلمان، ومنه تكون الرقابة الدستورية بشأنها اختيارية إذا كانت تضمنت قوانين عادية، وإذا تضمنت قوانين عضوية فيجب أعمال رقابة المطابقة للدستور الوجوبية والملزومة، كما سبق ذكرها بصدد القوانين العضوية، وإذا لم تتم موافقة البرلمان عليها تعد لاغية، ولا يثور أي إشكال.

ثانياً- الرقابة الدستورية على التنظيمات: كذلك تكون رقابة المجلس الدستوري على التنظيمات الداخلة في اختصاص السلطة التنفيذية، إذا ما أخطر المجلس اختيارياً من أصحاب الإخطار.

١- أساس السلطة التنظيمية: نصت المادة (١٢٥) من الدستور الجزائري على أنه [يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة.١.

إذ نلاحظ أنّ هذه التنظيمات موزعة إلى قسمين هما:

أ- السلطة التنظيمية الداخلة في اختصاص رئيس الجمهورية: وهي تتعلق بالمسائل الخارجة عن القوانين التي يختص بها البرلمان، وتأتي في

إطار المراسيم الرئاسية^(١) التنظيمية، من أجل تنظيم مسألة غير مخصصة للقانون المذكورة في الدستور والتي تختص بها السلطة التشريعية.

ب- يتمتع الوزير الأول بالسلطة التنظيمية المتعلقة بتنفيذ القوانين، عن طريق المراسيم التنفيذية، وكما يسهر على تنفيذ التنظيمات طبقا للمادة (٨٥) من الدستور، وبالتالي يمكن أن تقع مخالفة للقانون في هذه السلطة، وليست مخالفة للقواعد الدستورية، ومع أن الدستور يقضي برقابة دستورية التنظيمات دون تحديدها، سواء أكانت مراسيم رئاسية أم المراسيم التنفيذية، وعليه بالتفسير الحرفي للنص الدستوري طبقا للمادة (١٦٥) بأنها مجالاً للرقابة الدستورية الاختيارية خاصة بالتفسير الضيق المسيطر في آراء المجلس الدستوري^(٢).

لكن السلطة التنظيمية الداخلة في اختصاص رئيس الجمهورية تكون مستقلة تماما عن تشريع البرلمان، وهي ما يمكن أن تكون مخالفة للدستور عن طريق المراسيم التنظيمية لذا تكون مجالاً للرقابة على دستورية التنظيمات اختياريا.

٢- محاولة التوفيق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية: إذا كان بإمكان رئيس الجمهورية أن يخطر المجلس الدستوري بصدد مراقبة مدى دستورية القوانين العادية الداخلة في اختصاص البرلمان، فكذلك الأمر بالنسبة لرئيس غرفتي البرلمان بإمكانهما إخطار المجلس الدستوري بصدد الرقابة على مدى دستورية التنظيمات.

وعليه يمكن القول بأن المعنيين بالإخطار الاختياري سواء بالنسبة لرئيس الجمهورية بصدد تحريك المجلس الدستوري لمراقبة دستورية القوانين

(1) - المادة ٧٧ البند ٦ من الدستور الجزائري.

(2) - هنا من الباحثين والمؤلفين في القانون الدستوري لا يقدمون تفصيلا للرقابة على دستورية القوانين المتعلقة بالتنظيمات المتعلقة بتنفيذ القانون والتنظيمات، بل يبرزون النصوص عامة دون تفسير واضح، وكما أنه هناك اختلاف فيما درسنا ويحتثا في أهم البحوث من يجنب المراسيم التنفيذية من المراقبة الدستورية للمجلس الدستوري ويجعل منها محلا للطعن من أجل مراقبة الشرعية أمام القضاء الإداري، في هذا أنظر: بوسالم رابح، مرجع سابق، ص ٦٤.

العادية، أو بإخطار رئيسي غرفتي البرلمان بصدد مراقبة دستورية التنظيمات هو وضع حوار سياسي متزن بين السلطتين السياسيتين التشريعية والتنفيذية.

لهذا فالمجلس الدستوري يعتبر الحل الوسط بين هاتين السلطتين، فلما تقوم السلطة التنفيذية بسن النصوص التنظيمية يتولى المجلس الدستوري مراقبة مدى دستوريتها من النواحي الشكلية والموضوعية من جهة، ولضمان عدم الاعتداء على الاختصاص التشريعي المخول للبرلمان من جهة أخرى، وذلك بنفس إجراءات المراقبة الدستورية طبقاً للمادة (١٦٥/١، و١٦٩) من الدستور^(١).

ثالثاً- الرقابة الدستورية على المعاهدات: تخضع المعاهدات للرقابة الاختيارية غير الوجوبية ما عدا ما تعلق بالمادة (٩٧) من الدستور التي تحدثنا عنها سابقاً، وتعتبر من الرقابة السابقة والوجوبية، لكن تثار إشكالات دستورية بصدد المعاهدات الأخرى يمكن معالجتها في الخطوات التالية:

١- الأساس الدستوري للمعاهدات وإبرامها: تخول المادة (٧٧) من الدستور في البند التاسع (٩) رئيس الجمهورية سلطة في المجال الدولي [يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها] وتنص المادة (١٣١) من الدستور بأنه [يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات المتعلقة بمحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة]. وتنص المادة (١٣٢) من الدستور أيضاً [المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عنها في الدستور، تسمو على القانون].

(١)- أنظر: راجحي أحسن، مرجع سابق، ص ١٧١.

٢ - الأساس الدستوري للرقابة الاختيارية على دستورية المعاهدات :
النص الدستوري في المادة (١/١٦٥) واضح بأن الرقابة على دستورية
المعاهدات تكون اختيارية.

لكن الأمر يتعلق بالرقابة الاختيارية بصدد المعاهدات والاتفاقيات
والاتفاقات ، ولا يمكن القول أنّ المادة (١٦٨) من الدستور إذا ارتأى
المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية ، فلا يتم
التصديق عليها [؛ أوسع من المادة (١/١٦٥) ، لأن تلك المصطلحات
متشابهة وتجعل منها مصطلحا واحدا هو " المعاهدة " لأن اتفاقية فيينا
الصادرة في ١٩٦٩/٠٥/٢٣ تجعل من هذه المسميات المختلفة اسما
واحدا ، طبقا للمادة الأولى (١) منها ، أي أن المعاهدة لها أشكال مختلفة
فقط فلا مجال لتأويل النصوص الدستورية.

٣ - إشكالية التناقض بين المادة (١/١٦٥) والمادة (١٦٨) من الدستور:
إذا كانت المادة (١/١٦٥) تقضي برقابة اختيارية يتخذ بشأنها المجلس
الدستوري رأيا قبل أن يكون نص المعاهدة حيز التنفيذ ، أو قرارا في الحالة
العكسية ، فإنّ المادة (١٦٨) تجعل من المعاهدة واجبة العرض على المجلس
الدستوري مسبقا لأن النتيجة تقضي بعدم المصادقة عليها ، لو كانت غير
دستورية ، وبالتالي لم تحدد هذه المادة ما يتخذه من رأي أو قرار.

لكن ما هو الحل إذا تمت المصادقة على معاهدة وتم صدورها ودخلت
حيز التنفيذ ؟ وعرضت على المجلس الدستوري من أجل الرقابة على مدى
دستوريتها ؟ ؛ فإذا كانت دستورية لا يقع أي إشكال ، لكن إذا اتخذ
المجلس الدستوري قرارا (لأنها في حيز التنفيذ) بعدم دستورتها فهل تفقد
أثرها استنادا لنص المادة (١/١٦٨) من الدستور ، مما قد تظهر مسئولية
الدولة في المجال التعاقدية في إطار المعاهدة لأنها مجبرة على الالتزام بها .
لأن اتخاذ الرأي أو القرار من طرف المجلس الدستوري مرتبط بقبل أن
يصبح النص واجب التنفيذ ، في حين القرار يكون في حالة ما إذا كان
النص واجب التنفيذ.

وعليه نستخلص النتائج التالية المتعلقة بالتعارض بين المادة (١/١٦٥) والمادة (١٦٨) من الدستور:

أ- بالنسبة لرأي أو قرار المجلس الدستوري: تطبيق المادة (١/١٦٥) بالنسبة للرقابة الدستورية على المعاهدات التي يتخذ المجلس الدستوري بشأنها رأيا قبل أن يوافق عليها البرلمان ويصادق عليها رئيس الجمهورية، أي قبل أن تدخل حيز التنفيذ، ويتخذ قرارا بشأنها إذا دخلت حيز التنفيذ وهذا غير ممكن من الناحية العملية، لأنه لا يمكن أن تتراجع الدولة على تعهد أبرمته يجعلها ملتزمة في إطار القانون الدولي، ومنه نستخلص أن تكون الرقابة بصدد المعاهدات قبلية ولو لم تكن كذلك فلا يمكن عرضها على المجلس الدستوري.

ب- بالنسبة لوجوب الرقابة الدستورية السابقة: يستشف من خلال المادة (١٦٨) من الدستور أنه تكون الرقابة بصدد المعاهدات قبلية وسابقة وليست لاحقة نتيجة للأثر الذي ترتبه هذه المادة [... فلا يتم التصديق عليها]، والتصديق يكون قبل دخولها حيز التنفيذ، وكأن نص هذه المادة خاص يقيد النص العام في المادة (١/١٦٥)، في حين لم يشر الدستور إلى الجزاء في حالة الرقابة اللاحقة لو كانت بصدها.

ج- بالنسبة لإخطار المجلس الدستوري بشأن المعاهدات: في هذه الحالة يكون إخطار المجلس الدستوري في رأينا من طرف سلطات الإخطار المعنية دون تحديد طبقا للمادة (١٦٦) من الدستور، على عكس معاهدات السلم واتفاقيات الهدنة المنصوص عنها في المادة (٩٧) من الدستور التي يتحدد فيها سلطة إخطار رئيس الجمهورية فقط.

ونشير إلى أنّ المعاهدة لها تأثير على القانون لأنه تسمو عليه، إذا ما تمت المصادقة عليها وفقا للإجراءات المنصوص عنها في الدستور، لكنها في كل الأحوال لا تسمو على الدستور باعتباره يمثل آلية إجبارية في كفيات إبرامها والمصادقة عليها وهو أسمى القوانين، في حين يمثل الأمر من الناحية العملية تعقيدا صعبا لظهور فكرة تدويل الدساتير والتأثير المتبادل بين القانون الدولي والقانون الوطني.

٤- أهم التحاليل الدستورية بصدد إشكالية الرقابة على دستورية المعاهدات وأسبابها: هناك مجموعة من الآراء من المختصين تناولت هذه الإشكالية المتعلقة برقابة دستورية المعاهدات فيما إذا كانت سابقة أو لاحقة، وما يتخذه المجلس الدستوري من رأي أو فرار بشأنها:

أ- رأي الأستاذ: سعيد بو الشعير^(١): يرى الأستاذ سعيد بو الشعير^(٢) أن الرقابة على دستورية المعاهدات والاتفاقيات تكون رقابة سابقة ولاحقة وهي رقابة مطابقة إلا ما تم استثنائه بنص، ومثاله أحكام المادة ٩٧ من دستور ١٩٩٦ التي تقرر الرقابة السابقة، وأرجع أسباب ذلك إلى التسرع في إعداد الدستور وتقديمه للاستفتاء الشعبي في الموعد المحدد.

لكن القول الصحيح أن واضعي الدستور ليسوا في منأى عن العمل السياسي، بل تكون هذه الإشكالية إرادة سياسية معينة تجعل من بعض القواعد الدستورية حلولاً مختلفة لمقتضيات معينة أيضاً، فكما يصعب أن تكون رقابة قبلية ويتخذ المجلس الدستوري رأياً بعدم دستورية معاهدة؛ وهذا لا يرضي السلطة السياسية الحاكمة وخاصة بالتأثير الخارجي على الدولة، فكما هو الحال أن تكون رقابة اختيارية لتملص المعاهدة من الرقابة الدستورية بالتفاهم بين سلطات الإخطار، وهذا هو الواقع العملي والسياسي القاضي بدون عرض أية معاهدات أبرمتها الدولة على المجلس الدستوري.

ثم أن التسرع في وضع دستور سنة ١٩٨٩^(٣) لا يمنع من وجوب التأكد من أحكامه غير الواضحة التي من الممكن أن تكلف الدولة غالباً، لأن من شأن المعاهدات والاتفاقيات التأثير على إقليم الدولة وحرية المواطن ومبادئ وثوابت المجتمع الجزائري، في حين تعديل هذا الدستور في سنة

(١)- أنظر: د. سعيد بو الشعير، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢)- الشخصية الثانية التي ترأست المجلس الدستوري الجزائري.

(٣)- رأي الأستاذ سعيد بو الشعير حدث في ظل دستور سنة ١٩٨٩ قبل تعديله سنة ١٩٩٦.

١٩٩٦ ترك الأمر على حاله لأنه لم يغير شيئاً من أمر المعاهدات والاتفاقيات.

ب- رأي الأستاذ: فوزي أو صديق: يرى الأستاذ فوزي أو صديق^(١) أن المعاهدة تكون محلاً للرقابة الدستورية القبلية، نتيجة لكونها تحدث في بين التوقيع والانضمام أو الموافقة على الاتفاقية والمصادقة ونشرها. إلا أن الواقع العملي للمراقبة الدستورية بصدد المعاهدات والاتفاقيات لم يبين ما إذا كانت رقابة قبلية وسابقة أم لا.

إلا أن الأساس الأول للرقابة الدستورية السابقة واللاحقة على المعاهدات نجده في المادة (١/١٦٥) من الدستور، إلا إذا اعتبرنا هذه المادة الأصل والاستثناء وارد في المادة (١٦٨) من الدستور أيضاً نتيجة لحكم الأثر الوارد بها بالقول لا يمكن التصديق عليها.

ج- رأي الأستاذ: نوري مرزة جعفر: يرى الأستاذ: مرزة جعفر^(٢) أن المؤسس الدستوري أسس للرقابة الوقائية السابقة على التصديق على المعاهدات والاتفاقيات، والسبب يعود لتحاشي الدخول في نزاعات بين أطراف المعاهدة والاتفاقية لتدارك أن يحدث تأثير في العلاقات بين الدولة والأطراف الأخرى المتعاقدة.

د- رأي المجلس الدستوري في نظام قواعد عمله: حافظ المجلس الدستوري في نظام قواعد عمله على نص المادة (١/١٦٥) من الدستور المادة (٦) من هذا النظام، وفي عنوان واحد في الفصل الثاني من الباب الأول [رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات]، لتكون الرقابة الدستورية على المعاهدات في كل الحالات، إما سابقة أو لاحقة.

وأخيراً يمكن القول أن الرقابة على دستورية المعاهدات تكون سابقة مما يتبين في النصوص الدستورية، ولكنها رقابة دستورية اختيارية غير رقابة المطابقة، في حين المؤسسة المفسرة للدستور المتمثلة في المجلس الدستوري

(1)- أنظر: بوسالم رابع، مرجع سابق، ص ٧٠.

(2)- أنظر: بوسالم رابع، مرجع سابق، ص ٧٠.

طبقت نفس النصوص الدستورية دون تقديم اجتهادات وحلول لهذه المشكلات القانونية، ومنه أصر على بقاء الحال دون أن يدخل في متاهات سياسية أو تعرضه للتأثير والتأنيب السياسي^(١)، وعليه يظهر التفسير الضيق جدا ومحدودية المجلس الدستوري في إعمال رقابة حقيقية.

الفرع الثالث

نماذج من تطبيقات الرقابة الاختيارية

في حقيقة الأمر لا نجد من آراء وقرارات المجلس الدستوري ما يثبت أن جرت مراقبة على دستورية المعاهدات والاتفاقيات والتنظيمات، نظرا لعدم تحريك سلطات الإخطار المجلس الدستوري بشأن هذه المجالات، مما يصعب التأكد من الرقابة السابقة أو اللاحقة للمعاهدات والاتفاقيات، ومدى وجوبتها أو العكس، وأن الأمر بالنسبة للتنظيمات والقوانين العادية لا تثير مشكلة إلا ما تعلق بالأثر الوارد بشأنهما في المادة (١٦٩) من الدستور، مما يظهر أنها تكون رقابة لاحقة في الغالب إذا ما تأكدت سلطات الإخطار من عدم دستورتها وأخطرت المجلس الدستوري من أجل مراقبة مدى دستورتها، وهذا ما وقع فعلا ولا يثير إشكالية بصددها أنها لا تكون رقابة سابقة من الناحية العملية في مجال مراقبة القوانين العادية فقط دون التنظيمات^(٢).

مع العلم أن النموذج الأمثل للرقابة على القوانين نجد مراقبة الأمر رقم ٩٧- ١٥ المؤرخ في ٣١/٠٥/١٩٩٧ المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى^(٣).

وعليه يمكن ضرب أمثلة عن بعض القوانين التي تمت مراقبتها مراقبة لاحقة، ونشير أنه لم تعمل الرقابة الدستورية بصددها المعاهدات والاتفاقيات والتنظيمات.

- (1) - غياب اجتهاد للمجلس الدستوري في هذه الأمور يجعل منه مؤسسة غير كفيلة باحترام الدستور.
- (2) - لم يثبت أن المجلس الدستوري قام بمراقبة التنظيمات، لكن أخطر بشأن القوانين العادية بمناسبة قليلة وكانت دائما رقابة لاحقة وليست رقابة سابقة.
- (3) - الجريدة الرسمية السنة الرابعة والثلاثون، العدد ٣٨، المؤرخة في ٠٤/٠٦/١٩٩٧.

أولاً - أهم خصائص تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين العادية من طرف المجلس الدستوري منذ إنشائه سنة ١٩٨٩ : تتمثل أهم خصائص الرقابة على دستورية القوانين منذ سنة ١٩٨٩ بالمميزات التالية :

١ - رقابة مجموعة قوانين تتعلق غالباً بالمجالات الحساسة الشبيهة بموضوعات القوانين العضوية المعروفة بدستور ١٩٩٦ ، ومثالها القانون الانتخابي والقانون المتضمن القانون الأساسي للنائب ، وقانون تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية ، والمجالس الشعبية الولائية ، لكنها بصفة قوانين عادية لا قوانين عضوية.

٢ - كل القوانين المعروضة على المجلس الدستوري كانت محل إخطار من رئيس الجمهورية ، أو رئيس الدولة في ظل المرحلة الانتقالية بتطبيق أرضية الوفاق الوطني^(١).

٣ - كل الإخطارات وقعت بعد إصدار النصوص ؛ أي بعد أن أصبحت واجبة التنفيذ وسارية المفعول.

٤ - اتخذ المجلس الدستوري بشأن هذه الرقابة قرارات وليست آراء ، لأنها رقابة بعديّة.

٥ - كل القوانين العادية التي تمت مراقبتها تم الإقرار بعدم دستورية قانون واحد ككل وهو الأمر رقم ٩٧ - ١٥ المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى.

ثانياً - نموذج عن الرقابة الدستورية على القوانين العادية في ظل المجلس الدستوري المعتمد في ظل دستور ١٩٨٩ :

١ - اتخذ المجلس الدستوري قراراً تحت رقم ١ - ق.ق - مد - المؤرخ في ٢٠/٠٨/١٩٨٩^(٢) بشأن مراقبته لقانون الانتخابات ومن بين

(1) - في ظل أرضية الوفاق الوطني التي تعتبر كدستور صغير ومكمل لدستور ١٩٨٩ لسد الفراغ الدستوري ، والتي تضمنت في المادة ٤١ منها المجلس الدستوري في ظل المرحلة الانتقالية قد تم إعمال الرقابة وتم الإخطار من طرف رئيس الدولة.

(2) - الجريدة الرسمية السنة السادسة والعشرون ، العدد ٣٦ المؤرخة في ١٩٨٩/٠٨/٣٠.

النصوص الواردة في النص المخاطر به في المادة (٨٦) لأنها تشترط في إرفاق الترشح انتخابات المجلس الشعبي الوطني الجنسية الأصلية للمترشح ولزوجه، وهذا ما لم يقرره دستور سنة ١٩٨٩، ولا الأمر رقم ٧٠-٨٦ المؤرخ في ١٥/١٢/١٩٧٠ المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الذي بين بالخصوص آثار الحصول على الجنسية الجزائرية مقررًا حقوقًا منها حق تقلد مهمة انتخابية بعد خمس سنوات من الحصول على الجنسية الجزائرية، مع إمكانية إلغاء هذا الأجل من جهة أخرى بموجب مرسوم التجنس، وكون المادة (٢٨) من الدستور تقر المساواة بين الجميع دون أي تمييز، ثم أنّ هذه المادة غير مطابقة للدستور فيما يخص هذا الشرط، لذا قرر المجلس الدستوري نص المادة (٨٦) كالتالي: يشترط في المترشح للمجلس الشعبي الوطني ما يلي:

- أن يكون بالغًا سن ٣٠ عاما على الأقل يوم الانتخاب.

- أن يكون ذا جنسية جزائرية [

٢- أسباب عدم دستورية المادة (٨٦) أعلاه:

أ- مخالفة صريحة للقوانين المعمول بها المذكورة، وميثاق الأمم المتحدة لسنة ١٩٦٦ التي صادقت عليه الجزائر سنة ١٩٨٩^(١)، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي صادقت الدولة عليه سنة ١٩٨٧^(٢).

ب- أضاف المشرع شرطا من شأنه التمييز بين الراغبين في الترشح.

ج- التمييز بين الراغبين في الترشح بفرض شرط جنسية أصلية لزوج المترشح خارج من ذات المترشح وذا طابع تمييزي.

ثالثا- نموذج عن رقابة دستورية القوانين العارية في ظل المرحلة الانتقالية:

(١)- صادقت الجزائر على هذا الميثاق بموجب القانون رقم ٨٩- ٠٨ المؤرخ في ٢٥/٠٤/١٩٨٩، والذي انضم إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٨٩- ٦٧ المؤرخ في ١٦/٠٥/١٩٨٩.

(٢)- صادقت الجزائر على هذا الميثاق بموجب المرسوم رقم ٨٧- ٣٧ المؤرخ في ٠٣/٠٢/١٩٨٧، والذي انضم إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٨٩- ٦٧ المؤرخ في ١٦/٠٥/١٩٨٩.

١- تم إخطار المجلس الدستوري من طرف رئيس الدولة غير المنتخب في هذه المرحلة، من أجل مراقبته للبند السادس (٦) من المادة (١٠٨) من قانون الانتخابات، رقم ٨٩- ١٣ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٥ والمعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٩٥- ٢١ المؤرخ في ١٩٩٥/٠٧/١٩ القاضي بشرط إرفاق شهادة الجنسية الجزائرية الأصلية في ملف الترشيح لرئاسة الجمهورية لزواج المعني الوارد في الفقرة الثالثة (٣) - سادسا - من المادة (١٠٨) من هذا القانون المعدل والمتمم غير مطابق للدستور.

وعليه اتخذ المجلس الدستوري قرارا مفاده [يثبت قرار المجلس الدستوري رقم ١.ق.ق.مد ٨٩ في نقطته الرابعة، ويصرح بالتالي بأن شرط إرفاق ملف الترشيح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزواج المعني الوارد في الفقرة الثالثة - سادسا - من المادة ١٠٨... أنه غير مطابق للدستور^(١).

٢- أسباب القرار وتثبيت المجلس لقراره السابق:

أ- سبق الفصل في دستورية هذا البند من المادة (١٠٨) من طرف المجلس الدستوري، بالقرار رقم ٠١ ق.ق.مد، المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٢٠ الصادر عن المجلس الدستوري.

ب- قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية وذات النفاذ الفوري وتلزم كل السلطات العمومية.

رابعا- نموذج عن رقابة دستورية القوانين العادية في ظل تطبيق دستور ١٩٩٦: نجد أن المجلس الدستوري راقب مدى دستورية الأمر رقم ٩٧- ١٥ المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى المؤرخ في ١٩٩٧/٠٥/٣١.

١- نص قرار المجلس الدستوري:

اتخذ المجلس الدستوري قرارا بأن هذا الأمر المحدد لهذا القانون غير الدستوري بالقول [التصريح بأن الأمر رقم ٩٧- ١٥ المؤرخ في ٢٤ محرم

(1)- القرار رقم ٠١ ق.ق.أ - م.د.٩٥ مؤرخ في ١٩٩٥/٠٨/٠٦، الجريدة الرسمية السنة الثانية والثلاثون، العدد ٤٣ المؤرخ في ١٩٩٥/٠٨/٠٨.

عام ١٤١٨ الموافق ٣١ مايو سنة ١٩٩٧ المحدد للقانون الأساسي الخاص
لمحافظة الجزائر الكبرى، موضوع الإخطار، غير دستوري^(١).

٢- أسباب عدم دستورية الأمر رقم ٩٧- ١٥ :

أ- أنشأ هذا الأمر جماعتين إقليميتين تحت تسمية "محافظة الجزائر
الكبرى" و"الدائرة الحضرية"، محددًا قواعد خاصة لتنظيمهما وسيرهما
وعملهما بموجب أحكامه وليس بموجب الدستور.

ب- تقر المادة (١/١٥) من الدستور أنه الجماعات الإقليمية للدولة هي
البلدية والولاية دون سواهما.

ج- لم يتقيد المشرع بالمادة (١/١٥) من الدستور، حتى وإن كان
يختص بالبند (١٠) من المادة ١٢٢ من الدستور بالتشريع في مجال التقسيم
الإقليمي للبلاد.

د- إذا كانت المادة (٤) من الدستور تخول المشرع أن يحدد قواعد تنظيم
وسير وعمل خاص بمدينة الجزائر فكان عليه أن يتقيد بموضوع أحكام
الدستور.

هـ- أيضا خالف المشرع المواد (١/١٥)، ٢/١٨، ٧٨ البند ٩، ١/٧٩،
(٢/١٠١) من الدستور.

المطلب الثالث

آثار رقابة المجلس الدستوري لدى دستورية القوانين

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين كآلية مدافعة عن الدستور، من
خلال فحص القوانين قبل استكمالها أو بعد صدرها، بحيث لا يمكن
تطبيقها عندما تكون مخالفة لأحكام الدستور، وقد تبنت الحركة
الدستورية المعاصرة هذه الرقابة وجعلت منها عنصرا أساسيا في الأنظمة
الدستورية والسياسية الذي تستند إليه الدولة القانونية^(٢).

(1)- قرار المجلس الدستوري، رقم ٠٢/ق.أ.م/د/٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٧/٠٢/٢٠٠٠،

الجريدة الرسمية الستة السابعة والثلاثون، العدد ٧، المؤرخة في ٢٨/٠٢/٢٠٠٠.

(2)- أنظر: د. سرهنك حميد صالح البرزنجي، مرجع سابق، ص ٢٥١.

إذ نص الدستور الجزائري في المادة (١/١٦٥) من الدستور على رأي وقرار المجلس بصدد مراقبة دستورية القوانين، بحيث يبدي رأيه قبل أن يصبح النص واجب التنفيذ أي لما تكون المراقبة قبلية وسابقة، ويبيد قراره في حالة المراقبة البعدية واللاحقة.

ولا يختلف المصطلحين عن بعضهما البعض إلا من حيث أن الرأي يعبر عن إمكانية عدم صدور النص وليست هناك مشكلات تتعلق بالمراكز القانونية التي تحدتها القوانين لو تم تنفيذها^(١)، في حين يعبر القرار^(٢) عن أهمية جدية وملحة من حيث القوة في التعبير والتأكيد على ما تيقن منه المجلس، خاصة وأن النصوص نافذة ويمكن أن أحدثت مراكز قانونية لا يستهان بها بعدم فقدانها فيما بعد، والاعتراف بمبدأ اكتساب الحقوق، حتى ولو حدثت في ظل قوانين غير دستورية.

وتم تنظيم آراء وقرارات المجلس الدستوري في النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ المعدل والمتمم في المواد من (٢٠) إلى (٢٣) والمادة (٤٩) والمادة (٥٢)، نظرا لأهمية وجدية الرقابة على دستورية القوانين، تم تنظيم رأي وقرار المجلس الدستوري، من حيث التوقيع عليهما وتسبيبهما وتبليغهما ونشرهما، وعن فاعلية القرار والرأي من الناحية العملية والواقعية.

وعليه نتطرق إلى هذه النقاط في الفروع الأربع التالية:

(1) - الرأي يكون هنا احتياطيا ويتصرف المجلس باتخاذ رأيا صحيحا للنصوص وتسبيبهما، وللسلطة العامة احترامه وتطبيقه، لأنه في تطبيق النصوص التي أعاد المجلس صياغتها وترتيبها ستكون سليمة التطبيق ولا يمكن أن تحدث اختلالات تطبيقية أو خلافات.

(2) - القرار بمعناه الصحيح يوحي بجدية وحمية ملحة في تطبيق وتنفيذ القوانين، ولو كانت هناك نصوصا غير دستورية فسيتم تصحيح الوضع بفقدان آثارها فوراً، لكن ما نتج عنها من قبل فهو باق ولكن تم اكتساب الحقوق وتحقيق مصالح خاصة أو لتفويت فرص أو غالباً نتيجة المخالفات الدستورية ومثاله القرار المتعلق بعدم دستورية قانون محافظة الجزائر الكبرى والدائرة الحضرية السابق ذكره في متن البحث.

- الفرع الأول: توقيع قرارا وآراء المجلس الدستوري
- الفرع الثاني: تسبيب آراء وقرارات المجلس الدستوري
- الفرع الثالث: تبليغ الرأي وقرار المجلس إلى جهات الإخطار ونشرها
- الفرع الرابع: حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري

الفرع الأول

توقيع قرارات وآراء المجلس الدستوري

إنّ الموضوع الأهم في الرقابة على دستورية القوانين يتعلق برأي أو قرار المجلس الدستوري المتوصل إليه؛ بحيث تحدثت عنه المادة (١/٢٠) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري بأنه لا يوقع الرئيس والأعضاء الحاضرون آراء المجلس الدستوري وقراراته.

ويدل توقيع أعضاء المجلس الدستوري في جلسة اتخاذ الرأي أو القرار بشأن المسائل القانونية المطروحة من أجل المراقبة الدستورية؛ دليلاً على عدد الأعضاء الحاضرين لأنه لا يتخذ ذلك إلا بحضور على الأقل سبعة (٧) من أصل تسعة (٩) أعضاء، لكي تكون آراءه وقراراته صحيحة وإلا عدت باطلة نتيجة لتقرير المادة (١٦) من نظام قواعد عمل المجلس التي تنص على أنه لا يصح أن يفصل المجلس الدستوري في أية قضية ومنها قضايا رقابة دستورية القوانين إلا بحضور سبعة من أعضائه على الأقل. وكل الأعضاء الحاضرين حتى من بينهم رئيس المجلس الدستوري نفسه يوقعون عليها، مع العلم أنّ تتخذ تلك الآراء والقرارات بأغلبية الأعضاء، وإن لم يحضر الرئيس لحدوث مانع له. يخلفه العضو الذي يختاره من قبل طبقاً للمادتين (١٥، و١٧) من نفس النظام.

الفرع الثاني

تسبيب آراء وقرارات المجلس الدستوري

لا يتخذ المجلس الدستوري آراءه وقراراته دون تعليل أو تسبيب، أو إبداء المناقشة القانونية وتوضيح البنود والمواد القانونية المختلفة التي تثار بشأنها المسائل الشائكة والتي ترتبط بالقواعد الدستورية أو تختلف عنها،

ويكون التسييب والتعليل والتحليل بشأن المراقبة وفقاً لما يقتضيه الدستور، وما تصبو إليه إرادة المؤسس الدستوري.

حيث نصت المادة (٢١) من نظام قواعد عمل المجلس أنه [تعلل آراء المجلس الدستوري وقراراته... خلال الأجل المحدد في المادة ١٦٧ من الدستور] وهو أجل العشرون يوماً.

ومن خلال نشر آراء وقرارات المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية، نجد أنه يتبع حيثيات وإجراءات منهجية كي يتخذ الرأي أو القرار الذي يخلص إليه، وتتجلى أهم هذه الخطوات المنهجية فيما يلي:

أولاً- "المقدمة" البناء والأساس الرسمي للرقابة:

١- ذكر الجهة المختصة بالرأي أو القرار، وهي: إن المجلس الدستوري.
٢- ذكر رسالة الإخطار والجهة الذي أخطرتة محددًا الأسس الدستورية والقانونية والتواريخ وأرقام القوانين المراد مراقبة مدى دستورتها سواء كانت رقابة دستورية أو مطابقة.

٣- ذكر الأسس الدستورية المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين، والنظام المحدد لقواعد عمله برقمه وتأريخه.

ثانياً- "الموضوع" بعد عبارة "وبعد الاستماع إلى المقرر":

١- بداية المناقشة الدستورية والقانونية لكل مسألة على حدا وتحديدتها بالضبط وترقيمها.

٢- أحيانا يقسم منهجية المراقبة من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية.

٣- تحليل المسألة المعالجة بدقة مع ذكر الأسس القانونية التي ترتبط بالمسألة وتحليلها، وأحيانا يمكن ربط المسألة بقانون آخر أو معاهدة من أجل التأكيد وبيان حقيقة المسألة المعالجة.

٤- بدراسة كل مسألة ومناقشتها يقدم النتيجة التي يخلص إليها فيها بعدم دستورية المسألة كلها أو عدم دستورتها جزئياً.

٥ - لا يتطرق المجلس الدستوري إلا للمسائل التي يراها غير دستورية، وأحيانا يتطرق للمسألة المخاطر بشأنها حتى وإن كانت دستورية من أجل التأكد منها واتخاذ منها موقف معين.

ثالثاً- "ما يقرره المجلس" النتائج المتوصل إليها:

- ١- تحديد كل مسألة وأساسها القانوني واتخاذ الموقف الصحيح بشأنها.
- ٢- يكون الموقف من المسألة بإعادة صياغة وتعديل النصوص والأحكام وفقاً لما يتماشى والدستور، ثم يقدم النص الصحيح والسليم الذي يراه مناسباً ودستورياً.
- ٣- أحيانا يجد أحكاماً غير دستورية بحيث يقرر بعدم دستورتها أو عدم مطابقتها للدستور.
- ٤- حذف المواد القانونية الموجودة بالنص المخاطر به إذا كانت غير دستورية، ويعاد ترقيم وترتيب مواد النص من جديد.
- ٥- تحديد تاريخ مداولة الجلسة.
- ٦- ذكر اسم ولقب رئيس المجلس الدستوري وحده، أو بذكر الأعضاء الآخرين.

الفرع الثالث

تبليغ الرأي وقرار المجلس إلى جهات الإخطار ونشرها

للتبليغ ونشر آراء وقرارات المجلس الدستوري أهمية كبيرة بالنسبة للسلطات العمومية، وللمؤسسات المجتمع المدني والأحزاب وحتى المواطن العادي.

أولاً- تبليغ رأي وقرار المجلس الدستوري: عندما ينتهي المجلس الدستوري من عمله الرقابي، بصورة كاملة، يقوم بتبليغ الرأي أو القرار المتخذ إلى الجهة التي أخطرت، ويبلغ عموماً إلى رئيس الجمهورية دائماً لأنه هو من يصدر القانون.

حيث تنص المادة (٢٢) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري [يبلغ الرأي أو القرار إلى رئيس الجمهورية. كما يبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة إذا كان الإخطار صادراً من أحدهما].

من هذا نستنتج أنه في كل حالات الإخطار يتم تبليغ آراء وقرارات المجلس الدستوري إلى رئيس الجمهورية، حتى وإن هو لم يخاطر المجلس الدستوري، للأسباب التالية:

١- الأصل أن يبلغ الرأي أو القرار لرئيس الجمهورية، نظرا لأنه هو حامي الدستور، ويحمي هذا الأخير حتى في مواجهة المجلس الدستوري نفسه^(١).

٢- رئيس الجمهورية هو المختص بإصدار القانون طبقا للمادة ١٢٦ من الدستور.

٣- رئيس الجمهورية همزة وصل بين السلطات الثلاث دون غيره.

٤- تبليغ أحد رئيسي غرفتي البرلمان إذا كان الإخطار من أحدهما، فالجهة التي تحرك المجلس الدستوري هي مقدمة رسالة الإخطار؛ لذا هي تحتاج إلى رأي أو قرار المجلس الدستوري.

ولأهمية آراء وقرارات المجلس الدستوري أيضا يقوم الأمين العام للمجلس بتسجيلها، وأن يتولى إدراجها في الأرشيف والمحافظة عليها طبقا للتشريع المعمول به^(٢).

ثانيا- نشر رأي وقرار المجلس الدستوري: تنشر اجتهادات المجلس الدستوري باعتباره مؤسسة رسمية تفسر الدستور، ولنشر أعماله على الباحثين والاستفادة من فحوى وما توصل إليه من اتخاذ آراء وقرارات متعلقة بالحقوق والحريات والنظام القانوني للدولة ونشر الثقافة الدستورية من أجل توعية السلطات والأفراد بالحياة القانونية والسياسية.

وعليه تنص المادة (٢٣) من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لترسل آراء وقرارات المجلس الدستوري إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

(1) - رئيس الجمهورية أقوى مؤسسة في الدولة، باعتباره حاميا للدستور؛ وفي المقابل المجلس الدستوري يكفل احترامه فقط؛ فالحماية المقررة أقوى من الاحترام نفسه.

(2) - المادة ١/٢٠ من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري.

يتبين من هذا النص أنّ نشر آراء وقرارات المجلس الدستوري هي بمثابة رسالة دستورية مهمة، باعتبار أن المجلس نفسه نظم هذا النشر في الجريدة الرسمية للدولة الجزائرية باعتبارها عمل قانوني دستوري مهم، وليس في نشرة يومية أو جرائد أو مجلة، بل لقيمتها تنشر في جريدة رسمية للدولة. ونظن أن المجلس الدستوري استند في هذا إلى مقتضيات المادة (١٦٨)، و(١٦٩) من الدستور نتيجة للأثار المترتبة عن آراءه وقراراته وتطبيقها عمليا وواقعيًا والتزام السلطات العمومية والكافة بها، وإلا يكون عمل المجلس الرقابي غير ذي جدية^(١)، وفعلاً كل قرارات وآراء المجلس الدستوري التي اتخذت تم نشرها وهي متاحة للجميع.

ونتيجة للاطلاع والبحث فيها بما أنها تصدر في الجريدة الرسمية، ويمكن أن يحتج بها من أي كان في موضوع يتصل بهذه الآراء والقرارات والاستناد إليها، كأسس قانونية تفيد في الملف المتعلق بالطعن أو في خصومة قائمة خاصة منها المتعلقة بالمنازعات الانتخابية والترشح وغيرها.

الفرع الرابع

حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري

من أجل أن يكون العمل الرقابي على دستورية القوانين للمجلس الدستوري، بمثابة عمل وجيه ودستوري وقانوني يكفل احترام الدستور وتسوية النظام القانوني للدولة، منحه المؤسس الدستوري أهمية كبيرة تتعلق بحجية آراءه^(٢)، وقراراته الملزمة الواجب التقيد بها.

أولاً- الأساس الدستوري للحجية الملزمة لرأي وقرار المجلس الدستوري:

(1)- كذلك من أجل نشر اجتهادات المجلس الدستوري باعتباره مؤسسة رسمية تفسر الدستور، ولنشر أعماله على الباحثين والاستفادة من فحوى وما توصل إليه من اتخاذ آراء وقرارات متعلقة بالحقوق والحريات والنظام القانوني للدولة ونشر الثقافة الدستورية من أجل توعية السلطات والأفراد المهتمين بالحياة القانونية والسياسية.

(2)- حتى ولو كان مجرد رأي قبل صدور النصوص يجب الالتزام والخضوع لها.

تضمنت المادة (١٦٨ و ١٦٩) من الدستور ما مفاده أنّ آراء وقرارات المجلس الدستوري ذات حجية مطلقة وملزمة، لا يمكن الطعن فيها بأي وجه مهما كان، سواء أمام المجلس نفسه أو أمام جهة قضائية إدارية أو عادية، ووجوب التزام السلطات العامة والكافة بها.

بحيث تنص المادة (١٦٨) أنّه [إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها].

وتنص المادة (١٦٩) أنّه [إذا ارتأى المجلس الدستوري أنّ نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره من يوم قرار المجلس].

أي أنّه تتمتع الجهة المختصة بالتصديق على المعاهدة مهما كانت تسمياتها أو أشكالها، إذا اتخذ المجلس الدستوري رأيه بعدم دستورتها.

وأنّ النص الذي تم صدوره وهو واجب التنفيذ، لكن يفقد هذا النص أثره فوراً من يوم قرار المجلس ولا يمكن العمل به وتنفيذه، بشرط أن المراكز القانونية التي نتجت عن تطبيقه تبقى قائمة، أي لا يكون فقدان الآثار السابقة، ولا يطبق قرار المجلس بأثر رجعي.

وهناك من يرى أنّ المصطلح المذكور في بداية المادتين (١٦٨ و ١٦٩) [إذا ارتأى ...] أنّه يفيد غموضاً وملابسات، بل المعنى الحقيقي لهذا المصطلح هو [إذا رأى ...] في حالة المادة (١٦٨)، و[إذا قرر ...] في حالة المادة (١٦٩).

لكن المجلس الدستوري اتخذ موقفاً إيجابياً لمشكلة إذا ما كان الرأي مجرد استشارة غير ملزمة وأن القرار قد يتخذ بصفة الإلزامية في نظام قواعد عمله.

ثانياً- إلزامية آراء وقرارات المجلس الدستوري: كي لا يكون أي تأويل لمدى حجية وإلزامية آراء وقرارات المجلس الدستوري، تدارك المجلس نفسه في تنظيم قواعد عمله هذا الشك؛ خاصة إذا اعتبرنا رئيس الجمهورية هو جامي الدستور كميّان منافس للمجلس الدستوري في أن يكفل احترام الدستور، وذلك طبقاً للمادة (٤٩) بالقول [آراء وقرارات المجلس

الدستوري ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن أ.

أي يمكن أن نستخلص النتائج التالية لاجبية وإلزامية آراء وقرارات المجلس الدستوري:

- ١- أن آراء وقرارات المجلس الدستوري ملزمة ولها حجية مطلقة.
 - ٢- أنها ملزمة لكل من السلطات العمومية^(١) والقضائية^(٢) والإدارية.
 - ٣- أنها غير قابلة لأي طعن إداري أو قضائي مهما كان.
- ثالثاً- نموذج عن حجية وإلزامية آراء وقرارات المجلس الدستوري بمناسبة المراقبة الدستورية: من بين أدلة حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري الواقعية والعملية، نجد قرار المجلس الدستوري المتعلق بمراقبة دستورية البند السادس (٦) من المادة (١٠٨) من قانون الانتخابات، رقم ٨٩-١٣ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٥ والمعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٩٥-٢١ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٧/١٩.

١- تم إخطار المجلس الدستوري من طرف رئيس الدولة غير المنتخب في هذه المرحلة، من أجل مراقبته للبند السادس (٦) من المادة (١٠٨) من قانون الانتخابات، رقم ٨٩-١٣ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٠٥ والمعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٩٥-٢١ المؤرخ في ١٩٩٥/٠٧/١٩ القاضي بشرط إرفاق شهادة الجنسية الجزائرية الأصلية في ملف الترشيح لرئاسة الجمهورية لزواج المعني الوارد في الفقرة الثالثة (٣) - سادسا- من المادة (١٠٨) من هذا القانون المعدل والمتمم غير مطابق للدستور.

وعليه اتخذ المجلس الدستوري قرارا مفاده لا يثبت قرار المجلس الدستوري رقم ١.ق.ق.مد ٨٩ في نقطته الرابعة، ويصرح بالتالي بأن شرط إرفاق

- (1) السلطة التشريعية والتنفيذية ومؤسسات الدولة العامة والوطنية الأخرى.
- (2) القضاء العادي أو الإداري المحكمة العليا ومجلس الدولة بالخصوص. لأنه هناك من يريد رفع دعاوى أمام القضاء باعتبار أن المجلس الدستوري يتخذ قرارات أو آراء إدارية يمكن الطعن فيها وهذا لم يطبقه الدستور الجزائري ومنها قضية المترشح المرحوم الشيخ "محفوظ غنناح" بمناسبة الانتخابات الرئاسية سنة ٢٠٠٤.

ملف الترشيح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المعني الوارد في الفقرة الثالثة - سادسا - من المادة ١٠٨ من القانون رقم ٨٩- ١٣ المؤرخ في ٥٥ محرم عام ١٤١٠ الموافق ٧ غشت سنة ١٩٨٩ ، المتضمن قانون الانتخابات، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٩٥- ٢١ المؤرخ في ٢١ صفر عام ١٤١٦ الموافق ١٩ يوليو سنة ١٩٩٥ غير مطابق للدستور^(١).

٢- أسباب القرار بعدم دستورية البند ٦ من المادة ١٠٨ من هذا القانون:

أ- سبق الفصل في دستورية هذا البند من المادة (١٠٨) من طرف المجلس الدستوري، بالقرار رقم ٥١ ق.ق. مد، المؤرخ في ١٩٨٩/٠٨/٢٠ الصادر عن المجلس الدستوري والمتعلق بالنظر في دستورية بعض أحكام القانون رقم ٨٩- ١٣ المتضمن قانون الانتخابات.

ب- قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية وذات النفاذ الفوري وتلزم كل السلطات العمومية.

ج- لا يمكن إعادة إخطار المجلس الدستوري بحكم تم الفصل فيه من قبل، وإلا يعيد المجلس تثبيت الرأي أو القرار السابق أو رفض رسالة الإخطار نظرا لعدم التأسيس القانوني.

د- أنّ قرارات المجلس الدستوري ترتب كل آثارها بصفة دائمة، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أنّ الأسباب التي تؤسس منطوقها ما زالت قائمة.

هـ- إخطار رئيس الدولة المجلس الدستوري لنفس الشرط الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور يعد تجاهلا لقوة قرار المجلس الدستوري، ومن ثم لا وجه للبت في مدى دستوريته من جديد.

(١)- القرار رقم ٥١ ق.أ - م.د ٩٥ مؤرخ في ٠٦/٠٨/١٩٩٥، الجريدة الرسمية السنة الثانية والثلاثون، العدد ٤٣ المؤرخ في ٠٨/٠٨/١٩٩٥.

الخاتمة

ما يمكن قوله في خاتمة هذا البحث أنّ المراقبة على دستورية القوانين ، رغم ما قام به المجلس الدستوري بصددها ، ومحققا لبعض الأهداف الدستورية المتعلقة باحترام الدستور ، وكما يبدو عمله الرقابي متواضعا جدا ، لا يرقى إلى مستوى الأنظمة الرقابة الجدية التي توصل إليها المجلس الدستوري الفرنسي الذي تبنى المؤسس الدستوري نهجه نوعا ما ، وما توصلت إليه الرقابة القضائية على دستورية القوانين نظرا للميزات القضائية والتخصص والاستقلالية التي تتمتع بها ؛ إلا أنّ المجلس الدستوري لا يخلو من عيوب جسيمة إنّ صح التعبير ، نظرا للمقتضيات والانتقادات الموجهة إليه ، وعليه نتحدث عنها مبدئين أهم الاقتراحات الواجبة التطبيق وهي :

أولاً- المجلس الدستوري لا يحقق مبدأ التوازن بين السلطات الثلاث ، بتفوق السلطة التنفيذية والتشريعية على السلطة القضائية من حيث تشكيلة المجلس الدستوري ، لأن التشكيلة فيه تظهر فيها تدرج في ترتيب السلطات بتفوق العمل السياسي عن العمل القضائي الحقيقي والمخول لحماية الحقوق والحريات والمجتمع من أي تعد على الأحكام الدستورية التي أسس لها الشعب الذي يرى أنّ السلطة القضائية هي الكفيلة بالتقاضي أمامه ، ونفس الأمر بالنسبة لسلطات الإخطار المشخصة للسلطة السياسية الحاكمة دون المعارضة من خلال رؤساء الأحزاب ، أو التوسع فيها لممثلي الشعب على مستوى غرفتي البرلمان ، لذا يرى الأستاذ " نيل زيكارة " ^(١) أنه بتحديد الهيئات المختصة بإخطار المجلس الدستوري الثلاث فقط ، لا تكون عملية الإخطار إلا في حالة وجود خلاف بين هذه الهيئات الثلاث حول نص تشريعي أو تنظيمي ، لأنه في غير هذه الأحوال تكون احتمالات إخطاره ضعيفة.

(1) - أنظر: راجحي أحسن ، مرجع سابق ، ١٦١ .

ثم تضيق سلطة الإخطار كان بإمكانه التوسع للسلطة القضائية بما أتتها ممثلة بعضوين في تشكيلة المجلس من أجل إحداث توازن بين السلطات^(١). ثم أن قسم هام من الإخطار يكون اختياريا، ومن ثم في حالة عدم إعماله يتم إصدار لنصوص مختلفة وغير دستورية وتكون واجبة التنفيذ، ومن ثم المساس بأحكام حقوقية وحرثية ومبادئ أساسية أقرها الدستور. ثانياً- الاختلالات والإشكالات الموجودة بين متى تكون المراقبة الدستورية القبلية أو البعدية بخصوص المعاهدات، ومدى وجوبية الإخطار بشأنها مسبقاً، يجب تداركها بأي تعديل دستوري قادم؛ لأنه حتى المجلس الدستوري عاجز عن إبداء أي رأي أو قرار ثابت لأنه لم يخطر بشأن مراقبة دستورتها.

ثالثاً- يفترض منطقياً أن تكون الرقابة الدستورية قبلية تماماً؛ لأنه لا فائدة ترجى من الرقابة اللاحقة؛ التي تفتح مجالاً لأصحاب الأطماع السياسية والمصالح الخاصة تحقيق مراكز قانونية معتبرة؛ ومن بعد ذلك يتم إخطار المجلس ليحكم بعدم دستورتها؛ وكان هذه النوع من الرقابة آلية جديدة للفساد السياسي والتلاعب بمؤسسات الدولة.

رابعاً- وجب إخضاع التنظيمات بنوعها المتعلقة برئيس الجمهورية أو المراسيم التنفيذية للرقابة الدستورية؛ دون ترك المجال لمبدأ جديد بدأ يتبلور مفاده مخالفة التشريع التنظيمي واللائحي للقانون وللدستور.

خامساً- عدم اهتمام المجلس الدستوري بالعمل الرقابي الجدي أحياناً، ووقوفه إلى جانب صالح السلطة الحاكمة، كما وقع عدة مرات وهي بتمرير بعضاً من القوانين التي تعيق الحقوق والحريات.

سادساً- التفسير الضيق للمجلس الدستوري والحرفي للدستور، كما هو في إعادة بعضاً من النصوص الدستورية في نظامه المتعلق بقواعد عمله، دلالة على أنه لا يستطيع شرح وتفسير القاعدة الدستورية رغم أنه هو المكلف بهذا.

(1)- أنظر: مسراتي سليمة، مرجع سابق، ص ١١.

وعليه لا نجد أي اجتهادات للمجلس الدستوري الجريئة التي تتخذ بمناسبة مراقبة دستورية القوانين، لأنه مكلف بحماية مبدأ الفصل بين السلطات.

سابعاً- إنّ المدة المحددة بعشرين (٢٠) يوماً التي تتم في رقابة دستورية القوانين المنصوص عنها في الدستور بحاجة إلى إعادة نظر، لأنه لا يعقل أن يتأكد المجلس من مدى دستورية أو عدم دستورية النصوص المعروضة عليه خلال أجل محدد جداً، ويرجى منه مراقبة صحيحة وفعلية، ثم يحكم على نصوص بأنها دستورية على وجه السرعة ومنه الحكم بالتضييق على الحقوق والحريات خاصة منها السياسية لسنوات عديدة من المستقبل. ثامناً- إذا كانت الدولة تريد حقيقة بناء دولة القانون، فيمكن أن تكون الرقابة تلقائية من طرف المجلس الدستوري.

تاسعاً- إذا كان أفراد الشعب السياسي يؤسسون للمجلس الدستوري وفق إرادتهم السياسية ووفق السلطة التأسيسية، فلماذا لا يمكن منحه التظلم أمام المجلس الذي يعبر عن إرادتهم؟ كما هو الحال لبعض السلطات.

عاشراً- الحكم على المجلس الدستوري بأنه يغلب عليه الطابع السياسي، منقوصاً من الطابع القضائي؛ لأنه يفتقد لمميزات وخصائص القاضي الدستوري الممثل للرقابة القضائية على دستورية القوانين من استقلالية وتخصيص واجتهاد حتى في غياب النصوص أو الأزمات الدستورية.

قائمة المراجع

- (١)- د. سرهنك حميد صالح البرزنجي، مقومات الدستور الديمقراطي وآليات الدفاع عنه، دار دجلة الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.
- (٢)- خالد عبد الله عبد الرزاق النقيب، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، ٢٠٠٦.

- (٣)- صالح بن هاشل بن راشد المسكري، بحث نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١١.
- (٤)- أ. حسني بودييار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ٢٠٠٣.
- (٥)- نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد ٢٧ العدد ١، ٢٠١١.
- (٦)- الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦، دستور ١٩٩٦/١١/٢٨، الجريدة الرسمية رقم ٧٦ في ١٩٩٦/١٢/٠٨، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٦- ٤٣٨ المؤرخ في ١٩٩٦/١٢/٠٧ المتعلق بنشر التعديل الدستوري.
- (٧)- د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١٩.
- (٨)- شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠٠٠.
- (٩)- دستور الجزائر الصادر في ١٠/٠٩/١٩٦٣.
- (١٠)- دستور ١٩٧٦ الصادر بأمر ٧٦- ٩٧، المؤرخ في ١٩٧٦/١١/٢٢، الجريدة الرسمية السنة الثالثة عشر، العدد ٩٤، للموافق ١١/٢٤/١٩٧٦.
- (١١)- دستور ١٩٨٩/٠٢/٢٣ الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم ٨٩- ١٨ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٢/٢٨، الجريدة الرسمية السنة السادسة والعشرون، العدد ٩ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٣/٠١.
- (١٢)- صديق سعوداوي، استقلالية السلطة القضائية في الجزائر بعد ١٩٨٩، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، ٢٠٠٧.

- (١٣) - أ.د. الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان، الجزء ٢؛ التعبير الدستوري للحريات والحقوق، طاكسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
- (١٤) - د. فريد علواش، آليات حماية القاعده الدستورية في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- (١٥) - المرسوم الرئاسي رقم ٩٤ - ٤٠ المؤرخ في ٢٩/٠١/١٩٩٤ يتعلق بنشر الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية، الجريدة الرسمية السنة الواحد والثلاثون، العدد ٦ المؤرخة في ٣١/٠١/١٩٩٤.
- (١٦) - راجحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦.
- (١٧) - الجريدة الرسمية السادسة والأربعون، العدد ٠٤ المؤرخة في ١٨/٠١/٢٠٠٩.
- (١٨) - الجريدة الرسمية السنة السابعة والثلاثون، العدد ٤٨، المؤرخة في ٠٦/٠٨/٢٠٠٠.
- (١٩) - بوسالم رابع، المجلس الدستوري الجزائري، تنظيمه وطبيعته، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، السنة الجامعية ٢٠٠٤/٢٠٠٥.
- (٢٠) - القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية رقم ١٢ - ٠٤ المؤرخ في ١٢/٠١/٢٠١٢، الجريدة الرسمية السنة التاسعة والأربعون، العدد ٠٢، المؤرخة في ١٥/٠١/٢٠١٢.
- (٢١) - مسراتي سليمة، إخطار المجلس الدستوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠٠.
- (٢٢) - نظام إجراءات عمل المجلس الدستوري المؤرخ في ٠٧/٠٨/١٩٨٩، الجريدة الرسمية للسنة السادسة والعشرون، العدد ٣٢، المؤرخ في ٠٧/٠٨/١٩٨٩.

- (٢٣)- المرسوم الرئاسي رقم ٠٢ - ١٥٧ المؤرخ في ١٦/٠٥/٢٠٠٢،
الجريدة الرسمية السنة التاسعة والثلاثون، العدد ٣٦ المؤرخ في
١٩/٠٥/٢٠٠٢ المعدل والمتمم للمرسوم رقم ٨٩ - ١٤٣.
- (٢٤)- المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ - ١٤٣ المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم
المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه المؤرخ في
٠٧/٠٨/١٩٨٩ المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للسنة السادسة
والعشرون، العدد ٣٢، المؤرخ في ٠٧/٠٨/١٩٨٩.
- (٢٥)- د. محمد آكلي قزوة، دروس في الفقه الدستوري والنظم
السياسية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى،
٢٠٠٣.

(26)- Voir: Berrmdane Abdelkhalk, la loi organique et
l'équilibre constitutionnel, revue de droit public,
tome 109, 1973.

(٢٧)- أ.د: يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر
والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،
٢٠٠٩.

(28)- Voir: Mohammed Cherief Abd° Almajid, La loi
organique nouvelle norme juridique dans la droit
positif algérien, alger, conseil nationale de
transition, fe'vrier, 1979.

- (٢٩)- التعديل الدستوري في ١٥/١١/٢٠٠٨، بقانون التعديل رقم
٠٨ - ١٩ المؤرخ في ١٥/١١/٢٠٠٨، الجريدة الرسمية للسنة
الخامسة والأربعون، العدد ٦٣، المؤرخة في ١٦/١١/٢٠٠٨.
- (٣٠)- رأي المجلس الدستوري رقم ٠٢/ر م د/١١ المؤرخ في
٠٦/٠٧/٢٠١١ يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل
والمتمم للقانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١ المؤرخ في ٣٠/٠٥/١٩٩٨
المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

- (٣١)- النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة ٢٠٠٠ ، الجريدة الرسمية للسنة السابعة والثلاثون ، العدد ٤٦ ، المؤرخة في ٢٠٠٠/٠٧/٣٠ .
- (٣٢)- النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة ١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية للسنة السادسة والثلاثون ، العدد ٨٤ ، المؤرخة في ١٩٩٩/١١/٢٨ .
- (٣٣)- رأي المجلس الدستوري رقم ١١/رن د/م د/٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٠٠٠/١٢/٠٦ المتعلق بتعديل النظام الداخلي لمجلس الأمة ، الجريدة الرسمية للسنة السابعة والثلاثون ، العدد ٧٧ المؤرخة في ٢٠٠٠/١٢/١٧ .
- (٣٤)- رأي المجلس الدستوري رقم ١٠/رن.ن.د/م.د/٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٥/١٣ يتعلق بمراقبة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ، الجريدة الرسمية السنة السابعة والثلاثون ، العدد ٤٦ ، المؤرخة في ٢٠٠٠/٠٧/٣٠ .
- (٣٥)- القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠١ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٥/٣٠ ، الجريدة الرسمية للسنة الخامسة والثلاثون ، العدد ٣٧ ، المؤرخة في ١٩٩٨/٠٦/٠١ .
- (٣٦)- رأي رقم ٠٦/ر.ق.ع/م.د.م.د. ٩٨ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٥/١٩ المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور ، الجريدة الرسمية للسنة الخامسة والثلاثون ، العدد ٣٧ ، المؤرخة في ١٩٩٨/٠٦/٠١ .
- (٣٧)- القانون العضوي رقم ٩٨ - ٠٣ المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها ، المؤرخ في ١٩٩٨/٠٦/٠٣ الجريدة الرسمية للسنة الخامسة والثلاثون ، العدد ٣٩ ، المؤرخة في ١٩٩٨/٠٦/٠٧ .
- (٣٨)- الجريدة الرسمية ، للسنة التاسعة والثلاثون ، العدد ٧٦ ، المؤرخة في ٢٠٠٢/١١/٢٤ .
- (٣٩)- القانون العضوي رقم ٠٤ - ١١ المؤرخ في ٢٠٠٤/٠٩/٠٦ ، الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون ، العدد ٥٧ ، المؤرخة في ٢٠٠٤/٠٩/٠٨ .

- (٤٠) - رأي المجلس الدستوري رقم ٠٢/رق.ع/م/د/٠٤ المؤرخ في ٢٢/٠٨/٢٠٠٤ المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون، العدد ٥٧، المؤرخة في ٠٨/٠٩/٢٠٠٤.
- (٤١) - القانون العضوي رقم ٠٤ - ١٢ المؤرخ في ٠٦/٠٩/٢٠٠٤، الجريدة الرسمية السنة الواحدة والأربعون، العدد ٥٧، المؤرخة في ٠٨/٠٩/٢٠٠٤.
- (٤٢) - د. بوعلام بن حمودة، الممارسة الديمقراطية بين النظرية والواقع، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الثانية.
- (٤٣) - المرسوم التنفيذي رقم ٠٤ - ٣٣٢ المؤرخ في ٢٤/١٠/٢٠٠٤، الجريدة الرسمية للسنة الواحدة والأربعون، العدد ٦٧، المؤرخة في ٢٤/١٠/٢٠٠٤.
- (٤٤) - القانون العضوي رقم ١٢ - ٠٣ المؤرخ في ١٢/٠١/٢٠١٢، الجريدة الرسمية التاسعة والأربعون، العدد ١ المؤرخة في ١٤/٠١/٢٠١٢.
- (٤٥) - رأي المجلس الدستوري رقم ٠٩/رن.د/م/د/٩٩ المؤرخ في ٢٢/١١/١٩٩٩ يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، الجريدة الرسمية للسنة السادسة والثلاثون، العدد ٨٤، المؤرخة في ٢٨/١١/١٩٩٩.
- (٤٦) - د. سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٩٣.
- (٤٧) - الجريدة الرسمية السنة الرابعة والثلاثون، العدد ٣٨، المؤرخة في ٠٤/٠٦/١٩٩٧.
- (٤٨) - الجريدة الرسمية السنة السادسة والعشرون، العدد ٣٦، المؤرخة في ٣٠/٠٨/١٩٨٩.
- (٤٩) - القانون رقم ٨٩ - ٠٨ المؤرخ في ٢٥/٠٤/١٩٨٩، والذي انضمت إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ - ٦٧ المؤرخ في ١٦/٠٥/١٩٨٩ المتعلق بالمصادقة على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

- (٥٠) - المرسوم رقم ٨٧ - ٣٧ المؤرخ في ١٩٨٧/٠٢/٠٣ ، والذي انضمت إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ - ٦٧ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٥/١٦ .
- (٥١) - قرار المجلس الدستوري رقم ٠١.ق.أ - م.د ٩٥ مؤرخ في ١٩٩٥/٠٨/٠٦ ، الجريدة الرسمية السنة الثانية والثلاثون ، العدد ٤٣ المؤرخ في ١٩٩٥/٠٨/٠٨ .
- (٥٢) - قرار المجلس الدستوري ، رقم ٠٢/ق.أ/م/د/٢٠٠٠ المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٢/٢٧ ، الجريدة الرسمية السنة السابعة والثلاثون ، العدد ٧ ، المؤرخة في ٢٠٠٠/٠٢/٢٨ .

القرارات الإدارية الرئاسية غير المشروعة

"دراسة مقارنة في فرنسا والأردن ومصر"

الدكتور مصطفى عبد العزيز جمعة الطراونة

كلية الدراسات القانونية العليا

جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن

تمهيد:

الالتزام بمبدأ المشروعية في الوقت الحاضر يعتبر طابع الدولة القانونية الحديثة، فهو يقيم صرحاً للضمانات الأساسية التي تحمي الأفراد من استبداد الإدارة وتعسف الحكام، على خلاف الحال في ظل الدولة الاستبدادية والتي لا يخضع فيها الحكام للقانون.

وقد بنيت الإدارة العامة ومنذ القدم على شكل هرم إداري يتصاعد تدريجياً حتى يصل إلى قمته والتي يشغلها الرئيس الإداري الأعلى. ويوجب القانون على الموظفين التقيد بواجب الطاعة الرئاسية، والذي مقتضاه أن الموظف ملزم باحترام وتنفيذ الأوامر الرئاسية التي يتلقاها من رؤسائه الإداريين، حيث نصت المادة ٦٥/ج من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٢ على أنه: "أن يؤدي واجباته بدقة ونشاط وسرعة وأمانة وينفذ أوامر رؤسائه وتوجيهاتهم ويراعي التسلسل الإداري في الاتصالات الوظيفية". وتنص كذلك المادة ٨٣ من نظام الموظفين السعوديين الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤٢ بتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ على واجب الطاعة وفرض جزاء تأديبي على الموظف الذي يرتكب المخالفة التأديبية ومنها: "عدم إطاعة الرئيس في الواجبات الرسمية".

إشكالية البحث:

إذا كان تنفيذ الأوامر المشروعة لا يشير أية إشكالات قانونية، فإن تلك الإشكالات تظهر وتبرز بخصوص الأوامر غير المشروعة والمخالفة

للقانون. إذ يحدث في كثير من الأحيان أن تكون الأمور التي تلقاها المرؤوسون الإداريون غير مشروعة ومخالفة للقانون الذي يتعين على الرئيس الإداري الأعلى احترام مبدأ المشروعية أو القواعد القانونية التي تشكله. وبذا يظهر التناقض بين مبدأين مهمين من مبادئ القانون العام هما مبدأ المشروعية ومبدأ الطاعة الرئاسية، فيتعين تحديد المسار والمسلك الذي يمكن للموظف إتباعه دون الوقوع تحت طائلة المسؤولية القانونية.

ولذا يتعين علينا وللوقوف على مدى التزام المرؤوس بالأوامر الرئاسية المخالفة وغير المشروعة.

فرضيات الدراسة:-

تتفرع عن إشكالية هذه الدراسة بعض الفرضيات منها :-

ما هو المقصود بواجب الطاعة الرئاسية وما هو الخطأ الوظيفي وما هي معايير تمييزه عن الخطأ المرفقي؟؟

• ما هو المقصود بالأمر الرئاسي بصفة عامة وما هو الأمر الرئاسي غير المشروع بصفة خاصة؟؟

• ما هو الحل الواجب الإتباع في حال التنازع بين الطاعة الرئاسية ومبدأ المشروعية؟؟

• ما مدى مسؤولية الموظف العام في ظل الأوامر الرئاسية غير المشروعة؟؟.

تقسيم الدراسة:-

اقتضيت أن أتناول هذا البحث حسب الخطة التالية :-

• المبحث الأول: ماهية واجب الطاعة الرئاسية والخطأ الوظيفي والأمر الرئاسي غير المشروع.

• المبحث الثاني: التنازع بين واجب الطاعة الرئاسية ومبدأ المشروعية.

• المبحث الثالث: مسؤولية الموظف العام في ظل الأوامر الرئاسية غير المشروعة.

المبحث الأول

ماهية واجب الطاعة الرئاسية والخطأ الوظيفي

والأمر الرئاسي غير المشروع

سأتناول بيان هذا المبحث من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول

ماهية واجب الطاعة الرئاسية

يقصد بواجب الطاعة الرئاسية وفق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي أن الموظف العام ملزم باحترام وتنفيذ الأوامر الرئاسية التي يتلقاها من رؤسائه الإداريين. لذا لا يجوز الخلط بين واجب الطاعة الرئاسية وبين احترام مبدأ تدرج القواعد القانونية في الدولة. إذ لا يجوز واجب الطاعة الرئاسية مهما بلغت الأهمية التي ينطوي عليها في الحياة الإدارية اليومية من أن يناقش المرؤوسون رئيسهم الإداري الأعلى مشروعية بل حتى ملاءمة الإجراءات الإدارية خصوصاً في مرحلة إعدادها والتحضير لها. وتحت الفقرات (هـ، و، ز) من المادة ٦٥ من نظام الخدمة المدنية " أن يقدم الاقتراحات التي يراها مفيدة لتحسين طرق العمل في الدائرة ورفع مستوى الأداء فيها ". " أن يعمل على تنمية قدراته وكفاءاته العلمية والعملية والمسلكية والاطلاع على القوانين والأنظمة والتعليمات المتعلقة بعمله والإحاطة بها ". " أن يعمل على تنمية اتجاه المشاركة في الإدارة وروح الفريق في العمل " (١).

وأكدت محكمة العدل العليا الأردنية على هذا الواجب وضرورة أن ينفذ المرؤوس أوامر رؤسائه المشروعة التي لا تثير أية إشكالات قانونية، فقد قضت المحكمة المؤقرة بأنه: " يتبين لنا من الاطلاع على ملف المستدعية والبيانات المقدمة أنها امتنعت عن تدريس اللغة الإنجليزية رغم تكليفها من رؤسائها مع أنه من واجباتها بمقتضى الفقرة ب من المادة ٨١

(1) علي خطار، دراسات في الوظيفة العامة، ط ١، الجامعة الأردنية، عمان،

١٩٩٨-١٩٩٩. ص ٢٦٥.

من نظام الخدمة المدنية تنفيذ الأوامر والتوجيهات الصادرة إليها منهم فهي حرة بأن تتخذ بحقها إجراءات تأديبية" (١).

وممارسة واجب الطاعة الرئاسية تستلزم توافر ثلاثة شروط، تساهم إلى حد كبير في تقييد ممارسته، وهي كالآتي :-
الشروط الأول: صدور الأمر الرئاسي.

يطرح البحث في مسألة وجود الأمر الرئاسي. مشاكل قانونية جمة، تتعلق بمعنى هذا الوجود؟ وهل يكفي في ذلك مجرد صدور الأمر؟ أم لا بد أن يكون محققا ومؤكدا؟ ومن ناحية أخرى هل تتساوى الإجازة اللاحقة مع الأمر السابق؟

نستطيع أن نستخلص من الفقه والقضاء أن أمر الرئيس يعتبر قائما وموجودا إذا توافرت له مقومات إصداره وهي أن يكون هذا الأمر قد اتخذته الرئيس فعلا من جانبه، وقام بإتمام إجراءات إصداره، وكان مستجمعا لكافة عناصره المطلوبة. ومعنى ذلك أن يكون هناك أمرا رسميا محددًا ودقيقًا، يتعلق بموضوع معين، موجهًا من رئيس إلى مرؤوس، لا مجرد أمر من زميل إلى زميل (٢).

- حكم الإجازة اللاحقة من الرئيس:-

يرى الأستاذ Barthelemy في مقالة عن اثر الأمر الرئاسي على مسؤولية المرؤوسين أن الإجازة اللاحقة لتصرف المرؤوس تعادل عن الأمر الرئاسي السابق. وقد استشهد على ذلك بحالات عديدة، إتنهج فيها مجلس الدولة الفرنسي سياسة قضائية مقتضاها التسوية بين الإجازة اللاحقة والأمر السابق، منها رفضه الإذن بمحاكمة بعض الموظفين الذين ارتكبوا أخطاء وظيفية في تصرفاتهم، تأسيسا على أن هذه التصرفات قد

(١) عدل عليا أردنية، صادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٨١، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨١، ص ١٢٢٧.

(٢) عاصم عجيلة، واجب الطاعة في الوظيفة العامة، ١٩٨٠، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، ص ١٦٢.

أجيزت بعد ذلك من الوزير أو الوزراء المختصين، والذين كان يتعين أن يصدر منهم في صدد هذه التصرفات أمر سابق^(١).

وهناك من يرى بعكس هذا الاتجاه، لأن تصرف الرؤوس في مثل هذه الأحوال، يكون قد تم دون صدور أمر رئاسي سابق، وهو أمر يشكل في الوقت ذاته غصبا لاختصاص الرؤساء ويشجع الرؤوسين على مثل هذا الافتئات^(٢).

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بهذا الرأي الأخير في حكمها المؤرخ ١٩٦٥/٥/٨ في دعوى كانت تتعلق بمسؤولية إحدى الموظفين عن تصرف قام به لاقى بعد ذلك موافقة لاحقة من رئيسه، فقد رفضت المحكمة أن تسوي بين الموافقة الرئاسية اللاحقة والأمر السابق، ولم تقم بإعفاء الرؤوس من المسؤولية التأديبية عن تصرف خاطئ. وانتهت إلى أحقية إدانته تأديبياً^(٣).

ويرى بعض الفقه أن الأمر الرئاسي المشكوك فيه تكون طاعته واجبة على الرؤوس حتما طالما كان مشروعاً في ظاهره، وحجتهم في ذلك أن الطاعة تؤسس على قرينه مؤداها أن القانون وقد نزل الرئيس مكانة يعلو بها على الرؤوس، ومن ثم يلتزم الأخير بطاعة أوامره كما يلتزم بعدم التدخل في معنويات رئيسه^(٤).

الشرط الثاني: اختصاص طرفي الطاعة.

تقضي مبادئ تقسيم العمل بأن يعهد إلى كل من الرئيس والرؤوس بدور محدد، فالرؤساء يختصون بإصدار أوامره إلى

(١) عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٠. ص ٥٣٦.

(٢) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا صادر بتاريخ ١٩٦٥/٥/٨، مشار إليه في: عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٤) سليمان الظماوي، "الوجيز في الإدارة العامة"، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٠. ص ٤٢.

مرء وسيسهم ، بينما يقوم الآخريين بتنفيذ ما تحمله إليهم تلك الأوامر ، ماذا تجاوز مضمونها تلك الحدود ، تخلف شرط من شروط واجب الطاعة . ويتطلب هذا الشرط توافر الأمرين التاليين :

أولاً: اختصاص الرئيس بالأمر :

حتى يثبت للرئيس الحق في توجيه أوامره إلى مرؤوسيه فانه يشترط أن يكون قد عهد إليه بهذه السلطة من لجهة المختصة على نحو سليم وذلك عن طريق القوانين أو اللوائح أو التعليمات . ومثل هذا الاختصاص قد يتحدد بنطاق مكاني معلوم أو بموضوعات معينة لا يتجاوزها ، وللوثوق من ذلك يرجع إلى الأداة التي تعطي الرئيس هذا الحق . والقول بغير ذلك يجعل كل أمر يصدر من الرؤساء على تنوعهم واختلاف مراتبهم مستوجبا للمؤاخذة التأديبية ، وهو أمر غير مستساغ^(١) .

ثانياً: اختصاص المرؤوس بالعمل أو التصرف :

يقصد بهذا الشرط أن يكون تنفيذ الأمر داخلاً في عداد واجبات عن وجه إليه وذلك يتحدد عادة وفقاً للقوانين واللوائح أو التعليمات الرئاسية . وهو ما قرره محكمة النقض في أحد أحكامها حيث قالت : " ليس في القانون ما يحتم أن يكون تعيين أعمال الوظيفة بمقتضى قوانين أو لوائح وإذا فلا مانع من أن تحدد هذه الأعمال بأوامر مكتوبة أو شفوية "^(٢) .

وعليه فلا يجوز أن يعهد مثلاً إلى غير المحضرين بتنفيذ حكم قضائي ، فالمحضرون هم أعوان القضاء الذين ناط القانون بهم ذلك الأمر . ولا يجوز أن يمارس سلطة الضبط القضائي سوى الموظفون المختصون بذلك^(٣) .

ويضاف انه ليس بلازم من الناحية الإدارية أن يكون الموظف مختصاً وحده بإجراء العمل . فقد يوزع القيام بتنفيذ عمل أو مهمة واحدة على

(١) سليمان الظماوي ، مرجع سابق ، ص ٤٧ . - عاصم عجيلة ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ .

(٢) نقض جنائي مصري صادر بتاريخ ١١/٣/١٩٤٧ ، مشار إليه في : عاصم عجيلة ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

(٣) عاصم عجيلة ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

مجموع من الموظفين، بحيث يختص كل منهم بجزء من العمل، وذلك بحسب الأوامر التي تصدر إليهم أو وفقا لطبيعة ذلك العمل، أو تبعا لتخصص كل منهم في نشاط محدد. ويقع على قاضي الموضوع عبء استخلاص مدى اختصاص كل منهم بنصيبه من هذا العمل^(١).

الشرط الثالث: التبعية المرفقية.

وشرط التبعية المرفقية يعني أن الطاعة لا تجوز الا بالنسبة للمهام التي ترتبط بنشاط المرفق العام. فليس ها هنا مجال لطالعة التعليمات التي تتعلق بأمر يخص أشخاص العلاقة الرئاسية أنفسهم. حيث يصبح الرئيس والمرؤوس كلاهما خارج علاقة التبعية. فالرئيس لا يمكنه أن يستخدم علو مكانته في التدرج الإداري، إلا في صدد تحديد الأعمال التي تعبر عن اختصاصه وتحقق للمرفق العام أهدافه^(٢).

هذا وقد توجد حالات يتعذر بشأنها الحكم على ما إذا كان الأمر يرتبط بنشاط المرفق من عدمه، وهنا لا بد من الرجوع للغاية المقصود تحقيقها وما إذا كانت تتعلق بنشاط المرفق أم لا^(٣).

المطلب الثاني

ماهية الأمر الرئاسي غير المشروع

ويشير البحث في تحديد مدلول الأمر غير الشرعي صعوبات قانونية جمة، ترجع إلى غياب النصوص القانونية التي تعالج هذه المشكلة بالتحديد والبيان، كما أن مدلول الأمر غير الشرعي يختلف بحسب الظروف التي تسود الدولة هل هي ظروف عادية أم ظروف استثنائية. وهناك محاولات فقهية Stasinopoulos مستمرة للوصول إلى تحديد للأوامر الرئاسية غير المشروعة، فقد أورد الفقيه من جانبه حالات ثلاث، يصبح الأمر الرئاسي فيها غير مشروع وهي :-

- (١) عمار عوايدي، مرجع سابق، ص ٥٣٧.
- (٢) عمار عوايدي، مرجع سابق، ص ٥٣٩ - عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٧٢ - ١٧٣.
- (٣) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٨ - ٤٩.

- ١- تجاوز الأمر لاختصاص الرئيس.
- ٢- تجاوز الأمر لواجبات الرؤوس.
- ٣- إذا شاب الأمر عيب من عيوب الشكل، أو خالف القانون مخالفة ظاهرة، لا ندع مجالاً للشك في مضمونه^(١).

ويرى آخرون أن مدلول الأمر غير الشرعي يتسع ليشمل تلك الأوامر التي تنطوي على انتهاك لمبادئ الأخلاق السائدة والتي تلتزم بها الإدارة. بل وهناك اتفاق بين الفقهاء على حالة تكون الأوامر الرئاسية فيها غير مشروعة، إلا وهي الأوامر التي تصدر بصفة مسبقة من السلطة المركزية إلى الهيئة الخاصة للصيانة والتي تتمتع بالاستقلال المعنوي. فمثل هذه الأوامر تصبح بالضرورة غير مشروعة لخروجها عن مبادئ التنظيم الإداري التي تقرها قواعد القانون الإداري في أصول العلاقة بين تلك الهيئات^(٢).

ويوجد بين الفقهاء خلاف فقهي حول امتداد عدم المشروعية إلى مجالين هامين في العمل، وهما حالة عدم الملائمة الخطيرة وحالة الأخطاء الفنية الظاهرة. ويفرق بعض الفقه بين عدم المشروعية البسيطة وعدم المشروعية الخطيرة في الأمر الرئاسي.

وأساس تلك التفرقة أن عدم المشروعية الخطيرة هي التي يترتب عليها نتائج ضارة بالمرفق العام أو النظام العام ضرراً بليغاً، **Trouble gravement I order public** وتبرر لا بل وتوجب على الرؤوس عدم الطاعة للرئيس. وأما في الحالة الثانية وهي عدم المشروعية البسيطة، فلا ينجم عنها الأضرار سالفة الذكر وإنما يلحق الضرر فيها شخص الموظف، ومثال ذلك القرارات الرئاسية الخاطئة التي تصدر بإجراء تنقلات بين الموظفين^(٣).

- (١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٧٨ - ١٧٩.
- (٢) عمار عوابدي، مرجع سابق، ص ٥٨٣ - عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٧٩.
- (٣) عمار عوابدي، مرجع سابق، ص ٥٨٤ - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٨.

هناك مشكلة هامة تواجه القاضي أو الباحث بصفة عامة في سبيل الاهتداء إلى عدم المشروعية، الا وهي المعيار الذي يستخدمه للوصول إلى تلك النتيجة، فهل هو معيار شخصي يعتمد على الظروف الذاتية للمرؤوس ومدى علمه بعدم المشروعية؟، أم هو معيار موضوعي يتعلق بالأمر الرئاسي في ذاته؟.

يرى بعض الفقه الأخذ في ذلك بمعيار شخصي بمعنى أن يوضح في الاعتبار ظروف المرؤوس ومدى علمه بعدم المشروعية أو مدى إمكان علمه بها، والوظيفة التي يشغلها والمهمة التي يناط به تحقيقها، ودرجة ذكائه وحظه من الثقافة والتربية^(١).

ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجذب اللجوء إلى المعيار الموضوعي، فينظر في الأمر الرئاسي ذاته، وهل كان عدم المشروعية فيه ظاهرا من عدمه، وقد أوجز المفوض Chenot ذلك في تقريره في قضية لانجوير بقوله: " Order manifestment illegal presentant de toute evidence un caractere illegal ". على الأخذ بالمعيار الموضوعي يطرح تساؤلا هاما، وهو إلى مدى تكون عيوب المشروعية في الأمر قابلة لان تدرج بجلاء، بما يبرر للمرؤوس أن يرفض طاعتها.

أما عن الموقف الحالي لمجلس الدولة الفرنسي فالظاهر انه يأبى التفرقة في ذلك بين نوعي عدم المشروعية، حيث يستخدم في قضائه صياغة هامة لا تسمح بالتمييز بين عيوب عدم المشروعية بنوعيتها، فقد قررت أحد أحكامه أن القرار المطعون فيه لم يكن مشوبا بأي عيب ظاهر للمشروعية^(٢).

- مدى أحقية المرؤوس في الإبلاغ عن عدم المشروعية.

يتجاذب البحث في هذا الموضوع اعتباران هاما، فإذا أبيع للمرؤوس هذا الحق فان تقريره قد يؤدي إلى الإساءة بالوظيفة العامة.

(١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٢) سليمان الظماوي، مرجع سابق، ص ٥٩ - عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص

وجلب الفضايح للإدارة على الأقل تلطيح سمعتها خاصة إذا ثبت في نهاية الأمر لسبب أو لآخر عدم صحة هذا البلاغ. كما أنه لو حظر على المرؤوس ذلك لأدى هذا إلي حرمان الإدارة بالاستفادة بالوقاية من عدم المشروعية قبل وقوعها وتجنبها لذلك في كثير من المواطن.

يرى البعض بخصوص هذه المشكلة تقرير الحق لمرؤوس بالإبلاغ عن عدم المشروعية بالطريقة التي يراها، بل أنه يذهب إلى أن هذا يعتبر واجبا عليه. ويرى آخرون أن المرؤوس يكون بالخيار بين أن يطلب التنحي عن طاعة الأمر بإسناد تنفيذه لآخر، أو إخبار السلطة الرئاسية الأعلى تأسيسا على أن الدولة هي التي يكون لها والحالة هذه فصل الخطاب لأنه يعمل أولا في خدمتها^(١).

وبالعوض يستحسن الرأي الأخير وإن كان يضيف أمرين، أولاً: أن المرؤوس يكون له أن يبلغ الرئيس الأعلى في الإدارة والذي يأنس فيه تحقيق شكواه وإن أدى ذلك إلى تخطيه للرؤساء المباشرين، شريطة أن يكون هذا التخطي مبنيا على أساس معقول، وإلا حقت مساءلته تأديبيا عن هذا التخطي. وتعليل ذلك أنه قد توجد حالات من عدم المشروعية يكون الرئيس المباشر لرئيسه ضالعا هو الآخر في عدم المشروعية. وثانياً: إذا حسن المرؤوس باشتباه تورطه في جريمة بفعل الرئيس فله أن يبلغ الجهات المختصة وحدها بتلقي البلاغات^(٢).

المطلب الثالث

ماهية الخطأ الوظيفي وتمييزه عن الخطأ المرفقي

توصف التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بأنها تفرقة تقليدية مأخوذة عن القضاء الفرنسي، ثم بينى على هذه التفرقة نتيجة عملية هامة هي تقسيم عبء التعويض بين المرفق الذي يتحمل العبء

(١) عمار عوابدي، مرجع سابق، ص ٥٨٥ - ٥٨٦.

(٢) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٨٤.

الأكبر وهو ما يقابل الخطأ المرفقي، في حين يوضع جانبا يسيرا من المسؤولية على عاتق الموظف يقابل ما يسمى الخطأ الشخصي^(١).

فالخطأ المرفقي هو الخطأ الذي يناسب المرفق ذاته، حتى ولو كان قد ارتكبه من الناحية الفعلية موظف، والمرفق هو الذي يتحمل مسؤولية هذا الخطأ وما ينتج عنه من إضرار. وقد يكون من الممكن معرفة من ارتكبه سواء كان موظف واحد أو عدة موظفين معينين، مثال ذلك إهمال المشرفين على الصحة للمرضى المرضيين مما يترتب عليه هرب أحد المرضى وارتكابه أفعال ضارة للغير ويسمى هذا الخطأ بخطأ المرفق وقد يكون غير ممكن معرفة مرتكب الخطأ فيعزى الخطأ لتنظيم المرفق ذاته أو كان كل موظف قد قام بواجباته دون تقصير أو إهمال مع حدث الضرر فلا بد أن يكون هناك خطأ ما في مكان ما، وإذا كان الكل قد أدى واجبه كاملا فان الخطأ لا بد أن يكون في تنظيم المرفق نفسه، فيتحمل هذا الأخير المسؤولية عن ذلك. ويسمى هذا الخطأ خطأ المرفق العام لعدم إمكان تحديد فاعل أو فاعلي الخطأ أو لعدم وجود خطأ من جانب القائمين على المرفق ذاته^(٢).

- ضرورة التخلي عن التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي:

هنالك أسباب نظرية وعملية تدعو إلى المنادة بضرورة التخلي عن التفرقة التقليدية بين الخطأ الشخصي وبين الخطأ المرفقي، وتتلخص الاعتبارات النظرية في أن اصطلاح الخطأ المرفقي يوحي بأن المرفق قادر على ارتكاب الخطأ وهو ما يحتم الأخذ بالنظرية العضوية في تفسير الشخص المعنوي وهي نظرية أصبحت مهجورة تماما. وأما الاعتبارات العملية التي تدعو إلى عدم الإبقاء على هذه التفرقة هي اتساع فكرة الخطأ

(١) سعاد الشراوي، التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي غير واقعية وأصبحت غير مجدية. مجلة العلوم الإدارية، السنة العاشرة، العدد الثاني، أغسطس ١٩٦٨، ص ٢١٤.

(٢) جورج ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها "قضاء التعويض"، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٩٦.

المرفقي فأصبح يشمل كل خطأ غير منبت الصلة بالمرفق^(١). ويقول الأستاذ فأيل في ذلك: "لقد نقل مجلي الدولة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي التي تصورها خلال ثلاثة أرباع قرن لتنظيم العلاقة بين المضرور والإدارة من ناحية وبين الإدارة وموظفيها من ناحية أخرى... وحينما تنتقل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي من مستوى إلى آخر يتغير معناها ومضمونها... فالיום يوجد خطان شخصيان وخطان مرفقيان؛ في مواجهة المضرور وتنظيم علاقة الإدارة بالموظف"^(٢).

المبحث الثاني

التنازع بين واجب الطاعة الرئاسية ومبدأ المشروعية

سأتناول هذا المبحث من خلال المطالب التالية :-

المطلب الأول

النظريات الفقهية المختلفة حول طاعة الأمر الرئاسي غير المشروع
احتمد الجدل بين الفقهاء الإداريين في شأن التزام المرؤوسين بطاعة الأوامر الرئاسية المخالفة للقانون، فهل يخضع الموظف لتلك الأوامر دون تعقيب أم يجاهر بعصيانها؟
لقد قيل بآراء عديدة في هذا الموضوع يمكن أن تلخص في ثلاث نظريات فقهية هي الآتية:

أولاً: نظرية الطاعة المطلقة "أولوية الطاعة الرئاسية"

يذهب أنصار هذه النظرية ومن أشهر مؤيديها العميد "هوريو" إلى انه في حالة تعارض أمر الرئيس مع حكم من أحكام القانون، فعلى المرؤوس أن يمضي في طاعة أمر رئيسه، وتنتقل المسؤولية بعد ذلك إلى عاتق الرئيس مصدر الأمر، كما هو الشأن بالنسبة لأي قرار خاطئ يتجشم عبء المسؤولية عنه من قام باتخاذها. وذلك لان السلطة الرئاسية

(١) جوزجي ساري، مرجع سابق، ص ١٩٧. - سعاد الشراوي، مرجع سابق، ص ٢١٥ - ٢١٦.

(٢) سعاد الشراوي، مرجع سابق، ص ٢١٦.

برائهم سلطة مطلقة نخول الرئيس الإداري الأعلى صلاحية إصدار أوامر وتعليمات إلى مرؤوسيه، ويبقى على هؤلاء التقيد بها وإتباعها حرفياً^(١). وقد لجأ العلامة (Hauriou) إلى موقع الرئيس الإداري الأعلى في الجهاز الإداري ومسؤوليته السياسية عن حسن سير المرافق العامة لتبرير رأيه القاضي بالطاعة الإيجابية. إذ يتوسط الرئيس الإداري من ناحية التسلسل الإداري بين مرؤوسيه والفانون، مما يسمح له بان يطلب منه طاعة إيجابية لأوامره. ويعتبر الوزراء في النظام البرلماني مسئولين سياسياً أمام البرلمان والرأي العام عن أعمال مرؤوسيهم بهذا تتضمن صلاحيات الوزراء مسئوليتهم، وتبرير تلك المسؤولية سلطته الرئاسية أو لزيادة الصلاحيات المستمدة منها^(٢).

وأضاف الفقه تبريرات أخرى لهذه النظرية يمكن إجمالها بما يلي :-

أولاً: قرينة المشروعية: وهي تقوم كما هو معروف على انه يفترض في أوامر الرؤساء أنها تحمل شهادة بالمشروعية، فالرؤساء يقولون تفسير القوانين، بينما يقوم المرؤوس بتنفيذ هذه التفسيرات، وهذه القرينة يسندها إنها تؤدي إلى إرساء وجهة نظر واحدة في الإدارة وبالتالي تسير أجزاء الماكينة الإدارية في عملها دون عائق بين نزوسها.

ثانياً: الضرورة العملية: تقوم هذه الضرورة على انه لو أتيح للمرؤوسين حق الرقابة على مشروعية أوامر الرؤساء، لتحول مجال العمل إلى صراع دائم بين طائفتي الرؤساء والمرؤوسين، أو كما يقول الفقيه "Labana" " شوف يؤدي ذلك إلى إعطاء القرار النهائي لا لمحكمة العليا، زلا إلى الوزير المختص، وانما إلى الموظف الذي يقوم بالتنفيذ"^(٣).

(١) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٨ - عاصم عجيبة، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٢) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٣) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٨ - ٢٥٩.

ومما لا شك فيه أن اعتماد المفهوم السابق في محيط الإدارة العامة يؤدي إلى جعل الموظفين العموميين مجرد أداة في يد الرئيس الإداري، ويشكل هذا المفهوم خطراً حقيقياً يهدد مبدأ المشروعية باعتباره دعامة من دعائم دولة القانون، لذا لا يمكن لأي لوجهة النظر هذه أن تحل مشكلة تنفيذ الأمر المخالف للقانون^(١).

وهذه النظرية تبدو وجاهتها وضرورتها بالنسبة للعسكريين بوجه عام وهي تفرض الانضباط والصرامة ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطاعة الآمرة، حتى انه صار من المأثور القول بأن "الطاعة هي قانون الجندي". ومع ذلك، فإن هذه النظرية لا تبدو مقنعة في نطاق الوظائف المدنية لا سيما في العصر الحديث، ومع تسرب المبادئ الديمقراطية في الإدارة. ولذلك صوبت إليها انتقادات هي، أولاً: إنها تسلب من الموظفين روح التفكير، وتضعف لديهم ملكة البحث عن الصواب وتلغي منهم الشجاعة الأدبية، وبالتالي فإنه يترتب عليها التوسع، غي نطاق البيروقراطية في الإدارة. وثانياً: أن هذه النظرية بتجاهلها لمبدأ المشروعية، وإعلائها لإرادة الرؤساء حساب القانون فهي يجبد القهر بالنسبة للمرؤوسين بصفة عامة. وتعطي الغلبة لمنطق القوة، وتمتدح الانقلابات، لأنها تفرض الطاعة ولو كانت أوامر لرؤساء ضد النظام الدستوري في الدولة^(٢).

ثانياً: نظرية المشروعية "سمو مبدأ المشروعية":

تؤسس هذه النظرية على أن احترام مبدأ المشروعية هو التزام يثقل كاهل الرئيس والمرؤوس. فإذا كانت إطاعة أمر الرئيس تبدو واجبة، فإن القوة الإلزامية لهذا الأمر ليست إلا قوة نسبية، فلا تثبت إلا إذا كانت أوامره مطابقة لأحكام القانون بمعناه الواسع. فإن خالفته وجب إهدارها وتفصيل طاعة القانون العام.

(١) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٨ - ٢٥٩.

(٢) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٨٧.

ويضيفون بأنه إذا كان الموظف ملزماً بالخضوع للأوامر الصادرة، فهو ملزم بها لكونها صادرة وفقاً للقانون ومتفقة مع أحكامه وليس باعتبارها صادرة عن الرئيس الأعلى. وآية ذلك أن الموظف ملزم وفق قانون الوظيفة بإتباع المسلك والاتجاه الذي يحده له موظف آخر. ويخضع المرؤوس للقانون إذا كان الأمر الإداري مشروعاً وليس لأمر الرئيس، ويتعين عليه الخضوع للقانون ورفض تنفيذ أمر الرئيس إذا كان غير مشروع. وبهذا يعد رفض المرؤوس تنفيذ أوامر الرئيس غير المشروعة احتراماً للقانون فهما ملزمان باحترامهما معا^(١).

ومن مزايا هذه النظرية أنها تقيم مواعيد متينة للمشروعية بما تحويه من ضمانات تمنع من استبداد السلطة العامة وعسفها مع المحكومين ومع ذلك فقد وجهت إليها بعض الانتقادات والتي سبق أن ذكرناها في تقرير النظرية الأولى، والتي توجز أنها تكلل إلى المرؤوس القول الفصل في أمر المشروعية، وفي هذا تهديد لنحسن سير المرافق العامة يسهل على المرؤوسين الإفلات من تنفيذ أوامر الرؤساء بدعوى عدم مشروعيتها^(٢).

ويصبح المرؤوس الإداري في نهاية المطاف قاضياً لمشروعية أوامر رؤسائه الإداريين، ومما لا شك فيه أن تبني الرأي السابق على إطلاقه ينطوي على مخاطر قاتلة للإدارة العامة ذاتها ويهدد ويهدم بصورة واضحة مبدأ الطاعة الرئاسية^(٣).

ولإزاء عدم التعارض الذي بدأ بين هاتين النظريتين، بدأ هناك اتجاه آخر يقوم على التصالح بينهما، وتلك هي النظرية الثالثة.

ثالثاً: النظرية الوسط "الرأي المختلط":

يرى جانب آخر من الفقه أنه يتعين التوفيق بين المبدأين السابقين لذا يتعين التمييز بين حالتين مختلفتين هما أن يكون للموظف العام مجرد شك

(1) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٧ - ٢٥٨.

(2) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(3) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

غير مؤكد حول مشروعية الأمر الإداري الصادر أو أن يكون متأكدا من عدم مشروعية الأمر. وبذلك يتعين عليه تنفيذ الأمر في الحالة الأولى والامتناع عن تنفيذه في الحالة الثانية. فقد قيل في هذا الشأن إذا كان للموظف شكوك حدية حول عدم مشروعية الأمر الإداري أو إذا ظهر له أن عدم مشروعيته مؤكدة وغير قابلة للنقاش ويتوجب عليه عدم الخضوع للأمر الإداري وإلا تعرض للعقاب التأديبي^(١).

وهذه النظرية في عمومها هي اقرب النظريات إلى تقدير الاعتبارات المختلفة القانونية والعملية التي تحيط بهذه المشكلة الشائكة. فهي تحاول من ناحية رعاية متطلبات حسن سير المرافق العامة وتجنبها شروء الفوضى التي يجرها مبدأ المشروعية المطلقة، بتغليب واجب الطاعة، كما تتجنب الاستبداد والشطط الذي تجلبه الطاعة العمياء، فتعمل على تطعيم هذا الواجب بمبدأ المشروعية وتسقطه عن المرؤوس في أحوال عدم المشروعية التي لا يمكن لتفاضي عنها. كما لو كان عدم المشروعية ظاهرا في الأمر أو يجلب تنفيذه نتائج وخيمة^(٢).

ونحن من جانبنا نحبذ هذه النظرية الوسط ونتشع لها، لما أسلفناه من اعتبارات وكذلك هي الأكثر انسجاما مع موقف التشريع والاجتهاد القضائي.

المطلب الثاني

الحلول المقترحة في التشريعات المقارنة

تأخذ غالبية دول العالم ذات النظم القانونية المتحررة بالنظرية الوسط على خلاف التفصيلات بين تشريعاتها، وسابين ذلك على النحو التالي :-

أولاً: موقف التشريع الفرنسي.

بداية التشريعات الفرنسية وفي عهد حكومة فيشي نصت المادة ١٣ من قانون ١٤ يناير سنة ١٩٤١ على أنه: " في الأحوال التي يقدر فيها

(١) علي خطر، مرجع سابق، ص ٢٥٩

(٢) عاصم عجيبة، مرجع سابق، ص ١٩٠.

المؤوس أن أمر رئيسه غير مشروع أو أن تنفيذه يجلب أضراراً خطيرة، فعلى المؤوس إعلام رئيسه بملاحظاته فإذا أصر على قراره وجب على المؤوس أن يصدع بما يؤمر".

وبذا لم يكن الموظف العام يملك إزاء الأوامر الرئاسية غير المشروعة إلا إبداء ملاحظاته ووجهات نظره حول مشروعية هذه الأوامر، أي تنبيه رؤسائه إلي أوجه عدم المشروعية التي تشوب الأوامر فقط، ويتعين عليه تنفيذها إذا أصرروا عليها رغم ذلك، وبذا يقرر الرؤساء في نهاية المطاف الاحتفاظ بالأمر الرئاسي أو التخلي عنه والأولية غي هذه الحالة هي للطاعة الرئاسية^(١).

وأخيراً وفي نظام الخدمة المدنية الفرنسي لعام ١٩٨٣ - ١٩٨٤ الذي جاء يلزم الموظف العام بالخضوع لأوامر وتعليمات رؤسائه الإداريين وتنفيذها ما لم يكن الأمر الصادر غير مشروع بصورة ظاهرة ويلحق أضراراً جسيمة بالمصلحة العامة^(٢).

ثانياً: موقف التشريع المصري:

تبنى القانون المصري في قوانينه المعاقبة. الاتجاه الذي يأخذ بنظرية تكرار الأمر، وقد حرص وقد حرص على ذلك أيضاً في القانون الأخير ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين في الدولة حيث نص في المادة ٢/٧٨ "ويقابله المادة ٤٨ لسنة ١٩٧٨، بشأن القطاع العام. حيث نصت هذه المادة على أنه: "كل عامل يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يجازى تأديباً.

ولا يعفى العامل من الجزاء استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا ثبت أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة وفي هذه الحالة تكون

(١) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٢) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

المسؤولية على مصدر الأمر وحده. ولا يسأل العامل مدنياً الا عن خطئه الشخصي".

ويجب تمحيص ظروف الدعوى للوقوف على ما ماذا كان موقف المرؤوس الذي ينسب إليه الامتناع عن تنفيذ أمر الرئيس يرجع إلى أن الأمر الرئاسي يخالف القانون لم لن ما بدر منه ينم فقط عن نية التسويق في طاعة الأوامر وعرقلة تنفيذها. وهذا هو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا فقررت: "أن الموظف لا يحق له بعد أن يبدي وجهة نظره في المسألة المعروضة أن يعترض على ما استقر عليه وأي رؤسائه أو أن يمتنع عن طاعتهم"^(١).

ثالثاً: موقف التشريع الأردني.

لم نجد في نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي ولا الأنظمة السابقة أية أحكام تشريعية صريحة حول الأوامر الرئاسية غير المشروعة، ولكن يذهب الدكتور علي خطار إلى إمكانية التوصل إلى حل وسط معقول من خلال التوفيق بين أحكام المادة ٦٥/ج/د والمادة ٦٤ من نظام الخدمة المدنية^(٢). حيث تنص المادة ٦٥/ج بأنه: "أن يؤدي واجباته بدقة ونشاط وسرعة وأمانة وينفذ أوامر رؤسائه وتوجيهاتهم ويراعي التسلسل الإداري في الاتصالات الوظيفية. وينص البند (د) من ذات المادة على انه: "أن يتوخى في عمله المحافظة على مصالح الدولة وممتلكاتها وأموالها وعدم التفريط بأي حق من حقوقها، وان يبلغ رئيسه المباشر عن كل تجاوز عليها أو إهمال أي إجراء أو تصرف آخر يضر بمصلحة الدائرة".

وتنص المادة ٦٤ من النظام على واجب أداء انقسم أمام الوزير من قبل الموظف والذي صيغته: "اقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للوطن والملك والدستور وان أحافظ على القوانين والأنظمة المعمول بها، وان

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية صادر بتاريخ ١٠/٤/١٩٦٥، مشار إليه في:

عاصم عجيله، مرجع سابق، ص ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

أتقيد بالعمل بها، وان أقوم بمهام وظيفتي وواجباتها بشرف وأمانة وإخلاص دون أي تحيز لأحد أو تمييز بين الناس".

وبذا يبرز التساؤل الجوهري كيف يمكن للموظف العام التوفيق بين الواجبين السابقين إذا تلقى أمرا رئيسيا غير مشروع. فيتعين عليه تنفيذ الأمر الرئاسي إذا كان لدسه مجرد شكوك حول مشروعية الأمر، إذ أن عدم مشروعية الأمر غير ظاهرة وغير مؤكدة وبديهة خصوصا أن الأمر الرئاسي يعد حسب قرينة المشروعية اللصيقة بالقرارات الإدارية قرارا مشروعاً يستهدف تحقيق الغايات التي من أجلها احدث بالمرفق.

ولكن ليس هناك ما يمنع من أن ينبه المرؤوس رئيسه الإداري الأعلى لأوجه عدم المشروعية التي تشوب الأمر الصادر إليه إذا كانت عدم مشروعيته مؤكدة وظاهرة بلا أدنى شك أو يؤدي تنفيذه إلى عرقلة سير المرافق العامة والإصرار الجسيم بالمصلحة العامة، ويمتنع بالتالي عن تنفيذه، إذ يعد امتناعه احتراماً للقسم القانوني الوارد في المادة ٦٤ من نظام الخدمة المدنية^(١).

المطلب الثالث

موقف القضاء الإداري من الأمر الرئاسي غير المشروع

كان للقضاء الإداري هنا في هذا الخصوص دور فعال وخاصة القضاء الفرنسي في إرساء مبدأ النظرية الوسط للتوفيق بين واجب الطاعة الرئاسية وواجب المشروعية في حالة الأوامر الرئاسية غير المشروعية. وسأبين موقف القضاء الفرنسي والأردني بهذا الخصوص ومكتفياً بالنسبة للقضاء المصري بما ورد ذكره سابقاً في متن البحث. وعلى النحو الآتي:

أولاً: موقف القضاء الفرنسي:

انتهج مجلس الدولة الفرنسي موقفاً جديداً في شأن تلك المشكلة الشائكة التي تواجه كل دولة قانونية، ابتدعه منذ حكم Langneur في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٤ وذلك بفضل تقرير مفوضه Chenot ويخلص هذا

(١) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

الموقف في انه قد ألقى على عاتق الموظفين واجبا جديدا هو واجب عدم الطاعة للأوامر الرئاسية المخالفة للقانون. فلا يصبح عصيان أمر الرئيس مجرد حق للمرؤوس فقط، ولكنه ينقلب واجبا عليه، فتترتب على مخالفته المساءلة والجزاء للمرؤوس الذي يطيع ذلك الأمر^(١).

وقد استقر قضاءه على هذه السياسة في خمسة وعشرين حالة عرضت عليه منذ قضاائه الإنشائي في حكم " لانجوير " بل أن هذا الموقف قد أثر بدوره في التشريع الفرنسي، حيث احتوت اللائحة العسكرية الصادرة في ١٩٦٦/١٠/١ على نص ثوري يعطى للمرؤوس حقا في فحص شرعية الأوامر الرئاسية وعصيائها، إذا قدر عدم مشروعيتها على مسؤوليته^(٢).

ولذا يتعين على الموظف وفق هذا الاجتهاد المستقر تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من رؤسائه الإداريين ما لم تكن غير مشروعة بصورة ظاهرة، وينطوي تنفيذها على الإضرار الجسيم بالمصلحة العامة. وبذلك فالقاعدة العامة تتمثل بتنفيذ أوامر الرؤساء الإداريين التي يتعين تنفيذها بلا تردد نظرا لقربنة المشروعية الا إذا كانت غير مشروعة بصورة ظاهرة ويؤدي تنفيذها إلى الأضرار بالمصلحة العامة، ولذا يعفى المرؤوس من واجب الطاعة الرئاسية إذا توافر الشرطين السابقين^(٣).

فقد قضى مجلس الدولة " لا يعد الموظف العام مرتكبا لمخالفة مسلكية إذا قام بتنفيذ الأوامر المشبوهة بعبء عدم الاختصاص بصورة ظاهرة ومخالف الأحكام القانونية الواردة في القوانين والأنظمة"^(٤).

(١) عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤. ص ١١١. عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ ١٩٦٦/١٠/١، مشار إليه في: عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ ١٩٦١/١١/٨، مشار إليه في: علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٦١.

فإذا تخلف أحد الشرطين سالفَي الذكر، فلا يكون أمام الموظف سوى إطاعة أوامر الرؤساء ولو توافر الشرط الآخر من هذين الشرطين. وتطبيقاً لذلك فقد جرى قضاء المجلس على أن أوامر النقل مهما كانت تشويه بعدم المشروعية الظاهرة، فإنها مع ذلك تجتم إطاعتها لتخلف الشرط الثاني، وهو الأضرار بالمصلحة العامة، إذ أن المصلحة المضرورة هنا هي مصلحة شخصية مخصصة لمن صدرت أوامر بنقلهم. ويفسر هذا الموقف من جانب المجلس في رغبته في ألا يكون الواجب الجديد " واجب عدم الطاعة " الذي ألقاه على عاتق الموظفين عقبة في سبيل حسن سير المرفق العام بمنح الموظفين حقاً في الاستعلاء على أوامر الرؤساء تحت ستار عدم المشروعية^(١).

ثانياً: موقف القضاء الأردني:

لم تتح الفرصة لمحكمة العدل العليا لإبداء رأيها وتحديد موقفها إزاء مدى الالتزام المرؤوس بتنفيذ أوامر رؤسائه غير المشروع. إلا أن الدكتور علي خطار يذهب باعتقاده إلى أنه لو تم عرض الأمر على المحكمة الموقرة فإنها ستأخذ بالرأي المختلط الذي يوفق بين الطاعة الرئاسية ومبدأ المشروعية^(٢).

المبحث الثالث

مسؤولية الموظف العام في ظل الأوامر الرئاسية غير المشروعة

الأمر الذي يثور الجدل بشأنه إذا ما كان الأمر الرئاسي الذي تم تنفيذه من قبل المرؤوس هو أمر غير مشروع، ولكن المرؤوس قبل أن ينفذه التزم بالضوابط القانونية والقضائية، فهنا تثار المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية، ويثور التساؤل إلى أي مدى يمكن إعفاء الموظف العام من هذه المسؤولية بأنواعها الثلاث في ظل التشريعات الوظيفية المقارنة.

(١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٢) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٦١.

وسأتناول بيان هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

مدى إمكانية الإعفاء من المسؤولية التأديبية

سأتناول بيان ذلك على النحو التالي: -

أولاً: التشريعات الوظيفية الفرنسية:

لم يتضمن تشريع الموظفين في فرنسا نصاً عاماً في صدد الإعفاء من المسؤولية التأديبية ولكن عدم وجود مثل هذا النص لم يمنع الفقه والقضاء من الأخذ بهذا المبدأ وترتيب آثاره، فتقول Cathrine بان الأمر الرئاسي يعتبر غطاءً يقي الرؤوس من المسؤولية عن أفعاله، إذا كان الخطأ نتيجة لتنفيذ هذا الأمر. وما على الرؤوس إلى أن يقدم تحفظاته كتابة إلى رئيس بداء، فإذا أصر الأخير على قراره أصبحت الطاعة واجبة على الرؤوس الذي يعفى حينئذ من المسؤولية التأديبية، شريطة أن لا ينجم عن تنفيذ أمر الرئيس خطر أو ضرر بالغ. فحينئذ يكون الرؤوس بالخيار بين رفض الطاعة أو عرض الأمر على الرئيس الأعلى.^(١)

أما عن جانب القضاء، فقد انتهى أيضاً في بعض أحكامه إلى إعفاء أحد الموظفين من المسؤولية التأديبية من أعمال قام بها تنفيذاً لأمر العمدة وهي نزع سياج بغير ترخيص وضعه أحد الأفراد حول أملاكه لتوسعة الطريق العام.^(٢)

ثانياً: التشريعات الوظيفية المصرية:

أورد المشرع المصري في صدد تنظيمه للمسؤولية التأديبية للموظف. نصاً عاماً يتعلق بأثر الخضوع للأمر الرئاسي على تلك المسؤولية، هو نص المادة ٧٨ من قانون العاملين بالدولة وينص على ما يلي: "كل عامل يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يجازى تأديبياً. ولا يعفى العامل من الجزاء استناداً إلى أمر

(١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٢) عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص ١١٤.

صادر إليه من رئيسه إلا إذا أثبت أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوباً بذلك وصادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيه كتابه إلى المخالفة. وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده..^١

وبذلك يتطلب توافر شرطين لإعفاء المرؤوس من المسؤولية التأديبية، إلا وهما:-

الشرط الأول: صدور أمر كتابي من الرئيس:

الأصل العام في القرارات الإدارية أنها لا تتقيد بشكل خاص يراعى عند إصدارها. ولكن المشرع المصري - في صدد الإعفاء من المسؤولية - تطلب صدور أمر كتابي من الرئيس، من أجل توفير ضمانه كافي للمرؤوس المطيع في مجالات الإثبات وذلك أنه من الناحية العملية يميل الرؤساء دائماً إلى الإفلات من المسؤولية عن أوامرهم التي أصدروها خاصة إذا كانت شفهية أو مخالفة للقانون، ومن ناحية أخرى أتيح القرار المكتوب لمن أصدره فرصة للبحث والتروي ولا سيما إذا تعلق بأمر مخالف للقانون^(١).

الشرط الثاني: التنبيه الكتابي من المرؤوس:

يقصد بهذا التنبيه تقديم المرؤوس لاعتراضاته على قرار رئيسه وإبداء ملاحظاته بشأنه. فيشرح له كتابه الأسباب والظروف التي تجعله ممتنعاً عن تنفيذ القرار. وهذا التنبيه يوجه إلى الرئيس الذي أصدر الأمر فلا يوجه إلى رئيس أعلى، والحكمة من طلب تحقق هذا الشرط على منح الرئيس فرصة أخرى لدراسة قراره. فقد يتراجع فيه إذا تبين صحة ملاحظات المرؤوس وبذلك يعصم الإدارة من الزلل. وترتيباً على ذلك فإذا قام مرؤوس إطاعة أمر رئاسي مخالف للقانون، فإنه يكون مستوجباً للمواخظة التأديبية، مهما قدم من أعذار أو تعلل لموانع أدبية كانت تجعله في خجل من رئيسه^(٢).

(١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٥٩ - ٢٦٠.

(٢) عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص ١١٢ - عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص

ثالثاً: التشريعات الوظيفية الأردنية:

لا يوجد في نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي أي نص يقرر الإعفاء من المسؤولية التأديبية إذا ما التزم الموظف بالقيود القانونية الصحيحة عند تنفيذه للأوامر الرئاسية غير المشروعة، لكن يمكن وبطريقة ضمنية ومن هلال النصوص العامة الواردة في النظام أن تقرر أن الموظف الذي يتمتع عن تنفيذ أمر غير مشروع بصورة مؤكدة وظاهرة أو يحدث ضرراً بالمصلحة العامة فإنه يعفى من المسؤولية التأديبية إذ أنه يكون قد احترم أحكام القانون والنظام.

حيث تنص المادة ٦٥/ج بأنه: " أن يؤدي واجباته بدقة ونشاط وسرعة وأمانة وينفذ أوامر رؤسائه وتوجيهاتهم ويراعي التسلسل الإداري في الاتصالات الوظيفية. وينص البند (د) من ذات المادة على أنه: " أن يتوخى في عمله المحافظة على مصالح الدولة وممتلكاتها وأموالها وعدم التفريط بأي حق من حقوقها، وان يبلغ رئيسه المباشر عن كل تجاوز عليها أو إهمال أي إجراء أو تصرف آخر يضر بمصلحة الدائرة". وتنص المادة ٦٤ من النظام على واجب أداء القسم أمام الوزير من قبل الموظف والذي صيغته: " أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للوطن والملك والدستور وان أحافظ على القوانين والأنظمة المعمول بها، وان أتقيد بالعمل بها، وان أقوم بمهام وظيفتي وواجباتها بشرف وأمانة وإخلاص دون أي تحيز لأحد أو تمييز بين الناس".

المطلب الثاني

مدى إمكانية الإعفاء من المسؤولية الجنائية

في مجال المسؤولية الجنائية تبدو الأهمية واضحة للبحث في مدى إمكانية الإعفاء هذه المسؤولية، وخاصة في مجال محاولة الاختفاء خلف الأوامر الرئاسية للإفلات من العقوبة. ولقد انعكس الخلاف الفقهي الذي عرضناه من قبل، حول مدى الطاعة للأوامر غير المشروعة على المسؤولية الجنائية للمرؤوسين، فقيل بنظريات فقهية ثلاث نلخصها فيما يلي:

أولاً: نظرية الطاعة المطلقة:

تذهب هذه النظرية إلى أن إطاعة أوامر الرؤساء تقيم استثناء في صالح المرؤوس تجعله بمنجاة من الخضوع للتجريم، وإن كان الرأي قد انقسم بعد ذلك حول طبيعة الإعفاء من المسؤولية الجنائية ففريق يرى إباحة هذا الفعل وفريق يرى مجرد امتناع مسؤولية المرؤوس فقط.

ثانياً: نظرية الشرعية:

يقوم مضمون هذه النظرية على أن المرؤوس يتحمل وحده المسؤولية كاملة عن فعله غير المشروع، لأن الأوامر غير المشروعة لا تتفق مع منطق سيادة القانون، وبالتالي فإن طاعتها تشكل واجبا قانونيا عليه، يرتب آثارا خاصة في مجال المسؤولية الجنائية.

ثالثاً: النظرية الوسط:

تقوم هذه النظرية على أن المرؤوس يلتزم بطاعة أوامر الرئيس كمبدأ عام ولكنها تحاول بعد ذلك أن تقيم توازنا بين الالتزام بالطاعة للرؤساء وواجب احترام القانون، وذلك بفرض قيود تحد من تلك الطاعة فتقيد بالتالي من آثارها في مجال المسؤولية.⁽¹⁾

وعليه، سأتناول موقف التشريعات المقارنة من هذه المسألة على النحو التالي:

أولاً: موقف التشريع الفرنسي:

لم يتضمن قانون العقوبات في فرنسا نصا ينظم اثر الأمر الرئاسي على المسؤولية الجنائية للمرؤوسين وإنما أورد في صدد ذلك حالتين فقط تضمنتهما المادتين ١٩٠، ١١٤ من قانون العقوبات. فتتص المادة ١١٤ على حالة المرؤوس الذي يؤمر بارتكاب أفعال تعد اعتداء على الحرية الفردية أو الحقوق المدنية أو الدستورية للمواطنين فتعفيهم من العقاب، إذا كان ما بدر منه نتيجة لتنفيذ تلك الأوامر وتجعل العقوبة على الرئيس الذي اصدر الأمر.

(1) عاصم عجيبة، مرجع سابق، ص ٢٦٢ - ٢٦٣.

أما المادة ١٩٠ فتواجه اثر الأمر الرئاسي بالنسبة للجرائم المنصوص عليها من المادتين ١٨٩، ١٨٨ عقوبات، وهما تتعلقان باستخدام السلطة لأجل تنفيذ القوانين أو الأحكام أو تحصيل الضرائب. وفي هاتين الحالتين تعتبر طاعة أمر الرئيس مانعا من العقاب، بالنسبة للموظف المطيع، ولكن لا يقضى له بالبراءة فائرا للطاعة هنا محدود بامتناع المسؤولية فقط^(١). ويشترط الفقه للاستفادة من هذا العذر المعفى ثلاثة شروط:

أولاً: أن يكون هناك أمر رئاسي سابق بارتكاب الفعل المعاقب عليه، وعليه فإن مجرد التأييد أو الموافقة اللاحقة لا تكفي لامتناع المسؤولية.

ثانياً: يجب صدور الأمر من رئيس، فالعمدة في فرنسا لا يستطيع أن يحمي وراء أوامر تصدر إليه من السلطة العسكرية لانتفاء رابطة التبعية بينهما.

ثالثاً: اختصاص الرئيس بإصدار الأمر، فموظف البريد الذي يقوم بالقبض على أحد المجرمين بناء على أمر من رئيسه لا يستفيد من هذا الإعفاء^(٢).

ثانياً: موقف التشريع المصري.

أورد الشارع المصري - على خلاف المشرع الفرنسي - نصاً عاماً ينضم اثر الأمر الرئاسي على المسؤولية الجنائية للموظف العام وهو نص المادة ٦٣ من قانون العقوبات الذي قرر ما يلي: " لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد إنها واجبة عليه. ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذياً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

(١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.
(٢) عمار عوابدي، مرجع سابق، ص ٦٠١ - جورجى ساري، مرجع سابق، ص ١٩٨.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت انه لم يرتكب الفعل إلا بعد الثبوت والتحري وانه كان يعتقد مشروعيته وان اعتقاده كان مبنيًا على أسباب معقولة".

وتطلبت المادة ٦٣ عقوبات كي يستفيد المرؤوس من حكمها توافر شرطين:

الشرط الأول: حسن نية الموظف المخطئ:

حسن النية كشرط للإعفاء من المسؤولية يقصد به أن يكون الموظف جاهلاً ما ينطوي عليه تصرفه من مخالفة لأحكام القانون، فيجعل العيب الذي يشوب تصرفه جهلاً يتنفي معه القصد الجنائي لديه. كما رأينا بالنسبة لقضية سكرتير الملك السابق، فقد انتهت محكمة النقض في شأنها إلى أن المتهم كان ينتقد مباشرته لعمل له صبغته الرسمية^(١).

الشرط الثاني: التثبيت والتحري من مشروعية الإجراء:

التثبيت والتحري معناه لن يبدل الموظف جهداً يتناسب مع طاقته للتحقق من المشروعية فعلاً، وذلك بالتحري عن العناصر الواقعية التي تدفع إلى ارتكاب العمل الإجرامي وليس مجرد التحري عن حكم القانون. وهذا الشرط يدخل في حسن النية بمعناه الواسع، وقد أضيف بناءً على طلب مجلس شوري القوانين حتى لا يحتج المتهم بحسن نيته وسلامة اعتقاده مع إهماله. والتحقق من شرط التثبيت والتحري أمر يرجع أيضاً إلى تقدير قاضي الموضوع^(٢).

ثالثاً: موقف التشريع الأردني:

لقد جاء قانون العقوبات الأردني بنص عام يعالج إمكانية إعفاء الموظفين من المسؤولية الجنائية في حالة الأوامر الرئاسية غير المشروعية، حيث نصت المادة ٦١ / ٢ من قانون العقوبات الأردني بأنه: "لا يعتبر الإنسان مسؤولاً جزائياً عن أي فعل إذا كان قد أتى ذلك الفعل في أي من الأحوال التالية:

(١) عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٢) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

- إطاعة لأمر صدر إليه من مرجع ذي اختصاص يوجب عليه القانون إطاعته إلا إذا كان الأمر غير مشروع".

ومن خلال هذا النص فإنه يلزم للإعفاء من المسؤولية الجزائية للموظف العام أن يكون قد ارتكب التصرف تنفيذا لأمر مشروع صدر عن السلطة المختصة. أي بمعنى أن كل أمر يصدره صاحب سلطة مختصة إلى أحد تابعيه هو أمر واجب التنفيذ، وكل تصرف مرتكب تنفيذا لهذا الأمر لا يشكل جريمة وتصرفه يعتبر مباحا بشرط توافر شرطين هما:

الشرط الأول: أن يكون الأمر مشروعاً:

ويقصد بأن يكون الأمر مشروعاً أي أن يكون متفقاً وأحكام القانون وفي الحدود التي نص عليها، بحيث إذا كان الأمر غير متفق والنص وجب على المأمور عدم الطاعة والامتناع عن التنفيذ، وبذلك إذا أصدر المدعي العام أمراً لرجل الضابطة العدلية بإلقاء القبض على شخص يتم التحقيق معه، ونفذ رجل الضابطة هذا الأمر وألقى القبض على الشخص المطلوب فإن تصرفه هذا لا يعد جريمة يعاقب عليها^(١).

الشرط الثاني: أن يكون الأمر المشروع صادر عن سلطة مختصة:

لكي يكون تنفيذ الأمر تصرف غير معاقب عليه ومشروع يجب أن يكون قد صدر عن السلطة المختصة مثل هذا الأمر. أما إذا كان الأمر قد صدر عن جهة ليس لها الحق بإصدار مثل هذا الأمر، فإن ذلك لا يعفي منفذ الأمر من أية مسؤولية وأن كان قد صدر من رئيسة الذي تجب عليه طاعته. ومن الأمثلة على ذلك تنفيذ رجال الضابطة العدلية للأوامر الصادرة إليهم من المدعي العام، مثل هذا الأمر يعتبر مشروعاً وصادر عن سلطة مختصة^(٢).

(1) نائل صالح، محاضرات في قانون العقوبات، ط ١، دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع، عمان، ١٩٩٥. ص ١٤٣.

(2) نائل صالح، مرجع سابق، ص ١٤٤.

المطلب الثالث

مدى إمكانية الإعفاء من المسؤولية المدنية

علم لدينا أن الخطأ الشخصي هو الخطأ الذي ينسب إلى الموظف ذاته وتقوم مسؤوليته عنه، فيؤدي التعويض في ماله الخاص، ويتعقد الاختصاص بشأنه للقضاء العادي. وأما الخطأ المرفقي فهو الذي ينسب إلى الإدارة لا إلى الموظف ويعتبر التصرف الخاطئ صادرا لمصلحة المرفق، ويختص القضاء الإداري بنظر الدعوى الناشئة عنه.

وسأبين موقف التشريعات المقارنة من إمكانية الإعفاء من المسؤولية المدنية ومسألة الإدارة على أساس الخطأ المرفقي، وعلى النحو الآتي:
أولاً: موقف التشريع الفرنسي:

لا يوجد نص تشريعي فرنسي ينظم اثر الأمر الرئاسي على مسؤولية الموظفين حتى الآن، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا يتفقان في عمومها على إعفاء الموظف من المسؤولية عن الخطأ المدني الذي يرتكب بسبب تنفيذه أمر رئيسه استنادا إلى نظرية الخطأ المرفق^(١). فقد قضى مجلس الدولة في القضية *Laumonier carrial* بأن المحافظ الذي يتصرف بناء على أمر الوزير تصرفا يتفق وصالح الخزانة، ثم ينجم عن هذا التصرف ضررا ما فإنه يعفى من المسؤولية عن هذا الخطأ لأنه كان بصدد تأدية لواجب قانوني هو واجب الطاعة للرؤساء^(٢).

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم فيه: " أن المدعى عليه لم يفعل شيئا سوى أن امثل لأوامر الرؤساء، وهو في ذلك كان يؤدي واجبا عليه ومن ثم فلا تتعقد بمسؤوليته الشخصية وإنما تقوم مسؤولية الدولة التي فرضت عليه تلك المناهج " ^(٣).

(1) عمار عوايدي، مرجع سابق، ص ٦٠٦ - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٨.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ ١١/٢٦/١٨٧٥، مشار إليه في: عمار عوايدي، مرجع سابق، ص ٦٠٦.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ ١٩٠٨/٦/٢، مشار إليه في: عاصم عوايدي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

ثانياً: موقف المشرع المصري:

أورد المشرع المصري نصاً خاصاً يحمي الموظف من المسؤولية المدنية الشخصية عن عمله الذي يضر بالغير إذا كان الضرر الناجم قد حدث بسبب تنفيذه أوامر الرؤساء، فنصت المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري على ما يأتي: "لا يكون الموظف لعام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة عليه، واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنيًا على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة".

ويشترط الفقه للاستفادة من هذا الإعفاء شروطاً ثلاثة هي:-

أ- أن يكون من ارتكب الفعل الضار موظفاً عاماً.

من المعروف أن مفهوم الموظف العام له مدلول واسع يشمل طوائف أخرى لا تعتبر وفقاً للتعريف الشائع في الفقه والقضاء في عداد الموظفين العموميين، ناهيك عن مدلوله الضيق ليشمل كل شخص مكلف بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية أو أحد المؤسسات العامة^(١). وفي مجال تطبيق المادة ١٦٧ مدني مصري فهناك امتداد لذلك الدلول الواسع فالحكومة قد تعهد إلى أشخاص من غير الموظفين بمهام عديدة تدخل أصلاً في صميم عمل الموظف، ومثال ذلك المكلفون بخدمة عامة أو المعينون بعقود، فقد يرتكب هؤلاء أعمالاً غير مشروعة تضر بالغير وتستوجب التعويض، ومن ثم يجب أن يستفيد هؤلاء بما يقدمه واجب الطاعة في مجال المسؤولية من ضماناته للموظفين، إذا هم ارتكبوا أخطاء تضر بالغير بمناسبة تنفيذ أوامر السلطات المشرفة عليهم^(٢).

ب- صدور أمر من رئيس مختص.

سبق لنا في المبحث الأول أن تحدثنا عن اختصاص الرئيس بالأمر، كشرط لازم لقيام واجب الطاعة. ونضيف هنا أنه لا يكفي اعتقاد الموظف

(1) علي خطار، مرجع سابق، ص ٢٣ - ٢٤.

(2) جورج ساري، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

بوجوب طاعة الرئيس فقط وانما يجب أن يعتقد كذلك بوجوب طاعة الأمر ذاته. فقد يحدث أن يصدر أمر رئاسي من رئيس مختص ومع ذلك فهو يكون غير ملزم للمرؤوس، كما لو انحسر عن هذا الأمر شرط ارتباطه بنشاط المرفق أو أن يكون هذا الأمر في حقيقته مجرد توصية أو توجيه ينحسر عنهما وصف الإلزام^(١).

جـ- الاعتقاد بمشروعية الأمر الرئاسي:

يطالب المرؤوس في قيامه بالتحري عن مشروعية الأمر الا يركن في ذلك إلى مجرد الظن. فإذا ثبت انه كان يعلم عدم مشروعية الأمر الذي قام بتنفيذه فانه يكون مسئولاً عن فعله الضار. ولذلك يكلف المرؤوس أن يثبت اعتقاده بمشروعية الأمر وانه لم يرتكب فعله الا بعد التثبت والتحري، فإذا ثبت عكس ذلك امتنع عليه الاستفادة من الإعفاء الذي نحن بصدد^(٢).

ثالثاً: موقف المشرع الأردني:

عالجت هذه المسألة المادة ٢٦٣ من القانون المدني الأردني:

" ١ - يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على أن الإيجاب المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده. ٢ - ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضرب بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر". إذا جاء فعل الموظف الموجب للمسؤولية المدنية أداء للواجب وتنفيذاً لأمر صادر من الرئيس فإنه لا يوجب مسألة الموظف إذا توافرت الشروط التالية:

(١) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

(٢) عاصم عجيلة، مرجع سابق، ص ٢٩٠ - ٢٩١.

أ: أن يكون القائم بالواجب موظفا عاما.

والموظف العام كما أسلفت قبل قليل هو كل شخص مكلف بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية أو أحد المؤسسات العامة^(١).

ب: أن يكون عمل الموظف ومن في حكمه تنفيذا لأمر صادر من الرئيس.

أي يجب أن يكون الأمر الصادر يدخل ضمن الصلاحيات الإدارية للرئيس الإداري، فإذا لأصدر الرئيس أمرا لا يوجب الطاعة يكون الموظف مسؤولا مدنيا عن فعلة إذا جاء تنفيذا لهذا الأمر. فتنفيذ العمال لأمر مهندس البلدية بهدم الجدار لا تقوم به مسئوليتهم لأنه يكون تنفيذا لأمر صادر من رئيس تجب طاعته. وأما إذا أصدر الرئيس المباشر أمرا بالقضاء القبض على شخص ما، وذلك ليس من صلاحياته بل صلاحيات القاضي أو المدعي العام، فإن هذا الأمر لا يوجب الطاعة، وبالتالي تقوم المسؤولية على الموظف ذاته ويكون مسؤولا مدنيا عن فعلة هذا^(٢).

ج: أن يعتقد الموظف العام بمشروعية الأمر الصادر إليه من الرئيس.

ويجب أن يكون اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة، وأن الموظف راعى واجب الحيطة والحذر في تنفيذه لواجبه. ويرجع إلى القاضي في تحديد حسن نية الموظف ومراعاته لواجب الحيطة والحذر طبقا لظروف الفعل الذي ارتكبه وبالقيااس إلى معيار الرجل المعتاد^(٣).

وبذلك فإن حكم القانون المدني الأردني يقتررب كثيرا من حكم القانون المدني المصري في هذا الخصوص بالنسبة لمدى إمكانية إعفاء الموظف العام من المسؤولية المدنية.

(١) علي خاطر، مرجع سابق، ص ٢٣ - ٢٤.

(٢) عدنان السرحان، نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣٩٩.

(٣) عدنان السرحان، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

الغائمة

في نهاية بحثنا هذا وجدنا مدى تطور موقف القضاء التأديبي في فرنسا والأردن ومصر في شأن مشكلة الأوامر الرئاسية غير المشروعة ومدى الطاعة لها عن وجود واجب جديد ملقى على عاتق الموظف العام، وإضافة إلى أعبائه الوظيفية، ذلك الواجب هو واجب رفض الطاعة بحيث تقوم المسؤولية التأديبية للموظف المرؤوس عند مخالفته.

أهم النتائج:

١ - ظهر لنا من هذا البحث مدى اهتمام قانون العقوبات في التشريعات الجزائية العربية المقارنة ببسط حمايته الجنائية بالنسبة للإخلال بالواجبات الوظيفية وواجب الطاعة بصفة خاصة وان كان القانون المذكور لم يتطرق إلى إبراز هذه الواجبات وبيانها، وذلك مما يلقي على عاتق فقه القانون الإداري والوظيفة العامة واجبا ملحا في أن يقدموا له هذه الواجبات بالشرح والبيان والتفصيل والتأصيل.

٢ - اتضح لنا في هذا البحث عن وجود قصور في التشريع الأردني في مجال الإعفاء من المسؤولية الجنائية والمدنية والإدارية عن الأخطاء التي يرتكبها موظف القطاع العام إذا كان بصدد تنفيذ أمر رئاسي. وهذا القصور يعزى إلى أن هذه الطائفة من الموظفين لم تظهر بشكل جلي الا بعد عند وضع نصوص القانون الجنائي والقانون المدني. ولذلك فقد اقتصر التنظيم التشريعي في قوانين العاملين بشأنهم في صدد الإعفاء من المسؤولية عن واجب الطاعة عند حد المسؤولية التأديبية دون المسؤولية الجنائية والمدنية.

٣ - خلصنا إلى أن الاجتهاد المستقر في الفقه والقضاء الإداريين هو أن القاعدة العامة تتمثل بتنفيذ أوامر الرؤساء الإداريين التي يتعين تنفيذها بلا تردد نظرا لقرينة المشروعية الا إذا كانت غير مشروعة بصورة ظاهرة ويؤدي تنفيذها إلى الأضرار بالمصلحة العامة، ولذا

يعفى المرؤوس من واجب الطاعة الرئاسية إذا توافر الشرطين السابقين.

أهم التوصيات:

- ١ - ضرورة أن يهتم فقه القانون الإداري والوظيفة العامة في أن يبينوا تفصيلاً الواجبات الوظيفية وواجب الطاعة بصفة خاصة.
- ٢ - ضرورة أن يأتي نظام الخدمة المدنية الأردني بنص صريح يعفي الموظف من المسؤولية التأديبية إذا هو رفض تنفيذ أمر الرئيس الأعلى المخالف للقانون، أو نفذه بعدما نبه الرئيس لعدم مشروعيته.
- ٣ - ضرورة الفصل بين مرحلتين تمر بهما المسؤولية عن فعل الغير التي تعتبر مسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها تطبيقاً لها، المرحلة الأولى أطلق عليها اسم مرحلة التتبع. وأما المرحلة الثانية أطلق عليها اسم مرحلة المشاركة النهائية في تحمل عبء التعويض. وبدلاً من أن نقول أن هنالك خطأين مرفقين وخطأين شخصيين، فإننا نقول أن هناك خطأً للموظف يعقد مسؤولية الإدارة على مستوى التتبع، وهناك خطأً للموظف يعقد مسؤولية الإدارة على مستوى المشاركة ومن باب أولى على مستوى التتبع.

قائمة المراجع:-

- ١ - علي خطار، دراسات في الوظيفة العامة، ط١، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٨ - ١٩٩٩.
- ٢ - عاصم عجيلة، واجب الطاعة في الوظيفة العامة، ١٩٨٠، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.
- ٣ - عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٠.
- ٤ - سليمان الطماوي، الوجيز في الإدارة العامة، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٠.

- ٥- سعاد الشرقاوي، " التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي غير واقعية وأصبحت غير مجدية ". مجلة العلوم الإدارية، السنة العاشرة، العدد الثاني، أغسطس ١٩٦٨.
- ٦- جورجى سارى، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها " قضاء التعويض"، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٧- عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- ٨- نائل صالح، محاضرات في قانون العقوبات، ط ١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ٩- عدنان السرحان. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.

المتصل بالانترنت وخصوصية الالتزام بإعلامه

باعتباره مستهلكا للمعلومة

الدكتورة: كريم كريمة

أستاذة محاضرة قسم ب-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس-

المقدمة:

تتعد المعلومات الموجودة على شبكة الشبكات، والتي يتصل بها الشخص لتلبية متطلبات حياته الشخصية والمهنية والعائلية، كما يتعدد مصدرها إما من طرف محترفين أو حتى من طرف مستهلكين آخرين. واعتمادا على إحدى الدراسات الفرنسية¹ فقد أصبح للمعلومات التي يقدمها المتصلون بالشبكة من مستهلكين أثرا كبير في ارتفاع وانخفاض نسبة المبيعات لتصبح تنافس تأثير العلامات المسجلة الكبرى على نفسية المستهلك، والذي أصبح ينزايد عددهم يوما بعد يوم عبر الشبكة مقارنة بالطرق العادية وذلك للسهولة وربح الوقت الذي توفره لهم هذه الوسيلة الجديدة للإتصال وهي الانترنت².

هذه الوسيلة أدت إلى زوال كل الوسائط بين المنتج والمستهلك، مادام المستهلك يجد عبرها معلومات متعلقة بها في كل وقت، من منتجها ومن مستهلكين آخرين، فهذه الوسيلة أصبحت تقوم بنقل محتوى المعلومات بين الأفراد. فإذا ثمة مثلا مقارنة الجرائد اليومية الورقية مع الإلكترونية فإن هذه الأخيرة يتم تصفحها بسرعة وبسهولة وفي وقت مبكر عكس الورقية، التي ينتظر توزيعها ووصولها إلى المكان الذي يسكن فيه الشخص رغم أن محتواها لا يتغير³.

فقد أصبح للانترنت خدمات بحثية هامة، منها تمكين الباحث عن المعلومة من الإطلاع على قواعد المعلومات وفهارس المكتبات من كتب ودوريات، بل وأصبحت تمكنه بالاستفادة من محتوى الكتب والمراجع والبحوث الأكاديمية المنشورة عبرها والتي أصبحت في تزايد مستمر يقدر ب ٢٩٠%^٤، لتعد الآن بنوك المعلومات^٥ الشكل المتطور لمفهوم قواعد البيانات، يقصد بها تجميع منظومة متكاملة من المعلومات بعد الجمع والمعالجة وحفظها في حواسيب ضخمة، أو في وسائط تخزين متقدمة ووضعها في مجال خدمة المعلومات، لتعد هذه البنوك ثروة مثل الموارد الطبيعية، وتقاس درجة تطور البلدان معلوماتياً من خلال حجم بنوك المعلومات وتنوعها وتطورها ومجال خدماتها وحادثة وقوة معلوماتها^٦.

فتعد بذلك هي المحترفة في مجال تقديم المعلومات للمتصلين بها، والذين يعدون الطرف الضعيف أمامها. وقصد تحقيق التوازن في مثل هذه العلاقات أولى القانون والفقه في النصف الأخير من القرن الماضي اهتماماً واضحاً للالتزام بالإعلام أو ما يعرف بالإخبار والإرشاد أو النصيح، الذي يتحمله المنتج في مواجهة المستهلك^٧. أهتم به القانون الجزائري من خلال وضع فصل خاص بالزامية إعلام المستهلك هو الفصل الخامس من قانون ٠٩ - ٠٣ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش^٨، يتضمن مادتين ١٧ و ١٨. واللتان ستكوّنان محل الدراسة بمحاولة تطبيق محتواها على أطراف عملية استهلاك المعلومات من متصل بالانترنت والمسئول عنها.

ونطاق الالتزام بالإعلام^٩ يتعلق بالموضوع أو مجال التطبيق، كما يتعلق بالأشخاص وذلك بتحديد الدائن والمدين به مع التركيز أكثر على تحديد مركز المتصل بالانترنت من ذلك. فما دام الالتزام بالإعلام بكل ما يتعلق بالمنتج الذي يوضع للاستهلاك والذي

يقع على المتدخل المحترف، يعد من أهم الضمانات المقررة لحماية المستهلك، فكيف يمكن أن يتجسد هذا الالتزام بتقديم المعلومات عن منتج يتمثل أصلاً في معلومات تقدمها بنوك المعلومات على الانترنت؟ فما هي الخصوصيات التي يتمتع بها هذا الالتزام؟ وأمام تعدد الوسطاء المتدخلين في عملية عرض المعلومة وتوصيلها عبر الانترنت للمستهلك فمن يلزم بالإعلام سواء كان التعامل بمقابل أو بالمجان؟.

للإجابة عن تلك التساؤلات، سيتم تحديد طبيعة المعلومة باعتبارها محل العملية الاستهلاكية: أولاً، ليتم تحديد أطراف الالتزام بالإعلام، ثانياً، ثم دراسة محل هذا الالتزام ثالثاً.

المبحث الأول

تحديد طبيعة المعلومة

تعد المعلومة بيانات محددة ترتبط مفاهيمها بالإنسان أو الحاسوب، قد تكون أرقاماً ورموزاً أو كلمات...، فهي حقائق يمكن أن تكون كميات أو أرقام، تختمل الخطأ والصواب وهي ترتبط بالتفكير والإدراك والتقييم والترابطات. وهي البيانات التي خضعت للمعالجة والتحليل لاستخراج المقارنات والعلاقات التي تربط الحقائق والأفكار والظواهر، فالكتاب المغلق يشتمل على مجموعة من البيانات، عند فتحه وتصفحه يجد القارئ معلومات تساعده في تكوين المعرفة¹. فما هو تعريفها، وما هي طبيعتها القانونية؟

المطلب الأول

التعريف القانوني والفقهي للمعلومة

قد تدخلت عدة تشريعات أجنبية لتعريف المعلومة والتي تدور غالبيتها حول أنها "تلك البيانات والنصوص والصور

والأصوات والرموز وبرامج الحاسوب والبرمجيات ويمكن أن تكون قواعد البيانات والكلام¹¹، وتعد معلومات إلكترونية متى اتصفت بخصائص إلكترونية¹² أو تعتمد على الوسائل الإلكترونية لإنشائها وإرسالها وتخزينها¹³. وعلى الرغم من أن القانون الجزائري بدأ يهتم بالجمال المعلوماتي منذ بداية هذا القرن، بأن تضمنت بعض نصوصه هذا المصطلح "معلومة"¹⁴ ولكنه لم يتطرق لوضع تعريف له، وهو ما يدفع للبحث عنه ضمن الاجتهادات الفقهية التي انقسم حولها الفقه إلى اتجاهين واحد واسع والآخر ضيق¹⁵.

الاتجاه الموسع لمفهوم المعلومة على رأسه الفقيه الفرنسي¹⁶ CATALA الذي يعتبر المعلومة: "كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأية وسيلة من الوسائل"، لكن انتقد هذا الاتجاه لعدم اهتمامه بمحتوى الرسالة وقيمتها المالية والقدرة على استيعابها مع الإشارة لقيام المسؤولية المدنية في حق مقدم خدمة المعلومات اتجاه المستخدم العادي، وهو ما أدى إلى ظهور الاتجاه المضيق للمعلومات والذي يركز على القيمة المالية للمعلومة وما تضيفه من أفكار للمتلقي، بأن تؤدي إلى التقليل من درجة عدم اليقين أو النقص في المعرفة¹⁷. ليكون التعريف الضيق للمعلومة: "كل رسالة تحتوي على معنى وقيمة مالية يمكن نقلها للغير بحيث تزيد من يقين المتلقي وتقلل من درجة الشك لديه"¹⁸.

كما أن جانباً كبيراً من الفقه المصري¹⁹ يأخذ بهذا الاتجاه منهم من يضع تعريفاً لها: "كل رسالة تحمل معنى ودلالة وتتوقف قيمتها المالية على ثقلها الإعلامي"²⁰، ومنه من يعرفها على أنها "رموز أو مجموعة رموز تنطوي على إمكانية الإفضاء إلى معنى"²¹.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمعلومة

كانت المعلومة تعتبر دائماً خدمة، ولكن مع نهاية القرن الماضي - مع سنة ١٩٩٤ - أصبحت سلعة يمكن أن تتخذ الطابع

الدولي بتدويلها بأية صيغة من الصيغ التعاقدية عبر شبكة الانترنت^{٢٢}. وذلك لإمكانية التعامل بها وهو ما أكدته عدة تشريعات، فما هي إذن طبيعتها القانونية؟ خدمة أم سلعة أم شيء أو بوجه عام مال يمكن التصرف فيه؟

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية حول تحديد طبيعة المعلومة

تضاربت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للمعلومة باعتبارها ذات قيمة اقتصادية يمكن أن تباع وتشتري. اتجاه منكر للوصف المالي للمعلومة لأنها من طبيعة خاصة، فاعتبار المعلومة من طبيعة معنوية لا يمكن الاستئثار بها، تدخل ضمن طائفة المنافع والخدمات ولكنها تقوم بالمال^{٢٣}.

اتجاه يرى أن المعلومة مجموعة مستحدثة من القيم: فبالنسبة لبعض الفقه^{٢٤} المعلومة في ذاتها قيمة مالية أشبه بالسلعة، فهي نتاج لعمل بشري تنتهي وبحسب الأصل إلى من يحوز العناصر المكونة لها بطريقة مشروعة، ليضعها في شكل ما حتى تكون صالحة للإطلاع عليها وتبليغها بشكل مفهوم، بالتالي فهي قيمة قابلة للتعميك في ذاتها وتعد منتجا بصرف النظر عن دعامتها المادية.

أغلب الفقه^{٢٥} اعتبرها سلعة تأيدا لموقف الفقيه CATALA: فهي تعد من السلع المعلوماتية Information goods لأنه يمكن تحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسوب^{٢٦} فيمكنه أن ينفذها أو يحفظها أو ينسخها أو ينقلها أو يطبعها إما أن تكون في صور أو أصوات أو نصوص أو أفلام...، فالسلع المعلوماتية هي كل معلومة تحفظ بشكل الكتروني يكون من السهل إعادة إنتاجها، وهي تمتاز بعدة خصائص تميزها عن السلع العادية^{٢٧}.

فالمعلومة داخل الانترنت تعد من قبيل الحقوق المالية المعنوية لأنها تعطي لصاحبها سلطة عليه، فالحق العيني يقوم على وجود علاقة بين شخص وشيء (بين صاحب الحق ومحلّه - المعلومة)^{٢٨}.

الفرع الثاني

محاولة التعرف على طبيعة المعلومة اعتمادا

على القانون الوضعي الجزائري

لم يتدخل المشرع لتحديد تعريف أو تكييف للمعلومة ليسهل على القاضي فيما بعد تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات التقليدية، لذلك سيتم الاعتماد على النصوص القانونية المعروفة للمتزوج، والمتعلقة بالشيء والمال قصد محاولة تحديد المعالم القانونية للمعلومة.

بناء على المادة ٣ من قانون ٠٩ - ٠٣ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، يعرف المتزوج أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا". أما الخدمة فتعرف على أنها: "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة". أما السلعة: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

وعن طريق دراسة تحليلية لهذه النصوص يمكن الوصول للنتائج التالية والتي تظهر متعارضة، فإنه لا يمكن اعتبار المعلومة متوجا: لا سلعة ولا خدمة وذلك لما يلي:

- ربط المشرع مفهوم السلعة بالوجود المادي للشيء، والمعلومة تمتاز بالتجريد فهي غير ملموسة - لا مادية - ولا يمكن اعتبارها خدمة لأن المشرع ربطها بالعمل، والمعلومة ليست عمل بل معنى يفهم من بعد معالجة بعض البيانات أو المعطيات بناء على برامج معينة ونقلها أو إعادة معالجتها أو بثها، فهي نتيجة للعمل وتعد محلا أو موضوعا لعمل معين، مثلا مورد المعلومات فهو الذي يقوم ببيث المعلومات على الانترنت. فاعتبارها خدمة كان التكييف القديم للمعلومة.

فهل تعد شيئاً يمكن التعامل فيه؟ الشيء هو كل محل أو موضوع مادي يمكن تملكه لإشباع حاجة الشخص، كما يعد محلاً للحق المالي مثله مثل العمل، أما المال فهو ذلك الممتلك أي ذلك الحق ذو القيمة المالية، ففكرة المال بذلك أوسع من فكرة الشيء^{٢٩}. وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني التي تستعمل مصطلح الشيء فهي لم تحدد تعريفاً له، ولكن اعتماداً على اجتهاد قضائي فرنسي في المجال المدني في سنة ١٩٩١^{٣٠} اعتبر أن الصورة المحفوظة والمنسوخة تكون شيئاً بمفهوم المادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي - التي تقابل المادة ١٣٨ من القانون المدني الجزائري -، ونفس الحكم يطبق على المعلومة لأنه يمكن إعادة نسخها وحفظها.

كما يوجد اجتهاد قضائي آخر في المجال الجزائري^{٣١} الذي اعتبر أن اختلاس المعلومات المتواجدة في مجموعة من الأقراص مملوكة للغير يعد سرقة واردة على شيء بمفهوم المادة ٣١١ - ١ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وبتطبيق علاقة التعدي مادامت السرقة تقع على الأشياء والمعلومة كانت محلاً للسرقة فالمعلومة إذن هي شيء، وهو نفس المصطلح الذي قصده المشرع في المادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء^{٣٢}.

فالمعلومة تعد شيئاً يمكن التصرف فيه، والتعامل به وبيعه عن طريق التنازل عنه كالمحل التجاري الذي يحوي عناصر معنوية، فأصبح للشيء مفهوم واسع لا يكيف على أنه مادي ملموس فقط، بالتالي فكل النصوص المحتوية لهذا المصطلح "شيء" تتعلق بالمال الذي يعد من عناصر الذمة المالية حتى لو كان هذا المال غير مادي^{٣٣}. وهي لا تعد مالا قانوناً إلا إذا أصبحت مادية matérialisable وقابلة للتخزين archivable وبالتالي سيتؤدي إلى قيام المسؤولية دون خطأ^{٣٤}، والمنتوج هو مال لذلك تعد

المعلومة متوجا. فتوزيع كتاب أو قرص أو أسطوانة تحوي معلومات يؤدي هذا السند الذي يحويها إلى قيام هذه المسؤولية. فهي تعد أموال منقولة لأنه يمكن تقويمها بالمال انطلاقاً من قيمتها الاقتصادية المرتفعة، بالتالي يصح أن تكون محلاً للحقوق المالية خاصة حق الملكية^{٣٥}، كما أنه قد تم الاعتراف بإمكانية حجز شيء غير مادي كبرامج الحاسب الآلي مثلاً^{٣٦} والمعطيات المعلوماتية^{٣٧}.

على أساس هذا التحديد سيتم التعرف فيما بعد على المركز القانوني للباحث عنها عبر الشبكة وكيف يمكن حمايته عن طريق إلزام من قدمها له بإعلامه ببعض المعلومات.

المبحث الثاني

خصوصية أطراف الالتزام بإعلام مستهلك المعلومة

أول خصوصية تميز الالتزام بإعلام المتصل بالانترنت باعتباره مستهلكاً للمعلومة تتمثل في تحديد مجال تطبيق هذا الالتزام من حيث الأشخاص، أو بتعبير آخر أطراف هذا الالتزام والمتمثلين في الدائن والمدين.

المطلب الأول

الدائن بالالتزام بالإعلام

وفقاً للأحكام العامة للدائن بالالتزام هو المستهلك، ولكن محل الدراسة هو المتصل بشبكة الانترنت فهل يصدق عليه وصف المستهلك ليكون بدوره دائناً بهذا الالتزام؟ وهو ما سيتم تحديده الإجابة عنه بمحاولة التعرف إذا كانت مميزات المستهلك وخصائصه تنطبق عليه أم لا.

الفرع الأول

تحديد المتصل بالانترنت باعتباره مستهلكاً

المستعمل أو المتصل بالانترنت «Internaute» ou l'utilisateur هو ذلك الشخص الذي يتصل بشبكة الشبكات وهي الانترنت من

أجل الحصول على أو نقل وتوزيع *diffuser* للمعلومات بالتالي فهو إما مستهلك وإما منتج للمعلومات، فهو في الحالة الأولى بمثابة مستهلك سلبي أو مسالم *consommateur passif*، وفي الحالة الثانية بمثابة مورد للمضمون المعلوماتي *fournisseur de contenus informationnels*، وهو يختلف عن مستخدم وسائل الإعلام التقليدية: التي يسهل التعرف على القائمين عليها والعاملين ومصدري المعلومات وتحديد هويتهم وتخضع لسلطة الرقابة، عكس الانترنت أين يكون مستخدمها مصدرا للمعلومات فيصعب مراقبتهم وتحديد هويتهم^{٣٨}.

والمتصل بالانترنت يكون دائما مرتبط بعقد مع من يتولى عملية الاتصالات *l'opérateur de télécommunications* وهي مديرية اتصالات الجزائر باعتباره مختكر هذا النشاط أو شركات خاصة مرخصة بذلك - وذلك استنادا على اشتراكها الهاتفي - إما الثابت أو الجوال - ومع مورد الدخول *fournisseur d'accès* لتمكينه من الدخول للانترنت، وبالمقابل لا يكون له أي رابطة قانونية مع باقي المستخدمين الذين يتبادل معهم المعلومات^{٣٩}.

لكن بعض الفقه^{٤٠} يعرف متلقي خدمة شركة المعلومات: " كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم لأهداف مهنية أو غير مهنية خدمة شركة المعلومات، لا سيما من أجل البحث عن معلومات أو جعل هذه المعلومات من الممكن الوصول إليها"، فهو يربط مفهوم مستهلك المعلومة بمفهوم خدمة شركة المعلومات، وهو ما يجعل الشخص مقدم الخدمة في الوقت نفسه متلقيا لها يبحث عن المعلومة ليحصلها فيما بعد في تناول الجميع.

وبالرجوع لمفهوم المستهلك الذي تضررت حوله الآراء الفقهية بين مضيق له - باعتباره كل شخص يتزود بسلع

استهلاكية مخصصة لاستخداماته الشخصية - ، وبين موسع -
باعتباره من يتزود بسلع استهلاكية لإشباع حاجاته الشخصية وكل
من يتعاقد للحصول على خدمات كعقد النقل والعقد الطبي
وغيرهما -^{٤١}، فإنه كان لقانون حماية المستهلك وقمع الغش
الصادر بموجب قانون ٠٩ - ٠٣ الموقف الحاسم في تعريف
المستهلك متبنياً بذلك الموقف الموسع في المادة ٠٣ / ١ منه على أنه:
"كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو
خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية
أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

ولكن للتوجيه الأوربية ل٠٥ أبريل ١٩٩٣ موقفاً آخر في
تعريف المستهلك، والتي تعتبره: "كل شخص طبيعي يتصرف وفق
أهداف لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"^{٤٢}، أما متلقي
خدمة شركة المعلومات وفقاً للتشريع الأوربي خاصة التوجيه
الخاصة بالتجارة الإلكترونية هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي
يستخدم لأهداف مهنية أو غير مهنية خدمة شركة المعلومات،
لا سيما من أجل البحث عن معلومات أو جعل هذه المعلومة من
الممكن الوصول إليه"^{٤٣}.

وبناءً على ما قيل سابقاً، فإن العميل الذي يتعاقد مع أحد
بنوك المعلومات وهو المتصل بالشبكة للحصول على المعلومات يعد
مستهلكاً وذلك للأسباب التالية:

- محل الاستهلاك لا يقتصر على السلعة فقط، بل يمتد
ليشمل الخدمات المعلوماتية ذات الطبيعة الذهنية التي تقدمها بنوك
المعلومات لعملائها، والتي تم اعتبارها ذات قيمة مالية.

- التعريف الخاص بالمستهلك يشمل الشخص الطبيعي
والمعنوي^{٤٤} مهما كانت صفته تاجر أو غير تاجر، يسعى لإشباع
حاجاته الشخصية أو العائلية، مادام محل التعاقد لا يدخل في إطار

النشاط المهني لهذا العميل، ولتقييم الغرض من استخدام المعلومات يمكن استعمال معيار شخصي وذلك بالوقوف أمام نية الشخص الطبيعي لحظة تصرفه، أو معيار موضوعي يقوم على أن الشخص يتصرف خارج أنشطته التجارية والمهنية^{٤٥}.

فالتصل بالانترنت وفي صورته الأولى التي تهم موضوع البحث يعد مستهلكا، فهو حر في قبول أو رفض المعلومات المقدمة قبل أن يتفحص محتواها وبالتالي استقبالها في جهازه للإعلام الآلي عن طريق تحميلها، أو يمكنه معالجتها ليقوم بإعادة توزيعها افتراضيا على الشبكة ليصبح بذلك كمنتج المعلومة أو صاحب المضمون المعلوماتي، من ذلك أن يتولى بث الآراء والرسائل من خلال المناقشات أو البريد الإلكتروني فهو يكون مسؤولا عن تلك المعلومات^{٤٦}.

الفرع الثاني:

تحديد طبيعة العلاقة بين المتصل بالانترنت وصاحب المعلومة

إما أن يكون متعاقدا أو غير متعاقد، وفي كلتا الحالتين يستفيد المستهلك من الالتزام بالإعلام لأن ما ينتج من أضرار من استهلاك المنتج لا يميز بين المتعاقد وغير المتعاقد، بل ويتنافى مع العدالة التمييز بين الحالتين لإنتفاء وجود عقد سلامة الإنسان حق ينبغي عدم المساس به، وهو ما تسعى معظم التشريعات الأخذ به من السير نحو المسؤولية الموضوعية. وهو ما أخذ به فعلا المشرع الجزائري من خلال المادة ١٤٠ مكرر من القانون المدني^{٤٧} التي تجعل المنتج مسؤولا أمام المتضرر حتى ولو لم يكن متعاقدا معه. فالمستهلك يستفيد من هذا الالتزام لأنه مقرر له باعتباره مستعملا للمنتج أو الخدمة وليس لأنه متعاقد، وذلك ليجنبه الأضرار والمخاطر المرتبطة بالمنتج، وفي هذا المجال يتمثل في المعلومة.

في غالب الأحيان لا يبرم أي عقد مع مورد الخدمة أو المعلومة أي منتج المعلومة، وذلك من أجل تحديد شروط استعمال المعلومات المحصل عليها من الغير، فإنه كمستهلك يبقى دائما ملتزما بعدم التعسف في الاستعمال وذلك باحترام حقوق الغير خاصة حقوق الملكية الفكرية وأيضا حقوق الشخصية. المتصل بالانترنت هنا لا بد له أن يتصرف ويقرر باعتباره رب العائلة الحريص إما عند تركه الدخول حر لكل شخص يكون تحت حراسته، أو عندما يراقب الاستعمال لذلك تظهر مسؤوليته المدنية بشكل كبير.

أما إذا وجد عقد يربط المتصل بالانترنت مع بعض المواقع المعلوماتية مثلا، فهو يلزمه ببعض الشروط العامة للإطلاع على المعلومات ففي حالة قبولها من طرفه ومع صحة رضاه تقوم الرابطة التعاقدية التي تحكم العلاقة وترتب الالتزامات. وغالبا ما يكون عقد اشتراك في بنك المعلومات، ولكن استثناءا قد يكون عقد توريد للمعلومات^{٤٨}، أو عقد بيع إذا كانت المعلومات يتضمنها كتاب معين أو قرص مضغوط.

في كلتا الحالتين، يبقى دائما مستفيدا من الالتزام بالإعلام وذلك رغبة من المشرع في معالجة اختلال التوازن الواضح بينه باعتباره مستهلكا غير مختص في مجال عمل مقدم الخدمة المعلوماتية وهو ما يشكل اختلال توازن اقتصادي، معرفي: وذلك إما أن يكون شخصا عاديا أو مهنيا ولكن في غير تخصص مقدم المعلومة، بحيث أن تخصصه لا يجعله قادرا على تلافي أوجه الخطورة، بما يقدمه الطرف الثاني الذي يقوم بنشر المعلومات مثلا حول دواء معين وتركيبته، فمن الطبيعي أن يتقرر الالتزام بالإعلام للمستهلك الجاهل بالمنتج أو الخدمة عاديا كان أو مهني^{٤٩}.

المطلب الثاني:

تحديد المدين بالالتزام بالإعلام

وفقا لأحكام حماية المستهلك فإن المهني وكل متعامل يتدخل من أجل وصول المنتجات للمستهلك يلتزم بالإعلام^{٥٠}، وهو من يسميه المشرع بالتدخل والذي عرفته المادة ٠٧/٠٣ من قانون ٠٩ - ٠٣ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك"، ويقصد به كل من يقوم بعملية وضع المنتج للاستهلاك، وهي مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة - المادة ٠٣/٠٨ من قانون ٠٩ - ٠٣، يجب عليه إعلام المستهلك - المادة ١٧ -، بالتالي فالتدخل وبمفهومه الواسع - المنتج بمحد ذاته، والمنتج حكما من صانع وموزع، بائع مباشر بالتجزئة ومستورد وبائع عرضي^{٥١} - ملزم بذلك. فهل مثل هذه المراكز للمدين بالالتزام بالإعلام من منتج وصانع، ومستورد وموزع وناقل ومخزن تجدد مثيلا لها في العالم الافتراضي قصد تحديد المسؤول عن المعلومات المقدمة للمتصل بالانترنت؟.

وكما هو معلوم، يعتمد العالم الافتراضي على تعدد الوسطاء من أجل التلاقي بين الأشخاص، وذلك لأن الآلة وأنظمة المعلوماتية أو الإعلام الآلي هي التي تدير العملية ككل. فمن هم إذن الملزمون بالإعلام بأن تنطبق عليهم الأوصاف المحددة في المادة ٠٣/٠٨ من قانون ٠٩ - ٠٣ باعتبارهم المتدخلين من أجل وصول المعلومة للمتصل بالانترنت وهو مستهلكها؟ فهل مقدم خدمة الانترنت، أم متعهد الإيواء، أم منتج المعلومة أي صاحبها أم موردها وموزعها عبر الشبكة... هو الملزم بالإعلام؟

فقصد الحصول على المعلومات يتم الاتصال المباشر^{٥٢} بينك المعلومات على الانترنت دون تحمل عناء الانتقال من مكان لآخر، وذلك عن طريق القيام بعملية استرجاع المعلومات^{٥٣} التي تحويها مثل هذه المواقع وهي أهم خدمة تقدمها^{٥٤}، والتي يقصد بها البحث عن المعلومات المخزنة حتى يستفيد منها المستخدم لاتخاذ قراراته، وهي تمثل آخر مرحلة تمر بها المعالجة الإلكترونية للمعلومة قبل الوصول للمستهلك الأخير، والمتمثلة أساسا في: الفرز الذي يقصد به ترتيب البيانات في تتابع عددي أو أبجدي، أو تصنيفها بطريقة منطقية، ثم الحساب: وهو إجراء عمليات الجمع والطرح والضرب والقسمة على البيانات لتحويلها إلى معلومات مفيدة، تليها المقارنة: وذلك بتطبيق عمليات المقارنة- "أكبر من ويساوي وأصغر من"- على البيانات، بهدف تحديد العلاقات بين بعضها البعض لاكتشاف حقائق مفيدة لها معنى قصد تسهيل عملية التلخيص أو تركيز البيانات لإبراز النقاط الجوهرية فيها بهدف الحصول على معلومات موجزة.

يمكن تشبيه تلك العمليات بمراحل تصنيع المنتجات: فالمادة الخام وهي "البيانات"، يتم إدخالها إلى المصنع وهو جهاز الحاسب الذي يقوم بمعالجتها، لتخرج في النهاية في صورة منتج والمتمثلة في المعلومات، ويمكن تلخيص تلك العملية بالمعادلة التالية: المعلومات = البيانات أو المعطيات + برنامج أو وسيلة للمعالجة (L'information=donnes+modèled'interprétation)^{٥٥}،

وبناء عليه فمن الملزم بالإعلام مادامت المعلومة تمر تقريبا بنفس مراحل تصنيع المنتج فهي تعد كمواد مصنعة جاهزة للاستخدام؟
أ- مورد الخدمة⁵⁶ Le fournisseur de services والذي يعد مصدر للمعلومات التي تمر وتنتقل عبر هذه الشبكة بالتالي هو من يملك سلطة حقيقية لمراقبة المعلومات وتوزيعها عبر الشبكة فهو

يشبه مالك الموزع propriétaire du serveur والذي لا بد من تمييزه عن الموزع المعلوماتي serveur الذي يأوي المعلومات الخاصة بمورد الخدمة في آلاته أو موقعه فقط.

فمورد الخدمة بعد المنتج، أي كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك مجموعة من المعلومات، قام بتجميعها وتحليلها بقصد إيجاد الروابط بينها، لكي يتمكن من تنظيمها وتنسيقها بهدف تثبيتها على دعائمات ممغنطة، سمعية أو سمعية بصرية، بوسائل معلوماتية، أو بأية تقنية أخرى من تقنيات الاتصال عن بعد، وهو غالبا ما يقوم بمهمة التسويق عن طريق الإعلانات قصد الوصول للهدف الأساسي وهو توصيل الخدمة للمستخدم النهائي، ليصبح التعاقد بينه وبين المستخدم النهائي مباشرة وإلا يعهد بذلك إلى متخصص يتولى القيام بهذه المهمة^{٥٧}.

وفي بعض المرات فإن مورد الخدمة قد لا يكون هو مالك المعلومة بل مجرد موزع ويات لها لوجود علاقة توريد للمعلومات مع الغير كما هو الحال مع وكالة للأخبار. ليكون هو القائم على عرض وتسويق خدمات المنتج النهائي - وهي المعلومات - ، وقد يكون هو المنتج نفسه، وعلى كل حال يعد الشخصية المحورية، وغالبا ما لا يعرف المستخدم -المستهلك- شخصا آخر سواه عند إبرام العقد بأن يقع عليه عبء الدعاية والتسويق لقاعدة المعلومات^{٥٨} وهو الملتزم بالإعلام، والمسؤول أمام العميل عن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، أما إذا كانت المعلومات مجانية فإن المسؤول الوحيد عنها هو مورد الخدمة لأنه الوحيد الذي يملك السلطة الحقيقية في رقاتها وبثها^{٥٩}.

ب- فبالنسبة للموزع المعلوماتي LE SERVEUR فهو هيئة مستثمرة لنظام معلوماتي، يسمح للراغب بالاستشارة والاستخدام المباشرين لبنك أو أكثر من بنوك المعلومات، فهو

ذلك الشخص الذي يحوز الوسائل المعلوماتية من مواد و برامج لإدارة قواعد البيانات ووسائل الدخول والاتصال بالشبكة، والتي تمكن للمستخدم النهائي إمكانية النفاذ إلى قاعدة المعلومات، فدوره لا يقتصر على ملكية الأدوات الفنية بل يقوم بالمعالجة الآلية للمعلومات، ولكن لا دخل له فيها، فدوره فني تقني لا يلتزم بالإعلام.

ج- متعهد الوصول⁶⁰ le fournisseur d'accés يعد الوسيط بين المتصل بالانترنت ومورد الخدمة، فهو نقطة الانطلاق التي يمر من خلالها المستخدم لتحقيق له عملية الاتصال بشبكة الانترنت، لأنه يتولى إدارة شبكة للاتصال عن بعد، فيستطيع المستخدم النهائي عن طريقها الاتصال بالهئية التي تحوز الوسائل المعلوماتية، بالتالي فدوره فني بحث وهو توصيل جمهور المستخدمين بشبكة الانترنت عبر الوصلات الهاتفية⁶¹. فوظيفته عموما محددة بالخدمة التقنية لربط العلاقة بين مشتركه مع المواقع أو مع باقي المستخدمين عند تعدد موردي الدخول. فهولا يورد المعلومة بل يقدم للمشارك الوسائل المادية لاستعمال شبكة الشبكات بمقابل مالي غالبا ما يكون جزافي. بالتالي فالمعلومة لا تشكل الموضوع الرئيسي للخدمة الفنية التي يقدمها، ولكن يمكن أن يكون في بعض الفرضيات أيضا مورد المعلومات.

فإذا كان المسؤول عن المعلومة والذي له سلطة في تغيير محتواها هو الملزم بالإعلام، فما هو مضمون ذلك الالتزام؟

المبحث الثالث

خصوصية مضمون الالتزام بإعلام المتصل بالانترنت

يرتكز وجود الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني على أن يكون العرض المقدم على صفحة شاشة الانترنت محددًا بدقة ومفهوماً، وذلك خاصة بتحديد شخص البائع مع بيان سمات

المال أو الخدمة وشروط البيع من صفات متعلقة بالكم والكيف والضمن...^{١٢} ، فالقصد من هذا الالتزام هو أن يبين المتدخل للمستهلك المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له ، وهذا الالتزام يختلف عن النصيحة التي تعد محل الخدمة التي تقدمها مكاتب الاستشارات القانونية أو الطبية أو الهندسية الموجودة على الانترنت^{١٣}

كما سبق تحديده قد يرتبط المتصل بالانترنت مع مورد المعلومة بعقد الاشتراك في بنوك المعلومات^{١٤} من أجل الوصول على المعلومات التي يحتاج ، فالمعلومة إذن هي محل هذا العقد يلتزم المحترف بتقديمها باعتباره المنتج الذي يقدمه للاستهلاك بعد معالجة البيانات التي تعد المادة الخام للمعرفة ، كما قد لا يكون هناك عقد ، وفي كلتا الحالتين يلتزم مورد المعلومة باعتباره المتدخل بإعلام العميل أو المتصل بالشبكة باعتباره مستهلكا للمعلومات التي يقدمها:

وبالرجوع للمادة ١٧ من قانون ٠٩ - ٠٣ فهو ملزم بأن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. ، والمادة ١٨ من القانون نفسه ، يجد نفسه أيضا ملزما بأن يحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا ، وعلى سبيل الإضافة ، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين ، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها. فهل تلك البيانات واللغة المشترطة لا بد من احترامها إذا كانت المعلومة هي المنتج المستهلك؟

المطلب الأول

تحديد البيانات التي تصف المعلومة باعتبارها منتج

تظهر أهمية الالتزام بالإعلام في إطار عقد الاشتراك في بنوك المعلومات، نتيجة للدور الإيجابي الذي يؤديه المتصل بالانترنت وذلك ليتمكن من الحصول على المعلومات التي يرغب فيها، فهو يتفاعل مع النظام المعلوماتي من خلال توجيه الأسئلة وتلقي الردود وتعديل الطلبات حتى يتحقق مقصوده من الاستشارة، والمعلومات التي يكون مورد المعلومات ملزم بتقديمها للمستهلك تنفيذاً للالتزام بالإعلام والتبصير تنحصر في البيانات الخاصة بالتعريف بالمشروع مقدم خدمة توريد المعلومة وتلك المتعلقة بالخصائص الأساسية لها وأخيراً المتعلقة بثمن تأديتها^{٦٥}.

الفرع الأول

التعريف بصاحب المنتج أو بالبنك صاحب المعلومات

نتيجة لانعدام الوجود المادي والمعاصر للأطراف المتعاقدة عبر الانترنت، تظهر صعوبة تحديد والتحقق من شخصية المحترف، والغالب عملاً أن المستهلك لا يتعامل مع المحترف مباشرة وذلك لوجود تعدد للوسطاء بالنسبة للموقع الواحد ويكونون موردي الخدمات الإلكترونية. وهو ما يثير تساؤلات جمة عن حقيقة الإيجاب المعروض، فضلاً عن صعوبة التمييز بين الموقع الوهمي والموقع الحقيقي، وفي نطاق هذا الأخير هل هو موقع تجاري أم موقع علمي، كل ذلك ينتج عن عدم معرفة اسم المحترف وموطنه وأهليته، وبالتالي لا يعرف من هو المسؤول وكيف له إقتضاء حقه منه في حال وجود نزاع. لذلك يظهر ضرورياً اعتماد نظام قانوني يفيد التحقق من شخصية أطراف العقد عن طريق تفعيل القرائن

التي يجب أن ينص عليها القانون كشعار الشركة أو العلامة التجارية التي تميز المبيع ذاته...^{٦٦}.

وتحديد المحترف تحديداً دقيقاً يعد بناءً على عدة نصوص تشريعية^{٦٧} أول معلومة لا بد من إعلام المستهلك بها، وتمثل تلك المعلومات في اسم مورد الخدمات، العنوان الجغرافي المثبت له، أو مركز الإدارة، مع وسائل الاتصال بالمورد من بينها عنوان البريد الإلكتروني مما يسمح بالدخول في اتصال سريع ومخاطبته مباشرة، رقم القيد في السجل التجاري إذا كان من الملزمين بالتقييد-
التجار-

الفرع الثاني

الخصائص الأساسية للمعلومات أو المنتج الذي يقدمه بنك المعلومات

يكون المتدخل ملزم بإعلام المستهلك بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتج بالوسيلة التي يراها مناسبة، ولقد حدد المشرع ذلك على سبيل التخيير وذلك لما احتوته المادة ١٧ من قانون ٠٩ - ٠٣: "بواسطة الوسم ووضع العلامات أو أية وسيلة أخرى مناسبة"،

فالمعلومات التي يجب على المتدخل تقديمها ما دامت المعلومة لم تعد خدمة^{٦٨} بل تعامل كالمنتج تتمثل في: تعيينها ومكوناتها- كتاب أو مقال-، حجمها ووزنها- الأوكتي-، مع خصوصياتها، فقد يظهر ذلك من خلال الغلاف الخارجي للقرص المضغوط الذي تحويه المعلومات أو الغلاف الخارجي أو الورقة الأولى أو على رأس الورقة أو السند الذي يتضمن تلك المعلومات، وغالباً ما يتم التعرف على محتوى الملفات التي يقوم المتصل بالانترنت تحميلها من خلال التسمية التي تحويها تلك الملفات حتى قبل الرقم على الأيقونة الخاصة بالتحميل. أو يقوم بتحديد الفهرس العام مع ملخص الكتاب والمراجع المعتمد عليها

وتاريخ النشر وعدد الصفحات وحجم الكتاب في شكله العادي أو الإلكتروني في شكل pdf...، وهي المعلومات الأساسية التي يحتاجها المهتم بالمعلومات التي يتضمنها الكتاب أو الملف الإلكتروني، وهذه الوسيلة تظهر الأنسب لخصوصية السلعة أو المنتج المعروض "المعلومات"، كما هو الحال بالنسبة للملصق والنشرة الدوائية التي ترتبط بالدواء.

وفي بعض المرات تكون صعوبة في التعرف على المحتوى، فيكون البنك اعتمادا على برامج معلوماتية ملزما بتبصيره بطريقة التحميل بأن يضع بين يدي المتصل بالانترنت البرنامج الذي يسهل عليه تلك العملية، مع تحديد حجم الملف بالأوكتي - باعتبارها وحدة القياس في المجال المعلوماتي - والأمر يتعلق خاصة بالملفات في شكل pdf التي توفر أكبر حماية لمحتواها من إمكانية التعديل.

فيكون بذلك قد قام بإعلام المستهلك بالمعلومات الأساسية للمنتج وطريقة استعماله، كما قد ينبهه بخطورة الفيروسات التي تعذر عليه مثلا تفاديها وقت التحميل، لذلك توجد بعض الملفات قبل التحميل تطلب من المتصل بالانترنت أن يقوم أولا بمعالجتها بموجب الأنظمة الخاصة بمحاربة الفيروسات قبل الشروع في قراءتها.

أما إذا تعلق الأمر ببرنامج للإعلام الآلي، فمضمون التزام المتدخل بالإعلام يتمثل في شقين⁷⁹: الأول يتعلق بتزويد المستهلك بالبيانات المتعلقة باستعمال البرنامج، بإنشاء دليل المستخدم لتوصيف البرنامج وخطوات التشغيل والإرشادات، وقاموس بالمصطلحات ومكونات البرنامج بالطريقة التي تضمن للمستخدم التشغيل الجيد للبرنامج، أما الشق الثاني يتمثل في تحذير المستخدم من الآثار الخطرة المترتبة على الأسلوب التقني المستعمل لحماية البرنامج من محاولات النسخ غير المشروع، وقد يكون باستعمال

فيروسات تنشط عند تلك المحاولات ، مع تحذيره من الفيروسات التي تشكل خطرا على البرنامج ، أو من بعض محتواه إذا كان البرنامج لم يتم حمايته بشكل جيد.

بالتالي مضمون الالتزام بالإعلام يتعلق بالجانب العلمي المعرفي أو المحتوى وطريقة الوصول إليه ، وأيضا بالجانب الفني التقني المرتبط أساسا بكيفية الحماية مما يمنح الثقة فيما يقدمه المنتج من مواد وسلع عبر الشبكة. ليكون بذلك قد نفذ التزامه عن طريق الوصف الدقيق والأمين لما يقدمه للمتصل بالانترنت باحشا عن المعلومات التي تهمة ، وألا يكون مسؤولا نتيجة لتحقيق الخطأ من جانبه إما لتقديم معلومات ناقصة أو بث معلومات خطيرة دون التنبيه حولها أو كانت المعلومات خاطئة^{٧٠}.

الفرع الثالث

المعلومات الخاصة بثمن أداء الخدمة

يتعلق الأمر بقيمة الاشتراك الذي يدفعه المستهلك لمورد المعلومات ، وذلك بتحديد كافة البيانات والتفاصيل المتعلقة بقيمته ، وكيفية دفعه غالبا ما يكون الوفاء إلكترونيا ، وميعاد الدفع ، وعملة الدفع مع بيان التخفيضات إذا كانت موجودة. ومثل هذا الالتزام نصت عليه معظم التشريعات الوطنية أو الدولية حماية للمستهلك في مجال التعاقد عن بعد^{٧١} ، وفي الجزائر فإن القانون ٠٤ - ٢٠٠٢ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية خاصة المادة ٠٤ تلزم البائع بأن يتولى وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع. لكن مثل هذه المعلومات لا تعد ضرورية إذا كان التعامل من دون مقابل .

المطلب الثاني استعمال اللغة العربية

قد يتطلب القانون في بعض الحالات إعلام الجمهور بواقعة أو إجراء محدد، ولينتج هذا الإعلام آثاره يستلزم المشرع أن يكون باللغة العربية^{٧٣}، كحماية المستهلك من الغش بأن يلقي على عاتق المنتجين التزاماً بإعلام المستهلكين عن طبيعة المنتجات ونوعها وخصائصها الجوهرية، وذلك بوضع بيان على أغلفة المنتجات أو على عبواتها، وأن تكتب هذه البيانات باللغة العربية أو الرسمية للدولة وبحروف ظاهرة يمكن رؤيتها وقراءتها بسهولة، تتعلق البيانات بطبيعة ومصدر السلعة ووزنها والعبوة الصافية معبرا عنها بوحدات القياس المعمول بها قانونا، مع مكونات السلعة وتاريخ انتهاء الصلاحية إذا كانت من السلع القابلة للتلف والفساد^{٧٤}.

وهو ما أخذ به القانون الجزائري بموجب المادة ١٨ من قانون ٠٩ - ٠٣ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث ألزمت المتدخل باستعمال اللغة العربية أساسا للتعريف بالمنتج مع إمكانية استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها، وذلك تحت طائلة عقوبة الغرامة التي تتراوح بين مائة ألف دينار جزائري ومليون دينار جزائري^{٧٥}. فالأصل هو استعمال اللغة العربية^{٧٦} ولكن من دون أن يوجد ما يمنع استعمال لغة أو لغات أخرى المهم تكون مفهومة من المستهلك وتستعمل بطريقة واضحة، عكس القانون الفرنسي الذي يشترط استعمال اللغة الفرنسية فقط، وذلك تطبيقا للمادة ٠٢ من قانون ٩٤ - ٦٦٥^{٧٧} بشأن استعمال اللغة الفرنسية بأن يكون استعمال اللغة الفرنسية إلزاميا في تحديد وتقديم وعرض وبيان طريقة الاستعمال أو الاستخدام وفي بيان مدة وشروط ضمان أية سلعة أو منتج أو خدمة والفواتير والإيصالات، وكل

مخالفة لذلك الالتزام يترتب عنه عقوبة الغرامة التي قد تتضاعف إلى خمس أضعاف في حال كون المخالف شخصا معنويا وتطبق نفس العقوبة على مالكي مواقع الويب WEB.

رغم التقارب في بعض المصطلحات بين اللغتين الفرنسية والانجليزية، إلا أن إلزام استعمال اللغة الفرنسية في المعاملات الالكترونية طرح عدة مشاكل منها الدعوى التي رفعت أمام إحدى المحاكم الفرنسية بسبب استعمال اللغة الانجليزية في إحدى المواقع المنشأة على التراب الفرنسي^{٧٨}، إضافة إلى صعوبات في فهم المحتوى من طرف الموزع المعلوماتي le serveur، مما يؤثر في اللسانيات خاصة وأن لغة الحاسوب لغة أخرى وهي لغة الثنائيات ٠، ١، كما أن ذلك يتعارض مع المادة ٣٠ من اتفاقية روما وهوما أدى فيما بعد إلى التخفيف من ذلك بإجازة استخدام ترجمة للغة الإنجليزية أو لغة أخرى لتصاحب اللغة الفرنسية^{٧٩}.

الخاتمة

إن نجاح النظام القانوني، رهين بمدى استجابته لأصدقاء التطور الذي يمر به المجتمع، إما من خلال مواجهة مستجداته، أو عبر تطوير المفاهيم والمبادئ القائمة مع المرونة في تطبيقها، خاصة وأن التطور الذي أحدثته تكنولوجيات المعلوماتية، يجعل العالم على أعتاب مرحلة جديدة تكون الغلبة فيها لمجتمع المعلومات على غرار الثورة الصناعية. فقد أصبحت الوسائط الإلكترونية طرفا في إبرام العقود التي أصبحت إلكترونية^{٨٠}.

فيستلزم على المشرع وتحقيقا للأمن القانوني عند وضعه للتشريعات أو تعديلها أن تكون ملائمة ومطابقة للاحتياجات القائمة^{٨١}، فوجود نصوص خاصة بحماية المستهلك في معاملاته العادية حتى ولو كان بالإمكان تطبيقها على المجال الافتراضي،

سيعارض مع أهم خاصية للتشريع وهي الدقة والوضوح وعلى أن يكون مرآة للمجتمع ، لذلك :

- يظهر من الضروري وضع تشريع ينظم خصوصيات التجارة والمعاملات الإلكترونية من كل جوانبها، مع تحديد مفهوم المعلومة ومراكز الأطراف فيها، وحماية الطرف الضعيف في مثل هذه المعاملات وهو المتصل بالشبكة المعلوماتية باعتباره مستهلكا للمنتجات التي تعرض بشكل إلكتروني.

- ضرورة التوسيع في مفهوم المنتج ليصبح يشمل السلع المادية وغير المادية، خاصة وأن المشرع وسع من مفهوم المنتج بصورتيه المادية والمعنوية عند أخذه بالمسؤولية عن المنتجات الخطرة في حالة تسبب العيب في المنتج في الضرر- بموجب المادة ١٤٠ مكرر من القانون المدني^{٨٢}: يعتبر منتوجا، كل مال منقول...، وهو ما يلزم معه التوسيع في تعريف المنتج والسلعة الذي تضمنته المادة ٠٣ من قانون ٠٩ - ٠٣ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأن تصبح السلعة: كل شيء- مهما كانت طبيعته- قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا.

- إن كان اشتراط اللغة الوطنية للإعلام تظهر ضرورة في المعاملات الوطنية، فالأمر يختلف في تلك العالمية التي تتم عبر الشبكة، لذلك يقترح إلزام استخدام لغة أجنبية كاللغة الإنجليزية أو الفرنسية مع إلزامية وجود ترجمة للمحتوى بالعربية إذا كان التعامل عبر شبكة الانترنت، وذلك لأن هذا الفضاء بالأصل هو أنجلو أمريكي، وذلك بتعديل المادة ١٨ من قانون ٠٩ - ٠٣ المحدد سابقا لتمييز المعاملة العادية عن الإلكترونية^{٨٣}.

1- وهي الدراسة التي قام بها مركز البحث من أجل ملاحظة شروط الحياة في جوانب
٢٠٠٩

Centre de Recherche pour l'Etude et l'Observation des
Conditions de Vie (CREDOC)

- 2 - Franck Lehuédé, « , L'Internet participatif redonne confiance aux consommateurs », CREDOC, Consommation et modes de vie, n°.222- juin 2009, www.credoc.fr .
- 3 -Voir, Stéphane Bourliataux-Lajoinie, « Le web, le consommateur et la publicité », E-Commerce, Enjeux et perspectives, Economie et Management, juin 2007, n°.124, Dossier 7.
- 4- راجع في ذلك، عازة حسن فتح الرحمان حاج منصور، "العلاقة بين التقنية والتدريس والبحث العلمي وفعالية استخدامها"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص.ص ٢٢٦- ٢٢٨.
- 5- للتعرف على مفهوم بنك المعلومات وتحديد محتواه وأهميته، راجع في ذلك، أمين مصطفى أحمد البقلي، "النظام القانوني لعقد الإشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية"، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠٠٩، ص.ص ٩٨ إلى ١٠٧.
- 6- راجع في ذلك، هاني شحادة الخوري، "تكنولوجيا المعلومات على أعتاب القرن الحادي والعشرين"، الجزء الأول، مدخل تعريفي، الطبعة الأولى، مركز الرضا للكمبيوتر، دمشق، ١٩٩٨، ص. ٣٨.
- 7- راجع في ذلك، نزيه محمد صادق المهدي، "الإلتزام قبل تعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، سهير المنتصر، "الإلتزام بالتبصير"، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
- 8- المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٩، ج ر عدد ١٥ الصادرة في ٨ مارس ٢٠٠٩، ص.١٢.
- 9- للتوسع أكثر حول نطاق تطبيق الإلتزام بالإعلام من حيث العقود ومن حيث الأشخاص والمحل، راجع منى أبوبكر الصديق محمد حسان، "الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات"، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١١، غير منشورة، ص.ص ١٣٣- ١٨٢.
- 10- راجع تفصيل ذلك، عبد الرحمان الصباح، "نظم المعلومات الإدارية"، دار زهران للنشر، عمان، ١٩٩٨، ص.ص ١٥- ٢١؛ محمد محمد الهادي، "بنوك المعلومات المحلية ودورها في التنمية الإجتماعية في الوطن العربي"، دار المرين، الرياض، دون تاريخ للنشر، ص.ص ٣٣- ٣٤.
- 11- بالرجوع لبعض التشريعات الأجنبية المادة الأولى من قانون الإمارات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية عرفتها على أنها "بيانات ومعلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج الحاسب الآلي أو

- غيرها^{١١}، وهو نفس التعريف الذي وضعه قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي لسنة ١٩٩٩ في الفقرة العاشرة من المادة الثانية: بأنها تشمل البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعية على الأقران المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك. كما عرفها القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنها كل " ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها"، أما قانون البحرين رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية عرفها بأنها تلك البيانات والنصوص والصور والأصوات والرموز وبرامج الحاسوب والبرمجيات ويمكن أن تكون قواعد البيانات والكلام، أما القانون الفرنسي فقد عرفها القانون رقم ٨٢ - ٦٥٢ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٨٢ الخاص بالاتصالات السمعية والبصرية بأنها: "رنين أو صوت أو صورة أو مستند أو معطيات أو خطابات أيا كانت طبيعتها"، للتعرف على معظم التعاريف التي وضعتها التشريعات العربية والغربية للمعلومة، راجع خالد ممدوح إبراهيم، "أمن الجريمة الإلكترونية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ص ٢٦- ٢٧.
- 12- وهو موقف قانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.
- 13- وهو موقف القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.
- 14- منها المرسوم التنفيذي المتعلق بالانترنت المرسوم التنفيذي ٩٨- ٢٥٧، المؤرخ في ٢٥ أوت ١٩٩٨، وقانون ٠٩- ٠٤ المتضمن قواعد الوقاية من الجرائم الإلكترونية، وقانون ٠٤- ١٥ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ المعدل والمتمم لقانون العقوبات الذي نص على الحماية الجزائية لأنظمة المعلوماتية ...
- 15- راجع في ذلك التقسيم، محمد سامي عبد الصادق، "خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، دراسة لعقد خدمة المعلومات الصوتية في ضوء قانون تنظيم الاتصالات المصرية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣"، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ص ٣٦- ٤٠.
- 16- Voir, Pierre CATALA , «Ebauche d'une théorie juridique de l'information», D, 1984, Chron, p.98. « Tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information »
- 17- راجع في ذلك، Gérardine DANJAUME ,art-prec .n°.4، وأيضاً محمد حسين منصور، "المسؤولية الإلكترونية...، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٦٥.

18 - Voir, Géraldine DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », J.C.P. éd. G.1996,I. n°3895.n°3.

- 19- للتعرف على مختلف التعاريف التي أتى بها الفقه المصري، راجع محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص. ٣٩.
- 20- انظر، أيمن إبراهيم العشماوي، "المسؤولية المدنية عن المعلومات"، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٤، ص. ٣٤.
- 21- وهو التعريف الذي وضعه محمد سامي الشواء، "ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ١٧٤.
- 22- راجع تفصيل ذلك، عمر محمد بن يونس، "المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية مقدمة إلى العالم الافتراضي Introduction to Cyberspace"، موسوعة التشريعات العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ - ٢٠٠٢، دون بلد النشر، ص. ٥٢ - ٥٣.
- 23 - راجع في ذلك محي الدين عبد المجيد. رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، ص. ٢٧٩.
- 24 - Pierre CATALA, art-précit, pp. 97-98..
- 25- منهم: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "الجوانب القانونية لتعامل عبر وسائل الاتصال"، بحث مقدم في فعاليات، "مؤتمر القانون والكمبيوتر"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المحدد سابقاً، ص. ٩٩٨؛ محمد بن إبراهيم السحبياني، "السلع المعلوماتية - مع التركيز على برامج كتب التراث الإسلامية -"، بحث مقدم في مؤتمر، "القانون والكمبيوتر والانترنت"، المحدد سابق، ص. ٢٦٠ وما يليها.
- 26- لغة الحاسوب هي لغة الآلة machine language تتكون من ثنائيات التي تأخذ قيمتين الصفر أو الواحد BIT.
- 27- تتمثل تلك الخصائص في أن المعلومة كسلعة هي من السلع العامة يمكن للكافة الانتفاع بها دون أن تنخفض قيمتها ولا جودتها إلا إذا اشترط للدخول إليها شروط معينة، وهي من سلع التجربة فلا يتعرف على لجودتها إلا بعد تجربتها، كما تحتاج إلى العتاد كسلعة مكتملة لها، كما تمتاز بتناقص التكلفة المتوسطة للإنتاج إلى أن تصبح منخفضة جدا عند إعادة إنتاجها وسوقها ليست سوق منافسة كاملة، للتفصيل حول تلك الخصائص المميزة للسلع المعلوماتية، راجع، محمد بن إبراهيم السحبياني، المقال السابق، ص. ٢٦٠ - إلى ٢٦٦.
- 28- وهو أيضا التكيف الذي يمنح اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية لان خصائص المال بناءا عليها تتمثل في: يميل عليها طبع الإنسان، ويمكن إحراز المال بتعيينه عينا أو منفعة وهو صالح لتحقيق مصالح الناس كما أن المعلومة قابلة للانتفاع ربحيا، كما يحرص الإنسان على حماية المال ومنع الغير من الاعتداء عليه وهو الحال

- اتجاه المعلومة، راجع في تفصيل موقف الشريعة الإسلامية من تكييف المعلومة، إسماعيل عبد النبي شاهين، "أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون"، بحث مقدم في فعاليات مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المحمد سابقا، ص ٩٨٧.
- 29- أنظر التمييز بين المال والشيء، رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ص ٣٠٩-٣١١.
- 30- TGI Paris, 27 février 1991, JCP 1992, &d.G,II,21809, note P.Le TOURNEAU.
- 31 - Cass.crim.12-01-1989.
- 32 - Voir, Géraldine DANJAUME, art-prec.n°.24-25-26.
- 33 - Voir. Emmanuel TRICOIRE, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », Libre droit Mélanges en l'honneur de PHILIPPE LE TOURNEAU, Dalloz 2008,p.985.
- 34- Voir, Cyril ROJINSKY, « Sens interdit – la responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible », juriscom-net, 17décembre2001 , pp.3-4, <http://www.juriscom.net>
- 35- حول إعتبار المعلومة مال راجع، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص ٣٤-٣٥.
- 36 - Voir ,Muriel Fabre-Magnan, « Les obligations » .PUF droit.2004.Paris.p.774.
- 37- المعطيات المعلوماتية هي كل عملية عرض للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية، بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها، وهو التعريف الذي حددته المادة ٢ من قانون ٠٩ - ٠٤ المؤرخ في ٥ أغسطس ٢٠٠٩، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد ٤٧، الصادرة في ١٦ أغسطس ٢٠٠٩، ص ٥، والمادة ٦ من القانون نفسه نظمت حالة حجز المعطيات المعلوماتية.
- 38- راجع في ذلك، محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص ص ٢٣٦-٢٣٧.
- 39- Voir, Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, « Responsabilité civile et Internet », La Semaine juridique (JCP), Etude et

- 40- وهو موقف ، نادبة محمد معوض ، " عقود خدمات شركات المعلومات " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص.٢٧.
- 41- راجع في ذلك ، أيمن مصطفى أحمد البقلي ، المرجع السابق ، ص.٤٣٦-٤٣٨.
- 42- اقتباسا من التوجيه المتعلق بالعقود عن بعد فقد أدخل تعريف المستهلك أخيرا في التوجيه المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- 43- Considerant n°. 20 de la directive sur le commerce électronique : « Toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles oi non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible ».
- 44- عكس التشريع الأوربي الذي حتى يعتبر المتصل بالانترنت مستهلكا لا بد أن يكون شخص طبيعي ولا يتعلق التعامل بنشاطه المهني.
- 45- راجع في ذلك ، نادبة محمد معوض ، المرجع السابق ، ص.٤٦ - ٤٧.
- 46- راجع في ذلك ، محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص.٢٣٧ - ٢٣٨.
- 47- وهي المادة المضافة بموجب قانون ٠٥ - ١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري الصادر بموجب أمر ٧٥ - ٥٨ مؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ والتي تنص : " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. يعتبر منتوجا ، كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار ، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية : الصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية. " ، وهونفس محتوى المادة ١/١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي.
- 48- للتعرف على عقد الإشتراك في بنك المعلومات والالتزامات المترتبة عليه ، راجع أيمن مصطفى أحمد البقلي ، المرجع السابق ، ص.٢٢٦ - ٣٣١ ، ٣٩١ - ٤٢٥ ، محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص.٣١ - ٣٢ ؛ أما بالنسبة لعقد التوريد ، راجع ، عبد الفتاح محمود كيلاني ، المسؤولية المدنية الناشئة عن التخاطب الإلكتروني عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص.٧٨.
- 49- راجع في ذلك ، منى أبويكر الصديق محمد حسان ، المرجع السابق ، ص.١٥٦ - ١٥٩.

- 50- راجع في ذلك، ثروت فتحى اسماعيل، "المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصناع، والموزع"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص.٧١؛ منى أويكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص.١٣٨.
- 51- راجع بالتفصيل حول اعتبارهم دائنين بالإلتزام بالإعلام، منى أويكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ١٣٩ إلى ١٥٤.
- 52- تعد خدمة الاتصال المباشر التي تقدمها بنوك المعلومات ثورة في مجال المكتبات والمعلومات، فهي تمكن الشخص وهو جالس أمام جهاز الحاسب في بيته أن يتصل بنظام حاسب موجود في بلد آخر والإفادة من محتواه، فقد ساعد أيضا التقدم في مجال الإتصال من من الولوج إلى المواقع المختلفة والتعامل مع الفهارس على الخط مباشرة وتصفح المجالات والدوريات البحثية المختلفة، راجع حول ظهور خدمة البحث بالاتصال المباشر، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص ص. ٩٤ - ٩٦.
- 53- يعد نظام استرجاع المعلومات من أكثر الأنظمة التي تساعد في التعرف على محتوى الوثائق ومضمونها ثم القيام بعمليات البحث حسب محتوى هذه الوثائق من المعلومات، وهو يختلف عن نظام قواعد البيانات الذي يسمح بالبحث عن المواصفات الخارجية للوثائق من عنوان، مؤلف وتاريخ للنشر...، أما أكثر النظم حداثة اين يكون أسلوب البحث فيها أكثر تفاعلا مع المستخدم هي نظم التصفح التي تسمح بالتجول في فضاء الوثائق باستخدام الروابط والبنى المهيكلية، فالمستخدم يجد نفسه بين مجموعة من الوثائق التي يتنقل بينها، وآخر الأنظمة هو النظام الهجين الذي يعتمد على محركات البحث التي تسمح القيام بكل العمليات السابقة في وقت واحد من بحث عن المواصفات والوثائق ومحتواها وتصفحها، راجع بالتفصيل حول طرق البحث عن المعلومة عبر الأنترنت، عمار خيريك، "البحث عن المعلومات في الأنترنت **Internet Information Retrieval**"، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، دار الرضا للنشر، دون بلد النشر، ص ص. ٢٣ إلى ٥٩.
- 54- الخدمات التي تقدمها بنوك المعلومات تتعدد، راجع بالتفصيل ذلك، ، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص ص.٩١ - ٩٦.
- 55- فالفرق إذن بين المعلومة والبيان يظهر فنياً وتقنياً؛ فالبيانات هي كل ما يتم إدخاله على جهاز الكمبيوتر قصد تشغيله ومعالجته قصد الحصول على المعلومة، راجع في ذلك، محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ص. ٣٦ إلى ٤٠؛ وللتمييز بين المعلومة والبيانات والمعرفة، راجع هاني شحاذة الخوري، المرجع السابق، ص ص. ٢٢ - ٢٣؛ ولكن البعض لا يرى ضرورة للتمييز بين المعلومات والبيانات مادام القانون يقوم بمحايتهما معا، راجع في ذلك، نائلة عادل فريد قورة، "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية - دراسة نظرية وتطبيقية -"، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص.٩٨.

56- Voir, Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, art-précit, p.139, n°. 13.

-57 راجع في ذلك، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص 154-155.

-58 راجع في ذلك، محمد حسام محمود لطفي، "عقود خدمات المعلومات دراسة في القانونين المصري والفرنسي"، بدون ناشر، 1994، ص 46. مشار إليه من طرف أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص 158.

-59 راجع، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص 163.

60- Voir, Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, art-précit, pp.138-139, n°.11-12.

-61 راجع في ذلك، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص 36-37.

-62 راجع في ذلك، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 139 إلى 144.

-63 راجع في ذلك، عبد الفتاح بيومي حجازي، "النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية: الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 219 إلى 225.

-64 عقد الإشتراك في بنوك المعلومات هو من عقود تقديم الخدمات، ومن ثم هو عقد معاولة يلتزم بمقتضاه المورد أو صاحب قاعدة البيانات - بنك المعلومات - بأن يضع تحت تصرف العميل مقابل إشتراك معين، خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات للحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجاته، راجع في ذلك، محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 31-32؛ للتعرف على خصائص هذا العقد، راجع بالتفصيل، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص 164 إلى 177، وللتعرف على تكييفه القانوني، ص 182 إلى 223.

-65 راجع في ذلك، أيمن مصطفى أحمد البقلي، المرجع السابق، ص 444-445.

-66 راجع في ذلك، أسامة أحمد بدر، "حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 160-162.

-67 منها المادة 04/1 من التوجيه الأوربي 97/07 الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد،؛ والمادة 18-121 L من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، والمادة 19 من القانون الفرنسي رقم 2004-205 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي والتي فرضت على

المارسين للتجارة الإلكترونية أن يبرزوا على مواقع الانترنت التجارية المعلومات المتعلقة بهوية البائع عبر الشبكة وذلك بتحديد مجموعة من البيانات.

68- مضمون المعلومات التي لا بد أن يتضمنه الإلتزام بالإعلام يختلف بين إذا كان الأمر يتعلق بسلعة أو خدمة، فبالنسبة للأول تتمثل في التعيين والمكونات والحجم والوزن والكمية واللون والخصوصيات، أما بالنسبة للخدمة فيشمل الموضوع والمحتوى وتحديد المنطقة التي يغطيها العرض والمدة المحددة للتسليم، وكيفية ومدى توافر السلعة أو الخدمة، وكذا طريقة الاستخدام ونصائحه، وأيضا الضمان وخدمة ما بعد البيع ومدة العقد عندما يكون توريد السلعة أو الخدمة يتم بطريقة مستدامة أو دورية، وهو ما تضمنه البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، راجع في ذلك، أيمن مصطفي أحمد البقلي، المرجع السابق، ص. ٤٤٨.

69- راجع في ذلك، منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص ١٧٢-١٧٣.

70- راجع في ذلك، عبد الفتاح محمد الكيلاني، المرجع السابق، ص ١٢٠، ١٢٤-١٢٥.

71- منها على الخصوص التوجيه الأوربية رقم ٩٧-٧ الخاصة بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد خاصة المادة ١/٤ :

« En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes :c) prix du bien ou service, toutes taxes comprises ;d) frais de livraison, le cas échéant ».

72- المؤرخ في ٢٣ يونيو ٢٠٠٤، ج ر عدد ٤١ الصادرة في ٢٧ يونيو ٢٠٠٤، ص ٣. المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

73- تتعدد الحالات التي يشترط فيها استعمال اللغة العربية مثلا الأحكام والإعلامات القضائية وحتى الوثائق التي تقدم أثناء الدعوى القضائية كلها لا بد أن تكون باللغة العربية وإن كانت بلغة أجنبية فلا بد من ترجمتها، وحتى المرافعات تكون بالعربية اعتمادا على المادة ٠٨ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب قانون ٠٨-٠٩ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨، ج ر عدد ٢١ مؤرخة في ٢٣ أبريل ٢٠٠٨.

74- راجع في ذلك، أحمد عبد الظاهر، "الحماية القانونية للغة العربية"، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٤ وما يليها.

75- تطبيقا للمادة ٧٨ من قانون ٠٩-٠٣ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي تنص: "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار ١٠٠٠٠٠٠٠ د ج إلى مليون ١٠٠٠٠٠٠٠٠ د

ج كل من يخالف إلزامية وسم المنتج المنصوص عليها في المادتين ١٧ و١٨ من هذا القانون.

76- وهو نفس الإتجاه الذي أخذته عدة تشريعات منها: المادة ٠٧ من القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ في شأن حماية المستهلك، والمادة ٠٣ من قانون حماية المستهلك الصادر بقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦،

77 -Loi n° 94-665 du 4 aout 1994 relative à l'emploi de la langue française dite « LOI TOUBON », JO du 5 aout 1994

78 - Tribunal de Police de Paris , 9juin 1997, Assoc.Avenir de la langue française.Défence de la langue française et Ministère public c. Assoc.Georgia Tech Lorraine et autres.Gaz Pal.n°s 292-294 du 19-21 octobre 1997, note Cyril Rojinsky, cité par, Alain BENSOUSSAN, « Internet, aspects juridique », 2 ém édition revue et augmentée, HERMES, 1998, Paris, pp.122-124.

79- وذلك بموجب المنشور الصادر من رئيس الوزراء في ١٩ ماي ١٩٩٦.

80- إما عقود إدارية أو مدنية، راجع في ذلك، رحيمة الصغير مساعد نمديلي، "العقد الإداري الإلكتروني دراسة تحليلية مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص.٩.

81- راجع حول الأمور الجوهرية التي على المشرع احترامها لتحقيق الأمن والاستقرار القانوني، محمد حسين منصور، "نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية مصادر القانون وتطبيقها"، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ص.٢٣- ٢٤.

82- الصادر بموجب ام ٧٥- ٥٨ المؤرخ في ٢٦- ٠٩- ١٩٧٥، والمعدل والمتمم، وقد تمت إضافة المادة ١٤٠ مكرر بموجب قانون ٠٥- ١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥، والتي تنص: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في متوجهه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. يعتبر متتوجاً، كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار لا سيما المتتوج الزراعي والمتتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

83- وهو بالفعل ما أخذ به المشرع اللبناني في القانون رقم ٦٥٩ الصادر في ٤ شباط ٢٠٠٥ الخاص بحماية المستهلك بموجب المادة ٩ منه التي أجازت استخدام اللغة الإنجليزية أو الفرنسية كبديل عن اللغة العربية في حالات محددة.

آلية تصحيح قيود السجل العقاري
بموجب أحكام التشريع العقاري السوري
الدكتورة أمل شربا
أستاذة مساعدة قسم القانون الخاص - كلية الحقوق -
جامعة دمشق

مقدمة:

الهدف الذي توخاه المشرع العقاري السوري من إحداث نظام السجل العقاري هو تأمين الدقة في تدوين جميع الحقوق والأعباء الواردة على العقار، فقرر من أجل ذلك قاعدة مفادها أن الأثر القانوني للحق لا يبدأ إلا من تاريخ تسجيله في السجل. وأمام قسوة قوة قيود السجل العقاري وما يمكن أن تلحقه من ضرر لذوي الشأن، فقد أعطى التشريع العقاري لكل من تضرر من عملية التسجيل العقاري دون سبب مشروع أن يعترض على القيود ويطلب تعديلها، كما أعطى أمين السجل سلطة تعديل قيود السجل تصحيحاً في حالات محددة حصرياً.

مشكلة البحث

تبني المشرع العقاري في سوريا نظام السجل العيني، فقرر أنه لا يعتد بالسند الذي ينشئ حقاً عينياً على عقار إلا بعد تسجيله في السجل العقاري بالطرق التي حددها القانون، وأنه يجب على كل صاحب حق في عقار أن يوثق حقه بتسجيله لدى الجهة المختصة وهي السجل العقاري. وبناءً على ذلك فإن كل من تعامل بعقار من مالكة الذي يحتج على ملكيته لها بصك صادر عن السجل العقاري، لا يمكن أن يوصف بالتقصير في إثبات حقه، فضلاً عن وصفه بالتواطؤ أو المخالفة لأي قانون في حال ثبت وجود أي مخالفات بني عليها ذلك الصك، إلا في حال ثبت التقصير أو المخالفة لأسباب خارجية بموجب حكم قضائي. فقد التزم

تماماً بما أمره به القانون الذي نص على عدم الاعتداد بالسندات العادية وأنه لا حجية في إثبات الحقوق العقارية إلا بالوثائق الصادرة عن السجل العقاري. وهذا أمر ليس محلاً لأي خلاف، إلا أن هناك ظاهرة مزعجة وأضرارها تتفاقم، ويترتب عليها ضياع كثير من الحقوق، ألا وهي ما لوحظ من إشكالات على بعض الصكوك الصادرة من أمين السجل العقاري على بعض العقارات. فكم من الوقائع التي يفاجأ فيها أحد الأشخاص بأنه بعد شرائه لعقار ودفع قيمته من ماله الذي تعب في جنيهه، وكان ذلك الشخص مستنداً على سند صادر من السجل، أن يقال له بعد إتمام هذا البيع، أن الصك الذي تم البيع منه، ليس نظامياً أو فيه مخالفات من نوع، أو آخر، ثم يقال لحامل هذا الصك: إن الصك الذي تحمله لا قيمة له، وتم إلغاؤه، وعليك الرجوع إلى من باعك ومطالبته بإعادة أموالك. في مثل هذه القضايا ذهب الكثير من أصحاب الحقوق حسني النية ضحية لتقصير وإهمال، وأثبتت التحقيقات تورط أمين السجل في ذلك. فهل يتوافق مع قواعد العدالة أن يهدر حق صاحب الحق الذي امتثل للقانون وبذل غاية جهده في توثيق حقه وملكيته لدى السجل العقاري، ليفاجأ بعد عدة سنوات أن السند الذي اعتمد عليه في اكتساب الحق بني على باطل. وهذه المشكلة بما لها من أبعاد وما تنطوي عليه من أضرار جسيمة لحقت بشريحة واسعة من أصحاب الحقوق، تستدعي إتاحة الفرصة الكاملة لهم في التعويض العادل والشامل لكل ما لحقهم من ضرر، ثم بعد ذلك يمكن للدولة الرجوع على كل من ثبت تواطؤه أو مخالفته، وتضمينه ما تسبب فيه من أضرار، سواء أكان المالك الأول للعقار أم غيره ممن تواطؤ معه من موظفي الدولة. وأعتقد أن التطبيق الصحيح لمبادئ القانون يتيح لكل متضرر، الاعتراض على قرار أمين السجل العقاري بسبب عيب القرار الإداري. ولكن ذلك لا يكفي بل لا بد من إعمال القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وملاحقة أمين السجل

بالتعويض عن أخطائه الشخصية¹. والأسئلة التي تثار في هذا الصدد هي كيف يتم اكتساب الحقوق العقارية وتثبيتها؟ وما هي الآثار الناجمة عن الخطأ في تثبيت الحقوق العقارية؟ ومن هي الجهة الملزمة بتعويض صاحب الحق الشرعي عن الأضرار التي تصيبه بسبب هذا الخطأ في تثبيت الحقوق؟ الإجابة على هذه الأسئلة دفعتنا إلى دراسة الأحكام القانونية للتسجيل العقاري وكيفية تصحيح القيود العقارية عند وجود خطأ في عملية التسجيل. وذلك من خلال الفصلين الآتيين:

- الفصل الأول: أصول تعديل قيود السجل العقاري
- الفصل الثاني: الآثار المترتبة على تصحيح القيود العقارية

الفصل الأول

أصول تعديل قيود السجل العقاري

نظراً إلى خطورة الآثار التي تترتب على تعديل القيود العقارية، من حيث تعديل الأوضاع القانونية لأصحاب الحقوق، فقد توخى المشرع الحرص في تقييد وسائل التغيير في بيانات السجل العقاري، وحدد ماهية هذه الوسائل والإجراءات الواجبة الإلتباع. وفي ضوء ذلك كان لا بد من إيضاح ماهية التصحيح وقواعده (وهو ما سنبحثه في المبحث الأول)، ومن ثم سنوضح آلية تثبيت الحقوق وترقيتها في السجل، من خلال المبحث الثاني، وفق الآتي:

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لتصحيح القيود العقارية

وقوع أمين السجل، نظراً لطبيعة مهامه ووظائفه في ميدان التسجيل العقاري، في إغفالات وأخطاء تطال القيود أو التشطيب في

1 - لا توجد رؤية واضحة لدى أصحاب الحقوق فيما يتعلق بقدرتهم على رفع دعوى مدنية على أمين السجل عن خطئه الشخصي، وهذا ما أكده المسؤولون لدى مراجعة مديرية المصالح العقارية في دمشق. إذ لا توجد دعوى مدنية بالتعويض ضد الأمين عن أخطائه الشخصية في إجراء التسجيل.

السجلات والشهادات والصكوك العقارية، دفعت المشرع إلى منحه إمكانية مراجعتها وتصحيحها إما تلقائياً أو بطلب من الأطراف المعنيين. وبالنظر إلى هذه المقتضيات نجد أن قانون السجل العقاري قد لطف من شدة المسؤولية الملقاة على كاهل أمين السجل إذ مكنه من القيام بكل تصحيح يراه مناسباً. من هنا يتبين بأن أمين السجل يتمكن من تدارك كثير من الأخطاء التي قد تثير مسؤوليته دون المساس بحقوق الأختيار حسني النية. كما يمكن للمتضرر الاستغناء عن متابعة أمين السجل، وذلك باللجوء إلى القضاء لطلب إلغاء القيد الخاطئ الذي أضربه أو تصحيحه، ما دام هذا الضرور يتوفر على وسيلة تمكنه من إصلاح الضرر دون الحاجة لمتابعة أمين السجل قصد الحصول على مجرد تعويض مالي لا يقوم في الحقيقة مقام حقه العيني الضائع.

المطلب الأول

ماهية التصحيح

أولاً. تعريف التصحيح: التصحيح هو تعويض عيني: لكل من تضرر في حق اكتسبه على عقار بسبب قيد أو ترقيين حدث بصورة غير مشروعة، والمطالبة بإلغاء هذا القيد أو الترقين. ونظراً إلى أن قيود السجل لها قوة ثبوتية مطلقة، وكان للتسجيل بطريقة غير منتظمة أو دقيقة أن تعرض السجل لعدم الثقة ببياناته، كان من الضروري أن يفرض المشرع على التعديل في القيود أصول صارمة، فأوجب أن يخضع الإلغاء لقرار قضائي يتخذ في المحكمة المختصة وهي محكمة البداية المدنية التي يقع ضمن دائرة اختصاصها أمانة السجل العقاري، وهذه الإجراءات تمنح أصحاب الحقوق حماية عندما يرغبون في تعديل حقوقهم المسجلة أو نقلها، أو عندما يرغب المتعاملون بالعقار الاستناد إلى القيود. فالسجل العقاري هو

1 - هذا ما أكدته المادة ١٥ من القرار ١٨٨. الناظم لأحكام السجل العقاري. والصادر في سوريا عن المندوب السامي الفرنسي بتاريخ ١٥ آذار عام ١٩٢٦.

سند رسمي ثبت فيه الحقوق والقيود المؤقتة، وبواسطته يحمي صاحب الحق حقه من الغصب و التقادم، مما يستدعي أن تكون القيود قد تم تدوينها وفق الأصول القانونية. ولكل من تضرر من تسجيل جرى بصورة مخالفة للقانون الادعاء أمام محكمة البداية المدنية بعدم قانونية التسجيل على الشخص الثالث سيء النية، وعلى أمين السجل العقاري الذي اشترك بإهماله أو بتعمده في إتمام هذا التسجيل غير القانوني. فأخطاء الموظفين لا تكسب أي شخص مركزاً قانونياً يحميه من عقاب القانون، إذا أقدم على اكتساب الحق بطريقة غير قانونية أو بسوء نية، كأن يسجل حقه بناء على عقد باطل أو مزور، ولصاحب الحق المتزوع بطريقة غير قانونية ملاحقة كل من سبب له الضرر في حرمانه من حقه، فيما لو انتقل الحق بأن تصرف المزور بالحق إلى شخص حسن النية، أو المطالبة بإعادة الحق إليه بإلغاء تسجيل سيء النية(بموجب المادة ١٤ من القرار ١٨٨).

ثانياً. أنواع التصحيح: التصحيح نوعان:

- ١- تصحيح موضوعي، يكون بناء على حكم محكمة الموضوع، ومكتسب الدرجة القطعية، وهو ترقين لحق.
- ٢- تصحيح أخطاء مادية قلمية وقع بها موظفو السجل العقاري أثناء قيامهم بالتسجيل وتنظم أحكامه المادة ١٥ من القرار ١٨٨. وهذا تصحيح يتطلب إجراء تسجيل جديد، مثل تصحيح اسم شخص كان اسمه في السجل العقاري يختلف عما قام به من تصحيح لاسمه فيما بعد، على إثر إقامته دعوى تصحيح اسمه أو كنيته وحصوله على حكم من المحكمة المختصة، وهذا النوع من التصحيح لا يطلبه أمين السجل، وإنما يجري بناء على طلب المعاون، ويخضع لتدقيق أمين السجل، وللأخير أن يرفض التصحيح إذا وجد أسباباً تدعو إلى

1 - تقرر المادة ١٤ من القرار ١٨٨ أنه: "يعتبر التسجيل مغايراً للأصول إذا جرى بدون حق. وكل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الادعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث سيء النية"

ذلك ، ويخضع قراره بالرفض للاستئناف عملاً بالمادة ٨٠ من القرار ١٨٨ والمادة ٢٨ من القرار ١٨٩ .

المطلب الثاني قواعد التصحيح

أولاً- سلطة أمين السجل بالتصحيح:

لا يمكن لأمين السجل أن يقبل طلب التصحيح أو تعديل الحقوق المسجلة في السجل العقاري إلا بناء على حكم محكمة أو إذا كانت القيود ناجمة عن أخطاء مادية قلمية ، والمعلومات الواردة سهواً ، أو الأخطاء الناشئة عن عدم مطابقة بيانات الصحيفة العقارية للأوراق الثبوتية المقدمة لتسجيل أو ترقيين الحق من قبل أصحاب العلاقة ، مثال ذلك : القيود المسجلة بصورة غير نظامية كعدم توقيع أمين السجل عليها أو عدم مهرها بالختم ، كذلك نقص اسم الأب أو الأم الناشئ عن سهو أو خطأ كتابي ، أو نتيجة أخطاء وردت في مخططات المساحة كأن ورد رقم مقسم بأنه في الطابق الثاني في حين أنه في الطابق الثالث وسجل ذلك في الصحيفة العقارية^٢. كذلك كأن يسجل للمشتري حصة سهمية أكثر أو أقل مما ورد في عقد البيع ، أو ذكر مساحة العقار أقل من المساحة الصحيحة^٣ (عملاً بأحكام المادتين ٢٩ و ٣٠ من القرار ١٨٩).

1 - تصحيح : " نسبة المالك على صحيفة العقارية رقم ١٤٢٤ يعفور والمسجلة بالعقد ٢٠١١/١٥٩٥ كما يلي : الاسم الخطأ (السعدي) والاسم الصحيح السعدي - الحصة الكامل".

2 - بناء على قرار مدير المصالح العقارية بريف دمشق رقم /٢٦٣/ تاريخ ٢٠١٢/٧/٤ .
" يصحح توضع المقيس (١٠) من العقار ١٦٩٩ على الصحيفة العقارية دار للسكن بالطابق الثالث بدلاً من دار للسكن بالطابق الثاني وتصحيح محاضر التخوم....."

3 - بناء على قرار مدير المصالح العقارية بريف دمشق رقم /٢٨٤/ تاريخ ٢٠١٢/٨/١ .
" تعدل مساحة العقار ٧٩٢ قرحنا على الصحيفة العقارية حيث تصيح ٨٨٠,٠٠ م بدلاً من المساحة المغلوطة ٨٠٠٠,٠٠ م وتصحح محاضر التخوم....."

بناء على قرار مدير المصالح العقارية بريف دمشق رقم /٢٨٥/ تاريخ ٢٠١٢/٨/١ .

ويجري التصحيح حكماً بوضع قيد جديد في تاريخ تدوينه دون أن يكون له أثر رجعي، وإنما يقتصر أثره على تاريخ التدوين (عملاً بأحكام المادة ١٥ من القرار ١٨٨).

ثانياً. الاعتراض على التصحيح:

تبلغ التصحيحات لحامل النسخة الصحيفة، مع إنذاره بوجوب تقديم النسخة لأمانة السجل العقاري، لجعلها مطابقة للصحيفة (المادة ٣٢ من القرار ١٨٩)، إذا يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوي الشأن^١. وفي حال عدم رضا أصحاب العلاقة بالتصحيح الذي قام به أمين السجل، فيمكنهم الاعتراض على التصحيح أمام محكمة البداية المدنية في المنطقة التي توجد فيها أمانة السجل العقاري، فللمحكمة سلطة النظر في قرارات أمين السجل المتعلقة بالتصحيح. ولا يقتصر اختصاص محكمة البداية على النظر بالتصحيح الذي أجراه الأمين، بل تكون أيضاً مختصة بإجراء التصحيح في حال رفض أمين السجل، إذ أنها تعد مرجعاً للطعن بقرارات أمين السجل، فهي صاحبة الولاية على قيود السجل العقاري، وهذه الولاية الإدارية تجعلها تصدر أحكامها في غرفة المذاكرة دون قضاء الخصومة، ويكون قرارها مبرماً غير قابل للطعن بالاستئناف، إلا أنه يبقى لأصحاب المصلحة مراجعة محكمة الموضوع لإثارة دعوى تتعلق بحقوقهم، أي إعادة النظر بالنزاع فيما يتعلق بالتصحيح ليس من الناحية الإدارية، وتعقيباً على قرار محكمة البداية، وإنما لتثبيت حقوقهم من الناحية الموضوعية^٢.

- 1 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - (٩) - أسباب كسب الملكية - دار إحياء التراث العربي - لبنان - ١٩٦٨ - ص: ٤٤٠.
- 2 - قرار محكمة النقض رقم ١٠٧ تاريخ ١٩٦٩ - مشار إليه في: محمد عدنان البيك - شرح نظام السجل العقاري - مكتبة الكشاف - حلب - بلا تاريخ - ص: ٢٥٦ - هامش.

المبحث الثاني

تثبيت الحقوق العقارية

ضمن المشرع سلامة السجل العقاري من الخطأ وعدم الدقة بأن قرر أن التدوين في السجل العقاري هو واقعة مادية قانونية، ويجري بناء على أصول دقيقة يجب أن يكون أمين السجل متمكناً من معرفتها ومصداقاً على كل قيد يتم في السجل¹، ومتحماً نتائج هذا التسجيل بتقرير مسؤوليته عند الانحراف عن الصراط الذي قرره المشرع. وبناء على ما سبق جعل أمين السجل محافظاً على إجراءات تسجيل وترقين القيود العقاري، ومدققاً للسندات التي يبنى عليها التسجيل. وسنظهر. بناء على ما سبق، في المطلب الأول مهام أمين السجل في عملية التسجيل، ومن ثم نتقل لتوضيح دور الأمين في تدقيق ومنح الشهادات التي تعطى لأصحاب العلاقة في سبيل إثبات حقوقهم المدونة في السجل، وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

إجراءات تسجيل الحقوق وترقيتها في السجل العقاري

إن قيود السجل العقاري قابلة للتعديل ضمن القيود التي قررها المشرع. وسنبين إجراءات تسجيل الحقوق وإلغاءها وفق الآتي:

أولاً. أصول التسجيل في الصحيفة العينية العقارية:

وضع المشرع إجراءات لتسجيل الحقوق، والوقائع في الصحيفة العينية العقارية لمنع العبث وتفادي وقوع الأخطاء في السجل العقاري، وليجعل من هذه الوقائع المدونة في السجل العقاري قوة إثباتية تجاه كل شخص مثبت له حق في السجل، وتجاه كل من يتعامل مع صاحب حق مسجل.

1 - عملاً بأحكام المادة ٣٣ من القرار ١٨٨، الناظم لأحكام السجل العقاري، والصادر في سوريا عن المندوب السامي الفرنسي بتاريخ ١٥ آذار عام ١٩٢٦.

أ- فتح السجل العقاري: يختص أمين السجل العقاري بفتح السجل العقاري، فور استلام محاضر التحديد والتحرير في أمانة السجل العقاري¹. حيث يقوم أمين السجل بتدوين محتوى محاضر التحديد والتحرير في السجلات المفتوحة حكماً بدون الحاجة إلى موافقة أحد، وتكون هذه السجلات مصدقة أصولاً من رئيس محكمة البداية المدنية للمنطقة التي يوجد ضمن دائرة اختصاصها أمانة السجل العقاري، وهذا التصديق يعطي السجل العقاري الصفة الرسمية، ويتضمن هذا التسجيل النوع والرقم المتسلسل للعقارات ووصف العقار ومساحته واسم المالك والحقوق التي للعقار، والالتزامات التي عليه. نقلاً من محضر التحديد (عملاً بأحكام المادة ٤ من القرار ١٨٨)^٢. والمعلومات المدونة في الصحيفة العينية العقاري هي عنوان الحقيقة، وتكون الوقائع والحقوق المذكورة فيها موثوقاً بها تجاه الأشخاص الآخرين (عملاً بأحكام المادة ٨ من القرار ١٨٨)، وكل من سجل له حق في هذه الصحيفة، وكل من يتعامل مع من له حق مقيد في الصحيفة، يعد بمنأى عن أسباب نزع الحق منه إلا للأسباب التي عددها القانون^٣.

ب- تسجيل القيد في الصحيفة العقارية: إذا يجري التسجيل في البداية استناداً لأحكام محضر التحديد والتحرير، الذي يعد أساساً لتدوين الحقوق في الصحيفة العينية للعقار، ومن ثم يجري التسجيل استناداً لطرق حددها القانون وهي: ١- الرضا أي اتفاق أصحاب الحقوق -

1 التحديد والتحرير : عملية فنية وقانونية تهدف إلى تحديد البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة والواضحة عن أوصاف العقار المادية والقانونية ، بمعرفة حدوده وقوامه و نوعه الشرعي واسم مالكة وأسباب ملكه والحقوق العينية المترتبة له أو عليه، بما يؤدي إلى تثبيت الحقوق العقارية بصورة نهائية. وتتم هذه العملية من قبل مهندسين فنيين وتحت إشراف القاضي العقاري.

2 - تعطى العقارات أرقام استناداً للرقم الموجود في محضر التحديد للصحيفة العقارية (عملاً بأحكام المادة ٥ من القرار ١٨٨).

3 - الانترنت - " مشروع حماية الملكية العقارية " - إعداد : وليد أبوسيف - ص : ٤.

٢- حكم مكتسب الدرجة القطعية -٣- النص القانوني كما في الاستيلاء والاستملاك والإرث^١. ويكون إجراء التسجيل استناداً للقيود التي تسجل في المكتب المعاون بناء على اتفاقات أو عقود أو طلبات، وهذه العقود لا تسجل في الصحيفة بصورة تفصيلية، بل بصورة مختصرة. فإذا كان العقد تأميناً مثلاً يذكر اسم الدائن المرتهن ومبلغ الدين المضمون بالرهن والفائدة وتاريخ الاستحقاق، وفي حال كان الدين يسدد على أقساط يذكر أن كل قسط مبلغ كذا ويدفع القسط الأول اعتباراً من الشهر كذا، وذلك بعد تدوين عبارة (بحسب شروط العقد). والهدف من ذلك هو إبقاء الصحيفة العقارية جاهزة لتسجيل حقوق أخرى واختصاراً للجهد والوقت بالنسبة لموظفي السجل العقاري، ويذكر إلى جانب ذلك ختم وتوقيع أمين السجل العقاري في الصحيفة، وتاريخ تدوين القيد في الصحيفة (وهذا التاريخ لا أهمية له في تحديد أسبقية العقود، إذ أن العبرة لتاريخ القيد في السجل اليومي)، وحتى لا يكون اعتبارياً فقد قرر المشرع أن يكون التدوين بالخبز الأسود فلا يجوز استعمال القلم الناشف والحك والإضافات، وإذا اقتضى التسجيل تصحيحاً فيسجل شرح جديد بالتصحيح ويصادق عليه أمين السجل بوضع الختم وتوقيعه^٢. وعند إجراء التسجيل لا بد من مراعاة تسلسل انتقال الحقوق، إذ يجب لكل حق حتى يجري تسجيله أن يكون متحصلاً عليه رأساً من صاحب التسجيل السابق (المادة ٢٧ من القرار ١٨٩)^٣.

ثانياً - ترقيين الحقوق المسجلة في السجل العقاري:

هو تسجيل حق جديد بعد إلغاء القيد القديم، فهو قيد يشير بزوال الحق العيني أو بإلغاء إشارة دعوى، والترقيين منوط بإبراز الإسناد القانونية

- ١ - استناداً لنص المادتين ٢٠ و ٢٧ من القرار ١٨٨.
- ٢ - راجع: الانترنت - بارعة إحساس - بحث بعنوان: القيود الاحتياطية في السجل العقاري - ص: ١٣.
- ٣ - يتضمن القرار ١٨٩ تعيين تفرعات تطبيق القرار ١٨٨. وقد صدر في سوريا عن المتدوب السامي الفرنسي بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٢٦.

اللازمة لإجراء القيد، ويجري بوضع خط أحمر تحت القيد المراد ترقيته، ويذكر في حقل خاص بالترقين تأشير يفيد إجراء الترقين، ويدون رقم وتاريخ الصك أو المستند القانوني الذي اعتمد لإجراء الترقين (بموجب المادة ٣٢ من القرار ١٨٩)، كما يجب أن يوضح ذلك بتوقيع أمين السجل والختم. إذا إجراءات الترقين هي ذات إجراءات تسجيل القيد. ولكن صدر بلاغ رقم ٥٠ من وزارة العدل بتاريخ ١٢/٨/١٩٧٤، قيد بموجبه سلطة أمين السجل (مدير السجل العقاري) في شطب إشارة دعوى، دون اللجوء إلى المحاكم. وهذا الرأي مخالف لنص المادة ٢٧ من القرار ١٨٨ والتي أجازت لأمين السجل أن يرقن القيد بناء على صك أو حكم، مما يوجب وقف العمل بهذا الرأي لأنه يعارض أصول التشريع. فالأصل أن البلاغ يصدر من أجل تطبيق القانون، لا لتقيده أو مخالفته.

المطلب الثاني

تدقيق قانونية القيود العقارية

أولاً- التدقيق والتحقق من سلامة القيد:

ليضمن المشرع سلامة تسجيل الحقوق في السجل، فقد فرض أن يكون كل تسجيل في الصحيفة مقروناً بتوقيع أمين السجل بالذات، وإذا لم يتم توقيع أمين السجل على هذا التسجيل فالتسجيل لا يعتد به ويكون باطلاً (المادة ٣٣ من القرار ١٨٨). مما يتطلب قيام أمين السجل بنفسه (وعلى مسؤوليته^١) من التحقق فيما إذا كانت عملية التسجيل والترقين قد روعي فيها الأصول القانونية.

1 - Conveyancing Practice- sweet and Maxwell-LONDON- 2000-pag: 03-

2 - كما تقضي المادة ٧٢ من القرار ١٨٨ بأنه: "على أمين السجل - رئيس المكتب العقاري أن يحقق بنفسه وعلى مسؤوليته عما إذا كانت المعاملات المنصوص عليها في هذا القرار قد انحزت كما ينبغي وكذلك يحقق عن قانونية وصحة المستندات المقدمة مع الطلب. سواء من جهة شكلها أو مضمونها"

كما قرر المشرع لأمين السجل صلاحية رفض التسجيل المخالف للقانون والذي لا تتوافر فيه الشروط القانونية (المادة ٧٤ من القرار ١٨٨). وبعد التسجيل قد جرى خلافاً للأصول إذا تم دون حق مشروع، وعندئذ يجوز لمن تضرر من التسجيل أو الترقين، أن يطلب إلغائها أو تعديلها، ويتم ذلك إذا وافق أطراف العلاقة، وفي حال عدم الاتفاق فيجب على المضرور أن يرفع دعوى إلى محاكم الموضوع، على أنه لا يسري التعديل أو الترقين على الغير حسن النية، الذي اكتسب حقاً على العقار استناداً لقيود السجل^١.

ثانياً - تدقيق ومصادقة السندات العقارية المعطاة لذوي العلاقة:

ليحقق السجل العقاري هدفه في تحقيق العلنية، فقد سمح لكل صاحب علاقة، لقاء دفع رسوم النسخ، الحصول على شهادة أو صورة أو بيان عن المعلومات المدونة فيه، كصورة عن الصحيفة العينية العقارية أو الإشارات المدونة فيه. فعلى أمين السجل أن يعطي لكل مالك (مهما بلغت حصته) صورة كاملة ومطابقة للأصل عن الصحيفة العينية العقارية، وهذه الصورة هي سند تملك، تحرر باسم الشخص ويصادق أمين السجل رئيس المكتب العقاري على صحتها، وذلك عن طريق التوقيع عليها ومهر التوقيع بخاتم أمانة السجل (عملاً بأحكام المادة ٣٤ من القرار ١٨٨). ونذكر هنا أن مديرية المصالح العقارية طبعت نموذج لسند التملك بورق خاص لونه أزرق، ويذكر فيه اسم مالك العقار (وإذا كانت ملكية العقار شائعة تذكر حصة المالك على الشيوخ) والحقوق التي عليه فقط. دون ذكر أسماء المالكين السابقين للعقار والمذكورين في الصحيفة العينية العقارية (عملاً بأحكام المادة ٣٣ من القرار ١٨٩). أما

1 - شفيق طعمة - أديب استانبولي - ملحق التقنين المدني السوري في الأنظمة العقارية - الجزء الأول - الطبعة الأولى - دار الأنوار - دمشق - ١٩٨٨ - ص: ٦١١.

أصحاب الحقوق العينية الأخرى غير الملكية، كالمستفيد والمرتهن وسائر أصحاب الحقوق كالمستأجر، فيأخذون شهادة عن قيد حقوقهم المسجلة. وهذه الصور والشهادات دليل له قوة ثبوتية مطلقة في إثبات الحق لصاحبه، لدى الدوائر الرسمية وتجاه كافة الناس، ولا يعطى لصاحب الحق سوى نسخة واحدة وتسترد عند انقضاء الحق، مما يضمن على قيود السجل العقاري قوة إثبات مطلقة.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على تصحيح القيود العقارية

يجب على أمين السجل العقاري أن يتحقق من قانونية السندات المقدمة لإجراء التسجيل العقاري، وفي حال ثبوت خطأ في عملية التسجيل (مما يستلزم إجراء تعديل) يقع على عاتق الأمين مسؤولية مدنية لتعويض الضرر عن خطئه. كما يمكن ملاحقة الدولة باعتبارها مسؤولة عن أعمال تابعيها أثناء أدائهم لوظيفتهم. ولا تغفل المسؤولية التي يمكن إلقاءها على الغير الذي ساهم بخطئه في الإضرار بأصحاب الحقوق الشرعيين. في ضوء ما سبق، سنتناول في المبحث الأول نطاق المسؤولية عن الخطأ في تثبيت الحقوق، ونتقل لإيضاح آثار هذه المسؤولية في المبحث الثاني.

المبحث الأول

نطاق المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ

في تثبيت الحقوق العقارية

إذا أخل أمين السجل العقاري بالتزام قانوني ترتب عليه قيام مسؤولية مدنية عن تعويض الضرر الذي لحق بصاحب الحق، ويتمثل الضرر بخسارة الحق موضوع القيد أو الترقين. وبناء على ما سبق سنبين في المطلب الأول الطبيعة القانونية لمسؤولية أمين السجل، ونتقل لدراسة أركان هذه المسؤولية في المطلب الثاني وفق الآتي:

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية

المسؤولية المدنية تنهض عندما يتجاوز المرء حدود حقوقه المحددة بالقانون أو بالعقد، ويشكل هذا التجاوز تعدياً على حقوق الآخرين وإضراراً بهم، ويجب التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، مسؤولية تنشأ عن إخلال بالتزام عقدي وتسمى بالمسؤولية العقدية وأخرى تنشأ عن إخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير وتسمى بالمسؤولية التقصيرية، وتعد مسؤولية أمين السجل العقاري ذات طبيعة تقصيرية وذلك لعدم وجود رابطة عقدية. فعند ارتكاب أمين السجل خطأ في تثبيت الحقوق مما يؤدي إلى إلحاق الضرر، إنما يرتكب الفعل الخاطئ باعتباره موظف، ومرتبطة بالإدارة، مما يجعله في مركز تنظيمي، وبالتالي يخضع للقوانين والأنظمة والتعليمات الخاصة بالوظيفة. وإن علاقة صاحب الحق العقاري بموضوع طلب التسجيل مع أمين السجل هي علاقة قانونية تنظيمية تحددها الأنظمة والتعليمات بعيدة عن العلاقة التعاقدية. و صحيح أن صاحب المصلحة على العقار الذي قدم طلباً لتثبيت حق عقاري يعبر عن إرادته في الاستفادة من هذا المرفق العام ولكن عمله هذا لا يمكن بأي حال من الأحوال تكييفه بأنه من قبيل التعاقد، لذا فإن مسؤولية الأمين عن الضرر الذي يصيب طالب التسجيل عن خطئه في تثبيت الحق هي مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية¹ لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بان مال العقار قد اختار أمين السجل حتى ينعقد عقد بينهما.

وبما أن الالتزام في المسؤولية التقصيرية دائماً التزام ببذل عناية وهو أن يكون الشخص يقطاً متبصراً كي لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن

1- الانتزعت- د. بصري هشام- بحث بعنوان: "مكامن الخلل في مجال الحماية القانونية للمحافظ العقاري"- موقع جريدة الصباح المغربية.

هذا السلوك، فإن هذا الانحراف يشكل خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية والمعياري العام للخطأ في الالتزام ببذل عناية هو معيار موضوعي قوامه السلوك المألوف للشخص العادي. وبناء على ما سبق ذكره، الخطأ هو إخلال بالالتزام قانوني يحدته شخص قليل الذكاء و العناية ولا يمكن أن يصدر من موظف عادي معتدل. مما يتطلب أن نضع أمين السجل الذي قام بتثبيت الحق العقاري في الطائفة التي ينتمي إليها هذا الموظف ثم نبحث في هذه الطائفة عن نموذج للشخص العادي متوسط الخبرة والذكاء، ومن ثم نقارن سلوك أمين السجل الذي قام بتثبيت الحق العقاري بسلوك ذلك الشخص العادي.

المطلب الثاني

أركان المسؤولية

إن الحديث عن تعديل قيود السجل العقاري يتطلب تحديد أركان مسؤولية صاحب السلطة بالتسجيل والترقين (أي أمين السجل) وفق ما قرره القواعد العامة في القانون المدني¹، بالإضافة إلى القواعد الخاصة الواردة في قانون السجل العقاري والتي حددت أوجه الخطأ الصادر عن الأمين، وهي على النحو الآتي:-

أولاً- الخطأ: يكون أمين السجل العقاري مخطئ خطأ شخصي إذا صدر عنه سلوك منحرف عن المسلك الصحيح العادي والمألوف، وذلك بهدف تحقيق أغراض شخصية. والخطأ الموجب للمسؤولية ثلاثة أنواع محددة في قانون السجل العقاري بموجب المادة ٩٥ من القرار ١٨٨، وهي على الشكل الآتي:

أ. إهمال تسجيل قيد أو قيد احتياطي أو قيد ترقيين:

ب. موجب القواعد العامة قد يكون الخطأ بفعل إيجابي، أو بفعل سلبي:

1 - تقضي المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري بأنه: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

والخطأ بفعل إيجابي: هو سلوك مادي محسوس يحدثة الشخص ويتضمن إخلالاً بالتزام قانوني، كأن يسجل أمين السجل العقاري على اسم شخص ليس مالكة القانوني.

أما الخطأ بفعل سلبي: فهو سلوك يتخذ فاعله موقفاً سلبياً، كأن يمتنع عن تنفيذ التزام قانوني يأمر بفعل ما، مثال: امتناع الموظف عن أداء التزام قانوني معين. كامتناع أمين السجل عن تسجيل حق لشخص تقدم بالسند القانوني الذي يثبت حقه.

ويلاحظ أن لعبارة إهمال القيد بسجلات الملكية العقارية، أهمية قصوى في هذا الخصوص إذ قد تسجل الإدارة على القيود المطلوبة بصورة متأخرة، فينجم عن ذلك ضرر لصاحب الحق ومثال ذلك أن يتقدم شخص يدعى "أحمد" بطلب تسجيل عقد بيع لتنتقل له الملكية من "غازي" المسجل كمالك للعقار، فيغفل أمين السجل عن تسجيل الحق في الصحيفة العينية للعقار، هذا التغافل قد يؤدي إلى أن يأتي شخص آخر "نبيل" يشتري ذات العقار من "غازي" ويقوم بتسجيل حقه في الصحيفة العينية للعقار، مما يلحق الضرر بالمشتري الأول. فالقيد في الصحيفة العينية العقارية هو الذي يعتد به في اكتساب الحقوق. كذلك فإن علاقة صاحب الحق بالغير تخضع لما هو مدون في السجل العقاري. وبالنسبة للمثال السابق الذكر: يكون حق "أحمد" معدوم تجاه "نبيل"، لكن يستطيع أحمد أن يعود على أمين السجل لمطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر. في حين يتمتع حق نبيل (بعد التسجيل) بقوة ثبوتية من ألفة تجاه الكافة. بحيث إذا خلا السجل العقاري (وبعبارة أدق الصحيفة العينية العقارية) من أي قيد لحقوق رتبها عليه المالك لشخص آخر- سواء أكانت هذه الحقوق أصلية

1 - د. محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- الطبعة التاسعة- مطبعة جامعة دمشق- ٢٠٠١- ص: ٤٩.

أم تبعية - عدت هذه الحقوق غير موجودة بالنسبة للغير، وبالتالي غير نافذة في حقه¹.

ب- إهمال تسجيل قيد أو قيد احتياطي أو قيد ترقيين في النسخ المعطاة لذوي العلاقة: قد لا يتعلق الأمر بمجرد إهمال القيد في التسجيل العقاري، وإنما يعترى عمل السجل خلل فيعطى أمين السجل شهادة دون أن يسجل فيها حق. والشخص الذي تسلم تلك الشهادة يعتقد أنه في مأمن من مجابهته بأي حق يظهر فيما بعد بالتسجيل العقاري ويمكنه التعامل في تاريخ تسلم تلك الشهادة على العقار المعنى بها دون اعتبار لأي حق غير مشمول بها، ثم يظهر له حق مسجل في الصحيفة العينية للعقار، ونتيجة إهمال المطابقة الدقيقة عند نقل المعلومات من الصحيفة للشهادة، يهدر حق حامل الشهادة، ولكن يبقى له حق المطالبة بالتعويض تجاه أمين السجل. فقد اقتضى قانون السجل العقاري أنه إذا أهمل أمين السجل تسجيل حق في الشهادات، وكان من الواجب تسجيله قانوناً، فإن ذلك العقار يظل محملاً بذلك الحق، وتحمل المسؤولية عند الاقتضاء على الدولة وموظفيها. فإن عدم التطابق بين نسخة الشهادة الخاصة الممنوحة لصاحب العلاقة وبين بيانات الصحيفة العقاري لا يعنى للحائز التحلل من الحقوق التي أغفل ذكرها في هذه الشهادة الخاصة حتى ولو شهد أمين السجل مسبقاً بموافقتها للسجل العقاري.

ج- عدم قانونية أو بطلان القيود الاحتياطية و الترقين في السجل العقاري: استناداً لنص المادة ٧٣ من القرار ١٨٨ يجب على أمين السجل العقاري أن

1 - ما يمكن أن يؤخذ به هو البيانات في السجل العقاري فيحصل المشتري على العقار خالياً - من أي عبء.
راجع: اجتهاد قضائي صادر عن مجلس اللوردات البريطاني - في دعوى عام ١٩٨١.

Garry watt-cases and materials- LAND LAW- lack stone -
LONDON- 1998-p:102

يتحقق من صحة المعاملات التي يراد تسجيلها في السجل العقاري، واستيفاءها للشروط القانونية، ومن ثم يدقق في عملية القيد. وفي حال عدم قيامه بذلك وثبتت عدم نظامية القيد أو الترقين يكون مسؤولاً عن حقوق الناس التي هدرت نتيجة تقصيره. مثال ذلك: قيام أمين السجل العقاري بإجراء تسجيل لسند عادي وليس رسمي.

ثانياً - الضرر وعلاقة السببية: أ- الضرر: يقصد بالضرر، الأذى

الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مادية له، إذ لا مسؤولية دون ضرر، ولا تعويض إلا بقدر الضرر. ويشترط في الضرر الذي يصيب صاحب الحق العقاري موضوع التسجيل أن يكون ضرراً مادياً أو معنوياً وشخصياً. ويقصد بالضرر المادي ذلك الضرر الذي يحدث مساساً بشيء ذي قيمة مادية، أي يصيب الأموال أو الذمة المالية للمضرور، والذي يتمثل في ضياع ملكية عقار أو لحق وارد عليه. وكذلك يشترط في الضرر أن يكون الضرر محققاً، أي أن يكون الضرر مؤكداً للحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً أو مستقبلاً، ويكون مستقبلاً إذ كان وجوده مؤكداً وإن تراخى وقوعه إلى زمن لاحق، أما الضرر المحتمل الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل فلا يكفي لقيام المسؤولية المدنية، كذلك يجب أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور أي غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة أما إذا لم يصيب الضرر الحق أو المصلحة المالية المشروعة فلا يجوز التعويض عن هذا الضرر. كما قد يكون الضرر أدبياً، ويتمثل بإحساس الضرور بألم لخسارته عقار قد يكون له قيمة معنوية أهم من القيمة المالية (عملاً بأحكام المادة ٢٢٣ من القانون المدني). وأخيراً يجب أن يكون الضرر شخصياً، فلكي يطالب الشخص بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية يجب أن يكون الضرر

قد أصابه بصورة شخصية، وبالتالي يستبعد الادعاء المبني على ضرر حل بشخص آخر¹.

ثالثاً - العلاقة السببية بين خطأ أمين السجل والضرر: لا يكفي أن يخطئ أمين السجل أثناء قيامه بالتسجيل، وأن يصاب صاحب العقار بالضرر لقيام مسؤوليته المدنية، وإنما يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين خطئه والضرر الذي أصاب الغير، وإلا انتفى ركن من أركان مسؤولية أمين السجل المدنية. وهذا يعني أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ، سواء كان الخطأ ناتج عن فعل جرى بصورة عمدية أو بإهمال، كون روح التشريع والعدالة تأبى أن يتحمل شخص نتائج عمل لم يصدر عنه أو حدث نتيجة لأسباب مستقلة عن فعله. لان توافر ركن الخطأ والضرر لا يعني أن يتوفر ركن السببية أيضاً، بل يستطيع أمين السجل أن ينفي السببية بإثبات أن هناك سبب أجنبي وراء حدوث الضرر. لذا فإذا اثبت أمين السجل بان الضرر الذي أصاب مالك العقار كان نتيجة خطأ المضرور نفسه عندئذ أمين السجل يكون غير مسئول عن الضرر، مثال ذلك أن يوافق مالك العقار على تسجيل رهن في السجل رغم أنه لم يقبض مبلغ الدين المضمون بالرهن، مما يجعل الرهن باطلاً لانعدام سببه².

المبحث الثاني

اثر المسؤولية عن الخطأ في القيود العقارية

إذا كان قرار أمين السجل العقاري بإجراء تسجيل حق بصورة غير قانونية، يرتب جزاءاً يتمثل في تحميل أمين السجل المسؤولية عن

1- راجع: الانترنت - عبد الحق الإدريسي - المسؤولية المدنية الشخصية للمحافظ العقاري - ص: ٧.

2- تقضي المادة ١٦٦ من القانون المدني السوري بأنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير. كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر. ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

أخطاءه الشخصية، فإن ذلك يؤدي حتماً إلى ترتيب جزاء عن هذه المسؤولية في حال ثبوتها ألا وهو التعويض (وهو ما سنبحثه في المطلب الأول)، بالإضافة إلى بعض الوسائل التي تؤدي إلى جبر الضرر مع التخفيف من مسؤولية أمين السجل العقاري، وذلك بإعطاء ذوي العلاقة الحق في توجيه دعوى المسؤولية إلى الدولة أو الغير (وهو ما سنبينه في المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض عن الضرر الناشئ عن خطأ أمين السجل

إن ضمان حقوق أصحاب العلاقة من أسباب الإلغاء الناشئة عن أخطاء يرتكبها أمين السجل العقاري، دفع المشرع العقاري إلى أن يقرر بأن أمين السجل يكون مسئول شخصياً تجاه الغير عن تعويض كل ضرر يحصل من جراء عمله. وسنبين أحكام هذا التعويض على الوجه الآتي:
أولاً- التعويض عن الضرر:

أ- ماهية التعويض: القاعدة العامة أن كل خطأ يرتكبه شخص يسبب ضرراً للغير يترتب عنه جزاء مدني هو التعويض، فالتعويض يوقعه المشرع على الشخص الذي وقع منه الخطأ وقد يكون التعويض نقدياً وهو الغالب أو عينياً وهو ما سنبحثه لاحقاً في المطلب الثاني)، ويجب أن يكون كاملاً وكافياً لتغطية الخسارة التي لحقت بالمدعي المضرور. ويكون التعويض عن كل ضرر مباشر متوقفاً كان أم غير متوقع، لأنه ناشئ عن العمل غير المشروع، كما يتم التعويض عن الضرر المادي والتعويض عن الضرر الأدبي، لما للعقارات من أهمية اقتصادية واجتماعية في مجتمعنا، فقد تتسبب خسارة العقار لصاحبه ألماً يمثل ضرراً أدبياً يمكن جبره بتقرير تعويض مبالغ من النقود. وغالباً ما يلجأ أصحاب الحقوق المضرورين إلى

المحاكم بدعوى التعويض النقدي عن العطل والضرر على مسببه، في حال عدم قدرتهم على استرجاع الحق العيني^١.

ب- تقدير التعويض: التعويض هو المقابل الذي يطالب به المضرور لجبر ضرره، والقاضي هو الذي يقوم بتقدير هذه الخسارة، وشروط استحقاقه بصفة عامة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، كما سبق القول.

فالتعويض النقدي هو الأصل والسمة الغالبة في جبر الضرر الناتج عن مسؤولية أمين السجل. ويقدر التعويض على أساس الضرر وجسامته، لا على أساس الخطأ وجسامته، والقاعدة العامة، في تقدير الضرر هي مراعاة الخسارة التي لحقت المدعي وما فاته من كسب (عملاً بأحكام المادة ٢٢٢ من القانون المدني)، ويتولى تقديره القضاء العادي، أي محاكم الموضوع. وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في عملية تقدير التعويض، كما يعود له سلطة الحكم بقبوله أو النقصان منه أو الزيادة فيه، مادام هو الذي له سلطة تقييم جسامته الضرر، ويقدر التعويض وقت صدور الحكم، وفي حالة عسر أمين السجل فإنه يتم اللجوء إلى إقامة الدعوى على الدولة باعتبارها متبوع بالنسبة للتابع عند تحقيق الشروط العامة للمسؤولية عن عمل الغير^٢.

إذا التعويض يجب أن يشمل ما أصاب المضرور من خسارة نتيجة تهريب العقار إلى اسم شخص آخر، فيتمثل بقيمة الحق الذي خسره. ويجب أن يقدر التعويض بتاريخ وقوعه إلا إذا تفاقم الضرر، كما لو ارتفعت قيمة العقار، فإن القاضي له أن يقدر الضرر بتاريخ الحكم، فيحكم بتعويض يشمل قيمة العقار وقت الحكم^٣.

- 1 - "إذا أقيمت دعوى بفسخ تسجيل..... فلا مانع من تقديم طلب عارض بتصحيح دعوى الفسخ لاستحالتها- إلى دعوى تعويض" قرار لمحكمة النقض السورية رقم ١٧١٣ أساس ٣٣٢٣ تاريخ ١٩/١١/١٩٨٠.
- 2 - عملاً بأحكام المادة ٩٥ من القرار ١٨٨.
- 3 - راجع: أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان- التشريع العقاري السوري- دار الاعتدال-بلا تاريخ- ص: ١١٩.

ثانياً - دعوى المسؤولية:

دعوى استحقاق الحق العيني هي الأصل، ويلجأ صاحب الحق أولاً إلى محاكم الموضوع، للمطالبة بالحق العيني الذي خسره، فإذا لم يتمكن من ذلك فإنه يطالب بالتعويض عن خسارته الحق. وستقوم بعرض الشروط العامة لدعوى المسؤولية وإثباتها، ومن ثم نبين مدة سقوط الحق في إقامتها بالتقادم، وفق الآتي:

أ- الشروط العامة للدعوى:

إن الكلام عن آثار المسؤولية بصفة عامة لا يمكن الحديث عنها إلا ليحقق هذه المسؤولية ذاتياً، بحيث إذا توفرت الأركان التقليدية لها وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية أمكن مساءلة الأمين عن الضرر. ومسؤولية أمين السجل الشخصية لا تخرج عن هذه القاعدة، حيث متى تحققت أركان هذه المسؤولية ترتبت آثارها. بالتالي يمكن أن يباشرها المضرور عن طريق القضاء وذلك بواسطة دعوى التعويض.

والشروط التي تنطبق على دعوى المسؤولية الناتجة عن أخطاء يرتكبها أمين السجل بمناسبة تسييره لمرفق السجل العقاري الناتجة عن الأخطاء التدليسية الناتجة عنه لا تختلف في الشيء عن باقي الدعاوى الأخرى، وهكذا تشترط الإقامة هذه الدعوى تتوفر الأهلية والمصلحة والصفة. فدعوى التعويض عندما تكون الوسيلة الوحيدة لتعويض الضرر عن خطأ أمين السجل، يجب أن ترفع أمام القضاء، حيث يتوجب أن ترفع أمام محكمة مقر عمل أمين السجل، والتي ارتكب في دائرة اختصاصها هذا الخطأ الذي كان سبباً لإثارة مسؤوليته، أو أمام محكمة موطن أمين السجل المدعى عليه. كما أن مسؤولية أمين السجل الشخصية من حالات الإهمال والإلغاء والبطلان المتعلقة بالتسجيل والتقييد في السجلات والشهادات العقارية، وكذا الأضرار الناتج عن تدليسه فيجب مساءلته

عنها أمام القضاء العادي^١. وفي حال عدم رضا المدعي (المضرور) من التعويض الذي يحكم به القاضي، يحق له أن يطعن في الحكم بالاستئناف. ب- إثباتات مسؤولية أمين السجل:

إن إثبات دعوى التعويض تخضع للقواعد العامة، بحيث يجب على المضرور إثبات خطأ أمين السجل أولاً وإثبات ضرره ثانياً مع إثباته لوجود علاقة سببية بين خطأ أمين السجل والضرر اللاحق به. ويقصد بالإثبات هنا إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، وينحصر دور القاضي في أن يزن ما يقدم إليه من أدلة الخصوم في حدود ما يجعل له القانون من سلطة في هذا الصدد لبناء حكمه على أساس الاقتناع الذي يتحصل من هذه الأدلة. وفي باب مسؤولية أمين السجل العقاري فإن المدعي يستطيع أن يثبت العمل غير المشروع الذي قام به الأمين، بكل وسائل الإثبات، سواء الأدلة الكتابية الرسمية أو العادية، والأدلة غير الكتابية كالشهادة (عملاً بأحكام المادة ٥٢ من قانون البينات).

إذاً يجب على مالك العقار أن يقيم الدليل على ما يدعيه بخطأ الأمين بأن يثبت بأن الأخير قد خرق ذلك الواجب القانوني العام الذي يفرضه القانون عليه بعدم إلحاق الضرر بالغير، أو مخالفته للأصول القانونية المستقرة في مجال عمله.

ج- تقادم دعوى المسؤولية:

يرمي المشرع العقاري إلى السرعة في تصفية الحقوق المتعلقة بعين العقار، فقرر أن حق المضرور بالرجوع بالتعويض على مسبب الضرر يسقط بالتقادم. بناء على ما سبق، تسقط دعوى المسؤولية التقصيرية لأمين السجل، والناجمة عن تقصيره في التزامه بتثبيت الحقوق في السجل العقاري

٢- راجع: الانترنت - محمد بن سعود الجذلاني - المسؤولية والتعويض في صكوك الملكية العقارية - ص: ٣.

بمرور خمس سنوات من تاريخ ضياع الحق (عملاً بأحكام المرسوم التشريعي رقم ٤٨ تاريخ ١٠/٩/٢٠٠٨).

المطلب الثاني

مسؤولية الدولة والغير عن التعويض

نظراً لاعتبار المسؤولية الملقاة على عاتق أمين السجل هي مسؤولية ثقيلة وجسيمة فإن هناك بعض الوسائل التي قد تخفف من مسؤولية أمين السجل أو تحد منها، وبالتالي إصلاح الضرر الذي قد يصيب أصحاب الحقوق. وتظهر هذه الوسائل بالتعويض العيني أو ما يعرف بتصحيح وتعديل القيود (وهو ما سبق بحثه في المبحث الأول من الفصل الأول)، في حين سنبين في هذا المطلب الجهات التي تتحمل المسؤولية مع الأمين، كما سنبين الجهات التي تحمل عبء المسؤولية كاملاً دون المرور على رقبة الأمين.

أولاً - مسؤولية الدولة عن الخطأ في التسجيل العقاري:

إذا أقام المضرور دعوى على أمين السجل استناداً للمسؤولية عن الخطأ الشخصي وكان معسراً، يؤدي ذلك إلى ضياع الحق في التعويض. مما دفع المشرع إلى جعل الدولة مسؤولة عند عدم مقدرته على الدفع (عملاً بأحكام المادة ٩٥ من القرار ١٨٨). وسنوضح أحكام هذه المادة وفق الصورة الآتية: المضرور له شخصان بإمكانه الرجوع على أي منهما، أحدهم التابع (أمين السجل) وهو محدث الضرر ومسؤوليته تقوم على خطأ واجب إثباته، والآخر هو المتبوع (مديرية المصالح العقارية) ومسؤوليته تقوم على خطأ مفترض قابل لإببات العكس (عملاً بأحكام المادة ١٧٥ من القانون المدني)، ولا يحتاج المضرور إثباته، مادام أنه قد أثبت خطأ التابع، لأن مسؤولية المتبوع تدور مع مسؤولية التابع وجوداً وعدمياً، كما ويحق للمضرور أن يرجع عليهما معاً فيعتبران متضامنين

عن الضرر الذي أصابه من جراء فعل التابع^١. بناء على ما سبق ذكره، إذا أخطأ أمين السجل، وقرر المضرور الرجوع على أمين السجل وتقاضى منه التعويض، وقف الأمر عند هذا الحد، أما إذا رجع على المتبوع (مديرية المصالح العقارية) وقام المتبوع بدفع التعويض، فيكون لهذا الأخير عندئذ حق بالرجوع على التابع بكل ما دفعه عنه من تعويض للمضرور (عملاً بأحكام المادة ١٧٦ من القانون المدني).
ثانياً - رفع دعوى المسؤولية على الغير :

كفل المشرع للمضرور من التسجيل أو الترتين. استيفاء حقه في التعويض من الغير الذي ارتكب غشاً ليكتسب حقاً بطريقة غير مشروعة (عملاً بأحكام المادة ١٧ من القرار ١٨٨).

فيستطيع المضرور الاستفادة من التعويض دوماً المرور على رقبة أمين السجل، وذلك بإقامته على مرتكب التديس دعوى شخصية بأداء تعويضات. إذ أن المسؤول الثالث قد يكون من الغير، وكسب حقاً على عقار بالتديس أو الغش. ويبقى من المنطق أن يرفع المضرور دعوى ضد المستفيد من هذه الأخطاء الذي كان سيء النية أو استعمل وسائل احتيالية لإيقاع أمين السجل في مثل هذه الأخطاء، ويدافع سوء نية، فإن المستفيد من الأخطاء الناتجة عنها، يعتبر مرتكباً للتديس في مغرمه. ويعد غشاً كل فعل يقوم به شخص ويؤدي إلى تسجيل حق على اسمه في السجل العقاري، وهو ليس صاحبه قانوناً. ويراد بالغش مطلق الضرر سواء كان ناتجاً عن استعمال وسائل احتيال أو بالتزوير أو بمجرد الكذب أو الكتمان أو السكوت^٢، لافتراض الغش في هذه الحالة، مثال ذلك: يعد غشاً إذا

- 1 - د. عادل أحمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها - دار الثقافة - عمان - ١٩٩٩ - ص: ٢٤٦.
- 2 - ٣- الغش كما يكون نتيجة فعل إيجابي فإنه يقع بصورة سلبية أيضاً بسكوت من سجل العقار باسمه مع علمه بأنه ليس له
اجتهاد محكمة النقض السورية رقم ١١٨ تاريخ ١٠/٦/١٩٥٠ مشار إليه في: محمد عدنان البيك - المرجع السابق - ص: ٢٦٤.

قام أحد الورثة بتسجيل عقار لمصلحة جميع الورثة دون حق، وسكت بقية الورثة وقبلوا بالتسجيل الذي تم، فإن هذا الفعل يعطي المضرور الحق بالمطالبة بالتعويض¹. ويبقى مرتكب الغش ملزماً بالتعويض دون غيره، حتى لو سجل العقار على اسمه ومن ثم نقلت ملكية العقار فيما بعد إلى شخص آخر. كذلك يبقى هو المسئول الوحيد، ولو لم يسجل العقار على اسمه في السجل، بل جرى على اسم شخص آخر سواه.

الغائبة

يتولى أمين السجل العقاري المحافظة على الحقوق المسجلة فيه، فلأمين سلطة القيام بتدقيق قيود السجل، وعليه الالتزام بمراعاة الأصول القانونية عند إجراء أي تسجيل أو ترقين. وذلك بهدف تأمين صحة القيود وصيانة حقوق الأشخاص المتعلقة بالعقارات. فلا يجري قيد أو ترقين إلا برضا أصحاب العلاقة أو حكم مكتسب الدرجة القطعية أو القانون، ومن الضروري اتخاذ كافة الإجراءات لإبعاد الخطأ والبطلان والغش عن قيود السجل العقاري. وتبين لنا مما سبق، أنه لا بد من تحديد المسئول عن الخطأ في تسجيل الحقوق العقارية، والزامه بتعويض الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب مالك العقار نتيجة الخطأ في تثبيت حق على العقار. هذا بالإضافة للتعويض العيني المتمثل في إمكانية تعديل وتصحيح القيد الذي جرى بصورة غير صحيحة.

وختاماً لهذا البحث يتضح لنا جلياً أن تحديث السجل العقاري أصبح أمراً ضرورياً لا مفر منه باعتباره يمثل أحد الآليات الأساسية و الضرورية في عملية التسجيل العقاري، دون أن ننسى الدور الفعال الذي يلعبه أمين السجل العقاري في عملية أصبحت اليوم صعبة مخوفة

1 - د. محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - الطبعة الخامسة - مطبعة جامعة دمشق - ١٩٩٣ - ص: ٥٣٥.

بالمخاطر. و نخلص في النهاية لطرح بعض الاقتراحات التي يجب أخذها بعين الاعتبار، وذلك تماشياً للتغيرات المستجدة.
التوصيات:

أولاً: وضع أحكام قانونية خاصة بالمسؤولية التقصيرية لأمين السجل العقاري، في قانون السجل العقاري، لا مجرد تحديد لصور الخطأ. مما يستلزم تحديد أركان المسؤولية، وآثارها.

ثانياً: ضرورة إعادة تنظيم مديرية المصالح العقارية، ووضعها تحت وصاية وزارة العدل، لا وزارة الإدارة المحلية، ولا سيما أن ولاية الرقابة على أعمال التسجيل العقاري تعود لمحكمة البداية المدنية للمنطقة التي يوجد فيها أمانة السجل.

ثالثاً: ضرورة تزويد العاملين في السجل العقاري بكل الوسائل الحديثة لضمان الدقة في عملهم، كتزويدهم بنظام الإعلام الآلي.

رابعاً: يجب إلغاء القرار رقم ٥٠ الصادر عن وزارة العدل بتاريخ ١٢/٨/١٩٧٤، لمخالفته أحكام التشريع العقاري التي قررت سلطة أمين السجل في الترقين بناء على صك أو حكم، في حين أن القرار الوزاري قيد سلطة الأمين في شطب إشارة الدعوى بدون حكم قضائي.

المراجع

أولاً. المراجع باللغة العربية:

- ١- الانترنت - عبد الحق الإدريسي - بحث بعنوان: "المسؤولية المدنية الشخصية للمحافظ العقاري".
- ٢- الانترنت - بارعة إحساس - بحث بعنوان: "القيود الاحتياطية في السجل العقاري".

- ٣- الانترنت - د. بصري هشام - بحث بعنوان: "مكامن الخلل في مجال الحماية القانونية للمحافظ العقاري" - موقع جريدة الصباح المغربية.
- ٤- الانترنت - إعداد : وليد أبو سيف - "مشروع حماية الملكية العقارية".
- ٥- الانترنت - محمد بن سعود الجذلاني - بحث بعنوان: "المسؤولية والتعويض في صكوك الملكية العقارية".
- ٦- أمين بركات سعود- محمد حيدر الصبان- التشريع العقاري السوري- دار الاعتدال- بلا تاريخ.
- ٧- شفيق طعمة- أديب استانبولي- ملحق التقنين المدني السوري في الأنظمة العقارية- الجزء الأول- الطبعة الأولى- دار الأنوار- دمشق- ١٩٨٨.
- ٨- د. عادل أحمد الطائي- المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها- دار الثقافة- عمان- ١٩٩٩.
- ٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- (٩)- أسباب كسب الملكية- دار إحياء التراث العربي- لبنان- ١٩٦٨.
- ١٠- محمد عدنان البيك- شرح نظام السجل العقاري- مكتبة الكشاف- حلب- بلا تاريخ.
- ١١- د. محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية- الطبعة الخامسة- مطبعة جامعة دمشق- ١٩٩٣.
- ١٢- د. محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- الطبعة التاسعة- مطبعة جامعة دمشق- ٢٠٠١.

١٣ - قرارات المدير العام للمصالح العقارية بريف دمشق - عام ٢٠١٢ .
ثانياً - المراجع باللغة الإنكليزية:

- 1- Conveyancing Practice- sweet and Maxwell-LONDON-2000.
- 2- Garry watt-cases and materials- LAND LAW- lack stone -LONDON- 1998-p:102

السرايمهني
بين الإطلاق والنسبية
في التشريع المصري والتشريع المقارن
دكتور
سعيد أحمد علي قاسم
أستاذ القانون الجنائي المساعد - بكلية شرطة أبو ظبي

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَإِذْ أَسْرَ النَّبِيِّ إِلى بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا فَلَمَّا نَبَأَ بِهِ وَأَظْهَرَهُ اللهُ عَلَيْهِ
عَرَفَ بَعْضَهُ وَأَعْرَضَ عَنْ بَعْضٍ فَلَمَّا نَبَأَهَا بِهِ قَالَتْ مَنْ أَنْبَأَكَ هَذَا قَالَ نَبَأَنِي
الْعَلِيمُ الْخَبِيرُ)

(سورة التحريم الآية ٣)

مقدمة

تقتضي أصول ومبادئ الشرف والاعتبار والأمانة الالتزام بعدم إفشاء الأسرار لاسيما السر المهني . حيث تكمن أهمية السر في اتصاله الوثيق بالحياة الخاصة للفرد ، فهو من أهم جوانب الحرية الشخصية . والأصل أن لكل فرد الحق في الاحتفاظ بأسراره . وله إن شاء أن يدلي بها أو يبعثها إلى من يشاء ممن يثق بهم ، فهو ضرورة للحفاظ على ثقة الشخص المراد العناية به^(١) . وأن حماية الحياة الشخصية للأفراد وأسرارهم سبب كافٍ لفرض واجب الحفاظ على السر المهني .

- (1) C'est une nécessité pour instaurer et maintenir la confiance de la personne soignée Il permet d'assurer la pleine liberté du recours aux professions médicales et paramédicales. Le respect du secret professionnel est pour l'infirmière, comme pour le médecin, une obligation à la fois morale et juridique.=

ولقد عبر سقراط عن كتمان السر بأنه أكثر مشقة من إمساك جمرة متوهجة داخل الفم^(١). ولأن الحياة الخاصة للأفراد قد أصبحت مهددة بالكشف عنها وعن أسرارها وخصوصياتها ، بعد أن كانت في الماضي يكسوها الخفاء لاعتبارات دينية وأخلاقية ، وقد عرفت جريمة إفشاء السر المهني شيوعاً في العصر الحديث ، مما حدا بالقضاء الجنائي إلى التدخل في تفسيرها ، وبالمشروع إلى احتوائها وتنظيمها.

أعطت الشريعة الإسلامية السر جل اهتمامها وأمرت بحفظ الأسرار وكتمانها ، سواء ما كان يتعلق بحق الأفراد في ذلك أو حق المجتمع في حفظ أسرارها التي تمس مصالحه ، وقد اعتبر الإسلام السر أمانة لدى من استودع حفظه ، وهذا ما تقتضيه آداب التعامل بين الناس ، لما في ذلك من الثقة المتولدة داخل نفس صاحب السر أن المؤمن عليه سيحفظه ويكتمه ، وفي رواية عند أبي داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس : مجلس يسفك فيه دم حرام ، أو يستحل فيه فرج حرام ، أو مجلس يستحل فيه مال من غير حله"^(٢).

فبات من الضروري أن يفرض القانون عقاباً على كل من يُصيّب أي شخص في سمعته وكرامته ، وعلى من يخون الثقة التي وُضعت فيه ، فيقوم بإفشاء السر المهني الذي ائتمن عليه غير مكترث لما يترتب على ذلك من فضائح أو إساءة إلى السمعة والكرامة ، وتفريق بين العائلات ، غير مهتم بمبادئ الشرف والاعتبار والأمانة.

= <http://www.infirmiers.com/etudiants-en-ifsu/cours/cours-soins-infirmiers-secret-professionnel.html>. 07.04.2009 | Mise à jour le 14.04.2009

(1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص ١٤.

(2) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني - سنن أبي داود - إعداد فريق بيت الأفكار الدولية في مجلد واحد - الرياض - كتاب الآداب - باب تقل الحديث - حديث رقم ٤٨٦٩ ص ٥٢٩.

ومن هنا ينشأ الالتزام على المعهود له بالسر أن يكتمه ، لأن حفظ السر ميزة من المزايا الاجتماعية ، التي تصبح بمجرد الإدلاء بها واجباً أخلاقياً هاماً ، عندما يقبل الشخص أن يكون مستودع أسرار غيره ، بسبب المهنة ، فهي من أهم السلوكيات المهنية التي يجب أن يتحلى بها . كثيراً ما يجد الفرد نفسه مضطراً إلى إباحة سره إلى غيره للعلاج أو الدفاع عنه ، كما هو الحال عندما يلجأ لأشخاص بعينهم من ذوي المهن كالأطباء والمحامين وغيرهم ، هنا لا جدال في أن السرية تمثل تطبيقاً بل ضرورة للثقة المعهودة في هذه المهن ، وإفشاء السر يشكل خيانة لهذه الثقة ونقصاً من مبادئ الشرف والأمانة. وينهض النظام القانوني في أي مجتمع على مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات فيما بين أفراده ومؤسساته ، فتضبط سلوكهم وتحدد حقوقهم والتزاماتهم⁽¹⁾.

ولما أصبحت التشريعات تؤمن بضرورة إضفاء الحماية الجنائية للسر المهني ، فما الأساس القانوني لحماية السر المهني ، وما الهدف التشريعي المرجو من هذه الحماية ، وإذا كان الهدف من الحماية الجنائية للسر المهني هو الحفاظ على المصالح الاجتماعية ، وذلك بإقرار جزاءات في كل حالة يتم فيها الإخلال بالالتزام بكتمان السر ؛ فهل يمكن الحديث عن حدود الحماية الجنائية للسر المهني .

موضوع البحث ونطاقه :

لاشك أن لكل إنسان أسرار الخاصة التي يرغب في عدم معرفة الغير بها أو الاطلاع عليها ، ونجد بعض المهن والأعمال تتطلب الاطلاع على سر من أسرار الشخص الخاصة التي لا يريد أن يطلع عليها أحد كالأطباء والمحامين والموظفين العموميين ، على سبيل المثال وليس على

(1) عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات - الحماية الجزائية للأسرار المهنية في أنقانون الأردني - دراسة مقارنة - رسالة للحصول على درجة الماجستير - جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا - كلية الحقوق - عمان ٢٠١٠ ص ١٠ .

سبيل الخصر، لوجود فئات عدة تدخل تحت المهن التي تتطلب عدم الإفشاء بالأسرار.

لقد تناول المشرع المصري جريمة إفشاء السر المهني في المادة ٣١٠ من قانون العقوبات فقد نص على أن "كل من كان من الأطباء أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاءه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري".

وفي إطار التشريعات المقارنة، جاء قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٤م بنص عام ومطلق يُجرم كل إفشاء لأي سر مهني وهو نص المادة ٢٢٦ - ١٣ منه الذي قضى بأن "إفشاء المعلومات السرية من قبل شخص هو مودع إليه أو موظف الدولة، إما بسبب وظيفة أو مهمة مؤقتة، يعاقب بالسجن سنة واحدة و١٥، ٠٠٠ € غرامة"^(١).

ووفقاً للقانون الفرنسي بشأن آداب مهنة الطب والمتخصصين في الرعاية الصحية مثل الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والصيدالة والقابلات والمرضات والخفر، والإسعاف، والسكرتارية الطبية، وتقنيي التصوير الطبي (الأشعة)، يجب عليهم الصمت وعدم إفشاء المعلومات الشخصية التي تحصلوا عليها سواءً من الملاحظة أو الاستنتاج؛

(1) النص الفرنسي الجديد

"La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende." Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs.

الجريدة الرسمية في ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٠م.

وسيتم معاقبة أي خرق من قبل المؤسسات المهنية التي تعتمد عليها . ولكن أيضا من قبل المحكمة العليا⁽¹⁾.

ونرى أن المشرع الفرنسي يميل إلى التشدد في العقاب على هذه الجريمة حيث رفع العقوبة على هذه الجنحة لتصبح الحبس سنة والغرامة € ١٥,٠٠٠⁽²⁾.

ويرى الباحث أن الفرق بين النص المصري والنص الفرنسي ، في أن الأول قد أعطى للقاضي سلطة الاختيار في توقيع العقوبة بين الحبس والغرامة ، بينما الأخير لم يجعل للقاضي حرية في الاختيار بل ألزمه بتوقيع عقوبتي الحبس والغرامة معاً ، ونحمد ذلك للمشرع الفرنسي لما في ذلك من اهتمام المشرع الفرنسي بأهمية الحفاظ على السرية المهنية لحماية الحريات الشخصية والحياة الخاصة ، كما نأمل من المشرع المصري أن يحدو حذو نظيره الفرنسي .

وسوف نتعرض للسرية المهنية بين الإطلاق والنسبية من الناحية الجنائية فقط ، غير متناولين له من الناحية المدنية أو الناحية التأديبية ، لأن الاتجاه السابق كان يُنادي بإطلاق السر المهني ، وأصبح الاتجاه الحديث يقول بنسبية السر المهني ، ونظراً لأهمية السر المهني يبحماتهم من أجل حماية مصالح الأفراد والمؤسسات ، حيث ينشأ السر المهني من أجل المصلحة العامة .

(1) http://fr.wikipedia.org/wiki/Secret_professionnel.

(2) لقد كانت المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي القديم ، تنص على أن الأطباء والجراحين وضباط الصحة والصيدلة ، والقابلات وجميع الأشخاص المؤقتين على الأسرار بموجب وضعهم أو مهنتهم ، الذين خارج الحالات التي يلزمهم أو يحميمهم فيها القانون ، يقدمون على إفشاء هذه الأسرار يعاقبون بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة تتراوح بين ٥٠٠ و ٣٠٠٠ فرنك . وقد تم تشديد العقوبة فنصت على أن العقوبة هي الحبس الذي لا يقل عن شهر ولا تتجاوز ستة أشهر ، والغرامة التي لا تقل عن ٥٠٠ فرنك فرنسي ولا تتجاوز ١٥٠٠٠ فرنك فرنسي .

سوف نتطرق للسر المهني من خلال التعرض للنطاق الموضوعي لهذا الالتزام ، حيث أن طبيعة موضوع السر هي التي تحدد معيار الالتزام بالسرية^(١)، وإما لضرورة هذا السر أو لخطورة إفشائه على المصالح سواء الخاصة والمتعلقة بصاحب السر أو مصلحة المجتمع من أن واجب المهنة يستتبع بالضرورة الحفاظ على السر، لذا فقد فرض المشرع على مجموعة من الوقائع الالتزام فيها بالسرية.

وأما النطاق الشخصي للالتزام بالسر المهني حيث حدد المشرع المصري في المادة ٣١٠ من قانون العقوبات -وكما كان ذلك مُحدداً في قانون العقوبات الفرنسي القديم في المادة ٣٧٨- أصحاب المهن الملتزمين بكتمان الأسرار المهنية وعدم إفشائها ، كالأطباء أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم ممن يكون مودعاً إليه سر خصوصي بمقتضى صناعته أو وظيفته ائتمين عليه .
مشكلة البحث:

يتضمن موضوع السر المهني بين الإطلاق والنسبية الكثير من المشكلات التي تقف في بعض الأحيان عائقاً لتحقيق الحماية الكاملة له . فمن أهم هذه المشكلات تحديد معيار معين نستطيع من خلاله تمييز السر المهني، وبيان نطاق الحماية اللازمة له ، وكذا المصالح التي يريد المشرع إحاطتها بسياج هذه الحماية الجنائية ، وإلى أي مدى يمكن الإباحة أو الإفشاء بهذا السر .

لذا سوف نتناول هذا الموضوع في التشريعين المصري والفرنسي ، وكذا رأي الفقه حول مفهوم السر المهني، فقد اختلفت الفقه حول المعيار الذي يحدد مفهوم السر المهني ، ومدى تأثير ذلك على الجزاء الذي يجب

(1) Pierre et Marie Curie ,le secret professionnel et partenariat font- ils bon ménage? Diplôme Universitaire « Adolescents difficiles approche psychopathologique et éducative »Année Universitaire 2010-2011,p.5.

توقعه على من يُفشي السر المهني ، وأيضاً تحديد الأسباب التي تجعل من إفشاء السر المهني مباحاً - طبقاً لنص القانون - وبالتالي لا يخضع لتوقيع العقاب ، أم يدخل ضمن جريمة إفشاء السر المهني ويستحق من أفشى السر المهني توقيع العقوبة عليه.

خطة البحث :

يفرض علينا تناول هذا الموضوع أن نتبع المنهج الوصفي التحليلي للنصوص التشريعية في التشريع المصري والفرنسي ، وذلك لبيان التنظيم المناسب لحماية السر المهني ، وهل يكون السر المهني سراً مطلقاً لا يجوز البوح به لأي سبب من الأسباب ، أم هو سراً نسبياً يمكن إفشائه والبوح به في ظروف معينة يتم تحديدها بنص القانون دون التعرض للمساءلة الجنائية.

ومن دراسة النصوص تبين لنا أن المشرع المصري لم يتعرض لتعريف السر المهني ، وحسناً فعل ، حيث تختلف المعايير التي تحدد مفهوم السر المهني ، من حيث الضرر أو من حيث المصلحة التي يريد المشرع حمايتها ، أو من حيث التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعلومة أو من حيث الاعتماد على إرادة صاحب السر في استمرار الأمر سراً^(١).

ومن هنا تدخل الفقه بمحاولات متعددة للوصول لتحديد المعيار الذي يحدد مفهوم السر المهني ، ومن ثم تعريف السر المهني الذي يريد المشرع إحاطته بسياج الحماية الجنائية ، ولأمراء في أن هذا الموضوع يتطلب تناول دراسة ماهية السر المهني ، وذلك من خلال التعرض للمعايير التي تحده ، ومن هم أمناء السر ، وماهي المصالح التي يحميها القانون من هذه الجريمة .

لهذا سوف نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث نتعرض في المبحث الأول إلى ماهية السر المهني لتتعرف على المعايير التي تحدد السر المهني ،

(١) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٤٠.

ومن هم الأمانة على هذا السر وهل خصهم المشرع دون غيرهم بكتمان السر المهني ، وما هي المصالح التي يراد حمايتها بتجريم هذا الفعل . والمبحث الثاني تنصدي فيه لأساس الالتزام بالسر المهني من خلال تناولنا لنظرتي العقد والنظام العام ، وأما المبحث الثالث فتناول فيه الاستثناءات الواردة على السر المهني ، وذلك على النحو التالي :

- المبحث الأول : ماهية السر المهني .
- المبحث الثاني : أساس الالتزام بالسر المهني .
- المبحث الثالث : الاستثناءات الواردة على السر المهني .

المبحث الأول

ماهية السر المهني

تمهيد:

لما كانت حماية الحقوق والمصالح التي يريد المشرع إحاطتها بنوع من الحماية الجنائية هي الغاية من التشريع ، فقد نص المشرع على وسائل متعددة ومختلفة تختلف باختلاف الظروف وما يعتبر سراً بالنسبة لشخص قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر ، وما يعتبر سراً في ظروف معينة لا يعتبر كذلك في ظروف أخرى^(١) .

قد نص المشرع المصري في المادة ٣١٠ من قانون العقوبات على أنه " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاء في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري . ولا تسري أحكام هذه المادة إلا في الأحوال التي لم يرخص فيها قانونا بإفشاء أمور معينة كالمقرر في المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية "

(١) دكتور / محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - الطبعة الثامنة ١٩٨٤م ص ٤٢٥ .

وتناول المشرع الفرنسي أيضاً في قانون العقوبات الجديد الصادر في ١٩٩٤^(١) في القسم الرابع تحت عنوان تحقيق السرية في الفقرة (١) "تحقيق السرية المهنية" في المادة ٢٢٦ - ١٣^(٢) الكشف عن المعلومات التي لها طابع السرية بواسطة شخص موظف بالدولة، أو بسبب وظيفة أو مهمة مؤقتة، يُعاقب بالسجن سنة واحدة و ١٥,٠٠٠ € غرامة^(٣).

المادة ٢٢٦ - ١٤ تنص على أن المادة ٢٢٦ - ١٣ لا تنطبق في الحالات التي يشترط القانون أو يخول فيها الكشف عن السرية^(٤).

ويتبين من نص قانون العقوبات المصري في المادة ٣١٠ أن هناك فئات معينة من أصحاب المهن ممن يطلعون أو يعرفون أسراراً عن أشخاص يأتمنهم على هذه الأسرار بسبب هذه المهنة، وقد حدد المشرع أصحاب المهن كالأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل وغيرهم ممن أودع لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر ما؛ ومن هنا نرى أن المشرع قد أحاط أسرار معينه يتوجه أصحابها مضطرين تحت وطأة الحاجة والعوز إلى الإدلاء بها إلى أصحاب هذه المهن، ويأتمنونهم عليها ثقة في هذه المهن بسياج الحماية الجنائية.

وقد تضمنت كافة الشرائع والقوانين واجب الحفاظ على الأسرار وتجريم إفشائها، ليس فقط لحماية صاحب السر ومكانته ومركزه وشرفه

(1) www.Legifrance.gouv.fr version en vigueur au 11-10-2-12

(2) المعدل بالمرسوم رقم ٢٠٠٠ - ٩١٦ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ - المادة ٣ (V) الجريدة الرسمية في ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٠ في ١ يناير ٢٠٠٢.

(3) La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

(4) L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. www.Legifrance.gouv.fr

، وفقاً للمادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي "أن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة"^(١)؛ بل وأيضاً لصيانة وحماية المصلحة العامة في المجتمع ، وعدم تعريض سمعة المهن والمراكز السامية النبيلة للإهانة أو لعدم الثقة والاحترام ، كالطب والمحاماة والقضاء وبعض الوظائف العامة وغيرها.

فإن لم يجد المريض طبيياً يركن إليه عند الكشف عليه ويطلع على ما أصابه من مرض لعلاجه ، فهو يضع فيه الثقة ويودعه سرّه ، أو لم يجد المتهم محام يطمئن إليه ويصارحه بسرّه لمعرفة كل شيء عن القضية حتى يتمكن من الدفاع عنه ، لأدى ذلك إلى المساس بحقوق الإنسان والإضرار بالمجتمع ككل^(٢).

تعريف السر:

السر في اللغة هو ماتكتمه وتُخفيه ، أسره : كتمه ، وأسر إليه حديثاً: أوصله وأعلمه . وفي التنزيل العزيز (وإذ أسر النبي إلى بعض أزواجه حديثاً)^(٣). والسر ما يستره المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها^(٤). وهو أيضاً ما يُكتم كالسريرة ، والجمع أسرار وسرائر^(٥).

(1) "Chacun a droit au respect de sa vie privée". Créé par Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803 . Modifié par Loi 1927-08-10 art. 13 . Modifié par Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 - art. 22 JORF 19 juillet 1970. Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994. <http://www.legifrance.gouv.fr/>

(2) <http://khabouzia1.maghrebarabe.net> في موضوع

جريمة إفشاء الأسرار المهنية بتاريخ ١٤ أغسطس ٢٠١١.

(3) سورة التحريم الآية ٣.

(4) المعجم الوسيط - الجزء الأول - الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - مطابع الأوفست بشركة الإعلانات الشرقية - باب السين ص ٤٤٢.

(5) مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط - الجزء الثاني - الطبعة الثانية ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م - مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - فصل السين - باب الرء ص ٤٨.

والإفشاء للسر هو كشفه وإطلاع الغير عليه ، ويتحقق الإفشاء إذا تم الإعلان عنه بأي طريقة كالنشر في أي جريدة بطريقة تنم على الشخص صاحب السر^(١).

ولقد عرف الفقه الإيطالي السر " بأنه صفة تخلع على موقف أو مركز أو خبر أو عمل ، مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن له حق العلم به وبالنسبة لمن يقع عليه الالتزام بعدم إفشائه^(٢).

أما الفقه الفرنسي فقد عرفه بأنه كل أمر يعهد به إلى ذي مهنة على سبيل السر ، وأضاف آخر ويضرب إفشاؤه بالسمعة والكرامة^(٣) ، وأيضاً شاع تعريفه في الفقه الفرنسي بأنه " النبا الذي يجب إخفاؤه حتى ولو لم يترتب على إفشائه إضرار بالسمعة أو الكرامة ، وكان غير مشيناً بمن يريد كتمانها أو مزريراً ، بل قد يكون مشرفاً لمن يريد كتمانها^(٤).

بينما عرف الفقه المصري في جانب منه السر المهني بأنه " واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص ، إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق"^(٥).

(1) جندي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الثاني - دار إحياء التراث العربي - بدون تاريخ نشر - ص ٤٦.

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٤٠.

(3) دكتور / أسامة قايد - المسئولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - دار النهضة العربية - ١٩٨٧م ص ٤.

(4) E.Garcon "Code penal Annote" 1956 Art 378, No 30.

مشار إليه دكتور / أسامة قايد - المرجع السابق ص ٥.

تعريف آخر:

C'est l'interdiction faite à certains professionnels de révéler ce qu'ils ont appris dans le cadre leur profession.

http://fr.wikipedia.org/wiki/Secret_professionnel.

(5) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - ١٩٨٨م ص ٧٥٣.

ومعنى ذلك أن تكييف الواقعة بأنها سر يعتمد على ضابط موضوعي لاعلى ضابط شخصي ، فالمرجع إلى المقاييس العامة المتعارف عليها في المجتمع ، وهذا الضابط في اعتبار الواقعة سرًا له شقين : يتعلق الأول منهما أن يكون نطاق العلم بها محصوراً في عدد محدد من الأشخاص، أما الشق الثاني فيتعلق بوجود مصلحة مشروعة في إبقاء العلم بالواقعة في ذلك النطاق .

وهذا يعني أن العلم بالواقعة موضوع السر المهني محصوراً في عدد محدد من الأشخاص ومعينين ، فالمرض الذي يُعاني منه شخص ما يُعد واقعة يكون نطاق العلم بها محصوراً بين المريض والطبيب الذي يقوم بعلاجه . ومن حق المريض قانوناً أن تظل هذه الواقعة سرّاً بينهما . كما تنطبق السرية أيضاً على العاملين في مجال الصحة الذين تتطلب مواقعهم ووظائفهم الاطلاع ومعرفة هذه الأسرار مثل من يعملون في المختبرات والمعامل⁽¹⁾ .

فإذا كانت هذه الواقعة معروفة أو معلومة لعدد آخر من الأشخاص بدون تمييز فتتفني بذلك صفة السرية ، وعندما تصبح الواقعة معلومة لعدد كبير من الأشخاص غير محدد فلا يضيف الإفشاء بها مزيداً إلى نطاق العلم بها فتصبح بذلك علنية ، والعلنية تعني بالضرورة زوال السرية⁽²⁾ . وذهب رأي آخر إلى أن الالتزام بالسر لا يقوم إلا بالنسبة إلى الوقائع التي يعهد بها العميل إلى طبيبه أو محاميه بموجب العقد المبرم بين مودع السر والمؤمن عليه ، ويقبل بمقتضى عمله المهني أن يتلقى أسرار العملاء وحفظها مصونة لديه ، ويطلب منه مودعها ، إما صراحة أو ضمناً ، ألا يذيعها أو يفشيها⁽³⁾ .

(1) <http://www.anfe.fr/index.php>. 10-10-2012.

(2) دكتور/ محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٥٤.

(3) دكتور/ عبد الراضي محمد هاشم عبد الله - المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - ١٩٩٤م ص ٣١٥.

والسر يكمن في الالتزام المهني بعدم الكشف عن أي معلومات سواءً الطبية أو الخاصة بشأن الشخص الذي يعتني بهم ، فالالتزام بالسرية المهنية على حدٍ سواء من الناحية الأخلاقية أو القانونية فهو الحفاظ على علاقة الثقة القائمة بين الطبيب مقدم الرعاية والمرضى المُعتنى بهم⁽¹⁾ . ويرى الباحث أنه يمكن تعريف السر المهني : بأنه الوقائع والمعلومات التي يبوح بها العميل أو تصل لعلم صاحب المهنة بمناسبة مهنته وبسببها ويرغب العميل في أن تكون هذه الوقائع والمعلومات في طي الكتمان . وهكذا لا يكون السر المهني كذلك إلا إذا كانت هناك صلة مباشرة بين علم صاحب المهنة بالواقعة موضوع السر وممارسة المهنة ، فالطبيب الذي يكتشف وجود مرض خطير يُعاني منه أحد مرضاه أثناء الكشف عليه وإطلاعه على تقارير الأشعة والتحليل ، وأيضاً المحامي الذي يطلع على معلومات تمس أحد موكله سواء أثناء إطلاعه على أوراق القضية أو إذا قام موكله بالإفشاء بها إليه لثقتة في أن محاميه الذي يتولى الدفاع عنه يُحافظ على سره ؛ فيلتزم كلٌ منهما بالحفاظ على السر المهني لوجود هذه الصلة المباشرة .

فلكي يلتزم الطبيب أو المحامي مثلاً بواجب السرية يجب أن تكون ممارسة المهنة هي التي خولته الاطلاع على تلك الأسرار⁽²⁾ . لذا سوف نعرض في هذا المبحث "ماهية السر المهني من خلال ثلاث نقاط رئيسة تنحصر في المعايير التي تحدد مفهوم السر المهني كما عرضتها نظريات الفقه المختلفة لتعريف السر المهني ، ثم نتطرق بعد ذلك للأمناء على السر المهني ، وأخيراً نتناول المصالح التي يشملها القانون بالحماية الجنائية للسر المهني ، وذلك على النحو التالي :

(1) <http://www.anfe.fr/index.php.10-10-2012>.

(2) دكتور /رايس محمد - مسئولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٥ العدد الأول ٢٠٠٩م ص ٢٥٢ .

- المطلب الأول: معايير تحديد مفهوم السر المهني.
- المطلب الثاني: الأمانة على السر المهني.
- المطلب الثالث: المصالح المحمية بالقانون للسر المهني.

المطلب الأول

معايير تحديد مفهوم السر المهني

قبل تناول المعايير التي تحدد مفهوم السر المهني يجب التعرض لإمهاية الإفشاء، والتي تعني الكشف عن السر والاطلاع عليه من قبل الغير، والذي لا يرغب صاحب السر وهو صاحب المصلحة في عدم إفشائه وكتمائه^(١).

فالإفشاء يعني الإفشاء بمعلومات كافية ومحددة للغير، ويتحقق الإفشاء إذا تم الإعلان عن السر بأية وسيلة دون تحديد الشخص الذي يهمله كتمائه؛ ولم يتطلب المشرع ذكر اسم صاحب السر، وإنما يكفي بكشف بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده^(٢).

فقد يكون الإفشاء في الصحف والمجلات العلمية، وهذا المصلحة العلم، وهذا يتطلب عدم ذكر أسماء أو أعراض أو أوصاف يمكن من خلالها التعرف على شخصية أو هوية صاحب السر. كما أن السر قد يكون عن طريق الرسائل الخاصة بين الطبيب والمريض أو المحامي وموكله، فلا يمكن إفشاء هذه الأسرار كذلك، حتى لو كان الإفشاء بأن يكشف الطبيب لزوجته المريض عن أسرار المرض^(٣).

(1) Commentaire d'arrêt LA VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL, Cass. Crim. 7 mars 1989. Crim. 19 nov. 1985, Bull. crim. N° 364

(2) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق ص ٣٦.

(3) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق ص ٣٦.

ولقد اختلفت آراء الفقه حول المعايير التي يمكن أن تحدد مفهوم السر المهني ، والنص الوارد في المادة (٣١٠) في التشريع المصري قد يجعلنا نقول بأن العلاقة بين صاحب السر والمؤمن عليه كالوديعة، فقد عرفت المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري عقد الوديعة بأنه "عقد يلتزم به شخص أن يتسلم من آخر شيء ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء" ، فهي علاقة من نوع خاص ، وذلك عندما ذكر المشرع كلمة "مودعاً إليه" وهي علاقة إرادية تخضع لإرادة المودع في أن يضع سره بإرادته إلى من يراه أهلاً لكتمانها ، فهو التزام يقع على عاتق المودع عنده بعد أن تتعقد الوديعة.

فمنهم من ذهب إلى أن المعيار الذي يحدد مفهوم السر المهني هو الضرر الذي يصيب صاحب السر بسبب إفشاؤه ، ومنهم من ذهب إلى أن معيار التفرقة هي المصلحة في تحديد السر المهني أي الاعتماد على إرادة صاحب السر في أن يبقى أمره سراً لدى من ائتمنه عليه^(١).

فأساس جريمة خرق السرية المهنية ليست فقط لحماية المصالح الخصوصية للشخص الذي يطالب بأن تكون حياته الشخصية على قدر من السرية أو المحافظة على ما يمس سمعته وكرامته ، ولكن لحماية النظام العام ككل والنظام العام الاجتماعي.

وستتناول هذا النظريات التي تناولت المعايير المختلفة لتحديد مفهوم

السر المهني ، وذلك على النحو التالي :

- أولاً : نظرية الضرر .
- ثانياً : نظرية المصلحة .

أولاً : نظرية الضرر:

لقد ذهب بعض الفقه إلى أن إفشاء السر لا يُعد جريمة إلا إذا كانت الواقعة موضوع الإفشاء ضارة من وجهة نظر الغير ، فالسر هو ما يضر

(١) دكتور/ محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٥٤.

إفشاؤه بسمعة مودعه وكرامته ، بل واعتبره البعض نوع من السب واشترط لذلك أن يكون ضاراً بمصلحة من عهد به^(١).

من خصائص مهنة الطب وجود العلاقة المتميزة التي تظهر بين الطبيب ومريضه ، والتي تتسم بالثقة المتبادلة والصراحة بينهما ، وفي إطارها يُفضي المريض لطيبه بمعلومات شخصية قد لا ييوح بها لغيره ، ولها أهميتها في التشخيص والعلاج ومتابعة حالته الصحية ؛ ومن أهم المبادئ الأخلاقية الأساسية لمهنة الطب ألا يقوم الطبيب متطوعاً بإفشاء هذه المعلومات وهذا ما يشكل اختراق لقاعدة السرية المهنية. ولا يشترط أن يطلب المريض من الطبيب أو ينبهه لكتمان الأسرار التي أطلعها عليها لأن ذلك من الواجبات السلوكية الضمنية للطبيب قبل أن تكون حقاً للمريض^(٢).

الحق في الخصوصية هو حق شخصي يحث يتيح رفض الوصول إلى المعلومات المتعلقة بأي شخص في العائلة ، فالشخص الذي يتلقى الرعاية النفسية لديه نفس الحق ، وكذلك القاصر ، على الرغم من الأحكام التي تنظم السلطة الأبوية في معرفته بما يُعاني منه الابن وطرق علاجه ورعايته . وهذا قد يتطلب سرية حول حالته الصحية والرعاية التي يحتاج إليها^(٣).

فإفشاء الطبيب للمرض الذي يُعاني منه المريض صاحب السر لشخص ثالث دون رغبة المريض في ذلك قد يسبب ضرراً له سواءً كان هذا الضرر نفسي أو أدبي ، على الرغم من أن هذا المرض قد تعلمه أسرته

(1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٤٢.

(2) دكتور/ محمد عثمان عبد المالك - السرية المهنية في الممارسة الطبية - من موقع على شبكة الانترنت www.alsudani.sd/news/index.php بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٢.

(3) <http://infos.gazette-sante-social.fr/1187/10-questions-sur-la-confidentialite-et-le-secret-professionnel-dans-la-fonction-publique>

، ومع ذلك يبقى سراً ، وتزول صفة السرية عن هذا السر عندما تتسع دائرة الأشخاص الذين يعرفونه فلا يضيف الإفشاء به شيئاً في نطاق العلم بها^(١).

ويرى الباحث أن هناك من الأسرار التي تمس أفراد العائلة ، وتؤدي إلى تمزيق الروابط والعلاقات الأسرية والعائلية، إذ توجد التزامات أخلاقية وأدبية لا يعوضها شيئ ، وقد يرى البعض أن السر قد يكون مشرفاً لمن يريد كتمانها ، ولكن قد يلحق أضراراً بشخص من العائلة أو أي شخص آخر ، وإما لطبيعة السر في ذاته أو بالظروف التي أحاطت بالواقعة^(٢).

ويرى أنصار هذا الرأي أن جريمة إفشاء الأسرار المهنية قد وضعها المشرع في نهاية جرائم الاعتبار والسب والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة ، فلكي يُعاقب على الإفشاء للسر كجريمة جنائية ، يلزم أن يتضمن هذا الإفشاء قذفاً أو سباً ، وقد أخذ القانون الإيطالي بهذا الرأي عندما نص في المادة (٦٢٢) من قانون العقوبات أنه لا عقاب على الإفشاء إلا إذا ترتب عليه ضرر^(٣).

وقد انتقد بعض الفقه هذه النظرية حيث قال إنه مهما يكن طبيعة الإفشاء للسر فيجب المحافظة على الثقة التي تفرضها ممارسة بعض المهن كالأطباء والمحامين ، حيث اعتبرت المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات القديم أن إفشاء السر مخالفة مهنية مستقلة عن الباعث الذي دفع إليها أو الضرر

- (1) دكتور/ محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٥٤.
(2) دكتور / محمد عبد الظاهر حسين - المسئولية المدنية للمحامي اتجاه العميل - دار النهضة العربية - ١٩٦٦م ص ١٢٢.

(3) Art. 622. Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516.

الناتج عنها ، ونجد أن حجر الزاوية في العلاقة بين المريض ومن يقومون برعايته هي المحافظة على السر المهني من خلال الثقة اللازمة بينهم لتوفير الرعاية المناسبة للمريض^(١) ، ويتضح من ذلك بناءً على هذا الرأي أن المشرع يعمل على تأكيد الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن^(٢) .

فالمشرع الفرنسي لم يقتصر على عقاب الإفشاء الذي ينتج عنه ضرر بصاحب السر فقط ، بل الإضرار الذي يصيب المصلحة العامة كذلك ، حيث أن الحماية القانونية للسر تقتضيها ضرورة حماية الصحة العامة ، وأن تكون بعض المهن التي قد يُفضي إليها الأفراد بأسرارهم أهلاً لهذه الثقة^(٣) .

ثانياً: نظرية المصلحة .

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن المصلحة المشروعة لشخص أو أكثر تُعد العنصر الأساسي في تحديد معيار السر المهني ، بحيث يبقى نطاق العلم بالواقعة أو المعلومات محصوراً في عدد محدد من الأشخاص المودع لديهم السر ، ومعنى ذلك أنه مع انتفاء وجود المصلحة فلا تثبت صفة السرية لهذه الواقعة أو المعلومات .

وبالتالي يصدق القول - بحق - الذي ينادي بأنه إذا كانت المصلحة في حصر نطاق العلم بواقعة أو معلومة لا يقرها القانون ، كمن يُفضي إلى محامي أنه سوف يرتكب جريمة أو جنحة ، ويطلب منه كتمان هذا السر على أساس أن مهنة المحاماة تقتضي كتمان الأسرار ، فالكتمان هنا غير مشروع ، وبالتالي لا يقره القانون ، ومن ثم يلتزم المحامي بإفشاء هذا السر والبوح به عن طريق إبلاغ الجهات المختصة^(٤) .

(1) <http://www.conseil-de-lordre-infirmier-de-paris.com>

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٤٤ .

(3) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٤٥ .

(4) دكتور / محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٥٤ .

فالسّر هو ما تقتضيه مصلحة صاحبه في كتمانها ، ولا يرغب في معرفة الغيره ، فالسّر الطبي يهدف في المقام الأول إلى تعزيز العلاقة بين الطبيب والمريض ، والاتصال مطلوب بينهما للحصول على معلومات مفصلة من المريض من أجل أداء مهمة العلاج بشكل أفضل وبكفاءة عالية ، وفي المقابل يحتاج المريض أن يكون على يقين من ضمان السرية^(١) ، فمثلاً الطبيب أو المحامي الذي لا يلتزم بالحفاظ على السّر لكون الإفشاء لا يضر بصاحبه ، فهذا ليس صحيحاً لأن الطبيب أو المحامي ليس له الحق في تقدير مصلحة صاحب السّر في حفظ السّر ، فهذا التقدير خاص بصاحب السّر أي صاحب المصلحة .

لذا تنص المادة ٦٥ من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ م بشأن إصدار قانون المحاماة على أن "المحامي يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه ، إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة"^(٢) .

ومن هذا النص يتبين لنا أن صاحب السّر قد وجد له مصلحة في عدم إفشاء السّر ، وعندما تتعارض مصلحة الفرد مع مصلحة المجتمع فنجد أن المشرع قد قرر ، بل وأعطى الحق لصاحب المهنة الذي استودع إليه السّر أن يفشيه إذا كان صاحب السّر قد قصد ارتكاب جناية أو جنحة .

ونص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري اتسع مدلوله فقد يؤدي تسجيل النتائج السلبية إلى الإضرار بمصلحة العميل ، معنى ذلك أن الطبيب الذي يذكر أن المريض لا يشكو من شيء قد يضر بمصلحة المريض الذي يدعي عدم القدرة على القيام بعمل معين ، أو أن ظروفه الصحية تتطلب تغيير نوع عمله أو مكانه^(٣) .

(1) <http://hrcak.srce.hr/file/130060> . بتاريخ ٢٠١٢/١١/٩

(2) الجريدة الرسمية العدد ١٢ بتاريخ ١٩٨٩/٣/٣١ م .

(3) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص

المطلب الثاني

الأمناء على السر المهني

لقد نصت المادة رقم (٣١٠) من قانون العقوبات المصري على بعض أصحاب المهن وفرضت عليهم الالتزام بالسرية المهنية وعاقبت من يفشي السر المهني ، فقضت بأن " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سراً خصوصياً ائتمن عليه فأفشاءه ..."

والضابط في تحديد هذه المهن التي يلتزم أصحابها بالسر المهني هو تأمين العمل بصورة منتظمة وسليمة لهذه المهن ، وذلك لأنهم ينالون من الثقة والخبرة والدراية الفنية اللازمة للقيام بأعمالهم الاطلاع على أسرار عملائهم ، الذين يلجئون إليهم مضطرين ، لذا يُطلق عليهم اسم الأمناء الضروريين^(١) على السر المهني ، فهذه الأسرار هي أهم الأدوات التي يعملون بها ويمارسون بها مهنتهم ويحققون منها مصلحة عملائهم ، وهذا بالإضافة إلى المصلحة العامة^(٢).

أشارت المادة (٣١٠) من قانون العقوبات إلى أصحاب المهن التي تلتزم بالسرية المهنية - على سبيل المثال لا على سبيل الحصر - كالأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سراً خصوصياً.

نجد أن المشرع قد أضاف كلمة "غيرهم" وهذا يعني أنه أراد إدخال كل شخص تقتضي صناعته أو وظيفته أن يكون محل إيداع السر ، بسبب الوظيفة والمهنة ، ضمن من تنطبق عليهم هذه المادة كالمحاميين ورجال القضاء

(1) وقد عرف جارو الأمناء الضروريين بقوله "أولئك الذين يضطر الناس إلى التوجه إليهم لعدم قدرتهم على الاستغناء عنهم وهم مطمئنون إلى التزامهم بحفظ السر" - دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٥٥.

(2) دكتور/ محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٦٤.

والموظفين ، وغيرهم ممن تكون لهم صلة بتلك الوظائف وتمكنهم وظائفهم ومواقعهم الاطلاع على أسرار العملاء كالمريضين والعاملين في معامل التحليل ، وذلك أيضاً من خلال القوانين واللوائح التي تنظم عملهم.

بينما القانون الفرنسي الجديد لم يحدد أو ينص في المادة ٢٢٦ - ١٣ على أصحاب مهنة معينة كما فعل المشرع المصري ، ولكن تركها على الإطلاق ، حيث ذكر في المادة ٢٢٦ - ١٣ أن الكشف عن المعلومات السرية من قبل شخص مستودع أو موظف بالدولة ، إما بسبب وظيفة أو مهمة مؤقتة ، يُعاقب بالسجن سنة واحدة و١٥,٠٠٠ € غرامة، فهذا يؤدي إلى نفس المعنى الذي توصل إليه المشرع المصري ، فكان من بين أصحاب المهنة التي تنالهم هذه المادة كل من له صلة بأصحاب هذه المهنة كالمريضين والعاملين في معامل التحليل ، ومن يساعدون الأطباء والجراحين في ممارسة عملهم.

لقد نصت المادة الرابعة من المرسوم الصادر بتاريخ ١٦ فبراير ١٩٩٣ بشأن نظام الممرضات المهني على أن السرية المهنية من أهم المتطلبات من أي ممرضة وطالبة تمرير طبقاً للشروط المنصوص عليها في القانون ، فالسرية المهنية تُعد التزاماً أخلاقياً طبقاً لما نصت عليه المادة R ٤٣١٢ - ٤ من قانون الصحة العامة^(١).

والسر هنا يُغطي ليس فقط ما أوكلت الممرضات للعمل به ، ولكن أيضاً ما تم مشاهدته وقراءته وسماعه أو توصل إلى رؤيتها أو فهمها. كما

(1) Article R4312-4 "Le secret professionnel s'impose à tout infirmier ou infirmière et à tout étudiant infirmier dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, lu, entendu, constaté ou compris. L'infirmier ou l'infirmière instruit ses collaborateurs de leurs obligations en matière de secret professionnel et veille à ce qu'ils s'y conforment.
<http://www.legifrance.gouv.fr>

أن تعليمات الممرض أو الممرضة لمن يعملون معهم التأكيد على الالتزام بالسرية المهنية^(١).

فالغرض من هذه النصوص تجريم إفشاء السر من قبل من ائتمن عليه ، والمشرع لم يعبأ إلا بأمناء السر الضروريين الذين تفرض مهنتهم ووظيفتهم على الغير اللجوء إليهم والإفشاء إليهم بأسرارهم^(٢) . فالسر المراد حمايته هو الذي اضطر صاحبه أن يُفشي به للطبيب أو المحامي أو غيرهم لحاجته إلى المساعدة . وهؤلاء تقتضي أعمالهم ومهنتهم الاطلاع على أسرار عملائهم^(٣) .

والكشف عن السر المهني هو ضرر متعمد ، فالقصد الجنائي هنا أن من يُفشي أسرار عميله يكون على علم وإرادة بأنه يبوح بأسرار عميله ويعلم أن ذلك مخالفاً لأخلاق مهنته وللقانون في الحفاظ على الأسرار المهنة^(٤) .

وقد ألزم المشرع المصري في المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية أيضاً قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرون بسبب وظيفتهم أو مهنتهم بعدم إفشائها وإلا عوقبوا طبقاً لنص المادة (٣١٠) من قانون العقوبات حيث اعتبر المشرع إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار^(٥) .

(1) <http://www.conseil-de-lordre-infirmier-de-paris.com/?p=1192>

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٥٦ .

(3) جندبي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - مرجع سابق - ص ٤٦ .

(4) La Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris et a rejeté le pourvoi au motif que les éléments, tant matériels qu'intentionnels, cass.crim.7 mars 1989(<http://jurisfac.chez.com/prive/penal/co3penal.htm>).

(5) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٥٩ .

ونجد أن المشرع الفرنسي في المادة (١١) من قانون الإجراءات الجنائية قد ألزم كل من يشترك في التحقيق بأسراره، حيث قررت عدم المساس بحقوق الدفاع، وإجراءات التحقيق فيلتزم أي شخص يساهم في هذه العملية بالسرية المهنية، وفقاً للشروط، وإلا يخضع للعقوبات النصوص الواردة في المادة ٢٢٦ - ١٣ - ٢٢٦ - ١٤ من القانون الجنائي^(١)؛

ومن نص الماد (٣١٠) من قانون العقوبات المصري، وكذا المادة ٢٢٦ - ١٣ من قانون العقوبات الفرنسي، أن هناك شرطين لالتزام الأمانة بالسرية المهنية، أولهما أن تكون معرفته بالسرا أثناء قيامه بممارسة مهنته أو بسببها، فلا يكون من يسمع سر عميله خارج ممارسته لعمله ملزماً بكتمان السر، وقد حكمت محكمة تولوز الفرنسية بأنه لا يصح استبعاد شهادة الطبيب الذي كان صديقاً للمتوفى لمجرد كونه طبيباً، طالما أن الشهادة التي أدلى بها لا تتعلق بأمر وصلت إلى علمه بصفته طبيباً، بل اعتبره شخصاً عادياً بصرف النظر عن مهنته الطبية، بل الواجب يلزمه في هذه الحالة بأن يبلغ عملاً يصل إلى علمه من هذا القبيل^(٢).

(1) Article (11): Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.

Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٦٦ (toulouse 23 juin 1900 D. 1901-2-213).

أما الشرط الثاني هو وجود صلة وثيقة بين المعلومات أو الوقائع موضوع السر وبين المهنة التي يمارسها الأمين على السر^(١).

لقد اتفقت غالبية التشريعات على أن المعلومات والمستندات التي علم بها الأمين أثناء ممارسته لمهنته تظل متمتعة بالحماية القانونية حتى بعد انتهاء العمل المكلف به أو زوال صفتة^(٢).

وسوف نتناول بعض من هؤلاء الأمناء على السر المهني على سبيل المثال كالأطباء والمحامين ورجال القضاء وذلك على النحو التالي:
أولاً: الأطباء.

والسر الطبي يكمن في الالتزام المهني بعدم الكشف عن أية معلومات ذات الطبيعة الطبية أو الخاصة بشأن الشخص الذي يُعنى به، وهذا الشرط نابع من قسم أبقراط "اعترف بالخصوصية للناس، وأنا لن أذكر الأسرار المنوطة بي". فالالتزام بالسرية المهنية الأخلاقية والقانونية - على حد سواء - للحفاظ على علاقة الثقة القائمة بين مقدم الرعاية ومن يُعنى به^(٣).

اقتدى المشرع المصري عند النص على أمناء السر المهني في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات بالمادة رقم (٣٧٨) من قانون العقوبات الفرنسي القديم، فنصت المادة رقم (٣١٠) على الأطباء صراحة، وأشارت إليهم كذلك المادة (٦٦) من قانون الإثبات، ويعتبر الطب أهم المهن التي يلتزم ممارستها بكتمان أسرار عملائهم والحفاظ على سريتها، لأنها أكثرها

(1) دكتور/ أسامة فايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق ص ٣٤.

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٦٨.

(3) http://www.anfe.fr/index.php?option=com_content.

اعتماداً على هذه الأسرار. وهى أسرار قد تتصل بسمعة عملائهم. وبالتالي الحياة الشخصية لهم. وهذا ينعكس على عائلاتهم.

وما تتصل هذه الأسرار بالأهمية الاجتماعية لهذه المهنة. وما يلتزم به أصحابها من واجبات وتقاليد وأخلاق في غنى عن البيان. وقد أُرِدَف المشرع عند إشارته إلى الأطباء بذكر الجراحين مع أنهم نوع من الأطباء. الأصل أن الحق في السرية المهنية أثناء ممارسة الأعمال الطبية يقتصر على الأطباء دون غيرهم. لكن القانون يعتبر بعض الأشخاص كالعقوبات والمرضات في حكم الأطباء نظراً للأعمال الطبية التي يمارسونها. فالسر المهني يكون مُقسماً بين الأطباء والمهنيين الذين يقومون على رعاية المريض. وتستمر المحافظة على السر حتى بعد الوفاة^(١).

ونجد أن المادة (٦٦) من قانون الإثبات نصت على أنه "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة. ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤديوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم.

والمشرع عندما نص في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات على الأطباء والجراحين. فلم يقصدهما على سبيل الحصر وإنما قصد من ذلك أن يجمع الأطباء مهما اختلفت تخصصاتهم الطبية. سواء الأطباء الممارسين العامين أو المتخصصين. فالنص لم يذكر باقي التخصصات من أطباء أسنان أو أمراض نفسية وعصبية أو أمراض قلب وغيرها. وإنما جاء بكلمتي الأطباء والجراحين على سبيل المثال. فالأولى تشمل جميع تخصصات الطب

(1) www.Etudiantinfirmier.com/partique/secret_professionnel.pdf

البشري ، والثانية تشمل جميع التخصصات في مجالات الجراحة كالجراحة العامة وجراحة القلب وجراحات المخ والأعصاب^(١) .

وأيضاً يعتبر مديرو المستشفيات ممن يلتزمون بالسر المهني ، وذلك لأنهم يتعرفون على مرض النزلاء وطبيعته وآثاره بمقتضى وظائفهم وعلاقاتهم الوثيقة بالأطباء والصيدالة ، فالتزام السرية يخيم على جميع العاملين في المستشفيات العامة ، وليس فقط أولئك الذين يقدمون الرعاية للمرضى ، فالسرية المهنية مفروضة على كل من يعمل في المستشفى ، حتى ولو كانت مهمته جزئية ، وذلك يبرر العقوبة التأديبية^(٢) .

كما أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بأن مدير المستشفى يعتبر ملزماً بالمحافظة على السر المهني فيما يتعلق بسلامة المرضى وشرف العائلات^(٣) .

ويرى الباحث أن هناك اختلافاً بين طبيب العمل أو طبيب مكلف من جهة الإدارة أو من قبل سلطة التحقيق أو المحكمة كخبير ، فقد استقر القضاء الفرنسي على التمييز بين موقف طبيب العمل بصفته طبيب معالج وبصفته الأخرى كطبيب مراقب من قبل صاحب العمل ، ففي الحالة الأولى يعتبر الطبيب ممن يتلقى وقائع سرية ويلتزم بعدم إفشائها أو البوح بها ، أما إذا كان طبيب مراقب من جهة العمل فهو ملتزم بعد توقيع الكشف على المريض أن يكتب تقرير بذلك للإدارة فلا يكون ملزماً بالسر نحو المريض^(٤) . وقد نصت المادة (٣١٠) من قانون العقوبات على التزام المهن المساعدة للطبيب بالسر المهني حيث ذكرت القوابل أو غيرهم ، وهنا تدخل

- (1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٧٦ .
- (2) محكمة الاستئناف الإدارية من نانسي ٢٤ فبراير ، ٢٠٠٥ .
- (3) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٧٧ .
- (4) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٨١ .

المرضات وكل من يعاون الطبيب في عمله فهم يقفون على أسرار المرضى . وقد ذهب الأستاذ جارسون بأن نص القانون ينبغي أن يُطبق على كل من يعتبر أميناً على السر الطبي بحكم الضرورة . وبذلك يمتد الالتزام بالسر المهني إلى كل من يتصل بالأطباء^(١) .
وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن مساعدي الأطباء يعاملون معاملة الأطباء من حيث التزامهم بالسر . كما ألزمت المرضين والمرضات بالسر أيضاً^(٢) .

ثانياً : المحامين :

لقد اتفق المشرع المصري مع المشرع الفرنسي في عدم ذكر المحامين من بين الأمانة على السر في قانون العقوبات (نص المادة ٣١٠ ع. مصري والمادة ٣٧٨ ع. فرنسي القديم) . ولكن كان المشرع المصري أقرب إلى التخفيف من هذا النص الجامد . حيث نص في الفقرة الثانية على أنه لا تسري أحكام هذه المادة إلا في الأحوال التي لم يرخص فيها قانوناً بإفشاء أموراً معينة كالمقرر في المواد ٢٠٢ - ٢٠٥ من قانون المرافعات . والتي حلت المادة رقم ٢٠٦ - ٢٠٩ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ م . فقد نصت المادة رقم ٢٠٦ على أنه لا يجوز لمن علم من المحامين عن طريق خدمته أو وظيفته بواقعة أو معلومات أن يُفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته^(٣) .

يلتزم المحامي بكتمان السر الذي يُفضي إليه به عميله أو علم به أثناء ممارسته مهنته أو بسببها . فمهنة المحاماة لا يمكن ممارستها في صورتها المعتادة

(١) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٨٥ .

(٢) cass 14 mars 1895 D. 1895-5-614. Cass 13 mars 1897 D. p.1897-1-235.

مشار إليهما دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ١٨٥ .

(٣) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - المرجع سابق ص ١٩٤ .

إلا إذا علم المحامي بجميع وقائع الدعوى التي يُطلب منه الدفاع فيها. والقيام بالاطلاع على جميع المستندات التي يحوزها العميل^(١)، حيث تقوم هذه المهنة على الدفاع عن الحق والعدالة الاجتماعية عن طريق مجموعة من المواد القانونية، ففي بعض القضايا لا يستطيع المحامي أداء مهمته إلا إذا علم بماضي عميله وظروف حياته، وقد يكون منها ما له طابع شخصي بحت، ففي القضايا الجنائية يستند المحامي إلى تناول ظروف حياة موكله وبيواته، وهو يفعل ذلك حين يطالب بجزاء معين يراه أدنى إلى مصلحة عميله ومقتضيات تأهيله، كأن يُطالب بحكم مخفف يتناسب وتلك الظروف^(٢).

فمهمة المحاماة تُعتبر من المهن القضائية الهامة، فهي التي تعبر عن حق المتهم في الدفاع عن نفسه، فمن هنا يجب على المحامي الإلمام بقضية عميله من جميع النواحي، وبمقاربة شمولية تمكنه من الدراية بجميع ملابسات القضية، والتي يمكن أن تصل أحياناً إلى أمور شخصية حساسة يمكن أن ينتج عن تسريها ضرر حسي أو معنوي لموكله، وهذا ما يعرف بالحفاظ على السر المهني للمحامي^(٣).

ولضمان الحفاظ على الحريات الفردية، فنجد أن السرية المهنية هي واحدة من أهم القواعد الأساسية لمهنة المحاماة، فمن الواجب على كل محام احترام الضمانات والحريات الفردية لكل مواطن، وهذا يُعد ضمانات رئيسة في سيادة القانون؛ كما يعطي المحامي موكله حماية أساسية من خلال ممارسته عمله هي حماية مصالحه بالالتزام القانوني بالسرية المهنية بطبيعة الحال، ويتعين على المحامي استخدام ما يشير إليه موكله لتنظيم دفاعه أو لحماية مصالح هذا الأخير، الذي لا يزال السيد الوحيد من هذا الإفشاء^(٤).

(1) <http://www.ginestie.com/docs/Secret.pdf>

(2) دكتور/ محمود فجيح حسني - مرجع السابق - ص ٧٦٦.

(3) http://www.belgium.be/fr/justice/secret_professionnel.

(4) <http://www.ginestie.com>.

فالسرية المهنية للمحاماة هي امتناع المحامي عن الكشف عن الأسرار التي تلقاها من عملائه إلى طرف ثالث، فهي ضمان لدفاع حقيقي عن المصالح الشخصية للعميل^(١). وتعتبر كل واقعة علم بها المحامي من العميل أو استنتاجها أثناء ممارسة مهنته سرا بطبيعتها، وإن لم يصرح العميل للمحامي بالصفة السرية لما يُفرض عليه به^(٢).

فقد نصت المادة ٦٠ - ١ من قانون المحاماة الفرنسي على أن من أهم المبادئ هي مهمة المحامي في أن يكون محافظاً على أسرار موكله فالسرية المهنية للمحامين معترف بها كحق أساسي واجب على المحامي فهي ضرورية للنظام العام فهي تتميز بالصفة المطلقة، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن السرية المهنية للمحامي ليست امتيازاً بل هي واجب عليه الالتزام به^(٣).

فالمحامي عندما يتحصل على المعلومات والمستندات المتعلقة بقضية أحد عملائه، فهو ينتقي منها ما هو في صالح موكله ليتقدم به للقضاء، وأما ما عدا ذلك من معلومات ومستندات فيجب عليه الحفاظ عليها لاعتبارها من أسرار المهنة ويحظر عليه إفشاؤها^(٤).

فيجب على المحامي أن يحافظ على السرية لمحتويات مناقشاته، والمراسلات مع عملائه والمعلومات التي تعلمها خلال مناقشاته مع محامي الخصم، ويغطي السر المهني جميع المعلومات والوقائع التي تلقاها المحامي

(1) القانون رقم ٩٧ - ٣٠٨ المؤرخ ٧ نيسان ١٩٩٧ بتعديل المادة ٦٦ - ٥ من القانون رقم ٧١ - ١١٣٠ خاصة من ٣١ ديسمبر ١٩٧١ لإصلاح بعض المهن القضائية والقانونية التي جاءت لإعادة تحديد معالم السرية المهنية المحامين.

<http://www.avocat.net/role-de-l-avocat/metier-avocat/secret-professionnel-confidentialite.htm>

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - المرجع سابق ص ١٩٨.

(3) cass.crim.16 oct.2012.

(4) دكتور / محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٦٨.

من عملائه بسبب وضعه أو مهنته في مجال المحاماة^(١)، فالدفاع عن عميله أمام المحاكم ووسائل الإعلام أيا كانت، وكل المراسلات بين المحامين هي بطبيعتها سرية. مادية أو غير مادية كالأورق والفاكس، أو كانت مستند إلكترونيًا. أي أن المحامي في حالة استطلاع رأي زميل له ومشاورته يجب أن تكون ذلك بصورة موضوعية دون أن يتعرض لشخص موكله أو يُستنتج من الكلام شخصية موكله^(٢).

وقالت محكمة النقض الفرنسية في تبرير قرارها في غرفة التحقيق أنها كشفت عن رفض الطلب لإعلان بطلان أدلى به شخص، محتجة بأن وضعه موضع الاستعراض على أساس وحيد هو المعلومات في انتهاك للسرية المهنية التي يحتفظ بها شريك المحامي، بأنه كان على علم بالعناصر، من خلال روابط الصداقة القائمة بين الشخصين والتي جلبت حقائق لا يمكن أن تتعلق بممارسة المهنة^(٣).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المستند المقدم من العميل للمحامي للمحافظة عليها، ويتم الاستيلاء عليه بطريقة مشروعة عن طريق حرس رئيس المحكمة قبل تسليمها لأصحاب الشأن، ووفقاً لذلك فإن غياب الظروف لا يمكن أن تُعقد معه المراسلة بحيث لا يكون هناك أي انتهاك للسرية المهنية من قبل المحامي^(٤).

- (1) www.Iadclaw.org/
- (2) دكتور / محمود نجيب حسني - مرجع سابق - الهامش رقم (١) ص ٧٦٧.
- (3) Justifie sa décision, la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la requête en nullité présentée par une personne soutenant que sa mise en examen avait pour seul fondement la dénonciation faite en violation du secret professionnel par son associée, avocate, retient notamment que celle-ci avait eu connaissance des éléments, par elle révélés, à la faveur des liens d'amitié existant entre les deux personnes et que les faits apportés ne pouvaient se rattacher à l'exercice de la profession. Cass.Crim.2 mars 2010, 09-88453, n. 40
- (4) dans lequel la Haute juridiction a jugé que des feuilles de papier remises par un avocat à ses clients, avec qui il venait=

السرية المهنية تهدف لضمان الثقة اللازمة لممارسة بعض المهن
فالقاعدة أن السرية المهنية هي المبدأ العام والمطلق الذي ليس له قيود. فقد
كان في فرنسا إلى وقت قريب لا يوجد أي استثناء عن هذا المبدأ؛ فلا يمكن
للمحامي الإخلال بواجب السرية المهنية إلى السلطات أو العملاء من أي
نوع أو بشكل أعم إلى أي شخص أيا كان؛ والغرض من هذا القانون أولاً
حماية كل شخص يتطلب المشورة والمساعدة من محام للدفاع عن حقوقه
وحرية، والثانية لضمان الإدارة العادلة والصحيحة للقضاء. هذا لا يمكن
أن يتحقق إلا إذا كانت العلاقة بين المحامي وموكله مبنية على الثقة⁽¹⁾.

فالسرية المهنية حق وواجب على المحام بسبب مهنته، ويجب أن يكون
احترامها تحت تهديد العقوبات الجنائية أو التأديبية، بل هو الحق الذي يشمل
جميع المعلومات السرية لغرض الدفاع أو المشورة، فهي سرية مطلقة⁽²⁾.
ولكن يقع بعض المحامين أثناء قيامهم بالدفاع عن أحد عملائهم في
حيرة وقلق لما وصلت إليه من معلومات عن أسرار، مما يستتبع التستر على
جرائم أخرى⁽³⁾، وقد يكون بعض ما يعلم به المحامي متصلاً بالشرف على
نحو وثيق كالوضع في دعوى طلاق للزنا أو دعوى إثبات بنوة.

=de s'entretenir, avaient pu légitimement être saisies par un
chef d'escorte avant qu'elles ne soient remises aux
intéressés. Selon elle, à défaut d'enveloppe, ces feuilles de
papier ne pouvaient pas être tenues pour des
correspondances de sorte qu'il n'y aurait pas eu d'atteinte
au secret professionnel. (Cass. crim., 16 oct. 2012, n° 11-
88.136).

- (1) www.iadclaw.org/userfiles/
- (2) http://www.iadclaw.org/UserFiles/file/17_11_FRANCE.pdf
- (3) les avocats peuvent être inquiétés si les informations qu'ils
ont eues ont servi à empêcher la manifestation de la vérité,
ou à masquer d'autres crimes ou délits.[http://fr.wikipedia.
org/wiki/Secret_professionnel](http://fr.wikipedia.org/wiki/Secret_professionnel).

والمحامي يلتزم بالسرية المهنية بالنسبة للتحقيق الذي يحضره مع موكله ، فلا يُفشي أسرار التحقيق لأحد في غير مصلحة موكله ، وذلك طبقاً لنص المادة ٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية ، والمادة ١١ من قانون الإجراءات الفرنسي. فالتشريع الفرنسي يعطي الحق للمحامي طبقاً لنص المادة ١١٨ من قانون الإجراءات الفرنسي أن يطلع على محضر التحقيق الذي يوضع تحت تصرفه قبل ٢٤ ساعة من الاستجواب ، وهذا الحق قاصر على المحامي دون المتهم^(١).

ثالثاً: رجال القضاء:

لقد نصت المادة ٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " تعتبر إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار ويجب على قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها ، ومن يخالف ذلك منهم يعاقب طبقاً للمادة ٣١٠ من قانون العقوبات " ومنها يصدق القول على القضاة حيث أنهم ممن تودع لديهم بمقتضى وظائفهم أسراراً فيلتزمون بكتمتانها ، كما أن هذا الالتزام يمتد إلى أي واقعة تتوافر فيها صفة السرية قد علم بها القاضي بسبب وظيفته أو بمناسبة كالمداولة ، حيث نصت المادة رقم ٧٤ من قانون السلطة العامة على عدم جواز إفشاء القضاة سر المداولات ، وتقوم جريمة الإفشاء للسر المهني عند الإخلال بهذا الالتزام^(٢).

والالتزام بالسرية هنا يقع على غاتق كل من يطلع على إجراءات التحقيق بمقتضى عمله أو وظيفته أو مهنته ، وقد عددهم المشرع في قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن

-
- (١) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - المرجع سابق ص ٢٠٧.
- (٢) دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق ص ٧٦٩.

يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم كماأموري الضبط القضائي.

ويلاحظ من نص المادة ٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية أن المشرع عندما ذكر " وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها" , فنجد أنه قد أُلزم مأموري الضبط القضائي بالسرية أيضاً عند معرفتهم معلومات ووقائع أثناء قيامهم بجمع الاستدلالات حيث نص في المادة ٥٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أن "كل من يكون قد وصل إلى علمه بسبب التفتيش معلومات عن الأشياء والأوراق المضبوطة , وأفضى بها إلى أي شخص غير ذي صفة أو انتفع بها بأية طريقة كانت , يُعاقب بالعقوبات المقررة بالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات"^(١).

لما كانت إجراءات التحقيق الابتدائي تحتوي غالباً على معنى المساس بحريات الآخرين وحرومات المساكن , والتطلع على أسرار غاية في الحساسية للسمعة والكرامة , لذا فقد أحاطت التشريعات هذه الإجراءات بضمانات عديدة منها ما يتعلق بالمحقق من الحيطة وتحقيق العدالة , وحقوق الأطراف في علانية التحقيقات بالنسبة لهم , والمحافظة على أسرارها بالنسبة للغير^(٢). ونتيجة للأخذ بالسرية في مرحلة التحقيق الابتدائي بالنسبة للجمهور , فإنه يستوجب على القائمين على التحقيق الابتدائي سواءً قاضي التحقيق أو النيابة العامة عدم إفشائه خارج نطاق وظيفتهم , وكذلك الحال في مرحلة المحاكمة سواء قررت المحكمة نظرها بصورة سرية , أو في الحالات التي يوجب فيها القانون على المحكمة نظرها بصورة سرية.

(١) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - المرجع سابق ص ٢٣٠.

(٢) دكتور / سيد حسن عبد الخالق - النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن - رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة عين شمس العام الجامعي ٨٦-١٩٨٧م ص ٢٤٧.

فإنه يقع التزام على المحكمة بكتمان الأمور التي جرت بشأنها المحاكمة السرية.

لقد أوضحنا سلفاً مدى السرية في التحقيق الابتدائي، ووجدنا أن التحقيق سريٌّ بالنسبة للجمهور وعليه بالنسبة لأطراف الخصومة، وفي حالة الضرورة التي تقتضي إجراء التحقيق في غيبة الخصوم فللقاضي أو المحقق أن يجعل التحقيق سرياً حتى بالنسبة لأطراف الدعوى الجنائية الذين عدتهم المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري^(١).

ولقد نصت المادة (١١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه "ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون المساس بحقوق الدفاع، وإجراءات التحقيق لا بد لأي شخص يشارك في هذه العملية الالتزام بالسرية المهنية وفقاً للشروط وينحصر للعقوبات المنصوص عليها في المادتين ٢٢٦ - ١٣ - ٢٢٦ - ١٤ من القانون الجنائي. وذلك لمنع انتشار المعلومات الجزأة وغير الدقيقة أو الإخلال بالنظام العام"^(٢).

-
- (1) سرية المحاكمة في لبنان من موقع www.libanlaw.com/.../WT_Ar...
- (2) Article 11 "Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause" Modifié par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000.- art. 96 JORF 16 juin 2000 .

ويُستفاد من هذه النصوص أن جميع الإجراءات والنتائج التي أسفر عنها التحقيق تظل من الأسرار ، بل وتمتد السرية إلى التحقيقات التي يجريها قاضي التحقيق ، وذلك بالإضافة إلى التحقيق الذي يجريه المستشار المتدرب من قبل وزارة العدل أو محكمة الجنايات أو النقض في حالات التصدي ، حيث يقوم هنا بعمل قاضي التحقيق^(١) .

ونجد أن القانون الفرنسي يأخذ باعتبار أن قضاة غرفة الاتهام قضاة تحقيق ، فهم ملتزمون بالمحافظة على الأسرار التي يتناولها التحقيق الجنائي ، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية التزام قاضي التحقيق بالمحافظة على السر ، عندما دُعي أحد قضاة التحقيق أثناء مناقشة إحدى القضايا فرفض الإجابة عن وقائع تتعلق بإجراءات اتخذت بمعرفته وأيدته المحكمة في ذلك . وقد عدل القضاء الفرنسي عن ذلك عندما قبل إلزام قاضي التحقيق بالشهادة عن الوقائع الخاصة بإجراءات الدعوى^(٢) .

فجميع إجراءات التحقيقات الابتدائية من سؤال الشهود واستجواب المتهم وإجراءات القبض والتفتيش والمعاينة والخبرة تشملها السرية ، وإن كانت هناك بعض إجراءات التحقيق تتم في علانية ، أو معلومة لعدد من الناس .

تقتضي سرية التحقيق الابتدائي أن يحظر نشر أخباره وأن مجرد إفشاء بعض المعلومات الخاصة بالتحقيق يعد إخلالاً بواجب الكتمان الذي يلتزم به كل من يتصل بالتحقيق . وتنصب أخبار التحقيق التي يحظر نشرها على محاضر التحقيق بما في ذلك أقوال الشهود ومحضر استجواب المتهم وتقارير الخبراء^(٣)

(١) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - المرجع سابق ص ٢٣٢ .

(٢) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - المرجع سابق ص ٢٤١ .

(٣) دكتور / أحمد عثمان حمزاوي - موسوعة التعليقات على مواد قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٥٨ ص ٤٣٥ .

حالة الضرورة :

لقد نصت المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "للنيابة العامة وللمتهم وللمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية وللمنسؤل عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق . ولقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبتهم متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الاطلاع على التحقيق. ومع ذلك فلقاضي التحقيق أن يباشر في حالة الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم، ولهؤلاء الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة لهذه للإجراءات."-

فالأصل هو حق الخصوم في حضور إجراءات التحقيق، ولكن هناك شرط وهو عدم الإضرار بسير التحقيقات أو تعطيله، لذا فقد أجاز القانون هذا الشرط حماية للمصلحة المتبغاة وهي الحيطة والفاعلية في إجراء التحقيق^(١).

تزول سرية التحقيق إذا أحيلت الدعوى إلى قضاء الحكم، ولكنها تظل قائمة في حالة إصدار أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى^(٢)، فالمحاكمة في الأصل علنية، إذ تخضع إجراءات الدعوى في هذه الحالة لمبدأ العلانية وتناقش كل التحقيقات والأوراق بما فيها التحقيق الابتدائي علانية أمام المحكمة، وذلك طبقاً لنص المادة (٢٦٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري وأيضاً المادة (١٨) من قانون السلطة القضائية التي نصت على ألا تكون جلسات المحاكم علنية إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للأداب أو محافظة على النظام العام، ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية، ونظام الجلسة وضبطها منوطاً بالرئيس.

- (١) دكتور / سيد حسن عبد الخالق - النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن - مرجع سابق ص ٢٦٣.
- (٢) دكتور / سيد حسن عبد الخالق - النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن - المرجع السابق ص ٢٥٩.

لاشك أن الأصل في المحاكمات القضائية أن تكون الجلسات علنية حسبما نصت عليه المادة (٢٦٨) من قانون الإجراءات الجنائية، كما ذكرنا ، وذلك لتمكين حق الدفاع والرأي العام من الاطلاع على مايجري في هذه الجلسات^(١)، إلا أن هناك حالات يكون فيها للمحكمة أن تقرر إجراء المحاكمة كلها أو بعضها في جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو للمحافظة على الآداب ، وهناك حالات أخرى ألزم فيها القانون المحكمة أن تجري تحقيقاتها بشأنها في جلسات سرية مثل محاكمات الأحداث طبقاً لنص المادة (١٢٦) من قانون الطفل ، والمحاكمات في جرائم أمن الدولة الخارجي لاعتبارها من أسرار الأمن القومي.

فالقوة القانونية للالتزام بالسرية تتوقف على الحماية التي قررها المشرع بمقتضى النص القانوني وبدون هذه الحماية يصبح الالتزام بالسرية لا قيمة له.

المطلب الثالث

المصالح المحمية بالقانون لسر المهني

لاشك أن المصالح التي أراد المشرع إحاطتها بسياج الحماية الجنائية في السر المهني هي الثقة وعدم خيانة الأمانة ، فالشريعة الإسلامية الغراء تعد أساساً ثابتاً وقيناً صادقاً بكل ماتحمله لنا من أوامر ونواهي في هذا الموضوع، فقد حثت على الاهتمام والمحافظة على الأسرار وكتمانها، وذلك على مستوى الفرد في الجماعة وعلى مستوى المجتمع ككل والمتمثل أولاً في حماية وصيانة مصالح الأفراد ومصالح المجتمع واستمرار التعاملات فيما بينهم والتي تقوم على الثقة وصيانة حقوق ومصالح الأفراد وكذلك المجتمع، فإذا صلح الفرد صلح المجتمع، وقد أكد رسولنا الكريم محمد صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله "إذا حدث الرجل حديثاً ثم التفت فهي

(1) دكتور / أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية - التحقيق الابتدائي والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٢ ص ٢١٢.

أمانة " وقال عليه الصلاة والسلام " لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له " فقد اعتبر السر أمانة لدى من استودع حفظه التزاماً بما جاءت به الشريعة الغراء، لأن صاحب السر عندما أسر إلى غيره سرّاً يشعر بالثقة فيه وأنه مؤتمن على هذا السر^(١).

إن السر المهني هو الركيزة الأساسية التي تقوم عليها كل مهنة من المهن ، حيث تقوم على مبدأ حفظ أسرار العملاء حماية لمصلحة العميل ومصلحة المهنة ثم المصلحة العامة ، إذن الاتجاه الأساسي للحفاظ على هذا السر يكمن في التعاقد الحاصل بين المهني عموماً والعميل، كالمحامي على وجه التحديد والموكل الذي وضع ثقته في المحامي، والطبيب الذي يُعالج شخص من مرض يأبى أن يطلع عليه أحد فهو بذلك قد وضع ثقته في الطبيب .

وكذلك الموظف العمومي والذي يعمل في مؤسسات الدولة ، وبمكمن وظيفته يطلع على الكثير من أسرار المهنة المنوطة به، وبذلك لا يجوز له إفشاء أسرار مهنته وعمله بدون الحصول على إذن تصريح من الإدارة التابع لها وهذا ما يمكن تسميته بكتمان السر المهني. كما أن التزام الموظف بكتمان أسرار المهنة يظل ساري المفعول حتى ولو بعد ترك الموظف لوظيفته.

فلقد أوردت المادة ٧٧ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ م ، والمعدلة بالقانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٨٣ م الكثير من المحظورات على الموظف العام القيام بها منها ما هو متعلق بأسرار عمله، كما في البند السابع فحظرت عليه أن يُضفي بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق الصحف أو غير ذلك من طرق النشر إلا إذا كان مصرحاً له بذلك كتابة من الرئيس المختص.

(١) أسامة بن عمر محمد عسيلان - الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وتطبيقاتها في بعض الدول العربية - بحث ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠٠٤ م ص ٤٨.

والبند الثامن الذي يحظر عليه أن يُفشي الأمور التي يطلع عليها بحكم وظيفة إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضي بذلك، ويظل هذا الالتزام بالكتمان قائماً ولو بعد ترك العامل الخدمة.

فإفشاء السر الذي يتناوله القانون بالتجريم والعقاب كما في المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري، والتي لم تحدد موضوع السر الذي يودعه صاحبه لدي أشخاص معينة، ولم يشترط القانون هنا أن يكون صاحب السر هو الذي أفضى بالسر لدى من يلتزم بكتمانه بل يمكن أن يكون أحد أسرته أو عائلته^(١)، ولكن حددت السر بطبيعة المهنة كالأطباء والصيادلة وغيرهم كالمحاميين والموظفين العموميين في بعض الوظائف.... الخ، وذلك بمناسبة وبسبب مهنتهم - أي تحت وطأة الضرورة - هو السر المهني، وكذا قانون العقوبات الفرنسي في المادة ٢٢٦ - ١٣، ١٤، الذي حدد موضوع السر الذي يودعه صاحبه لدي أشخاص معينة ومحددة بطبيعة مهنتها.

وهذا النص الجديد في القانون الفرنسي بالنسبة للسر المهني كما لاحظنا يشير إلى صاحب السر وليس إلى الثقة، وينطبق هذا على جميع المهن التي لديها امتياز الوصول إلى الأسرار التي على درجة من الخصوصية، ولقد تحمل هؤلاء المهنيين عبء حفظ هذه الأعداد المتزايدة وفقاً لإرادة السلطة التشريعية وتأثير القانون^(٢).

من هنا كان من الواجب الاهتمام بأصحاب هذه المهن وهم أمناء السر الضروريين الذين توجب صناعتهم ومهنتهم الاطلاع على أسرار الأفراد الذين يحتاجون إليهم لمساعدتهم، فالطبيب يحتاج إليه المريض

(١) دكتور/ محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٥٦.

(2) Docteur Aline MARCELLI, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins, du 28 janvier 2000, p.5. <http://www.conseil-national.medecin.fr/system/files/secretprofessionnel.pdf>.

لمساعدته في العلاج وقد يُفضي إليه ببعض الأسرار التي لا يرغب أن تصل إلى علم أحد، وأيضاً المحامي الذي يحتاج إليه موكله فيُفضي إليه بسر، وإيداع السر هنا أمر جوهري تقتضيه المهنة لما لهذه المهن من ثقة في نفوس الأفراد^(١).

ولم يكن هدف المشرع معاقبة كل من يُفشي سراً اثبتن عليه، فإن كتمان السر بحسب الأصل لا يزيد عن كونه واجباً أخلاقياً تُمليه قواعد الشرف والأخلاق العامة، وهو ما ثبت بوجود القسم وحلف اليمين دائماً لأصحاب المهن بالالتزام بالسرية، ولكن يُعاقب المشرع على إفشاء السر الذي يضطر صاحبه إلى أن يُفضي به لغيره من أصحاب المهن والأعمال ممن تتطلب الاطلاع على أسرار الناس بحكم الظروف^(٢).

ولا يُشترط أن يطلب صاحب السر من المؤتمن عليه عدم الإفشاء به بشكل صريح، بل قد يكون ذلك ضمناً، كواجب الطبيب والمحامي والمصرفي بعدم إفشاء أسرار العملاء، ولو لم يطلب منهم صاحب السر صراحة كتمان سره، كما يلتزم المؤتمن على السر المهني بعدم البوح به، ولو كان صاحب السر لا يعلم بوجوده، لوجود افتراضية تتعلق بصاحب السر في عدم معرفة الغير به، كالكشف الطبيب إصابة المريض بمرض يجهله المريض نفسه، فلا يحق للطبيب إفشاء مرضه استناداً إلى إرادة المريض المفترضة بعدم إفشائه، ومصالحته المشروعة المفترضة بمنع وقوع الضرر به فيما لو انتشر خبر مرضه، ما لم تكن هناك مصلحة عليا تقتضي إخبار أشخاص معينين، كإصابة المريض بمرض مُعد مثلاً، وهذا ما يلزم الطبيب بإخبار زوجته أو أقاربه المقربين له، لمنع انتشار المرض أو الشخص المريض الذي يُعاني من مرض من الأمراض المعدية كمرض الزهري مثلاً أو مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) ويعلم الطبيب أنه سيتقدم للزواج فهنا هل

(1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٦٢.

(2) جندلي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - مرجع سابق - ص ٤٥.

يجب على الطبيب إبلاغ أهله بذلك أو يُخطر من سيتزوجها أو أنه يلتزم الصمت حرصاً على السرية المهنية . ففي هذه الحالة يجب على الطبيب إبلاغ أهله بذلك أو يُخطر من سيتزوجها⁽¹⁾ .

وستعرض هنا للمصالح التي قد نالتها الحماية الجنائية بشأن السر المهني ، وذلك على النحو التالي :

- أولاً : مصلحة صاحب السر
 - ثانياً : مصلحة المهنة
 - ثالثاً : المصلحة العامة للمجتمع
- أولاً : مصلحة صاحب السر :

إن لصاحب السر مصالح خاصة سواء كانت أدبية أو مادية في كتمان السر وحفظه من أن يطلع عليه الآخرون ، ولو كان هذا السر يُشرفه ولا يُشينه . فالطبيب يتعرف بحكم مهنته على خصوصيات مرضية لمرضه قد تمس السمعة في وسطه الاجتماعي ، لكونه يُعاني من مرض كالجزام والزهري والبرص ، فهنا تتطلب المهنة الحفاظ على الأسرار فهذه الأسرار لا يجوز إفشائها بطبيعتها حيث تؤدي إلى النفور من المريض ، فيضار صاحب السر أدبياً ونفسياً ، ذلك بالإضافة إلى الضرر المادي الذي قد يُعده عن عمله⁽²⁾ .

وهناك مصلحة مادية أو معنوية للمريض في بقاء الواقعة سرا أي حصول ضرر عليه نتيجة لإفشاء هذا السر ؛ علماً بأن وفاة المريض لا تعفي الطبيب من الالتزام بقاعدة السرية المهنية، إذ أن الإذن بالإفشاء خاص بالمريض ولا ينتقل لورثته بعد وفاته⁽³⁾ .

(1) http://www.belgium.be/fr/justice/respect_de_la_vie_privée/secret_professionnel

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٦٤ .

(3) دكتور/ محمد عثمان عبد المالك - السرية المهنية في الممارسة الطبية - مرجع سابق - www.alsudani.sd/news/index.php بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٢ .

أما باقي أفراد الفريق الطبي من كوادر تمريض وفنيي مختبرات وأشعة وغيرهم يحتاجون بالضرورة للاطلاع على الملف الطبي للمريض بغية المساهمة في رعايته ومتابعة حالته الصحية، كما قد يحصلون على معلومات عن المريض من خلال وجودهم حوله. ورغم أن هذه الكوادر ملزمة أيضاً بالسرية بحكم مهنتها إلا أن على الطبيب بوصفه قائداً للفريق الطبي أن يحثهم في هذا الاتجاه^(١).

والمحامي الذي يعهد إليه موكله بأسرار تتعلق بعائلته أثناء إعطائه بيانات أو معلومات عن موضوع معين للدفاع عنه ومساعدته، ولا يرغب في أن يطلع أحد على هذه الأسرار، حتى لا تؤدي إلى التأثير على العلاقات العائلية والأواصر الأسرية، فكثيراً ما يؤدي إفشاء بعض الوقائع والمعلومات إلى الإضرار بالعلاقات العائلية وتشتيتها.

ويرى بعض الفقه أن مراعاة المحامي للسر المهني وعدم إفشائه هو التزام لا يجد مصدره في العلاقات التعاقدية التي تربط بينه وبين العميل فقط وإنما يتعدى ذلك بموجب المادة ٢٠ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ م، والمتعلقة بحلف اليمين ومراعاة السر المهني^(٢). أي مسألة تتم بالتشاور بين العميل ومحاميه، وتبادل المراسلات بينهما تدخل ضمن وثائق السرية المهنية^(٣).

(١) دكتور/ محمد عثمان عبد المالك - المرجع السابق.

(٢) محيي الحمزاري - مسئولية المحامي في التشريع المغربي - مكتبة إيديال - الطبعة الأولى ١٩٩٤م ص ٩٧.

(3) Loi n° 71/1330 du 31 Décembre 1971 AD à réglementer la profession juridique. Modifié par LOI n°2011-331 du 28 mars 2011 - art. 4

"En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces=

فإفشاء الأسرار في مثل هذه الحالات فيه اعتداء على السمعة والكرامة وأيضاً على الشرف^(١) والاعتبار. حيث أن الواقعة تعتبر كذلك من وجهة نظر المجتمع، والحفاظ على السرية هنا فيه صيانة لمكانة وسمعة صاحب السر^(٢).

فالسري يمكن في الالتزام المهني بعدم الكشف عن أي معلومات سواءً طبية أو غيرها من الأسرار المتعلقة بصاحب السر، وهذا الالتزام بالسرية المهنية هو التزام أخلاقي وقانوني للحفاظ على الثقة الواجبة بين صاحب السر وصاحب المهنة^(٣).

ولقد نصت المادة ١١١٠ - ٢ L من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر في الرابع من مارس ٢٠٠٢ على أن المريض لديه الحق في احترام كرامته، والمادة ١١١٠ - ٤ L نصت على أن أي شخص معتمد لدى أي مؤسسة مهنية، سواءً الصحة أو أي مؤسسة أخرى تشارك في الوقاية والرعاية لديه الحق في احترام حياته الخاصة والسرية للمعلومات حول الشخص المريض^(٤).

وكذا نجد المشرع قد مد الحماية الجنائية لمصلحة العميل المادية سواءً مع مهنة المحاماة أو الطب أو غيرها من المهن. فالمحامي الذي يقوم بإفشاء

=dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel"

(1) عرفت محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ الشرف بأنه طبقاً للمعنى الشخصي هو التقدير الأدبي الذي يشعر به الفرد قبل نفسه ويشمل الأمانة والاستقامة والإخلاص وغير ذلك من الصفات الأدبية العامة التي تتوافر لدى الفرد. مشار إليه . دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٦٥.

(2) crime.18 septembre 2001(Bull.n 179).

(3) [HTTP://WWW.anfe.fr//index.pdp?](http://www.anfe.fr/index.pdp?)

(4) Loin 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et a la qualite du system de santé (1) . JORF du 5 mars 2002 page 4118 , texte n1.

السر المهني لعملية المصاب في حادث سيارة، وذلك بتسليم قائد السيارة المتهم شهادة تفيد خلو المصاب من عاهة مستديمة يضر بمصلحة المجني عليه فيتعذر المطالبة بالتعويض. والطبيب الذي يفشي سر المرض ولو كان تافهاً كالإصابة بإحدى نزلات البرد يتسبب في إلحاق الضرر بمصالح العميل إذا كان عمله قد يتأثر بحاسة الشم، فالطبيب لا يناط به تقدير مصلحة العميل في الإفشاء بالسر أو كتمانها^(١).

ونجد مثلاً آخر يدل على المحافظة على السرية المهنية لمصلحة العميل المادية، وهو ما نصت عليه المادة ٧٦ من قانون العمل من أنه يجوز لصاحب العمل فسخ العقد مع العامل دون سبب لإعلانه ودون مكافأة أو تعويض في حالات معينة التي من بينها إفشاء العامل للأسرار الخاصة بالعمل الذي يعمل فيه^(٢).

والمادة ٦٢٢ من قانون العقوبات الإيطالي تناولت موضوع الكشف وإفشاء سر المهنة، فنصت على أن "أي شخص لديه معلومات بسبب وضعه أو مهنته أفشى سراً، دون سبب وجيه، أو يستخذه في الحصول على أرباح خاصة به، يُعاقب إذا نتج ضرر عن الواقعة بالسجن لمدة تصل إلى سنة واحدة أو بغرامة تتراوح بين ٣٠ € و ٥١٦ €. ويتم تغليظ العقوبة إذا وقعت الجريمة من قبل الإدارة والمُدرء العامين المسئولين عن إعداد وثائق المحاسبة للشركات ومراجعي الحسابات أو المصفين"^(٣).

(1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٦٦.

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٦٧.

(3) Art. 622. Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a=

السرية المهنية مفروضة في مصلحة المريض ، ومقررة على كل طبيب وفقاً للشروط التي يقررها القانون. فالسر المهني يغطي كل ما قد يصل معرفة الطبيب في ممارسة مهنته ، وهذا يعني ليس فقط ما قيل له ، ولكن ما شاهده واستمع إليه أو ما فهمه ، وكذلك تمتد السرية إلى اسم المريض. فلا يجوز للطبيب إفشاء أسماء المرضى لأي طرف ثالث^(١).

إن كل المعلومات والبيانات والأخبار التي وصلت إلى علم الطبيب عن حالة المريض الصحية، تُعد سراً، ويجب عليه كتمانها وعدم إفشائها مهما كانت الوسيلة أو الطريقة التي يتوصل بها إلى الإحاطة بهذا السر فيستوي أن يعلم الطبيب بالمعلومة بنفسه في أثناء ممارسة الكشف، والفحص، والتشخيص، أو أن المريض هو الذي أخبره بهذا الخبر وأودع لديه هذه المعلومة^(٢).

ثانياً: مصلحة المهنة:

لاشك أن لأي مهنة مصلحة يعمل أصحابها على المحافظة عليها. وذلك عن طريق الأفعال التي يقوم بها أثناء مزاولته المهنة من التزامات

=euro 516 .La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari.

- (1) Code de la santé publique Article R4127-71 " Le médecin doit disposer, au lieu de son exercice professionnel, d'une installation convenable, de locaux adéquats pour permettre le respect du secret professionnel et de moyens techniques suffisants en rapport avec la nature des actes qu'il pratique ou de la population qu'il prend en charge. Il doit notamment veiller à la stérilisation et à la décontamination des dispositifs médicaux, qu'il utilise, et à l'élimination des déchets médicaux selon les procédures réglementaires. (www.legifrance.gouv.fr)

(2) دكتور / رابيس محمد - مسئولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري - ص ٢٥٢.

وواجبات أدبية وإنسانية، وهذه الالتزامات ليست بقانون يُوجب القيام بها ولكن هو قيد عرفي، كالطبيب الذي يلتزم بكتمان أسرار مرضاه كمبدأ أخلاقي، فهذا قيد تتطلبه الطبيعة الخاصة بالمهنة، وذلك قبل أن تصدر التشريعات التي تنظم هذه المهنة.

ليس الغرض من السر المهني هو حماية مصالح الأفراد فحسب، بل حماية المصلحة العامة للمجتمع كذلك، لما يترتب على ممارسة بعض المهن في المجتمع من إفشاء العميل لأسراره الجسمانية والعضوية والقانونية عندما يلجأ العميل إلى ممثلي هذه المهن طالباً المساعدة، بل ومضطراً إلى التنازل عن أسراره التي تغد جزءاً من حياته الخاصة إليهم، والتي يُفضي بها وهو على ثقة من أن صاحب المهنة هو الأمين على السر وسوف يكون مستودعاً لأسراره كما يعلم عن شرف وكرامة المهنة.

ومن جهة أخرى فإن ممارسة هذه المهن تقتضي وجود ثقة متبادلة بين العميل والأمين على السر، وإلا تعذر على هذا الأخير القيام بدوره في العلاج أو الدفاع إذا لم يُفرض العميل بكل الحقيقة في ثقة وأمان؛ فإذا زالت هذه الثقة تردد العملاء في اللجوء إلى أصحاب هذه المهن، مما يؤدي إلى الإضرار بمصلحة أساسية للمجتمع وهي إهدار الثقة العامة⁽¹⁾. فتضر بالصحة العامة للأفراد حيث يستوجب ذلك لجوء المريض للطبيب للعلاج، والعدالة التي تستوجب لجوء المتقاضين للمحامي للدفاع عنه وعن حقوقه⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك وللمحافظة على شرف ومكانة المهنة، فقد تدخل التشريع في بعض المهن بالتنظيم، بل وزاد على ذلك الجزاءات التأديبية التي يمكن أن تُوقع عليه في حالة إذا ما أخل صاحب المهنة بواجبات

(1) crim.24 janvier 2001.(Bull.n 35)

(2) دكتور/ أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص

المهنة ؛ ويرى الباحث أن تنظيم ذلك يقع على عاتق النقابات الخاصة بكل مهنة ، كنقابة الأطباء ونقابة المحامين ونقابة الصيادلة... إلخ.
ثالثاً: المصلحة العامة للمجتمع:

مما لا شك فيه أن للمجتمع مصلحة كبرى في كتمان بعض الوقائع وعدم إفشائها، وقصر العلم بها على عدد محدد من الأشخاص ، وفضلاً عن هذا فإن المريض الذي يأتمن الطبيب على مرض خطير يعاني منه، يكون بذلك قد وضع سره في شخص معين بحكم عمله ومهنته، ويأمل في الحفاظ على سره ومساعدته في العلاج^(١).

السر المهني كان ولا يزال عنواناً لقداسة العمل في مهنة المحاماة ، وأول قسم يقطعه المحامي على نفسه لحماية المواطن والوطن ، وتُعد المصلحة العامة هي الهدف من الحماية الجنائية للأسرار المهنية، فالالتزام بالسرية في بعض المهن والأعمال يعتبر صيانة للمصالح السياسية والاقتصادية والأمنية والاجتماعية لأي مجتمع، ومنها يمكن القول بوجود أشكال كثيرة ومتعددة من الأسرار.

فالتزام الموظف العام أو الحكومي بالسر المهني في كثير من جهات الدولة من الضروريات التي فيها محافظة على ممتلكاتها وحمايتها، كالتزام موظفي الإحصاء بسرية المعلومات والبيانات المتعلقة بعملهم الإحصائي، وكذا رجال القوات المسلحة تلزمهم مهنتهم بالالتزام بالأسرار العسكرية وعدم إفشائها وفي ذلك الإفشاء خيانة للدولة ويُعتبر جاسوساً يضر بالمصلحة العامة للمجتمع .

وتنص أيضاً المادة ٢٢١ - ٦ من قانون العمل الاجتماعي والأسرة الفرنسي على أنه " كل من يشارك في خدمة البعثات لرعاية الأطفال لا بد من الالتزام بالسرية المهنية في إطار قانون العقوبات ووفقاً للشروط المنصوص عليها في المادتين ٢٢٦ - ١٣ ٢٢٦ - ١٤ من قانون العقوبات".

(1) دكتور/ عبد الحميد الشواربي - شرح قانون العقوبات - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١م ص ٣٨٥.

المادة ٢٢٦ - ١٣ من قانون العقوبات لا تنطبق على الأشخاص الذين يقدمون المعلومات على النحو المنصوص عليه في الفقرة السابقة أو على النحو المنصوص عليه في المادة ٢٢١ - ٣ من هذا القانون^(١).
ومن هذا النص يتضح كذلك أن الأفراد الذين يشتركون في بعثات رعاية الأطفال ملتزمون بالسرية المهنية فهم مسئولون عن الالتزام بكتمان ما يصل إليهم من معلومات. ولكن كشف هذه المعلومات طبقاً للنص السابق إلى رئيس المجلس العام أو الشخص الذي يُعين من قبل رئيس المجلس لا ينطبق عليه النص ولا توقع عليه العقوبات المنصوص عليها في المادة ٢٢٦ - ١٣ من قانون العقوبات.

كما قررت المادة ٢٢١ - ٧ من ذات القانون أن المعلومات التي يتم الحصول عليها أثناء قيام خدمة المساعدة الاجتماعية للأطفال بمناسبة عملية التبني لا يمكن كشفها وإفشائها أثناء القيام بأي إجراء لم يُذكر في المحكمة. كما أنه لا يمكن إرسال هذه المعلومات إلا لقضاة السلطة القضائية^(٢).

(1) Article L221-6 " Toute personne participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance est tenue au secret professionnel sous les peines et dans les conditions prévues par les articles 226-13 et 226-14 du code penal." "L'article 226-13 du code pénal n'est pas applicable aux personnes qui transmettent des informations dans les conditions prévues par l'alinéa précédent ou dans les conditions prévues par l'article L. 221-3 du présent code." <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(2) Article L221-7 "Le procureur de la République peut, à l'occasion d'une procédure d'adoption, prendre connaissance des dossiers concernant les enfants recueillis par le service. En toutes matières, le service de l'aide sociale à l'enfance peut, de sa propre initiative ou sur la demande de ce magistrat, lui fournir tous renseignements relatifs aux pupilles. Les renseignements ainsi obtenus ne peuvent être=

المبحث الثاني

أساس الالتزام بالسري المهني

لاشك أن أساس الالتزام بالسري المهني من الموضوعات التي اختلف فيها الفقه ، فمنهم من يرى أن أساس الالتزام بالسري المهني هو العقد الذي يُبرم بين صاحب السر وصاحب المهنة ، ومنهم من يرى أن أساس الالتزام بالسري المهني هو النظام العام .

ويدور هذا الخلاف حول نظرية العقد ونظرية النظام العام. لذا سنتعرض لهاتين النظريتين للوقوف على الأساس القانوني من هاتين النظريتين والذي أخذ به المشرع في تبرير تدخله لحماية السري المهني ، وذلك على النحو التالي :

- المطلب الأول : نظرية العقد كأساس للالتزام بالسري المهني.
- المطلب الثاني : نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسري المهني.

المطلب الأول

نظرية العقد كأساس للالتزام بالسري المهني

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن أساس الالتزام بالسري المهني يكمن في اتفاق بين مودع السر وبين الأمين عليه بمناسبة مهنته ، استناداً إلى أن الأمين على السري ليس ملزماً بتلقي الأسرار^(١) ، فإذا تلقى هذه الأسرار من صاحبها فإن ذلك يكون باختياره ، وعندئذ يتم العقد فيما بينهما ، والذي على أساسه تنشأ حقوق والتزامات على كلٍ من الطرفين، ومن بين هذه الالتزامات المحافظة على السري وذلك من جانب الأمين عليه. وهذا يعني أنه ملتزم بشكل دائم بالسرية المهنية^(٢).

=révélés à l'occasion d'une procédure quelconque, ni mentionnés dans une décision de justice. Ils ne peuvent être communiqués qu'aux magistrats de l'ordre judiciaire."
<http://www.legifrance.gouv.fr>.

- (1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٨٢.
(2) www.infirmiers.com/etudiants-en-ifs/cours/cours-soins-infirmiers-secret-professionnel.html 10/10/2012.

واستند أنصار هذه النظرية إلى عدة أسباب. الأول منها أن هذه النظرية تسمح بتفسير السر؛ فالعميل يبقى سيد سره، ويستطيع أن يعفي الأمين من التزامه في أي وقت. والثاني أن هذه النظرية بتحديدتها من يفسى السر على أساس تسمح بتقدير الضرر والتعويض المناسب استناداً للعقد. وتعتبر نظرية العقد من الأسس الهامة لأغلب التشريعات القانونية الخاصة والعامة، حيث تؤكد أغلب هذه التشريعات على أن العقد شريعة المتعاقدين مالم يتعارض مع الحفاظ على النظام العام، وعليه فالحمي يتعاقد مع موكله على أساس القيام بالتبع القانوني السليم للقضية والحفاظ على سريتها، مقابل أتعاب يكفلها له القانون.

فالحمي ملتزم بالإلمام بكل تفاصيل قضية موكله بصورة شمولية تمكنه من الدراية بجميع ملبساتها، والتي يمكن أن تصل أحياناً إلى الاطلاع على بعض الأمور الشخصية التي تمس موكله، والتي يريد الأخير أن تكون سراً بينه وبين محاميه، ويمكن أن ينتج عن تسربها ضرر مادي أو معنوي لموكله، وهذا ما يُعرف بالحفاظ على السر المهني للمحامي⁽¹⁾.

وكذلك الطبيب الذي يقوم بالكشف على المريض وعلاجه، فهو يتعاقد مع المريض على أساس ذلك، فهو يلتزم بكتمان سر المريض الذي أودعه إياه أو اطلع عليه، سواء كان هذا السر متعلقاً بأمور خاصة بصحته أو بالعلاج الذي تتطلبه حالته، حتى في الحالات التي يخضع المريض فيها للفحص لمصلحة الغير، كما في عقود العمل والتأمين على الحياة⁽²⁾.

فالعلاقة التعاقدية في طبيعتها بين الطبيب والمريض تجعل للطبيب واجب إبلاغ المريض بصورة واضحة وعادلة بالتشخيص والعلاج والمخاطر المحتملة التي يتكبدها، ولكن في بعض الحالات لا يجب على

(1) crime.18 Decembre 2001(pourvoi n 01.81407)

(2) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إنشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ١٠.

الطبيب أن يُبلغ المريض بسر مرضه حتى تكون حالته النفسية مُرضية تستوجب العلاج^(١).

ويرى الباحث أن الرأي الذي قال بأن العقد بين الطبيب ومريضه هو عقد وديعة قد جانبه الصواب، وذلك لأن عقد الوديعة دائماً محله أشياء مادية منقولة يمكن استردادها، بينما السر شيء معنوي فإذا أودعه لآخر فلا يمكن استرداده.

وطبيعة الالتزام بالسر المهني من وجهة نظر القائلين بالنظرية العقدية كأساس للالتزام بالسر المهني، أن هذا الالتزام بالكتمان نسبي وليس مطلقاً، كما أن رضاه صاحب السر بالإفشاء يعد سبباً لإباحة إفشاء السر. كأن يُعطي الحرية لمن أوّتمن على السر بإفشائه^(٢).

ولم تنج هذه النظرية العقدية من النقد، على أساس أن المصلحة الشخصية لصاحب السر هي السبب أو المبرر الذي أدى إلى وجود هذا السر لدى من أئتمنه عليه، ومن ثم تكون موافقة صاحب السر على الإفشاء به، وهذا يُعد مخالفاً للواقع حيث أن رضاه صاحب السر عن الإفشاء وموافقة عليه لا ينفي وجود الصفة الجرمية لهذا الفعل، لما يترتب عليه من الإضرار بالمجتمع، فالإفشاء للسر المهني قد يمس مصالح المجتمع المتعلقة بالنظام العام، لذلك جرّم المشرع فعل الإفشاء.

(1) La relation libérale est de nature contractuelle et dominée, pour le médecin, par le devoir d'information "Le médecin doit à son patient une information claire, loyale et intelligible" tant sur son état que sur les diagnostics, les thérapeutiques et les éventuels risques qu'il encourt. Le secret n'est pas opposable au patient qui doit être totalement informé de son état afin de se soigner. <http://infodoc.inserm.fr>.

(2) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ١٢.

ومن النقد الموجه للنظرية العقدية للسر المهني، أن هذا العقد لكي يكون صحيحاً لا بد من توافر أهلية المتعاقدين والإرادة الحرة، وهي قد لا تتوافر في العلاقة بين الطبيب والمريض العقلي، وقد لا يعلم المريض بكل السر عن مرضه، حيث أن معظم الأطباء قد يخفون بعض أسرار المرض عن المريض لخطورة المرض، فلو كان الرضا سبباً لإفشاء السر المهني وهو لا يعلمها، فكيف يكون الرضا بالإفشاء عن وقائع غير معلومة ومعروفة، فهنا الرضا يكون منعماً، وهذا ما يؤدي إلى عدم صحة هذه النظرية^(١).

المطلب الثاني

نظرية النظام العام

كأساس للالتزام بالسر المهني

نظراً للنقد الموجه لنظرية العقد كأساس للالتزام بالسر المهني، فقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الأساس القانوني للسر المهني هو النظام العام. فالالتزام بالسر المهني ليس نتيجة عقد صريح أو ضمني بين العميل والأمين على السر، إنما هذا الالتزام يتعلق بالنظام العام، فالالتزام بالسر المهني بالنسبة للمحامي التزام عام ومطلق في جميع نشاطاته المهنية بدون أي تمييز أو استثناء^(٢).

وهذا يعني أن الالتزام بالسر المهني يقوم على المصلحة الاجتماعية التي دعت المشرع إلى التدخل بهدف الاحترام الواجب للسر المهني وتجريم إفشائه^(٣)، ومن هنا نجد أن المصلحة الاجتماعية تربو على المصلحة الخاصة، على الرغم من أن المصلحة في كتمان السر قررها المشرع لصاحب السر نفسه والمجتمع على السواء^(٤).

- (1) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ١٣.
- (2) خالد خالص - السر المهني للمحامي - www.startimes.com بتاريخ ٢٠١١/١٢/١٧.
- (3) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٩٧.
- (4) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ١٤.

ولا شك أن نظرية النظام العام التي ترى في المصلحة الاجتماعية أساساً للسر المهني تحقق احتراماً له، وتؤكد رغبة المشرع في حماية الثقة المفترضة في ممارسة بعض المهن، والقول بغير ذلك يضر بالعادات والمصالح العامة والأساسية من الإفشاء بالسر المهني، ولا بد من احترام كل المهن التي تتعلق بسلامة الأفراد جسمانياً ومعنوياً والتي يضطر الفرد إلى الإفشاء ببعض أسرارها لأصحاب هذه المهن⁽¹⁾.

ونجد أن قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي يذكر أيضاً أن السرية المهنية هي واحدة من المبادئ الرئيسية للطب في فرنسا. فقد قررت المادة L. 162 - 2 حرصاً على التأمين الاجتماعي والصحة العامة، يتم توفير احترام حرية واستقلال الممارسة المهنية الأخلاقية للأطباء وفقاً للمبادئ الأخلاقية الأساسية مثل حرية اختيار الطبيب من قبل المريض وحرية التشخيص الطبي، والسرية المهنية⁽²⁾.

لكن رغم ذلك لم يشدد المشرع في المفهوم المطلوب للسر المهني، فالالتزام بالسر المهني وفقاً للنص الوارد في قانون العقوبات، والقائم على المصلحة العامة للمجتمع قد يزول أمام مصلحة اجتماعية أعلى منها، وهو ما يؤكد تلك الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسر المهني، ومن ثم يكون

-
- (1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص 97.
- (2) Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin, sauf dispositions contraires en vigueur à la date de promulgation de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 (Créé par Décret 85-1353 1985-12-17 art. 1 JORF 21 décembre 1985). www.legifrance.com.

النظام العام التنسيه والأساس الحقيقي للسرية المهنية ، وبذلك تكون المصلحة العامة هي المبرر إلى تدخل المشرع الجنائي لحماية السر المهني في النهاية .

وهذا ما أقره القضاء الفرنسي وأيده الفقه حيث أكدت محكمة ليون الفرنسية في أحد أحكامها والصادر في ١٦ يوليو ١٩٢٦ بأن للطبيب الحق في إفشاء السر الطبي في حالة الدفاع عن مريضه المتوفى، وفي حالة معرفة أسباب الوفاة كذلك، بل واعترف بحق أبناء المجني عليه أو أقاربه في معرفة المرض الذي تسبب عن وفاة مورثهم^(١) .

غير أن السر المهني لكي يتمتع بهذه الحماية الجنائية ، يجب أن يكون قد عُهد به بسبب مهنة من تلقاه ، وأن يكون منسوباً لشخص معين، وأن تكون الوقائع المراد إفشاء السرية عليها ذات صلة بمهنة من تلقاها^(٢) . فالطبيب الذي يطلع على جريمة ضرب أثناء توقيع الكشف الطبي على مريض له صلة بأطراف الجريمة ، ويقوم بالإبلاغ عنها، فهو بذلك لايفشي أسرارها لاطلع عليها بسبب مهنته على الإطلاق. وتدخل تحت نص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري والمادة ٢٢٦-١٣ ، ٢٢٦-١٤ من القانون الفرنسي.

ولقد اعتنق القضاء الفرنسي لفترة طويلة هذه النظرية ، حيث قررت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأنه إذا استدعى طبيياً لتوقيع الكشف الطبي على مريض برضاه، بصفته خبيراً أو مندوب لشركة تأمين، فإنه يلتزم بكتمان كل الملاحظات التي يقف عليها من الفحص، أو بمناسبة علاجه ؛ فإذا كان العقد يحدد نطاقاً واضحاً في الإفشاء إلا أن السر الطبي يظل مطلقاً في الكتمان^(٣) .

(1) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ٢١ .

(2) Pierre Verdier ,Secret professionnel et partage des informations , Journal du droit des jeunes - Revue d'action juridique et sociale novembre 2007,p.3.

(3) دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ١٦ .

بينما اتجهت أحكام القضاء الفرنسي بعد ذلك نحو التخفيف من وطأة السر المطلق، فقد اعترفت بحق الطبيب في الدفاع عن نفسه بالنسبة لما يثار قبله من اتهامات دون التمسك بالسر المطلق، وذلك لمنع الخصم من التمسك بأوراق طبية أو استحالة مناقشة ادعاءاته والرد على طلباته^(١).

ويرى الباحث أن أساس الالتزام بإفشاء السر المهني هو الالتزام الأخلاقي الذي تضمنته لائحة وآداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري في مادتها الأولى التي أوجبت على كل طبيب قبل مزاولته المهنة أن يؤدي القسم التالي أمام نقيب الأطباء أو من ينوب عنه "أقسم بالله العظيم أن أراقب الله في مهنتي، وأن أصون حياة الإنسان في كافة أدوارها في كل الظروف والأحوال باذلاً وسعي في استنقاذها من الهلاك والمرض والألم والقلق، وأن أحفظ للناس كرامتهم وأستر عورتهم وأكتم سرهم"^(٢).

وكما قضت المادة (٢٠) من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحاماة بأنه "لا يجوز للمحامي الذي يقيد اسمه بمجدول المحاماة أن يزاول المهنة إلا بعد حلف اليمين بالصيغة التالية (أقسم بالله العظيم أن أمارس أعمال المحاماة بالشرف والأمانة والاستقلال وأن أحافظ على سر مهنة المحاماة وتقاليدها وأن أحترم الدستور والقانون)"^(٣).

هناك مبرر نفعي لصالح العميل يبدأ من افتراض أن الأفراد بحاجة إلى استشارة قانونية للدفاع عن أو تأمين حقوقهم القانونية، وتقديم المشورة القانونية، وهذا لا يخدم فقط مصالح العميل الخاصة، ولكن أيضاً المصالح العامة المطابقة للقانون وإقامة العدل^(٤).

(1) CASS CIV. 1 E 28-10-1970. ULL. CIV 1- NO 290 P.237.

مشار إليه دكتور/ أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ١٩.

(2) لائحة المهنة الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٠٣م.

(3) الجريدة الرسمية العدد ١٢ في ١٩٨٩/٣/٣١م.

(4) Roger C. Cramton and Lori P. Knowles, Professional Secrecy and Its Exceptions, Spaulding v. Zimmerman Revisited, Minnesota Law Review Vol. 83, No. 1, Pg. 63 November 1998.p.102.

فالالتزام بالسرية المهنية له طبيعة خاصة تكشف عن أن نطاقه يتجاوز فكرة العقد ، وذلك لتجاوز نتائجها مصالح أطراف السر المهني إلى مصلحة المجتمع بطريق مباشر أو غير مباشر والنصوص التشريعية المتعلقة بالسر المهني تؤيد نظرية النظام العام ، لما في ذلك من امتهان لكرامة المهنة والإضرار بالمصلحة العامة^(١) .

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذه النظرية حيث قضت الدائرة الجنائية لها في ١١ مايو عام ١٨٤٤م بأن التزام المحامي بحفظ السر المهني التزام مطلق من النظام العام ، فمن حق المحامي أن يرفض الشهادة عن الوقائع التي لم يعرفها إلا بصفته كمحام دون أن يُتهم برفض الشهادة، أو توقيع الغرامة عليه حتى ولو كان عميله موافقاً على أداء الشهادة^(٢) .

هذا الالتزام باحترام السرية ليس كلمة فارغة، لأن المشرع قد عاقب عليها بالفعل ، ولقد تم معاقبة محامياً بالسجن شهر مع وقف التنفيذ لأنه كشف عن معلومات مضمولة بالسرية المهنية^(٣) ، والمادة ٥٦ - ١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نصت على إجراء خاص لضمان أفضل حماية للسرية المهنية^(٤) .

(1) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٩٨ .

(2) دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - مرجع سابق ص ٩٩ .

(3) **cette obligation de respecter le secret n'est pas un vain mot car elle est effectivement sanctionnee. Ainsi, un avocat a ete condamne a un mois d'emprisonnement avec sursis et a des dommages et interets pour avoir revele des informations relevant du secret professionnel. (cass. crim. 18.12.2001). <http://www.ginestie.com/pdf>.**

(4) **Article 56: Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans=**

المبحث الثالث الاستثناءات الواردة على السر المهني

تقديم:

فإذا كان الأصل كما سبق توضيحه أن السر المهني عام ومطلق، وقد قام المشرع بتجريم هذا الفعل بإفشاء السر المهني من أجل حماية مصلحة صاحب السر في أن تكون المعلومات أو الوقائع التي يُفضي بها إلى من يأتمنه عليها في طي الكتمان، ومن ثم فقد جعل المشرع الخروج عن هذا الأصل في حالات استثنائية ترجع إلى مصلحة اجتماعية تسمو على مصلحة صاحب السر في الكتمان، وتكون أولى بحمايتها جنائياً، ومن ثم يكون إفشاء السر المهني في هذه الحالة عاماً ونسبياً أي يخرج عن إطلاقه، فهو أمرٌ مباح لتحقيق المصلحة الاجتماعية لأن مرجعه الرغبة في منع وقوع الجريمة فلا يُعاقب عليه المشرع^(١).

ولقد أوجب القانون سواءً المصري أو الفرنسي الكشف عن بعض الأسرار التي يتوصل إلي معرفتها عن طريق مهنته وعمله، ومن أهمها الإبلاغ عن الجرائم والإبلاغ عن الأمراض المعدية والأمراض التناسلية

=désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. L'officier de police judiciaire peut également se transporter en tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal, pour y procéder à une perquisition aux fins de saisie de ces biens ; si la perquisition est effectuée aux seules fins de rechercher et de saisir des biens dont la confiscation est prévue par les cinquième et sixième alinéas de ce même article, elle doit être préalablement autorisée par le procureur de la République. Modifié par LOI n°2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 58.

(١) دكتور / محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - مرجع سابق - ص ٤٣١.

الخطيرة، والتي سنتقصر على تناولها في هذا البحث، فيجوز للمحامي الإفشاء بالسر الذي علمه من موكله إذا كان المحامي قد علم به بسبب مهنته، وكان هذا السر ينطوي على نية الموكل - وهو يستطلع رأيه - في ارتكابه جريمة الاتفاق مع شخص آخر للإدلاء بشهادة زور، وهنا يُعتبر إبلاغ المحامي واجباً عليه لكونه يعمل على منع وقوع الجريمة، وذلك وفقاً لنص المادة ٦٦-١ من قانون الإثبات^(١)، ويجوز أيضاً للطبيب المؤمن على السر أن يُفشي بها ويبلغ عن الوقائع التي تضر بمصلحة المجتمع فهي تسمو على مصلحة صاحب السر الخاصة، وأيضاً إذا كان هناك ضرورة إلى الإدلاء بشهادته أمام المحكمة.

وسوف نقتصر على تناول بعض الاستثناءات على السر المهني في كل من مصر وفرنسا على النحو التالي:

- المطلب الأول: الإبلاغ عن الجرائم.
- المطلب الثاني: الإبلاغ عن الأمراض المعدية والتناسلية.

المطلب الأول

الإبلاغ عن الجرائم

لقد أوجب القانون على المؤمن على السر إفشائه والبوح به تحقيقاً للمصلحة العامة وهي الإبلاغ عن الجرائم متى علم بها الأمين على السر من خلال مهنته، ومن هنا نجد أن المشرع المصري قد قرر في نص المادة (٣١٠) من قانون العقوبات أن إفشاء السر المهني في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يُعاقب بالحبس، وكذلك الحال في قانون العقوبات الفرنسي في المادة ٢٢٦-١٤، ويتضح من تلك النصوص أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها للمؤمن على السر المهني أن يقوم بإفشائه.

(١) لقد قضت المادة ٦٦-١ من قانون الإثبات بأنه "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعتها بواقعة أو بمعلومات أن يُفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة".

من أهم الخصائص التي تتطلبها مهنة المحامي هي الحفاظ على السرية بينه وبين موكله ، وذلك لما بينهما من ثقة ، وتهدف نشأة هذه الثقة إلى وجود المشورة القانونية بينهما في تفاصيل القضية الخاصة بموكله ، ولكن التشاور مع المحامي لارتكاب الجريمة أو الاستمرار فيها أو الاحتيال ، يؤدي إلى إلغاء هذه الميزة.

ولقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استطلع أحد المتهمين رأي محاميه في ارتكاب جريمة، وهي الاتفاق مع أحد الشهود على أن يشهد زوراً ، فهذا الأمر ولو أنه سر علم به المحامي بسبب مهنته، إلا أن من حقه بل من واجبه أن يُفشيهِ لمنع وقوع الجريمة، وذلك وفقاً لنص المادة ٦٦ من قانون الإثبات ، فإذا أخذت المحكمة بمعلومات المحامي من تلك الواقعة واستندت إليها في التليل على أن المتهم كان يسعى إلى تليفيق شهادة فلا يمكن إسناد الخطأ إلي المحكمة في ذلك^(١).

فالتزام المحامي بكتمان أسرار موكله ، يعتبر من القواعد القديمة التي تُشكل جوهر مهنة المحاماة ، إذ تعتبر كل واقعة وصلت إلى علم المحامي أو استنتجها أثناء ممارسته لمهنته يُعد سراً بطبيعته ، فالموكل وإن لم يصرح لمحاميه بالصفة السرية لما يُفضي به إليه ، إلا أنه لم يصرح له بأية معلومة إلا من أجل ضرورة الدفاع عنه .

ومن التشريعات التي نصت على سرية الاتصال بين المحامي وموكله نجد قانون الإصلاح القضائي الفرنسي الصادر في ٩ يونيو سنة ١٩٧٢ في المادة ٨٩ على وجوب احترام المحامي أثناء ممارسته لمهنته للأسرار التي يتلقاها من العملاء أو يتعرف عليها بهذه المناسبة. ومن التشريعات العربية التي نصت على التزام المحامي بالسر المهني ، نجد التشريع المصري في القانون رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٤ الخاص بمزاولة مهنة المحاماة ، الذي منع المحامي في مادته ٦١ من مزاولة المهنة حتى بعد قيد اسمه بمجدول المحامين ،

(١) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٣٣ - مجموعة القواعد القانونية - ج ٣ رقم ١٧٧ - ص ٢٢٩.

إلا بعد حلف اليمين، وبالتالي يجب على المحامي أن يحتفظ بما يُفرضي به إليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه في الدعوى.

لأن العلاقة بين المحامي وموكله تتلخص في أن الأول يتعامل مع مصالح العميل بأهمية وحساسية شديدة، مثل الممتلكات والسمعة وحرية المهنة، وهذا له ما يبرره في أن هناك حاجة إلى قدر كبير من السرية عن أية وكالة أخرى في العلاقات؛ لكن التقاليد الأخلاقية الأساسية في الاستعانة بالمحامين هي التي تتضمن دائماً السماح للمحامي بإفشاء المعلومات السرية لمنع أية جريمة⁽¹⁾.

وهناك استثناءان لهذه القواعد الاستثناء الأول أنه يجوز للمحكمة أن تطلب شاهداً للإجابة عن سؤال، حتى إن ادعى حماية السر المهني، إذا كان السؤال دقيقاً ويتعلق بمعلومات لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعتبر مشمولة بالسرية المهنية. الاستثناء الثاني أنه قد يكشف عن وجود سر عندما يكون ذلك ضرورياً لحماية المودع لديه السر من تهمة لا مبرر لها. كما أن أي مواطن يتحمل المسؤولية الأخلاقية في إبلاغ سلطات تنفيذ القانون عن أماكن وجود الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم، وقد يستمروا في ارتكاب جرائمهم، أو تعريض حياة أي من الجمهور للخطر⁽²⁾.

ويحدد القانون السرية كأساس لحق الفرد في الخصوصية، ولكن وجود المصلحة العامة جعلت نطاق تطبيقه بصورة نسبية وليست مطلقة، وهذا يدل على أهمية تعزيز مظهر من مظاهر الحقيقة، وخصوصاً عندما تريد السلطات ذلك حيث نص القانون صراحة على ذلك.

ونلاحظ أن النصوص المختلفة في القانون التجاري قد تؤدي إلى التناقض بين السرية وحماية الحريات الفردية للعملاء مع المحققين الذين يتحققون من تطبيق القواعد والتي يجب أن تخضع للتعقل وحرية التصرف

(1) <http://ethics.calbar.ca.gov/LinkClick>.

(2) <http://aiic.net/page/540>.

مع الالتزام بقانون السلطة الذي يتطلب الكشف عن وثائق من أي نوع إنجاز مهمتهم^(١).

ولقد أوجب المشرع المصري الإبلاغ عن الجرائم في نصوص عديدة منها المادة (٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية الذي يفيد أنه يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم ، وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ويجب على مرءوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات، ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم..

وعلى الرغم من كل إجراءات التحقيق وما يسفر عنها من نتائج تندرج تحت السرية المهنية التي ينبغي كتمانها ولكن في هذه حالة يبيح القانون إفشاء السر رغبة من المشرع في العمل على منع وقوع الجرائم وتدعيم أمن المجتمع واستقراره، فقد أوجبت المادة السابقة أن يقوم مأمور الضبط القضائي بإبلاغ النيابة العامة بكل ما يتلقاه من بلاغات وشكاوى، وذلك حرصاً وحماية للمصالح المراد إحاطتها بسياج من الحماية الجنائية ، وذلك مشروطاً بما أقرته المادة ٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية من المحافظة على سرية التحقيق^(٢).

ومن أهم النصوص التي تناولت إفشاء السري هي المواد المتعلقة بأمن الحكومة سواء من الخارج أو من الداخل ، فالمادة ٨٤ من الباب الأول الذي يحمل عنوان (الجنايات والجناح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج) من قانون العقوبات تنص على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب ولم

(1) Chambre criminelle, 24 février 2009, pourvoi n°08-84410, Legifrance .

(2) دكتور / سيد حسن عبد الخالق - النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن - المرجع السابق ص ٥٦١.

يسارع بإبلاغها إلى السلطات المختصة. وتضاعف العقوبة إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب".

والمادة ٩٨ من قانون العقوبات في الباب الثاني الذي يحمل عنوان (الجنايات والجناح المضرة بالحكومة من جهة الداخل - القسم الثاني) تنص على أنه "يعاقب بالحبس كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد .. ولم يبلغه إلى السلطات المختصة" وهذا النص أكد على أنه لا يوجد استثناء لأحد في الحفاظ على السر المهني في هاتين المادتين لما فيهما من مصالح تعلق عن المصالح الشخصية لصاحب السر. بما فيهم أصحاب المهن التي تلزمهم المادة ٣١٠ بعدم إفشاء الأسرار المهنية. فهم هنا ملتزمون بإفشاء هذه الأسرار في حالة وجود جريمة تضر بالمصلحة العامة والإبلاغ عنها للسلطات المختصة. وهناك حالات الضرورة التي تُجيز للمحامي الإفشاء بالسر المهني. وهي وجود ضرر جسيم كالمحامي الذي يدافع عن أحد المتهمين في جريمة قتل عمد مقترن بظرف مشدد. فيعترف له موكله بأنه هو القاتل. وأثناء نظر الدعوى تقدم النيابة العامة متهماً آخر بريئاً إلى المحاكمة بنفس التهمة على أنه هو القاتل^(١).

المطلب الثاني

الإبلاغ عن الأمراض المعدية والتناسلية

حظر القانون إفشاء السر المهني الطبي والمتعلق في الأساس بالأطباء. كما جاء نص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري. فالطبيب الذي يكتشف عند القيام بعلاج سيدة أن هذا المرض نشأ عن إجهاض. فعليه الالتزام بالسرية وعدم إفشائه وإلا وقع بفعله في جريمة إفشاء السر المهني. ويقول جارسون "أن النائب العام إذا تلقى هذا البلاغ وجب عليه عدم

(١) دكتور / إبراهيم زكي أخنوخ - حالة الضرورة في قانون العقوبات - رسالة دكتوراة من كلية الحقوق جامعة القاهرة - ١٩٦٩ ص ٢٣٦.

إهماله واتخاذ الإجراءات اللازمة لمعاقبة الطبيب الذي أفشى سر مريضته^(١)، ولكن هناك بعض الاستثناءات، وسوف نتناول منها قيام الطبيب بالإبلاغ عن الأمراض المعدية والأمراض التناسلية.

وهذه الحالات تُعد من حالات الضرورة التي تحتم على الطبيب الإفشاء بها حيث أن الكتمان بها يؤدي إلى الإضرار الجسيم بالغير، فالطبيب الذي يعالج مريض بالسل أو غيرها من الأمراض المعدية ويعمل في أحد الفنادق سواء في طهي الطعام أو تقديمه للنزلاء، فيجب على الطبيب إقناع المريض بترك عمله خوفاً من نقل المرض إلى النزلاء، وفي حالة رفض المريض ذلك وجب على الطبيب إبلاغ صاحب العمل عن حقيقة مرضه^(٢).

وكذا إذا كان هناك شخص يُعاني من مرض الزهري، وعلى وشك الزواج من فتاة، فمن واجب الطبيب المعالج له أن ينصحه بعدم إتمام هذا الزواج حتى يتم الشفاء، وفي حالة رفض المريض بحق للطبيب إفشاء هذا السر إلى الفتاة التي يريد الزواج منها أو إلى والديها^(٣).

وإن كان هناك رأي في الفقه يقول بعدم جواز إفشاء الطبيب بهذا السر لأهل الفتاة، لأن منع حصول الزواج في مثل هذه الأحوال هو مجرد واجب أدبي لا يرقى إلى الالتزام القانوني المنصوص عليه في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات.

بينما قضت محكمة النقض الفرنسية ببراءة طبيب قد أفشى سر موظفة تعمل في أحد البنوك وتسم بطبعها الحاد وسرعة الغضب والاضطراب، عندما تقدم بتقريرين عنها إلى إدارة البنك عن حالتها وبأنها غير صالحة للاستمرار في العمل بالبنك، مما ترتب عليه فصلها من العمل، وقد قالت

(١) دكتور / سيد حسن عبد الخالق - النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن - مرجع سابق ص ٥٨٧.

(٢) <http://healthdrip.com/ptivileged-communication.14-may-2011>.

(٣) <http://healthdrip.com/ptivileged-communication.14-may-2011>.

المحكمة في أسباب الحكم أن النص عندما يلزم الطبيب بكتمان السر المهني ، فهو يفرض عليه أيضاً واجب إعلام صاحب العمل وتقديم المشورة له والمعلومات الحقيقية التي تسمح باتخاذ القرار السليم^(١).

ومن هنا نادى بعض الفقه في فرنسا وكذا المشرع الفرنسي بنظرية الضرورة التي تحدد الالتزام بالكتمان ، فيعفى الطبيب من العقاب عندما يضطر إلى إفشاء سر مرض الزهري في حالة الضرورة خشية انتقال المرض بالعدوى. بينما نادى بعض الفقه في مصر أن هذه النظرية وإن كانت معقولة في مضمونها وهدفها إلا أنه لا يمكن تطبيقها أمام القضاء المصري. وذلك نظراً لقواعد التفسير الضيقة المتبعة في القانون الجنائي والتي تأبى ظهور مثل هذه النظرية مما قد يؤدي إلى الخروج عن دائرة التطبيق الصحيح للنص القانوني^(٢).

ونجد أن القوانين الأمريكية تتطلب من مقدمي الخدمات الطبية الإبلاغ عن الحالات المرضية الفردية المعدية ، والتي يجب السيطرة عليها والوقاية منها ، على أساس أنها من الأولويات لمكافحة الأمراض الفريدة داخل الدولة. فقد كان الإبلاغ عن حالات الأمراض المعدية والتي تحتاج إلى خطوة حيوية في السيطرة ومنع انتشار هذه الأمراض. وذلك لضمان توفير العلاج الطبي المناسب لمرض السل على سبيل المثال ، والكشف عن مصدر تفشي المرض، وتخطيط وتقييم برامج الوقاية والمكافحة للوصول للقاح الأمراض التي يمكن الوقاية منها^(٣).

(1) دكتور / أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ٤٥.

(2) دكتور / محمود محمود مصطفى - مدى مسؤولية الطبيب الجنائية إزاء إفشاء سراً من أسرار المهنة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١١ ص ٦٧٠.

(3) Timothy J. Doyle, M. Kathleen Glynn, and Samuel L. Groseclose, Completeness of Notifiable Infectious Disease Reporting in the United States: =

وقد ساهمت زيادة الإصابة بمرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، والزيادة الأخيرة في مرض السل في الشباب، وعودة ظهور الملاريا باعتباره تهديداً للصحة العامة، كل ذلك أدى إلى تجدد الاهتمام في مراقبة الأمراض المعدية والإبلاغ عنها^(١).

والمشرع المصري قد خرج عن السرية المهنية في مجال الإبلاغ عن الأمراض المعدية، فقد ألزم القانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٥٠م الأطباء بالإبلاغ عن الأشخاص المصابين بمرض الزهري، وهذا يُعد اقتصاراً لإفشاء السر المهني على الطبيب فقط - الذي يقوم بواجبه - ؛ فلا يؤدي ذلك إلى المساءلة الجنائية عن إفشاء السر المهني لأنه استعمل حقاً قرره له المشرع حيث رجح الأخير المصلحة العامة على مصلحة المريض، ويجب أن يقتصر إبلاغ الطبيب عن المرض على الجهة المختصة وفقاً للقانون^(٢).

الخاتمة

كثيراً ما يجد الفرد نفسه مضطراً إلى إباحة سره إلى غيره للعلاج أو الدفاع عنه ، كما هو الحال عندما يلجأ لأشخاص بعينهم من ذوي المهن كالأطباء والمحامين وغيرهم ، هنا لا جدال في أن السرية تمثل تطبيقاً بل ضرورة للثقة المعهودة في هذه المهن، ومن هنا ينشأ الالتزام على المعهود له

= An Analytical Literature Review American Journal of Epidemiology, Vol. 155, No. 9

Printed in U.S.A.2002.p.867. <http://aje.oxfordjournals.org>.

(1) Mandatory Reporting of Infectious Diseases by Clinicians, This issue of MMWR Recommendations and Reports (Volume 39, No. RR-9) is a reprint of two articles published in the December 1, 1989, edition of the Journal of the American Medical Association. The articles are reprinted, with permission, in the MMWR series of publications as a service to the readership.

(2) دكتور/ أسامة فايد - المسئولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - مرجع سابق - ص ٨١.

بالسر أن يكتمه ؛ لأن حفظ السر مزية من المزايا الاجتماعية ، التي تصبح بمجرد الإدلاء بها واجباً أخلاقياً هاماً، وإفشاء السر يشكل خيانة لهذه الثقة ونقصاً من مبادئ الشرف والأمانة.

وقد تضمنت كافة القوانين والشرائع واجب الحفاظ على الأسرار وتجريم إفشائها ، ليس فقط لحماية صاحب السر ومكانته ومركزه وشرفه ، فلكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة ؛ بل وأيضاً لصيانة وحماية المصلحة العامة في المجتمع ، وعدم تعريض المهن والمراكز السامية النبيلة للإهانة أو لعدم الثقة والاحترام.

وينهض النظام القانوني في أي مجتمع على مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات فيما بين أفرادها ومؤسساته ، فتضبط سلوكهم وتحدد حقوقهم والتزاماتهم. فالتجريم ينطبق على المفهوم الواسع لإفشاء السر المهني بصورة شاملة تجري بانتظام ، فالعامل الأساسي هو أن هناك ارتباط مجرد بين النشاط المهني ومعرفة الحقائق السرية، وهذه الحقائق لا تصل لعلم صاحب المهنة إلا في وجود الثقة. وحماية السرية المهنية أساس للدفاع عن الخصوصية .

لقد تناولنا في بحثنا "السر المهني بين الإطلاق والنسبية" بيان ماهية السر المهني أولاً في اللغة والقانون ثم تناولنا آراء بعض الفقهاء ، وكان من الأهمية بمكان محاولة الوصول لمفهوم السر المهني ، وانهينا إلى تعريفه "بأنه الوقائع والمعلومات التي ييوج بها العميل أو تصل لعلم صاحب المهنة بمناسبة مهنته وبسببها ويرغب العميل في أن تكون هذه الوقائع والمعلومات في طي الكتمان" ، ونجد أنه في ظروف بعينها يتلزم القانون بإفشاء هذا السر المهني . وقد قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث فتعرضنا في المبحث الأول إلى ماهية السر المهني، وتناولنا هذا المبحث في ثلاث نقاط رئيسة تنحصر في المعايير التي تحدد مفهوم السر المهني من نظريات مختلفة تناولها الفقهاء للوصول لتعريف السر المهني، ثم تطرقنا بعد ذلك للأمناء على السر المهني، وأخيراً تناولنا المصالح التي يشملها القانون بالحماية الجنائية للسر المهني .

أما المبحث الثاني فقد تصدينا فيه لأساس الالتزام بالسر المهني ، فقد تناولنا نظريتي العقد والنظام العام ، وتوصلنا إلى نسبة السر المهني .
وأما المبحث الثالث فتناولنا فيه الاستثناءات الواردة على السر المهني ، وقد اقتصرنا في بحثنا على الإبلاغ عن الجرائم والأمراض المعدية والأمراض الجنسية، وهذا نوعٌ من الوصول إلى نسبة السر المهني في بعض الحالات، وذكرنا منها الحالات التي لها علاقة وثيقة بين الأمين على السر وصاحب السر المهني نفسه كالطبيب والمحامي، ويكون الإفشاء فيه تعريض مصلحة خاصة للخطر تتعلق بالحياة الخاصة للأفراد في عدم إفشاء أسرارهم التي علمها الأمين على السر بسبب مهنته ، ولكن الاستثناء هنا في أن استمرار كتمان السر فيه اعتداء على مصلحة أعلى هي مصلحة المجتمع .

التوصيات:

وقد توصلنا في نهاية البحث إلى أن السر المهني لا يتصف حالياً بالإطلاق بل أصبح نسبياً لوجود حالات استثنائية بعض التوصيات ونوجزها على النحو التالي :

نقترح على المشرع المصري أسوة بنظيره الفرنسي النص في قانون مزاوله مهنة الطب على الالتزام بالسر المهني سواء للأطباء أو المساعدين والمرضين ، وكذلك طلبة كلية الطب أثناء مباشرتهم مهنة الطب .

كما نقترح على المشرع المصري أيضاً أن ينهج نهج نظيره الفرنسي بدلاً من أن يجعل للقاضي سلطة الاختيار في العقوبة بين الحبس والغرامة أن يلزمه بتوقيع عقوبتي الحبس والغرامة معاً .

وأخيراً نقترح النص على الاستثناءات التي تبيح إفشاء السر المهني صراحة كمادة من مواد القانون وهي الإبلاغ عن الجرائم ، والإبلاغ عن الأمراض المعدية والجنسية والأمراض العقلية والنفسية أو العصبية ، والإفشاء للسر المهني في حالة دفاع الأمين على السر عن نفسه أمام المحاكم، وحالة رضا صاحب السر أو ورثته عندما تكون لهم مصلحة مشروعة .

المراجع

أولاً : المراجع العربية :

- ١- القرآن الكريم
- ٢- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني - سنن أبي داود - إعداد فريق بيت الأفكار الدولية في مجلد واحد - الرياض - كتاب الآداب - باب نقل الحديث - حديث رقم ٤٨٦٩ ص ٥٢٩.
- ٣- المعجم الوسيط - الجزء الأول - الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - مطابع الأوفست بشركة الإعلانات الشرقية - باب السين ص ٤٤٢.
- ٤- مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط - الجزء الثاني - الطبعة الثانية ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م - مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - فصل السين - باب الراء ص ٤٨.
- ٥- دكتور / أحمد كامل سلامة - الحماية الجنائية للأسرار المهنية - دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص ١٤.
- ٦- عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات - الحماية الجزائية للأسرار المهنية في القانون الأردني - دراسة مقارنة - رسالة للحصول على درجة الماجستير - جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا - كلية الحقوق - عمان ٢٠١٠ ص ١٠.
- ٧- دكتور / محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - الطبعة الثامنة ١٩٨٤م ص ٤٢٥.
- ٨- جندي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الثاني - دار إحياء التراث العربي - بدون تاريخ نشر - ص ٤٦.
- ٩- دكتور / أسامة قايد - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - دار النهضة العربية - ١٩٨٧م ص ٤.
- ١٠- دكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - ١٩٨٨م ص ٧٥٣.
- ١١- دكتور / عبد الراضي محمد هاشم عبد الله - المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - ١٩٩٤م - ص ٣١٥.

- ١٢- دكتور / راييس محمد - مسئولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٥ العدد الأول ٢٠٠٩م ص ٢٥٢.
- ١٣- دكتور/ محمد عثمان عبد المالك - السرية المهنية في الممارسة الطبية - من موقع على شبكة الانترنت www.alsudani.sd/news/index.php بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٢.
- ١٤- دكتور / محمد عبد الظاهر حسين - المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل - دار النهضة العربية - ١٩٦٦م ص ١٢٢.
- ١٥- دكتور / سيد حسن عبد الخالق - النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن - رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة عين شمس العام الجامعي ٨٦ - ١٩٨٧م ص ٢٤٧.
- ١٦- سرية المحاكمة في لبنان من موقع www.libanlaw.com
- ١٧- دكتور/ أحمد عثمان حمزاوي - موسوعة التعليقات على مواد قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٥٨ ص ٤٣٥.
- ١٨- دكتور / أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية - التحقيق الابتدائي والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٢ ص ٢١٢.
- ١٩- أسامة بن عمر محمد عسيلان - الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وتطبيقاتها في بعض الدول العربية - بحث ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠٠٤م ص ٤٨.
- ٢٠- محيي الحمزاوي - مسئولية المحامي في التشريع المغربي - مكتبة إيدنيال - الطبعة الأولى ١٩٩٤م ص ٩٧.
- ٢١- دكتور/ عبد الحميد الشواربي - شرح قانون العقوبات - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١م ص ٣٨٥.
- ٢٢- خالد خالص - السر المهني للمحامي - بتاريخ ١٧ / ١٢ / ٢٠١١م www.startimes.com
- ٢٣- دكتور / إبراهيم زكي أخنوخ - حالة الضرورة في قانون العقوبات - رسالة دكتوراة من كلية الحقوق جامعة القاهرة - ١٩٦٩ ص ٢٣٦.
- ٢٤- دكتور / محمود محمود مصطفى - مدى مسئولية الطبيب الجنائية إزاء إفشاء سراً من أسرار المهنة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١١ ص ٦٧٠.

ثانياً : المراجع الأجنبية ومواقع الأنترنت:

- 1- Mandatory Reporting of Infectious Diseases by Clinicians, This issue of MMWR Recommendations and Reports (Volume 39, No. RR-9) is a reprint of two articles published in the December 1, 1989, edition of the Journal of the American Medical Association. The articles are reprinted, with permission, in the MMWR series of publications as a service to the readership.
- 2- Loin 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et a la qualite du system de santé (1) . JORF du 5 mars 2002 page 4118 , texte n1.
- 3- Timothy J. Doyle, M. Kathleen Glynn, and Samuel L. Groseclose, Completeness of Notifiable Infectious Disease Reporting in the United States:An Analytical Literature Review American Journal of Epidemiology, Vol. 155, No. 9, Printed in U.S.A.2002.p.867.
- 4- <http://aje.oxfordjournals.org>.
- 5- Roger C. Cramton and Lori P. Knowles, Professional Secrecy and Its Exceptions , Spaulding v. Zimmerman Revisited , Minnesota Law Review Vol. 83, No. 1, Pg. 63 November 1998.p.102.
- 6- Pierre etMarie Curie .le secret professionnel et partenariat font- ils bon ménage? Diplôme Universitaire « Adolescents difficiles approche psychopathologique et éducative » Année Universitaire 2010-2011, p.5.
- 7- [http:// khabouzia1.maghrebarabe.net](http://khabouzia1.maghrebarabe.net)
جريمة إفشاء في موضوع الأسرار المهنية بتاريخ ١٤ أغسطس ٢٠١١ .

- 8- Docteur Aline MARCELLI, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins, du 28 janvier 2000,p.5.
http://www.conseil_national.medecin.fr/system/files/secretprofessionnel.pdf.
- 9- Pierre Verdier , Secret professionnel et partage des informations , Journal du droit des jeunes - Revue d'action juridique et sociale novembre 2007,p.3.
- 10- [www. Legifrance.gouv.fr](http://www.Legifrance.gouv.fr).
- 11- http://fr.wikipedia.org/wiki/Secret_professionnel .
- 12- <http://www.anfe.fr/index.php>. 10-10-2012.
- 13- <http://www.anfe.fr/index.php>.10-10-2012.
- 14- <http://infos.gazette-sante-social.fr/1187/10-questions-sur-la-confidentialite-et-le-secret-professionnel-dans-la-fonction-publique>
- 15- <http://www.conseil-de-lordre-infirmier-de-paris.com>
- 16- <http://hreak.srce.hr/file/130060> . بتاريخ ٢٠١٢/١١/٩
- 17- <http://www.conseil-de-lordre-infirmier-de-paris.com/?p=1192>
- 18- http://www.anfe.fr/index.php?option=com_content.
- 19- www.Etudiantinfirmier.com/partique/secret_professionnel.pdf
<http://www.infirmiers.com/etudiants-en-ifsu/cours/cours-soins-infirmiers-secret-professionnel.html>. 07.04.2009 | Mise à jour le 14.04.2009
- 20- http://fr.wikipedia.org/wiki/Secret_professionnel.
- 21- <http://www.ginestie.com/docs/Secret.pdf>
- 22- http://www.belgium.be/fr/justice/secret_professionnel.
- 23- <http://www.ginestie.com> .
- 24- <http://www.avocat.net/role-de-l-avocat/metier-avocat/secret-professionnel-confidentialite.htm>

- 25- www.iadclaw.org/
- 26- www.iadclaw.org/userfiles/
- 27- http://www.iadclaw.org/UserFiles/file/17_11_FRANCE.pdf
- 28- http://fr.wikipedia.org/wiki/Secret_professionnel.
- 29- <http://healthdrip.com/ptivileged-communication.14-may-2011>.
- 30- <http://ethics.calbar.ca.gov/LinkClick>.
- 31- <http://infodoc.inserm.fr>.
- 32- <http://aiic.net/page/540>.
- 33- www.infirmiers.com/etudiants-en-ifs/cours/cours-soins-infirmiers-secret-professionnel.html 10/10/2012.
- 34- http://www.belgium.be/fr/justice/respect_de_la_vie_privée/secret_professionnel.
- 35- [HTTP://WWW.anfe.fr//index.pdp?](http://WWW.anfe.fr//index.pdp)
- 36- <http://www.ginestie.com/pdf>.

الشكوى كقيد إجرائي على رفع الدعوى العمومية

في المنازعات الأسرية

الأستاذة وردة دلال

أستاذة مساعدة قسم أ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

مقدمة:

للنيابة العامة مطلق الحرية في تحريك الدعوى العمومية أو الامتناع عن تحريكها طبقا لما تراه، فهي الأمانة عليها دون غيرها ولا يقيد حريتها في هذا النطاق تنازل المجني عليه عن حقوقه و صفحه عن الجاني. ومع ذلك ثمة حالات استثنائية يتوقف فيها اقتضاء النيابة العامة لحق الدولة في العقاب على إرادة الغير، إن شاء أجاز للنيابة العامة مباشرة إجراءات اقتضاء هذا الحق وإن لم يشأ حال بينها وبين مباشرة هذه الإجراءات، و هذا ما يعرف بالقيود الإجرائية التي تعد بمثابة عقبة قانونية نص عليها التشريع في بعض الجرائم لحكمة ارتأها، و تتمثل هذه القيود في الشكوى والطلب والإذن .

وفي مجال المحافظة على الروابط الأسرية ومصصلحة الأسرة جعل المشرع الشكوى كقيد إجرائي على رفع الدعوى العمومية، وذلك في بعض الجرائم التي تقع داخل الأسرة لتجنب تفكك الأسرة التي هي أساس المجتمع.

والسؤال المطروح هنا هو: ما هي تلك الجرائم ؟ و إلى أي مدى يساهم قيد الشكوى في حل المنازعات الأسرية ؟

و للإجابة عن هذا التساؤل ارتأينا إتباع الخطة التالية :

• المطلب الأول: النطاق الشخصي لأثر العلاقات الأسرية في قيد الشكوى

• المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لأثر العلاقات الأسرية في قيد الشكوى

• المطلب الثالث: النطاق الزمني لأثر العلاقات الأسرية في قيد الشكوى.

المطلب الأول

النطاق الشخصي لأثر العلاقات الأسرية في قيد الشكوى

نصت المادة ٦ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أن الشكوى من القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة، وذلك في الجرائم التي حددها قانون العقوبات الجزائري على سبيل الحصر في المواد ٣٢٦ - ٣٨٩ - ٣٧٧ ٣٣٩ - ٣٦٩ - ٣٣٠ وغيرها من الحالات التي نص عليها قانون العقوبات على سبيل الحصر. وقبل التطرق إلى تلك الجرائم سنحاول أن نبين مفهوم الشكوى في فرع أول، وصاحب الحق في تقديم الشكوى في فرع ثان.

الفرع الأول

مفهوم الشكوى

لم تضع أغلب التشريعات تعريفا للشكوى على عكس الفقه¹ حيث عرفها بأنها " إجراء يباشر من شخص معين هو المجني عليه وفي جرائم محددة يعبر بها عن إرادته الصريحة في تحريك الدعوى العمومية عنها توصلا لمعاقبة فاعلها. وتتضمن الشكوى بلاغا عن الجريمة إذا لم تكن السلطات العامة قد علمت بها".

ويقصد بالشكوى في التشريع الجزائري البلاغ أو الطلب الذي يقدمه المجني عليه إلى النيابة العامة (المادة ٣٦ ق. إ.ج) أو إلى أحد ضباط الشرطة القضائية (م ١٧ إ.ج.ج) بقصد تحريك الدعوى العمومية ضد الجاني و توقيع العقاب عليه.

1 أمون سلامة، قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٠، دار الفكر العربي، ص ٦٤.

ولم يحدد المشرع الجزائري طريقة تقديم الشكوى أو شكلها، وبالتالي يمكن أن تقدم شفها أو كتابيا لقاضي التحقيق أو النيابة العامة إلى ضابط الشرطة القضائية، ويجب على الجهة التي قدمت لها الشكوى أن تدونها في محضر رسمي مؤرخ و موقع عليه من الشاكي .

كما لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة لتقديم الشكوى¹، وذلك عكس المشرع المصري، والذي حددها بثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة و بمرتكبها ما لم ينص القانون على غير ذلك .

الفرع الثاني

صاحب الحق في تقديم الشكوى

ما يهمننا في موضوعنا ليس كل الجرائم المتعلقة بتحريك الدعوى العمومية فيها على تقديم شكوى من المضرور، إنما فقط جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الأسرية، وهي ما يطلق عليها جرائم الشكوى النسبية والتي تتطلب توافر رابطة أسرية بين الجاني و المجني عليه لحظة ارتكاب الجريمة، و تسمى النسبية تمييزا لها عن جرائم الشكوى المطلقة التي لا تتطلب توافر رابطة بين الجاني و المجني عليه كالقذف و السب في قانون العقوبات المصري، فالمشرع المصري قد اشترط تقديم شكوى من المجني عليه سواء وقعت الجريمة بين الأزواج أو بين الأصول و الفروع أو بين غير هؤلاء². وذلك على عكس المشرع الجزائري الذي لم يقيد جرائم القذف و السب برفع شكوى من المضرور، إلا أنه جعل من صفح الضحية حتى لو حركت الدعوى العمومية، و مهما كانت الرابطة بين الجاني و الضحية، يضع حدا للمتابعة الجزائية (المادة ٢٩٩ من قانون العقوبات الجزائري).

1 د/ محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري و المقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩، ص ٥١ .

2 نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة السابعة، دار الثقافة الجامعية، سنة ٩٣/٩٢، ص ١١٦ .

ومن ثم فإن ما يعيننا في هذا المقام هو جرائم الشكوى النسبية، وبالأخص منها تلك الجرائم التي تتطلب توافر رابطة أسرية بين الجاني والمجني عليه .

وفي هذه الجرائم وفي مجال النطاق الشخصي لأثر الروابط الأسرية في قيد الشكوى، نجد أن الشكوى لا بد أن تقدم من الزوج المجني عليه أو الزوجة المجني عليها بحسب الأحوال وذلك في جريمة الزنا، وكذا جريمة الهجر المعنوي للزوجة، أو تقدم من طرف من له مصلحة في إبطال الزواج في جريمة إبعاد أو خطف القاصرة، أو تقدم من الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة وذلك في كل من جريمة السرقة والنصب وإصدار شيك بدون رصيد. وكذلك جريمة خيانة الأمانة، وهذه الجرائم ستعرض لها في النطاق الموضوعي.

وما يلاحظ في الجرائم السابقة انه لا بد أن تقدم الشكوى من طرف شخص (مجني عليه) تربطه بالجاني علاقة أسرية، سواء كانت علاقة زوجية أو قرابة حواشي أو مصاهرة، أما إذا لم توجد تلك القرابة التي حددها القانون فلا يجوز للجاني أن يحتج بأن المجني عليه لم يقدم شكوى . وفيما يخص العلاقة الزوجية لا بد أن تتوافر في الشاكي أو الشاكية صفة الزوجية وقت تقديم الشكوى، و لو زالت بعد ذلك فيجب وقت تقديم الشكوى التحقق من قيام الزوجية حقيقة أو حكما كما في الطلاق الرجعي، حيث أنه لا يزال صفة الزوجية بل تبقى قائمة إلى انقضاء العدة بينما الطلاق البائن يزال صفة الزوجية، و يسقط الحق في الشكوى¹ .

وإضافة إلى الرابطة الأسرية التي يجب أن تتوافر بين الجاني والمجني عليه، لا بد كذلك أن تتوافر في الشاكي الشروط العامة، بأن تكون إرادته

1 د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، طبعة مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٠٠ وما بعدها .

حرة و غير مكره، وأن تتوافر لديه أهلية التقاضي وأن يكون متمتعاً
بكامل قواه العقلية.

ورغم أن القانون قد تطلب وجود قرابة أسرية بين الجاني والمجني
عليه في جرائم الشكوى، إلا أنه أجاز تقديمها من وكيل صاحب الحق في
تقديمها، ولكن بشرط أن يكون التوكيل صريحاً، و خاصة بواقعة الدعوى
المراد تحريكها وأن تكون الواقعة سابقة على صدور التوكيل، فلا يصلح
التوكيل العام لتقديم الشكوى لأن لكل واقعة تقديرها الخاص لدى المجني
عليه في جرائم الشكوى.¹

و إذا تعدد المتهمون، وكانت الشكوى مقدمة من صاحب الحق في
تقديمها ضد أحدهم، فإنها تعتبر مقدمة ضد الباقيين، وذلك بشرط عدم
تعدد الجرائم بتعددتهم². أما إذا لم يقدمها فهذا لا يعني عدم معاقبة المتهمين
الباقيين لأن الشكوى تقيد تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة
فقط بالنسبة للجاني الذي تربطه بالمجني عليه رابطة معينة دون غيره من
المتهمين. إلا أنه يستثنى من القاعدة العامة جريمة الزنا، فلا تجوز محاكمة
شريك الزوجة الزانية أو شريكة الزوج الزاني بتقديم الشكوى ضدتهما
دون أن تقدم ضد الزوج الزاني أو ضد الزوجة الزانية لأن محاكمة الشريكة
أو الشريك تثير ذات الاعتبار التي تطلب المشرع من اجلها وجوب
التقدم بشكوى من الزوج المجني عليه أو من الزوجة المجني عليه³.

وعلى ذلك فإن كان لا يجوز محاكمة شريكة الزوج الزاني أو شريك
الزوجة الزانية بمفردهما دون الزوج أو الزوجة الزانيين، فإن ذلك مقصور
على مركزهما كشركاء في الجريمة، أما إذا كانا كلاهما أو احدهما متزوجاً
وتقدم زوج الشريكة الزانية أو زوجة الشريك الزاني المجني عليها بشكوى

- 1 د. محمود، احمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية - دراسة مقارنة - ،
الطبعة الاولى، الرياض، ص ٣٨٩ .
- 2 فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٩٩
- 3 مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٨٦

فان الشركاء يصيرون فاعلون أصليون بالنظر إلى رابطة الزوجية الأخرى وتجاوز محاكمتهم من هذه الحالة ، و تصير الزوجة الزانية شريكة و يصير الزوج الزاني شريكا¹.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لأثر العلاقة الأسرية في قيد الشكوى

فيما يخص النطاق الموضوعي لأثر العلاقة الأسرية في عقد الشكوى فنعني به جرائم الشكوى التي تعد العلاقة الأسرية ركنا أو عنصرا لازما فيها أو تلك التي تقع بين الأزواج و يتطلب القانون فيها تقديم شكوى من الزوج المجني عليه أو الزوجة المجني عليها. و يندرج تحت النطاق الموضوعي كذلك بيان الإجراءات الجنائية التي يمكن للسلطات اتخاذها قبل تقديم الشكوى ، و الإجراءات الجنائية التي يمتنع اتخاذها قبل تقديم الشكوى و ذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الأسرية .

من خلال استقراءنا لقانون العقوبات الجزائري وجدنا أن هناك من جرائم الشكوى ما يتأثر بالعلاقة الزوجية ، و جرائم أخرى تتأثر بقرابة الحواشي أو المصاهرة.

أولا: جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية:

في القانون الجزائري نجد جريمتين من جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية و هما جريمة الزنا و جريمة الهجر المعنوي للزوجة .

فيما يخص جريمة الزنا: نصت المادة ٣٣٩ من قانون العقوبات الجزائري في فقرتها الأخيرة على أنه: " ... و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، و أن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة".

1 مأمون سلامة ، نفس المرجع ، ص ٨٦ و ما بعدها .

ويجد تعليق الدعوى في جريمة الزنا على شكوى أساسه في القانون الروماني القديم حيث كان الزوج وحده في البداية صاحب الحق أن يعاقب زوجته الزانية، ثم تطور الوضع و أصبحت سلطاته قاصرة على الاتهام، أما القضاء بالعقوبة فللمحاكم. فالطبيعة الخاصة لجريمة الزنا والمحافظة على الأسرة أملت على المشرع تقييد رفع الدعوى على الزوج الزاني بشكوى الزوج المجني عليه و ذلك ليس في القانون الجزائري فقط (م ٣٣٩ ق ع) بل في أغلب التشريعات العقابية كقانون العقوبات المصري (م ٢٧٧ قانون ع المصري).

كذلك علق المشرع الجزائري في جريمة الهجر المعنوي للزوجة (المادة ٣٣٠ ف ٢ من قانون العقوبات الجزائري) تحريك الدعوى العمومية على تقديم شكوى الزوجة، وهذا ما اتضح من خلال الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٠ من ق ع ج التي نصت على أنه: " ... و في الحالتين ١ و ٢ من هذه المادة فلا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك ...". و من خلال هذه المادة يتضح أن الزوج الذي يتخلى عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل و ذلك لغير سبب جدي لا تحرك ضده الدعوى العمومية إلا بتقديم شكوى من طرف الزوجة المتضررة . أما فيما يخص جريمة الهجر المادي للزوجة (الامتناع عن تسديد النفقة) فلم يتكلم المشرع الجزائري عن قيد الشكوى، لكنه جعل من صفح الضحية أي الزوجة حدا للمتابعة الجزائية (المادة ٣٣١ من قانون العقوبات الجزائري).

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصر اثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى على الجرائم التي تعد العلاقة الزوجية ركنا فيها دون الجرائم التي تقع بين الأزواج كالسرقة، لأنه قد جعل من العلاقة الزوجية عذرا معفيا من العقاب في جريمة السرقة التي تقع من الزوج إضرار بالزوج الآخر (المادة ٣٦٨ من ق ع ج).

بينما إذا نظرنا إلى التشريعات المقارنة، فنجد أن هناك من التشريعات من علق تحريك الدعوى العمومية على رفع شكوى من الزوج المضرور ليس فقط في جريمة الزنا أو الهجر المعنوي للزوجة، بل حتى في جريمة السرقة بين الأزواج وبعض الجرائم الأخرى.

ففي التشريع المصري، نجد إضافة إلى جريمة الزنا (المادة ٢٧٧ ق ع مصري) وجريمة الامتناع عن دفع النفقة الزوجية (المادة ٢٩٣ ق ع مصري) جرائم أخرى تتأثر بالعلاقة الزوجية في القانون المصري وهي جريمة السرقة بين الزوجين، فقد نصت المادة ٣١٢ ع مصري على أنه: " لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو ... إلا بناء على طلب المجني عليه، و للمجني عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها، كما انه يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء". كما نجد أن القضاء المصري قد قاس بعض جرائم الأموال الخاصة التي تقع بين أفراد الأسرة على السرقة بين الزوجين، فقد تطلب القضاء تقديم شكوى من المجني عليه لتحريك الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم النصب و خيانة الأمانة إذا وقعت إضراراً بالزوج^١.

أما بالنسبة للتشريع الكويتي فقد نصت صراحة المادة ١٠٩ من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية على أنه: " لا يجوز رفع الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى المجني عليه في الجرائم الآتية: ... رابعاً جرائم السرقة و الابتزاز و النصب و خيانة الأمانة إذا كان المجني عليه من أصول الجاني أو فروعه أو كان زوجه"^٢.

1 فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٩٥

2 انظر أكثر تفصيلاً، محمد إبراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، الجزء الثاني، ص ٢١، وكذلك فتوح الشاذلي، المساواة في الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، الرياض ١٤٠٦، ص ١٨٠.

كما نص المشرع السوري في المادة ٦٦١ من قانون العقوبات على أنه لا يجوز تحريك الدعوى العمومية في جريمة السرقة بين الزوجين إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر^١.

ثانياً: جرائم الشكوى التي تتأثر بقرباية الحواشي والمصاهرة:

من بين جرائم الشكوى التي يمكن القول أنها تتأثر بقرباية مباشرة أو غير مباشرة، جريمة خطف أو إبعاد قاصرة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن من له الحق في رفع الشكوى في جريمة إبعاد أو خطف القاصرة هم الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، أي أنه من المؤكد أن تكون هناك رابطة أسرية تربط القاصرة بمن له الحق في إبطال الزواج وبالتالي الحق في رفع الشكوى وذلك لأن المشرع أراد ستر الفضيحة التي يمكن أن تثار إذا سمح لأي شخص رفع شكوى في هذه الجريمة.

كما أن المشرع الجزائري قيد تحريك الدعوى العمومية في جرائم السرقة وإصدار شيك بدون رصيد والنصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء والتي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة بتقديم شكوى من الشخص المضروب، وجعل من التنازل عن الشكوى حداً للمتابعة وذلك في المواد ٣٦٩ - ٣٧٣ - ٣٧٧ - ٣٨٩ من قانون العقوبات، ويرجع السبب في تقييد تحريك الدعوى العمومية في تلك الجرائم على تقديم شكوى من طرف الأقارب والحواشي والأصهار

1 مدوح العطري، قانون العقوبات السوري، ١٩٤٧، ص ٦٤١ / ٦٤٢

لغاية الدرجة الرابعة، محاولة المشرع الجزائري المحافظة على الروابط الأسرية و ترجيح مصلحة الأسرة على مصلحة المجتمع في العقاب.

الفرع الثاني

الإجراءات الجنائية الممكنة اتخاذها قبل تقديم الشكوى

هناك إجراءات جزائية لا يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى، و إجراءات أخرى يمكن أن تتخذ قبل تقديم الشكوى .

أولا: الإجراءات التي لا يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى :

إن الإجراءات الجنائية التي لا يمكن أن تتخذ قبل تقديم الشكوى من المتضرر هي إجراءات التحقيق كالقبض على المتهم، و سماع الشهود و إجراء استجواب المتهم أو تفتيشه أو حبسه حبسا مؤقتا أو غير ذلك من إجراءات التحقيق، و إذا امتنع إجراء التحقيق امتنع رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة من باب أولى، و يقع باطلا أيا إجراء تتم مباشرته قبل تقديم الشكوى و كذلك يبطل ما ينتج عن إجراء التحقيق الباطل، و يبطل ما يترتب عليه لأن ما يبنى على الباطل مثله. فمثلا إذا تم القبض على المتهم قبل تقديم الشكوى فيبطل القبض و يبطل ما يترتب عليه من تفتيش، و يبطل ما قد يسفر عنه التفتيش من دليل أو من جريمة عرضية، و يبطل الاستجواب اللاحق لذلك، و إذا صدر حكم مبني على أي من هذه الإجراءات الباطلة بطل هذا الحكم .

أما فيما يتعلق بالتلبس بجريمة يتوقف فيها تحريك الدعوى على شكوى، فالمعمول به أن الدعوى تحرك لاتخاذ جميع الإجراءات اللازمة فإذا قدمت الشكوى استمرت المتابعة، أما إذا لم تقدم الشكوى و وضع المجني عليه حدا لها فلا يجوز الاستمرار في تلك الإجراءات و إلا كانت باطلة. يعني أنه يجوز في الجريمة الملتبس بها و رغم أن تحريك الدعوى العمومية فيها مقيد بتقديم شكوى من الزوج المضرور أو أحد الأقارب الذين حددهم القانون، أن تجرى بعض إجراءات التحقيق بشرط ألا تمس

شخص المتهم في حرته أو في حرمة مسكنه. فيصح إجراء المعاينة لمكان الواقعة و سماع الشهود و انتداب الخبراء و إحراز أدوات و أدلة الجريمة المتلبس بها، وكذلك تفتيش منزل غير منزل المتهم لضبط أدلة ثبوت الجريمة¹.

ثانياً: الإجراءات التي يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى:

الإجراءات التي من الممكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى سواء كانت الجريمة متلبساً بها أم غير متلبس بها فهي إجراءات الاستدلال والبحث و التحري التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية، و الاستدلال ينصرف إلى مجموعة الإجراءات الأولية السابقة على تحريك الدعوى العمومية و التي تهدف إلى التحري عن الجريمة و التثبت من وقوعها، و جمع المعلومات الكافية و العناصر اللازمة لتحقيق الواقعة، و منها تلقي البلاغات و إجراءات المعاينات اللازمة، و حيث إجراءات الاستدلال لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية بل هي من الإجراءات الأولية التي تمهد لها، و لا ترد عليها قيود تحريك الدعوى من شكوى أو إذن أو طلب، و من ثم يجوز إجرائها قبل تقديم شكوى.

و رغم أن القاعدة أن جميع إجراءات الاستدلال يجوز اتخاذها في الجريمة المتلبس بها، إلا أنه يستثنى من تلك القاعدة جريمة الزنا، و ذلك لعدم إثارة الفضيحة فلا يجوز اتخاذ أي إجراء بشأنها و لو كان من إجراءات جمع الاستدلالات قبل تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه². و الراجح كذلك أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء تحقيق أو استدلال قبل شريك الزوجة الزانية أو قبل شريكة الزوج الزاني إلا بعد تقديم الشكوى

1 مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٧٠ و ما بعدها .

2 د/فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

من الزوج المجني عليه، أو من الزوجة المجني عليها بحسب الأحوال لان أي إجراء من شأنه إثارة الفضيحة التي أراد المشرع سترها¹.

المطلب الثالث

النطاق الزمني لأثر العلاقة الأسرية في قيد الشكوى

يقصد بالنطاق الزمني في هذا الصدد، وقت تقديم الشكوى و المدة التي يجب أن تقدم خلالها الشكوى و العوامل الزمنية التي تؤثر في الحق في تقديم الشكوى:

ففي جرائم الشكوى النسبية التي تتأثر بالعلاقة الزوجية مثلا و التي اشرنا إليها سلفا يجب أن تتوافر فيها صفة الزوجية بقيام رابطة الزوجية بين المجني عليه و الجاني وقت وقوع الجريمة و أن يستمر توافر صفة الزوجية إلى أن تقدم الشكوى، فالزوج الذي يطلق زوجته طلاقا بائنا قبل تقديم الشكوى لا تقبل شكواه في حين انه إذا طلقها بعد تقديم الشكوى فان طلاقه لا يسقط الشكوى بل تستمر دعوى زنا الزوجة قائمة رغم طلاقها².

أما فيما يخص المدة التي يجب أن تقدم خلالها الشكوى فنجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة معينة و تركها في يد الشاكي، و ربما يرجع السبب في ذلك لارتباط هذه الجرائم بالأسرة و الخوف من تفككها، بحيث يحتاج المجني عليه مدة معينة لكي يوازن بين مصلحته في تحريك الدعوى العمومية، و مصلحته في المحافظة على الروابط الأسرية و بالتالي قد تطول المدة أو تقصر.

ونرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يحدد مدة معينة لا تكون طويلة، لأن ترك المدة بدون تحديد يؤدي إلى التراخي في تقديم الشكوى. مما

1 نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة السابعة، دار الثقافة الجامعية ٩٣/٩٢ ص ١٢١

2 فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ١٠١

قد يفتح الباب للمساومة من المجني عليه للجاني. كما أن التراخي قد يضيع أدلة الإثبات اللازمة للتحقيق، ويفقد الأدلة إن وجدت قوتها التدليلية، ويشكك في ثبوت الجريمة.

إلا أن هناك تشريعات أخرى قد حددت مدة معينة لتقديم الشكوى منها التشريع المصري، والذي حددها بثلاثة أشهر، وذلك في المادة ٣٣ من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الأخيرة بقولها:

"ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمركبها ما لم ينص القانون على غير ذلك".

أما عن العوامل الزمنية التي تؤثر في الحق في تقديم الشكوى فهي خاصة بجرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية وتحديدًا جريمة الزنا، فتلك الجريمة قد يتأثر الحق في تقديم الشكوى بشأنها علاوة على ما سبق على عاملين زمنيين هما:

رضاء الزوج مقدما بالزنا: فإذا ما ثبت أن الزوج علم بزنا زوجته ورضي به ثم أراد أن يقدم بعد ذلك شكوى لتحريك دعوى زنا ضدها فإن بعض الفقهاء^١ يذهبون إلى أن الرضا السابق بالزنا يسقط الحق في تقديم الزوج شكواه لمحكمة زوجته عن سلوك سبق أن رضيه. ورغم وجهة المبررات الاجتماعية لهذا الاتجاه إلا أنه لا سند له من القانون، ومن ثم فليس في نصوص القانون ما يمنع الزوج من تقديم شكوى ضد زوجته رغم سبق رضائه بالزنا.

وهذا ما يحتاج من المشرع إلى تدخل تشريعي لحسم هذا الأمر، حتى لا تتحصن جريمة الزنا بالنصوص الحالية. وحتى لا يتحول الرضا السابق بالزنا إلى حماية قانونية للدعارة، وإلى التحريض على الفسق والدعارة من طرف الزوج لزوجته. فالرضاء بالزنا يهدم كيان الأسرة، فلا أسرة ولا

1 مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٨٣ وما بعدها.

خصوصية بالتالي تحتفي الاعتبار الأسرية التي اعتد بها المشرع في تقريره لقيود الشكوى بالنسبة لجريمة الزنا، ومن تم تعين استرداد النيابة العامة سلطاتها في تحريك الدعوى العمومية بالنسبة لجريمة الزنا في حالة سبق رضاء الزوج بزنا زوجه الآخر، لاسيما أن سبق الرضاء بالزنا يسقط الأهلية في الحق في تقديم الشكوى، ولا يبيح الجريمة فكان لزاما أن تقوم النيابة العامة مقام من فقد أهلية الشكوى في تقدير الاعتبار بين تحريك دعوى الزنا أو عدم تحريكها لاسيما وأنها خصم يبغي الحقيقة دائما، وما أكثر القضايا التي تحفظها النيابة العامة مراعاة لاعتبارات أسرية واجتماعية.

سبق ارتكاب الزوج المجني عليه جريمة الزنا: هذا العامل لا وجود له ضمن نصوص التشريع الجزائري، بل نُحده في التشريع المصري، والذي نص عليه لاعتبارات معينة، فقد نص المشرع المصري في المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على أنه: "لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه"

ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد اعتبر أن سبق ارتكاب الزوج جريمة الزنا يسقط حقه في تقديم الشكوى لتحريك دعوى الزنا على زوجته إذا زنت وذلك لأنه بزناه السابق فقد أهليته في تقديم الشكوى ولا يعتد بتقديره للاعتبارات الأسرية التي قرر المشرع من أجلها قيد الشكوى، ومن ثم فقد أجاز المشرع للزوجة الزانية أن تدفع دعوى زوجها عليها بسبق ارتكابه جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة ٢٧٧ من قانون العقوبات^١.

والدفع بسبق ارتكاب الزنا مقرر للزوجة الزانية التي سبق أن زنا زوجها بينما لا يستفيد منه الزوج الزاني الذي سبق وإن زنت زوجته رغم

1 مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

أن الاعتبارات التي تسقط أهلية تقديم الشكوى متوافرة بالنسبة للزوج و الزوجة .

وبما أن سبق ارتكاب الزوج للزنا يسقط حقه في تقديم شكوى ضد زوجته التي ارتكبت جريمة الزنا نرى انه من المنطقي أن تسترد النياية العامة حقها في تحريك دعوى الزنا في هذه الحالة حتى لا تتحصن جريمة الزنا بسبق ارتكاب الزوج للزنا، كما أن من سبق له وإن ارتكب الزنا قد لا يحس في منعه من تقديم الشكوى بأي جزاء لان من هانت عليه أعراض الناس هان عليه عرضه.

وفي ختام تناولنا للنطاق الزمني لقبيل الشكوى، يجب أن نذكر أنه من الضروري أن يتم تقديم الشكوى قبل وفاة المجني عليه لأن الحق في الشكوى شخصي و لا يورث و كذلك الحال إذا توفي الزوج المتهم قبل تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه سقط الحق في تقديم الشكوى، و في جريمة الزنا مثلاً إذا توفي الزوج المتهم بالزنا أو توفيت الزوجة المتهممة بالزنا قبل تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه سقط الحق في تقديم الشكوى لان الدعوى الجنائية انقضت بوفاة المتهم عملاً بالمادة ٠٦ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، و إذا انقضت الدعوى العمومية بوفاة المتهم انقضى الحق في تحريكها من باب أولى سواء بشكوى أو غيرها لأن القانون لا يعرف محاكمة الأموات .

خاتمة

بوقوع جريمة الزنا ينشأ حق الدولة في عقاب مرتكبها، و لكن الدولة لا تستطيع أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر إذ لا بد من اللجوء إلى القضاء ليؤكد لها حقها في العقاب، و تتمثل وسيلتها في المطالبة بالعقوبة أمام القضاء في "الدعوى الجنائية" و النياية العامة هي الشخص الإجمالي الرئيسي الذي و كلت إليه الدولة صلاحية مباشرة اقتضاء حقها في

العقاب^١. وإن كانت للنيابة العامة الحرية في تحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها، إلا أن المشرع قد قيد حريتها في تحريك تلك الدعوى بقيود معينة ولأسباب ارتأها، و من بين تلك القيود قيد الشكوى والذي قرره في جرائم تتعلق أغلبها بالأسرة مراعاة منه للروابط الأسرية، فأعطى للمجني عليه الحرية في تحريك الدعوى العمومية بتقديم شكوى أو عدم تقديمها، كما منحه الحق في التنازل عن تلك الشكوى بعد تقديمها، ولكن ذلك بشرط أن تكون هناك رابطة قرابة أسرية تربطه بالجاني، وفي الجرائم التي حددها المشرع دون غيرها، و من خلال دراستنا للنطاق الشخصي و الموضوعي و الزمني لأثر العلاقة الأسرية في قيد الشكوى توصلنا للنتائج التالية:

١- لا بد أن تتوافر صفة معينة في صاحب الحق في تقديم شكوى في الجرائم التي تتعلق بالأسرة، و تتمثل تلك الصفة في توافر قرابة أسرية بين الجاني و المجني عليه على حسب كل جريمة، ففي جريمة الزنا (المادة ٣٣٩ ق ع) و جريمة الهجر المعنوي للزوجة (م ٣٣٠ ق ١ ق ع ج)، لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية إلا إذا تقدم الزوج المتضرر بتقديم الشكوى، أي أنه لا بد أن تتوافر رابطة زوجية بين الجاني و المجني عليه. أما في جرائم الأموال كالسرقة و النصب و إصدار شيك بدون رصيد و خيانة الأمانة، و إخفاء الأشياء التي تقع بين الأقارب و الحواشي و الأصهار لغاية الدرجة الرابعة. فقد قيدها بشكوى من الشخص المضروب، أي أن نوع القرابة في هذه الجرائم التي تربط بين الجاني و المجني عليه هي قرابة حواشي أو مصاهرة.

١ عبد الفتاح الضيفي، حق الدولة في العقاب، نشأته و فلسفته و انقضاؤه، دار الهدى للطبوعات الإسكندرية، ١٩٨٥ / ص ١٤٣ و ما بعدها.

قد حصر المشرع الجزائري جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية على جريمة الزنا والهجر المعنوي للزوجة، وذلك لكي يحافظ على الروابط الأسرية، فرغم وقوع جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات، إلا أنه نظرا لوقوع تلك الجريمة بين الزوجين فقد ترك لهما الحق في إشاعة الفضيحة، وبالتالي ترجيح حق المجتمع في العقاب أو المحافظة على الروابط الأسرية وعدم الإبلاغ عن الجريمة التي وقعت بين الزوجين.

ومع ذلك نرى أن المشرع الجزائري قد بالغ في تقديس العلاقة الزوجية على حساب حق الدولة في العقاب وذلك في جريمة السرقة التي تقع بين الزوجين (المادة ٣٦٨ ق ع) حيث جعل من العلاقة الزوجية عذرا معفيا من العقاب، واقتصر على الحق في التعويض المدني للزوج المتضرر، ونفس الشيء بالنسبة للقرابة بين الأصول والفروع فقد جعلها عذرا معفيا من العقاب في جريمة السرقة، بمعنى أنه حتى لو حركت الدعوى العمومية في جريمة السرقة التي تقع من الزوج إضراراً بالزوج الآخر أو من الأصول إضراراً بالفروع أو الفروع إضراراً بالأصول، فإنه لا يعاقب الجاني في هذه الحالة، بينما كان أحرى بالمشرع الجزائري أن يقيد جريمة السرقة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع على حد سواء برفع شكوى من الشخص المتضرر حتى لا يضيع حق الدولة في العقاب كلية، فوضع قيد الشكوى يعطي للشخص المتضرر الحق في تقديم الشكوى أو عدم تقديمها، لكن الإعفاء نهائيا من العقاب يضيع حق الدولة في العقاب كلية، ونفس الشيء يقال بالنسبة لجريمة النصب وإصدار شيك بدون رصيد وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء التي تقع بين الأزواج والأصول والفروع.

٣- جعل المشرع الجزائري في المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات من حق من له مصلحة في إبطال الزواج بين القاصرة المبعدة أو المخطوفة أن يرفع شكوى ضد الزوج الجاني أو عدم رفعها. صحيح أن المشرع أراد مصلحة القاصرة في هذه الحالة، إلا أن الواقع يثبت أن هذه المادة تحمي مصلحة الزوج الخاطف لا القاصرة، فهو بزواجه بها لا يمكن أن تحرك ضده الدعوى العمومية إلا إذا قدمت شكوى من شخص له مصلحة في إبطال ذلك الزواج و بطبيعة الحال أقارب القاصرة هم الذين لهم تلك المصلحة في إبطال الزواج أكثر من أي شخص آخر، ونجد أن التقاليد و العادات تفرض عليهم عدم تقديم الشكوى بل من مصلحتهم أمام المجتمع و لمداواة الفضيحة أن يتزوج الجاني بها. أيان مصير القاصرة أصبح في يد العادات والتقاليد، وهذه الأخيرة هي التي تجعل من الزوج الخاطف يطلق القاصرة التي تزوج بها بعد أن يكون قد تهرب من العقاب بزواجه منها، لذلك نرى أنه من الأحرى بالمشرع الجزائري أن يزيل قيد الشكوى في جريمة إبعاد أو خطف القاصرة.

٤- لم يحدد المشرع الجزائري في جرائم الشكوى مدة زمنية يجب أن تقدم خلالها الشكوى وتركها في يد الشاكي وذلك لإعطاء المتضرر فرصة للتفكير في أن يرجح مصلحة الأسرة أو مصلحة المجتمع في العقاب لكن يعاب على المشرع الجزائري أنه قد ترك هذه المدة مفتوحة، فكان عليه أن يحدد مدة تكون حويلة كأن يحددها بشهر مثلا، لان ترك المدة بدون تحديد يؤدي إلى التراخي في تقديم الشكوى مما قد يفتح باب المساومة من المجني عليه على الجاني، كما قد يضيع أدلة الإثبات اللازمة للتحقيق.

٥- لم ينشر المشرع الجزائري للحالة التي يعلم فيها الزوج بزنا الزوجة ويرضى به، بينما رأى بعض الفقه أن سبق علم الزوج بزنا زوجته

يسقط حقه في تقديم الشكوى. ونحن نؤيد رأي هذا الاتجاه من الفقه، وذلك حتى لا يتحول الرضاء السابق بالزنا من طرف الزوج إلى حماية قانونية للدعارة وإلى التحريض على الفسق و الدعارة من طرف الزوج لزوجته، فلا بد في هذه الحالة إن كان الزوج راضيا بزنا زوجته أن تسترجع النيابة العامة حقه في تحريك الدعوى العمومية دون أن تقيد برفع الشكوى من الزوج الذي رضي بزنا زوجته.

قائمة المراجع:

- ١- د. عبد الفتاح الصيفي: حق الدولة في العقاب، نشأته و فلسفته و انقضاؤه، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية ١٩٨٥.
- ٢- د. فتوح الشاذلي: المساواة في الإجراءات الجزائية. دراسة مقارنة. الرياض. ١٤٠٦ هـ.
- ٣- د. فوزية عبد الستار. شرح قانون الإجراءات الجزائية. طبعة مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي. دار النهضة العربية. ١٩٩٢.
- ٤- د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٠، دار الفكر العربي.
- ٥- د. محمد إبراهيم زيد: قانون العقوبات المقارن. الجزء الثاني.
- ٦- د. محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩.
- ٧- د. محمود احمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الرياض ٢٠٠٢.
- ٨- مدوح العطري، قانون العقوبات السوري، ١٩٤٧.
- ٩- نبيل مدحت سالم: شرح قانون الإجراءات الجزائية. الطبعة السابعة. دار الثقافة الجامعية. ٩٢ - ٩٣.

المسئولية الجنائية عن الجرائم الصحفية
في القانون المصري والمقارن
الدكتور / فارس مناحي سعود المطيري
دكتوراه في القانون الجنائي

الفصل التمهيدي

١- الحماية الدستورية لحرية الرأي وحرية الصحافة:

إن الحق المطلق في التعبير اقتضى أن توضع القواعد المنظمة له حتى يكون مكفولاً في نطاق المهمة التي من أجلها أودع الله في الإنسان هذه الحقيقة دون سائر الكائنات الحية لأن ذلك هو حقه الفطري في التعبير. وحيث أن التعبير عن الرأي هو من الحقوق الأساسية للإنسان هو أن تكون له الحرية في تفكيره وإبداء رأيه، وهذه الحرية تعتبر من قبيل الحقوق المقدسة للإنسان ولما كان في كل مجال يوجد الحق ويوجد معه ممارسة هذا الحق وعلى سبيل المثال أن حق الملكية موجود ومعترف به ولكن استعماله مقيد بعدم التعسف فيه^(١)، وألا يكون منصباً على أشياء تعد حيازتها مخالفة للنظام العام^(٢).

ولقد كفل الدستور المصري حرية الرأي وكذلك حرية الصحافة وذلك في الدستور الصادر سنة ١٩٧١ حيث نص صراحة على حماية حرية الرأي في المادة ٤٧ والتي تنص على أن: (حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون).

(١) د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ١٩٨٧، ص ٦٠٠ وما بعدها.

(٢) بالمواد المخدرة والأسلحة غير المرخصة تعد حيازتها من قبيل الجرائم.

ونص كذلك على حرية الصحافة في المادة ٤٨ على أن: (حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة والرقابة على الصحف محظورة وإن نزلت لها أو وقفها بالطريق الإداري محظور.. الخ).
إنه وفقاً للمادة ٤٧ أن حرية الرأي تعني حماية حرية الصحافة وبذلك فإن حرية الصحافة تعتبر أحد صور حرية الرأي^(١)، وحيث أن حرية الصحافة لها أهمية عظيمة في المجتمع وكذلك الدور الاجتماعي الذي تقوم به كان يجب التوفيق بين حرية الصحافة وحماية المصالح الاجتماعية والفردية، ولكن حرية الصحافة تقتضي عدم الخضوع للرقابة السابقة على النشر وهذا ما أكدته المادة ٤٨ من الدستور ولكن المصلحة العامة وحماية الأمن القومي قد تتطلب التدخل الرقابي في بعض الأحيان وخاصة في وقت الأزمات - فالوضع في وقت السلم يختلف عنه في وقت الحرب والطوارئ وذلك ما جاء في عجز المادة ٤٨ من الدستور المصري والسابق الإشارة إليها.

وحيث أن حرية الصحافة ليست مطلقة وإنما - كسائر الحقوق والحريات تكون هناك بعض القيود التي تكفل الالتزام بالمقومات الأساسية للمجتمع من ناحية وعدم المساس بحقوق الأفراد من ناحية أخرى^(٢).
وفي هذا المعنى تنص المادة ٢٠٧ من الدستور على أن: (تمارس الصحافة رسالتها بحرية واستقلال في خدمة المجتمع بمختلف وسائل التعبير، تعبيراً عن اتجاهات الرأي العام وإسهاماً في تكوينه وتوجيهه في إطار المقومات الأساسية للمجتمع والحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين)^(٣).

- (1) / محمد عبيد الله، في جرائم النشر، ١٩٥١، ص ١٢٣
- (2) / أحمد أمين، د/ علي ريشد، شرح قانون العقوبات المصري، القسم الخاص - الجزء الأول في الجرائم المترتبة بالمصلحة العامة، ١٩٤٩، ص ١٠٠
- (3) انظر المادة الأولى من قانون سلطة الصحافة رقم ١٤٨ لسنة ١٩٨٠

٢- مدى ذاتية جرائم الصحافة^(١):

إنه إذا تم تجاوز حدود الحرية الصحفية فإن ذلك يمثل جريمة صحفية سواء كان ذلك من المؤلف أو الناشر أو الصحفي أو غير ذلك. ويشير ذلك تساؤل هو هل جرائم الصحافة ذات طبيعة خاصة أم أنها لا تختلف عن غيرها من الجرائم الأخرى؟

ويرجع سبب طرح هذا التساؤل إلى أن المشرع قد خص الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر ببعض الأحكام الخاصة سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية..

فمن الناحية الموضوعية نلاحظ أن العلانية تعتبر أحد أركان الجريمة أو على الأقل أحد عناصر ركنها المادي وبالإضافة إلى ذلك، فقد خرج المشرع في تنظيمه لأحكام المسؤولية الجنائية عن هذه الجرائم على القواعد العامة (المادتان ١٩٥ و ١٩٦ من قانون العقوبات المصري، والمادتان ٤٢ و ٤٣ من قانون الصحافة الفرنسي).

ومن الناحية الإجرائية فقد خرج المشرع على القواعد العامة في الاختصاص النوعي بالنسبة للجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر على غير الأفراد، وجعل الفصل فيها من اختصاص محكمة الجنايات، وحظر الحبس الاحتياطي في جرائم الصحافة اللهم إلا في حالات محددة على سبيل الحصر سنيينها فيما بعد، فهل هذا الاختلاف في بعض الأحكام يعني أن جرائم الصحافة ذات طبيعة خاصة ومن ثم تختلف عن غيرها من الجرائم؟

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى ذاتية جرائم الصحافة استناداً إلى أنها لا تحدث عادة سوى اضطراب ذهني للمواطنين حيث أن جسم الجريمة فيها لا يمكن تصوره وذلك على خلاف الوضع في جرائم القانون العام أي (جرائم ذهنية)، وذهب جانب آخر إلى أن جرائم الصحافة لا تختلف عن

(١) د/ شريف سيد كامل، حقوق القاهرة، جرائم الصحافة في القانون المصري، الطبعة الأولى، ١٩٩٣ - ١٩٩٤، ص ٧

غيرها من الجرائم حيث أن الجرائم الصحفية جريمة من جرائم القانون العام، وبذلك تتضح ذاتية جرائم الصحافة.

٣- تعريف الجريمة الصحفية:

يقصد بالجريمة بصفة عامة: (كل فعل غير مشروع صادر عن لمرادة إجرامية يقرر لها القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً)^(١).

إن الجريمة الصحفية لا تختلف في مضمونها عن غيرها من الجرائم العادية ومع ذلك اختلف الفقه حول طبيعتها، فذهب جانب من الفقه إلى أن الجريمة الصحفية ذات طبيعة خاصة وذهب في الاتجاه الآخر رأي إلى أنها جريمة سياسية أم جريمة عادية.

وهذا تساؤل لا بد من الإشارة إلى أن معظم التشريعات الجنائية تتجنب اصطلاح (جرائم الصحافة) ويفضل تعبير (الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر)، فعلى سبيل المثال القانون الفرنسي استعمل في قانون الصحافة للصادر في ٢٩ يوليو ١٨٨١ عبارة (الجنايات والجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر)^(٢). ولقد استعمل قانون العقوبات المصري تعبير (الجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها)^(٣).

ويذهب العديد من الفقهاء إلى أن اصطلاح جرائم الصحافة يحمل نفس المعنى لما ورد سواء في قانون العقوبات المصري أو قانون الصحافة الفرنسي.

وهذا الاهتمام جاء لما للصحافة من تطور الحضارات والمعرفة التكنولوجية وأسهل طريق للعلاية والنشر والتأثير في الناس.

(1) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة السادسة سنة ١٩٨٩، رقم ٣٢ ص ٤٠، د/ عمر السعيد رمضان، د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم العام، سنة ١٩٩٢، رقم ١٤، ص ١٩

(2) Toulemon (A.) Grelar (M.) et patin (J.) code delapress., op.c, it. P.112. p41

(3) هذا عنوان الباب الرابع عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات.

٤- طبيعة الجريمة الصحفية وموضعها بين الجرائم السياسية والعادية:

أن الجريمة الصحفية هي في الغالب بمثابة تجاوز لحق أو إساءة استعمال له، وهذا يختلف عن من يعتدي بدون وجه حق وهذا يتضح من خلال المثال الآتي حيث يوجد فارق بين من ينتقد فتأخذه الحماية الوطنية فيتجاوز حدود النقد إلى جريمة القذف وبين من يقتل أو يسرق.

أن بعض الجرائم قد ترتكب عن طريق الصحافة وكذلك عن طريق الأفراد والمثال على ذلك جريمة السب والقذف يرتكبها الشخص العادي وكذلك الصحافة قد ترتكب نفس الأفعال المكونة لهذه الجريمة.

وتتضح مكانة الجريمة الصحفية بين الجرائم السياسية والجرائم العادية من خلال ضوابط قال بها الفقهاء وحيث لم يضع المشرع المصري تعريف للجريمة السياسية بل إن المشرع المصري لم يضع تعريفاً للجريمة بصفة عامة^(١) وترك تحديد التعريفات للفقهاء والقضاء.

وهناك مذهبان هما المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي، فالأول يعتد في الجريمة السياسية وتمييزها عن الجريمة العادية بالباعث إلى ارتكابها أو الهدف الذي يسعى الجاني إلى تحقيقه بارتكاب الجريمة، أما المذهب الموضوعي فينظر إلى طبيعة الحق المعتدى عليه، فتعتبر الجريمة سياسية وفقاً له، إذا وقع اعتداء على النظام السياسي للدولة^(٢)، سواء في ذلك الجرائم المخلة بأمن الدولة من جهة الخارج أو التي تمس النظام الداخلي للحكم، ونظام السلطات العامة والحقوق العامة للمواطنين^(٣)، وبعض جرائم الصحافة^(٤) وهذا هو الرأي الراجح لدى كثير من الفقهاء وبتطبيق ذلك على الجرائم التي تقع بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر لا يمكن القول بكون الجريمة من جرائم الصحافة أنها جريمة سياسية

(1) د/ شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ٩

(2) د/ فوزية عبد الستار، المرجع السابق، رقم ٤١، ص ٤٠

(3) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق رقم ٢٨٥، ص ٢٦١

(4) د/ عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، رقم ٤٣، ص ٧٠

لأنه وفقاً لهذا المذهب ينظر إلى طبيعة الحق المعتدى عليه وبذلك يمكن أن تكون جريمة سياسية ويمكن أن تكون جريمة عادية.

٥. النصوص القانونية المتعلقة بجرائم الصحافة:

نص المشرع المصري على الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر الباب الرابع عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وجعل عنوانه: (الجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها)، وذلك في المواد (من ١٧١ إلى ٢٠١) ويتتقد العديد من الفقهاء مذهب المشرع المصري حيث كان من الأفضل أن يجعل عنوان الباب المذكور: (الجنائيات والجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها)^(١).

ومن جانب آخر لم يحصر المشرع المصري جرائم الصحافة في الباب الرابع بل إن هناك جرائم يمكن أن تدخل ضمن جرائم الصحافة وجرائم النشر عموماً كالقذف والسب المنصوص عليها في الباب السابع من الكتاب الثالث من قانون العقوبات (المواد ٣٠٢ وما بعدها).

وكذلك النصوص القانونية الواردة في قوانين أخرى منها قانون سلطة الصحافة رقم ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ والقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية وكذلك نص القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية في المادة ١٥ فقرة ثانية منه على أن: (يكون رئيس الحزب مسئولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها).

ونظراً لأن هذا البحث نتكلم فيه عن المسؤولية الجنائية لهذا النوع من الجرائم فإن المواد القانونية التي تحددها هي المواد ١٧٨ مكرر، ١٩٥، ١٩٦ من قانون العقوبات أي تحدد المسؤولية عن جرائم الصحافة وفيما يلي عرض لتعريف هذه المسؤولية...

(1) وهذا ما اتبعه بالفعل قانون الصحافة الفرنسي الصادر سنة ١٨٨١. انظر: Toulemon (A.), Grebrd (M.) et Patin (J.) Code de la presse, Op. cit. p. 112 etss.

٦- المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة:

يثير موضوع المسؤولية الجنائية في جرائم الصحافة العديد من المشكلات، نظراً لتداخل أكثر من شخص طبيعي أو معنوي في أحداث الجريمة فهناك المؤلف والطابع والموزع، وحيث أن المبدأ أنه لا عقاب على الجريمة إلا إذا ثبتت مسؤولية مرتكبها فلا جريمة دون المجرم المسئول عنها، ففكرة الجريمة مرتبطة بالمجرم فلا يمكن معاقبة الشخص إلا إذا عبر عن إرادته الآتمة بفعل إيجابي أو امتناع، وهو ما يطلق عليه الإثم الجنائي، وبناء عليه يمكن القول أن الإثم الجنائي له طبيعة مركبة لها جانبها المادي وهو المساهمة المادية في الجريمة وجانبها المعنوي وهو الإرادة الآتمة، إلا أن الفقه والقضاء استخلصا من بعض النصوص اتجاه إرادة المشرع إلى افتراض المسؤولية الجنائية عن فعل الضمير، وبصفة خاصة في مجال النصوص التي تتعلق بالمهن والمشروعات المنظمة حيث يسأل مدير المشروع وكذلك رئيس التحرير عن الجرائم التي تقع بواسطة الصحفيين، ومن نماذج فكرة (المسؤولية الافتراضية) لنصوص المواد ١٧٨ مكرر، ١٩٥، ١٩٦ عقوبات.

كما يعترض طريق تقرير المسؤولية الجنائية عن جرائم النشر تلك القاعدة الجوهرية التي تتعلق بممارسة المهن أو الحرف ونعني بذلك قاعدة الحفاظ على أسرار الحرفة أو المهنة وللخروج من هذه المشكلات نلاحظ أن المشرع المصري لم يوضح أية أحكام أو أية حلول خاصة أو استثنائية لحل هذه المشكلة، ومن ثم تخضع القواعد العامة الواردة في القانون الجنائي، ويكفي أن نقرر أن الإعلام مطالب بالمحافظة على سر المهنة عملاً بالقاعدة العامة في استعمال الحقوق في المجتمع والمقيدة ب قيد (عدم التعسف في استعمال الحق).

كان هذا فصل تمهيدي لهذا البحث ثم سوف نعرض من خلال فصلين نتناول في الفصل الأول الطابع الخاص لنظام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية ومدى مسؤولية الصحفي ونقسمه إلى ثلاث مباحث

نتناول في المبحث الأول تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في القانون المقارن والقانون المصري أما المبحث الثاني فيتناول أسباب انتفاء المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية، ومحور المبحث الثالث العقوبات التبعية والتكميلية المقررة للجرائم الصحفية، ونتناول في الفصل الثاني الأحكام العامة الإجرائية للجرائم الصحفية ونقسمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول القضاء المختص بنظر الجريمة الصحفية أما المبحث الثاني فتتناول فيه سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الصحفية.

الفصل الأول

الطابع الخاص لنظام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية

ومدى المسؤولية الجنائية للصحفي

من المبادئ الأساسية في التشريع الجنائي الحديث أن المسؤولية الجنائية شخصية، بمعنى أنه لا يسأل جنائياً إلا الشخص الذي توفرت فيه صفة الفاعل أو الشريك، ولقد كان هذا المبدأ نتيجة منطقية لتخلي قانون العقوبات الحديث عن فكرة المسؤولية المادية⁽¹⁾.

ومع ذلك خرج المشرع المصري كما فعلت بعض التشريعات كالقانون الفرنسي⁽²⁾، على هذا الأصل العام في بعض الحالات ومن أبرزها نظام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية المنصوص عليه في المادتين ١٩٥، ١٩٦ من قانون العقوبات.

وقد أثار نص هاتين المادتين التساؤل في الفقه حول مدى خروج المشرع على القواعد العامة في هذا الشأن.. هل أخذ المشرع بنظام المسؤولية

(1) المسؤولية المادية، د/ أحمد عوض بلال، الجرائم المادية والمسؤولية الجنائية دون خطأ، سنة ١٩٩٣

(2) Merle (R.) et vitu (A.), Traite. Droit Penal special par vitu (A.), No. 1576. p. 1243

المادية أم أن المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية مازالت تندرج تحت قاعدة (لا مسؤولية جنائية دون خطأ؟)^(١).
تقسيم:

بيان الطابع الخاص لنظام المسؤولية الجنائية ومدى المسؤولية الجنائية للصحفي سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الأول تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في القانون المصري والقانون المقارن، وتتناول في الثاني أسباب انتفاء المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية، وفي المبحث الثالث نتناول العقوبات التبعية والتكميلية المقررة للجرائم الصحفية.

المبحث الأول

تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في

القانون المقارن والقانون المصري

إن تنظيم المسؤولية عن جرائم الصحافة يواجه العديد من الصعوبات أولها: عملية نشر الفكرة عن طريق المطبوعات حيث تتعدد الأشخاص المساهمين فيها مثل المؤلف والطابع والناشر ويشارك مع هؤلاء أشخاص آخريين وذلك في حالة النشر عن طريق الصحف، فالجريدة على عكس الكتاب تتطلب تدخل العديد من الأفراد، ومنهم الكاتب أو المؤلف، ورئيس التحرير والطابع بالإضافة إلى الموزع ومالك الجريدة^(٢).
أما ثاني هذه الصعوبات الحقيقية التي تعترض تنظيم المسؤولية الجنائية في مجال الجرائم الصحفية، فإن الأخذ بنظام اللإسمية في الكتابة والذي بمقتضاه يمكن للصحف والمجلات أن تنشر خبراً أو مقالاً بدون تعيين مؤلفه أو صاحبه، فضلاً عن الأخذ بنظام سر التحرير، ومعناه عدم إجبار الصحف على إفشاء مصدر المقال أو الخبر الذي نشره^(٣).

(١) د/ شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ٤٥

(٢) Potulicki (M.), *Leregime de la Presse*, op. cit., (1) p. 31 et 32

الأستاذ/ محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٧١

(٣) د/ فتحي فكري، دراسة تحليلية لبعض جوانب قانون سلطة الصحافة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ١٣٠

تقسيم:

بيان تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في القانون المقارن والقانون المصري سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في القانون المقارن، ونتناول في المطلب الثاني تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في القانون المصري.

المطلب الأول

تنظيم المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية

في القانون المقارن

تعدد الأنظمة^(١):

أثار تحديد نظام المسؤولية عن الجرائم الصحفية خلافاً في الفقه، كما اختلفت بشأنه المذاهب التشريعية، ويمكن القول بأن هناك ثلاثة مذاهب في هذا الشأن:

- الأول: المسؤولية المبنية على التابع.
- الثاني: المسؤولية القائمة على الإهمال.
- الثالث: المسؤولية التضامنية.

أولاً: المسؤولية المبنية على التابع

والفكرة الأساسية في هذا النظام تقوم على أن يتم ترتيب الأشخاص المسؤولين جنائياً عن الجريمة الصحفية على نحو معين، بحيث يسأل فقط الذي يوجد في قمة الترتيب أو التسلسل، فإذا كان غير معروف يسأل الشخص الذي يليه في الترتيب، وهكذا حتى نصل إلى الشخص الأخير في هذا التسلسل.

فمثلاً إذا كان الأشخاص المتعاونون في نشر الفكرة المتضمنة للجريمة هم: المؤلف، والناشر (بالنسبة للكتاب) أو رئيس التحرير (بالنسبة للمقال أو الخبر المنشور في الصحف) والطابع.. فهنا يسأل المؤلف

(١) د/ شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ٤٧.

جنائيا عن الجريمة فإذا كان غير معروف يسأل الناشر أو رئيس التحرير، فإن لم يوجد هذا الأخير تعين معاقبة الطابع^(١)، ويلاحظ أن المتهم يسأل طبقاً لهذا النظام باعتباره فاعلاً للجريمة أيًا كان دوره في ارتكابها، لأن نظام المسؤولية القائمة على التابع يستبعد تطبيق أحكام الاشتراك في جرائم الصحافة^(٢).

والمثال البارز للتشريعات التي أخذت بهذا النظام هو القانون البلجيكي حيث نصت المادة ١٨ من الدستور البلجيكي على أنه: (إذا كان المؤلف معروفًا ومقيمًا في بلجيكا فلا يمكن مساءلة الناشر أو الطابع أو الموزع)^(٣).

ويتضح من هذا النص أن الناشر لا يسأل جنائياً عن الجريمة إلا إذا كان المؤلف غير معروف وإذا لم يوجد هذا أو ذاك يسأل الطابع فالموزع، والمشرع البلجيكي يفترض توافر الركن المعنوي لدى المتهم (الناشر، الطابع، الموزع)^(٤).

كذلك من أمثلة التشريعات التي أخذت بنظام المسؤولية القائمة على التابع في مجال جرائم الصحافة (القانون الفرنسي) في م ٤٢ على أنه: (يعاقب كفاعل أصلي في الجنايات والجنح التي ترتكب بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر رئيس التحرير وفي حالة عدم وجودهما يسأل المؤلف، وإذا كان غير معروف يسأل الطابع، فإن لم يعرف يسأل البائعون أو الموزعون أو المعلنون)، ونصت المادة ٤٣ من القانون المذكور خروجاً على القواعد العامة في الاشتراك أنه: (إذا كان رئيس التحرير أو الناشر معروفًا، ومن ثم يسأل كفاعل أصلي عن الجريمة، فإن المؤلف يسأل باعتباره شريكاً).

(١) / محمد عبد الله، المرجع السابق في جرائم النشر، ص ٣٧٩

(٢) Potulicki (M.), Le regime de la Presse, op. cit. p.33

(٣) Tefvik (H.), Le nouveau regime de la presse, paris si: 1937, No. 49 p.59 et 60

(٤) Potulicki (M.), Le regime de la Presse, op.cit., p. 125 et 126

وقد ذهب الفقه الفرنسي إلى تطبيق هذه المواد السابقة على الجرائم التي ترتكب من جنایات أو جنح، ومؤدى ذلك أن الجرائم التي ترتكب بواسطة الإذاعة والتليفزيون أو سينما تخضع في تحديد المسؤولية الجنائية عنها للقواعد العامة^(١).

ويتميز نظام المسؤولية القائمة على التابع بوضوحه وسهولة تطبيقه في العمل^(٢) حيث يكفي مجرد وجود الشخص الذي وضعه المشرع في أول الترتيب فإن لم يعرف يكون الشخص الذي يليه هو المسئول وهكذا.

ومع ذلك لا يمكن قبول هذا النظام لما ينطوي عليه من عيوب واضحة من عدة وجوه:

فمن ناحية نلاحظ أنه يتسم بالتحكم والبعد عن الحقيقة والواقع، فهو يجعل المسؤولية الجنائية قائمة على محض المصادفة، فالضابط في تحديدها يتمثل في وجود أو غياب الشخص الذي وضعه المشرع في ترتيب معين، وهذا يخالف المبادئ العامة التي تحدد المسؤولية الجنائية بناء على أهمية الدور الذي يقوم به الجاني في ارتكاب الجريمة.

ومن ناحية ثانية: فإن نظام المسؤولية القائمة على التابع يتعارض مع مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، الأمر الذي جعله يصطدم في بعض الأحوال مع مبدأ المسؤولية الأخلاقية والذي يقضي بأنه لا جريمة بدون ركن معنوي، ولا مسؤولية بدون خطأ. ويتضح ذلك بصفة خاصة بالنسبة للأشخاص الذي يوجدون في نهاية التسلسل الذي يضعه المشرع كالبائع والموزع، ولذا فإن الأقرب إلى قواعد العدالة أن تطبق القواعد العامة في هذا الشأن.

(1) Merle (R.) et vitu (A.), Traite...Droit Penal Speciaal, op. cit. No 1576. p. 1244, Blin (H.), chavanne (A.0 et Drago (R.), op. cit. No 215

(2) Potulicki (M.), op. cit., P.125

ولقد حاول البعض التخفيف من آثار حدة هذا النظام، فهدب القول بوجود الأخذ بالمسئولية الجنائية للجريدة باعتبارها شخص معنوي إلى جانب المسئولية الجنائية للعاملين بها^(١).

واعترض البعض على ذلك الرأي استناداً إلى أن الشخص المعنوي لا يمكن أن يرتكب جريمة، إذ ليست له إرادة ومن ثم فهو غير أهل لتحمل المسئولية.

ويعتقد أنه على الرغم من أن المشرع المصري لا يسلم كقاعدة عامة بالمسئولية الجنائية للشخص المعنوي فإنه قد نص في المادتين ١٩٩، ٢٠٠ من قانون العقوبات على: (تعطيل الجريدة) كقوة تكميلية للجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف^(٢).

ثانياً: المسئولية المبنية على الإهمال

وفقاً لهذا النظام يكون المؤلف هو المسئول الأساسي عن الجريمة الصحفية فإن لم يعرف يعاقب الناشر أو الطابع وأساس مسئولية هذين الآخرين يتمثل في (الإهمال) أي في الإخلال بالواجب المهني، وقد أخذ القانون الألماني بهذا النظام^(٣).

وتتميز نظام المسئولية القائمة على الإهمال بأنه يحاول أن يدخل مسئولية الناشر أو رئيس التحرير أو الطابع في نطاق القاعدة العامة في المسئولية الجنائية التي تقضي بأنه: (لا مسئولية بدون أخطاء)، ولكن إذا سلمنا بأن الناشر أو رئيس التحرير يكون مسئولاً عن الإخلال بالواجب المهني المفروض عليهم الأمر الذي أدى إلى وقوع الجريمة فإننا نكون - في الواقع - إزاء جريمتين:

(1) Veysiere, le droit commun et la presse, these, Paris, 1908, cite par poulicki (M.), op.cit., p. 34 et 35

(2) د/ عمر سالم، المرجع السابق، ص ١٤٨، وقارن د/ رياض شمس، ج ١ ص ٣٣، ٣٤

(3) Potalicke (M.), Le regime de la Presse, op.cit., p. 130 et 52

الأولى: هي الإخلال بالواجب المذكور وأساس المسؤولية هنا هو (الخطأ غير العمدى).

والجريمة الثانية: هي التي يتضمنها المقال أو الخبر المنشور أو المطبوع كالقذف أو السب أو الإهانة أو التحريض أو غير ذلك من الجرائم الصحفية وهذه الجرائم عمدية يجب توافر القصد الجنائي لدى المتهم.

فما هو الأساس القانوني لمسئولية الناشر أو رئيس التحرير أو الطابع عن هذه الجريمة؟

نعتقد أن نظام المسؤولية المبنية على الإهمال لم يجب على هذا

السؤال.

ثالثاً: المسؤولية التضامنية

تقوم فكرة المسؤولية التضامنية على أساس أن يكون رئيس التحرير أو الناشر هو المسئول دائماً عن جريمة النشر باعتباره فاعلاً لها، وذلك لأن تلك الجريمة لا ترتكب إلا بالنشر الذي يقترفه أي منها، وإذا ساهم مع أحدهما شخص آخر في هذه النشر يكون مسئولاً طبقاً للقواعد العامة سواء كان فاعلاً أو شريكاً^(١).

ولقد كان المشرع الفرنسي يأخذ بهذا النظام للمسئولية عن جرائم الصحافة بالقانون الصادر في سنة ١٨١٩ ثم عدل عنه وتبنى نظام المسؤولية القائمة على التابع في قانون الصحافة الصادر في ٢٩ يوليو سنة ١٨٨١ م^(٢).

(1) / محمد عبد الله، المرجع السابق في جرائم النشر، ٣٧٧، د/ محمود عثمان الهمشري، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، ص ٢٠٢

(2) Tefvik (H.), Le nouveau regime de la presse, op. cit. No. 51. p.60

المطلب الثاني
تنظيم المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة
في القانون المصري

تناول المشرع المصري تنظيم أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية في المادتين ١٩٥، ١٩٦ من قانون العقوبات، وكذلك المادة ١٥ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية (في فقرتها الثانية). وتكشف النصوص عن تبني المشرع المصري لنظام المسؤولية القائمة على التابع وإن كان بصورة غير مطلقة^(١).

وسوف نعرض فيما يلي مسؤولية الأشخاص الذين أشارت إليهم النصوص القانونية وغيرهم ممن قد يثور التساؤل حول مسؤوليته الجنائية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر.

١- مسؤولية المؤلف:

المؤلف هو مصدر الكتابة أو الرسم التمثيلي، سواء هو الذي ابتكرها أو كتبها أو اقتصر دوره على مجرد تقديمها باسمه لا باسم صاحبها الأصلي إلى رئيس التحرير أي الناشر.

فالترجم الذي يقدم مقالاً إلى الصحف أو خبيراً يأخذ حكم المؤلف ونفس الحكم يصدق على مخبر الجريدة الذي يقدم رئيس تحريرها خبيراً أو حديثاً وينسبه إلى أحد الأفراد^(٢).

فهو يعتبر فاعلاً أصلياً وفقاً للقانون المصري، لأنه ارتكب عمل من الأعمال المكونة لهذه الجريمة ومن ثم يصدق عليه وصف الفاعل كما عرفته المادة ٣٩ من قانون العقوبات.

ويجب أن يلاحظ أن مسؤولية المؤلف عن الجريمة الصحفية المقررة وفقاً للمادة ١٩٥ من قانون العقوبات هي مسؤولية عادية وليست مفترضة وبالتالي فهي تخضع للقواعد العامة، وعليه يتعين أن يتوافر القصد الجنائي

(١) د/ رياض شمس، المرجع السابق، ج١ ص ٤٣

(٢) أ/ محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٩٠

لديه، فيجب أن يحيط علمه بعناصر الجريمة وأن تتجه إرادته إلى تحقيقها، فإن انتفى هذا الركن المعنوي انتفت المسؤولية الجنائية كما لو ثبت أنه لم يقصد نشر الكتاب، وأن النشر حدث بدون علمه^(١).

وتجد أن المادة ١٩٥ من قانون العقوبات جاءت بخلاف القانون الفرنسي حيث نصت المادة ٤٣ من قانون الصحافة الفرنسي على أن يعاقب المؤلف باعتباره شريكاً في الجريمة في الحالة التي يكون فيها رئيس التحرير معروفاً ومن ثم يكون مسئولاً كفاعل أصلي^(٢). ولا شك أن القانون المصري هو الأصدق.

٢- مسئولية رئيس التحرير أو المحرر المسئول:

وفقاً لنص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات يعاقب رئيس التحرير أو المحرر المسئول إذا لم يكن ثمة رئيس التحرير بصفته فاعلاً عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الجريدة.

وسبب تحميل رئيس التحرير أو المحرر المسئول المسؤولية الجنائية أنه بحكم وظيفته يتولى الإشراف الفعلي على كل ما يعم تحريره في الجريدة. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن: (رئيس التحرير المسئول جنائياً طبقاً لأحكام قانون العقوبات والمسئول إدارياً طبقاً لأحكام قانون المطبوعات يجب أن يكون أصلاً رئيساً فعلياً، وانفاقه مع شخص آخر على أن يقوم بوظيفته لا يدرأ عنه المسؤولية بعد أن أخذها على نفسه رسمياً بالقيام بإجراءات يقتضيها قانون المطبوعات، وإلا أصبح في استطاعة كل رئيس تحرير أن يتخلى عن هذه المسؤولية بإرادته)^(٣).

الأساس القانوني لمسئولية رئيس التحرير أو المحرر المسئول:

أثار تحديد هذه المسؤولية خلافاً في الفقه والقضاء.. ففريق من الفقهاء يذهب إلى القول بأنه مسئولية رئيس التحرير مسئولية مفترضة.. أي

(1) / محمد عبد الله، في جرائم النشر، المرجع السابق، ص ٣٩٠، د/ أمال عثمان، مرجع سابق، ص ٧٦٤

(2) Merle (R.) et vitu (A.), Traite..Droit penal special op. cit. no. 1578 p. 1245

(3) نقض ٥ مارس ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢ رقم ٢١٥ ص ٢٧٤

أنها مسئولية موضوعية استثناء من القواعد العامة من قانون العقوبات وهذا هو الرأي السائد في أحكام القضاء.

ويذهب رأي آخر وهو الرأي الراجح إلى إسناد المسؤولية إلى خطئه الشخصي ومن ثم فهي تدخل في نطاق القاعدة العامة التي تقتضي بأنه: (لا مسئولية جنائية دون خطأ).

٣- مسئولية مالك الجريدة:

لم يذكر المشرع في المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مالك الجريدة من بين الأشخاص المسؤولين عن الجرائم التي تقع بواسطة الجريدة، ومع ذلك فمن المقرر أن عدم ذكر اسمه لا يعني إفلاته من العقاب لأنه وإن لم يأذن بنشر المقال أو الخبر المتضمن للجريمة (فهذه مهمة رئيس التحرير أو المحرر المسئول) فإنه يساهم في وضع الخطة العامة للجريدة وتحديد السلوك الذي تتبعه^(١).

غير أن مسئولية مالك الجريدة تخضع للقواعد العامة في المسئولية الجنائية فهي إذا مسئولية عادية، وليست مسئولية مادية أو مفترضة ومن ثم يتعين توافر الركن المادي بأن يثبت أنه ساهم فعلاً في تحرير المقال أو الخبر المتضمن جريمة أو ساهم في نشره، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتوافر لديه القصد الجنائي وعبء الإثبات يقع على كاهل النيابة العامة، وينبغي على قاضي الموضوع إذا رأى الحكم في الموضوع بالإدانة أن يستظهر الدليل على توافر القصد الجنائي لدى المتهم^(٢).

٤- مسئولية الناشر:

عرفت المادة الأولى من قانون المطبوعات رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٦ الناشر بأنه: (الشخص الذي يتولى نشر أي مطبوع). وهو تعريف واسع يشمل الناشر في حالة الجرائد والمجلات الدورية، وفي حالة الكتب والمطبوعات غير الدورية.

(1) أ/ محمد عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٩٨

(2) د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ٦٢

وقد خلت النصوص القانونية الواردة في المسؤولية الجنائية عن الجرائم الصحفية (المادتان ١٩٥ ، ١٩٦ من قانون العقوبات) من الإشارة إلى الناشر مما أدى إلى التساؤل حول مدى مسؤوليته عن جريمة النشر، لأنه ارتكب عمل من الأعمال المكونة للجريمة^(١).

ومسئولية الناشر مسؤولية عادية تطبيقاً للقواعد العامة في هذه الحالة ولتوضيح ذلك سنجري التمييز بين فرضين:

١- إذا قام بنشر المطبوع المتضمن للجريمة وهو يعلم حقيقته ويريد وقوع الجريمة، وفي هذه الحالة يعتبر فاعلاً أصلياً لجريمة النشر، لأنه ارتكب عملاً من الأعمال المكونة لهذا ومسئولية الناشر في هذا الغرض مسؤولية عادية تطبيقاً للقواعد العامة.

٢- إذا قام الناشر بنشر المطبوع دون أن يتوافر لديه القصد الجنائي، وهذا الغرض هو الذي يثير بعض الصعوبات. فهل يسأل مسؤولية مفترضة باعتباره فاعلاً أصلياً للجريمة قياساً على حكم مسؤولية رئيس التحرير أو المحرر المسئول.

ذهب إلى القول بذلك بعض الشرح، استناداً إلى أن المشرع لا يحفل بالأسماء قدر اهتمامه بتحقيقه الدور الذي يؤديه الشخص في الجريمة الصحفية.

ولما كانت هذه الجريمة تتكون من شقين هما: الفكرة الممنوعة ونشرها، فإن من يقوم بأيهما يعتبر فاعلاً أصلياً يستوي في ذلك أن يكون المطبوع دورياً أو غير دوري، لأن دورية المطبوع أو عدم دوريته غير جوهرية، ولا يعتد بها الشارع عند افتراضه مسؤولية القائم على النشر.

ويضيف أيضاً هذا الرأي إلى ذلك، أن نشر الكتاب الممنوع أو النشرة غير الدورية المتضمنة للجريمة يعتبر فاعلاً أصلياً للجريمة دون حاجة لإثبات علمه بما يتضمنه المطبوع، ما دام قد ثبت أنه هو الذي تولى النشر، ولا يجوز في العقل أن تقع المسؤولية المفترضة على من يقوم بدور ثانوي في

(١) المرجع السابق، ص ٦٢

الجرمة كالطابع والبائع والموزع، ويفلت منها الناشر، وهؤلاء من بمنزلة
المقاولين من الباطن من المقاول الأصلي^(١).

ولكن هذا الرأي محل نظر: فالمسئولية المفترضة هي مسئولية
استثنائية وقد جاءت على خلاف القواعد العامة - كما قدمنا - التي
تقضي بأن الإنسان لا يكون مسئولاً إلا عن العمل الذي يثبت بالدليل
المباشر أنه قام به فعلاً.

ومتى كان هذا الأمر كذلك فلا يجوز التوسع في هذا الاستثناء أو
القياس عليه، ولذا فقد حرص القضاء على القول بعدم جواز أن تتعدى
المسئولية المفترضة إلى غير من نص القانون عليهم بشأنها، وهو ما يؤكد
ضرورة خضوع مسئولية الناشر للقواعد العامة فينبغي لقيام مسئولية أن
تثبت سلطة الاتهام قيام القصد الجنائي لديه، فإن انتفى هذا القصد انتفت
المسئولية ومن ثم لا يمكن معاقبة الناشر^(٢).

٥ - مسئولية الطابع:

عرف المشرع الطابع في المادة الأولى من قانون المطبوعات بأنه:
(صاحب المطبعة، ومع ذلك فإذا كان صاحب المطبعة قد أجرها إلى
شخص آخر فأصبح ذلك الشخص هو المستغل لها فعلاً فكلمة (الطابع)
تنصرف إلى المستأجر.

ويسأل الطابع وفقاً للمادة ١٩٦ من قانون العقوبات بصفته فاعلاً
أصلياً لجرمة النشر إذا لم يعرف مرتكب الجريمة، أي في الأحوال التي لا
يمكن فيها معرفة المؤلف أو رئيس التحرير أو الناشر.

كأن يكون مرتكب الجريمة موجوداً وقت النشر في الخارج، أو إذا
كانت الكتابة أو ما في حكمها قد نشرت في الخارج، وكان المؤلف غير
معروف^(٣).

(١) / محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٠١، د/ محسن فؤاد فرج، جرائم الفكر

والرأي والنشر، ص ٣٤٧

(٢) / نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ٣٥، رقم ٦٨
ص ٣٢١

(٣) / محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٠٢، د/ آمال عثمان، جريمة القذف، المرجع
السابق، ص ٧٧١

ومسئولية الطابع في هذه الحالة هي مسئولية مفترضة، تقوم سواء تبين أنه علم بمضمون المطبوع أو لم يعلم به، فهو إما أن يكون قد أقدم على الطبع دون أن يستوثق من شخصية المؤلف أو الناشر، وإما يعرفهما ومع ذلك يخفى أمرهما^(١).

٦- مسئولية المستورد:

تنص المادة ١٩٦ من قانون العقوبات على أنه في الأحوال التي تكون فيها الكتابة أو الرسوم أو الصور الشمسية أو الرموز أو طرق التمثيل الأخرى التي استعملت في ارتكاب الجريمة قد نشرت في الخارج وفي جميع الأحوال التي لا يمكن فيها معرفة مرتكب الجريمة يعاقب المستورد باعتباره فاعلاً أصلياً للجريمة.

ويبرر مسئولية المستورد في هذه الحالة أنه هو الذي تولى نشر ما استورده في مصر^(٢).

٧- مسئولية البائع والموزع والملصق:

يعاقب البائع والموزع والملصق باعتبارهم فاعلين أصليين وفقاً لنص المادة ١٩٦ من قانون العقوبات إذا تعذر معرفة الطابع أو المستورد ما لم يظهر من ظروف الدعوى أنهم لم يكن في وسعهم معرفة مشتملات الكتابة أو الرسم أو الصور الشمسية أو الرموز أو طرق التمثيل الأخرى. وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية هؤلاء باعتبارهم فاعلين أصليين لجريمة النشر توافر شرطين:

الأول: أن يتعذر عقاب الطابع أو المستورد وذلك بعد أن تعذرت معرفة مرتكب الجريمة.

الثاني: أن يثبت من ظروف الدعوى أنه كان في استطاعتهم معرفة مشتملات الكتابة المعاقب عليها، فإذا تبين أنه لم يكن في وسعهم معرفة مشتملات الكتابة كأن يكون البائع أمياً، أو يكون المطبوع

(١) / محمد عبد الله، المرجع السابق في جرائم النشر، ص ٤٠٢

(٢) د/ أمال عثمان، جريمة القذف، المرجع السابق، ص ٧٧١

بلغه أجنبية يجهلها المتهم ، أو كان المطبوع يباع في مظهر مغلق
فلا يمكن مساءلة هؤلاء الأشخاص عن جريمة النشر^(١).

٨- مسؤولية القائم بالنقل والترجمة وترديد الإشاعات:

تنص المادة ١٩٧ من قانون العقوبات على: (لا يقبل من أحد للإفلات من المسؤولية الجنائية مما نص عليه في المواد السابقة، أن يتخذ لنفسه مبرراً أو يقيم لنفسه عذراً من الكتابات أو الرسوم أو الصور الشمسية أو طرق التمثيل الأخرى بأنها نقلت أو ترجمت عن نشرات صدرت في مصر أو في الخارج أو أنها ترديد إشاعات أو روايات عن الغير). ووفقاً لهذا النص، يكون مسئول عن جريمة النشر باعتباره فاعلاً أصلياً كل من الناقل والمترجم أو إعادة الطبع ومع ملاحظة أن المؤلف أو الناشر الأول لا يسأل في هذه الحالة إلا إذا ثبت أنه قد ساهم في نقل المقال أو الخبر المذكور وتوافر لديه القصد الجنائي^(٢).

ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الصدد ما قضى بأنه: (لا يستوي أن تكون عبارات القذف أو السب التي أذاعها الجاني منقولة عن الغير أو من إنشائه هو سواء بسواء، ولا يقبل من أحد للإفلات من المسؤولية الجنائية بأن يتذرع بأن هذه الكتابة قد نقلت من صحيفة أخرى. إذ الواجب يقضي بأن على من ينقل كتابة سبق نشرها بأن يتحقق من قبل إقدامه على النشر من أن تلك الكتابة لا تنطوي على أية مخالفة للقانون)^(٣).

٩- مسؤولية رئيس الحزب:

تنص المادة ١٥ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية في فقرتها الثانية على أنه: (يكون رئيس الحزب مسئولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها).

- (1) أ/ أحمد أمين والدكتور/ على راشد، مرجع سابق، ص ٢٢٩، أ/ محمد عبد الله، في جرائم النشر، ص ٤٠٥، د/ أمال عثمان، جريمة القذف، مرجع سابق، ص ٧٧٢
- (2) أ/ محمد عبد الله، المرجع السابق في جرائم النشر، ص ٤٠٩
- (3) نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١١ رقم ١٨١ ص ٩٢٩

إن المشرع يعتبر رئيس الحزب هو المسئول عن تحرير الصحيفة والمسئول جنائياً عن الجرائم التي ترتكب بواسطة جريدة الحزب. يتضح من ذلك أن مسئولية رئيس الحزب هي مسئولية مفترضة، وعلى ذلك فإن مسئولية رئيس الحزب هي خروج على مبدأ الشخصية التي ينتفي فيها القصد الجنائي وذلك استثناء على القواعد العامة في المسئولية الجنائية.

المبحث الثاني

أسباب انتفاء المسئولية الجنائية

عن الجرائم الصحفية

من المقرر أن هناك نوعين من الأسباب تؤدي إلى انتفاء المسئولية الجنائية وتسمى (أسباب الإباحة) والثانية تسمى (موانع المسئولية). والأولى ينطبق عليها وصف الأسباب الموضوعية، والثانية ينطبق عليها وصف الأسباب الشخصية ولكنهما يختلفان من عدة نواحي: فمن ناحية: أسباب الإباحة (كالدفاع الشرعي، استعمال الحق، أداء الواجب) ذات طبيعة موضوعية، ومن ثم تؤدي إلى هدم الركن الشرعي للجريمة، أما موانع المسئولية (كصغر السن، السكر غير الاختياري، الإكراه المعنوي، حالة الضرورة) فهي ذات طبيعة شخصية، ومن ثم تؤدي إلى التمييز أو حرية الاختيار لديه، ومن ثم ينتفي الركن المعنوي للجريمة.

ومن ناحية ثانية: أن الأسباب الموضوعية يستفيد منها جميع المستفيدين في ارتكاب الجريمة، سواء كانوا فاعلين أو شركاء، أما موانع المسئولية فيقتصر أثرها على من توافرت لديه فقط.

ومن ناحية ثالثة: فإن أسباب الإباحة تؤدي إلى عدم توقيع المسئولية المدنية الجنائية معاً، كما أنها تحول دون توقيع التدابير الاحترازية. أما الأسباب الشخصية أو موانع المسئولية فإنها لا تحول دون توقيع المسئولية المدنية ولا تمنع من إمكان توقيع التدابير الاحترازية على الفاعل.

لما كانت موانع المسؤولية لا تثير مشاكل خاصة بصدد الجرائم الصحفية وتختلف عن غيرها من الجرائم فإنه تحيل بشأنه إلى المؤلفات العامة في قانون العقوبات (القسم العام) ونرى أنه من الملائم أن تقتصر دراستنا على الجرائم التي تتوافر فيها أسباب الإباحة.

تقسيم دراسة أسباب الإباحة:

وسنقوم بدراستها في خمسة مطالب:

- ١- حق نشر الإعلانات.
- ٢- حق النقد.
- ٣- الطعن في أعمال الموظف العام.
- ٤- حق التبليغ عن الجرائم والمخالفات الإدارية.
- ٥- الحصانة البرلمانية.

المطلب الأول

حق نشر الأخبار

علة الإباحة وسندها:

تؤدي الصحافة وسائر وسائل الإعلام رسالة اجتماعية على درجة كبيرة من الأهمية، وتمثل وظيفتها الأولى في إعلام الجمهور بالأمور التي تهمه سواء على المستوى الداخلي أو الدولي^(١)، فضلاً على أنها - كما قدمنا - تساهم في تكوين وتوجيه الرأي العام، وتتيح لأفراد المجتمع الإطلاع على قدر مشترك من القيم والمبادئ الاجتماعية^(٢)، ومراقبة القائم بالعمل العام^(٣).

ولا شك أن حق الصحافة في نشر الأخبار يعد نتيجة منطقية للحرية المكفولة لها طبقاً للدستور، كما أنه أمر تقتضيه مصلحة المجتمع في أن يعلم أفرادها بما يدور فيه من أحداث في شتى المجالات.

(١) د/ جمال الدين العطيبي، حرية الصحافة، ص ٣٨

(٢) د/ محمود نجيب حسني، القسم الخاص، رقم ٩٢٦، ص ٦٨٨

(٣) د/ صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، ص ١٥٤

ويلاحظ أن أداء الصحافة لوظيفتها على هذا النحو الذي تتطلبه المصلحة العامة غير متصور بدون المساس بحقوق الأفراد، وهنا يرجح المشرع المصلحة الأكثر أهمية وهي مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد عند التنازع أو التعارض بين المصلحتين.

وسند إباحتها نشر الأخبار هو (استعمال الحق)^(١)، وهذا الحق لا يقتصر على الصحفيين وحدهم وذلك لأن حرية الصحفي هي جزء من حرية الفرد العادي ولا يمكن أن تتجاوزها إلا بتشريع خاص وفي بعض الأحوال تكون الصحافة ملزمة بنشر بعض الأخبار ولو كان هذا النشر ينطوي على المساس بشرف أحد، وعندئذ تستند الإباحتها إلى (أداء الواجب) ومن أمثلته نشر البلاغات الرسمية.

شروط الإباحتها:

يمكن القول بوجود توافر ثلاثة شروط لتحقيق هذه الإباحتها:

أولاً: أن يكون الخبر صحيحاً، الأمر الذي يفرض على الصحافة ألا تنافس على الإثارة ومحاولة إرضاء الجمهور بأي وسيلة، وأن تلتزم عند نشرها بالحياد والموضوعية.

ثانياً: أن يكون الخبر ذا طابع اجتماعي، أي يكون من الأخبار التي تهم الجمهور حتى تسري على نشره الإباحتها^(٢).

ثالثاً: حسن النية، ويعني أن يهدف القائم بنشر الخبر إلى تحقيق المصلحة العامة لا مجرد التشهير أو الانتقام.

المطلب الثاني
حق النقد

تعريف حق النقد وأهميته:

عرفت محكمة النقض النقد بأنه: (إبداء الرأي في عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغير التشهير به أو الخط من كرامته)^(٣).

- (1) د/ محمود نجيب حسني، القسم الخاص، رقم ٩٢٦، ص ٦٨٩
- (2) د/ فوزية عبد الستار، القسم الخاص، رقم ٦٥٩ ص ٥٨٤
- (3) نقض ٢ نوفمبر سنة ١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٦، رقم ١٤٩، ص ٧٨٧

فالتمييز بين الشخص وبين عمله أو تصرفه هو الذي يفصل بين النقد المباح والقذف والمعاقب عليه، وقد رفض الفقه بحق هذه الواجهة من النظر لأنها تحصر النقد في الحال التي لا تثور فيها أية صعوبة. ذلك أنه في غالب الأحوال يكون من الصعوبة الفصل بين تصرفات الإنسان وبين شخصه، الأمر الذي يعني أن قد تصرف معني قد يتبع المساس بشخص صاحبه.

بناء عليه، فالراجح أن عمل الناقد تتوافر به أركان الجريمة ومع ذلك فإن المشرع يبيحه ترجيحاً للمصلحة العامة والاجتماعية، وتأخذ محكمة النقض بهذا التكييف لفعل الناقد.

وحق النقد هذا يعتبر تطبيقاً لحرية الصحافة أو صورة لها، ولا شك في أهميته البالغة بالنسبة للفرد والمجتمع على السواء فهي تؤدي إلى التطور الأفضل، وذلك عن طريق اكتشاف العيوب القائمة والعمل على تفاديها، بل لقد وصفه الدستور المصري - خصوصاً النقد البناء - بأنه (ضمان لسلامة البناء الوطني).

وتجدر الإشارة أن حق النقد مكفول للكافة، فهو حق لكل مواطن^(١).
سند الإباحة:

إباحة النقد تجد سنداً في المادة ٦٠ من قانون العقوبات التي تعتبر المصدر العام لاستعمال الحق: (لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فرد ارتكب بنية سليمة حق مقرر بمقتضى الشريعة) كذلك حق النقد يجد سنده في الدستور، حيث تنص المادة ٤٧ منه على أن: (النقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني)^(٢).
شروط استعمال حق النقد:

١- يجب أن يرد النقد على واقعة ثابتة ومعلومة للجمهور.

(١) د/ جمال الدين العطيقي، حق النقد، دراسة مقارنة في القانون الإنجليزي، مجلة المحاماه، س ٥١، سنة ١٩٧١م، العدد الأول، ص ٧٥

(٢) د/ محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، رقم ٣٥، ص ٤١

- ٢- أن يستند النقد إلى الواقعة الثابتة وينحصر فيها.
- ٣- أن تكون الواقعة ذات أهمية اجتماعية.
- ٤- استعمال العبارات الملائمة.
- ٥- أن يكون الناقد حسن النية.

المطلب الثالث

الطعن في أعمال الموظف العام أو من في حكمه

مصدر الإباحة وعلتها:

تعود الإباحة في هذه الحالة إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات بقوله: (ومع ذلك فالطعن في أعمال الموظف العام أو شخص ذي صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة - أي لا يعد قذفاً - إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسنده إليه، ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة).

وعلة الإباحة ترجع إلى أهمية الأعمال التي يقوم بها الموظف العام بالنسبة للمجتمع^(١) وخطورة التقصير أو الانحراف في أداء هذه الأعمال، ومؤدى ذلك أن الشخص الذي يظهر انحراف الموظف للمجتمع، فهو يؤدي خدمة للمجتمع.
شروط الإباحة:

ينبغي توافر أربعة شروط لإباحة الطعن في أعمال الموظف العام طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات:

- ١- يجب أن يكون القذف موجهاً إلى موظف عام أو من في حكمه:

ويقصد بالموظف العام في هذا الصدد معناه في القانون الإداري وهو: (كل من يقوم بصفة قانونية بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو

(١) د/ أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، رقم ٤٨٨، ص ٧٣٦، د/ فوزية عبد الستار، القسم الخاص، رقم ٦٤٦، ص ٥٦٨.

أحد الأشخاص الاعتبارية العامة عن طريق الاستغلال المباشر سواء كان قيامه بهذا العمل بأجر أو بدون أجر).

ويراد بالأشخاص ذوي الصفة النيابية العامة أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية^(١)، سواء كانوا معينين أو منتخبين.

والمكلف بخدمة عامة هو كل من تكلفه الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة بالقيام لحسابها بعمل عارض يتصل بالمصلحة العامة، كالخبير والحارس القضائي والمصفي سواء كان قيامه بهذا العمل نظير مكافأة معينة أو بدون مقابل، ويجمع بين هؤلاء أنهم يؤدون أعمال ذات أهمية اجتماعية^(٢).

٢- أن تكون الوقائع المسندة إلى الموظف أو من في حكمه تتعلق بأعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة:

وتفسير ذلك: أن حياة الموظف العام - أو من في حكمه - لها جانبان: الأول: جانب عام، وذلك فيما يتعلق بأعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وهذا الجانب من حق الجمهور معرفته لتأثيره على المصلحة العامة، ولذا أباح القانون الطعن في الأعمال التي تتصل بهذا الجانب من حياة الموظف العام أو من في حكمه^(٣).

والثاني: جانب خاص، أي ما يتصل بحياته الشخصية باعتباره فرداً عادياً. مثال ذلك كل ما يتعلق بتنظيم حياته العائلية كالزواج والطلاق، وعلاقاته بجيرانه، والأصل أن هذا الجانب لا يهم الجمهور.

المقصود بأعمال الوظيفة العامة التي يباح الطعن فيها وهي كل عمل يفرض القانون على الموظف أو من في حكمه القيام به أو يدخل في نطاق سلطته التقديرية، أي أنها تشمل الأعمال التي تدخل في نطاق اختصاص الموظف بصفة مباشرة^(٤).

(1) د/ محمود نجيب حسني، القسم الخاص، رقم ٩٠١، ص ٦٦٧

(2) د/ حسنين عبيد، مرجع سابق، رقم ١٣٢، ص ٢١٨

(3) د/ محمد مصطفى القللي، في المسئولية الجنائية، ص ٣٨٢

(4) د/ فوزية عبد الستار، القسم الخاص، رقم ٦٤٩ ص ٥٧٠

وتقدير توافر الارتباط الوثيق بين الواقعة التي تدخل في شئون الحياة الخاصة للموظف أو من في حكمه وبين أعمال وظيفته هو أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل قضية على حدة تحت رقابة محكمة النقض. وعلى العكس قضى بعدم توافر الإباحة، لأن القذف لم يكن متعلقاً بأعمال الوظيفة العامة، وفي هذا الصدد قالت محكمة النقض: (متى كان المقال محل الدعوى قد استعمل على إسناد وقائع للمجني عليه أنه مقامر بمصير أمة وحياة شعب، وأن التاريخ كتب له سطور ينجل هو من ذكرها وأنه تربي على موائد المستعمرين ودعامة من دعومات الاقتصاد الاستعماري الذي بناه اليهود بأموالهم، إذ أن عباراته تشتمل على نسبة أمور لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من نسبت إليه قانوناً أو احتقاره عند أهل وطنه، ومن الخطأ اعتبار هذا المقال نقداً مباحاً لسياسة المجني عليه وهو موظف)^(١).

٣- أن يكون القاذف حسن النية:

الأول: وهي أن يعتقد الطاعن صحة الوقائع التي يسندوها إلى الموظف العام أو من في حكمه، وأن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة.

والثاني: أن يستهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة، لا مجرد التجريح أو التشهير، وقد عبرت محكمة النقض عن هذا بقولها: (يشترط القانون لإباحة الطعن المتضمن للقذف في حق الموظفين أن يكون صادر عن حسن نية، أي اعتقاد بصحة وقائع القذف وخدمة المصلحة العامة، لا عن قصد التجريح)^(٢).

وعلى ذلك، فإذا كان الطاعن في أعماله لموظف العام حسن النية، فإنه لا يستفيد من الإباحة المقررة في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من

(١) نقض ١٥ يونية سنة ١٩٤٨، مجموعة القواعد القانونية، ج٧ رقم ٦٤١ ص ٦١٢
(٢) نقض ١٩ مارس سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية، ج٣ رقم ٢٢٤ ص ٢٩٧

قانون العقوبات حتى ولو كان - على حد قول محكمة النقض - يستطيع إثبات ما قذف به^(١).

٤- أن يثبت الطاعن صحة الوقائع التي أسندها إلى الموظف العام أو من في حكمه: وقد حددت محكمة النقض مدلول هذا الشرط فقالت: (أن القانون قد اشترط لإعفاء القاذف في حق الرجال العموميين من العقاب فوق سلامة النية إثبات صحة الوقائع المذدوف بها). ومعنى هذا الشرط أن يكون هذا القاذف مستنداً على الدليل على صحة ما قذف به وأن يقدمه للمحكمة فتعتمده، أما أن يقدم على القذف ويده خالية من الدليل معتمداً على أن يظهر له التحقيق دليلاً، فهذا لا يجيزه القانون^(٢).

المطلب الرابع

حق التبليغ عن الجرائم والمخالفات الإدارية

مصدر الحق في التبليغ عن الجرائم والمخالفات الإدارية:

حرص المشرع على هذا الحق في المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن: (لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بدون شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي)، ثم أوجب المشرع على السلطات قبول الشكاوى في المادة ٢٤ من القانون المذكور. والمادة ٢٦ والتي تجعل التبليغ عن الشكاوى واجباً على الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية وظيفة أو بسببها.

(١) تقض ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠ رقم ٢١٨ ص ١٠٥٥

في نفس المعنى، تقض ٤ مارس سنة ١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢ رقم ٣١١ ص ٣٩٧

(٢) تقض ١١ مايو سنة ١٩٨٢ م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٣ رقم ١١٧ ص ٥٨١

وأكد الدستور على حق الأفراد في مخاطبة السلطات، ففي المادة ٦٣ منه على أن: (لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقعه). وبناء عليه يجوز لكل شخص أن يبلغ بوقوع جريمة سواء وقعت عليه أو على غيره، أو تعرض له أو غيره لخطر غير مشروع^(١). ويمكن القول على ضوء النصوص السابقة أن التبليغ يعتبر أحد تطبيقات استعمال الحق^(٢).

علة الإباحة:

تقتضي المصلحة الاجتماعية الكشف عن أية جريمة ومعاقبة مرتكبيها ومن ثم فإن المبلغ يؤدي خدمة للمجتمع. وقد أشار المشرع ترجيح مصلحة المجتمع في اكتشاف الجرائم والمخالفات الإدارية، على مصلحة الفرد المبلغ ضده في حماية شرفه واعتباره^(٣).

شروط الإباحة:

يفترض هذا الحق توافر أربعة شروط:

- ١- أن يكون التبليغ عن جريمة أو مخالفة إدارية.
- ٢- أن يقدم البلاغ إلى أحد الحكام القضائيين أو الإداريين.
- ٣- أن يكون البلاغ صادقاً، ويعني أن يكون البلاغ مطابقاً للحقيقة من حيث الوقائع.
- ٤- أن يكون المبلغ حسن النية، أي يعتقد صحة الوقائع موضوع البلاغ ويستهدف المصلحة العامة.

ويستخلص من الجمع بين المادتين ٣٠٤ (المتعلقة بإباحة التبليغ) والمادة ٣٠٥ (الخاصة بجريمة البلاغ الكاذب).

(١) أ/ محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٦٥

(٢) د/ محمود نجيب حسني، القسم الخاص، رقم ٨٩٥ ص ٦٦٥

(٣) د/ محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية، ص ٢٥٩، د/ محمود نجيب، القسم

الخاص، رقم ٩٠٩ ص ٦٧٩

فهذه المادة الأخيرة تتطلب توافر كذب البلاغ وسوء القصد معاً لقيام جريمة البلاغ الكاذب، ومعنى هذا أن انتفاء أحد الشرطين يؤدي إلى انتفاء الجريمة ويترتب على ذلك أن الإباحة تقوم بتوافر أحدهما فقط^(١)، وهو قصد الإبلاغ أو حسن النية بالإضافة إلى الشروط الأخرى المذكورة سلفاً يكفي لإباحة التبليغ.

المطلب الخامس

الحصانة البرلمانية

سند هذه الإباحة (الحصانة) وعلتها:

اعترف الدستور بالحصانة البرلمانية لأعضاء مجلسي الشعب والشورى ممكناً لهم بالتعبير عن الرأي بحرية تامة ونص في المادة ٩٨ منه على أنه: (لا يؤاخذ أعضاء مجلسي الشعب والشورى عما يؤيدونه من الأفكار في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه). ويلاحظ أن الحصانة تنقسم إلى نوعين:

الأول: هو الحصانة الإجرائية. وقد نص عليها الدستور في المادة ٩٩ منه بقوله: (لا يجوز في غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس، وفي غير دور الانعقاد يتعين أخذ إذن رئيس المجلس).

الثاني: هو الحصانة الموضوعية وتنص المادة ٩٨ من الدستور وهذه الأخيرة تدخل في نطاق دراستنا باعتبارها سبب من أسباب الإباحة عن جرائم النشر.

حدود الحصانة البرلمانية (الموضوعية):

تخضع الحصانة البرلمانية لضوابط الآتية:

أولاً: هذه الحصانة تقتصر على أعضاء مجلسي الشعب والشورى وحدهم، ومن ثم لا يستفيد من هذه الحصانة غيرهم من موظفي

(١) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، نفس الإشارة، د/ عمر السعيد رمضان، القسم الخاص رقم ٣٧٥ ص ٣٩١، د/ فوزية عبد الستار، القسم الخاص، رقم ٦٥٤ ص ٥٨٧، د/ حسنين عبيد، مرجع سابق، رقم ١٣٣ ص ٢٢٢

المجلس أو الوزراء غير الأعضاء كما لا يستفيد منها أعضاء المجالس المحلية أو المجالس الشعبية ويستفيد العضو حتى انتهاء مدة عضويته، ولذا قيل بأنها (حصانة دائمة)^(١).

ثانياً: أنها لا تمتد إلا إلى جرائم معينة هي الجرائم القولية أو الكتابية التي تقع من الأعضاء عند إبداء آرائهم وأفكارهم أثناء تأدية عملهم بالمجلس أو إحدى لجانه كالقذف والسب والإهانة والتحريض على قلب نظام الحكم أو تحييد أو ترويع المذاهب التي ترمي إلى نقد مبادئ الدستور وأن لا تمتد الحصانة إلى جرائم الضرب أو أية جريمة أخرى حتى ولو كان ذلك أثناء ممارسة العضو عمله^(٢).

ثالثاً: أن هذه الحصانة تقتصر على ما يديه عضو المجلس من آراء وأفكار شفاهة أو بالكتابة أثناء عمله داخل المجلس أو في لجانه، ومن ثم لا تمتد الإباحة إلى ما يديه العضو من آراء أو أفكار خارج المجلس ولجانه، حتى ولو كانت الآراء والأفكار التي نشرها خارج المجلس ولجانه تتعلق بموضوعات عرضت على المجلس، وكان قد سبق له أن أبدى نفس الآراء والأفكار في المجلس^(٣).

المبحث الثالث

العقوبات التبعية والتكميلية المقررة للجرائم الصحفية

تمهيد:

تخضع الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر لنفس العقوبات الأصلية المقررة لغيرها من الجرائم ولكن يلاحظ أن المشرع قد نص على عقوبات تكميلية وتبعية معينة توقع بصدد جرائم

- (1) د/ فوزية عبد الستار، القسم الخاص، رقم ٦٦٢ ص ٥٨٩
- (2) د/ فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٥٩٠، أ/ محمد عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٣٧
- (3) د/ عمر السعيد رمضان، القسم الخاص، رقم ٣٨٠ ص ٣٩٨، د/ فوزية عبد الستار، القسم الخاص رقم ٦٦٢ ص ٥٩٠

النشر وذلك في المواد ١٩٨ إلى ٢٠٠ من قانون العقوبات تتمثل في الضبط والإزالة ونشر الحكم، وأخيراً التعطيل^(١).

أولاً: الضبط والإزالة (والطبيعة القانونية للضبط والإزالة)

تنص المادة ١٩٨ من قانون العقوبات كعقوبة (للجرائم التي ترتكب بواسطة المادة ١٧١) وهي العقوبات التبعية للضبط والإزالة المعدة للعرض أو تكون قد بيع أو وزع أو عرض فعلاً. ويتضح من هذه المادة أن المشرع تناول أمرين:

الأول: أجاز لرجال الضبطية القضائية ضبط كل الكتابات والرسوم والصور وغيرها من طرق التمثيل مع مراعاة ضمانات معينة.

الثاني: أنه أجاز للقاضي النطق بالعقوبة وفي نفس الوقت الحكم بإزالة أو إعدام الأشياء التي ضبطت.

ونعتقد أن هذه العقوبة من إزالة أو إعدام كل أو بعض الكتابات أو غيرها من الأشياء هي عقوبة تكميلية جوازية^(٢).

أما بالنسبة للضبط الذي يقوم به رجال الضبط فقد ثار التساؤل هل هو عقوبة تبعية أو تكميلية خاصة بجرائم الصحافة؟

في الواقع أنه من الصعب القول بأن هذا الضبط يعتبر تبعية أو تكميلية لسببين:

١- أن من أهم الضمانات التي تخضع لها العقوبة في التشريع الجنائي الحديث أنه لا يجوز توقيعها إلا بحكم قضائي وقد أكدت هذا المعنى المادة ٦٦ من الدستور على أنه: (لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي) وأيضاً المادة ٤٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية.

٢- أن المشرع قد أحاط هذا الإجراء ببعض الضمانات الهامة التي أوجب مراعاتها من قبل مأمور الضبطية وهي: أن تكون هناك جريمة

(١) د/ رياض شمس، المرجع السابق، ج١ ص ٨٤

(٢) نفس المعنى: أ/ أحمد أمين والدكتور/ على راشد، شرح قانون العقوبات المصري، ج١ في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة سنة ١٩٤٩، ص ٢٣٤

من الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر قد وقعت، وأن يقوم من يباشر الضبط بتبليغ النيابة العامة فوراً، فإذا أقرته أن ترفع الأمر إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه في ظرف ساعتين من وقت الضبط إذا كان المضبوط صحيفة يومية أو أسبوعية.

وإذا كانت الصحيفة صباحية وحصل الضبط قبل الساعة السادسة فيعرض الأمر على رئيس المحكمة الساعة الثامنة في باقي الأحوال يكون العرض في ظرف ثلاثة أيام.

وفي ضوء ما تقدم نرى أن ضبط الكتابات والرسوم والصور وغيرها مما ورد في المادة ١٩٨ عقوبات لا يعدوا أن يكون إجراء تحفظي وذلك للمحافظة على أدلة الجريمة.

ثانياً: نشر الحكم الصادر بعقوبة

١- نشر الحكم كعقوبة تكميلية:

تنص المادة ١٩٨ من قانون العقوبات في فقرتها الرابعة على أن: (للمحكمة أن تأمر أيضاً بنشر الحكم الصادر في صحيفة واحدة أو أكثر على الجدران أو بالأمرين معاً على نفقة المحكوم عليه).

وفقاً لهذا النص يعتبر نشر الحكم عقوبة تكميلية أي أنها لا توقع بمفردها، وإنما إلى جانب عقوبة أصلية، وهو عقوبة تكميلية جوازية وإذا رأت المحكمة نشر الحكم، فإن النشر يجب أن يكون يشتمل على الحكم في مجموعه ولا يقتصر على منطوقه^(١).

٢- نشر الحكم كعقوبة تبعية:

يكون نشر الحكم عقوبة تبعية متى كانت الجريمة قد ارتكبت بواسطة الجريدة، وقد أشار المشرع إلى ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة ١٩٨ من قانون العقوبات التي تنص على أنه: (إذا ارتكبت الجريمة

(١) د/رياض شمس، مرجع سابق، ج١ ص ٩٩

بواسطة الجريدة وجب على رئيس التحرير نشر الحكم أو على أي شخص مسئول عن النشر أن ينشر في صدر الجريدة الحكم الصادر بالعقوبة).

ونشر الحكم في هذه الحالة يعتبر عقوبة تبعية لأنها توقع تبعاً للحكم الصادر بالعقوبة الأصلية سواء نطق بها القاضي أو لم ينطق بها، أي توقع بقوة القانون تبعاً للحكم بالعقوبة الأصلية دون حاجة للنطق بها من القاضي^(١).

ثالثاً: تعطيل الجريدة

أ- تعطيل الجريدة كعقوبة تكميلية:

يقرر المشرع تعطيل الجريدة كعقوبة تكميلية في المادة ٢٠٠ من قانون العقوبات وتعطيل الجريدة هي عقوبة تكميلية بمعنى أنها لا توقع إلا إذا حكم بها القاضي إلى جانب العقوبة الأصلية المحكوم بها للجريدة وتعتبر وجوبية في بعض الحالات، وجوازية في حالات أخرى.

١- حالات تعطيل الجريدة كعقوبة تكميلية وجوبية:

الحالة الأولى: إذا حكم على رئيس تحرير الجريدة أو الناشر أو المحرر المسئول أو صاحب الجريدة في جناية ارتكبت بواسطة الجريدة أو في جريمة إهانة رئيس الجمهورية أو في جريمة العيب أو الإهانة أو القذف أو السب المتضمن طعنًا في الأعراض أو خدشًا لسمعة العائلات في المادتين ١٧٩ - ٣٠٨ عقوبات.

الحالة الثانية: إذا حكم للمرة الثالثة على أحد الأشخاص السابق ذكرهم في جريمة ارتكبت بواسطة الجريدة غير تلك الجرائم المشار إليها في الحالة الأولى وقعت في أثناء الستين التاليتين لصدور الحكم الثاني. وفي هاتين تكون مدة التعطيل شهراً بالنسبة للجرائد التي تصدر ثلاث مرات في الأسبوع أو أكثر (وهي الصحف اليومية)، وثلاث أشهر بالنسبة للجرائد الأسبوعية، وسنة في الأحوال الأخرى، أي بالنسبة للجرائد التي تصدر كل أكثر من أسبوع^(٢).

(١) د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ١٠٤

(٢) أ/ أحمد أمين والدكتور/ علي راشد، مرجع سابق، ص ٢٣٥

٢- حالات تعطيل الجريدة كعقوبة تكميلية جوازية:

الحالة الأولى: إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر أو صاحب الجريدة في جريمة ارتكبت بوساطة الجريدة غير الجرائم المذكورة في التعطيل الوجوبي.

الحالة الثانية: إذا حكم بالعقوبة للمرة الثانية على الأشخاص السابق ذكرهم، وقعت أثناء السنتين التاليتين لصدور حكم سابق، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم بالعقوبة المقررة للتعطيل الإجمالي^(١).

ب- تعطيل الجريدة أثناء التحقيق الابتدائي أو المحاكمة:

تنص المادة ١٩٩ من قانون العقوبات على أنه: (إذا ارتكبت جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة بطريق النشر في إحدى الجرائد واستمرت الجريدة أثناء التحقيق على نشر مادة من نوع ما يجري التحقيق من أجله أو نوع يشبهه، يجوز للمحكمة الابتدائية المنعقدة بهيئة المشورة بناء على طلب النيابة العامة تعطيل الجريدة ثلاث مرات على الأكثر.

ويصدر الأمر بعد سماع أقوال المتهم ولا يجوز الطعن في هذا الأمر بأي طريق من طرق الطعن.

وقد أثير التساؤل عن الطبيعة القانونية لتعطيل الجريدة في هذه الحالة أي في أثناء التحقيق أو المحاكمة أو قبل صدور حكم في الدعوى وذهب البعض إلى أنها عقوبة تمهيدية أو تحضيرية^(٢).

وهذا الرأي محل نظر، فمن ناحية - ليس هناك ما يسمى العقوبة التمهيدية - ومن ناحية ثانية: فإن العقوبة تفتقر إلى صدور حكم، وليس الأمر كذلك عند تعطيل الجريدة أثناء المحاكمة، ولذا فالراجح لدينا هو أن تعطيل الجريدة أثناء المحاكمة هو إجراء وقائي أو تهديدي من إجراءات التحقيق يقرره المشرع حتى يضمن امتناع الجريدة عن نشر مادة من نوع ما

(1) د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ١٠٦

(2) د/ رياض شمس، ج ١ ص ١١٢

يجري التحقيق بشأنه أو ما يشبهه ، وليس أدل على ذلك أن المشرع قد أحاط اتخاذ الإجراءات لضمانات هامة ، فجعل السلطة المختصة بإصداره هي المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة أو مشورة أو إذا أحيلت الدعوى إلى محكمة الجنح أو محكمة الجنايات فإن هذه المحكمة أو تلك تكون هي المختصة بإصدار الأمر بتعطيل الجريدة.

وأخيراً قرر المشرع تعطيل هذا الأمر إذا صدر أثناء التحقيق أمر بحفظ الدعوى أو أمر بالأوجه لإقامة الدعوى أو حكم بالبراءة^(١).

الفصل الثاني

الأحكام العامة الإجرائية للجرائم الصحفية

تقسيم: يتضمن هذا الفصل مبحثين :

- المبحث الأول: القضاء المختص بنظر الجريمة الصحفية.
- المبحث الثاني: سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الصحفية.

المبحث الأول

القضاء المختص بنظر الجريمة الصحفية

تمهيد وتقسيم:

لقد فرد المشرع بعض القواعد الخاصة بالاختصاص بالنسبة للجريمة الصحفية خروجاً على القواعد العامة في الاختصاص ولذلك فإن دراسة المحكمة المختصة بنظر جرائم الصحافة تقضي أن نعرض بإيجاز القواعد العامة في الاختصاص القضائي وذلك في مطلب أول أما في المطلب الثاني فستتناول الخروج على تلك القواعد العامة وذلك بتناول الاختصاص بالجريمة الصحفية في القانون المصري.

المطلب الأول

القواعد العامة في الاختصاص

من المقرر أنه لكي ينعقد الاختصاص للمحكمة بنظر الدعوى ينبغي أن يثبت أنها مختصة من حيث شخص المتهم ، ومن حيث نوع

(١) / أحمد أمين والدكتور/ علي راشد ، مرجع سابق ، ص ٢٣٧

الجرمة، ومن حيث المكان الذي ارتكب فيه الجاني الجريمة المنسوبة إليه^(١) ويتضح من ذلك أن الاختصاص له ثلاثة أنواع هي:

- الاختصاص الشخصي.
- الاختصاص النوعي.
- الاختصاص المحلي أو المكاني.

١- الاختصاص الشخصي:

يتحدد هذا النوع من الاختصاص طبقاً لسن المتهم أو صفته وقت ارتكاب الجريمة. فقد يرى المشرع أن محاكمة بعض الأشخاص تتطلب إجراءات خاصة بهم تكفل تحقيق العدالة، وتطبيق الجزاء الجنائي المناسب لشخصيتهم وظروفهم الخاصة^(٢) وكان هذا الاهتمام من المشرع نظراً لأن شخصيته وسنه ذو عامل كبير في ارتكاب الجرائم ونوعها وكذلك المدى المعاملة للشخص صغير السن التي يجب أن يتمتع بها خلاف كبير السن وهذه المحاكم مثل محاكم الأحداث التي خصها المشرع للفصل في جرائم الأحداث الذين يقل سنهم عن ثمانية عشر سنة، والمحاكم العسكرية للجرائم التي يرتكبها العسكريون.

٢- الاختصاص النوعي:

يتحدد الاختصاص النوعي للمحاكم الجنائية بالنظر إلى نوع الجريمة التي ارتكبها المتهم وجسامتها، وهل هي جنائية أو جنحة أو مخالفة^(٣).

وبناء على ذلك قسم المشرع المحاكم إلى نوعين:

النوع الأول: المحاكم الجزئية والتي تنظر الجنح والمخالفات وتفصل فيها وهذا نص المادة ٢١٥/أ.ج.

- (1) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، رقم ٤٠١ ص ٤٣٧، ٤٣٨، د/ مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ٢ ص ٥٧
- (2) د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، رقم ٥٤٦ ص ٩٧٢، د/ مأمون سلامة، مرجع سابق، ص ٥٢
- (3) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، رقم ٤٠٣ ص ٤٣٨، د/ مأمون سلامة، مرجع سابق، ص ٥٣

والنوع الثاني: هي محاكم الجنايات والتي تفصل في الجنايات وورد النص على ذلك في المادة ٢١٦/أ.ح وهذه هي القاعدة العامة في الاختصاص النوعي، ومع ذلك فقد خرج المشرع عليها بشأن بعض الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر كما سنبين ذلك بعد قليل.

٣- الاختصاص المحلي أو المكاني:

يتحدد الاختصاص وفقاً لهذا النوع كما نصت عليه المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية وذلك بالنظر إلى المكان الذي وقعت فيه الجريمة أو المكان الذي يقيم فيه المتهم أو المكان الذي يقبض عليه فيه وهذه الأماكن لا تميز بينها، وهذه الأماكن الثلاثة تختص بها المحكمة التي تقع في دائرتها، والمفاضلة بين هذه المحاكم تكون على أساس أسبقية تاريخ رفع الدعوى^(١)، فينعقد الاختصاص للمحكمة التي ترفع إليها الدعوى أولاً^(٢).

وقواعد الاختصاص الجنائي سواء الاختصاص الشخصي أو النوعي أو المحلي تتعلق بالنظام العام لأنها مقررة لتحقيق مصلحة عامة وهي حسن سير العدالة الاجتماعية، وليست لمصلحة الخصوم، وعلى ذلك فإن مخالفة هذه القواعد يترتب عليها البطلان المطلق ومن ثم يكون على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها^(٣).

المطلب الثاني

الاختصاص بالجريمة الصحفية في القانون المصري

لقد خرج المشرع على القواعد العامة في الاختصاص القضائي بالنسبة لبعض الجرائم الصحفية وهي الجنح التي تقع بواسطة الصحف

(1) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٤١٥ ص ٣٨٨

(2) د/ فوزية عبد الستار، المرجع السابق، رقم ٤٠٤ ص ٤٣٩

(3) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٤٠٣ ص ٣٨١

وغيرها من طرق النشر على غير الأفراد فجعلها من اختصاص محكمة الجنايات، ومن ثم استبعد هذه الجرائم من اختصاص المحكمة الجزئية خلافاً للقواعد العامة الواردة في المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات الجنائية وورد الاستثناء في نفس المادة حيث تنص على أنه: (تحكم المحكمة الجزئية في كل فعل يعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة، عدا الجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر على غير الأفراد).

وكذلك ورد نفس الاستثناء في المادة ٢١٦/أ.ج. بأن: (تحكم محكمة الجنايات في كل فعل يعد بمقتضى القانون جنائية، وفي الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الجنح المضرة بأفراد الناس، وغيرها من الجرائم الأخرى التي ينص القانون على اختصاصها بها).

ويتضح من هذين النصين أن نطاق الخروج على القواعد العامة في الاختصاص الجنائي، ولا سيما قواعد الاختصاص النوعي بالنسبة للجرائم الصحفية يقتصر فقط على الجنح الصحفية التي تقع على غير الأفراد، والمقصود بها الجنح الصحفية المضرة بالمصلحة العامة، وتكون من اختصاص محكمة الجنايات.

أما الجنايات الصحفية فإنها تدخل في اختصاص محكمة الجنايات طبقاً للقواعد العامة، وكذلك الجنح الصحفية الماسة بالأفراد تكون من اختصاص محكمة الجنح طبقاً للقواعد العامة، وبذلك يكون ضابط اختصاص محكمة الجنايات بالجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر هو (طبيعة الحق المعتدى عليه)^(١).

ومن تطبيق القضاء المصري في هذا الصدد ما قضت به محكمة النقض بأنه: (لما كانت المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن تحكم المحكمة الجزئية في كل فعل يعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة

(١) د/ شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ٢٢٨، ٢٢٩

عدا الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد، وكانت المادة ٢١٦ من القانون ذاته تنص على أن تحكم محكمة الجنايات في كل فعل يعد بمقتضى القانون جنائية وفي الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الجنح المضرة بأفراد الناس.. لما كان ذلك، وكانت الوقائع المنشورة والتي نسب المدعي بالحق المدني إلى المتهمين نشرها متهمًا إياهم بالقذف والسب والبلاغ الكاذب تتعلق بصفته عضواً بلجنة مراجعة الأغاني بهيئة الإذاعة والتلفزيون، وليست موجهة إليه بصفته من آحاد الناس، ومن ثم فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة الجنايات بنظر الدعوى، ولا عبرة بكون المدعي بالحق المدني أقام الدعوى بشخصه، طالما أن وقائع القذف والسب موجهة إليه وليس إلى اللجنة، ومن ثم فإن محكمة الجنايات إذا جحدت اختصاصها تكون قد خالفت القانون مما يتعين معه تعيين محكمة جنائيات القاهرة محكمة مختصة بنظر الدعوى^(١).

وترجع علة خروج المشرع على القواعد العامة في الاختصاص الجنائي بالنسبة للجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر على غير الأفراد، أي الجنح الصحفية المضرة بالمصلحة العامة واعتبارها من اختصاص محكمة الجنايات إلى رغبة المشرع في تحقيق أكبر قدر من الضمانات للمتهمين بارتكاب إحدى هذه الجنح، أي أن الخروج على القواعد العامة في هذا الصدد هو في الواقع ضمانات لحرية الصحافة، وللصحفيين، وليس إضراراً لهم، فتشكيل محكمة الجنايات وهي تتكون من ثلاثة مستشارين من مستشاري محكمة الاستئناف يكفل تعويض المحكوم عليه عما فقد من حق استئناف الحكم لو أنه حوكم أمام محكمة الجنح^(٢).

(١) د/ صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، ص ٢٣٦

(٢) د/ صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، ص ٢٣٦

المبحث الثاني سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الصحفية

تقسيم:

نتناول سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الصحفية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول نطاق حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية عن الجرائم الصحفية وفي المطلب الثاني إجراءات التحقيق الابتدائي في الجرائم الصحفية.

المطلب الأول

نطاق حرية النيابة

في تحريك الدعوى الجنائية عن جرائم الصحافة

رغم أن للنيلبة الحرية في تحريك الدعوى الجنائية طبقاً لما تراه، فهي الأمانة عليها دون غيرها، ولكن هناك بعض الجرائم قيد فيه القانون حرية النيابة وجعل حقها في تحريك الدعوى مقيد.

أولاً: توقف تحريك الدعوى في جرائم النشر على شكوى من المجني عليه:

نصت المادة ١/٣ إجراءات على: (لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي، وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٨، ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من قانون العقوبات، وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون).

والمثال لها في هذا المقام: جريمة السب بطريق النشر في إحدى الجرائد والمطبوعات أو إذا تضمن طعنًا في الأعراض أو خدش لسمعة العائلات.

١- الشكوى:

هي إجراء مباشر من المجني عليه في جرائم عدة يعبر به عن إرادته الصريحة في تحريك الدعوى لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقوبة بالنسبة للمشكي في حقه.

وقد أورد المشرع في المادة التاسعة أثراً إجرائياً في جميع الأحوال التي يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذن أو طلب من المجني عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق منها إلا بعد تقديم هذه الشكوى أو الحصول على الإذن أو الطلب، وفي الجرائم الأخرى المنصوص عليها في المواد ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٨ إذا كان المجني عليه موظفاً أو شخصاً ذا صفة نيابية عامة أو مكلفاً بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة يرجع إلى سبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، ويجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب أو إذن.

ويستثنى من توافر القصد السابق جرائم القذف والسب المنصوص عليها في المواد ١٨٥، ٣٠٣، ٣٠٧، ٣٠٨ إذا كان المجني عليه موظفاً عموماً أو شخصاً ذا صفة نيابية عامة أو مكلفاً بخدمة عامة، وكانت الجريمة قد وقعت بسبب أداء الوظيفة أو الخدمة أو النيابة، ففي هذه الفروض تقف الشكوى عند رفع الدعوى فقط، أما مباشرة التحقيق فيمكن للنيابة اتخاذها قبل التقدم بالشكوى، ولو كانت من الإجراءات الماسة بشخص المتهم، القبض والتفتيش، وذلك نظراً لأن هذه الجرائم تتعلق بالمصلحة العامة وحسن سير نشاطات الدولة.

٢- الشروط الخاصة بالشكوى من حيث مضمونها:

- أ- يجب أن تكون الشكوى واضحة في التعبير عن إرادة الشاكي في تحريك الدعوى الجنائية.
- ب- يجب أن تتضمن الشكوى تحديداً للوقائع المكونة للجريمة دون أن يكون لازماً فيها إعطاءها الوصف القانوني الصحيح أو تحديد شخصية الجاني.

ج- لا يجوز أن تكون الشكوى مجزأة بالنسبة للمتهمين إذا تعددوا، فإذا كانت مقامة ضد أحدهم اعتبرت مقدم ضد الباقيين بشرط عدم تعدد الجرائم بعددهم.

وينبغي أن يصدر التنازل من نفس المجني عليه بشرط أن يتحقق فيه شرط السن والإدراك والأصل أن يكون التنازل صريحاً، ولكن يمكن أن يكون ضمناً بشرط أن تكون الدلالة واضحة لا تدع مجالاً للشك أو اللبس.

وينصرف التنازل إلى الدعوى الجنائية فقط، فلا ينصرف إلى الدعوى المدنية، فلا يحول دون المطالبة بالتعويض المدني أمام المحاكم المدنية، باستثناء جريمة الزنا.

ثانياً: توقف تحريك الدعوى في الجريمة التعبيرية على طلب كتابي:

نصت المادة ٨ إجراءات جنائي أنه لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية إلا بناء على طلب من وزير العدل في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٨١، ١٨٢ من قانون العقوبات وهما:

- ١- جريمة العيب في حق ملك أو رئيس دولة أجنبية.
- ٢- جريمة العيب في حق ممثل دولة أجنبية معتمدة في مصر لسبب أمور تتعلق بأداء وظيفته.

ونصت المادة ٩ إجراءات: (لا يجوز تحريك الدعوى أو اتخاذ إجراءات فيها في الجرائم المنصوص عليها في المادة ١٨٤ عقوبات إلا بناء على طلب كتابي من رئيس الهيئة أو المصلحة المجني عليها الخاصة بإهانة أعضاء مجلس الشعب أو المحاكم أو السلطة أو غيرها من الهيئات النظامية أو الجيش بإحدى طرق العلانية).

ثالثاً: توقف تحريك الدعوى على إذن خاص من جهة معينة:

وهي جرائم القضاة وأعضاء النيابة وجرائم أعضاء مجلس الشعب، وتنص على ذلك المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦

لسنة ١٩٧٣ ، وتنص المادة ٩٩ من الدستور على أنه لا يجوز في حالة التلبس اتخاذ أي إجراء ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس. ولن نخوض في تفاصيل ذلك حيث أن الهدف هنا هو جرائم التعبير من الناحية الإجرائية.

المطلب الثاني

إجراءات التحقيق الابتدائي في الجرائم الصحفية

تقسيم:

نتناول في هذا المطلب كيف يتم التحقيق الابتدائي في جرائم الصحافة وذلك من خلال فرعين نتناول في الفرع الأول الاستجواب في جريمة القذف ضد الموظف العام أو من في حكمه كأحد أنواع الجرائم الصحفية وفي الفرع الثاني مدى جواز الحبس الاحتياطي في جرائم الصحافة.

الفرع الأول

الاستجواب في جريمة القذف

ضد الموظف العام أو من في حكمه

تمهيد:

الأصل أن الاستجواب جوازي للمحقق في مرحلة التحقيق الابتدائي ولكن المشرع قد أوجبه في حالتين^(١) : الأولى : في حالة القبض على المتهم. الثانية : في حال الحبس الاحتياطي والاستجواب في جرائم الصحافة يخضع لنفس الأحكام والضمانات المقررة له في غيرها من الجرائم.

ومع ذلك فقد كان المشرع يقرر حكماً خاصاً في الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ إجراءات جنائية بالنسبة لاستجواب المتهم في جريمة القذف ضد

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، رقم ٧٣٦ ص ٦٩٤، د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، رقم ١٩٤ ص ٣٩٢

موظف عام أو من في حكمه والتي ترتكب بواسطة النشر في إحدى الجرائد أو غيرها من المطبوعات، ونعرض فيما يلي القواعد التي كان يقررها النص المشار إليه وحكم المحكمة الدستورية العليا^(١).

إلزام المتهم بإقامة الدليل على صحة الوقائع التي أسندها إلى المجني عليه عند أول استجواب له أو على الأكثر في الخمسة أيام التالية لهذا الاستجواب.

ترجع علة هذا الحكم الإجرائي إلى رغبة المشرع في حماية شرف الموظف العام واعتباره ضد القذف الذي يرتكب في حقه دون دليل يؤيده^(٢)، وإلا كان القذف مجازفة يعتمد مرتكبها على ما يتصيده من أدلة، لذلك يجب التدخل بإلزامه بتقديم هذه الأدلة دون مطل أو تأخير.

وقد اعترض بعض الشراح على هذا النص استناداً إلى أنه يتعارض مع قرينة (الأصل في المتهم البراءة) ونرجئ تقييم هذا الرأي بعد حكم المحكمة الدستورية العليا الذي قضت قيد بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون أ.ج.

قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون أ.ج، وقد استندت المحكمة في ذلك إلى حجتيين:

الأولى: هي تعارض النص مع المادة ٤٧ من الدستور التي كفلت حرية الرأي وكذلك مع حق النقد.

والثانية: في التعارض مع حق الدفاع الذي أكدته الدستور في المادتين ٦٧، ٦٩ منه.

تقدير قضاء المحكمة الدستورية العليا:

(مع إيماننا بأهمية حرية الرأي وحق النقد وبخاصة نقد القائمين بالعمل العام، وحق الدفاع بل وأكثر من ذلك، فإن درجة تقدم وازدهار

- (1) د/ محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، رقم ٣٤ ص ٣٩
- (2) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق رقم ٧٥٢ ص ٧١٠، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق رقم ٣٢٠ ص ٣٥٨، د/ صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق الصفة العمومية، ص ٢٠٧

أية دولة - في تقديرنا - بمدى احترامها لجميع حقوق الإنسان وحرياته
احتراماً فعلياً وحقيقياً، لذا نرفض ما خلصت إليه المحكمة الدستورية العليا
في حكمها السابق.

فالقانون - بل الدستور - قد أباح الطعن في أعمال الموظف العام
أو من في حكمه، وحتى لو انطوى ذلك على المساس بشرف الموظف - أو
من في حكمه - وسمعتة في سبيل تحقيق مصلحة عامة وهي الكشف عن
أي انحراف أو إهمال يرتكبه الموظف ويكون متعلق بأعمال الوظيفة، الأمر
الذي يؤدي في النهاية إلى أداء العمل العام على أحسن وجه، ولكن
الحفاظ على كرامة الوظيفة العامة ذاتها ووجوب توفير الاحترام اللازم لها
يتطلب - بالضرورة - وضع ضوابط معينة لاستعمال حق الطعن في
أعمال الموظف أو من في حكمه، ومن هذه الضوابط ما فعله المشرع
بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات^(١).

ولذا نعتقد أن التنظيم التشريعي لكيفية تقديم الدليل التشريعي
وتقديم الدليل لإثبات صحة وقائع القذف أو من في حكمه لا غبار عليه،
صحيح قد تكون المدة وليس على (مبدأ تنظيم تقديم هذا الدليل).

وبالنظر إلى حكم المحكمة الدستورية العليا نجد أنه لا يتنافى مع
هذه الوجهة من النظر لأن المحكمة وصفت الميعاد (بأنه بالغ القصر).

وبناء عليه فمن الملائم أن يقرر المشرع ميعاد أسبوعين أو ثلاثة وفي
هذه الحالة لا يكون هناك محل للاعتراض لأن تحديد ميعاد أمر تقتضيه
قواعد العدالة وحماية شرف الموظف وسمعتة، وخاصة أن الموظف يجب
ألا يغيب عن الأذهان أنه فرد عادي ومواطن ينبغي أن يتمتع كغيره من
الأفراد بالحق في الشرف والاعتبار.

(١) د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ٢٢٢، ٢٢٣

الفرع الثاني

الحبس الاحتياطي في جرائم الصحافة

معناه سلب حرية المتهم مدة معينة (مؤقتة) تقررها السلطة المختصة وفقاً للضوابط التي يقررها القانون وفي ضوء مقتضيات التحقيق ومصالحته^(١).

ولا شك أن هذا يعد من أخطر إجراءات التحقيق على حرية المتهم ومع ذلك فقد أجاز المشرع في بعض الحالات مع إحاطته بالضمانات والشروط التي تكفل حقه في النطاق الذي تقتضيه مصلحة التحقيق^(٢).

والأصل أن الحبس الاحتياطي موازي للسلطة، وقد خرج المشرع على هذا الأصل فيما يتعلق بجرائم الصحافة.

القاعدة العامة: حظر الحبس الاحتياطي في جرائم الصحافة

ونصت على هذه القاعدة المادة ١٢٥ من قانون أ. ج. بقولها: (لا يجوز الحبس الاحتياطي في الجرائم التي ترتكب بواسطة الصحف).

وترجع على ذلك إلى حرص المشرع على تأكيد حرية الصحافة، ورغباته في توفير أكبر قدر من الطمأنينة للصحفيين، وبالإضافة لذلك فلا توجد خشية من هروب الصحفي لارتباطه بمقر عمله، ومن ثم لا مبرر لحبسه احتياطياً^(٣).

استثناء: جواز الحبس الاحتياطي في جرائم صحيفة معينة:

بعد أن وضع المشرع القاعدة أورد عليها استثناء مؤداه (إلا إذا كانت الجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٧٣، ١٧٩، ١٨٠.. الخ).

والجرائم التي يجوز فيها الحبس هي: إهانة رئيس الجمهورية، وجرائم الصحافة التي تتضمن طعناً في الأعراض أو تحريضاً على إفساد

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، رقم ٧٦٧ ص ٧١٧

(٢) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، رقم ٣٢٤ ص ٣٦٢

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، رقم ٧٧٣ ص ٧٢٠، د/ إسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي، ص ٨٤

الأخلاق، وهي واردة على سبيل الحصر حيث تنطوي على قدر كبير من الخطورة على الحق الذي يحميه القانون، ولذا أجاز المشرع فيها الحبس الاحتياطي^(١).

تعديل المادة ١٣٥ من قانون أ.ج القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٦ الذي يلغي كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون ونص المادة ٤١ منه: الحكم الأول: (إلغاء النص الذي يقرر إمكانية الأمر بالحبس الاحتياطي حيال الصحفي المتهم، ذلك الحكم الذي كان واردًا في القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥).

الحكم الثاني: تعديل نص م ١٣٥ من قانون أ.ج لكي يصبح بيانه: (لا يجوز الحبس الاحتياطي في الجرائم التي تقع بواسطة الصحفي إلا في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٧٩ من قانون العقوبات).

وسنكمل البحث بإيجاز في المواد ٤٠ - ٤٢ - ٤٣ - ٤٤ من القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٦ لتعليقها بقواعد المسؤولية الجنائية. المادة ٤٠: تناولت حق الصحفي في عدم حضور الجلسات ما لم تأمر المحكمة بحضوره شخصياً.

والمادة ٤٢: تناولت موضوع (الإثبات الجنائي) وهي تعتبر إجراء جنائي حامياً للصحفي من لجوء النيابة إلى اتخاذ الوثائق والأوراق التي يحوزها الصحفي دليل اتهام ضده ما لم تكن موضوع التحقيق أو محلاً للجريمة، بل ورد في الفقرة الثانية ما تفيد حتمية رد ما تم ضبطه من الأشياء.

والمادة ٤٣: تناولت القبض والتحقيق والتفتيش، فلم يجر القانون القبض على المتهم أو تفتيشه إلا بأمر من النيابة كما ألزمت النيابة بالقيام بهذين الإجراءين ولا تندب أحد مأموري الضبط القضائي للقيام به.

(1) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٧٧٣ ص ٧٢٠، ٧٢١

المادة ٤٤ : تتعلق بحكم يدخل ضمن أحكام قانون العقوبات.
وتتناول هذه المادة حق الصحفي المتهم في رفع العقوبة عنه إذا
ثبت أن ما نشره كان بحسن نية، وكان صحيحاً لا كذب فيه في حالة ما إذا
تعلق الموضوع المنشور بالطعن في أعمال موظف عام أو من في حكمه
وكان هذا الطعن لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة،
ويعتبر هذا الحكم ترديداً لأحكام القواعد الجنائية العادية الواردة في نص
المادة ٣٠٢ عقوبات والمتعلقة بجريمة القذف^(١).

خاتمة

وهكذا انتهى بنا المطاف من دراسة موضوع المسؤولية الجنائية عن
الجرائم الصحفية في القانون المصري وكذلك القانون المقارن حيث أن هذا
الموضوع يتمتع بأهمية قصوى في الحياة اليومية حيث يمس الحق في التعبير
وحرية الرأي وهو من أهم الحقوق وذلك من محاولة التوفيق بين هذا الحق
والمصلحة العامة من ناحية وحتى تؤدي حرية الرأي في الصحافة والوسائل
الإعلامية الأخرى دورها الهام والمؤثر في الحياة وذلك من خلال توجيه
والتوعية وتنوير المجتمع دون انحراف أو تعسف من ناحية أخرى. وقد
اقتضت الدراسة أن نقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة فصول عبارة عن فصل
تمهيدي لهذا الموضوع من خلال الكلام عن الحماية الدستورية لحرية الرأي
وحرية الصحافة وتعريف الجريمة الصحفية وبيان مدى ذاتية تلك الجرائم
وكذلك طبيعتها وموضوعها بين الجرائم العادية والجرائم السياسية وكذلك
النصوص القانونية المتعلقة بجرائم الصحافة.

وتناولنا في الفصل الأول الطابع الخاص لنظام المسؤولية الجنائية
عن الجرائم الصحفية ومدى المسؤولية الجنائية للصحفي وقسمنا هذا
الفصل إلى ثلاث مباحث تناولنا في المبحث الأول تنظيم المسؤولية الجنائية
عن الجرائم الصحفية في القانون المصري والمقارن، وفي المبحث الثاني

(١) د/ صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذات الصفة العمومية.

أسباب انتفاء المسؤولية الجنائية عن الجرائم الشخصية، وفي المبحث الثالث العقوبات التبعية والتكميلية المقررة للجرائم الصحفية.

وتناولنا في الفصل الثاني الأحكام العامة الإجرائية للجرائم الصحفية وذلك من خلال مبحثين، تناولنا في المبحث الأول القضاء المختص بنظر الجريمة الصحفية وذلك في مطلبين، تناول المطلب الأول القواعد العامة في الاختصاص وفي المطلب الثاني تناولنا الاختصاص بالجريمة الصحفية في القانون المصري، وفي المبحث الثاني تناولنا سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الصحفية وذلك في مطلبين: في المطلب الأول نطاق حرية النيابة في تحريك الدعوى الجنائية، وفي المطلب الثاني إجراءات التحقيق الابتدائي في الجرائم الصحفية.

قائمة المراجع

- ١- أ/ أحمد أمين، والدكتور/ على راشد، شرح قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، الجزء الأول في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، ١٩٣٩
- ٢- أ/ محمد عبد الله، في جرائم النشر، ١٩٥١
- ٣- د/ أحمد عوض بلال، الجرائم المادية والمسؤولية الجنائية دون خطأ، ١٩٩٣
- ٤- د/ أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، رقم ٤٨٨
- ٥- د/ أمال عثمان، جريمة القذف.
- ٦- د/ جمال الدين العطيفي، حرية الصحافة.
- ٧- د/ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ١٩٧٨
- ٨- د/ شريف سيد كامل، حقوق القاهرة، جرائم الصحافة في القانون المصري، الطبعة الأولى ١٩٩٣ - ١٩٩٤

- ٩- د/ صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية.
- ١٠- د/ عمر السعيد رمضان، قانون العقوبات، القسم الخاص، رقم ٣٨٠
- ١١- د/ عمر سالم، نحو قانون جنائي للصحافة، الكتاب الأول، القسم العام، الطبعة الأولى.
- ١٢- د/ فتحي فكري، دراسة تحليلية لبعض جوانب قانون سلطة الصحافة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧
- ١٣- د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ١٩٩٢
- ١٤- د/ مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج١ ص ٥٧
- ١٥- د/ محسن فؤاد فرج، جرائم الفكر والرأي والنشر.
- ١٦- د/ محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية.
- ١٧- د/ محمود عثمان الهمشري، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير.
- ١٨- د/ محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، رقم ٣٤
- ١٩- د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، سنة ١٩٨٩، والقسم الخاص.

ضمانات عقوبة الإعدام
دكتور/ أشرف عبد القادر قنديل
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

خطة البحث

- المقدمة
- البحث الاول
مقتضيات الإبقاء على عقوبة الإعدام
- البحث الثانى
مقتضيات إلغاء عقوبة الإعدام
- البحث الثالث
ضمانات تكفل حماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام
- البحث الرابع
الاتفاقيات الدوائية الداعية لإلغاء عقوبة الإعدام
- البحث الخامس
راى الباحث فى الموضوع
- الخاتمة
- المراجع

المقدمة

بعد التطور الصناعي لجأ أغلب المشرعين الى تجريم كل ما يمس المصالح والعقاب عليها بجزاء جنائي وكان ذلك من أجل الحفاظ على استمرار عهد صناعي بدأ ضعيفا. (١)

منذ فترة ليست بالقصيرة اختلف الفقهاء والمشرعون حول الإبقاء على عقوبة الإعدام أو إلغائها، وقد انعكس ذلك على مختلف دول العالم، فبينما احتفظت العديد من الدول بهذه العقوبة، نجد دولاً أخرى قد قامت حالياً بإلغائها ولجميع الجرائم، في حين أن دولاً أخرى ألغتها لجميع الجرائم ما عدا الجرائم الاستثنائية كجرائم الحرب. وفي هذه البحث سنتناول هذه القضية وفقاً للمعاهدات والاتفاقيات الدولية الشارعة في مجال القانون الدولي لحقوق الإنسان، كما سنتعرض لأهم النظريات الفقهية سواء القانونية أو الفلسفية التي تعرضت لدراسة هذه المسألة الخلافية.

المبحث الأول

مقتضيات الإبقاء على عقوبة الإعدام:

يرى المطالبون بالإبقاء على عقوبة الإعدام، أن ذلك يعد حماية للنظام والأمن في المجتمع، وأن العقوبة لا تستخدم إلا تجاه فئة خطيرة على المجتمع تهدد أمنه بل وحتى بقاءه لهذا يحرص المشرع على النص على هذه العقوبة، رداً للعتاة من المجرمين، وضماناً لحق الضحايا وعوائلهم. وتأسس تلك النظرية على أن من يقتل ظلماً لا بد من حماية حقوق ورثته. وهذا يستلزم معاقبه الظالم، وإلا صارت الحياة فوضى، واعتدى الناس بعضهم على بعض، وأن العدل يقتضي أن من يقتل غيره ظلماً وعدواناً لا بد من أن يعاقب بالقتل أيضاً لتكون هناك مساواة ويتحقق

(١) الأستاذ الدكتور. أمين مصطفى - الحد من العقاب - نحو نظرية عامة لقانون العقوبات الإداري. دراسة مقارنة. رسالة الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٩

الردع؛ لأن القاتل الظالم عندما يعلم بمصيره إذا قتل غيره سيكف عن القتل، ويسود الأمان.

يؤيد فريق من الشراح الإبقاء على عقوبة الإعدام، نذكر منهم، بصفة خاصة، روسي، ولاكاني، ورومانبوزي، وكانت، وفون.

وتستند حجج الإبقاء على الإعدام إلى الاعتبارات الآتية:

١- عقوبة الإعدام تفي بحاجات هامة للمجتمع لا يمكن سدها بطرق أخرى، وسواء نفذت علناً أم حجبت عن الأنظار وراء جدران السجن، فإن الحججة المستخدمة هي أن عقوبة الإعدام ضرورية، على الأقل مؤقتاً من أجل خير المجتمع.

٢- تعرف عقوبة الإعدام على أنها وسيلة فريدة في فعاليتها وملاءمتها لمنع الجريمة والمعاقبة عليها. لذا نادى المدرسة الوضعية بالإبقاء عليها بوصفها وسيلة صالحة لتحقيق الدفاع الاجتماعي، وهو غاية العقاب. فضرورة إنقاذ الجانب السليم من البنيان الاجتماعي تحتم بتر الجانب المريض واستئصاله، وعقوبة الإعدام هي أداة لحماية المنفعة العامة. وذهب بعض الفقهاء إلى حد تشبيه تطبيق هذه العقوبة بأنه من قبيل نزع الملكية بالمنفعة العامة الذي تباشره الدولة قبل صاحب العقار^(١).

٣- إن الحججة الأكثر شيوعاً لتبرير استخدام عقوبة الإعدام هي عامل الردع، وعقوبة الإعدام تحقق أقصى قدر من الزجر والإرهاب في النفس خشية سلب الحق في الحياة، وبالتالي فهي أكثر الوسائل فاعلية لتحقيق أهداف الدولة، والمحافظة على نظامها الاجتماعي.

وإحدى الدراسات التي تظهر وجود أثر رادع واضح لعقوبة الإعدام هي دراسة أجراها عالم اقتصاد أمريكي يدعى "إسحاق ارليج" واستخدم

(١) الأستاذ الدكتور. محمد نجيب حسنى - علم العقاب - دار النهضة العربية . القاهرة. ١٩٦٧، فقرة ١، ص ١١

فيها أسلوباً إحصائياً يعرف بأسلوب "تحليل التراجع" بفحص التأثير المحتمل للإعدامات وغيرها من المتغيرات في جرائم القتل في الولايات المتحدة الأمريكية بمجملها في الفترة الواقعة ما بين عام ١٩٣٢ - ١٩٧٠ فخلال تلك الفترة، وبخاصة في الستينات، ارتفع عدد جرائم القتل، بينما انخفض عدد الإعدامات. وفي مقالة نشرت عام ١٩٧٥ استنتج "إسحاق ارليج" أن بحثه أشار إلى وجود رادع فعال لعقوبة الإعدام، وذكر أن تنفيذ إعدام إضافي كل سنة طوال الفترة موضوع الدراسة ربما أدى إلى انخفاض في عدد جرائم القتل بمعدل سبع أو ثماني جرائم.^(١)

٤- ثم هناك حجة الإعجاز، وتتلخص في أنه يجب قتل المحكوم عليه للتأكد من عدم تكراره للجريمة.

٥- وبجانب حجج الردع والإعجاز، فإن حجة الجزاء تؤكد أنه يجب قتل مجرمين معينين لا لمنع وقوع الجريمة، بل لإرضاء لمطالب العدالة، فالإعدام يعتبر مجازاة على فعل شرير، ويقتل المجرم يظهر المجتمع شجبه لجريمته، والإقناع بهذه الحجة يستمد جذوره من النفور الشديد الذي تثيره جرائم العنف في المواطنين الحريصين على القانون، فالرأي العام يطالب ويتمسك بها.

المبحث الثاني

مقتضيات إلغاء عقوبة الإعدام

تشكل عقوبة الإعدام - وفقاً لآراء العديد من المنظمات الدولية وأيضاً فقهاء القانون الدولي، عقوبة في منتهى القسوة، واللاإنسانية، والإهانة. وهي عقوبة لا يمكن الرجوع عنها حال تنفيذها، ويمكن أن تُنزل بالأبرياء. ولم يتبين قط أنها تشكل رادعاً ضد الجرائم أكثر فعالية من العقوبات الأخرى.

(١) الأستاذ الدكتور. جلال ثروت - الظاهرة الإجرامية - دراسة في علم العقاب الإسكندرية: دار المعرفة، ١٩٨٧.

ويرى البعض أن عقوبة الإعدام هي الاسم الحكومي لكلمة القتل،
فالأفراد يقتلون بعضهم البعض، ولكن الحكومات والدول تعاقب الأفراد
بعقوبة الإعدام، وينبع مطلب إلغاء الإعدام ومنع القتل كلاهما من السبب
نفسه؛ أي معارضة القتل المتعمد مع سبق الإصرار والترصد من قبل
شخص ما لشخص آخر، وسواء قام بالقتل حكومة معينة أو مرجع ذو
صلاحية، فلن يغير ذلك من حقيقة الأمر أبداً، وهي أننا نواجه حالة قتل
متعمد. فعقوبة الإعدام هي أبشع أشكال القتل المتعمد وأقذرها، وأشدّها
سخافة؛ لأن ثمة مؤسسة سياسية تقرر أمام الناس، وتعلن مسبقاً على
الزملاء وبأقصى درجات اللامبالاة وبرود الأعصاب والشعور بالحقانية عن
قرارها في قتل شخص، وتعلن أيضاً اليوم والساعة التي ستقوم فيها بهذا
الأمر.^(١)

وفي مقابل الدعوة للإبقاء على عقوبة الإعدام - تقود منظمة العفو
الدولية - الدعوة إلى إلغاء تلك العقوبة حيث تكتسب مؤيدين وأنصاراً
وأرضاً جديدة في دعوتها، فالمشاهد أن الدول التي ألغت عقوبة الإعدام
من تشريعاتها الجنائية في ازدياد مستمر.

ومن أبرز معارضي هذه العقوبة "كرارا carrara" وعلى سبيل
المثال يتحدث الدكتور "هانز أيزنك hans eysenck" أستاذ علم النفس
بجامعة لندن، عن أثر عقوبة الإعدام في الردع العام نافياً هذا الأثر،
وقائلاً "وقد تركزت المناقشات التي دارت حديثاً حول عقوبة الإعدام شيئاً
فشيئاً حول نقطة واحدة حاسمة وهي: هل تعوق العقوبة أو لا تعوق
الناس من ارتكاب الجرائم التي وضعت هذه العقوبة من أجلها؟".

ومن الناحية الإحصائية هناك دلائل مقنعة على أن عقوبة الإعدام
لم تمنع الناس من ارتكاب الجرائم، فقد أتضح مراراً أن إلغاء عقوبة

(١) منظمة العفو الدولية، الوثيقة رقم ٢٠٠٥ / ٠٠٦ / ٥٠٠ act ٥٠٠ / ٥ ابريل ٢٠٠٥ م.

الإعدام لم ينتج عنه ازدياد في جرائم القتل، وأنه عند إعادة العقوبة لا يقل، عددها وزيادة على ذلك، فإنه منذ عام ١٩٧٥ عندما ألغى القانون عقوبة الإعدام (في إنجلترا) بالنسبة لبعض الجرائم وأبقاها بالنسبة لبعض الجرائم الأخرى، ازداد عدد تلك الجرائم التي ظلت العقوبة قائمة بالنسبة لها، وما تزال توجد حجج انفعالية ضد إلغاء عقوبة الإعدام، ولكن الحجج العقلية تبدو في صف إلغائها.

وإحدى العقبات الغريبة في وجه إلغاء عقوبة الإعدام هي الإحساس الذاتي الذي يحس به الكثير من الناس من أنها تمنعهم هم أنفسهم من الانغماس في القتل وغيره من الجرائم التي عاقب عليها القانون بالإعدام، ومن ثم فإنها - أي عقوبة الإعدام - تمنع الناس الذين ربما كان احتمال ارتكابهم لتلك الجرائم أكثر من ارتكابها.

وتؤيد منظمة العفو الدولية ذلك الرأي فتقرر: ^(١)

فمن الخطأ افتراض أن جميع الذين يرتكبون جرائم خطيرة كالقتل أو معظمهم يقومون بذلك بعد التفكير في النتائج بشكل عقلاني. فجرائم القتل ترتكب، في معظم الأحيان، في لحظات انفعال عندما تتغلب العواطف الهائجة على الصواب. وقد ترتكب أيضاً تحت تأثير الكحول أو المخدرات أو في لحظات الذعر مثلاً عندما يفاجأ مرتكبها متلبساً بجرمة سرقة، وبعض الأشخاص الذين يقترفون جرائم عنف يكونون فاقدين التوازن عاجزين عن ضبط عواطفهم أو مصابين بمرض عقلي، وفي كل هذه الحالات لا ينتظر أن يردع الخوف من عقوبة الإعدام من ارتكاب الجريمة.

وبعد قضاء ٣٢ عاماً في مصلحة السجون الطيبة توصل طبيب بريطاني إلى أن (الردع ليس على الإطلاق مسألة بسيطة كما يفكر بعض

(١) حملة منظمة العفو الدولية ضد عقوبة الإعدام، رقم الوثيقة act ٢٠٠٥ / ٠٠٦ / ٥٠٥٠ ٥ ابريل ٢٠٠٥

الناس... فهناك نسب كبيرة من القتلة يكونون متوترين وقت ارتكاب الجرائم إلى درجة تجعلهم غير مكترئين للعواقب التي قد تنزل بهم بينما ينجح آخرون في إقناع أنفسهم بأن بإمكانهم النجاة من العواقب).
لقد قامت اللجنة الملكية المعينة بعقوبة الإعدام في المملكة المتحدة (١٩٤٩ - ١٩٥٣) بدراسة الإحصائيات المتوافرة حول السلطات القضائية التي ألغت عقوبة الإعدام أو توقفت عن فرضها في جريمة القتل العمد. ومن خلال دراستها لسبعة بلدان أوروبية بالإضافة إلى نيوزيلندا وولايات مفردة داخل استراليا والولايات المتحدة الأمريكية استنتجت اللجنة أن: (ليس هناك أدلة واضحة في أي من الأرقام التي فحصناها تثبت أن إلغاء عقوبة الإعدام قد أدى إلى ارتفاع معدل جرائم القتل أو أن إعادة فرضها قد أدت إلى انخفاض هذا المعدل).

وعلى نحو مماثل تفشل إحصائيات توافرت مؤخراً عن الجرائم في بلدان ألغت عقوبة الإعدام في إظهار أي آثار ضارة ناجمة عن الإلغاء. ورغم أن عدد الإدانات على جرائم قتل في استراليا الجنوبية كان خلال السنوات الخمس بعد الإلغاء أعلى مما كان عليه في السنوات الخمس قبلها، أظهرت دراسة أجريت على مدى أطول أنه: (لم يكن لإلغاء عقوبة الإعدام أي تأثير لمعدل جرائم القتل في تلك الولاية) (ألغيت عقوبة الإعدام هناك عام ١٩٧٦).

وفي جاميكا لم يحدث أي تغير ملحوظ في معدل جرائم القتل خلال فترة وقف الإعدامات ما بين عام ١٩٧٦ - ١٩٨٠ رغم حدوث موجة من أعمال القتل السياسي خلال الانتخابات العامة سنة ١٩٨٠، وفي كندا هبط معدل جرائم القتل بالنسبة لكل ١٠٠٠٠٠ نسمة بعد أن بلغ ذروته ٣,٠٩ عام ١٩٧٥ وهي السنة التي سبقت عقوبة الإعدام على جريمة القتل العمد إلى إن بلغ ٢,٧٤ عام ١٩٨٣ وبلغ عام ١٩٨٦ أدنى نسبة له منذ ١٥ سنة. أما في المملكة المتحدة، فقد ارتفع عدد جرائم القتل منذ إلغاء عقوبة

الإعدام على جريمة القتل العمد، ولكن هذه الزيادة كانت أقل كثيراً من الزيادة في جرائم عنف خطيرة أخرى.

وتبين الأرقام أن الإلغاء لا يؤثر سلباً في معدلات الجريمة، ففي كندا المنخفض معدل القتل لكل ١٠٠٠٠٠ نسمة من ٣,٠٩ في العام ١٩٧٥ (العام الذي سبق الإلغاء) إلى ١,٧٣ في العام ٢٠٠٣ وهو أدنى معدل في ثلاثة عقود.^(١)

إن المؤيدين لإلغاء عقوبة الإعدام يستندون في دعم آرائهم إلى الأسانيد الآتية:^(٢)

أولاً: أن عقوبة الإعدام يستحيل معها إصلاح المحكوم عليه وإعادة تربيته. وهذا من الأهداف التي يجب أن تسعى إليها الدولة بفرض العقاب، ولو كأهداف ثانوية والعقوبة التي تقطع باب الأمل أمام الفرد لا يمكن أن تكون عادلة.

ثانياً: أن عقوبة الإعدام غير مجزية وغير نافعة سواء من وجهة فردية أو من وجهة إقناعية، فهي تحول دون أن يشرع المحكوم عليه - تحت رقابة الدولة - في إصلاح آثار الجريمة كلما كان ذلك ممكناً. كما أن العقوبة تحرم الدولة من قوة عاملة يمكن أن تسهم في الإنتاج، وبخاصة بعد أن أصبح العمل في السجون عاملاً في زيادة الإنتاج.

ثالثاً: هذه العقوبة يستحيل إصلاح آثارها حين يبدو أن العدول عنها حق وواجب، فقد تظهر براءة المحكوم عليه بعد تنفيذ العقوبة، وذلك لأن الأخطاء القضائية ليست نادرة والعدالة الإنسانية نسبية، حتى إن أغلب التشريعات الوضعية تقر الحق في تصحيح أخطاء الأحكام.

ومن قبيل ذلك التماس إعادة النظر الذي قرره المشرع المصري في المواد ٤٥٣/٤٤١ من قانون الإجراءات الجنائية، ويقتضي هذا النظام جواز

(١) منظمة العفو الدولية - الوثيقة رقم ٢٠٠٥/٠٠٦/act٥٠ - المرجع السابق.

(٢) د. آمال عثمان - أصول علم العقاب، - دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٦٢.

إعادة النظر في الأحكام في أحوال معينة كما (إذا حكم على المتهم في جريمة قتل ثم وجد المدعي قتله حياً)

وواضح أنه إذا كان الحكم صادراً بالإعدام ونفذ، فلا سبيل لإنقاذ مواطن بريء. أما إذا كان الحكم صادراً بعقوبة أخرى، فيمكن إيقاف تنفيذها، ومنح هذا المواطن حريته.

رابعاً: عقوبة الإعدام غير عادلة؛ لأنها غير قابلة للتدرج وفقاً لمبدأ مسؤولية الجاني أو مدى خطورته أو مدى ما حققه من ضرر. (١)

خامساً: عقوبة الإعدام تتسم بالضراوة والبشاعة، فالإعدام ليس فيه عظة تربوية بل يوقظ الشهوة إلى سفك الدماء.

سادساً: وحجة فلسفية استند إليها أنصار الإلغاء ذلك أنه إذا كان أساس حق العقاب هو العقد الاجتماعي، فإن الإنسان - الذي ليس له الحق في القتل لا يمكن أن يتنازل للدولة عن حقه في الحياة.

كما يستند بعض مؤيدي إلغاء عقوبة الإعدام إلى إحصائيات كثيرة تمت في ظروف متعددة تشير إلى أن تشديد العقاب، بوجه عام، لم يؤدي بالضرورة، إلى تخفيف حدة الجريمة، كما أن تخفيفه لم يؤدي بالضرورة، إلى زيادتها، لكن ازدياد نسبة الإجرام أو نقصها أمر يمكن أن يرجع إلى جملة عوامل وظروف شخصية واجتماعية، لعل من أقلها شأنًا تأثير العقاب في النفوس مقداراً أو نوعاً ولو وصلت إلى حد الإعدام.

ولعل هذا الاعتبار كان - بالإضافة إلى العوامل الإنسانية والحضارية والعلمية المتنوعة - من أقوى الاعتبارات التي أدت إلى إلغاء عقوبة الإعدام في دول كثيرة متزايدة خصوصاً في مستهل هذا القرن حتى الآن.

(١) الأستاذ الدكتور محمد زكي أبو عامر - دراسة في علم الإجرام والعقاب. الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٥٦

المبحث الثالث

ضمانات تكفل حماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام

لقد اعتمد المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الأمم المتحدة بقراره رقم ١٩٨٤/٥٠ بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٨٤ قراراً يضمن العديد من الضمانات التي تكفل حماية حقوق الأفراد الذين يواجهون عقوبة الإعدام، وهذا يؤكد الحرص والعناية التي أولتها منظمة الأمم المتحدة للحق في الحياة باعتباره حقاً أصيلاً، بل يعد حق الحقوق الإنسانية الأساسية.

وقد راعى المجلس في قراره هذا العديد من الفئات والمجموعات والأفراد التي قد تواجه وقوع عقوبة الإعدام ضدها.

١. في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام، لا يجوز أن تفرض عقوبة الإعدام إلا في أخطر الجرائم على أن يكون مفهوماً أن نطاقها ينبغي ألا يتعدى الجرائم المتعمدة التي تسفر عن نتائج مميتة أو غير ذلك من النتائج البالغة الخطورة.^(١)

٢. لا يجوز أن تفرض عقوبة الإعدام إلا في حالة جريمة بنص القانون، وقت ارتكابها، على عقوبة الموت فيها، على أن يكون مفهوماً أنه إذا أصبح حكم القانون يقضي بعد ارتكاب الجريمة بفرض عقوبة أخف، استفاد المجرم من ذلك.

٣. لا يحكم بالموت على الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الثامنة عشرة وقت ارتكاب الجريمة، ولا ينفذ حكم الإعدام بالحوامل، أو بالأمهات الحديثات الولادة، ولا بالأشخاص الذين أصبحوا فاقدين لقواهم العقلية.

(١) د. زعوف عبيد : أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٨٩.

٤. لا يجوز فرض عقوبة الإعدام إلا حينما يكون ذنب الشخص المتهم قائماً على دليل واضح ومقنع لا يدع مجالاً لأي تفسير بديل للوقائع.

٥. لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بموجب حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة بعد إجراءات قانونية توفر كل الضمانات الممكنة لتأمين محاكمة عادلة، مماثلة على الأقل للضمانات الواردة في المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بما في ذلك حق أي شخص مشتبه في ارتكابه جريمة يمكن أن تكون عقوبتها الإعدام أو متهم بارتكابها في الحصول على مساعدة قانونية كافية في كل مراحل المحاكمة.

٦. لكل من يحكم عليه بالإعدام الحق في الاستئناف لدى محكمة أعلى، وينبغي اتخاذ الخطوات الكفيلة بجعل هذا الاستئناف إجبارياً.

٧. لكل من يحكم عليه بالإعدام الحق في التماس العفو، أو تخفيف الحكم، ويجوز منح العفو أو تخفيف الحكم في جميع حالات عقوبة الإعدام.

٨. لا تنفذ عقوبة الإعدام إلى أن يتم الفصل في إجراءات الاستئناف أو أية إجراءات تتصل بالعفو أو تخفيف الحكم.

٩. حين تحدث عقوبة الإعدام، تنفذ بحيث لا تسفر إلا عن الحد الأدنى الممكن من المعاناة.

المبحث الرابع

الاتفاقيات الدولية الداعية لإلغاء عقوبة الإعدام

فضلاً عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٤٨ والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر أيضاً عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٦٦، فقد اعتمدت حديثاً معاهدات دولية تلزم الدول بموجبها بعدم توقيع عقوبة الإعدام.

ومن أهم التطورات في السنوات الأخيرة اعتماد معاهدات دولية تلتزم الدول بموجبها بعدم تطبيق عقوبة الإعدام. وتوجد الآن أربع معاهدات من هذا النوع:

١- البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صدقت عليه ٥٤ دولة. ووقعت ثماني دول أخرى على البروتوكول معبرة عن نيتها بأن تصبح أطرافاً فيها في تاريخ لاحق.

٢- البروتوكول الملحق بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لإلغاء عقوبة الإعدام الذي صدقت عليه ثماني دول ووقعت عليه دولة واحدة أخرى في الأمريكتين.

٣- البروتوكول رقم ٦ الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان)، الذي صدقت عليه ٤٤ دولة أوروبية ووقعت عليه اثنتان أخريان.

٤- البروتوكول رقم ١٣ الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان)، الذي صدقت عليه ٣٠ دولة أوروبية ووقعت عليه ١٣ دولة أخرى.

حقائق وأرقام حول عقوبة الإعدام^(١)

١- الدول التي ألغت العقوبة والدول التي تحتفظ بها:

ألغت أكثر من نصف دول العالم الآن عقوبة الإعدام في القانون والممارسة. وتبين آخر معلومات منظمة العفو الدولية أن : ٨٩ دولة ومنطقة ألغت عقوبة الإعدام بالنسبة لجميع الجرائم ؛ وأن ١٠ دولة ألغت عقوبة الإعدام بالنسبة لجميع الجرائم باستثناء الجرائم غير العادية مثل جرائم الحرب ؛ ويمكن اعتبار ٣٠ دولة بأنها ألغت العقوبة عملياً ؛ فهي تحتفظ

(١) تقرير منظمة العفو الدولية عن عقوبة الإعدام ضد حقوق الإنسان، ١٩٨٩م

بعقوبة الإعدام في القانون لكنها لم تنفذ أية عمليات إعدام طوال السنوات العشر الماضية أو أكثر، ويُعتقد أنها تتهج سياسة أو لديها ممارسة تقضي بعدم تنفيذ عمليات إعدام مما يرفع مجموع الدول التي ألغت عقوبة الإعدام في القانون والممارسة إلى ١٢٩ دولة.

تحتفظ ٦٨ دولة ومنطقة أخرى بعقوبة الإعدام وتستخدمها، لكن عدد الدول التي تُعدم السجناء فعلاً في أي سنة بعينها أقل من ذلك بكثير.

٢- التقدم الذي تحقق نحو إلغاء العقوبة عالمياً

ألغت أكثر من ٤٠ دولة عقوبة الإعدام بالنسبة لجميع الجرائم منذ العام ١٩٩٠. وهي تشمل دول في أفريقيا (تشمل الأمثلة الحديثة كوت ديفوار والسنغال)، وفي الأمريكتين (كندا والبراغواي)، وآسيا ومنطقة المحيط الهادئ (بوتان، وساموا، وتركمنستان) وأوروبا وجنوب القوقاز (أرمينيا، والبوسنة والهرسك، وقبرص، واليونان، وصربيا، والجبل الأسود، وتركيا).

٣- تحركات لإعادة العمل بعقوبة الإعدام

حالما يتم إلغاؤها، نادراً ما تتم إعادة العمل بعقوبة الإعدام. فمنذ العام ١٩٨٥، ألغت أكثر من ٥٠ دولة عقوبة الإعدام في القانون أو أنها بعد أن ألغتها سابقاً بالنسبة للجرائم العادية، انتقلت لإلغائها بالنسبة لجميع الجرائم. وخلال الفترة ذاتها أعادت أربع دول مُلغية فقط العمل بعقوبة الإعدام. إحداها - نيبال - التي ألغت العقوبة مرة أخرى منذ ذلك الحين؛ واستأنفت دولة أخرى هي الفلبين تنفيذ أحكام الإعدام لكنها توقفت فيما بعد. ولم تُنفذ أية عمليات إعدام في الدولتين الآخريتين وهما (غامبيا، وياپوا غينيا الجديدة).

٤- أحكام الإعدام وعمليات الإعدام

خلال العام ٢٠٠٤، أُعدم ما لا يقل عن ٣٧٩٧ شخصاً في ٢٥ دولة، وحُكم بالإعدام على ما لا يقل عن ٧٣٩٥ شخصاً في ٦٤ دولة. وكانت هذه الأرقام لدينا فقط؛ أما الأرقام الحقيقية فهي بالتأكيد أعلى. وفي ٢٠٠٤، جرت نسبة ٩٧ بالمائة من جميع عمليات الإعدام المعروفة في الصين، وإيران، وفيتنام، والولايات المتحدة الأمريكية. وبناءً على الأنباء العلنية المتوافرة، تشير تقديرات منظمة العفو الدولية إلى أن ما لا يقل عن ٣٤٠٠ شخص قد أُعدموا في الصين خلال العام، رغم الاعتقاد بأن الأرقام الحقيقية أعلى بكثير.^(١) وفي مارس/آذار ٢٠٠٤، قال مندوب في المؤتمر الشعبي الوطني أن "قراءة ١٠٠٠٠ شخص" يعدمون سنوياً في الصين. وأعدمت إيران ما لا يقل عن ١٥٩ شخصاً، وفيتنام ما لا يقل عن ٦٤ شخصاً. ونُفذت ٥٩ عملية إعدام في الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا الرقم أقل من رقم ٦٥ عملية إعدام نُفذت في العام ٢٠٠٣.

٥- استخدام عقوبة الإعدام ضد المذنبين الأطفال

تحظر المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان إصدار أحكام بالإعدام أو تنفيذها ضد أي شخص يقل عمره عن ١٨ عاماً وقت ارتكاب الجريمة. وترد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقية حقوق الطفل والميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ترد فيها جميعها نصوص بهذا الخنى. وهناك أكثر من ١١٠ دولة ما زالت تنص قوانينها على عقوبة الإعدام بالنسبة لبعض الجرائم على الأقل قوانين تستثنى تحديداً إعدام المذنبين الأطفال أو قد يُفترض أنها تستبعد عمليات الإعدام هذه عبر كونها طرفاً في إحدى المعاهدات المذكورة

(١) منظمة العفو الدولية، المرجع السابق.

أعلاه. بيد أن عدداً قليلاً من الدول يواصل إعدام المذنبين الأطفال.

ومن المعروف أن ثماني دول أعدمت منذ العام ١٩٩٠ سجناء كانوا دون سن ١٨ عاماً وقت ارتكاب الجريمة - الصين، والكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية) وإيران، ونيجيريا، وباكستان، والمملكة العربية السعودية والولايات المتحدة الأمريكية، واليمن. وقد رفعت الصين، وباكستان، واليمن السن الدنيا إلى ١٨ عاماً، وبحسب ما ورد فإن إيران هي في صدد القيام بذلك. وأعدمت الولايات المتحدة الأمريكية عدداً من المذنبين الأطفال يفوق ما أعدمته أية دولة أخرى. (١٩ بين العامين ١٩٩٠ و٢٠٠٣).

وسجلت منظمة العفو الدولية ٤ عمليات إعدام لمذنبين أطفال في العام ٢٠٠٤ - واحد في الصين وثلاثة في إيران. وأعدم مذنب طفل آخر في إيران في يناير/كانون الثاني ٢٠٠٥.

وفي ذلك يقول: (ولأنه بغير حرية الاختيار لا توجد أخلاق بالمعنى الذي يفهمه المجموع، ولأن الإحساس الخلقى وحده يحتم عقاب الجاني كما يرى كثير من رجال القانون قد شرع لما تبين من خشية العقاب قد تؤدي إلى الإحجام عن الجريمة، وأن حرية الإرادة لا تكون مفهومه على أساس قانون الوقائع الطبيعية الذي تحكمه السببية بغير اعتبار لقانون الإرادة الإنسانية مع أنه حقيقي وثابت كقانون السببية سواء بسواء. وتأسيساً على ذلك فإن "تارد" لا يعارض مبدأ الدفاع الاجتماعي للعقاب فإن على الجماعة أن تدافع عن نفسها كالفرد، ولكن كما يختلف رد الفعل باختلاف الفعل كذلك تدافع الجماعة عن نفسها إزاء مرتكب الجريمة بشكل يختلف عن دفاعها إزاء المجنون، لأن العقاب دافع اجتماعي ضد من ينسب إليهم الخطأ لا على أنهم مجرد أذى أو خطر.

إن فكرة الخطأ أقدم وأعم بكثير من فكرة حرية الاختيار بمعناها المدرسي، ومن ثم فإن التقدم الذي يبشر به "فري" - على ما يرد "تارد" - يستلزم قضاء تاماً على الشعور الإنساني بحيث يقضي تماماً على الانفعالات التي تثيرها الجريمة، ولكن النفعية البحتة تقضي بأن الخوف رادع، وتجعل الشعور الخلفي ضرورة تحتم عقاب مرتكب الجريمة بينما لا ضرر من عدم العقاب على جريمة ارتكبتها مجنون، إذ لا يخشى من ألا يرتدع بقية المجانين.^(١)

المبحث الخامس

رأى الباحث في الموضوع

قبل أن نناقش إلغاء أو بقاء هذه العقوبة، دعونا أولاً نتكلم عن الغرض الإجتماعي الذي توفره هذه العقوبة، ثم نناقش على ضوئها ضرورة بقائها، أو إلغاؤها. في جميع المجتمعات، المتقدمة منها و المتخلفة، توجد فلسفة عقابية، فالعقاب ليس مجرد العقاب. ولكن لأنه توجد أهداف أبعد من مجرد الإنتقام يستهدفها المجتمع.

والأهداف العامة، التي تتفق عليها معظم المجتمعات، تتلخص في الآتي:

- ١ - القصاص، أي أن من أذى المجتمع، يستحق الإيذاء بنفس المقدار.
- ٢ - الردع: ويوجد له شقان: الردع العام، أي ردع أو تحذير المجتمع بأكمله، وحتى لا يرتكب هذه الجريمة المعاقب عليها، والردع الخاص، أو تحذير مرتكب الجريمة من ارتكابها مرة أخرى.
- ٣ - حماية المجتمع، أي منع مرتكب الجريمة من إيذاء المجتمع طوال فترة العقوبة.

(1) - Trade (G): Essais et Melanges Sociologiques 1985-
P.153

- ٤- التأهيل، أى إعطاء المحكوم عليه فرصة لكى يعيد حساباته، و يتم تأهيله للعودة الى أحضان المجتمع بعد تدريبه على مهنة أو صنعة تنفعه بعد الإفراج عنه.
- ٥- التثقيف، أى إتاحة الفرصة للمحكوم عليه لكى يزيد من ثقافته، وإتاحة الفرصة له لكى ينهج فى الحياة منهجا أفضل بعد الإفراج عنه.
- ٦- الإستنكار أى أن المجتمع بتوقيعه العقوبة يبين إستنكاره للجرم الذى ارتكبه المحكوم عليه.
- ٧- إحساس بالعدالة، فالجنى عليه، و أسرته، و بقية المجتمع ، سوف يزداد للقانون، لأن القانون قد حقق العدالة.
- هذه هى الأهداف العامة، فإذا طبقناها على عقوبة الإعدام، سنجد أنها قد حققت بعض، و ليس كل هذه الأهداف.

إن الهدف الأول الذى تحقق هو القصاص، فلقد ارتكب الجانى جريمة، إستحق عليها الإعدام.

و لكن القصاص يقتضى أن تكون العقوبة مساوية للجرم، و فى بعض الدول، يتم توقيع عقوبة الإعدام على جرائم غير القتل، ففى بعض مدن جنوب شرق آسيا، توقع عقوبة الإعدام على مرتكبى جريمة تهريب المخدرات، و فى مصر، يجوز للمحكمة توقيع عقوبة الإعدام فى حالة إرتكاب جريمة الإغتصاب، التى تصحابها جريمة الخطف.

الهدف الثانى: الذى تحقق هو منع المتهم من تكرار الجريمة التى عوقب عليها.

و لكن إذا نظرنا الى الردع العام، فإن كثير ممن ارتكبوا جريمة القتل، لم يرتدعوا، فرغم أن جميع أحكام الإعدام تملأ الصحف اليومية، فذلك لم يردعهم من إرتكاب الجريمة. فقد فشلت العديد من الدراسات بإثبات أن الإعدام يردع أكثر من عقوبة السجن لفترات طويلة. على سبيل المثال،

في الولايات المتحدة الأمريكية أعلى نسبة في جرائم القتل بين دول العالم الصناعي ، وهذه المعدلات أعلى في الولايات الجنوبية حيث أعلى انتشار لتطبيق عقوبة الإعدام؟

وإذا نظرنا الى اليردع الخاص، فإنه لا حاجة اليه، لأن المحكوم عليه بالإعدام لن يكون معنا في الحياة لكي نردعه.

و الإعدام قد يريح بعض القلوب التي تحس بأن العدالة قد تحققتز و لكن، فضلا عن أن عقوبة الإعدام تطبق على جرائم لا تستحق إزهاق روح، و ما زالت مُعاقبة بالإعدام.

الخاتمة

ولكن مهما قيل من مبررات تحلق في السماء بعيداً عن أرض الواقع فإن عقوبة الاعدام هي عقوبة واقعية لا بد وأن تبقى الي قيام الساعة ، ولأن نفرا من المجرمين وطائفة من الجرائم لا يصلح في مواجهتها الا تلك العقوبة وبعيدا عن فلسفة العقاب وعلته من ردع او زجر او اعادة تأهيل للمجرم او غير ذلك مما تعنيه علوم العقاب وحتى لو قيل ان جميع اغراض العقوبة غير متحققة بالنسبة للإعدام فانه يكفي مبررا للإبقاء عليها مجرد اشفاء غيظ وغلبل المجني عليه او ذويه اذ بغير تلك العقوبة لا تستقيم عدالة في المجتمع او حتي في نفوس افراده. ولكن ومع تأييدنا قديما وحديثا لعقوبة الاعدام خاصة لما نراه من أنها عقوبة شرعية أوجبها الحق تبارك وتعالى في جرائم القصاص فإننا مع وجوب احاطة تلك العقوبة بالعديد من الضمانات التي نري أن الواقع القانوني الحالي يقصر عن بلوغها، ومن أهم تلك الضمانات

١ - اجراء مراجعة تشريعية للمواضع التي افرد المشرع فيها عقوبة الاعدام :

اذ ان المشرع قد أسرف كثيراً في تقرير تلك العقوبة بحيث ينبغي أن تقتصر علي نوعية محددة من الجرائم وعلي صنف معين من المجرمين دون تجاوز لهذا الحد،

٢- تقرير مبدأ التقاضي علي درجتين في مواد الجنايات التي يعاقب
المشرع فيها بعقوبة الاعدام بحيث يميز القانون في هذا النوع من
الجرائم استئناف احكام محكمة الجنايات أمام محكمة أعلي تشكل من
عدد أكبر من مستشاري الاستئناف مع الإبقاء قطعاً علي ضمانات
الطعن بالنقض زيادة في ضمانات التحقق من صحة الحكم بالإعدام
واستحقاق المتهم لتلك العقوبة المغلوطة،

٣- بوجود ان يصاحب اعتراف المتهم - خاصة في قضايا الاعدام -
بعرضه فور اعترافه علي الطب الشرعي والنفسي للكشف عليه
وبيان ما اذا كان تعرض لإكراه مادي او معنوي ولو دون طلب منه،
اذ استنتت العديد من التشريعات الحديثة تلك الضمانة احتياطاً
واستيثاقاً من هذا الاعتراف الذي يكون في أغلب احكام الاعدام هو
الركيزة الاساسية التي يتساند اليها الحكم وليس ادل علي أهمية تلك
الضمانة المقترحة مما نشر قبل اسبوعين من الحكم ببراءة متهم سبق ان
حكم عليه بالاعدام بعد أن رفضت المحكمة عرضه علي طيب
نفسى لفحص حالته ولولا فطنة محكمة النقض المصرية التي ألغت
هذا الحكم وأحالت الدعوي لإعادة محاكمة المتهم امام دائرة اخري
والتي عرضته علي مصحة نفسية وعقلية انتهت الي كونه غير
مسئول عن افعاله فقضت ببراءته بعد أن كان محكوماً عليه بالإعدام،
وتبدو أهمية هذه الضمانة فيظل التعديل الاخير الخاص بقانون
الصحة النفسية الذي ساوي بين المرض النفسي والعقلي في شأن
امتناع المسؤولية الجنائية، علي الأخص في ظل تماحي الفواصل بين
الأمراض النفسية والعقلية وظهور انماط من تلك الأمراض يعيش بها
الانسان وهو جاهل لها وقد تدفعه الي ارتكاب جرائم تحت تأثيرها،
فلا يتصور والحال كذلك ان يطلب عرضه للكشف عن مرض هو
يجهل اصابته به ومن ثم فإن تلك الضمانة لا ينبغي أن تكون رهناً

بمشيئة المتهم او دفاعه وإنما لا بد ان ينظر اليها كضمانة لمصلحة العدالة والقانون التي تأتي خاصة في جرائم الاعدام التي توقع تلك العقوبة المغلظة علي شخص مريض عقليا او نفسيا غير مستول عن افعاله.

٤- اعطاء قاضي تجديد الحبس صلاحية التحقيق عن انكار المتهم المائل امامه للجريمة بعد سابقة اعترافه للوقوف علي حقيقة هذا الاعتراف ثم العدول عنه بعد ساعات قليلة امام القاضي وتفعيل الضمانة التي استحدثها المشرع في المادة ١٢٤ اجراءات في شأن وجود حضور محامي التحقيقات مع المتهم بجناية او جنحة يعاقب عليها بالحبس وجوبا، اذ انه ورغم وجود هذه الضمانة الا أن الواقع العملي يشهد بتجاوزها والتحلل منها بمرر الاستعجال والسرعة، وهو مبرر لو أسرفنا في استعماله فسوف يتسع لتعطيل الضمانة والعصف بها كلية، كما من الواجب النظر بعين الاعتبار في جرائم الاعدام الي تصالح المجني عليه او ذويه خاصة في جرائم الدم التي قد ينتج فيها الصلح اثرأ في المجتمع التي وقعت فيه الجريمة افضل كثيراً من أثر توقيع عقوبة الاعدام التي قد تفتح الباب الي سيل متجدد من الجرائم خاصة في المجتمعات المحكومة بالعصبيات وثقافة الثأر،

٥- تدريب اعضاء النيابة العامة الذين سوف يعتلون في الغد منصة القضاء تدريباً يتسع ليشمل الامام الكامل بخطورة تلك العقوبة وما قد يترتب عليها من آثار وما ينبغي ان يصاحب تطبيقها من ضمانات وفلسفة وعلّة كل ضمانة فضلاً عن الامام بعلوم الاجرام الحديثة التي تغوص في شخص المجرم واسباب الجريمة لأن في ادراك القاضي لجمع ذلك ما يساعده علي حسن تقدير الوقائع ووزن الشخصية والخطورة الاجرامية للمتهم بما يسلمه الي حسن تقدير العقوبة التي يستحقها. فعقوبة الإعدام هي واقع وضرورة لا بد من الابقاء عليها

ولكن بضمانات تحد من المخاوف التي تحيط بتطبيق تلك العقوبة وتجعلها في اطارها المنضبط.

المراجع

- (١) الأستاذة الدكتورة آمال عثمان - أصول علم العقاب، - دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
- (٢) الاستاذ الدكتور. أمين مصطفى - الحد من العقاب - نحو نظرية عامة لقانون العقوبات الادارى ، دراسة مقارنة، رسالة الاسكندرية ، ١٩٩٣
- (٣) الاستاذ الدكتور. جلال ثروت - الظاهرة الاجرامية - دراسة فى علم العقاب، الاسكندرية ، دار المعرفة ، ١٩٨٧
- (٤) الأستاذ الدكتور رءوف عبيد : أصول علمي الإجرام و العقاب ، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٨٩ ، ص ٨٩.
- (٥) الأستاذ الدكتور. محمد زكى ابو عامر- دراسة فى علم الاجرام والعقاب ، الاسكندرية- ١٩٨٥.
- (٦) الأستاذ الدكتور. محمد نجيب حسنى - علم العقاب - دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٧، فقرة ١
تقارير ووثائق :
- (١) الوثيقة رقم ٢٠٠٥ / ٠٠٦ / ٥٠٠ act ٥ ابريل ٢٠٠٥ م. منظمة العفو الدولية.
- (٢) الوثيقة رقم act ٢٠٠٥ / ٠٠٦ / ٥٠٠ . ٥ ابريل ٢٠٠٥ حملة منظمة العفو الدولية ضد عقوبة الاعدام
- (٣) تقرير منظمة العفو الدولية عن عقوبة الإعدام ضد حقوق الإنسان ، ١٩٨٩ م.

دور المنشورات الجنائية الصادرة من وزارة العدل
والآليات المنفذة لها في حماية الناجيات من ضحايا
العنف ضد المرأة

(دراسة حالة إقليم دارفور)

الدكتور/ محمد احمد عبد الله عبد الله

المستشار بوزارة العدل والاستاذ بالجامعات

الملخص

تعتبر ظاهرة استخدام العنف ضد المرأة في إقليم دارفور من الظواهر التي شغلت الرأي العام وأصبحت محل اهتمام المجتمع الدولي باعتباره إحدى الوسائل المستخدمة في الصراعات المسلحة في الإقليم سواء بين القبائل فيما بينها أو بين الحركات المتمردة في مواجهة الحكومة. ولذلك جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء، أولاً، على حقيقة هذه الظاهرة ثم تستعرض الجهود المبذولة من قبل أجهزة الدولة في سبيل مكافحة هذه الظاهرة، بجانب التعرف على مدى الحماية التي يتمتع بها الضحايا.

وفي سبيل الوصول الى هذه الغاية اعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي من واقع المعلومات المتوفرة في التقارير الرسمية الصادرة من أجهزة الدولة ووكالات الأمم المتحدة. وقد توصلت الدراسة إلى ان دور وزارة العدل لم ينحصر في القيام بإجراءات التحقيق وإحالة المتهمين للمحاكمة بل تعدى ذلك، فهناك جهودات بذلت متمثلة في إصدار عدد من المنشورات جاءت متوافقة مع المبادئ الواردة في المواثيق الدولية، والمساهمة في إجراء الدراسات وإبداء المقترحات في تعديل العديد من التشريعات.

Abstract

The phenomenon of the use of violence against women in the Darfur region one of phenomena, which has preoccupied public opinion, and became the focus of the international community as one of the methods used in armed conflicts in the region, both among the tribes themselves or between the rebel movements in the face of the government.

Therefore this study was to highlight, first, the reality of this phenomenon and then review the efforts made by state agencies in order to combat this phenomenon, next to identify the extent of protection enjoyed by the victims.

In order to reach this end, the study relied on inductive analytical approach from the information available in the official reports issued by state agencies and UN agencies.

The study found that the role of the Ministry of Justice was not restricted in carrying out the investigative procedures, and to refer the accused to trial, but beyond that, there are efforts made represented in the issuance of a number of publications were in line with the principles contained in international conventions, and to contribute to studies and show proposals to amend several pieces of legislation .

جاءت الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الانسان⁽¹⁾ واطاعة مبادئ ومعايير ذات طابع دولي تكفل الحقوق الأساسية للمرأة وتنادي بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لا سيما التمييز بسبب النوع، حيث ناشد الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة الدول اداة كافة أشكال العنف ضد المرأة واتخاذ التدابير اللازمة لضحايا العنف وذلك باتاحة فرص الوصول الى آليات العدالة أمام النساء اللواتي يتعرضن للعنف وان تتاح لهن حسبما تنص عليه القوانين الوطنية سبل عادلة وفعالة للانصاف من الاضرار التي تلحق بهن، هذا وقد حث الإعلان الدول بتقديم المساعدة المتخصصة الى النساء اللواتي يتعرضن للعنف وذلك كاعادة التاهيل والعلاج والمشورة الطبية والخدمات الصحية والاجتماعية، هذا ويجب على الدول اتخاذ كافة التدابير الاخرى اللازمة لتعزيز سلامتهن واعادة تاهيلهن في المجالين البدني والنفسي.

وجاء دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م ليؤكد على هذه المبادئ وذلك بالنص في المادة (٢/١٥) بان تضطلع الدولة بحماية الامومة ووقاية المرأة من الظلم وتاكيد دورها في الأسرة وتمكينها في الحياة العامة، ثم خصص الدستور بابا للحقوق سمي بوثيقة الحقوق، واعتبرت كافة الحقوق والحريات المتضمنة في الاتفاقيات والعقود والمواثيق الدولية لحقوق الانسان والمصادق عليها من السودان جزءا لا يتجزأ من هذه الوثيقة.

(1) راجع الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمعتمد والمنشور بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم ٣١٧، بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م. والعهدين الدوليين التعلقان بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والذان اعتمدهما الجمعية العامة بموجب قرارها بالرقم ٢٢٠٠ بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م. واتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة والتي اعتمدها الجمعية العامة رقم ٢١٠٦ بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٦٥م. واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللا انسانية او المهينة والذي اعتمده الجمعية العامة بقرارها ٤٦/٣٩ بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٨٤م.

ثم جاء دور المؤسسات المعنية بتطبيق القانون لتفصل هذه المبادئ وتؤكد على ضرورة حماية المرأة وذلك باتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها كفالة حماية المرأة من شتى أشكال العنف لا سيما ذلك الذي قضى القانون بتجريمه، حيث أصدرت وزارة العدل عدداً من المنشورات الجنائية تحدد كيفية التعامل مع هذه الجريمة، وقامت الشرطة بتأسيس وحدة حماية الأسرة والطفل ويتصميم استمارة معدلة للفحص الجنائي.

الإطار المنهجي للدراسة

أولاً: مشكلة الدراسة:

تعتبر الحروب الأهلية والصراعات القبلية المسلحة في دارفور ذات طبيعة معقدة ومتداخلة الأبعاد من حيث الآثار الكبيرة التي تنجم عنها وتؤثر في مختلف المجالات.

وقد أفرزت هذه الصراعات جرائم أصبحت هاجساً تؤرق الدولة واستغلت كأداء سياسية لبعض الدول والمنظمات في صراعات مع حكومة السودان، وذلك للتداخل في تصنيف هذه الأفعال من حيث المعيار الدولي والوطني والموروثات الثقافية المحلية، ولعل أهم هذه الأفعال تلك التي تصنف وتعتبر عنفاً ضد المرأة، ومن ثم لا بد من معرفة حقيقة هذه الأفعال ومدى ارتباطها بالموروث الثقافي ودور النيابة في معالجة هذه القضايا.

ثانياً: أسئلة الدراسة:

يتفرع من السؤال الرئيسي لهذه الدراسة الأسئلة الفرعية التالية :-

- ١- ما هو مفهوم جرائم العنف ضد المرأة؟
- ٢- ما هو مفهوم النوع؟
- ٣- ما هي صور جرائم العنف ضد النوع؟
- ٤- ما هي المؤسسات المساهمة في مكافحة ظاهرة العنف ضد المرأة في دارفور؟
- ٥- ما هو الإطار القانوني لمكافحة هذه الظاهرة؟

٦- ما هي مهام استمارة الفحص الجنائي رقم (٨) وما هي التطورات التي صاحبت هذه الاستمارة؟

٧- ما هي الجهود الوطنية المبذولة من قبل الدولة لمكافحة العنف ضد المرأة؟

ثالثاً: أهمية الدراسة:

تسعى هذه الدراسة الى تحديد مفهوم الجرائم التي تمثل عنفاً ضد المرأة وانواعها وتأصيل أحكامها، وذلك لتوضيح اللبس الذى قد تجده هذه الافعال على المستويين الدولى والمحلي، ومن ناحية أخرى تسعى ايضاً الى توضيح وإبراز جهد الدولة لمحاربة هذه الافعال لاسيما دور النيابة الجنائية فى مكافحة هذه الظاهرة.

رابعاً: اهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى تحقيق الأهداف الآتية:

١. تحديد مفهوم الجرائم التي تمثل عنفاً ضد المرأة بولايات دارفور؟
٢. تحديد الإجراءات التي تتبعها النيابة فى التحرى والتحقيق فى مثل هذه الجرائم.
٣. التعرف على مدى الحماية التي تتمتع بها ضحايا العنف ضد المرأة.
٤. إبراز جهود الدولة المبذولة لمحاربة هذه الظاهرة ودور المؤسسات المساهمة فى ذلك.

خامساً: منهج الدراسة:-

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي من واقع المعلومات والخيشيات المتوفرة من مختلف المصادر وخاصة المصادر الاصلية المتحصل عليها من التقارير الرسمية المتمثلة فى اجهزة الدولة ووكالات الامم المتحدة.

سادساً: حدود الدراسة:-

أ. الحدود الموضوعية:

تعتمد هذه الدراسة على تحديد مفهوم جرائم العنف ضد المرأة ودور المؤسسات المساهمة فى مكافحته لاسيما النيابة الجنائية.

ب. الحدود المكانية:-

سيختار الباحث حالات تطبيقية من الجرائم فى إقليم محدد فى السودان والذى تأثر كثيراً بالصراعات المسلحة حيث أصبح محط أنظار العالم لمثل هذه الجرائم ألا وهو إقليم دارفور.
سابعاً: الدراسات السابقة:-

عند رجوعنا للمكتبات القانونية لم نجد اى دراسة تناولت مثل هذا الموضوع، وبالتالي اعتمدنا على التقارير والأوراق المقدمة فى بعض ورش العمل التى تنظمها البعثة المشتركة للامم المتحدة والاتحاد الافريقى وبعض المنظمات الاخرى فى هذا المجال، بجانب تقارير الأجهزة الحكومية.
ثامناً: تنظيم هيكل الدراسة:-

تم تقسيم البحث الى عدة مباحث حسب الترتيب المنطقى للموضوع وذلك وفقاً للاتى :-

- المبحث الاول: تعريف جرائم العنف ضد النوع.
- المبحث الثانى: التصدي للعنف ضد المرأة وأهم المؤسسات المساهمة فى مكافحته.
- المبحث الثالث: التحقيق فى جرائم العنف ضد المرأة.
- المبحث الرابع: الإطار القانونى لإستمارة الشرطة الجنائية رقم (أ) ومراحل تطورها.
- المبحث الخامس: الإلتزامات السبعة من قبل حكومة ولاية جنوب دارفور لمكافحة العنف ضد المرأة.

المبحث الاول

تعريف جرائم العنف ضد النوع

Definition of Gender Based Violence

هي أي تهديد أو ضرر فعلي موجه ضد النساء والفتيات أو الرجال والصبيان كتعبير عن القوة التفاضلية سواء كان من ذكور ضد

إناث أو من إناث ضد ذكور أو بين أفراد من نفس الجنس (any threatened or actual harmful act targeted at women and girls or men and boys as an expression of differential power) ويشمل: - الشفوي، النفسي، الجنسي، الاقتصادي، العاطفي أو خليط بين كل ذلك، لكنها تؤثر على النساء بصفة خاصة وهي جرائم عادة ترتكب ضد المرأة بالرغم من تأثر الرجال والصبيان أيضا، وهي تمثل الآن إحدى إفرازات الجرب الدائرة في دارفور، وبالتالي تحتاج لعناية خاصة من قبل الدولة.

أولاً: تعريف النوع *DEFINITION OF GENDER*

تشير كلمة النوع الى تلك الخصائص والادوار الاجتماعية للرجل والمرأة والتي تقوم على أساس اجتماعي (Gender refers to those characteristics and roles of women and men that are socially/ constructed)

ويعتبر مفهوم "النوع" أداة تحليلية مهمة في عمليات التخطيط، والإدارة، والمراقبة والرصد، وفي تقويم البرامج التنموية، والمشاريع، وهذا يقضي بضرورة النظر إلى المرأة في علاقتها بالرجل في الوسط الاجتماعي، والثقافي المعين، وليس باعتبارها وحدة منفصلة. هذا وقد وضع "قضايا النوع" في مقابل "قضايا المرأة" مع أنها قضايا تخص المرأة والرجل معاً.

ثانياً: أشكال جرائم العنف ضد النوع:

Forms of Gender Based Violence

تعددت أشكال جرائم العنف ضد النوع واختلفت الأنظمة في تقسيمها ولكن أهمها يتمثل في:

1. العنف البدني ويشمل: الاغتصاب، الاعتداء، القتل، التعويق، التّقطيع، التشويه، الختان.

PHYSICAL; Rape, Assault, Killing, Maiming, Dismembering, Disfiguring, FGM.

٢. العنف الاقتصادي ويشمل: الإغراء، التهريب، العبودية، الرق، الإهمال، المصادرة، التخريب، العزلة.

ECONOMIC; Enticement, Trafficking, Servitude, Slavery, Neglect, Confiscation, Vandalism, Desertion.

٣. العنف النفسي ويشمل: الإهانات، الإذلال، التخويف، الحجز، تقييد الحركة، الصمت.

PSYCHOLOGICAL; Insults, Humiliation, Intimidation, Confinement, Immobilization, silence.

٤. العنف الناتج عن الموروث الثقافي ويشمل: الزواج الإجباري، الزواج المبكر، الاختطاف، التمييز، القتل دفاعاً عن الشرف أو الاعتداء، الموروث الشعبي و القصص.

CULTURAL; Forced Marriage, Early Marriage, Abduction, Widow Inheritance, Discrimination, Honour Killing or Assault, Derogatory Folk Lore---sagas, stories.

ويعتبر العنف البدني من اخطر الصور حيث شغل الرأي العالمي لا سيما جرائم الاغتصاب.

ثالثاً: العنف ضد المرأة:

هو سلوك أو فعل موجه إلى المرأة يقوم على القوة والشدة والإكراه، ويتسم بدرجات متفاوتة من التمييز والإضطهاد والقهر والعدوانية، ناجم عن علاقات القوة غير المتكافئة بين الرجل والمرأة في المجتمع والأسرة على السواء، والذي يتخذ أشكالاً نفسية وجسدية متنوعة في الأضرار. ويتنوع العنف ضد المرأة بين ما هو فردي (العنف الفردي) ويتجسد بالإيذاء المباشر وغير المباشر للمرأة باليد أو اللسان أو الفعل أياً كان، وبين

ما هو جماعي (العنف الجمعي) الذي تقوم به مجموعة بشرية بسبب عرقي أو طائفي أو ثقافي والذي يأخذ صفة التحقير أو الإقصاء أو التصفيات، وبين ما هو رسمي (عنف السلطة) والذي يتجسد بالعنف السياسي ضد المعارضة وعموم فئات المجتمع.

إنَّ العنف على تنوع أشكاله كالعنف الشخصي والمنزلي وعنف العادات والتقاليد الخاطئة وعنف السلطة وعنف الحروب، يتطلب تشريعات قانونية وثقافة مجتمعية تحول دون استمراره لضمان تطور المجتمع بما في ذلك الحق في اللجوء لسبل الإنصاف والتعويض القانوني، والحصول على التعليم والرعاية الصحية، والحماية من الدولة ومؤسسات المجتمع المدني.

رابعاً: العنف باعتباره وسيلة:

يُتخذ العنف، أحياناً، وسيلة لإخضاع المرأة لتحقيق أغراض فردية أو جماعية شخصية أو رسمية، والواقع يُشير إلى تعرض كثير من النساء لصور محددة من العنف بسبب هويتهم الجنسية أو بسبب أصلهن العرقي والطائفي أو مستواهن الثقافي والإقتصادي أو انتمائهن الفكري والسياسي، وخلال الحروب والصراعات المسلحة كثيراً ما يُستخدم العنف ضد المرأة باعتباره سلاحاً في الحرب بهدف تجريد المرأة من آدميتها واضطهاد الطائفة أو الطبقة أو الدولة التي تنتمي إليها، أما النساء اللاتي ينزحن عن ديارهن فراراً من العنف أو الصراع أو يرحلن بحثاً عن أمان وحياة أفضل فكثيراً ما يجدن أنفسهن عرضة لخطر الاعتداء أو الاستغلال بلا أدنى رحمة أو حماية⁽²⁾.

خامساً: أسباب العنف ضد المرأة:

يمكن إرجاع العنف إلى الأسباب التالية:

١ - النظرة القيمية الخاطئة والتي لا ترى أهلية حقيقية وكاملة للمرأة كإنسانة كاملة إنسانية حقاً وواجباً.. وهذا ما يؤسس لحياة تقوم على التهميش والاحتقار للمرأة.

(2) حسين درويش العادلي، العنف ضد المرأة الأسباب والنتائج، مقال منشور بمجلة النبأ، العدد ٧٨، ٢٠٠٥ م.

- ٢- التخلف الثقافي العام وما يفرزه من جهل بمكونات الحضارة والتطور البشري الواجب أن ينهض على أكتاف المرأة والرجل على حد سواء ضمن معادلة التكامل بينهما لصنع الحياة الهادفة والمتقدمة.
- ٣- التوظيف السيء للسلطة سواء كان ذلك داخل الأسرة أو الطبقة الاجتماعية أو الدولة، إذ يقوم على التعالي والسحق لحقوق الأضعف داخل هذه الأطر المجتمعية.
- ٤- انتشار التقاليد والعادات الاجتماعية الخاطئة التي تحول دون تنامي دور المرأة وإبداعها لإلتحاقها بمقومات النهضة.
- ٥- ضعف المرأة نفسها في المطالبة بحقوقها الإنسانية والوطنية والعمل لتفعيل وتنامي دورها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي.
- ٦- الاستبداد السياسي المانع من تطور المجتمع ككل والذي يقف حجر عثرة أمام البناء العصري للدولة والسلطة.
- ٧- انتفاء الديمقراطية بما تعنيه من حكم القانون والمؤسسات والتعددية واحترام وقبول الآخر، باعتباره ثقافة وآلية تحكم المجتمع والدولة بحيث تكون قادرة على احترام مواطنيها وتنميتهم وحمايتهم.
- ٨- ثقل الأزمات الاقتصادية الخائفة وما تفرزه من عنف عام بسبب التضخم والفقر البطالة والحاجة، ويحتل العامل الاقتصادي ٤٥٪ من حالات العنف ضد المرأة.
- ٩- تداعيات الحروب الكارثية وما تخلقه من ثقافة للعنف وشيوع للقتل وتجاوز لحقوق الإنسان، وبما تفرزه من نتائج مدمرة للاقتصاد والأمن والتماسك والسلام الاجتماعي.
- ١٠- الآثار السلبية للتدهور التعليمي والتربوي والصحي والبيئي الذي يشل نمو وتطور المجتمع بكافة شرائحه.
- ويعتقد البعض أن العنف ضد النساء تميز به أهل الشرق، بينما في حقيقة الأمر أن الغرب والشرق يشتركان في هذه الظاهرة، حيث تشير الأرقام إلى أن حوادث الاعتداء والقتل والاستغلال آخذة في التصاعد في

المجتمعات الغربية، وقد ذكرت مجلة "الكوزموبوليتن" أن بريطانيا تشهد حالات العنف الأسري كل ٦ ثوان، وتشكل جرائم العنف الأسري ما يقارب ٢٥٪ من جرائم العنف عموماً، والملفت للانتباه أن العنف لا يمارس فقط في الطبقات الفقيرة أو الفئات غير المتعلمة، فحتى الأغنياء والمتعلمون هم أيضاً يمارسون العنف ضد المرأة.

وفي دراسة قامت بها مؤسسة الطب الشرعي الفرنسية وامتدت إلى سبع سنوات تبين أن الشريك كان متهماً في ٥١ بالمائة من جرائم القتل التي طالت النساء⁽³⁾، ويكفي هنا الرجوع إلى بعض الإحصائيات التي يبقى القارئ أمامها مندهشاً حيث تقدم لنا شهرية العالم الدبلوماسي "المعطيات المفجعة التالية"⁽⁴⁾: تقتل في ألمانيا ثلاث نساء خلال كل أربعة أيام، وفي إنكلترا امرأة في كل ثلاثة أيام، وفي فرنسا امرأة كل خمسة أيام أي بمعدل ست نساء في الشهر، وفي إسبانيا يقصف العنف الأسري بامرأة كل أربعة أيام، وان ٣٠٪ من النساء الأمريكيات يتعرضن للعنف الجسدي من قبل أزواجهن، و ٩٥٪ من ضحايا العنف في فرنسا من النساء، و ٨٠ نساء من عشر ضحايا العنف في الهند.

ويخلص تقرير منظمة العفو الدولية إلى أن "معركة اليوم هي وضع حد للعنف ضد المرأة" إذ أن نسبة ضحايا العنف العائلي في أوروبا هي ستمائة امرأة يقضين نحبهن سنوياً من جراء هذه الآفة أي بمعدل امرأتين في اليوم، والملفت للانتباه أن العنف الأسري لا يميز فئة أو طبقة دون أخرى إذ أن المعتدري حسب الدراسات الفرنسية مثلاً غالباً ما يكون ذكراً ذو مستوى تعليمي جامعي ويتمتع بمكانة اجتماعية محترمة ومرموقة، فمن خلال البحث في هذه القضايا تبين أن ٧٦٪ من المعتدين هم من المتعلمين وأن ٢٥٪ منهم يعملون في مجال الصحة والبقية في سلك الأمن.

(3) دومنيك لوكونت، جرائم قتل النساء، معهد الطب الشرعي، باريس، ٢٠٠١م.

(4) قناسيو غاموني، عنف ذكوري، العالم الدبلوماسي، أكتوبر، ٢٠٠٤م.

أما في بلدان العالم الثالث فقد أبرزت الدراسات الميدانية أن ٣٣٪ من نساء تونس، و٣٤٪ من المصريات، و٥٤٪ من الفلسطينيات يتعرضن إلى العنف الأسري⁽⁵⁾، كما أبلغت لجنة حقوق الإنسان في باكستان أن أكثر من ألف امرأة ذهبن ضحايا "جرائم الشرف" في البلاد في عام ١٩٩٩م، وفي بنغلادش تصل نسبة النساء اللواتي يقتلن على أيدي أزواجهن إلى ٥٠٪ من مجموع حوادث القتل، وان ٤٧٪ من النساء يتعرضن للضرب في الأردن بصورة دائمة، و٥٢٪ من النساء الفلسطينيات تعرضن للضرب على الأقل مرة واحدة في العام ٢٠٠٠⁽⁶⁾.

هذا وعندما نتحدث عن العنف ضد المرأة بدارفور يتبادر الى ذهن القارئ مسألة الاغتصاب حيث تعمدت أجهزة الاعلام العالمية اختزال كافة صور العنف في الاغتصاب، وبالتالي لابد من تناول هذه الجريمة ومدى انتشارها كظاهرة ووسيلة في الحرب الدائرة في هذا الاقليم. سادساً: جريمة الاغتصاب والعنف الجنسي:

يعتبر الاغتصاب إنتهاكاً للسلامة الجسدية وشرف الضحية وإعتداءً خطيراً يصيب حرمتها العامة، ويعد من اخطر الجرائم فى جميع دول العالم لما ينجم عنه من اذى جسدى ونفسى مستمرين؛ إضافة الى ان ضحايا الاغتصاب غالباً ما يعاقبون إجتماعياً عن هذه الجريمة المرتكبة فى حقهم، وقد برزت خطورة هذه الجريمة بشكل كبير بعد إستخدامها فى النزاع المسلح فى يوغسلافيا السابقة كوسيلة من وسائل التطهر العرقى⁽⁷⁾.

(5) حورية كبايزة، فتيات وفتيان الضواحي، المنشورات الجامعية الفرنسية، باريس، ٢٠٠٣م، نساء سورية.

(6) مقال منشور على مجلة بشرى، العدد ٧٧، آذار ٢٠٠٣م.

(7) لقد سجلت لجنة متابعة التحقيق فى مشكلة المنغصبات التى شكلتها الحكومة البوسنية ستين الف حالة إغتصاب من النساء و الفتيات البوسنيات وفى بعض الحالات سجلت إجبار الآباء على مشاهدة إغتصاب بناتهم وزوجاتهم لتبقى صورة بشعة فى ذاكرتهم وكان الاغتصاب يتم فى اكثر الاحيان بشكل جماعى وفق عملية مخطط لها تبنها قيادة الصرب.

لقد نصت الفقرة (١/ز) من المادة (٧) من النظام الاساسى للمحكمة الجنائية الدولية على جريمة الإغتصاب وإعتبرت ان فعل الاغتصاب او الاستعباد الجنسى ، او الإكراه على البغاء ، او الحمل القسرى ، او التعقيم القسرى ، او اى شكل من أشكال العنف الجنسى على مثل هذه الدرجة من الخطورة يشكل جريمة ضد الانسانية بموجب هذا النظام الاساسى.

ولا يجوز تفسير هذا التعريف على نحو يمس القوانين الوطنية المتعلقة بالحمل وبالتالي يشترط لحدوث جريمة الاغتصاب تحقق الشروط التالية :

- ١- ان يعتدى المتهم على جسد امرأة وذلك بان يأتى سلوكاً ينشأ عنه إيلاج عضو جنسى فى اى جزء من جسد الضحية ، او ينشأ عنه إيلاج اى جسم او اى عضو آخر من الجسد فى شرج الضحية او فتحة جهازها التناسلى مهما كان ذلك الإيلاج طفيفاً .
- ٢- ان يرتكب الإعتداء بالقوة او التهديد باستخدام القوة او الإكراه كأن ينشأ عنه خوف الشخص المعني او شخص آخر من التعرض لاعمال

= ومن الامثلة الصارخة للإغتصاب ما يروى عن احد المعسكرات الذى يسمى معسكر (ترنوفو) بالقرب من مدينة (بنيا لوكا) احتجزت فيه اكثر من خمس وعشرين الف مسلمة تتراوح اعمارهن ما بين الرابعة عشرة والخامسة والعشرين حيث كان الصرب يدفعون لمن يقوم باغتصاب المسلمات مائة مارك لكل حالة وعندما تحمل المرأة سفاحا توضع تحت المرتبة الدقيقة لمدة ستة اشهر حتى لا تتمكن من إسقاط الحمل قبل هذه المدة ، وقد ولد اكثر من اثنى عشر الف طفل سفاحاً ، وقد تناقلت وكالات الانباء والصحافة العالمية ما ذكره قائد الشرطة الصربية الجنرال (سيمادى لى رايكا) فى مؤتمر صحفى فى مطلع فبراير ١٩٩٣م قوله ان قيام الجنود والسكان من الصرب بعمليات اغتصاب الفتيات والنساء المسلمات ليس بسبب جمالهن الزائد؛ بل ان ذلك يتم لاغراض إستراتيجية تتعلق بالمهمة التاريخية التى تحملها لاجبار المسلمين على مغادرة البلاد وتنظيفها منهم تماماً.

- راجع المزيد من التفاصيل : الطيار على بن عبد الرحمن ، إنتهاكات حقوق الانسان فى البوسنة والشيشان ، مكتبة النوبة ، الرياض ، السعودية ، طبعة ١٤٢٢هـ ، ص ١٣٩ .

عنف او إكراه او إعتقال او إضطهاد نفسى او الإساءة بإستعمال السلطة او بإستغلال بيثة قسرية او عجز الشخص عن التعبير حقيقة عن الرضا.

٣- ان يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق او منهجى موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين.

٤- ان يعلم المتهم ان التصرف جزء من هجوم واسع النطاق او منهجى موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين (8).

لقد كرم الاسلام المرأة وكفل لها الحماية من اى فعل ينال من كرامتها او شرفها واوصى بالرحمة بها وخاصة المرأة الحامل والمرضع سواء كانت مسلمة او غير مسلمة ومما يدل على ذلك ان الله سبحانه وتعالى انزل سورة فى القرآن الكريم وهى سورة النساء قال تعالى فيها: (فأنكحوهن بإذن أهلهن وأتوهن اجورهن بالمعروف محصنت غير مسفحت ولا متخذات إخدان) (9)، كما قال تعالى: (ولا تقرّبوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) (10).

كما يحرص الاسلام على جمع شمل الاسر، حيث ذهب الفقهاء الى عدم جواز التفريق بين الام وولدها، او بين الوالد وولده او بين الولد وجده او جدته ولا بين الاخوين او الاختين ولا بين كل ذى رحم كالعمة وابن اخيها والحالة مع ابن اختها (11).

وان كانت القوانين فى الدول الاوروبية قد ألغت جريمة الزنا والجنس واهتمت بجرائم الإغتصاب او الإستعباد الجنسي او الاكراه على البغاء او الحمل القسري او اى شكل من أشكال العنف الجنسي على المرأة

(8) عبد الواحد عثمان اسماعيل، الجرائم ضد الانسانية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، جامعة تاييف العربية للعلوم الامنية، ٢٠٠٦م، ص ٥٠.

(9) سورة النساء، الاية (٢٥).

(10) سورة الاسراء، الاية (٣٢).

(11) محمود عبد الغنى عبد الحميد، الندوة العلمية حول حقوق الانسان بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ص ٢٥.

التي إعتبرتها الفقرة (١/ز) من المادة (٧) من النظام الاساسى للمحكمة الجنائية الدولية جريمة ضد الانسانية، فقد حرمت الشريعة الاسلامية كل ما يتعلق بالمساس بالمرأة وشرفها ابتداءً من الزنا الذى اشارت إليه الآيات الكريمة السابقة ثم البغاء الذى ورد بالمادة (٧) اذ قال الله تعالى: (ولا تکرهوا فتيتمکم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا)^(١٢)، ولعل الاهتمام بشرف المرأة لما له من أثر كبير فى البناء الاجتماعى و الاسرى هو الذى جعل الشريعة الاسلامية تغلظ عقوبة الزنا التى تصل الى حد الاعدام رجماً وهذا ما لا نجد في القوانين العصرية.

سابعاً: الاغتصاب فى دارفور:

كثر الحديث عن جرائم الاغتصاب فى دارفور عبر وسائل الاعلام العالمية إبان الحرب الاهلية الدائرة الان باعتباره إحدى اليات العمل السياسى فى مواجهة حكومة الخرطوم، حيث اتهمت مجموعة الازمات الدولية كل من حكومة السودان والمليشيات بإختطاف ستة عشر طالبة بمنطقة طويلة بولاية شمال دارفور، كما افادت منظمة مرصد حقوق الانسان الامريكية فى تقريرها الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٧م انه تم إغتصاب وممارسة العنف الجنسى مع ثلاثة وتسعين فتاة بمنطقة طويلة ولم يذكر الاتهام اسماء المجرى عليهن، وقد ورد فى تقرير المنظمة ان الإغتصاب والعنف الجنسى ارتكبه افراد من القوات المسلحة وبعض المليشيات كما ورد الاتهام فى تقارير منظمة العفو الدولية، كما اثارَت لجنة محامى دارفور نفس الاتهام غير انها لم تحدد عدد ولم تذكر أسماء^(١٣).

اثر هذه الاتهامات المتكررة شكلت الحكومة لجنة تحقيق وطنية لتقصي الحقائق، حيث زارت اللجنة الوطنية منطقة طويلة بتاريخ

(١٢) سورة النور، الآية (٢٣).

(١٣) راجع تقرير اللجنة الوطنية لتقصي الحقائق حول الادعاءات بانتهاكات حقوق الانسان فى دارفور، ٢٠٠٧م، ص ٧.

٢٠٠٤/٩/١٣ م واستمعت الى عدد كبير من الشهود، اكد هؤلاء الشهود، من بينهم الضابط الادارى ورئيس قسم الشرطة، انه بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٢٨ تم اغتصاب عدد من النساء بمنطقة طويلة فطلبت اللجنة حضور جميع النساء اللاتي تعرضن للإغتصاب او العنف الجنسى للمثول امامها لاختلاف افادتهن فمثل امام اللجنة اربع نساء، كما استجوبت اللجنة بعض النساء واستعانت بالطبيب والذي افاد بعد اجراء الكشف ان هنالك مؤشرات لممارسات جنسية مع المذكورات.

بناءً على ذلك شكلت وزارة العدل السودانية ثلاث لجان كل لجنة مكونة من قاضية ومستشارة قانونية وضابطة شرطة للتحري والتحقق فى جرائم الاغتصاب، وقد حققت هذه اللجان وتوصلت للنتائج التالية :-

١- مفهوم الاغتصاب لدى بعض النساء بدارفور يعنى اخراجهن من ديارهن عنوة وبالقوة والتعامل معهن بشدة وقوة وضربهن، وقد اتضح ذلك من افادات النازحات بالمعسكرات.

٢- ان بلاغات الإغتصاب بلاغات تتم بصورة فردية وليست نتيجة لعمليات جماعية.

٣- ان معظم بلاغات الإغتصاب مسجلة ضد مجهول.

٤- جميع بلاغات الإغتصاب تحدث خارج المعسكرات.

٥- عند زيارة بعض المعسكرات اتضح ان جرائم الإغتصاب ادعاءات وأشاعات وان جميع النساء فى المعسكرات سمعن بها مجرد سماع.

استعرضت اللجنة الوطنية (القضائية) تقرير منظمة العفو الدولية بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٨ م بشأن جرائم الإغتصاب فى دارفور نسب الى بعض اللاجئات السودانيات التقت بهن المنظمة فى تشاد حيث خلصت الى ان الافادات التى وردت بالتقرير كانت سماعية.

وبما ان الاغتصاب باعتباره جريمة ضد الانسانية حسب معايير القانون الدولي كما ورد فى المادة السابعة من النظام الاساسي لمحكمة الجنايات الدولية لا يتطلب فقط عنصر إيلاج الذكر فى فرج او دبر المرأة

فحسب؛ بل لا بد ان يتم ذلك بالاكراه وأن يتم الاعتداء الجنسي بالقوة وهذه هي ذات عناصر جريمة الإغتصاب وفق المادة (١٤٩) من القانون الجنائي السوداني غير ان ما يميزه كجريمة ضد الانسانية ان ترتكب هذه الافعال بطريقة واسعة بقصد الإذلال ويتم ذلك بعلم من يرتكب هذه الجريمة.

إذاً يتضح من خلال ما ذكر ان الافادات التي وردت امام اللجنة في احداث طويلة بشمال دارفور ونتائج التحقيق لا تبين دليلاً ان جرائم الإغتصاب تمت بطريقة واسعة وبتخطيط من مجموعة محددة ضد مجموعة اخرى، وقد اثبت التحقيق ان هنالك جرائم إغتصاب وقعت في ولايات دارفور ولكن ليس بالصورة والعدد الذي اشاعته اجهزة الاعلام والمنظمات التي كتبت في هذا الشأن، وبالتالي قررت اللجنة ان جرائم الإغتصاب التي ارتكبت يمكن محاكمتها امام القضاء المختص بالسودان وانها لا تشكل جرائم ضد الانسانية وفقاً لما ورد في تعريف جريمة الإغتصاب في النظام الاساسي لمحكمة الجنايات الدولية.

وعند الوقوف على الاحصائيات المسجلة بمضابط وحدة حماية الأسرة والطفل بولاية جنوب دارفور يمكن ان نشير الى الحقائق الاتية:

فقد سجلت الشرطة في العام ٢٠٠٣م ٢٨ بلاغ اغتصاب، وفي العام ٢٠٠٤م ٣٩ بلاغاً، و٥٩ بلاغ في العام ٢٠٠٥م، بينما سجلت ٤٩ بلاغاً في العام ٢٠٠٦م، و٤٢ بلاغ في العام ٢٠٠٨م، و٢٦ بلاغ في النصف الاول من العام ٢٠١٠م⁽¹⁴⁾.

اما بالاطلاع على التقرير الجنائي لشرطة ولاية جنوب دارفور للعامين ٢٠٠٩م و٢٠١٠م يمكن ان نستخلص الاتي:

(14) تقارير اللجنة الولائية لمحاربة العنف ضد المرأة، ولاية جنوب دارفور، الفترة من

٢٠٠٥م - ٢٠٠٨م.

- كذلك تقرير حكومة ولاية جنوب دارفور المقدم لمجلس حقوق الانسان بجنيف عن حالة العنف ضد المرأة، في ٢٥/١/٢٠٠٧م.

بلغ عدد جرائم الاغتصاب المبلغ عنها في كافة اقسام الشرطة بالولاية في العام ٢٠٠٩م ٧٣ بلاغا، منها ٣٧ بلاغ بمدينة نيالا و ٤ بلاغا في كل من محلية الضعين، برام، كاس، بليل والوحدة. اما في النصف الاول من العام ٢٠١٠م كان عدد الجرائم المبلغ عنها ٥٥ بلاغا منها ٢٦ بلاغ بمدينة نيالا، و ١٣ بلاغ بمدينة الضعين، أما بقية المحليات والمدن لم يتجاوز عدد البلاغات بين واحد الى اربعة بلاغات⁽¹⁵⁾.

اذا من خلال هذه الاحصائيات يمكن ان نقول ان الاعلام العالمي قد لعب دورا خبيثا في تضخيم حجم الظاهرة، وبرجوعنا لمحاضر البلاغات نجد ان هذه الجريمة لا تعدو ان تكون فردية وترتكب في نطاق ضيق، وتحليل هذه الاحصائيات نلاحظ ان معظمها تم ارتكابها داخل المدن الكبيرة وليست في مناطق النزاعات، ولكن بالرغم من وضوح هذه الحقيقة نجد ان المنظمات العاملة في اقاليم دارفور تعمدت في تسليط الضوء عليها بشكل صرفت به انظار العالم عن المشكلة الحقيقية، بل هنالك بعض المنظمات تورطت في اعداد وتنفيذ سيناريوهات كاذبة تصور ارتكاب بعض المليشيات لجرائم اغتصاب بشكل جماعي وكان القصد من وراء ذلك لفت نظر المجتمع الدولي الى حجم المشكلة واستجلاب مزيدا من الدعم وهناك من لها اجنדה اخرى واتخذت من هذه الظاهرة وسيلة لتصفية حساباتها مع حكومة الخرطوم.

المبحث الثاني

التصدي للعنف ضد المرأة واهم المؤسسات المساهمة في مكافحته

إن محاربة العنف، باعتباره حالة إنسانية وظاهرة اجتماعية، عملية متكاملة تتأزر فيها أنظمة التشريع القانوني والحماية القضائية والثقافة الاجتماعية النوعية والنمو الاقتصادي والاستقرار السياسي الديمقراطي، فعلى أجهزة الدولة والمجتمع المدني بمؤسساته الفاعلة العمل المتكامل لاستئصال العنف من خلال المشاريع التحديثية الفكرية والتربوية السياسية.

(15) راجع التقرير الجنائي لشرطة ولاية جنوب دارفور للعامين ٢٠٠٩م، ٢٠١٠م.

والاقتصادية، وهنا يجب إيجاد وحدة تصور موضوعي متقدم لوضع المرأة الإنساني والوطني، والعمل لضمان سيادة الاختيارات الإيجابية للمرأة في أدوارها الحياتية، وتنمية المكتسبات النوعية التي تكتسبها المرأة في ميادين الحياة وبالذات التعليمية والتربوية.

كما أن للتوعية النسوية دور جوهري في التصدي للعنف، إذ لا بد من معرفة المرأة لحقوقها الإنسانية والوطنية وكيفية الدفاع عنها وعدم التسامح والتهاون والسكوت على سلب هذه الحقوق، وصناعة كيان واع ومستقل لوجودها الإنساني وشخصيتها المعنوية، وعلى فاعليات المجتمع النسوي مسؤولية إبداع مؤسسات مدنية جادة وهادفة للدفاع عن المرأة وصيانة وجودها وحقوقها.

كما أن للنُخب الدينية والفكرية والسياسية الواعية أهمية حاسمة في صناعة حياة تقوم على قيم التسامح والأمن والسلام، وفي هذا الإطار يجب التنديد العلني بالعنف الذي تتعرض له المرأة والإصغاء للنساء والوقوف معهنّ لنيل حقوقهنّ، ويجب أيضاً مواجهة المسؤولين إذا ما تقاعسوا عن منع أعمال العنف ضد المرأة ومعاقبة مرتكبيها وإنصاف ضحاياها، ورفض الأفكار والتقاليد التي تحط من شأن المرأة وتنتقص من آدميتها ودورها ووظيفتها.

وأيضاً لا مِناص من العمل على توافر البنى التحتية لنمو المرأة وتطويرها الذاتي كقيام المؤسسات التعليمية والتثقيفية والتأهيلية الحديثة التي تساعد على شرح وتبسيط الموضوعات سواء كانت موضوعات تربوية أو صحية أو اجتماعية أو سياسية لضمان تقدمها السريع.

كما لا بد من فاعلية نسوية صوب تشكيل مؤسسات مدنية لحفظ كيانها الإنساني والوطني، ولا بد وأن تقوم هذه المؤسسات على العمل الجمعي والمعتمد على نتائج البحث العلمي وعلى الدراسات الميدانية حتى تتمكن الجمعيات والمؤسسات النسوية من الانخراط الواقعي في بودقة المجتمع المدني الحارس للديمقراطية وحقوق الإنسان.

وللإعلام دور كبير في صناعة ثقافة متطورة تجاه المرأة لابرار رسالتها ودورها الوطني، وعليه يقع مسؤولية مضاعفة لخلق ثقافة الرفق والرحمة في العلاقات الإنسانية الخاصة والعامة، فعلى وسائل الإعلام المتنوعة اعتماد سياسة بناء تجاه المرأة وإقصائية لثقافة العنف الممارس ضدها، فعلى سبيل المثال يجب الابتعاد عن الصورة النمطية المعطاة للمرأة إعلامياً بأنها ذات عقلية دونية أو كيدية تأمرية أو قشرية غير جادة، كما يتطلب الأمر الابتعاد عن البرامج الإعلامية التي تتعامل محتوياتها مع حل المشاكل الإنسانية والخلافات العائلية بالعنف والقسوة والقوة، والتركيز على حل المسائل الخلافية داخل المحيط الإنساني والأسري بالتفاهم والمنطق والأسلوب العلمي والأخلاقي الرفيع.

وفي هذا الاطار سوف نتناول أهم المؤسسات التي لها دور فعال في مكافحة هذه الظاهرة وهي:

أولاً: نيابة الأسرة والطفل:

تم تأسيس نيابة الأسرة والطفل في نوفمبر ٢٠٠٨م بالإدارة القانونية لولاية جنوب دارفور وتبعها نيابات مماثلة في شمال وغرب دارفور كنيابة متخصصة لتقوم بالإشراف على التحري في جرائم العنف ضد المرأة وتمثيل الاتهام أمام المحاكم، وفي هذا الاطار ساهمت بالتنسيق مع بعض وكالات الامم المتحدة في قيام دورات وورش عمل عن هذه الظاهرة، كما تساهم بفاعلية في الاجتماعات التنسيقية المشتركة بين المنظمات المعنية بهذا الأمر والحكومة فيما يتعلق بعدالة الأطفال.

ثانياً: وحدة حماية الأسرة والطفل:

تم إنشاء وحدة حماية الأسرة والطفل في ١٦/١٠/٢٠٠٦م كجهاز متخصص يضم بداخله الشرطة والنيابة والمحكمة والباحثين النفسيين والاجتماعيين يهدف إلى مكافحة كافة أنواع العنف على الصعيدين الجنسي والنوعي، ومتابعة الإجراءات الجنائية والقضائية، هذا قد تم

تدريب نفر من الشرطة النسائية في كيفية التعامل مع هذه الظاهرة، وبذلك تمثل الوحدة فريق استجابة سريعة لحالات العنف ضد المرأة.
ثالثاً: اللجنة الولائية لمكافحة العنف ضد المرأة:

تم تشكيل اللجنة الولائية المشتركة بين وكالات الامم المتحدة والمنظمات غير الحكومية من جانب والوحدات الحكومية ذات الصلة من جانب، وذلك تفاعلياً لتضارب التقارير الصادرة من هذه المنظمات مع التقارير المسجلة في مؤسسات الدولة كسجلات الشرطة والنيابة والمستشفيات، حيث هنالك فارق كبير في ارقام الحالات بين تلك التي مدونة في تقارير مؤسسات الدولة وارقام الحالات المدونة في تقارير المنظمات والتي تمثل تحد كبير للحكومة، وبالتالي جاءت تشكيل هذه اللجنة لتوحد الرؤى بين الجانبين، وقد حققت اللجنة هدفها بحيث تمثل الجسم التنسيقي بين كافة المؤسسات العاملة في هذا المجال وتعتبر القالب الذي تصب فيه هذه الجهود، ولذلك بعد العمل المشترك الذي تم، أصبحت ارقام حالات الاعتداء متقاربة ان لم تكن متطابقة.
مهام واختصاصات لجنة مكافحة العنف ضد المرأة:

- ١- وضع السياسات والاستراتيجيات الولائية الخاصة بمكافحة العنف ضد المرأة والطفل.
- ٢- وضع الخطط الولائية لمكافحة الظاهرة بالتنسيق مع الوزارات والمؤسسات الحكومية العاملة في مجال مكافحة العنف ضد المرأة والطفل.
- ٣- إجراء الدراسات والبحوث الميدانية لتحديد مفهوم الظاهرة وأنواعها وحجمها في الولاية.
- ٤- متابعة التنفيذ والتقييم للخطط المجازة على المستوى القومي والولائي.
- ٥- العمل مع الجهات المختصة لتفعيل القوانين الخاصة بمكافحة العنف ضد المرأة والطفل بما في ذلك التوصية بالتعديلات اللازمة أو إصدار قوانين داعمة لمكافحة الظاهرة.

٦- العمل مع منظمات المجتمع المدني والمنظمات الطوعية المحلية والإقليمية والدولية لتغيير المفاهيم والتوعية المجتمعية لمكافحة ظاهرة العنف.

٧- إنشاء قاعدة معلومات لظاهرة العنف ضد المرأة والطفل.

٨- تشبيك اللجنة مع الوحدة القومية لمكافحة العنف ضد المرأة بوزارة العدل والمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والوزارات والمؤسسات الحكومية الاتحادية ومنظمات المجتمع المدني ومنظمات الأمم المتحدة والوحدات المماثلة إقليمياً ودولياً.

٩- كتابة تقارير دورية عن وضع ظاهرة العنف ضد المرأة والطفل في الولاية.

١٠- العمل مع أجهزة الإعلام المختلفة لأجل التوعية والتغيير المجتمعي لمكافحة الظاهرة.

١١- التنسيق مع المؤسسات الدينية والعلماء.

١٢- الاهتمام بالتدريب المتخصص لجميع الفئات العاملة في مجال مكافحة العنف ضد المرأة والطفل.

وتعمل النيابة بالتعاون مع هذه المؤسسات على وضع السياسات الخاصة بمكافحة العنف وعمل البحوث والدراسات حول حجم الظاهرة وأسبابها وأنواعها في ولاية جنوب دار فور، وتنفيذ الخطط والسياسات القومية على مستوى المجتمعات المحلية لتغيير المفاهيم الخاصة بالعادات والممارسات الضارة بالمرأة والطفل لمكافحة هذه الظاهرة، هذا بجانب سلطتها التقليدية في التحري والإشراف على سيره وتقديم المتهم للمحاكمة وتمثيل الادعاء أمام المحكمة والظعن أمام المحاكم الأعلى ومتابعة تنفيذ الأحكام.

المبحث الثالث

التحقيق في جرائم العنف ضد المرأة

التحقيق هو مجموعة الإجراءات المتعلقة بالدعوى الجنائية التي تقوم بها النيابة، وتشمل كافة الإجراءات التي تتخذ في الدعوى الجنائية من إثبات لأقوال المبلغ، المجنى عليه، شهود الاتهام، عرض المجنى عليه للطبيب، التفتيش، استجواب المتهم، وما يتخذ في مواجهته من إجراءات الإحضار أو القبض والحبس وغيرها من الإجراءات الخاصة بكل حالة.

ولان جرائم العنف ضد المرأة من الجرائم التي شغلت الرأي العام في دار فور فيجب التحقيق فيها على الوجه اللائق، ومن ثم جرت العادة ان يتم تقسيم عمل التحري فيها لثلاثة محاور هي: المجنى عليها - المتهم - مسرح الجريمة.

١- المجنى عليها:

أولاً: تعرض إلى الطبيب أو أي شخص مؤهل طبياً في مؤسسة طبية لإجراء الفحص الطبي، ويجب أن يحرر الطبيب تقريراً مكتوباً وربما يوفر بعض الأدلة الجنائية العملية للضابط المتولي التحقيق بناء على طلب الضحية أو بالنيابة عنها، وذلك دون الاستيفاء لمتطلبات الاورنيك الجنائي رقم (٨) مع الالتزام بالسرية التامة والتقيّد بالأعراف المهنية.

ثانياً: تقديم العلاج النفسي وذلك تفرغاً للشحنات العصبية والانفعالية والعدائية التي نشأت نتيجة لرد فعل العنف الذي حدث للضحية وإعادتها إلى الحالة من التوافق بحيث تكون أكثر فاعلية وذلك عن طريق عقد جلسات علاجية وإرشادية.

ثالثاً: تشجيع المجنى عليها لمتابعة إجراءات البلاغ أو الشكوى حسب

رغبتها.

٢- المتهم:

إذا تم التعرف على المتهم يجب إلقاء القبض عليه واستجوابه، إذا توافرت أدلة كافية يجب احتجاز المتهم وتقديمه للمحاكمة، وإذا لم يتم

التعرف عليه يجب إجراء التحريات فوراً في المنطقة المحلية اعتماداً على
أوصاف المتهمين وتحركات الضحية.

٣- مسرح الجريمة:

يجب تأمين مسرح الجريمة بمعرفة الشرطة، ولا يجب السماح لأي
شخص بدخول مسرح الجريمة بدون إذن، حيث يقوم فريق متخصص
بتصويره ورسمه توضيحياً.

كذلك يجب تحريزه أي مواد أو معروضات متعلقة بالقضية، كالملابس
والأسلحة وغيرها من الأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة.

المبحث الرابع

الاطار القانوني لاستمارة الشرطة الجنائية رقم (٨) ومراحل تطورها

درجت الشرطة في سعيها المتواصل في الكشف عن الجريمة وتوفير
الأدلة الثابتة في تصميم عدد من الإستمارات من بينها إستمارة الشرطة
الجنائية رقم (٨) وتسمى إستمارة الفحص الجنائي والتي جاءت بموجب
أحكام المواد ٤٩/٥٤ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ م.

أولاً: مهام إستمارة الفحص الجنائي رقم (٨) وأغراضها:

تمثل أهم مهام الأورنيك الجنائي رقم (٨) في الآتي:

١- تعتبر أحد الوسائل المتبعة للوصول إلى فحص دقيق عن حالات
الأذى أو الإعتداء وغيرها، ومن ثم فإن إستيفاء إجراءات ملء
الأورنيك ليست غاية في حد ذاتها بل وسيلة يمكن من خلالها فحص
حالات الأذى والتي يتم تحديدها في الأورنيك ومدى خطورتها.

وهنا يجب على الطبيب أو الخبير المعالج أن يقوم بإعداد تقرير
منفصل يحدد فيه نتيجة الفحص والأسباب ووصف الحالة، ومن ثم فإن
دور إستمارة الفحص الطبي تنتهي بإستلام الطبيب للضحية أو المجنى
عليها.

٢. تعتبر إستمارة الفحص الطبي أحد الأدلة ووسيلة من وسائل الإثبات تقدم في مرحلة التحريات أو إلى المحكمة فيما إذا لم يوجد تقرير طبي يوصف الحالة وإكتفى الطبيب بكتابة وصف الحالة في الإستمارة .
ثانياً: التطور الذي صاحب تطبيق الأورنيك رقم (٨) فيما يتعلق بجالات العنف ضد المرأة:

ساهم الأورنيك الجنائي رقم (٨) بصورة فعالة في الفحص المبكر عن حالات الأذى وبالتالي كان الإعتماد عليه بشكل أساسي في كل ما يتعلق بجرائم الأذى أو الجراح أو الإعتداء الجسماني، إلا أن الحرب الدائرة في دارفور أفرز واقعاً يصعب معه الإعتماد كلياً على إستمارة الفحص الطبي بشكله القديم فتم تعديله ليلبي مناشدات المجتمع الدولي بشأن القضاء على كافة أشكال العنف ضد المرأة وليتماشى مع الاحداث التي تقع يومياً، وتتمثل أهم نقاط هذا التطور في الآتي:

(أ) المنشور الجنائي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٤م وقواعد تطبيقه لسنة ٢٠٠٥م :-

أصدر وزير العدل في ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٤م المنشور الجنائي رقم (٢)

وفي أغسطس ٢٠٠٥م اصدر قواعد سميت بقواعد تطبيق المنشور الجنائي رقم (٢) وقد اهتمت هذه القواعد بمعالجة كافة الإجراءات المتبعة في الحالات التي تصنف من أشكال العنف ضد المرأة وأهم سمات هذه القواعد هي:

١- ألزمت كافة المراكز العلاجية بتقديم العلاج الفوري واللازم للمصابين بسبب العنف ضد المرأة، فقد وجهت السلطات الصحية إعطاء الضحايا بسبب العنف ضد المرأة الأولوية في الفحص الطبي والمعالجة على الحالات المرضية الأخرى.

٢- سمحت بتقديم الإسعاف والعلاج للضحايا دون إستيفاء لمتطلبات الأورنيك الجنائي رقم (٨) على أنه يجوز إستكمال إجراءات ملء الأورنيك بعد ذلك.

وهنا لا بد من الإشارة بأنه ليس هنالك الزام أساساً على الأطباء بالتقيد عند المعالجة أو الفحص بضرورة احضار الأورنيك الجنائي، ولكن الواقع يشير إلى خلاف ذلك هو تمسك الأطباء بضرورة احضار هذا الأورنيك من قسم الشرطة بصحبة المجنى عليه ومن ثم تتم الفحوصات، وذلك خشية من أن يطال الطبيب أية مساءلة قانونية إذا قام بالفحص وتقديم العلاج للمجنى عليه خاصة إذا كانت شبيهة في أن الإصابة كانت نتيجة لنشاط جنائي، ولذلك نعتقد أن تقديم العلاج وإسعاف المجنى عليه أولى من التقيد بالإجراءات الشكلية.

٣- إعتدت الأورنيك الجنائي وسيلة لإثبات الواقعة إذا أستوفت إجراءات مثلها، وبالتالي يستطيع الطبيب تحرير تقرير يحل محل الأورنيك الجنائي رقم (٨)، كما تستطيع وزارة الصحة تصميم استثمارة فحص ماثلة للأورنيك الصادر من الشرطة باعتبار أن الطبيب قد تكون لديه معلومات عن الحالة قد لا تستوفيها استثمارة الشرطة الجنائية رقم (٨).

٤- منعت المساءلة القانونية للأشخاص الذي يقدمون الخدمة الطبية أياً كانت صفتهم أو التطبيق عليهم بسبب معالجتهم للحالات التي تعاني من العنف ضد المرأة.

٥- ألزمت وزارة الصحة بتحديد الوحدات الصحية المعتمدة لإصدار أورنيك (٨) كما ألزمت وزارة الداخلية بتوفير الإستثمار بالمراكز المحددة من وزارة الصحة.

٦- أوجبت على الأطباء العاملين في هذه الوحدات الإلتزام بالسرية والتقيد بالأعراف المهنية عند تحديد الأورنيك الجنائي رقم (٨) إذا ما رغب الضحايا في إتخاذ إجراءات قانونية ويجب تشجيعهم على ذلك.

(ب) منشور المدعي العام رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ م.

أصدر المدعي العام في يوليو ٢٠٠٨ م منشوراً بشأن تفسير قواعد تطبيق الأورنيك الجنائي رقم (٨) في ولايات دارفور فيما يختص بحوادث

الإغتصاب، ومن أهم الملاحظات الواردة على هذا المنشور أنه جاء -
بخلاف المنشور رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥م وقواعد تطبيقه - محددا بصورة
واضحة حوادث الإغتصاب في حين جاءت قواعد تطبيق المنشور الجنائي
رقم (٢) متناولة بصفة عامة الحالات التي تعتبر عنفاً ضد المرأة، وأهم
سمات هذا المنشور يتلخص في الآتي :-

١- سمح بعلاج المجني عليها في جريمة الإغتصاب دون إلزامها بإحضار
الأورنيك الجنائي رقم (٨)، خاصة إذا كانت اجراءات الحصول هذا
الاورنيك قد تضيع معالم الجريمة، او اذا قدرت المجنى عليها ان من
الافضل الا تذهب للشرطة لتحريك اجراءات جنائية خشية العار
الذي قد يلحق بها وتغيير نظرة المجتمع لها بعد فقدانها لعزريتها.

٢- أعطى الحق للضحية في إتخاذ إجراءات قانونية متى رغبت وتوفرت
البيئة الطبية الصادرة من الجهات المختصة في خلال فترة زمنية معقولة
وفقاً لتقدير وكيل النيابة.

٣- اعتبار الأرانيك الجنائية وسيلة من وسائل الإثبات، فإذا ما تلقت
المجني عليها العلاج بدون إستيفاء إجراءات أورنيك (٨) وحصلت
على تقرير طبي من الجهات المختصة فيمكن الإكتفاء بهذا التقرير
دون الإلتزام بإحضار أورنيك (٨)، ذلك أن التقرير الطبي هو الغاية
وليس أورنيك (٨).

٤- اشترط المنشور أن يتم التحري مع المجني عليها بواسطة شرطة نسائية
حتى يتم بالصراحة المطلوبة. وهنا يقتضي توفير العدد الكافي من
الكوادر الشرطة المؤهلة التي تمكن من سرعة التحري والكشف عن
معالم الجريمة.

٥- حظر المنشور إتهام المجني عليها بجريمة الزنا عند عدم توفر البيئة
المبدئية لجريمة الإغتصاب. وحسناً فعل المدعي العام بالنص على هذا
الحظر حيث أن غالبية اللائي تم محاكمتهم في جريمة الزنا هن من
النساء وذلك لسهولة توفر البيئة الكافية في مواجهتهن.

٦- أوجب المنشور معاملة المجني عليها بصورة لائقة مع مراعاة المبادئ العامة لحقوق الإنسان وسرعة البت في الإجراءات.

التحري والاورنيك الجنائي رقم (٨):

التحري هو سلسلة من الإجراءات تتخذ من اجل الكشف عن طلاسـم الجريمة، ومن ثم فان موضوع التحريات من الموضوعات المهمة التي يهتم بها العاملون في مجال التحقيق الجنائي، وبالتالي فان مهمة التحري لا يقتصر فقط في كتابة المحضر والاستجواب فحسب؛ انما تتوسع لتشمل جمع الاستدلالات والبيانات والمعلومات التي تكشف الجريمة بكافة الاساليب المشروعة، ومن ثم يتعين عدم الاعتماد كلياً على الاورنيك الجنائي رقم (٨)، بل يجب البحث والتحري في مسرح الجريمة حيث يوجد الدليل الصامت الذي يحدد طبيعة الجريمة لا سيما اذا كانت الجريمة هي الاغتصاب ذلك ان اثباتها يحتاج الي جهد وزكاء لان الجنائي هو الذي يحدد وقت ومكان ارتكابها وبالتالي يكون قد فكر مسبقاً في كيفية اخفاء كل ما من شأنه الاستدلال به؛ ومن ثم يتعين على المتحري والطبيب البحث في الاتي:

- ١- التركيز ووصف المظهر الخارجي للجنائي والضحية لحظة البلاغ (الملابس اذا كانت ممزقة ام لا، خدوش، البناء الجسماني للجنائي والضحية، ... الخ).
- ٢- تحريز ادلة مسرح الجريمة (ملابس متروكة، اشياء مكسرة، دم مسفوح، اناء شاي او عصير، ... الخ).
- ٣- التركيز على الاثار الدالة على العنف (خدوش او جروح على جانب الفرج او الشرج، وقت ازالة غشاء البكارة، الافرازات واماكنها، ... الخ).
- ٤- فحص كافة اجزاء الجسم للتأكد من وجود اثار مقاومة ام لا. ويجدر بنا ان نشير الى انه ليس بالضرورة ان يصاحب جريمة الاغتصاب عنف جسماني، ويتعين التأكد فقط من انعدام الرضا او الارادة وذلك:

- قد ينفذ جريمة الاغتصاب تحت تأثير التهديد او الوعيد.
- قد يتم تنفيذ الجريمة تحت تأثير التخدير او التويم.

المبحث الخامس

الإلتزامات السبعة من قبل حكومة ولاية جنوب دارفور

- جاءت إلتزامات حكومة ولاية جنوب دارفور فيما يختص بالإجراءات المتبعة في معالجة حالات العنف ضد المرأة في الآتي :-
- ١- كفالة حق الضحية في تلقي العلاج دون إستيفاء إجراءات أورنيك (٨).
 - ٢- عدم جواز ملء أورنيك (٨) إلا برغبة المجني عليها في إتخاذ إجراءات قانونية .
 - ٣- حظر دخول أفراد الشرطة للعيادات التي يتلقى فيها ضحايا الإغتصاب العلاج إلا بإذن من الطبيب المعني أو برغبة المجني عليها.
 - ٤- لا يجوز إجبار مقدمي العون الطبي على الكشف عن أية معلومات عن أسباب الواقعة أو عن الضحية دون رغبتهما.
 - ٥- عدم مضايقة أو مساءلة الأشخاص الذين يقدمون الخدمة الطبية للضحايا من قبل السلطات الحكومية.
 - ٦- لا يجوز إتهام المجني عليها بجريمة الزنا وعلى الطبيب كتابة تقرير طبي يحمل نفس الوضع القانوني لأورنيك (٨).
 - ٧- يجب إلا يتهمن النساء والفتيات اللاتي حملن نتيجة الإغتصاب بجريمة الزنا.

وبملاحظة هذه الإلتزامات نجدها جاءت ترديداً لما جاء بالمنشورين حيث أن السماح للمجني عليها بالعلاج بدون إستيفاء متطلبات أورنيك (٨) هي إحدى القواعد التي أرسنهما المنشورين (٢) و (٧) ، مجال وكذلك الحال فيما يتعلق بمحظر إتهام الضحية بجريمة الزنا وعدم مساءلة ومضايقة من يقومون بتقديم الخدمات العلاجية للضحايا، ومن ثم فإن المطالبة بإلتزام الحكومة الولائية بتقديم كل ما يمكن للأجهزة التي تعمل في

محاربة العنف ضد المرأة يظل قائماً والتي تأخذ أشكالاً كثيرة سواء في مجال توفير الإسعافات الأولية أو توفير وتدريب الشرطة النسائية وإنشاء وحدات داخل الأقسام تعني بمتابعة إجراءات العنف ضد المرأة وتوفير المعينات اللازمة لنيابة الأسرة والطفل.

هذه هي الإلتزامات التي تحتاجها مؤسسات مكافحة العنف ضد المرأة في الوقت الراهن أما الإلتزامات الواردة أعلاه فهي واجبة التطبيق بموجب القوانين الوطنية أو المنشورات الواردة من وزارة العدل.

الخاتمة والناتج

بصفة عامة لقد جاءت المنشورات الصادرة من وزارة العدل متضمنة كافة القواعد والمبادئ المستقرة في القانون الدولي والإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان وذلك كالإعلان العالمي بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة⁽¹⁶⁾، حيث أوضحت المادة الأولى منه تعريف مصطلح (الضحايا) ويقصد بهم الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية ... الخ، وأشارت المادة الرابعة إلى ضرورة معاملة هؤلاء الضحايا برأفة وإحترام كرامتهم وبحق لهم الوصول إلى آليات العدالة والحصول على الإنصاف الفوري وفقاً لما تنص عليه التشريعات الوطنية .. الخ، وأوجبت المادة السادسة تسهيل إستجابة الإجراءات القضائية والإدارية لإحتياجات الضحايا وذلك بإتباع طرق من بينها إتخاذ تدابير ترمي إلى الإقلال من إزعاج الضحايا إلى أدنى حد وحماية خصوصياتهم عند الإقتضاء وضمنان سلامتهم .. الخ، وأشارت المادة (١٤) إلى ضرورة أن يتلقى الضحايا ما يلزم من مساعدة مادية وطبية ونفسية وإجتماعية من خلال الوسائل الخدمية والطوعية والمجتمعية والمحلية .

(16) اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالرقم ٤٠ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥.

وكذلك هو الحال في الإعلان العالمي بشأن حماية النساء والأطفال في المنازعات المسلحة والطوارئ⁽¹⁷⁾، والتي أشارت إلى ضرورة حماية هؤلاء في أيام السلم والحرب وحظر الإعتداء عليهم وإلزام الدول بالوفاء بالتزاماتها المترتبة طبقاً لبروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥م وإتفاقية جنيف لعام ١٩٤٥م وصكوك القانون الدولي .

إذاً نلاحظ أن دور النيابة لا يقتصر فقط في القيام بإجراءات التحقيق بل تعدى ذلك إلى المساهمة في إجراء الدراسات وإبداء المقترحات في إصدار أو تعديل العديد من التشريعات، وتجلى ذلك في التطور المصاحب لتطبيق الأورنيك الجنائي رقم (٨) والذي جاء متماشياً مع التطور الراهن ومتطلبات معالجة قضايا العنف ضد المرأة حيث جاءت هذه المنشورات منسجمة ومتسقة مع الأحكام والمبادئ الواردة في الشريعة الإسلامية قبل القانون الدولي، وذلك لقناعتنا الراسخة بان النظام الإسلامي لحقوق الانسان يستوعب كافة المبادئ الواردة بالمواثيق الدولية والتي توصل إليها العالم مؤخراً بما في ذلك حقوق المرأة وضرورة حمايتها ذلك ان العدل غاية رسالات الله لعباده (لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ...) (18)، ويوجهنا الرسول صلى الله عليه وسلم بحديثه (رفقاً بالقوارير)، وانه (لا يكرهن الا كريم ولا يهينهن الا لثيم)، وهذه مبادئ يتعين أخذها بعين الاعتبار فيما يتعلق بمعالجة قضايا العنف ضد المرأة .

وآخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين

(17) اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالرقم د- ٢٩ بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٧٤م.
(18) سورة الحديد، الآية (٢٤).

المصادر والمراجع

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعتمد والمنشور بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣١٧.
- ٣- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- ٤- العهد الدولي الخاص بالحقوق الثقافية والاجتماعية.
- ٥- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية أو اللاإنسانية او المهينة والذي اعتمدهت الجمعية العامة بقرارها ٤٦/٣٩.
- ٦- دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م.
- ٧- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م.
- ٨- دومنيك لوكونت، جرائم قتل النساء، معهد الطب الشرعي، باريس، ٢٠٠١م.
- ٩- مجلة النبأ، العدد ٧٨، ٢٠٠٥م.
- ١٠- مجلة بشرى، العدد ٧٧، آذار ٢٠٠٣م.
- ١١- فانسو غاموني، عنف ذكوري، العالم الديپلوماسي، أكتوبر، ٢٠٠٤م.
- ١٢- حورية كبايزة، فتيات وفتيان الضواحي، المنشورات الجامعية الفرنسية، باريس، ٢٠٠٣م، "نساء سورية".
- ١٣- الطيار على بن عبد الرحمن، إنتهاكات حقوق الانسان فى البوسنة والشيشان، مكتبة النوبة، الرياض، السعودية، طبعة ١٤٢٢هـ.
- ١٤- عبد الواحد عثمان اسماعيل، الجرائم ضد الإنسانية، بحث مقدم لتيل درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٦م.
- ١٥- محمود عبد الغني عبد الحميد، الندوة العلمية حول حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
- ١٦- تقرير اللجنة الوطنية لتقصي الحقائق حول الادعاءات بانتهاكات حقوق الإنسان في دارفور، ٢٠٠٧م.

- ١٧- تقارير اللجنة الولائية لمحاربة العنف ضد المرأة، ولاية جنوب دارفور،
الفترة من ٢٠٠٥م - ٢٠٠٨م.
- ١٨- تقرير حكومة ولاية جنوب دارفور المقدم لمجلس حقوق الإنسان بجنيف
عن حالة العنف ضد المرأة، في ٢٥/١/٢٠٠٧م.
- ١٩- التقرير الجنائي لشرطة ولاية جنوب دارفور للعامين ٢٠٠٩م،
٢٠١٠م.
- ٢٠- المنشور الجنائي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٤م وقواعد تطبيقه لسنة ٢٠٠٥م
- ٢١- منشور المدعي العام رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨م.
- ٢٢- الالتزامات السبعة من قبل حكومة ولاية جنوب دارفور.

دور الزكاة بسهم "وفي سبيل الله"

في النهوض بالمجتمع والدولة

دكتور محمد أحمد شحاتة حسين

أستاذ الفقه وأصوله بمعهد الدراسات الإسلامية بالإسكندرية
المُحكّم العلمي بموسوعة التفسير الموضوعي للقرآن الكريم

بالمملكة العربية السعودية

عضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

بسم الله الرحمن الرحيم

• مقدمة:

هذه ورقة عمل علمية نوجز فيها القول في مسألة دقيقة في الفقه الإسلامي، وعلى وجه الخصوص هي من مسائل الزكاة، وفي حيز أخص هي مسألة سهم "وفي سبيل الله"، ذاكرين أقوال العلماء فيها والرأي الراجح وفق الأدلة الشرعية المعتبرة مع مراعاة مستجدات الزمان والمكان، وذلك في إطار دور الزكاة في التنمية الاجتماعية والنهوض بالدولة، ومن ثم فستتبع بإذن الله تعالى نمط أوراق العمل من حيث التركيز على النقطة المطلوبة دون التشعب لما قد يقترب منها أو يتفرع عنها، كما إننا سنتجنب المقدمات والتمهيدات والتعريفات تأسيساً وتخصيصاً، وذلك إلا فيما يخدم إجلاء الغاية المنشودة.

وعرضنا لتلك المسألة سيُعتني بهدف التنمية الاجتماعية لذلك السهم الهام، وتشمل التنمية الاجتماعية، تنمية الفرد والأسرة والمجتمع في عمومها^(١)، وكذلك أثرها في النهوض بالدولة ومؤسساتها ومرافقها،

١- مصطلح (الاجتماعي) عام يشمل بعد الفرد والأسرة والمجتمع، وهو مغاير لمصطلح (المجتمع) فهو أخص في المعنى حيث يدل على التكوين الاجتماعي الكلي في مجموعته لا في أفرادها أو تكويناته الجزئية.

وذلك من خلال ما يمكن أن تقدمه الزكاة بالنظر لسهم "وفي سبيل الله"، ولا ريب في أن للزكاة دورها الهام والفعال في النهوض بالمجتمعات والدول الإسلامية، وقد ساهمت الإسهام الأكبر في تحقيق الرفاه وإبراز قوة المجتمع والدولة وتفوق الأفراد ونبوغهم، وهي ما حرص الاحتلال في الدول الإسلامية على إزالته من التنظيم الرسمي في الدولة، ولم ينجح في مآربه من تجهيل الأفراد وإضلال المجتمعات والقضاء على مؤسساتهم العلمية والاقتصادية إلا بعد نجاحه من إزاحة أربع محاور عن الدولة، هي الزكاة والوقف والمسجد والحسبة، وبنظرة ندرك أن هذه المحاور كانت ركائز الدولة والمجتمع وتمنحهما التنمية الاجتماعية المستمرة والنهوض الاقتصادي المستدام، لما تنغيه من معنى العبادة ورضاء الله تعالى، والمصلحة العامة أيضا، وقد تكفل محمد على باشا في تقزيم وإزالة هذه الركائز من دورها في مصر منذ بدايات القرن الثالث عشر الهجري الموافق بزوغ فجر القرن التاسع عشر الميلادي، والذي نجح في مسعاه نجاحا بعيدا، إلا أن الله ياب إلا أن يتم نوره ولو كره الحاقدون والمرجفون، ويدرو الزمان دورة أو دورتين، فيتكشف للناس فداحة الخطأ ومُكر التدبير وتآمر المتأسلمين، ولا يجد الناس لغير ربهم من هاد ولا معين، فينكبوا إلى خير الشرائع ينهلون ما أمرهم الله تعالى حتى يصلحوا دنياهم بدينهم، فيفوزون بالآخرة، وتستقيم لهم الدنيا وترتفع المآذن تجاورها المصانع وقياب محارِب العلم.

وفي ضوء هذه الإعضالية نعرض لسهم: "وفي سبيل الله" وفق

خطيطة علمية على النحو الآتي:

- تعريف "في سبيل الله" في اللغة والشرع.
- ثبوت "في سبيل الله" الشرعي.
- آراء الفقهاء في سهم: "في سبيل الله".
- الترجيح والقول الراجح.
- خاتمة وتوصيات.

هذا وتتناول تلك الخطيطة على المنوال الآتي، فإن أنجزنا ما نيط بنا فبلطف من الله وفضل، وما به من نعمة فمنه سبحانه محمد عليه، ولا ندعي فيه كرامة، وإن ألمّ به خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريثان نستغفر الله منه، وأرجو أن يتقبل الله العمل والعامل، ويحسن خلاصه، ويثقل الجهد ويبرز الجهد، ويجعله ذخرا ونفعا يفيد منه أمة الإسلام عامة، وحسبي في ذلك قول الله جل جلاله: {إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ}، وآخر نجوانا في عين ظاهرنا ولطف باطننا نعمته سبحانه: {سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ} (١٨٠) وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ (١٨١) وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ (١٨٢) .

• تعريف "في سبيل الله" في اللغة والاصطلاح:

- التعريف في اللغة:

"في سبيل الله" مركب إضافي، يركب من معنيين يُستفاد منهما معنى ثالث، نعرض لمعنى كل كلمة من المركب ثم نبين دلالة التركيب.

في: حرف خافض، له عشرة معان، الأول الظرفية على الأصلة سواء أكانت المكائنية أم الزمانية (١)، كقوله سبحانه: {غُلِبَتِ الرُّومُ} (٢) في

١ - ويكون استخدامهما في الظرفية حقيقة ومجازا ومن مجازها قول الحق سبحانه: {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} (١٧٩) البقرة، ومن المجاز المكائني قولك أدخلت الخاتم في إصبعي والعمامة في رأسي. أما المعنى الثاني: المصاحبة كقول الحق سبحانه: {قَالَ ادْخُلُوا فِي أُمَمٍ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ مِنَ الْجِنِّ وَالإِنْسِ فِي النَّارِ كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَحَنَتْ أَلْحَنًا حَتَّى إِذَا ادَّارَكُوا فِيهَا جَمِيعًا قَالَتْ أَخْرِاهُمْ يَا رَبُّ لَأَرْبَاهُمْ رَبَّنَا هَؤُلَاءِ أَضَلُّونَا فَاتَّهَمُوا عَذَابًا ضِعْفًا مِنَ النَّارِ قَالَ لِكُلِّ ضِعْفٌ لَا تَعْلَمُونَ} (٢٨) الأعراف، والتقدير مع أمم، وقوله سبحانه: {فَخَرَجَ عَلَى قَوْمِهِ فِي زِينَتِهِ قَالَ الَّذِينَ يُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا يَا لَيْتَ لَنَا مِثْلَ مَا أُوتِيَ قَارُونُ إِنَّهُ لَذُو حَظٍّ عَظِيمٍ} (٧٩) القصص، والتقدير مع زيته. والمعنى الثالث: التعليل كقول الحق سبحانه: {قَالَتْ فَذَلِكُنَّ الَّذِينَ لَمْتُمْنِي فِيهِ وَلَقَدْ رَاودْتَهُ عَنْ نَفْسِهِ فَاسْتَعْصَمَ وَلَئِن لَّمْ يَفْعَلْ مَا أَمَرَهُ لَيَسْجُنَنَّ وَيَكُونَنَّ مِنَ الصَّاغِرِينَ} (٣٢) يوسف، والتقدير لمتني من

أَدَّتِي الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلِبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ^(٣) فِي يَضَعُ سِنِينَ لِلَّهِ الْأَمْرُ مِنْ قَبْلُ وَمِنْ بَعْدِ وَيَوْمَئِذٍ يُفْرَحُ الْمُؤْمِنُونَ^(٤) {الروم} ؛ ولذا يستخدم ليدل على ما حوى الوعاء وما قدر تقديره، وللظروف، تقول الماف في الإناء وزيد في

=أجله، وقوله سبحانه: {وَلَوْ كُنَّا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ لَمَسَكُكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ} (١٤) {النور}، والتقدير لمسكم من أجل ما أفضم فيه، وفي الحديث قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن امرأة دخلت النار في هرة حبستها" والتقدير من أجل هرة. والمعنى الرابع: الاستعلاء أي علة الشيء كقول الحق سبحانه: {قَالَ آمَتُمْ لَهُ قَبْلَ أَنْ أَدِّنَ لَكُمْ إِنَّهُ لَكَيْرُكُمُ الَّذِي عَلَّمَكُمْ السُّخْرَ فَلَمَّا قَطَعْنَ أَيْدِيَكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ مِنْ خِلَافٍ وَأَصَلَبْتَكُمْ فِي جُدُوعِ النَّخْلِ وَتَعَلَّمْنَ آيَاتِنَا أَشَدَّ عَذَابًا وَأَبْقَى} (٧١) طه، والتقدير على جدوع النخل. والمعنى الخامس: مرادفة للباء، ومن ذلك قول الشاعر: "ويركب يوم الروع منا فوارسٌ ... بصيرون في طعن الأباهر والكلى"، والتقدير يطعن الأباهر. والمعنى السادس: مرادفة لـ (إلى)، كقول الحق سبحانه: {الَّذِينَ يَأْتِكُمْ بَأْسٌ مِنَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ قَوْمٌ بَاطِلُونَ وَعَادُوا وَكُفَرُوا بِالَّذِينَ مِنْ بَعْدِهِمْ لَا يَعْلَمُهُمْ إِلَّا اللَّهُ جَاءَهُمْ رَسُولُهُمْ بِالْبَيِّنَاتِ فَرَدُّوا أَيْدِيَهُمْ فِي أَفْوَاهِهِمْ وَقَالُوا إِنَّا كَفَرْنَا بِمَا أُرْسِلْتُمْ بِهِ وَإِنَّا لَفِي شَكٍّ مِمَّا تَدْعُونَنَا إِلَيْهِ مُرِيبٍ} (٩) إبراهيم، والتقدير فردوا أيديهم إلى أفواههم. والمعنى السابع: مرادفة لـ (من)، ومن ذلك قول الشاعر: "وهل يعمن من كان أحدث عهده ... ثلاثين شهرا في ثلاثة أحوال"، والتقدير من ثلاثة أحوال. والمعنى الثامن: المقايسة، وهي الداخلة بين مفضول سابق وفاضل لاحق، كقول الحق سبحانه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمْ اتَّقُوا اللَّهَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّكُمْ كَفَرْتُمْ} = إلى الأرض أرضيتم بالحياة الدنيا من الآخرة فما متاع الحياة الدنيا في الآخرة إلا قليل^(٣٨) {التوبة}. والمعنى التاسع: التعويض، وهي زائدة تأتي تعوض أخرى محذوفة، كقولك: "ضربت في من رغبت"، وأصل الكلام: "ضربت من رغبت فيه"، وهنا جاءت (في) التعويضية الزائدة في الجملة الأولى مكان (فيه) في الجملة الثانية. والمعنى العاشر: التوكيدية، وهي زائدة تفيد التوكيد، كقول الحق سبحانه: {وَقَالَ ارْكَبُوا فِيهَا بِسْمِ اللَّهِ مَجْرَأَهَا وَمَرْسَاهَا إِنَّ رَبِّي لَغَفُورٌ رَحِيمٌ} (٤١) {هود}، والتقدير أن الكلام ينتهي عند (اركبوا) وجاءت فيها لتأكيد الركوب، ومن ذلك قول الشاعر: "أنا أبو سعد إذا الليل دجا ... يُخَالُ فِي سَوَادِهِ يَرْتُدُّ دَجًا" وأصل الكلام يُخَالُ سَوَادِهِ، وجاء في لتأكيد السواد. - راجع: ابن هشام: جمال الدين عبد الله بن يوسف بن أحمد بن هشام، مغني اللبيب عن كتب الأعاريب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م، ج ١ ص ٣٨٧: ٣٩١.

الدار، وقد تستخدم حكماً محل (على والباء)، كقوله تعالى: {وَأَصْلِبْنَكُمْ فِي جَذُوعِ النَّخْلِ}.

وتدل على الولوج في الشيء، بحيث يستغرق الشيء المولوج فيه، ويغطيه ويكتفه من جمع الجهات، من الأعلى والأسفل ومن اليمين والشمال والأمام والخلف وحول ذلك، وكأن المولوج وسط كرة.

سبيل: أصلها (سبل)، والمُسَيْلُ: اسم خامس سبها القداح، و(السبيل): الطريق المسلك المطروق من الناس ذهاباً وإياباً وقضاء للحاجات، وهو لفظ يذكر ويؤث، وجمعه (سبيل)، والسابلة: المختلفة في الطرقات للحوائج، وجمعه سوايل، وسبيل سابل: طريق كثير السلوك مبلغ للغايات، كقولهم: شِعْرٌ شاعِرٌ، والسبيل: المطر، والسبولة: سبلة الدرّة والأرز، وأسبيل الزرع أي سبيل، وظهرت سبيله، والفرس أسبيل ذنبه، أي أرخاه مجملاً قويا طويلاً، والمرأة أسبكت ذيلها، ورجل مسبال: عادته إسبال ثيابه أي إرساله، لإظهار النعمة والثراء، وطريق مسبول أي مسلوك كثير الناس^(١).

ويدل السبيل على كل طريق مسلوك عامر موصل للغاية والهدف المنشود، وغالبه يكون في الخير.

الله: لفظ الجلالة اختاره الله سبحانه ليكون اسمه، وفي الاصطلاح: "علم على الذات الواجب الوجود المستحق لجميع المحامد"، وأصل اللفظ في اللغة (أله): أي عبد: و(تأله) تنسك وتبتل، و(الإله) المعبود، وكل ما يُتخذ ليعبد، والجمع آله، وهو غير (أله) أي تحير، أو أقام بمكان، وقال ابن ابن الهيثم أن اسم (الله) مشتق من (إلاه) وأدخلت الألف واللام للتعريف فقالوا: (الإلاه) ثم حذفت الهمزة لتجنب الاستثقال وتقلت كسرتها للام فقالوا: (ألاه)، ثم حركوا لام التعريف والتقى اللامان

١ - الخليل الفراهيدي: العين، باب السين واللام والباء.

فأدغمت إحداهما في الأخرى وحُدفت الألف فنطقت (الله) وتعني المعبود بحق وهو الله وحده لا شريك له، وقال الخليل (الله) لا تُطرح عنه الألف فهو اسم على التمام غير مشتق^(١).

ويدل لفظ الجلالة على المعبود بحق وهو الله وحده لا غير، فلم يسم غيره به، وهو الواحد الأحد الفرد الصمد.

— دلالة المصطلح التركيبي: "في سبيل الله":

"سبيل الله" مركب إضافي، أضيف السبيل فيه إلى الله تعالى، بحيث يفيد تباعية السبيل وملكيته لله تعالى على جهة التعظيم والهيمنة، ومن ثم فهو ليس سبيل عادي أو طريق عادي، ولكنه مخصوص محدد منسوب لعظيم بعالمه وتحديد خريطته وكيفية سلوكه وواجبات ذلك المسلك، وقد ورد من تخصيص هذا المركب أنه أحد مصارف الزكاة التي ذكرها الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿رَأَيْمًا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(٦٠) التوبة، كما أن لفظ الجلالة (الله) في التركيب هنا أضيف إليه السبيل بحيث صار تعريفاً وتعينا لذلك السبيل.

والمركب الإضافي معرفٌ وينتج لنا مصطلحاً لقبياً يستقل في معناه عن ألفاظه الداخلة في التركيب، وقد تقترب أو تبتعد عن المعنى الأصلي لمفرداته، وهنا تدل مكونات المصطلح التركيبي على هناك شيء سيلج داخلاً مستغرقاً كاملاً في طريق عامرة بالغة غاية عظيمة جليلة نظراً لإضافتها لله تعالى، وهذا الشيء أمر به الله تعالى وحض عليه، ولعل هذا ما أفاده دخول (في) على المركب الإضافي "سبيل الله".

١ - وقد اجتهد العلماء في تفصيل ذلك واختلفوا إن كان لفظ الجلالة مشتق أم لا، راجع: ابن منظور، لسان العرب، باب الهاء والهمزة واللام. - الرازي، مختار الصحاح، باب الهمزة مع اللام والهاء. - مجمع اللغة العربية، الوسيط، باب الهمزة، فصل اللام والهاء.

ويُستفاد من ذلك أن السالك في سبيل الله قد استغرقته أوامر الله تعالى وطاعته والمصارعة في مرضاته، وهذا الطريق له وصف مصاحب ومحدد ولا يلتبس بغيره، وأصبح لا يشغله عنه همٌّ آخر، وهو في طريق حق واصل لا محالة إلى غايته المنشودة وسيحقق أهدافه القريبة والبعيدة في الدنيا والآخرة.

- التعريف الاصطلاحي:

ويمكن من المادة السابقة تعريف "في سبيل الله"، بوصفه مصطلحا عاما: "إمثال المسلم لقربات الله فيما أمر أو ندى مع التزام الوصف الشرعي المصاحب".

كما يمكن تعريف "في سبيل الله"، بوصفه مصطلحا خاصا بأحد مصارف الزكاة: "إمثال المسلم لإخراج زكاته في مصرف تنمية المجتمع والنهوض بالدولة مع التزام الوصف الشرعي المصاحب".

ومعنى التعريف الاصطلاحي الخاص، هو ما يخرج المسلم من ماله الذي بلغ نصاب الزكاة وحال عليه الحول، ولكنه يخصص القدر الذي أصاب ماله، لأغراض تهدف إلى نصرة الدولة وإعلاء الدعوة، ومن ذلك إعداد الجيوش وما تحتاجه، وكذلك إنماء المجتمع وإعداده لإعلاء دين الإسلام من خلال قوة العلم والثقافة والاقتصاد والمهارات البشرية وإقامة شخصية الفرد^(١).

• ثبوت "في سبيل الله" لشرعي:

ثبت مصطلح "في سبيل الله" بالكتاب والسنة، وقد ورد في كتاب الله تعالى في اثنتين وأربعين آية، وهي التي ذكرت في قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ يُقْتَلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتٌ بَلْ أَحْيَاءٌ وَلَكِنْ لَّا

١ - اختلف الفقهاء في مسألة التنمية الاجتماعية والوفور الاقتصادي والعلمي للدولة، وذلك على نحو سنعرضه لاحقا.

تَشْعُرُونَ ﴿١٥٤﴾ البقرة، وقول الله سبحانه: {وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ} (١٩٠) البقرة، وقول الله سبحانه: {وَأَنْفَقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ} (١٩٥) البقرة، {إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أُولَٰئِكَ يَرْجُونَ رَحْمَتَ اللَّهِ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ} (٢١٨) البقرة، وقول الله سبحانه: {وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} (٢٤٤) البقرة، وقول الله سبحانه: {أَلَمْ تَرَ إِلَى الْمَلَكِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ مِنْ بَعْدِ مُوسَىٰ إِذْ قَالَوا لِنَبِيِّ لَهُمْ ائْتِنَا مَلِكًا نُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَالَ هَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ أَلَّا تُقَاتِلُوا وَمَا لَنَا أَلَّا نُقَاتِلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَقَدْ أُخْرِجْنَا مِنْ دِيَارِنَا وَأَبْنَائِنَا فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ تَوَلَّوْا إِنَّا قَلِيلًا مِنْهُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِالظَّالِمِينَ} (٢٤٦) البقرة، وقول الله سبحانه: {مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَتَتْ سَنَفًا مِنْ فِي ثَرِّ الْأَرْضِ حَبَّةٌ مِثْلَ نَبْتٍ مِنْ شِجَارَةٍ أَوْ مِثْلِ زُرَّةٍ أَوْ يَنْبُوتٍ وَاللَّهُ يَضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} (٢٦١) البقرة، {يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ لَا يَتَّبِعُونَ مَا أَنْفَقُوا مِمَّا وَلَا أَدَىٰ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ} (٢٦٢) البقرة، وقول الله سبحانه: {لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْضِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَّا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَّا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ} (٢٦٣) البقرة، وقول الله سبحانه: {قَدْ كَانَ لَكُمْ آيَةٌ فِي فِئَتَيْنِ الْتَقَتَا فِئَةٌ تُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأُخْرَىٰ كَافِرَةٌ يَرَوْنَهُمْ مِثْلَهُمْ رَأْيَ الْعَيْنِ وَاللَّهُ يُؤَيِّدُ بِنَصْرِهِ مَنْ يَشَاءُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَعِبْرَةً لِّأُولِي الْأَبْصَارِ} (١١٣) آل عمران، وقول الله سبحانه: {وَكَايْنٍ مِنْ نَبِيِّ قَاتِلٍ مَعَهُ رَيْثُونٌ كَثِيرٌ فَمَا وَهَنُوا لِمَا أَصَابَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَمَا ضَعُفُوا وَمَا اسْتَكَانُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الصَّابِرِينَ} (١٤٦) آل عمران، وقول الله سبحانه: {وَلَكِنَّ قُلُوبَكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْ مُتْمًا لِمَغْفِرَةٍ مِنَ اللَّهِ وَرَحْمَةً خَيْرٌ مِمَّا

يَجْمَعُونَ (١٥٧) آل عمران ، وقول الله سبحانه : { رَلِعَلَمَ الَّذِينَ نَافَقُوا وَقِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْ ادْفَعُوا قَالُوا لَوْ نَعْلَمُ قِتَالًا لَاتَّبَعْنَاكُمْ هُمْ لِلْكَفْرِ يَوْمئِذٍ أَقْرَبُ مِنْهُمْ لِلْإِيمَانِ يَقُولُونَ بِأَفْوَاهِهِمْ مَا لَيْسَ فِي قُلُوبِهِمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يَكْتُمُونَ (١٦٧) آل عمران ، وقول الله سبحانه : { وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتًا بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ (١٦٩) آل عمران ، وقول الله سبحانه : { فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ وَمَنْ يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا (٧٤) وَمَا لَكُمْ لَأْتِيَاقِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أهلكها وَاَجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاَجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا (٧٥) الَّذِينَ آمَنُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ فَقَاتِلُوا أَوْلِيَاءَ الشَّيْطَانِ إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ كَانَ ضَعِيفًا (٧٦) النساء ، وقول الله سبحانه : { فَقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَأَن تُكَلَّفُ إِلَّا نَفْسَكَ وَحَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَسَى اللَّهُ أَن يَكْفِيَ بِأَسَ الَّذِينَ كَفَرُوا وَاللَّهُ أَشَدُّ بِأَسًا وَأَشَدُّ تَنكِيلًا (٨٤) النساء ، وقول الله سبحانه : { وَوَدُّوا لَوْ تُكْفُرُونَ كَمَا كَفَرُوا فَتَكُونُونَ سَوَاءً فَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ أَوْلِيَاءَ حَتَّى يُهَاجِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَإِن تَوَلَّوْا فَخُذُوهُمْ وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا (٨٩) النساء ، وقول الله سبحانه : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَايِمٌ كَثِيرَةٌ كَذَلِكَ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلُ فَمَنَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا (٩٤) لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا (٩٥) النساء ، وقول الله سبحانه : { وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَجِدْ فِي الْأَرْضِ مَرَاغِمًا

كثيراً وَسَعَةً وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكُهُ الْمَوْتُ
فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا (١٠٠) النساء، وقول الله
سبحانه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهُ
بِقَوْمٍ يَجِيهِمْ وَيُجَاهِدُونَ أَذِلَّةٌ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٌ عَلَى الْكَافِرِينَ يُجَاهِدُونَ فِي
سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ
عَلِيمٌ (٥٤) المائدة، وقول الله سبحانه: {وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ
رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ وَعَدُوا اللَّهَ وَعَدُوكُمْ وَآخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْمَلُوا لَهُمْ
اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا
تُظْلَمُونَ (٦٠) الأنفال، وقول الله سبحانه: {إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا
وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ
بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ
شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنْ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ
بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (٧٢) الأنفال، وقول الله سبحانه:
{وَالَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا
أُولَئِكَ هُمُ الْمُؤْمِنُونَ حَقًّا لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ (٧٤) الأنفال، وقول الله
سبحانه: {أَجْعَلْنَاهُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَعِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ
وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَجَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَوُونَ عِنْدَ اللَّهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي
الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ (١١٩) الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا في سبيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ
وَأَنْفُسِهِمْ أَعْظَمُ دَرَجَةً عِنْدَ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ (٢٠) المائدة، وقول الله
سبحانه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْبَابِ وَالرُّهْبَانِ لِيَآكُلُونَ أَمْوَالَ
النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ يَكْنُزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ
وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ (٣٤) المائدة، وقول الله
سبحانه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمْ أَنْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ
أَتَأْتَلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ أَرْضَيْتُمْ بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا مِنَ الْآخِرَةِ فَمَا مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا

فِي الْآخِرَةِ إِلَّا قَلِيلٌ ﴿٣٨﴾ المائدة، وقول الله سبحانه: {انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا
 وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ
 تَعْلَمُونَ ﴿٤١﴾ المائدة، وقول الله سبحانه: {فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَافَ
 رَسُولِ اللَّهِ وَكَرِهُوا أَنْ يُجَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَقَالُوا لَا
 تَنْفِرُوا فِي الْحَرِّ قُلْ نَارُ جَهَنَّمَ أَشَدُّ حَرًّا لَوْ كَانُوا يَفْقَهُونَ ﴿٨١﴾ المائدة، وقول
 الله سبحانه: {إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمْ
 الْجَنَّةُ يقاتلون في سبيلِ اللَّهِ فيقتلون ويقتلون وعداً عليه حقاً في السَّورَةِ
 وَالْإِنْجِيلِ وَالْقُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُوا بِنِعْمَةِ اللَّهِ الَّتِي
 بَايَعْتُمْ بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١١١﴾ المائدة، وقول الله سبحانه: {وَمَا كَانَ
 لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عَن رَسُولِ اللَّهِ وَلَا
 يَرْغَبُوا بِأَنْفُسِهِمْ عَن نَفْسِهِ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا
 مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطْئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ
 نَيْلًا إِلَّا كَيْبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٢٠﴾ المائدة،
 وقول الله سبحانه: {وَالَّذِينَ هَاجَرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ قُتِلُوا أَوْ مَاتُوا
 لَيَرْزُقْنَهُمُ اللَّهُ رِزْقًا حَسَنًا وَإِنَّ اللَّهَ لَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ ﴿٥٨﴾ الحج، وقول الله
 سبحانه: {وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى
 وَالْمَسَاكِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ
 يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢٢﴾ النور، وقول الله سبحانه: {فَإِذَا لَقِيتُمْ
 الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثَخْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَمَا مَتَا
 بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَآتَصَرَ مِنْهُمْ
 وَلَكِنْ لِيَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ
 أَعْمَالَهُمْ ﴿٤﴾ عم، وقول الله سبحانه: {هَا أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ تُدْعَوْنَ لِتُنْفِقُوا فِي
 سَبِيلِ اللَّهِ فَمِنْكُمْ مَنْ يَبْخَلُ وَمَنْ يَبْخَلْ فَإِنَّمَا يَبْخَلْ عَن نَفْسِهِ وَاللَّهُ الْغَنِيُّ
 وَأَنْتُمْ الْفُقَرَاءُ وَإِنْ تَتَوَلَّوْا يَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ ثُمَّ لَا يَكُونُوا

أَمْثَالِكُمْ (٢٣٨) {عند، وقول الله سبحانه: } {إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ
 وَرَسُولِهِ ثُمَّ لَمْ يَرْتَابُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أُولَئِكَ
 هُمْ الصَّادِقُونَ (١١٥)} {الحجرات، وقول الله سبحانه: } {وَمَا لَكُمْ أَلَّا تُنْفِقُوا فِي
 سَبِيلِ اللَّهِ وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَا يَسْتَوِي مِنْكُمْ مَنْ أَنْفَقَ مِنْ
 قَبْلِ الْفَتْحِ وَقَاتَلَ أُولَئِكَ أَعْظَمُ دَرَجَةً مِنَ الَّذِينَ أَنْفَقُوا مِنْ بَعْدِ وَقَاتَلُوا وَكُلًّا
 وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (١١٠)} {الحديد، وقول الله سبحانه:
 } {تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكَ
 خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (١١١)} {الصف، وقول الله سبحانه: } {إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ
 أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَى مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِنَ الَّذِينَ مَعَكَ وَاللَّهُ
 يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِيمٌ أَنْ لَنْ تُحْصُوهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ
 الْقُرْآنِ عَلِيمٌ أَنْ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضَى وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ
 مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ وَأَقِيمُوا
 الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِنْ
 خَيْرٍ نَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمَ أَجْرًا وَاسْتَغْفِرُوا لِلَّهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ
 رَحِيمٌ (٢٠) {الزمل

وقد ورد المصطلح في السنة النبوية كثيرا، ووعلى سبيل المثال فقد
 ورد ثمانية وثلاثين ومتني مرة في صحيح البخاري ومسلم، منها اثنتي
 وخمسين ومائة مرة بصحيح البخاري وحده، هذا وتدور كلها حول
 المعاني ذاتها المذكورة بالقرآن الكريم؛ ولذا نكتفي بما جاء بالآيات
 الشريفة، ونحيل لكتب الأحاديث والسنن لمن أراد المزيد.

وقد تعددت دلالات المصطلح في كتاب الله تعالى وسنة رسوله
 صلى الله عليه وسلم، ودارت تلك المعاني والدلالات حول أربعة محاور
 لسبيل الله، هي القتال سواء أكان المسلم مقتولا أم قاتلا، والإنفاق بالمال،
 والهجرة، وتحمل المخصصة، فالمسلم يجاهد في سبيل الله بنفسه فيفنيها

رافعا راية الإسلام وإعلاء كلمة الله تعالى ، فيعود ظافرا وقد قتل من حارب من أعداء الله ودينه ، وسالم من سالم ، أو إنه يُقتل فيلقى الله قتيلا شهيدا ، وقد أبرأ بنفسه أمام الله تعالى وفناها في سبيل إعلاء كلمة الله ، وكذلك المسلم يُخرج ماله في أوجه إعلاء كلمة الله تعالى لا ييخل بشيء ، فقد ثبت أن الصحابة كانوا يتنافسون في هذا ، فقد روى الترمذي وغيره بسنده عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : " سمعت عمر بن الخطاب يقول : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نتصدق ، فوافق ذلك ما لا . فقلت : اليوم أسبق أبا بكر ، إن سبقته يوما . قال : فجئت بنصف مالي . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ما أبقيت لأهلك ؟ قلت : مثله . وأتى أبو بكر بكل ما عنده ، فقال : " يا أبا بكر ما أبقيت لأهلك ؟ قال : أبقيت لهم الله ورسوله . قلت والله لا أسبقه إلى شيء أبدا " (١) ، وهاجر الصحابة وأصابتهم المخمصة ، كل هذا جهادا ، وكل هذا في سبيل الله .

• آراء الفقهاء في سهم : " في سبيل الله " :

نظر الفقهاء في قول الله تعالى : { إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ } (٦٠) التوبة ، وفيما يخص قول الله سبحانه وتعالى : { وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ } بذلك جهدهم في تحديد معنى منضبط لذلك المصطلح بحيث لا يدخل فيه غيره ولا يدخل هو في غيره ويجمع مفرداته - أي جامع مانع - ، ومن ثم انقسموا في الرأي فذهبوا إلى خمسة أقوال هي :

١ - رواه الترمذي وغيره ، وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح ، ابن عربي المالكي : أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي المالكي ، عارضة الأجوذي بشرح صحيح الترمذي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م ، ح ٣٦٧٥ مجلد ٧ ج ١٣ ص ١١٨ .

القول الأول: المقصود من قول الله تعالى: {وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ} الذي

تجب فيه الزكاة هم الغزاة في القتال والحرب بغرض إعلاء كلمة الله تعالى ونشر دعوة الإسلام، ويدخل فيه تجهيز الجيوش بالأسلحة والمؤن والتدريب وإقامة الحصون والخطط والجواسيس وكل ما يخدم هذا الإطار؛ لأنه المعنى المقصود في إطلاق الشرع.

ذهب إلى هذا القول: بعض الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣)

وبعض الحنابلة^(٤)، وبعض المفسرين^(٥).

١ - قاله: أبو حنيفة وأبو يوسف ومن تبعهما. راجع: السرخسي: شمس الدين السرخسي، المسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، مجلد ٢ ج ٣ ص ١٠. - الميرغنياني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغنياني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، مجلد ١ ج ١ ص ١١٠. - الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ج ٢ ص ٤٧٢. - ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الشهير بحاشية ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ج ٢ ص ٦١.

٢ - القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ج ٢ ص ٥٢٢. - ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ص ٢٢٢.

٣ - النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢ ص ١٨٣: ١٨٤.

٤ - ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ج ٦ ص ٤٣٥. - المرادوي السعدي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، الإنصاف في الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ج ٣ ص ٢١٢. - بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، دار المعرفة، ص ١٤٠.

٥ - ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الخیر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ج ٢ ص ٤٠٣، سورة التوبة آية ٦٠. - القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الغد العربي، القاهرة، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ج ٤ ص ٣١١٠، سورة التوبة آية ٦٠.

القول الثاني: المقصود من قوله تعالى: {وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ} إخراج سهم الزكاة في الحج للمنقطع، لما روي: "أن رجلا جعل بعيرا في سبيل الله فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج"، وكذلك العمرة لكونها في معنى الحج.

ذهب إلى هذا القول - الثاني - : بعض الحنفية^(١).

القول الثالث: المقصود من قول الله تعالى: {وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ} الذي تجب فيه الزكاة هم الغزاة في القتال والحرب بغرض إعلاء كلمة الله تعالى ونشر دعوة الإسلام، وما يلزمه مثل التدريب والتجهيز، وكذلك الحج والعمرة؛ لأن الحج من السبيل على الأصح، والعمرة في معنى الحج.

ذهب إلى هذا القول: عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وبعض الخنابلة^(٢)، وبعض المحدثين^(٣).

القول الرابع: المقصود من قول الله تعالى: {وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ} الذي تجب فيه الزكاة هم الغزاة في القتال والحرب بغرض إعلاء كلمة الله تعالى ونشر دعوة الإسلام، وما يلزم من التدريب والتجهيز واستعداد، وحين لا تكون هناك فرصة للجهاد المشار إليه لعدم العدو المحارب أو لعدم الإمام الذي يقود الجيوش الإسلامية لنجدة السلمين والمقهورين ولنشر الدين وإقامة الشريعة، فيكون السهم في الحج والعمرة ومصالح المسلمين العامة وما تصلح به الدولة الإسلامية وإن استفاد منه غير المسلم، مثل إقامة المدارس والمعاهد العلمية والمعامل ومراكز الأبحاث وشق الطرق وإقامة

-
- ١ - قاله: محمد بن الحسن ومن تبعه من الأحناف. راجع: المبسوط للسرخسي، مجلد ٢ ج ٣ ص ١٠. - بدائع الصنائع، ج ٢ ص ٤٧٢. - الهداية في شرح بداية المبتدي، مجلد ١ ج ١ ص ١١٠. - حاشية ابن عابدين، ج ٢ ص ٦١.
 - ٢ - المغني، ج ٦ ص ٤٣٧. - الإنصاف في الراجح من الخلاف، ج ٣ ص ٢١٢: ٢١٣.
 - ٣ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، ٢٠١٠، ج ٢ ص ٦٥: ٦٦.

القناطر والجسور واستصلاح الأراضي وإنشاء المصانع وبناء المساجد والإنفاق على الدعوة ونشر الدين وغير ذلك من المصالح العامة. ذهب إلى هذا القول: بعض الشيعة الإمامية الجعفرية^(١) وبعض المحدثين^(٢).

القول الخامس: المقصود من قول الله تعالى: {وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ} الذي تجب فيه الزكاة هم الغزاة في القتال والحرب بغرض إعلاء كلمة الله تعالى ونشر دعوة الإسلام، وما يلزم من التدريب والتجهيز والاستعداد، وكذلك يخرج السهم في مصالح المسلمين العامة وما تصلح به الدولة الإسلامية وإن استفاد منه غير المسلم، مثل إقامة المدارس والمعاهد العلمية والمعامل ومراكز الأبحاث وشق الطرق وإقامة القناطر والجسور واستصلاح الأراضي وإنشاء المصانع وبناء المساجد والمستشفيات والإنفاق على الدعوة ونشر الدين وتشغيل العاطلين، وغير ذلك من جميع القربات، فيدخل فيه من سعى في طاعة الله وسبيل الخيرات إن كان محتاجاً، وعامة المصالح العامة للمسلمين التي بها قوام أمر دينهم ودولتهم، وكل خير يعود على المجموع، وذلك لكون النص جاء غير مخصص بنوع معين من سبيل الله أو محصور في الجهاد بالسلاح فقط، فمن الأصح حمله على سبيل الله بكل أنواعه.

١ - بن الحسن: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مركز الرسول الأعظم (ص) للتحقيق والنشر، بيروت، الطبعة العاشرة، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، مجلد ١ ج ١ ص ١٢٧.

٢ - د/ عبد الحلیم عویس (ومجموعة من كبار علماء العالم الإسلامي)، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ج ١ ص ٣٧٩.

ذهب إلى هذا القول: بعض الحنفية^(١)، الشيعة الزيدية^(٢)، وبعض الشيعة الإمامية الجعفرية^(٣)، وبعض المفسرين^(٤)، وجمهور المحدثين^(٥).

• الترجيح والقول الراجح:

نلاحظ بعد النظر أن الأقوال الثلاثة الأولى نصبت رأيها في أن المقصود من سهم "في سبيل الله" إنما هو الجهاد المسلح أي الغزاة سواء أكان دفع أم طلب، أو المقصود الحج والعمرة أو المقصود الغزو والحج جميعاً، وذلك دون النظر لأي معنى آخر لما طُمر في مصطلح "في سبيل الله" ولعل هذا تقييد للمصطلح بغير دليل، فإن المطلق إن قيد لزمه دليل يصح عند أهل النظر، أما إن كان النص غير مقيد، فيظل كما هو مطلق إلى أن يقوم

- ١- بدائع الصنائع، ج ٢ ص ٤٧١. - حاشية ابن عابدين، ج ٢ ص ٦١.
- ٢- القنوجي البخاري: أبو الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار الجيل، بيروت، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ج ١ ص ٢٠٦: ٢٠٧.
- ٣- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مجلد ١ ج ١ ص ١٢٧.
- ٤- البيضاوي: نصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل - تفسير البيضاوي -، الهيئة العامة لقصور الثقافة، القاهرة، ٢٠١٠م، ج ١ ص ٢٥٨. - الألوسي: أبو الثناء محمود بن عبد الله بن محمود بن درويش شهاب الدين الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفد العربي، الطبعة الأولى، ج ٧ ص ٦٠، سورة التوبة آية ٦٠. - أبو سعد: د. / عبد السلام محمد أبو سعد، التفسير الفقهي عند ابن عطية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية، طرابلس ليبيا، ج ٢ ص ٦٦: ٦٧. - الشعراوي: الشيخ محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي - الخواطر -، أخبار اليوم/ مكتبة حميدو، ج ٩ ص ٥٢٢٥: ٥٢٢٦، سورة التوبة آية ٦٠.
- ٥- الشعراوي: الشيخ/ محمد متولي الشعراوي، الجامع للفتاوى، الدار العالمية للكتب والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م، ص ١٠٦. - كشك: الشيخ/ عبد الحميد كشك، في رحاب التفسير، المكتب المصري الحديث، ج ٦ ص ١٥٧٤، سورة التوبة آية ٦٠. - سابق: الشيخ/ سيد سابق، فقه السنة، دار الفتح الإعلامي العربي - القاهرة/ منشورات دار الكتب - الجزائر، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ج ١ ص ٢٩٤. - عبد الجليل شلبي، فقه العبادات، وزارة الأوقاف المصرية، ص ١٦٥.

دليل يقيده بقيد، وحينها تتبع القيد، وحيث إن الوحي تم والدين كُمل، ولا وحي بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يهتد الفقهاء لقيد يقيد مصطلح "في سبيل الله"، فيحمل على مطلقه دون تقييد في معنى لازم، كما أنه لم يوضع له ما يخصص معناه في هذا الموضع غير باقي مواضع المصطلح في النص الشرعي، لا تخصيص بالوصف ولا بالإضافة ولا مقارن ولا منفصل، ولا غير هذا كله.

ولما كان ذلك كذلك وكان مصطلح "في سبيل الله" قد وسع معاني القربات وما يكون فيه إعلاء كلمة الله لتكون هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى، وكل ما يوصل إلى هذا من أسباب قوة المسلمين معنويا وماديا كأفراد ومجتمعات ودولة، مثل: بناء الجيوش وما يلزمها من صروح صناعية وقلاع وحصون ومراكز تدريب وبناء المساجد ودور العلم ومراكز البحث والمعامل والمصانع والشركات والاختراعات والابتكارات وشق الطرق وإقامة القناطر وإقامة إقتصاد قوي ونظم سياسية قوية قادر على نصره القضايا الإسلامية، وعامة كل ما ينهض بالدين والدولة ويجلب مصلحة مشروعة للعباد والبلاد.

وإن استقامت دلالة النص على ذلك المعنى المطلق غير المقيّد العام غير المخصص، فإنه تظهر مشكلة إشباع هذه السبل، إذ قد لا يكفي السهم، فأياها يُقدم وأياها يُأخر وأياها يُوقّع وأياها يعطل، وبالنظر نجد أن الله تعالى إن أراد أن يحدد النص في معنى معين لخصه في هذا الموضع، أو قيده فلا يقيمه الإمام إلا بقيده، ولما أبقا الله تعالى على حاله، وقد تتعرض دولة الإسلام لمشكلة في زمن ثم تتعرض لأزمة من نوع غير المشكلة في زمن آخر أو مكان مغاير، ولذا إن قيد معنى النص في معنى معين، أو خصص لعنت على الإمام وأرهق المسلمين، بل قد يؤدي إلى انكسارهم؛ ولكن النص على حاله هذا يعطي الإمام مكنة الاجتهاد.

فالإمام^(١) عليه النظر في شؤون الدولة والمجتمع وحال العباد، ويجتهد فيما يكون أصلح وفق مقتضيات الزمان والمكان والحال والظروف، فإن رتب أولويات نصرته الدين والدعوة وصالح الأمة، صرف من سهم "في سبيل الله" وفق ما رتبه من أولويات، وقد تتغير الأولويات من وقت لآخر طال أم كثر حسب تغير المصلحة الحالة وفق معطيات الزمان والمكان والظروف.

فقد يقدم الإمام إنفاق السهم في الجهاد وآلة الحرب وتجهيز الجيش، وقد يُقدم بث العيون وجمع أخبار الأعداء وما يكيّدون به للإسلام، فينشئ أجهزة المخابرات أو يدعمها ويطورها إن طانت موجودة، وقد يرى الإمام أن يُقدم التعليم لما رصده من انتشار الجهل والتخلف وحاجة المسلمين للعلوم وتقنياتها وتطبيقاتها والافتقار في المخترعات والمبتكرات، وقد يُقدم إقامة الاقتصاد حتى لا يضطر المسلمون للاحتياج لأعدائهم في قوتهم وحاجات حياتهم وضرورتها، فيسعى الإمام لإقامة اقتصاد قوي ونتاج وفير في الزراعة والصناعة والتجارة، على أسس شرعية وبناء وطني بأيدي أبناء الأمة، وهكذا، يجتهد الإمام في ترتيب الأولويات وفق أهميتها وحاجة الأمة إليها، وما ينتهي إليها يكون ملزماً في تلك المسألة إلى أن تتغير مقتضيات اجتهاده ويأتي باجتهد جديد.

ومما سبق يُعد القول الخامس القول الراجح نظراً لقوة حجته واستقامته مع الدليل وانضباطه قواعد على قواعد التفسير، مع اتباع إلزام الإمام بالاجتهاد في ترتيب أولوية السبل وفق صالح العباد والبلاد فيما

١- يُقصد بالإمام منظومة الحكم ومؤسساته وأجهزة صنع القرار في الدولة الإسلامية، إذ نحن أما مفهوم مأسسة ولي الأمر لا شخصيتها، وعلى هذا يصير ولي الأمر الرئيس -وهو الشبيه الذي ينزل منزل الإمام الأصل في كل أمر لا يقوم به غيره- والمجلس التشريعي والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية كل في اختصاصه جزء مأسسي لولي الأمر، وكل يُمثل مؤسسة ولي الأمر.

يحقق قوة الدين وإعمار الأرض وإصلاح الدنيا ونشر الدعوة وإقامة الدولة (١).

• خاتمة وتوصيات:

نخلص إلى أن قول الله سبحانه وتعالى: {... وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ...} التوبة، يُظمرُ فيه سبل عدة تختلف في مجالاتها وطرق معالجاتها وأسباب إقامتها ونصبها، ويلتزم الإمام بالاجتهاد في ترتيبها، بحيث يقيم منها ما يرى ويؤجل منها ما يرها جدير بالتأجيل، ونظر الإمام منوطاً في ذلك بأدوات الاجتهاد المعروفة والتزامه الأدلة الشرعية المعتمدة، مراعيًا تباينات الزمان والمكان والعرف والظروف وموقف الأعداء وأوضاع المسلمين في دولتهم ومجتمعهم، فإن اجتهاد الإمام ورتب السبل وفق الأهمية، فعجل وأجل، لزم اجتهاده الأمة ولا يجوز تجاوزه إلى غيره إلى أن يغير الإمام اجتهاده وفق السابق، فيكون اللازم ما انتهى الإمام إليه أخراً.

هذا وما يعين على تنمية استفادة الأمة من ترتيب الإمام واجتهاده في توظيف سهم "في سبيل الله" زيادة وعي أبناء الأمة والاهتمام بأسباب القوة، ومن ثم نوصي بالآتي:

- التوسع في بحث مسألة سهم "في سبيل الله" وطرحها على العلماء، واتفاقهم على قول فيها ينهي الخلاف في شأنها وفق مقتضيات العصر والحال والصراعات الداخلية والخارجية.
- التوسع في تثقيف المسلمين وتنمية وعيهم في شأن الزكاة وأهميتها في صحة دينهم وعظم شأنها في الدنيا والآخرة.

١ - يُقصد بإقامة الدولة أي جعلها على أكمل حال في الالتزام بمنهج الله تعالى وأم وصف في تطبيق شرعه مادياً ومعنوياً، باستحضار معنى قول الله سبحانه وتعالى: {فَأَنْطَلَقْنَا حَتَّى إِذَا آتَيْنَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَفْعَمْنَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّقُوا مِنَّا فَوَجَدْنَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا(٧٧){الكهف.

- إقامة دوائر بحث تعني بإبراز أهم الأنشطة والمجالات التي تحتاج إليها الدولة ورفعها للإمام.
- تشجيع المسلمين على إخراج زكواتهم وبخاصة في سهم " وفي سبيل الله".
- إنشاء هيئة الزكاة بصلاحيات مصلحة الضرائب وسلطاتها والتوسع فيها تدريجياً، بأسلوب يرغب الناس بالأداء اختياراً.
- تأهيل هيئة الزكاة لتحل محل مصلحة الضرائب، فتكون أصلاً لا يجوز النكول عنه، وتصير الضرائب فرعاً احتياطياً يلزمه الإمام بقدر الحاجة.

هذا والله نسأل أن يجعله عملاً صالحاً ویتقبله والحمد لله رب العالمین

المصادر والمراجع:

أي القرآن العظيم والسنة وعلومهما:

- القرآن العظيم.
- الألويسي: أبو الشاء محمود بن عبد الله بن محمود بن درويش شهاب الدين الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفد العربي، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ الطبع.
- البيضاوي: نصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل - تفسير البيضاوي - ، الهيئة العامة لقصور الثقافة، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ابو سعد: د./ عبد السلام محمد أبو سعد، التفسير الفقهي عند ابن عطية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية، طرابلس ليبيا، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الشعراوي: الشيخ محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي - الخطاظر - ، أخبار اليوم/ مكتبة حميدو، دون ذكر تاريخ الطبع.

- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الغد العربي، القاهرة، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

- ابن كثير: أبو القداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الخير، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

- كشك: الشيخ/ عبد الحميد كشك، في رحاب التفسير، المكتب المصري الحديث، دون ذكر تاريخ الطبع.

- ابن عربي المالكي: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي المالكي، عارضة الأحوذني بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

ب- اللغة العربية وعلومها:

- الرازي: محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت.

- الفراهيدي: الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، دون ذكر مكان الطبع وتاريخه.

- مجمع اللغة العربية، الوسيط، القاهرة، دون ذكر تاريخ الطبع.

- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

- ابن هشام: جمال الدين عبد الله بن يوسف بن أحمد بن هشام، مغني اللبيب عن كتب الأعراب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.

- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، دار المعرفة، دون ذكر تاريخ الطبع.
- ابن الحسن: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مركز الرسول الأعظم (ص) للتحقيق والنشر، بيروت، الطبعة العاشرة، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
- سابق: الشيخ / سيد سابق، فقه السنة، دار الفتح الإعلامي العربي - القاهرة/ منشورات دار الكتب - الجزائر، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
- السرخسي: شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- الشعراوي: الشيخ / محمد متولي الشعراوي، الجامع للفتاوى، الدار العالمية للكتب والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الشهير بمحاشية ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- عبد الجليل شلبي، فقه العبادات، وزارة الأوقاف المصرية، دون ذكر تاريخ الطبع.
- د./ عبد الحلیم عويس (ومجموعة من كبار علماء العالم الإسلامي)، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

- ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
- القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري القارفي، الذخيرة في فروع المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
- القنوجي البخاري: أبو الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار الجليل، بيروت، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، ٢٠١٠.
- المرادوي السعدي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، الإنصاف في الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- الميرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الميرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ذكر تاريخ الطبع.
- النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت.

القرائن الصارفة
للأوامر والنواهي عن حقيقتها
الدكتور/ مجدي حسن أبو الفضل شقوير
مدرس أصول الفقه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده سبحانه وتعالى ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا إنه من يهده الله فماله من مضل ومن يضل فماله من هاد وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الهادي إلى صراط الله المستقيم .
وبعد ،

فإن مباحث الأمر والنهي من أهم مباحث أصول الفقه إذ عليها مدار التكليف وبها يكون التحليل والتحريم لذلك اعتنى بها الأصوليون أيما اعتناء ، واهتموا بها غاية الاهتمام فصرفوا إليها همة التحقيق والتدقيق ، والشرح والتفصيل غير أن الأمر والنهي قد يصرفان عن الوجوب والتحريم لقريئة تقتضي ذلك وكان الحكم بالوجوب وغيره متوقف على معرفتها ، لهذا وجب البحث في هذه المسألة وتوضيحها ، والناظر في كتب الأصوليين يجد أنها لم تعط لمسألة القرائن الصارفة للأمر والنهي عن موجبها حقها من البحث والبيان ، ولم تفرد لها بابا خاصا يجمع شتاتها من مظانها في مكان واحد على الرغم من أهميتها في استنباط الأحكام ومعرفة ماتدل عليه الأوامر والنواهي ، ومما يدل على أهميتها ماترتب على الجهل بها من خلط شديد بين الواجب والمندوب ، وبين الحرام والمكروه .

وقد أردت أن يكون لي نصيب يضاف إلى جهد من سبقني من الباحثين في بحث هذه المسألة وبيانها وجمع تفاصيلها من مظانها المختلفة في بطون كتب الفقه والأصول وشرح آيات وأحاديث الأحكام .

خطة البحث:

- الفصل الأول: الأمر والنهي وموجبهما
- المبحث الأول: الأمر وموجبه
- المطلب الأول: تعريف الأمر
- المطلب الثاني: موجب الأمر
- المبحث الثاني: النهي وموجبه
- المطلب الأول: تعريف النهي
- المطلب الثاني: موجب النهي
- الفصل الثاني: تعريف القرائن ومذاهب العلماء
- المبحث الأول: التعريف في اللغة
- المبحث الثاني: التعريف في الاصطلاح
- المبحث الثالث: مذاهب العلماء في القرائن
- الفصل الثالث: أقسام القرائن
- المبحث الأول: أقسام القرائن باعتبار مصدرها
- المطلب الأول: القرائن النصية
- الفرع الأول: قرائن متصلة
- الفرع الثاني: قرائن منفصلة
- المطلب الثاني: القرائن الحالية (الاجتهادية)
- الفرع الأول: تعريف القرائن الحالية
- الفرع الثاني: طرق معرفة القرائن الحالية
- الفرع الثالث: أقسام القرائن الحالية
- النوع الأول: قرينة حال المتكلم
- النوع الثاني: قرينة حال المخاطب
- النوع الثالث: قرينة حال المتكلم فيه
- النوع الرابع: قرينة حال الخطاب
- المبحث الثاني: أقسام القرائن باعتبار قوتها

- المطلب الأول: القرائن القطعية
- المطلب الثاني: القرائن الظنية
- المبحث الثاني: حقيقة عمل القرائن

الفصل الأول

الأمر والنهي وموجبهما

المبحث الأول

الأمر وموجبه

المطلب الأول

تعريف الأمر

أولاً: التعريف في اللغة: الأمر مصدر بمعنى الطلب وهو ضد النهي قال ابن منظور "الأمر معروف نقيض النهي، أمر به وأمره إياه يأمره أمراً وإماراً فأمر أي قبل أمره، وجمعه أمور"، وقال صاحب القاموس المحيط: "الأمر ضد النهي كالإمار والإيمار بكسرهما وأمره به وأمره فأمر" (١) وتستعمل مادته عند العرب بعدة معان منها:

- ١- الطلب: قال صاحب مقاييس اللغة في بيانه للأمر بمعنى الطلب " والأمر الذي هو نقيض النهي قولك إفعل كذا" (٢) أي أطلب منك فعله.
- ٢- الشأن والطريقة: ومنه قوله تعالى " وَمَا أَمْرٌ فَرَعُونَ بِرَشِيدٍ" (٣) أي شأنه وطريقته
- ٣- الفعل: ومنه قوله تعالى " قَالُوا أَتَعْجَبِينَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ" (٤) أي من فعله

(١) لسان العرب لابن منظور مادة أمرج ٤/٢٦- دار المعارف - القاهرة، القاموس المحيط للفيروزآبادي فصل الهمزة ج١/٤٣٩ - طبع دار الحديث بالقاهرة
(٢) معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين بن فارس بتحقيق عبد السلام هارون ج١/١٣٧ - دار الجيل بيروت
(٣) سورة هود آية ٩٧ -
(٤) سورة هود آية ٧٣

ثانياً: التعريف في الاصطلاح: عرف ابن النجار الحنبلي الأمر بأنه: " اقتضاء أو استدعاء مستعمل بمن دونه فعلاً بقول " (١) .
وعرفه السبكي بأنه " اقتضاء فعل غير كف مدلول عليه بغير كف " (٢)
وعرفه البعض بأنه: " طلب الفعل بالقول على سبيل الاستعلاء " (٣) .

المطلب الثاني

موجب الأمر

تستعمل صيغة الأمر في عدة معان منها : الوجوب، الندب، الإباحة، التهديد، الإرشاد، الإذن، التأديب، الإنذار، الامتنان، الإكرام، التسخير، التكوين، التعجيز، الإهانة، التسوية، الدعاء، التمني، الاحتقار، الخير، الإنعام، التفويض، التعجب، التكذيب، المشورة، الاعتبار .

وقد اتفق الأصوليون على أن صيغة الأمر مجاز في هذه المعاني عدا الوجوب والندب، ثم اختلفوا في موجبها وما تفيده على عدة مذاهب (٤):

١- المذهب الأول: ذهب جمهور الأصوليين إلى أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب مجاز في غيره، ثم اختلف هؤلاء فمنهم من قال: إنها تقتضي الوجوب لغة وهو رأي الشافعي وأبي إسحاق الشيرازي وغيرهما، ومنهم من قال: إنها تقتضي الوجوب شرعاً وهو إختيار إمام الحرمين ومن معه، ومنهم من قال إنها تقتضي الوجوب عقلاً .

- (١) شرح الكوكب المنير لابن النجار بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد ج١٠/٣ - طبع مكتبة العبيكان
- (٢) تشنيف المسامع شرح جمع الجوامع للزركشي بتحقيق الدكتور عبد الله ربيع، دكتور سيد عبد العزيز ج٥٧٥/٢ - طبع مؤسسة قرطبة
- (٣) المحصول للإمام ال رازي بتحقيق طه العلواني ج١٧/٢ - طبع جامعة الإمام بالرياض .
- (٤) انظر للمع في أصول الفقه للإمام أبي إسحاق الشيرازي بتحقيق د. مصطفى الندوي ص ٢٢ - طبع دار الكلمة - مصر، تشنيف المسامع شرح جمع الجوامع للزركشي ج٥٩٥/٢، البحر المحيط للزركشي بتحقيق د. محمد تامر ج٨٣/٢ - دار الكتب العلمية

٢- المذهب الثاني: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر حقيقة في الندب وهو مذهب أكثر المعتزلة وأبي هاشم وغيره .

٣- المذهب الثالث: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر حقيقة في القدر المشترك بين الوجوب والندب وهو الطلب وهو مذهب أبي منصور الماتريدي وأصحابه .

٤- المذهب الرابع: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب والندب بالاشتراك اللفظي وبه قال المرتضي من الشيعة .

٥- المذهب الخامس: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر مشترك بين الوجوب والندب والإباحة ثم اختلفوا هل هو من قبيل الإشتراك اللفظي أو المعنوي ؟

٦- المذهب السادس: ذهب أصحابه إلى التوقف وقالوا: لاندرى هل هو حقيقة في الوجوب أو الندب أو فيهما جميعا وهذا قول القاضي والغزالي .

٧- المذهب السابع: ذهب أصحابه إلى التفصيل بين أمر الله وأمر رسوله فأمر الله حقيقة في الوجوب وأمر رسوله مبتدأ يكون للندب، وقد حكى هذا المذهب القاضي عبد الوهاب عن شيخه أبي بكر الأبهري .

٨- المذهب الثامن: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر مشتركة بين الأحكام الخمسة أي بين الوجوب والندب والإباحة والتحرير والكراهة

٩- المذهب التاسع: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب والندب والإباحة والإرشاد والتهديد وهذا المذهب حكاه الغزالي .

١٠- المذهب العاشر: ذهب أصحابه إلى أن صيغة الأمر حقيقة في إرادة الامتثال فقط والوجوب وغيره يستفاد من القرائن وهذا قول القاضي عبد الجبار من المعتزلة وعزاه السمعاني لأبي هاشم .

الراجح: والمذهب الراجح الذي عليه جمهور الأصوليين والذي قامت الأدلة على صحته هو المذهب الأول القائل بأن صيغة الأمر عند

التجرد من القرائن الصارفة حقيقة في الوجود ولا يحمل علي غيره إلا بقرينة.

المبحث الثاني

النهي وموجبه

المطلب الأول

تعريف النهي

أولاً: التعريف في اللغة: النهي لغة: مصدر نهى ينهي وهو تقيض الأمر، وإذا كان الأمر طلب الفعل فإن النهي طلب الكف عن الفعل. قال ابن منظور "النَّهْيُ خلاف الأمر نَهَاهُ يَنْهَاهُ نَهْيًا فَانْتَهَى وتناهى كَفَّ" (١)، ومن مشتقات النهي: النَّهْيَةُ وهو العقل وجمعه: نُهَى ومنه قوله تعالى: "إن في ذلك لآيات لأولي النهى" (٢) أي: لأصحاب العقول

وإنما سمي العقل نهية لأنه ينهى صاحبه عما يشبهه.

ثانياً: التعريف في الاصطلاح: عرفه ابن السبكي فقال "النهي: اقتضاء كف عن فعل لا بقول كف" (٣).

وعرفه أبو إسحاق الشيرازي بأنه "القول الذي يستدعي به ترك الفعل" (٤)

المطلب الثاني

موجب النهي

تستعمل صيغة النهي في عدة معان منها: التحريم، الكراهة، الإرشاد، التحذير، التحقير، الدعاء، التهديد، اليأس، الالتماس، التسوية، الشفقة، وقد اتفق الأصوليون على أن صيغة النهي مجاز في هذه

(١) لسان العرب مادة نهى ج ٣٤٣/١٥، القاموس المحيط للفيروزآبادي فصل النون ص ١٢٣٠

(٢) سورة طه: آية (٥٤)، وكذلك آية (١٢٨).

(٣) جمع الجوامع مع شرحه تشنيف المسامع للزركشي ج ٢/٢٦٦ - طبع مؤسسة قرطبة

(٤) الملعب في أصول الفقه للشيرازي ص ٣١

المعاني عدا التحريم والكراهة ثم اختلفوا في موجبها وما تفيده على عدة مذاهب^(١):

١- المذهب الأول: ذهب أصحابه إلى أن صيغة النهي حقيقة في التحريم واستعمالها فيما عداه مجاز وبه قال الجمهور، وعليه المحققون من أهل اللغة والأصول.

٢- المذهب الثاني: ذهب أصحابه إلى أن صيغة النهي حقيقة في الكراهة، وعليه بعض الفقهاء والأصوليين.

٣- المذهب الثالث: ذهب أصحابه إلى أنها مشتركة بين التحريم والكراهة إما اشتراكاً لفظياً أو معنوياً ولا يتعين التحريم أو الكراهة إلا بقرينة.

٤- المذهب الرابع: ذهب الأحناف إلى أنها تكون للتحريم إذا كان الدليل قطعياً، وللکراهة إذا كان الدليل ظنياً.

٥- المذهب الخامس: وذهب البعض من الأصوليين إلى الوقف، لورود صيغة النهي تارة للتحريم، وتارة للکراهة ولا مرجح.

المذهب الراجح: والمذهب الراجح الذي عليه جمهور الأصوليين والذي قامت الأدلة على صحته هو المذهب الأول

القائل بأن صيغة النهي عند التجرد من القرائن الصارفة حقيقة في التحريم ولا يحمل علي غيره إلا بقرينة.

الفصل الثاني

القرائن

المبحث الأول

التعريف في اللفظة

القرائن: جمع قرينة على وزن فعيلة بمعنى مفاعلة مأخوذة من المقارنة قال ابن فارس "القاف والراء والنون أصلان

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٢ / ١٧٤ - طبع مؤسسة الحلبي وشركاه، جمع الجوامع مع حاشية البناني ج ١ / ٣٩٩ - طبع عيسى الحلبي، تشنيف المسامع للزرکشي ج ٢ / ٦٢٧، شرح الكوكب المنير ج ٣ / ٨٣.

صحيحان أحدهما يدل على جمع شئ إلى شئ والآخر شئ يتأ بقوة
وشدة" (١).

وتدل مادة قرن على معان متعددة منها:

١- المصاحبة والمقارنة: يقال: قارن الشئ الشئ مقارنته وقرانا أي
اقترن به وصاحبه (٢) وفي الآية " وَقَالَ قَرِينُهُ هَذَا مَا لَدَيَّ عَتِيدٌ " (٣) قال
الحسن وقتادة والضحاك: هو الملك الموكل به (٤)، وسمي بذلك لأنه
يصاحبه ويقترن به في كل أوقاته .

٢- الجمع والضم: ومنه قولهم " قرنت البعيرين أقرنهما قرنا،
إذا جمعتهما في جبل واحد، ومنه القران: وهو الجمع بين الحج والعمرة
أي الجمع بينهما بنية واحدة وتلبية واحدة وإحرام واحد وطواف واحد
وسعي واحد (٥)، ومنه قوله تعالى " وَتَرَى الْمُجْرِمِينَ يَوْمَئِذٍ مُّقْرَّنِينَ فِي
الْأَصْفَادِ " (٦) أي مشدودين بعضهم إلى بعض في الأغلال والقيود (٧).
٣- التواء والارتفاع: ومنه قولهم " قرن الجبل، قرن الشاة"
أي الجزء الناتئ والمرتفع عن باقي الجسم .

٤- الإطاقة للشئ والضعف عنه: ومنه قوله تعالى " لِيَسْتَوُوا عَلَيَّ
ظُهُورُهُمْ ثُمَّ تَذْكُرُوا نِعْمَةَ رَبِّكُمْ إِذَا اسْتَوَيْتُمْ عَلَيْهِ وَتَقُولُوا سُبْحَانَ الَّذِي سَخَّرَ
لَنَا هَذَا وَمَا كُنَّا لَهُ مُّقْرَّنِينَ " (٨) أي مطيقين، وهو هنا من الأضداد فيقال:
أقرن للشئ: أطاقه وقوي عليه، وأقرن عن الأمر: ضعف عنه (٩).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس بتحقيق عبد السلام هارون مادة قرن ج ٧٦/٥ -
دار الفكر - بيروت ١٩٧٩

(٢) لسان العرب لابن منظور مادة قرن ج ٣٣١/١٣ - دار المعارف - القاهرة

(٣) سورة ق آية رقم ٢٣

(٤) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله القرطبي بتحقيق سمير البخاري ج ١٦/١٧ -
دار عالم الكتب - الرياض

(٥) لسان العرب لابن منظور مادة قرن ج ٣٣١ / ١٣

(٦) سورة ابراهيم آية رقم ٤٩

(٧) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣٨٤/ ٩

(٨) سورة الزخرف آية ١٣

(٩) لسان العرب مادة " قرن ج ٣٣١ / ١٣، القاموس المحيط، مادة قرن ص ١٢٢٤

وقد ذكرت المعاجم اللغوية معان أخرى لمادة قرن عند العرب مثل أول الشئ وأعلاه، الوقت من الزمان، الاستمرار والدوام، وغير هذا من المعاني إلا أن المعنى المناسب لما هو مقصود من القرينة عند الأصوليين هو المعنى الأول والثاني وهو المصاحبة والمقارنة، أو الجمع والضم لأن القرينة الصارفة يجب أن تكون مصاحبة ومقارنة للأمر أو النهي ومجموعة معهما.

المبحث الثاني

التعريف في الاصطلاح

لم تتعرض كتب الأصول إلى تعريف القرينة وضبطها، بل ذهب كثير من الأصوليين إلى صعوبة حدها وتعريفها وفي هذا يقول الإمام الجويني "لورام واجد العلوم ضبط القرائن ووصفها بما تتميز به عن غيرها لم يجد إلى ذلك سبيلا فكأنها تدق عن العبارات وتأبى على من يحاول ضبطها بها" (١)، ونقل الزركشي في البحر عن الإمام المازري قوله "لا يمكن أن يشار إليها بعبارة تضبطها" (٢)، وقال الشيخ أبو منصور القاءني عن القرائن إنها "يضيق نطاق النطق عن التعبير عنها" (٣).

ومع هذا فقد حاول بعض العلماء تعريفها بما يقرب معناها إلى الأذهان وإن لم يضبطها ضبطا تاما يكشف عن حقيقتها كشفا واضحا جليا وذلك على النحو الآتي:

عرفها الشريف الجرجاني بأنها "أمر يشير إلى المطلوب" (٤)
وعرفها أبو البقاء الكفوي بأنها "ما يوضح عن المراد لا بالوضع" (٥)

-
- (١) البرهان للإمام الجويني ج ١/ ٣٧٣ دار الوفاء بالمنصورة - مصر
 - (٢) البحر المحييط للزركشي ج ٤ / ٢٦٦ - دار الكتب العلمية عام ٢٠٠٠م
 - (٣) شرح المغني لأبي منصور الخوارزمي القاءني ج ١ / ١٠ - دار الوفاء بالمنصورة عام ١٤١٨هـ
 - (٤) التعريفات للشريف الجرجاني ص ٢٢٣ - دار الكتاب العربي - بيروت
 - (٥) الكليات للكفوي بتحقيق عدنان درويش ص ٧٣٤ - مؤسسة الرسالة - بيروت ١٩٩٨

وقال أبو الخطاب الكلوذاني " هي بيان لما أريد باللفظ في عرف
الشرع والعادة " (١)

وأما الكاساني فقسمها إلى نوعين قرينة مغيرة وقرينة مبينة
وعرف المبينة فقال " هي : المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ " (٢) .

وقد اجتهد بعض الباحثين في وضع تعريف لها عرفها بأنها "
ذلك الأمر الذي يشير إلى المعنى المطلوب فيدل عليه مع إمكانية منعه
لإرادة المعنى الأصلي " (٣)

وعرفها البعض بأنها : " أمر يبين ما أريد بالدليل الشرعي
المحتمل (٤) .

ومن مجموع ماتقدم من التعريفات المتعددة للقرينة يتضح لنا أن
المعنى الظاهر المتبادر إلى الذهن من النص الذي تقترن به قرينة ليس هو
المراد والمقصود للشارع وإنما المراد معنى آخر جاءت القرينة تبينه وتوضحه
، وذلك بأن كان ماتقترن به مجملا فتدل القرينة على معناه وتكشف عن
المراد به ، أو يكون محتملا لأكثر من معنى فتعين القرينة أحد هذه المعاني أو
يكون ماتقترن به ظاهرا في معنى ومحتملا لمعنى آخر فتصرفه عن الظاهر إلى
المعنى المحتمل أو تصرفه عن موجهه إلى غيره كما سيأتي في الأمر والنهي ،
فهي في الجملة تمنع من حمل النص على معناه الأصلي أو دلالاته الأصلية
وتجعله دالا على معنى أو حكم آخر محتمل له ، ولهذا عرفها البعض "
بأنها ما يمنع من إرادة المعنى الأصلي في الجملة " (٥) .

(١) التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب الكلوذاني بتحقيق مفيد أبو عمشة ج ١/١٨٣ -
دار المدني بجدة

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧/٢١٤ - دار الكتب العلمية بيروت

(٣) الاعتماد على القرائن في الشريعة لعبد الله المودن ج ١/٣١١ رسالة ماجستير بكلية
الآداب جامعة محمد الخامس بالمغرب

(٤) القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص لمحمد قاسم الأسطل ص ١٩ - رسالة
ماجستير بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة سنة ٢٠٠٤م

(٥) معجم المصطلحات لمجدي وهيبه وكامل المهندس ص ٢٨٨ نقلا عن القرائن عند
الأصوليين لمحمد المبارك رسالة دكتوراه بجامعة الإمام بالرياض

والمقصود هنا بالنص الذي تصرفه القرينة عن الظاهر ما كان مصدرا لاستنباط الحكم الشرعي سواء كان قرآنا أو سنة قولية أو فعلية أو فعلا لأهل الإجماع ، ولهذا انتقد البعض تعريف الكاساني السابق بأنه قصر عمل القرينة على اللفظ فقط بينما الصحيح شمول عملها لكل ما كان مصدرا للحكم الشرعي (١).

المبحث الثالث

مذاهب العلماء في القرائن

اتفق أهل العلم على أن الأصل هو حمل الأمر والنهي على موجبهما ، كما اتفقوا على أنهما يصرفان عن موجبهما إذا اقترن أحدهما بقرينة صارفة تقتضي العدول عن موجهه ولم يخالف في ذلك أحد ، ويعد أن اتفقوا على هذا اختلفوا فيما يمكن أن يعد ويصلح قرينة صارفة فمنهم من توسع في ذلك ومنهم من ضيق فحصل في المسألة مذهبان للعلماء (٢) :

١- المذهب الأول: ذهب جمهور العلماء إلى جواز صرف كل من الأمر والنهي عن موجبهما بأي قرينة صالحة لذلك سواء كانت نصية أم اجتهادية من استنباط المجتهد ، وقد نقل إمام الحرمين الجويني اتفاق أهل العلم على الأخذ بقرائن الأحوال فقال " أما قرائن الأحوال فلم ينكرها أحد " (٣) ، وقال " ... أن العلوم الحاصلة على حكم العادات وجدناها مرتبة على قرائن الأحوال وهي لا تنضب انضباط المحدودات بحدودها ولا سبيل إلى جعدها إذا وقعت " (٤) وقد تابعه على هذا القول السبكي في الإبهاج (٥) ، وقد ترجم البخاري لبعض الأحاديث في كتاب الاعتصام فقال " باب نهى النبي على التحريم إلا ما تعرف بإباحته " قال ابن حجر " أي ما تعرف بإباحته بدلالة السياق أو قرينة الحال أو قيام الدليل على

- (١) القرائن عند الأصوليين لمحمد المبارك رسالة دكتوراه بجامعة الإمام بالرياض ج ١/٦٠
- (٢) القرائن عند الأصوليين ج ٢/٦٥٢ ، راجع تحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد لشرح الكوكب المنير لابن النجار ج ٣/١٩ - طبع مكتبة العبيكان
- (٣) البرهان لإمام الحرمين الجويني ج ١/٢١٤
- (٤) البرهان ج ١/٣٧٤
- (٥) الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ج ٣/١٥ - دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ

ذلك" (١) وذكر الإسنوي في التمهيد ما يقرر هذا الاتجاه ويؤكدده فقال " إذا ورد الأمر بشئ وكان عند المأمور وازع يحمله على الإتيان به فلا يحمل ذلك الأمر على الوجوب " (٢) ومثل لذلك بحديث " يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج " (٣) فإن الأمر هنا لا يفيد الوجوب خلافا للظاهرية لوجود الداعية الحاملة على الفعل وهي قرينة حالية. (٤)

وقد استدلل أصحاب هذا المذهب على ذلك بما يأتي:

أ- قوله تعالى " إِنَّ فِي ذَلِكَ لَعِبْرَةً لَأُولِي الْأَبْصَارِ " (٥).

وجهة الدلالة: أن العبرة في الآية معناها الاعتبار وهو التعبير والتبيين كما في قوله تعالى " إِنْ كُنْتُمْ لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ " (٦) والتبيين الذي يكون مضافا إلينا هو إعمال الرأي في معنى النصوص حتى يتبين لنا وجه الحق منها ومن ذلك صرف اللفظ عن ظاهره غير المراد إلى معناه المراد بقرينة تبين وتوضح ذلك لا بمجرد الرأي والهوى (٧).

ب- إن هناك من الأوامر والنواهي ما لا يراد به حقيقته وقد اتفقت

الامة على صرفها عن حقيقتها ولا يوجد لها صارف إلا القرينة الحالية أو المستنبطة كما في قوله تعالى " فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا " (٨)، وقوله " وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا " (٩) فإن الأمة أجمعت على أن الأمر في قوله "

- (١) فتح الباري لابن حجر ج١٣/ ٣٤٩- دار الريان للتراث
- (٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الإسنوي بتحقيق الدكتور محمد حسن هيتو ص ٢٦٩ - مؤسسة الرسالة
- (٣) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب النكاح برقم ١٩٠٦ ج٣/ ٣٤، ومسلم باب استحباب النكاح لمن تاققت نفسه برقم ٣٤٦٤ ج٣/ ١٢٨
- (٤) التمهيد للإسنوي ص ٢٧٢
- (٥) سورة آل عمران آية ١٣
- (٦) سورة يوسف آية ٤٣
- (٧) القرائن الصارفة للأمر عن حقيقته وأثر ذلك في كتابي الصيام والحج لمحمد علي الحفيان ص ١٣٦ - رسالة ماجستير بكلية الشريعة جامعة أم القرى سنة ١٤١٦ هـ
- (٨) سورة النور آية ٣٣
- (٩) سورة المائدة آية ٢

فكاتبوهم "، وقوله " فاصطادوا " مصروف عن الوجوب إلى الإباحة ولا صارف له إلا القرينة الحالية .

٢- المذهب الثاني: وذهب الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم إلى أن الأمر والنهي لا يصرقان عن موجههما إلا بنص صريح أو إجماع متيقن ولا يجوز صرفهما عن موجههما بغير ذلك إذ غير النص والإجماع لا يصلحان قرينة صارفة قال ابن حزم " أمر رسول الله كله على الفرض حتى يأتي نص آخر أو إجماع متيقن غير مدعى بالباطل على أنه ندب فنقف عنده " (١)، وقد استدل على ذلك بما يأتي:

أ- قوله تعالى: " فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَيُّ الْفِعْلِ يَدُلُّونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " (٢)

وجهة الدلالة منها: أن الله تعالى أنكر على الناس تبديل اللفظ والتبديل هو صرف اللفظ عن موضعه وعن مفهومه إلى غيره بلا دليل من نص أو إجماع متيقن. (٣)

وأجيب عن هذا: بأن المراد بالتبديل هنا التحريف أما صرف اللفظ عن ظاهره بقرينة فليس من قبيل التبديل في شيء. (٤)
ب- قوله تعالى " أَفَغَيَّرَ اللَّهُ أَسْمَاءَ حِكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا " (٥)

وجهة الدلالة منها: أن ابتغاء غير مقتضى النصوص الواردة من الله في القرآن وعلى لسان نبيه هو ابتغاء لغير الله حكماً فإن الله يقول أوجبت عليكم هذا الفعل والقرينة من غير النص والإجماع المتيقن تقول غير هذا فكانت من باب ابتغاء غير الله حكماً. (٦)

١) المحلى لابن حزم ج١/٢٠٩، ١٥/٢، ١٩٧/٣ - طبع دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

٢) سورة البقرة آية ١٨١

٣) الإحكام لابن حزم الظاهري ج١/٣١٠ - طبع دار الحديث بالقاهرة

٤) القرائن الصارفة للأمر عن حقيقته وأثر ذلك في كتابي الصيام والحج لمحمد علي الحفيان ص ١٣٦

٥) سورة الأنعام آية ١١٤

٦) المحلى لابن حزم ج١/٣١٢

وأجيب عن ذلك: بأن العمل بالقرينة الصحيحة للوقوف على مقصد النص والمعنى الذي ثبت الحكم لأجله ليس خروجاً على النص بل هو عمل به فلا يكون ذلك من باب ابتغاء غير الله حكماً، وإنما يكون كلامكم صحيحاً إذا صرفنا الأمر عن الوجوب إلى غيره بالهوى والتشهي وبغير دليل صحيح .
الراجع في المسألة:

التأمل في هذا الخلاف يجد أن مذهب الجمهور القائل بأن القرائن النصية والحالية صالحة لصرف الأمر والنهي عن موجبهما هو الراجع لما يأتي:

١- إن المتبع لكثير من الأوامر والنواهي يجد أنها مصروفة عن حقيقتها ولا يوجد لها صارف من نص أو إجماع اللهم إلا القرائن الحالية كما سيأتي عند الحديث عن أقسام القرائن مما يدل على اعتبار الشارع لها .
٢- إن ابن حزم بنى رأيه في هذه المسألة على أصل مذهبه في الأخذ بظاهر النصوص والألفاظ وإنكار القياس وهو مذهب غير مسلم ولم يعتبره العلماء فكذا يكون رأيه هنا في هذه المسألة غير معتبر كما في الأصل الذي بنى عليه (١).

٣- إن ابن حزم نفسه قد أقر بالقرائن الحسية التي هي من قرائن الأحوال فقال في المحلى " ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى النذب إلا بنص آخر أو بضرورة حس " (٢) وفي هذا نقض لمذهبه في قصر القرائن الصارفة على النص والإجماع المتيقن فقط .
ثمرة الخلاف:

وتظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في أمرين:

١- ترتب على الخلاف في اعتبار القرائن الاجتهادية وعدم اعتبارها خلاف في كثير من الفروع الفقهية بين الجمهور والظاهرية كما في

(١) القرائن الصارفة للأمر لمحمد الحفيان ص ١٣٨

(٢) المحلى لابن حزم ج ٦/٣٥٢

مسألة حكم الزواج حيث ورد الأمر به في قوله صلى الله عليه وسلم " يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج " (١) فقد ذهب جمهور العلماء إلى استحباب النكاح للقادر عليه وحملوا الأمر في قوله " فليتزوج " على الاستحباب لوجود القرينة الصارفة له عن الوجوب إلى الندب وهي الداعية الحاملة على الفعل فإن قوة الشهوة الفطرية المخلوقة في الإنسان تحمله على طلب الزواج حتى لو لم يرد أمر بذلك والقاعدة في هذه المسألة " إذا ورد الأمر بشئ يتعلق بالمأمور وكان عند المأمور وازع يحمله على الإتيان به فلا يحمل ذلك الأمر على الوجوب لأن المقصود من الإيجاب إنما هو الحث على طلب الفعل والحرص على عدم الإخلال به والوازع الذي عنده يكفي في تحصيل ذلك " (٢)، أما عند الظاهرية فإن الزواج فرض للقادر علي الوطاء والمستطيع حملا للأمر الوارد في هذا الحديث علي الوجوب لعدم وجود قرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره (٣)

٢- القرائن الاجتهادية عند الجمهور كثيرة ومتفاوتة وليست كلها على درجة واحدة في القوة والضعف، والظهور والخفاء فبعضها أقوى وأظهر من بعض فتدل حينئذ على صرف الأمر والنهي عن موجهما دلالة قطعية، وبعضها ضعيف وغير واضح فتدل حينئذ على المراد دلالة ظنية لذلك اختلفت أنظار العلماء في كثير من الأوامر والنواهي الواردة في النصوص الشرعية تبعا لاختلافهم في تقدير وجود قرائن حالية مصاحبة لتلك الأوامر والنواهي من عدم وجودها، وفي عد بعضها صارفا أو لا، وأيضا يتوقف العمل بها على قوة فهم المجتهد وحسن إدراكه وصفاء ذهنه ومعرفة دلالات الألفاظ ومراتبها فقد تصلح قرينة للصرف عند طائفة ولا تصلح لذلك عند غيرهم (٤)، وقد ترتب على ذلك خلاف بين المذاهب المختلفة لجمهور العلماء في الفروع الفقهية .

(١) سبق تخريجه

(٢) التمهيد للإسنوي بتحقيق د محمد حسن هيتو ص ٢٦٩، ٢٧٠ - مؤسسة الرسالة -

بيروت

(٣) المحلى لابن حزم ج ٩ / ٤٤٠

(٤) القرائن عند الأصوليين ج ٢ / ٦٣٨،

الفصل الثالث

أقسام القرائن

التأمل في الكتب الأصولية يجد أن الأصوليين لم يعقدوا مباحث خاصة بمسألة القرائن ولم يفصلوا الكلام فيها بل اقتصروا على تقرير أصل جواز صرف الأمر والنهي عن موجههما بالقرائن وجاء كلامهم عن أنواع القرائن مجملا وعرضا، ولهذا فإن الباحث عن أنواع القرائن الصارفة يجد الكلام عنها مفصلا في مواضع مختلفة من كتب الفقه، وآيات الأحكام، وشروح أحاديث الأحكام، ومن خلال استقراء ما ذكره العلماء نجد أن القرائن التي تصرف الأمر أو النهي عن موجههما قد ينص الشارع عليها صراحة إما في نفس النص فيأتي النص الواحد مشتتلا على الأمر أو النهي وعلى القرينة الصارفة، وإما في نص آخر فيرد الأمر أو النهي في نص وترد القرينة الصارفة له في نص آخر وحينئذ يلزم الجمع بين هذه النصوص، أو يجتهد العلماء في استنباط قرينة غير منصوص عليها صراحة ولكن السلوك العام للشارع يدل على اعتبارها، ولهذا يمكن تقسيم القرائن عند جمهور العلماء إلى قرائن نصية وأخرى اجتهادية أو حالية، والنصية يمكن تقسيمها إلى قرائن متصلة وردت في ذات النص وأخرى منفصلة وردت في نص آخر، أما عند الظاهرية فالقرائن نصية متصلة ومنفصلة أو إجماع فقط أما القرائن الاجتهادية أو الحالية فلا وجود لها عندهم بناء على مذهبهم في تضييق اعتبار القرائن كما سبق بيانه في المبحث السابق، وكذلك فإنها تختلف من حيث قوتها وضعفها فبعضها يدل على المراد دلالة قطعية، وبعضها يدل عليه دلالة ظنية .

ولهذا قسم الباحثون القرائن باعتبارين مختلفين إلى قسمين:

١- الأول: تنقسم باعتبار مصدرها إلى نصية (مقالية)، واجتهادية (حالية) .

٢- الثاني: وتنقسم باعتبار قوتها إلى قطعية وظنية .

ويمكن بيان ذلك في عدة مباحث .

المبحث الأول

تقسيم القرائن باعتبار مصدرها

تنقسم القرائن بهذا الاعتبار إلى قسمين قرائن مصدرها النص الشرعي وهي التي جاء بها نص من القرآن أو السنة القولية أو الفعلية أو التقريرية سواء جاءت في ذات النص أو في نص آخر وهذه هي القرائن النصية (المقالية)، وقرائن مصدرها المجتهد وهي التي لم يأتي بها نص من كتاب أو سنة ولكن استنبطها المجتهد باجتهاده وهذه هي القرائن الاجتهادية (الحالية).

المطلب الأول

القرائن النصية

عرفها الإمام الرازي فقال " وأما القرينة المقالية فهي: أن يذكر المتكلم عقيب كلامه ما يدل على أن المراد منه غير ما شعر به ظاهره " (١) فالقرائن النصية ألفاظ لها رسم في الكلام وقد صرح الشارع بها ووردت على لسانه صراحة تصرف الأمر والنهي عن موجهما، وتبين أن المراد بهما غير المعنى الظاهر بل معنى آخر، ويلحق بها أفعال النبي صلى الله عليه وسلم وتقريراته فإنها قرائن كثيرا ماتبين المراد من الأمر أو النهي، ولاخلاف بين الجمهور والظاهرية على العمل بموجب هذه القرائن في صرف الأوامر والنواهي لأن الشارع الحكيم صرح بها ونص عليها، وبين أن مراده من الأمر والنهي هنا ليس الوجوب أو التحريم فوجب العمل بهذا البيان قال ابن حزم " فإذا نص ربنا عز وجل في أمر قد أمر به على أننا إن شئنا فعلنا، وإن شئنا تركنا فقد أوجب علينا قبول هذا النص على ظاهره ضرورة " (٢)، وهذه القرائن قد ترد في نفس النص الذي ورد فيه الأمر أو النهي، أو ترد في نص آخر غير الذي ورد فيه الأمر أو النهي كما سبق، ولهذا فإن العلماء يقسمون القرائن النصية إلى قسمين:

(١) المحصول للإمام الرازي بتحقيق طه العلواني ج ٤٦١/١ - طبع جامعة الإمام بالرياض.

(٢) الإحكام لابن حزم ج ٢٢/٣ طبع دار الحديث بالقاهرة

١ - قرائن نصية متصلة ٢ - قرائن نصية منفصلة .

الفرع الأول

القرائن المتصلة

عرفها شيخ الإسلام زكريا الأنصاري فقال " هي ما لا يستقل بنفسه من اللفظ بأن يقارن الأمر في السياق " (١)

وهذا النوع من القرائن كما هو واضح من التعريف ألفاظ لها رسم في الكلام تأتي في ذات النص الذي ورد فيه الأمر أو النهي ولا تأتي مستقلة في نص آخر بل يكون النص الواحد مشتملا على الأمر أو النهي وعلى القرينة الصارفة مما يسهل معه معرفة القرينة دون الحاجة إلى البحث والاجتهاد وجمع الأدلة المختلفة الواردة في ذات الموضوع إذ النص قد كفانا مؤنة هذا البحث ولهذا يعرفها كل من قرء النص وله معرفة بالعربية يستوي في ذلك المجتهد وغير المجتهد .

وتأتي القرائن المتصلة بصيغ متعددة منها على سبيل المثال ما يأتي :

أولا: مثالها في باب الأمر:

١ - رد الأمر إلى مشيئة المكلف : وذلك بأن يرد في سياق النص ما يدل على تحييير المكلف بين الفعل إن شاء أو عدمه ومن الأمثلة على ذلك :

أ - مرواه ابنُ بريدةَ قالَ حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ الْمُزْنِيُّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " صَلُّوا قَبْلَ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ، صَلُّوا قَبْلَ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ قَالَ فِي الثَّلَاثَةِ: لِمَنْ شَاءَ " (٢) ، فقوله " صلوا " فعل أمر يقتضي الوجوب لكنه مصروف عن ذلك بقوله " لمن شاء " قال ابن حجر: " قول النبي صلى الله عليه وسلم " لمن شاء " فيه إشارة إلى أن الأمر حقيقة في

(١) غاية الوصول شرح لب الأصول لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ص ٧٦ - عيسى

الخلبي

(٢) رواه البخاري كتاب الاعتصام برقم ٧٣٦٨ انظر الفتح ج ١٣/٣٤٨ - دار الريان للتراث، وأبو داود في سننه باب الصلاة قبل المغرب برقم ١٢٨١ ج ٢/٢٦ - دار الريان للتراث

الوجوب فلذلك أردفه بما يدل على التخيير بين الفعل والترك فكان ذلك صارفاً للحمل على الوجوب" (١).

٢- نفي الحرج والجناح: وذلك بأن يرد في سياق النص ما يدل على نفي الحرج وعدم المؤاخذة على ترك الفعل ومن الأمثلة على ذلك:

أ- ماورد عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " مَنْ أَكْتَحَلَ فُلْيُوتِرَ مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ، وَمَنْ اسْتَجَمَرَ فُلْيُوتِرَ مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ، وَمَنْ أَكَلَ فَمَا تَخَلَّلَ فَلْيَلْفِظْ وَمَا لَاكَ يَلْسَانِهِ فَلْيَتَلَعْ مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ، وَمَنْ أَتَى الْغَائِطَ فَلْيَسْتِرْ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا أَنْ يَجْمَعَ كَثِيبًا مِنْ رَمَلٍ فَلْيَسْتَدْبِرْهُ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَلْعَبُ بِمَقَاعِدِ بَنِي آدَمَ مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ " (٢).

فقوله عليه السلام "فليوتر، فليلفظ، فليتلع، فليستر، فليستدبره" هي من صيغ الأمر لأنها أفعال مضارعة مقترنة بلام الأمر فتفيد الوجوب لكنها صرفت عن موجهها بقرينة نفي الحرج في قوله "من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج".

٣- التعليل بما يشعر بعدم الوجوب: وذلك بأن يرد أمر في نص شرعي ثم يعلله الشارع بما يشعر بأنه لم يرد به الوجوب مثل التعليل بالشك فإن تصرفات كثير من أهل العلم تدل على أن ذلك قرينة صارفة له عن الوجوب، ومن أمثلة ذلك:

أ- عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلَا يَغْمَسُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا فَإِنَّهُ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ " (٣) فإن الحديث يقتضي وجوب غسل اليد قبل غمسها في الإناء لأن الغسل جعل غاية للنهي عن الغمس ولكن الأمر هنا مصروف عن الوجوب إلى الندب والاستحباب والقرينة هي تعليل الأمر بقوله " فإنه

(١) فتح الباري لابن حجر ج ١٣/٣٥٠

(٢) رواه أبو داود في سننه كتاب الطهارة باب الاستنار في الخلاء برقم ٣٥ ج ١/١٣

(٣) رواه البخاري كتاب بدء الوحي برقم ١٦٢ ج ١/٥٢، مسلم باب كراهة غمس المتوضئ وغيره يده برقم ٦٦٥ ج ١/١٦٠

لا يدري أين باتت يده " والقاعدة تقتضي بأن التعليل بما يقتضي الشك قرينة صارفة للأمر عن الوجوب إلى الندب أو الإباحة قال ابن دقيق: " فإنه صلى الله عليه وسلم علل بأمر يقتضي الشك وهو قوله: " فإنه لا يدري أين باتت يده " والقواعد تقتضي أن الشك لا يقتضي وجوباً في الحكم إذا كان الأصل المستصحب على خلافه موجوداً" (١)

ب- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لَا تَقْطَعُوا اللَّحْمَ بِالسُّكَّيْنِ فَإِنَّهُ مِنْ صَنِيعِ الْأَعَاجِمِ وَأَنْهَسُوهُ فَإِنَّهُ أَهْتَأُ وَأَمْرَأُ" (٢). فقوله " وانهسوه " أمر يقتضي الوجوب إلا أنه مصتوف عن الوجوب إلى الندب والإرشاد لأن النبي صلى الله عليه وسلم علله بقوله " فإنه أهتا وأمرا " وفي هذا ما يشعر بعدم الوجوب قال الحافظ في الفتح " قال شيخنا - أي الحافظ العراقي - في شرح الترمذي: الأمر فيه محمول على الإرشاد فإنه علله بكونه أهتا وأمرا أي أشد هناة ومراة" (٣)

ثانياً: مثالها في باب النهي:

١ - عدم القطع بالمنع من الفعل: وذلك بأن يرد في النص المحرم ما يدل على عدم القطع بالمنع من الفعل النهي عنه منعا جازما فيكون ذلك قرينة صارفة للنهي عن حقيقته ودالة على أن الشارع الحكيم لم يرد به التحريم ومثال ذلك:

١ - ماروته أم عطية رضي الله عنها قالت: نُهِنَا عَنْ اتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ وَكَمْ يُعَزَّمُ عَلَيْنَا. (٤) فقول أم عطية " نهينا " يدل على تحريم اتباع النساء

(١) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد تحقيق مصطفى شيخ مصطفى ج ١/١٩ - طبع مؤسسة الرسالة بيروت، نيل الأوطار للشوكاني م ١/١٣٧ - دار التراث بالقاهرة

(٢) رواه أبو داود في سننه باب أكل اللحم برقم ٣٧٨٠ ج ٣/٤١٠، أحمد في مسنده من حديث صفوان بن أمية برقم ٢٧٦٧٥ ج ٦/٤٦٤

(٣) فتح الباري لابن حجر ج ٩/٤٥٦ - طبع دار الريان للتراث

(٤) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب اتباع الجنائز برقم ١٢٧٨ ج ٢/٩٩، مسلم باب نهى النساء عن اتباع الجنائز برقم ٢٢٠٩ ج ٣/٤٦

الجنازات لأن النهي يقتضي التحريم إلا أن الخبر نص صراحة على القرينة التي دلت دلالة قطعية على صرف هذا النهي عن التحريم الى الكراهة وهي قولها " وَلَمْ يُعْزَمَ عَلَيْنَا " ، قال ابن حجر " قولها ولم يعزم علينا أي ولم يؤكد علينا في المنع كما أكد علينا في غيره من المنهيات فكأنها قالت كره لنا اتباع الجنازات من غير تحريم ، وقال القرطبي ظاهر سياق أم عطية أن النهي نهي تنزيه وبه قال جمهور أهل العلم " (١)

٢- التعليل بما يشعر بعدم التحريم : وذلك بأن يرد نهي في نص شرعي ثم يعلله الشارع بما يشعر بأنه لم يرد به التحريم حيثئذ يكون هذا التعليل قرينة صارفة له عن التحريم إلى الكراهة ومن أمثلة ذلك :

١- ماجاء عن أبي هريرة قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " مَنْ عَرِضَ عَلَيْهِ رِيحَانٌ فَلَا يَرُدُّهُ فَإِنَّهُ خَفِيفُ الْمَحْمُولِ طَيْبُ الرِّيحِ " (٢) . فإن قوله " فلا يردده " نهي يقتضي تحريم رد الطيب ولكنه مصروف عن التحريم إلى الكراهة لوجود القرينة الصارفة وهي التعليل بما يدل على عدم التحريم في قوله " فَإِنَّهُ خَفِيفُ الْمَحْمُولِ طَيْبُ الرِّيحِ " فإنه يدل على الترغيب في القبول وعدم الرد قال النووي " وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ كَرَاهَةٌ رَدِّ الرِّيحَانِ لِمَنْ عَرِضَ عَلَيْهِ إِلَّا لِعُذْرٍ " (٣)

٢- وأيضا حديث السيدة عائشة السابق فإن النهي الوارد في قوله " لَا تَقْطَعُوا اللَّحْمَ بِالسُّكَّيْنِ ... " مصروف عن التحريم إلى الكراهة بقرينة التعليل بقوله " فإنه أهنا وأمرأ " كما سبق بيانه في المسألة السابقة .

الفرع الثاني

القرائن المنفصلة

عرفها شيخ الإسلام زكريا الأنصاري فقال : " ما يستقل بنفسه من اللفظ " (٤)

(١) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ج٣/١٤٥

(٢) رواه مسلم في صحيحه باب استعمال المسك وكراهة رد الريحان برقم ٦٠٢٠ ج٧/٤٨

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ج٧/٤٣٩

(٤) غاية الوصول شرح لب الأصول ص ٧٨

فالقرائن المنفصلة كما هو واضح من تعريف الأنصاري هي ألفاظ لها رسم في الكلام تأتي في نص مستقل غير النص الذي ورد فيه الأمر أو النهي، ومحمل النص الأول الذي ورد فيه الأمر أو النهي على النص الآخر الذي وردت فيه القرينة يتضح أن الأمر والنهي مصروفان عن موجبهما. ومعرفة هذه القرينة يحتاج إلى البحث والاجتهاد وجمع النصوص المختلفة الواردة في الموضوع الواحد وضم بعضها إلى بعض ليتحقق الباحث من أن أحد هذه النصوص هل يشتمل على قرينة أو لا؟ إذ بغير هذا الجمع لا نستطيع معرفة وجود القرينة من عدمها فيقع الخطأ والتخبط في الأحكام الشرعية، ويلزم من هذا أنه عند استنباط الأحكام لا يجوز الاعتماد أو الاقتصار على النص الأمر أو النهي فقط دون البحث عن وجود القرائن الصارفة في النصوص الأخرى التي لها صلة بذات الموضوع محل البحث بل يجب التوقف عن العمل بهذه النصوص إلى حين البحث عن القرائن الصارفة، ومثلها في هذا مثل النصوص العامة والمطلقة التي يجب التوقف عن العمل بها إلى حين البحث عن المخصص أو المقيد... وقد اشترط بعض الباحثين للعمل بالقرائن المنفصلة شرطين هما:

أ- أن يرد النصان على محل واحد فإذا ورد كل منهما على محل غير ماورد عليه الآخر لم يصح صرف الأمر والنهي به لاختلاف المحل.

ب- أن لا يكون النص الذي أوجب الفعل متأخر عن النص الذي لم يوجبه وإلا كان ناسخاً له إذا علم تاريخ كل منهما.

وتأتي القرائن المنفصلة بصيغ متعددة منها على سبيل المثال ما يأتي:

أولاً: **مثالها في باب الأمر^(١):**

١- ورود نص يشعر بعدم وجوب الأمر: وذلك بأن يرد نصان أحدهما يشتمل على أمر يقتضي وجوب المأمور به، والآخر يرد به مايدل عدم وجوب ذلك الفعل

(١) القرائن عند الأصوليين لمحمد المبارك ج٢/٦٧٩

مثال ذلك : الحديث الذي رواه أبو قتادة أن رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ " إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيُرْكَعْ رُكْعَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَجْلِسَ " ^(١) ، فَإِنْ قَوْلُهُ " فَلْيُرْكَعْ " فعل مضارع مقترن بلام الأمر فيقتضي الوجوب إلا أنه مصروف عن الوجوب إلى الندب بقريظة وردت في نص آخر وهو ما رواه طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ قَالَ جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ أَهْلِ نَجْدٍ نَائِرِ الرَّأْسِ يُسْمَعُ دَوِيَّ صَوْتِهِ وَلَا يُفْقَهُ مَا يَقُولُ حَتَّى دَنَا فَيَاذًا هُوَ يَسْأَلُ عَنِ الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " خَمْسُ صَلَوَاتٍ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ؟ قَالَ : لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ " ^(٢) فجواب النبي عن سؤال الأعرابي بقوله " لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ " يدل على أن الأمر في قوله " فَلْيُرْكَعْ " مصروف عن الوجوب إلى الندب .

٢- ترك النبي للمأمور به : فإذا ورد أمر من الشارع بفعل ما ثم ترك النبي صلى الله عليه وسلم ذلك الفعل ولو لمرة واحدة كان هذا الترك قريظة على صرفه عن الوجوب إلى الندب والاستحباب كما هو شأن السنن المؤكدة إذ لا يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ترك الواجب ولو لمرة واحدة ، لأنه جاء لبيان الأحكام الشرعية فكان هذا الترك منه قريظة صارفة للأمر عن الوجوب إلى غيره قال الإمام القرافي " إنه عليه السلام معصوم لا يقع في فعله محرم ، ولا ترك واجب فمتى ترك شيئاً دل على عدم وجوبه " ^(٣) ، وقال ابن الجار " الترك مثل أن يترك فعلاً قد أمر به أو قد

(١) رواه البخاري في صحيحه كتاب بدء الوحي باب إذا دخل المسجد فليركع ركعتين برقم ٤٤٤ جـ ١٢٠/١ ، مسلم في صحيحه باب استحباب تحية المسجد برقم ١٦٨٧ جـ ١٥٥/٢ ،

(٢) رواه البخاري في صحيحه كتاب بدء الوحي باب الزكاة من الإسلام برقم ٤٦ جـ ١٨/١ ، مسلم في صحيحه باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام برقم ١٠٩ جـ ٣١/١ ،

(٣) نفائس الأصول للإمام للقرافي جـ ٥/٢٣٢٤ - دار البازيمكة المكرمة ، شرح تنقيح الأصول للقرافي ص ٢٧٩ - المكتبة الأزهرية للتراث

سبق منه فعله فيكون تركه له ميينا لعدم وجوبه " (١) ، ويشترط هنا لكون تركه للفعل قرينة صارفة شرطان:

١- الأول: أن يقع ترك الفعل منه صلى الله عليه وسلم بعد ورود الأمر به لا قبله حتى يمكن الاستدلال بالترك على صرف الأمر عن الوجوب إلى غيره، أما إذا كان الترك قبل الأمر فحينئذ لا يكون قرينة بل يدل على أن الفعل كان مباحا ثم جاء الأمر فجعله مأمورا به .

٢- الثاني: أن لا يثبت كون الترك مختصا بالنبي صلى الله عليه وسلم فإذا كان جواز الترك من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن في ذلك دلالة على حمل الأمر على الندب والاستحباب بل يبقى على ظاهره وحقيقته والذي يختص به النبي صلى الله عليه وسلم على الأمة قدر يسير جدا فلا يصح إدعاء الخصوصية إلا بدليل وبرهان، وعلى هذا فالأصل أن ترك النبي صلى الله عليه وسلم للمأمور به قرينة صارفة للأمر عن الوجوب إلى الندب والاستحباب (٢) ومثال ذلك:

أ- إن الأمر بالإشهاد على البيع في قوله تعالى " وَأَشْهَدُوا إِذَا بَيَّعْتُمْ " (٣) مصروف عن الوجوب إلى الندب والاستحباب والقرينة الصارفة لذلك هي تركه صلى الله عليه وسلم العمل بالإشهاد في عدة وقائع منها مارواه عُمَارَةُ بْنُ حُزَيْمَةَ أَنَّ عَمَّهُ حَدَّثَهُ " أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابْتِاعَ فَرَسًا مِنْ أَعْرَابِيٍّ فَاسْتَبَعَهُ النَّبِيُّ لِيَقْضِيَهُ ثُمَّ فَرَسَهُ فَأَسْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ الْمَشْيَ وَأَبْطَأَ الْأَعْرَابِيُّ فَطَفِقَ رِجَالٌ يَعْتَرِضُونَ الْأَعْرَابِيَّ فَيَسْأَلُونَهُ بِالْفَرَسِ وَلَا يَشْعُرُونَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابْتِاعَهُ فَتَادَى الْأَعْرَابِيُّ رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ: إِنْ كُنْتَ مُبْتِاعًا هَذَا الْفَرَسِ وَالْأَيْعْتَهُ . فَقَامَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِينَ سَمِعَ نِدَاءَ الْأَعْرَابِيِّ فَقَالَ: أَوْلَيْسَ قَدِ ابْتَعْتَهُ مِنْكَ ؟ فَقَالَ الْأَعْرَابِيُّ: لَا وَاللَّهِ مَا يَعْتَكُهُ . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

(١) شرح الكوكب المنير لابن النجار ج ٣/٤٤٦

(٢) القرائن عند الأصوليين لمحمد المبارك ج ٢/٧٠٣

(٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

وسلم: بَلَى قَدْ ابْتَعْتَهُ مِنْكَ. فَطَفِقَ الْأَعْرَابِيُّ يَقُولُ هَلُمَّ شَهِيدًا. فَقَالَ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ: أَنَا أَشْهَدُ أَنَّكَ قَدْ بَايَعْتَهُ، فَأَقْبَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى خُزَيْمَةَ فَقَالَ: يَمْ تَشْهَدُ؟ فَقَالَ: بِتَصْدِيقِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَجَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَهَادَةَ خُزَيْمَةَ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ^(١)، وأيضاً فقد اشترى رسول الله من يهودي طعاماً، ومن رجل سراويل ولم ينقل عنه أنه أشهد على شيء من ذلك، ولهذا قال الشوكاني: "الأمر في قوله تعالى "وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ" ليس على الوجوب بل هو على الندب لأن فعل النبي صلى الله عليه وسلم قرينة صارفة للأمر من الوجوب إلى الندب"^(٢)

ب- إن الأمر بالصلاة إلى سترة في قوله صلى الله عليه وسلم « إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيُصَلِّ إِلَى سِتْرَةٍ وَلْيَدْنُ مِنْهَا »^(٣) مصروف عن الوجوب إلى الندب والإستحباب بترك النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة إلى سترة فقد روى الفضل بن عباس قال أَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَنَحْنُ فِي بَادِيَةِ لَنَا وَمَعَهُ عَبَّاسٌ فَصَلَّى فِي صَحْرَاءَ لَيْسَ بَيْنَ يَدَيْهِ سِتْرَةٌ وَجِمَارَةٌ لَنَا وَكَلْبَةٌ تَعْبَثَانِ بَيْنَ يَدَيْهِ فَمَا بَالِي ذَلِكَ^(٤)

٣- الإقرار من النبي لمن ترك المأمور به: إذا ورد أمر في نص شرعي ثم رأى أو علم النبي صلى الله عليه وسلم أن بعض الصحابة ترك ذلك الأمر فسكت عنه ولم ينكر عليهم كان هذا السكوت والإقرار منه صلى الله عليه وسلم قرينة صارفة للأمر عن الوجوب إلى غيره لأن الأمر

- (١) انظر سنن أبي داود باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد حديث خزيمة برقم ٣٦٠٩ ج ٣/٣٤٠، مسند الإمام أحمد من حديث خزيمة بن ثابت ج ٥/٥١٥
- (٢) نيل الأوطار للشوكاني باب البيع بغير إلهاد ج ٥/٢٣٤
- (٣) رواه أبو داود في سنته من حديث أبي سعيد الخدري كتاب الصلاة باب الدنو من السترة برقم ٦٩٨ ج ١/٢٥٨، سنن النسائي كتاب الصلاة باب الأمر بالدنو من السترة برقم ٧٤٨ ج ٢/٦٢
- (٤) سنن أبي داود كتاب الصلاة باب من قال الكلب لا يقطع الصلاة برقم ٧١٨ ج ١/٢٦١

لو كان للوجوب لما سكت النبي على ذلك ولما ترك الإنكار على تاركة إذ أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث للتشريع وبيان الأحكام ومثال ذلك:

أ- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ " إِذَا عَطَسَ أَحَدُكُمْ فَلْيَقُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَلْيَقُلْ أَخُوهُ أَوْ صَاحِبُهُ يَرَحْمُكَ اللَّهُ وَيَقُولُ هُوَ يَهْدِيكُمْ اللَّهُ وَيُصْلِحُ بِأَلْسِنَتِكُمْ " (١) فإن الأمر في قوله " فليقل " يقتضي وجوب تسميت العاطس لكنه مصروف عن الوجوب إلى الندب بحديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "عَطَسَ رَجُلَانِ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَشَمَّتْ أَحَدَهُمَا وَلَمْ يُشَمِّتِ الْآخَرَ فَقِيلَ لَهُ فَقَالَ هَذَا حَمْدُ اللَّهِ وَهَذَا لَمْ يَحْمَدِ اللَّهَ " (٢) فكان ترك النبي صلى الله عليه وسلم الإنكار على من لم يحمد الله قرينة صارفة للأمر في قوله " فليقل الحمد لله " عن الوجوب إلى الندب والاستحباب .

٤- الإجماع: إذا أجمع العلماء على أن الأمر الوارد في نص معين لا يفيد الوجوب كان هذا الإجماع قرينة صارفة لهذا الأمر عن حقيقته لأن الإجماع مصدر من مصادر الحكم الشرعي فكان بمتزلة النص، وهذا ماجرى عليه العمل منذ العصر الأول إلى يومنا ولم ينكره أحد حتى ابن حزم الذي ضيق في القرائن الصارفة كما تقدم، ومن الأمثلة على ذلك:

١- الأمر في قوله تعالى " وأشهدوا إذا تبايعتم " مصروف عن الوجوب إلى الندب بقرينة إجماع أهل العلم على عدم وجوب الإشهاد على البيع .

٢- وأيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " حَقُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتُّ قِيلَ: مَا هُنَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: إِذَا لَقِيْتَهُ فَسَلِّمْ عَلَيْهِ وَإِذَا دَعَاكَ فَاجِبْهُ وَإِذَا اسْتَنْصَحَكَ فَانصَحْ لَهُ وَإِذَا عَطَسَ

(١) سنن أبي داود باب كيف تسميت العاطس برقم ٥٠٣٥ ج٤/٤٦٧، سنن ابن ماجه كتاب الأدب برقم ٣٧١٥ ج٤/٦٦٣، سنن الترمذي باب كيف تسميت العاطس برقم ٢٧٤١ ج٥/٨٣

(٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب الحمد للعاطس انظر الفتح ج٦٠/٨

فَحَمَدَ اللَّهُ فَشَمَّتُهُ وَإِذَا مَرِضَ فَعَدَّهُ وَإِذَا مَاتَ فَاتَّبَعَهُ" (١) فإن الأوامر الواردة في قوله صلى الله عليه وسلم "فَسَلِّمْ عَلَيْهِ، فَأَجِبْهُ، فَانصَحْ لَهُ، فَشَمِّمْهُ، فَعَدَّهُ، فَاتَّبِعْهُ" هي مصروفة عن الوجوب إلى الندب بقرينة إجماع العلماء على أن بدء السلام وعيادة المريض واتباع الجنازة سنة وليست واجبة فالإجماع هنا صرف الأوامر في الحديث عن الوجوب إلى الندب.

٣- وأيضا في قوله تعالى "فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا" فالأمر في قوله "فَكَاتِبُوهُمْ" مصروف عن الوجوب إلى الندب بقرينة إجماع أهل العلم على عدم وجوب المكاتب، وكذا بقرينة التعليل في قوله "إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا" (٢)

٥- ورود الأمر بعد الحظر: وذلك عند من يرى أن الأمر بعد الحظر يفيد الندب أو الإباحة وذلك راجع عندهم إلى أن تقدم الحظر على الأمر قرينة صارفة لذلك الأمر عن حقيقته وقد صرح إمام الحرمين بذلك فقال "ما ثبت فيه الحظر ثم ورد فيه صيغة الأمر فهل يكون الحظر قرينة في صرف الصيغة عن قضية الإيجاب على رأي من يراه" (٣)، وذلك كما في قوله تعالى "وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا" (٤) والذي أباح صيد البر بعد تحريمه على المحرم بقوله "وَحُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا" (٥) ثانيا: مثال القرائن المنفصلة في باب النهي (٦):

١- فعل النبي للنهي عنه: فإذا ورد النهي عن فعل ثم ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل المنهي عنه كان ذلك قرينة تدل دلالة

- (١) رواه الإمام مسلم في صحيحه باب حق المسلم للمسلم برقم ٥٧٧٨ ج ٣/٧
- (٢) صيغ الإيجاب دراسة أصولية تطبيقية في جزء المجادلة لمريم حسين الحري ص ١٦٣ رسالة ماجستير بكلية الشريعة جامعة أم القرى ١٤٢٩هـ / ١٤٣٠هـ - القرائن الصارفة للأمر في الصيام والحج لمحمد الحفيان ص ١٩٢
- (٣) البرهان لإمام الحرمين الجويني ج ١/ ١٨٧
- (٤) سورة المائدة آية ٢
- (٥) سورة المائدة آية ٩٦
- (٦) القرائن عند الأصوليين لمحمد بن عبد العزيز المبارك ج ٢/ ٢٢٦

قاطعة على أن النهي مصروف عن التحريم لأن النبي لا يفعل المحرم ولأن فعله صلى الله عليه وسلم له إنما هو لبيان الجواز ولكن يشترط هنا شرطان :

- أ- أن لا يكون الفعل خاصا به كما في النهي عن الوصال في الصوم
- ب- أن يكون إتيان النبي بالفعل بعد ورود النهي لا قبله وإلا وجب العمل بالنهي لأنه آخر الأمرين وحينئذ لا يصلح فعله صلى الله عليه وسلم صارفا للنهي عن حقيقته .
ومثال ذلك :

- أ- روى جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبول قائما^(١) وهذا النهي يقتضي تحريم البول قائما إلا أنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم بال قائما فكان فعله هذا قرينة صارفة للنهي عن حقيقته فقد روى أبو وايل قال: كان أبو موسى الأشعري يشدد في البول ويقول إن بني إسرائيل كان إذا أصاب ثوب أحدهم قرضه فقال حذيفة لبيته أمسك أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم سباطة قوم فبال قائما^(٢) فدل هذا على أن النهي في الحديث الأول مصروف عن التحريم.
- ب- وعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب قائما ، وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يشربن أحد منكم قائما فمن نسي فليستقي"^(٣) ، وهذا النهي يقتضي تحريم الشرب قائما إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم خالف ذلك وثبت أنه شرب قائما كما في الحديث الذي رواه ابن عباس أن رسول

(١) رواه ابن ماجة في سننه كتاب الطهارة باب البول قاعدا برقم ٣٠٩ ج١/٢٠٦

(٢) رواه البخاري في كتاب بدء الوحي باب البول عند سباطة قوم برقم ٢٢٦ ج١/٦٦ ،

مسلم باب المسح على الخفين برقم ٦٤٧ ج١/١٥٧

(٣) الحديثان رواهما مسلم في صحيحه باب كراهية الشرب قائما برقم ٥٣٩٧ ، ٥٣٩٨

ج١/١١٠

اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَرِبَ مِنْ زَمْزَمَ وَهُوَ قَائِمٌ^(١) فكان فعله هذا قرينة صارفة للنهي عن التحريم إلى الكراهة .

ج- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ " لَا يَمْشِ أَحَدُكُمْ فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ لِيُنْعِلَهُمَا جَمِيعًا أَوْ لِيَخْلَعَهُمَا جَمِيعًا " (٢)
وهذا النهي يقتضي تحريم المشي في نعل واحد ولكنه مصروف عن التحريم إلى الكراهة وقد جاءت القرينة الصارفة فيما روته السيدة عائشة قالت :
ربما مشي النبي صلى الله عليه وسلم في نعل واحدة " (٣)

٢- إقرار النبي فعل المنهي عنه : فإذا ورد النهي في نص شرعي ثم أتى أحد الصحابة الفعل المنهي عنه وعلم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك أو كان بمحضر منه ولم ينكر على الفاعل كان عدم إنكاره له قرينة على أن النهي مصروف عن التحريم إلى الكراهة لأنه صلى الله عليه وسلم جاء لبيان الأحكام الشرعية فلا يسكت على مثل ذلك ولا يقر أحداً على باطل بل كان يغضب غضباً شديداً إذا انتهكت حرمة من حرمت الله، ومن الأمثلة على ذلك :

أ- النهي عن العزل الذي ثبت فيما روته السيدة عائشة عَنْ جَدَامَةَ بِنْتِ وَهْبٍ أُخْتِ عُكَّاشَةَ قَالَتْ حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي أَنَسٍ وَهُوَ يَقُولُ " لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنَهَى عَنِ الْغِيلَةِ فَتَنْظَرْتُ فِي الرُّومِ وَفَارِسٍ فَإِذَا هُمْ يُغِيلُونَ أَوْلَادَهُمْ فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ ذَلِكَ شَيْئًا " . ثُمَّ سَأَلُوهُ عَنِ الْعَزْلِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " ذَلِكَ الْوَأْدُ الْخَفِيُّ " (٤)
فوصف العزل بأنه وأد خفي يقتضي تحريمه إلا أن هذا النهي مصروف عن حقيقته بالقرينة الصارفة التي جاءت فيما رواه جابر قال : كُنَّا نَعَزِلُ عَلَى

- (١) رواه الإمام مسلم باب الشرب من زمزم قائماً برقم ٥٣٩٩ ج١/١١٦
- (٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب لا يمشي في نعل واحد برقم ٥٨٥٦ ج٧/١٩٩ ، مسلم باب إذا انتعل فليبدأ باليمين برقم ٥٦١٧ ج٦/١٥٣ .
- (٣) رواه الترمذي في سننه باب الرخصة في المشي في النعل الواحد برقم ١٧٧٧ ج٤/٢٤٤
- (٤) رواه مسلم باب جواز الغيلة برقم ٣٦٣٨ ج٤/١٦١ ، وابن ماجه في سننه كتاب النكاح باب الغيلة برقم ٢٠١١ ج٣/١٧٤

عَهْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَلَغَ ذَلِكَ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمْ يَنْهَنَا. (١)

٣- فعل الصحابة للمنهى عنه : وهذه الصيغة تختلف عن الصيغة السابقة في أن الأولى علم بها النبي صلى الله عليه وسلم فأقرها أما هذه فوَقَّعت ولم يعلم بها النبي أو أتى بها الصحابة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم ، فإذا ورد النهي عن فعل ثم نُقل عن طائفة من الصحابة الإتيان بالمنهى عنه من غير عذر ولا ضرورة كان فعلهم هذا قرينة صارفة للنهي عن التحريم إلى الكراهة وذلك لأنهم عدول لا يعتمدون فعل المحرم ، أو لأنهم علموا بوجود قرينة صرفت هذا النهي عن حقيقته ولم تصل إلينا ، ومن أمثلة ذلك :

أ- مارواه عليُّ قال : قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " لَا تُتَّعُ بَيْنَ السُّجْدَتَيْنِ " ، وَرَوَى أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ قَالَ : قَالَ لِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " إِذَا رَفَعْتَ رَأْسَكَ مِنَ السُّجُودِ فَلَا تُتَّعُ كَمَا يُتَّعِي الْكَلْبُ ضِعْ أَلْيَتِكَ بَيْنَ قَدَمَيْكَ وَأَنْزِقْ ظَاهِرَ قَدَمَيْكَ بِالْأَرْضِ " (٢) . فقولُه " لَا تُتَّعُ " هو نهى يقتضي تحريم الإقعاء في الصلاة وهو أن يفترش قدميه ويجلس على عقبه ولكن هذا النهى مصروف عن التحريم إلى الكراهة بقرينة مخالفة الصحابة لذلك فقد قال الإمام أحمد : لأفعله ولا أعيب على من فعله فإن العبادلة كانوا يفعلونه ، وقال طاوس رأيت العبادلة يفعلونه (٣) ، وقال : قُلْنَا لِابْنِ عَبَّاسٍ

فِي الْإِقْعَاءِ عَلَى الْقَدَمَيْنِ فَقَالَ هِيَ السُّنَّةُ . فَقُلْنَا لَهُ إِنَّا نَرَاهُ جَفَاءً بِالرَّجُلِ . فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ بَلْ هِيَ سُنَّةُ نَبِيِّكَ (٤)

(١) رواه البخاري في كتاب بدء الوحي باب العزل برقم ٥٢٠٧ ج ٤٢/٧ ، مسلم باب جواز الغيلة برقم ٣٦٣٤ ج ٤/١٦٠ ،

(٢) الحديثان رواهما ابن ماجة في سننه كتاب الصلاة باب الجلوس بين السجدين برقمي ٨٩٤ ، ٨٩٦ ج ٢٣/٢

(٣) راجع المغني لابن قدامة ج ١/ ٦٢٧ - طبع دار الغد العربي

(٤) رواه مسلم في صحيحه باب جواز الإقعاء على العقبين برقم ١٢٢٦ ج ٧٠/٢ ، وأبو داود باب الإقعاء بين السجدين برقم ٨٤٥ ج ١/ ٣١٣

ب- روى عبد الله بن عباس يرفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال " إن لكل شئ شرفاً وأشرف المجالس ما استقبل به القبلة، لا تصلوا خلف نائم ولا متحدث، وأقتلوا الحية والعقرب وإن كنتم في صلاتكم، ولا تستروا الجدر بالثياب" (١) فقوله " ولا تستروا الجدر" هو نهى يقتضي تحريم ستر الجدر ولكن هذا النهى مصروف عن التحريم إلى الكراهة بقريئة ماجاء عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه زوج ابنة سالم فلما كان يوم عرسه دعا عبد الله بن عمر ناساً فيهم أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنه فلما وقف على الباب رأى أبو أيوب في البيت ستوراً من قر فقال: لقد فعلتموها يا أبا عبد الرحمن قد سترتم الجدر ثم انصرف، وفي غير هذه الرواية قال: دعا ابن عمر أبا أيوب رضي الله عنهم فرأى في البيت سترًا على الجدار فقال ابن عمر: غلبنا عليه النساء فقال: من كنت أخشى عليه فلم أكن أخشى عليك والله لا أطعم لك طعاماً فرجع (٢)، وقد أشار إلى اعتبار هذه القريئة الحافظ ابن حجر فقال " ما وقع في قصة ابن عمر من اختلاف الصحابة في دخول البيت الذي سترت جدره ولو كان حراماً ما قعد الذين قعدوا ولا فعله ابن عمر فيحمل فعل أبي أيوب على كراهة التنزيه جمعاً بين الفعلين ويحتمل أن يكون أبو أيوب كان يرى التحريم والذين لم ينكروا كانوا يرون الإباحة" (٣) ثم ذكر خلاف العلماء فقال " وأما حكم ستر البيوت والجدران ففي جوازه اختلاف قديم وجزم جمهور الشافعية بالكراهة وصرح الشيخ أبو نصر المقدسي منهم بالتحريم" (٤)

- (١) السنن الكبرى للبيهقي باب ماجاء في تستير المنازل ج٧/٢٧٢ - طبع دائرة المعارف النظامية بمحدر آباد الهند الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ.
- (٢) انظر السنن الكبرى للبيهقي باب ماجاء في تستير المنازل ج٧/٢٧٢.
- (٣) فتح الباري لابن حجر باب هل يرجع إذا رأى منكراً ج٩/٢٥٠، شرح النووي لصحيح مسلم ج١٤/٨٦.
- (٤) انظر المرجع السابق

ج- ماجاء عن ابن عمر قال: كُنَّا نَشْرَبُ وَنَحْنُ قِيَامٌ، وَنَأْكُلُ وَنَحْنُ نَسَعَى عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.^(١)

٤- الإجماع: إذا ورد نهي عن فعل ثم أجمع العلماء على عدم حرمة كان إجماعهم ذلك قرينة صارفة للنهي عن التحريم إلى الكراهة لأن الإجماع مصدر من مصادر الحكم الشرعي فكان بمنزلة النص، ولأن الأمة لا تجمع علي ما يخالف الشارع ومقاصده، ومثال ذلك:

أ- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "لَا يُصَلِّينَ أَحَدُكُمْ بِحَضْرَةِ الطَّعَامِ وَلَا وَهُوَ يُدَافِعُ الْأَخْبِيثِينَ الْعَائِطَ وَالْبَوْلَ" (٢) فالنهي عن الصلاة بحضور الطعام ومدافعة الأخبثين مصروف عن التحريم إلى الكراهة لإجماع العلماء على عدم حرمة الصلاة في هذا الحال وأن من صلى وهذه حاله أجزأته ولا يطالب بالإعادة.

ب- عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ اخْتِنَاثِ الْأَسْقِيَةِ يَعْنِي أَنْ تُكْسَرَ أَفْوَاهُهَا فَيَشْرَبَ مِنْهَا" (٣) فالنهي في الحديث يقتضي تحريم اختنات الأسمية لكنه مصروف عن التحريم إلى الكراهة والصارف له هو قرينة الإجماع المتعقد على ذلك قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث "اتفقوا على أن النهي عن اختناتها نهي تنزيه لا تحريم".

المطلب الثاني

القرائن الحالية

الفرع الأول

تعريف القرائن الحالية

هذا القسم من القرائن مضاف إلى الحال والحال اسم يدل على الأوصاف والكيفيات التي تؤثر وتغير في الشيء الذي تضاف إليه .

- (١) رواه الإمام أحمد في مستدركه عبد الله بن عمر برقم ٤٧٦٥ ج٢/٢٤، ابن حبان في صحيحه باب الإباحة للمرء أن يأكل أو يشرب قائما برقم ٥٢٤٣ ج١٢/٤٩
- (٢) السنن الكبرى للبيهقي باب ترك الجماعة بعدد برقم ٥٢٢٥ ج٣/٧١
- (٣) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب اختنات الأسمية برقم ٥٦٢٥ ج٧/١٤٥، مسلم باب آداب الطعام والشراب برقم ٥٣٩١ ج٦/١١٠

ففي اللغة: يعود الحال في أصل اشتقاقه إلى الفعل " حال يحول حؤولا " بمعنى تغير، ومن هذا الفعل جاء لفظ " الحول " بمعنى السنة فإذا أتت عليه السنة فهو مُحِيلُ كأنه مأخوذ من الحَوْلِ وذلك باعتبار تغير الفصول وتقلبها في العام الواحد، وفي الحديث " من أحال دخل الجنة " يريد من أسلم لأنه تحوّل من الكفر عما كان يعبد إلى الإسلام قاله الأزهري، والحائل المتغير اللون يقال رماد حائل ونبات حائل ورجل حائل اللون إذا كان أسود متغيراً، وكلُّ متغير حائل^(١).

وعلى هذا فإن القرائن الحالية في اللغة هي التي تغير ما تقرن به .
 أما في اصطلاح العلماء: فقد ذهب كثير من العلماء إلى صعوبة تعريفها فقال إمام الحرمين: " ... أن العلوم الحاصلة على حكم العادات وجدناها مرتبة على قرائن الأحوال وهي لا تنضب انضباط المحدودات بحدودها ولا سبيل إلى جحدها إذا وقعت وهذا كالعلم بخجل الخجل ووجل الوجل ونشط الثمل وغضب الغضبان ونحوها فإذا ثبتت هذه القرائن ترتب عليها علوم بديهية لا ياباها إلا جاحد، ولورام واجد العلوم ضبط القرائن ووصفها بما تتميز به عن غيرها لم يجد إلى ذلك سبيلا فكانها تدق عن العبارات وتأبى على من يحاول ضبطها بها " (٢)، ثم عرفها بالمثال فقال: " فأما القرائن الحالية فكقول القائل: رأيت الناس، وأخذت فتوى العلماء، ونحن نعلم أن حاله لا يحتمل رؤية الناس أجمعين ومراجعة جميع العلماء فهذه القرينة وما في معناها تتضمن تخصيص الصيغة " (٣)، وكذلك فعل الإمام الرازي فقال " أما الحالية فهي ما إذا علم أو ظن أن المتكلم لا يتكلم بالكذب فيعلم أن المراد ليس هو الحقيقة بل المجاز، أو أن

(١) لسان العرب مادة حال ج ١٨٤/١١، القاموس المحيط فصل الحاء ج ١٢٧٨/١

(٢) البرهان لإمام الحرمين الجويني ج ١/٣٧٣

(٣) البرهان ج ١/٢٥٣

يقترن الكلام بهيئات مخصوصة قائمة بالمتكلم دالة على أن المراد ليس هو الحقيقة بل المجاز" (١)

ومع هذا فقد حاول بعض العلماء والباحثين تعريفها فعرّفها تاج الدين بن السبكي فقال "هي هيئة صادرة من المتكلم عند كلامه" (٢) لكن هذا التعريف غير جامع لأنه اقتصر على نوع واحد من أقسام القرائن الحالية وهي الخاصة بحال المتكلم فقط، والقرائن الحالية عند الأصوليين أعم من هذا ولا تدخل تحت حصر كما سيأتي عن إمام الحرمين .

وعرفها الباحث محمد قاسم الأسطل بأنها: ما يصاحب الدليل من أمور معنوية تفهم من حال المتكلم، أو تفهم من الحس أو العقل أو عرف المخاطبين وما ينقدح في أذهانهم عند سماعهم للدليل. (٣)

وعرفها محمد الحفيان بأنها "هي التي لارسم لها في الكلام وإنما تفهم من أحوال الكلام، أو المتكلم، أو المخاطب" (٤)

وعرفها الدكتور العبد خليل أبو عيد فقال: والتعريف الذي أراه ألصق بصناعة الحدود هو أن يقال بأنه: "كل ما احتف بالخطاب وأثر على دلالاته - بالتأكيد أو التكميل أو التأويل أو التفسير أو الترجيح - من غير كونه من السياق الذي ورد فيه الخطاب" (٥)

(١) المحصول للإمام فخر الدين الرازي بتحقيق الدكتور طه العلواني جـ ١/٤٦١ طبع جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض

(٢) الإبهاج شرح المنهاج لتاج الدين ابن السبكي بتحقيق الدكتور أحمد الزمزمي، الدكتور نور الدين صغيري جـ ٣/٨٧٧ - طبع دار البحوث للدراسات الإسلامية بدبي ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

(٣) القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص لمحمد قاسم الأسطل ص ٢٥ - رسالة ماجستير بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة بإشراف الدكتور مازن اسماعيل هنية لسنة ١٤٢٥ - ٢٠٠٤م

(٤) القرائن الصارفة للأمر عن حقيقته لمحمد الحفيان ص ١٢٧

(٥) القرينة الحالية وأثرها على دلالة النص عند الأصوليين للدكتور العبد خليل أبو عيد، أمين علي صالح ص ١٥ بحث بمجلة علوم الشريعة والقانون بالجامعة الأردنية المجلد ٣٤ العدد ١ سنة ٢٠٠٧م

ومن مجموع هذه التعريفات نلاحظ أن القرائن الحالية ليست ألفاظ لها رسم في السياق الذي ورد فيه الخطاب ولا سباقه أو لحاقه بل تعود في حقيقتها إلى الصفات والهيئات والعوارض والظروف والملابسات والبيئات وغير ذلك من المتغيرات التي تحتف بالخطاب في نفسه أو بقائله أو بالمخاطب به أو بالموضوع المتكلم فيه بحيث تؤثر على دلالاته، ولهذا نجد اللغويين يقسمون السياق إلى قسمين:

١- الأول: السياق المقالي أي اللفظي .

٢- الثاني: السياق المقامي ويقصدون به القرائن الحالية .

كما نلاحظ أيضا مدى العموم والاتساع الذي تتسم به القرائن الحالية المحتفة بالخطاب فهي كثيرة متعددة لا يمكن حصرها في جنس ولا ضبطها بوصف وذلك لتنوعها وتعدد ما أخذها بل تشمل جميع ما يؤثر في تحديد مراد المتكلم أو الفاعل مما هو خارج عن نطاق الألفاظ وهذا ما يدل عليه كلام إمام الحرمين الجويني فإنه قال: " أما الأحوال فلا سبيل إلى ضبطها تجنيسا وتخصيصا ولكنها إذا ثبتت لاح للعاقل في حكم طرد العرف أمور ضرورية" ^(١)، وقال تلميذه الغزالي " إن قصد الاستغراق يعلم بعلم ضروري يحصل عن قرائن أحوال ورموز وإشارات وحركات من المتكلم وتغيرات في وجهه وأمور معلومة من عاداته ومقاصده وقرائن مختلفة لا يمكن حصرها في جنس ولا ضبطها بوصف بل هي كالقرائن التي يعلم بها خجل الخجل ورجل الرجل وجبن الجبان" ^(٢)، وقال أيضا " بل هي إشارات ورموز وحركات وسوابق ولواحق لا تدخل تحت الحصر والتخمين يختص بدركها المشاهد لها" ^(٣)

وفي هذا يقول الدكتور موسى العبيدان " تظل عبارة الأصوليين (أما الأحوال فلا سبيل إلى ضبطها تجنيسا وتخصيصا) بابا واسعا تدخل فيه

(١) البرهان لإمام الحرمين الجويني ج ١/١٨٦

(٢) المستصفي للإمام الغزالي بتحقيق محمد الأشقر ج ٢/١١٦ - طبع مؤسسة الرسالة بيروت

(٣) المصدر السابق

عناصر أخرى من عناصر سياق الحال مما لم ينص عليه الأصوليون
صراحة أو ضمنا وذكره غيرهم^(١)

الفرع الثاني

طرق معرفة القرائن الحالية

إن طرق معرفة القرينة الحالية وضبط هذه الطرق من الأهمية
بمكان حتى يتيسر للباحث معرفتها والكشف عنها، وحتى لا يدعي أحد
شيئا قرينة وهي ليست كذلك، فإن معرفة القرائن الحالية لا تكون
بالتوهم والتخمين، أو التخرص والافتراض، وإنما تكون بطرق محددة
يسلكها المجتهد للوقوف عليها وتعيينها.

ومن الجدير بالذكر أن تعيين ما يكون قرينة حالية وما لا يكون هو
نوع من الاجتهاد لا يقوم به إلا العلماء ولا يقبل من غيرهم لأن فتح باب
تعيين القرائن الحالية أمام غير العلماء يدخله كل أحد يترتب عليه مفسد
كبيرة ويمكن أن يستغله من لا يحسن في صرف الأوامر والنواهي عن
موجبها من غير صارف حقيقي على حسب الأهواء والميول والاتجاهات
مما يؤدي إلى تعطيل الكثير من الأحكام الشرعية والخلط فيها لذلك وجب
قصر هذا الأمر على العلماء والمجتهدين دون غيرهم لتجنب تلك المفسد.
وتعرف القرائن الحالية بثلاث طرق هي:

١- الأول: المشاهدة: أي مشاهدة المتكلم حال كلامه وقت إنشاء
الخطاب وملاحظة الإشارات والحركات والتغيرات التي تظهر عليه من
الغضب والرضا، والجد والهزل ونحو ذلك مما يكون له مدخل في فهم
مراد المتكلم وقد أشار إلى هذا الإمام الغزالي فقال "... وإما قرائن أحوال
من إشارات ورموز وحركات وسوابق ولواحق لا تدخل تحت الحصر
والتخمين يختص بدركها المشاهد لها فينقلها المشاهدون من الصحابة إلى
التابعين بالفاظ صريحة أو مع قرائن من ذلك الجنس أو من جنس آخر حتى

(١) دلالة تراكيب الجمل للدكتور موسى العبيدان ص ٢٥٨ نقلا عن القرائن عند
الأصوليين لمحمد المبارك ج١/١٥٠

توجب علما ضروريا بفهم المراد أو توجب ظنا " (١) ، وقال " فإن قيل :
فبم عرفت الأمة عموم ألفاظ الكتاب والسنة إن لم يفهموه من اللفظ ؟
ویم عرف الرسول صلى الله عليه وسلم من جبريل وجبريل من الله تعالى
حتى عموما الأحكام ؟ قلنا : أما الصحابة رضوان الله عليهم فقد عرفوه
بقرائن أحوال النبي صلى الله عليه وسلم وتكريراته وعادته المتكررة وعلم
التابعون بقرائن أحوال الصحابة وإشاراتهم ورموزهم وتكريراتهم
المختلفة ، وأما جبريل عليه السلام فإن سمع من الله بغير واسطة فالله تعالى
يخلق له العلم الضروري بما يريد بالخطاب بكلامه المخالف لأجناس كلام
الخلق وإن رآه جبريل في اللوح المحفوظ فبأن يراه مكتوبا بلغة ملكية ودلالة
قطعية لا احتمال فيها " (٢) ، ولهذا قدم العلماء تفسير الصحابة على
تفسير غيرهم لأن الصحابة ألصق بهذه القرائن لكونهم قد شاهدوا
وعاصروا الأحوال والمناسبات التي احتفت بالخطاب نفسه فعملوا
بذلك مالم يعلمه غيرهم ممن لم يعاصرها ويشاهدها ويتصل بها ، وفي
هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي " متى جاء عن الصحابي تخصيص
عموم أو تقييد مطلق نأخذ به لأنهم أقعد في فهم القرائن الحالية " ،
ويقول أيضا " إنه يترجح قولهم لوجهين ... الثاني : مباشرتهم للوقائع
والنوازل وتنزيل الوحي بالكتاب والسنة فهم أقعد في فهم القرائن الحالية
وأعرف بأسباب التنزيل ويدركون ما لا يدركه غيرهم بسبب ذلك
والشاهد يرى ما لا يرى الغائب " (٣) ، وهذا مانبه إليه الإمام السرخسي
فقال " ولئن كان قولهم - أي الصحابة - صادرا عن الرأي .

فرايهم أقوى من رأي غيرهم لأنهم شاهدوا طريق رسول
الله في بيان أحكام الحوادث وشاهدوا الأحوال التي نزلت فيها
النصوص والمحال التي تتغير باعتبارها الأحكام فهذه المعاني يترجح

(١) المستصفى ج ٢/٢٣

(٢) المستصفى ج ٢/١١٦

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٤/١٢٨

رأيهم على رأي من لم يشاهد شيئاً من ذلك" (١)، ولهذا نجد الكلام الذي شافه به المتكلم سامعية أوضح دلالة على مراده من الكلام الذي بلغه عنه مبلغ، ونجد الكلام المكتوب أكثر احتمالات من الكلام المبلغ بلفظه المشافه به لفقده دلالة السياق وملاحح المتكلم والمبلغ .

٢- الثاني: النقل: وذلك بنقل أو إخبار المشاهد عما شاهده على المتكلم حال خطابه من تغيرات وإشارات ورموز وحركات ونحو ذلك فإن فات المشاهد نقل هذه القرائن أو بعضها ترتب عليه إخلال بفهم السامع لمراد المتكلم، ومعنى هذا أن من لم يشاهد القرينة الحالية ويعاصرها يتوقف إدراكه وفهمه لها على نقل وحكاية من شاهدها وعاصرها وفي هذا يقول الشاطبي " وكالأمر يدخله معنى الإباحة والتهديد والتعجيز وأشباهها، ولا يدل على معناها المراد إلا الأمور الخارجة، وعمدتها مقتضيات الأحوال وليس كل حال ينقل ولا كل قرينة تقتزن بنفس الكلام المنقول، وإذا فات نقل بعض القرائن الدالة فات فهم الكلام جملة أو فهم شيء منه" (٢)

وهذا يقتضي ضرورة الرجوع إلى ما أثر عن الصحابة رضوان الله عنهم من فهم وتفسير للنصوص الشرعية لأن ما تهيأ لهم من إحاطة بقرائن الأحوال لم يتهيأ لغيرهم ممن جاء بعدهم .

٣- الثالث: جمع النصوص المختلفة الواردة في الموضوع الواحد (٣): إن جمع النصوص الواردة في الموضوع الواحد قد يرشد مجموعها إلى وجود قرينة حالية خاصة لا يمكن معرفتها فيما لو أخذ كل نص بمعزل عن النصوص الأخرى إذ قد يتضمن نص قرينة حالية لا توجد في بقية النصوص الأخرى، أو يلتفت راوي حديث إلى قرينة لا يتنبه إليها رواة النصوص الأخرى فيذكرها دونهم، ولهذا فإن الاكتفاء

(١) أصول السرخسي ج٢/١٠٨ - دار الكتب العلمية بيروت

(٢) الموافقات ج٤/١٦٤

(٣) القرينة الحالية وأثرها في تبين الحكم ص ٩٧

بظاهر نص واحد دون النظر في سائر النصوص المتعلقة بذلك الموضوع قد يكون في الكثير من الأحيان سبباً موقعاً في الخطأ، ومبعداً عن المقصود الذي سبق له النص وكثيراً ما يكون تقدير القرينة الحالية أمراً يقتضيه الجمع والتوفيق بين النصوص المتعارضة ظاهراً حتى إن الغزالي رأى أن تقدير القرينة أمرٌ حتميٌّ في بعض الحالات التي لا يمكن الجمع فيها بين النصوص إلا بتقديرها وإن لم تنقل صراحة ومثل لهذا بالجمع بين الأحاديث الواردة في ربا النسيسة وربا الفضل فقال في شفاء الغليل " فإذا ورد حديثان متضادان في ظاهرهما وافترنا في الجمع إلى تقدير قرينة لم تنقل فعلنا ذلك وإن كنا لا نتجاسر على مثله بمحض القياس، وهذا كحديث الربا في النقد فإنه رواه عبادة بن الصامت وجماعة، وروى أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " إنما الربا في النسيسة " وهذا صريح في الحصر ونفي الربا في النقد، وإليه ذهب ابن عباس وعامة أصحابه وسعيد وعروة فنجمع بينهما ونقول : لعلَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن صنفين مختلفين إذا بيع أحدهما بالآخر من ذهب وفضة، أو تمر وحنطة فقال " إنما الربا في النسيسة " وأراد به ما سئل عنه، وهذا وإن كان تقدير قرينة لم تنقل ولكنه محتمل، وإغفال الراوي لسبب الجواب واقتصاره في النقل على كلامه ممكن، وإن كان بعيداً فهو أولى من تكذيب العدل أو نسخ ما هو ثابت في الشرع " (١)، وقال في المستصفي في معرض حديثه عن مراتب الجمع بين الدليلين المتعارضين " المرتبة الثانية : وهي قريبة من الأولى أن يكون اللفظ المؤول قويا في الظهور بعيداً عن التأويل لا ينقدح تأويله إلا بقرينة فكلام القاضي فيه أوجه ومثاله قوله عليه السلام " إنما الربا في النسيسة " كما رواه ابن عباس فإنه كالصريح في نفي ربا الفضل ورواية عبادة بن الصامت في قوله " الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل " صريح في

(١) شفاء الغليل للغزالي بتحقيق حمد الكبيسي ص ٩١ - مطبعة الإرشاد ببغداد سنة ١٩٧١ م.

إثبات ربا الفضل فيمكن أن يكون أحدهما ناسخا للآخر ويمكن أن يكون قوله " إنما الربا في النسيئة " أي في مختلفي الجنس ويكون قد خرج على سؤال خاص عن المختلفين أو حاجة خاصة حتى ينقذح الاحتمال، والجمع بهذا التقدير ممكن، والمختار أنه وإن بعد أولى من تقدير النسخ^(١) فتقدير القرينة الحالية هنا والتي جعلت الغزالي يحمل قوله " لا ربا إلا في النسيئة " على مختلفي الجنس وتقدير أن الحديث جاء جواباً على سؤال من سأل عن حكم بيع صنفين مختلفين فيكون خاصاً بالمسألة محل السؤال هو ما يقتضيه جمع النصوص المختلفة الواردة في مسألة الربا، ولولا هذا الجمع لما عرفنا هذه القرينة بما يدل على أهمية جمع النصوص المختلفة الواردة في الموضوع الواحد في معرفة وبيان القرائن الحالية.

الفرع الثالث

أقسام القرائن الحالية

لم يفرد الأصوليون باباً أو فصلاً خاصاً بأنواع القرائن الحالية كما هو الحال مع القرائن الصارفة عموماً، وعلى الرغم من هذا فإن كلامهم لم يخل من إشارات صريحة أو ضمنية إلى أهم أقسام وأنواع هذه القرائن، وجاء ذكرهم لهذه الأقسام متفرقا وعرضاً عند كلامهم عن القرائن في أبواب مختلفة ومتفرقة من أصول الفقه.

وينبغي هنا قبل الخوض في ذكر أقسام القرائن الحالية أن نذكر بما سبق عن إمام الحرمين وتلميذه الغزالي من أن القرائن الحالية كثيرة ومتعددة لا يمكن حصرها ولا عدها وأنها تشمل جميع ما يؤثر في تحديد مراد المتكلم أو الفاعل مما هو خارج عن نطاق الألفاظ.

وقد كان الإمام الشاطبي أكثر الأصوليين توسعاً في تعداد وبيان أقسام القرائن الحالية وأنواعها حيث أشار إلى خمسة أنواع منها هي: قرينة حال الخطاب في نفسه، وحال المتكلم، وحال المخاطب، ومقتضيات الأحوال وأسباب النزول، والأعراف الجارية في بيئة

(١) المستصفي ج ٢/١٧٠، ج ٢/٥٠

الخطاب، وأما إمام الحرمين الجويني وتلميذه الغزالي فقد أشارا إلى قرينة حال المتكلم بنوعيهما المعهودة والطارئة، وإلى قرينة الظرف الذي يقال فيه الخطاب أو سبب الكلام (أي حال الخطاب)، وأما الإمام فخر الدين الرازي فقد أشار إلى نوعين من هذه القرائن هي: قرينة حال المتكلم بنوعيهما المعهودة والطارئة، وقرينة السبب، وأما ابن تيمية فأشار إلى ثلاثة أنواع من القرائن هي: حال المتكلم، وحال المخاطب، وحال المتكلم فيه أي موضوع الكلام فقال "وَأَعْلَمُ أَنَّ مَنْ لَمْ يُحْكَمْ دَلَالَاتِ اللَّفْظِ وَيَعْلَمُ أَنَّ ظُهُورَ الْمَعْنَى مِنَ اللَّفْظِ تَارَةٌ يَكُونُ بِالْوَضْعِ اللَّغَوِيِّ أَوْ الْعُرْفِيِّ أَوْ الشَّرْعِيِّ وَتَارَةٌ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ حَالُ الْمُتَكَلِّمِ وَالْمُخَاطَبِ وَالْمُتَكَلِّمِ فِيهِ وَسِيَاقُ الْكَلَامِ الَّذِي يُعَيِّنُ أَحَدَ مُحْتَمَلَاتِ اللَّفْظِ أَوْ يُبَيِّنُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ هُوَ مَجَازُهُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي تُعْطِي اللَّفْظَ صِفَةَ الظُّهُورِ وَإِلَّا فَقَدْ يَتَخَبُّطُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ" (١)

ومن هذا يتضح أن الأصوليين قد ذكروا أربعة أنواع من القرائن الحالية ليست على سبيل الحصر وإنما هي ماتوصلوا إليه بالاستقراء فيمكن الزيادة عليها لمن فتح الله له وهي:

الأول: حال المتكلم
الثاني: حال المخاطب
الثالث: حال المتكلم فيه
الرابع: حال الخطاب
ويمكن بيان هذه الأنواع كما يأتي:

النوع الأول

قرينة حال المتكلم

عرفها السبكي في الإبهاج فقال "هي: هيئة صادرة من المتكلم عند كلامه" (٢)، ويمثل هذا عرفها الإمام فخر الدين الرازي فقال: "أن يقترن

(١) البرهان للجويني ج ٢٥٣/١، المستقصى للغزالي ج ٤١/٢، المحصول الرازي ج ١٤٠/١، إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ج ٤/٨٠ - دار الوفاء عام ٢٠٠٥م، الموافقات للشاطبي، بتحقيق أبو عبيدة مشهور آل سلمان ج ٤/١٤٦ - دار ابن عفان للنشر سنة ١٩٩٧م، القرينة الحالية وأثرها على دلالة النص عند الأصوليين للدكتور العبد خليل أبو عيد، أمين علي صالح ص ١٥
(٢) الإبهاج لتاج الدين السبكي ج ٨٧٧/٣

الكلام بهيئات مخصوصة قائمة بالمتكلم دالة على أن المراد ليس هو الحقيقة بل المجاز^(١)، ثم أشار الفخر الرازي إلى بعض صور هذه القرينة فقال: " أما الحالية فهي ما إذا علم أو ظن أن المتكلم لا يتكلم بالكذب فيعلم أن المراد ليس هو الحقيقة بل المجاز، ومنها أن يعلم بسبب خصوص الواقعة أنه لم يكن للمتكلم داع إلى ذكر الحقيقة فيعلم أن المراد هو المجاز"^(٢)

وقد نص علماء الحنفية على أن قرينة حال المتكلم من جملة ماتترك به الحقيقة فقال الإمام السرخسي: " جملة ماتترك به الحقيقة خمسة أنواع... ثم قال " والرابع: دلالة من وصف المتكلم "^(٣)، وقال البخاري: " وقد تترك بدلالة ترجع إلى المتكلم "^(٤)

والمقصود هنا أن حال الشارع الذي صدر عنه الخطاب هو قرينة تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب أو الإباحة، وتصرف النهي عن التحريم إلى الكراهة أو الإباحة كما سيأتي، وقد نبه كثير من العلماء إلى أهمية الانتباه إلى الأحوال التي تحيط بالمتكلم الذي صدر عنه الخطاب للملها من تأثير قوي على فهم خطابه والوقوف على مقصوده، وقد أشار الغزالي إلى ذلك فقال " إن قصد الاستغراق يعلم بعلم ضروري يحصل عن قرائن أحوال ورموز وإشارات وحركات من المتكلم وتغيرات في وجهه وأمر معلومة من عاداته ومقاصده وقرائن مختلفة لا يمكن حصرها في جنس ولا ضبطها بوصف بل هي كالقرائن التي يعلم بها خجل الخجل ووجل الوجل وجبن الجبان وكما يعلم قصد المتكلم إذا قال السلام عليكم أنه يريد التحية أو الاستهزاء واللهم^(٥)

ومن الأمثلة على ذلك: ماجاء عن أبي موسى قال " سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أشياء كرهها فلما أكثر عليه غضب ثم قال

(١) المحصول للإمام فخر الدين الرازي ج١/٤٦١

(٢) المصدر السابق

(٣) أصول السرخسي ج١/١٩٠

(٤) كشف الأسرار على أصول البزدوي ج٢/١٤٠

(٥) المستصفي للغزالي ج٢/١١٥

لِلنَّاسِ سَلُونِي عَمَّا شِئْتُمْ قَالَ رَجُلٌ مَنْ أَبِي قَالَ أَبُوكَ حُدَّافَةُ فَقَامَ آخِرُ فَقَالَ مَنْ أَبِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ أَبُوكَ سَالِمٌ مَوْلَى شَيْبَةَ فَلَمَّا رَأَى عُمَرُ مَا فِي وَجْهِهِ قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَتُوبُ إِلَيْكَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ" (١) فقولته صلى الله عليه وسلم " سلوني " أمر يفيد طلب الاستمرار في السؤال لكن ظهور الغضب في وجه رسول الله قرينة حالية صرفت هذا الأمر عن حقيقته وأفادت نهيهم عن ذلك ولهذا سكت الصحابة وقال عمر " إنا نتوب إلى الله "

أقسام قرينة حال المتكلم :

وقد قسم بعض الباحثين حال المتكلم إلى قسمين (٢) :

١- الحال المعهودة للمتكلم

٢- الحال الطارئة له وقت إنشاء الخطاب.

أولاً: الحال المعهودة للمتكلم :

المقصود بذلك هو: توجهات المتكلم وميوله وتصورات وطبائعه وعاداته ومقاصده ومصطلحاته وصفاته القولية والفعلية والخلقية (٣)، والمقصود بكونها معهودة أنها هيئات وصفات ومعان ثابتة وملازمة للمتكلم في كل أحواله أو غالبها ولا تتخلف عنه إلا نادراً، ويمكن التعبير عن ذلك كله بعبارة جامعة تجمع كل هذه المفردات وهي " الخبرة بالمتكلم " إذ هي أفراد مكونة لها، ويقدر ما تزيد الخبرة بالمتكلم تزداد القدرة على فهم كلامه على وجه الصحيح، وقد مثل الإمام البزدوي لحال المتكلم بقوله " وأما الثابت بدلالة من قبل المتكلم فمثالها قوله تعالى مخاطباً الشيطان " وَاسْتَفْزِزْ مَنْ اسْتَطَعْتَ مِنْهُمْ بِصَوْتِكَ وَأَجْلِبْ عَلَيْهِمْ بِخَيْلِكَ وَرَجِلِكَ " (٤) إنه لما استحال منه الأمر بالمعصية والكفر حمل

(١) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب الغضب في الموعدة والتعليم برقم ٩٢ ج١/٣٤

(٢) القرائن الحالية وأثرها على دلالة النص ص١٦

(٣) القرينة الحالية وأثرها في تبين الحكم الشرعي ص٩٤، القرائن الحالية وأثرها على

دلالة النص ص١٦

(٤) سورة الإسراء آية ٦٥

على إمكان الفعل وإقداره عليه مجازاً، فالوقوف على معهود الله سبحانه وتعالى في الأوامر والنواهي من أنه لا يأمر بالمعصية والإثم والعدوان، هي القرينة الحالية التي صرفت لفظ الأمر من أن يراد به حقيقته الظاهرة إلى أن يراد به معنى آخر وهو مجرد إقدار الشيطان على الفعل، وهذا المعنى الذي تفيده القرينة الحالية هو المقصود الحقيقي لله تعالى" (١)

ومما سبق يتضح أن قرينة الحال المعهودة للمتكلم تشتمل على أمرين يجب التنبه لهما لما لهما من دور مهم في فهم مقصود المتكلم وهما:

١- الأمر الأول: المعرفة بألفاظ المتكلم ومصطلحاته فقد يكون له مصطلحه الخاص به شخصياً والذي يتميز به عن المعنى اللغوي أو العرفي بكونه أعم منه أو أخص أو غيره فقول الإمام أحمد عن الراوي أنه "منكر الحديث" يختلف معناه عما لو قال العبارة نفسها محدث آخر لأن الإمام أحمد يطلق هذه العبارة على من يتفرد بالرواية حتى لو كان ثقة، أما الآخرون فيطلقونها على الضعيف الذي يتفرد بالرواية فقط، وقول ابن حبان "هذا راو ثقة" يختلف معناه عما لو قال العبارة نفسها غيره من المحدثين وذلك لأن ابن حبان يوثق الراوي المجهول برواية الثقة عنه بينما لا يوثقه الآخرون (٢)، وكثيراً ما يوقع الجاهل بمصطلح المتكلم اللبس في فهم خطابه كما حدث ذلك في مصطلح الاستحسان الذي قال به الحنفية والمالكية والحنابلة وأنكره الشافعية بل وشنعوا على القائل به فلما تحرر وتحدد معناه تبين أن لا خلاف فيه وأن الجميع يعمل به وقد نقل الشركاني عن ابن السمعاني قوله "إن كان الاستحسان هو العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد" (٣).

(١) كنز الوصول للإمام البزدوي ج١/ ٨٨

(٢) القرائن الحالية وأثرها على دلالة النص ص ١٧

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤٠١ طبع مؤسسة الكتب الثقافية بيروت

وقد نبه ابن القيم على الخطأ الذي يحدث بسبب عدم فهم المصطلحات فقال: " قال ابن وهب سمعت مالكا يقول لم يكن من أمر الناس ولا من مضى من سلفنا ولا أدركت أحدا اقتدى به يقول في شيء هذا حلال وهذا حرام وما كانوا يجترئون على ذلك وإنما كانوا يقولون نكره كذا ونرى هذا حسنا فينبغي هذا ولا نرى هذا قلت وقد غلط كثير من المتأخرين من أتباع الأئمة على أئمتهم بسبب ذلك حيث تورع الأئمة عن إطلاق لفظ التحريم وأطلقوا لفظ الكراهة فنفى المتأخرون التحريم عما أطلق عليه الأئمة الكراهة ثم سهل عليهم لفظ الكراهة وخفت مؤنته عليهم فحملة بعضهم على التنزيه وتجاوز به آخرون إلى كراهة ترك الأولى وهذا كثير جدا في تصرفاتهم فحصل بسببه غلط عظيم على الشريعة وعلى الأئمة " (١)

ولهذا بحث الأصوليون مسألة " الحقيقة الشرعية " أو " الوضع الشرعي " وهي الألفاظ التي كانت تستعمل في اللغة في معان معينة فاستعملها الشارع استعمالا خاصا به في معان أخرى ووضعوا قاعدة: أن الحقيقة الشرعية مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية والعرفية في خطاب الشارع .

٢- الأمر الثاني: المعرفة بصفات المتكلم وأهدافه ومقاصده الكلية وطبائعه وميوله واتجاهاته فقول أحد المستشرقين الحاقدين على الإسلام " إن محمداً قد تزوج من ثلاث عشرة امرأة " لا يفهم منه المعنى نفسه فيما لو وردت هذه العبارة نفسها على لسان أحد علماء المسلمين فالأول قد يعني الانتقاد والطعن على النبي صلى الله عليه وسلم والآخر إنما يعني الإخبار ولا يفهم منه الانتقاد بتاتا والذي دلنا على هذا هو المعرفة بطبائع ومقاصد كلا المتكلمين واتجاهيهما، ولهذا قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه " إذا حدثتم عن رسول الله

(١) إعلام الموقعين فصل إطلاق لفظ الكراهة على المحرم ج ١/٣٩

صلى الله عليه وسلم حديثاً فظنوا به الذي هو أهيأ والذي هو أهدى
والذي هو أتقى " (١) .

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي :

أ- مقصد الشارع من الأمر: إذا كان الشارع وهو المتكلم الذي صدر عنه الأمر لم يقصد به حقيقته كان قصده هذا قرينة تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب أو الإباحة كما لو كان يقصد بهذا الأمر حمل الناس على مكارم الأخلاق أو الرفق بهم ورحمتهم وإعلامهم بما هو أيسر عليهم ونحو ذلك .

ومن الأمثلة على هذا:

١- مارواه أبوهريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنَ الْعَذَابِ يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ طَعَامَهُ وَشَرَابَهُ وَتَوَمَّهُ فَإِذَا قَضَى نَهْمَتَهُ فُلْيَعَجَلْ إِلَى أَهْلِهِ " (٢) ، فإن الأمر في قوله " فليعجل " يقتضي وجوب تعجيل الرجوع إلى الأهل إلا أنه مصروف عن الوجوب إلى الندب والاستحباب لأن المقصود من هذا الأمر الرحمة والرفقة بحال المسافر لما في الإقامة مع الأهل من الراحة والسكينة والهدوء

٢- الأمر بتعجيل الفطر الوارد في حديث أبي هريرة قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لَا يَزَالُ النَّاسُ يَخْتَرُّ مَا عَجَّلُوا الْفِطْرَ، عَجَّلُوا الْفِطْرَ فَإِنَّ الْيَهُودَ يُؤَخَّرُونَ " (٣) فإنه مصروف عن الوجوب إلى الندب والاستحباب والصارف له هو قصد النبي صلى الله عليه وسلم الرفقة بالصائمين ومخالفة اليهود في عاداتهم .

- (١) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم ٩٨٥ ج١/ ١٢٢ ، سنن الدارمي باب تأويل حديث رسول الله برقم ٥٩١ ج١/ ١٥٤
- (٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب السفر قطعة من العذاب برقم ١٨٠٤ ج٣/ ١٠ ، ومسلم باب السفر قطعة من العذاب برقم ٥٠٧٠ ج٦/ ٥٥ ، ابن ماجه كتاب المناسك باب الخروج إلى الحج برقم ٢٨٨٢ ج٤/ ١٣٣
- (٣) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب تعجيل الفطر برقم ١٩٧٥ ج٣/ ٤٧ ، ابن ماجه في سننه كتاب الصيام باب ماجاء في تعجيل الإفطار برقم ١٦٩٨ ج٢/ ٥٩٥

٣- روت السيدة عائشة قالت: ذف أهل أبيت من أهل البادية
 حضرة الأضحى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم " ادخروا ثلاثاً ثم تصدقوا بما بقي " فلما كان بعد
 ذلك قالوا يا رسول الله إن الناس يتخذون الأسقية من ضحايانهم
 ويحملون منها الوذك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " وما ذاك "
 قالوا نهيت أن تؤكل لحوم الضحايان بعد ثلاث. فقال " إنما نهيتكم من
 أجل الدافة التي دفت فكلوا وادخروا وصدقوا " (١).

ب- مقصد الشارع من النهي: إذا كان الشارع الذي صدر عنه
 النهي لم يقصد به حقيقته كان قصده هذا قرينة تصرف النهي عن التحريم
 إلى الكراهة أو الإباحة كما لو كان يقصد بالنهي الإسراع بالإتيان بالمأمور
 به أو الحث عليه أو الرفق والرحمة بالملكف وغير ذلك من المقاصد المتعدد
 للشارع الحكيم .

ومن الأمثلة على هذا:

١- مارواه عبد الله بن عمر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم
 لنا لما رجع من الأحزاب لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة فأذرك
 بعضهم العصر في الطريق فقال بعضهم لا نصلي حتى نأتيها وقال بعضهم
 بل نصلي لم يرد منا ذلك فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فلم يعنف
 واحداً منهم" (٢) فإن النهي عن الصلاة في غير بني قريظة يقتضي تحريم
 الصلاة في غيرها إلا أن هذا النهي مصروف عن التحريم إلى الإباحة
 والقرينة الصارفة والتي فهمها الصحابة هي قصده صلى الله عليه وسلم
 الإسراع وعدم التأخر في الذهاب إلى بني قريظة ولهذا أقر النبي صلى الله
 عليه وسلم كلا الطرفين على ما ذهب إليه .

(١) رواه مسلم باب ما كان من عن النهي عن لحوم الأضاحي برقم ٥٢١٥ ج٦/٨٠، أبو
 داود في سنته باب حبس لحوم الأضاحي برقم ٢٨١٤ ج٣/٥٨

(٢) رواه البخاري في كتاب بدء الوحي باب صلاة الطالب والمطلوب رابعا برقم ٩٤٦
 ج٢/١٩، مسلم باب من لزمه أمر فدخل عليه أمر آخر برقم ٤٧٠١ ج٢/١٦٢ .

٢- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْوِصَالِ رَحْمَةً لَهُمْ فَقَالُوا إِنَّكَ تُوَاصِلُ قَالَ: "إِنِّي لَسْتُ كَهَيْئَتِكُمْ إِنِّي يُطْعِمُنِي رَبِّي وَيَسْقِينِي"^(١) فالنهي عن الوصال هنا مصروف عن التحريم إلى الكراهة لأن المقصود من النهي في الحديث الرفق والرحمة بهم ومنعهم مما يشق عليهم حتى لا يصير سنة يقتدي الناس بها في مختلف العصور والأزمان، ولهذا قال البخاري في ترجمة هذا الباب "وَنَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْهُ رَحْمَةً لَهُمْ وَإِبْقَاءً عَلَيْهِمْ وَمَا يُكْرَهُ مِنَ التَّعَمُّقِ"، ولذلك أراد النبي أن يشق علي من أبي ولم ينتهي كأنه أراد أن يعاقبهم على هذا التشدد فذكر البخاري بعده "باب التَّكْيِيلِ لِمَنْ أَكْثَرَ الْوِصَالِ" ثم ذكر فيه حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْوِصَالِ فِي الصَّوْمِ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِنَّكَ تُوَاصِلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: "وَأَيُّكُمْ مِثْلِي إِنِّي آيْتُ يُطْعِمُنِي رَبِّي وَيَسْقِينِي" فَلَمَّا أَبَوْا أَنْ يَنْتَهُوا عَنِ الْوِصَالِ وَأَصَلَ بِهِمْ يَوْمًا ثُمَّ يَوْمًا ثُمَّ رَأَوْا الْهَيْلَالَ فَقَالَ لَوْ تَأَخَّرَ لَزِدْتُمْ" كالتكْيِيلِ لَهُمْ حِينَ أَبَوْا أَنْ يَنْتَهُوا"^(٢)، وقد أشار كل من ابن قدامة والشاطبي إلى هذه القرينة فقال ابن قدامة "وَأَمَّا النَّهْيُ فَإِنَّمَا أَتَى بِهِ رَحْمَةً لَهُمْ وَرَفَقًا بِهِمْ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَشَقَّةِ عَلَيْهِمْ كَمَا نَهَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو عَنْ صِيَامِ النَّهَارِ وَقِيَامِ اللَّيْلِ وَعَنْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ فِي أَقْلٍ مِنْ ثَلَاثٍ، قَالَتْ عَائِشَةُ "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْوِصَالِ رَحْمَةً لَهُمْ" وَهَذَا لَا يَفْتَضِي التَّحْرِيمَ، وَلِهَذَا لَمْ يَفْهَمُوا مِنْهُ أَصْحَابُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ التَّحْرِيمَ بِدَلِيلِ أَنَّهُمْ وَأَصَلُوا بَعْدَهُ وَلَوْ فَهَمُوا مِنْهُ التَّحْرِيمَ لَمَا اسْتَجَازُوا فِعْلَهُ"^(٣)، وقال الشاطبي "واصل السلف الصالح مع علمهم بالنهي تحققاً بأن مغزى النهي الرفق والرحمة لا أن مقصود النهي عدم إيقاع الصوم"^(٤)

- (١) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب الوصال برقم ١٩٦٤ ج ٤٨/٣، مسلم باب النهي عن الوصال في الصوم برقم ٢٦١٨ ج ٣/٣٣٣
(٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب التكييل لمن أكثر الوصال برقم ١٩٦٥ ج ٤٨/٣
(٣) المغني لابن قدامة ج ١٩١/٦
(٤) الموافقات للشاطبي ج ٤١٤/٣ - ٤١٦

ثانيا: الحال الطارئة للمتكلم:

والمقصود بذلك: الهيئات والصفات العارضة التي تعرض للمتكلم وقت إنشاء الخطاب دون أن تكون ملازمة له في كل أوغالب أحواله، والحال الطارئة للمتكلم تجدها أصلا في أحوال النبي صلى الله عليه وسلم حينما يكون كلامه باعتبارات متعددة كما في حديث تأبير النخل، وحديث تحوله عن مكانه في بدر إلى مكان قريب من الماء بإشارة الحباب بن المنذر حيث كان الأول باعتبار بشرته ولهذا قال " .. فَأَيْمًا أَنَا بَشْرٌ مِثْلُكُمْ"^(١)، والثاني بوصفه قائدا عسكريا ولهذا قال " بل هي الحرب والرأي والمكيدة"^(٢).

وقرينة الحال الطارئة للمتكلم تشتمل على أمرين يعرضان له وقت إنشاء الخطاب بالذات ويجب التنبه لهما وهما^(٣):

١- الأمر الأول هو: الهيئات الطارئة للمتكلم وقت إنشاء الخطاب، وقد أشار الإمام الغزالي إلى هذا بقوله " إن قصد الاستغراق يعلم بعلم ضروري يحصل عن قرائن أحوال ورموز وإشارات وحركات من المتكلم وتغيرات في وجهه ... وقرائن مختلفة لا يمكن حصرها في جنس ولا ضبطها بوصف " ومن الأمثلة على ذلك ماتقدم من حديث أبي موسى أنه صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عَنْ أَشْيَاءَ كَرِهَهَا فَلَمَّا أَكْثَرَ عَلَيْهِ غَضَبٌ ثُمَّ قَالَ لِلنَّاسِ سَلُونِي عَمَّا شِئْتُمْ فَلَمَّا رَأَى عُمَرُ مَا فِي وَجْهِهِ قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَتُوبُ إِلَيْكَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَلَمْ يَزَلْ بِهِ حَتَّى رَضِيَ، وكذلك ما نقله الصحابة من التغيرات التي تعرض للنبي وقت إنشائه الخطاب كقولهم " عرفنا ذلك في وجهه "، " أشاح بوجهه "، وكحديث عائشة رضي الله عنها أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على

(١) شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر الطحاوي باب وطء الحبالى ج٤/٣٨٨ طبع عالم الكتب الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤ م، ١٤١٤ هـ

(٢) السيرة النبوية لابن كثير بتحقيق مصطفى عبد الواحد ج٢/٤٠٢ طبع دار المعرفة بيروت.

(٣) القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص ص ٢٥

رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَلَيْهَا ثِيَابٌ رِقَاقٌ فَأَعْرَضَ عَنْهَا" (١)،
وَقَوْلِ أَنَسٍ أَوْمَأَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَدِيهِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ أَنْ يَتَقَدَّمَ،
وَقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَوْمَأَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَدِيهِ لِأَخْرَجَ" (٢).

٢- الأمر الثاني هو: وظيفة وصفة المتكلم وقت إنشاء الخطاب،

فلمتكلم الواحد قد تكون له عدة وظائف واعتبارات وهو عند الكلام
يمثل وظيفة واعتبارا واحدا يجب الانتباه إليه عند تفسير وفهم كلامه وإلا
وقع الخطأ في معرفة مراده، فمثلا ما يصدر عن النبي تارة يكون بوصفه
واعتباره مشرعا، وتارة باعتباره واليا وحاكما، وتارة باعتباره قائدا
سياسيا أو عسكريا، وتارة باعتباره ناصحا ومرشدا، وتارة باعتباره قاضيا
وحكما ... إلخ وكل وصف من هذه الأوصاف والاعتبارات له تأثيره
على معرفة مراده وفهم ما هو المقصود من كلامه، ولما كانت هذه
الوظائف والاعتبارات تتبدل وتتغير على الشخص الواحد في المناسبات
المختلفة فإنها تدخل ضمن ما يسمي بالحال الطارئة للمتكلم، وقد بين
ذلك الإمام القراني فقال " تَقَعُ تَصَرُّفَاتُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْهَا مَا
يَكُونُ بِالتَّبْلِيغِ وَالْفَتْوَى إِجْمَاعًا، وَمِنْهَا مَا يُجْمَعُ النَّاسُ عَلَى أَنَّهُ بِالقَضَاءِ،
وَمِنْهَا مَا يُجْمَعُ النَّاسُ عَلَى أَنَّهُ بِالإِمَامَةِ، وَمِنْهَا مَا يَخْتَلِفُ العُلَمَاءُ فِيهِ
لِتَرَدُّوهُ بَيْنَ رُتَبَتَيْنِ فَصَاعِدًا فَمِنْهُمْ مَنْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ رُتْبَةٌ وَمِنْهُمْ مَنْ يَغْلِبُ
عَلَيْهِ أُخْرَى ثُمَّ تَصَرُّفَاتُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَهْدُوهُ الأَوْصَافُ تَخْتَلِفُ
آثَارُهَا فِي الشَّرِيعَةِ فَكُلُّ مَا قَالَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْ فَعَلَهُ عَلَى سَبِيلِ
التَّبْلِيغِ كَانَ ذَلِكَ حُكْمًا عَامًّا عَلَى الثَّقَلَيْنِ إِلَى يَوْمِ النِّيَامَةِ فَإِنْ كَانَ مَأْمُورًا
بِهِ أَقْدَمَ عَلَيْهِ كُلُّ أَحَدٍ بِنَفْسِهِ وَكَذَلِكَ المَبَاحُ وَإِنْ كَانَ مِنْهِيًّا عَنْهُ اجْتَنَبَهُ كُلُّ
أَحَدٍ بِنَفْسِهِ، وَكُلُّ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِوَصْفِ الإِمَامَةِ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ
أَنْ يَتَقَدَّمَ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ الإِمَامِ ائْتِدَاءً بِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَلِأَنَّ سَبَبَ تَصَرُّفِهِ فِيهِ
بِوَصْفِ الإِمَامَةِ دُونَ التَّبْلِيغِ يَقْتَضِي ذَلِكَ، وَمَا تَصَرَّفَ فِيهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

(١) سنن أبي داود باب ما تبدي المرأة من زيتتها برقم ٤١٠٦ ج٤/١٠٦

(٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب الإشارة في الطلاق والأموال برقم ٥٢٩٢ ج٧/٦٥

وَسَلَّمَ يَوْصَفُ الْقَضَاءُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَقْدَمَ عَلَيْهِ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ اقْتِدَاءً
بِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلِأَنَّ السَّبَبَ الَّذِي لِأَجْلِهِ تَصَرَّفَ فِيهِ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْصَفُ الْقَضَاءُ يَقْتَضِي ذَلِكَ " (١)

النوع الثاني: قرينة حال المخاطب

المخاطب هو المتلقي الذي توجه إليه الخطاب سواء كان فرداً أو جماعة، والمعرفة بمجاله من القرائن المهمة التي تعين على فهم النص فهما صحيحاً وتبين حقيقة المقصود منه فإذا أهملت ولم يلتفت إليها أدى ذلك إلى فهم كلام المتكلم فهما سقيماً غير صحيح والوقوع في أخطاء كبيرة إذ المتكلم قد يختلف مقصوده من الكلام باختلاف المخاطب به فيميز في هذا بين أن يكون المخاطب كبيراً مكلفاً أو صغيراً غير مكلف، غنياً أو فقيراً، ذكراً أو أنثى وغير هذا من الاعتبارات التي تدخل في حال المخاطب وتؤثر على دلالة النص فتصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب وتقييد المطلق أو تخصص العام إلى غير ذلك مما يكون له مدخل في فهم الخطاب ودلالاته، وقد بين ابن تيمية أثر هذه القرينة على فهم الخطاب فقال " اللفظ وإن كان في نفسه مطلقاً فإنه إذا كان خطاباً لمعين في مثل الجواب عن سؤال، أو عقب حكاية حال ونحو ذلك فإنه كثيراً ما يكون مقيداً بمثل حال المخاطب كما لو قال المريض للطبيب إن به حرارة. فقال له الطبيب: لا تأكل الدسم فإنه يعلم أن النهي مقيد بتلك الحال وذلك أن اللفظ المطلق إذا كان له مسمى معهود أو حال يقتضيه انصرف إليه " (٢)

ومن الأمثلة على قرينة حال المخاطب:

١- ما قرره الإسنوي في التمهيد من أنه " إذا ورد الأمر بشيء يتعلق بالمأمور وكان عند المأمور وازع يحمله على الإتيان به فلا يحمل ذلك

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق للإمام شهاب الدين القرافي الفرق السادس والثلاثون ج ٣١٦/٢

(٢) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ج ٣/٢٩٢

الأمر على الوجوب لأن المقصود من الإيجاب إنما هو الحث على طلب الفعل والحرص على عدم الإخلال به والوازع الذي عنده يكفي في تحصيل ذلك^(١) كما في قوله صلى الله عليه وسلم " يامعشر الشباب من استطاع منكم أن يتزوج فليتزوج ... "^(٢) فإن الأمر في قوله " فليتزوج " مصروف عن الوجوب إلى الندب لأن المخاطب لديه الوازع الفطري المطبوع في النفوس وهو قوة الشهوة الفطرية المخلوقة في الإنسان فإنها تدفعه وتحمله على الزواج حتى لو لم يرد أمر بذلك بدليل أن جميع الناس من المخاطبين وغير المخاطبين يقدمون على الزواج، وأيضا في قوله تعالى " كلوا من الطيبات " فإن الأمر يدل في ظاهره على وجوب الأكل من الطيبات لكنه اقترن بقرينة تصرفه عن الوجوب إلى الإباحة وهي أن المخاطب لديه الوازع الذي يحمله على الأكل والشرب بحسب استدعاء الطبيعة البشرية سواء ورد أمر بذلك أو لا ، ولأن الأمر به ليس أمرا تكليفيا.^(٣)

٢- إذا كان المخاطب ليس أهلاً للتكليف كان ذلك قرينة حالية صارفة للأمر عن الوجوب إلى الندب إذ لو كان للوجوب لأدى ذلك إلى أن غير المكلف يأثم إن لم يفعل وهو غير صحيح إذ لا ثواب ولا عقاب على غير المكلف، وهذا كما في قوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن أبي سلمة وهو غلام صغير " يَا غُلَامُ سَمُّ اللّهِ وَكُلُّ يَمِينِكَ وَكُلُّ مِمَّا يَلِيكَ "^(٤) فقوله (سم ، كل) فعل أمر يقتضي الوجوب ولكنه مصروف عنه إلى الندب لأن المخاطب بهذا الأمر ليس أهلا للتكليف .

- (١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص ٢٧٠
- (٢) رواه البخاري في كتاب النكاح باب الترغيب في النكاح برقم ٥٠٦٥ ج ٣/٧، مسلم باب استحباب النكاح ٣٤٦٤ ج ٤/١٢٨
- (٣) أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ج ١/ ٢٢٠ - طبع دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦
- (٤) رواه البخاري باب التسمية على الطعام والأكل باليمين برقم ٥٣٧٦ ج ٧/٨٨، ومسلم باب آداب الطعام والشراب برقم ٥٣٨٨ ج ٦/١٠٩

٣- ومن هذا أيضا قوله تعالى للكافرين "اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ" فإنه فعل أمر يراد به التهديد، والذي حمله على معنى التهديد لا الوجوب، حال المخاطب المصغر على العناد والاستكبار والعصيان (١) وقد قسم بعض الباحثين قرينة حال المخاطب إلى قسمين أيضا هما:

١- الحال المعهودة للمخاطب .

٢- الحال الطارئة له عند إنشاء الخطاب.

١- الحال المعهودة للمخاطب :

المقصود بذلك هو: المعرفة بتوجهات المخاطب وتصوراته وطبائعه وعاداته ومقاصده وصفاته القولية والفعلية والخلقية، ومن ذلك معرفة كونه ذكراً أم أنثى، كبيراً أم صغيراً، واحداً أم جماعة، غنياً أم فقيراً، شجاعاً أم جباناً، تقياً أم فاسقاً، قوياً أم ضعيفاً، عالماً أم جاهلاً... إلخ ويمكن التعبير عن ذلك كله بعبارة جامعة تجمع كل هذه المفردات وهي "الخبرة بالمخاطب"، فإن هذه الأحوال كلها لها تأثير في فهم مراد المتكلم ومعرفة مقصده من الكلام كما في حديث عمر بن أبي سلمة في آداب الطعام وحديث الحث على الزواج المتقدمين، ولهذا فقد راعى النبي صلى الله عليه وسلم حال السائل فاختلفت أجوبته عن السؤال الواحد على حسب أحوال المخاطب، وقد أورد الشاطبي أمثلة لذلك فقال "فمن ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل في أوقات مختلفة عن أفضل الأعمال وخير الأعمال وعرف بذلك في بعض الأوقات من غير سؤال فأجاب بأجوبة مختلفة كل واحد منها لو حمل على إطلاقه أو عمومه لاقتضى مع غيره التضاد في التفضيل ففي الصحيح : أنه عليه الصلاة والسلام "سئل أي الأعمال أفضل؟ قال : إيمان بالله . قال : ثم ماذا؟ قال : الجهاد في سبيل الله . قال : ثم ماذا؟ قال : حج مبرور" ، وسئل عليه الصلاة والسلام "أي

(١) القرينة الحالية وأثرها في تبين الحكم ص ٩٥.

الأعمال أفضل ؟ قال : الصلاة لوقتها . قال : ثم أي ؟ قال : بر
الوالدين . قال : ثم أي ؟ قال : الجهاد في سبيل الله " ، وفي النسائي
عن أبي أمامة قال " أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : مرني
بأمر آخذه عنك . قال : عليك بالصوم فإنه لا مثل له " وقد دعا عليه
السلام لأنس بكثرة المال فبورك له فيه ، وقال لأعرابي حين سأله
الدعاء له بكثرة المال " قليل تؤدي شكره خير من كثير لا تطيقه " ،
وفي الترمذي " ما من شيء أفضل في ميزان العبد المؤمن يوم القيامة
من خلق حسن " ، وفي الصحيح " إني أعطي الرجل وغيره أحب
إلي منه مخافة أن يكبه الله في النار " ، وأثر عليه الصلاة والسلام في
بعض الغنائم قوماً ووكل قوماً إلى إيمانهم لعلمه بالفريقين ، وقبل
عليه الصلاة والسلام من أبي بكر ماله كله وندب غيره إلى استبقاء
بعضه وقال " أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك " ولو تتبع هذا
النوع لكثير جداً " (١) ، ومن هذا الباب ما قرره العلماء من أن " الفتوى
تنزل على حال المستفتي " وما ذلك إلا مراعاة لحال المخاطب بتلك
الفتوى ، ولهذا وجب على العلماء عند التعرض للنص الشرعي تفسيراً
وتطبيقاً مراعاة خصوصية المخاطب بهذا النص ، ونجد تطبيق ذلك عند
الإمام أحمد فقد لاحظ هذه الخصوصية عند الفتوى وفرق بين أن يكون
المخاطب بالفتوى تقياً أم فاسقاً فقد ورد عن مَخة بنت الحارث أخت بشر
الحافي أنها سألت الإمام أحمد قائلة : إننا نغزل على سطوحنا فتمر بنا
مشاعل الظاهرية ويقع علينا شعاعها أفيجوز لنا أن نغزل على شعاعها ؟
فقال : من أنت عافاك الله ؟ فقالت : أخت بشر الحافي فبكى وقال : من
يبتكم يخرج الورع الصادق لا تغزلي في شعاعها (٢) فقد راعى الإمام حال
المرأة وما هي عليه من التقوى والورع ونزل الفتوى على حالها بعد أن

(١) الموافقات ج ٥/٢٦

(٢) الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي
ص ٤٨٨ ، صفة الصفوة باب ذكر المصطفيات من عابدات بغداد لأبي الفرج بن
الجوزي ج ٢/٥٢٥ .

علم أنها أخت بشر الحافي ولو كان المخاطب بهذه الفتوى غيرها لاختلف
الجواب .

٢- الحال الطارئة للمخاطب عند الخطاب:

المقصود بذلك هو: المعرفة بحال المخاطب قبل وبعد توجه
الخطاب إليه، كأن نعرف حاله قبل توجه الخطاب إليه، هل كان
حزيناً أم فرحاً، راضياً أم غاضباً، وكذا بعد توجهه إليه ويمكن أن يمثل
لهذا بما رواه أبو مالك الأشجعي عن سعد بن عبيدة قال: جاء رجل إلى
ابن عباس رضي الله عنهما فقال: ألمن قتل مؤمناً متعمداً توبة؟ قال: لا
إلا النار. قال: فلما ذهب قال له جلساؤه: أهكذا كنت تفتينا؟ كنت تفتينا
أن لمن قتل توبة مقبولة. قال: إني لأحسبه رجلاً مغضباً يريد أن يقتل
مؤمناً. قال: فبعثوا في أثره فوجدوه كذلك^(١)، فقد لاحظ ابن عباس
حالة الغضب الطارئة التي سيطرت على هذا السائل ودفعته إلى العزم على
القتل فأفتاه بأن لا توبة للقاتل فصرفته تلك الفتوى عما كان قد عزم عليه
حتى هدأت نفسه وزال عنه الغضب فعاد إلى رشده، ومن هنا لا يحتمل
قول ابن عباس بأنه لا توبة للقاتل على أن ذلك هو مذهبه كما حكاه
البعض عنه^(٢) لأنه قال ما قال مراعاة للحال الطارئة للمخاطب بالفتوى .
النوع الثالث: حال المتكلم فيه:

يسمى الخفية هذا النوع من القرينة بـ " دلالة محل الكلام "،
والمقصود بها حال الموضوع الذي يخبر عنه الخطاب .

فإذا كان محل الكلام " أي موضوعه " لا يقبل الحقيقة كان عدم قبوله
هذا قرينة دالة على ترك الحقيقة إلى غيرها لأن الحكيم لا يستعمل الكلام
حقيقة في محل لا يقبله وإلا كان الكلام كذبا إن كان خيرا ولغوا إن كان

(١) تفسير القرطبي ج٥/٣٢٣، الجواهر الحسان في تفسير القرآن المعروف بتفسير الثعالبي
لعبد الرحمن بن محمد الثعالبي ج١/٣٣٨ بتحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود
- طبع دار إحياء التراث العربي، روح المعاني لشهاب الدين محمود الألويسي
بتحقيق علي عبد البارى عطية ج٣/١١٢ - دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٥هـ
(٢) انظر المراجع السابقة، مفاتيح الغيب للفخر الرازي ج٤/٩٧ - دار الكتب العلمية

طلباً^(١)، وذلك كما في قوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً " فإن محل الكلام وهم المماليك لا يقبل الوجوب لأن المالك حر التصرف في ملكه وليس مطالباً أن يخرج منه بغير رضاه لهذا كانت مكاتبة المماليك مندوبة وليست واجبة بهذه القرينة^(٢).

وقد بين العلماء أثر هذه القرينة على النص الشرعي وأنها قد تصرف اللفظ عن ظاهره أو تخصص عمومه وغير ذلك فقال الإمام السرخسي " ولهذا حملنا قوله تعالى : (أو لامستم النساء) على الجامعة دون المس باليد لأنه إذا حمل على المس باليد كان تكراراً لنوع حدث واحد، وإذا حمل على الجامعة كان بياناً لنوعي الحدث وأمرًا بالتيمم لهما فيكون أكثر فائدة فبدلالة محل الكلام يتبين أن المراد الجماع دون المس باليد^(٣)، وقال الإمام البزدوي " وأما الثابت بدلالة محل الكلام فمثل قوله تعالى " وما يستوي الأعمى والبصير " سقط عموم - أي سقط عموم نفي الاستواء بين الأعمى والبصير - وذلك حقيقة لأن محل الكلام وهو المخبر عنه لا يحتمله لأن وجوه الاستواء قائمة _ أي في كثير من الأمور كالذكورة والعقل والإنسانية مثلا _ فوجب الاقتصار على حكم خاص وهو ما دلت عليه صيغة الكلام وهو التغاير في البصر، ومثل قول علي رضي الله عنه في أهل الذمة (إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا) فإن هذا عام عندنا لأن المحل يحتمله^(٤) ولهذا كان الحكم عند الأحناف أن يقتل المسلم بالذمي، ويضمن المسلم إذا أتلف خمر الذمي أو خنزيره لأن المحل يقبل ذلك^(٥).

(١) حاشية يحيى الراوي على شرح ابن ملك لمن المنار ج ٤٢٨/١ طبع دار سعادات مطبعة عثمانية

(٢) أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ج ٢٢٠/١

(٣) أصول السرخسي ج ١٩٧/١ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٩٩٣م

(٤) كشف الأسرار على أصول البزدوي للبخاري ج ١٠٣/٢ - دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة، كشف الأسرار - شرح المصنف على المنار للنسفي ج ٢٧٤/١ - دار الباز بمكة المكرمة

(٥) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للنسفي ج ٢٧٤/١

ومما لا شك فيه أن الحكم بنفي العمرم في الآية السابقة، وإثباته في قول سيدنا علي ليس مأخوذاً من سياق الآية وكلام علي وإنما هو راجع إلى المعرفة بموضوع الخطاب أو المخبر عنه مما يدل على أن الإحاطة والمعرفة بقرينة حال الخطاب تعطي توضيحاً وبياناً لذلك الخطاب والمقصود منه .

ويسبب عدم الالتفات إلى هذه القرينة قديماً وقع بعض الفقهاء في أحكام فقهية غير صحيحة لم يتضح خطأها إلا في العصر الحالي بعد توفر المعرفة العلمية بموضوعها وكشف الحقائق التي كانت غائبة عن فقهاءنا المتقدمين مما اتضح معه أن المحل لا يقبل تلك الأحكام التي قالوا بها كما في مسألة أكثر مدة الحمل التي ذهب الإمام مالك إلى أنها أربع سنوات وفي وقتنا هذا كشف العلم الحديث استحالة بقاء الحمل هذه المدة وكشف عن ما يسمى بالحمل الكاذب الذي قد يسبق الحمل الحقيقي فيتوهم أن مجموعهما هي مدة الحمل، وكما في مسألة إلحاق القافة فقد ذهب جمهور العلماء إلى: أن القافة إذا ألحقت الولد بأبوين أو أكثر فإنه ينسب إليهم جميعاً وإن كثروا وعللوا ذلك بأن الولد يجوز أن يتخلق من ماء رجلين أو ثلاثة أو أكثر وقد كشف العلم الحديث بطلان هذه العلة التي استند إليها الجمهور وأثبت استحالة تخليق الولد من أكثر من ماء فإن بويضة المرأة لا يلقحها إلا حيوان منوي واحد من بين ملايين الحيوانات المنوية، وقد خالف الشافعي الجمهور في هذا وذهب إلى أنه ينسب إلى واحد فقط ومتى ألحقت القافة باثنين سقط نولها^(١).

ومن التطبيق العملي الواعي لهذه القرينة على النص الشرعي ما أفتى به أحد العلماء عندما سأله أحدهم قائلاً: إني أحب امرأتي وإن أبي يأمرني بطلاقها فماذا أفعل؟ فقال له العالم: أمسك عليك

(١) بدائع الصنائع باب ما يظهر به النسب ج ١٤/٢٥٨، المغني لابن قدامة كتاب اللقطة باب إذا ادعى اللقيط أكثر من واحد ج ١٢/٤٧٨ - ٤٨٠، زاد المعاد لابن القيم ج ٣٧/٥

امراتك، فقال السائل : وما تقول فيما روي عن ابن عمر أنه قال :
 " كانت تحتي امرأة كان عمر يكرهها فقال : طلقها فأبيت، فأتى عمر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي النبي صلى الله عليه
 وسلم : أطع أباك " فقال العالم : لو كان أبوك كعمر بن الخطاب
 لقلت لك كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفي هذا التلقي
 الواعي للنص من قبل هذا العالم نلاحظ كيف أثرت قرينة " حال
 المخبر عنه " وهو عمر بن الخطاب رضي الله عنه على كيفية فهم
 الحديث فجعلته خاصاً بعمر وبأمثاله من أهل التقوى والصلاح الذين
 لا يأمرون بطلاق امرأة ما ظلماً وتعسفاً وهوى، وإنما إذا صدر منهم
 الأمر بذلك فهو لأسباب شرعية تقتضيه على الرغم من أن مقتضى
 النص هو العموم في كل أب والله أعلم ^(١) .

النوع الرابع: قرينة حال الخطاب

والمقصود بحال الخطاب: ما يحيط بالخطاب عند صدوره من
 المتكلم من الأوضاع والأعراف والقيم وأسباب وزمان ومكان وبيئة
 النزول .
 فيشمل ذلك ما يأتي:

١- أسباب نزول وورود الخطاب: من المسلم به أن أسباب نزول
 الآيات الكريمة وأسباب ورود الأحاديث الشريفة من أهم الأدوات التي
 تعين على فهم الخطاب ومعرفة مراد المتكلم، وتمكن من إدراك حقيقة
 المعنى المراد والإحاطة به، ووجه الارتباط بين النص والحكم وهذا
 يعين في باب الاجتهاد على معرفة الصفات المشتركة بين الفرع
 والأصل عند القياس، كما ييسر الوقوف على تحقق الحكمة عند
 استنباط الأحكام للمشكلات المعاصرة، وأن الجهل بها سبب في سوء
 الفهم ووقوع النزاع والخلاف ذلك أن تلك الأسباب والوقائع هي من

١ (القرينة الحالية وأثرها على دلالة النص عند الأصوليين للدكتور العبد خليل أبو عيد،
 أيمن علي صالح ص ١٦

قبيل الأحوال التي تقترن بالخطاب نفسه فتؤثر فيه، وهذا ما تنبه له الصحابة رضي الله عنهم وأشار إليه الإمام الشاطبي فقال " الوجه الثاني: وهو أن الجهل بأسباب التنزيل موقع في الشبه والإشكالات، ومورد للنصوص الظاهرة مورد الإجمال حتى يقع الاختلاف وذلك مظنة وقوع النزاع، ويوضح هذا المعنى ما روى أبو عبيد عن إبراهيم التيمي قال: " خلا عمر ذات يوم فجعل يحدث نفسه كيف تختلف هذه الأمة ونبياها واحد وقبلتها واحدة؟ فأرسل إلى ابن عباس فقال: كيف تختلف هذه الأمة ونبياها واحد وقبلتها واحدة؟ فقال: ابن عباس: يا أمير المؤمنين إنا أنزل علينا القرآن فقرأناه، وعلمنا فيما نزل، وإنه سيكون بعدنا أقوام يقرءون القرآن ولا يدرون فيما نزل فيكون لهم فيه رأي فإذا كان لهم فيه رأي اختلفوا فإذا اختلفوا اقتتلوا. قال: فزجره عمر وانتهره فانصرف ابن عباس، ونظر عمر فيما قال فعرفه فأرسل إليه فقال: أعد علي ما قلت فأعاده عليه فعرض عمر قوله وأعجبه " (١).

ومن الأمثلة على ذلك:

١- أن عبد الله بن عباس جعل سبب ورود الحديث قرينة صرفت الأمر الوارد بالقتل في يوم الجمعة عن الوجوب إلى الندب فقد روى عكرمة أن ناسا من أهل العراق جاءوا فقالوا: يا ابن عباس الغسل يوم الجمعة واجب؟ قال: لا ولكنه أطهر وخير لمن اغتسل ومن لم يغتسل فليس عليه بواجب وسأخبركم كيف كان بدء الغسل كان الناس مجهودين يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم وكان مسجدهم ضيقا متقارب السقف إنما هو عريش فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم صائف شديد الحر ومنبره صغير إنما هو ثلاث درجات فخطب الناس وعرق الناس في ذلك الصوف حتى ثارت منهم رياح آذى بذلك بعضهم بعضا حتى بلغت أرواحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على المنبر فقال: " يا أيها الناس إذا كان هذا اليوم فاغتسلوا وليمس أحدكم أطيب ما

يجد من طيبه أو دهنه " ثم جاء الله بالخير ولبسوا غير الصوف وكفوا العمل ووسع مسجدهم وذهب بعض الذي كان يؤذي بعضهم بعضا من العرق. ^(١) فبين ابن عباس أن سبب ورود الحديث صرف الأمر بالغسل ومس الطيب في قوله " فاغتسلوا، وليمس " من الوجوب إلى الندب .

٢- مازوي في الصحيح أن مروان بن الحكم أشكل عليه معنى قوله تعالى: { لَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ يَفْرَحُونَ بِمَا أَتَوْا وَيُحِبُّونَ أَنْ يُحْمَدُوا بِمَا لَمْ يَفْعَلُوا فَلَا تَحْسَبْنَهُمْ بِمَقَازَةٍ مِنَ الْعَذَابِ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ } ^(٢) وقال: لئن كان كل امرئ فرح بما أوتي وأحب أن يحمد بما لم يفعل معذبا لتعذبن أجمعون، وبقي في إشكاله هذا حتى بين له ابن عباس أن الآية نزلت في أهل الكتاب حين سألمهم النبي عن شئ فكتموه إياه وأخبروه بغيره، وأروه أنهم أخبروه بما سألمهم عنه واستحمدوا بذلك إليه، وحينئذ زال الإشكال عنه وفهم مراد الله من كلامه هذا ووعيده ^(٣) فتبين من سبب نزول الآية أن الذم والتوعد بالعذاب اللذين يقتضيان تحريم فرح الإنسان بما أوتي مصروفان عن التحريم إلى الجواز والإباحة، وقد أخرج البخاري في صحيحه أن ابن عمر كان يرى أن الخوارج هم شرار الخلق وقال: " إِنَّهُمْ أَنْطَلَقُوا إِلَى آيَاتِ نَزَلَتْ فِي الْكُفَّارِ فَجَعَلُوهَا عَلَى الْمُؤْمِنِينَ " ^(٤) والراجح أن هذا وقع منهم لجهلهم بأسباب النزول .

٢- بيئة الخطاب: وتعرف هذه القرينة عند اللغويين ب" السياق المقامي " وهي البيئة التي نزل فيها الخطاب، فإن المعرفة بهذه البيئة ودراسة طبيعتها وما يحيط بالخطاب من أعراف سائدة، وقيم مستقرة، وأوضاع قائمة، وما كان عليه حال العرب الذين نزل القرآن في بيئتهم من أقوال وأفعال وعادات وأعراف وتصرفات سائدة وقت نزول الخطاب لا شك

(١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر بتحقيق مصطفى العلوي،

ومحمد عبد الكبير ج١٠/٨٧ طبع مؤسسة قرطبة

(٢) سورة آل عمران آية ١٨٨

(٣) مناهل العرفان للزرقاني ج١/١١٠

(٤) صحيح البخاري باب قتل الخوارج والملحدين بعد إقامة الحججة عليهم ج٢١/٩

أنها تعين على فهم الخطاب فهما صحيحا وتكشف عن حقيقة ماأراده المتكلم وقصد إليه لأن بعض النصوص الشرعية تتأثر دلالتها بالبيئة العربية التي نزلت فيها كما في قوله تعالى " وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ " ^(١) فقوله " وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ " مرتين في دلالاته الحرفية بزمانه وبيئته العربية التي نزل فيها ولا يفهم تلك الدلالة إلا من عرف مكانة الخيل واستخداماتها في البيئة العربية في ذلك الوقت، وأنها تحولت في عصرنا إلى رمز للدلالة على القوة والسرعة ^(٢)، وقد بين الشاطبي أهمية ذلك في فهم الخطاب فقال " ومن ذلك معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري أحوالها حالة التنزيل وإن لم يكن ثم سبب خاص لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن منه وإلا وقع في الشبه والإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة " ^(٣) ولهذا نجد من العلماء من أجاز التخصيص بالعادة الفعلية المقارنة ومنهم من منع يقول أبو البركات ابن تيمية " ^(٤) تخصيص العموم بالعادة بمعنى قصره على العمل المعتاد كثير المنفعة، وكذا قصره على الأعيان التي كان الفعل معتادا فيها زمن التكلم " ^(٥)، وتتضح أهمية معرفة بيئة الخطاب بالتأمل في فروع القاعدة الأصولية التي وضعها العلماء " أن اللفظ إذا خرج مخرج الغالب لم يعتبر مفهومه " ^(٦)، وقد نقل الإمام القرافي عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام قوله " أَنْ الْوَصْفَ إِذَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ وَكَانَتْ الْعَادَةُ شَائِدَةً يَثْبُوتُ ذَلِكَ الْوَصْفُ لِتِلْكَ الْحَقِيقَةِ يَكُونُ الْمُتَكَلِّمُ مُسْتَعْنِيًا عَنْ ذِكْرِهِ لِلْسَامِعِ بِدَلِيلٍ أَنَّ الْعَادَةَ كَافِيَةٌ فِي إِفْهَامِ السَّامِعِ ذَلِكَ فَلَوْ أَحْبَبَهُ يَثْبُوتُ ذَلِكَ الْوَصْفُ لَكَانَ ذَلِكَ تَخْصِيصًا لِلْحَاصِلِ " ^(٧)

(١) سورة الأنفال آية ٦٠

(٢) القرينة الحالية لعبد الرحمن الكيلاني ص ٩٣

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٤ / ١٥٤

(٤) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية ص ١١، ١٢- طبع مطبعة المدتي بالقاهرة

(٥) أنوار البروق في أنواع الفروق لشهاب الدين القرافي ج ٣ / ٨١

(٦) المصدر السابق

ومعنى هذا أن المتكلم يستغني عن ذكر كل ما يريده اعتمادا منه على أن العادة والعرف السائدان وقت الخطاب كافيين في إفهام السامع أو المخاطب ما يريد وما يقصد، فإذا جهل السامع تلك العادة وذلك العرف لم يتمكن من فهم حقيقة ما أراده المتكلم وما قصده من كلامه .
ومن الأمثلة على ذلك:

١ - مازعمه بعض المعاصرين من أن القرآن إنما حرم الربا الفاحش ولم يحرم القليل منه بدليل قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ " (١) وزعموا أن قوله " أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً " قيد في التحريم لا بد أن تكون له فائدة وإلا كان ذكره في الآية عبثا، وفائدته أن يؤخذ بمفهومه وهو إباحة ما لم يكن أضعافا مضاعفة من الربا، وقد زعموا ذلك لجهلهم بأعراف العرب في الجاهلية وعاداتهم في تعاملهم بالربا، ولو أنهم علموا ما كانوا عليه في التعامل بالربا لما قالوا ذلك فإن الله تعالى أتى بقوله " أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً " حكاية لما كان سائدا بينهم حينذاك واستنكارا لهذا الواقع وتوبيخا لهم على ما كانوا يفعلون وقد جاء مثل هذا الأسلوب في قوله " وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا " (٢) فليس الغرض أن يحرم عليهم إكراه الفتيات على البغاء حالة إرادتهن التحصن ويبيحه إذا لم يردنه بل يحكي واقعا كان موجودا وقت النزول ويشع ذلك الواقع وما يفعلونه ويقول لهم: لقد بلغ بكم الأمر أنكم تكرهون فتياتكم على البغاء رغم أنهن يردن التحصن وهذا أفظع ما يصل إليه مولى مع مولاته، كذلك الأمر في الربا يقول لهم: لقد بلغ بكم الأمر في استحلال الربا أنكم لم تكتفوا بأكله وهو حرام بل جعلتموه أضعافا مضاعفة وهو أفظع ما يصل إليه جشع واستغلال الإنسان لأخيه الإنسان فلا تفعلوا ذلك (٣)

(١) سورة البقرة آية ١٣٠

(٢) سورة النور آية ٣٣

(٣) تفسير القرآن للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص ١٥٠ بتصرف قليل - طبع دار الشروق بالقاهرة

٢- وأيضا ما استدل به بعض العلماء على أن الترتيب بين أعضاء
الوضوء فرض لمخالفة آية الوضوء لعرف وعادة العرب في كلامهم فقال "
إن الآية ذكرت فرائض الوضوء مرتبة مع فصل الرجلين عن اليدين
وفريضتهما الغسل بالرأس الذي فريضته المسح مع أن عادة العرب في
كلامهم أنهم لا يقطعون النظر عن النظر إلا لفائدة وهي هنا الترتيب " (١)
ولولا معرفة عادة العرب وعرفهم في الكلام لما أمكن استنباط هذا الدليل .

٣- اختلف العلماء في قوله تعالى " وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ لِأَبِيهِ أَرِئِي مَا تَعْبُدُونَ أَصْنَامًا آلِهَةً إِنِّي أَرَاكَ وَقَوْمَكَ فِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ " فالآية تقرر أن آزر كان
كافرا من عبدة الأصنام فهل آزر هو أبو إبراهيم أو هو لقب لأبيه وهذا
لا يتفق مع سلسلة النسب الشريف أو هو اسم بمعنى الشيخ الهرم أو هي
كلمة ذم بمعنى يا مخطئ؟ لكن من يعلم أن العرف والعادة جرت عند
العرب بإطلاق لفظ الأب على العم متبوعا باسمه يستطيع أن يرجح أن
آزر هو عم إبراهيم وليس أباه وأن اسم والده هو تارح وبهذا يزول
الإشكال وتسلم سلسلة النسب الشريف من عبدة الأصنام ولولا معرفة
عادات العرب وأعرافهم لما أمكن هذا الترجيح (٢) ، ولهذا قال عمر رضي
الله عنه لما أرشده رجل من هذيل إلى أن التخوف في قوله " أَوْ يَأْخُذْهُمْ
عَلَى تَخَوُّفٍ " (٣) هو التنقص " أيها الناس تمسكوا بديوان شعركم في
جاهليتكم فإن فيه تفسير كتابكم " (٤)

٣- الزمان والمكان اللذان نزل فيهما الخطاب : قد يتوقف الفهم
الصحيح للخطاب في بعض الحالات على معرفة زمان نزوله ومعرفة طبيعة
المكان الذي قيل فيه النص ، فمعرفة المتقدم والمتأخر في النزول يحدد
الناسخ والمنسوخ ، وكذلك معرفة المكّي والمدني كل ذلك يساعد على

- (١) فقه السنة للسيد سابق ج١/٣٠ طبع الفتح للإعلام العربي
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٧/٢٢ ، مفاتيح الغيب للفخر الرازي ج
٣٢/١٣ ، تفسير الشعراوي ج ١/٣٥٥ - دار أخبار اليوم .
(٣) سورة النحل آية ٤٧
(٤) الموافقات ج ٢/١٤٠

الفهم الصحيح للخطاب ومعرفة مقصود المتكلم وتحديد المراد به وتفسير بعض ألفاظه الجملة والخفية ذلك أن الحكم المأخوذ من النصوص التي ظاهرها العموم قد يكون خاصا ببعض الأماكن دون غيرها كما في قوله صلى الله عليه وسلم " ... ولكن شرقوا وغربوا " حال قضاء الحاجة فإنه خاص بأهل المدينة ومن في حكمهم دون غيرهم والذي يحدد ذلك هو الموقع الجغرافي للمكان، وكما في النهي عن استعمال الماء المشمس في البلاد الحارة دون الباردة كما سيأتي، قال السيوطي " ومن فوائد معرفة ذلك العلم بالتأخر فيكون ناسخا أو مخصصا على رأي من يرى تأخير المخصص " ثم ذكر عشرة أنواع منها هي " المكّي والمدني، السفري والحضري، الليلي والنهاري، الصيفي والشتائي، الفراشي والنومي"^(١)، ثم نقل قول أبي القاسم الحسن بن محمد بن حبيب النيسابوري في كتاب التنبية " فهذه خمسة وعشرون وجها من لم يعرفها ويميز بينها لم يحل له أن يتكلم في كتاب الله تعالى "^(٢).

ومن الأمثلة على ذلك:

١- قوله صلى الله عليه وسلم " إِذَا أَتَيْتُمُ الْعَائِطَ فَلَا تَسْتَقْبِلُوا الْقِبْلَةَ، وَلَا تَسْتَدِيرُوهَا وَلَكِنْ شَرْقُوا أَوْ غَرِّبُوا "^(٣) المتأمل في بيان العلماء لهذا النص وما يتصل به يجد أن البيئة المكانية التي قيل فيها هذا النص وهي البيئة العربية الصحراوية في المدينة المنورة وما حولها لها مدخل في فهمه والتأثير على دلالة من جهتين :

الأولى: أن الأمر بالتشريق والتغرب المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم: " وَلَكِنْ شَرْقُوا أَوْ غَرِّبُوا " خاص بأهل المدينة ومن في حكمهم ممن تكون قبلتهم في جهة الجنوب كأهل الشام، أما غيرهم

(١) الإتيان في علوم القرآن لجلال الدين السيوطي ج١/٢٠ - طبع المكتبة الثقافية -

بيروت

(٢) الإتيان في علوم القرآن ج١/٣٤

(٣) رواه البخاري باب لاستقبل القبلة بغائط أو بول برقم ١٤٤ ج١/٤٨، مسلم في صحيحه باب الاستطابة برقم ٦٣٢ ج١/٢٥٩

من يقيمون في أماكن قبلتها المشرق أو المغرب فلا يدخلون تحت هذا الأمر وإن كان ظاهره العموم قال ابن دقيق العيد "قوله" شرقوا أو غربوا " محمول على محل يكون التشريق والتغريب فيه مخالفاً لاستقبال القبلة واستدبارها كالمدينة التي هي مسكن رسول الله صلى الله عليه وسلم وما في معناها من البلاد ولا يدخل تحتها ما كانت القبلة فيه إلى المشرق أو المغرب " (١) ، وقال ابن حجر " ومنها أن التحريم مختص بأهل المدينة ومن كان على سمتها فأما من كانت قبلته في جهة المشرق أو المغرب فيجوز له الاستقبال والاستدبار مطلقاً لعموم قوله شرقوا أو غربوا " (٢) ، وقال " إن خطابه صلى الله عليه وسلم قد يكون عاماً وهو الأكثر، وقد يكون خاصاً كما قال " لا تستقبلوا القبلة بغائط ولا بول ولكن شرقوا أو غربوا " فقوله " شرقوا أو غربوا " ليس عاماً لجميع أهل الأرض بل هو خاص لمن كان بالمدينة النبوية وعلى سمتها " (٣)

الجهة الثانية: من جهة جعل التهي عن الاستقبال والاستدبار مختصاً بقضاء الحاجة في الفضاء دون البنيان مع أن ظاهر النهي العموم، ويؤيد هذا ما رواه عبد الله بن عمر قال " رَقِيتُ عَلَى بَيْتِ أُخْتِي حَفْصَةَ فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَاعِدًا لِحَاجَتِهِ مُسْتَقْبِلَ الشَّامِ مُسْتَدِيرَ الْقِبْلَةَ " (٤) فقد اختلف الحكم هنا باختلاف المكان فالبنيان له حكم غير حكم الفضاء .

٢- روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما بين المشرق والمغرب قبلة " (٥) فإن الحديث ليس عاماً لأهل

- (١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد بتحقيق مصطفى شيخ مصطفى، مذكر سندس ج١/٤١ - طبع مؤسسة الرسالة
- (٢) فتح الباري لابن حجر ج١/٢٤٦ - طبع دار المعرفة بيروت
- (٣) فتح الباري ج١٠/١٧٧
- (٤) رواه مسلم باب الاستطابة برقم ٦٣٥ ج١/٢٦٢
- (٥) الجامع الصحيح للإمام الترمذي بتحقيق أحمد شاكر، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، باب ماجاء في ما بين المشرق والمغرب برقم ٣٤٤ ج٢/١٧٣ - طبع دار إحياء التراث العربي - بيروت

الأرض بل هو لأهل المدينة ومن كان على سمتهم من البلاد التي تكون على نفس الجهة أما البلاد الأخرى التي تكون مخالفة لها في الجهة فتقع قبلتهم ما بين الشمال والجنوب مثل بلاد شرق آسيا وبلاد المغرب العربي والذي يحدد ذلك هو الموقع الجغرافي للمكان، ولهذا قال ابن المبارك " ما بين المشرق والمغرب قبة " هذا لأهل المشرق واختار التياسر لأهل مره. (١)

٣- كراهة الوضوء والغسل بالماء المشمس في البلاد الحارة إذا كان

في آنية منطبعة غير النقدين أما إذا كان في بلاد باردة فلا يكره استعماله فقد اختلف هنا حكم الوضوء والغسل بالماء المشمس باختلاف المكان وطبيعته قال الشرييني " وَيُكْرَهُ شَرْعًا تَنْزِيهًا الْمَاءُ الْمُشْمَسُ أَي: مَا سَخَّنَتْهُ الشَّمْسُ أَي: اسْتَعْمَالُهُ فِي الْبَدَنِ فِي الطَّهَارَةِ وَغَيْرَهَا كَأَكْلِهِ وَشُرْبِهِ لِمَا رَوَى الشَّافِعِيُّ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ الْبَاغْتِسَالَ بِهِ، وَقَالَ: إِنَّهُ يُورِثُ الْبَرَصَ لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ بِلَادٍ حَارَّةٍ: أَي تَقْلِيهِ الشَّمْسُ عَنْ حَالَتِهِ إِلَى حَالَةٍ أُخْرَى كَمَا نَقَلَهُ فِي الْبَحْرِ عَنْ الْأَصْحَابِ، فِي آنِيَةٍ مُنْطَبَعَةٍ غَيْرِ النُّقْدَيْنِ وَهِيَ كُلُّ مَا طُرِقَ كَالنَّحَاسِ وَنَحْوِهِ، وَأَنْ يُسْتَعْمَلَ فِي حَالِ حَرَارَتِهِ، وَيَخْلَافُ مَا إِذَا كَانَ فِي بِلَادٍ بَارِدَةٍ أَوْ مُعْتَدِلَةٍ، وَيَخْلَافُ الْمُسْمَسُ فِي غَيْرِ الْمُنْطَبِعِ كَالخَزْفِ وَالْحِيَاضِ أَوْ فِي مُنْطَبِعِ نَقْدٍ لِصَفَاءِ جَوْهَرِهِ أَوْ اسْتِعْمَلِ فِي الْبَدَنِ بَعْدَ أَنْ بَرَدَ " (٢).

ومما تقدم يتضح أن المعرفة بحال الخطاب بمكوناتها الثلاث بيثة الخطاب وأسباب وزمان ومكان نزوله يتوقف عليها الفهم الصحيح للنص لأنها قرينة قد تؤثر على دلالته وتصرفه عن ظاهره وحقيقته .

المبحث الثاني

تقسيم القرائن باعتبار قوتها

تنقسم القرائن بحسب هذا الاعتبار إلى قطعية وظنية وذلك لأن دالتها على صرف الأمر أو النهي عن حقيقتها قد تصل إلى حد القطع

(١) المرجع لسابق
(٢) مغني المحتاج للخطيب الشرييني ج ١/٧٣ - طبع دار إحياء التراث العربي

واليقين، وقد تقتصر عن ذلك وتقتصر على إفادة الظن، ولهذا قسمها الباحثون باعتبار قوتها إلى هذين القسمين على نحو ما يأتي:

الفرع الأول

القرائن القطعية

ويمكن تعريفها بأنها: القرينة التي تبين المراد من الدليل الذي اتصلت به على نحو قاطع لا يرقى إليه الاحتمال^(١)، ولهذا نجد العلماء قاطبة متفقون على العمل بهذه القرائن وصرف الأمر والنهي بها عن حقيقتها.

ومن أمثلة القرائن القطعية:

١- مارواه عَبْدُ اللَّهِ الْمُزَنِيُّ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « صَلُّوا قَبْلَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ ». ثُمَّ قَالَ « صَلُّوا قَبْلَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ » ثُمَّ قَالَ « صَلُّوا قَبْلَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ لِمَنْ شَاءَ ». قَالَ فِي الثَّلَاثَةِ لِمَنْ شَاءَ كَرَاهِيَةً أَنْ يَتَّخِذَهَا النَّاسُ سُنَّةً^(٢) ، فالأمر في قوله " صلوا " يوجب صلاة النافلة قبل المغرب وقوله " لمن شاء " قرينة لفظية متصلة صرفت الأمر في الحديث عن الوجوب إلى الندب وهي قرينة قطعية في دلالتها على هذا.

٢- مارواه أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " مَنْ كَانَ عَلَيْهِ صَوْمٌ مِنْ رَمَضَانَ فَلْيَسِرْهُ، وَلَا يَقْطَعْهُ " ^(٣) فإن الأمر في قوله " فليسرده " والنهي في قوله " ولا يقطعه " يوجبان تتابع قضاء الصوم وعدم جواز تفريقه لكن الحديث اقترن بقرينة لفظية منفصلة صرفت الأمر فيه عن الوجوب إلى الندب، والنهي عن التحريم وهي مارواه عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " قضاء رمضان إن شاء فرق وإن

- (١) القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص لمحمد الأسطل ص ٢٧
- (٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي برقم ٧٣٦٨ ج ٩/٩٣٨، سنن أبي داود باب الصلاة قبل المغرب برقم ١٢٨٣ ج ١/٤٩٤
- (٣) رواه الدارقطني في سننه باب قضاء الصوم برقم ٢٣١٣ ج ٣/١٦٩، البيهقي باب قضاء شهر رمضان برقم ٨٠٣٣ ج ٤/٢٥٩

شاء تابع " ، وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ سُئِلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ قَضَاءِ رَمَضَانَ فَقَالَ " يَقْضِيهِ تِبَاعًا وَإِنْ فَرَّقَهُ أَجْزَأُهُ " (١) وهو قرينة قطعية في دلالتها على صرف الأمر عن الوجوب إلى الندب، وصرف النهي عن حقيقته .

٣- عَنْ أُمِّ عَطِيَّةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: تُنْهِنَا عَنْ اتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ وَكَمْ يُعْزَمُ عَلَيْنَا . (٢) فإن قول أم عطية " نهينا " يدل على تحريم اتباع النساء الجنائز وهذا النهي مصروف الى الكراهة بقريضة دلت على ذلك دلالة قطعية وهي قولها " وَكَمْ يُعْزَمُ عَلَيْنَا "

الفرع الثاني

القرائن الظنية

ويمكن تعريفها بأنها : القرينة التي تبين المراد من الدليل الذي اتصلت به على نحو محتمل لا يصل إلى القطع (٣) ، ولهذا نجد العلماء غير متفقين على العمل بمثل هذه القرائن فبعضهم يصرف الأمر والنهي بها عن حقيقتهما والبعض لا يعتبرها، وغالب القرائن الحالية من هذا القسم ولهذا فإن الظاهرية لا يعتبرونها .
ومن أمثلة القرائن الظنية :

١- مارواه أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " ...إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْخِلَهَا فِي وَضُوئِهِ فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ " (٤) ، فقد اختلف العلماء في صرف الأمر الوارد في قوله " فليغسل " عن الوجوب بقريضة قوله " لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ " وذلك لأنها قرينة ظنية اعتبرها البعض ولم يعتبرها البعض الآخر ولهذا كان لهم مذهبان في المسألة :

- (١) رواه الدارقطني في سنته باب قضاء الصوم برقم ٢٣١٧ ج٣/١٧٠
- (٢) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب اتباع النساء الجنائز برقم ١٢٧٨ ج٢/٩٩ ، مسلم باب نهى النساء عن اتباع الجنائز برقم ٢٢٠٩ ج٣/٤٦
- (٣) القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص لمحمد الأسطل ص ٢٧
- (٤) رواه البخاري في صحيحه كتاب بدء الوحي باب الاستجمار وترا برقم ١٦٢ ج١/٥٢ ، مسلم باب كراهة غمس يده في الإناء برقم ٦٥٦ ج١/١٦١

١- الأول: ذهب عطاء ومالك والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وابن المنذر وجمهور العلماء إلى أن الأمر في قوله "فليغسل" مصروف عن الوجوب إلى الندب والاستحباب بقريئة التعليل في قوله "لَا يَذْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ" فإن التعليل بمليقتضي الشك قريئة تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب.

٢- الثاني: ذهب ابن عمر وأبي هريرة والإمام أحمد وهو الظاهر عنه، والحسن البصري والظاهرية إلى أن الأمر هنا على حقيقته فيفيد وجوب غسل اليد لعدم وجود ما يصرفه عن الوجوب إلى غيره إذ إن قوله "لَا يَذْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ" لا يصلح قريئة صارفة (١).

١- قول الله تبارك وتعالى "وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ" (٢)

فإنه قريئة لفظية اتصلت بما سبقها من الآيات التي بينت المحرمات من النساء، وقد دلت هذه القريئة على أن ما سوى سالف الذكر حلال لنا، وهي في دلالتها على ذلك ظنية لا تصل إلى القطع لأن لفظ (ما) عام، والعام ظني في دلالة لاحتماله للتخصيص، وبما يؤكد ذلك أنه قد جاءت قرائن لفظية أخرى في نصوص منفصلة تبين أن هناك محرمات آخر من النساء لم يذكرن في الآيات السابقة لذكر القريئة من ذلك قول الله تبارك وتعالى "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ" (٣)، وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا" (٤) فدل هذا على أن القريئة المسوقة ظنية في دلالتها لخروج بعض الأفراد عما أفاده ظاهرها.

(١) المغني لابن قدامة ج١/١٦٤، صيغ الأمر في القرآن والسنة ص ٢٧٣

(٢) سورة النساء الآية ٢٤

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٢

(٤) رواه البخاري في كتاب النكاح باب لا تنكح المرأة على عمتها برقم ٥١٠٩ ج١٥/٧، الإمام مسلم في كتاب النكاح باب تجوز الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها برقم ٣٥٠٦ ج١٣٥/٤

المبحث الثالث حقيقة عمل القرائن

المقصود بهذا المبحث هو معرفة وظيفة القرائن الصارفة وبيان نوع تأثيرها على الأمر والنهي الوارد في النص الشرعي ، إذ إن المتبع للقرائن عموماً عند الأصوليين يجد أن تأثيرها على النص الشرعي يتنوع ويختلف على حسب المجال الذي تعمل فيه فتعدد وظائفها وتختلف بحسب استعمالها، فهي إما أن تفيد تخصيص العام، أو تقييد المطلق، أو التأويل وصرف اللفظ عن ظاهره، أو بيان المجمل، أو النسخ، أو التوكيد، أو الترجيح بين النصوص المتعارضة إلى غير ذلك .

وما يعيننا في هذا المبحث هو بيان عمل القرائن الصارفة للأمر والنهي وبيان نوع تأثيرها عليهما، والمتبع لهذه القرائن يجد أن عملها في الأمر والنهي هو التأويل وصرفهما عن حقيقتهما الظاهرة من الوجوب والتحریم إلى ما يمتثلانه من الندب والكراهة للدليل يقتضي ذلك، إذ التأويل الصحيح عند الأصوليين هو " حمل الظاهر على المحتمل المرجوح بدليل يصيره راجحاً " ^(١)، وأيضاً هو " عبارة عن احتمال يغضده دليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي يدل عليه الظاهر، ويشبه أن يكون كل تأويل صرفاً للفظ عن الحقيقة إلى المجاز " ^(٢)

والتأويل يتعلق بالنصوص العامة والخاصة، بحيث تلحق بها القرينة، فتصرفها عن ظاهرها، وصرف اللفظ عن ظاهره ينقسم إلى قسمين:

الأول : قسم يتم فيه صرف اللفظ عن ظاهره جزئياً بحيث يبقى العمل بالنص المؤول في غير ما خاصه الدليل الصارف أو القرينة، ويمثل لهذا القسم بالعام الذي لحقه التخصيص، إذ إنه من المعلوم أن العام يعمل به فيما وراء ما دل عليه الخاص، وقد اصطاح العلماء

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ج ٢/٣٢

(٢) المستصفى للغزالي ج ٢/٤٩

على تسمية التأويل في هذا القسم تخصيصاً وهو خارج عن موضوع البحث .

الثاني : قسم يتم فيه صرف اللفظ عن ظاهره كلياً بحيث لا يعمل بالمؤول بعد تأويله إنما يعمل بما دل عليه الدليل الصارف وهو القرينة الصارفة، وهذا القسم يتعلق بالألفاظ الخاصة التي وضعت لمعنى واحد، ويظهر ذلك في المظان التالية^(١) :

١- الأمر الذي اتصلت به قرينة تصرفه عن ظاهره.

٢- النهي الذي اتصلت به قرينة تصرفه عن ظاهره.

٣- المطلق الذي اتصلت به قرينة تقيده.

٤- الحقيقة التي اتصلت بها قرينة تجعلها مجازاً.

وما يعيننا هنا هو ما يتعلق بالأمر والنهي اللذين اتصلت بهما قرينة صرفتهما عن الظاهر، فإن جمهور الأصوليين قد ذهبوا إلى أن الأمر المجرد حقيقة في الوجوب مجاز في غيره، أو بعبارة أخرى هو ظاهر في الوجوب محتمل لمعان أخرى فإذا اقترنت به قرينة فإنها تصرفه عن هذه الحقيقة إلى معنى آخر محتمل وتُصيره معنى راجحاً يجب العمل به وترك الحقيقة التي صارت مرجوحة، ويمكن التمثيل لذلك بما يأتي :

١- مارواه ابن بُرَيْدَةَ قَالَ حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ الْمُزَنِيُّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "صَلُّوا قَبْلَ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ، صَلُّوا قَبْلَ صَلَاةِ

الْمَغْرِبِ قَالَ فِي الثَّلَاثَةِ: لِمَنْ شَاءَ"^(٢)، فقوله "صلوا" فعل أمر ظاهر في

الوجوب لكنه يحتمل الندب فجاءت القرينة في قوله "لمن شاء" لتصرفه

عن المعنى الظاهر بالكلية وهو الوجوب إلى المعنى المحتمل وهو الندب

وجعلته هو المعنى الراجح فصار قوله "صلوا" ظاهراً في الندب وترجح

العمل به دون الأول إذ إن العلماء مجمعون على أن الأمر إذا اتصلت به

(١) القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص لمحمد قاسم الأسطل ص ٩٧.

(٢) رواه البخاري كتاب الاعتصام برقم ٧٣٦٨ انظر الفتح ج ١٣/٣٤٨- دار الريان

للتراث، وأبو داود في سننه باب الصلاة قبل المغرب برقم ١٢٨١ ج ٢/٢٦- دار

الريان للتراث

قرينة فإنه يحمل عليها، وقد تنوعت الأغراض التي تصرف القرينة الأمر إليها مثل الندب والإباحة وغيرهما كما سبق بيانه في صدر هذا البحث .

وكذلك فإن النهي المجرد حقيقة في التحريم مجاز في غيره، أو بعبارة أخرى هو ظاهر في التحريم محتمل لمعان أخرى فإذا اقترنت به قرينة فإنها تصرفه عن هذه الحقيقة إلى معنى آخر محتمل وتُصيره معنى راجحاً يجب العمل به وترك الحقيقة التي صارت مرجوحة، ويمكن التمثيل لذلك بما يأتي:

١ - ماروته أم عطية رضي الله عنها قالت: نُهِينَا عَنْ اتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ وَلَمْ يُعْزَمْ عَلَيْنَا. ^(١) فقول أم عطية " نهينا " هو نهي ظاهر في التحريم لكنه يحتمل الكراهة فجاءت القرينة في قولها " ولم يعزم علينا " لتصرفه عن المعنى الظاهر بالكلية وهو التحريم إلى المعنى المحتمل وهو الكراهة وجعلته هو المعنى الراجح فصار قولها " نهينا " ظاهراً في الكراهة وترجح العمل به دون الأول إذ إن العلماء مجمعون على أن النهي إذا اتصلت به قرينة فإنه يحمل عليها، وقد تنوعت الأغراض التي تصرف القرينة النهي إليها مثل الكراهة وغيرها كما سبق بيانه في صدر هذا البحث، ولهذا قال ابن حجر " قولها ولم يعزم علينا أي ولم يؤكد علينا في المنع كما أكد علينا في غيره من المنهيات فكانها قالت كره لنا اتباع الجنائز من غير تحريم ^(٢)

الخاتمة

بعد بحث مسألة القرائن الصارفة للأمر والنهي عن حقيقتيهما ومحاولة جمع شتات هذه المسألة من مظانها على قدر الاستطاعة وما تيسر لي فإن هذا البحث يؤكد على ما يأتي:

- (١) رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب اتباع النساء الجنائز برقم ١٢٧٨ ج ٢/٩٩، مسلم باب نهى النساء عن اتباع الجنائز برقم ٢٢٠٩ ج ٣/٤٦
- (٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ج ٣/١٤٥

١ - إن أفراد مسألة القرائن الصارفة للأمر والنهي عن حقيقتهما بالبحث والجمع ، والبيان والتوضيح هي غاية في الأهمية إذ بها يمتاز الأمر الذي يفيد الوجوب عما يفيد الندب ، والنهي الذي يفيد التحريم عما يفيد الكراهة وهذا ضمان من الخلط بين الواجب والمندوب ، وبين الحرام والمكروه ، هذا الخلط الذي يقع فيه كثير من الناس فيرتفعون بالمندوب إلى درجة الواجب ، وبالمكروه إلى درجة الحرام ويلزمون الناس بما ليس بملزم ، ويتشددون في مواضع لا تتحمل التشدد كما في مسألتي اللحية والنقاب ونحوهما حيث ارتفعوا بهما من الندب والإباحة إلى الوجوب ، ومن هنا جاءت أهمية معرفة هذه القرائن الصارفة وإفرادها بالبحث والتدقيق وجمع شتاتها من مظانها المختلفة .

٢ - إنه لا يجوز الإفتاء بالوجوب أو التحريم إلا بعد جمع كل النصوص الوارد في المسألة محل البحث ، ثم النظر والتدقيق في كل هذه النصوص إذ قد يوجد نص أمر أو ناهي وتوجد نصوص أخرى تشمل على قرائن صارفة لاتضح إلا بهذا الجمع ، وقد كان سلفنا الصالح رُضوان الله عليهم يتخرجون عن القول بالوجوب والتحريم ويحتاطون لذلك أشد الاحتياط كما بينه ابن القيم في إعلام الموقعين وكان منهجهم في ذلك أهدى وأسلم من منهج الخلف .

٣ - إن القرائن الصارفة للأمر والنهي مازالت تحتاج إلى مزيد من البحث والعناية بها لضبطها ضبطاً تاماً خاصة القرائن الحالية إذ هي باب واسع لو تُترك من غير ضبط لأدى إلى هدم ثوابت الشريعة في التحليل والتحريم إذ يستطيع المدعون الادعاء بأن هذا الأمر أو النهي مصروفان عن الوجوب والتحريم بقرينة الحالية يستنبطونها حسب أهوائهم وهي ليست كذلك ، وهذا ينبه على ضرورة أن يصرف العلماء والمجتهدون همتهم إلى ضبط هذا النوع من القرائن .

٤ - يؤكد هذا البحث على أن استنباط القرائن الصارفة وخاصة القرائن الحالية هي باب من أبواب الاجتهاد لهذا فإن المعنى بيانها

واستنباطها هم العلماء دون غيرهم ولا يجوز لغير العلماء التصدي لبيان هذه القرائن .

وبعد

فهذا جهدي وهو جهد المقل فما كان فيه من صواب فمن الله وما كان فيه من خطأ فمني ومن الشيطان وحسبي أنني قد اجتهد قدر وسعي وللمجتهد أجران إن أصاب وأجر إن أخطأ فعسى أن لا أحرم أحد الاثنين، والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل .

أهم مراجع البحث

أولا القرآن الكريم وعلومه:

- ١- القرآن الكريم
- ٢- الإتيقان في علوم القرآن للعلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى ٩١١هـ - طبع المكتبة الثقافية بيروت - لبنان ١٩٧٣م
- ٣- مناهل العرفان في علوم القرآن للزرقاني - طبع عيسى البابي الحلبي الطبعة الثالثة

التفسير:

- ١- تفسير القرآن للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت - طبع دار الشروق بالقاهرة
- ٢- تفسير القرآن للشيخ محمد متولي الشعراوي - دار أخبار اليوم
- ٣- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المتوفى (٦٧١هـ) تحقيق هشام سمير البخاري - دار عالم الكتب بالرياض ٢٠٠٣م
- ٤- الجواهر الحسان في تفسير القرآن المعروف بتفسير الثعالبي لعبد الرحمن بن محمد الثعالبي تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود - طبع دار إحياء التراث العربي ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م
- ٥- روح المعاني لشهاب الدين محمود الألوسي بتحقيق علي عبد الباري عطية - دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٥هـ
- ٦- مفاتيح الغيب المعروف بالتفسير الكبير للإمام فخرالدين الرازي - دار الكتب العلمية

ثالثاً: كتب السنة وشروحها:

- ١- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد بتحقيق مصطفى شيخ مصطفى، مدثر سندس - طبع مؤسسة الرسالة
- ٢- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر بتحقيق مصطفى العلوي، ومحمد عبد الكبير - طبع مؤسسة قرطبة
- ٣- جامع بيان العلم وفضله للحافظ ابن عبد البر - طبع مؤسسة الريان .
- ٤- الجامع الصحيح لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ت(٢٥٦هـ) - دار الشعب بالقاهرة الطبعة الأولى ١٩٨٧ م
- ٥- الجامع الصحيح المعروف بصحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري - دار الجيل بيروت .
- ٦- الجامع الصحيح المعروف بسنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى الترمذي بتحقيق أحمد شاكر - دار إحياء التراث العربي - بيروت
- ٧- جامع مسانيد الإمام الأعظم لمحمد بن محمود الخوارزمي - طبع حيدر أباد
- ٨- سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني - دار الكتاب العربي - بيروت
- ٩- سنن الدارقطني لأبي الحسين علي بن عمر الدارقطني المتوفى (٣٨٥هـ) - مؤسسة الرسالة - بيروت
- ١٠- سنن الدارمي لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي - دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٧
- ١١- السنن الكبرى للحافظ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي - طبع مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدر أباد الهند الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ
- ١٢- شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر الطحاوي - طبع عالم الكتب الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤ م، ١٤١٤هـ

- ١٣- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي المتوفى ٣٥٤هـ بتحقيق شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثانية ١٤١٤هـ/١٩٩٣
- ١٤- فتح الباري في شرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجرالعسقلاني - دار الريان للتراث
- ١٥- المجتبى من السنن المعروف بسنن النسائي لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي - مكتب المطبوعات الإسلامية بجلب الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ/١٩٨٦
- ١٦- المسند للإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني - مؤسسة قرطبة بالقاهرة
- ١٧- المعجم الكبير لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني المتوفى (٣٦٠هـ)
- ١٨- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى ١٢٥٥هـ - دار التراث بالقاهرة
- رابعاً: كتب الفقه:
- ١- إقامة الدليل على إبطال التحليل لشيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني - دار الوفاء عام ٢٠٠٥م.
- ٢- أنوار البروق في أنواع الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقرافي المتوفى (٦٨٤هـ) - طبع دار المعرفة بيروت .
- ٣- الأشباه والنظائر في الفقه الشافعي للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي - دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٨٣م
- ٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري المتوفى (٩٧٠هـ) - دار المعرفة - بيروت
- ٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الملقب بملك العلماء المتوفى (٥٨٧هـ) - دار الكتب العلمية بيروت

- ٦- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشيته ابن عابدين لحاتمة المحققين علاء الدين محمد أمين أفندي المعروف بابن عابدين - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت
- ٧- زاد المعاد في هدى خير العباد لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد المعروف بابن القيم المتوفى (٧٥١هـ) - طبع مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة السابعة والعشرون سنة ١٩٩٤م
- ٨- العناية شرح الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرني المتوفى (٧٨٦هـ) طبع دار الفكر بيروت
- ٩- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق
- ١٠- فقه السنة للسيد سابق - طبع الفتح للإعلام العربي
- ١١- المبسوط للإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي بتحقيق خليل الميس - دار الفكر - بيروت الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م
- ١٢- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي المتوفى (٤٥٦هـ) - طبع دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
- ١٣- المغني للعلامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المعروف بابن قدامة المقدسي المتوفى (٦٢٠هـ) - طبع دار الفقه العربي
- ١٤- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للعلامة محمد الخطيب الشربيني - طبع دار إحياء التراث العربي
- ١٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي المتوفى (١٠٠٤هـ) - طبع عيسى الحلبي بالقاهرة
- رابعا: كتب أصول الفقه:
- ١- الإبهاج شرح المنهاج لتاج الدين ابن السبكي بتحقيق الدكتور أحمد الزمزمي، الدكتور نور الدين صغيري - طبع دار البحوث لدراسات الإسلامية بدبي ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

- ٢- الإحكام في أصول الأحكام للعلامة سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي محمد الأمدي - مؤسسة الحلبي وشركاه .
- ٣- الإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي بتحقيق أحمد شاكر - طبع دار الأفاق الجديدة - بيروت
- ٤- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني - طبع مؤسسة الكتب الثقافية بيروت
- ٥- أصول التشريع الإسلامي لفضيلة الشيخ علي حسب الله - طبع دار المعارف .
- ٦- أصول السرخسي لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي - دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٣م
- ٧- أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي - طبع دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦
- ٨- أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف المتوفى (١٣٧٥هـ) - مكتبة الدعوة
- ٩- الاعتماد على القرائن في الشريعة لعبد الله المودن - رسالة ماجستير بكلية الآداب جامعة محمد الخامس بالمغرب
- ١٠- إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد - طبع دار الجبل بيروت
- ١١- البحر المحيطة للإمام بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر المعروف بالزرکشي المتوفى (٧٩٤هـ) - دار الكتب العلمية عام ٢٠٠٠م
- ١٢- البرهان لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني - دار الوفاء بالمنصورة - مصر
- ١٣- تشنيف المسامع بشرح جمع الجوامع للإمام بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر المعروف بالزرکشي المتوفى (٧٩٤هـ) بتحقيق الدكتور عبد الله ربيع، دكتور سيد عبد العزيز - طبع مؤسسة قرطبة .
- ١٤- التقرير والتحرير شرح مختصر التحرير لمحمد بن محمد بن أمير الحاج المتوفى (٨٧٩هـ) - دار الفكر سنة ١٩٩٦م .

- ١٥- التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب الكلوذاني بتحقيق مفيد أبوعمشة - دار المدني بجدة
- ١٦- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الإسنوي بتحقيق الدكتور محمد حسن هيتو - مؤسسة الرسالة
- ١٧- جمع الجوامع لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى (٧٧١هـ) مطبوع مع شرحه تشنيف المسامع للزرکشي - مؤسسة قرطبة .
- ١٨- حاشية يحيى الرهاوي على شرح ابن ملك لمتن المنار - طبع دار سعادات مطبعة عشخانية
- ١٩- شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقرافي المتوفى (٦٨٤هـ) - المكتبة الأزهرية للتراث
- ٢٠- شرح الكوكب المنير المعروف بالمختبر المبتكر شرح المختصر للعلامة أبي البقاء محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد - طبع مكتبة العبيكان
- ٢١- شرح مختصر الروضة للعلامة أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الصرصري المعروف بنجم الدين الطوفي المتوفى (٧١٦هـ) تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي - مؤسسة الرسالة .
- ٢٢- شرح المغني لأبي منصور الخوارزمي القاءاني - دار الوفاء بالمنصورة عام ١٤١٨هـ
- ٢٣- شفاء الغليل للإمام أبو حامد الغزالي بتحقيق حمد الكبيسي - مطبعة الإرشاد ببغداد سنة ١٩٧١م
- ٢٤- صيغ الإيجاب دراسة أصولية تطبيقية في جزء المجادلة لمريم حسين الحربي - رسالة ماجستير بكلية الشريعة جامعة أم القرى ١٤٢٩/١٤٣٠هـ
- ٢٥- غاية الوصول شرح لب الأصول لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري - عيسى الحلبي

- ٢٦- القرينة الحالية وأثرها على دلالة النص عند الأصوليين للدكتور
العبد خليل أبو عيد، أمين علي صالح بحث بمجلة علوم الشريعة
والقانون بالجامعة الأردنية المجلد ٣٤ العدد ١ سنة ٢٠٠٧ م
- ٢٧- القرينة الحالية وأثرها في تبين علة الحكم الشرعي للدكتور عبد
الرحمن الكيلاني بحث بالمجلة الأردنية للدراسات الإسلامية المجلد
الثالث العدد الأول عام ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م
- ٢٨- القرائن الصارفة للأمر عن حقيقته وأثر ذلك في كتابي الصيام
والحج لمحمد علي الحفيان - رسالة ماجستير بكلية الشريعة جامعة
أم القرى سنة ١٤١٦ هـ
- ٢٩- القرائن عند الأصوليين لمحمد بن عبد العزيز المبارك رسالة دكتوراه
بجامعة الإمام بالرياض
- ٣٠- القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص لمحمد قاسم
الأسطل بإشراف الدكتور مازن اسماعيل هنية - رسالة ماجستير
بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة لسنة ١٤٢٥ - ٢٠٠٤ م
- ٣١- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار لأبي البركات عبد الله بن
أحمد النسفي - طبع دار الباز بمكة المكرمة
- ٣٢- كشف الأسرار على أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري - دار
الكتاب الإسلامي بالقاهرة
- ٣٣- كنز الوصول للإمام فخر الإسلام البزدوي - دار الكتاب
الإسلامي بالقاهرة
- ٣٤- اللمع في أصول الفقه للإمام أبي إسحاق الشيرازي بتحقيق د.
مصطفى الندوي ص ٢٢ - طبع دار الكلمة - مصر
- ٣٥- المحصول من علم الأصول للإمام فخر الدين الرازي بتحقيق
الدكتور طه العلواني - طبع جامعة الإمام محمد بن سعود
 بالرياض
- ٣٦- المستقصى من علم الأصول للإمام أبو حامد محمد بن محمد
الغزالي الطوسي المتوفى (٥٠٥هـ) تحقيق محمد سليمان الأشقر -
مؤسسة الرسالة - بيروت سنة ١٩٩٧ م.

- ٣٧- المسودة في أصول الفقه لآل تيمية بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - طبع مطبعة المدني بالقاهرة
- ٣٨- الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق الشاطبي بتحقيق أبو عبيدة مشهور آل سلمان - دار ابن عفان للنشر سنة ١٩٩٧ م ،
- ٣٩- نفاث الأصول للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقرافي المتوفى (٦٨٤هـ) - دار الباز بمكة المكرمة
- ٤٠- نهاية الوصول في دراية الأصول لصفي الدين الهندي بتحقيق الدكتور صالح بن سليمان اليوسف ، سعد بن سالم السويح - طبع مكتبة نزار الباز
- خامسا: كتب اللغة والمعاجم:
- ١- التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالشريف الجرجاني بتحقيق إبراهيم الإياري - دار الكتاب العربي - بيروت
- ٢- القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي - طبع دار الحديث بالقاهرة
- ٣- الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي بتحقيق عدنان درويش ، محمد المصري - مؤسسة الرسالة - بيروت ١٩٩٨ م
- ٤- لسان العرب لجمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر بن منظور - طبع دار المعارف بالقاهرة .
- ٥- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين بن فارس بتحقيق عبد السلام هارون - دار الفكر - بيروت ١٩٧٩
- ٦- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر، محمد النجار تحقيق مجمع اللغة - طبع دار الدعوة بالإسكندرية .

سادسا: كتب التاريخ والطبقات:

- ١- الجواهر المضية في طبقات الحنفية للعلامة محي الدين أبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي الحنفي المصري - طبع مجلس دائرة المعارف النظامية بميدرا آباد - الهند
- ٢- السيرة النبوية لابن كثير بتحقيق مصطفى عبد الواحد - طبع دار المعرفة بيروت
- ٣- صفة الصفوة لأبي الفرج عبد الرحمن بن الجوزي المتوفى (٥٩٧هـ) بتحقيق أحمد بن علي - طبع دار الحديث بالقاهرة

قانون الطعن بالذات الإلهية

دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي

د. فهد سعد الدبيس الرشيد

العميد المساعد للأبحاث والاستشارات والتدريب

والأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

المقدمة:

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

أما بعد:

على الرغم من أن سيدنا محمداً صلى الله عليه وسلم هو خاتم الأنبياء والمرسلين والمبعوث رحمة للعالمين رمز للإسلام والمسلمين، إلا أنه صلى الله عليه وسلم مازال يتعرض للطعن فيه وفي شرف أزواجه وعرضهن سواء كان ذلك عن طريق شتمهن أو تشويه سمعتهن أو الإساءة إليهن بشتى الصور.

وإذا كانت الدولة الإسلامية مطالبة بحفظ المقاصد الضرورية التي جاء بها الإسلام فإن من أظهر مقاصده هو حفظ الدين، ولقد شرعت الشريعة جملة من الأحكام من شأنها أن تعزز حفظ الدين وتحميه وتصوره؛ حيث اعتبرت الشريعة أن إنكار المعلوم من الدين بالضرورة أو السخرية والاستهزاء بأحكامه أو سب الله عز وجل أو الرسول صلى الله عليه وسلم أو إنكار العقائد التي جاءت بها الشريعة كالإيمان بالله

وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقضاء والقدر أو السخرية منها والشك فيها اعتبرت ذلك كله من الكبائر.

ظهرت الحاجة لأن يصدر مجلس الأمة الكويتي قانوناً بتجريم الطعن بالذات الإلهية وعرض الرسول وأزواجه.

فجاءت هذه الدراسة لتبين مدى توافق أحكام هذا القانون مع أحكام الفقه الإسلامي، على اختلاف مذاهبه المعتمدة لدى أهل السنة والجماعة. أسباب اختيار الموضوع:

ثمة أسباب عدة دفعتني لدراسة هذا الموضوع، ومن ذلك:

- ١- أن هذا القانون تم تشريعه باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي مصدره ومأخذه، فوجب البحث في مدى صدق هذه الدعوى.
- ٢- أن المعارضين على هذا القانون لم يكن اعتراضهم مبني على عدم حق الأغلبية في تشريع ما يروونه إنما كان موجهاً لعدم اتفاق هذا القانون والفقه الإسلامي، فكان هذا البحث دراسة لهذا الادعاء.
- ٣- الرد على بعض ما أثير حول هذا القانون من ملاحظات..
- ٤- أهمية الموضوع وشرف تعلقه، فهو متعلق بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم وأزواجه.
- ٥- حداثة هذا القانون، ولعله لم تسبق أن شرعت الشعوب مثل هذه التشريعات.

منهج في البحث:

انتهجت في كتابة البحث المنهج التالي:

١. جمع المادة العلمية من المصادر الأصيلة، دون الاعتماد على الكتب الوسيطة في نسبة الأقوال أو أدلتها، وإلا فالإشارة إلى ذلك، محاولاً التبع والاستقصاء لكل ما كتب في الموضوع.
٢. متابعة كل ما كتب في الموضوع وجمع وجهات النظر المتباينة وتحليلها ومناقشتها.

٣. الاقتصار على دراسة الأحكام التي وردت بهذا القانون مما رأيت أنها جديرة بالبحث والنظر أو أكثر مناسبة له، وتخريجها على ما جاء في الفقه الإسلامي ومدى موافقتها له، دون البحث في دراسة جريمة السب والظعن من جهة ثبوتها وأسباب انتفائها أو موانعها ونحو ذلك من الأحكام التي يمنع المقام استيعابها.

٤. اكتفيت في عرض المسائل الخلافية على عرض أقوال الفقهاء فيها، وتجاوزت عرض أدلة مذاهبهم، فليس البحث موجهاً للحديث عن الخلاف بين العلماء في هذا إلا أنني أشرت إلى مواضعها في كتب الفقه؛ ذلك أنه موجه لبيان مدى موافقة القانون لأحكام الفقه الإسلامي في بعض مسائل يجب تحقيق القول فيها فحسب؛ إذ إن العرض للأدلة وتحليلها ومناقشتها لا أثر له في المسألة، فإنه إذا رجح الباحث أحد الأقوال في المسألة فإن هذا لا يمنع المشرع من الأخذ بالقول الآخر وجعله مستنداً لتشريعته.

ثانياً: التمهيد:

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: تعريف الظعن لغة واصطلاحاً
- المطلب الثاني: تعريف الظعن في القانون.

ثالثاً: الموضوع

وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: عقوبة الظعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة.

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: عقوبة الظعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة في الفقه الإسلامي

وفيه فرعان:

- الفرع الأول: أثر التوبة في إسقاط العقوبة عن الطاعن بالله تعالى.

- الفرع الثاني: أثر التوبة في إسقاط العقوبة عن الطاعن برسوله صلى الله عليه وسلم.
 - المطلب الثاني: عقوبة الطعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة في القانون الكويتي.
 - المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.
 - المبحث الثاني: الطعن بأزواجه وأثر التوبة في إسقاط العقوبة. وفيه ثلاثة مطالب:
 - المطلب الأول: عقوبة الطعن بعرض أزواجه صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة في الفقه الإسلامي وفيه فرعان:
 - الفرع الأول: الطعن بعرض عائشة رضي الله عنها
 - الفرع الثاني: الطعن بعرض أزواجه صلى الله عليه وسلم
 - المطلب الثاني: عقوبة الطعن بأزواجه صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة في القانون الكويتي
 - المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.
 - المبحث الثالث: الطعن من غير المسلم. وفيه ثلاثة مطالب:
 - المطلب الأول: عقوبة الطعن من غير المسلم في الفقه الإسلامي
 - المطلب الثاني: عقوبة الطعن من غير المسلم في القانون الكويتي
 - المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.
- رابعاً: الخاتمة: وفيها عرض لأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين.
- التمهيد:
- وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الطعن

الطعن لغة: يقال: طَعَنَهُ بِالرُّمْحِ طَعْنًا مِنْ بَابِ قَتَلَ، وَطَعَنَ فِي الْمَقَاظَةِ طَعْنًا: دَهَبَ، وَطَعَنَ فِي السِّنِّ كَبِيرًا، وَطَعَنَ الْعُصْنَ فِي الدَّارِ مَالَ إِلَيْهَا مُعْتَرِضًا فِيهَا، وَطَعَنْتُ فِيهِ بِالْقَوْلِ وَطَعَنْتُ عَلَيْهِ: قَدَحْتُ وَعَيْتُ طَعْنًا وَطَعْنَانًا، وَهُوَ طَاعِنٌ وَطَعَانٌ فِي أَعْرَاضِ النَّاسِ^(١).

وقال في اللسان: (طعن) "طَعَنَهُ بِالرُّمْحِ يَطْعُنُهُ وَيَطْعُنُهُ طَعْنًا فَهُوَ مَطْعُونٌ.. وبعضهم يقول يَطْعُنُ بِالرَّمْحِ وَيَطْعُنُ بِالْقَوْلِ ففارق بينهما، ورجل طَعَانٌ بِالْقَوْلِ.. أَي وَقَاعًا فِي أَعْرَاضِ النَّاسِ بِالذَّمِّ وَالغَيْبَةِ وَنَحْوِهِمَا، وَهُوَ فَعَالٌ مِنْ طَعَنَ فِيهِ وَعَلِيهِ بِالْقَوْلِ، يَطْعُنُ بِالْفَتْحِ وَالضَّمِّ إِذَا عَابَهُ وَمِنَهُ الطُّعْنُ فِي النَّسَبِ"^(٢).

وقال ابن فارس: "الطاء والعين والنون أصل صحيح مطرد، وهو النخس في الشيء بما ينفذه، ثم يحمل عليه، ويستعار من ذلك الطعن في الرمح، ويقال: تطاعن القول واطعنوا.. ورجل طعان في أعراض الناس"^(٣).

وقال في تحفة الأحمدي: "وَقَالَ فِي التَّهْيَاةِ: لَنَا يَكُونُ الْمُؤْمِنُ طَعَانًا، أَيِ وَقَاعًا فِي أَعْرَاضِ النَّاسِ بِالذَّمِّ وَالغَيْبَةِ وَنَحْوِهِمَا. وَهُوَ فَعَالٌ مِنْ طَعَنَ فِيهِ وَعَلِيهِ بِالْقَوْلِ يَطْعُنُ بِالْفَتْحِ وَالضَّمِّ إِذَا عَابَهُ، وَمِنَهُ الطُّعْنُ فِي النَّسَبِ"^(٤).
وبهذا نجد أن الطعن يكون بالفعل والقول:

فالطعن الفعلي (المادي): يكون بالضرب بألة حادة كالسكين والرمح ونحوهما، وهذا ينتج أثرا ماديا في المطعون.

والطعن القولي (المعنوي): يكون بالقول كالذم والغيبة والقذف بالزنا ونحوه بما يعيب الإنسان ويشينه، وهذا يشترك مع السب في الدلالة؛

(١) انظر: المصباح المنير: ٣٧٣.

(٢) لسان العرب، لابن منظور ط. ال: ٢٦٥/١٣.

(٣) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ط. دار الحديث القاهرة تحقيق / محمد أنس الشامي، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م: ٥٣٣.

(٤) ولعله يقصد للنهاية لابن الأثير.

حيث قال الصنعاني: "الطعن: السب، يقال: طعن في عرضه: أي سبه"^(١)، وهذا ينتج أنرا معنويا في المطعون، حتى ولو كان بالإشارة. اصطلاحاً:

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي لمصطلح: "الطعن" عن المعنى اللغوي له، والتعديل الورد على القانون محل الدراسة إنما يقصد الطعن القولي كما سيأتي.

وإذا كان يقصد بالطعن مطلق السب فإن شيخ الإسلام ابن تيمية عرف السب بأنه: "الكلام الذي يقصد به الانتقاص، والاستخفاف، وهو ما يفهم منه السب في عقول الناس على اختلاف اعتقاداتهم، كاللعن، والتقييح، ونحوه، وهو الذي دل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾.

ومن ذلك ما ذكره القاضي عياض للطعن في النبي صلى الله عليه وسلم بقوله:

"من سب للنبي صلى الله عليه وسلم أو عابه أو ألحق به نقصاً في نفسه أو نسبه أو دينه أو خصلة من خصاله، أو عرض به أو شبهه بشيء على طريق السب والازدراء عليه، أو النقص لشأنه أو الغض منه والعيب له فهو سب تلويحاً كان أو تصريحاً، وكذلك من لعنه أو ادعى عليه أو تمنى مضرة له، أو نسب إليه ما لا يليق بمنصبه على طريق الذم، أو عبث في جهته العزيزة بسخف من الكلام أو يشيء مما جرى من البلاء والمحنة عليه، أو غمضه شيء من العوارض البشرية الجائزة والمعهودة لديه"^(٢).

وللطعن عند الإضافة دلالات مختلفة بحسب ما أضيف إليه، كالطعن في القرآن والطعن في الحديث والطعن في الأحكام، ونحو ذلك، إلا أنها تجتمع في دلالتها التضمنية على الاعتراض والتعيب.

(١) سبل السلام: ٦٧٧/٢.

(٢) انظر: تبصرة الحكام: ٢٨١/٢.

المطلب الثاني

تعريف الطعن في القانون الكويتي

إن لفظ الطعن الوارد في المادة (١١١ مكرر) و (١١١ مكرراً) من القانون رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م لم يُبين تحديد دلالة هذا اللفظ الموجب للمسؤولية الجنائية والمراد منه من جهة منطوق النص، إلا أنه وصّفه بوصفين:

الأول: أن يكون علنا يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في عام.

الثاني: أن يستخدم في ذلك أحد - أو كل - الوسائل التالية:

١. القول أو الصياح^(١).

٢. الكتابة.

٣. الرسم.

٤. الصور.

٥. أي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر.

إلا أنها في مذكرة القانون الإيضاحية نصت على: " أنه صلى الله عليه وسلم مازال يتعرض للطعن فيه وفي شرف أزواجه وعرضهم سواء كان ذلك عن طريق شتمهم أو تشويه سمعتهم أو الإساءة إليهم بشتى الصور".

فلنحظ في هذا أن المشرع أعطى أشكالاً متعددة للطعن، فكل ما ذكر بعدا وجها للطعن وداخلا فيه، وهذا يقتضي أن تعطى هذه الأشكال من الطعون ذات الحكم؛ حيث إن الطعن يشملها كلها؛ إذ أنها تحمل في معناها القدح والعيب.

وعليه فإن: إطلاق مصطلح الطعن - دون تقييد أو ضابط - يقتضي أن كل من يتحقق في فعله أو قوله هذا الوصف يستحق العقوبة المنصوص عليها في القانون وموجب للمسؤولية الجنائية؛ حيث إن الركن

(١) أرى أن إدراج كلمة " الصياح " لا فائدة منها إذ يكفي لفظ " القول " في الدلالة على معناها.

المادي لهذه الجريمة يتحقق بمجرد الطعن بما يقصد منه القدح التحقير والتعيب والاستهانة.

ويؤخذ على هذا الإطلاق في المصطلح ما يلي:

١. أنه لا ضابط في تحقق الطعن المقصود في دلالة المادة المذكورة؛ حيث إن الإطلاق في اللفظ يوجب اشتماله لكثير من أفرادها، فيدخل فيه أنواع كثيرة قد يصعب حصرها، وهذا يتعارض والواجب في صياغة المواد القانونية، والتي يتوجب فيها اختيار الألفاظ المقيدة تقييدا يحدد المقصود منها، ويمنع دخول أوصاف غير مراده لدى المشرع، وبما يخاف بين العبارات البسيطة والجسمية والآثار التي أحدثتها تلك الإساءة البسيطة أو الجسمية، وإلا قد يفضي ذلك إلا الغلو في التشريع إلى حد مبالغ فيه.

أنه لم يتم تحديد جهة اعتبار الطعن؛ حيث إن ما قد يعد طعنا لدى المسلمين قد لا يكون كذلك عند غيرهم، وما قد يعد طعنا عند أهل السنة، قد لا يكون طعنا عند الشيعة، بل ما قد يعد طعنا عند بعض أهل السنة موجب للكفر، قد يكون عقيدة عند بعضهم يجب الدفاع عنها.

ومثال ذلك: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "أَرَاهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى يَشْتُمُنِي ابْنُ آدَمَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَشْتَمَنِي وَيُكَذِّبُنِي وَمَا يَنْبَغِي لَهُ أَمَا شَتَمَهُ فَقَوْلُهُ إِنَّ لِي وَلَدًا وَأَمَا تَكْذِبِيهِ فَقَوْلُهُ لَيْسَ يُعِيدُنِي كَمَا بَدَأُنِي"^(١).

فادعاء الولد لله جل وعلا هو عقيدة النصارى، وهو شتم لله تعالى عن ذلك علوا كبيرا بنص الحديث وموجب للطعن به. جلا وعلا، فهل هذا داخل في الطعن الوارد في القانون موجب للعقوبة؟

٣. أن اختلاف درجات الطعن قد لا يؤثر حيث الإساءة إلى الذات الإلهية

(١) رواه البخاري - كتاب بدء الخلق - باب ما جاء في قول الله تعالى: "وهو الذي يبدأ.." - حديث رقم: ٣١٩٣.

أو الرسول صلى الله عليه وسلم ، إلا أن الاختلاف بين درجاته له أثره في العقوبة حيث كانت الإساءة إلى زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم كما سيأتي.

وقد يقال :

إن الطعن المقصود هو نحو ما ذكره شيخ الإسلام والذي " ما يفهم منه السب في عقول الناس على اختلاف اعتقاداتهم ، كاللعن ، والتقييح ، ونحوه". وهذا لا يختلف عليه أحد.
يجاب عن ذلك من وجهين :

الوجه الأول: أن المصطلحات القانونية - لا سيما في باب الجنائيات - يجب تفسيرها وتحديد المراد منها بحسب دلالتها القانونية، وبما تكشف عنه المذكرة الإيضاحية - وليس بحسب اصطلاح أهل اللغة أو الفقه الإسلامي - فالقذف في اللغة له دلالة أعم من تلك التي يراد منه في الفقه الإسلامي ، وفي الفقه الإسلامي له معنى مخصوص لا يتطابق في دلالته والقذف الوارد في القانون الوضعي.

الوجه الثاني: إن العقوبة الواردة في القانون تصل للإعدام - حال الإصرار على الطعن - وهذه العقوبة لا يناسبها إلا التشدد في وصف الركن المادي ، وتضييق السلطة التقديرية لأي جهة في ادعاء تحققه.
ولذا أرى أنه: يجب إعادة صياغة القانون بما يحدد المقصود من الطعن على وجه يحقق مقصود المشرع من هذا اللفظ ، ويحدد الركن المادي للجريمة بما يمنع أي تداخل أو اشتباه في دلالاته أو احتمال في اشتماله لبعض صورته وأشكاله ، بحيث يكون التناسب بين الجريمة والعقوبة.
الموضوع:

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

عقوبة الطعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

عقوبة الطعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم والمسائل المتعلقة

به في الفقه الإسلامي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

عقوبة الطعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم

في الفقه الإسلامي

أجمع العلماء^(١) على أن من طعن بالله تعالى أو برسوله صلى الله عليه وسلم كفر بذلك، سواء كان مازحا أو جادا أو مستهزئا.

قال ابن حزم: "وأما سب الله تعالى - فما على ظهر الأرض مسلم يخالف في أنه كفر مجرد"^(٢).

ومستنده:

قوله تعالى: { وَكَيِّنَ سَأَلَتْهُمْ لِيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَيُّ اللَّهِ
وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ }^(٣).

واتفق الفقهاء على أن الطعن بالله تعالى أو برسوله صلى الله عليه وسلم بكل ما أدى إليه يعد موجبا للقتل عقوبة، إلا أنهم اختلفوا في أثر توبة الطاعن على استحقاقه القتل، وتفصيله فيما يلي:

(١) انظر: المبسوط: ١٣١/٢٤، تبصرة الحكام: ٢٨١/٢، والتاج والإكليل: ٣٨٦/٨، المغني: ٢٨/٩، والفروع: ١٧٠/٦، والروض المربع: ٤٧٤ والمحلى: ٤٣٨/١٢، الصارم المسلول: ١٣/٢، وقد ذكر شيخ الإسلام أنه نقل الإجماع غير واحد العلماء:

(٢) المحلى: ٤٣٥/١٢.

(٣) سورة التوبة الآيتان: ٦٥، ٦٦.

أولاً: أثر التوبة على إسقاط عقوبة الطعن بالله تعالى
اختلف الفقهاء في أثر توبة الطاعن بالله تعالى على استحقاقه
القتل، وصاروا في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه تقبل توبة الطاعن بالله تعالى، فلا يجوز قتله، وهو
قول الحنفية والمالكية^(١) وقول عند الشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).
القول الثاني: أنه لا تقبل توبة الطاعن بالله تعالى، فيستحق القتل
بهذا الطعن دون استتابه، وهو قول بعض المالكية^(٤) وقول عند
الشافعية^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦).

ثانياً: أثر التوبة على إسقاط عقوبة الطعن بالرسول صلى الله عليه وسلم
اختلف الفقهاء في أثر توبة الطاعن بالرسول صلى الله عليه وسلم
على استحقاقه القتل، وصاروا في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا تقبل توبة سباب النبي صلى الله عليه وسلم
والطاعن به، فيستحق القتل بذلك دون استتابه، وهو قول جمهور الحنفية
والمالكية^(٧)، وقول بعض الشافعية^(٨)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٩).

-
- (١) انظر: تبصرة الحكام: ٢/ ٢٨٠، والتاج والإكليل: ٨/ ٣٨٦، وشرح مختصر خليل: ٨/ ٧٤، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٠٢، وحاشية العدوي: ٤/ ٣١٨.
 - (٢) انظر: مغني المحتاج: ٥/ ٤٣٢.
 - (٣) انظر: المغني: ٩/ ٢٨، والفروع: ٦/ ١٧٠، الإنصاف: ١٠/ ٣٣٣، وشرح الزركشي: ٦/ ٢٣٦، الصارم المسلول: ٣/ ١٠١٧.
 - (٤) انظر: تبصرة الحكام: ٢/ ٢٨٠، والتاج والإكليل: ٨/ ٣٨٦، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٠٢.
 - (٥) انظر: مغني المحتاج: ٥/ ٤٣٢.
 - (٦) انظر: الإنصاف: ١٠/ ٣٣٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣/ ٣٩٩، والروض المربع: ٤٧٤، وشرح الزركشي: ٦/ ٢٣٦، الصارم المسلول: ٣/ ١٠١٧.
 - (٧) انظر: والتاج والإكليل: ٨/ ٣٧٩، وهذا حدا في المشهور عندهم؛ إذ لو كان كفراً لقبحت توبته. انظر: التاج والإكليل: ٨/ ٣٨٢، وشرح مختصر خليل: ٨/ ٧٤، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٠٢، حاشية العدوي: ٢/ ٣١٧.
 - (٨) انظر: مغني المحتاج: ٥/ ٤٣٨، حيث نص أبو بكر الفارسي أنه يقتل حداً.
 - (٩) انظر: الصارم المسلول: ٣/ ٩٩٥، والإنصاف: ١٠/ ٣٣٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣/ ٣٩٩، والروض المربع: ٤٧٤، وشرح الزركشي: ٦/ ٢٣٦.

القول الثاني: أنه تقبل توبة سب النبي صلى الله عليه وسلم والطاعن به، فتسقط العقوبة بالتوبة، وهو مذهب الشافعية^(١)، وقال به بعض الحنفية وبعض المالكية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣).

الفرع الثاني

وجوب عقوبة الطاعين بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم

قال ابن قدامة: "وينبغي أن لا يكتفى من الهازئ بذلك بمجرد الإسلام، حتى يؤدب أدبا يزره عن ذلك، فإنه إذا لم يكتف ممن سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبة فممن سب الله تعالى أولى"^(٤). وقال في تبصرة الحكام: "مسألة: ولو شهد شاهدان أحدهما عدل أن رجلا سب النبي صلى الله عليه وسلم، فإنه يلزمه الأدب الوجيع والتنكيل ويطال سجنه حتى تظهر توبته.

فرع: وأما شهادة الواحد واللفيف من الناس فتدراً عنه القتل ويجتهد في أدبه بقدر شهرة حاله وقوة الشهادة عليه وضعفها وكثرة السماع عنه"^(٥).

المطلب الثاني:

عقوبة الطعن بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم

في القانون الكويتي

نص التعديل الوارد على القانون محل الدراسة على أن عقوبة الطاعن في الذات الإلهية أو رسوله الكريم هي بحسب إصراره على جرمه بعد استتابة القاضي له أو توبته. وتفصيله في فرعين:

(١) انظر: مغني المحتاج: ٤٣٨/٥.

(٢) انظر: والتاج والإكليل: ٣٨٦/٨، وشرح مختصر خليل: ٧٤/٨.

(٣) انظر: المغني: ٢٨/٩. الإنصاف: ٣٣٣/١٠، وشرح الزركشي: ٢٣٦/٦.

(٤) انظر: المغني: ٢٨/٩، مغني المحتاج: ٤٣٢/٥.

(٥) انظر: تبصرة الحكام: ٢٨١/٢.

الفرع الأول

في حال إصراره على جرمه بعد استتابة القاضي له

نصت المادة (١١١ مكرر) المضافة على أنه: "يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد كل من طعن علنا... بعد استتابة القاضي له وجوبا إذا أصر على جرمه ورفض التوبة".

وعليه نجد أنه في حال إصرار الطاعن على جرمه وبعد استتابة القاضي له فإن يعاقب بإحدى عقوبتين:

الأولى: القتل.

الثاني: الحبس المؤبد.

ولم تسمح المادة ذاتها " للمحكمة عند تطبيق المادة (٨٣)^(١) من ذات القانون أن تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد"، وهذا في خصوص الجاني المسلم.

وإن كانت المادة (٨٣) جاءت لتعطي المحكمة بحسب ظروف الجريمة أو ظروف فاعلها ما تراه أكثر عدالة ومناسبة بين الجريمة والمجرم والعقوبة، وفي هذا النص التشريعي نجد أن المشرع أراد حصر المحكمة بين عقوبتي الإعدام أو الحبس المؤبد، وإن كان يتعارض مع ذات المادة، والتي سمحت للمحكمة بتخفيف العقوبة لتصل إلى ما دون الحبس المؤبد على ألا يقل عن عشر سنوات.

على أن عقوبة الحبس المؤبد في مستهل نص المادة: "يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد كل من طعن علنا.."، تكرر لا داعي له بعد أن نصت المادة

(١) من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والتي تنص على أن: "يجوز للمحكمة إذا رأت أن المتهم جدير بالرافة بالنظر إلى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، أو بالنظر إلى ماضيه أو أخلاقه أو سنه أن تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات، وأن تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات، ولا يجوز أن تقل عقوبة الحبس المؤقت عن ثلث الحد الأقصى المقررة للجريمة، كل ذلك ما لم ينص القانون على حد أدنى آخر".

على: " ولا يجوز للمحكمة عند تطبيق المادة (٨٣) من هذا القانون أن تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد"؛ حيث إن عقوبة الحبس المؤبد تثبت ابتداءً، ودون حاجة إلى تحقيق شروط التخفيف الواردة في المادة (٨٣)!

الفرع الثاني

في حال ندمه وأسفه عن جرمه وتعهده بالتوبة عنه شفاهة وبعدم العودة إلى ارتكابه مستقبلاً

نصت المادة (١١١ مكرر أ) المضافة على أنه: " يجوز للمحكمة في أي درجة من درجات التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز النزول بالعقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة إلى الحبس المؤقت والذي لا تزيد مدته عن خمس سنوات والغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا أعلن الجاني أمامها بإرادته الحرة عن ندمه وأسفه عن جرمه وتعهده بالتوبة عنه شفاهة وبعدم العودة إلى ارتكابه مستقبلاً، وتقضي المحكمة فضلاً عن العقوبة بإلزامه بنشر اعتذاره وتوبته في صحيفتين يوميتين وعلى نفقته الخاصة.

وعليه نجد أنه في حال إعلان الطاعن المسلم توبته وأسفه عن فعله فإنه يعاقب بعقوبتين:

الأولى: الحبس لمدة لا تزيد عن خمس سنوات (١) والغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الثاني: نشر اعتذاره وتوبته في صحيفتين يوميتين على نفقته الخاصة. إلا أنه ثمة إشكالات قانونية تطبيقية لأحكام التعديلات المضافة فيما يتعلق بالتوبة والأسف، ومن ذلك^(٢):

١. أن التعديلات المضافة لم تبين ماهية التوبة المطلوبة حتى يعفى من

(١) لكن لا يجوز أن تقل مدة الحبس عن ثلث المدة وفقاً للمادة (٨٣) من ذات القانون؛ حيث نصت على: "وإلا يجوز أن تقل عقوبة الحبس المؤقت عن ثلث الحد الأقصى المقررة للجريمة. كل ذلك ما لم ينص القانون على حد أدنى آخر".

(٢) مقال حسين العبدالله في جريدة الجريدة في عددها الصادر (٢٨/٥/٢٠١٢)

تطبيق عقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد.

٢. أنه لم يحدد للمحكمة المرحلة التي يتم فيها توجيه الاستتابة وجوبا.

٣. ماذا لو كان المتهم منكرا لواقعة الطعن، فهل:

• يحجز القاضي الدعوى للحكم وتصدر المحكمة حكما تمهيدا مثلا

بإدانتته ثم تستتبه بجلسة لاحقة بعدما تأكد لها إدانتته؟

• أم أنها تحجز الدعوى للحكم بعد سماعها المرافعة، وإذا انتهت إلى

إدانتته عليها أن تعيد فتح الدعوى للمرافعة مجددا لأنها انتهت إلى إدانة

المتهم وتحدد جلسة لتوجيه الاستتابة للمتهم يدلي به أمامها وتحجز

الدعوى للحكم مرة أخرى فإن تاب المتهم حكمت عليه بالبراءة أو أي

حكم مخفف أو أن لم يتب تحكم عليه بالإعدام أو الحبس المؤبد؟

• إنكاره للفعل يستقيم مع الاستتابة لأن إنكاره لا يعني توبته عن

المعصية التي وجهها له تقرير الاتهام بل إن إنكاره يفهم منه عقلا

ومنطقا أنه رافض للاتهام؟

ومستند هذه المادة المضافة في هذه العقوبة - كما في المذكرة

الإيضاحية - هو: الأخذ بالشرعة الإسلامية في هذا؛ حيث عدت الطعن

بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم من الكبائر الموجبة للكفر^(١).

وقد اعترض على هذا الاستناد بناؤه على حد الردة:

حيث جاء في مرسوم الرد^(٢) ما نصه: "البين من المذكرة الإيضاحية

لمشروع القانون أن الحكم المستحدث الذي ورد في التعديل إنما يعد تطبيقا

للجزاء المقرر في الشرعة الإسلامية للردة، وإذا كانت المذاهب في الشرعة

الإسلامية تتعدد واختلفت في هذا الشأن".

وقد يُرد على هذا الاعتراض من وجهين:

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون.

(٢) وذلك بالمرسوم الأميري رقم ١٣١١ لسنة ٢٠١٢ بشأن التعديلات التي أقرت على

القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ من قانون الجزاء والمتعلقة بإعدام المسيء للذات الإلبيهة

أو القرآن الكريم أو الأنبياء أو الرسل أو طعن عرض الرسول (صلى الله عليه

وسلم) أو عرض أزواجه.

الوجه الأول: أنه على فرض أن قتل المرتد مختلف فيه - جدلا - فإن هذا الاختلاف لا يمنع من الأخذ به، وإلا فإن كثيرا من مواد القانون المبني على الفقه الإسلامي إنما هي آخذة بأحد الآراء الواردة في الفقه الإسلامي، وليس كل مادة قانونية - مستندة للفقه الإسلامي في بناء أحكامها - كانت محل اتفاق بين الفقهاء، بل إن لازم هذا الوجه من الاعتراض يمنع الأخذ بالفقه الإسلامي ما لم يكن محل اتفاق، وهذا ممتنع.

إلا أنه قد يعترض على هذا الرد ب: ليس المقصود مطلق الاعتراض على الأخذ بأي من الأقوال في الفقه الإسلامي، وإنما المقصود أنه إذا كان ثمة اختلاف في ثبوت الحد بالردة فالأولى تغليب جانب التخفيف، والنزول بالعقوبة بما دون الإعدام.

ويجاب عن هذا الاعتراض ب: لا يملك مقترح القانون وجها للتخفيف في جريمة نص الفقهاء على عقوبتها وأنه لا يجوز الاعتراض عنها بعقوبة أخرى، متى كان الفقه الإسلامي هو مأخذ عقوبة هذه الجريمة ومستندها. الوجه الثاني: أن بعض الفقهاء نص على أن قتل الطاعن بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم إنما يكون حدا لا ردة، وعليه فلا وجه للاعتراض.

إلا أنه قد يعترض على هذا الرد ب: أن الفقهاء القائلين بأن القتل في هذه الحال يعد عقوبة حدية لم يميزوا إسقاط العقوبة بالتوبة؛ حيث إن الحدود - إلا الحرابة - لا تسقط بالتوبة، وهذا ما يخالف أحكام القانون والذي يُسقط عقوبة الإعدام حال التوبة، ويستبدلها بالحبس المؤقت والغرامة.

وعليه: فيظهر لي أن الأخذ بأي من آراء الفقه الإسلامي مستندا في تشريع عقوبة جريمة ما لا يمنع منه - دستوريا - الاختلاف الوارد في عقوبة هذه الجريمة، متى كانت هذا التشريع لا يتعارض وأي من مواد الدستور الأخرى، وإلا طعن بعدم دستوريته.

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي في عقوبة الطعن بالذات

الإلبيهة ورسوله صلى الله عليه وسلم

عند المقارنة بين ما نص عليه فقهاء الفقه الإسلامي وما نصت عليه تعديلات القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ والمتمثلة بإضافة المادة (١١١ مكرر) بشأن عقوبة الطاعن بالذات الإلبيهة والرسول صلى الله عليه وسلم، نجد ما يلي:

أولاً: أن التعديل الوارد في المادة المذكورة وافق الفقه الإسلامي في جواز قتل الطاعن بالذات الإلبيهة ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، وإن لم يكن ثمة تحديد للطعن الموجب للمسؤولية الجنائية الواردة في القانون، وأظهرت المذكرة الإيضاحية استناد هذا القانون للشريعة الإسلامية.

ثانياً: أخذ القانون برأي الفقهاء القائلين بقبول توبة الطاعن وإسقاط عقوبة الإعدام بموجب هذه التوبة، إلا أنه نص على أن التوبة وإن كانت مسقطاً لعقوبة الإعدام إلا أنها لا تمنع وجوب عقوبة الطاعن بالعقوبة المخففة وهي الحبس المؤقت والغرامة المالية أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ أخذاً برأي الفقهاء الذين نصوا على أنه يجب أن يؤدب الطاعن ويزجر حتى بعد توبته، ورجوعه عن الطعن.

وهذا حتى لا يتخذ الأمر مبرراً للهروب من آثار الفعل؛ حيث إنه يقطع العيب وإتيان الطعن بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم بحجة أن التوبة مسقطاً للعقوبة، وحتى لا يتذرع الطاعن بالتوبة هروباً من فعله أو جرمته، فكانت العقوبة سداً لهذا الباب ومنعاً من العيب في مقدسات المجتمع وثوابته.

ثالثاً: أن القانون أجاز للمحكمة الحكم بالحبس المؤبد على الطاعن - في حال أصر على جرمه ورفض التوبة -، وهذا مخالف لما أجمع عليه علماء الفقه الإسلامي؛ حيث لم يقل أحد منهم بعقوبة أخرى غير القتل

في هذه الحال ، فكان القانون في هذا مخالف للإجماع ومستنده ، مما يوجب تعديله بما لا يسمح معه الحكم بغير القتل .

وإن كان هذا سببه تطبيق المادة (٨٣) من ذات القانون ؛ حيث أجازت للمحكمة الحكم بالمؤبد على من ارتكب جريمة عقوبتها الإعدام^(١) .

ولو قيل : أن هذا يكون من باب التعزير فإن هذا مردود بأن من شروط التعزير ألا يكون في جريمة حدية ؛ حيث إن التعزير هو : " عقوبة غير مقدرة شرعا" .

وهنا يجب التنبيه إلى أن نظام العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي في الجرائم الحدية لا يسمح لقاضي الموضوع أن يستبدل العقوبة المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية أية عقوبة أخرى متى تحققت شرائط إيقاعها ، بخلاف منهج القانون الوضعي كما هو منطوق المادة (٨٣) المذكورة .

المبحث الثاني

الطعن من غير المسلم

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

عقوبة الطعن من غير المسلم في الفقه الإسلامي

وفيه فرعان :

الفرع الأول

عقوبة الطعن بالله أو بالنبي صلى الله عليه وسلم

اختلف الفقهاء في عقوبة الطاعن بالله ورسوله صلى الله عليه وسلم بغير ما كفر به ، وإلا فإن "عقد الأمان يوجب إقرارهم على تكذيب النبي صلى الله عليه وسلم ، لا على شتمهم وسبهم له" ، وضاورا في ذلك على ثلاثة أقوال :

(١) والتي تنص على أن: "يجوز للمحكمة إذا رأت أن المتهم جدير بالرافة بالنظر إلى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ، أو بالنظر إلى ماضيه أو أخلاقه أو سنه أن تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد" .

القول الأول: أنه لا يقتل غير المسلم إن طعن بالله أو بالنبي صلى الله عليه وسلم، وهو قول الحنفية^(١)، والشافعية ما لم يشترط عليهم^(٢).

القول الثاني: أنه يقتل غير المسلم إن طعن بالله أو بالنبي صلى الله عليه وسلم، وهو قول عند الحنفية في سب الأنبياء^(٣)، وقول عند المالكية^(٤) والشافعية إن شرط عليه^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦). الظاهرية^(٧).

القول الثالث: أنه لا يقتل مطلقا، وهو قول عند الشافعية^(٨).

الفرع الثاني

أثر إسلام غير المسلم الطاعن بالله أو بالنبي صلى الله عليه وسلم

اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن الطاعن غير المسلم تسقط عنه العقوبة بإسلامه، وهو قول المالكية^(٩) المذهب عند الحنابلة^(١٠).

القول الثاني: أن الطاعن غير المسلم تسقط عنه العقوبة بإسلامه، وهو قول عند الحنفية في سب الأنبياء^(١١) وهو قول عند المالكية^(١٢) ورواية عند الحنابلة^(١٣).

- (١) انظر: الجوهرة النيرة: ٢٧٦/٢، فتح القدير: ٦٢/٦،
- (٢) انظر: أسنى المطالب: ٢٢٣/٤، ومغني المحتاج: ٨٤/٦، حاشية البجيرمي على الخطيب: ٢٨٥/٤، بغير ما يدبتون به وألا لم ينتقض مطلقا.
- (٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢٣١/٤.
- (٤) انظر: والتاج والإكليل: ٣٨٦/٨، وشرح مختصر خليل: ٧٤/٨، والفواكه الدواني: ٢٠٢/٢، حاشية العدوي: ٣١٨/٢.
- (٥) انظر: مغني المحتاج: ٨٤/٦، حاشية البجيرمي على الخطيب: ٢٨٥/٤
- (٦) انظر: الصارم المسلول: ٩٩٥/٣، شرح الزركشي: ٢٤٤/٦
- (٧) انظر: المحلى: ٤٤٠/١٢
- (٨) انظر: مغني المحتاج: ٨٤/٦.
- (٩) انظر: والتاج والإكليل: ٣٨٢/٨، ٣٨٦، والفواكه الدواني: ٢٠٢/٢، حاشية العدوي: ٣١٨/٢،
- (١٠) انظر: المغني: ٩٨/٩، والفروع: ٩٥/٦، شرح الزركشي: ٢٤٤/٦
- (١١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢٣١/٤.
- (١٢) انظر: والتاج والإكليل: ٣٨٦/٨، وشرح مختصر خليل: ٧٤/٨، حاشية العدوي: ٣١٨/٢، والمحلى: ٤٤٠/١٢
- (١٣) انظر: المغني: ٩٨/٩، والفروع: ٩٥/٦، شرح الزركشي: ٢٤٤/٦، إلا أن ابن تيمية وصفه بأنه: عليه عامة أهل العلم من أصحابنا وغيرهم. الصارم المسلول: ٣/١٠١٣.

المطلب الثاني

عقوبة الطعن من غير المسلم في القانون الكويتي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

في حال إصرار الطاعن غير المسلم على جرمه

بعد استتابة القاضي له.

نصت المادة (١١١ مكرر) على أنه: "يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد كل من طعن ... في الذات الإلهية أو طعن في الرسول صلى الله عليه وسلم أو في عرضه وعرض أزواجه، بعد استتابة القاضي له وجوبا إذا أصر على جرمه ورفض التوبة... ولا يجوز للمحكمة عند تطبيق المادة (٨٣) من هذا القانون أن تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد وتكون العقوبة هي الحبس الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات إذا كان مرتكب الجريمة غير مسلم، وبحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة المستعملة في الجريمة". وعليه نجد أنه في حال إصرار الطاعن - مسلما كان أو غير مسلم -

على جرمه وبعد استتابة القاضي له فإن يعاقب بإحدى عقوبتين:

الأولى: القتل.

الثاني: الحبس المؤبد.

إلا أنه يجوز للمحكمة في حق الطاعن غير المسلم أن تطبق أحكام المادة (٨٣) من ذات القانون، فتوقع العقوبة المخففة والتي هي الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات.

وهذا التخفيف في الحد الأدنى للعقوبة إذا كان الطاعن غير مسلم لم تبين المذكرة الإيضاحية مستند التفريق في تغليظ العقوبة على المسلم وتخفيفها على غير المسلم.

ولعل المستند في ذلك مراعاة الخلاف الحاصل في الفقه الإسلامي في مدى مشروعية قتل الطاعن غير المسلم، واختلاف معتقده.

على أنه يلحظ الناظر أن صياغة المادة موهمة في دلالتها حيث إن المتبادر لدى القارئ لنص المادة أن عقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد خاصة بما إذا كان الجاني مسلما، أما غير المسلم فعقوبته هي الحبس المؤقت الذي لا يقل عن عشر سنوات، في حين أن العقوبة المغلظة لا يختلف فيها المسلم عن غيره، كما أظهرته المذكرة الإيضاحية، وإنما الاختلاف في العقوبة المخففة^(١).

الفرع الثاني

في حال ندمه وأسفه عن جرمه وتعهده بالتوبة عنه شفاهة
وبعدم العودة إلى ارتكابه مستقبلا.

نصت المادة (١١١ مكرراً) من القانون ذاته على أنه: "يجوز للمحكمة في أي درجة من درجات التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز النزول بالعقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة إلى الحبس المؤقت والذي لا تزيد مدته عن خمس سنوات والغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا أعلن الجاني أمامها بإرادته الحرة عن ندمه وأسفه عن جرمه وتعهده بالتوبة عنه شفاهة وبعدم العودة إلى ارتكابه مستقبلا، وتقضي المحكمة فضلا عن العقوبة بالزامه بنشر اعتذاره وتوبته في صحيفتين يوميتين وعلى نفقته الخاصة.

وعليه نجد أنه في حال إعلان الطاعن غير المسلم توبته وأسفه عن فعله فإنه يعاقب بعقوبتين:

الأولى: الحبس لمدة لا تزيد عن خمس سنوات^(٢) والغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.
الثاني: نشر اعتذاره وتوبته في صحيفتين يوميتين على نفقته الخاصة.

(١) حيث نصت على أن: "؟؟"

(٢) لكن لا يجوز أن تقل مدة الحبس عن ثلث المدة وفقا للمادة (٨٣) من ذات القانون؛ حيث نصت على: "ولا يجوز أن تقل عقوبة الحبس المؤقت عن ثلث الحد الأقصى المقررة للجريمة. كل ذلك ما لم ينص القانون على حد أدنى آخر".

وهذه لا يختلف فيها المسلم عن غيره، إلا أنه لا يشترط إسلامه بل يكفيه إبداء توبته وأسفه عن جرمه، ونشر اعتذاره في صحيفتين يوميتين على نفقته الخاصة.

واعتبر هذا التعديل الوارد على القانون مخالفا للدستور، مما يصمه بعدم الدستورية الموجبة لبطلانه واعتباره كأن لم يكن، وتفصيله فيما يلي: أولاً: مخالفته للمادة (٢٩) من الدستور

ووجه المخالفة جاء به مرسوم الرد^(١)؛ حيث نص على أن: "مشروع القانون سالف البيان قد شابته مخالفة دستورية، فضلا عن ثغرات قانونية وعملية، ذلك أن المادة (٢٩) من الدستور تنص على أن: «الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين»، مما مفاده أن النص الدستوري المشار إليه قد أكد مبدأ المساواة بين الناس في الحقوق والواجبات بصفة عامة، وخص بالذكر أهم تطبيقات هذا المبدأ بالقول «لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل، أو اللغة، أو الدين». وإذا كانت المادة (١١١ مكرر) المضافة بموجب المشروع المائل قد استهلّت نصها كالاتي: «يعاقب بالإعدام كل مسلم طعن علنا»، ثم أوردت الفقرة الثانية منها النص على ما يأتي: «ولا يجوز للمحكمة عند تطبيق حكم المادة (٨٣) من هذا القانون أن تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد، وتكون العقوبة هي الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات، إذا كان مرتكب الجريمة غير مسلم». الأمر الذي يقطع بأن هذا النص قد ميز بين الناس بسبب الدين؛ إذ أورد عقوبة معينة خص بها المسلم، وهي عقوبة الإعدام، التي لا يجوز أن تستبدل بها سوى عقوبة

(١) وذلك بالمرسوم الأميري رقم «١٣١» لسنة ٢٠١٢ بشأن التعديلات التي أقرت على القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ من قانون الجزاء والمتعلقة بإعدام المسيء للذات الإلبيهة أو القرآن الكريم أو الأنبياء أو الرسل أو طعن عرض الرسول (صلى الله عليه وسلم) أو عرض أزواجه.

الحبس المؤبد، بينما حدد لغير المسلم عن الجريمة ذاتها عقوبة الحبس المؤقت^(١)، الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات.

قلت: يظهر لي أن نص مرسوم الرد فهم من منطوق المادة (١١١) مكرر) أن العقوبة المغلظة للطاعن المسلم تختلف عن العقوبة المغلظة للطاعن غير المسلم، وهذا سببه الصياغة الموهمة التي اعتمدها النص - كما مر آنفاً - والتي ألفت بظلالها على صياغة مرسوم الرد.

ومع ذلك فإن مخالفة المادة (١١١) مكرر) المضافة بالتعديل للمادة (٢٩) من الدستور الكويتي ظاهرة؛ حيث إنه يعاقب الجاني عن ذات الأفعال بعقوبة مختلفة، وسنده في ذلك هو ديانة المتهم نفسه رغم أن الفعل بركنيه المادي والمعنوي واحد، فاعتمد في صياغته على ديانة المتهم لتقرير العقوبة المقضي بها وهو ما يوصم النص بعدم الدستورية.

وقد يرد على ذلك: أن نص المادة لم يفرق بين المسلم وغير المسلم في عقوبة الطعن المغلظة، وإنما فرق في العقوبة المخففة؛ حيث سمح للمحكمة النزول في العقوبة - بدلاً من الإعدام أو الحبس المؤبد - إلى الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات في حق غير المسلم، ولم يجز للمحكمة العدول عن العقوبة المغلظة الواردة في القانون إلا بالحبس المؤبد.

إلا أنه قد يجاب عن ذلك: أن المخالفة الدستورية لا تزال قائمة في العقوبة المخففة، بالتفريق بين المسلم وغير المسلم؛ لقيام الاستناد في ذلك إلى ديانة الجاني، وهذا يكفي في عدم الدستورية. ثانياً: مخالفته للمادة (٣٥) من الدستور.

حيث تنص المادة (٣٥) من الدستور على أن: "حرية الاعتقاد مطلقة، وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان، طبقاً للعادات المرعية، على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب".

(١) وظاهر أن الصياغة الموهمة التي اعتمدها النص ألفت بظلالها على صياغة مرسوم الرد؛ حيث يفهم منه أن عقوبة غير المسلم هي الحبس المؤقت فحسب، أما الإعدام فلا يكون إلا للمسلم في حال الإصرار ورفض التوبة.

ووجه المخالفة لهذه المادة^(١) بأن: النص يخالف بمحاكمة غير المسلمين على اعتقاداتهم وفق الأديان السماوية الثلاثة التي اعتمدها المذكرة التفسيرية للدستور وفق إيضاها لنص المادة (٣٥) من الدستور ذلك أن المشرع أوجب على غير المسلم ألا يتعرض بالطعن العلني للمحاذير التي أوردتها المادة الأولى من التعديل رغم أن غير المسلم قد لا يؤمن بها ولا يعتنقها، وربما يفصح بذلك للعلن المجرم وفق قانون الجزاء، وبالتالي فإن النص السابق يؤاخذ المتهم غير المسلم على أقواله إذا كان قد أوردتها بشكل مباشر أو غير مباشر في فلك التجريم للمادة (١١١ مكرر) وقد يتمسك الطاعن بنص المادة (٣٥) من الدستور، والتي تكفل له حرية الاعتقاد ليثير النص شبهة عدم الدستورية لمخالفته نص المادة (٣٥) من الدستور.

قلت: إن مطلق معاقبة غير المسلم على طعنه بالمقدسات الدينية والثوابت الشرعية لا يتعارض ودلالة المادة (٣٥) من الدستور، وهذا من وجهين:

الوجه الأول: أن المادة (٣٥) من الدستور قيدت هذه الحرية بأن: "لا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب"، ولا شك أن الطعن المجرم الوارد بالقانون محل الدراسة يعد إخلالا بالنظام العام ومنافيا للآداب، بما يضحى معه الاعتراض وردا على غير محله.

الوجه الثاني: أن ثمة فرق بين حرية الاعتقاد المطلقة والطعن والسب والشتم بالمقدسات الدينية والثوابت المجتمعية، وليس بينهم أي ارتباط تلازمي أو ضمني، وهذا دل عليه أكثر من نص تشريعي في التشريعات الكويتية، ومن ذلك:

١. المادة (١١١) من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م؛ حيث نصت على: "كل من أذاع، بإحدى الطرق العلنية المبينة في المادة (١٠١)، آراء تتضمن سخرية أو تحقيرا أو تصغيرا لدين أو مذهب ديني، سواء كان ذلك بالطعن في عقائده أو في شعائره أو في طقوسه أو في تعاليمه، يعاقب بالحبس

(١) مقال حسين العبدالله في جريدة الجريدة في عددها الصادر (٢٠١٢/٥/٢٨)

مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ٧٥ دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

٢. المادة (١١) من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ٢٠٠٧م؛ حيث نصت على: "يحظر على المرخص له بث أو إعادة بث ما من شأنه:

- المساس بالذات الإلهية أو الملائكة أو القرآن الكريم أو الأنبياء أو الصحابة الأخيار أو زوجات النبي - صلى الله عليه وسلم - أو آل البيت - عليهم السلام - بالتعرض أو الطعن أو السخرية أو التجريح أو بأي وسيلة من وسائل التعبير المنصوص عليها في المادة (٢٩) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠. فهذه التشريعات ونحوها لا يمكن الاعتراض عليها بعدم دستورتها لتعارض ودلالة المادة (٣٥) من الدستور الكويتي؛ حيث إنه ثمة فرق ظاهر بين حرية الاعتقاد والاعتداء على الآخرين في معتقداتهم ومقدساتهم. وإذا صح هذا: فإن المادة محل الدراسة لا تتعارض والمادة (٣٥) من الدستور.

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي في عقوبة الطاعن غير المسلم بالذات الإلهية ورسوله صلى الله عليه وسلم

عند المقارنة بين ما نص عليه فقهاء الفقه الإسلامي وما نصت عليه تعديلات القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ والمتمثلة بإضافة المادة (١١١ مكرر) بشأن عقوبة الطاعن غير بالذات الإلهية والرسول صلى الله عليه وسلم، نجد ما يلي:

أولاً: أن المادة محل الدراسة وافقت في أحكامها مذهب جمهور الفقهاء القاضيين بقتل غير المسلم إذا طعن بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم، إلا أنها أجازت للمحكمة بالنزول إلى العقوبة المخففة وهي الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات.

ثانياً: أن المادة (١١١ مكرر) اعتبرت التعهد بالتوبة والأسف عن الجرم وعدم الإصرار عليه موجبا للعقوبة لتخفيف العقوبة، وهذا ما يتوافق مع بعض آراء الفقه الإسلامي من جهة استبدال عقوبة الإعدام بعقوبة مخففة، إلا إنه - ومن جهة أخرى - اكتفى النص بمجرد التوبة وعدم الإصرار، إلا أن الفقهاء القائلين بإسقاط عقوبة القتل عن الطاعن غير المسلم لم يقبلوا من الطاعن سوى إسلامه، فدرء الحد لدى الفقهاء إنما يكون بالإسلام، وليس مطلق الأسف أو الندم أو عدم الإصرار على الطعن، فكانت هذه المادة مخالفة للفقه الإسلامي من هذا الوجه.

ثالثاً: أن الفقه الإسلامي إنما بنى حكمه بمشروعية قتل الطاعن غير المسلم على مبدأ عقد الذمة، فكان هذا يعد نقضا لعهدهم فزالت عصمة دمهم بهذا النقض، ويلزم من ذلك قيام إشكالات موضوعية في البناء على هذا الحكم، في حين أن القانون الكويتي لا يمكن له أن يتوافق مع الفقه الإسلامي في هذا البناء في خصوص المسألة محل النظر.

وذلك أن: أن مفهوم أهل الذمة ارتبط بنظرية نشر الدعوة وفرض الجهاد الإسلامي، أما في يومنا المعاصر فإن الجهاد المسلح قد توقف ولم يعد هناك مجال لتطبيق مبدأ عقد الذمة المرتبط بالمسألة بين المسلمين والمخالفين، ولم تعد رابطة الشعب بالدولة رابطة عقيدة، بل رابطة ولاء سياسي يدين فيها أفراد الشعب لسيادة الدولة بالطاعة المطلقة لأنظمتها وقوانينها، وتسمى هذه الرابطة بمصطلح "الجنسية"، فأصبح من الصعب القبول بمبدأ عقد الذمة كوصف لعلاقة الدولة الإسلامية المعاصرة بفريق من رعاياها، بل إن هذا المفهوم في العصر الحالي قد اختفى لأسباب عدة مختلفة^(١).

المبحث الثالث

الطعن بأزواجه وأثر التوبة في إسقاط العقوبة.

وفيه ثلاثة مطالب:

(١) انظر: حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية د. الطيار: ١٥٩ - ١٦١.

المطلب الأول:

عقوبة الطعن بعرض أزواجه صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة في الفقه الإسلامي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

الطعن بعرض عائشة رضي الله عنها

أجمع العلماء^(١) على أن من طعن بعائشة رضي الله عنها بما برأها الله تعالى منه فهو كافر مكذب بقوله تعالى: "، وقد قال ابن حزم: " أن الله تعالى يقول في عائشة رضي الله عنها { يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبدا إن كنتم مؤمنين } . قال مالك: فمن رماها فقد خالف القرآن . ومن خالف القرآن قتل ؟ قال أبو محمد رحمه الله: قول مالك هاهنا صحيح ، وهي ردة تامة ، وتكذيب لله تعالى في قطعه ببراءتها^(٢) .

قال السبكي: " وأما الواقعة في عائشة رضي الله عنها والعياذ بالله فموجبة للقتل لأمرين:

(أحدهما) أن القرآن يشهد ببراءتها فتكذيبه كفر والواقعة فيها تكذيب له .

(والثاني) أنها فراش النبي صلى الله عليه وسلم والواقعة فيها تنقيص له وتنقيصه كفر^(٣) .

وإن قيل: " لم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم قذفة عائشة .
فيقال:

١ . " لأن قذفهم كان قبل نزول القرآن فلم يكن تكديبا للقرآن^(٤) .

-
- (١) انظر: المحلى: ٤٤٠/١٢، وأحكام القرآن لابن العربي: ٣/٣٦٦، فتاوي السبكي: ٥٩٢/٢، أسنى المطالب: ٤/١١٧، ومواهب الجليل: ٦/٢٨٦، البحر الرائق: ٥/١٣١، تحفة المحتاج: ٩/٨٩، ونهاية المحتاج: ٧/٤١٦، والفتاوى الهندية: ٢/٢٦٤، شرح مختصر خليل للخرشي: ٨/٧٤،
 - (٢) انظر: المحلى: ٤٤٠/١٢، وأحكام القرآن لابن العربي: ٣/٣٦٦،
 - (٣) انظر: فتاوي السبكي: ٥٩٢/٢.
 - (٤) انظر: فتاوي السبكي: ٥٩٢/٢.

٢. "لأن ذلك حكم ثبت بعد نزول الآية فلم ينعطف حكمه على ما قبلها"^(١).

إلا أن الشافعية ذكروا أن في ساب عائشة رضي الله عنها قولان^(٢) :
الأول: القتل.

الثاني: خد المفتري.

ويبدو أن هذا في مطلق السب دون القذف.

كما اتفق الفقهاء على أن من سب عائشة رضي الله عنها بما هو دون الزنا فإنه يؤديب أدبا بليغا، ولا يقتل^(٣)؛ حيث إن مقتضى الاستدلال بالقتل على تكذيب القرآن مفاده يدل على أن الطعن بغير القذف ليس فيه قتل.

الفرع الثاني

الطعن بعرض بقيقة أزواجه صلى الله عليه وسلم

واختلفوا في الطعن ببقيقة زوجات النبي صلى الله عليه وسلم، وصاروا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الطعن بزوجاته النبي صلى الله عليه وسلم ليس كالطعن بعائشة رضي الله عنهم أجمعين، وهو قول الحنفية^(٤)، وهو قول عند المالكية في مقابل المشهور^(٥)، وقول عند الشافعية في مقابل الأصح^(٦)، وقول للحنابلة^(٧).

(١) انظر: فتاوي السبكي: ٥٩٢/٢.

(٢) انظر: فتاوي السبكي: ٥٨٢/٢.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي: ٣/٣٦٦، ومواهب الجليل: ٦/٢٨٦، وشرح منهي الإرادات: ٣/٣٥٩.

(٤) انظر: البحر الرائق: ٥/١٣١، و الفتاوى الهندية: ٢/٢٦٤.

(٥) انظر: ومواهب الجليل: ٦/٢٨٦.

(٦) انظر: فتاوي السبكي: ٥٩٢/٢.

(٧) انظر: كشف القناع: ٦/١٧٢،

القول الثاني: أن الطاعن بزواجه كالطعن بعائشة فيستحق القتل، والمشهور عند المالكية^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

المطلب الثاني

عقوبة الطعن بأزواجه صلى الله عليه وسلم وأثر التوبة في إسقاط العقوبة في القانون الكويتي

لم تغاير المواد المضافة في عقوبة الطعن بأي من أزواجه صلى الله عليه وسلم عن عقوبة الطاعن بالذات الإلهية وبرسوله الكريم صلى الله عليه وسلم عن عقوبة الطعن، وربت عليها ذات العقوبة بحسب الإصرار والتوبة على نحو ما مر سابقاً.

وظاهر من منطوق المواد المضافة والمذكرة الإيضاحية استحقاق الطاعن العقوبة ذاتها بأي شكل من أشكال الطعن وبشتى صورته ووسائله، حتى ولو كان الطعن بغير القذف، إعمالاً لمطلق دلالة مصطلح الطعن، ولما نصت عليه المذكرة الإيضاحية؛ حيث نصت على: "إلا أنه صلى الله عليه وسلم مازال يتعرض للطعن فيه وفي شرف أزواجه وعرضهم سواء كان ذلك عن طريق شتمهم أو تشويه سمعتهم أو الإساءة إليهم بشتى الصور".

وهذا يدل على أن التعرض لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم بغير القذف موجب لذات العقوبة؛ حيث جعلت المذكرة الإيضاحية أن الشتم أو تشويه السمعة أو مطلق الإساءة ولو تكن قذفاً بالزنا يعد طعناً باعتبارها أحد صورته وأشكاله.

(١) انظر: ومواهب الجليل: ٢٨٦/٦

(٢) انظر: فتاوي السيكي: ٥٩٢/٢.

(٣) انظر: كشف القناع: ١٧٢/٦،

(٤) انظر: المحلى: ٤٤٠/١٢

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

أولاً: اتفقت المواد المضافة في أحكامها وما أجمع عليه علماء الفقه الإسلامي فيما يخص وجوب قتل قاذف أم المؤمنين رضي الله عنها بما برأها الله منه، فقضت باستحقاق القاذف للقتل عقوبة جزاء على فعله.

ثانياً: نجد أن المواد المضافة أخذت بالرأي الفقهي القاضي بأن القذف بالزنا لأي من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم سبب لاستحقاق القتل، وهذا يسع الأخذ به لا سيما إذا اعتبرنا حرص المشرع على حفظ كرامة زوجات النبي صلى الله عليه وسلم.

ثالثاً: خالف المواد المضافة الفقه الإسلامي، والذي يقضي بأن التعرض لأي من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم - بما في ذلك أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها - بغير القذف لا يميز القتل عقوبة، بل يكتفى بالتعزير بما يراه ولي الأمر.

ولوقيل أن التعزير يجوز أن يصل إلى القتل لا سيما مع كثرة الاعتداء على أمهات أم المؤمنين، لا سيما أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها. يجب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه ليس ثمة مناسبة بين الجرم والعقوبة على الإطلاق؛ حيث إن مطلق الإساءة لأي من أزواجه صلى الله عليه وسلم يمكن يناسبه القتل أو الحبس المؤبد عقوبة.

الوجه الثاني: أن القتل تعزيراً لم يقل به فقهاء الأمة على سبيل الإطلاق، بل بقيود مشددة، ليس منها الشتم أو مطلق الإساءة بغير القذف.

الوجه الثالث: أن الفقهاء إنما بنوا الحكم بقتل القاذف ليس لمجرد القذف - وإلا فإن الأصل عموم النص الوارد في القذف - بل لاعتبار ذلك من تكذيب القرآن الموجب للردة.

وهذا ما جاءت به الفتوى.. فما الذي حملهم على هذا أهم أشد
غيرة... إن الأمر وصل للقتال وليس مجرد مطلق الإساءة.. أفهم من هو أفقه
من أعضاء لجنة الفتوى.. أم أن الأمر لا يعدو من ردة فعل أرادوا فيها نصره
النبي صلى الله عليه وسلم بما يخالف الدين الذي أرسل به.

الخاتمة

إن من منة الله علي أن يسر لي الانتهاء من هذا البحث ، ورأيت أن
تكون خاتمته النتائج والتوصيات :

أولاً: النتائج:

- ١- أن هذا القانون اتفق والفقهاء الإسلامي ، في بعض أحكامه ومن ذلك
أنه عاقب الطاعن بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم والقاذف
لعائشة رضي الله عنها بالقتل عقوبة حال الإصرار وعدم التوبة.
- ٢- وخالفه في عقوبة الطاعن بأزواج النبي صلى الله عليه وسلم بغير
الرمي بالزنا ؛ حيث أوجب على القاضي الحكم بالقتل عقوبة حال
الإصرار ، وإن كان الطعن بغير القذف بالزنا.
- ٣- أن غرض المشرع في حفظ مكانة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم
بمعاقبة من يتعرض لهن بسوء أثر على صياغة القانون سلبا ومن ثم
أحكامه ، فهو استصحب عقوبة سب الله تعالى ورسوله صلى الله
عليه وسلم لجعلها في كل اعتداء على أمهات المؤمنين وهذا خلط
فاحش ، ألا ترى أن خصوصية عقوبة قذف عائشة رضي الله عنها
ليس لذاتها بل لأنه تكذيب بالقرآن الكريم ، فكان العقوبة على
تكذيب القرآن وليس لقذف عائشة رضي الله عنها ، فكان الاعتداء
عليها بالقول بغير القذف ليس فيه تكذيب للقرآن الكريم^(١).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية ؛ حيث خصصت الجزء الأكبر منها في سبب تشريع القانون
للحديث عن الطعن بأزواجه صلى الله عليه وسلم.

ثانياً: التوصيات:

١. تحديد معنى الطعن المراد، والذي يستوجب القتل عقوبة، وليس مجرد ذكر وسائله.
٢. أن التشريعات ذات التعلق بالشريعة الإسلامية يجب أن يستشار بها أهل العلم من الفقهاء المعاصرين، ولا ينبغي الاستئثار بالرأي مجرداً عن الوجه الشرعي بمجة الاختصاص في التشريع إذا كان الغرض هو تشريع قانون يوافق الشريعة الإسلامية.
٣. أنه ينبغي في التشريعات أن تراعى اختلاف موضوعها، بزيادة القوانين أو موادها، فلا يمكن إعطاء الطعن بالذات الإلهية أو الرسول صلى الله عليه وسلم أو بأي من أزواجه صلى الله عليه وسلم حكماً واحداً.
٤. عند صياغة أي تشريع يجب أن يراعى فيه الشروط الواجبة في القانون، كتحديد مدلول الألفاظ وعدم مخالفة الدستور ونحو ذلك.

قائمة المراجع:

- ١- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ)، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م.
- ٢- أسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري (٩٢٦ هـ)، ط. دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
- ٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن بن سليمان المرادوي (٨٨٥ هـ)، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠ هـ)، ط. دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، الطبعة الثانية.
- ٥- التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (٨٩٧ هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٦- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي المعروف بابن فرحون اليعمري (٧٩٩ هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت.

- ٧- تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبي العلا (١٣٥٣هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٨- تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر البيهقي المكي (٩٧٤هـ) - ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٩- الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي (٨٠٠هـ)، ط. المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ.
- ١٠- حاشية البجيرمي على الخطيب، لسليمان بن محمد البجيرمي (١٢٢١هـ)، ط. دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
- ١١- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، بدون بيانات عن دار النشر.
- ١٢- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرزاني، علي بن أحمد بن مكرم الصعيلبي العدوي (١١١٢هـ)، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ١٣- حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية، د. علي بن عبد الرحمن الطيار، ط. المؤلف، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- ١٤- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١هـ)، دار عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.
- ١٥- رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار المعروف بـ (حاشية ابن عابدين) لمحمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين (١٢٥٢هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
- ١٦- سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح الأمير الكحلاني ثم الصنعاني (١١٨٢هـ)، ط. دار الحديث - القاهرة.
- ١٧- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (٧٧٢هـ)، ط. دار العبيكان - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.

- ١٨- شرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الله الخرشبي (١١٠١ هـ)، ط. دار الفكر - بيروت.
- ١٩- الصارم المسلول على شاتم الرسول صلى الله عليه وسلم، لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق محمد بن عبد الله الحولاني، ومحمد كبير شدوري، ط. رمادي للنشر - الدمام، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
- ٢٠- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ)، دار ابن كثير - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.
- ٢١- فتاوى السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (٧٥٦هـ)، ط. دار المعرفة بيروت.
- ٢٢- الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين بلخي، ط. دار الفكر - بيروت، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
- ٢٣- الفروع، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي (٧٦٣هـ)، ط. عالم الكتب - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- ٢٤- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي (١١٢٥ هـ)، ط. دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
- ٢٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ)، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م.
- ٢٦- لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقيسي المصري (٧١١ هـ)، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- ٢٧- المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣ هـ)، ط. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.
- ٢٨- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٤٥٦ هـ) - ط. دار الفكر - بيروت.
- ٢٩- المرسوم الأميري رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٢ بشأن التعديلات التي أقرت

- على القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ من قانون الجزاء والمتعلقة بإعدام
المسيء للذات الإلهية أو القرآن الكريم أو الأنبياء أو الرسل أو طعن
عرض الرسول (صلى الله عليه وسلم) أو عرض أزواجه.
- ٣٠- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي
الفيومي (٧٧٠ هـ)، ط. المكتبة العلمية.
- ٣١- معجم مقياس اللغة، لابن فارس، ط. دار الحديث القاهرة تحقيق /
محمد أنس الشامي، ١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م.
- ٣٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن
أحمد الشربيني الخطيب (٩٧٧ هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت،
الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م.
- ٣٣- المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة (٦٢٠ هـ) -
ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ /
١٩٨٥ م.
- ٣٤- مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد
الرحمن الرعيني المعروف بالخطاب (٩٥٤ هـ)، ط. دار الفكر -
بيروت، ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م.
- ٣٥- نهاية المحتاج شرح ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي
المصري الشهير بالشافعي الصغير (٩٥٧ هـ)، ط. دار الفكر - بيروت،
الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م.

مدى مراعاة مصلحة الطفل المحضون عند إسناد حضائته أو
إسقاطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
الأستاذ: بوزيان بوشنتوف
أستاذ القانون الخاص (الأحوال الشخصية)
بكلية الحقوق والعلوم السياسية والعلاقات الدولية
بجامعة الطاهر مولاي سعيدة - الجزائر

مقدمة:

إن الحمد لله تعالى نحمده و نستعينه ونستغفره وتوب إليه ونشهد ألا
إله إلا الله وحده لا شريك له ونشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله بعثه
الله بالعلم والهدى و نور الإيمان هاديا ومبشرا ونذيرا وداعيا إلى الله بإذنه
وسراجا منيرا وبعد:

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بتنظيم كيان الأسرة تنظيما دقيقا يساير
كل مرحلة يمر بها الإنسان في حياته، ليكون جديرا بالخلافة في أرض الله
وتحقيقا للحكمة الإلهية من وجوده في هذه الدنيا وبقائه فيها إلى أجل
محدد، و لا شك أن رعاية الطفل وحضائته ونشأته النشأة السليمة بعد
الاحلال علاقة زواج أبويه تأخذ نفس الأهمية إن لم تكن أقوى وأشد،
لذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية لتحقيق هذه المصلحة اشترطوا شروطا
متعددة في الحاضن ومكان ممارسة الحضانة ورتبوا حسب الأولويات من
لهم الحق في الحضانة، و بينوا أسباب سقوطها عن الحاضن، وقد تبنت
معظم قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية هذه القواعد بهدف
تحقيق مصلحة المحضون، وقانون الأسرة الجزائري وهو واحد من هذه
القوانين جعل من معيار مصلحة المحضون معيارا معولا عليه في إسناد
حضانة الصغير وإسقاطها عن من لهم الحق في الحضانة، وهذا ما نص

عليه المشرع صراحة في نصوص المواد ٦٥ و٦٧ و٦٩ من قانون الأسرة،
فما مضمون هذا المعيار في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي؟ وماهي
سبل تقدير مصلحة المحضون في القضاء الإسلامي والقضاء الجزائري؟،
وما هي المعوقات القانونية والقضائية التي تواجه تحقيق مصلحة المحضون
في القانون الجزائري؟.

كل هذه الجزئيات سنحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث
المتواضع، بحيث أقسمه إلى أربعة مباحث، أخصص المبحث الأول
للتعريف بالحضانة ومعيار مصلحة المحضون و أتناول في المبحث الثاني
دراسة شروط إسناد حضانة الصغير ومدى مراعاتها لمصلحته في الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري، ثم أعرض في مبحث ثالث لدراسة ترتيب
أصحاب الحق في الحضانة وتأقيتها بمدة معينة ومدى مراعاة ذلك لمصلحة
المحضون في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما المبحث الأخير فأتناول
فيه - إن شاء الله - مسقطات الحضانة ومدى مراعاتها لمصلحة المحضون
في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول

التعريف بالحضانة ومعيار مصلحة المحضون

المطلب الأول

مفهوم الحضانة في اللغة والاصطلاح.

الفرع الأول

تعريف الحضانة لغة

الحضانة في اللغة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح أو هو
الصدر والعضدان وما بينهما، والاحتضان حملك الشيء وجعله في
حضنك كاحتضان المرأة ولدها وجعله في أحد شقيها، والحضن أيضا
الشق والناحية والجنب، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت

جناحه وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، وحضن الصبي حضنا إذا رياه،
والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي بحفظانه ويريبانه وقعلها حضانة^١.

الفرع الثاني

تعريف الحضانة اصطلاحاً

عرف فقهاء المذاهب الحضانة اصطلاحاً بتعريفات متعددة ٢ اجتمعت
كلها في معنى واحد هو حفظ الولد والقيام بمصالحه، وعرفها بعض
الفقهاء بأنها: تربية الطفل - أو كل من لا يستقل بفعل ما يُصلحُه -
ورعايته والقيام بجميع شؤونه ومصالحه من تدبير طعامه وملبسه ونومه،
والاهتمام بنظافته ممن له حقُّ تربيته شرعاً^٣.

١- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - ١٤١٤ هـ،
١٣/١٢٢ و١٢٣، السرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ
محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة
الخامسة، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م، ٧٥/١.

٢- الحضانة عند الأحناف تعني تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن
معينة على من له الحق في الحضانة. ينظر ابن العابدین، حاشية ابن عابدين ٢/٢
٥٦٠، وتعني عند المالكية الحفظ والعناية للعاجز عن القيام بأمور نفسه أي
رعايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه. ينظر العلامة أحمد الدرديري،
الشرح الصغير ١/٤٥١، تعني عند الشافعية حفظ من لا يستغل بأمور نفسه
عما يوازيه لعدم تميزه لصغر أو جنون أو معتوه. ينظر الرملي، نهاية المحتاج،
ص ٢٢٥، وتعني عند الحنابلة: ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من
الحضن لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه وكفالتة واجبة لأنه يتركها يهلك لذا
وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه. ينظر عبد الله بن عبد العزيز
العنقري، الروض المربع، مطبعة الرياض - دت - ٢/٢٥١، أما الشيعة
الأمامية والزيدية يرون أنها هي ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما
يتعلق بها من مصلحة من حفظه والاهتمام بسريه وكحله ودهنه وتظيفه
وغسل خرقة ونحوه ينظر. د. سمير عقي، الحضانة في الفقه الإسلامي، طبع
دار المنار للنشر بمصر - ت الطبع ١٤٠٦ هـ الموافق ١٩٨٦ م ص ١١.

٣- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة
الثانية بدون تاريخ، ٤/١٧٩، بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، على
الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ٢/٥٢٦، الدمياطي،
إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م
١١٦/٤.

والملاحظ من خلال التعاريف السابقة أنها عرفت الحضانة من خلال أهدافها ووظائفها الأساسية والمصلحة المنشودة من تشريعها، بحيث يفهم أن الغرض من تشريع الحضانة وتنظيمها هو تحقيق مصلحة الطفل المحضون.

المطلب الثاني

مفهوم معيار مصلحة المحضون

رغم الأهمية التي يكتسبها هذا المعيار في قانون الأسرة الجزائري، ورغم أن المشرع أدرجه في كثير من نصوص قانون الأسرة إلا أنه لم يضع تعريفاً لمصطلح مصلحة المحضون، ولعل السبب المباشر والرئيسي هو صعوبة ضبط هذا المعيار لأن المصلحة فيه متغيرة من طفل إلى آخر ومن وضعية إلى أخرى لذلك فإنه يصعب تحديد إطار واحد وثابت يلم بهذا المصطلح مهما اختلفت الحالات، وللوصول إلى تعريف شامل يضبط هذا المصطلح يتوجب علينا أولاً الوقوف على تعريف المصلحة عند فقهاء الشرع الإسلامي حتى نستطيع اشتقاق تعريف لمصطلح "مصلحة المحضون".

الفرع الأول

تعريف المصلحة لغة

يكاد يتفق أهل اللغة على تعريف المصلحة بضدها، فقالوا في ذلك: الصلاح ضد الفساد، والمصلحة واحدة المصالح، واستصلح تقيض استفسد، وفي القرآن الكريم قول المصالح مرة بالفساد، في مثل قوله تعالى: "وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ

١ - مختار الصحاح، المرجع السابق، مادة "صلح" ١/١٧٨، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، ص ٢٢٩، الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، ٥٤٧/٦، ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ٥١٦/٢.

مؤمنين" {الأعراف/ ٨٥}، وتارة بالسيئة في مثل قوله تعالى: "وَأَخْرُورًا
اعترفوا بذنوبهم خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً عسى الله أن يتوب
عليهم إن الله غفورٌ رحيمٌ" {التوبة/ ١٠٢}.

الفرع الثاني

تعريف المصلحة اصطلاحاً

تعددت تعريفات الفقهاء للمصلحة واختلفت باختلاف توجهاتهم
فيها، ولكن ما يخدمنا في بحثنا هذا التعريف العام للمصلحة، وفي ذلك
عرفها العلامة ابن قدامة بأنها: "جلب المنفعة ودفع المضرّة".^١

وعرفها أبو حامد الغزالي بنفس التعريف فذكر بأنها "عبارة في الأصل
عن جلب منفعة أو دفع مضرّة".^٢

وقد عرفها الطوفي في قوله: "و أما حدها بحسب العرف فهي السبب
المؤدي إلى الصلاح والنعف، كالتجارة المؤدية إلى الربح، وبحسب الشرع
هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة".^٣

وقد عرفها الأستاذ رمضان البوطي، بأنها: "المنفعة التي قصدها
الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم
وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"، وقال أيضاً: "كل أمر أنيط
بتحقيقه نفع ما فهو مصلحة".^٤

ويلاحظ في التعاريف السابقة أنها تلتقي حول ضابط مهم من خلال
نستطيع التمييز بين المصلحة والمضرّة، وعليه يمكن تعريف المصلحة

١ - ابن قدامة، روضة الناظر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ١/ ٤٨٧.

٢ - أبو حامد الغزالي، المستقصى من علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، بيروت،
١٣٢٤هـ، ١/ ص ٢٨٦ - ٢٩٧.

٣ - مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دلتا للفكر العربي، ١٩٥٤ ص ٢١١.

٤ - محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، طبة مؤسسة
الرسالة والدار المتحدة، بيروت ٢٠٠٠، ص ٢٧.

٥ - محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص ١٨٨.

بمفهومها العام بأنها كل أمر جلب منفعة أو دفع مضرة، و تبعاً لما سبق يمكن تعريف مصطلح مصلحة المحضون بأنه كل ظرف يحيط بالحاضن أو عمل يقوم به يتحقق من خلاله جلب المنافع أو دفع المضار عن المحضون، وبالتالي تتحقق مصلحة المحضون إذا كان بمقدور الحاضن توفير جميع أو جل العوامل المعنوية والمادية للمحضون حتى ينشأ النشأة الصحيحة التي تجعل منه فرداً صالحاً في المجتمع، وهذا هو الأمر الذي منح فيه المشرع سلطة تقديرية واسعة للقاضي، فالقاضي قبل إسناد حضانة المحضون أو إسقاطها عن الحاضن، يقدر مصلحة الطفل المحضون من خلال قدرة الحاضن أو عدم قدرته على توفير الراحة النفسية والصحية والخلقية للطفل، وتوفير ظروف العيش الكريم له من أكل وشرب وملبس ومسكن وغيرها...

المبحث الثاني

مدى مراعاة مصلحة المحضون من خلال شروط استحقاق الحضانة في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري

اشترط فقهاء الشريعة وكذا المشرع الجزائري كي تسند حضانة الصغير لأحد مستحقيها لا بد أن تتوافر فيه عدة شروط عند طلبها - الحضانة - وأن تستمر معه أثناء ممارستها، لهذا سنعرض لشروط ممارسة الحضانة في ضوء الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري في كل جزئية، بحيث نحاول استخلاص مصلحة المحضون التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية وتقوم موقف المشرع من خلال ذلك.

المطلب الأول

شروط الأهلية في الحاضن في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوب شرط العقل والبلوغ في مستحق الحضانة ولكنهم يختلفون في حضانة المراهق وصاحب الجنون المتقطع والسفيه، فقال الحنفية بجواز حضانة المراهق حيث جاء في

حاشية ابن عابدين: "أن بعض المتأخرين أفتي بأن المراهق له الحق في الحضانة استناداً على قولهم أن المراهق إذا ظهرت عليه علامات البلوغ فتح له الحضانة"^١.

أما المالكية والحنابلة^٢ فيقولون بشرط البلوغ والعقل مطلقاً بدون استثناء، وقد أضاف المالكية والشافعية شرط الرشد فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر للمال حتى لا يتلف مال المحضون، إلا أن الشافعية يستثنون أصحاب الجنون المنقطع كيوم واحد في السنة مثلاً وجاء في قولهم: "أن الجنون إذا كان منقطعاً لكنه قليل كيوم واحد في السنة فإن الحضانة في مثل هذه الحالة تثبت"^٣.

وقد اشترط المشرع الجزائري في نص المادة ٦٢ من قانون الأسرة رقم ١١/٨٤ و المعدل بالأمر ٠٢/٠٥ الصادر بتاريخ ٢٨ فبراير لسنة ٢٠٠٥، أن يكون الحاضن أهلاً لممارسة الحضانة، إذ الأهلية التي قصدها المشرع ليست فقط أهلية العقل أو البلوغ بل المقصود بها القدرة على تحقيق الهدف من الحضانة والتي تدخل فيها القدرة على تعليم وتربية الولد على دين أبيه وتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فرداً صالحاً سوياً وأن لا يُترك عرضة للشارع ورفقاء السوء، والقدرة كذلك على حمايته نفسياً وصحياً حتى يكون قادراً على الاعتماد على نفسه في المستقبل، وبالتالي فالمشرع بهذا النص يكون قد اشترط إلى جانب أهلية التصرف - الأهلية القانونية - الكثير من الشروط في الحاضن مثل شرط

١ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ٥٥٦/٣.

٢ - بن قدامة، المعني، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، طبعة سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ٢٤٨/٢، التاج والإكليل - لابي عبد الله محمد بن ابي القاسم - طبع دار الفكر - بيروت - ت الطبع ١٣٩٨هـ - ٢١٦/٤.

٣ - الزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٢٢٩/٧.

الإسلام في الحاضن وهذا يفهم من خلال اشتراط تنشئة المحضون على دين أبيه، ويفهم كذلك من خلال النص أن المشرع اشترط خلو الحاضن من الأمراض المعدية عندما جعل من أهداف الحضانة حفظ المحضون صحيا، ويمكن أن يفهم كذلك من خلال النص أن المشرع اشترط عدم فسق الحاضن عندما جعل من أهم أهداف الحضانة حفظ المحضون خلقا، فإذا أسند القاضي حضانة الطفل - ولد أو بنت - إلى أم فاسقة أو أب سكير فحكم القاضي في هذه الحالة يكون مخالف لمصلحة المحضون ومخالف كذلك لنصوص القانون.

ولعل شرط البلوغ والعقل في الحاضن يعتبر أهم الضمانات التي كفلها الفقه والقانون لتحقيق مصلحة الطفل المحضون، فمصلحة المحضون تنتفي مع الحاضن المجنون والصبي، فالجنون والصبي لا يستطيعان القيام بشؤونهما وبالتالي لا يكون لهما تولي شؤون غيرهما، وقد أحسن الفقهاء عندما لم يفرقوا في الجنون بين الجنون المستمر والمتقطع قليلا كان أو كثيرا وذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة أو الحاضن فيه ضرر عليه، فقد يرد الجنون في أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا فترجح معه تحقق مضرة المحضون، و عليه ابتعد الفقهاء بذلك عن أدنى ضرر محتمل يصيبه رعاية لمصلحته.

المطلب الثاني

شرط عدم الفسق

الفسق لغةً هو الخروج عن الشيء أو انقصد، وهو الخروج عن الطاعة، أما اصطلاحا فهو العصيان وترك أمر الله تعالى، والخروج عن طاعته، وعن طريق الحق، ورجل فاسق: أي عصى وجاوز حدود الشرع، ويقال: فسق عن أمر ربه؛ أي خرج عن طاعته، يقول ابن

عطية: 'الفسق في عرف الاستعمال الشرعي: الخروج من طاعة الله - عز وجل - فقد يقع على من خرج بكفر، وعلى من خرج بعصيان'.^١

وقد اتفق جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة على أن الفسق مانع من الحضانة لأن الفاسق عندهم غير موثوق به في أداء واجبه من الحضانة، وفي حضانته للولد ضرر لأنه ينشأ على طريقته في الحياة فاسقاً مثله وهذا يناه في مقاصد الحضانة التي هي نفع الولد وتحقيق مصلحته ودفع الضرر عنه^٢، إلا أن الحنفية اشترطوا لإعمال الشرط أن يكون فسقُ الحاضن يرجح معه ضياع الولد كالزنا وذلك لانشغال الأم بذلك الأمر وخروجها من البيت لأوقات طويلة وهنا يتضرر ويضيع الولد لذا وجب عندهم إسقاط حقها في الحضانة وجاء في قولهم: "أن الفاجرة هي التي كون فجورها مضيعاً للولد كالزنا والغناء والسرقة"^٣.

وقد ذهب المشرع الجزائري نفس مذهب فقهاء الشريعة الإسلامية عندما أكد في نص المادة ٦٢ قانون الأسرة على تربية الولد وحفظه خلقاً، وقد شدد القضاء الجزائري رقابته على تحقق هذا الشرط في الحاضن، وتكرس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته، إذ يرى أن الحضانة التي لا تقيم وزناً للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلاً للحضانة لأنها غير آمنة على نفس الطفل وأدبه وخلقته، إذ ينشأ على طريقته ومتخلقا بأخلاقها، فقد صدر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا قرار بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٩٧ في الملف رقم ١٧١٦٨٤ قضى بإسقاط الحضانة

-
- ١ - تفسير ابن عطية ١/١٥٥، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م، ١/٢٤٦.
 - ٢ - بن عرفة الدسوقي، الحاشية، المرجع السابق، ٢/٤٨٩، الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة سنة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٧/٢٣١، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ٨/٢٤٨.
 - ٣ - تنوير الأبصار، ٢/٨٧٢.

عن الحاضنة الفاسقة مسببا ذلك بالعبارة التالية" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون"^١. ولعل هذا الموقف من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون والقضاء الجزائي يعد كذلك ضمانا هامة لتحقيق مصلحة المحضون لأنه إذا أُلقيَ بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، و المناط في منع و سقوط الحضانة عن الفاسد فيه مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيائه من الإهمال.

المطلب الثالث

شرط القدرة على الحضانة

القدرة على الحضانة تعني الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض، وقد اتفق جمهور الفقهاء على اشتراطها إلا أن الشافعية فرقوا في ذلك بين من يباشر الحضانة بنفسه وبين من يدير أمرها، فاشتراطوا القدرة في الذي يباشرها بنفسه ولم يشترطوا القدرة في من يشرف عليها فقط، ومعنى ذلك أنهم يقولون بحضانة غير القادر لو كان عنده شخص آخر ينوب عنه في خدمة المحضون والقيام بشئونه كحضانة البنت عن أمها العاجزة للعمى أو كبير أو غيره من الأسباب.

أما المشرع الجزائري رغم أنه لم يوظف لفظ القدرة صراحة في نص المادة ٦٢ من قانون الأسرة إلا أنه يفهم ضمنا أنه اشترط القدرة في الحاضن عندما اشترط في نفس المادة أن يكون الحاضن أهلا للحضانة. واشترط الفقهاء شرط القدرة في الحاضن عند ممارسته الحضانة لا شك أنه يَصُبُّ في مصلحة المحضون، لأن انتفاء القدرة من جانب الحاضن

١ - المجلة القضائية ٢٠٠١، عدد خاص، ص ١٦٩، قرار المحكمة العليا ١٧١٦٨٤ بتاريخ ١٩٩٧/٠٩/٣٠، ملف رقم ١٧١٦٨٤.

يؤدي دائما لإهمال المحضون وضياعه وبالتالي لا يتحقق المقصود من الحضانة في حالة عدم القدرة.

المطلب الرابع

شروط اتحاد الدين بين العاضن والمحضون

حول الأخذ بهذا الشرط انقسم الفقهاء على قولين كالآتي:

القول الأول: اختلاف الدين مانع من الحضانة:

وهو مذهب الشافعية والحنابلة وفريق من المالكية حيث اعتبروا أن اختلاف الدين مانعا من الحضانة^١، لأن الحضانة عندهم من باب الولاية على النفس فلا ولاية لكافر على مسلم، كما يرون أن حضانة الكافر ضررا على الولد فهو ينشئه على إلف دينه ويخرجه رويداً رويداً عن الإسلام، وما دام أنه نشأ هكذا فإنه في كبره إما يكون على دين الكفار أو يكون في حكمهم وصعب بعد كبره رده إلى دين الحق وفي الحديث "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"^٢، دلالة على أن الطفل يكون على ما ينشأ عليه من قبل أبيه، وفي هذا الصدد يقول ابن القيم أن المتخالفين يمنعون الحضانة بالفسق وشتان ما بين الفسق والكفر فكيف لا يكون اتحاد الدين شرطاً^٣.

القول الثاني: اتحاد الدين بين العاضن والمحضون ليس شرطاً من شروط الحضانة.

وهو مذهب الأحناف وفريق من المالكية وحجتهم في ذلك أن الحضانة تبني على الشفقة والأم الذمية أشفق عليه، ولا يرفع من هذه

١ - البهوتي، كشاف القناع، دار الكتب العلمية، ٤٩٨/٥، الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ٢٣١/٧.

٢ - الحديث رواه البخاري في كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلّى عليه (١٣٥٨، ١٣٥٩)، ٢٥٩/٣، ومسلم في كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة (٢٦٥٨) ٢٠٤٧/٤.

٣ - البهوتي، كشاف القناع، المرجع نفسه، ٤٨٩/٥، الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ٢٢٩/٧.

الشفقة اختلافها معه في الدين لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين فيكون دفعه إليها على الرغم من اختلافها معه ديناً أنظر له مالم يعقل ديناً،

ومعنى هذا أن الأم اللمية تستحق الحضانة لأن المحضون في تلك المرحلة لا يعقل الأديان فلذلك يكون معها أفضل من غيرها لوفرة شفقتها عليه بفضل أمومتها ويجب نزعها عنها عند تعقله للأديان لاحتمال حدوث الضرر.

واستدلوا في ذلك بما روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري قال أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأنت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتي فقال رسول الله ﷺ أقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها فقال النبي ﷺ اللهم أهدها فمالت إلى أبيها فأخذها.

وقالوا في ذلك لو أن شرط اتحاد الدين يسقط الحضانة ما كان الرسول ﷺ خير الصبية بين أبويها على الرغم من علمه بعدم إسلام أمها أو لكان قضى لأبيها بحضانتها من أول وهلة.

أما المشرع الجزائري من خلال استقراء نصوص الحضانة في قانون الأسرة يفهم أنه يحرص على تربية الولد على دين أبيه ولم ينص صراحة على شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لكن الثابت من قضاء المحكمة العليا أنها لا تفرق في إسناد الحضانة بين الحاضنة المسلمة وغير المسلمة وهذا ما قرره المجلس الأعلى في الكثير من قراراته، ومنها قراره

١ - تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق - فخر الدين عثمان بن علي الزيالي - مطابع الفازوق الحديثة للطباعة والنشر - الطبعة الثانية، ٥٠/٣، تنوير الأبصار لابن

عابدين ج (٢)، ص ٤٩، التاج والإكليل ج (٤)، ص ٢١٦.

٢ - أخرجه الترميذي عن أبي هريرة وقال صحيح الإسناد، أنظر، الترميذي، السنن، المرجع السابق، ط، ١٩٨٣، ص ٧٦٥.

الصادر في ١٦ أبريل ١٩٧٩ في قضية دفع فيها الأب المسلم بإسقاط حضانة أولاده عن الأم الحاضنة بسبب مخافة تربيتهم على دينها المسيحي، فقرر المجلس في ذلك أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم!

من خلال ما سبق قد يرى الكثير أن القانون و القضاء الجزائري قد أخذوا بالقول الثاني الذي ذهب إليه الأحناف وفريق من المالكية، إلا أننا نرى أن موقف القضاء الجزائري يختلف عن موقف الفقهاء في كثير من الأوجه، فالقضاء الجزائري ساوى بين المسلمة وغير المسلمة في جميع أحكام الحضانة، إلا أنه بالرجوع إلى موقف الفقهاء نجد أنهم حددوا حضانة غير المسلمة بعقل الصغير للأديان، فإذا وصل عندهم المحضون إلى هذه السن تسقط عن الحاضنة غير المسلمة الحضانة ما لم تسلم، ولا شك أن هذا الاختلاف يجعل من موقف القضاء الجزائري مناقضا تماما لأحكام الفقه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نرى أن الظروف والعوامل التي كانت متوفرة في عهد الفقهاء الذين لم يشترطوا اتحاد الدين في الحضانة تختلف تماما عن الظروف التي نعيشها حاليا في الدول العربية الإسلامية والدولة الجزائرية، فالجزائر ولله الحمد كل سكانها مسلمون إلا أن ظاهرة الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات قد تزايدت في السنوات العشر الأخيرة، ونحن نعلم أن في مثل هذه الزيجات الزوج هو الذي ينتقل للعيش مع الزوجة وبالتالي يكون بيت الزوجية خارج الجزائر، فإذا قضى القضاء الجزائري في هذه الحالة بأحقية الأم بحضانة أبنائها فحتما ستتقل بهم إلى خارج التراب الوطني وبالتالي يعيشون داخل مجتمع غير مسلم ولا يستطيع القضاء الجزائري إلزام غير المسلمة بتربية الأبناء على دين أبيهم، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، بل بالعكس ستكون الأم غير المسلمة

١ - المجلس الأعلى، غ أش، قرار رقم ١٩٢٨٧، ١٩٨١، الصادر بتاريخ ١٦/٠٤/١٩٧٩، نشرة القضاة، عدد ٢، ص ١٠٨.

حريصة على تنشئة أبنائها على دينها لأنه في نظرها هو الأفضل وهنا ينشأ على دين أمه فيصعب تغيير ذلك بعد تعقله الأديان، لهذا ناشد المشرع والقضاء الجزائري أنه مادما نبتغي من خلال أحكام الحضانة مصلحة المحضون، فنحن لنا يقين كامل غير منقوص في أن مصلحة الصغير الكبرى تتحقق في اعتناقه ونشأته على الدين الإسلامي، وعليه يجب أن يتدخل المشرع بنص صريح يشترط فيه اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

المطلب الخامس

شرط المحرمية

ولدراسة هذا الشرط بشكل واضح فضلت تقسيمه إلى ثلاث جزئيات كالآتي:

١- شرط عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشرط على ثلاثة أقوال وتفصيلها كالتالي:

القول الأول: يسقط حق الحاضنة عن الحضانة بزواجها مطلقاً، وذهب إلى هذا فقهاء الإمامية فقالوا بسقوط حضانة المرأة بزواجها مطلقاً أي سواء تزوجت بأجنبي أم بذي رحم محرم للصغير، وفي هذا المعنى يقول الإمام العاملي "ولو تزوجت الأم بغير الأب مع وجوده كاملاً سقطت حضانتها".^١

القول الثاني: لا تسقط الحضانة بزواج الحاضنة مطلقاً وقال به فقهاء الظاهرية إذ يرون بأن حضانة المرأة لا تسقط بزواجها مطلقاً أي سواء تزوجت بذي رحم محرم للصغير أم بغيره، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن حزم "ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم ان تزوجت يسقط حقها في الحضانة".^٢

١ - الروضة البهية ١٤١/٢.

٢ - ابن حزم، المحلى، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ١٠/١٤٣.

القول الثالث: تسقط في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم فقال
الحنابلة والشافعية في قول لهم^١ بسقوطها مطلقاً، وقال الحنفية^٢ والمالكية^٣
بسقوطها مع استثناء بعض الحالات، حيث استثني الحنفية حالة أن يريد
الوصي تربية الصغير بنفقة مقدرة من ماله إذا توفي أبوه وتريد الأم المتزوجة
بأجنبي عنه ذلك بلا نفقة، فهنا يدفع لها حفاظاً لماله ولعله في ذلك أن في
دفعه للأم مصلحة زائدة وهي حرصاً على ماله وأيضاً أن الأم أشفق عليه
من غيرها كالوصي مثلاً، وحالة إذا لم يكن للصغير غير الحاضنة المتزوجة
بأجنبي فإنه يبقى عندها لأن ذلك أولى من تركه دون حضانة.

أما المالكية فيرون أن الحضانة لا تسقط في حالة عدم قبول المحضون
رضاعة غير أمه، وحالة عدم وجود حاضن له غير الحاضنة التي تزوجت
بأجنبي أو يكون له حاضنة ولكنها غير مأمونة على المحضون أو عاجزة أو
غائبة، وحالة سكوت من له الحق في الحضانة بعد زواج الحاضنة مع علمه
بأن ذلك مسقط للحضانة وتبقي الحاضنة المتزوجة على حضانتها
للمحضون.

والراجع في نظرنا - والله أعلم - الأخذ بقول الحنفية والمالكية
الذين قالوا بسقوط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي باستثناء بعض
الحالات، لما فيه من مصلحة للمحضون لأن زواج الحاضنة بقريب محرم
ترجح معه مصلحة المحضون أكثر من زواجها بالأجنبي، ففي الغالب
يكون القريب المحرم ألين على الصغير وأرحم، هذا من جهة، ومن جهة
أخرى أن استثناءهم لبعض حالات عدم السقوط في حالة الزواج بأجنبي
راعى فيه الفقهاء مصلحة المحضون كذلك لأنه في حالة عدم وجود حاضن

١ - البجيرمي على الخطيب ٩٦/٤.

٢ - شرح فتح القدير ٣١٦/٣، بابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة

الثانية - بدون تاريخ ١٨٣/٤.

٣ - المدونة الكبرى ٣٥٦/٥.

للمحضون سيُهْمَلُ و يضع فكان من الأولى إبقاء حضانته مع الحاضنة المتزوجة خاصة إذا كانت أمه.

وقد ذهب المشرع الجزائري نفس مذهب الحنفية والمالكية عندما نص على ذلك في المادة ٦٦ من قانون الأسرة بنصها أنه: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، فالمشرع رغم تأكيده على سقوط الحضانة بالزواج بالأجنبي إلا أنه أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك حتى يكون حكمه بسقوط الحضانة أو الإبقاء عليها يوافق مصلحة المحضون، فالقاضي الجزائري لا يسقط الحضانة بمجرد الزواج بل يتحرى في أحكامه مصلحة الطفل المحضون ولو تحقق شرط السقوط والمنع، ولا يكون ذلك إلا من خلال الوقوف على حالة الأم الحاضنة بعد زواجها بالأجنبي فإن رأى أن مصلحة الصغير معها بقيت حضانتها لأنها أشفق عليه من غيرها وإن حصل العكس سقطت عنها الحضانة.

٢- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير:

يشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للصغير كأمه وأخته، فلا حضانة لبنات العم والعمة، والخال والخالة، وذلك لأن ذات الرحم المحرم تكون كاملة الشفقة على الصغير وهي - أي الشفقة - الأساس الذي تبنى عليه الحضانة^١، وذهب إلى هذا الحنفية والمالكية، خلافا للشافعية والحنابلة، الذين لم يعتبروا هذا الشرط، وصرح الشافعية بأنه لا تثبت الحضانة لبنت العم على الذكر المشتبه، وهو قول نقله ابن عابدين^٢.

٢- أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضون إذا كان أثنى:

اشترط الفقهاء في حضانة الرجال أن يكون الحاضن محرما للمحضون، إذا كانت المحضونة أثنى، أي أن يكون من الذين لا يحق لهم التزوج منها

١ - شرح فتح القدير ٣/٣١٦.

٢ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ٥٦٤/٣.

فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرماً. ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها، وذلك دفعاً للفتنة والفساد. وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن الهمام "غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبية غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبية كالحال بل تدفع إلى الخال تحزناً عن الفتنة".

ومع ذلك يجوز للقاضي إذا لم يكن للصغيرة إلا أقارب غير محارم كابن العم أن يدفع الصغيرة إليه إذا رآه مأموناً عليها وصالحاً لحضانتها، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن نجيم "فإن لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصباء أو كان لها عصبية مفسدة فالنظر فيها إلى الحاكم فإن كانت مأمونة خلالها تفرد بالسكنى وإلا وضعها عند امرأة أمينة".

ولعل اشتراط الفقهاء المحرمية بين الحاضن والصغير يحقق مصلحة للمحضون خاصة إذا كان المحضون مشتهي، وتتجلى هذه المصلحة في حفظه من الفساد لأن عيشه مع غير محرم سيحرك الغريزة حتماً من أحد الطرفين أو كلاهما فيقع المخطور ويضيع المقصد من الحضانة، لأن نشأة المحضون مع سلوك مشين ستجعله يشب عليه - أي على السلوك - ويتطبعه فينشأ فرداً غير صالح في المجتمع فيتحقق الضرر بذلك، وهذا بلا شك يتنافى مع مصلحة المحضون ومصلحة المجتمع، إلا أنه في رأينا أنه يجب على القاضي التحفظ في إسناد حضانة البنت لغير الأب أو الجد من الرجال كالحال والعم إذا كان له أبناء ذكور وكانت المحضونة مشتهاة لأنه يرجح الاختلاط والخلوة فيحدث المخطور ويضيع المقصد من الحضانة، فالأصلح أن تدفع إلى امرأة أمينة متفرغة قادرة على حفظها والعناية بها حتى تنأى بها عن الفتنة والفساد خصوصاً ونحن في زمن شاع فيه فساد الذمم والأخلاق.

١ - شرح فتح القدير ٣/٣١٦، ينظر في نفس المعنى المبسوط ٥/٢١٢، حاشية الجمل

٥١٨/٤

٢ - بابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ٤/١٨٣.

المطلب السادس

شرط خلو الحاضن من الأمراض المعدية

الأمراض المعدية هي العَـلَل الحسية التي تصيب بدن الإنسان، والقابلة للانتقال من المصاب إلى السليم بالمخالطة، ومنها الجذام^١ والبرص^٢ وهذه عرفها الإنسان منذ القدم، إلا أنّ هناك من الأمراض ظهرت في وقتنا الحالي أشد خطورة، من الجذام والبرص مثل (مرض الإيدز^٣، والالتهاب الرئوي اللائمطي^١، التهاب الكبد الوبائي^٢) فما أثر إصابة الحاضن بأحد هذه الأمراض على حضائته للصغير؟.

- ١ - والجذام مأخوذ من الجذم وهو القطع ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : كل خطبة ليس فيها شهادة كاليد الجذماء - أي (المقطوعة)، ويتصور هذا الداء في عضو من أعضاء البدن وإن كان حدوثه بالوجه اغلب، عرفه الفقهاء بأنّه علة يحمر منها العضو ثم يسود ويتشقق ويتساقط وغالبا ما تكون رائحته كريهة، أنظر الحجة على أهل المدينة، الجزء الثالث / الصفحة ٣١٨. - معني المحتاج، الجزء الثالث / الصفحة ٢٠٢.
- ٢ - البرص هو بياض شديد يقع الجلد ويذهب دمويته، وقيل هو حدوث بياض في الجلد يذهب معه دم الجلد وما تحته من اللحم، ويختلف البرص عن البهق حيث أن الثابت عن البرص شعر أبيض وعلى البهق شعر أسود، وأنه لو وُجِد البرص بإبرة خرج منه ماء والخارج من البهق دم، والبرص عند المالكية قد يكون أسود وأبيض، والأسود أردأ لأنه مقدمة للجذام. أنظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء الثالث / الصفحة ٦٢. و شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الجزء الثالث / الصفحة ٣٨٠.
- ٣ - كلمة الإيدز هي اللفظ الإنجليزي لهذا المرض، ويدعى "متلازمة العوز المناعي المكتسب" ومتلازمة أي : مجموعة من الأعراض المرضية تتزامن وتتلازم في وقت واحد، والعوز المناعي هو : أن لا يقدر الجهاز المناعي على مواجهة الأمراض والجراثيم، أي كان ضعيفا، والمكتسب يعني : أن الإنسان يكتسبه عند إصابته بالعدوى، فيدمر المرض الجهاز المناعي للإنسان فيحصل له نقص شديد في عناصر المناعة، ومرض الإيدز يسببه كائن دقيق لا يرى إلا بالمجهر الإلكتروني يسمى "فيروس العوز المناعي البشري". ويتنقل بالجماع، فيوجد حول السائل المنوي، وفي السائل المهبلية، وسوائل عنق الرحم، وتشكل نسبة الإصابة عن طريقه أكثر من ٩٠%.

= وينتقل كذلك عن طريق الدم أو أحد مشتقاته، أو زراعة الأعضاء، أو غسل الكلى، أو استخدام الحقن والإبر والأدوات الملوثة بالفيروس، ومن الأم إلى الجنين، عن طريق الحبل السري.

ولهذا الفيروس منذ دخوله إلى جسم الإنسان مراحل:
المرحلة الأولى: تبدأ بعد دخوله، وتستغرق ما بين عدة أشهر إلى عدة سنوات، يتكاثر خلالها الفيروس

المرحلة الثانية: وفيها يبدأ بمهاجمة جهاز المناعة لدى المصاب وهي كريات الدم البيضاء، فتبدأ الخلايا المناعية بالتناقص، ويعجز الجسم عن مقاومة الأمراض والجراثيم، وفي هاتين المرحلتين يكون الشخص معديا، ويسمى حاملا لفيروس المرض (HIV).

المرحلة الثالثة: يحدث المرض، فيوصف المريض فيها بأنه مريض بالإيدز، وتبدأ أعراضه المرضية، من ظهور الأورام السرطانية وهزال شديد بالجسم، وتسلب الجراثيم والفيروسات والبكتيريا والطفيليات على المريض بسبب انهيار جهاز المناعة لديه، والغالب أن المريض لا يعيش بعد هذه المرحلة أكثر من سنتين على الأكثر، وهذا المرض لا يوجد له علاج حتى الآن. أنظر مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد ٦٧ - سبتمبر ٢٠٠٦ - مجلس النشر العالمي.

١ - التهاب الرئوي اللائمطي (SARS) سارس هذا المرض من أحدث الأمراض المعدية التي تم اكتشافها، وهو مرض فيروسي جاد، يبدأ بحمى عالية ثم تتبعها آلام عضلية وصداع، ويتطور إلى التهاب رئوي خطير في الجهاز التنفسي يحتاج معه إلى تنفس اصطناعي، وتستمر حضانة المرض ما بين يومين إلى سبعة أيام، وقد تستمر إلى عشرة أيام، وينتقل عن طريق الرذاذ التنفسي وسوائل الجسم والمواد الملوثة كالأيدي، ويتنشر بسرعة شديدة، لذا كان أكثر الفئات عرضة للإصابة بالمرض هم المخالطين للمصابين، وهذا المرض لا يوجد له علاج حتى الآن.

٢ - التهاب الكبد الوبائي: يقوم الكبد بما لا يقل عن خمسة آلاف وظيفة مهمة جدا، منها: تخليص الجسم من المواد الكيماوية السامة، وإنتاج العصارة الصفراوية التي تساعد على الهضم، وهي مسؤولة عن نسبة =تمثيل الكولسترول، وانتظام نسبة السكرين في الدم، =وتخليص الجسم من آثار الأدوية التي يتناولها الإنسان، وعند إصابة خلية الكبد بالفيروس لا تستطيع بعدها القيام بعملها، والتهاب الكبد يحصل نتيجة استيطان الفيروس في الكبد وتكاثره فيها، مما ينتج عنه انتفاخ وتمزق لجدران الخلايا الكبدية.

والفيروسات المسببة لهذا المرض والمعروف منها: (A) و (B) و (C) (H) (G). وهناك فرق بين هذه الفيروسات، فبعضها يسبب التهابا حادا وبعضها يسبب التهابا مزمنًا، وطريقة العدوى تختلف فيما بينها، وخطورة بعضها تفوق البعض =

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية خلو الحاضن من الأمراض المعدية، فذكر المالكية أن من شروط الحضانة خلو الحاضن من العاهة أو المرض المضرب بالمحزون، قالوا: "كجذام مضر ريح أو رؤيته، وكل عاهة مضرة يخشى على الولد منها ولو كان بالولد مثله، لأنه بالانضمام قد تحصل زيادة على ما كان عند المحزون على سبيل جري العادة"^١.

وقال الشافعية من شروط الحضانة أن لا يكون به مرض دائم كالسل والفالج إن عاقه تأله عن نظر المحزون^٢.

وجاء في كشف القناع: " (وإذا كان بالألم برص أو جذام سقط حقها من الحضانة)^٣ كما أفتى به المجدد بن تيمية، وصرح بذلك العلائي الشافعي في قواعده، وقال لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها، قال في الإنصاف - من كتب الحنابلة- وقال غير واحد وهو واضح في كل عيب متعد ضرره إلى غيره، فالجذام ممنوعون من مخالطة الأصحاء، فمنعهم من حضانتهم أولى^٤.

=الأخر، فبعضها يشفى منه المريض تماما، وبعضها لم يكتشف له علاج إلى الآن، وأخطر هذه الأنواع: (B) و(C).

والتهاب الكبد الوبائي (C) قاتل، ويوصف بالوباء الصامت، ولا يشخص في الغالب إلا في مراحله المتقدمة ويعد هذا الفيروس أكثر عدوى وانتشار من مرض نقص المناعة المكتسبة.

ويقدر عدد المصابين به في العالم أكثر من سبعة عشر مليون شخص، ولم يتم التعرف على هذا الفيروس إلا عام ١٩٨٩ م، وبعد الإصابة قد يستمر صامتا لمدة قد تصل إلى ٣٠ عام قبل أن يكتشف، وتبدأ الكبد في الضعف وظهور الندوب والخلايا السرطانية، وهذا مكنم خطورته ولا يوجد إلى حد الآن - علاج أو تطعيم للتهاب الكبد الوبائي (C) بخلاف (B) و (A) فقد أنتج اللقاح لهما عام ١٩٩٥.

- ١ - الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، ٥٢٨/٢.
- ٢ - مغني المحتاج، ٤٥٦/٣.
- ٣ - اليهودي، كشف القناع، ٤٩٩/٥.
- ٤ - اليهودي، المرجع نفسه، ٤٩٩/٥.

أما المشرع الجزائري فلم يتناول بنص صريح هذا الشرط وأشار إليه ضمنياً في نص المادة ٦٢ من قانون الأسرة بنصها : ".... وحفظه صحة وخلقا"، وفي رأينا كان ينبغي على المشرع أن يتدخل بنص صريح ويسقط حضانة المريضة بمرض معد أو على الأقل كان بإمكانه حصر بعض الأمراض التي تسقط الحضانة عن المصاب بها، كمرض الايدز مثلا فلو انتقل هذا المرض للمحضون لا يمكن بأي حال تدارك مضاره، وبالتالي تنتفي في هذه الحالة مصلحة المحضون التي ابتغاها المشرع في كثير من أحكامه، ومن جهة أخرى أن مثل هذا التدخل من شأنه أن يمنع تناقض الأحكام القضائية بهذا الصدد، لذا ناشد المشرع وضع نص خاص يتناول شروط الحضانة ويصرح من خلاله باشتراط سلامة الحاضن من الأمراض المعدية الخطيرة.

المبحث الثالث

مراعاة مصلحة المحضون من خلال ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتأقيتها بمدة معينة

المطلب الأول

مراعاة مصلحة المحضون من خلال ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

اتفق جميع الفقهاء على أن الأم أولى بحضانة ولدها الصغير من غيرها لقوله - ﷺ - للمرأة التي جاءتته تشتكي زوجها فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء^١ وثديي له سقاء^٢ وحجري له حواء^٣ وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها - ﷺ - : "أنت أحق به ما لم تنكحي"^٤، وقضى أبو بكر الصديق، رضي الله عنه، بعاصم بن

- ١ - العواء هو الظرف الذي يجمع فيه المتاع.
- ٢ - والسقاء القرية التي يستقى منها، شبهت ثديها بها ولها بكسر أولها.
- ٣ - الحواء : اسم لكل شيء يضم غيره ويجمعه ويحويه.
- ٤ - الحديث رواه أبو داود في الطلاق، باب من الأحق بالولد (٢٢٧٦) ٧٠٧/٢، وأحمد في المسند، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رقم (٦٤٢٠) وأخرجه الحاكم في المستدرک (٢٨٣٠)، ٢٢٥/٢، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، والبيهقي في الكبرى ٤/٨، وانظر طرق الحديث في تلخيص الحبير لابن حجر ١١/٤، ونصب الراية للزليعي ٢٦٥/٣.

عمر بن الخطاب لأمه أم عاصم وقال لعمر: ربحها، وشمها، ولطفها، خير له منك^١، واشتهر ذلك في الصحابة فكان إجماعاً، وذلك لأن الأم أقدر من غيرها على التربية والرعاية والقيام بشؤون ولدها وأعلم بما يصلح الطفل ويلبي رغباته وأكثر صبراً على تحمل مشاقه^٢، وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الحواضن من غير الأم فحصل الخلاف بينهم في ذلك على التفصيل التالي:

فقال الحنفية: الأحق بالحضانة بعد الأم أم الأم، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخوات وتقدم الأخت لأبوين، ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب، ثم الخالات ثم العمات، فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصياً - أي من يرثه أولاً - فيقدم الأب على الجد، ويقدم الجد على الأخ، ويقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، ويقدم الأخ لأب على العم وهكذا.

وقال المالكية: حق الحضانة بعد الأم لأمها - أم الأم - ثم الخالة الشقيقة - ثم خالة الأم - ثم عمتها، - ثم جدة الولد من أبيه (أم الأب) ثم أخت الولد فعمته فعمة أبيه فخالة أبيه فبنت الأخ أو بنت الأخت - ثم الأخ ثم ابن الأخ فالعم فابن العم؛ ويُقدّم الأصلحُ فالأصلحُ لتربية الطفل ورعايته في الشفقة والصيانة على غيره ممن له حق الحضانة عند اجتماعهم وتنازعهم فيما بينهم أو مع الأب، سواء كان التنازع في الأحق بالحضانة أو في الأولى بتكليفه بواجب الحضانة إذا اتفقوا على عدم قبولها. **أما الشافعية:** فقالوا الأحق بالطفل بعد الأم أمهاتها وإن علو بشرط الإرث، ثم الأب ثم أمه وإن علت بشرط الإرث أيضاً، وإن انعدموا أو

١ - أخرجه ابن أبي شيبة في "المصنف" (٧/١٣٤/١).

٢ - يقول الإمام السرخسي: وجعل - أي الشارع - حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الأم أحسن وأشفق من الأب على الولد فتحمّل في ذلك من المشقة ما لا يتحمّله الأب وفي تقييض ذلك إليها زيادة منفعة للولد... المبسوط ٢٠٧/٥.

لم يصلحوا واجتمع الإناث والذكور قدم الأقرب ثم الأقرب أولاً من الإناث ثم ثانياً من الذكور.

وقال الحنابلة: أن الحضانة بعد الأم لأمهاتها ثم الأب لأنه أصل النسب وأحق بولاية المال ثم أمهاته لأنهن يدلين بعصبة قريبة، ثم الجد لأنه في معنى الأب ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، لقوة قرابتها ومشاركتها في النسب، ثم الأخت لأم لإدلائها بالأم كالجداث، ثم الأخت لأب، ثم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب، ثم العمات لأبوين، ثم لأم ثم لأب، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه.

والملاحظ من خلال ما سبق اجتماع الفقهاء على تقديم النساء من أصحاب الحضانة على الرجال، ولعل هذا فيه مصلحة للصغير لأن الله - سبحانه وتعالى - جعل طبيعة المرأة أكثر شفقة على المحضون من الرجال في العادة، لذلك كان من محاسن الشريعة الإسلامية أن تقدم النساء في الحضانة على الرجال حتى يشعر المحضون بأكبر قدر ممكن من الحب والحنان والعطف والرعاية.

كما أن النساء أعرف بأمور التربية وأقدر عليها وأكثر صبراً على تحمل المشاق وأحن وأرفق بأولادهن وأقدر على لزوم البيوت من الرجال لذلك جعل الإسلام حق الحضانة للأم وقدمت فيه على الأب، فقدم الفقهاء قياساً على ذلك النساء على الرجال.

أما المشرع الجزائري، وإن كان قد وافق الشريعة الإسلامية في إعطاء الأولوية للأم في حضانة أبنائها فقد خالفها في تقديمه الأب على باقي أصحاب الحضانة من النساء وقد نص صراحة على ذلك بنص المادة ٦٤ قانون الأسرة بنصها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"، ولعل المشرع التمس مصلحة المحضون من خلال النص السابق فقدرها أن تكون مع الأب بعد الأم أفضل من أن تكون مع غيرها من

النساء، وهذا الموقف من المشرع ليس القصد منه مخالفة الشريعة وإن كان قد أخذ بالقول المرجوح لفقهاء الحنابلة^١، بل حاول المشرع تقصي مصلحة المحضون في ظل التغيرات التي يعيشها المجتمع الجزائري، فقبل صدور قانون الأسرة لسنة ٢٠٠٥ كانت تسند الحضانة للجددة من الأم بعد الأم لكن الواقع المعاش أثبت أنه في أغلب الأحوال أن مصلحة الطفل المحضون تنتفي مع الجددة، لأن العادة جرت في المجتمع الجزائري أن الجددة دائما تعيش في أسرة كبيرة متكونة من أخوال وخالوات وأبناء أخوال وهم غير محارم - أبناء الأخوال - وفي غالب الأحيان تكون كثيرة التنقل بين أبنائها المستقلين عنها، وقد تكون في بعض الأحيان طاعنة في السن وغير قادرة على الحضانة وبذلك تكون غير متفرغة لرعاية المحضون مقارنة بأب المحضون إذا كان حريصا على أبنائه.

المطلب الثاني

مراعاة مصلحة المحضون من خلال تأقيت الحضانة بمدة معينة في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري

لم يرد نص شرعي يحدد مدة حضانة الصغير - ولدا كان أو بنتا - ، واجتهد الفقهاء في ذلك بناءً على ما يُحقق مصلحة المحضون والقصد من الحضانة نفسها وفرقوا في ذلك بين الذكر والأنثى لاختلاف حاجة كل منهما إلى الرعاية والتربية.

بالنسبة للذكر:

اتفق المتقدمون من الفقهاء أن حضانة الغلام تنتهي إذا كان يستطيع أن يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده^٢، أي إلى غاية استغناء الطفل بنفسه وعدم حاجته إلى قيام غيره عليه وإن اختلفوا في السن الذي

١ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ٢٤٤/٨.

٢ - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر، ص ٤١٤.

يتم فيه الاستغناء، فحدده الحنفية^١ بسبع سنين أو تسع سنين وحدده المالكية بالبلوغ، وقال الشافعية^٢ والحنابلة في المعتمد عندهم^٣ بتخير الولد إذا بلغ سن التمييز بين أبيه وأمه سواء كان ذكراً أو أنثى، لما جاء في حديث أبي هريرة وغيره أن امرأة^٤ جاءت النبي ﷺ فقالت له: إن زوجي يريد أن يذهب بابني، فقال له النبي ﷺ: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ أيهما شئت" وفي رواية أخرى: أن امرأة قالت يا رسول الله فذاك أبي إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني، فقال النبي ﷺ: (استهما عليه)، فقال زوجها من يخاصمني في ولدي!، فقال النبي ﷺ: "يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به"^٥.

بالنسبة للأنثى:

حدد الحنفية^٥ سقوط حضانة البنت ببلوغها بين المحيض، أي أن سن انتهاء الحضانة في البنات يتأخر عن سنها في البنين عندهم لأنه لا ضرر على البنت ببقائها عند أمها إلى هذا السن فلا تزول حضانتها إلا بالبلوغ لأنها تستحقها عليها بالولادة، وأما بعد البلوغ فقالوا إنها تحتاج إلى التحصين وهو أليق بالأب.

أما المالكية^٦ فقالوا إن حضانة الأنثى تستمر إلى غاية الدخول بها من قبل زوجها، ومعنى هذا أنها قد تبقى مع أمها الحاضنة بعد بلوغها فترة

١ - الجصاص، أحكام القرآن ١/٤٠٥.

٢ - الشريفي، نفسه ٢/٤٩٠.

٣ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ٢٤١/٨، ابن مفلح: القمع، ٦٢٠/٥، البهوتي: كشاف القناع، المرجع السابق، ٥٠١/٥، ابن يوسف: غاية المنتهى، ج ٣ ص ٢٥١، ٢٥٢.

٤ - رواه أبو داود في الطلاق، باب من الأحق بالولد (٢٢٧٧)، ٧٠٨/٢، النسائي في كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخير الولد ١٨٥/٦.

٥ - الجصاص، أحكام القرآن ١/٤٩١.

٦ - الخطاب، مواهب الجليل ٤/٢١٤.

طويلة ولا يحق لأبيها أو لغيره المطالبة برفعها عنها، فجعلوا حضانة البنت كالنفقة عليها بل قال بعضهم إذا تنازع أبو المحضونة وأمها فيمن تُزَفُّ عنده فإن الحق مع الأم وهي التي تُزَفُّ عندها.

أما الشافعية كما سبقت الإشارة، فقالوا بتخيير الولد إذا بلغ سن التمييز بين أبيه وأمه سواء كان ذكرا أو أنثى، أما الحنابلة فقالوا لا تخير و تنتقل بعد سن بلوغها سن التمييز إلى والدها وتستمر حضانتها عنده حتى زواجها^١.

ومما سبق من أقوال الفقهاء يظهر رأي الحنفية أكثر مراعاة للمصلحة، لأن مناط الحضانة حاجة المحضون إلى خدمة ورعاية وهذه في الصغر تكون أليق بالأم لما رأينا، فإذا ميز الولد احتاج إلى ما يؤهله ويعدّه لخوض غمار الحياة بالتعليم والتدريب وتعاطي التجارة وتعلم الصنائع والحرف.. وغيرها وهذه أليق بالأب منها بالأم.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، فقد نص في المادة ٦٥ على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه ١٠ سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضى أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ١٦ سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، واشتراط المشرع عدم زواج الأم ثانية في التمديد يفهم منه انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه ١٠ سنوات بالنسبة للحاضنة المتزوجة، وعودته - المحضون - لأبيه لأنه الأحق به والأقدر على تربيته في هذه السن، أما بالنسبة للأنثى فقد حدد المشرع سن انتهاء حضانتها ببلوغها سن الزواج، وبلوغ البنت في قانون الأسرة محدد بتمامها تسع عشرة سنة، وفي رأينا المتواضع أنه كان على المشرع الجزائري تحديد سن انتهاء حضانة البنات

١ - الشريبي، نفسه ٤٩٠/٢، ص ٢٥١، ٢٥٢.

ببلوغهن المحيض في العادة، على أن يقدره بلوغ البنت اثنتي عشرة سنة لتفادي الخلاف، وينص على إمكانية تمديد الحضانة من القاضي إلى سن الزواج إذا كانت الحاضنة غير متزوجة ولا تعيش مع غير المحارم من الرجال، ويمنع تمديدتها في حالة زواج الأم، لأنه في نظرنا يحقق مصلحة أوفر للمحضونة لأنه إذا كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي أو تعيش مع أجنبي عن المحضونة المراهقة فيه خطر على سمعتها حتى ولو كان هذا الأجنبي أميناً مخلصاً، فكان من الأولى أن تعيش مع أبيها بعد سن المحيض لأنه الأصلح والأقدر على رعايتها ومراعاة شؤونها في هذه المرحلة من حياتها.

المبحث الرابع

مراعاة مصلحة المحضون من خلال أسباب سقوطها

من المتفق عليه بين فقهاء الشريعة أنه تسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها، وملخص ذلك فيما يأتي:

- زواج الحاضنة بغير قريب محرم.
- الفسق أو قلة الدين والصون، بأن كان غير مأمون على الولد لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق عليه.
- اختلاف الدين، وذلك عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية، واشترطه الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر^١.

وقد فصلنا في هذه الأسباب عند تناولنا شروط الحضانة، إلا أن هناك من المسائل الأخرى التي تطرح نفسها بالحاح في واقعنا المعاصر ويراهها الكثير من الفقهاء من مسقطات الحضانة لتأثيرها المباشر على مصلحة المحضون، فأثرت الخوض فيها لعلني أصّل فيها إلى نتيجة تحقق أكثر مصلحة للمحضون، ومن هذه المسائل، مسألة عمل المرأة الحاضنة،

١ - الشرييني، مغني المحتاج، ٣/٥٩٥. البيهوتي، الروض المربع، ٦٢٩.

٢ - الكاساني، بدائع الصانع، ٤/٤٢.

وسفر الحاضنة خارج موطن أب المحضون وعائلته خاصة في الزيجات المختلطة- الزواج بالأجنبيات سواء مسلمات أو غير مسلمات- ، والتي سنتناولها بالدراسة كآلاتي :

المطلب الأول

عمل المرأة كسبب من أسباب سقوط الحضانة

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بمصلحة المحضون، فاشتروا في الحضانة أن تكون خلية متفرغة للقيام برعاية وتربية الصغير، حيث قال الحنفية^١ والحنابلة^٢ في ذلك أنه يجب على الحضانة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب بحيث يلحقُ تقصيرها الضرر به في جسمه وسلوكه أو تسببت في إضاعة مصالحه، فإن هذا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة، لهذا اتفقوا - فقهاء الشريعة - على أن عمل المرأة الذي يؤدي إلى إضاعة المحضون يسقط حق الحضانة في الحضانة، إلا أنهم اختلفوا في صور العمل التي لا تؤدي إلى سقوط الحضانة كآلاتي :

- فقال الحنفية أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة، بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة فإنها تفقد حقها في الحضانة كما لو كانت قابلة، أو غاسلة^٣، وذهب إلى هذا القول الشيخ محمد أبو زهرة عندما قال "أن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة"^٤، إلا أنه ذهب إلى أن تقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي^٥.

- ١ - الفتاوى الهندية، ج ١ ص ٥٤٢، ابن عابدين: حاشية رد المختار، ٥٥٧/٣، قاضي خان، الفتاوى الخانية، ٤٢٣/١.
- ٢ - البهوتي: الروض المربع، ص ٤١١، ٤١٠، الرحياني: مطالب أولي النهى، ٦٧٢/٦.
- ٣ - ابن عابدين، رد المختار، ٦٠٣/٣.
- ٤ - الشيخ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص ٤٧٥، ٤٧٦.

- وذهب كل من الأستاذ محمد شلبي ، والأستاذ احمد الغندور والأستاذ بدران أبو العينين^١، أن الحاضنة العاملة إذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين - العمل وحضانة الصغير- بإنابة غيرها عنها في الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائماً، وقال به كذلك الدكتور عبد الرحمن الصابوني إلا أنه دعا إلى منح القاضي صلاحيات واسعة في تقدير قدرة الحاضنة على حضانتها للصغير ومدى تأثير العمل عليها^٢.

- ويرى الدكتور محمد عقلة بسقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير مطلقاً، وذلك لأنه يرى بأن الواقع العملي يثبت الأثر السلبي - لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر وضياع الناشئة^٣.

والذي نراه في هذه المسألة أنه إذا كان خروج الحاضنة للعمل لا يأخذ منها الوقت الكثير في اليوم بحيث تكون قادرة على التوفيق بين العمل و حضانة الصغير وصونه من الضياع ، وكان لديها من يعينها في الحضانة من المحارم أثناء غيابها لا تنزع منها الحضانة ، لأن ذلك لا يتنافى مع مصلحة المحضون بل قد يكون فيه نفعه المادي ، أما إذا كان عملها يأخذ منها الوقت الكثير ومرهقا لها كأن تكون تمارس المحاماة أو القضاء أو تنتمي إلى الجيش الوطني أو عمل الشرطة أو الأعمال الإدارية التي يلتزم فيها الموظف بالعمل لما يفوق ثمان ساعات في اليوم على مدار الأسبوع ، أرى أن تنزع منها الحضانة ، لأن الشريعة الإسلامية قدمت النساء على الرجال لقدرتهن على لزوم البيوت وتفريغهن لتربية الصغار ومادام أن هذا الأمر تخلف في بعض الحواضن العاملات فيجب نزع الصغير منهن لانتفاء المصلحة ، ويجب أن يترك في هذا للقاضي سلطة تقديرية واسعة للوقوف على كل حالة على حدة ليتحرى مصلحة الصغير فيقررها في أحكامه.

١ - شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص ٧٤٤، أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ٥٥١/١، الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص ٥٤٣.

٢ - الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ٢٣٢/٢ وما بعدها.

٣ - عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ٣٧٠/٣.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة على عدم اعتبار عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من قانون الأسرة بنصها أنه: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في كثير من أحكامه، ولكن هذا لا يعني منع القاضي من بسط رقابته على دعاوى السقوط التي تبنى فيها أسباب السقوط على عمل الحضانة، فقد ترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير مصلحة المحضون، فقد يسقط القاضي حضانة المرأة العاملة عن محضونها إذا رأى أن مصلحته تنتفي مع هذه الحضانة، ولا يمكن أن ينعت حكم القاضي بالمخالف للنص الصريح، لأن المناط في إسناد حضانة الصغير أو إسقاطها في القانون الجزائري هو معيار مصلحة المحضون، والقاضي هو الوحيد والأقدر على تقرير هذه المصلحة.

المطلب الثاني

سفر المرأة بالمحضون خارج موطن عائلته على سبيل الدوام كسبب

من أسباب سقوط الحضانة

في مسألة انتقال الحضانة بالمحضون اختلاف بين الفقهاء، وبيان ذلك كما يلي:

يفرق جمهور الفقهاء - المالكية^١ والشافعية^٢ والحنابلة^٣ - بين سفر الحضانة للنقلة والانتقطاع والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة

- ١ - مالك: المدونة، ٢/٢٥٩، ابن عبد البر: الكافي، ص ٢٩٧، الدسوقي: حاشية الدسوقي ٢/٥٣٢ - ٥٣١، الدردير: الشرح الصغير، ج ٢ ص ٧٦٢.
- ٢ - البغوي: التهذيب، ٦/٤٠٠، النووي، روضة الطالبين، ٩/١٠٦، الشرييني، مغني المحتاج، ٣/٤٥٩ - ٤٥٨، المني، نهاية المحتاج، ٧/٢٣٤.
- ٣ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ٨/٢٤٢، ابن مفلح، المبدع، ٧/١٨٧ - ١٨٦، البهوتي، كشاف القناع، ٥/٥٠٠، ابن يوسف: غاية المنتهي: ٣/٢٥٠.

كالتجارة والزيارة، فإن كان سفر الحاضن لحاجة كتجارة وزيارة كالحج والنزهة مثلاً فلا تسقط حضانته عن المحضون، لكن يبقى طوال مدة السفر مع المقيم منهما حتى يعود المسافر، وسواء أكان السفر طويلاً أم قصيراً، وزاد الشافعية إن كان المقيم الأم وكان في مقامه معها مفسدة أو ضياع مصلحة، كعدم تعليم الصبي القرآن، أو حرفة حيث لا يقوم مقام الأب غيره في ذلك، فالتوجه كما قال الزركشي تمكين الأب من السفر به، لا سيما إن اختاره الولد.

أما إذا كان سفر الحاضنة للنقلة والانتقال سقطت حضانة الأم، وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشروط:

- ❖ أن يكون السفر بعيداً وقد حدده المالكية والحنابلة بمسافة القصر فأكثر.
- ❖ أن يكون البلد المنتقل إليه والطريق مأموناً.
- ❖ ألا تسافر الحاضنة مع الولي.
- ❖ ألا يكون في البلد ولي آخر يضم المحضون.
- ❖ أن لا يقصد بسفره إلحاق الضرر بالحاضنة.

يرى الحنفية أن الأم لا يمكنها الانتقال بالمحضون إلى بلد بعيد بحيث لا يستطيع الأب أن يراه بأن يذهب ويعود إلى ذلك البلد في يوم واحد، إلا إذا كان انتقالها إلى البلد الذي تزوجت فيه لأن ذلك يعني التزام الزوج بالمقام فيه عرفاً وشرعاً.

أما إذا كان الانتقال إلى بلد قريب بحيث يتمكن والده من رؤيته في نفس النهار والعودة فهنا لا تمنع من الانتقال لأنه لا يلحق بالوالد ضرر. كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط

١ - الدسوقي ٢ / ٥٣١ - ٥٣٢، ومغني المحتاج ٣ / ٤٥٨ - ٤٥٩ وكشاف القناع ٥ / ٥٠٠، ابن قدامة، المغني ٨ / ٢٤٢، الإنصاف ٩ / ٤٢٧.

حقها في الحضانة بانتقاله ، وسواء أكان المكان الذي ينتقل إليه قريبا أم بعيدا^١

أما المشرع الجزائري ورغم أنه تعرض لهذه المسألة - مسألة السفر بالمحضون - في نص المادة ٦٩ إلا أنه لم يقض صراحة بسقوط الحضانة أو عدم سقوطها بهذا السبب ، وفضل إعطاء قاضي شؤون الأسرة كامل السلطة التقديرية^٢ ، وإن كان المشرع قد أحسن في ذلك لأن القاضي هو الأقدر على تحري المصلحة في السفر أو عدمه ، إلا أننا نرى في هذه المسألة وجوب تدخل المشرع بنص صريح يمنع من خلاله السفر بالمحضون إذا كان انتقال الحاضن للبلد الأجنبي على سبيل الدوام ، لأنه يكون فيه قطع للرحم ومضرة للأب غير الحاضن.

خاتمة

لما كان التشريع الذي أرساه الإسلام للأسرة مستمدا من الوحي المعصوم وقواعد الشريعة المستنبطة منه كان من الطبيعي أن يكون فيه صلاح المحضون ومصلحته ويكون فيه التميز عن سائر التشريعات الوضعية التي اجتهد البشر في سننها وتهذيبها من وقت إلى آخر وقانون الأسرة الجزائري لا يختلف في هذا عن باقي التشريعات فرغم أنه حوا قواعد كثيرة مطابقة للشريعة الإسلامية في موضوع الحضانة إلا أنه خالفها في بعض الأحكام ، ومن المفيد بمكان أن نلفت النظر في ختام هذا البحث إلى أهم النتائج والاقتراحات المقدمة في هذا الموضوع كالآتي :

- من خلال دراسة الجزئية الأولى المتعلقة بشروط الحضانة ، لاحظنا أن المشرع اشترط جملة من الشروط الموضوعية في مستحق

١ - البدائع ٤ / ٤٤ ، ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ٣ / ٥٧٠ .

٢ - نص المادة ٦٩ من قانون الأسرة : "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجح الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون".

الحضانة لخصها في عبارة أن يكون الحاضن أهلا للحضانة وذلك بأن يكون مكلفا أمينا قادرا علي القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية، كما اشترط في الأنثى الحضانة أن تكون خالية من الزوج ما لم يرى القاضي خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له، لكن ما يعاب على المشرع في هذه الجزئية، أنه لم يشترط صراحة بعض الشروط مثل شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، وشرط سلامة الحاضن من الأمراض المعدية، وشرط عدم السفر بالمحضون خارج التراب الجزائري على سبيل الدوام، كلها شروط تصب في مصلحة المحضون وترك الأمر للقضاء حيث تضاربت وتناقضت أحكامه في ذلك، فنجد مثلا في شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لم يميز القضاء الجزائري بين الحضانة المسلمة وغير المسلمة، وهذا فيه ضرر كبير على المحضون، فنحن لنا يقين كامل غير منقوص في أن مصلحة الصغير الكبرى تتحقق في اعتناقه ونشأته على الدين الإسلامي، وعليه يجب أن يتدخل المشرع بنص صريح يشترط فيه اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، وينص صراحة على باقي الشروط الضرورية.

- ومن خلال دراسة الجزئية الثانية المتعلقة بترتيب الحواضن وتأقيت الحضانة بمدة معينة، لاحظنا أن المشرع قد راعى في ذلك مصلحة المحضون وهذا الجهد من المشرع يجب أن يقابل بالثناء الحسن، إلا أنه في جزئية انتهاء الحضانة بالنسبة للأنثى، فقد حددها ببلوغها سن الزواج، وبلوغ البنت في قانون الأسرة محدد بتمامها تسع عشرة سنة، وفي رأينا المتواضع أنه كان على المشرع الجزائري تحديد سن انتهاء حضانة البنات ببلوغهن المحيض في العادة، على أن يقدره ببلوغ البنت اثنتا عشرة سنة لتفادي الخلاف، وينص على إمكانية تمديد الحضانة من القاضي إلى سن الزواج إذا كانت الحضانة غير متزوجة ولا تعيش مع غير المحارم من الرجال، ويمنع تمديدتها في حالة زواج الأم، لأنه في نظرنا يحقق مصلحة

أوفر للمحضونة لأنه إذا كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي أو تعيش مع أجنبي عن المحضونة المراهقة فيه خطر على سمعتها حتى ولو كان هذا الأجنبي أميناً مخلصاً، فكان من الأولى أن تعيش مع أبيها بعد سن المحيض لأنه الأصلح والأقدر على رعايتها ومراعاة شؤونها في هذه المرحلة من حياتها.

- ومن خلال الجزئية المتعلقة بأسباب سقوط الحضانة ومدى مراعاتها لمصلحة المحضون، لاحظنا أن المشرع صرح بعدم سقوط حضانة العاملة، وصرح بسقوط حضانة المتزوجة بقريب غير محرم، وسكت عن سقوطها في حالة السفر بالمحضون، وترك لقاضي شؤون الأسرة كامل السلطة التقديرية في تقدير مصلحة المحضون، وإن كان المشرع قد أحسن في ذلك لأن القاضي هو الأقدر على تحري المصلحة في حالة الزواج أو العمل أو السفر، إلا أننا نرى بالنسبة لمسألة السفر بالمحضون وجوب تدخل المشرع بنص صريح يمنع من خلاله السفر بالمحضون إذا كان انتقال الحاضن للبلد الأجنبي على سبيل الدوام، لأنه يكون فيه قطع للرحم ومضرة للأب غير الحاضن.

مراجع البحث:

- قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤ / ١١ المؤرخ في رمضان ١٤٠٤ هـ الموافق ل ٩ يونيو سنة ١٩٨٤ و المعدل بالأمر ٠٢/٠٥ الصادر بتاريخ ٢٨ فبراير لسنة ٢٠٠٥.
- قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم ٠٨ - ٠٩ المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٤٢٩ الموافق ٢٥ فبراير سنة ٢٠٠٨.
- ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١٩٩٥، ١.
- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- ابن عابدين، تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت ط ١، ١٤١٥ هـ.

- ابن عطية، تفسير ابن عطية، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - ١٤٢٢ هـ.
- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨ طبعة سنة هـ - ١٩٦٨ م.
- ابن مفلح: الفرع،
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - ١٤١٤ هـ.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية بدون تاريخ.
- أبو العينين، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بيروت، دار النهضة العربية، د.ط، د.ت.
- أبو حامد الغزالي، المستقصى من علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٢٤ هـ.
- أبو زهرة، محمد: الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي ومطبعة السعادة، ط(٣)، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م.
- ابي عبد الله محمد بن ابي القاسم، التاج والإكليل - طبع دار الفكر - بيروت - ت الطبع ١٣٩٨ هـ - ج (٤)، ص ٢١٦.
- البابر تي، العناية شرح الهداية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بدون طبعة، سنة ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- البهوتي، كشف القناع، دار الكتب العلمية.
- البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستتفع في اختصار المنع، تحقيق: سعيد اللحام، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، د.ط، د.ت.
- البيهقي، السنن الكبرى، بيروت، دار المعرفة، د.ط، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م.
- الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م.
- الجمل، حاشية الجمل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الخطاب، مواهب الجليل دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٣ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.

- الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الدمياطي، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ١١٦/٤.
- الرازي، مختار الصحاح، تحقيق، يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م.
- الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م، ٧٥/١.
- الرحيباني: مطالب أولي النهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، المكتبة الإسلامية، د.ط.، د.ت.
- الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، مجموعة من المحققين دار الهداية.
- الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق - فخر الدين عثمان بن علي - مطابع الفاروق الحديثة للطباعة والنشر - الطبعة الثانية.
- الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، علق عليه: أيمن شعبان، القاهرة، دار الحديث، ط(١)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- السرخسي، المبسوط، بيروت، دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
- الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر، ص ٤١٤.
- الصابوني، عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، حلب، منشورات جامعة حلب، د.ط.، د.ت.
- الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠ هـ
- الفيروزآبادي، القاموس المحيط ١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، ص ٢٢٩،

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م، ٢٤٦/١.
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ط(٢)، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م.
- المجلة القضائية ٢٠٠١، عدد خاص، اصدارت قسم الوثائق بوزارة العدل، الجزائر.
- المجلة القضائية لسنة ١٩٩١ - العدد ٠٤، اصدارت قسم الوثائق بوزارة العدل، الجزائر.
- المدونة الكبرى ٣٥٦/٥.
- الملى، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤ م
- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي، ط(٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩١ م.
- بن حزم، المحلى، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ١٤٣/١٠.
- بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- بن قدامة، المعني، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، طبعة سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م، ٢٤٨/٢.
- بن قدامة، روضة الناظر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢ م.
- عقلة، محمد: نظام الأبرة في الإسلام، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، ط(٢)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠ م.
- غندور، أحمد: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الكويت، مطبعة جامعة الكويت، د.ط، د.ت.
- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط ٦ مؤسسة الرسالة والدار المتحدة، بيروت ٢٠٠٠.
- مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الاسلامي، دار الفكر العربي، ١٩٥٤ ص ٢١١.

رسالة بديعة مهمة متعلقة ببيان نقض القسمة
مع الإشارة إلى التسوية بين عبارتي السبكي والخصاف على وجه
التحرير والانصاف
وبيان الرد على صاحب الأشباه والتنبيه على ما وقع له في ذلك
من الخطأ والاشتباه
للعلامة نور الدين علي المقدسي الحنفي
دراسة وتحقيق
د. إقبال عبد العزيز عبد الله المطوع
أستاذة الفقه - قسم الدراسات الإسلامية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب - الكويت

المقدمة:

أحمد الله حمداً كثيراً يليق بجماله وكماله، وأصلي وأسلم على
خير البرية، وسيد الأنام والبشرية، محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه
الكرام أما بعد:

لقد عاهدت نفسي أن أسعى جاهدة لجمع المخطوطات التي تتعلق
بالمسائل الوقفية رغبة مني لنشر تلك المخطوطات التي خطها مؤلفوها
وبذلوا الجهد الكبير في إخراجها، غير أنه لم يُقدَّر لها أن يهين لها أن تنشر
في مؤلفات تخدم الباحثين، لهذا أحبيت أن أسهم في إعادة كتابتها
وتحقيقها، خدمة مني لطلبة العلم والمهتمين في تلك القضايا المهمة في
المجتمع، لاسيما مع كثرة الأوقاف في هذا الزمان مع تعدد الواقفين
 واحتياجهم إلى معرفة الأمور التي تخص وقفهم.

كما أن في تحقيق المخطوط سعادة لا تضاهيها سعادة، فعندما
أعكف على إخراجها للنور فأنا أحيي بذلك علم كتبه صاحب المخطوط
ولم تكن له فرصة في نشره، وكما جاء في الحديث الشريف قوله صلى الله

عليه وسلم: "الدال على الخير كفاعله" ^(١) فأسأل الله أن يكون عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم.

وقد وقع اختياري على هذه الرسالة وهي في بيان نقض القسمة لكونها كما ذكر الشيخ صفر الشعراني تعتبر نظرية فلسفية لبعض المتأخرين من علماء الحنفية، ولم يتطرق لها الواقفون قديماً لا تصريحاً ولا تلميحاً، والمقصود منها هو: إلغاء التوزيع المعمول به في قسمة الوقف بين المستحقين والعدول عنه إلى قسمة جديدة تختلف عن سابقتها اختلافاً واضحاً في الأنصبة زيادة أو نقصاً.

وقد جرت المحاكم الشرعية على تطبيق هذه القاعدة كلما انقرضت الطبقة العليا في الوقف، فتنقض القسمة القائمة وتبدلها بأخرى، يحدد الأنصبة فيه رؤوس الطبقة التالية للطبقة المنقرضة سواء في ذلك الأوقاف المرتب فيها بين الطبقات بثم أو بالواو، حتى لو نص الواقف على انتقال نصيب من مات عن ولد إلى ولده، وعلى قيام فرع من مات أصله قبل الاستحقاق مقامه.

ومثالها: لو وقف من بعده على أولاده، ثم على أولادهم، ثم على أولادهم وذريتهم، طبقة بعد طبقة ونسلاً بعد نسل، الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها، بحيث يجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، على أن من مات منهم وترك ولداً أو أكثر انتقل نصيبه إلى ولده أو ولد ولده، وأن من مات من الموقوف عليهم قبل دخوله في الوقف واستحقاقه لشيء من منافعه وله ولد قام ولده مقامه في الدرجة

١ - أنترمذي في أبواب العلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء الدال على الخير كفاعله، (٤١/٥) ح (٢٦٧٠)، وصححه محمد ناصر الدين الألباني، في صحيح الترغيب والترهيب، الرياض، مكتبة المعارف، ط ٥، (٢٧/١) ح (١١٦).

والاستحقاق....^(١)

ولهذا اعتبرت هذه الرسالة من الرسائل المهمة والتي لم أجد في عصرنا الحديث من أفرد لها باباً أو توسع في البحث فيها، إلا ما ذكره صفر الشعراني في رسالته المطبوعة سنة ١٩٣٦م، ولهذا أحببت أن أنشر مثل هذه الرسائل القديمة الحديثة في نفس الوقت، خاصة أن قضايا الأوقاف من النوازل المهمة في المجتمع المسلم وغير المسلم، والتي نحن بحاجة إلى تأصيلها وتدوينها لتعم الفائدة المرجوة منها. أما عن منهجي في التحقيق:

لم تكن هذه المخطوطة التي بين أيديكم أول عمل لي، فقد قمت بتحقيق عدة مخطوطات منها القديم، ومنها ما كانت كتابته قبل سبعين عاماً كمخطوط للشيخ بدر متولي عبدالباسط والذي كان بعنوان "رسالة في الوقف"، والعمل بالمخطوط مع أنه شاق لمن يريد أن يخرج بالصورة العلمية، إلا أنه ممتع، ولهذا دائماً أحرص على التحقيق والدراسة حتى أضع بين يدي القارئ تراث الأجداد الذين ارتويتنا من علمهم رحمهم الله جميعاً رحمة واسعة على ما قدموه لنا من علم غزير. أما عن المنهج الذي اتبعته في دراسة وتحقيق النص فهو كالتالي:

- ١- قمت بتصفح النسخ الموجودة لهذا المخطوط وجعلت النسخة التي حصلت عليها من جمهورية مصر العربية من المكتبة الأزهرية برقم (١٩١٣) خاص، (٢٦٧٥٢) عام هي الأصل.
- ٢- عقدت مقارنة بينها وبين النسخة الموجودة في المكتبة المركزية للمخطوطات الإسلامية في جمهورية مصر العربية برقم (٣٥٤) خاص، (٥١٥) عام.

١ - صفر عبدالوهاب الشعراني، رسالة في مسألة تقضى القسمة في الأوقاف ومضارها، مصر، مطبعة النصر، ٥١٣٥٥، ١٩٣٦م، ص ٤.

- ٣- زودت المخطوط بترجمة للمؤلف، ولم يكن ثمة مراجع كثيرة في ترجمته إلا أنني حاولت جاهدة لأصل إلى القدر الذي استطعت أن أجمعه.
 - ٤- ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في الكتاب، كما ترجمت للمؤلفين الغير معروفين للإفادة.
 - ٥- علق على المفردات المبهمة.
 - ٦- التزمت نص الكاتب فلم أغير منه شيئاً غير أنني قمت بتصحيح الأخطاء منها، وذكرته في الهامش من الدراسة.
 - ٧- ذكرت السقوط من النسخة المعتمدة في الهامش.
 - ٨- علق على بعض المسائل الفقهية التي دونها الكاتب في متنه.
 - ٩- قمت بتوثيق النقول التي ذكرها المؤلف سواء من المخطوطات، أو من الكتب المطبوعة.
 - ١٠- في حالة عدم حصولي على المرجع أشير إلى ذلك.
 - ١١- شرحت الاصطلاحات المنصوص عليها في المخطوط.
 - ١٢- اجتهدت في مراعاة قواعد الكتابة والترقيم.
 - ١٣- وضعت فهرس للبحث.
- وصف النسخة المعتمدة في التحقيق:

للمخطوط الذي نحن بصدد دراسته وتحقيقه "نسختان وهما:

❖ النسخة الأولى: وتحمل عنوان: "رسالة بديعة مهمة متعلقة ببيان نقض القسمة مع الإشارة إلى التسوية بين عبارتي السبكي والخصاف على وجه التحرير والانصاف وبيان الرد على صاحب الأشباه والتنبيه على ما وقع له في ذلك من الخطأ والاشتباه"، وهذه النسخة قمت بتصويرها من جمهورية مصر العربية، المكتبة الأزهرية برقم (١٩١٣)

خاص، (٢٦٧٥٢) عام، واعتمدت عليها في دراستي، واعتبرتها النسخة الأصلية، ورمزت لها بالرمز (أ).

وصف المخطوط (أ):

- ١- وضوح وجمال الخط.
- ٢- تحديد المهم باللون الأحمر.
- ٣- ذكر فيها الناسخ، حيث ذكر الناسخ أن تلك المخطوط نسخت بخط الفقير إلى الله تعالى حسن الشرنبلالي الحنفي، غفر الله له ولوالديه، وهي نسخة ضمن مجموعة في مجلد بقلم معتاد بخط العلامة أبي الأخلاق حسن بن عمّار بن علي الشرنبلالي الوفاي المؤلف المشهور سنة ١٠١٠هـ، في ١٤ ورقة، ومسطرتها ٢٣ سطراً، ٢٠ سم (من ورقة ١، إلى ورقة ١١) (٢٦٦٢)، جوهرى (٤١٨٥٧). (١) ❖ النسخة الثانية من المخطوط وتحمل عنوان "رسالة مهمة متعلق ببيان نقض القسمة مع الاشارة إلى التسوية بين عبارتي السبكي والخصاف على وجه التحرير والانصاف وبيان الرد على صاحب الأشباه والتنبيه على ما وقع له في ذلك من الخطاء (٢) والاشتباه"، وقد رمزت لهذه النسخة بالرمز - ب - وهي موجودة في وزارة الأوقاف المصرية، المكتبة المركزية للمخطوطات الإسلامية برقم (٥١٥).

وصف المخطوط (ب):

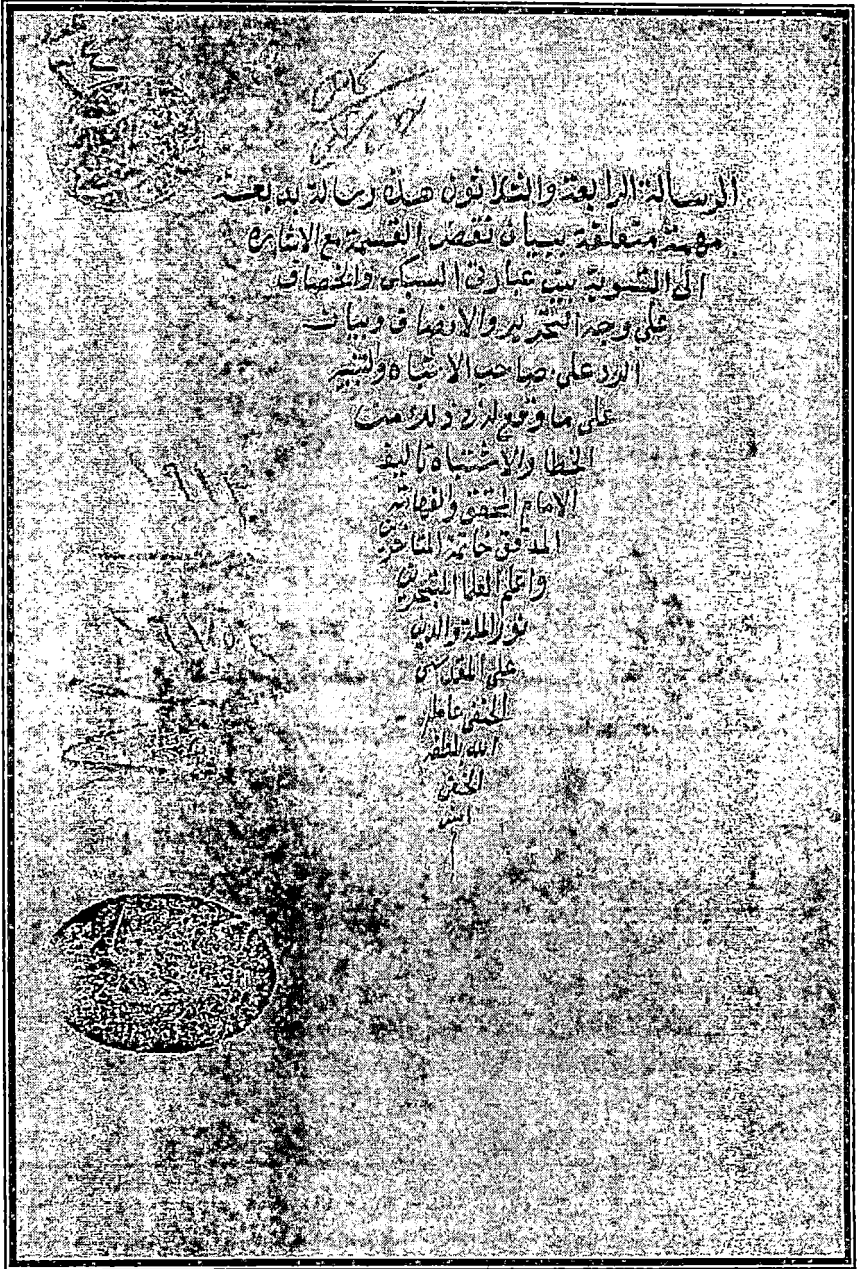
- التجليد قديم، وإضافة جلد، وزخرفة التجليد مضغوطة، وأن الحاجة إلى التجليد ماسة.
- أما الناسخ فهو إسماعيل المجاهدى الشرنوبى الحنفي، وتاريخ النسخ هو سنة ١٢٢٩ هـ.

١ - المكتبة الأزهرية، فهرس الكتب الموجودة بالمكتبة الأزهرية إلى سنة ١٣٦٤هـ، ١٩٤٥ م، مصر، مطبعة الأزهر، ١٩٤٦ م، ١٣٦٥هـ، (١٧٠/٢).

٢ - الخطاء بخط الناسخ والصواب هو الخطأ.

نسخة المكتبة الأزهرية المعتمدة في البحث (أ)

المقدمة



له وليس مراد الأمام الخصافي ولا من تابعه من أهل الوثاق
والخلافا كما بسطناه مرارا لا بد ما ذكره بطنا بعد بطنه وتحت
العلما السفاقي صارت الواو كيم وقد ذكر حكما بخلاف
ما توهمه فطلبك أن تحتشمه قوله ثم أعلم أن يقال وإن
بشرط الانتقال إلى الولد فالولد إلى الأصل يجب فتح نفسه
لا تخرج غيره فكما هذا البصم على ما توهمه مع من
أن الأصل يجب فتح غيره ولو بشرط ذلك كما في ولد ولد
مات في زمن قبل الوفاة فإنه يحتم الولد كونه معلوما
طبيعة ثم إذا استرضيت الطبقة المستحقة والولد المذكور
مع من في طبقتة فالإطلاق المذكور خطأ قوله
ثم أعلم أن العلامة عبد العزيز الشحمة
انتقلت كتابته هذه الرسالة على يد الفقير
إلى الله تعالى حضرت الشريف لال الخصافي
غفر الله له ولوالديه ولست هذه الرسالة
وجميع المسلمين ولعن بطرد

في هذه الرسالة وورعا

مألوئها وكانها بالرحمة

والرصوان وصلی

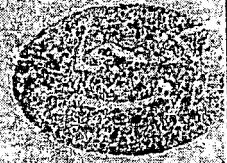
الله على سيدنا

محمد وآله

وصحبه

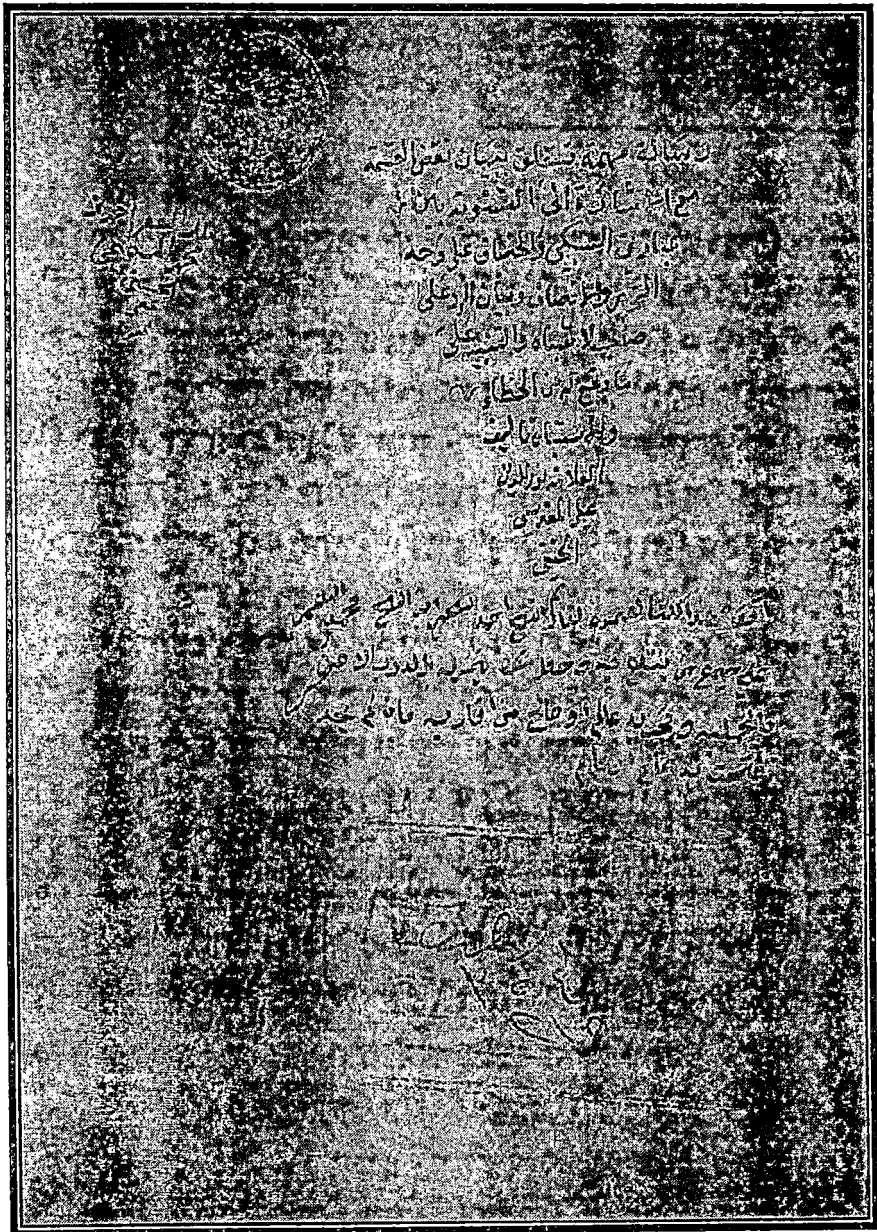
وسلم

أمن

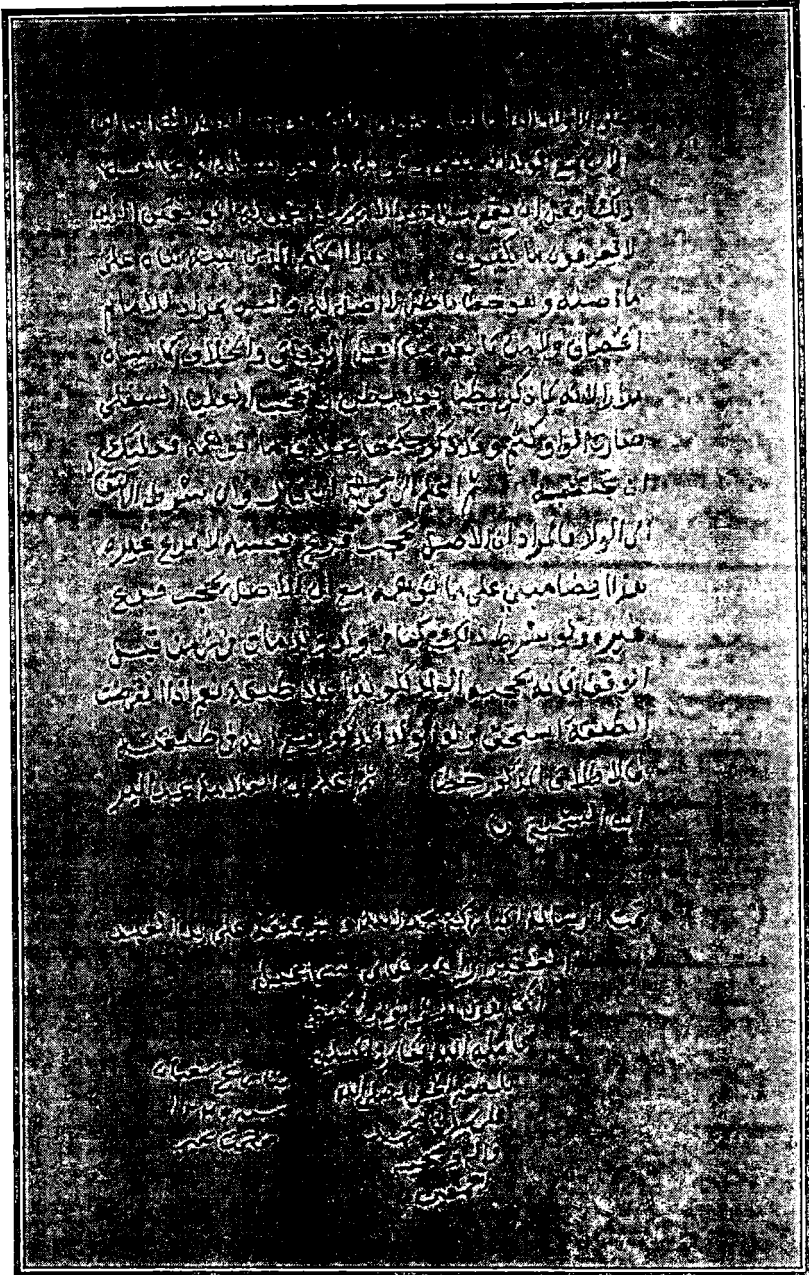


نسخة المكتبة المركزية للمخطوطات الإسلامية وهي نسخة (ب)

المقدمة



نسخة المكتبة المركزية للمخطوطات الإسلامية وهي نسخة (ب)
الخاتمة



ترجمة المصنف:

علي بن محمد بن علي بن خليل بن محمد بن محمد بن إبراهيم بن موسى بن غانم بن علي بن حسن بن إبراهيم بن عبد العزيز بن سعيد بن سعد بن عبادة سيد الخزرج، الخزرجي السعدي العبادي المقدسي الأصل، الحنفي، القاهري المولد والسكن، الملقب نور الدين الحنفي، الشهير بابن غانم المقدسي. مولده في ذي القعدة عام ٩٢٠ هـ.

قال العصامي: هو شمس العلوم والمعارف، بدر المفهوم واللطائف، قررة عين أصحاب أبي حنيفة الراقي من معارج التحقيق حقيقة.

وقال الشيخ عبد الرزاق المناوي: هو شيخ الوقت حالاً وعلماً وتحقيقاً وفهماً وإمام المحققين حقيقة ورسماً.^(١) وقد جاء ذكره في خلاصة الأثر: "... العالم الكبير الحجة القدوة، رأس الحنفية في عصره وإمام أئمة الدهر على الإطلاق، وأحد أفراد العلم المجمع على جلالته، وبراعته، وتفوقه في كل فن من الفنون، وبالجملة والتفصيل فهو أعلم علماء هذا التاريخ وأكثرهم تبحراً وأجمعهم للفنون مع الولاية والورع والزهد، والشهرة الطنانة التي سلم لها أهل عصره وأذعنوا لها مع أن العصرين يجحدون فضل بعضهم بعضاً ولا يذعنون كل الاذعان وقد وقفت على أخباره كثيراً في التواريخ وكتب الآداب المؤلفة فانتقيت ما يحصل المراد من ترجمته، فأقول: أنه نشأ بمصر وحفظ القرآن وتلاه بالسبع على الشيخ الفقيه الورع الزاهد شهاب الدين أحمد بن الفقيه علي بن حسن المقدسي الحنبلي وأخذ عن قاضي القضاة محب الدين أبي الجود محمد بن إبراهيم السديسي الحنفي، قرأ عليه القراءات والفقه، وسمع عليه كثيراً وعن قاضي القضاة شهاب الدين أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، قرأ عليه الصحيحين

١ - الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة، بيروت، (١/٤٩١).

وبعض كل من السنن الأربعة، وسمع عليه بعض معاني الآثار للطحاوي وغير ذلك من كتب الحديث وغيرها، حجج مرتين، ورحل إلى القدس ثلاث مرات، وتوفي سنة ١٠٠٤هـ^(١).
من تصانيفه:

- أوضح رمز في شرح نظم الكنز أى كنز الدقائق في الفروع^(٢).
- ردع الراغب عن الجمع في صلاة الرغائب^(٣).
- بغية المرتاد لتصحيح الضاد، تعليقه على الاشباه والنظائر لابن نجيم في الفروع^(٤).
- النسمة النفحية في شرح الرسالة الفتحية^(٥).
- نور الشمعة في أحكام الجمعة^(٦).
- المقدمة الكيدانية^(٧).
- وثمة مخطوطتان لم أعثر على مكانهما وهما:
- حاشية على القاموس للفيروزآبادي.

- ١- الحموي، محمد أمين بن فضل الله المحبي، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، بيروت، دار صادر، (١٨٠/٣).
- ٢- أوضح رمز على نظم الكنز مخطوط اطلعت عليه في المكتبة الأزهرية، أوله " فهذا أوضح رمز على نظم الكنز للعلامة الشهير بابن الفصيح قصرت فيه تمام التوضيح ومزيد التهذيب والتتحيح والتنبية"، وأما الخاتمة فقد جاء فيها "كذا قال شيخ مشايخنا الزينى قاسم بن قطلوبغا الخنفي تغمده الله برحمته فى شرح فرائض المجمع جمعنا الله عليه ووقفنا لما يقرئنا اليه"، مخطوط رقم (٧٩١) خاص (١٢٨٦٠) عام.
- ٣- مخطوط موجود في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الاسلامية، المملكة العربية السعودية، الرياض، رقم الحفظ (٦/١٤٩٣/ف).
- ٤- مخطوط موجود في مكتبة برنستون، الولايات المتحدة الامريكية، برنستون رقم الحفظ: (٣٢٣١ / ٥٠٠ / ٣١٨).
- ٥- مخطوط موجود في دار الكتب الوطنية، تونس، رقم التسلسل (٢٧٧٢).
- ٦- مخطوط موجود في المكتبة الأزهرية، جمهورية مصر العربية، ورقم الحفظ (٥٢١) خاص (٩٧٠) عام.
- ٧- مخطوط موجود في المكتبة الأزهرية، جمهورية مصر العربية، رقم الحفظ: (٢٣٧١) حلیم ٣٣٢٥٢.

• شرح منظومة ابن وهبان في الفروع.^(١)

وقد وهم البغدادي في هدية العارفين فنسب له كتاب "الفائق في اللفظ الرائق في الحديث" والصواب أنه لمحسن بن عثمان بن غانم التنيسي.^(٢)

الرسالة الرابعة والثلاثون

هذه^(٣) رسالة بديعة^(٤) مهمة متعلقة^(٥) ببيان نقض القسمة^(٦) مع الإشارة إلى التسوية بين عبارتي السبكي والخصاف على وجه التحرير والانصاف وبيان الرد على صاحب الأشباه^(٧) والتنبيه على ما وقع له في ذلك من الخطأ والاشتباه، تأليف الإمام المحقق والفهامة المدقق خاتمة

١ - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (١٩٥/٧)، الباباني البغدادي، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (١٧٣/٣)، عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، فهرس الفهارس والأبيات ومعجم المعاجم والمسلسلات، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢ م، (٢٩٨/٢)، الزركلي، خير الدين، الأعلام، لبنان، دار العلم للملايين، ط ١٥، ٢٠٠٢ م، (١٢/٥)، يوسف بن إليان بن موسى سركيس، معجم المطبوعات العربية والمعرية، مصر، مطبعة سركيس، ١٣٤٦ هـ، ١٩٢٨ م، (١٩٧/١).

٢ - الباباني البغدادي، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (٧٥٠/١).

٣ - نسخة (ب) غير موجودة هذه.

٤ - كلمة بديعة غير موجودة في نسخة (ب).

٥ - نسخة (ب) متعلق بغير تاء مربوطة.

٦ - نقض القسمة معناها: "إلغاء التوزيع المعمول به في قسمة الوقف بين المستحقين والعدول عنه إلى قسمة جديدة تختلف عن سابقتها اختلافا واضحا في الأنصبة زيادة أو نقصا". الشعراني، رسالة في مسألة نقض القسمة في الأوقاف ومضارها، ص ٤.

٧ - مراده صاحب كتاب الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان وهو الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وقد ولد سنة ٩٢٦ هـ، كان إماما، عالما عاملا، مؤلفا مُصنفا، واشتغل، ودأب، وحصل، وجمع، وتفرد، وتفطن، وأفنى، ودرس، أخذ عن العلامة أمين الدين بن عبد العال الحنفي، والشيخ أبو الفيض، وشيخ الإسلام ابن الحلبي، الشيخ العلامة نور الدين الديلمي المالكي، وله من التصانيف: البحر الرائق، بشرح كنز الدقائق، وهو أكبر مؤلفاته، وأكثرها نفعا وشرح المنار في أصول الفقه، والأشباه والنظائر، ولب الأصول، وله رسائل كثيرة، في فنون عديدة، تزيد على أربعين رسالة، توفي سنة ٩٧٠ هـ. النزي، تقي الدين بن عبد القادر التميمي، الطبقات السننية في تراجم الحنفية، الرياض، دار الرفاعي للنشر والطباعة والتوزيع، ط ١، ١٩٨٣ م، ص ٢٨٩.

التأخرين وأعلم العلما المتبحرين نور الملة والدين علي المقدسي عامله الله بلطفه الخفي آمين.^(١)

يسم الله الرَّحْمَنَ الرَّحِيمَ وَبِهِ الْعَنَايَةَ

الحمد لله الموفق للسداد الهادي إلى سبيل الرشاد، المنزه عن الصاحبة والأولاد، المنعم على العباد بالإيجاد والإمداد، المنزل أمورهم بقدره وحكمه على ترتيب جميل (٢) وإفراد، الموضح الطريق لمن يركب جواد التحقيق فنال المنا بالجد والاجتهاد، ومن قصر في ذلك ولم يسلك تلك المسالك مال عن الصواب وحاد، من يهد^(٣) الله فهو المهتدي ومن يضلل فما له من هاد، والصلاة والسلام المتصلان إلى أبد الآباد على سيدنا محمد أحمد الحماد، وأعيد العباد، الذي كان يأمر باتباع الحق وترك الفساد،^(٤) وعلى آله وصحبه وشيعته^(٥) ووارثيه وحزبه الذين هم لشريعة الشريف أوتاد، ولاتصالنا به منهم أشرف إسناد، قال شيخ الإسلام مفتي الأنام نور الدين علي المقدسي^(٦) شارح نظم الكنز^(٧) شيخ مشايخي رحمهم الله^(٨) : وبعد فقد تكرر السؤال في جمع كلام في مسألة الواقف^(٩) على الأولاد؛ مع الترتيب والتقييد المشبه^(١٠) على بعض الأفراد، ووقع

١ - نسخة (ب) زيادة لم أستطع أن أقرأها أبدا.

٢ - نسخة (ب) جمل.

٣ - نسخة (ب) يهدي.

٤ - نسخة (ب) العناد

٥ - شيعة الرجل أتباعه وأنصاره. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح في اللغة والعلوم، بيروت، دار الحضارة العربية، ط ١، ١٩٧٥م ص ١٧١.

٦ - المراد منه مؤلف هذا المخطوط.

٧ - المراد منه كثر الدقائق للإمام عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين أبو البركات حافظ الدين التنفي. وقد شرحه المقدسي في "أوضح رمز في شرح نظم الكنز"، وهو لا يزال مخطوطا في مكتبة الأزهرية في أربعة مجلدات كما بينت في ترجمة المؤلف ص ١١.

٨ - سقطت هذه العبارة من نسخة (ب) "قال شيخ الإسلام مفتي الأنام نور الدين علي المقدسي شارح نظم الكنز شيخ مشايخي رحمهم الله".

٩ - نسخة (ب) الوقف وهي الصحيح.

١٠ - نسخة (ب) المشبه.

من بعض المتأخرين تخطية^(١) جمع من أمر إن الأفاضل الذين هم للعلم خصوصاً الفقه أطواد،^(٢) ونسبهم إلى الغفلة ولعلمهم ينسبونهم إلى الرقاد، وطلب منا تحرير المقام وبيان ما فيه من الوهم والايهام، وما عليه من الاعتماد من غير تطويل في الكلام وازدياد، فنذكر السؤال بعينه لأمر لا تخفى ونسبل^(٣) الله الإسعاف والإسعاد في المبدأ والمعاد، وأن يجعل ذلك خالصاً لوجهه الكريم الذي هو أسنى مراد.

الحمد لله رب العالمين، ما قولكم رضي الله عنكم في شخص وقف وقفاً على نفسه أيام حياته، ثم من بعده على جماعة معينين بكتاب وقفه وما فضل بعد ذلك يصرف بتمامه وكماله لمن يوجد له من أولاد الواقف المشار إليه أعلاه، واحداً كان أو أكثر، ذكراً كان أو أنثى ذكوراً^(٤) كانوا أو إناثاً بالسوية بينهم، يستقل به الواحد إذا انفرد، ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما عند الاجتماع، الذكر والأنثى في ذلك سواء، ثم من بعدهم على أولادهم وأولاد أولادهم وذريتهم ونسلهم وعقبهم طبقة بعد طبقة، ونسلاً بعد نسل، تحجب الطبقة العليا منهم أبداً الطبقة السفلى، على أن من مات وترك ولداً أو ولد ولد أو أسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك إلى ولده أو ولد ولده وإن سفل، فإن لم يكن له ولد ولا ولد ولا أسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك إلى أخوته المشاركين له في الاستحقاق، فإن لم يكن له أخوة ولا أخوات انتقل نصيبه من ذلك إلى من هو في درجته وذوي طبقته من أهل هذا الوقف، فإن لم يكن في درجته غيره فإلى أقرب الطبقات إلى المتوفى المذكور، وعلى أن من مات قبل دخوله في هذا الوقف واستحقاقه لشيء من منافعه وترك ولداً أو ولد ولد

١ - نسخة (ب) تخطية.

٢ - الطود: الجبل العظيم وجمعه أطواد. الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط ٨، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م ص ٢٩٦.

٣ - نسخة (ب) نسأل.

٤ - نسخة (ب) ذكوراً وهو الصحيح.

أو أسفل من ذلك وآل الواقف^(١) إلى حال لو كان المتوفى حياً باقياً لاستحق ذلك أو شيئاً منه قام ولده أو ولد ولده^(٢) مقامه في الاستحقاق واستحق ما كان أصله يستحقه من ذلك لو كان المتوفى حياً باقياً يتداولون ذلك بينهم كذلك إلى حال انقراضهم، فإن انقضوا بأسرهم وأبادهم الموت عن آخرهم، وخلت بقاع الأرض منهم أجمعين، حين ذلك يصرف ما كان يصرف لهم في وجوه البر والقربات بحسب ما يراه الناظر ويؤدي إليه اجتهاده فمات الواقف المذكور وخلف ستة أولاد^(٣) هم شرف الدين، وزين الدين، وأحمد، وزينب، وعائشة، وفاخته، ثم مات شرف الدين عن ولدين علي وحياة النفوس، ثم ماتت زينب عن ابنتها سيدة الأنا، ثم ماتت سيدة الأنا عن غير ولد، والمخلف من أهل هذا الوقف أخوالها زين الدين وأحمد وخالاتها عائشة وفاخته وأولاد خالها علي وحياة النفوس فهل والحالة هذه تنتقل حصة سيدة الأنا إلى أخوالها وخالاتها^(٤) أو إلى أولاد خالها، ثم مات علي عن ولده شرف الدين الموجود ثم ماتت حياة نفوس^(٥) عن غير ولد، والمخلفين^(٦) من أهل هذا الوقف أعمامها وعماتها وولد أخيها شرف الدين، فهل والحالة هذه ينتقل^(٧) حصة حياة النفوس إلى أعمامها وعماتها أو إلى ولد أخيها؟ ثم ماتت عائشة عن غير ولد والمخلف عنها أخوها وأختها، ثم مات زيد الدين^(٨) عن غير ولد والمخلف عنه أخوه وأخته، ثم ماتت فاخنة عن ابنتها نسب، ثم مات أحمد آخر أولاد الواقف الستة المذكورين أعلاه وخلف أولاده الموجودين الآن ثم ماتت نسب عن ابنها صلاح الموجود،

١ - نسخة (ب) الوقف.

٢ - نسخة (ب) زيادة وإن سفّل مقامه.

٣ - ذكر هذه المسألة ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة، دار المعرفة، (١٥٩/١).

٤ - نسخة (ب) سقطت كلمة خالاتها.

٥ - نسخة (ب) النفوس وهو الصحيح.

٦ - نسخة (ب) المخلف.

٧ - نسخة (ب) تنتقل وهي الصحيح.

٨ - نسخة (ب) زين الدين وهو الصحيح.

فهل والحالة هذه لا تنتقض القسمة بموت أحمد المذكور وبمقتضى أنه آخر أولاد الواقف الستة ويقسم ريع الوقف على أولاد أحمد المذكورين؟ وشرف الدين، وصلاح الدين بالنسبة بينهم على عدد رؤسهم من غير تفاوت لأحدهم عن الآخر؟ أو لا تنقض القسمة بالنسبة إلى شرف الدين، وصلاح الدين المذكورين، ويختص كل منهما بالحصة التي تلقاها عن والده كثر أو قلت أفتونا مأجورين وأوضحوا لنا الجواب أثابكم الله الجنة بمنه وكرمه^(١).

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله العلي العظيم، الهادي إلى الصراط المستقيم:

تنقض القسمة بموت أحمد المذكور بمقتضى كونه آخر أولاد الواقف موتاً، ويقسم ريع الوقف على عدد رؤوس هذه الطبقة، فمن كان موجوداً أخذ نصيبه، ومن كان ميتاً وله ولد قام ولده مقامه وأخذ نصيبه عملاً بقول الواقف المذكور؟!.

وقد وقعت هذه الواقعة وأفتى فيها مشايخ مشايخنا، وبعض مشايخنا بنقض القسمة منهم الشيخ المحقق الحافظ الزيني قاسم^{(٢)(٣)}، وذكر أن بعض المحققين من الشافعية كالسبكي^(٤)

١ - نسخة (ب) زيادة أمين.

٢ - قاسم بن قطلوبغا الزين ولقبه الشرف أبو العدل السوداني، ويعرف بقاسم الخنفي، ولد في المحرم سنة اثنتين وثمانمائة بالقاهرة، كان عالماً متفتناً في أنواع العلوم، إماماً علامة، طلق اللسان، قادراً على المناظرة، مغرماً بالانتقاد ولو لمشايعه، من مصنفاته: تاج التراجم في علماء الأحناف، الحاشية على تفسير أبي الليث، وجواهر القرآن، وكانت وفاته في سنة تسع وسبعين وثمانمائة في القاهرة. السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت، دار مكتبة الحياة، (١٨٤/٦)، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، البدر الطالع بحاسن من بعد القرن السابع، بيروت، دار المعرفة، (٤٥/٢).

٣ - وله رسالة في ذلك أسماها العصمة في بيان القسمة وسيأتي الحديث عنها لاحقاً.

٤ - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي، أبو نصر، تاج الدين، ابن تقي الدين: قاضي القضاة، نسبته إلى سبك - بضم أوله وسكون ثانيه، (من أعمال المنوفية بمصر)، ولد في القاهرة سنة سبع وعشرين وسبعمائة، كان طلق اللسان، قوي الحجة، أجاد في الخط والنظم والنثر، وكان جواداً مهيأ، انتهى إليه =

(١) والبليقيني^(٢) تبعاً للإمام الختصاف^(٣) في ذلك، وألف في ذلك رسالة

=قضاء القضاة في الشام، وعزل وأمتحن ثم أفرج عنه، وعاد إلى دمشق، فتوفي بالطاعون سنة ٧٧١هـ، من مصنفاته: الأشباه والنظائر، طبقات الشافعية الكبرى، جمع الجوامع في أصول الفقه. ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي بن محمد، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، حيدر آباد الهند، مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط ٢، ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م، (٢٣٢/٣)، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الخنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرنؤوط، خرج أحاديثه: عبدالقادر الأرنؤوط، دمشق بيروت، دار ابن كثير، ط ١، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، (٦٦/١)، حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٤١م، (١٠٠/١)، الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد، الأعلام، بيروت، دار العلم للملايين، ط ١٥، ٢٠٠٢م، (١٨٤/٤)، (١٨٥).

١ - السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، بيروت، دار المعارف، (٤٨٦/١) وما بعدها.

٢ - عمر بن رسلان بن نصير البليقيني نسبة إلى بليقينة من قرى مصر الغربية الفقيه المحدث الحافظ المفسر الأصولي المتكلم النحوي اللغوي ولد سنة أربع وعشرين وسبعمئة، وحفظ القرآن وهو ابن سبع سنين ببلده، أقدمه أبوه القاهرة وله اثنتا عشرة سنة فبهرهم بذكائه وكثرة محفوظه وسرعة إدراكه، وكان أحفظ الناس لمذهب الشافعي واشتهر بذلك، وبنى مدرسة بالقاهرة، وتصدى للفتوى، فكان معول الناس في ذلك عليه ورحلوا إليه، وكان صحيح الحفظ قليل النسيان ثم صاب له اختيارات يفتي بها، توفي في ذي القعدة سنة خمس وثمانمئة، ومن تصانيفه التدريب في فقه الشافعية، لكنه لم يتمه، وتصحيح المنهاج، والملمات برد المهمات، ومحاسن الاصطلاح. ابن قاضي شعبة، أبو بكر بن أحمد الأسدي الشهبي الدمشقي، طبقات الشافعية، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، بيروت، عالم الكتب ط ١، ١٤٠٧هـ (٣٦/٤)، السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، (٨٥/٦).

٣ - مخطوط فتاوى البليقيني، موجود في المكتبة الأزهرية، بالقاهرة رقم الحفظ (٣٣)، (٩٠١) وقد نقل الفتوى عن البليقيني ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، ط ٢، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، (٤٤٦/٤).

٤ - الختصاف، أحمد بن عمرو الشيباني أبو بكر، روى عن أبيه، وحدث عن أبي عاصم النبيل وأبي داود الطيالسي ومسدد بن مسرهد، والقعني، وكان فاضلاً فارساً حاسباً عارفاً بمذهب أصحابه، زاهداً ورعاً، يأكل من كسب يده، وكان مقدماً عند المهدي بالله، توفي ببغداد سنة إحدى وستين ومائتين، له من الكتب =:

سماها "العصمة" (١) في نقض القسمة" (٢) ومن طالعتها اطلع على ما يشفي العليل بواضح التقدير والتعليل.

وقد رأيت بعض المتأخرين (٣) تعرض لهذه المسائل (٤) واعترض فيها على بعض الأفاضل، (٥) وأنه ظهر له بالتأمل الفرق بين ما ذكره الخصاف وما وقع في كلام السبكي.

وقد تعرض بما لا يعنيه من تكلمه في مذهب الغير مع أكابر المذهب، فغاية ما يعنيه من تحري مذهب، فنقول ونستغني (٦) عن ذكر الصورتين بكونه ذكرهما في كتابه الأشباه في القاعدة التاسعة: "إعمال الكمال أولى من إهماله" (٧)، ونبين ما وقع له من

-
- = أحكام الوقف، الخيل والمخارج على المذهب الحنفي، كتاب الخراج المحاضر والسجلات، أدب القاضي. القرشي، عبدالقادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، كراتشي، مير محمد كتب خان، (٨٨/١)، عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (٣٥/٢).
- ١٥ - نسخة (ب) زيادة "العصمة عن الخصاف" والصحيح كما في نسخة (أ) بدون زيادة.
- ٢ - مخطوط العصمة عن الخطأ في نقد القسمة، للقاسم بن قطلوبغا، موجود في المكتبة الملكية مكتبة الدولة، بألمانيا، برلين، رقم الحفظ (٤٧٢٤)، خزنة التراث، إصدار مركز الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، مطبعة الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، (٢١٧/٤٠).
- ٣ - مراده في ذلك ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، وذلك في كتابه الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، بيروت، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م.
- ٤ - نسخة (ب) الرسالة.
- ٥ - نسخة (ب) زيادة "ونسب إلى بعض مشايخ عصره أنه أخطأ فيها".
- ٦ - نسخة (ب) ونكتفي.
- ٧ - نسخة (ب) سقط عبارة "في القاعدة التاسعة: إعمال الكمال أولى من إهماله" وأصل القاعدة إعمال الكلام وليس وليس الكمال كما ذكر في نسخة (أ)، وهو الموافق لما في الأشباه والنظائر، ومعنى قولنا إعمال الكلام: أي إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي، وإهماله: عدم ثرتب ثمرة عملية عليه بإلغاء مقتضاه ومضمونه، فالعائل يمان كلامه عن الإلغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه =

قال بعد ذكر الكلامين للإمامين :

هذا آخر ما أورده السيوطي،^(٢) ثم أذكر بعده ما عندي في ذلك، وإنما أطيل فيها لكثرة وقوعها، وقد أفتيت فيها مراراً ما حاصل السؤال : أن الواقف وقف على ذريته مرتباً بين البطون بضم " لِلذَّكْرِ مِثْلُ حَظِّ

=المقتضي لتصحيح كلامه فيرجح، سواء كان بالحمل على الحقيقة أم المجاز، إلا عند عدم الإمكان فيلني، فإن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يقتضيه لا يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المفيد للحكم، لأن خلافه إهمال وإلغاء، أما إذا لم يوجد إمكان لحمل الكلام على الحقيقة أو المجاز فيلني ويهمل، ومن مسائل هذه القاعدة وفروعها: من حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً، ثم أكل من ثمرها أو جمارها أو طلعمها أو يسرها أو الدبس الذي يخرج من رطبها حنث، لأن النخلة لا يتأتى أكل عينها فحمل على ما يتولد منها، وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا القدر يحمل على ما يطبخ فيه، فأما إذا لم يوجد إمكان لحمل الكلام على الحقيقة أو المجاز ألغى، كقول الرجل لزوجته الثابت نسيها من غيره: هذه بنتي فلا تحرم علي، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١١٤، محمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط ٤، ١٤١٦ هـ، ١٩٩٦ م، ص ٣١٤.

١ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ١١٤، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م، (١٧١/١)، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤١١ هـ، ١٩٩٠ م، ص ١٢٨، الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمزة عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م، ص ٣٩٨.

٢ - عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي الأصل الشافعي ويعرف بابن الأسيوطي. ولد في أول ليلة مستهل رجب سنة تسع وأربعين وثمانمائة وأمه أمة تركية، كان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث وفنونه رجالاً وغريباً ومتناً وسنناً واستنباطاً للأحكام منه، ولما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس وخلا بنفسه في روضة المقياس على النيل متزواً عن أصحابه جميعاً فألف أكثر كتبه، له نحو ٦٠٠ مصنف، منها الكتاب الكبير، الإتقان في علوم القرآن، والأشباه والنظائر في العربية، والأشباه والنظائر في فروع الشافعية، والحاوي للفتاوى، توفي في جمادى الأولى ٩١١ هـ، السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، (٦٥/٤)، الزركلي، الأعلام، (٣٠١/٣).

الأُنثيين^(١) وشرط انتقال نصيب المتوفى عن ولد إليه وعن غير ولد إلى من هو في درجته، وإن^(٢) مات قبل استحقاقه وله ولد قام ولده مقامه لو كان^(٣) بقي حياً فمات الواقف عن ولدين ثم مات أحدهما عن ثلاثة وولدي ابن لم يستحق، ثم مات اثنان من الثلاثة عن ولدين ثم مات واحد من غير نسل، ثم مات أحد الولدين من غير نسل، وحاصل جواب السبكي أن ما خص المتوفى وهو النصف مقسوم بين أولاده الثلاثة، ولا شيء لولدي ابنه المتوفى في حياته ومن مات من الثلاثة من غير نسل رد نصيبه إلى أخوته فيكون النصف بينهما، ومن مات عن ولد فنصيبه له ما دام أهل طبقة أبيه، فمن مات بعدهم يقسم نصيبه بين جميع أولاد الأولاد بالسوية، فيدخل ولد المتوفى في حياة أبيه فتتقضى القسمة بموت الطبقة الثانية، ويزول الحجب عن ولدي المتوفى في حياة أبيه عملاً بقوله، ثم على أولاد الأولاد،^(٤) وأنه إنما يعمل بقوله من مات عن ولد انتقل نصيبه إليه ما دام البطن الأول،^(٥) انتقل نصيبه إلى ولده، ويقسم الربع على هذا، فإذا لم تبق^(٦) أحد من البطون الأولى^(٧) تنتقض القسمة وتكون بينهم بالسوية ومن^(٨) مات من أهل الثاني^(٩) عن ولد انتقل نصيبه إليه إلى أن تقرض أهل تلك الطبقة فتتقضى القسمة ويقسم بينهم بالسوية، وهكذا

- ١ - النساء الآية (١٨).
- ٢ - نسخة (ب) "وإن من مات... وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- ٣ - نسخة (ب) سقطت عبارة لو كان، وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- ٤ - نسخة (ب) أولاده بدل الأولاد وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- ٥ - نسخة (ب) زيادة فمن مات من أهل البطن الأول.
- ٦ - نسخة (ب) يبق، وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- ٧ - نسخة (ب) البطن الأول، وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- ٨ - نسخة (ب) فمن وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- ٩ - نسخة (ب) الثاني، وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.

انتقل^(١) في كل بطن^(٢)، وحاصل مخالفة الأسيوطي^(٣) له في شيء واحد وهو أن أولاد المتوفى في حياة أبيه لا يجرمون مع بقاء الطبقة الأولى، وهم يستحقون معهم، ووافقته على نقض القسمة، قلت: أما مخالفته في أولاد المتوفى في حياة أبيه فواجبة لما ذكره الأسيوطي، وأما قوله "تنتقض القسمة بعد انقراض كل بطن؛ فقد أفتى به بعض علماء العصر، وعزوا ذلك إلى الخصاص، ولم يتبها لما صورته الخصاص وما صورته السبكي، فأنا أذكر حاصل^(٤) ما ذكره الخصاص بالاختصار، وأبين ما بينهما من الفرق..

فذكر الخصاص صوراً^(٥) هذا الكلام المتأخر وأنا أترك من كلامه ما لا حاجة إليه في هذا المقام من الصور، واقتصر على المتعلق بمقامها استغناء بذكرها في محلها الأصلي أو في المنقولة إليه من كلامه فنقول: "الثامنة من الصور التي اختصرها وقف علي ولده وولد ولده ونسلهم مرتباً شارطاً أن من مات عن ولد فنصيبه لولده وعن غير ولد فراجع إلى الوقف، وحكمه أن الغلة للأعلى ثم وثم، فإن قسمت سنين ثم مات بعضهم عن نسل، قال: يقسم على عدد أولاد^(٦) أولاد الواقف الموجودين يوم الوقف، وعلى أولاده الحادثين له بعده؛ فما أصاب الأحياء أخذه وما أصاب الميت كان لولده، وإنما جعل لولد من مات حصّة أبيه مع وجود البطن الأعلى مع كون الواقف شرط تقديم الأعلى لكونه قال بعده أن من مات

١ - نسخة (ب) تفعل، وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.

٢ - السبكي، الأشباه والنظائر، (١٧١/١)،

٣ - الأسيوطي هو نفسه السيوطي.

٤ - نسخة (ب) وأنهم.

٥ - نسخة (ب) سقط كلمة حاصل.

٦ - الخصاص، أحمد بن عمرو، أحكام الأوقاف، القاهرة، مكتبة الثقافة الإسلامية ص ٧٧.

٧ - نسخة (ب) سقط كلمة أولاد وهو الصحيح الموافق لكلام الخصاص كما جاء في أحكام الأوقاف ص ٧٧.

عن ولد انتقل نصيبه له،^(١) كما في أصله، وكذا لو مات الأعلى إلا واحداً
فحصل^(٢) سهم الميت لابنه، وإن كان من البطن الثالث مع وجود
الأعلى "...."^(٣)

ثم قال^(٤) بعد فروع تعلم من محلها:

"ثم أعاد الإمام الخصاص الصورة الثامنة من غير زيادة ولا نقص،
وفرع أن البطن الأعلى لو كانوا عشرة وكان له ابنان ماتا قبل الوقف وترك
كل واحد^(٥)، لا حق لهما ما دام واحد من الأعلى لأنهما من البطن الثاني
فلا حق لهما حتى تنقرض، فلو مات العشرة وترك كل ولداً أخذ كل
نصيب أبيه ولا شيء لولد من مات قبل الوقف، وإن استوا في الطبقة،
فإن بقي منهم واحد قسمت على عشرة فما أصاب الحي أخذه، وما
أصاب الموتى كان لأولادهم، فإن مات العاشر عن ولد انتقضت القسمة
لانقراض البطن الأعلى ورجعت إلى البطن الثاني، فينظر إلى أولاد
العشرة، وأولاد الميت قبل الوقف فتقسم بالسوية بينهم، ولا ترد نصيب
من مات إلى ولده إلا قبل انقراض البطن الأعلى فتقسم على عدد البطن
الأعلى فما أصاب الميت كان لولده، فإذا انقرض البطن الأعلى نقضت
القسمة وجعلناها على عدد البطن الثاني، ولم نعمل باشتراط انتقال
نصيب الميت إلى ولده هنا لكون الواقف قال: على ولده وولد ولده، فلزم
دخول أولاد من مات قبل الوقف فلزم نقض القسمة، ولو لم يكن له ولد
إلا العشرة فماتوا واحداً بعد واحد، وكلما مات واحد ترك أولاداً؛
فمنهم من ترك خمسة، ومنهم من ترك ثلاثة، ومنهم من ترك سنة،

١ - نسخة (ب) إليه.

٢ - كذا في نسخة (أ) و (ب) إلا أنها جاءت في الأشباه لابن نجيم بلفظ فيجعل ص
١٢٣.

٣ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ١٢٣.

٤ - أي ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ١٢٣.

٥ - نسخة (ب) ولداً وهو الصحيح الموافق لما نقل عن الأشباه والنظائر لابن نجيم ص
١٢٣.

ومنهم من ترك واحداً ليس إلا، قلت: فمن مات كان^(١) نصيبه لولده فلما مات العاشر كيف يقسم؟ قال: أنقض القسمة الأولى وأرد ذلك إلى عدد البطن الثاني فأقسمها بينهم على عدد رؤوسهم وتبطل. قوله: "من مات عن ولد انتقل نصيبه لولده، لأن الأمر يؤول إلى قوله ولولد ولدي. وكذا لو مات جميع ولد ولد الصلب ينظر إلى البطن الثالث فوجدناهم ثمانية أنقض،^(٢) وكذا كل بطن تصير^(٣) لهم فإنا أقسم على عددهم ويبطل ما كان قبل ذلك، فأخذ بعض المصرين من الصورة الثامنة وبيان حكمها أن الخصاف قائلًا^(٤) بنقض القسمة في مثل مسألة السبكي ولم يتأمل الفرق بين صورتين، فإن في مسألة السبكي؛ وقف على أولاده ثم أولادهم بكلمة ثم بين الطبقتين، وفي مسألة الخصاف وقف على ولده وولد ولده بالواو لا بثم، فصدر مسألة الخصاف اقتضى اشتراك البطن الأعلى مع الأسفل، وصدر مسألة السبكي اقتضى عدم الاشتراك، فالقول بنقض القسمة وعدمه مبني على هذا^(٥)، والدليل عليه أن الخصاف قال: فإن قلت: فلم كان هذا القول عندك المعمول به وترك^(٦) قوله: "كلما حدث الموت على أحد منهم كان نصيبه مردوداً لولده وولد ولده ونسله أبداً، قال: من قبل^(٧) إنا وجدنا بعضهم يدخل في الغلة ويجب حقه فيها بنفسه لا بأبيه فعملنا بذلك وقسمنا الغلة على عددهم"^(٨)، فقد أفاد أن سبب

-
- ١ - نسخة (ب) سقطت كلمة كان وهو الصحيح الموافق لما نقل عن الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٤.
 - ٢ - نسخة (ب) أنفس وهو الصحيح الموافق لما نقل عن الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٤.
 - ٣ - نسخة (ب) يصير وهو الصحيح.
 - ٤ - نسخة (ب) قائل.
 - ٥ - نسخة (ب) هكذا وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٤.
 - ٦ - نسخة (ب) وتركت، وهو الصحيح الموافق لما في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٤.
 - ٧ - نسخة (ب) قبيل.
 - ٨ - الخصاف، أحكام الأوقاف، ص ٨٢.

نقضها دخول ولد الولد مع الولد بصدر الكلام، فإذا كان صدره لا يتناول ولد الولد مع الولد، كيف يقال بنقض القسمة؟

فإن قلت: صدقت أن الخصاص صورها بالواو ولكن ذكر بعده ما يفيد معنى ثم، وهو تقديم البطن الأعلى فاستويا، قلت: نعم، لكن هو إخراج بعد الدخول في الأول بخلاف التعبير ثم من أول الكلام، فإن البطن الثاني لم يدخل مع البطن الأول فلا يصح أن يستدل بكلام الخصاص على مسألة السبكي، مع أن السبكي بنى القول بنقض القسمة على أن الواقف إذا ذكر شرطين متعارضين يعمل بأولهما، قال: وليس هذا من باب النسخ^(١) حتى يعمل بالتأخر، فإن كان هذا رأي السبكي في الشرطين، فلا كلام في عدم التعويل عليه، فإن كان مذهب

الشافعي رحمه الله؛ فهو مشكل على قولهم: "أن شرط الواقف كنص الشارع"^(٢)، فإنه يقتضي العمل بالتأخر، وحيث كان مبنى كلام السبكي على أصله ذلك لم يصح القول به على مذهبنا؛ فإن مذهبنا

١ - النسخ الإزالة، ومنه يقال: نسخت الشمس الظل: أي أزالته، ويطلق بمعنى نقل الشيء من موضع إلى موضع، ومنه نسخت الكتاب: إذا نقلت ما فيه، وفي الاصطلاح: "رفع الحكم الشرعي بخطاب شرعي" فخرج بالحكم رفع البراءة الأصلية، وخرج بقولنا: "بخطاب شرعي" رفع الحكم بموت أو جنون أو إجماع أو قياس، مناع خليل القطان، مباحث في علوم القرآن، بيروت، مكتبة المعارف، ط ٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص ٢٣٧.

٢ - شرط الواقف كنص الشارع اختلف الفقهاء حول الدلالة المرجوة منها إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن شرط الواقف كنص الشارع في وجوب اتباعه والعمل به، وهو مذهب الخرخشي وجمهور الخنابلة.

القول الثاني: أن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل به واتباعه، وبهذا قال ابن تيمية وابن القيم.

القول الثالث: أن شرط الواقف كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به، نص عليه في الدر المختار.

والراجح أن شرط الواقف كغيره من الشروط التي يجب العمل بها إذا لم يكن فيها مخالقات شرعية أما إذا وجد بها مخالفة شرعية فلا يجب اتباعها. إقبال عبدالعزيز المطوع، أثر مراعاة المصلحة في شروط الواقفين، طنطا، مجلة كلية الشريعة والقانون. العدد الثالث والعشرون، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م، (٦٠/٢).

العمل بالتأخر منهما^(١)، قال الإمام الخصاص: "إنه لو كتب في أول المكتوب بعد الوقف: لا يباع ولا يوهب وكتب في آخره: على أن لفلان بيع ذلك والاستبدال بثمنه،^(٢) كان له الاستبدال قال من قبل: إن الآخر

١ - مسألة العمل بالتأخر: إذا تعارض نصان وكانا معلومين وعلم التاريخ، فالتأخر ناسخ للمتقدم، سواء كانا آيتين أو خبرين أو أحدهما آية والآخر خبراً، عند من يجوز النسخ عند اختلاف الجنس، أما من يمنعه فيمنع النسخ في هذا الأخير، وقال الأمام الشافعي: وإن لم تقل بوقوع نسخ الخبر المتواتر بالكتاب، ولا بالعكس، ولكنه إذا تعارضوا وأحدهما متقدم تعين المتأخر، وهذا إذا كان حكم المتقدم قابلاً للنسخ، وإلا - إذا لم يكن قابلاً للنسخ وذلك - كصفات الله تعالى قال الإمام: فيساقطان، ويجب الرجوع إلى دليل الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، (١٥٧/٨).

٢ - الاستبدال يعتبر أسلوباً من أساليب الانتفاع الاقتصادي بالموقوفات، وترجع نشأته إلى محاولة الأوقاف التوفيق بين الحالة المعمارية للموقوفات، ومدى الاحتياط في ذلك. والإبدال: هو بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها، والبدل هو العين المشتراة لتكون عوضاً عن العين الأولى، وأما الاستبدال فهو: أخذ العين الثانية مكان الأولى. وإليك أقوال الفقهاء في ذلك:

أولاً: الحنفية: توسع الحنفية فيه فأجازوه في معظم أحواله ما دام ذلك يحقق مصلحة عامة للوقف ولكن بشروط:

- ١- أن لا يكون البيع فاحشاً.
- ٢- أن لا يبيعه القيم لمن لا تقبل شهادته له ولا من له على القيم دين لكونه مدعاة للاتهام.
- ٣- أن يكون البدل عقاراً وليس دراهم.
- ٤- أن يخرج الوقف عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع يعمر به.
- ٥- أن يكون مبادلة دار الوقف بدار خيراً منها لا العكس.

ثانياً: الشافعية: لهم قولان في المسألة:

القول الأول المنع من بيعها واستبدالها بل تظل محبوسة حتى لو أدى الانتفاع بها إلى استهلاكها.

القول الثاني: جواز البيع لتعذر الانتفاع به كما شرطه الواقف.

ثالثاً: الحنابلة: فرقوا فيما إذا تعطلت منافعه أو لم تعطل، وجملة القول: أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار هدمت، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه جاز الاستبدال، فإن لم تعطل منافعه لم يجوز بيعه ولا المناقلة به مطلقاً.

والراجح من الأقوال:

جواز الاستبدال وبيع الأوقاف إذا ما تعطلت منافعها وأصبحت لا يستفاد منها، لذلك أرى أن يوكل الأمر إلى من لا يتهم في ذمته، ومن ثم شراء ما هو أنفع وأصلح للعين =

ناسخ للأول ولو كان على عكسه امتنع ببعه" انتهى كلامه.^(١)
 فإن^(٢) كان فيه تطويل، لكن فيما نقله الخصاص ما يفيد الحق
 والصواب تتبعناه^(٣) في نقله له على وجه الاختصار، ولا ريب أن التأمل
 فيه بالانصراف^(٤) يوقف الطالب على الحق الذي لا محيد عنه إلا
 بالاعتاق، ثم نقول لإزالة الاشتباه بما يحصل به الانتباه:
 قوله: ^(٥) " وإنما أطلت فيها لكثرة وقوعها، وقد أفتيت فيها مراراً".
 قلت^(٦): أما الإطالة فهو فيها صادق المقالة، وأما ما يتحجج^(٧) به
 من الافتاء فيها مراراً فإن كان بما فهمه-وهمه وكان^(٨) الأصوب تركه
 والمسئلة صعبة.

قال الإمام السبكي^(٩) في فتواه^(١٠): " هذه المسئلة قل من يعرفها لا
 في الشام ولا في مصر، وربما يغتر بقول الرافعي: " أن بطناً بعد بطن
 للتعميم لا للترتيب، وقد صنفت في ذلك تصنيفاً لطيفاً نبهت فيه أنه
 للترتيب سميته " المباحث المشرقة في الوقف على طبقة بعد طبقة" ..^(١١)

=الموقوفة. ابن نجيم، البحر الرائق، (٢٤٠/٥، ٢٤١)، الشيرازي، المهذب،
 (٤٤٥/١)، ابن قدامة، المغني (٦٣١/٥، ٦٣٢)، الطرابلسي، يحيى بن محمد
 المعروف بالخطاب، رسالة في حكم بيع الأحباس، تحقيق: إقبال عبدالعزيز المطوع،
 الشارقة، الأمانة العامة للأوقاف، ص ٥٩ وما بعدها.

- ١ - إلى هنا انتهى كلام ابن نجيم في الأشباه والنظائر، ص ١٢٤ وقد ساقه ص حب
 المؤلف ثم سيبدأ بالرد عليه.
- ٢ - نسخة (ب) وإن.
- ٣ - نسخة (ب) فتبعناه.
- ٤ - نسخة (ب) بالانصراف.
- ٥ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢١ وما بعدها.
- ٦ - أي المؤلف صاحب المخطوط نور الدين علي المقدسي.
- ٧ - نسخة (ب) تبجح.
- ٨ - نسخة (ب) فكان.
- ٩ - السبكي في فتاويه، (١٦٨/٢).
- ١٠ - نسخة (ب) فتاواه.
- ١١ - مخطوط المباحث المشرقة، في الوقف على طبقة بعد طبقة للشيخ تقي الدين السبكي
 مخطوط موجود في مكتبة المخطوطات بدولة الكويت، رقم الحفظ (١٢٢٦) عن
 المكتبة الظاهرية برقم (٢٣١١).

قال ^(١): " وهو موجود فمن أراد فلينظره، وهو تصنيفان أحدهما يقول: سميته

((المباحث والنقول المشرقة)) ^(٢) والآخر سميته ((المباحث المشرقة)) ملخص ثم جمعت

بينهما لما ورد هذا السؤال في واحد سميته ((المطالع المشرقة)) ^(٣) ذكرت فيه بعض ما فيهما والله تعالى ينفعنا بذلك، ويسلك بنا أفضل المسالك ونحن نسأله ذلك. ^(٤)

قوله: ^(٥) " وأما قوله بنقض القسمة فقد أفتى به بعض علماء العصر، وعزوا ذلك إلى الخصاص ".

قلت ^(٦): كأنه يزعم أنهم مخطئون وهو على الصواب والأمر بالعكس بلا الارتباب ^(٧) فالفتي بذلك بعض مشايخه الذين هم بالصلاح واتباع المنقول معروفون، وقد أفتى في نظير هذه الواقعة جماعة من أفاضل الحنفية ^(٨) والشافعية والترتيب فيها بلفظه ثم، وهم مشايخنا ومشايخهم فمنهم شيخ الإسلام سري الدين بن عبد البر بن الشحنة الحنفي ^(٩)، وتبعه

- ١ - أي السبكي، في فتاويه، (١٦٨/٢).
- ٢ - مخطوط النقول المشرقة لثقي الدين السبكي، صنفه في الوقف على الأولاد، وأولاد الأولاد، ثم لخصه، وسماه: (المباحث المشرقة)، ثم جمع بينهما، وسماه: (المطالع المشرقة)، وهو موجود بالمكتبة الملكية، ألمانيا، برلين، رقم الحفظ (٤٧٦٢).
- ٣ - مخطوط المطالع المشرقة في وقف المنقول، للشيخ تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي. تحقيق: خالد عبدالله محمد الشعيب، بحث منشور في مجلة أوقاف، الكويت، السنة الخامسة، العدد (٨)، ربيع الأول ١٤٢٥هـ، مايو ٢٠٠٥، ص ٨٩، ١٢٣.
- ٤ - انتهى كلام السبكي، فتاوى السبكي (١٦٨/٢).
- ٥ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر، ص ١٢١، المتقدم ص ٢١ من الرسالة.
- ٦ - أي المؤلف صاحب المخطوط نور الدين علي المقدسي.
- ٧ - نسخة (ب) بلا ارتياب.
- ٨ - نسخة (ب) قالته.
- ٩ - عبد البر بن محمد بن الشحنة، الحنفي، ولد بحلب سنة إحدى وخمسين وثمانمائة، ثم رحل إلى القاهرة، فاشتغل في علوم شتى على شيوخ متعددة، وتولى قضاء حلب، ثم قضاء القاهرة، وكان عالماً متفناً للعلوم الشرعية والعقلية، وله مؤلفات كثيرة =

الشيخ المحقق نور الدين المحلي الشافعي ، والشيخ العالم الصالح برهان الدين الطرابلسي^(١) الحنفي،^(٢) وقاضي القضاة شيخنا نور الدين الطرابلسي،^(٣) والشيخ العمدة مجلي الشافعي ، وشيخنا العلامة شهاب الدين الرملي الشافعي،^{(٤)(٥)} نور الدين المحلي الشافعي وتبعه العلامة علاء الدين علاء الدين الأحميمي،^(٦) وغيرهم.
قوله^(٧): " لم ينتبهوا للفرق "

=منها شرح منظومة بن وهبان، في فقه أبي حنيفة النعمان، ومنها شرح الوهبانية، في فقه الحنفية، وشرح منظومة جده أبي الوليد بن الشحنة التي نظمها في عشرة علوم، وكانت وفاته يوم الخميس خامس شعبان سنة إحدى وعشرين وتسعمائة، الغزي، نجم الدين محمد بن محمد، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، تحقيق: خليل المنصور، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م، (١/٢٢٠).

١ - محمد بن محمد بن أبي بكر المعروف بابن برهان الدين أبي شريف المقدسي المصري الشافعي، ولد في ذي الحجة سنة اثنتين وعشرين وثمانمائة، وأخذ عن الشهاب بن رسلان، والحافظ بن حجر، والشيخ عبد السلام البغدادي، والكمال بن الهمام، وغيرهم. ولازم خدمة العلم فبرع في الفقه والأصول واللغة العربية، وغيرها من الفنون، وتصدى للتدريس والإفتاء والتأليف، من تصانيفه: " حاشية على شرح العقائد للفتازاني، وحاشية على شرح جمع الجوامع للجلال المحلي، توفي سنة ثلاث وعشرين وتسعمائة. ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، (١٠/١٦٦)، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، نظم العقيان في أعيان الأعيان، بيروت، المكتبة العلمية، ص ١٥٩.

٢ - نسخة (ب) سقطت جملة الحنفي وقاضي القضاة شيخنا نور الدين الطرابلسي.
٣ - ذكر في مخطوطة (أ) أن قاضي القضاة هو شيخنا نور الدين الطرابلسي ولكنه سهو من الناسخ والصواب أنه البرهان بن أبي شريف المقدسي الشافعي، وهو ما جاء في نسخة مخطوطة (ب)، كما أنه قد ذكره ابن عابدين في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ص ١٥٩.

٤ - نسخة (ب) زيادة ومنهم قاضي القضاة البرهان بن أبي شريف المقدسي الشافعي وقد سبقت ترجمته.

٥ - شهاب الدين أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي الأنصاري الشافعي، مولده سنة اثنتين وثلاثين وتسعمائة، خرّج وصنّف المصنّفات العديدة منها: شرح الزيد لابن أرسلان وشرح منظومة البيضاوي في النكاح، توفي في بضع وسبعين وتسعمائة. ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، (١٠/٥٢٥).

٦ - علي بن أبي القسم الإخميمي القاهري قاضي القضاة الشافعية، توفي سنة تسع وعشرين وتسعمائة. الغزي، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، (١/٢٦٨).

٧ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٤، المتقدم ص ٢١ من الرسالة.

قلت: هل يتوهم عاقل فضلاً عن فاضل أن هؤلاء وغيرهم جميعاً لم يتبهاوا للفرق الذي خصه الله به وأطلعه عليه، مع علو مقامهم وارتفاع شأنهم، بل هو المحتاج إلى الانتباه وإزالة الاشتباه غافانا الله تعالى وإياه، بل يجب عليك أن تتبه لما قاله الزيني قاسم في العصمة ونقله عن أكابر الشافعية من متابعتهم للإمام الخصاص في نقض القسمة، وما نقله من عبارته.

قوله ^(١): " ولم يتأمل الفرق بين الصورتين فإن في مسألة السبكي وقف على أولاده وولد ولده بالواو ^(٢) بكلمة " ^(٣).

قلت: هذا الفرق لا يجزئ ^(٤) بطايل بتحصيل ^(٥) منه حاصل بل هو وصف طردي لا يعول عليه كالذكورة في حديث " من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه نصيب شريكه لا يلتفت إلى من يفرق " ^(٦) ونقول ^(٧) الحديث ورد في العبد المذكور فلا يحكم بذلك في الأمة لما علم أن الشرع لم يعتبر مثل هذا، وكالطول، والقصر ونحوهما كما قرر في شروح ابن الحاجب

١ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٤، المتقدم ص ٢١ من الرسالة.

٢ - نسخة (ب) ثم أولادهم.

٣ - نسخة (ب) زيادة بكلمة ثم بين الطبقتين، وفي مسألة الخصاص وقف على ولده وولد ولده بالواو، والصواب ما أثبتته في المتن. ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ١٢٤.

٤ - نسخة (ب) لا يجدي.

٥ - نسخة (ب) بطايل ولا يتحصل.

٦ - البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من أعتق شركاً له في مملوك، وجب عليه أن يعتق كله، إن كان له مال قدر ثمنه، يقام قيمة عدل، ويعطى شركاؤه حصتهم، ويحلى سبيل المعتق " كتاب الشركة، باب الشركة في الرقيق، (١٤١/٣) ح (٢٥٠٣)، مسلم بلفظ " من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق، " كتاب الإطلاق، باب اقتضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، (١١٣٩/٢) ح (١٥٠١).

٧ - نسخة (ب) يقول.

وغيرها،^(١) وقد تقرر في النحو والأصول إن لم^(٢) تشارك الواو في إفادة التشريك في الحكم، وإن خالفتها في إفادة الترتيب والتراخي،^(٣) ومن القواعد في المذهب أن العبرة بالمعاني،^(٤) فلا فرق بين خروج الشيء بأول الكلام أو بنهايته، ألا ترى أنهم قالوا في الاستثناء "هو التكلم بالباقي بعد الثنيا فإذا قال له علي عشرة إلا ثلاثة فكأنه قال من الابتداء له علي سبعة."^(٥)

قوله^(٦): "فالقول بنقض القسمة وعدمه مبني على هذا". قلت: ليس كذلك بل بناه الإمام الخصاص على ما قدره، فقوله^(٧)

١ - من طرق الحذف: طرد المحذوف، وهو أن يكون المحذوف من الأوصاف التي علم من الشارع عدم اعتبارها، إما مطلقاً، كالطول والقصر، وإما بالنسبة إلى الحكم المطلوب، وإن كان مناسباً، كالذكورة في سراية العتق، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "من اعتق شركاً له في عبد قوم، عليه نصيب شريكه"، فإنه وإن أمكن بيان المناسبة بين الذكورة وسراية العتق، إلا أنه لما عهد من الشارع عدم اعتبار الذكورة في أحكام العتق، ألغى صفة الذكورة في سراية العتق، الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، السعودية، دار المدني، ط ١، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، (١٠٦/٣).

٢ - نسخة (ب) ثم بدل لم وهو الصواب.

٣ - ثم معناها الترتيب مع عدم التعقيب، أي الترتيب مع التراخي، وهو: انقضاء مدة زمنية طويلة بين وقوع المعنى على المعطوف عليه ووقوعه على المعطوف، وتقدير المدة الزمنية الطويلة متروك للعرف الشائع، عباس حسن، النحو الوافي، مصر، دار المعارف، ط ١٥، (٥٧٦/٣).

٤ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، وقد أخذ بهذه القاعدة جمهور الفقهاء من المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي، وعند الشافعية اختلاف في القاعدة، ولذلك وضعوها في صيغة الاستفهام، واختلف الترجيح عند الحنابلة، إلا أن الأصح أن العبرة بصيغ العقود غالباً. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق دار الفكر، ط ١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، (٤٠٣/١).

٥ - ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ص ٢٥٢.

٦ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٤، المتقدم ص ٢٢ من الرسالة.

٧ - أي قول الخصاص، أحكام الأوقاف ص، ٨٢.

في جواب قول السائل،^(١) " فلم كان هذا القول هو المعمول به عندك وتركت قوله " كلما حدث الموت على أحد منهم كان نصيبه مردوداً إلى ولده وولد ولده إلخ^(٢) قال: " من قبل أنا وجدنا بعضهم يدخل في الغلة ويجب حقه فيها لا بأبيه فعملنا بذلك وقسمنا الغلة على عددهم " ^(٣).

وتوضيحه أن الواقف على الصورة المشروحة قد رأيت^(٤) في وقفه ترتيباً يقتضي استحقاق البطن الأعلى مقدماً على غيره مع قصد صلة مردوداً لولده وإن سفل قصداً لعدم حرمانه من الوصول إلى شيء من وقفه وصدفته بعد موت أبيه الذي صلته صلة أبيه غالباً فكان كلامه مشتملاً على ترتيبين، ترتيب أفراد: وهو ترتيب الفرع على أصله وعدم مصرمان^(٥) أحد من البطن فزع^(٦) غيره، وترتيب جملة: وهو ترتيب استحقاق جملة البطن الثاني على انقراض جملة البطن الأول وهو ترتيب جُمَل، فيكون الوقف منحصراً في البطن الذي يليه، ويبطل^(٨) حكم ما انتقل من الميت من البطن الأعلى إلى ولده من الأسفل ويستحق جميع الوقف جميع البطن الثاني فيضرب معهم بسهمه^(٩) الذي يستحقه بقول الواقف وولد ولدي بطناً بعد بطن، كما يضرب ولد من مات قبل الوقف من البطن الأعلى بسهمه لأنه من البطن الثاني يستحق بعموم قوله ولد ولدي ولم يبق حينئذ صورة يحتاج فيها إلى انتقال نصيب أحد إلى ولده لاستوا أهل البطن في الاستحقاق لا يقال الاستوا في الاستحقاق مخصوص

- ١ - نسخة (ب) السائل.
- ٢ - نسخة (ب) الآخر بدل إلخ.
- ٣ - الخصاص، أحكام الأوقاف، ص ٨٢.
- ٤ - نسخة (ب) رتب.
- ٥ - نسخة (ب) زيادة الأعلى.
- ٦ - نسخة (ب) حرمان وهو الصحيح.
- ٧ - نسخة (ب) فرع وهو الصحيح.
- ٨ - نسخة (ب) ونبطل.
- ٩ - نسخة (ب) زيادة وهو من جملتهم إذا كان من البطن.

بما إذا استوى أهل الطبقة ولم يكن هناك^(١) ولد أو ولد ولد لأننا نقول صريح^(٢) الخصاص ينادي بخلافه فإنه قال^(٣): " يقسم على عدد الأولاد الأحياء والأموات فيأخذ الأحياء سهامهم وسهام الأموات يعطى لأولادهم"، قلت: "وحيثذا فالاستواء قسماً: حقيقي وهو الظاهر المتبادر، وحكمي وهو ما إذا كان ثم أولاد أولاد أو أسفل، وذلك لأن الواقف جعل ابن الابن عند عدمه قائماً^(٤) مقامه، فقد جعله من تلك الطبقة حكماً وهذا يقع كثيراً في ابتداء الوقف بأن يكون للواقف ولد مات قبل وقفه وله ولد فيجعله مقام أبيه مع أعمامه ويترتب البطون والطبقات بعد ذلك على هذا النسق، وقد ذكر الشيخ العلامة الزيني قاسم صورتين^(٥) أفتى فيهما العلامة السبكي^(٦) والعلامة البلقيني^(٧) بنقض القسمة وقراره كما ذكرنا، ويتحجج بموافقتهما لما في أوقاف الخصاص^(٨) وقال بعض المحققين من الشافعية بعد نقل كلامه وهذا التعليل من الخصاص يقتضي أن كلام^(٩) الواقف متعارضان ورجح الثاني لاستحقاقهم بأنفسهم واستحقاقهم في الأول بأبيهم، والاستحقاق بالنفس مقدم على الاستحقاق بالأب، لأن ذلك بلا واسطة وهذا بواسطة، وما ليس بواسطة أرجح مما هو بواسطة، وقد يرجح أيضاً بأن قوله لولده مطلق^(١٠) وتقييده

- ١ - نسخة (ب) سقط هناك.
- ٢ - نسخة (ب) زيادة كلمة كلام.
- ٣ - الخصاص، أحكام الأوقاف، ص ٨٢ وما بعدها.
- ٤ - نسخة (ب) قائماً.
- ٥ - مخطوط العصمة عن الخطأ في نقد القسمة، للقاسم بن قطلويعا، وقد تقدم الحديث عنه ص ١٨.
- ٦ - السبكي، فتاوى السبكي (١٧٥/٢).
- ٧ - مخطوط فتاوى البلقيني، وقد تقدم الحديث عنه ص ١٨، وقد نقل الفتوى عن البلقيني ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٤٤٦/٤).
- ٨ - الخصاص، أحكام الأوقاف ص ٨٢.
- ٩ - نسخة (ب) كلامي.
- ١٠ - المطلق: "هو" اللفظ الذي يدل على الحقيقة من حيث هي بدون اعتبار أي قيد، من وحدة، أو شرط، أو وصف، أو زمان، أو مكان، وأما المقيد فهو: "اللفظ المطلق الذي اقترن به ما يقلل من شيوعه وانتشاره، حمد بن حمدي الصاعدي، المطلق =

دون تخصيص العموم أسهل، والبطن الثاني عموم^(١) ضعيف فاحتمل
تقييد المطلق لأنه قد عمل به في حياة أعمامهم ولم يحتمل تخصيص العام^(٢)
لما فيه من حرمان بعض الأفراد بالكلية ثم قال: "وعندي لكلام الخصاص
ومن وافقه توجيه يبحث أصولي، وهو أن فيه استنباط معنى من النص
يخصه، فإنه فهم أن المعنى في جعل الواقف نصيب من له ولد لولده أن
لا يحرم ولده مع وجود الطبقة التي هي أعلى^(٣) منه، فأعطاه لذلك نصيب
والده، فإذا لم يحرم فلا يعطى نصيب والده، وإنما يعطى مما يقتضيه
القسمة على طبقته، فحمل على ما إذا وجد من أهل الطبقة الأولى أحد،
فإنه لو لم يعط في هذه الصورة نصيب يحرم وأخرج عنه ما إذا لم يوجد
من الطبقة الأولى أحد، فإنه لا يحرم لعدم حاجب له، فأعطيناه ما يليق
بطبقته، وهذا هو المشهور في الأصول عندنا وعند غيرنا. وقد علم في
محلّه.^(٤)

قوله^(٥): "فقد أفاد أن سبب نقضها دخول ولد الولد مع الولد
لصدر^(٦) الكلام".

قلت: ليس كما يزعم بل دخول أولاد الأولاد بتمام الكلام لأن
حجبهم بمن فوقهم لا يخرجهم عن كونهم موقوفاً عليهم، وإذا كانوا
موقوفاً عليهم فإذا جاؤون استحقاقهم ورتب استحقاق جملة تلك الطبقة

= والمقيد، المملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط ١،
١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ص ١٢٤.

- ١ - نسخة (ب) زيادة تنصيصه.
- ٢ - العام هو: "كلمة تستغرق الصالح لها بلا حصر"، وأما الخاص فهو: "كل لفظ
موضوع لمعنى معلوم مع الانفراد، وكل اسم لمسمى معلوم على الانفراد". حمد بن
حمدي الصاعدي، المطلق والمقيد، ص ٣٩.
- ٣ - نسخة (ب) أعلا.
- ٤ - الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ص ٤٢٤.
- ٥ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٤، المتقدم ص ٢٢ من الرسالة.
- ٦ - نسخة (ب) بصدر وهو الصواب.

على انقراض جملة الطبقة العليا فيصير الوقف إليهم جملة فيقسم بينهم
قسمة غير تلك القسمة الأولى.

قوله ^(١): " نعم لكنه إخراج بعد الدخول ."

قلت: هذا وصف طردي غير مقبول كما مثلنا لك في العبد
المشترك ^(٢).

قوله ^(٣): " فكيف يصح أن يستبدل ^(٤) بكلام الخصاص على كلام
السبكي ."

قلت: تقدم أنها عين مسألة السبكي ويكفي ذكر السبكي بجملة
قدره كلام الخصاص مستدلاً به على موافقته في مسألته على أن في كلام
الخصاص التصريح بأن الواو إذا أتى بها في أول الكلام ثم أتى في آخره بما
يفيد الترتيب تصير الواو بمنزلة ثم، وهذا هو الحق الذي أنطقه الله به
معتراً بقوله نعم، ثم تركه والتجأ إلى الفرق الذي عرفت حاله.

قوله ^(٥): " مع أن السبكي بنى القول بنقض القسمة على أن الواقف
إذا ذكر شرطين متعارضين يعمل بأولهما، قال: " وليس هذا من باب
النسخ حتى يعمل بالتأخر".

قلت: ليس كما زعمت بل ذكرت فيما نقله عنه أنه ظهر له طرق في
حل هذا المحل الصعب، قال: وليس الترجيح فيه بالهين بل هو محل نظر
الفقيه، فأخذت من بعض ما ذكر ما وافق غرضك من فتواك بعدم نقض

١ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥، المتقدم ص ٢٣ من الرسالة.

٢ - العبد المشترك: " هو من كان ملكاً لأكثر من واحد " وقد جاء عن ابن عمر رضي الله
عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أعتق شركاً له في مملوك، وجب
عليه أن يعتق كله، إن كان له مال قدر ثمنه، يقام قيمة عدل، ويعطى شركاؤه
حصتهم، ويخلى سبيل المعتق، أخرجه البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في
الريق، (١٤١/٣) ح (٢٥٠٣)، وأبو داود، كتاب العتق، باب فيمن روى أنه لا
يستسعى، (٢٤/٤) ح (٣٩٤٠)، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، فتح
الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، ١٣٧٩ هـ، (١٥٤/٥).

٣ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر، ص ١٢٥، المتقدم ص ٢٣ من الرسالة.

٤ - نسخة (ب) يستدل وهو الصواب.

٥ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥، المتقدم ص ٢٣ من الرسالة.

القسمة وهو إنما ذكره على سبيل الاحتمال المرجوح ليشمل كلامه السالم والمجروح، وتركت المرجح مما ذكره فيما نقلته عنه، وهو الموافق لما يفهم من كلام الخصاف وهو قوله ومنها أن " من صيغة عامة، بقوله " ومن مات وله ولد صالح لكل فرد منهم ولجميعهم، وإذا أفرد مجموعهم، كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأول ومن مقتضيات هذا الشرط، فكان إعمالاً له من وجه، مع إعمال الأول وإن لم تعمل بذلك كان إلغاً للأول من كل وجه وهو مرجوح " انتهى^(١)، فهذا كما ترى يوافق كلام الخصاف وكلام البلقيني أيضاً، ونقلت عن السيوطي أنه قال: " ولا ينافي هذا اشتراط الترتيب في الطبقات بشم، لأن ذلك عام خصصه هذا كما خصصه أيضاً". قوله: " على أن مات عن ولد إلخ" وأيضاً " فإننا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاً هذا الكلام بالكلية^(٢)، وأن لا يعمل في صورة لأنه علي هذا التقدير إنما استحق عبد الرحمن وملكة لما استوا في الدرجة. أخذاً من قوله: " عاد على من في درجته" فبقي قوله: " ومن مات قبل استحقاقه إلخ" مهملاً لا يظهر أثر له في صورة، بخلاف ما إذا عملناه وخصصنا به عموم الترتيب، فإن فيه إعمالاً للكلامين. وجمعاً بينهما.^(٣) قوله^(٤): " وهذا أمر ينبغي أن يقطع به ح إلا"^(٥).

- ١ - السبكي، فتاوى السبكي (١٧٥/٢)، السيوطي، الأشباه والنظائر ص ١٣٢.
- ٢ - إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله، لأن المهمل لغو، وكلام العاقل يسان عنه، فيجب تحمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز، فلو أوصى أو وقف على أولاده تناول أولاده الصلبية فقط إن كانوا لأنه الحقيقة، وإلا تناول أولادهم بطريق المجاز لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، وكذلك لو أوصى أو وقف على مواله الأعلى أو الأسفلين، فإن كان له موال استحقوا، وإلا فموالي مواليه، يطالب بالألفين. السيوطي، الأشباه والنظائر ص ١٣٤، الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ص ٤١٤، أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم ط ٢، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م، ص ٣١٥.
- ٣ - السيوطي، الأشباه والنظائر ص ١٣٤، الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ص ٤١٤.
- ٤ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥، المتقدم ص ٢٣ من الرسالة.
- ٥ - نسخة (ب) حيثئذ إلى آخره وهو الصحيح.

قلت : والحاصل كما مر أنه لما تعارضا وأمكن العمل بكل منهما وحده في حالة وعمل بهما في حالة إيقا^(١) ولم يبلغ واحد لصون كلام العاقل عن الإلغا فإذا مات بعض الطبقة العليا عملاً^(٢) بقوله من مات في حق من له ولد، وعمل بقوله تحجب العليا السفلى في حق من ليس له ولد^(٣) ، وفي حق من مات أبوه في حياة الواقف، ولم يدخل في قوله من مات وله ولد إلخ^(٤) ، فيمتنع ما دام من فوقه من البطن ويدخل^(٥) ولد ولده، فيعطى له بعد انقراض العليا، وعمل بهم معاً إذا مات كل الطبقة وخلف كل ولداً أو ولد وولد، قلت : فيبينهما عموم من وجه أي في التحقيق كما عرف في محله.

قوله : فإذا كان هذا رأي السبكي في الشرطين فلا كلام في عدم التعويل عليه فإن كان مذهب الشافعي - رحمه الله - فهو مشكل على قولهم : إن شرط الواقف كنص الشارع فإنه يقتضي العمل بالتأخر^(٦) . قلت : عدم التعويل إن كان بمجرد كونه كلام السبكي فهو كلام من جهل مقام السبكي وقد اشتهر حاله بين ساير الأئمة فإنه^(٧) بلغ رتبة الاجتهاد، وأيضاً إذا كان الكلام متجهماً فيجب الالتفات إليه والتعويل عليه سواء^(٨) قاله مشهور أو غيره، وهذا الكلام متجه سيما على مذهبهم لأن الواقف^(٩) إذا تم بمجرد قول الواقف وقفت كذا بشرط كذا فالشرط الثاني إذا وقع كان بعد خروج الأمر من يده فيلغوا^(١٠) ، لا كلام في ذلك،

-
- ١ - نسخة (ب) ابقيا.
 - ٢ - نسخة (ب) عمل.
 - ٣ - نسخة (ب) زيادة كلمة ولد.
 - ٤ - نسخة (ب) إلى آخره.
 - ٥ - نسخة (ب) زيادة في قوله ولد ولدي.
 - ٦ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥ ، المتقدم ص ٢٣ من الرسالة.
 - ٧ - نسخة (ب) وإنه.
 - ٨ - نسخة (ب) سوا.
 - ٩ - نسخة (ب) الوقف وهو الصحيح الموافق لما جاء في الأشباه لابن نجيم ص ١٢٥ .
 - ١٠ - نسخة (ب) فيلغوا.

واستشكاله كونه قول الشافعي - رحمه الله، مع قولهم: " شرط الواقف كنص الشارع " ساقط بالمرة، لأن هذا لم يرد به أنه مثله من كل الوجوه، تعالى الله أن يكون كلامه يشبهه به عموماً فإنه تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد، والواقف عبد من العبيد، وإنما شبهوه به في لزوم اتباعه بأمر الشارع فيما لا يخالف الشرع.

وقال المحقق الحجة قاسم المذكور في قولهم المذكور "نصوص الواقف كنصوص الشارع" يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل، مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي والخالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب، أو لغة الشارع أو لا، ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة^(٦) أو جهاد غير شرعي ونحو ذلك لم يصح " انتهى " (٢).

فكيف يشبه بنص الشارع، ويجعل ما صدر منه أخيراً ناسخاً لما قبله. (٣) قوله (٤): " لم يصح القول به على مذهبننا؛ فإن مذهبنا العمل بالتأخر... إلخ منهما " (٥).

قلت: لقايل أن يقول: يرد عليه ما مر قريباً فما وجهه على مذ... إلخ (٦)؟ فإن كان الخصاف قاله فإنه مشكل إذا لم يشترط الواقف لنفسه تغييراً ولا تبديلاً (٧) فإن خصصتم ذلك بما إذا فعل ذلك وشرط لنفسه

- ١ - أصل الكلمة قراءة.
- ٢ - نسخة (ب) زيادة كلمة "كلامه".
- ٣ - الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ص ٤٢٦.
- ٤ - أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥، المتقدم ص ٢٣ من الرسالة.
- ٥ - نسخة (ب) بالتأخر منهما إلخ وهذا الصواب الموافق لما ذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥.
- ٦ - نسخة (ب) على مذهبنا وهو الصحيح ولعله سقط من الناسخ في نسخة (أ).
- ٧ - التفسير والتبديل من أعم ألفاظ الشروط العشرة، فهما يشعلان كل تعديل في شروط الوقف، من إدخال وإخراج في المستحقين، وزيادة وتقصص، ونحو ذلك. إقبال عبدالعزيز المطوع، قانون الوقف الكويتي في إطار استثمار وتنمية الموارد الوقفية، الكويت، الأمانة العامة للأوقاف، ط ١، ١٤٢١ هـ ٢٠٠١ م، ص ١٨١.

التغيير^(١)، قلنا: كلامه مطلق ويحتاج إلى زيادة تأمل في الجواب، وفي كلام الخصاصف ما يزيل الارتياب والله سبحانه أعلم بالصواب.
قوله^(٢): "فالحاصل أن الواقف إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، وعلى أولاد أولاد أولاده، ثم على ذريته ونسله طبقة بعد طبقة إلى آخره."^(٣)

هذه صورة عجيبة اخترعها، وقضية غريبة ابتدعها، فإن آتيانه بالواو وذكر الأولاد إلى المرتبة الثالثة قالوا يكون على الأولاد أبداً ما تناسلوا وذلك يوجب اشتراك ابن ابن الابن مع الولد الصليبي، وقوله: "ثم على نسله الخ" يخالف ذلك، وقل أن يقع مثل هذا إلا من جهلة الموقنين الذين لا يعرفون ما يكتبون، وبالجملة^(٤) هذا الحكم الذي بينه بناء على ما أصله وهو خطأ باطل لا أصل له، وليس بمراد للإمام الخصاصف ولا من تابعه من أهل الوفاق والخلاف كما بيناه مراراً، لأنه ما^(٥) ذكر بطنان^(٦) بعد بطن وتحجب العليا السفلى صارت الواو كثم، وقد ذكر حكمها بخلاف ما توهمه فعليك أن تحتنبه.

قوله: "^(٧) ثم اعلم.. إلى أن قال: " وإن شرط الانتقال إلى الولد فالمراد أن الأصل يجب فرع نفسه لا فرع غيره".
قلت: هذا أيضاً مبني على ما توهمه مع من أن الأصل يجب فرع غيره ولو شرط ذلك كما في ولد ولد مات في زمن قبل الوقف فإنه يحجبه الولد لكونه أعلا منه^(٨) طبقة، نعم إذا انقرضت الطبقة استحق ولد الولد المذكور مع من في طبقته، فالإطلاق المذكور خطأ.

١- نسخة (ب) التغيير وهو الصحيح.

٢- أي قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٢٥.

٣- نسخة (ب) الخ.

٤- نسخة (ب) سقطت وبالجملة.

٥- نسخة (ب) كما.

٦- نسخة (ب) بطن.

٧- نسخة (ب) سقطت كلمة "قوله" أي قول ابن نجيم في الأشباه ص ١٢٥.

٨- نسخة (ب) سقطت كلمة منه.

قوله: " ثم اعلم أن العلامة عبدالبر بن الشحنة^(١) انتهت^(٢) كتابة هذه الرسالة على يد الفقير إلى الله تعالى حسن الشرنبلالي الحنفي، غفر الله له ولوالديه ولمسود هذه الرسالة، ولجميع المسلمين، ولمن نظر في هذه الرسالة، ودعا لمؤلّفها ولكاتبتها بالرحمة والرضوان وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

المصادر والمراجع

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، الاسكندرية، دار الدعوة.
- ٣- ابن اليزاز الكردي، حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب البزازي، الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز، مصر، المطبعة الأميرية الكبرى، ١٣١٠هـ.
- ٤- ابن الشحنة، عبد البر بن محمد بن الشحنة، عقد القلائد وقيد الشرائد، تحقيق: عبدالجليل عطا البكري، سوريا، دار الفجر، ط ١، ٢٠٠٠م.
- ٥- ابن الشحنة، أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، القاهرة، البابي الحلبي، ط ٢، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م.

٣- إلى هنا انتهى المخطوط وثمة نقص في نسخة (أ) و (ب) رجعت إليه في الأشباه والنظائر لابن نجيم وتمامه " ثم اعلم أن العلامة عبدالبر بن الشحنة نقل في شرح المنظومة عن فتاوى السبكي واقعتين غير ما نقله الأسيوطي، وذكر أن بعضهم نسب السبكي إلى التناقض، وحكي عنه أنه كتب خطه تحت جواب ابن القماح بشيء ثم تبين له خطؤه فرجع عنه، وأطال في تقريره، ونظم للواقعة أبياتا، فمن رام زيادة الاطلاع فليرجع إليه، ولم تزل العلماء في سائر الأعصار مختلفين في فهم شروط الواقفين إلا من رحمه الله، والله الموفق والميسر لكل عسير" ص ١٢٦، ابن الشحنة، أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، القاهرة، البابي الحلبي، ط ٢، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م، ص ٢٩٥، ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، السعودية، المكتبة الإسلامية، (٣٤٦/٦).

٢- نسخة (ب) " تمت الرسالة المباركة بحمد الله وتوفيقه على يد العبد الفقير إلى الله تعالى إسماعيل المجاهدي الشرنوبي الحنفي عامله الله تعالى والمسلمين بلطفه الحنفي، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه، بتاريخ شعبان سنة ١٣٣٩ هـ ختمت بخير".

- ٦- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، الهند، حيدرآباد الهند، مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط ٢، ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م.
- ٧- ابن حجر، أحمد بن محمد بن علي، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، المملكة العربية السعودية، المكتبة الإسلامية.
- ٨- ابن سيده، علي بن إسماعيل المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هندراوي، بيروت، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- ٩- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة، دار المعرفة.
- ١٠- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الحنفي، رد المختار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، ط ٢، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
- ١١- ابن قاضي شهبه، أبو بكر بن أحمد الشهبي الدمشقي، طبقات الشافعية، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، بيروت، عالم الكتب، ط ١، ١٤٠٧هـ.
- ١٢- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، القاهرة، مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.
- ١٣- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، لبنان، مؤسسة الريان، ط ٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
- ١٤- ابن قطلوبغا، زين الدين أبو العدل قاسم السودوني، تاج التراجم في طبقات الحنفية، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دمشق، دار القلم، ط ١، ١٤١٣هـ، ١٩٩٢م.
- ١٥- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، بيروت، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
- ١٦- ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة ط ٣، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.

- ١٧- ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٤ م.
- ١٨- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية.
- ١٩- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم ط ٢، ٤٠٩ هـ، ١٩٨٩ م.
- ٢٠- إسماعيل بن محمد أمين الباباني البغدادي، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٢١- إسماعيل بن محمد أمين الباباني البغدادي، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٢٢- إقبال عبدالعزيز المطوع، قانون الوقف الكويتي في إطار استثمار وتنمية الموارد الوقفية، الكويت، الأمانة العامة للأوقاف، ط ١، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠١ م.
- ٢٣- الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، السعودية، دار المدني، ط ١، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م.
- ٢٤- الأوزجندي الفرغاني، حسن بن منصور، الفتاوى الخانية أوفتاوى قاضيخان، بيروت دار الفكر، ط ٢، ١٣١٠ هـ.
- ٢٥- البابر تي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، بيروت، دار الفكر.
- ٢٦- البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد الحنفي، مجمع الضمانات، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي.
- ٢٧- البيهقي، أحمد بن الحسين، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لبنان، دار الكتب العلمية، ط ٣، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
- ٢٨- الخصاف، أحمد بن عمرو، كتاب أحكام الأوقاف، القاهرة، مكتبة الثقافة الإسلامية.

- ٢٩- الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرَة، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر وآخرون، القاهرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، ط ٢، ١٣٩٥ هـ، ١٩٧٥ م.
- ٣٠- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح في اللغة والعلوم، بيروت، دار الحضارة العربية، ط ١، ١٩٧٥ م.
- ٣١- الحموي، محمد أمين بن فضل الله المحبي، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، بيروت، دار صادر.
- ٣٢- الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م.
- ٣٣- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٥ م.
- ٣٤- الزاهدي، مختار بن محمود، فنية المنية لتتميم الغنية، الهند، كلكتا، مطبعة المهانند، ١٢٤٥ هـ.
- ٣٥- الزركلي، خير الدين، الأعلام، لبنان، دار العلم للملايين، ط ١٥، ٢٠٠٢ م.
- ٣٦- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية ط ١، ١٣١٣ هـ.
- ٣٧- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م.
- ٣٨- السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، القاهرة، دار المعارف.
- ٣٩- السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت، دار مكتبة الحياة.
- ٤٠- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ط ٣، ١٣٩٨ هـ، ١٩٧٨ م.
- ٤١- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤١١ هـ، ١٩٩٠ م.
- ٤٢- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، نظم العقيان في أعيان الأعيان، بيروت، المكتبة العلمية.

- ٤٣ - الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، بيروت، دار المعرفة.
- ٤٤ - العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، بيروت، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م.
- ٤٥ - الغزي، تقي الدين بن عبد القادر التميمي، الطبقات السنوية في تراجم الحنفية، الرياض، دار الرفاعي للنشر والطباعة والتوزيع، ط ١، ١٩٨٣ م.
- ٤٦ - الغزي، نجم الدين محمد بن محمد، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، تحقيق: خليل المنصور، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م.
- ٤٧ - الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط ٨، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م.
- ٤٨ - القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، كراتشي، مير محمد كتب خانة.
- ٤٩ - المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٥٠ - حاجي خليفة مصطفى بن عبد الله القسطنطيني، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٤١ م.
- ٥١ - حمد بن حمدي الصاعدي، المطلق والمقيد، المملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط ١، ١٤٢٣ هـ، ٢٠٠٣ م.
- ٥٢ - شياخي زاده عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٥٣ - عباس حسن، النحو الوافي، مصر، دار المعارف، ط ١٥.
- ٥٤ - عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دمشق بيروت، دار ابن كثير، ط ١، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م.

- ٥٥- عبد الحمي بن عبد الكبير الكتاني، فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمسلسلات، تحقيق: د.إحسان عباس، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- ٥٦- عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٥٧- محمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
- ٥٨- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق، دار الفكر، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
- ٥٩- محمد ناصر الدين الألباني، في صحيح الترغيب والترهيب، الرياض، مكتبة المعارف، ط٥.
- ٦٠- مناع خليل القطان، مباحث في علوم القرآن، بيروت، مكتبة المعارف، ط٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- ٦١- منلا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، بيروت، دار إحياء الكتب العربية.
- ٦٢- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر.
- ٦٣- يوسف بن إليان بن موسى سركيس، معجم المطبوعات العربية والمعربة، مصر، مطبعة سركيس، ١٣٤٦هـ، ١٩٢٨م.

نطاق الغش التجارى وطبيعته القانونية
في جريمة خداع المتعاقد
في القانون اليمني والقانون المقارن والفقہ الإسلامی
د. عبد الله على الخيارى

أستاذ مشارك نائب العميد لشئون الدراسات العليا والبحث العلمی
بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء - والمعهد العالی للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله الذي أقام العدل بين الناس وجعله أساساً في فض
المنازعات والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله الصادق الوعد
الأمين الذي هدانا إلى الحق المبين والصرط المستقيم، وأبلغنا شريعة رب
العالمين بيضاء نقية، واضحة جلية، خالية من الغش والزيف مبرأة من
التقص والعيب، هداية للضالين ورحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه
الكرام المتقين الذين صدقوا ما عاهدوا الله عليه فكانوا نجوم المهتمين،
وقدوة العاقلين، وعلى كل من اقتدى بهم فاهتدى إلى يوم الدين.

وبعد: سنقوم بتوضيح عام لمقدمة بحثنا هذا من خلال الفقرات

التالية :-

أولاً: مدخل تعريفي عام لموضوع البحث:

مما لا ريب فيه أن الله سبحانه وتعالى قد خلق الإنسان واستخلفه في
الأرض وأحل له الطيبات من الرزق وأمره بالسعي فيها ليتكسب المال
وتحصيله من طرق فيها الخير للناس وفيها النشاط والعمل وفيها الاختلاط
والتعارف والتعاون والمبادلة التجارية والاقتصادية. غير أنه بالنظر في دنيا
الناس نجد أن بعضهم قد ضعف الوازع الديني في نفوسهم فقتت قلوبهم
وكثر أطماعهم وأصبحوا لا يفرقون بين الحلال والحرام ولا بين الخبيث
والطيب وأصبح لا هم لهم إلا جني الأرباح والحصول على المال من وراء

تعاقباتهم المدنية أو التجارية بأي وسيلة كانت حتى ولو كان ذلك عن طريق وسيلة الغش والخداع والتضليل متجاهلين أن الشرع الإسلامي قد تكفل ببيان أسباب التكسب المشروعة ويبيّن حكم الاستيلاء على مال الغير بطريق غير مشروع، وقرر أن الأموال موقوفة على رضا أصحابها يتصرفون فيها كيفما يشاءون في حدود ما أذن به الشرع، فأحاط تعاقباتهم بسياج قوي من وسائل الحماية المدنية والجنائية على كل معتد عليها أياً كانت صورة هذا الاعتداء. وصور الاعتداء على حقوق الناس كثيرة منها، الغش والتدليس، والخيانة والخداع، والاختلاس، والنصب... الخ.

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)^(٢).

وقال أيضاً: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)^(٣).

وقال أيضاً: (من غشنا ليس منا)^(٤).

كذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الوضعية - المصرية والفرنسية - محل الدراسة قد تضمنت القواعد والأحكام القانونية الخاصة بقمع الغش والتدليس التي قد تشوبان العلاقات التجارية أو الصناعية بين الأفراد - كما سنرى ذلك في موضعه - وذلك للضرب على أيدي من يلجأ إلى الغش في سبيل تحقيق مكاسب غير مشروعة - ولم يكن المشرع اليمني

١- سورة النساء الآية (٢٩).

٢- جزء من حديث رواه الإمام مسلم بسنده عن أبي هريرة: انظر صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٦، ص ١٢١/١٢٠.

٣- الحديث أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، ج ٦، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ٧٢/٧٣.

٤- أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي، المرجع السابق، ج ٢، ص ١٠٩، والترمذي قال حديث حسن صحيح، انظر تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي دار الكتب العلمية القاهرة، ١٤١٠/١٩٩٠، ج ٤، ص ٤٥٣.

بعيداً عن تلك الحركات التشريعية لما رأى من ضرورة تدخله لمواجهة الصور والأشكال الجديدة من الغش والخداع والتدليس في مجال العلاقات الاقتصادية والتجارية، فتضمنت المادة (٣١٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ بعض النشاطات غير المشروعة والعقوبات المقرر لمرتكبيها كما صدرت في اليمن تشريعات خاصة لقمع الغش والتدليس والاحتكار وحماية المستهلك إضافة إلى جانب الجزاءات المقررة في القانون المدني اليمني من فسخ للعقود أو بطلانها أو تعويض، وهذه الحماية المزدوجة المقررة ضد أساليب الغش والتدليس والخداع في مجال التعاقدات التجارية والصناعية قد عرفت منذ زمن سحيق حيث حرصت الدول المختلفة عبر العصور على تدخل الجزاء الجنائي في مجال العلاقات التعاقدية، ففي تاريخ اليمن قبل الإسلام وجدت تشريعات عديدة لمكافحة الغش والتدليس في مجال التعاقد التجاري ومن أبرز تلك التشريعات القانون التجاري لمملكة قتيان (بيحان القديمة) يطلق عليه أيضاً (قانون تمنع) التجاري الذي حارب الغش والتدليس التجاري في عاصمة مدينة تمنع المعروفة حالياً بمدينة كحلان محافظة حجة في شمال اليمن، وقد تضمن هذا القانون بعض العقوبات منها أي إنسان يمارس الغش على أخيه يدفع غرامة قدرها خمسون قطعة ذهبية^(١).

كذا في مصر الفرعونية عرفت تدخل الجزاء الجنائي في مجال العلاقات التعاقدية حيث كأن الغش في وزن البضائع في مجال البيع والشراء جريمة يعاقب عليها المشرع الوضعي وخطيئة دينية.

وكان أهم التشريعات الجنائية التي تناولت بالتنظيم العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد في المجال الاقتصادي هو تشريع (حورمحب) سنة ١٣٣٠ قبل الميلاد^(٢).

- ١- (انظر د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج ٥، دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٨ ص ٦٢٤/٦٢٥ وكذا انظر ترجمة هذا القانون مجلة الحكمة التي يصدرها اتحاد الأدباء والكتاب اليمنيين العدد (٤٠) السنة ٤ يونيو ١٩٧٥).
- ٢- (انظر د. باهور لبيب ود. صوفي أبو طالب تشريع حورمحب القاهرة سنة ١٩٧٣).

كما نص المشرع في القانون الروماني على بعض التشريعات الجنائية التي تعاقب الأفراد على عدم الالتزام بالقواعد والأحكام التي وضعها لتنظيم العلاقات التعاقدية، حيث وجدت نصوص جنائية تتعلق بالعلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد بشأن استيراد الحبوب وتجارتها وبشأن الالتزام بالأسعار المحددة في البيع والشراء، وكانت العقوبات التي يجوز الحكم بها عند مخالفة هذا النصوص تشمل الغرامة والإعدام أحياناً. كما وجد في مدينة بيزنطة منذ عصر جوستينيان، وفي القرن العاشر الميلادي تشريعات جنائية تضع قيوداً على حرية الأفراد في مجال العلاقات التعاقدية وفي فرنسا صدرت عدة تشريعات تجرم العلاقات التعاقدية التي تتضمن مخالفات^(١).

لذلك يراد بالجزاء القانوني بمعناه العام الأثر الذي يترتب على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها القانون وهو يتنوع بتنوع نوع وطبيعة القاعدة القانونية محل المخالفة فيكون الجزاء جنائياً إذا كانت المخالفة لقاعدة من قواعد القانون الجنائي، وإما جزءاً إدارياً إذا كانت القاعدة التي خالفها الشخص من قواعد القانون الإداري ويكون الجزاء مدنياً إذا كانت المخالفة لقاعدة من قواعد القانون المدني، كما قد يكون الجزاء دينياً إذا كانت المخالفة لقاعدة من قواعد الدين^(٢).

وقد يجتمع جزاءان معاً في وقت واحد على مسئول واحد كاجتماع الجزاء الجنائي والجزاء المدني معاً إذا أحدث ضرراً بمصلحة عامة وخاصة معاً.

١ - (انظر د. عبدالحليم عبداللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنوفية ١٩٩٧ م. طبعة ٢٠٠٤ م. ار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ص ٥١٨ هامش رقم ٣).

٢ - راجع: د. أمال عبدالرحيم عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٣ ص ٢٢٩، وفي هذا المعنى د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام الطبعة الأولى ١٩٨٦ دار المطبوعات بالإسكندرية ص ٤٧٩/٤٨٠، د. عوض محمد قانون العقوبات القسم العام ١٩٨٣ مؤسسة الثقافة الجامعية ص ٣.

وبناء على ذلك فالمقصود بالغش التجاري في نطاق المسؤولية العقدية هو سوء النية العقدية أو هو كل سلوك مفسد للرضا، ففي الخيانة والغش والاستغلال والإكراه كلها تعتبر مواقف عمدية يقصدها المتصرف عند تعامله بعد عزمه عليها تقوم معه مسؤولية الفاعل المدنية أو الجنائية أو المسئوليتين معاً إذا أحدث ضرراً بمصلحة عامة وخاصة معاً، بل إن الغش التجاري قد يوجب التعويض باعتباره في ذاته عملاً غير مشروع لذلك ترتب معظم التشريعات المختلفة جزاءات جنائية إلى جانب الجزاءات المدنية على مخالفة مبدأ حسن النية في إبرام العقود أو عند تنفيذها لأن الغش التجاري قد ينطوي على استعمال طرق احتيالية فيكون عندئذ (غشاً تدليسياً) معاقباً عليه لا مجرد خطأ عمدي يستوجب التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع فقط لذلك صدرت في التشريعات التجارية المعاصرة قواعد عقابية خاصة بقمع التدليس والغش التجاري كالقانون الخاص بقمع التدليس والغش المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١م المعدل بالقانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م والقانون الفرنسي الخاص بقمع الغش والتزيف التجاري الصادر في عام ١٩٠٥م المعدل بمرسوم ١٩٧٨/٨/٤م المعدل في ١٩٨٠/٩/٥م، وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م وقانون التجارة الداخلية اليمني رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧م وقانون حماية المستهلك اليمني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٨م. وقانون المواصفات والمقاييس اليمني رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٩م وقانون التجارة الخارجية اليمني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م... الخ

ثانياً: مشكلة البحث وتساؤلاته:

كما تقدم يتبين أن موضوع البحث ينصب على نطاق الغش التجاري وطبيعته القانونية في جريمة خداع المتعاقد يهتم بدراسة تحديد النطاق القانوني الذي يضع قيوداً على حرية الأفراد في مجال العلاقات التعاقدية التجارية والصناعية لمكافحة الغش والتدليس الذي قد يقع من أحد أطراف التعاقد على الطرف الآخر عند إبرام العقد أو عند تنفيذه وتحديد طبيعته

القانونية وهل هو خطأ عمدي أم جريمة عمدية وهذا ما يثير مجموعة من الفرضيات أو الأسئلة التي تستدعي من وجهة نظرنا بحثها ويمكن إجمالها فيما يلي :-

- ١- ماهية الغش والتدليس والخداع والعيوب الخفية المعاقب عليه في عقد البيع والمعقود عليه؟
- ٢- هل فعلاً أن كلاً من القانون المدني والقانون الجنائي يساعد الآخر بوسائله الخاصة لمنع الأضرار الناتجة عن تصرفات أحد المتعاقدين غير المشروعة مما يستوجب معه وجود نوعاً من العلاقة بين القانونين المذكورين وغيرهما من القوانين الأخرى؟
- ٣- ما مدى الصلة بين جريمة خداع المتعاقد وبين الغش والتدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة؟
- ٤- ما الفرق بين جريمة خداع المتعاقد والتدليس الجنائي (النصب الجنائي)؟
- ٥- ما الفرق بين التدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة والتدليس الجنائي كجريمة يعاقب عليها قانون الجرائم والعقوبات؟
- ٦- ما الفرق بين جرمي الغش التجاري وخداع المتعاقد؟ وعبارة أخرى، هل مفهوم الغش المنصوص عليه في الفقرتين (ثالثاً- ورابعاً) من المادة (٣١٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ هي ذاتها التي وردت في مفهوم فقه القانون المدني، أو هي تماثل جريمة خداع المتعاقد المنصوص عليه في الفقرة (أولاً) من ذات المادة السابقة؟
- ٧- ما الفرق بين جرمي خداع المتعاقد والغش والعيوب الخفية في المبيع كعيب من عيوب الإرادة؟
- ٨- وأخيراً هل يتفق موقف الفقه الإسلامي من طبيعة الغش التجاري ونطاقه مع موقف الفقه القانوني في تجريم النصب والتدليس وخداع المتعاقد وغشه؟

هذا ما سنرى الإجابة على كل هذه المفترضات أو الأسئلة من خلال
دراستنا لموضوع هذا البحث بعون الله تعالى وتوفيقه.
ثالثاً: أهمية البحث:

تأتي أهمية بحث النطاق القانوني للغش التجاري وطبيعته القانونية
في جريمة خداع المتعاقد في كونها وسيلة لتحقيق عدة أهداف منها:

١- المساهمة في نشر الوعي القانوني والشرعي الذي يعود بالنفع
العام على الفرد والمجتمع وتتصل بمجموعها في النواحي الاقتصادية
والاجتماعية، كما تتصل بالجوانب الأخروية، ففيما يتعلق بالناحية
الاقتصادية وهو ما يظهر للمرء لأول نظرة تلك الأهداف أن ما يهم
القانون في نطاق العمل الضار هو وضع النصوص القانونية التي تكفل في
أن يحصل الفرد على حقوقه نتيجة هذا العمل الضار غير المشروع عن
طريق التعويضات إذا كانت الجريمة مدنية لا تمس إلا الفرد المتضرر
وبالتالي يقام التوازن الاقتصادي بين ما يعطى ويأخذ في معاملاته. أما إذا
كان الضرر قد لحق بالمجتمع تقوم المسؤولية الجنائية وهي ليست أقل أهمية
من المسؤولية المدنية بل أنها على العكس أعظم خطورة وأكبر إثماً وأفحش
أثراً، لأنها تنشأ عن جريمة تضر بالمجتمع والعقوبة فيها على الأكثر -
على حد تعبير الشرعيين- من حقوق الله تعالى، أي حق المجتمع.

٢- أن الغش التجاري في جريمة خداع المتعاقد موضوع هذا البحث
يحتاج إلى إبراز الأحكام المتعلقة بنطاقه القانوني وطبيعته القانونية
والشرعية عند إبرام العقد وعند تنفيذه ومدى صلة التدليس المدني كعيب
من عيوب الإرادة ببعض الأنظمة والمصطلحات الأخرى التي تشبهه به في
القانون الجنائي. ولعلي لا أكون مبالغاً إن قلت أن موضوع هذا البحث من
الموضوعات المهمة في حياة الناس الواقعية في اليمن لتعلقه بالمال والمال
شقيق الروح وبالصحة العامة للناس والحيوان، ومن ثم بمصالح كل من
يعيش في المجتمع فالغش إجرام مدني فهو في حقيقته عمل غير مشروع
يبرر تحرك القانون لإبطال التصرف، ولا شك أن القانون الفرنسي

والمصري يأتیان في مقدمة القوانين الحديثة التي قاومت الغش و التدليس بنصوص تشريعية خاصة و قد حظيت هذه القوانين بأهمية خاصة في نظر الفقه و القضاء في هذه البلدان نظراً للعدد الهائل من القضايا التي تعرض يومياً على القضاء لذلك كانت هذه القوانين مشتملة على صور عديدة للغش، بالإضافة الى العقوبات المقررة لهذه الجرائم بما في ذلك العقوبات الأصلية و التكميلية، وهذا ما دفعني بالإضافة إلى المعاني التي ذكرتها سابقاً أن أقوم ببحث هذا الموضوع في هذه القوانين و القوانين اليمنية الخاصة بقمع الغش و التدليس التجاري و ما يقابل ذلك في الشريعة الإسلامية، و ذلك مراعيّاً في ذلك كله سهولة الأسلوب و ووضوح العبارة بما يبسط الموضوع و يجعله يسير المأخذ بالنسبة للطالب و القارئ على حد سواء.

رابعاً: أهداف البحث:

البلوغ إلى حل لمشكلة البحث المتعلقة بنطاق الغش التجاري وطبيعته القانونية في جريمة خداع المتعاقد وما يتصل به من مشاكل سنقوم في هذا البحث بدراسة مفهوم الغش و التدليس لدى فقهاء القانون المدني و قانون تشجيع المنافسة و منع الاحتكار و الغش التجاري اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م و قانون التجارة الداخلية اليمني رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧م و القانون اليمني للمواصفات و المقاييس رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٩م و قانون العلامات التجارية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠م، و قانون التجارة الخارجية اليمني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م، و الغش و التدليس في جريمة خداع المتعاقد الواردة في الفقرة (أولاً) من المادة (٣١٢) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني النافذ و الخاصة بجريمة الخداع في حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة، و مفهوم الغش المنصوص عليه في الفقرتين (ثالثاً - ورابعاً) من المادة السالفة مما يمكن معه تحديد نطاق و طبيعة التجريم في هاتين الفقرتين هل هو مجرد تكرار لما جاء في الفقرة (أولاً) من نفس المادة السالفة الذكر أم هو مجرد تكملة لها أم لا؟

خامساً: منهج البحث:

لقد اعتمدت في دراستي لهذا البحث على ثلاثة مناهج هي:

١- المنهج التحليلي الموضوعي الذي يقوم بالأساس على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها من أجل استخلاص النتائج المناسبة لحل مشكلة البحث.

٢- المنهج التطبيقي الذي يقوم بالأساس على تدعيم المواقف الفقهية والتشريعية باجتهادات قضائية ذات صلة وثيقة بموضوع البحث وعلى الأخص اجتهاد القضاء اليمني على الرغم من ندرته والقضاء المصري ونظيره الفرنسي، فالقرارات القضائية اليمنية- التي هي في غالب الأحوال تسير على غرار القضاء المصري- لم نجد فيها الكثير مما يتعلق بموضوع بحثنا والسبب في ذلك يكمن في اعتقادنا صعوبة الحصول عليها، وعدم اهتمام الجهات المختصة بنشر كل ما يصدر من القضاء اليمني أولاً بأول في مجموعات النشر المخصص لها كما هو الجاري في مصر وفرنسا وبعض البلدان الأخرى التي سلكت هذا المسلك خدمة للمشتغلين بالقانون والباحثين فيه.

٣- المنهج المقارن: بين القوانين اليمنية ذات الصلة بموضوع البحث ومقارنتها بالقوانين المصرية والفرنسية مع الإشارة إلى بقية القوانين الأخرى كلما اقتضت الحاجة لذلك، ومقارنة هذه القوانين المعاصرة محل الدراسة بما جاء في الفقه الإسلامي بمختلف آراء مذاهبه الفقهية.

سادساً: خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث في الموضوع أن أقسم خطته العامة من الناحية الشكلية بعد المقدمة هذه إلى أربعة مباحث يتخللها عدة مطالب وفروع وذلك على النحو التالي:-

- المبحث الأول: الحاجة لتدخل الجزاء الجنائي في نطاق التعاقد المدني والتجاري.
- المطلب الأول: نطاق التدخل الجنائي في القانونين المصري والفرنسي الخاصين بقمع التدليس والغش والتزييف التجاري.

- المطلب الثاني: نطاق التدخل الجنائي لقمع الغش و التدليس و الخداع التجاري في القوانين اليمنية.
 - المطلب الثالث: مقارنة العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات يمني، والعقوبات المحددة في القوانين اليمنية الخاصة محل الدراسة.
 - المطلب الرابع: نطاق (مجال) تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات يمني، و المادة الأولى في القانونين المصري و الفرنسي الخاصين بقمع الغش و التدليس.
 - المبحث الثاني: العلاقة بين التدليس المدني و المصطلحات التي تشته به في القانون الجنائي
 - المطلب الأول: التمييز بين جريمة الخداع و التدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة.
 - المطلب الثاني: ألتمييز بين جريمة الخداع و التدليس الجنائي (النصب).
 - المطلب الثالث: التمييز بين التدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة و التدليس الجنائي.
 - الفرع الأول: مفهوم التدليس الجنائي (النصب).
 - الفرع الثاني: أوجه الشبه و الاختلاف بين التدليس المدني و التدليس الجنائي.
 - المطلب الرابع: التمييز بين جرمي الغش التجاري و الخداع.
 - المطلب الخامس: التمييز بين جرمي الخداع و الغش و العيوب الخفية في المبيع كعيب من عيوب الإرادة.
 - المبحث الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من نطاق الغش التجاري و طبيعته في تجريم النصب و خداع المتعاقد و خشه.
 - المبحث الرابع: مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي في طبيعة الغش التجاري و نطاقه في تجريم النصب و خداع المتعاقد
 - الخاتمة: تتضمن خلاصة لأهم النتائج و التوصيات التي خرجنا بها من هذا البحث.
- قائمة تحتوي على أهم مراجع البحث.

المبحث الأول

الحاجة لتدخل الجزاء الجنائي في نطاق التعاقد المدني والتجاري

تقسيم:

- سنقوم بتوزيع الدراسة في هذا المبحث إلى أربعة مطالب هي:
 - **المطلب الأول:** نطاق التدخل الجنائي في القانونين المصري والفرنسي الخاصين بقمع التدليس والغش والتزييف التجاري.
 - **المطلب الثاني:** نطاق التدخل الجنائي لقمع الغش والتدليس والخداع التجاري في القوانين اليمنية.
 - **المطلب الثالث:** مقارنة العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات يمني، والعقوبات المحددة في القوانين اليمنية الخاصة محل الدراسة.
 - **المطلب الرابع:** نطاق (مجال) تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات يمني، و المادة الأولى في القانونين المصري و الفرنسي الخاصين بقمع الغش والتدليس.

المطلب الأول

نطاق التدخل الجنائي في القانونين المصري والفرنسي الخاصين بقمع التدليس والغش والتزييف التجاري

قدمنا بأنه إذا كان بعض أحوال خداع وغش التعاقد قد يوجب المسؤولية المدنية فإن هناك بعضاً من أحوال الخداع أو الغش قد توجب المسؤولية الجنائية والمدنية معاً إذا أحدث ضرراً بمصلحة عامة وخاصة معاً بل أن الغش قد يوجب التعويض باعتباره في ذاته عملاً غير مشروع لذلك ترتب معظم التشريعات المختلفة جزاءات جنائية على مخالفة مبدأ حسن النية في العقود والتصرفات، وبعض هذه الجزاءات قد جاء بها المشرع في صلب التشريع المدني ذاته، وبعضها الآخر نص عليه قانون العقوبات بل إن جريمة خداع التعاقد قد صدرت بشأنها في كل من مصر وفرنسا تشريعات خاصة إذ نص عليها المشرع الفرنسي في القانون الصادر في أول

أغسطس ١٩٠٥ الخاص بقمع الغش والتزيف التجاري المعدل بمرسوم
١٩٧٨/٨/٤ والمعدل في ١٩٨٠/٩/٥^(١)

حيث نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي على: "عقاب كل من
خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة من الطرق الآتية:

١- عدد البضاعة، أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها، أو وزنها، أو
طاقتها، أو عيارها.

٢- ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه.

٣- حقيقة البضاعة أو طبيعتها، أو صفاتها الجوهرية، أو ما تحتويه من
عناصر نافعة، وعلى العموم العناصر الداخلة في تركيبها.

٤- نوع البضاعة أو أصلها، أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها -

بموجب الاتفاق أو العرف - النوع أو الأصل، أو المصدر، غشاً
إلى البضاعة سبباً أساسياً في التعاقد"^(٢) وقد استقى المشرع المصري

أحكام هذا القانون في المادة الأولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١
المعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤، والخاص بقمع التديليس

والغش التجاري من القانون الفرنسي السالف الذكر.

إذ تنص المادة الأولى من هذا القانون على أنه: (يعاقب بالحبس مدة

لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنية، ولا تتجاوز

عشرين ألف جنية، أو ياحدى هاتين العقوبتين كل من خدع أو شرع في أن

يخدع المتعاقد بأية طريقة من الطرق في أحد الأمور الآتية:

١. ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه.

٢. حقيقة البضاعة أو طبيعتها، أو صفاتها الجوهرية، أو ما تحتويه من

عناصر نافعة، وعلى العموم العناصر الداخلة في تركيبها.

(١) انظر د. منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات ج١ مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة
للنشر والتوزيع عمان الأردن الطبعة الثالثة ١٩٩٥م، ص ١٨٨.

(٢) راجع د. حسن عبدالمؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي دراسة مقارنة دار النهضة
العربية القاهرة سنة ١٩٩٣ ص ٢١٦، د. حسني الجندي قمع الغش، الحماية الجنائية
للمستهلك، طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٥ ص ١٣/١٤.

٣. نوع البضاعة أو منشؤها أو أصلها، أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها - بموجب الاتفاق أو العرف - النوع أو الأصل، أو المصدر المسند، غشاً إلى البضاعة سبباً أساسياً في التعاقد.
٤. عدد البضاعة، أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها، أو وزنها، أو طاقتها، أو عيارها.

وتكون العقوبة بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنية ولا تتجاوز ثلاثين ألف جنية أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ارتكبت الجريمة المشار إليها في الفقرة السابقة أو شرع في ارتكابها باستعمال موازين أو مقاييس أو مكاييل أو دمغات أو آلات فحص أخرى مزيفه أو مختلفة أو باستعمال طرق أو وسائل أو مستندات من شأنها جعل عملية وزن البضاعة أو قياسها أو كيلها أو فحصها غير صحيحة)

فالواضح مما تقدم أن كل من المشرع الفرنسي و نظيره المصري قد تطرقا إلى الحديث عن جريمة خداع المتعاقد حيث يكون الخداع متحققا إذا سلك المتعاقد في تعامله مع المتعاقد الأخر أية طريقة من الطرق المبينة في هذه النصوص التي وردت على سبيل الحصر و بالتالي لا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها مع ملاحظة أنه فيما يتعلق بالصفة الثالثة في القانون المصري و الصفة الرابعة في القانون الفرنسي فان الخداع في نوع البضاعة أو منشؤها أو مصدرها لكي يدخل نطاق التأييم والعقاب يجب أن يكون النوع أو المنشأ أو الأصل أو المصدر المسند غشاً إلى البضاعة كان هو السبب الأساسي والرئيسي في التعاقد^(١).

والمشرع الفرنسي والمصري في هذه النصوص لم يعينا وسيلة أو طريقة معينة للخداع، لأن الخداع هو الطريقة الغالبة في ارتكاب الغش إذ لا يتطلب ارتكابه أكثر من الكذب سواءً أكان بالإشارة أو شفويًا.

(١) عمر و محمود عابدين، جرائم الغش في ظل القانون (٤٨) لسنة ١٩٤١م، المعدل بالقانون (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٥م، ص(١٠).

و يرى البعض أن خداع المتعاقد في قانون الغش التجاري يعني أيقاع المتعاقد الآخر في غلط متعلق بالبضاعة محل التعاقد، بإدخال اللبس الى نفسه لتضليله و حمله على التعاقد بحيث لو لا هذا الخداع ما أقدم على إبرام العقد، فالمخداع يلبس أمراً من الأمور مظهراً يخالف ما هو عليه في الحقيقة.^(١)

وبناء على ذلك فالخداع لا يتحقق إلا بقيام الفاعل بنشاط إيجابي ملموس فلا يكفي فيه مجرد الكتمان لكن يكفي فيه كما ذكرنا مجر الكذب سواء الشفوي أو بالإشارة و هذا بعكس - كما سنرى - جريمة النصب التي يستلزم لقيامها وجود مظاهر خارجية مادية.

و الوسيلة التي يستخدمها الفاعل في جريمة الخداع يتعين أن تكون موجهة إلى شخص المتعاقد دون مساس بطبيعة البضاعة و لا يشترط فيها طريقة معينة أو حداً معيناً من المسافات أو درجة معينة من الإتيان فكل كذب أو عمل يستهدف تضليل المتعاقد يعد خداعاً^(٢).

فيعتبر خداعاً للمشتري في صفات المبيع الجوهرية زيادة الحموضة في المادة المباعة و لا يصح القول بأن الحموضة ليس من عمل المتهم إنما هي ناتجة عن تفاعل المواد التي يتكون منها الشيء المبيع^(٣).

و يكفي لجريمة الخداع أن يكون الغلط الذي دفع البائع المشتري إليه متعلقاً بطبيعة البضاعة أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أحد الأسباب الدافعة إلى إبرام الصفقة، و لا يلزم أن يكون هذا الغلط هو السبب الأساسي في التعاقد، و مما يدعم هذا النظر أن الشارع المصري عين بالنص في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه على وجوب أن يكون ((النوع أو الأصل أو المصدر)) إذا حصلت الخديعة في واحد منها سبباً أساسياً في

(١) د.عبد الحكم فوده، جرائم الغش التجاري و الصناعي، منشأة المعارف الإسكندرية، ط ١٩٩٦م، ص (٣٤).

(٢) د.عبد الحميد الشواربي، جرائم الغش والتدليس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ١٩٨٩م، ص (١٢).

(٣) تقض جنائي مصري في ١٨/٤/١٩٤٩م في الطعن رقم (٥٥٣) لسنة ١٩ ق.

التعاقد في حين أنه لم يقيد ما ورد في الفقرات الثلاث الأولى بهذا القيد^(١)، و هذا ما نلاحظه أيضاً على النص الفرنسي في الفقرة الرابعة من المادة السالفة الذكر،

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها التي ذهبت فيها إلى أن جريمة خداع المشتري هي من الجرائم العمديه التي يشترط لتوافر أركانها ثبوت القصد الجنائي لدى المتهم وهو يعلم بالغش الحاصل في البضاعة وأنه تعمد إدخال هذا الغش على المتعاقد الأخر^(٢). فوفقاً لهذا النظر إن جريمة خداع المتعاقد تتم بانعقاد الصفقة التي وقع فيها، سواء تم ذلك شفاهة أم كتابة، فيكفي توافر عناصر الجريمة لكي يكون المخادع مستحقاً للعقاب بصرف النظر عما قد يترتب عليها من التزامات بين المتعاقدين في حالة خديعة المتعاقد أو ما يكون لأحدهما من حقوق مرتبة بمقتضى القانون المدني أو التجاري، إذ أن العقاب على تلك الجرائم يهدف الشارع لا إلى تحقيق مصلحة خاصة فقط، وإنما يهدف إلى هدف أسمى وهو تحقيق مصلحة عامة وهي التي من أجلها تحتم على المشرع الجنائي في المجتمعات المعاصرة التدخل بعقوبات جنائية خاصة لحمايتها وهي منع الغش فيما يتعامل فيه الناس وقد حظيت هذه القوانين بأهمية خاصة في نظر الفقه والقضاء في هذه المجتمعات نظراً للعدد الهائل من القضايا التي تعرض يومياً على القضاء، لذلك كانت تلك القوانين مشتملة على صور عديدة للغش بالإضافة إلى العقوبات المقررة لهذه الجرائم بما في ذلك العقوبات الأصلية والتكميلية بل أن هذه النصوص

- (١) نقض جنائي مصري في ١٤/٦/١٩٥٠م، في اطعن رقم (٤٠١) لسنة ١٩ق.
- (٢) نقض جنائي مصري ٢٩/٣/١٩٥٥م، مجموعة أحكام النقض لسنة ٦٦، رقم ١٦، ص (٨٨) و نقض جنائي مصري ١٣/٦/١٩٨٥م طعن رقم ٦٣٣٥ لسنة ٥٥ قضائية، نقض جنائي مصري في ٣١/٥/١٩٧٩م، طعن رقم ٤٨، لسنة ٤٨ قضائية، نقض جنائي مصري في ١/١٠/١٩٧٩م، طعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٩ قضائية، نقض جنائي مصري في ١٤/٦/١٩٨١م، طعن رقم ٢٣١- لسنة ٥١ قضائية.

تعاقب حتى على الشروع في تلك الجرائم، ولو بعرض البضاعة للبيع دون أن يكون هناك عقد قد أبرم^(١).

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري إلى مدى أهمية هذا القانون الخاص في شأن مكافحة ظاهرة الغش والتدليس التجاري في العلاقات التعاقدية بين الأفراد، باعتبارها آفة اجتماعية بحاجة شديدة لمكافحتها حيث قالت: "من الحقائق الواقعة انتشار الغش فيما يتبايع به الناس انتشاراً يكاد يتناول جميع ما يحتاجون إليه في مآكلهم أو مشربهم أو تطيبهم أو ما يرغبون به من أسباب التكمّل، والغش مضر حيثما وقع فيما يتغذى به الناس أو يتداونون به أياً كانت الطريقة التي يرتكب بها، فإذا كانت بتقليل المادة الغذائية في الطعام كان الضرر منه خطيراً إذا كان مما يستعمله سواد الناس وإذا كانت بإضافة مادة ضارة بالصحة أو كان الغش في أنواع الأدوية كان الضرر منه واقعاً على الحياة نفسها، ولا يقف الضرر في الغش عند المستهلكين، بل يتعداهم إلى كل من لم تفسد ذمته من المنتجين والزراع والتجار فهؤلاء تلقى منافسة غير مشروعة، وهم بين أمرين إما أن يتجنبوا الغش ويلتزموا جادة الأمانة في المعاملة فيتعرضوا بذلك لمضرة، وإما أن تنهافت قواهم وتغلب عليهم شهوة الربح فيجاروا الغشاشين في غشهم لكي لا يستأثروا دونهم برواج السلعة وسهولة البيع، وفي الحالتين تضمحل النزاهة وتفسد الذمم وتذهب الثقة في الأسواق والغش في الواقع آفة اجتماعية يتضاءل في كفاحه كل مجهود نظراً إلى تنوع وسائله ووفرة أنانيته وخفائها وتكرار استخدام الجديد فيه باستخدام ما يكشف عنه العلم في تقدمه المستمر، حتى لقد شكّا مرة وزير الزراعة

(١) د.عبد الحكم فوده، جرائم الغش التجاري والصناعي، المرجع السابق، ص(٤١)، د.عبد الحميد الشواربي، جرائم الغش والتدليس، المرجع السابق، ص(١٣)، د.حسن الجندي، نظرية الجريمة المستحيلة في القانون المصري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص(٩) وما بعدها، مشار إليه في د.حسن علي مجلي وآخرون. جرائم الغش والخداع التجاري في القانون والقضاء اليمني، مركز عبادي للدراسات والنشر صنعاء، ٢٠٠٧م، الطبعة الأولى، ص(١٠).

بفرنسا من أنه ما كان يقدم لمجلس النواب قانوناً لمنع الغش حتى أفسد عليه الغشاشون علمه باستتباط وسيلة أخرى للغش غير التي تضمنها مشروعه، وآفة كهذه جديرة بكل اهتمام بالتعهد دائماً بالعناية لملاحظة أساليبها المتجددة^(١).

فالتبين من ما أوردته هذه المذكرة للقانون الخاص بقمع التدليس والغش التجاري المصري إلى أهمية تدخل الجزاء الجنائي في العلاقات التعاقدية كجزاء لردع التصرفات التعاقدية التي يقترب بها إضرار بالمصلحة العامة للجماعة والأفراد معاً والمشرع الجنائي في هذا يقف من سوء النية موقف الزجر والردع وفق ما يراه من عمق خبثها مستعيناً في ذلك بالغاية المقصودة فهو لا ينظر إلى السلوك الإرادي في ذاته بقدر ما ينظر إلى ما يهدف إليه هذا السلوك وما ينطوي عليه من الأضرار حتى إذا ما تأكد من وجود ذلك قطع بوجود سوء النية ثم يغوص بعد ذلك في بواعث النية الآثمة كنية الإساءة أو نية الإضرار، حتى إذا ما تأكد من وجوده فقد تحقق قصد الإثم لديه^(٢). ونية الإضرار بالغير في مجال التصرفات القانونية تستتبع جزاء مدنياً وآخر جنائياً^(٣).

(١) انظر د.حسن عبدالمؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي دراسة مقارنة طبعة دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٩٣ ص ٢١٤.

(٢) راجع د. سيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٣٤ ص ١٠٤٩.

(٣) حيث تقوم المسؤولية المدنية على الإخلال بواجب قانوني أو اتفاقي ضار بمصلحة فردية خاصة. أما المسؤولية الجنائية فتقوم على الإخلال بواجب قانوني ضار بمصلحة المجتمع فالنية تعتبر ركناً في المسؤولية الجنائية بخلاف ذلك من حيث المبدأ في المسؤولية المدنية.

انظر: د.عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ١ مصادر الالتزام، المجلد الثاني طبعة ١٩٨١ ص ١٠٣٩، أستاذنا د.جميل الشراوي المصادر طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨١ ص ٤٤٤، د.سليمان مرقس المسؤولية المدنية القسم الأول طبعة ١٩٧١ ص ٩٠٤، د.عبدالمعتمد الصدة مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٤٢٨، د.محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للعقود المدنية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ١٣٣.

غير أن استعانة المشرع المدني بقواعد القانون الجنائي لا يعني استبعاد
الجزء المدني كلية، وإنما تعمل العقوبة الجنائية مجتمعة معه. لكن يظل كل
جزء في نطاقه الخاص محتفظاً بخصائصه الذاتية، وذلك نظراً لاستقلال كل
من القانون المدني والجنائي عن بعضهما البعض في القواعد والأحكام
حيث أن القانون المدني له جزاءاته المستقلة التي يفرضها على المخالفين
لأحكامه، كالبطلان والتعويض، ولا يحتاج إلى القانون الجنائي إلا عندما
يجد قصوراً في جزاءاته يقتضي ضرورة الاستعانة ببعض جزاءات القانون
الجنائي^(١)، لأن هناك ثمة حالات يكون فيها مسلك المخالف مشوباً بالفش
أو سوء النية ولا يكفي فيها الجزاء المانع أو الإصلاحي وحده لردعه ومنعه
من تكرار المخالفة ما دام أن سلوكه لن يعرضه لخطر حقيقي فهو إما أن
يفلت بأثار المخالفة ويحني ثمارها، وإما أن يلحقه الجزاء الإصلاحي أو
الاستردادي فيعيد الأمور إلى نصابها فهو في جميع الفروض لم يضر شيئاً
ما لم يكن مستفيداً من مخالفته التي تعد مخالفة لقاعدة قانونية تمثل في نفس
الوقت اعتداءً وتكراراً لقواعد الأخلاق يجب ألا يفلت من عقاب حقيقي
لعدم التزامه بمراعاة قواعد الأخلاق في المعاملات وفي عدم الإضرار
بالغير، وفيما كشفت عنه الناحية العملية من أن التزام الأخلاق فيما وراء
التكليف القانوني يمثل حماية كاملة للمصالح الفردية والمصلحة
الاجتماعية^(٢)، حيث أن الواقع العملي دل بما لا يدع مجالاً للشك بأن

(١) انظر د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة
الرابعة، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٥ ص ١٥. د. رمسيس بهنام الإجراءات
الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٤، ص ٣٥٣/٣٥٢،
د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري دار الفكر العربي القاهرة
ج ١ ص ٢٨٨، د. محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للعقود المدنية، المرجع
الضابق ص ١١٣/١٦٤، د. سيد بدوي، حول نظرية عامة لبدأ حسن النية في
المعاملات، المرجع السابق ص ١٠٥٨.

(٢) ريبين، القوي الخلافة للقانون طبعة ١٩٥٥ ف ١٢٨ و ١٨١، ديموج الالتزامات ج ٤
ف ٢٨٣ ص ٤٥٢، سافاتيه، المسؤولية المدنية الطبعة الأولى ج ٢ ص ١٠٣، وقارن
شارك ص ٣٥٧ (مشار إليهم جميعاً في د. محمد إبراهيم دستوقي في رسالته تقدير
التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،
١٩٧٣ م، ص ٢٠٦ هامش رقم ٢).

الأضرار الفردية لا تهم الأطراف وحدهم ، وإنما تهم المجتمع ككل ، لأنها تمثل خسارة بالنسبة له لا تعوض ؛ إذ ليس هناك بديل من وجهة نظر الثروة الوطنية ، لفقد الأرواح الإنسانية أو الانتقاص من القوى العاملة أو الأشياء المادية الهالكة ، فلا يمكن إعادة المجموع بمجرد الحصول على التعويض أو القيمة من ذمة محدث الضرر إلى المضرور^(١) . ولهذا كانت الحاجة ماسة إلى قيام المشرع بالاستعانة بالقانون الجنائي لحماية قواعد القانون المدني عن طريق اعتبار بعض المخالفات المدنية جرائم جنائية يعاقب عليها بعقوبة عامة^(٢) ، باعتبار ذلك الطريق أيسر السبل وأقربها من الناحية العملية لتحقيق كفالة احترام قواعد القانون المدني^(٣) ، وقد عرف هذا منذ زمن بعيد كما رأينا .

فإن قيل - وقد قيل - أن استعانة القانون المدني بالقانون الجنائي لها بعض الآثار السيئة^(٤) . فإن ذلك لا يقطع الصلة القائمة بين القانونين ومدى

(١) ستارك الوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية رسالة دكتوراه من باريس ١٩٤٧ ص ٣٥٥ مشار إليه في د. محمد إبراهيم دسوقي رسالته السابقة ص ٢٠٨ هامش ٢ .

(٢) إذا كانت مسألة الفصل بين القانونين الجنائي والمدني يتجه الفقه القانوني إلى تأكيدها يوماً بعد يوم فإن هناك في المقابل ثمة أصوات أخرى ترتفع إلى أن هذا التقابل ليس منقطع الصلة تماماً بل أن كلا من القانونين يساعد الآخر بوسائله الخاصة ، لمنع الأضرار الناتجة عن خطأ الفرد ، وثمة نظريات كثيرة قامت في الفقه لتفسر وتبرر نوعاً من العلاقة بين القانونين (انظر: رسالة د. جلال العدوي ، الإيجاب القانوني على المعاوضة جامعة الإسكندرية ١٩٦٠ ، ف ١٥٧ إلى ف ١٨٣) .

(٣) د. السيد بدوي حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات ، المرجع السابق ، ص ١٠٦٨ .

(٤) حيث أن تطبيق القانون الجنائي أحياناً يكون غير مؤكد بسبب تخلف الإجراءات أو بسبب إحجام القاضي عن تطبيق الجزاء الجنائي لقسوته أو عدم ثبوت القصد الجنائي ، أو لسبب من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية ، كما أن المخالفة المشمولة = مجزاء جنائي قد تكون صعبة الإثبات كجريمة جنائية بسبب حرص أطراف العلاقة على التستر عليها لاتفاق مصطلحتهم في مخالفة القانون ، أو بسبب دقة نواهي القانون الجنائي وقواعد تفسيره وتطبيقه هذا فضلاً عن أنه قد يؤدي تقرير جزاء جنائي قرين القاعدة المدنية ما يبعث على الشعور العام بالخوف والرهبة الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى الإحجام عن الإقدام على التعامل فيتعرض النشاط الاقتصادي لخطر الانكماش إن لم ينهار كلية .

احتياج قواعد القانون الخاص إلى الاستعانة بقواعد القانون العقابي لأن تقرير الجزاء الجنائي في إطار القانون المدني لا يعني استبعاد الجزاءات المدنية مطلقاً وإنما يواجه المشرع العقابي الناحية الرادعة من الجزاءات من غير أن يتطرق إلى الجزاءات المدنية الأخرى التي يمكن تطبيقها إلى جوار الجزاء الجنائي متى توافرت شروطها من غير أن يتأثر ذلك بمبدأ العقاب في ذاته والذي لا يسمح بتوقيع عقوبتين على مخالفة واحدة؛ لأن الجزاءات المدنية ذات طابع تعويضي يرمي إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه؛ لذلك يمكن أن ترفع دعوى المسؤولية المدنية إلى جوار دعوى المسؤولية الجنائية كما يجوز أن تتضمن الدعوى المدنية إلى الدعوى الجنائية ويصدر فيها حكم واحد^(١) وذلك عندما تكون مخالفة القاعدة القانونية المدنية من شأنها في ذات الوقت أن تهدد النظام الاجتماعي مثل جريمة إصدار شيك بدون رصيد أو الربا أو

انظر في ذلك: د. السيد بدوي حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المرجع السابق ص ١٠٦٣، د. محمد إبراهيم دسوقي رسالته تقدير التعويض المرجع السابق ص ٢١١/٢١٠ وقد أشار من الفقه الفرنسي إلى هينغار المرجع السابق في الفقرات ١٥، ٢٥، ٢٦، وإلى ريبير القوي الخلافة للقانون ف ١٢٨ وإلى ستارك الوظيفة المزدوجة لأساس المسؤولية المدنية رسالة دكتوراه جامعة باريس ص ٣٥٩/٣٥٨.. وانظر د. محمد مصباح القاضي الحماية الجنائية للعقود المدنية المرجع السابق ص ١٢٢/١٢٣.

(١) نقض مدني مصري في ١٩٥٦/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٦٤٦، ونقض مدني مصري في ١٩٥٧/٦/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٦٠٦، غير أنه يلاحظ هنا أن قاضي الموضوع الجزائري يتعين عليه عند تكييف الدعوى وتطبيق النصوص، أن يفحص العقد - ما دام من عناصر الجريمة - ويستبين مدى مشروعيته وسلامته وصحته، لأن من حق القضاء أن يحكم بطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا بصرف النظر عن رغبة الخصوم وبالتالي لا تقوم الجريمة لأن آثاره لن تسري في مواجهة طرفيه. لذلك لن تقوم الجريمة إذا كان العقد صحيحا، فالقانون لا يحرم الخداع إلا في العقد الباطل بطلانا نسبيا لورود تدليس أو غش أو تضليل أو خداع. وفي الصدد صدر عن المحكمة العليا اليمنية الدائرة الجزائية المبدأ التالي: لا يوقف الفصل في الدعوى الجزائية حتى يتم الفصل في المسألة غير الجزائية إلا إذا كان الفصل في المسألة غير الجزائية يتوقف عليه الفصل في الدعوى الطعن رقم (١٩٠١٣) لسنة ١٤٢٥ هـ (جزائي) انظر القواعد القانونية والقضائية الجزائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، المطبعة القضائية، صنعاء، ٢٠٠٤/٢٠٠٣ م، ص ١٥٤.

الإفلاس المقترن بالتدليس أو الغش حيث فرق المشرع الفرنسي في القانون التجاري بين الإفلاس بحسن نية والإفلاس المقترن بالتدليس أو الغش ولقد نحى الشارع المصري نحوه في هذا الخصوص وإن كان المشرع المصري قد ضمن هذه التفرقة قانون العقوبات (المواد ٣٢٨ : ٣٣٥ عقوبات مصري ، مكتفياً في القانون التجاري مصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م في المادة (٧٦٨) منه بأن "تسري في شأن جرائم التفالس الأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات"

بالإضافة إلى ما أشار إليه المشرع المصري في القانون التجاري السالف الذكر عن هذا الشأن في المادتين (٧٦٩ ، ٧٧٢) تجاري مصري والمادتين ٢٣٩ و ٢٤٠ من قانون الإفلاس الألماني والمادتين ٢٠٥ و ٤٨٦ من قانون العقوبات النمساوي والمادة ٢٧٣ وما بعدها من قانون العقوبات البلجيكي^(١).

كذلك تعتبر جريمة خيانة الأمانة من ضروب سوء النية في المعاملات التي تدخلها التشريعات عادة في نطاق الغش والتدليس الجنائي وهذا يتضح مما نص عليه المشرع المصري ومن معاقبة من يختلس أو يستعمل أو يبدد ما يسلم إليه على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو بصفته وكيلاً بأجرة أو مجاناً إضراراً بالكيها (المادة ٣٤١ عقوبات مصري).

ولعل أظهر وضع لذلك - وهو موضوع بحثنا - ما نصت عليه التشريعات الخاصة في كل من مصر وفرنسا خاصة بشأن قمع التدليس والغش في المادة الأولى من تلك القوانين السالفة الذكر كذلك الأمر في اليمن صدرت عدة تشريعات تضمنت أحكاماً خاصة بقمع الغش والخداع والتضليل في المعاملات التجارية كقانون التجارة الداخلية اليمني رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧م وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري

(١) انظر في هذا الشأن حسين عامر المسئولية المدنية . دار المعارف . الإسكندرية . الطبعة الثانية . ١٩٧٩م . ف ٧٤٣ ص ٥٥٤ .

رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م وقانون حماية المستهلك رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٨م وقانون المواصفات والمقاييس اليمني رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٩م، وقانون العلامات التجارية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠م وقانون التجارة الخارجية اليمني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م، وقانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م وهو ما سنقوم من خلال هذه القوانين بدراسة نطاق الغش والخداع التجاري وطبيعتهما وذلك في المطالب التالية.

المطلب الثاني

نطاق التدخل الجنائي لقمع الغش والتدليس والخداع التجاري

في القوانين اليمنية

قد منا بأن المشرع اليمني قد قام هو الآخر بتقنينه العقابي لجرائم الغش والتدليس والخداع التجاري وذلك متأثراً بمرحلة التشريعات الصادرة في كل من مصر وفرنسا في مجال محاربة الغش والتدليس التجاري وهذا واضح كما رأينا من خلال قيام المشرع اليمني المعاصر بإصدار العديد من التشريعات القانونية العامة والخاصة المتعلقة بهذا الشأن حيث نصت المادة (١٥) من قانون التجارة الداخلية اليمني رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧م: على أن يعاقب كل من غش أو تلاعب في الموازين والمكاييل أو المقاييس والمكونات للبضائع المتداولة بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة مالية لا تقل عن (١٠٠,٠٠٠) مائة ألف ريال ولا تزيد على (٢٠٠,٠٠٠) مائتين ألف ريال) ونصت المادة (١٣) من ذات القانون على أنه:

(أ- كل من عرض بغرض البيع بضائع فاسدة أو تالفة أو انتهت فترة صلاحية استخدامها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة مالية لا تزيد على خمسمائة ألف ريال مع إتلاف البضائع على حساب العارض.

(ب- كل من باع بضائع فاسدة أو تالفة انتهت فترة صلاحيتها يعاقب بالحبس مدة ستة أشهر مع دفع تعويضات للمتضرر عن الضرر المباشر الناجم عن استخدام تلك السلعة بناء على تقرير طبي مقدم للمحكمة مع إتلاف تلك البضائع على حساب البائع. ج- كل من

استورد أو صنع بضائع لا تطابق المواصفات والمقاييس المعتمدة بالجمهورية تطبق عليه العقوبات المنصوص عليها في قانون المواصفات والمقاييس) وهذا ما قرره فعلاً قانون المواصفات والمقاييس اليمني في المادة (١١) منه الذي نص على أن (كل من ارتكب إحدى المخالفات الواردة أدناه يعاقب بغرامة مالية لا تزيد عن مائتين و خمسين الف ريال أو بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر و في كل الأحوال تضبط السلع المخالفة و يحكم بمصادرتها أو بإتلافها على نفقة المخالف.

١- التلاعب بأوزان المواد أو إحجامها أو قياساتها أو تركيباتها بقصد الغش.

٢- صنع أدوات قياس غير قانونية أو بيعها والتلاعب بأدوات القياس القانونية أو استعمال أدوات قياس غير قانونية أو غير مدموغة بقصد التضليل أو الغش.

٣- إضافة أية مادة مضره بالصحة و غير مسموح بها الى المنتج بقصد الأضرار بصلاحية المنتج أو إظهار المنتج بقيمة أعلى من القيمة الحقيقية له.)

و تنص المادة (١٤) من ذات القانون على أنه(أ- يعاقب بغرامة مالية لا تزيد عن خمسمائة الف ريال أو بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر كل من أنتج سلعة مغشوشة و يحكم بمصادرة أو إتلاف السلعة المغشوشة على نفقة المنتج ب- يعاقب بغرامة مالية لا تزيد عن ثلاثمائة ألف ريال او بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر كل منتج شرع في غش السلعة و يحكم بمصادرة السلعة أو إتلافها على نفقة المنتج)

و تنص المادة (١٥) من ذات القانون على أنه (كل من ارتكب إحدى الأفعال التالية يعاقب بعقوبة التزوير المنصوص عليها في قانون الجرائم و العقوبات :

١- كل من زور أو تلاعب في تاريخ صلاحية المنتج المدونة على بطاقة المنتج من قبل المنشأة المصنعة للسلعة بهدف زيادة فترة صلاحيتها

المحددة لها) ونصت المادة (٣) من ذات القانون على انه (يهدف هذا القانون الى :

٢- توفير الحماية والحفاظ على صحة وسلامة المواطنين و ممتلكاتهم و الحفاظ على البيئة من خلال التأكد من مطابقة السلع و المنتجات للمواصفات القياسية المعتمدة.

٣- دعم الاقتصاد الوطني بضمان جودة السلع و المنتجات المصنعة محلياً من خلال توفير مستويات الجودة من المواصفات القياسية المناسبة التي تعزز من كفاءتها لترفع قدرتها على المنافسة...) . ونصت المادة (٣) من قانون حماية المستهلك اليمني على أنه يهدف هذا القانون إلى (الآتي : ٤) حماية المستهلك من الغش والإعلان الخادع والحيلولة دون استغلاله(٥- المحافظة على النظام الاقتصادي للمجتمع وضمان التطور الصحي الآمن لاقتصاديات السوق). ونصت المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٧٢) لسنة ٢٠١٠م المتعلقة بتفسير المادة (١٣) من قانون حماية المستهلك اليمني السالف الذكر - على أنه : (في حالة عدم قيام المزود باسترداد السلع المعنية مع علمه بوجود عيب فيها فإن ذلك يعد غشاً تجارياً وعلى الإدارة المختصة في هذه الحالة إحالة الموضوع إلى النيابة العامة لتحريك الدعوى الجزائية ضد المزود). أما قانون العقوبات والجرائم اليمني النافذ فقد أورد المادة (٣١٢) منه التي نصت الفقرة أولاً على أنه : " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة أولاً : كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأحد الطرق الآتية :

١. عدد البضاعة أو مقاسها أو كيلها أو وزنها أو ذرعها أو عيارها.
٢. ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه.
٣. حقيقة البضاعة، أو طبيعتها، أو صفاتها الجوهرية، أو ما تحويه من عناصر نافعة وعلى العموم العناصر الداخلة في تركيبها.

٤. نوع البضاعة وأصلها، أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر ذلك سبباً أساسياً في التعاقد بموجب الاتفاق أو العرف ثانياً... ثالثاً... رابعاً... خامساً.^(١)

فالواضح من نص هذه المادة المأخوذ حكمها من نص المادة الأولى من قانوني قمع الغش والتدليس في كل من مصر وفرنسا وكذا النصوص الخاصة التي أوردتها القوانين اليمنية الأخرى السالفة الذكر أن المشرع اليمني في كل التشريعات التي أصدرها بهذا الشأن قد تدخل بجزء جنائي لقمع الغش وخدع التعاقد وذلك لتحريم أفعال الخداع والغش في نطاق التعاقد المدني والهدف من كل ذلك واضح هو تحقيق غايات معينة: بعضها اقتصادي بحت وهو حتى لا يؤدي الغش إلى التأثير في حجم التعامل التجاري بين الأفراد بسبب الغش في البضاعة المباعة، والبعض الآخر ذات طابع اجتماعي حتى لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالصحة العامة عن طريق بعض العمليات غير المشروعة حيث أصبحت السلطات العامة في كل البلدان المتحضرة تهتم بتوفير الغذاء الصحي للمواطنين وتسهر على توفير الغذاء والدواء المخصص للاستهلاك خالياً من الغش والتزييف وكل إنسان في المجتمع يهتم بالغذاء ويعتمد عليه لأنه هو الذي يمد بمصدر الطاقة البدنية والمعنوية، وغش المواد الغذائية وغيرها لا يترتب عليه ضرر على صحة

(١) ونلاحظ في هذا الصدد بأنه لا يوجد أي اختلاف بين نص المادة ٣١٢ وبين نصوص مشروع هذا القانون المادة (٢٩٧) مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية، والمادة (٣٠٦) من مشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات إلا في قدر عقوبة الغرامة، فهي في المشروع الأول الغرامة التي لا تتجاوز ألفي ريال، أما في المشروع الثاني فكانت الغرامة لا تتجاوز ثمانية آلاف ريال، أما في القانون النافذ فلم يحدد لها مقدارا وبذلك يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقديرها على أن لا تتجاوز هذه الغرامة حدها الأقصى وهو سبعون ألف ريال طبقاً للمادة (٤٣) من هذا القانون مع ملاحظة تماثل المشروعين مع القانون النافذ بالنسبة لعقوبة الحبس الذي لا يجاوز مدة سنة. انظر كتاب أستاذنا د. مجدي عقلمن بالاشتراك مع د. حسني الجبدي شرح قانون العقوبات اليمني القسم الخاص طبعة دار الحكمة اليمنية صنعاء ١٩٩٥ ص ٣٢٧.

الإنسان فحسب، وإنما فيه أيضاً هدم للقيم الاجتماعية داخل الدولة^(١)، لذلك ففي سبيل حماية حرية الرضاء للمتعاقدين والأمانة التعاقدية بين الأفراد، لم يقتصر المشرع اليمني - كسائر التشريعات الأخرى السالفة الذكر - على تجريم الغش في الفقرة أولاً من المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، وإنما تناول أيضاً بالتجريم الغش في الفقرات ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً من ذات المادة حيث نص في الفقرة ثالثاً: على عقاب كل "من غش أو شرع في أن يغش شيئاً من غذاء الإنسان أو الحيوان أو العقاقير الطبية أو الحاصلات الزراعية أو المنتجات معداً إياها للبيع، أو طرح شيئاً من ذلك أو عرضه للبيع أو باعه مع العلم بغشه أو فساده" أما الفقرة (ب) من المادة (١٤) من قانون المواصفات والمقاييس السالفة الذكر فقد حددت حد أقصى لعقوبة الشروع في غش السلعة بأن لا تزيد عقوبة ذلك على الحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر وهذا على خلاف ما قرره الفقرة ثالثاً من المادة (٣١٢) عقوبات يمني التي تزكّت الأمور لسلطة القاضي التقديرية بشرط أن لا تزيد مدة الحبس عن سنة كاملة.

فإذا تم الغش فإن الفاعل يكون معرضاً للعقاب بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في تحقيق الغاية، ويتحقق الغش بكل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة أو خواص أو فائدة المواد التي دخل عليها عمل الفاعل^(٢) (٣١٢/ثانياً)، والعقاب الجنائي كما ذكرنا يهدف إلى مكافحة الغش في العلاقات التعاقدية بين الأفراد، أما الفقرة رابعاً من المادة السالفة الذكر فقد نصت على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة:

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. مجدي عقلان بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٢٦/٣٢٧.

(٢) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٧٨ ص ٦٩٨/٦٩٩، د. حسني الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك، الكتاب الأول، قم الغش دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٦ ص ١٣، د. حسن عبدالمؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي، المرجع السابق ص ٢١٩.

((رابعاً: من طرح أو عرض للبيع أو باع مواد مما يستعمل في غش أغذية الإنسان أو الحيوان أو العقاقير الطبية أو الحاصلات الزراعية أو المنتجات الطبيعية على وجه يتنافى مع استعمالها استعمالاً مشروعاً، وتضاعف العقوبة إذا كانت المواد التي تستعمل في الغش ضارة بصحة الإنسان أو الحيوان)^(١).

فهذه الفقرة وكذا الفقرة السابقة لها تسويان بين ثلاثة أفعال يكفي أحدها لتدخل الجزاء الجنائي لقمع الغش في المعاملات التجارية: البيع والعرض والطرح غير أن الفقرة رابعاً تحدثت عن المواد المغشوشة التي تشكل محل الجريمة بالإضافة إلى شرط التجريم^(٢)، فمثلاً الغش في الأدوية أو المركبات الطبية يشمل كل مادة تدخل في تركيب الدواء سواء بسلب بعض عناصرها أو إحلال مادة بدلاً من أخرى بطريق غير مشروع ومن ثم فإن الصيدلاني يرتكب غشاً عندما يعمد إلى تحضير الدواء أو تجهيزه على نحو مخالف لما هو ثابت بتذكرة العلاج (الروشتة) وبالمقادير والأنواع التي حددها الطبيب المعالج^(٣).

وعلى هذا فإن بيع مواد مغشوشة مما هو مذكور في هذه الفقرة معاقب عليه قانوناً كالغش نفسه فإذا كان البائع هو في الوقت نفسه مرتكب الغش فإنه يصل بطريق هذا البيع إلى الغاية التي يرمي إليها من وراء الغش، ويكون البيع في حق مرتكب الغش هو الفعل المكمل لأركان الجريمة. وإذا كان بائع المواد المغشوشة ليس هو مرتكب الغش فإن هذا لا يمنع من أنه مسئول عن الجريمة، لأن مرتكب الغش يجد في وساطته ما يساهم معه على

(١) انظر أيضاً قانون الرقابة اليمني رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٢م بشأن الرقابة على الأغذية وتنظيم تداولها، والقانون اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٦م بشأن إضافة البود إلى ملح الطعام، والقانون اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨م بشأن البذور والمخصبات الزراعية.

(٢) د. عبدالحكيم فودة، جرائم الغش التجاري والصناعي منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٦، ص ١١٨.

(٣) جندي عبدالمملك، الموسوعة الجنائية، طبعة ٢٠٠٧م، دار الفكر العربي، القاهرة، ج ٥، ص ٣٥٤/٣٥٥.

التصريف ويحقق له الكسب غير المشروع ويدفعه إلى الاستمرار في عمل الغش^(١).

علي أن قانون العقوبات اليمني في الفقرتين (ثالثاً - ورابعاً) من المادة السالفة الذكر يشترط لتوقيع العقاب على الغش أن يدخل على مواد تكون معدة للبيع أو التعامل فيها وذلك لأن المشرع في هاتين الفقرتين يهدف إلى حماية الصحة العامة التي يمكن إلحاق الأضرار بها بواسطة المواد المغشوشة، كذلك المحافظة على صحة المستهلكين، بل وحماية التجار أنفسهم من أفعال الغش من قبل المصنعين أو المتجدين، ومنذ هذه اللحظة التي يكون فيها الإنتاج المغشوش معداً للبيع، وبعبارة أخرى أن التجريم لا يكون إلا في حالة وجود أعمال توضع بها السلعة تحت نظر المشتري سواء بإبرازها أو بعرضها أو بتقديمها أو بغير ذلك كعرض البضاعة في محل تجاري أو في مكان مفتوح للتجارة ومعد لتقديم الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المشتريين، كما أن وضع البضائع في المزاد العلني يمكن أن يعد أيضاً عرضاً للبيع^(٢).

وأخيراً يشترط بالإضافة إلى ذلك أن تكون البضاعة مطروحة أو معروضة بقصد البيع حتى ولو لم يحصل البيع فوراً. أما إذا كانت هذه المواد المغشوشة أو الفاسدة ليست معدة بغرض الاستهلاك العام أو البيع، فلا تقوم الجريمة، كأن تكون المادة المغشوشة أو الفاسدة مخصصة للاستعمال الشخصي أو المنزلي ونحو ذلك مما لا يقصد به الاستعمال الصناعي أو التجاري فالشرط الأساسي هنا لقيام الجريمة هو إعداد المادة المغشوشة للبيع أو تخصيصها لهذا الغرض^(٣). وهذا ما قرره أيضاً المادة (١٣/أ) من قانون التجارة الداخلية اليمني التي نصت على أنه: (كل من عرض بغرض البيع

- (١) جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٥٠.
- (٢) جار والمطول في قانون العقوبات الفرنسي ج ٦ ف ٢٤٩٥ مشار إليه في جندي عبدالملك، المرجع السابق، ص ٣٥٠.
- (٣) د. عبد الحكيم فودة، جرائم الغش التجاري والصناعي المرجع السابق، ص ٤٩/٤٤.

بضائع فاسدة أو تالفة أو انتهت فترة صلاحيتها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة مالية لا تزيد على خمسمائة ألف ريال مع إتلاف تلك البضائع على حساب العارض).

كذلك نصت على ذلك المادة (٣٤) من قانون حماية المستهلك اليمني التي قضت بأنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد وبحق المستهلك بالتعويض، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون أو اللائحة بالحبس مدة لا تقل عن سنة.. ويعاقب بذات العقوبة مروج السلعة أو الخدمة موضوع المخالفة وحائزها والمعلن عنها إذا كان يعلم بحقيقتها...).

كذلك نصت المادة (١٧) من ذات القانون على أنه: (يلتزم المزود بالامتناع عن القيام بأي من الأعمال التالية: - ١- صنع أو إعداد أو حيازة أو نقل أو عرض أو توزيع أي سلعة أو خدمة بشكل يخفي حقيقتها أو صفاتها الجوهرية أو نسبة العناصر الأساسية المكونة منها. - ٢- تقليد أو تزوير سلعة معينة تخص الغير. - ٣- بيع سلعة غير مطابقة للمواصفات أو المتفق عليها من حيث كميتها أو نوعها أو خصائصها أو منشأها).

كما نصت المادة (١٩) من ذات القانون بأنه: (يلتزم المعلن بعدم نشر أو بث أي إعلان يضلل أو يخدع المستهلك ويعتبر الإعلان مضللاً أو خادعاً إذا كان متعلقاً بما يلي:

١- طبيعة السلعة أو تركيبها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر التي تتكون منها وكمية هذه العناصر.

٢- مصدر السلعة أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ انتهاء صلاحيتها أو شروط استعمالها أو محاذير هذا الاستعمال...).

ونصت المادة (٢٠) من ذات القانون على أنه: (يلتزم المعلن بعدم

القيام بأي من الأعمال التالية: -

٢- نشر الإعلانات والحملات الترويجية للسلع الضارة بصحة أو

سلامة المستهلك..).

كذلك نجد أن قانون التجارة الخارجية اليمني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م هو الآخر بدوره قد أورد عقوبات جزائية لردع الغش والخداع والتضليل والتقليد في نطاق المعاملات التجارية المتعلقة بالاستيراد والتصدير وفقاً لأحكام هذا القانون، حيث نصت المادة (٢٠) منه على أنه: ((٥ - أ - يعاقب كل من استورد آلات أو معدات أو أجهزة أو ملابس وما في حكمها غير مطابقة للمواصفات أو من وضع بيانات أو ملصقات تخالف حقيقتها أو مقلدة بإعادة تصديرها على نفقة المخالف وبغرامة لا تقل عن (١٠٪) من قيمة السلع المستوردة. ب - يعاقب كل من استورد سلعا غير صالحة للاستعمال الآدمي من الأغذية والأدوية وما في حكمها أو كانت مغشوشة أو مزورة بأي شكل من أشكال التزوير يعاقب بإتلاف تلك المواد على نفقة المخالف وبغرامة لا تقل عن (٢٠٪) من قيمة تلك السلع و بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وفقاً لما تقرره المحكمة).

المطلب الثالث

مقارنة العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات يمني، والعقوبات المحددة في القوانين اليمنية الخاصة محل الدراسة مما تقدم يتضح لنا أن الأحكام التي وردت في هذه النصوص القانونية اليمنية الخاصة بقمع الغش والتدليس والخداع التجاري أنها لا تخرج أو تتناقض مع مضمون الأحكام التي وردت في المادة (٣١٢) عقوبات يمني بفقراتها الخمس لاسيما الفقرتين ثالثاً ورابعاً من ذات المادة والفقرة رابعة من المادة (٣١٢) من قانون العقوبات اليمني صريحة في أنه يكفي مجرد الغش في مواد الأغذية أو العقاقير الطبية.. أو بيع أشياء من هذا النوع مغشوشة أو فاسدة أو عرضها أو طرحها لتكوين الجريمة. فليس من الضروري أن يكون الغش ضاراً بالصحة؛ فإن هذا يعد ظرفاً مشدداً للجريمة لاركاناً أساسياً لها وهذا ما يتضح من مفهوم نص هذه الفقرة التي تعاقب على كل غش يحصل بإضافة مواد غير ضارة بالصحة متى حصل

الغش بقصد جنني فائدة إضراراً بالمشتري ولكن هذه الفقرة تشدد العقاب المقرر لجريمة الغش في مواد الأغذية والأدوية إذا حصل الغش بواسطة خلطها بشيء مضر بالصحة فتعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو غرامة لا تتجاوز مائة وأربعون ألف ريال طبقاً للمادة (٤٣) عقوبات يمني الخاصة بالغرامات المالية عند مضاعفتها. وهذا ما قضت به أيضاً المادة (٢١) من قانون التجارة الداخلية اليمني بقولها: (تضاعف العقوبات الواردة في المواد (١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠) من هذا الفصل عند تكرار المخالفة وفي حالة التكرار للمخالفة بعد ذلك يجوز الحكم بالإيقاف المؤقت أو الشطب من السجل التجاري ويكون الحبس وجوباً مع مضاعفة الغرامات) ونصت على ذلك أيضاً المادة (١٨) من قانون المواصفات والمقاييس اليمني على أنه تضاعف العقوبات المحددة في المواد (١١، ١٢، ١٣، ١٤) من هذا الباب في حالة تكرار المخالفة للمرة الثانية)

كما نصت على ذلك أيضاً المادة (٣٥) من قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية اليمني بقولها: (يعاقب كل من اعترض أو أعاق أو منع أياً من موظفي الإدارة المختصة المتمتعين بصفة الضبطية القضائية عن أداء مهامها المنصوص عليها في هذا القانون أو اللائحة، بغرامة مالية لا تقل عن (١٠٠.٠٠٠) مائة ألف ريال، وعند تكرار المخالفة تضاعف العقوبة وتورد المبالغ إلى الخزينة العامة للدولة).

كذلك نصت على ذلك المادة (٢٢) من قانون التجارة الخارجية اليمني على أنه (أ- تضاعف الغرامات الواردة في المادة (٢٠) كلما تكررت المخالفة. ب- يكون تنفيذ الغرامات المذكورة في هذا الفصل بالطرق الإدارية خلال أسبوع من تاريخ المطالبة ويتم تحصيلها وفقاً للإجراءات المقررة في قانون تحصيل الأموال العامة ولائحته التنفيذية)

رأي الباحث:

بالتأمل في ما تقدم ذكره من أحكام في كل النصوص القانونية اليمنية الخاصة بقمع الغش والتدليس والخداع التجاري نجد إن المشرع في الفقرتين (ثالثاً - ورابعاً) من المادة (٣١٢) عقوبات يمني قد أحسن صنعا بتدخله بالعقاب مساوياً بين أفعال البيع أو العرض أو الطرح الذي يقع على أغذية أو عقاقير مغشوشة من جهة ، وبين المواد التي تستعمل في الغش من جهة أخرى. والسبب في ذلك هي أن المشرع في هذا الشأن قد انتهج طريقاً وقائياً يهدف من وراءه إلى حماية الصحة العامة للمستهلكين قبل حماية حرية التجارة ، لأن الغشاش عندما لا يجد من يزوده بوسائل وأدوات الغش يكون من غير السهل عليه ارتكابه^(١).

ولكن بالرغم من كل ذلك نعتقد انه يظل تجريم خداع المتعاقد المنصوص عليه في الفقرة (أولاً) من المادة (٣١٢) عقوبات يمني بينودها الأربعة الواردة فيها وما شابهها من أحكام أخرى في القوانين اليمنية التي سبق ذكرها هي أنجح الأنظمة والأدوات القانونية التي يمتلكها المشرع الوضعي حتى الآن والتي يسعى من ورائها إلى تحقيق أهدافه وغاياته الاقتصادية والاجتماعية السالفة الذكر ، أما الفقرة (رابعاً) من المادة (٣١٢) عقوبات يمني - وما شابهها من أحكام أخرى في القوانين اليمنية التي سبق ذكرها أيضاً- يلاحظ عليها صعوبة تطبيق العقاب في هذه الحالة لأنها تقتزن في معظم الأحيان بفعل الغش ذاته ، أو فعل الحيازة لأسباب غير مشروعة.

فالخداع هو الأسلوب الأكثر حدوثاً في اقتراه حيث لا يستلزم لاقتراه إلا إظهار بعض الأقوال الكاذبة أو القيام ببعض الحيل البسيطة أو عرض بهلواني للبضاعة لإخفاء عيوبها^(٢) رهو يتحقق بأية طريقة من الطرق الميينة في النص المذكور.

- (١) انظر في هذا المعنى ، د. عبدالحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٣٩.
- (٢) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية ص ٤٣، أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني القسم الخاص بالمرجع السابق ص ٣٣٠.

هذا و مما تجدر الإشارة إليه أخيراً أنه في حالة وجود تعارض بين أحكام المادة (٣١٢) عقوبات يمّني و أحكام القوانين اليمّنية الخاصة الأخرى ذات الصلة بقمع الغش والتدليس و الخداع التجاري فإنه طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بالتعارض و الترجيح فانه يرجح تقديم الخاص على العام مما يعني تقديم حكم القوانين الخاصة في التطبيق بشأن قمع الغش و التدليس التجاري على حكم المادة (٣١٢) عقوبات يمّني وذلك لأنه لا يحتاج الى الاستعانة بحماية قواعد القانون الجنائي في نطاق القوانين الخاصة إلا عندما يوجد قصوراً في جزاءات القوانين الخاصة فتقتضي الضرورة على المشرع الاستعانة ببعض جزاءات القانون الجزائي حتى لا يفلت المتعاقد سيئ النية المتكرر لقواعد الأخلاق من عقاب حقيقي لعدم التزامه بمراعاة قواعد الأخلاق في المعاملات و في عدم الإضرار بالغير و لهذا كانت الحاجة ماسة الى قيام المشرع بالاستعانة بالقانون الجنائي لتحقيق كفالة احترام القوانين الخاصة حماية للمصالح الفردية و المصلحة الاجتماعية حماية كاملة، و لذلك فإنه من اجل تحقيق هذا الهدف و مراعاة قواعد التعارض و الترجيح بين القوانين العامة و الخاصة حرصت بعض القوانين الخاصة النص صراحةً على توقي احتمال وجود مثل هذه المسألة وذلك كما هو واضح من نص قانون حماية المستهلك اليمّني حيث رأينا المادة (٣٤) منه تنص على انه (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد و بحق المستهلك بالتعويض يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون او اللائحة بالحبس مدة لا تقل عن سنة... و يعاقب بذات العقوبة مروج السلعة أو الخدمة موضوع المخالفة و حائزها و المعلن عنها اذا كان يعلم بحقيقتها...) فيلاحظ على هذه العقوبة التي قررها قانون حماية المستهلك اليمّني بأنها نفس العقوبة الواردة في الفقرة أولاً من المادة (٣١٢) من قانون الجرائم و العقوبات اليمّني، المتعلقة بمكافحة الغش في جريمة خداع المتعاقد كما رأينا،

و هذا يؤكد على مدى احتياج قواعد القانون الخاص إلى الاستعانة بقواعد القانون العقابي العام لان سن تشريع قواعد الجزاء الجنائي في نطاق القانون الخاص لا يعني إلغاء الجزاءات المدنية على الإطلاق وإنما يواجه المشرع العقابي الناحية الرادعة من الجزاءات من دون أن ينصرف إلى الجزاءات المدنية الأخرى التي يستلزم توقيعها إلى جانب الجزاء الجنائي متى توافرت أركانها وشروطها من دون أن يخل ذلك بمبدأ العقاب في ذاته والذي لا يجوز توقيع عقوبتين على مخالفة واحدة ؛ لأن الجزاءات المدنية كما قدمنا ذات طابع تعويضي يهدف إلى إرجاع الحال إلى ما كان عليه ؛ ومن ثم يجوز للمتضرر أن يرفع دعوى المسؤولية المدنية إلى جانب دعوى المسؤولية الجنائية كما يجوز أن تنضم الدعوى المدنية إلى الدعوى الجنائية ويصدر فيهما حكم واحد وذلك عندما تكون مخالفة القاعدة القانونية المدنية من شأنها في ذات الوقت أن تهدد النظام الاجتماعي.

خلاصة القول أنه في حالة وجود تعارض بين قاعدة قانونية عامة مع قاعدة قانونية خاصة فإن الخاص يقيد العام إلا اذا وجد نص صريح دستوري أو قانوني يقضي بخلاف ذلك ، وهذا يتضح من خلال النصوص القانونية اليمنية الخاصة بقمع الغش والخداع والتدليس التجاري والتي منها كما رأينا في المادة (٣٤) من قانون حماية المستهلك اليمني بخصوص أحكام العقوبات التي تكفل احترام عدم مخالفة قواعده وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (١٢) من قانون التجارة الداخلية اليمني صراحة بقولها ((مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين النافذة تطبق العقوبات الواردة في هذا الفصل)) كذلك نصت المادة (٤٧) من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية اليمني رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠م على أنه ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين و غرامة مالية لا تزيد على مليون ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

هـ - باع أو عرض للبيع أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامات تجارية مزورة أو مقلده أو موضوعه بغير حق مع علمه بذلك))
كما نصت على ذلك أيضاً المادة (١٠) من قانون المواصفات والمقاييس و ضبط الجودة اليمني رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٩م على أنه ((مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين النافذة تطبق العقوبات الواردة في هذا الباب))

كذلك نصت على ذلك المادة (٢٠) من قانون التجارة الخارجية اليمني على أنه: (مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين النافذة يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون بالعقوبات التالية: ... الخ)

المطلب الرابع

نطاق (مجال) تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات يمني، و المادة الأولى في القانونين المصري والفرنسي الخاصين بقمع الغش والتدليس مما لا جدال فيه أن المادة (٣١٢) عقوبات يمني بجميع فقراتها (أولاً..ثانياً..ثالثاً... رابعاً... خامساً) كذلك و بجميع صور الفقرة أولاً من ذات المادة (١، ٤، ٣، ٢)، مأخوذة بالحرف من نص المادة الأولى من القانون المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١م الخاص بقمع الغش والتدليس التجاري و هذا النص هو الآخر بدوره مأخوذاً بالحرف من نص المادة الأولى من القانون الفرنسي الخاص بقمع الغش والتزيف التجاري السنالف الذكر لذلك ما ذكرناه هناك من تحليل متعلق بالقانونين الفرنسي والمصري ينطبق هنا على النص المادة (٣١٢) عقوبات يمني و ما شابهها من أحكام في القوانين اليمنية الخاصة بالسالف الذكر كذلك يلاحظ من ناحية على النص اليمني بأنه على غرار النصوص الأخرى في القانون المصري والفرنسي التي نظمت حكم هذه المسألة - لم يذكر في عباراته تعريفاً للخداع ولكنه أورد حالات معينة يمكن على ضوءها التوصل إلى بيان حقيقة هذا الخداع حيث يتحقق الخداع عامة بقيام الاعتقاد الخاطئ لدى الشخص المتعاقد بأن

الشيء محل العقد يتميز بخصائص وصفات جوهرية أو أساسية لا توجد فيه أصلاً وعلى ضوء ذلك يقصد بجرمة خداع المتعاقد، قيام أحد المتعاقدين بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته مما ينتج عنه إيقاع المتعاقد الآخر في غلط حول الشيء أو البضاعة أو السلعة التي استلمها أو وصلت إليه^(١).

كما يلاحظ من ناحية أخرى على هذا النص أن قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ قد جاء بحكم خاص فيه متعلق بجرمة خداع المتعاقد فهل يعني ذلك أن كل من المشرع اليمني والمصري والفرنسي قد قصد قصر تطبيقها على قمع الغش والتدليس في عقد البيع فقط أم أنه من الممكن أن يشمل حكمها العقود الأخرى؟

للإجابة عن ذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن حكم جريمة الخديعة مقتصر على عقد البيع وحده دون أن يشمل بقية عقود المعاوضات الأخرى واستند هذا الفقه إلى عنوان القانون الفرنسي الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٠٥. وإلى أن الفقرة الثالثة من المادة الأولى قد استلزمت أن يكون الخداع في نوع أو بأصل البضاعة هو السبب الرئيسي للبيع، أما البعض الآخر من الفقه الفرنسي فيرى عكس ذلك حيث يرى بأن جريمة الخداع لا يقتصر حكمها على عقد البيع فحسب بل تتناول كل عقود المعاوضات التي تتضمن منفعة أو فائدة مقابل المنفعة التي أوجدها المتعاقد الآخر، ويذهب فريق ثالث من الفقه الفرنسي إلى أبعد من هذا حيث يرى بأن جريمة الخداع تطبق حتى على العقود المجانية كما في حالة إرسال تاجر الجملة عينة مجانية إلى عملائه بقصد إغرائهم على التعاقد بها مميزات ليست موجودة حقيقة في البضاعة الأصلية موضوع التعاقد^(٢).

- (١) قرب من ذلك د. حسني الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك قوانين قمع الغش والتدليس المرجع السابق ص ١٥، أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص - المرجع السابق ص ٣٣١.
- (٢) انظر أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص - المرجع السابق هامش ٢ ص ٣٣٩، وهامش رقم ١ ص ٣٤١/٣٤٠.

أما الفقه في مصر فيرى البعض منه بأن المشرع المصري لم يقصد بإيراده حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م المعدل بالقانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م قصر تطبيقها على قمع الغش والتدليس في عقد البيع فقط ، وإنما يشمل حكمها عقود المعاوضات الأخرى بحجة أن الذي يحدد تطبيق المادة المذكورة على غير عقد البيع هو المشرع والمشرع المصري قد أوضح ذلك مستشهداً على ذلك بما تضمنته المذكرة الإيضاحية لهذا القانون والذي جاء فيه : "إنه رؤي ألا وجه لقصر الغش على حالات البيع كما تفعل المادة ٣٤٧^(١) من قانون العقوبات المصري ، فإن الغش كما يقع في البيع يقع في غيره من عقود المعاوضات وفي الرهن وفي العارية بأجر وعلى الجملة في كل عقد يقتضي تسليم أعيان منقولة وفي الشروع في أي عقد من هذه العقود"^(٢). فقمع الغش والتدليس طبقاً لهذا الاتجاه يمكن تطبيقه ليس على عقد البيع فقط ، وإنما يمكن أن يشمل أي عقد يتطلب تسليم أعيان منقولة وكلما هنالك أن المشرع المصري قد أورد بالذكر عقد البيع لأنه أكثر هذه العقود وقوعاً في العمل"^(٣).

ونحن من جانبنا نعتقد أنه إذا كان هذا الأمر ممكن قبوله بالنسبة للقانون المصري فإنه من غير الجائز قبوله بالنسبة لقانون العقوبات والجرائم اليميني وذلك لأنه لم توجد له حتى الآن مذكرة إيضاحية تشير إلى ذلك ، وبذلك يظل نطاق النص اليميني لا يطبق إلا على خداع المتعاقد في عقد البيع دون سائر عقود المعاوضات الأخرى ناهيك عن العقود المجانية لأننا

١ - وقد ألغيت هذا المادة بموجب القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١م والقانون رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤م.

٢ - د.حسن عبد المؤمن بدران ، العقد والجزاء الجنائي ، المرجع السابق ص ٢١٧ ، ود.محمد مصباح القاضي الحماية الجنائية للعقود المدنية ، المرجع السابق ص ٣٠٦.

٣ - د.محمد مصباح القاضي الحماية الجنائية للعقود المدنية المرجع السابق ص ٣٠٦ ، حيث جاء فيه : "ويجب أن يكون العقد صحيحاً توافرت فيه الأركان والشروط القانونية ؛ من رضا ومحل وسبب طبقاً لرأي الفقه الفرنسي ، ويرجع في هذا الشأن إلى قواعد القانون المدني ، ومع ذلك لا يمنع الرأي الغالب في الفقه أنه من الممكن تمام جريمة الخداع مع كون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال".

بصدد عقوبة لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها والقول بغير ذلك يتعارض مع مبدأ أساسي من مبادئ التجريم والعقاب هو "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ومن ثم لا يجوز قياس جريمة خداع المتعاقد في عقد البيع على وقوع غش في أي عقد من العقود الأخرى التي يقتصر وقوع الجزاء فيها على الجزاء المدني المتمثل في البطلان والتعويض باعتبار ذلك عيب من العيوب المفسدة للرضا لا جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات.

ولكن يثور التساؤل عن مدى الصلة بين جريمة خداع المتعاقد وبين الغش أو التدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة؟ وكذا ما الفرق بين جريمة خداع المتعاقد وجريمة النصب الجنائي؟ هذا ما سنرى الإجابة عليه في المبحث الثاني المخصص لبيان العلاقة بين التدليس المدني ببعض الأنظمة وقواعد الحماية الجنائية في القانون الجنائي.

المبحث الثاني

العلاقة بين التدليس المدني والمصطلحات التي تشته به في القانون الجنائي تمهيداً وتقسيم:

تقتضي طبيعة أو خصائص قانون العقوبات ألا يتقيد هذا بالنظم والمصطلحات التي ترد في فروع القانون الأخرى إلا بالقدر الذي يتفق مع أهدافه وخصائصه، ومن هذه الخصائص أنه لا يتدخل بالتجريم إلا إذا بلغ سلوك الشخص حداً يكشف عن خطورة تستحق المؤاخذة الجنائية، ويتضح ذلك من خلال تجريمه للتدليس الجنائي (النصب) وجريمة خداع المتعاقد واللذين تقومان على فكرة غش المجني عليه وخداعه إما في سبيل الحصول على أمواله أو من أجل إبرام العقد وفي كلا الحالتين يتطلب ذلك استعمال طرق احتيالية ويعني ذلك أن الاحتيال أو الغش أو الخداع - نوع من التدليس الذي يقع على المجني عليه وتؤدي به إلى الوقوع بالغلط فيسلم أمواله إلى المجني عليه أو يقدم على إبرام العقد بناء على ذلك؛ لأن طبيعة وسائل الاحتيال المذكورة آنفاً تقوم جميعها على تغيير الحقيقة أي

على الكذب والغش والاحتيال ، فإذا لم يكن هناك تغيير في الحقيقة فلا تقوم جريمة التدليس الجنائي ، ولا عيب التدليس المدني ، ولا جريمة غش المتعاقد ، ولذلك يرتبط مفهوم التدليس المدني باعتباره كذباً وتزييفاً للحقيقة يستهدف المدلس تضليل إرادة المتعاقد المدلس عليه ودفعه إلى إبرام التصرف القانوني بمفهومات ومصطلحات قانونية أخرى أبرزها جريمة خداع المتعاقد حيث يعتبر الخداع نوع من أنواع التدليس ، ولكنه تدليس جنائي يختلف عن التدليس المدني لأن المشرع لم يهدف أن يساوي بين تعبير (الخداع) وفكرة التدليس المدني كأحد عيوب الرضا ، وإلا كان سيستغني عنه بهذه الفكرة الأخيرة ، وأخضع الخداع للجزاء المقرر له في القانون المدني دون حاجة إلى تجريمه والعقاب عليه ، كما لا يمكن كذلك أن يكون مراد المشرع هو الأخذ بالمعنى الذي يعطيه للوسائل الاحتمالية المكونة لجريمة التدليس الجنائي (النصب) وإلا كان بإمكان الشارع الاقتصار عليها من غير حاجة إلى وضع نص خاص بتجريم الخداع في قانونه قمع الغش والتدليس ومن ثم يتعين علينا في هذا المبحث أن نقوم بالتمييز بين جريمة خداع المتعاقد وكل من التدليس المدني والوسائل الاحتمالية في التدليس الجنائي (النصب) والتمييز بين الخداع والغش وذلك بغرض استجلاء وجه الشبه والاختلاف بين هذه المصطلحات والمسميات والآثار المترتبة على ذلك وهذا ما سنقوم بدراسته في المطالب التالية :

- **المطلب الأول : التمييز بين جريمة خداع المتعاقد والتدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة.**
- **المطلب الثاني : التمييز بين جريمة خداع المتعاقد والتدليس الجنائي (النصب).**
- **المطلب الثالث : التمييز بين التدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة والتدليس الجنائي.**
- **المطلب الرابع : التمييز بين جرمي الغش التجاري وخداع المتعاقد.**

- المطلب الخامس: التمييز بين جرمي خداع المتعاقد والغش والعيوب الخفية في المبيع كعيب من عيوب الإرادة.

المطلب الأول

التمييز بين جريمة خداع المتعاقد والتدليس المدني كعيب من عيوب الإرادة قدمنا بأنه قد تشبه جريمة خداع المتعاقد في بعض عناصره بالتدليس في نطاق القانون المدني غير أن ذلك لا يعني أنهما شيئاً واحداً وإلا لما احتيج لتدخل القانون الجنائي لتجريم وقمع غش وخداع المتعاقد ولهذا يتعين علينا بيان أوجه التشابه بينهما ومن ثم بيان أوجه الاختلاف. وهذا يكون من خلال حكم النص القانوني لكل منهما والذي قد سبق وأن ذكرنا الحكم الخاص بجريمة خداع المتعاقد ولم يتبق لنا إلا بيان حكم التدليس المدني الذي ورد في نص المادة (١٧٩) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م التي قضت بأنه: (إذا عمد أحد المتعاقدين إلى تغيير (تدليس) كان من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويكون للطرف الثاني طلب الحكم بإبطال العقد كما يكون له إبقائه... وتعتبر كل حيلة يلجأ إليها أحد المتعاقدين تغيراً). وبناءً على ذلك سنقوم بدراسة ما يلي:-

أولاً: أوجه الشبه بين خداع المتعاقد والتدليس المدني:

- ١- أول وجه للشبه بينهما هو اتحاد الغاية والهدف الذي يرمي إليه المشرع في كل منهما وهو محاربة الغش والحيلة والخداع عند إبرام العقد أو تنفيذه "حيث أن سرعة المعاملات لا تسمح دائماً للمتعاقدين بالقيام بالمراجعة المطلوبة والهديد بالجزاءات الجنائية والمدنية من شأنه أن يكثف الحماية اللازمة للأخلاق التعاقدية"^(١).
- ٢- أن جريمة خداع المتعاقد تقوم في معظم حالاتها على الوسائل أو الحيل التي يقوم بها التدليس المدني حيث لا يستلزم لقيامها إلا صدور بعض الأقوال الكاذبة، أو القيام ببعض الحيل اليسيرة أو

(١) د. محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للعقود المدنية، المرجع السابق ص ١٨٥.

عرض بهلواني للبضاعة لإخفاء بعض ما يشوبها من عيوب^(١).
٣- وأخيراً هناك شبه بينهما في أنه في كل منهما تنصب الحيل والغش
والخداع على شخص المتعاقد فتفسد إرادته وتوقعه في غلط حول
العملية التعاقدية^(٢).

ثانياً: أوجه الاختلاف بين خداع المتعاقد والتدليس المدني:

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بينهما يكون من نواح عدة أهمها:

- ١- أن الكتمان أو السكوت يكفي لقيام التدليس في نطاق القانون المدني طالما ثبت أنه كان من شأنه التأثير على إرادة المتعاقد في حين أن هذا السكوت أو الكتمان لا يكفي لقيام جريمة خداع المتعاقد^(٣).
- ٢- لا يلزم في جريمة خداع المتعاقد أن يكون الغلط الذي وقع على المتعاقد هو الدافع الأساسي للتعاقد بل يكفي أن يكون هو أحد الأسباب الدافعة إلى قيام المجني عليه إلى إبرام العقد، بينما يشترط في التدليس في النطاق المدني أن يكون هو الدافع الأساسي للتعاقد بحيث لولاه لما أقدم المدلس عليه إلى إبرام العقد^(٤). ومما يؤكد هذا النظر أن المشرع اليمني عني بالنص في الفقرة رابعاً من المادة (٣١٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على وجوب أن يكون النوع أو الأصل أو المصدر - إذا وقعت الخديعة في واحد منها - سبباً أساسياً في

(١) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق ص ٤٣، أستاذنا د. مجدي عقلاق، د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص ٣٣٠.

(٢) المراجع السابقة نفس المواضع وكذا راجع زميلنا د. عبد الكريم يوسف القاضي نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني والفقعة الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ م. ص ٤٨.

(٣) زميلنا د. عبد الكريم القاضي رسالته السابقة ص ٤٨، أستاذنا د. مجدي عقلاق د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٣٣.

(٤) د. حسني الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك الكتاب الأول قوانين قمع الغش والتدليس المرجع السابق ص ١٨، د. السيد محمد السيد عمران حماية المستهلك، المرجع السابق ص ٤٣ هامش ١.

التعاقد، بينما لم يقيد ما ورد في الفقرات الثلاث السابقة عليها بهذا القيد^(١).

٣- في التدليس المدني لم يرق القانون المدني بوضع حالات أو صفات محددة على سبيل الحصر في حين أن القانون الجنائي يشترط في جريمة خداع المتعاقد أن تنصب أكاذيب الجاني أو تأكيدات غير الصحيحة على صفة من الصفات التي قام المشرع الجنائي بتحديدتها في النصوص الخاصة بها على سبيل الحصر، وهذا كما قدمنا أمر منطقي يتفق مع كون جريمة خداع المتعاقد جريمة جنائية أوجب الدستور على المشرع الجنائي أن يقوم بتحديد عناصرها والجزاء المترتب عليها تحديداً دقيقاً، تطبيقاً للمبدأ العام "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"^(٢). في حين أن التدليس المدني لقواعد القانون المدني التي يقوم فيها المشرع بمنح القاضي المدني سلطة واسعة لتحديد عناصر الخطأ اللازم لقيامه^(٣).

٤- وأخيراً فإن من الحالات التي يختلف فيها التدليس المدني عن جريمة خداع المتعاقد هي أنه في التدليس المدني يصيب الإرادة عند تكوين العقد فيكون هو الدافع إلى إبرام العقد، أما الخداع فيقع في غير ذلك حيث قد يحصل بعد إبرام العقد أو يحصل خارجاً عن دائرة العقد^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى، أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٢) وهذا هو مبدأ المشروعية الذي أكدت عليه الدساتير العالمية ومواثيق حقوق الإنسان (انظر نص المادة ٤٦) من الدستور اليمني والتي تنص على أنه: "المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني" والمادة ٦٦ من الدستور المصري التي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

(٣) د. محمد عصفور، الفوارق الأساسية بين المسئوليتين الجنائية والمدنية بحث منشور في مجلة المحاماة، السنة ٥٠ العدد ٦، ص ٢٩.

(٤) انظر د. رؤوف صادق عبيد شرح قانون العقوبات التكميلي دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٦ ص ٣٨٣، أستاذنا د. حسن صادق المرصفاوي شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٧٥ ص ٧٣.

المطلب الثاني

التمييز بين جريمة خداع المتعاقد والتدليس الجنائي (النصب)

قدمنا بأن المشرع الجنائي لم يقصد بإيراده جريمة خداع المتعاقد أن يأخذ بالمعنى الذي يعطيه للوسائل الاحتمالية المكونة لجريمة التدليس الجنائي (النصب) وإلا كان بإمكان الشارع الاستغناء عنها بهذه الوسائل الاحتمالية دون حاجة إلى وضع نص خاص بتجريم الخداع في قانون قمع الغش والتدليس ومع ذلك هناك بعض التشابه بين الجريمتين في بعض الأوجه وذلك لأن التدليس في النطاق الجنائي يأخذ صورتين، حسب درجة الجسامة التي يظهر فيها، فقد يكون بسيطاً وقد يكون مشدداً، فهو يكون بسيطاً عندما لا يكون مقترناً بأي وسائل خارجية لإخفائه أو تجعل اكتشافه صعباً على من كان ضحيته وبشكل التدليس في هذه الصورة لجريمة خداع المتعاقد.

أما التدليس المشدد أو الموصوف فهو الذي يكون مصحوباً بعناصر خارجية أو أسماء مزورة أو صفات كاذبة تعزز الادعاءات الكاذبة وبشكل التدليس في هذه الصورة جريمة النصب. وبالتالي يمكن القول بأن جريمة خداع المتعاقد ما هي إلا الصورة المخففة لجريمة النصب الذي يرتكب بطريق الكذب المجرد الذي لا يصل إلى درجة الوسائل الاحتمالية.

غير أنه يلاحظ في هذا الصدد أن بيع البضائع قد يشكل مجالاً جامعاً لتطبيق جريمتي الخداع والنصب وبالتالي يكون الفاصل بينهما صعباً في بعض الأحيان ويعود ذلك إلى عاملين رئيسيين: الأول: أن التدليس البسيط يمكن أن يكون مصحوباً في بعض الأحوال بالوسائل الاحتمالية مما ينجم معه قيام جريمة النصب كذلك^(١). العامل الثاني أن الاتجاه الحديث

(١) في هذا المعنى أستاذنا د. مجدي عقلمان، د. حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٣٥. غير أنهما يلاحظان في هذه الحالة بأنه قد تثار مسألة التعدد المعنوي أو التنازع الظاهري للنصوص على حسب ظروف الواقعة ولكن في هذه الحالة الأخيرة نكون إزاء جريمة واحدة تستوجب تطبيق عقوبتها، أما في الحالة الأولى فإننا نكون أمام فعل واحد تكون منه جريمتين وبالتالي تطبق عقوبة الجريمة الأشد.

للقضاء يتجه نحو التوسع في فكرة الاحتيال مما ينجم عنه في أكثر الحالات
الاقتراب نحو التدليس البسيط^(١).

وعلى أية حال فإن مفهوم خداع المتعاقد ما يزال يتميز عن مفهوم
التدليس الجنائي (النصب) فيما يتعلق بالوسائل الاحتمالية المكونة لجريمة
النصب حيث أن هذه الجريمة تقوم على فكرة غش المجني عليه وخداعه في
سبيل الحصول على أمواله ويتطلب ذلك اقتران الكذب بعناصر خارجية أو
أفعال مادية يكون من شأنها أن تولد الاعتقاد لدى المجني عليه بصدق هذا
الكذب مما يحمله على تسليم أمواله أو بعضها إلى النصاب تسليماً رضائياً،
وهذا يعني أن مجرد الكذب وحده لا يكفي لتكوين ركن الاحتيال في جريمة
النصب وإنما يستلزم اقترانه بعناصر خارجية أفعال مادية أخرى^(٢).

وبناء على ذلك يحتم علينا بيان أوجه التشابه والاختلاف بين هاتين
الجريمتين لما يترتب على كل منهما من آثار قانونية مختلفة عن الأخرى:
أولاً: أوجه التشابه بين جريمة خداع المتعاقد وجريمة النصب (التدليس
الجنائي):

- ١- أن كل من الجريمتين تقوم على فكرة الغش والخداع بقصد التأثير
على نفسية المجني عليه لكي يقع في الغلط على خلاف الحقيقة
والواقع.
- ٢- في كل من الجريمتين يستلزم فيهما فعل إيجابي حتى يعتبر سلوك
الجاني جريمة.
- ٣- في كل من الجريمتين تصاب إرادة المجني عليه بعيب الرضا.
ثانياً: أوجه الاختلاف بين جريمة خداع المتعاقد وجريمة النصب (التدليس
الجنائي):

- ١- اختلاف الغاية في كل منهما: فهذه الجاني من وراء جريمة خداع

(١) المرجع السابق نفس الموضع.
(٢) في هذا المعنى أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي - شرح قانون العقوبات
البيمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٣٥.

المتعاقد هو حصول المتعاقد الآخر على شيء أو بضاعة بدلاً من أخرى لكي يحقق هذا المتعاقد كسباً غير مشروع لكي يستفيد من القيمة المالية ، ويتم ذلك بتسليم المشتري بضاعة مختلفة اختلافاً كلياً أو جزئياً عن تلك التي من أجلها أقدم المشتري على التعاقد، بينما غرض الجاني من جريمة النصب هو الحصول على منفعة مادية من الغير أو التوصل بغير حق إلى مال مملوك للغير.

٢- اختلاف درجة التدليس: ففي جريمة النصب تكون درجة التدليس أشد منها في جريمة خداع المتعاقد، حيث يلزم لتكوين الطرق الاحتمالية في جريمة النصب أن يقوم الجاني بأعمال إيجابية ذات مظهر خارجي يدعم به أقواله الكاذبة ويستر بها غشه، وعلى ذلك تقوم هذه الطرق الاحتمالية على أقوال كاذبة ومظاهر خارجية معاً لأن مجرد الأقوال والادعاءات الكاذبة لا تكفي لتكوين الطرق الاحتمالية في جريمة النصب حتى ولو كان قائلها قد بالغ في تأكيد صحتها لدرجة يمكن أن تؤثر على المجني عليه؛ لأن القانون الجنائي كما قدمنا لا يعاقب على جريمة النصب بمجرد الكذب سواء كان شفويّاً أو كتابياً أو مطبوعاً، إيجابياً كان أو سلبياً أي حتى مجرد الكتمان^(١). بينما لا يشترط في جريمة خداع المتعاقد أن تبلغ درجة الاحتمال أو التدليس الذي يشترط في جريمة النصب الجنائي، إذ يكفي لقيام جريمة خداع المتعاقد أن تصدر من الجاني مجرد أكاذيب أو تأكيدات غير صحيحة حول نوع البضاعة أو ذاتيتها أو كميتها أو أي صفة أخرى من الصفات التي حددتها النصوص التشريعية الخاصة بها ولو مرة واحدة^(٢).

٣- من حيث اختلاف وسيلة الخداع: فهي في جريمة النصب أضيق مجالاً

(١) انظر في هذا المعنى نقض جنائي مصري في ١٩٤٤/٤/٢٤ مجموعة القواعد القانونية ص ٤٦٣ رقم ٣٣٩.

(٢) راجع نص المادتين الأولى من القانون المصري ٤٨ لسنة ١٩٤١ لقمع الغش والتدليس والمادة ١/٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني سالفتي الذكر.

منها في جريمة خداع المتعاقد حيث تتكون هذه الجريمة بأي صورة من الصور، بينما في جريمة التدليس الجنائي (جريمة النصب) لا تقوم هذه الجريمة إلا إذا اتخذ الجاني إحدى الصورتين الواردتين في المادة ٣١٠ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على سبيل الحصر وهما:

١- استعمال طرق احتيالية. ٢- اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، فإذا توصل شخص إلى الاستيلاء على مال الغير بالغش الذي لا يدخل في إحدى هاتين الصورتين فإنه لا يعاقب عن جريمة الاحتيال^(١).

٤- لا يشترط لقيام جريمة خداع المتعاقد أن يكون الغلط الذي وقع على المتعاقد هو الدافع الأساسي للتعاقد بل يكفي أن يكون هو أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد وليس هو السبب الأساسي لذلك، على عكس التدليس في جريمة النصب الجنائي يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون وقوع الجنمي عليه في الغلط من جراء الاحتيال الذي قام به الجاني هو السبب الرئيسي لا سبب آخر^(٢).

المطلب الثالث

التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي (النصب)

تمهيد وتقسيم:

قد يظهر للمرء لأول نظرة أنه يستطيع أن يميز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي (النصب) غير أن هذا الأمر ليس كذلك حيث أن التفرقة بينهما ليس بالأمر اليسير، وذلك نظراً لما يوجد بينهما من تشابه كبير، ويكاد يختلط كل منهما بالآخر، ولكن بنظرة فحصة دقيقة في الأساس الذي يقوم عليه كل منهما يمكن الوصول إلى ذلك الهدف بيسر وسهولة، ذلك أن كلا من التدليس المدني والتدليس الجنائي يقومان على طرق

(١) أستاذنا د. أحمد عبدالعزيز الألفي مذكرات في القسم الخاص طبعة ١٩٨١ صنعاء ص ٢٧٤.

(٢) أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٣٦.

احتيائية تعد ركناً أساسياً في تكوين كل منهما، فإذا ما درسنا الوسائل الاحتياطية المكونة لجريمة النصب الجنائي، لتبين لنا بذلك الفرق بين التدليس المدني والتدليس الجنائي؛ لأن الاختلاط بينهما قد نشأ منذ زمن بعيد، وكان ذلك حين ص.ر. أول نص فرنسي يحرم التدليس في قانون ٢٢ يوليو سنة ١٧٩١، حيث كان هذا القانون يوكل بالعقاب على النصب إلى القضاء المدني، وذلك عند النظر في الدعوى المدنية، للحكم بالبطان في العقد؛ نبرم تحت تأثير التدليس، فكان القاضي المدني هو القاضي الجنائي - فيما يتعلق بواقعة التدليس - وكان هذا القانون ينظم علاوة على ذلك حكم استغلال سرعة تصديق الأشخاص أو يستغل سذاجتهم؛ باتخاذ اسم كاذب أو بالإيهام بمشروع أو بضممان وهمي لا وجود له، دون بيان وسائل الاحتيال التي تستخدم في تضليل المجني عليه، وخداعه على سبيل التحديد، غير أن القضاء الفرنسي في ظل هذا القانون قد حاول فيما بعد، التمييز بين التدليس والنصب، وذلك من خلال قيامه بوضع تعريف يحد من اتساع نطاق النصب الجنائي - على ما هو عليه الحال في الوقت الحاضر - ليعده من نطاق التدليس المدني، ومن ثم أخذ المشرع الفرنسي بمذهب هذا القضاء، فحرص في المادة ٤٠٥ من قانون سنة ١٨١٠م على تحديد نطاق جريمة النصب^(١)، ومن هنا تبادر إلى الأذهان فكرة التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي.

وقد ذهب بعض الفقه لتحقيق ذلك التمييز إلى القول بأن التدليس المدني يستعمل لخدمة مصالح المدلس أكثر من الإضرار بالغير، بينما التدليس الجنائي ليس له إلا هدف واحد هو الإضرار بالغير، وبالتالي من وجهة نظره تظهر التفرقة بينهما جلية واضحة مما لا يوجب معه التداخل بينهما^(٢).

- (١) انظر في ذلك مقال الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس في التشريع المصري، المحاماة، السنة ٥٠، العدد ٩، ص ١٨.
- (٢) دفادية يحيى أبو شهبة النظرية العامة للطرق الاحتيالية، رسالة دكتوراه، ١٩٨٤، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص ٢٥٣.

ولكن يلاحظ على هذا القول وإن كان هذا هو الغالب من الأحوال على عمل المدلس إلا أن الاختلاط بينهما لا يزال قائماً، ذلك أن العمل من أجل مصلحة المدلس لا يتحقق إلا إذا كان ذلك على حساب المتعاقد الآخر، مما يترتب عليه في نهاية الأمر إلى تحقق الإضرار بمصالح الغير، كما هو الأمر في التدليس الجنائي سواء بسواء، وبالتالي نحتاج إلى التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي.

وهذا ما قام به العديد من شراح القانون - خاصة في فرنسا - حيث بذلوا جهداً كبيراً للتمييز بين هذين النوعين من التدليس حيث أثير التساؤل في هذا الفقه عما إذا كان نوعا التدليس من طبيعة قانونية واحدة أم لا؟ وإذا كان هناك اختلاف، فما هي ضوابط التمييز بينهما؟^(١).

هذا ما سنقوم بدراسته من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: مفهوم التدليس الجنائي (النصب).
- الفرع الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين التدليس المدني والتدليس الجنائي.

الفرع الأول

مفهوم التدليس الجنائي (النصب)

التدليس بمعنى النصب وهو ما يطلق عليه في القانون الجنائي (التدليس الجنائي) هو الاستيلاء على كل ثروة الغير أو بعضها عن طريق وسائل تنطوي على الخداع والغش والاحتيال ينجم عنها وقوع المجني عليه في الغلط فيسلم أمواله إلى الجاني بناء على ذلك.

وعليه فإن جريمة التدليس الجنائي تدخل ضمن الجرائم التي تقع على الأموال المنقولة المملوكة للغير، مثلها في ذلك مثل الجرائم الأخرى التي تقع عليها، كجريمة السرقة، وخيانة الأمانة^(٢).

(١) في عرض آراء الفقهاء في فرنسا تفصيلاً لمحاولة التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي راجع دكتورة فادية أبو شعبة في رسالتها السابقة ص ٢٥١ وما بعدها.

(٢) جريمة النصب كانت في القانون الروماني تعتبر صورة من صور جريمة سلب مال الغير، والتي كانت تحتوي كذلك على جريمة السرقة وخيانة الأمانة، غير أنها =

فهذه الجرائم جميعها قام المشرع بتجريمها بقصد إسباغ الحماية على الأموال التي تقع عليها، وذلك في حق ملكيتها وحيازتها من خطر الاعتداء عليها، وهي جرائم تلتقي فيما بينها وتتشابه في وحدة موضوعها، وفي القصد الجنائي منها^(١)، حيث يكون محلها باستمرار وفي جميع الأحوال هو مال منقول مملوك للغير، أو يكون له حق الحيازة عليه كما في جريمة السرقة^(٢)، كذلك فإن القصد الجنائي من ارتكابها في كل من هذه الجرائم واحد يتجسد في انصراف نية الجاني إلى ضم مال الغير إليه وتملكه بغير حق^(٣).

ولكن بين هذه الجرائم توجد فروقاً هامة تميز بينها، يكمن مرجع هذا الاختلاف في وسيلة الاعتداء الذي يتخذه الجاني مسلماً له في الاعتداء على مال الغير وما يؤدي إليه من رضا أو عدم رضا المجني عليه، عند تسليمه الجاني المال المنقول محل الجريمة^(٤). حيث يستخدم الجاني في جريمة النصب وسبلل احتيالية من غش أو خداع أو كذب معزز بمظاهر خارجية

= استقلت عنهما بنص خاص لأول مرة في التشريع العقابي الفرنسي الصادر سنة ١٧٩١، ثم في تشريع سنة ١٨١٠، والذي بين حكمها بصفتها جريمة قائمة بذاتها لها سماتها وخصائصها التي تميزها عن جريمة السرقة (انظر في هذا المعنى د. رؤوف صادق عبيد في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٤، ص ٤٥٩).

(١) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ص ٤٤٣، د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٢ ص ٦٦١.

(٢) جريمة السرقة أوسع نطاقاً من جرمي النصب وخيانة الأمانة حيث من الممكن أن يقع الاعتداء فيها على حق الملكية أو على حق الحيازة في حين جرمي النصب والخيانة لا تقع إلا على حق الملكية فقط، راجع د. عمرو إبراهيم الوقاد النظرية العامة للاختلاس في جرائم المال الخاص رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨ ص ٤.

(٣) انظر في هذا المعنى زميلنا د. عبد الكريم القاضي رسالته نظرية التدليس المرجع السابق ص ٣٩.

(٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية القاهرة طبعة ١٩٨٦، ص ٩٩٠، د. محمود محمود مصطفى، د. فوزية عبد الستار، المرجعان السابقان المواضع السابقة.

تؤيده وتفرغ بالمجني عليه فتوقعه في الغلط، الأمر الذي يترتب عليه قيامه بتسليم ماله كله أو بعضه إلى الجاني. فالغش أو الكذب غير المقترن بمظاهر خارجية تعززه لا يكفي لقيام جريمة النصب (الاحتيال) ويستوي أن يكون الكذب شفوياً أو مكتوباً، ومهما بالغ المتهم في تأكيد ما يزعمه بحيث صدقه المجني، فمن المفترض أن يكون لدى الناس قدر من الحيطة والحرص يجعلهم لا ينخدعون بمجرد الكذب، فإن هم خدعوا بالكذب العاري من أية مظاهر خارجية فلا يستحقون حماية القانون الجنائي^(١).

في حين أنه في السرقة ينتزع الجاني الشيء من حيازة مالكه أو حائزه خفية بغير رضاه. أما خيانة الأمانة فإن الاعتداء فيها يتخذ صورة تغيير الجاني حيازته للمال المنقول - محل الجريمة - من حيازة وقتية وناقصة إلى حيازة كاملة، بقصد تملكه، بعد أن كان المجني عليه قد سلمه المال طواعية واختياراً بعقد من عقود الأمانة^(٢).

ويترتب على هذا الفارق الجوهرى بين التدليس الجنائي (النصب) وجرمتي السرقة وخيانة الأمانة نتيجتان: الأولى ترجع إلى الحق المعتدى عليه: فجريمة التدليس الجنائي (النصب) شأنها في ذلك شأن جريمة خيانة الأمانة تقع اعتداء على حق الملكية حيث أن الجاني يهدف بفعله إلى تملك المال المملوك للمجني عليه دون الاعتداء على الحيازة، لأن الغرض هنا أن المجني عليه يسلم الجاني المال تسليماً ناقلاً للحيازة. أما السرقة فتقع اعتداء على الحقيقتين معاً: حق الملكية وحق الحيازة، حيث يكون الشيء في حيازة المجني عليه وقت حدوث الجريمة والنتيجة الثانية: تتعلق بأهمية التسليم وأثره في قيام هذه الجرائم: يعتبر تسليم المال في جريمة التدليس الجنائي

-
- (١) أستاذنا د. أحمد عبدالعزيز الألفي - مذكرات في القسم الخاص - من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية اليمني طبعة ١٩٨١ صنعاء ص ٢٧٤/٢٧٥.
- (٢) د. محمود مصطفى - القسم الخاص المرجع السابق ص ٤٤٣، د. فوزية عبدالستار - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٦٦٢، وكذا نقض جنائي مصري في ١٩/٢/١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عام - القسم الجنائي ج ٦ ص ٦٥٠ قاعدة ٥٠٦.

(النصب) عنصراً من عناصر الركن المادي (النتيجة الإجرامية) وهو تسليم ناقل للحيازة لأن مصدره إرادة المجني عليه ورضائه، وإن كانت هذه الإرادة معيبة بسبب التدليس أو الغش الذي قام به الجاني. وللتسليم دوره كذلك فيما يتعلق بجريمة خيانة الأمانة، غير أنه لا يعتبر عنصراً في ركنها المادي وإنما هو سابق على تحققه، وهو تسليم يستند إلى إرادة سليمة ينتقل بمقتضاه المال إلى الحيازة الناقصة للجاني بناء على عقد من عقود الأمانة^(١) سواء كانت تلك العقود واردة على سبيل الحصر كما في التشريع الفرنسي والتشريع المصري أو كانت تكتفي باشتراط أن يتم التسليم بأي صورة يكون المستلم قد استلم الشيء على ذمة مالكة لحفظه أو استعماله في أمر معين لمصلحة المالك أو غيره ورده بعد ذلك إلى المالك أو من كلفه المالك بتسليمه إليه وهذا ما سار عليه التشريع البلجيكي الصادر في ١٨٧١م في المادة (٤٩١) والتشريع الإيطالي الصادر سنة ١٩٣٠ في المادة (٦٤٦) وقانون الجرائم والعقوبات اليمني في المادة (٣١٨) وبذلك يخرج من نطاق إحكم الخاص بجريمة خيانة الأمانة التسليم بقصد الحيازة الكاملة كالمشتري الذي يتسلم المبيع ويتصرف فيه قبل دفع الثمن لأنه لا يعد خائناً للأمانة؛ لأنه تسلم المبيع على سبيل الحيازة الكاملة^(٢).

أما في جريمة السرقة فإن تسليم الشيء من مالكة أو حائزة تسليماً ناقلاً للحيازة يمنع من قيام هذه الجريمة حتى لو كان ذلك التسليم ناجماً عن غش أو تدليس^(٣).

-
- (١) أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص دار الحكمة اليمنية صنعاء الطبعة الثانية ١٩٩٥ ص ١٩١/١٩٢.
- (٢) لمزيد من التفصيل في هذا الشأن انظر زميلنا د. عبدالناصر بن محمد الزيداني شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني - القسم الخاص، مركز الصادق للطباعة والنشر صنعاء، الطبعة الخامسة ٢٠٠٦م ص ١٨٤ وما بعدها، وانظر نقض جنائي مصري في ١٩٦٨/٥/٢٧. مجموعة أحكام النقض الجنائي، السنة ١٨ ص ٦١١، قاعدة ١٢٢.
- (٣) أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ١٩٢.

الفرع الثاني

أوجه الشبه والاختلاف بين التدليس المدني والتدليس الجنائي (النصب)
إذا كانت جريمة النصب وفقاً لمفهوم القانون الجنائي تقوم على فكرة غش المجني عليه وخداعه في سبيل إيقاعه في وهم أو غلط يصور له أمراً على خلاف الحقيقة، فيندفع بسببه نحو تسليم المال طواعية واختياراً منه إلى الجنائي - النصب^(١) - فإن التغيرير (التدليس) المدني وفقاً لمفهوم القانون المدني، لا يكون عيباً من عيوب الرضا أو العقد - إلا إذا صدر من المدلس من طرق احتيالية تثير الغلط في إرادة المدلس عليه في التصرف القانوني، فيندفع به إلى إبرام العقد وهو على غير هدى، أو بينة من أمرة. حيث نصت المادة (١٧٩) من القانون المدني اليمني بأنه: (إذا عمد أحد المتعاقدين إلى تغيرير (تدليس) كان من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويكون للطرف الثاني طلب الحكم بإبطال العقد كما يكون له إبقائه.....وتعتبر كل حيلة يلجأ إليها أحد المتعاقدين تغيريراً).

لذلك يثور التساؤل في الفقه حول مدى العلاقة أو الصلة بين التدليس المدني والتدليس الجنائي (النصب)^(٢)؟ وبعبارة أخرى هل التدليس في مفهوم القانونين من طبيعة واحدة؟ أم أن هناك اختلافاً بينهما؟ للإجابة عن هذا التساؤل يقرر الفقه أولاً: بأنه يشترك نوعي التدليس فيما بينهما في الطبيعة والأثر المترتب عليها^(٣)، فالتدليس في القانونين هو

(١) د.نجيب حسني - القسم الخاص المرجع السابق ٩٩٠، د.محمود مصطفى القسم الخاص المرجع السابق ص ٤٤٣.

(٢) كان التشريع العقابي الفرنسي الصادر في سنة ١٧٩١ وهو أول قانون بعد الثورة الفرنسية يعبر عن النصب الجنائي كما قدمنا بلفظ التدليس متأثراً في ذلك بالخط الذي كان سائداً بينهما وظل الوضع على ذلك إلى حين صدور قانون سنة ١٨١٠ فاستعمل لأول مرة في المادة ٤٠٥ التي خصصتها للنصب عبارة طرق احتيالية بدلاً من لفظة تدليس، المزيد من التفصيل انظر د.رؤوف عبيد جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، المرجع السابق ص ٤٥٩.

(٣) د.محمد عبدالغريب؛ الثقة العامة ومدى الحماية التي يكفلها لها قانون العقوبات طبعة ١٩٨٤ ص ١٥/١٤.

كذب أو إخفاء للحقيقة من شأنه إيهام المتعاقد أو المجني عليه بأمر مخالف للحقيقة يترتب عليه إيقاعه في غلط يدفعه إلى القيام بعمل ما كان سيقدم عليه لو كان على بينة من الأمر^(١).

لكن هذا الفقه يقرر بعد ذلك حقيقة أخرى هي أن التدليس الجنائي والتدليس المدني، وإن كانا من طبيعة واحدة؛ إلا أنهما بالرغم من ذلك يختلفان باختلاف المجال الذي يعمل فيه كل منهما، وما ينتج عن ذلك من اختلاف في التكيف والشروط والآثار وذلك على النحو التالي:

١- من حيث القانون الذي يحكم كل منهما:

التدليس المدني يحكمه القانون المدني الذي يعتبره عيباً من عيوب الإرادة في التصرف القانوني يترتب على وجوده قيام حق العاقد المدلس عليه التمسك ببطلانه، قصد المشرع من تنظيمه حماية الإرادة في التعاقد، ومن ثم يعتبره المشرع خطأ عمدياً من المدلس يوجب مسؤوليته المدنية التقصيرية باعتباره عملاً غير مشروع موجباً للتعويض^(٢).

في حين أن التدليس الجنائي يحكمه القانون الجنائي الذي يعتبره جريمة من الجرائم العمدية التي تقع على الأموال، يستوجب توقيع العقوبة

(١) د.محمود نجيب حسني، القسم الخاص، المرجع السابق ص ٩٩٦، د.محمد مصباح القاضي، رسالته الحماية الجنائية للعقود المدنية المرجع السابق ص ١٨٧، د.محمد عبدالحاميد مكي، الاحتيال في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة طبعة ١٩٨٨ ص ١٠٨.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ١٧٢/١٧٣، وفي الفقه المدني المعاصر، انظر: د.عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ١ طبعة ١٩٦٨ دار إحياء التراث العربي بيروت ف ١٧٩ ص ٣١٨/٣١٩، أستاذنا د.جميل الشراوي مصادر الالتزام طبعة ١٩٨١ دار النهضة العربية القاهرة ف ٣٣ ص ١٣٥، أستاذنا د.عبدالمعتمد البدر اوي مصادر الالتزام ج ١ مطبعة المدني القاهرة ١٩٧٥ ف ١٩٦ ص ٢٧٠، د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام طبعة ١٩٧٩ ف ١١٠ ص ١٧٣ وما بعدها، القاضي محمد نصرالدين زغلول الإرادة في العمل القانوني وغيوبها مصر القاهرة (بدون) ص ٨٤٩ ف ١٠٦٦.

الجنائية على مرتكبه وذلك بقصد حماية تلك الأموال، وصونها من خطر الاعتداء عليها^(١).

٢- من حيث النطاق الذي يحدده المشرع لكل منهما:

التدليس المدني الذي يبطل التصرف يكفي المشرع فيه بالحد الأدنى من التدليس وهو الكذب المجرد، بل إنه كما رأينا أن مجرد السكوت أو الكتمان عمداً عن واقعة يؤدي إلى البطلان إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس^(٢) (م ١٧٩) مدني يميني و م ١٢٥ مدني مصري) لأن المهم والجوهري في التدليس المدني أن يكون المدلس قد تمكن من خلال أي من هذه الطرق الاحتيالية أن يلبس على المدلس عليه في التصرف القانوني وجه الحقيقة فيدفعه بذلك إلى إبرام التصرف وهو على غير هدى من أمره حتى ولو لم تقترن بمظاهر خارجية أو وسائل مادية تعززه وتؤيده^(٣).

أما التدليس الجنائي فلا يكفي في الطرق الاحتيالية مجرد الكذب الصادر من الجاني مهما كان شكله شقوياً أو كتابياً، ومن باب أولى مجرد

(١) د. محمود نجيب حسني - القسم الخاص المرجع السابق ص ٩٩٦، د. محمد عبد الحميد مكي رسالته الاحتيال في قانون العقوبات المرجع السابق ص ١١١، أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٢٠٢ هامش ١.

(٢) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. أحمد عبدالعزيز الألفي، مذكرات في القسم الخاص، المرجع السابق ص ٢٧٣.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ١ ف ١٨٢ ص ٣٢٦، د. أحمد حشمت ابوستيت نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول، مصادر الالتزام مطبعة مصر الطبعة الأولى ١٩٥٤ ص ١٦٠، أستاذنا د. عبد المنعم البدر اوي النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام المرجع السابق ص ٢٧٠، وكذا انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ١٧٢ حيث جاء فيها "يشترط في التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين سواء صدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له أن يتطوي على حيل، بيد أن هذه الحيل تختلف عن سميتها في النصب الجنائي، إذ يكفي فيها مجرد الابتاع من جانب العاقد، كسكوته عمداً عن واقعة جوهرية، يجهلها المتعاقد الآخر، والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدني وتعريف التدليس الجنائي".

السكوت أو الكتمان لأن المشرع حصر وسائل الاحتيال في التدليس الجنائي وحدده في حدود معينة فلا يعاقب على دبل الحالات التي يتذرع فيها الشخص بالكذب للاستيلاء على مال الغير، وإنما يشترط اقتران الكذب بأعمال مادية تدعمه أو مظاهر خارجية^(١) حصرها المشرع اليمني في صورتين هما: استعمال طرق احتيالية، واتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة (المادة ٣١٠ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني).

وعلى ذلك فإذا توصل الشخص إلى الاستيلاء على مال الغير بالغش الذي لا يدخل في إحدى هاتين الصورتين، فإنه لا يسأل عن جريمة نصب^(٢). والسبب في ذلك أن القانون الجنائي لا يتدخل في علاقات الأفراد إلا عند الضرورة حيث يكشف مسلك الجاني عن خطورة خاصة تدعو إلى توقيع العقاب عليه ولا يكون الأمر كذلك إلا إذا كانت الأكاذيب التي لجأ إليها المتعاقد مصحوبة أو مقترنة بمظاهر خارجية على درجة من الجسامة ينخدع معها الناس في معاملاتهم على الرغم مما يتخذونه من حذر ويقظة عاديين^(٣) هذه الجسامة أو الخطورة تتمثل في ضرورة قيامه على وسيلة من الوسائل المحددة والواردة في القانون الجنائي على سبيل الحصر.

غير أنه يلاحظ أن المشرع اليمني قد اقتصر على وسيلتين (صورتين) من وسائل الاحتيال كما رأينا ولم ينص على الصورة الثالثة التي تنص عليها الكثير من التشريعات ومن بينها القانون المصري وهي التصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً للجاني وليس له حق التصرف فيه^(٤).

- (١) د.حمدي عبدالرحمن من مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٧ ص ٣٠٠/٢٩٩.
- (٢) أستاذنا د.أحمد عبدالعزيز الألفي، مذكرات القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٢٧٤/٢٧٣.
- (٣) انظر في هذا المعنى أستاذنا د.مجدي عقلان، د.حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٢٠٢.
- (٤) أستاذنا د.أحمد عبدالعزيز الألفي - مذكرات في القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

فالفارق الهام والجوهري بين التدليس المدني والتدليس الجنائي إذن هو في درجة هذا التدليس لا في أثره فبينما يكفي الكذب المجرد لتحقيق التدليس المدني، في حين لا يكون ذلك الكذب كافياً لتحقيق التدليس الجنائي بل لا بد أن يكون مقترناً بأعمال مادية^(١) متوجهة نحو إيهام المجني عليه بأمر يترتب عليه الاستيلاء على بعض أمواله، وعلى هذا يشترط في الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة التدليس الجنائي (النصب) أن يكون هناك إيهام بغير الحقيقة، مؤيداً بأفعال خارجية إيجابية من شأنها أن تدخل في نفسية المجني عليه أن المكذوب ليس إلا حقيقة واقعية وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بعدم توافر جريمة النصب إذا صادف المتهم المجني عليهما في الطريق العام، وعرض عليهما شراء تذكرتين من تذاكر الملاهي باعتبار أنهما صاحلتان للاستعمال، مع أنهما سبق استعمالهما، دون أن يدعم كذبه هذا بأي مظهر خارجي يؤيده^(٢).

والمظاهر الخارجية التي تدعم الكذب قد تكون استعانة بالغير أو مباشرة بعض الأعمال المادية، أو استغلال الصفة أو الثقة^(٣)، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الزوجة تعتبر فاعلة أصيلة في النصب إذا قامت بتأييد مزاعم زوجها، مما أدى بالمجني عليه إلى دفع النقود

- (١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥ ص ٨٨٢ وما بعدها، أستاذنا د. حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٥ ف ٣٦٧٨ ص ١١٦٩، د. رؤوف عبيد شرح قانون العقوبات التكميلي دار الفكر العربي القاهرة ط ٥ ١٩٧٩ ص ٣٨١ وما بعدها، وانظر حكم محكمة مصر الكلية الأهلية، في ١٩٣٤/١/٣٠، الحاماة، السنة ١٥ ص ٧٤، وص ٥٠٢ رقم ٢٣٥، ونقض جنائي مصري في ١٩٥٧/٦/٣ مجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٨ ص ٥٨٦، ونقض جنائي مصري في ١٩٤٤/١٢/٤، المجموعة الرسمية الجدول العشري الخامس ص ٢٤٩ رقم ١٤٢١، نقض جنائي مصري في ١٩٤٥/١/١٥ المصدر ذاته ص ٢٥٠، ١٤٢٩.
- (٢) نقض جنائي مصري في ١٩٤٥/٦/١١، مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٧٢٦ رقم ٦٣.
- (٣) د. أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص المرجع السابق ص ٨٨٣.

له^(١)، كما قضت تلك المحكمة بأن قيام المتهم - في سبيل تأييد مزاعمه بنشر إعلانات عن نفسه وعن مشروعه وعن فتح حساب في أحد البنوك تودع فيه الأموال التي يساهم فيها مشروعه إعداد مقر فخم للشركة التي أنشأها ويديرها، من شأنها توفر جريمة النصب المعاقب عليها قانوناً^(٢)، كما قضت كذلك بأنه إذا كان المتهم من رجال الدين وأوهم المجني عليها أن في إمكانه أن يسحر لها ليصلحها على زوجها، وكانت صفته الدينية من شأنها توليد الاعتماد لدى المجني عليها بصدق ادعائه، فإنه يكون مرتكباً لجريمة النصب^(٣).

وهكذا نجد أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تبلغ الطرق الاحتمالية فيه الجسامة المطلوبة في التدليس الجنائي، بل يكفي أن تتجاوز حدود النزاهة المألوفة في التعامل حين يؤخذ الاحتمال في التدليس بمفهومه الواسع^(٤)، ومرجع ذلك أن القانون المدني يركز اهتمامه على مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها، في حين أن الحماية الجنائية بتجريم النصب يراعي فيها المشرع صيانة أموال الناس مما يفوت عليهم ملاحظته من الخداع المسبوك والذي يستهدف الاستيلاء على مال الغير^(٥).

٣- من حيث الغلط الناتج عن التدليس المدني والتدليس الجنائي :
كذلك يختلف الغلط في كل منهما باختلاف ما إذا كان التدليس مدنياً أم جنائياً حيث أن التدليس في الأول يشترط فيه حتى يكون عيباً مؤثراً على

- (١) نقض جنائي مصري في ١٩٦٢/٥/٧، مجموعة الأحكام الإصدار الجنائي، السنة ١٣، ص ٤٤٣، رقم ١١٢.
- (٢) نقض جنائي مصري في ١٩٧٠/١٢/١٣، المجموعة السابقة السنة ٢١ ص ١٢١٢ رقم ٢٩٤.
- (٣) نقض جنائي مصري في ١٩٢٥/١٢/٧، المحاماة السنة ٦ ص ١٠٨ رقم ٧٧.
- (٤) الأستاذ محمود محمد الشارود الوجيز في عيوب الإرادة دار الاتحاد العربي للطباعة القاهرة طبعة ١٩٨٨ ص ٦٤.
- (٥) دفادية أبو شهبه رسالتها النظرية العامة للطرق الاحتمالية، المرجع السابق ص ٢٦٨، د. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، رسالته الحيل في القانون المدني، المرجع السابق ص ٨١.

الإرادة أن يعتربها غلط يكون هو الدافع الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد وهذا على عكس التدليس الجنائي (النصب) حيث أن هذا التدليس قد يتحقق في نطاق القانون الجنائي دون حاجة لاشتراط وقوع المجني عليه في غلط، وذلك كما في حالة الشروع في جريمة النصب إذ تقوم هذه الجريمة في هذه الحالة حتى ولو لم يكن المجني عليه قد وقع في غلط فعلي^(١)، وهذا يجعله يفترق عن التدليس المدني من حيث أن الغلط الذي يثيره في ذهن المجني عليه في التدليس الجنائي ليس شرطاً ضرورياً في كل الأحوال فلا يشترط ذلك إلا في الجريمة التامة في التدليس الجنائي^(٢).

وبناء على ما كل ما تقدم يمكننا القول بأن دائرة الحيل في التدليس المدني أوسع نطاقاً منها في التدليس الجنائي فكل حيلة تكون جريمة النصب، تكون كافية لتحقق التدليس المدني من باب أولى، وليس العكس فما يعد حيلة مكونة للتدليس المدني، قد لا يتحقق معها بالضرورة التدليس الجنائي^(٣).

وبهذا يتبين الفارق بينهما نتيجة لاستجلاء الفارق بين الحيل المكونة لجريمة النصب، أو الحيل الدالة على التدليس المدني^(٤).

المطلب الرابع

التمييز بين جريمتي الغش وخداع المتعاقد

أن مفهوم الغش بصفة عامة في فقه القانون المدني هو "العمل الذي يعتمد إليه الشخص، بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر أو الانتقاص

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص المرجع السابق ص ٩٩٨.

(٢) أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص المرجع السابق ص

(٣) انظر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي، حكم محكمة استئناف مصر المختلطة في ١٩٣٤/٥/٨ مجلة التشريع والقضاء المختلطة السنة ٤٦ ص ٢٨٢.

(٤) انظر في هذا المعنى أيضاً د. محمود عبدالرحيم أحمد الديب رسالته المرجع السابق ص ٨٢.

منها"^(١)، فهو بهذا المفهوم يماثل أو يعادل الخطأ العمدي، وسوء النية"^(٢).

وعلى ذلك يعتبر التغيرير (التدليس) نوعاً من الغش، أو أحد تطبيقاته المتعددة؛ لأن الغش ينطوي على صور مختلفة ولذلك فله في لغة القانون معنى واسع يقصد به كل الوسائل والطرق الموجهة إلى تحقيق غرض غير مشروع.

وقد رأينا أن المشرع الجنائي اليمني والمصري والفرنسي يعاقب على جريمة خداع المتعاقد، والتي قد تختلط في بعض عناصرها بالتدليس في نطاق القانون المدني، وهو ما دعانا لبحثها وبحث أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين التغيرير (التدليس) سواء المدني أو الجنائي.

غير أنه يلاحظ على صور الخداع الأربع التي نص عليها المشرع الجنائي في جريمة خداع المتعاقد ليست ذات طابع عام يطبق على كل صور الخداع أو التدليس الذي يرتكب بمناسبة العقد، على الرغم من أنها تشمل جميع الصور التي ينصب عليها خداع المتعاقد، وعلاوة على ما بين هذه الصور المتعددة من تداخل وتكرار"^(٣).

والذي يهمنا بحثه هنا هو هل يمكن القول بأن جريمة الغش المنصوص عليها في الفقرتين ثالثاً ورابعاً من المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني هي ذاتها التي وردت في مفهوم فقهِ القانون المدني، أو هي تماثل جريمة خداع المتعاقد المنصوص عليها في الفقرة أولاً من ذات المادة السابقة أو أن أحدهما يعتبر صورة؛ أو أحد صور الجريمة الأخرى؟

(١) د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة نهضة مصر ١٩٥٤ ص ٣٠٤.

(٢) د.محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠ ج ٢ ص ٨٣.

(٣) د.رؤوف صادق عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلي الطبعة الخامسة دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٦ ص ٣٨٦.

للإجابة عن ذلك يمكن القول بأن للغش هنا له معنى مختلف عن مفهوم الغش في فقه القانون المدني إذ يتعلق بالتزييف الذي يحدث على المنتجات والمواد الغذائية أو الزراعية أو الطبيعية أو العقاقير الطبية.

وعلى ذلك فجريمة الغش هنا هي نوع من الخداع أو إحدى أشكال الغش بالمعنى الواسع الذي يحدث في مجال البضائع حيث في هذا الحالة يتم الغش بدلاً من استعمال أداة وزن أو عبارات شفوية على طبيعة البضاعة أو صفاتها الجوهرية... الخ، فإنه يقع فعلاً على الشيء المطروح أو المعروض للبيع، وهو يتحقق بالإضافة أو الانتزاع والسلب من مادة الشيء أو إخفاء عيوبه من خلال الإعداد والتحضير الذي يدخل على المادة ذاتها فتظهر في شكل جديد أو صناعة جديدة حتى لا يظهر عليها أنها أشياء معينة أو مغشوشة، فهذه الصورة من الغش وإن كانت تتم من الناحية القانونية بالتزييف المستحدث من خلال تغيير البضاعة إلا أنه من الناحية الواقعية ينتج من صورتين: خداع في صفة البضاعة أو في كميتها^(١).

وهدف المشرع في تجريم الغش والخداع في هذه الصور المنصوص عليها في المادة ٣١٢ ثالثاً من قانون الجرائم والعقوبات اليمني هي المحافظة على صحة الإنسان والحيوان، سواء في ذلك استعمال أو تداول أو استهلاك المواد المغشوشة أو الفاسدة، ولهذا لا تتم هذه الحماية من الأضرار المهددة للصحة العامة من المنتجات السامة أو الضارة فحسب، بل يجرم المشرع فعل الغش في ذاته أو في البيع وحتى مجرد طرح أو عرض المواد المغشوشة أو الفاسدة للبيع، وكذلك تجرم المواد التي تستعمل في الغش بغرض مكافحة الغش الواقع على كل المواد التي لها اتصال بحياة الإنسان أو الحيوان ولذلك تدخل فيها حمايته من أفعال الغش الواقعة على الأشياء المذكورة في النص، ويكفي أن نعرف من أوجه الشبه الكثيرة بين جريمة الغش وجريمة خداع المتعاقد هو أن جريمة الغش وملحقاتها من الجرائم

(١) أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني القسم الخاص المرجع السابق ص ١٨٥.

العمدية شأنها في ذلك شأن جريمة خداع المتعاقد حيث يشترط لقيام هذه الجريمة انصراف نية الجاني أو علمه بما ينطوي عليه سلوكه من غش في السلعة وأن ما يعرضه أو يطرحه للبيع أو يبيعه فاسداً أو مغشوشاً، وإن يعلم بحقيقة وطبيعة المواد التي تستعمل في الغش أو الخداع، وأن من شأن ذلك إدخال الغش أو الخداع على المشتري أو على السلعة، وانصراف إرادته صوب أفعال من شأنها أن تغير من طبيعة وخواص المواد التي أضيفت إليها. فالغش أو التغيير هو صنع إنتاج مزيف يقوم مقام الإنتاج الحقيقي، وهذا يعني اتجاه الإرادة لإخفاء حقيقة وجوهر الإنتاج المباع بواسطة الإضافة أو الإنقاص في التركيب^(١) وقصد من يقترف الغش دائماً هو خداع المشتري^(٢).

وبهذا نصل إلى التساؤل الذي أثارناه من قبل وهو هل يعني ذلك أن جريمة خداع المتعاقد المنصوص عليها في الفقرة أولاً من المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليميني تكفي لتحقيق هدف المشرع في مكافحة جريمة الغش في العمليات التجارية؟ ومن ثم ليس هناك مبرراً ما يستلزم من المشرع إلى إيراد النص بتجريم الغش في بقية الصور الأخرى حيث جرى الغالب من الأحوال اجتماع صورتين أو أكثر في واقعة واحدة؟

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بمسئولية تاجر زبدة قام بلف ١٥٠ جرام من الزبدة في ورقة أولى ثم أضاف ورقة ثانية من الورق المقوى تزن ٢٧ جرام وحسب السعر على أساس الوزن القائم دون أن يخصم منها ما يعادل وزن الغلاف (مشار إليه في أستاذنا د. بشري عقلان ود. حسني الجندي، المرجع السابق ص ٤١٩ هامش ١).

(٢) يعرف بعض الفقه الفرنسي الغش بأنه إعطاء البضاعة مظهراً كاذباً بقصد خداع المشتري أو الإعداد المادي للبضاعة بقصد الغش (موسوعة دالوز باب fnandes) أما البعض الآخر فيعرف الغش بأنه كل تغيير يقع على البضاعة بقصد خداع المشتري سواء بتغيير عناصر الشيء ذاته، أو خلطه بمنتجات أخرى أو تعديل في شكله الحقيقي، وهذا التعريف كما يرى بعض الفقه بحق بأنه إلى حد ما أكثر سلامة من التعريف الأول حيث أن التعريف الأخير يمكن على أساسه التمييز بينه وبين صور الخداع بعكس الأول الذي يوسع من مدلول الغش إلى حد استيعاب حالات أخرى مختلفة عن جريمة الغش (انظر أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي المرجع السابق ص ٣٩٦ وص ٣٩٧).

الإجابة عن ذلك بالنفي طبعاً؛ لأنه على الرغم من توافر أوجه الشبه الكثيرة بين جريمة الغش وجريمة خداع المتعاقد إلا أن جريمة الغش لا تدخل أحياناً في مفهوم الخداع ويعود السبب في ذلك إلى وجود اختلافات أساسية بين الجريمتين تميزها في ثلاث مسائل هي: المحل الذي ترد عليه، وغاية التجريم، والمفترضات القانونية.

أولاً: من حيث المحل الذي ترد عليه الجريمة وموضوعها:

في جريمة الغش يحصل يحصل الغش في مادة أو في إنتاج معد للبيع، بينما في جريمة الخداع يحصل الخداع على شخص المتعاقد الآخر نفسه أو نائبه أو وكيله، كما أن موضوع جريمة الغش هو أصناف معينة من السلع والمواد الغذائية المتعلقة بالصحة العامة للإنسان وللحيوان وكذا العقاقير الطبية والحاصلات الزراعية والطبيعية، وهذا على عكس الحال في جريمة خداع المتعاقد حيث ترد على كافة ما يعتبر بضاعة أيأ كان صنفها أو نوعها بدون أي تحديد أو تخصيص كذلك قد يكون الخداع على محل العقد بالقيام بتسليم المتعاقد شيئاً آخر خلاف المعقود عليه. أما الغش فيقع على الشيء ذاته، ويتكون من التحضير والإعداد المادي للبضاعة بغرض الخداع فالغش هنا يقع على جسم أو مادة الشيء محل العقد أما الخداع يكون عندما يكون الشيء الذي سلم للمتعاقد من نفس جنس البضاعة ولكن من نوع أقل درجة أو قيمة أو تكويناً.

و تطبيقاً لذلك ذهب محكمة النقض المصرية بقولها ((إن جريمة وضع بيانات غير مطابقة للحقيقة تقع وتتوافر أركانها، ولو كانت السلعة التي يوضع البيان عليها مغشوشة، ويتوافر القصد الجنائي فيها بمجرد وضع البيان غير الحقيقي مع العلم بعدم مطابقته للحقيقة وهي تختلف عن جريمة الغش التي تتحقق بخلط الشيء أو إضافة مادة مغايرة بطبيعته أو من نفس طبيعته ولكن من صنف أقل جودة^(١)). كما ذهب محكمة النقض المصرية

(١) نقض جنائي مصري ١٣/٦/١٩٨٥م طعن رقم ٦٣٣٥ لسنة ٥٥ قضائية، نقض جنائي مصري في ٣١/٥/١٩٧٩م، طعن رقم ٤٨، لسنة ٤٨ قضائية، نقض =

للتفرقة بين صور الغش في الجريمتين السالفتي الذكر بقولها ((إن قانون قمع التديليس رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٨م يعاقب بالمادتين (١ ، ٢) على جريمتين مختلفتين إحداهما وهي المنصوص عليها في المادة الأولى وتكون بفعل غش يقع من أحد طرفي عقد على آخر فيجب فيها أن يكون هناك متعاقدان وأن يخدع أحدهما الآخر أو يشرع في أن يخدعه بأية طريقة في عدد البضاعة أو مقدارها أو كيلها إلى آخر ما جاء في النص، والأخرى، وهي المنصوص عليها في المادة الثانية تكون بفعل غش يقع في الشيء نفسه، وهذا لا يتحقق إلا إذا أدخلت على عناصره المكونة له عناصر أخرى أو انتزعت بعض تلك العناصر فلا يدخل في هذا النوع من الغش أن تكون المادة قد ركبت بنسب مختلفة ككل عنصر من عناصرها مادامت هذه المادة هي... الخ))^(١).

ثانياً: في جريمة الغش يهدف المشرع إلى تجنب ما يترتب على هذا الغش من إضرار بالصحة العامة بصفة أساسية بينما في جريمة الخداع يسعى المشرع إلى ضمان سلامة صحة العقود والاتفاقات التجارية والمدنية.

ثالثاً: في جريمة الغش يتحقق فعل الغش بمجرد حدوثه حتى ولو لم يكن هناك وجود لأي متعاقد، فهو فعل مادي منفصل عن العقد المنعقد بين البائع والمشتري، بل ولو لم يتحدد مشتري بعينه، وهذا على عكس جريمة الخداع حيث يشترط لقيام الجريمة فيها أن يوجد المتعاقد الآخر، كذا أنه يشترط أن يتعلق بعقد من العقود المدنية أو التجارية^(٢).

= جنائي مصري في ١٠/١/١٩٧٩م، طعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٩ قضائية، نقض جنائي مصري في ١٤/٦/١٩٨١م، طعن رقم ٢٣١ لسنة ٥١ قضائية، نقض جنائي مصري ٢٩/٣/١٩٥٥م، مجموعة أحكام النقض السنة ٦٦، رقم ١٦، ص(٨٨) و الطعن رقم ١٣٩٣ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٢/٢١/١٩٧٨م، الطعن رقم ٦٣٠ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٠/١١/١٩٧٨م و الطعن رقم ١٩٠٧ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٤/٣/١٩٧١م.

(١) نقض جنائي مصري في الطعن رقم (١٩١١) لسنة ١٨ ق، جلسة ١٩/٤/١٩٤٩م.
(٢) د.عبدالحكم فوده جرائم الغش التجاري والصناعي طبعة ١٩٩٦ منشأة المعارف الإسكندرية ص١٢٨، أستاذنا د.مجدي عقلان، د.حسني الجندي المرجع السابق ص٣٨٦/٣٨٧.

رابعاً: تختلف جريمة الغش عن جريمة الخداع في أن علم أو رضا المشتري بطبيعة المادة المباعة يؤدي إلى استبعاد هذه الجريمة (جريمة خداع المتعاقد) على عكس جريمة الغش علم المشتري أو رضاه لا يمنع من قيام هذه الجريمة لأن الأمر هنا يتعلق بمكافحة الغش والوقاية منه فالمشتري نفسه في هذه الحالة قد يصبح متهماً في جريمة الغش^(١).

خامساً وأخيراً: تختلف جريمة الغش عن جريمة خداع المتعاقد في أن الأولى من الجرائم الوقتية التي تتم بمجرد اقرار فعل الغش أو استعمال المواد في الغش، وهذا يعني أنه يشترط لقيام جريمة الغش أن يكون القصد الجنائي معاصراً لوقت وقوع الفعل، أما جريمة الخداع فهي من الجرائم المستمرة منذ اقتران القبول بالإيجاب، ووقوع خداع في البضاعة ولا يؤثر في ذلك تأخير تسليم البضاعة للمشتري، لأن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد، ويقع على البائع التزام بنقل ملكية الشيء المبيع فجريمة الخداع قد تمت وتظل مستمرة بمجرد إتمام العقد حتى ولو لم يكن المشتري قد عاين البضاعة أو تسلمها بعد ذلك بل إن جريمة الخداع تقوم في حالة ما لو كان البائع قد قصد تسليم البضاعة بالصورة التي تم التعاقد عليها فعلاً، ولكن قام هذا البائع بتغيير البضاعة المتفق عليها عند تنفيذ العقد ففي هذه الحالة تكون جريمة الخداع تامة ومستمرة أيضاً ولا يمنع قيامها واستمرارها عدول الجاني بعد انعقاد العقد، وإن كان ذلك العدول يعد كما يرى بعض الفقه توبة إيجابية يتعين على القاضي أن يدخلها في اعتباره عند تقدير العقوبة، وذلك إذا بين البائع للمشتري حقيقة البضاعة أو نزعها أو مصدرها بعد العقد ورضي بفسخه ورد الثمن أيضاً^(٢)، وهذا هو نفس الحال كما يرى بعض الفقه الآخر بالنسبة لجرائم الطرح أو العرض للمبيع أو البيع فهي من الجرائم المستمرة. ولذلك يشترط توافر القصد الجنائي في أي وقت طالما

(١) أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي المرجع السابق ص ٤٢٢.

(٢) د. عبدالحكم فوده جرائم الغش التجاري والصناعي المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها، أستاذنا د. مجدي عقلان، ود. حسني الجندي، المرجع السابق ص ٣٧٣.

كانت حالة الاستمرار قائمة ، وهذا يعني أنه في هذه الجريمة الأخيرة إذا كان الفاعل على جهل بالغش أو الفساد وقت بدايته أي من الأفعال السابقة ثم علم بأمرها فإن القصد الجنائي يتوافر في جانبه من حين ذلك الوقت^(١). و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((متى اثبت الحكم المطعون فيه أن الكاكاو الذي وجد في حيازة الطاعن فاسد لارتفاع درجة الحموضة فيه و أن علمه بفساده متوفر فإن معاقبته عن هذه الواقعة يكون صحيحا في القانون و لا خطأ فيه))^(٢). ومسألة استخلاص الغش هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وله في ذلك الاستعانة بالخبراء والمختصين فيوكل إليهم المواد الكيماوية وغيرها من المواد المدعى بغشها فيتولون تحليلها في العامل الكيماوية غير أن رأي هؤلاء الواردة في تقاريرهم ليست إلا مجرد رأي استشاري تستأنس به محكمة الموضوع شأنه في ذلك شأن مسائل أعمال الخبرة التي لا تقيد قاضي الموضوع باعتباره الخبير الأعلى في الدعوى والسبب في ذلك أن الحكم بالإدانة يرجع إلى محض اقتناع القاضي وما يطمئن إليه وجدانه من دليل دون آخر^(٣).

(١) أستاذنا د.حسن صادق المرصافي قانون العقوبات الخاص منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الخامسة ١٩٧٥ ص ٨٤٨.

(٢) تقض جنائي مصري في ١٢/٢/١٩٥٣م، طعن رقم (١٤٣٠) لسنة ٢٣ ق.

٣ غير أنه ينبغي الملاحظة في هذا الشأن أنه قد يحدث في بعض الأحيان أن الغش في المواد المستعملة في غذاء الإنسان أو الحيوان أو العقاقير الطبية...الخ يصعب اكتشافه مما يستوجب على المحكمة الإحالة إلى خبير مختص لبيان ذلك فإن لم تقم بذلك يكون حكمها باطلا لأن المسائل الفنية والعلمية البحتة والتي يدق معرفتها على القاضي يجب إحالتها إلى الخبراء المختصين بها وهذا ما أكدته المحكمة العليا اليمنية في المبدأ التالي: "إذا خاضت المحكمة في مسألة علمية يدق فهمها على غير الدارسين لهذا العلم والمختصين فيه بأن أحلت نفسها محل الخبير الفني وأخلت بحق الدفاع وأحكام القانون وحكمت بناءً على ذلك يكون حكمها باطلا) الحكم في الطعن رقم (٣) لسنة ١٤١٣هـ جلسة ٣٠ صفر ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٢/٨/٢٩م، منشور في المبادئ القانونية والقضايا في القضايا التجارية، مرجع سابق، ص ١٦٥.

المطلب الخامس

صلة جريمة الغش والخداع بالعيوب الخفية في المبيع

تثار من جهة أولى مسألة التمييز بين الغش والعيوب الخفية عند بحث مسألة توافر القصد الجنائي من العلم بالصفة غير المشروعة من عدمه في المعقود عليه حيث يفرق الفقه والقضاء عادة في مدى توافر القصد الجنائي بين الصانع والمنتج من جهة وبين البائع من جهة أخرى، فبالنسبة للمنتج والصانع يتوافر القصد الجنائي من العلم بالصفة غير المشروعة لعملية الغش ويعمل القضاء في هذه الحالة بالقرائن للدلالة على توافر الغش والعلم به، أو وجوب العلم بأن ما قام به هو عمل غير مشروع ويعاقب عليه القانون^(١).

(١) وتطبيقاً لذلك اتجه القضاء في مصر على أنه متى أثبت الحكم أن المتهم عرض للبيع الغذاء الميبين به وأن هذا الغذاء مغشوش بالمادة الغريبة عنه المبينة هي أيضاً، وأن المتهم يعلم بهذا الغش فقي ذلك ما يكفي لإثبات توافر عناصر الجريمة دون حاجة لبيان كمية المادة المضافة ونسبتها (انظر نقض جنائي مصري في ١٣/٣/١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية (مجموعة محمود عمر) ج ٤ ص ٤٨٢ رقم ٣٥٧، كما يكفي لإدانة المتهم بناء على نص القانون أن يكون قد عرض السمن للبيع مع علمه بحقيقة أمره، ولا يشترط أن يكون قد باعه أو شرع فيه (نقض جنائي مصري في ١٥/٢/١٩٤٣ المجموعة السابقة ج ٢ ص ٨٦٨ رقم ٥. وقضى أيضاً بأن علم المتهم بفساد الطعام المبيع أو المعد للبيع ركن من أركان الجريمة... فإذا اكتفى الحكم في بيان هذا الركن بقوله إنه "لا شك في علم المتهم بما تطرق إلى اللحم من فساد" فهذا لا يتضمن دليلاً على قيام العلم ويكون الحكم قاصراً معيياً (نقض جنائي مصري في ٨/٣/١٩٤٣ المجموعة ذاتها ج ٢ ص ٨٧٨ رقم ٧).

وفي ذات المعنى نقض جنائي مصري في ٢٩/٣/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٧١٥، حيث جاء فيه "إن جريمة خداع المشتري المنصوص عليها في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م بشأن قمع التديس والغش هي جريمة عمدية يشترط لقيامها ثبوت القصد الجنائي، وهو علم المتهم بالغش الحاصل في الشيء المتفق على بيعه، وإنه تعدد إدخال هذا الغش على المشتري وإذن فإذا كان الحكم قد قال "أن يقوم التاجر بتوريدها للغير، وأن تكون متمشية مع حقيقتها، ولذلك فالتاجر ملزم باتخاذ ما يلزم للتحقق من صحة صفات بضائعه ومعرفة حقيقتها معرفة تامة وذلك قبل أن يسلمها للجهمور أو لعميله... وأنه يكفي لقيام الغش تسليم بضائع مختلفة عن البضائع التي اتفق عليها، فإن الذي ذكره الحكم لا يؤدي إلى ثبوت علم المتهم بالغش ومن ثم يكون الحكم قاصراً تصوراً يعيبه ويستوجب نقضه" وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه =

وهذا على عكس البائع إذا باع الإنتاج المغشوش بواسطة شخص آخر لا يعمل في هذه الحالة بمسألة القرائن وإنما يسوى الغش من حيث الأثر في هذه الحالة بالعيب الخفي وبالتالي يجب لكي تقوم مسئولية البائع الجنائية قيام المشتري بإثبات توافر العلم لدى البائع فعلاً^(١). لأن المشرع في النص القانوني لا يعاقب على الإهمال أو عدم الاحتراز أو الجهل بسيطاً كان أو جسيماً فكل ذلك ينفي القصد الإجرامي حتى ولو كان ذلك الإهمال أو الجهل يدخل في نطاق المسئولية المدنية التصديرية أو الجرائم الاقتصادية أو جرائم المخالفات ومن جهة أخرى فإنه طبقاً للصورة الأولى للفقرة ثالثاً من المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني قد يتحقق الخداع في حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحويه من عناصر نافعة، وعلى العموم العناصر الداخلة في تركيبها وذلك بقيام التعاقد بين المتعاقدين على بضاعة تتوافر فيها مميزات أو صفات معينة على أي وجه من الوجوه ثم يظهر عدم وجود هذه المميزات والصفات فيها أي أن المتعاقد قد خدع في اعتقاده بأن البضاعة يوجد بها خصائص معينة هي التي دفعته إلى إبرام العقد، فهل الخداع في الصفات الجوهرية يمثّل العيوب الخفية باعتبارها تنصب على الصفات الرئيسية للشيء المبيع؟

أجاب بعض الفقه عن ذلك بالإيجاب على أساس أن الصفات الجوهرية ليست فكرة خاصة بقانون قمع التدليس والغش ولكنها فكرة مأخوذة من القانون المدني وبالتالي فإن الصفات الرئيسية أو الهامة تماثل الصفات الجوهرية ومن ثم بالتبع تماثل العيوب الخفية.

= لا يكفي لإدانة المتهم لهذه الجريمة أن يثبت الحكم أنه الملزم بالتوريد، بل لا بد أن يقوم الدليل على أنه هو الذي ارتكب الغش، وأنه عالم به علماً واقعاً نقض جنائي مصري في ١٩٥٦/٢/٢٧ المجموعة ذاتها السنة ٧ ص ٢٥٨. رقم ٧٧ ونقض جنائي مصر في ١٩٦٩/٣/٣ م المجموعة ذاتها السنة ٢٠ ص ٢٠٣.

(١) نقض جنائي فرنسي في ١٩١٢/٣/٢١ بلتان رقم ١٦٢ ونقض جنائي فرنسي في ١٩١٠/٢/٢٥ بلتان رقم ١٠٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٢ بلتان رقم ٣١ ونقض فرنسي ١٩٤٠/١٠/٢٢ سيري ١٩٤٢ القسم الأول ص ٤٤ مشار إليها جميعاً في أستاذنا د. مجدي عقلان وحسني الجندي، المرجع السابق ص ٤٢١/٤٢٢ في الهوامش.

لكن بعضاً من الفقه يرى العكس - بأنه يوجد اختلاف بين الصفات الجوهرية والصفات الرئيسية ومن ثم اختلاف بين الصفات الجوهرية والعيوب الخفية حيث أن العيوب الخفية تتعلق بالصفات الرئيسية للشيء المبيع ولكنها لا تمس صفاتها الجوهرية لان الأولى تتعلق بقيمة البضاعة من جهة المحل ، أما الثانية فلا تتعلق إلا بموضوعها أو طبيعتها سواء المادي أو الاتفاقي ، حتى ولو كان لفظ (الصفات الجوهرية) مأخوذة من القانون المدني فإنه فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية يجب تفسيرها طبقاً للمفهوم الضيق لها ، فعدم توافر الصفات الرئيسية في الشيء المبيع يمكن أن يجيز للمشتري رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضد البائع ، غير أنها لا تجيز له تحريك الدعوى الجنائية^(١).

ويرى جانب ثالث من الفقه^(٢) بخصوص هذه المسألة أنه يجب في حالة التمييز بين ما يمكن اعتباره من الصفات الرئيسية والصفات الجوهرية أن يتصف بالمرونة لان هذا التمييز الذي لم يكن بحسبان القانون المدني يجهله أيضاً القانون الجنائي هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فإن مصطلح الصفة الجوهرية وإن كان هو مأخوذ من القانون المدني إلا أن ذلك لا يصح أن يحول دون الاستناد إليه كذلك في نطاق القانون الجنائي في تحديده لمدي التجريم في مجال الخداع.

وعليه فإن الخداع في الصفات الجوهرية بالمعنى السابق الذكر يكون معاقباً عليه على خلاف الخداع فيما يتعلق بالصفات التبعية أو الثانوية فلا يعاقب عليه ، بهذا الوصف على الأقل لأن الجزاءات الجنائية بطبيعتها هي أكثر شدة إلى درجة لا تحتمل التطبيق على درجات الخداع البسيطة التي يمكن أن تحدث عادة في مجال التجارة ، فلا يطبق القانون الجنائي إلا على الوقائع التي تنطوي على احتيال جسيم أو فاحش ينتج عنه أضراراً جسيمة

(١) انظر د. عبد الحكم فودة جرائم الغش التجاري والصناعي ، المرجع السابق ص ٣٧.

(٢) انظر ، جندي عبد الملك الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٣٣٨.

بالمشتريين وليس ذلك هو الأمر بشأن الخداع في الصفات التبعية أو الثانوية للبضاعة.

غير أن ذلك الرأي يضيف بأنه بالرغم من ذلك فإنه لا يوجد ما يحول دون الاستناد إلى الصفات التبعية أو الثانوية أيضاً في حالة اتجاه قصد المتعاقدين أو من ظروف التعاقد أن المتعاقد قد وضعها في اعتباره عند إبرام العقد لكن في هذه الحالة يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في شأن استخلاص ما إذا كان الخداع قد انصب على صفة جوهرية للبضاعة من عدمه^(١).

وفي اعتقادنا نرى أنه لما كانت جريمة خداع المتعاقد عموماً هي جريمة عمدية كما هو الأمر بالنسبة لجريمة الغش وبذلك يشترط لقيام هذه الجريمة توافر القصد الجنائي لدى الجاني وذلك يتحقق بتوافر العنصرين التاليين: الأول توجيه الجاني إرادته صوب إتيان الفعل المادي وهو الخداع أو الشروع فيه، والثاني: العلم بما ينطوي على ذلك السلوك (فعل أو امتناع) من خداع المتعاقد معه.

وبناء على ذلك يشترط لقيام القصد الجنائي في جريمة خداع المتعاقد ثبوت علم الجاني بالغش الواقع في الشيء المتعاقد عليه أو في البضاعة وانصراف إرادته إلى إدخال هذا الغش على المتعاقد معه^(٢) وذلك بقصد

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٥٤، جندي عبدالمملك الموسوعة الجنائية المرجع السابق ج ٥ ص ٣٣٨، د. عبدالحكم فوده جرائم الغش التجاري والصناعي، المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها و ص ٧٩.

(٢) انظر: د. عبد الحكم فودة جرائم الغش التجاري والصناعي، المرجع السابق ص ٧٩، وانظر نقض جنائي مصري في ٢٧/١١/١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ج ٢ ص ٨٧٩ ونقض جنائي مصري في ١٧/١١/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٤ ص ١٠٣ رقم ٢٥، ونقض جنائي في ٢٢/٢/١٩٥٤ المجموعة ذاتها السنة ٥ ص ٣ رقم ١٢٠ ونقض جنائي مصري في ٢٩/٣/١٩٥٥ المجموعة ذاتها السنة ٦ ص ٧١٥ ونقض جنائي مصري في ٢٧/٢/١٩٥٦ المجموعة ذاتها السنة ٧ ص ٢٥٨ رقم ٧٧، ونقض جنائي مصري في ٢١/١/١٩٥٧ المجموعة ذاتها السنة ٨ ص ٤٩ رقم ١٤.

تحقق النتيجة في إحدى صورها الأربعة المنصوص عليها في المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والمادة الأولى من قوانين قمع الغش والتدليس في كل من فرنسا ومصر، لأن نية من يرتكب الغش دائماً هو خداع المتعاقد معه، فإذا لم تتوافر هذه النية لا تقوم هذه الجريمة أصلاً، ونية الخداع تنشأ بالضرورة - وبطريقة كافية - من كون البائع يعلم حقيقة البضاعة التي يبيعهها، كما يتوافر العلم متى كان الإنتاج محل التعاقد غير مطابق للمواصفات القياسية، فإذا باع الشخص بضاعة يوجد بها عيب ظاهر، فإنه ليس له الاحتجاج بحسن النية حتى ولو لم يكن هو الصانع لها. وهذا ما ذهب إليه أيضاً قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية اليمني في كثير من أحكامهما والتي منها:

نص المادة (٥) من قانون حماية المستهلك التي قضت بأنه: (يتمتع المستهلك بالحقوق التالية التي يمارسها وفقاً لأحكام هذا القانون:

٢- الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة والوافية عن السلعة أو الخدمة التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه.

٤- الحصول على المتطلبات الأساسية كضمان الجودة عند إبرام المستهلك أي صفقة.

٨- للمستهلك الحق في الحصول على السلع والخدمات المطابقة للمواصفات القياسية وله حق التأكد من جودتها.

أما المادة (٦) الفقرة (د) من ذات القانون فقد نصت على أنه: (يلتزم المزود بعدم وضع أية بيانات يكون من شأنها خداع أو تضليل المستهلك).

وتنص المادة (١٠) من ذات القانون على أنه: (يلتزم مزود السلعة المستعملة بتقديم المعلومات الكافية للمستهلك عن حالتها وعن مدى وجود عيوب فيها.. وذلك على نحو لا يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو

مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط، ويحقق متطلبات الصحة والسلامة).

وتنص المادة (١٣) منه على أنه: (يلتزم المزود فور اكتشافه أو علمه بوجود عيب في سلعة يتعامل فيها من شأنها الإضرار بصحة وسلامة المستهلك عند استخدام السلعة أن... وأن يتوقف عن إنتاج السلعة المعيبة أو التعامل بها بأي شكل من الأشكال، وسحبها من السوق، وأن تتخذ الإجراءات الضرورية لإخطار المستهلكين بعدم استخدام السلعة المعيبة وإجراءات استبدالها أو ردها أو إصلاحها وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة).

وتنص المادة (١٤) الفقرة (أ) منه على أنه: (مع مراعاة ما ورد في أي قانون آخر يكون مزود السلعة أو الخدمة ملزماً تجاه المستهلك بما يلي:
١- حق ضمان جودة السلعة والخدمة وتوافر المواصفات التي حددها أو تلك التي اشترطها المستهلك خطياً وجودها، كما يضمن العيوب الخفية التي تنقص من قيمة السلعة أو الخدمة أو تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدت له وفقاً لطبيعتها أو لأحكام العقد المبرم بين المزود والمستهلك).

وتنص المادة (١٧) منه على أنه: (يلتزم المزود بالامتناع عن القيام بأي من الأعمال التالية: ١- صنع أو إعداد أو حيازة أو نقل أو عرض أو توزيع أي سلعة أو خدمة بشكل يخفي حقيقتها أو صفاتها الجوهرية أو نسبة العناصر الأساسية المكونة منها... ٣- بيع سلعة غير مطابقة للمواصفات أو المتفق عليها من حيث كميتها أو نوعها أو خصائصها أو منشأها).

أما المادة (٤) منه فقد نصت على أنه: (أ- تسرى أحكام هذا القانون على جميع المعاملات والعقود المرتبطة بالسلع والخدمات المعروضة بمختلف وسائل التجارة التقليدية والحديثة بما في ذلك التجارة الإلكترونية التي تعتمد تناول البيانات ونقل المعلومات الإلكترونية من جاسوب إلى جاسوب آخر أو البريد الإلكتروني أو البرق أو الفاكس أو النسخ أو الانترنت، وأية وسائل مستحدثة أخرى تم اعتمادها دولياً ومحلياً.
(ب- لا تسري أحكام هذا القانون على المعاملات فيما بين المزودين).

وغيرها كثير من القواعد والأحكام التي أوردها قانون حماية المستهلك وقانون المواصفات والمقاييس وقانون التجارة الداخلية اليمني..... والتي قد سبق وأن ذكرنا بعضاً منها فيما تقدم من مواضيع البحث ولا تخرج عن هذه المعاني التي وردت في النصوص السابقة، وكلها في اعتقادنا لا تخرج أيضاً عما استقر عليه الاتجاه السائد في الفقه والقضاء في مصر وفرنسا بالنسبة للعيوب التي توجد في البضاعة المعقود عليها حيث يفرقون بخصوص هذه المسألة بين أمرين:

الأمر الأول: حالة العيوب الظاهرة في البضاعة: وفي هذه الحالة يكون قصد الخداع موجود لأنه ثابت بوضوح وبالتالي لا يمكن للجاني أن يدفع بجمله عيوب البضاعة ومثال ذلك تاجر الذهب والفضة الذي يصنع الذهب أو الفضة من عيار غير صحيح (مغشوش) وبائع الأدوية الذي يعلن عن توافر عناصر غير صحيحة في أدويته، والخباز الذي يصنع خبزاً أقل من الوزن المقرر، فهؤلاء جميعاً وأمثالهم ليس من المقبول منهم الاحتجاج بحسن النية متى كانت هذه البضاعة معيبة في ذاتها، وبذلك يعتبر البائع سيئ النية كون الواجب عليه قانوناً عدم القيام بأي عمل فيه تأثير على الصفات الجوهرية في المبيع يعاقب عليه القانون، ومن ثم فإن الواجب عليه - قانوناً التأكد من سلامة بضاعته وبالتالي فهو يعلم بعيوبها ولا يقبل منه بأي حال من الأحوال التذرع بالجهل بالعادات التجارية ولوائح التجارة أو عدم علمه بالقانون أو الغلط فيه فهذا وذاك لا يؤثر على قيام جريمة خداع المتعاقدين في هذه الحالة. وتطبيقاً لذلك صدر عن المحكمة العليا اليمنية المبدأ التالي: يفترض علم مسئول المخازن بالبضاعة التي استلمها وأودعها المخزن ومؤدى ذلك هو أنه لا يجدي مسئول المخازن الدفع أمام المحكمة بعدم علمه بنوع البضاعة وجودتها^(١).

(١) الحكم في الطعن رقم (٤٠) لسنة ١٤١٢ هـ جلسة ٢٣ ذي القعدة ١٤١٢ هـ الموافق ١٤/٥/١٩٩٢م مشار إليه في المبادئ القانونية والقضائية التجارية جمع وترتيب د. حسن علي مجلي، مكتبة خالد بن الوليد للنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠٠٤م، ص ١٢٧.

الأمر الثاني : حالة العيوب غير الظاهرة (العيوب الخفية) ^(١) : ففي هذه الحالة ، لا محل لافتراض العلم بالخداع في هذه الجريمة لان المتطلب فيها قصد جنائي عام يقع فيها عبء إثباته على عاتق سلطة الاتهام دون حاجة لافتراض قيام هذا العلم في تلك الحالة ، إذ أن هذه القرينة إن كانت قد فرضها القانون بشأن جرائم الغش في الصورة الثانية والثالثة من المادة ٣١٢ عقوبات يمني إلا أنه لم ينص عليها صراحة ، ولو كان المشرع يقصد مساواة جريمة الغش بجريمة خداع المتعاقد بخصوص قرينة افتراض العلم بالعيوب الخفية لكان قد نص على ذلك صراحة في صلب الفقرة أولاً من نفس المادة السالفة الذكر.

ولكن يلاحظ من حيث الواقع أن النيابة العامة تجري من الناحية العملية على خلاف ذلك حيث تقوم في مجال التحقيق والاتهام على افتراض قيام العلم في جانب المتهم التاجر بالعيوب التي توجد في البضاعة لأنه يقع عليه واجب الإشراف على عماله والتحقق والرقابة على طبيعة المنتجات التي تخرج من مصنعه أو التي يقوم بالتجار فيها ، ونعتقد فيما يظهر لنا أن نص المادة (١٢) من قانون حماية المستهلك اليمني تسير في هذا الاتجاه حيث تنص على أنه : (يلتزم المزود بإجراء التحريات اللازمة بنفسه أو بواسطة الغير للتأكد من أن ما يقدمه من سلع أو خدمات تتفق مع أحكام هذا القانون واللائحة والتشريعات الأخرى ذات الصلة

(١) انظر في شأن العيوب الخفية أو غير الظاهرة زميلنا د.عبدالله عبدالله العلفي أحكام الخيارات في القانون المدني اليمني والفقهاء الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة عين شمس طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٨ ص ٤٨٦ وما بعدها.
والمرر قانوناً وقضاء في المعاملات المدنية والتجارية هو أن يثبت خيار العيب للمشتري إذا ظهر في المبيع عيب خفي لا يمكن أن ينكشف بالفحص المعتاد وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا اليمنية المبدأ التالي : "إذا أثبت بشهادة الشهود والخبراء أن في المبيع عيباً خفياً لا يمكن أن ينكشف بالفحص المعتاد وأخطر المشتري البائع بوجوده من حين ظهوره فإنه يثبت للمشتري خيار العيب" تقض مدني يمني دائرة الأحوال الشخصية في ١٤/٥/١٩٩٢م في الطعن رقم ٣٩ لسنة ١٤١٢هـ منشور في المبادئ القانونية والقضائية ، جمع وترتيب ، د.حسن علي مجلي ، مكتبة خالد بن الوليد للنشر والتوزيع ، صنعاء ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤م ، ص ١٣٢ ..

بالمستهلك)، وعلى ذلك فإنه إذا لم يتم بواجب الإشراف أو التحقق من جانب التاجر يتوافر القصد الجنائي لديه ويسأل عن جريمة خداع المتعاقد وهذه القرينة تقوم في جانب الصانع وتجار الجملة كذلك لأنه في كثير من الأحوال ما يكون بائع إنتاج معين هو صانعه في ذات الوقت ومن ثم يفترض فيه معرفة مكونات إنتاجه إلا أن يقوم بإثبات العكس باعتبار هذه القرينة وفقاً للرأي الراجح فقهاً وقضاء قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بأن يثبت التاجر عدم علمه بالعيوب الخفية للبضاعة وأنه كان حسن النية عند الاتجار فيها^(١).

ومما يتصل بهذا الموضوع أنه قد يحدث من الناحية العملية أن يقوم البائع في سبيل الترويج لبضاعته إلى الاستعانة بأكاذيب يعلنها فيخدع المتعاقد معه الذي أقدم على التعاقد بناء عليها مثال ذلك أن يزعم أن البضاعة الذي يقع عليها التعاقد من إنتاج مصنع معين في حين أنها من إنتاج مصنع آخر، وفي الغالب من الأحوال أن التاجر يستعين في دعم مزاعمه باسم تجاري معين أو علامة تجارية معينة، مثال ذلك أن يبيع التاجر آلة معينة على أنها إنتاج ياباني بينما هي في الحقيقة من صنع ماليزي، فهل تقوم جريمة الخداع في هذه الحالة أم لا تقوم؟

للإجابة عن ذلك ذهب بعض فقهاء القانون إلى وجوب التفرقة بين مسألتين هما:

المسألة الأولى: يكون المتعاقد الآخر قد وضع في اعتباره عند إبرام العقد الصفة الأساسية التي أعلنها البائع في البضاعة خاصة إذا كان هناك فرقاً في قيمة البضاعة والبائع يعلم بذلك ولكنه أراد إتمام الصفقة رغم ذلك، فعلى سبيل المثال أن المتعاقد إذا كان قد وضع في اعتباره عند إبرام العقد اسم تجاري معين أو علامة تجارية معينة أو صفة جوهرية في المبيع فتبين للمستهلك أن الصفقة لا تحمل شيء من ذلك والمتعاقد الآخر يعلم

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي - شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، المرجع السابق ص ٣٧٥/٣٧٦.

بذلك، ففي هذه الحالة تقوم جريمة الخداع في طبيعة البضاعة أو الصفات الجوهرية لها، لأن تقليد العلامة التجارية أو التضليل في الصفة الجوهرية لها ونحو ذلك أمر محظور قانوناً بموجب المادة (٨٩) من قانون الحق الفكري اليمني الصادر في سنة ١٩٩٤م والقوانين الخاصة الأخرى اليمنية المتصلة بحقوق المستهلك سالفه الذكر؛ لأن أي من هذه الأمور ونحوها تدخل المستهلك في اللبس والتدليس والغش والخداع وهذا ما قضت به المادة (٦/د) من قانون حماية المستهلك اليمني بقولها: (يلتزم المزود بعدم وضع أية بيانات يكون من شأنها خداع أو تضليل المستهلك) وتنص الفقرة (أ) من نفس المادة السابقة على أنه: (على المزود لدى عرض أي سلعة للتداول الالتزام بأن يضع على غلاف أو عبوة السلعة بحسب طبيعة السلعة بطاقة باللغة العربية واضحة ومقروءة ومفهومة المعنى وبشكل بارز وبطريقة يتعذر إزالتها، وتتضمن هذه البطاقة البيانات التالية: ١- نوع السلعة وطبيعتها ومكوناتها. ٢- اسم السلعة. ٣- بلد المنشأ (اسم الدولة دون حرف اختصار) وعلى ألا يقتصر على اسم الدولة وحدها دون عبارة صنع في... ٤- بلد التصدير. ٥- اسم المنتج أو المستورد، واسمه التجاري وعنوانه، وعلامته التجارية إن وجدت). كذلك نصت على ذلك الفقرة (٢) من المادة (٥) من ذات القانون على أنه: (يتمتع المستهلك بالحقوق التالية: ... ٢- الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة والوافية عن السلعة أو الخدمة التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه). وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا اليمنية الميدان التاليان:

المبدأ الأول: التمييز بين العلامات التجارية المتشابهة لا يكون من خلال ما تضمنته من رموز أو أرقام وإنما العبرة بالصورة الكلية للعلامة التي تنطبق في ذهن المستهلك العادي متوسط الحرص بحيث توقعه في اللبس بين تلك المنتجات والسلع من عدمه.

المبدأ الثاني: إن التعديل أو التغيير للعلامة المقلدة يجب أن يكون جوهرياً بحيث لا تتشابه مع العلامة الأصلية وذلك ما أوجبه المادة (٨٩)

من قانون الحق الفكري ولا يكتفى بالتغيير البسيط أو الطفيف لدحض التشابه بين العلامات التجارية^(١).

المسألة الثانية: إذا كان المتعاقد لم يتأثر بتلك الصفات الكاذبة التي يعلنها المتهم وأتم الصفقة برضائه واختياره بها على ما هي عليه، من عيوب فلا تقوم هذه الجريمة لأن مزاعم المتهم في هذه الحالة لم تكن هي السبب الأساسي الباعث على التعاقد، وهذا هو ما تؤدي إليه حساسية المعاملات المدنية التي تقضي بعدم التدخل الجنائي في شأنها إلا بالقدر الذي تتمثل فيه خطورة على الصالح العام.

وبناء على ذلك لا يكون القصد الجنائي متوافراً إذا جهل المتعاقد أو أخطأ في أي من الأمور التي وردت في حالة الخداع وإذا قام البائع بكشف حقيقة البضاعة للمشتري وقت البيع انتفى التدليس ومن ثم يتنفي القصد الجنائي تبعاً لذلك^(٢).

ولكن يلاحظ على هذه التفرقة التي ذهب إليها بعض الفقهاء لم تلق قبولاً من جانب الرأي الراجح في القضاء لأنه يرى فيها محاولة من جانب هذا الفقه بإدخال قواعد القانون المدني إلى القانون الجنائي خاصة القواعد التي تقضي بمسؤولية البائع عن العيوب الخفية حتى لو كان يعلم بها، لأن هذا الحل إن كان يتناسب مع المسؤولية المدنية وتعويض الأضرار إلا أنه من الصعب القبول به بالنسبة للمسؤولية الجنائية التي تقوم على التدليس، لأن القانون الجنائي لا يعاقب إلا على الخداع المحظور جنائياً، كما لا يعاقب عن الجهل أو الغلط الذي يقع فيه البائع أو التاجر تجاه المتعاقد الآخر، وفي هذا الصدد قضت المادة (١٤/أ) من قانون حماية المستهلك اليمني على

(١) الحكم في الطعن رقم (٤٧) لسنة ١٤٢٠هـ جلسة ٢٤ ذي القعدة ١٤٢٠هـ الموافق ٢٠٠١/٢/٢٨ م منشور في المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية، جمع وترتيب زميلنا د. حسن علي مجلي، الطبعة الأولى مركز الصادق، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ١٩٣.

(٢) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. مجدي عقلان، د. حسني الجندي، المرجع السابق ص ٣٧٧/٣٧٦.

أنه: (مع مراعاة ما ورد في أي قانون آخر يكون مزود السلعة أو الخدمة ملزماً تجاه المستهلك بما يلي: ١- حق ضمان جودة السلعة والخدمة وتوافر المواصفات التي حددها أو تلك التي اشترطها المستهلك خطياً وجودها، كما يضمن العيوب الخفية التي تنتقص من قيمة السلعة أو الخدمة أو تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدت له وفقاً لطبيعتها أو لأحكام العقد المبرم بين المزود والمستهلك)، فالخداع إذن جريمة عمدية، وحسن النية يستبعد نية الغش، كما أن الإهمال حتى ولو كان جسيماً لا يعادل الغش، لأن الإهمال ما هو إلا إحدى صور الخطأ غير العمدي^(١)، أما التدليس فيفترض غشاً عمدياً، وبناء على ذلك فإنه لا يعتبر خداعاً إلا من كان سيء النية، أما إن كان الشخص يعتقد خطأ توافر صفة معينة في البضاعة ليحصل على ثمن أعلى من قيمتها الحقيقي فإنه لا يرتكب خداعاً إجرامياً لأن الغلط يستبعد التدليس الجنائي^(٢).

(١) وهذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية العريقة حيث قضت بأن "جريمة خدع المشتري المنصوص عليها في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بشأن قمع التدليس والغش هي جريمة عمدية يشترط لقيامها ثبوت القصد الجنائي، وهو علم المتهم بالغش الحاصل في الشيء المتفق على بيعه، وأنه تعمد إدخال هذا الغش على المشتري وإذن فإذا كان الحكم قد قال: "أن التاجر ملزم بتوريدها للغير، وأن تكون متمشية مع حقيقتها، ولذلك فالتاجر ملزم بالتخاذ ما يلزم للتحقق من صحة صفات بضائعه ومعرفة حقيقتها معرفة تامة وذلك قبل أن يسلمها للجمهور أو لعميله.. وأنه يكفي لقيام الغش تسليم بضائع مختلفة عن البضائع التي اتفق عليها، فإن الذي ذكره الحكم لا يؤدي إلى ثبوت علم المتهم بالغش، ومن ثم يكون الحكم قاصراً قصوراً يعيبه ويستوجب نقضه" نقض جنائي مصري في ١٩٥٥/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٧١٥، وقضت نفس هذه المحكمة أيضاً بأنه "لا يكفي لإدانة المتهم لهذه الجريمة أن يثبت الحكم أنه الملزم بالتوريد، بل لا بد أن يقوم الدليل على أنه هو الذي ارتكب الغش وأنه عالم به علماً واقعاً" نقض جنائي مصري في ١٩٥٦/٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٢٥٨.

(٢) انظر في التدليس من حيث مفهومه وأحكامه أستاذنا د.جميل متولي الشراوي مصادر الالتزام في القانون المدني اليمني، طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٨ ص ١٢٩، وكذا زميلنا د.محمد حسين الشامي مصادر الالتزام في القانون المدني اليمني الطبعة السادسة مكتبة الجيل الجديد صنعاء ٢٠٠٢ ص ١٩٦ وما بعدها، د.محمد جمال الدين زكي الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ج ١ ص ٣١٠.

ونضيف إلى ذلك بان القانون الجنائي لا يرغب في العمل بالقرائن كثيراً، وإنما يعمل بها في حالة ضرورة الحاجة إليها وبشرط قيام المشرع بتخصيصها صراحة ولا ينسبها إلى تفسير يتصوره حتى ولو كان لغرض عادل ومشروع وهذا في اعتقادنا ما سارت عليه كل من المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والمادة الأولى وما يليها من قانون قمع الغش والتدليس في كل من مصر وفرنسا والمادة (٣٦) من قانون حماية المستهلك اليمني التي قضت بأن: (كل من تسبب بسلوكه عمداً أو بالإهمال في الإضرار بالمستهلك أو تعريضه للخطر نتيجة مخالفة أحكام هذا القانون أو اللائحة أو التشريعات الأخرى النافذة ذات الصلة بالمستهلك، يكون مسئولاً بمفرده أو بالتضامن مع غيره عن جميع التكاليف المترتبة على معالجة أو إزالة الضرر أو الخطر فضلاً عن دفع التعويضات المترتبة عليها وفقاً لما يتم تحديده في اللائحة، وإذا وصل الضرر على المستهلك إلى الوفاة تعتبر الجريمة جنائية يعاقب عليها المتسبب وفقاً لقانون العقوبات)، وطبقاً لذلك فإن سوء النية لا يفترض^(١) في المواد الجنائية إلا إذا قام المشرع بتخصيصها صراحة.

وهذا ما نصت عليه المادة (٦) من القانون المصري رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م عند استحداثه جرائم جديدة هي جرائم الغش بالإهمال وهذه الجرائم غير عمدية وتحقق في حالات الإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز أو الإخلال بواجب الرقابة من ذلك ترك السلعة دون تهويتها مما ينتج عنه تسوسها أو عدم وضعها في المكان المناسب لطبيعتها مما أديء إلى إفسادها أو عدم تغطيتها مما أدى إلى تعرضها للحشرات والقوارض والذباب مما نتج عن ذلك تلوثها أو فسادها أو يوضع الجنائي عند تصنيع

(١) انظر نقض جنائي مصري في ١٩٥٥/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٦، ص ٢١٥ رقم ٢٣٢، ونقض جنائي مصري في ١٩٥٦/٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٢٥٨، ونقض جنائي مصري في ١٩٥٧/١/٢١ المجموعة ذاتها السنة ٨ ص ٤٩ رقم ١٤، ونقض جنائي مصري في ١٩٧٢/١١/٥ المجموعة ذاتها السنة ٢٣ ص ١١٣٥ رقم ٢٥٦.

السلعة أو تحضيرها مادة صناعية بدل من المادة المخصصة لها خطأ أو يضع السلعة داخل الثلاجات دون أن يتحقق من درجة التبريد إذا كان حفظها يتطلب درجة تبريد معينه ، لذلك نصت المادة السالفة الذكر على أنه ((دون إخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر إذا وقع الفعل بالمخالفة لأحكام المواد (٢، ٣، ٣ مكرراً) من هذا القانون بطريق الإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز أو الإخلال بواجب الرقابة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة و بغرامة لا تقل عن ألف جنية و لا تتجاوز نصف الحد الأقصى المقرر للغرامة المنصوص عليها في المواد السالفة الذكر أو بإحدى هاتين العقوبتين)) .

فالتبين من هذا النص المضاف بالقانون المصري رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م أنه أيا كان الخطأ الذي ارتكبه الفاعل ، و أيا كانت درجة جسامته فإنه لكي يكون مرتكبه مسئولاً عن ذلك لا بد و أن تتوافر علاقة السببيه بين الخطأ و الفعل ، غشاً كان أو بيعاً أو حيازة ، بحيث لا يتحقق وقوع الغش أو البيع أو الحيازة بدون هذا الخطأ و ترتيباً على ذلك فإنه عند الحكم في هذه الجناية ينبغي أن يقوم ببيان عناصر الخطأ الذي ارتكبه المتهم والدليل عليه ، و صلة هذا الخطأ بفعل الغش أو العرض و بالتالي لا يعني أن يكون هناك وجود غش أو حيازة أو بيع و وقوع خطأ من المتهم ، بل يستلزم أن يكون هذا الخطأ له صلة بفعل الغش أو البيع أو العرض اتصال السبب بالمسبب بحيث لا يتصور حصول الغش بدون وجود هذا الخطأ لان الخطأ الجنائي شأنه شأن العمد الجنائي لا يفترض بعكس الخطأ المدني الذي قد يفترض في بعض الأحيان كالمسئولة في حراسة الحيوان أو الآلات أو الجوامد .

و عبء الإثبات هنا ايضاً يقع على عاتق النيابة العامة كما في الجنايات العمدية فعليها إثبات إهمال المتهم أو عد احتياطه أو إخلاله بواجب الرقابة و لا يكتفي بهذا مجرد إسناد النتيجة الضارة التي يجرمها القانون الى نشاط المتهم فعلاً كان أو امتناعاً بل يتعين استخلاص الإهمال

أو عدم الاحتياط المنسوب إليه و الذي أدى إلى وقوع النتيجة من وقائع الدعوى و ما تم فيها من تحقيقات.

و يتعين أن يشير الحكم إلى بيان كيفية وقوع الإهمال أو عدم الاحتياط أو الإخلاق بواجب الرقابة الذي وقع من المتهم و الذي بموجبه قضى بمسئوليته و أن يبين الوقائع التي أستخلص منها الخطأ و ذلك لكي يتسنى لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها حول مدى سلامة استنتاجه و مطابقتها للقانون^(١).

و بما تجدر الإشارة إليه أخيراً أنه يجب في جريمة خداع المتعاقد أن يتوافر نية الخداع في لحظة إبرام العقد إذا كانت الجريمة تامة أو وقت تقديم البضاعة أو عرضها إذا كانت الجريمة شروعاً فيها و العلم بغش البضاعة المعروضة للبيع هو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع و ليس من الضروري أن يثبت القاضي سوء النية قصد الخداع في ألفاظ صريحة ما دام بالإمكان استخلاصها من الظروف الواقعية للجريمة^(٢). كذلك الأمر بالنسبة لاستخلاص أو استظهار الغش مسألة موضوعية يستعين القاضي فيها بالأخصائين في التحاليل الكيميائية و نتيجة التحليل لا تخرج عن كونها دليل من أدلة الدعوى تخضع لتقدير محكمة الموضوع كسائر الأدلة الأخرى، بيد أنه إذا رفضت المحكمة التعويل عليها و جب عليها، إبداء أسباب ذلك. و على هذا فإذا كان المطروح على المحكمة هي جريمة غش - لبن مثلاً - فيتعين عليها أن تبين ماهية اللبن المغشوش و كيفية حصول الغش، و أن يستظهر أن الدسم أنتزع من اللبن المعروض للبيع و إلا كان قاصراً. و بالنسبة للمياه الغازية فيتعين أن تستظهر في حكمها ماهية الرواسب التي قالت بوجودها بالمياه الغازية محل الدعوى و سببها أو أكثرها في هذه المياه المعروضة للبيع، و إذا كانت التهمة المسندة إلى المتهم

(١) انظر في هذا المعنى، عمرو محمد عابدين، جرائم الغش في ظل القانون، مرجع سابق، ص (٦٣).

(٢) انظر نقض جنائي مصري في ١٠/١/١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٣٨٣.

أنه عرض للبيع سلعة غير مطابقة للمواصفات، فإنه يتعين على المحكمة أن تبين المواصفات التي خولفت و علم المتهم بها^(١).

المبحث الثالث

موقف الشريعة الإسلامية من طبيعة الغش التجاري ونطاقه في تجريم النصب و خداع المتعاقد وغشه

لا جدال أن افتراض الصدق والأمانة بين المتعاقدين سواء في إنشاء العقد أو في تنفيذه أمراً مقررأ في الفقه الإسلامي منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان وذلك عن طريق تقرير وجوب مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها حماية لأحد طرفي العقد عن طريق تقرير وضع لم تكن لتسمح به القواعد العامة إذا تم تطبيقها تطبيقاً عادياً، وهذه الحماية تجد مبرراً لها في كل حالة على حدة، ففي إبرام العقود إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخرين و خدعه كان للمتعاقد المغرر به الحق في فسخ العقد لأنه متعاقد حسن النية لم يقصد الخروج على أحكام الشريعة في هذا النطاق، لذلك قرر الشارع الإسلامي حمايته عن طريق إعطائه حق الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه بخلاف المتعاقد المدلس، حيث سلب الشارع عنه أي حماية؛ وألزمه بضمان الضرر الواقع على المتعاقد المغرر به إذا كان له مقتضى^(٢) وذلك على أساس أن العقد في الفقه الإسلامي منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان ليس من العقود الشكلية كما كان الحاصل في القانون الروماني طيلة مراحل تطوره حيث لم تفارقه الشكلية في أي عصر من عصوره وأن خفت في عصوره الأخيرة بعض الشيء إلا أنها لم تفارقه كلية وإن كان مبدأ حسن النية قد وجد في هذا العصر عندما أعطى للإرادة دور في التصرفات القانونية إلا أنه كان مع ذلك محدوداً حيث لم تفارقه الشكلية في أي عصر من عصوره^(٣).

(١) نقض جنائي مصري في ١٩٦١/٥/١ م، مجموعة أحكام النقض لسنة ١٢، ص (٥٢١).

(٢) انظر في هذا المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني رسالته ص ٣١٢.

(٣) انظر في هذا المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني رسالته ص ٢٠.

فالعقد في الفقه الإسلامي يقوم على أساس الرضا الكامل منذ بزوغ فجر الإسلام فلم يعتريه التطور الذي حصل في القوانين الوضعية الذي أساسها هو القانون الروماني ، ولهذا شرعت الخيارات في الشريعة الإسلامية حماية للمتعاقد ورعاية لحقه كلما شابت إرادته علة مؤثرة لا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً ، وكلما وقع في غش أو غدر نتيجة اطمئنانه إلى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في صاحبه^(١) يدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }^(٢).

فالشريعة الإسلامية على خلاف ما كان يذهب إليه فقهاء القانون الروماني تدعو إلى مكارم الأخلاق لا أن تعتبر الغش أو الخداع والحيلة مهارة أو ذكاء التي هي أمور تتنافى مع الصدق والأمانة وحسن النية ولذلك فإن جميع التصرفات القائمة على سوء النية كالغش والخيانة مستهجنة في نظر الشريعة الإسلامية ومؤاخذاً عليها أخروياً ومنوعة قضاء باعتبارها مجافية لمكارم الأخلاق فيحاسب الشخص على مقاصده السيئة في تصرفاته حيث أننا لا نجد مذهباً فقهياً يخلو من المنع القضائي للتصرفات المبينة على سوء النية كنية الغش ونية الإضرار بالغير ويضفي عليها القضاء وصف التعدي طبقاً للمعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية ، وبالتالي يكون نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من نطاقه في القوانين الوضعية لأن أحكام الشريعة الإسلامية تعمل على قمع كل التصرفات السيئة عن طريق الوازع الديني ، والباعث الذاتي الذي يدفع المتصرف أن يمتثل مثل هذه التصرفات بل أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تقتصر على الحث بالتزام الحد المأذون به شرعاً فقط بل أنها تدعو إلى ما هو أبعد من ذلك الحد وذلك من خلال حثها على ضرورة

(١) انظر أستاذنا د. عبدالمجيد محمود مطلوب التذليل بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي محاضرات ألقى على طلاب دبلوم القانون الخاص كلية حقوق عين شمس ١٩٨٧ ص ٥.
(٢) الآية ٢٩ من سورة النساء.

السمو إلى مرتبة الإحسان والتسامح في التصرفات - وهذا ما يتضح من قول رسولنا الكريم محمد ﷺ: {رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى} (١)، وعن أنس - رضي الله عنه - : قيل يا رسول الله: من يحرم على النار؟ قال: {البهين واللين والسهل القريب} (٢). فسوء النية في التصرفات العقدية في الشريعة الإسلامية تعتبر تعدياً عمدياً لأن النية قصد وعزم وقرار يتخذه صاحبه (٣) فالخيانة والغش والتغريب والاستغلال والإكراه تعتبر كلها مواقف عمدية يقصدها المتصرف

(١) حديث صحيح رواه البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير، اليمامة بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٨٧ تحقيق د.مصطفى ديب البغا حديث رقم (١٩٧٠) ج ٢ ص ٧٣٠، و محمد بن عيسى الجامع الصحيح سنن الترمذي دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق أحمد شاكر وآخرون برقم (١٣٢٠) ج ٣ ص ٦١٠ بلفظ {غفر الله لرجل كان قبلكم كان سهلاً إذا باع سهلاً إذا اشترى سهلاً إذا اقتضى} وقال حديث حسن صحيح، و محمد بن يزيد ابن ماجة سنن ابن ماجة دار الفكر بيروت تحقيق محمد عبد الباقي حديث رقم (٢٢٠٣) ج ٢ ص ٧٤٢. حديث صحيح، رواه الطبراني سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، دار الحرمين القاهرة ط ١٤١٥، حديث رقم (٨٢٥٦) ج ٨ ص ١٥٦، وصححه محمد بن ناصر الألباني في صحيح الترغيب والترهيب مكتبة المعارف الرياض الطبعة الخامسة برقم ١٧٤٦ ج ٢ ص ١٥٣، وانظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد طبعة دار الفكر مصر ج ٤ ص ٧٤ باب السماحة في البيع والشراء. ورواه البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، في شعب الإيمان دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ تحقيق محمد السعيد بسونني عن معيقب حديث رقم (٨١٢٥) ج ٦ ص ٢٧٢، ويعتاه رواه الترمذي عن عبد الله بن مسعود المرجع السابق حديث رقم (٢٤٨٨) ج ٤ ص ٦٥٤.

(٢) رد المحتار لابن عابدين مطبوع مع الدر المختار للحصكفي، دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ ج ١ ص ٧٢، الفروق للقرافي مطبعة عيسى الحلبي القاهرة الطبعة الأولى ١٣٤٦هـ ج ١ ص ٥٠، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي طبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة (بدون) ج ١ ص ٩٣ حيث جاء فيها «النية هي القصد إلى الشيء وهي من باب القصد والإرادات لا من باب العلوم والاعتقادات وحيث قد فهمي من كسب العبد؛ لأن القصد إلى الشيء توجه النفس إليه»، والمجموع شرح المهذب للنووي طبعة دار الفكر بيروت ج ١ ص ١٤ حيث جاء فيها «النية هي القصد إلى الشيء والعزيمة على فعله» وذات المعنى انظر المغني لابن قدامة الحنبلي دار الكتب العلمية القاهرة ١٩٨٣ ج ١ ص ٨١، المحلى لابن حزم الظاهري طبعة دار التراث القاهرة ج ٣ ص ٢٣٢.

عند تعامله بعد عزمه عليها وبالتالي كان وصف القرار الخارجي من وصف النية الدافعة إليه، فإن كانت حسنة كان حسناً، وإن كانت سيئة كان سيئاً، وهذا بدليل قوله ﷺ: {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى} (١).

والأصل الشرعي للنهي عن الغش أو الغرر أو التدليس في السنة النبوية الشريفة، أنه ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر (٢) وبيع المضطر (٣)، كما نهى عن النجش حيث قال ﷺ: {لا تنجاشوا} (٤) كما نهى عن الغش وهو التدليس أو التفرير بالفعل وذلك أن النبي ﷺ أمر برجل

- (١) الحديث متفق عليه، البخاري الجامع الصحيح المرجع السابق كتاب بدء الوحي باب كيف كان بدء الوحي الحديث رقم (١) ج ١ ص ٣٠، ومسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي كتاب الإمارة باب قوله ﷺ: {إنما الأعمال بالنية} حديث رقم (١٩٠٧) ج ٣ ص ١٥١٥، ورواه أيضاً أصحاب السنن: أبي داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد برقم (٢٢٠١) ج ١ ص ٦٧٠، والترمذي المرجع السابق برقم (١٦٤٧) ج ٤ ص ١٧٩. وابن ماجه حديث رقم (٤٢٢٧) ج ٢ ص ١٤١٣، وأحمد بن شعيب النسائي المجتبى من السنن مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب طبعة ١٩٨٦ تحقيق عبدالفتاح أبو غدة حديث رقم (٣٧٩٤) ج ٧ ص ١٣، ورواه أيضاً: الإمام أحمد بن حنبل في مسنده تعليق شعيب الأرنؤوط مؤسسة قرطبة القاهرة حديث رقم (١٦٨) ج ١ ص ٢٥، وغيرهم.
- (٢) أبو داود حديث ٣٣٧٦، ج ٢ ص ٢٧٤ عن أبي هريرة رضي الله عنه، صححه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٥/١٩٨٥، ورواه مسلم برقم (١٥١٣) ج ٣ ص ١١٥٣ بلفظ "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الغرر".
- (٣) رواه أبو داود، حديث ٣٣٨٢، ج ٢ ص ٢٧٥ بلفظ "قال خطبنا علي بن أبي طالب أو قال قال علي قال ابن عيسى هكذا حدثنا هشيم قال أتني على الناس زمان عضوض بعض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك قال الله تعالى {ولا تتسوا الفضل بينكم} ويباع المضطرون وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك". ضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة مكتبة المعارف الرياض حديث رقم ٢٠٧٦ ج ٥ ص ٩٤.
- (٤) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة حديث ٣٤٣٨، ج ٢ ص ٢٩٠، وابن ماجه (٢١٧٤) ج ٢ ص ٧٣٤. وأخرجه البخاري ومسلم وغيرهما بالفاظ كثيرة متضمنة النهي عن أشياء أخرى، انظر البخاري ٢٠٤٣ ج ١ ص ٧٥٥، ومسلم ١٤١٣ ج ٢ ص ١٠٣٣.

يبع طعاماً فسأله : كيف تبيع ؟ فأخبره ، فأوحى إليه أن أدخل يدك فيه ، فأدخل يده فإذا هو مبلول ، فقال رسول الله ﷺ : { ليس منا من غش }^(١) .
 كما ثبت النهي عن تصرية الإبل والبقر والغنم فقال ﷺ : { من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها فقي حلبتها صاع من تمر }^(٢) ، وفي رواية { من اشترى شاة مصراً فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها صاعاً من طعام }^(٣) ، وقوله ﷺ لحبان بن منقذ وكان يغبن في المبايعات : { إذا بايعت فقل لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام }^(٤) .

وقد استنتج فقهاء الشرع الإسلامي من هذه الأصول منع الخديعة والغش والتغريب في المعاملات واتخذ منه الفقهاء وخاصة الحنابلة دليلاً على أن كل خديعة يلجأ إليها أحد المتبايعين تجاه الآخر ويترتب عليها زيادة في التزامات المخدوع أو نقص من حقه فإنها توجب له الخيار^(٥) .
 وكما سنرى أن أوسع مذاهب السنة إعمالاً للغش أو التدليس أو التغيير هو المذهب المالكي ثم المذهب الحنبلي يليهما المذهب الشافعي

(١) أخرجه أبو داود ، عن أبي هريرة باب النهي عن الغش حديث (٣٤٥٢) ج ٢ ص ٢٩٤ ، وأحمد بن حنبل (٧٢٩٠) ج ٢ ص ٢٤٢ ، والترمذي (١٣١٥) ج ٣ ص ٦٠٦ ، ورواه مسلم برقم (١٠٢) ج ١ ص ٩٩ ، عن بلفظ "أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غش فليس مني" ، وأيضاً عن ابن عمر برقم (٥١١٣) ج ٢ ص ٥٠ بلفظ "مر رسول الله ﷺ بطعام وقد حسنه صاحبه فأدخل يده فيه فإذا طعام رديء فقال بع هذا على حدة وهذا على حدة فمن شئنا فليس منا" .

(٢) رواه البخاري عن أبي هريرة حديث رقم ٢٠٤٤ ج ٢ ص ٧٥٦ ، وأبو داود حديث (٣٣٤٥) ج ٢ ص ٢٩٢ ، والترمذي ١٢٥١ ج ٣ ص ٥٥٣ .

(٣) أخرجه مسلم عن أبي هريرة حديث رقم ١٥٢٤ ج ٣ ص ١١٥٨ ، وأبو داود حديث (٣٤٤٤) ج ٢ ص ٢٩١ .

(٤) هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرک من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر وقد تلقى جميع فقهاء الشرع الإسلامي هذا الحديث بالقبول واحتجوا به لصحة سنده (انظر أساتذنا د. عبدالمجيد مطلوب بمحة التدليس ص ٩) .

(٥) راجع المغني والشرح الكبير لابن قدامة طبعة إمام القاهرة ج ٤ ص ٦٩ وما بعدها وصر ١١٣ . والشطر الأول منه رواه البخاري حديث (٢٠١١) ج ٢ ص ٧٤٥ ، وأبي داود حديث (٣٥٠٠) ج ٢ ص ٣٠٤ .

ووجه التصديق عند الشافعية أنهم لا يأخذون بالتغريب إلا إذا كان من شأن الحيلة أن تنطلي على غالب الناس، أما إذا انطلت على المتعاقد، وما كانت لتنتلي على غيره من سواد الناس، فالشافعية لا تمنح دعوى التغريب، اعتباراً بأن المشتري مقصر أما المذهب الحنفي، فهو أقل مذاهب السنة اعتداداً بالتدليس^(١).

كذلك هو الأمر بالنسبة لكل تصرف صادر من المدين يقصد به الإضرار بالدائنين حيث أجاز الشرع الإسلامي للدائنين الحق في طلب الحجر^(٢) على المدين سيئ النية ومنعه من إبرام عقود أو تصرفات يترتب عليها ضياع أمواله وإهدارها إضراراً بالدائنين؛ لأن أموال المدين ضامنة لحقوق الدائنين، فأي تصرف يؤدي إلى تبديدها وإهدارها يعطي للدائنين الحق في منع المدين من إبرامه وتنفيذه، وهذا ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشرع الإسلامي من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٣).

فيحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل وكانت مستغرقة لماله، وطلب الدائنين الحجر عليه، وهذا هو المفلس^(٤).

- (١) نهاية المحتاج إلى شرح النهاج ج ٤ ص ٧٣/٧٤ وانظر أيضاً د.عبدالفتاح عبدالباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية القاهرة طبعة ١٩٨٤ ص ٣٥٢/٣٥١ هامش رقم (٤).
- (٢) أخرجه الذارقطني عن شريح غير مرفوع قال الحافظ في إسناده ضعيفان، نيل الأوطار للشوكاني مكتبة دار التراث القاهرة ج ٥ ص ٢٩٦.
- (٣) انظر الشرح الصغير للدرديري مطبوع بهامش حاشية الصاوي مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٧٢هـ/١٩٥٢ ج ٣ ص ٢٤٦، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد القرطبي الأندلس المالكي دار الفكر بيروت ج ٢ ص ٢٨٠، مغني المحتاج للخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للنووي طبعة دار الفكر بيروت ج ٢ ص ١٤٦، القواعد لابن رجب الحنبلي مطبعة مكتبة الخانجي بمصر طبعة أولى ١٣٥٣هـ/١٩٣٣ ص ١٤، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار طبعة إحياء التراث العربي القاهرة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ ج ٥ ص ١٠٥/١٠٢، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي الطبعة الثانية دار المعرفة بيروت ج ٥ ص ١٩٩، مجمع الضمانات للبغدادي مطبعة الخيرية بمصر طبعة أولى ١٣٠٨هـ ص ٤٣٥.
- (٤) المفلس: هو من صارت دراهمه فلوساً وزيوفاً، ويقال فلسه القاضي تفلسياً يعني نادى عليه أنه أفلس (مختار الصحاح مادة "فلس").

بل إن فقهاء المالكية ذهبوا إلى أبعد من هذا الحد حيث أجازوا الحجر على المدين المفلس من غير حاجة لاستصدار حكم قضائي عليه وحتى وإن كان الدين المحيط بالمال غير حال الأجل. ويترتب على الحجر على المدين وقف تصرفاته المالية التي تضر بدائنيه على إجازتهم سواء كانت هذه التصرفات تبرعات محضّة، كالهبة أو الوقف أم كانت معاوضات منطوية على المحاباة والغش في الثمن، كالبيع بثمن أقل من القيمة الحقيقية للمبيع أو الشراء بأكثر من القيمة الحقيقية له، فإن هذه التصرفات القانونية لا تكون نافذة في مواجهة الدائنين إلا إذا أجازوها وإلا تكون باطلة.

أما الإمام أبو حنيفة فله مذهب آخر بخصوص هذه المسألة وهو أن المدين لا يحجر عليه حتى وإن استغرق دينه ماله كله؛ لأنه كامل الأهلية بوجود عقله، فلا يحجر عليه حفاظاً على حريته في التصرف وإنسانيته ويكلمنا هنالك أنه يؤمر بالسداد لجميع ديونه، فإن امتنع حبس إلى أن يبيع ماله ويؤدي ما عليه من ديون^(١). فحسن نية الدائنين يحميهم من تصرفات مدينهم سيئ النية، وهذه الحماية لم تكن لتقرر لهم إذا كانوا سيئي النية تجاه المدين حسن النية الذي لم يكن يهدف بتصرفاته الإضرار بهم^(٢).

وبناء على ذلك نستطيع أن نقرر بداءة أن فقهاء الشرع الإسلامي قد بذلوا جهداً مشكوراً في تحديد طبيعة الجزاء (المسئولية) المترتب عن الغش ونحوه وسواء كنا بصدد إبرام العقد أو بصدد تنفيذه وهذا يتضح من خلال موقفهم من تخلف عنصر من العناصر الأساسية للعقد أو كان المحل المعقود عليه غير صالح للتعامل فيه من غش أو إكراه أو غرر كان العقد باطلاً عند

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٥/١٠٢، وانظر المادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام العدلية: "لو ظهر عند الحاكم ماطلة المدين في أداء دينه حال كونه مقتدرًا وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله، وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه"، وانظر كذلك من ذات المجلة المادة ٩٩٩ منها، وقال الكاسباني أنه "يجوز أن يحجر الحاكم على المدين المفلس الذي دينه مساوياً لماله أو أزيد...". بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٣.

(٢) انظر في هذا المعنى د. عبدالحليم عبداللطيف رسالته السابقة ص ٣١٤.

جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية^(١) وفاسداً عند فقهاء الحنفية لوجود خلل في وصفه^(٢) لا في أصله لاشتماله على الركن والشرائط من إيجاب وقبول واتحاد المجلس مع العقل والتميز وكلما هناك أن تسليم المحل وإن كان مقدوراً عليه إلا أن في تسليمه ضرر بسبب الغرر أو الغش فانهقد العقد فاسداً للضرر عند تسليمه وهو خلل في الوصف لا في الأصل، أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون بين البطلان والفساد؛ لأن الأسباب التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي من إكراه أو غرر والضرر الذي يصحب التسليم والشرط الفاسد والربا والغش ونحو ذلك كلها أسباباً تجعل العقد باطلاً عندهم لا فرق بين البطلان والفساد لأنها أمور تنطوي على سوء نية وخبث طوية في التصرفات سواء كان وجودها كلها أو واحداً منها أوجد عند إبرام العقد أو عند تنفيذه؛ فإذا وجد إكراه عند إبرام العقد كان العقد باطلاً أو فاسداً، وإذا وجد تغيير عند إبرامه كان قابلاً للإبطال لمصلحة المغرر به عند رؤية العيب، دون حاجة إلى شرط به^(٣) جاء في بدائع الصنائع: "إن السلامة شرط في العقد دلالة، فيما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني مطبعة الجمالية القاهرة ١٣٢٨هـ/١٩١٠م ج ٥ ص ٢٩٩/٣٠٤ فتح القدير لكمال ابن الهمام مطبعة بولاق بمصر ١٣١٧هـ ج ٥ ص ٢٢٧/٢٢٩، البحر الرائق طبعة ثانية معادة بالأوفست بيروت لبنان لابن نجيم ج ٦ ص ٩١، المنتزح المختار (شرح الأزهار) مكتبة اليمن الكبرى صنعاء طبعة مصورة على مطبعة المعارف بمصر ١٣٤٠هـ ج ٣ ص ١٤١، تبين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ٤٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٠٤، البحر الرائق ج ٦ ص ٧٤، تبين الحقائق ج ٤ ص ٤٥، د. زكريا البرديسي أصول الفقه الإسلامي طبعة ١٩٦١ ص ١١٥ مباحث الحكم عند الأصوليين د. محمد سلام مذكور الطبعة الثانية مصر ص ٥٩٧، أصول الفقه الإسلامي الشيخ زكي الدين شعبان طبعة ١٩٦٤ ص ٢٤٣، المنتزح المختار ج ٣ ص ٦٤٧، ورسالتنا للدكتوراه في نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي حقوق عين شمس ١٩٩٤ ص ٣٣٥ - ٣٣٨.

(٣) لذلك فهو يختلف عن خيار الشرط والتعيين اللذين لا يثبتان إلا بالشرط ويوافق خيار الرؤية الذي يثبت حكم الشرع دون حاجة إلى شرط، انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٧٤.

العقد أن السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة لأن غرضه الانتفاع بالبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة؛ ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا يسلم له جميع البيع فكانت السلامة مشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له حق الخيار كما إذا اشترى جارية على أنها بكرًا أو أنها طباحة فلم يجدها كذلك، كذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً، لأنه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقية، وتحقيق المساواة في مقابلة البديل بالمبدل والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار؛ لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الغائب بالعيب، وهو عاجز عن تسلمه فيثبت الخيار^(١).

وقد رتبوا على هذا الفرق بأن جعلوا خيار الرؤية من حق الشرع فلا يصح فيه الإسقاط الصريح مقصوداً، وإنما يسقط بتنفيذ البيع لسقوطه بحكم الضرورة، وأما خيار العيب فأرأوا أنه متعلق بحق العبد له إسقاطه إسقاطاً صريحاً مقصوداً حتى قبل إمضاء البيع^(٢)، فخيار العيب وإن كان يقوم على الشرط دلالة في العقد، غير أن هناك نصاً شرعياً يقوم عليه وهو قوله ﷺ: {من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر}^(٣) وفي هذا الصدد يقول الكاساني تفسيراً لهذا الحديث الشريف: "والنظر أن المذكوران هما: الإمساك والرد، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت، بل هو بناء على الأمر الغالب المعتاد، لأن الشاة المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري وفي هذه المدة (الثلاث) عادة فيرضى به فيمسكه، أو لا يرضى به فيرده، والصاع من تمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري"^(٤).

وخيار العيب هذا لا يتقرر إلا في العقود التي تحمل الفسخ، كالبيع ونحوه، وهذا ما يتضح مما جاء في مرشد الحيران: "يثبت حق فسخ العقد

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٧٤.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٩٧..

(٣) سبق تخريجه.

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٧٤.

بختيار العيب من غير اشتراط في العقد، فمن عَقَدَ عَقْدَ شِراءٍ أو إجارة أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك القيميات أو المثليات المتحدة أو المختلفة الجنس، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه، فله فسخ العقد ونقض القسمة بختيار العيب، إذا وجد في مشريه أو في العين المستأجره، أو في بدل الصلح أو في الحصة التي أصابته من القسمة، عيباً قديماً لم يعلم به وقت العقد، أو حين القسمة، ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه، ولم يشترط البراءة من العيوب، فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ولزمه العقد، والحصة التي أصابته في القسمة^(١).

والعيب الذي يميز حق فسخ العقد يشترط فيه أن يكون مؤثراً في قيمة المبيع وهو يكون كذلك إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى نقصان الثمن نقصاناً فاحشاً، كالعمى والعمور والحول والبرص والقراع والصلع والشلل والبخر والعفل وغيرها من الأمراض المؤثرة^(٢).

كما يشترط في العيب كذلك أن يكون قديماً، أو وقع قبل تسليم المبيع^(٣) كذلك يشترط في العيب إذا كان عيباً تدليسياً أن يكون المشتري غير عالم به وقت إبرام العقد حتى يكون مخلاً بالتراضي الذي تقوم عليه العقود.

جاء في بدائع الصنائع: "أن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار، لأن الرضا شرط صحة البيع، قال الله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

(١) مرشد الحيران محمد قدرى باشا دار الفرجاني القاهرة ١٩٨٣ المادة ٣٤٢.

(٢) مواهب الجليل للحطاب (شرح مختصر خليل) الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ/١٩٨٧م دار الفكر القاهر حيث جاء فيه: "سوء الجار في الدار المكتراه عيب ترد به إذا لم يعلم وقال غيره ليس ذلك عيباً في البيع، وقال أبو صالح الحراني سمعت مالكا يقول ترد الدار من سوء الجيران، وقال في موضع آخر من اشترى داراً فوجد جيرانها يشربون أن ذلك عيب ترد به.. وفي الشؤم والجن نظر والذي اختاره ابن عرفة أنهما ليسا بعيب والصواب عندي أن ذلك عيب لأنه مما تكرهه النفوس قطعاً، فإن كون الدار مشهورة بعوامر الجن لا تسكن غالباً وكذا إذا اشتهرت بالشؤم".

(٣) المراجع السابقة نفس الموضوع.

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ^(١) فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار، إثباتاً للحكم على قدر الدليل^(٢).

كذلك الأمر إذا وقع استغلال عند إبرام العقد ونتج عنه غبن فاحش فإن ذلك يميز للمغبون حق الخيار بين الفسخ والإمضاء لأن الاستغلال الذي ينشأ عنه غبن فاحش ينطوي على سوء نية وخبث طوية وقت إبرام العقد وهذا يعطي للطرف المغبون حق إبطال العقد.

وهذا يستفاد من الصور والتطبيقات العديدة التي أوردها فقهاء الشرع الإسلامي الأجلاء نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

جاء في الشرح الكبير على متن المقنع: "الثالثة: (أي الصورة الثالثة من خيار الغبن) المسترسل إذا غبن المذكور - أي الغبن الذي يخرج عن العادة - يثبت له الخيار بين فسخ العقد وإمضائه وبه قال مالك قال ابن أبي موسى وقيل قد لزمه البيع ولا فسخ له، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد لغبن المسترسل والغبن اليسير، ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان"^(٣).

وهكذا كل أمر يكون فيه قد اتجهت نية المتعاقدين أو أحدهما مقصداً محرماً عند إبرام العقد يكون الأثر المترتب عليه عند الاتجاه السائد لدى فقهاء الشرع الإسلامي هو البطلان لأنه يخل بالتراضي الذي تقوم عليه العقود وهذا ما يتضح من ما جاء في الموافقات للشاطبي: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"^(٤).

نخلص من كل ذلك أن الاتجاه السائد لدى فقهاء الشرع الإسلامي أن التصرفات المبرمة بين المتعاقدين المبنية على سوء نية أو خبث طوية كالبيوع

(١) سورة النساء آية رقم ٢٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٧٤.

(٣) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٧٩، منقول بتصريف يسير.

(٤) الموافقات للشاطبي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٣١.

الربوية أو الواقع فيها إكراه أو استغلال أو غبن أو غرر أو غش تكون تصرفات باطلة^(١). باعتبارها عيوب تشوب الرضا اللازم لقيام العقود. وإذا كان الفقه القانوني لا يميز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم حيث يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط يقضي بإعفائه من المسؤولية التي تترتب على العمل غير المشروع وعلّة هذا النظر أن الإعفاء من الأخطاء العمدية يحمل في طياته التخلي عن الالتزام بقواعد الأخلاق وهو ما يعتبر مخالفة ظاهرة للآداب العامة والنظام العام وعند عرض هذه القواعد التي جاء بها الفقه القانوني على الفقه الإسلامي نجد أن أحكام الشريعة الإسلامية قد جاءت بها حيث أنها من ناحية قد حرمت الغش في المعاملات بقول النبي ﷺ أنه قال: {من غشنا فليس منا}^(٢).

فهذا نص الحديث من ضمن ما يدل عليه بأنه لا يجوز الاتفاق بين المتعاملين على الإعفاء من الغش في العقود، حيث أن هذا النص أمر لتعلقه بقواعد الأمانة والاستقامة والإخلاص وكلها من قواعد الأخلاق التي تدعو قواعد الشريعة الغراء الأفراد التقيد بها، ومن ثم لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه وكذلك الأمر بالنسبة للخطأ الجسيم الذي يوازي العمد لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه لما ينجم عنه من أضرار قد نهت عنها الشريعة الإسلامية بموجب قوله ﷺ {لا ضرر ولا ضرار}^(٣).

(١) شرح العمدة ج ٣ ص ١١٣، بداية المجتهد مرجع سابق ج ٢ ص ١٥٧، المختصر النافع للمحقق الجلي وزارة الأوقاف بمصر طبعة ١٣٧٧هـ، باب البيوع ص ١٥٤/١٥٥، دفتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م، مؤسسة الرسالة بيروت ص ٢٨٨، القواعد لابن رجب ص ٣١/٣٣، وقد ذكر قولين في الفروع، أحدهما: إجباره على التصرف ولو بالحبس، وثانيهما: تصرف الحاكم عليه، والظاهر ترجيح الثاني.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي من حديث أبي هريرة ج ٢ ص ١٠٩ والترمذي قال حسن صحيح، انظر تحفة الأحوذ ج ٤ ص ٤٥٣ وقد سبق تخريجه كاملاً.

(٣) أخرجه أصحاب السنن وله طرق أخرى يقوي بعضها بعضاً انظر جامع العلوم والحكم ص ٣٠٢، مرجع سابق وسبق تخريجه.

ولا يقف الأمر في هذه الشريعة الغراء عند حد منع الغش أو الإهمال أو عدم الاكتراث في نطاق المعاملات المالية فحسب، بل يتجاوزها إلى نطاق المصالح التي تتعلق بسلامة الإنسان أو سمعته أو شرفه وبالتالي لا تبيح قواعد الشريعة الإسلامية الجواز للفرد أن يمنح الآخر حق جرحه أو قتله فلا يعتد برضا المضرور في الأعمال غير المشروعة أو الجنائية.

كذلك نرى أن هذا هو موقف الشريعة السمحاء فيما يخص جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي حيث ذهبت إلى التفرقة بين المدين حسن النية والمدين سيء النية في حالة إخلال المدين بتنفيذ الالتزام وعليه فإن كان هناك اتفاق بين شخصين على التعويض في حالة الإخلال بالتنفيذ، فإنه في حالة الإخلال عن قصد أو سوء نية، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض أكثر مما تم الاتفاق عليه طبقاً لما يوجد من غش أو إهمال وتقصير، ويتضمن التعويض في هذه الحالة معنيين الجبر والردع^(١).

أما بالنسبة لقاعدة امتناع إهمال المدين التاجر نظرة الميسرة في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم، فإن هذه القاعدة هي في الأصل مصدرها الشريعة الإسلامية استقتها القوانين الوضعية منها.

حيث أنه من المعلوم شرعاً أن عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه لا ينم عن وجود سوء نية في كافة الأحوال حيث يكون في بعض الأحيان سبب عدم الوفاء راجع إلى عدم مقدرته على ذلك، ومن ثم فإن على الدائن أن يكون حسن النية في مطالبة المدين بالمدين الذي حل أجله بأن يمنح هذا المدين مهلة حتى تتيسر أحواله عملاً بقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ

(١) حيث أن الشريعة الإسلامية قد أوجبت على المتعاقدين اتباع مبدأ حسن النية في إبرام التصرفات وفي سبيل ذلك بينت أحكام سوء النية فيها بجميع صورته وكافة حالاته ومنحت القاضي سلطة جواز تعزيز المدين سيء النية الذي تعمد الإخلال بتنفيذ التزامه غشاً أو أهمل أو قصر في ذلك ونتج عنه ضرراً بالطرف الآخر، كما أجازت هذه الشريعة الغراء للقاضي أن يتجاوز في قضائه بالتعويض ما تم الاتفاق عليه. (انظر في هذا المعنى د.عبدالخليم عبداللطيف رسالته السابقة حسن النية وأثره على التصرفات ص ٥٥٤ وهامش ٣ من ذات الصفحة).

فَنظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ^(١) فالآية الكريمة تدل من الوضوح بمكان على وجوب ضرورة مراعاة حال المدين الذي حاقت به كارثة جعلته عاجزاً عن الوفاء بدينه، كما أن الحديث الشريف القائل {مطل الغني ظلم}^(٢) قد قصر حرمة المماطلة على المدين الموسر لأنه مدين سيء النية قادر على الوفاء لكنه يماطل فيه لذلك اعتبرته الشريعة ظالماً حيث لا عذر له في القيام بالوفاء، أما حالة الإعسار مع القرينة تعتبر عذراً شرعياً وبالتالي لا يعتبر المدين ظالماً في عدم الوفاء، وذلك عملاً بمفهوم المخالفة للحديث الشريف السالف ذكره.

فالمدار في الشريعة الإسلامية إذن قائم على حسن النية وسوئها، فالغني المماطل مدين سيء النية لأنه يقصد بالمماطلة والفقير غير المماطل مدين حسن النية لأنه لا يقصد المماطلة وبالتالي كان جديراً بالحماية المتمثلة في إمهاله حتى الميسرة فإن لم تيسر أحواله المالية فليس للدائنين إلا ما وجد من أمواله هذا ما يستفاد من قول الرسول الكريم محمد ﷺ لغرماء المفلس: {خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك}^(٣) ولم يثبت أنه ﷺ حبس في دين قط ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان رضي الله عنهم جميعاً^(٤). هذا كما قدمنا في حالة الإعسار مع القرينة التي تعتبر عذراً شرعياً، بمعنى أن نظرة الميسرة لا يمنحها القاضي للمدين إلا إذا كان حسن النية لا يقصد ماطلة الدائن حتى ولو كان غنياً لأن مطله ظلم، ويكن أيضاً للدائن الفقير من باب أولى^(٥). فإن كان المدين سيء النية فلا يجوز للقاضي أن يمنح هذا المدين

- (١) سورة البقرة آخر آية ٢٨.
- (٢) أخرجه البخاري الصحيح بشرح ابن حجر كتاب الحوالة ص ٣٨ باب ١، ٢، ومسلم الصحيح بشرح النووي كتاب المساقاة والزراعة ج ١ ص ٢٢٧، والترمذي السنن كتاب ١٣ باب ٦٨، وابن ماجه السنن كتاب ١٥ باب ٦٨، والإمام مالك في الموطأ كتاب ٣١ حديث رقم ٤٨.
- (٣) الحديث رواه مسلم برقم ١٥٥٦ الجزء ٣ ص ١١٩١، وأبي داود ٣٤٦٩ ج ٢ ص ٢٩٨، والترمذي ٦٥٥ ج ٣ ص ٤٤.
- (٤) سبق تخريج هذا الحديث.
- (٥) انظر في هذا المعنى د. عبدالحليم عبداللطيف حسن النية وأثره على التصرفات المرجع السابق ص ٦٠٣.

مهلة بسبب سوء هذه النية؛ لأن نظرة الميسرة استثناء من قاعدة وجوب تنفيذ العقود في الموعد المحدد في العقد وبالتالي ليس للقاضي أن يتوسع فيه، وإنما يجوز له منح هذه الميسرة طبقاً لضوابطه التي حددتها الشريعة الإسلامية والتي منها أن يكون المدين قد بذل في الوفاء بالتزامه عناية الرجل الحرص وهذا لا يكون إلا إذا كان المدين حسن النية وألا يلحق الدائن ضرر جسيم عملاً بقوله ﷺ: {لا ضرر ولا ضرار} (١)، وألا يكون الدين أو الالتزام مما لا يجوز تأجيله شرعاً كدين النفقة وعلى كل حال فإن على الدائن عبء إثبات وجود الظروف التي حاقت به ولا زالت تمر به وأن الأجل أو التقسيط الذي سيمنحه القاضي قد يصلحها وذلك طبقاً للقاعدة الشرعية العامة في الإثبات {البينة على من ادعى} (٢).

المبحث الرابع

مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في طبيعة

الغش التجاري ونطاقه في تجريم النصب وخداع المتعاقد

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد عملا على مكافحة الغش والخداع والتدليس لأنه ينطوي على سوء النية وخبث الطوية في إبرام العقود وتنفيذها وذلك من خلال وضع جزاءات متعددة وذات طبيعة مختلفة فبعضها عقابي كالحبس والغرامة والمصادرة وبعضها مدني كالبطلان والتعويض والفسخ والسقوط والوقف وما شاكل ذلك.

وقد كان للتشريع الإسلامي في هذه المسائل ظهور واضح أكثر من التشريع الوضعي وذلك لاهتمام الشريعة الإسلامية بصلاح النية وصفاتها في إبرام العقود وفي تنفيذها وعدم الاعتراف بشرعية التصرفات المبينة على سوء النية ووضعت لها الجزاءات المتعددة حيث منحت الحاكم سلطة تعزيز

(١) سبق تخریج هذا الحديث الشريف.

(٢) حديث صحيح انظر صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني مطبعة العثمانية القاهرة الطبعة الأولى ١٣٥١هـ/١٩٣٢ ج ٢ ص ٥٢.

المخالف كما وضعت جزاءات عينية وأخرى مالية هذا بالإضافة الجزاء الأخرى الذي لا يستطيع المتعاقد سيء النية الفكك منه، وإن استطاع الإفلات من الجزاءات الدنيوية.

وهذا يعني بلا ريب أنه وإن كان التشريع الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في مسألة مكافحة الغش والخداع والتدليس من خلال وضع الجزاءات الرادعة والإصلاحية إلا أنه لا زال هناك فرقا جوهرياً هاماً بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي وذلك لأن هذا القانون لا زال يميز بعض التصرفات حتى ولو كان ظاهراً فيه وجود قصد الخداع أو الإضرار بالغير وذلك كما في قواعد تسجيل العقارات التي تعطى الأولوية في الثبوت للمشتري الثاني الذي يسبق في تسجيل عقده المشتري الأول^(١) وهذا ناتج من إمكان انفصال التشريع الوضعي عن قواعد الأخلاق، وهذا أمر لا يوجد في التشريع الإسلامي حيث أن الأخلاق فيه لا زالت تعتبر جزءاً من هذا التشريع ومن ثم فإن الجزاءات التي وضعها الشارع الإسلامي عند الإخلال به جزاءات ثابتة وقوية تؤكد أهدافها ومقاصدها التي شرعت من أجلها كما نلاحظ أن الشريعة الإسلامية الغراء قد سبقت الشرائع الوضعية في تحريم التفرير والغش في المعاملات لما ينجم عنه من أكل أموال الغير بدون وجه حق ولما يترتب على ذلك من آثار ضارة على الائتمان، فالتدليس أو الغش في إبرام العقود، أمر يتناقض ويتعارض مع الأخلاق والأصول والمبادئ العليا - الإيمان والإسلام والإحسان - وقد مر بنا أدلة كثيرة تدل على تحريم الغش والتدليس من أهمها قول الله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }^(٢) يقول صاحب تفسير المنار "ويدخل في الباطل

(١) انظر في هذا المعنى أيضاً د. عبدالحليم عبد اللطيف القونني حسن النية وأثره في التصرفات المرجع السابق ص ٥٥٧/٥٥٦، انظر في تفصيل هذه المسألة د. شمس الدين الوكيل في بحثه أثر الغش على الأسبقية في التسجيل مجلة الحقوق جامعة الإسكندرية السنة الثامنة العدد الأول والثاني ١٩٥٨ ص ٦٣ وما بعدها.

(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء.

سائر ضروب التعدي والغش والاحتيال كما يقع من السماسرة فيما يذهبون فيه من مذاهب التدليس"^(١). وقول الرسول ﷺ {لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع بيعاً وفيه عيب إلا بينه}^(٢).

ولذلك قام الشارع الحكيم بالتدخل بفرض عقوبة على المحتال المخادع زجراً له وردعاً؛ إلا أنها عقوبة تعزيرية تخضع لسلطة الحاكم.

قال الإمام الغزالي في إحيائه لعلوم الدين "الغش حرام في البيوع والصنائع جميعاً، ولا ينبغي أن يتهاون الصانع بعمله على وجه لو عامله به غيره لما ارتضاه لنفسه بل ينبغي أن يحسن الصنعة ويحكمها"^(٣).

والتعزيرات في مفهوم الفقه الإسلامي هي تلك العقوبات التي قررها الشارع بسبب ارتكاب جريمة ليس لها حد مقرر، كجرائم الغش والتدليس وخيانة الأمانة والإخلال بالعقود والعهود.

والعقوبات التعزيرية التي يمكن توقيعها في حالات الغش في التصرفات تقع بأساليب مختلفة على حسب الفعل المقترف والظروف التي وقع فيها الفعل، فقد يكون باللوم والتبكيث أو الحبس وقد يقرر القاضي للجاني عقوبة الجلد.

ولكن هناك بعضاً من فقهاء الشرع الإسلامي من يرى جواز أن يكون التعزير بالعقوبات الغرامات المالية وهذا ما ذهب إليه المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وهو أحد قولي الشافعي^(٦).

(١) تفسير المنار لمحمد رشيد رضا دار الكتب المصرية ١٣٥٣هـ/١٩٣٥م ج ١ ص ١٥٧-١٦٠.

(٢) سبق تخريجه، وانظر نيل الأوطار للشوكاني مكتبة دار التراث الإسلامي القاهرة ج ٥ ص ٢١٢.

(٣) إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دار الجيل بيروت ج ٢ ص ٧٧.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي على هامش فتاوى الشيخ عليش مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٥٥هـ ج ٢ ص ٢٥٨ و ص ٢٤٥.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية طبعة دار الحديث القاهرة ج ٢ ص ١٣٨ وكذا مؤلفه الطرق الحكمية المرجع السابق ص ٢٤٥.

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي دار الكتب العلمية بيروت ج ٢ ص ١٣٨.

وفي الغالب من الأحوال يتولى تقرير عقوبة التعزير ولي أمر المسلمين أو من ينيبه عنه وهو في العادة والي الحسبة أو والي المظالم أو والي الجرائم، وقد ذهب الاتجاه السائد لدى فقهاء الشرع الإسلامي إلى أنه يجوز لقاضي الخصومات أيضاً سلطة تأديب من ظهر ظلمه^(١).

ولما كانت التصرفات التي قامت على الغش تعتبر من المنكرات فإنها تستوجب التعزير لأنها تنطوي على تعمد الإضرار بالغير وظلمه وبالمصلحة العامة أو التحايل على أحكام الشرع فإذا ظهر للحاكم من أن أحد الخصوم قد قام بذلك فإن فقهاء الشرع الإسلامي يرون بأن لهذا الحاكم أن يؤدبه وأقل ذلك بالحبس حتى يرتدع وينقطع عن ذلك^(٢).

كما ذهبوا إلى جواز تعزير المحتكر للسلع إذا لم يستجب للنهي^(٣)، ومعاقبة من يمتنع عن بيع ما وجب عليه بيعه بثمن المثل^(٤).

وبناء على ذلك يظهر لنا أن هناك اتفاقاً بين التشريعات الوضعية والتشريع الإسلامي في تحريم الغش والخداع في المعاملات إلى جوار العقوبة المدنية المتمثلة في الضمان أو الإبطال من أجل توفير الحماية المدنية والجنائية للمتعاقدين من الغش والخداع سواء في مرحلة تكوين العقود أو في مرحلة تنفيذه وهي جريمة غير جسيمة طبقاً لمفهوم قانون الجرائم والعقوبات اليمني أو هي من جرائم الجح والمخالفات وفقاً لمفهوم القوانين الوضعية الأخرى أو تعزيرية طبقاً لمفهوم الشرع الإسلامي متروك العقاب عليها للسلطة التقديرية للحاكم بما يراه مناسباً لردع الجاني، غير أن الشرع الإسلامي يمتاز عن هذه القوانين الوضعية في أنه يرتب بالإضافة إلى الجزاء الدنيوي جزاء أخروي يدل عليه قول الرسول ﷺ {من غشنا ليس منا}^(٥).

- (١) الأحكام السلطانية للمواردي المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٥/٢٠٦/٢٠٩/٢١٠.
- (٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المرجع السابق ج ٢ ص ١٣١.
- (٣) الاختيار لتعليل المختار للرملي المرجع السابق ج ٣ ص ١١٥/١١٦.
- (٤) الطرق الحكيمة لابن القيم المرجع السابق ص ٢٣٧.
- (٥) حديث شريف سبق تخرجه.

فهذا حكم عام حكم النبي ﷺ على من غش و خدع في الطعام وليس أجلى ولا أوضح من تصريح النبي ﷺ بالغش شخص خارج عن جماعة المسلمين ، فهذا الحديث عام لا يقتصر على الغش في بيع الطعام بل يشمل الغش الذي يكون له أثر في كل شتى نواحي الحياة ، فالنبي ﷺ يحكم على من غش بخروجه من جماعة المؤمنين ؛ لأن الإيمان يستوجب الصدق ويستلزم التقوى ، ويقتضي الإخلاص ، والغش يتنافى مع كل ذلك ؛ لأنه يجعل صاحبه كذاباً ومنافقاً .

وإذا كان الغش هو إلباس الباطل ثوب الحق فهو طبقاً للحديث الشريف أولى بأن يخرج صاحبه من صفوف المسلمين ويهوى به في قعر الجحيم .

إن من يقوم بغش الأغذية والطعام لا بد أنه غير سوي النفس مجرم غير متمثل لقوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }^(١) ، فأكل حقوق وأموال الناس بالباطل يترتب عليه زعزعة الثقة في المجتمع ويؤدي إلى قطع الصلات بين المسلمين وإثارة الأحقاد والبغضاء بينهم ، ومن ثم يعم الفساد في الأرض وتهدر المصالح ولعل هذا كان مبعث العناية الإلهية في أن يبعث رسول من رسل الله تعالى ، وهو النبي شعيب عليه السلام الذي دعا الناس إلى النهي والتحذير عن الغش في الكيل أو الميزان ، معتبراً ذلك إفساد في الأرض بعد إصلاحها ، فقال عز وجل : { وَإِلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ }^(٢) .

ولم يكن هدف الحكمة الإلهية بتخصيص الكيل والميزان في رسالة النبي شعيب هو الاكتفاء بها عند حد ما يكال ، أو يوزن من طعام أو

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٢) الآية ٨٥ من سورة الأعراف .

شراب فحسب بل أن الغرض من ذلك أيضاً هو اجتذاذ الخلق الدنيئة التي تدفع بصاحبه إلى الاستيلاء على حقوق الناس والكيدهم عن طريق الغش والخديعة ، وعن طريق تسخير المنافع العامة وحقوق الناس من أجل تحقيق نفع خاص بغير رضا من أصحابها ، وهذا هو الذي يؤدي إلى الإفساد في الأرض ويجعل الحياة العامة بين الناس قلقة مضطربة^(١).

إن من الحقوق الطبيعية للإنسان في هذه الحياة هو أن ينعم بحقه كاملاً غير منقوص وغذائه ومشربه ودوائه لسلامة صحة بدنه وروحه ومن حق المؤمن على أخيه ألا يحول دون حقه في التمتع بذلك ؛ بل يجب عليه أن يقف معه ويعاونه في الحصول عليه لقوله تعالى : {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} (٢).

كذلك من حق المؤمن على المؤمن أن يرشده إذا استرشد ، وأن يفني له الكيل إذا اکتال أو وزن لا أن يغشه أو يخدعه أو ينقصه ما اکتال أو وزن فالانحراف عن مقابلة الخير بالخير يكون تظيفاً في الكيل وانتقاصاً للحقوق ، وقد جعله الله تعالى علامة على سوء الخلق وعدم المروءة وعدم الإيمان بيوم البعث يوم الدين حيث يقول عز وجل : { وَيَلِّ اللُّمُطَفِّينَ } (١) الَّذِينَ إِذَا اٰكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ (٢) وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزِّنُوهُمْ يُخْسِرُونَ (٣) أَلَا يَظُنُّ أُولَٰئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ (٤) لِيَوْمٍ عَظِيمٍ (٥) يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ (٦) (٣).

ونجد هذا هو نفس المنهج الذي اتبعته الشريعة الغراء فيما يخص جريمة خيانة الأمانة حيث اهتمت بجانب الأمانة في المعاملات وجعلت خيانة الأمانة كذلك جريمة تعزيرية ، حيث جاء في كتاب الله العزيز واضح عن الخيانة ، فقال تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرُّسُولَ وَتَخُونُوا

(١) انظر في هذا المعنى د.عبدالحميد الشواربي جرائم الغش والتدليس دار الفكر الجامعي

القاهرة ١٩٨٩ ص ٨/٧.

(٢) الآية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الآيات ١ - ٦ من سورة المطففين.

أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ^(١)، وقال ﷺ: {أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك}^(٢).

ففي نطاق العمل على حماية المعاملات والتعاقدات من الخيانة. فرضت الشريعة الغراء عقوبة تعزيرية لخائن الأمانة إلى جانب الجزاء المدني والجزاء الأخروي^(٣).

الختاتمة

بعد انتهاء الدراسة المتقدمة للبحث عن النطاق القانوني للغش التجاري وطبيعته القانونية في جريمة خداع المتعاقد في القانون اليمني والقانون المقارن والفقهاء الإسلامي فإننا نرى أنه من المفيد هنا إلقاء نظرة سريعة وموجزة على مسيرة الدراسة والملاحظات المستخلصة والحقائق أو النتائج التي توصلنا إليها وهي كما يلي :-

١. بدأنا دراستنا بمقدمة بيّنا فيها أهمية دراسة النطاق القانوني للغش وطبيعته القانونية والشرعية وعرفنا تلك الأهمية من ناحية أن "مبدأ الغش يفسد كل شيء" يحتل مكاناً بارزاً بين المبادئ العامة للقانون المدني والقانون الجنائي والفقهاء الإسلامي، لأن هذه التشريعات تقوم على أسس من قواعد الدين والعدالة والأخلاق الهادفة إلى محاربة الغش والقضاء على كل أنواع الحيل وأساليب الخداع والتمويه والتضليل في جميع العقود والتصرفات.
٢. أنه إذا كان بعض أحوال خداع وغش المتعاقد قد يوجب المسؤولية المدنية فإن هناك بعضاً من أحوال الخداع أو الغش قد توجب المسؤولية الجنائية والمدنية معاً إذا أحدث ضرراً بمصلحة عامة وخاصة معاً لأن الخيانة والغش كلها تعتبر مواقف عمدية يقصدها المتصرف عند تعامله بعد عزمه

(١) الآية ٢٧ من سورة الأنفال.

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع وقال حسن صحيح، انظر تحفة الأحوذى الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ١٤١٠هـ/١٩٩٠م ج ٥ ص ٢٦٨.

(٣) انظر في هذا المعنى د. عبدالحليم عبداللطيف القوني رسالته حسن النية وأثره في التصرفات كلية الحقوق جامعة المنوفية طبعة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٤م ص ٥٣٥.

عليها، لذلك ترتب معظم التشريعات المختلفة جزاءات جنائية إلى جانب الجزاءات المدنية على مخالفة مبدأ حسن النية في إبرام العقود أو عند تنفيذها وبعض هذه الجزاءات قد جاء بها المشرع في صلب التشريع التجاري ذاته، وبعضها الآخر نص عليها قانون العقوبات، بل أن جريمة خداع المتعاقد كما رأينا قد صدرت بشأنها في كل من مصر وفرنسا واليمن تشريعات خاصة لمكافحة ظاهرة الغش والتدليس في العلاقات التعاقدية بين الأفراد باعتبارها آفة اجتماعية بحاجة شديدة لمكافحتها كالقانون الخاص بقمع التدليس والغش المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤١م المعدل بالقانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤م والقانون الفرنسي الخاص بقمع الغش والتزيف التجاري الصادر في (١٩٠٥) المعدل بمرسوم ١٩٧٨/٨/٤م والمعدل في ١٩٨٠/٩/٥م، والمادة (٣١٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بجميع فقراتها الخمس و صور الفقرة الأولى من ذات المادة السالفة الذكر وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م وقانون التجارة الداخلية اليمني رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧م وقانون حماية المستهلك اليمني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٨م، وقانون التجارة الخارجية اليمني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م و قانون المواصفات والمقاييس اليمني رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٩م، وقانون العلامات التجارية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠م.

٣. أنه وإن كانت جريمة خداع المتعاقد تقوم على فكرة غش المجني عليه وخداعه في سبيل الحصول على أمواله أو من أجل إبرام العقد إلا أن المشرع لم يهدف أن يساوي بين تعبير "الخداع" وفكرة التدليس أو الغش المدني كأحد عيوب الرضا وإلا كان سيستغنى عنه بهذه الفكرة الأخيرة وأخضع الخداع للجزاء المقرر له في القانون المدني دون حاجة إلى تجريمه والعقاب عليه.

كما لا يمكن كذلك ان يكون مراد المشرع بإيراده عقوبة جريمة خداع المتعاقد أن يأخذ بالمعنى الذي يعطيه للوسائل الاحتمالية المكونة لجريمة

التدليس الجنائي (النصب) وإلا كان بإمكان الشارع الاقتصار عليها من غير حاجة إلى وضع نص خاص بتجريم الخداع في قانون الجرائم والعقوبات أو القوانين الخاصة لقمع الغش والتدليس.

٤. أنه وإن كان مفهوم الغش بصفة عامة في فقه القانون المدني هو: العمل الذي يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر أو الانتقاص منها. فهو بهذا المعنى يماثل أو يعادل الخطأ العمدي وهذا على خلاف الحال في النص الجنائي الخاص بقمع الغش والتدليس حيث أن المشرع الجنائي اليميني والمصري والفرنسي يعاقب على جريمة خداع المتعاقد باعتبارها جريمة عمدية لا خطأ عمدي وكذلك الأمر بالنسبة لجريمة غش المتعاقد وملحقاتها الأربع المنصوص عليها في المادة ٣١٢ من قانون الجرائم والعقوبات اليميني والمادة الأولى من القوانين الخاصة بقمع الغش والتدليس في كل من فرنسا ومصر والتي كلها تستلزم في هاتين الجريمتين انصراف نية الجاني أو علمه بما ينطوي عليه سلوكه من غش في السلعة وأن ما يعرضه أو يطرحه للبيع أو يبيعه فاسداً أو مغشوشاً، وأن يعلم بكنه وطبيعة المواد التي تستعمل في الغش أو الخداع، وأن من شأن ذلك إدخال الغش أو الخداع على المشتري أو على السلعة، وانصراف إرادته صوب أفعال من شأنها أن تغير من طبيعة وخواص المواد التي أضيفت إليها. فقصد من يقترف الغش دائماً هو خداع المتعاقد. غير أننا انتبهنا إلى أنه بالرغم من ذلك فإن جريمة الغش تختلف عن جريمة خداع المتعاقد في أن الأولى من الجرائم الوقتية التي تتم بمجرد اقتراف فعل الغش أو استعمال المواد في الغش مما يعني استلزام أن يكون القصد الجنائي معاصراً لوقت وقوع الفعل. أما جريمة الخداع فهي كما رأينا من الجرائم المستمرة منذ اقتران القبول بالإيجاب، ووقوع خداع في البضاعة ولا يؤثر في ذلك تأخير تسليم البضاعة للمشتري، لأن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد حتى ولو لم يكن المشتري قد عاين البضاعة أو تسلمها بعد ذلك. بل أن جريمة الخداع تقوم في حالة ما لو كان البائع بعد انعقاد العقد قد قصد تسليم البضاعة بالصورة

التي تم التعاقد عليها فعلاً، لأن عدول الجاني بعد انعقاد العقد لا يمنع قيام هذه الجريمة واستمرارها. وإن كان ذلك العدول يعد كما يرى بعض الفقه توبة إيجابية يتعين على القاضي أن يدخلها في اعتباره عند تقدير العقوبة. مما جعلنا ننتهي إلى نتيجة هامة مفادها هو عدم جواز قبول القول بأن التجريم في الفقرتين (ثالثاً- ورابعاً) من المادة السالفة ماهي إلا مجرد تكرار لما جاء في الفقرة (أولاً) من نفس المادة أو مجرد تكملة لها بل أننا وصلنا من خلال هذه الدراسة بأن ما ورد في الفقرتين (ثالثاً- ورابعاً) تبيان حكم جريمة مستقلة بذاتها. استوحتها ضرورة الحماية المتكاملة للمستهلكين من الغش والخداع في العمليات التجارية جميعها ومن ثم يمكن القول بوجود المبرر الذي دفع المشرع إلى إيراد النص بتجريم الغش في بقية الصور الأخرى لأن المشرع يهدف من تجريم الغش في الفقرتين المذكورتين هو المحافظة على الصحة العامة بصفة أساسية بينما في تجريم الخداع يهدف إلى ضمان سلامة العقود والاتفاقات هذا بالإضافة إلى أن فعل الغش يتحقق من مجرد وقوعه ولو لم يكن هناك متعاقد فهو نشاط مادي مستقل عن العقد المبرم بين البائع والمشتري بل ولو حتى لم يتعين مشتر بالذات، أما في جريمة الخداع فيجب أن يوجد المتعاقد الآخر، كما أن الخداع يتعلق بعقد من العقود المدنية أو التجارية. وقد رأينا أن هذا أمر قد سبقت إليه الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تجريم التزوير والغش في المعاملات لما يترتب على ذلك من آثار ضارة على الائتمان ويتعارض مع الأخلاق والأصول والمبادئ العليا-

الإيمان والإسلام والإحسان وقد مر بنا أدلة كثيرة تدل على تجريم الغش والتدليس، لذلك قام الشارع الحكيم بالتدخل بفرض عقوبة على المحتمل المخادع زجراً له وردعاً، إلا أنها عقوبة تعزيرية تخضع لسلطة الحاكم.

٥. انتهينا إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان قد حرمت الغش في المعاملات ومن ثم لم تجز الاتفاق بين المتعاملين على الإعفاء من الغش في تنفيذ العقود لتعلق ذلك بالمبادئ العامة كالأمانة والاستقامة والإخلاص وكلها من قواعد الأخلاق التي

توجب قواعد الشريعة الغراء الأفراد التقيد بها، بل أنه بالنسبة لقاعدة امتناع إمهال المدين نظرة الميسرة في حالة ارتكابه الغش هي في الأصل قاعدة مصدرها الشريعة الإسلامية استقتها القوانين الوضعية الحديثة منها. ومن ناحية ثانية لم يقف الأمر في هذه الشريعة الغراء عند حد منع الغش أو الإهمال أو عدم الاكتراث في نطاق المعاملات المالية فحسب بل يتجاوزه إلى نطاق المصالح التي تتعلق بسلامة الإنسان أو سمعته أو شرفه وبالتالي لا تبيح قواعد الشريعة الإسلامية الجواز للفرد أن يمنح الآخر حق جرحه أو قتله فلا يعتد برضا المضرور في الأعمال غير المشروعة أو الجنائية.

٦. انتهينا في هذه الدراسة إلى أن كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي محل الدراسة قد عملا على مكافحة الغش والخداع والتدليس لأنه ينطوي على سوء النية وخبث الطوية في إبرام العقود وتنفيذها وذلك من خلال وضع جزاءات متعددة وذات طبيعة مختلفة فبعضها عقابي بالحبس والغرامات المالية والمصادرة وبعضها مدني كالإبطال والتعويض وما شاكل ذلك وقد كان للتشريع الإسلامي في هذه المسائل ظهور واضح أكثر من التشريعات الوضعية وذلك كما رأينا لاهتمام الشريعة الإسلامية في هذه المسائل بصلاح النية وصفاتها في إبرام العقود وفي تنفيذها وعدم الاعتراف بشرعية التصرفات المبنية على سوء النية...إلى آخر ما أبرزناه من مزايا في المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون في موضعه.

٧. أما بالنسبة لمسألة إثبات الغش أو الخداع وسلطة قاضي الموضوع نحوها فقد انتهينا إلى أن عبء إثبات الإدعاء بمحصول غش أو تدليس أو خداع يقع على عاتق مدعيه طبقاً للقواعد العامة للإثبات سواء في القانون المدني أو الجنائي أو الفقه الإسلامي، فإذا كان الغش أو التدليس أو الخداع قد وقع على أحد العاقدين أو الدائنين في نطاق القانون المدني، فإنه يشكل بذلك خطأ عمدياً ومن ثم يقع عبء إثبات ذلك يكون على عاتق الذي يتمسك بإبطال العقد لغش أفسد إرادته فله أن يقيم الدليل على وقوع الغش عليه من المتعاقد معه أو من نائبه، أو علمه به، وذلك بكافة طرق

الإثبات التي منها شهادة الشهود والقرائن لأنه ينصب على وقائع مادية. ويعتبر حصول الوقائع المكونة للغش مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع الذي يكون له كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع وتأثيرها على العاقد دون أن يخضع في تقديره للتعقيب من جانب محكمة النقض طالما أن حكمه قد بني على أسباب سائغة تبرره وهذا بخلاف تقدير ما إذا كانت واقعة الغش تشكل حيلة مشروعة أو غير مشروعة فإن القاضي يخضع فيه لرقابة محكمة النقض لكونها مسألة قانونية متعلقة بالوصف القانوني لهذه الوقائع، كالفصل فيما إذا كان الكتمان يكفي لقيام الغش أم لا؟

وهذا هو كما رأينا نفس الحال بالنسبة للغش الجنائي حيث انتهينا إلى أن توافر العلم بغش السلعة محل الجريمة أو فسادها أو عدم توافره هو مسألة واقع يخضع في تقديره لسلطة القاضي الجنائي دون تعقيب عليه من جانب محكمة النقض ما دام أنه قد بني اقتناعه على أسباب سائغة. ولذلك يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر القصد الجنائي وتبين الدليل عليه بتطبيق القواعد العامة في قانون العقوبات ويقع عبء إثبات ذلك على سلطة الاتهام (النيابة العامة)، فلها القيام بذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الإثبات بالقرائن أو شهادة الشهود، لأن النية الإجرامية باعتبارها شيء داخلي وخفي لا تقبل بطبيعتها الإثبات المباشر، ولا يمكن أن يستخلص وجودها إلا من وقائع خارجية، ولذلك تقبل الإثبات بالقرائن. ٨. وأخيراً ظهر لنا من موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية محل الدراسة في نطاق الغش التجاري وطبيعته القانونية أنها قد أصدرت العديد من التشريعات المختلفة والمبادئ القانونية والقضائية التي تهدف من ورائه إلى الضرب على أيدي من يلجأ إلى الغش في سبيل تحقيق كسب غير مشروع لا سيما وأن المستهلك في غالب الأحوال ليست لديه الإمكانيات على التفرقة بين من يخدعه ويضره وبين من يصدقه في التعامل معه ومن يرضيه وخاصة ونحن في عصر أدى التطور الهائل في الوسائل التكنولوجية

والتقدم الواسع المدى في مجال العلوم الطبيعية والكيميائية والبيولوجية و ضعف الرقابة الرسمية والشعبية إلى إمداد مرتكبي الغش بإمكانية واسعة لارتكاب هذه الجرائم مما نتج عنه إلحاق أعظم الأضرار بالصحة العامة للناس بل والحيوان ومن ثم بمصالح المجتمع كله ، لأن الغش - كما رأينا لا ينحصر ضرره المباشر على صحة الإنسان فقط ، بل يعمل على هدم للقيم الاجتماعية النبيلة داخل الدولة وفي كيان المجتمع كله ، وهذا ما رأينا فيما شكاه أحد وزراء الزراعة الفرنسيين من أنه ما كان يقدم لمجلس النواب من قانون لمنع الغش حتى يفسد عليه الغشاشون علمه باستنباط وسيلة أخرى للغش غير التي تضمنها مشروعه. لذلك كله توصي هذه الدراسة بأنه لا سبيل إلى مكافحة هذه الآفة وغيرها من الآفات الاقتصادية والاجتماعية إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والتي تختلف في مصدرها ومنهجها وأسسها عن القوانين الوضعية باعتبارها شريعة ربانية تمتاز بوضعها للحلول الناجحة لكل مشكلة تواجه الناس ؛ لأنها بعد أن أسست بنيانها على التوحيد على تقوى من الله وأقامت نهجاً مدعماً بفضائل الأخلاق والبر والإحسان لم تتوانى بحال عن وضع الأحكام السليمة لعلاقة الفرد بالآخر وعلاقته بالأسرة والمجتمع والدولة بل والعالم أجمع ، حيث تلبي قواعدها حاجات الناس على مر الأزمان واختلاف البلدان ، وذلك لما بُنيت عليه قواعدها العامة من فكرة المصلحة والعدل. فشريعة هذه سماتها وخصائصها حرياً بالباحثين والمقننين والقضاة أن يهتموا بدراسة أصولها والاستفادة من اجتهادات مفكرها بهدف المساهمة في إيجاد الحلول لمشكلات العصر الناجمة عن البعد عن كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. وهذا ما كان من الأهداف الأساسية التي دفعتنا للقيام ببحثنا هذا المتواضع المتعلق بموضوع من المواضيع الهامة التي لها علاقة بالجانب الاقتصادي والاجتماعي الذي يشغل بال المجتمع اليوم.

كانت تلك أهم النتائج التي انتهينا إليها من هذه الدراسة والتي أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت إليها ، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب ، والحمد لله أولاً وآخراً.

{ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفُرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ }

سورة البقرة آية [٢٨٦]

قائمة بأهم المراجع*

أولاً: كتب التفسير وأحكام القرآن:

١. أحكام القرآن الكريم (تفسير الجصاص)، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، مطبعة الأوقاف الإسلامية، القاهرة، ج ١.
٢. تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن كثير الدمشقي، ج ٢ مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
٣. تفسير المنار لمحمد رشيد رضا، دار الكتب المصرية، ١٣٥٣هـ/١٩٣٥م.
٤. تفسير النسفي، المطبعة الحسينية القاهرة ١٣٤٤هـ، ج ١.
٥. الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي) محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي مصور عن الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م دار الكتاب العربي بالقاهرة ج ٣.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:

- ١- الاختيار لتعليل المختار لابن مردود الموصلية طبعة دار الفكر العربي القاهرة.
- ٢- تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى دار الكتب العلمية ١٤١٠هـ/١٩٩٠م القاهرة.
- ٣- سنن الترمذى أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذى، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م ج ١٢.
- ٤- السنن الكبرى للإمام البيهقي النيسابوري مطبعة دار المعارف العثمانية القاهرة طبعة ١٣٤٤هـ/١٣٥٥هـ ج ٥.
- ٥- شرح البخاري فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ أبي الفضل

(* ملاحظات:

- ١- راعيت في ذكر المراجع الترتيب الموضوعي ثم الترتيب الهجائي في كل موضوع ونخص هذا الأسلوب بكتب اللغة وكتب الحديث وكتب مذاهب الفقه الإسلامي.
- ٢- الترتيب بحسب الحروف الهجائية لأسماء المؤلفين ونخص هذا الأسلوب بالمراجع الحديثة في الفقه الإسلامي ثم المراجع القانونية أما المجموعات والدوريات فسنرتبها هجائياً بحسب أسمائها.

- شهاب الدين بن حجر العسقلاني طبعة دار الفكر العربي القاهرة ج ٤.
- ٦- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٧- موطأ الإمام مالك بن أنس مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٤٠م.
- ٨- نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار للعلامة محمد بن علي محمد الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة ١٩٦١م.

ثالثاً: كتب مذاهب الفقه الإسلامي:

أ- كتب الفقه الحنفي:

١. الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل عبدالله بن محمود بن مردود الموصلية طبعة دار الفكر العربي القاهرة، (بدون).
٢. الأشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم، الحنفي، المطبعة الحسينية، القاهرة، ١٣٢٢هـ.
٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، مطبعة دار الكتب العلمية، القاهرة ١٣٣٤هـ.
٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر الكاساني، مطبعة الجمالية، القاهرة ١٩٨٢م.
٥. الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، لمحمد بن علي بن محمد الحصري الحصفكي مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين المسماة (برد المختار على الدر المختار)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
٦. المبسوط شرح الكافي لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة بمصر ١٣٣١هـ، وطبعة دار المعارف القاهرة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
٧. مجمع الضمانات للبغدادي، مطبعة الخيرية القاهرة طبعة أولى ١٣٠٨هـ.
٨. مرآة المجلة ليوسف أصف، المطبعة العمومية بمصر ١٨٩٤م.
٩. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للعلامة محمد قدرى باشا، الطبعة الثانية ١٩٨٣ دار الفرجاني القاهرة.

ب- كتب الفقه المالكي:

١. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن فرحون، مطبوع بهامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عlish، مطبعة مصطفى محمد الحلبي، القاهرة ١٣٥٥هـ.
٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة (بدون).
٣. شرح الخرشي (فتح الجليل شرح مختصر خليل) لأبي عبدالله محمد بن

عبدالله الخرشى، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة، طبعة ثانية، ١٣١٧هـ،
وبهامشه حاشية علي العدوي.

٤. القوانين الفقهية (أوقوانين الأحكام الشرعية) في تلخيص مذهب المالكية
لمحمد بن أحمد بن محمد بن جزي، طبعة المكتبة الأدبية بمدينة فاس تونس
١٣٥٤/١٩٣٤م + طبعة دار العلم للملايين بيروت، ١٩٦٨م.

٥. مواهب الجليل (شرح مختصر خليل) لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن
الطرابلسي المعروف بالخطاب، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية،
١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

ج - كتب الفقه الشافعي:

١. الأحكام السلطانية لأبي الحسين علي بن محمد بن حبيب البصري
الماوردي، دار الكتب العلمية، القاهرة، ج ٢ (بدون).

٢. إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دار الجيل بيروت.

٣. المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي،
مطبعة مصطفى الحلبي، طبعة ثانية، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م وبذيله النظم
المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركني.

٤. الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي
الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي، المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤١هـ.

٥. الوجيز في الفقه الشافعي للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دار الفكر بيروت
١٩٩٤.

د - كتب الفقه الحنبلي:

١. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية طبعة دار الأرقم
القاهرة ١٩٩٧ ج ٢.

٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمحمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم
الجوزية مطبعة السنة المحمدية القاهرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٣م.

٣. القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب
الحنبلي مطبعة ومكتبة الخانجي بمصر طبعة أولى ١٣٥٣هـ/١٩٣٣م.

٤. المغني والشرح الكبير لموفق الدين ابن قدامة المقدسي، طبعة دار المنار،
القاهرة، طبعة ثالثة، ١٣٦٧هـ ٩ أجزاء + طبعة أمام عشرة أجزاء.

رابعاً: كتب المذاهب غير الأربعة:

أ - كتب الفقه الظاهري:

١. المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المطبعة
المنيرية بالقاهرة، ١٣٥٠هـ.

ب - كتب الفقه الزيدي:

١. البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى المشهور في المذهب (بالمؤيد بالله) مؤسسة الرسالة، بيروت (بدون).
 ٢. التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار) للقاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، طبعة مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء (بدون)، ج ٢.
 ٣. الروض النضير (شرح المجموع للإمام زيد) للقاضي العلامة الحسين شرف الدين بن أحمد السياغي اليمني الصنعاني.
 ٤. المنتزع المختار (شرح الأزهار) للعلامة أبي الحسين عبدالله بن مفتاح، مكتبة اليمن الكبرى، طبعة مصورة على مطبعة المعارف بالقاهرة، ١٣٤٠هـ.
- ج- كتب الفقه الجعفري الإمامي:
١. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني، الطبعة الثانية ١٣٥٧هـ، القاهرة.
 ٢. فقه الإمام جعفر الصادق محمد جواد مغنیه دار مكتبة الهلال بيروت الطبعة الخامسة ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
 ٣. المختصر النافع للتحقق الحلي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر طبعة ثانية ١٣٧٧هـ.
 ٤. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، لمحمد الجواد بن محمد الحسين العاملي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ، ج ٧.
- د- كتب الفقه الأناضلي:
١. شرح النيل وشفاء العليل، للشيخ محمد بن يوسف أطفيش، المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤٣هـ.
 ٢. متن النيل، لضياء الدين عبدالعزيز بن إبراهيم مطبوع مع شرح الشيخ أطفيش السابق ذكره.
- خامساً: كتب الفقه الإسلامي الحديث (مؤلفات عامة وأبحاث ومقالات):
١. صبحي رجب محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م.
 ٢. _____، فلسفة التشريع في الإسلام، الطبعة الخامسة، بيروت، ١٩٨٠م.
 ٣. عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، الطبعة الخامسة.
 ٤. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٦٨، وطبعة منشورات الحلبي، بيروت ١٩٩٨م.

٥. عبدالمجيد محمود مطلوب، التدليس بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محاضرات أقيمت على طلاب دبلوم القانون الخاص كلية حقوق عين شمس، ١٩٨٧م.
٦. عبدالناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٥م.
٧. عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، الطبعة الثالثة، ١٩٦١م، القاهرة.
٨. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م، مؤسسة الرسالة بيروت.
٩. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣م.
١٠. محمد سلام مذكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، الطبعة الثانية، القاهرة.
١١. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، مطبعة جامعة دمشق، طبعة سادسة، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م، والطبعة التاسعة ١٩٦٨، دار الفكر، بيروت.

سادساً: الرسائل العلمية:

١. سيد بدوي، حول نظرة عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٣٤م.
٢. الصديق محمد الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٦، الناشر: دار الجليل، بيروت، ١٩٩٠.
٣. عاطف محمد كامل، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٧٦م.
٤. عبدالجبار صالح الملا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد.
٥. عبدالخليم عبداللطيف القونني، حسن النية وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ١٩٩٧، طبعة ٢٠٠٤، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
٦. عبدالكريم يوسف القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري وإبمئي وبفقه الإسلام، كلية الحقوق جامعة عين شمس، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٧. عبدالله عبدالله محمد العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية

- والقانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٨. عمرو إبراهيم الوقاد، النظرية العامة للاختلاس في جرائم المال الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
٩. فادية يحيى أبو شهبه، النظرية العامة للطرق الاحتيالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٤.
١٠. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٣، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٣م.
١١. محمد عبد الحميد مكي، الاحتيال في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
١٢. محمد عطا الله شرعان، الالتزام بإعلان الخطر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٧٩م.
١٣. محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للعقود المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧م.
١٤. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢م.
- سابعاً: كتب عامة في القانون:**
١. أحمد عبدالعزيز الألفي، مذكرات في مشروع قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، طبعة ١٩٨١م، صنعاء.
٢. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.
٣. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونين المصري واليمني، دار النهضة العربية القاهرة: ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.
٤. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٧٢م.
٥. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦م.
٦. أمال عبدالرحيم عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي وجرائم التموين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
٧. أنور سلطان وجلال العدوي، أحكام الالتزام، طبعة ١٩٨٥، الإسكندرية.

٨. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ج ١ مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨ م + ج ٢ أحكام الالتزام في القانون المدني، ١٩٩٧.
٩. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزامات، طبعة ١٩٨١، الكويت.
١٠. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٨٥، وكذا مؤلفه المصادر، طبعة الإسكندرية، ١٩٨١.
١١. جلال العدوي، ومصطفى الجمال، أصول المعاملات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
١٢. _____، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨١، وطبعة ١٩٩١.
١٣. جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، خمسة أجزاء، طبعة ٢٠٠٧ م، القاهرة.
١٤. جواد علي، الفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج ٥، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨ م.
١٥. حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨.
١٦. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، الخطأ، دار وائل للنشر عمان، الأردن، ٢٠٠٦.
١٧. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧٩ م.
١٨. حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ١٩٥٤.
١٩. _____، خلاصة محاضراته في الالتزامات، مطبعة محمد كراه، القاهرة (بدون).
٢٠. حمدي عبدالرحمن، الوسيط في القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
٢١. _____، مذكرات في مصادر الالتزام، دار الحقوق للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩١.
٢٢. _____، مصادر الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٢٣. رؤوف صادق عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، طبعة ١٩٧٤.

٢٤. _____ ، شرح قانون العقوبات التكميلي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
٢٥. رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٤ .
٢٦. صبحي رجب محمصاني محاضرات في آثار الالتزام معهد الدراسات العربية العالية القاهرة ١٩٤٥ .
٢٧. صبحي رجب محمصاني ، محاضرات في آثار الالتزام ، معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة ١٩٥٤ .
٢٨. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٦٨ .
٢٩. صوفي أبو طالب ، أحكام الالتزام في القانون الروماني طبعة ١٩٦٥ .
٣٠. _____ ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٢ ، وطبعة ١٩٩٢ .
٣١. _____ ، مؤلفه أبحاث في سلطان الإرادة في القانون الروماني طبعة ١٩٦٤ .
٣٢. عبدالحفي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، طبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٥ .
٣٣. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، ج ٢ ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ج ٧ المجلد الثاني طبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ،
٣٤. عبدالسلام ذهني ، النظرية العامة في الالتزامات ، أحكام الالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٢٢ .
٣٥. عبد السلام ذهني ، مذكرات في القانون الروماني ، الكتاب الأول والثالث ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٢٢/١٩٢٣ .
٣٦. عبد العزيز فهمي ، قواعد وآثار فقهية رومانية ، ملحقه بمدونة جستنيان ، ترجمة عبدالعزیز فهمي ، مطبعة عالم الكتب ، بيروت ، لبنان .
٣٧. عبد المنعم البدر ، المدخل إلى القانون الخاص مكتبة عبدالله وهبة ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
٣٨. عبد المنعم البدر ، محمد عبد المنعم بدر ، مبادئ القانون الروماني ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٣٩. عبدالناصر محمد الزنداني ، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني ، القسم الخاص ، مركز الصادق للطباعة والنشر ، صنعاء ، ٢٠٠٦ .
٤٠. عبدالودود يحيى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ .

٤١. عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣.
٤٢. فوزية عبدالستار، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٢.
٤٣. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، ج ١، طبعة ١٩٧٧.
٤٤. مجدي عقلان، حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم الخاص، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ١٩٩٥.
٤٥. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة دار الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة، ٢٠٠٢.
٤٦. محمد حسين عباس، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩.
٤٧. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
٤٨. محمد لبيب شئب، دروس في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام + ج ٢ أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
٤٩. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة ١٩٧٨ / وطبعة ١٩٩٠.
٥٠. _____، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
٥١. محمود محمد الشارود، الوجيز في عيوب الإرادة، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
٥٢. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
٥٣. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
٥٤. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٥٥. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥.
- ثامناً: أبحاث متخصصة ومقالات قانونية:
١. إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس في التشريع المصري، مجلة

- المحاماة، السنة ٥٠ العدد ٩.
٢. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
 ٣. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
 ٤. حسن عبدالمؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
 ٥. حسني أحمد الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك، الكتاب الأول قمع الغش، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
 ٦. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير ١٩٣٣.
 ٧. رأفت محمد حماد، الصورية في القانون المدني المصري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة ١٩٨٧، القاهرة.
 ٨. سهر منتصر، الالتزام بالبصر، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون).
 ٩. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، (بدون).
 ١٠. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثامنة، ١٩٥٨، العددان الأول والثاني.
 ١١. عبدالحكيم فودة، جرائم الغش التجاري والصناعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، وكذا مؤلفه البطلان في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣.
 ١٢. عبدالحמיד الشواربي، جرائم الغش والتدليس، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٨٩.
 ١٣. _____ المشكلات العلمية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.
 ١٤. عبدالدود يحيى، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٩، العدد الثاني يوليو ١٩٦٩.
 ١٥. عزيز خانكي في مقالة، وجوب اعتبارها جريمة"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة السابعة
 ١٦. عمرو محمد عابدين، جرائم الغش في ظل القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية/٢٠٠٥
 ١٧. علي تحيدة، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية،

- مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٥٨ لعام ١٩٨٨.
١٨. محمد حسام لطفي، المسئولية في مرحلة التفاوض، طبعة النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥.
 ١٩. محمد عبدالظاهر حسين الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة، ٢٠٠١.
 ٢٠. محمد عبدالغريب، الثقة العامة ومدى الحماية التي يكفلها لها قانون العقوبات، طبعة ١٩٨٤، القاهرة.
 ٢١. محمد عصفور، الفوارق الأساسية بين المسئوليتين الجنائية والمدنية، بحث منشور في مجلة المحاماة، السنة ٥٠ العدد ٦.
 ٢٢. محمد نصر الدين زغلول، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها، القاهرة (بدون).
 ٢٣. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، محاضرات غير منشورة أقيمت على طلاب الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢/١٩٩١.
 ٢٤. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالبيانات المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢ + طبعة ١٩٩٠.

تاسعاً: المجموعات والدوريات والقوانين:

١. القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢ م، المعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٧ م والقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ م والقانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ م.
٢. القانون الفرنسي الصادر في أول أغسطس ١٩٠٥ م الخاص بقمع الغش والتزيف التجاري المعدل بمرسوم ١٩٧٨/٨/٤ م والمعدل في ١٩٨٠/٩/٥ م.
٣. القانون المدني المصري حسب أحدث التعديلات، دار الكتب الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٨ م. القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ م.
٤. القانون المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٨ م والمعدل بالقانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤ م الخاص بقمع التدليس والغش التجاري.
٥. القانون اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٦ م بشأن إضافة اليود إلى ملح الطعام.
٦. المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية، جمع وترتيب د. حسن علي مجلي، مركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، ٢٠٠٣.
٧. المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية التي كانت تصدرها وزارة العدل

- المصرية.
٨. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني الصادر في ١٩٧٩ مطابع الكتاب المدرسي بوزارة التربية والتعليم، صنعاء، الكتاب الأول.
 ٩. قانون البذور والمخصبات الزراعية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨ م.
 ١٠. قانون التجارة الخارجية اليمني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧ م.
 ١١. قانون التجارة الداخلية اليمني رقم (٥) لسنة ٢٠٠٧ م.
 ١٢. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ م، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦ م.
 ١٣. قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ م.
 ١٤. قانون الحق الفكري اليمني الصادر سنة ١٩٩٤ م.
 ١٥. قانون الرقابة على الأغذية وتنظيم تداولها اليمني رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٢ م.
 ١٦. قانون العقوبات المصري حسب آخر التعديلات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦ م.
 ١٧. قانون العلامات التجارية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠ م.
 ١٨. قانون المواصفات والمقاييس اليمني رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٩ م.
 ١٩. قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩ م.
 ٢٠. قانون حماية المستهلك اليمني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٨ م.
 ٢١. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة.
 ٢٢. مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
 ٢٣. مجلة الحقوق التي تصدرها مجلس النشر العلمي بالكويت.
 ٢٤. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس.
 ٢٥. مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بغداد.
 ٢٦. مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.
 ٢٧. مجلة المحاماة، مجلة قانونية شهرية تصدرها نقابة المحامين بمصر.
 ٢٨. مجموعة أحكام النقض الجنائي والتي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداءً من عام ١٩٥١.
 ٢٩. مجموعة أحكام النقض المدنية والتي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداءً من ١٩٤٩.
 ٣٠. مجموعة الأستاذ محمود عمر أصدرتها دار النشر للجامعات المصرية ابتداءً

- ١٢/١١/١٩٣١ حتى ٩/٦/١٩٤٩ خمسة مجلدات.
٣١. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أصدرتها وزارة العدل المصرية، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٤٩.
٣٢. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض وأصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية.

المسئولية التأديبية للوسيط المالي في سوق الأوراق المالية
طبقاً لأحكام القانون الكويتي
(دراسة مقارنة)

د. أحمد رشيد المطيري

مقدمة:

يعتبر سوق المال في الوقت الحالي أحد أعمدة الاقتصاد في الدول ويحتل مكانة إستراتيجية واقتصادية هامة في اقتصاديات الدول المختلفة . فسوق المال ما هو إلا مجموعة المؤسسات التي تحكم العلاقة بين راغبي وطالبي النقود¹ . وما من شك حتى يقوم سوق المال بوظيفته لابد من وجود قواعد تكفل الحفاظ على استقراره عن طريق تفعيل طرق الرقابة عليه . فقد أثبتت التطورات المتلاحقة والأزمات الاقتصادية والتي عصفت أغلب دول العالم في الآونة الأخيرة أثبتت بما لا يدع مجال للشك أنه لا مناص من الرقابة على أسواق المال بصفة عامة ، فضلاً عن ضرورة إحكام آلية الرقابة عن طريق هيئات رقابية فعالة تتمتع بسلطات رقابية تستطيع من خلالها تحقيق الغاية المنشودة من ذلك² ، والمتمثلة في حماية سوق المال ومكافحة شتى أنواع الممارسات غير المشروعة التي يمارسها بعض الأفراد على حساب الغير من المستثمرين³ .

وبالقاء إطلالة على سوق المال في جمهورية مصر العربية نلاحظ أن مصر قد دخلت سوق المال من بوابة الدين القومي⁴ ، وتعتبر البورصة

1: Joseph Charoussef, fssai sur l 'organisation du marche financier francais ces doctorat librairie universselle, Lyon, 1998, p 15.

2: د. احمد فاروق وشاحي . عملية التوريق بين النظرية والتطبيق . دراسة لاحكام القانون المصري والقوانين المقارنة . دار النهضة العربية . بدون تاريخ . ص 3.

3: Doglas (J), Brokerage fround, Dera born trade publishing, U.S.A, 2002, P 18 (IXIX)

4: د. محمد سويلم . ادارة البنوك وصناديق الاستثمار و بورصات الأوراق المالية . بدون ناشر . بدون تاريخ نشر . ص 275.

المصرية واحدة من أقدم البورصات التي تم إنشائها في الشرق الأوسط حيث نشأت أول بورصة للأوراق المالية في مصر^١ بمدينة الإسكندرية سنة ١٨٨٣ م ثم تبعها بعد ذلك بورصة القاهرة ١٩٠٣ م^٢، ويمثل تاريخ سوق المال المصري إنعكاساً حقيقياً للأوضاع الاقتصادية والمناخ الاستثماري السائد في تلك الفترة^٣.

وفي عام ١٩٩٢ شهدت البورصة المصرية ميلاداً متعشراً، ويعتبر صدور قانون رأس المال المصري رقم ٩٥ لعام ١٩٩٢ البداية الحقيقية للتنظيم التشريعي لسوق المال المصري^٤ حيث قام هذا القانون بوضع قواعد كفيلة بتنظيم سوق المال المصري من بينها القواعد القانونية التي تحكم عمل شركات السمسرة والوساطة في الأوراق المالية.

أما في دولة الكويت، فلم تظهر بدايات سوق الكويت للأوراق المالية إلا بعد الحرب العالمية الثانية، فبينما تعود السوق الأولية للأسهم الى عام ١٩٥٢ نجد أن السوق الأولية للسندات تعود الى عام ١٩٦٨^٥، ويعتبر سوق الكويت للأوراق المالية من أقدم أسواق الأوراق المالية في منطقة

1: تأسست بورصة نيويورك رسمياً سنة ١٧٩٢ على يد مجموعة من السماسرة اجتمعوا في (وول ستريت)، للمزيد عن نشأة وتاريخ بورصة نيويورك انظر:
Hermans (J) and Onno (D), Bourse and Brokers, Stock Exchange ICT Junctions, History and Technology, 2004, p 227.

2: <http://www.egx.com.eg/arabic/History.aspx>

3: د. محمد سويلم، إدارة البنوك وصناديق الاستثمار و بورصات الأوراق المالية، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

4: د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم التشريعي لعروض الشراء الاجباري بقصد الاستحواذ على الشركات المقيدة بالبورصة وفقاً لاحكام قانون سوق رأس المال المصري، الجزء الاول، المبادئ العامة التي تحكم عروض الشراء، الطبعة الاولى، ٢٠١٠، ص ٩.

5: أ: صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤، ص ٦٣ وما بعدها.

الخليج العربي كما أنه يعتبر أحد كبريات البورصات وأكثرها أهمية عالمياً¹. وفي عام ١٩٨٣ صدر مرسوم بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية تضمن مجموعة من القواعد التي نظمت العمل داخل السوق ثم تبعه مجموعة من التعديلات إلى أن وصلنا إلى العام ٢٠١٠ حيث صدر قانون هيئة أسواق المال رقم ٢٠١٠/٧ ليحدث ثورة حقيقية في سوق المال، فقد تضمن قواعد جديدة تحكم سوق المال وتتلافى أوجه القصور في الأنظمة السابقة^٢ وتضمن قانون رقم ٢٠١٠/٧ مجموعة من القواعد التي تهدف إلى تفعيل الرقابة على سوق المال وعلى العاملين في السوق ومن بينهم شركات الوساطة.

وبناء على ذلك فقد نظم كل من قانون سوق رأس المال المصري ٩٢/٩٥ وقانون هيئة أسواق المال الكويتي ٢٠١٠/٧ القواعد التي تكفل حسن قيام الوسطاء في عملهم وخضوعهم إلى الرقابة من الأجهزة المختصة، كما نظم القواعد التي تكفل ردع هؤلاء وإعادةتهم إلى جادة الصواب وحسن عملية تأديبهم.

أهمية البحث ومشكلاته:

تتجلى أهمية بحث مسؤولية الوسيط التأديبية في مجموعة من النواحي يمكن استعراضها على النحو التالي:

1: <http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B3%D9%88%D9%82%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D9%8A%D8%AA%D9%84%D9%84%D8%A3%D9%88%D8%B1%D8%A7%D9%82%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%8A%D8%A9>

2: د. فارس العجمي، رقابة سوق المال على إدارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ١١٩. ويرى البعض إن قانون ٢٠١٠/٧ لم يحقق الحماية المطلوبة للمستثمرين، فضلاً عن كونه أتى متأخراً كثيراً في إصداره، انظر نفس المرجع ونفس الموضوع هامش رقم ١ ص ١١٩.

١ : يعتبر موضوع المسؤولية التأديبية للوسيط في سوق الأوراق المالية من الموضوعات القانونية المختلطة والتي تجمع بين أحد أهم فروع القانون ، فهو من جهة يتعلق بموضوع على درجة عالية من الأهمية في القانون الإداري وهو موضوع المسؤولية التأديبية ، ويتعلق من ناحية ثانية بموضوع في غاية في الأهمية في القانون التجاري وهو موضوع سوق الأوراق المالية بصفة عامة ووسيط الأوراق المالية بصفة خاصة.

٢ : يهدف بحث المسؤولية التأديبية للوسيط الى بيان - بالدرجة الأولى - الحالات التي تقوم من خلالها مسؤولية الوسيط التأديبية وبيان القواعد القانونية التي تحكمها.

٣ : يهدف البحث أيضاً إلى بيان الإجراءات التي يخضع لها وسيط الأوراق المالية أثناء تأديبه وبيان الضمانات القانونية التي تكفل حسن سير إجراءات تأديبه بما يضمن للوسيط جميع حقوقه ويمنع من التعسف في تأديبه.

٤ : يهدف بحث المسؤولية التأديبية للوسيط الى بيان الجهة المنوط بها تأديب الوسطاء والتعرف على تشكيلها وما إذا كان هذا التشكيل من شأنه أن يضمن محاكمة تأديبية سليمة للوسطاء.

٥ : يهدف بحث مسؤولية الوسيط التأديبية الى بيان طرق الطعن على القرارات التأديبية الصادرة بحق الوسطاء وما اذا كان يشترط التظلم منها قبل الطعن من عدمه.

أما عن الصعوبات التي واجهت الباحث في البحث فتجلى في النواحي التالية :

١ : قلة المؤلفات القانونية بصفة عامة والتي تهتم بسوق الأوراق المالية من الناحية القانونية.

٢ : ندرة المؤلفات القانونية والتي تهتم بتأديب العاملين في مجال الأوراق المالية بصفة عامة والوسطاء بصفة خاصة حيث أننا لم نرى - على حد علمنا - بحثاً واحداً يبحث في مسؤولية الوسطاء التأديبية.

٣: اقتصار الأبحاث القانونية والتي تهتم في رقابة الدولة على سوق المال على جانب الجزاءات التي يخضع لها العاملين في مجال الأوراق المالية دون التخصص بصدد الوسطاء.

٤: اقتصار المؤلفات القانونية والتي تشير إلى تأديب الوسطاء على مرحلة توقيع الجزاءات دون أن تهتم بالمرحلة السابقة لتوقيع الجزاء، فلم تبحث في بيان الأسس التي تقوم عليها مسؤولية الوسطاء التأديبية وبيان حالاتها وصورها ولعل أهم هذه الحالات والتي لم تشر إليها على الإطلاق هذه الأبحاث هي حالة مخالفة الوسطاء لقواعد أخلاقيات مهنتهم.

خطة البحث:

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن والذي يقوم على تطبيق القواعد العامة على الجزئيات المعروضة في الأنظمة القانونية محل الدراسة، وبالتالي سيقصر بحثنا على دراسة قواعد وأحكام مسؤولية الوسيط التأديبية والتعرف عليها في النظامين القانونيين المصري والكويتي مع الإشارة إلى موقف بعض التشريعات العربية في هذا الصدد حتى تتسم الدراسة بالفناء وبالتالي ستكون خطة البحث على الشكل التالي:

مبحث تمهيدي: المقصود بالوسيط في سوق الأوراق المالية.

• الفصل الأول: مفهوم المسؤولية التأديبية للوسيط وحالاتها.

• المبحث الأول: مفهوم مسؤولية الوسيط التأديبية.

• المبحث الثاني: حالات قيام مسؤولية الوسيط التأديبية.

• الفصل الثاني: الجزاء المترتب على قيام مسؤولية الوسيط التأديبية.

• المبحث الأول: مفهوم الجزاء التأديبي للوسيط وصوره.

• المبحث الثاني: ضمانات تأديب الوسيط وإجراءاته.

مبحث تمهيدي

المقصود بالوسيط في سوق الأوراق المالية

سنتعرض في هذا المبحث التمهيدي الى مفهوم الوسيط في سوق الأوراق المالية، فنبين تعريفه والتميز بينه وبين السمسار العادي وذلك في المطلب الأول، ثم نتقل بعدها لببحث في المركز القانوني للوسيط في سوق الأوراق المالية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم وسيط الأوراق المالية

أولاً: تعريف وسيط الأوراق المالية:

لم يتعرض قانون سوق رأس المال في جمهورية مصر العربية رقم ٩٥ سنة ١٩٩٢ لتعريف وسيط الأوراق المالية^١، وكذلك الأمر بالنسبة الى اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادرة بقرار وزير الاقتصاد والتجارة المصري رقم ١٣٥ لعام ١٩٩٣، لذلك كان من الطبيعي أن يتصدى الفقه لهذه المهمة، فقد عرف بعضهم^٢ سمسارة الأوراق المالية بأنهم (وسطاء يتوسطون في بيع الأوراق المالية لحساب الغير)، وعرفه آخر^٣ بأنه (شخص ذو دراية وعلم وكفاءة في شؤون الأوراق المالية ويقوم بعمليات بيع وشراء الأوراق المالية من خلال بورصة الأوراق المالية وفي المواعيد الرسمية المحددة لها لحساب العملاء مقابل عمولة محددة من كل من البائع والمشتري، ويعتبر السمسار ضامناً لصحة كل عملية تم تنفيذها).

- 1: وكذلك الامر بالنسبة الى اللائحة العامة للبورصات الصادرة بالقانون رقم ١٦١ لعام ١٩٥٧ في مصر، بالإضافة الى قانون هيئة قطر للاسواق المالية رقم ٨ لعام ٢٠١٢ حيث لم يتضمن هذا الأخير أي تعريف للوسيط في سوق الأوراق المالية.
- 2: د. عبد الفضيل محمد احمد، بورصات الأوراق المالية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد الرابع، ١٩٨٨، ص ٥٥.
- 3: مشاز اليه في " دور الهيئة العامة للرقابة المالية في الرقابة على تداول الأوراق المالية، دراسة مقارنة مع النظام الأمريكي"، رسالة دكتوراه، د. محمد اسماعيل هاشم علي، ٢٠١١، ص ٣٨.

وعرفه بعض الفقه الانجليزي¹ بأنه (الشخص الذي يتولى معاونة المستثمرين الراغبين في بيع اوراقهم المالية لغيرهم من المستثمرين مقابل عمولة يتقاضاها منهم) . ويعرفه آخر² بأنه (الشخص المعنوي المرخص الذي يتولى عملية الوساطة في نقل ملكية الأوراق المالية باسم والحساب العميل من خلال البورصة وفي المواعيد الرسمية مقابل عمولة محددة والمتخذ شكل شركة المساهمة او التوصية بالأسهم ويكون ضامناً لسلامة العملية) .

وعرفه آخر³ بأنه (الشخص الذي يلجأ إليه المستثمرون والبنوك والشركات لبيع وشراء الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية كوسيط , فهو يقوم باستقبال وتنفيذ الأوامر ويقوم بالمفاوضات اللازمة ويضمن اتمام مهمة هيئة سوق المال المسئولة عن رقابة السمسرة) . وعرفه آخر بأنه (الشخص الذي يتولى مساعدة المستثمرين الراغبين في بيع أوراقهم المالية الى غيرهم من المستثمرين الآخرين مقابل عمولة , فهو ليس بتاجر ولا يقوم بإبرام الصفقة باسمه)⁴ , بينما نجد بعض الفقه الامريكي يعرفه بأنه هو(ذلك الشخص الذي يتاجر في الأوراق المالية نيابة عن العملاء في مختلف أنواع البورصات وذلك مقابل رسوم⁵) .

1: مشار اليه في " مسؤولية الوسيط في سوق المال العراقي . أ: علي طلال الهادي , رسالة ماجستير , معهد البحوث والدراسات العربية . ٢٠٠٩ , ص ١٢ .

2 : أ: صالح راشد الحمراي , دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية , دراسة قانونية . الطبعة الاولى , ٢٠٠٤ , ص ١٢٢ .

3 : مشار اليه في " النظام القانوني الخاص بشركات السمسرة . د. ماهر مصطفى محمود امام . رسالة دكتوراه , جامعة حلوان , ٢٠٠٨ , ص ٢٧ .

4: Francis Jack Clark , " Management of investments " , McGraw , Hill book company , New York , 1983 , P620 .

5: (A securities broker, commonly referred to as a stockbroker, is one who trades securities on behalf of customers in exchange types of claim for a fee).. Martin S. Schexnayder , securities broker liability , liability in Texas, p179 .

على خلاف الحال في دولة الكويت ، فعلى الرغم من عدم تضمن المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية الصادر بتاريخ ١٤/٨/١٩٨٣^١ تعريفاً للوسيط إلا أنه صدر مرسوم بشأن إدراج الوسطاء ومعاونيهم في سوق الكويت للأوراق المالية عام ١٩٨٤^٢ وجاء في المادة الأولى منه على أنه ((بقصد بالوسيط في مجال تطبيق أحكام هذا المرسوم من يقوم بأعمال الوساطة في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في سوق الكويت للأوراق المالية وتقتصر عمليات الوساطة في هذا السوق على الشركات المرخص لها بذلك وفقاً لأحكام هذا المرسوم)) ، وإذا كان الحال كذلك قبل صدور القانون رقم ٧ لعام ٢٠١٠ فإن هذا الأخير قد نص على إلغاء المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية^٣ وكل حكم يتعارض مع أحكامه^٤ ، واحتوى في المادة الأولى منه على تعريف للوسيط في سوق الأوراق المالية فقد جاء في هذا القانون على أنه ((يقصد بالوسيط الشخص الذي يزاول أعمال شراء وبيع الأوراق المالية لحساب الغير مقابل عمولة))^٥ .

- 1 : ألغى هذا المرسوم بقانون هيئة أسواق المال رقم ٧/٢٠١٠ .
- 2: صدر هذا المرسوم استناداً إلى المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية مما استتبع الفناء تبعاً لإلغاء المرسوم الأخير بالقانون رقم ٧/٢٠١٠ .
- 3: المادة ١٦٣ من قانون هيئة أسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .
- 4: المادة ١٦٤ قانون هيئة أسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .
- 5: وكذلك الأمر بالنسبة للقانون السوري حيث جاء في المرسوم التشريعي رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٦ في المادة الأولى منه على أنه " الوسيط هو الشخص الاعتباري المرخص له من قبل الهيئة لممارسة أعمال الوسيط المالي أو الوسيط لحسابه والذي يتمتع بالجنسية السورية . وجاء في المادة الأولى من قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم ٤ لعام ٢٠٠٠ على أنه يقصد بالوسيط الشخص الاعتباري المصرح له وفقاً لأحكام هذا القانون بالقيام بأعمال الوساطة في السوق . وكذلك الحال في نظام السوق المالية السعودية حيث جاء في المادة ٣٢ على أنه يقصد بالوسيط شركة المساهمة والتي تعمل في الوساطة . ولم يختلف المشرع العماني عن سابقيه حيث جاء في المادة الأولى من المرسوم السلطاني رقم ٨٠ لعام ١٩٩٨ على أنه يقصد بالوسيط الشخص المعنوي المرخص له القيام بأعمال الوساطة في السوق .

ومن جانبنا يمكننا تعريف وسيط الأوراق المالية بأنه:

"شخص طبيعي أو معنوي - طبقاً للقانون الخاضع له - ذو علم ودراية وكفاءة - طبقاً للمعايير المعتمدة في السوق - يزاول عمليات بيع وشراء الأوراق المالية لحساب العملاء حماية لمصالحهم ورعاية لهم، من خلال البورصة وفي المواعيد المحددة رسمياً وفقاً للقواعد والأنظمة المعمول بها في السوق مقابل عمولة محددة طبقاً للاتفاق أو للقانون".

ثانياً: التمييز بين وسيط الأوراق المالية وبين السمسار العادي:

يختلف وسيط الأوراق المالية عن السمسار العادي في كثير من الأحكام، فعلى الرغم من وجود أحكام متشابهة بينهم إلا أن ذلك لا ينفي وجود كثير من الأحكام المختلفة والتي من شأنها التمييز بينهم، وبناء على ذلك يتشابه وسيط الأوراق المالية مع السمسار العادي في أن كل منهم يقوم بأعمال وساطة بين المتعاملين¹ إلا أنهم يختلفون عن بعضهم البعض في العديد من الوجوه أهمها:

أولاً: مهنة السمسرة هي مهنة مباحة للكافة وبالتالي كل شخص توافرت لديه الأهلية التجارية يستطيع أن يزاول مهنة السمسرة فلا يوجد ثمة قيود وشروط يتعين الالتزام بها سوى ضرورة التقييد بأحكام القانون

1: لا يقتصر عمل وسيط الأوراق المالية على بيع وشراء الاسهم والسندات كما كان في السابق بل أصبح يتعدى لك ويشمل جميع الأوراق المالية بما فيها ما يستحدث من أشكال جديدة يعتبرها القانون ورقة مالية. وبالتالي يتميز الوسيط بتنوع ثقافة عملائه فلا يقتصر على نوع معين من المستثمرين بل يشمل جميع أنواعهم على اختلاف ثقافتهم. للمزيد عن ذلك انظر:

Downes John and Goodman Jordan Elliot, "Finance & Investment Handbook", Barrons 's Educational Series Inc, New York, 1988, 5 th edition, P749.

2: تجدر الإشارة الى انه في عام ١٩٥٠ بلغ عدد وسطاء الأوراق المالية المسجلين لدى لجنة الأوراق المالية والبورصات (the securities and exchange commission) في الولايات المتحدة ٣٩٣٠ وسيطاً. انظر:

Jackson, Robert H, Stock Broker's Liability under Customs, Usages, and Rules, 1963, p 111.

والأعراف التجارية ، أما مهنة وساطة الأوراق المالية فلا يجوز لأي شخص أن يزاولها إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة^١ ، وبالتالي فإن مهمة الوساطة في الأوراق المالية هي سمسة منظمة و **Coutrage Reglement** وليست سمسة حرة **Coutrage Liber**^٢ .

ثانياً: تقتصر مهمة السمسار على تقريب وجهات النظر بين الطرفين دون أن يتدخل كطرف في العقد الاصيلي^٣ ، وبالتالي فإن السمسار العادي لا يقوم سوى بأعمال مادية تقتصر على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتنتهي مهمته بمجرد إبرام العقد و لا يضمن تنفيذ الالتزامات ، أما وسيط الأوراق المالية فدوره لا يقف عند هذا الحد بل يقوم بالبحث عن عرض مطابق لعرض عميله لدى زملائه من الوسطاء ويكون مسؤولاً عن تنفيذ الصفقات ويضمن سلامة العملية التي تمت من خلاله^٤ .

ثالثاً: يستطيع السمسار العادي ممارسة أكثر من نشاط تجاري ، وبالتالي فغن نشاطه لا يقتصر على نشاط السمسرة بل من الممكن أن يزاول أنشطة تجارية أخرى بكل حرية ما دام قد التزم حدود القانون والأعراف التجارية ، أما وسيط الأوراق المالية فلا يستطيع مزاوله أكثر من

1 : انظر المادة ٦٣ من قانون هيئة اسواق المال الكويتي رقم ٢٠١٠/٧ والمادة ٢٨ من قانون سوق راس المال المصري رقم ١٩٩٢/٩٥ والمادة ٣١ من نظام السوق المالية السعودية والمادة ٢٦ من القانون العماني رقم ١٩٩٨/٨٠ والمادة ٢٩ من قانون هيئة قطر للاوراق المالية رقم ٢٠١٢/٨ والمادة ٣١ من القانون السورية رقم ٢٠٠٥/ ٥٥ والمادة ٢٥ من القانون الإماراتي رقم ٢٠٠٠/٤ .

2 : د. عاشور عبد الجواد ، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية ، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي وبعض القوانين العربية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، ص ٦ .

3 : د. سميحة القليوبي ، السمسرة في القانون الكويتي ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٣ .

د. محمد فهمي الجوهري ، العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، ص ٢٦٧ .

4 : د. عاشور عبد الجواد ، المرجع السابق ، ص ٧ ، وانظر ايضا :

• Claude Pache: "Le Contrat de Commission appliqué au Commerce de valeurs mobilières " Thèse, lausanne , 1956 , P.14.

نشاط إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة بذلك وإلا كان عقد السمسرة (الوساطة) باطلاً.

رابعاً: لم يشترط المشرع في السمسار العادي شكلاً معيناً، فمن الممكن أن يتخذ السمسار شكل شركة أياً كان شكلها سواء كانت من شركات الأشخاص او من شركات الأموال، ومن الممكن ان يزاول السمسرة العادية شخص طبيعي، أما بالنسبة للوسيط فقد جعل المشرع هذه المهنة حكراً على الشركات دون الأشخاص الطبيعيين¹.

خامساً: لا يجوز للسمسار العادي أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في العقد الذي يبرمه إلا إذا أجازته العاقد في ذلك وفي هذه الحالة لا يستحق السمسار أي أجر، أما وسيط الأوراق المالية فلا يحق له أن يتعامل على الأوراق المالية لحسابه الخاص ومن باب أولى ان يقيم نفسه كطرف ثاني.

1 : د. عاشور محمد الجواد، المرجع السابق، ص 8، وانظر أيضاً د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، الوكالات التجارية والسمسرة - عقود التوسط - في قانون التجارة الكويتي، الطبعة الأولى، 2008، دار النهضة العربية، 279، حيث يعتبر احتكار الوساطة في التداول قائم بقوة القانون ويترتب على الاخلال به = قيام المسؤولية التأديبية والجنائية للوسيط، للمزيد انظر: أ. منير بوريشة، المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 13.

2 : تجدر الإشارة الى ان المشرع المصري لم يكتفي بجعل مهنة السمسرة في الأوراق المالية حكراً على الشركات دون الأشخاص الطبيعيين بل نص على ضرورة اتخاذ سمسار الأوراق المالية شكل شركة مساهمة او توصية بالاسهم، وبناء على ذلك لا يمكن لسمسار الأوراق المالية ان يتخذ شكل شركة تضامن او توصية بسيطة او محاصة او شركة محدودة المسؤولية، اما في القانون الكويتي فعلى الرغم من ان المشرع في القانون الكويتي قد نص في المادة 142 من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة اسواق المال على انه تحدد الهيئة الشكل القانوني للشخص المرخص له والحد الأدنى لرأسماله، وعلى الرغم من صدور قرار هيئة اسواق المال في الكويت رقم 2011/9 بشأن متطلبات الأشخاص المرخص لهم وقد نص هذا القرار على ضرورة اتخاذ الوسيط شكل شركة مساهمة الا اننا لنا ملاحظة على مسلك المشرع الكويتي، حيث كان من الأولى بالمشرع الكويتي لو نص على الشكل القانوني للوسيط في صلب قانون هيئة اسواق المال وليس النص على الاحالة في الاختصاص لتحديد الشكل القانوني في اللائحة الى هيئة اسواق المال وذلك لان تحديد الشكل القانوني للوسيط من الامور الثابتة نسبياً وليست من الامور التي تتمتع بالمرونة والتي من شأنها يجب النص عليها في اللائحة التنفيذية او الاحالة الى الهيئة لتصدرها كقرار، وبالتالي نرى انه من الأولى بالمشرع الكويتي لو قام بتحديد الشكل القانوني للوسيط في قانون هيئة اسواق المال رقم 2010/7 للاسباب السالف ذكرها.

المطلب الثاني

المركز القانوني للوسيط في سوق الأوراق المالية

ثار خلاف كبير في الفقه حول المركز القانوني للوسيط في سوق الأوراق المالية ، ولعل أهم الأسباب التي أدت الى نشأة الخلاف هو اختلاط طبيعة عمل الوسيط مع غيره من الأشخاص الذين قد يختلط بهم ، أضف الى ذلك أن المشرع لم يحدد بشكل صريح المركز القانوني للوسيط ، وبذلك انقسم الفقه الى عدة اتجاهات سنستعرضها على النحو التالي وسنبين الاتجاه الذي نرجحه :

الاتجاه الأول:

ذهب بعض الفقه¹ الى القول بان وسيط (سمسار) الأوراق المالية يعتبر في المركز القانوني للسمسار العادي إلا أنه يختلف عن السمسار العادي من حيث كونه سمساراً ضامناً *Gaurantor Broker* ، والتالي وفقاً لأصحاب هذا الرأي يخضع الوسيط في علاقته مع عملائه الى أحكام عقد السمسرة المنصوص عليها في قانون التجارة مع مراعاة خصوصية عقد سمسرة الأوراق المالية والتي تتجلى في ان وسيط الأوراق المالية يكون ضامناً لسلامة العملية بقوة القانون دون الحاجة للإتفاق على ذلك في العقد.

الاتجاه الثاني:

يرى أغلب الفقه² أن وسيط الأوراق المالية لا يعتبر سمساراً عادياً ولا سمساراً ضامناً بل يعتبر وكيلاً بالعمولة ضامن *Commissionnaire*

1: أ: صالح راشد الحمراي ، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية ، دراسة قانونية ، مرجع سابق ، ص ٤٤٩ .

2: انظر: د. عبد الفضيل محمد احمد ، بورصات الأوراق المالية ، مرجع سابق ، ص ٧٤ . د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، دون تاريخ ، ص ١١١ هامش رقم ٢ ، د. هاني دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٤ ، ص (١) ، د. صلاح امين ابو طالب ، دور شركات السمسرة في بيع الأوراق المالية ، دار النهضة العربية ، عام ١٩٩٥ ، ص ١٨ .

Albert Rabut: " Droit Des Bourses De Valeurs Et Des Agents De Change " ed 1983 , p 120.

Dueroire , وذلك لأن كل من وسيط الأوراق المالية والوكيل بالعمولة يبرمان التصرف لحساب العميل في الأول والموكل في الثاني , وإذا كان في الأصل في الوكالة في العمولة أن الوكيل لا يضمن إلا في حال وجود اتفاق إلا أننا نجد في حالة وسيط الأوراق المالية يضمن بقوة القانون , بعبارة أخرى فإن وسيط الأوراق المالية يعتبر وفقاً لأصحاب هذا الإتجاه وكيلاً بالعمولة ضامن بحيث يخضع عقد الوساطة الى أحكام عقد الوكالة بالعمولة مع الأخذ بعين الاعتبار الضمان القانوني للوكيل بالعمولة لسلامة العملية التي يبرمها .

الإتجاه الثالث:

يرى بعض الفقه¹ ان وسيط (سمسار الأوراق المالية) لا يعتبر في مركز السمسار العادي ولا يعتبر في مركز الوكيل بالعمولة بل يعتبر في مركز الوكلاء التجاريين , فوسيط الأوراق المالية هو وكيل تجاري ذو طبيعة خاصة فهو لا يندرج تحت عداد السمسارة العاديين ولا يندرج تحت عداد الوكلاء بالعمولة .

الإتجاه الذي تؤيده:

من جانبنا نؤيد ما ذهب اليه الإتجاه الثالث حيث يعتبر الوسيط بمثابة وكيل تجاري ذو طبيعة خاصة ونضيف عليه مايلي :

- أن وسيط الأوراق المالية يعتبر وكيل تجاري ذو طبيعة خاصة وأهم ما يميز هذه الطبيعة الخاصة هو الضمان القانوني لسلامة العملية وبالتالي نرى أن وسيط الأوراق المالية هو وكيل تجاري ضامن بنص في القانون .
- لا يمكن القول بأن وسيط الأوراق المالية هو سمسار عادي أو ضامن أو هو وكيل بالعمولة ضامن وذلك لأن المعيار المميز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة هو كيفية التعاقد , فإذا كان التعاقد بإسم الوكيل الشخصي وحساب موكله كنا بصدد وكيل بالعمولة , وإذا كنا بصدد

1 : د. محمد اسماعيل هاشم علي , دور البيئة العامة للرقابة المالية في الرقابة على تداول الأوراق المالية , دراسة مقارنة مع النظام الأمريكي , مرجع سابق , ص ٣٢٩ .

تعاقد بإسم وحساب الموكل أصبحنا بصدد وكيل عادي ، وإذا اقتصر دور الوكيل على تقريب وجهات النظر دون التدخل في إبرام العقد كنا أمام سمسار عادي.

ويتطبيق ذلك على وسيط الأوراق المالية نجد أن وسيط الأوراق المالية يتعاقد مع غيره بإسم عميله وحسابه ولا يبرم الصفقة بإسمه ، فعلى الرغم من أن إسم الوسيط يذكر في العقد وعلى الرغم من أن الوسيط يتعاقد مع وسيط آخر مكلف من قبل عميل الآخر دون أن يلتقي العميلان ، وعلى الرغم من أن الوسيط يبدو في الظاهر وكأنه يتعاقد بإسمه الشخصي إلا أننا لا نرى أن مجرد ذكر اسم الوسيط في العقد يفيد بأن التعاقد تم بإسمه الشخصي ، ذلك أن تدخل الوسيط في العمليات هو واجب قانوني يترتب على مخالفته بطلان العملية مما يعني أن تدخل الوسيط وذكر اسمه لا يعدو مجرد إجراء شكلي حتى تنفادى بطلان العملية ، وبناء عليه لا يمكن أن نعتبر أن الوسيط في مركز الوكيل بالعمولة لأنه طبقاً للمعيار السابق فإن الوسيط يبرم العقد بإسم وحساب عميله مما يفيد أنه يقع في مركز الوكيل العادي التجاري.

وكذلك الأمر لا يمكن القول بأن الوسيط يعتبر بمثابة سمسار ضامن لأن الوسيط يدخل ويبرم عقد الوساطة بنفسه وهذا ما يخالف طبيعة وعمل ومهمة السمسار العادي والذي تقتصر مهمته على تقريب وجهات النظر دون التدخل ، فمهمة السمسار العادي هي القيام بأعمال مادية أما مهمة الوسيط هي القيام بتصرف قانوني.

- يترتب على ذلك نتيجة في غاية في الأهمية وهي خضوع عقد الوساطة بين العميل والوسيط إلى أحكام عقد الوكالة مع مراعاة الطبيعة الخاصة له من ضرورة ضمان الوسيط لسلامة العملية وما يرد في خصوص هذا العقد من أحكام خاصة به في قانون سوق المال ، فكل ما لم يرد به نص

1: Francis Jack Clark, " Management of investments" , McGraw, Hill book company, New York, 1983, P620.

يخضع لإتفاق الطرفين وفي حال عدم وجود هذا الإتفاق يخضع الى الأعراف التجارية ثم الى الأحكام المكملة في عقد الوكالة التجارية مع مراعاة القواعد الآمرة في هذا الأخير.

الفصل الأول

مفهوم المسؤولية التأديبية للوسيط وحالاتها

تحتل مسؤولية الوسطاء والمستشارين الماليين مساحة واسعة ومعقدة من القانون¹، ولا بدّ لنا لكي نقف على حقيقة مسؤولية الوسطاء الماليين التأديبية من تحديد مفهوم مسؤولية الوسيط التأديبية، فبين فيها المقصود بها وتعريفها ونوضح أركانها وخصائصها والتميز بينها وبين غيرها مما تشته به وذلك في المبحث الأول من هذا الفصل، ثم نتقل بعدها لتبين الحالات التي تقوم عليها مسؤولية الوسيط التأديبية من مخالفة الوسيط لقوانين السوق وللقرارات والتعليمات النافذة، أضف الى ذلك مخالفته لقواعد أخلاقيات مهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية.

المبحث الأول

مفهوم مسؤولية الوسيط التأديبية

لا بدّ لنا حتى نوضح مفهوم مسؤولية الوسيط التأديبية من تحديد المقصود بها وتعريفها وبيان الأركان التي تقوم عليها وبيان الخصائص التي تميزها عن غيرها، والتميز بينها وبين غيرها مما يختلط بها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

المقصود بالمسؤولية التأديبية للوسيط وخصائصها

لا يكفي من أجل ضبط عمل وسلوك الوسطاء وحملهم على الالتزام بالقوانين واللوائح والتعليمات النافذة ومراعاة آداب المهنة التي

1: Michael D.Gallagher and Gregory S.Capps, Liability of stockbrokers: Claims fo0r Churning and Unsuitability,1997, p. 589.

يزاولونها ، وما نص عليه المشرع من قواعد وأحكام تقرر المسؤولية المدنية والجزائية للوسطاء ، فالمسؤولية الجزائية تستهدف اقتضاء حق الدولة في العقاب تجاه من أخل بأمن المجتمع ، والمسؤولية المدنية تستهدف تعويض المضرور من الأضرار التي لحقت به سواء نجمت هذه الأضرار عن خطأ تقصيري أو خطأ عقدي.

ولما كانت هذه القواعد لا تهدف الى حماية مهنة الوساطة كمهنة لها آدابها وقواعدها ولا تهدف الى ضبط سلوك الوسطاء في مباشرتهم لمهامهم ، من أجل ذلك لم يكن من الغريب أن ينظم المشرع الوسيلة القانونية الكفيلة لحمل هؤلاء الوسطاء على الالتزام بالقوانين واللوائح وآداب مهنتهم كوسطاء لدفعهم لممارسة مهنتهم طبقاً للأصول المهنية السليمة ، ومن هنا أخذت الدول تبارى في وضع القواعد اللازمة لضبط أعمال هؤلاء تأديبهم .

ففي الولايات المتحدة الأمريكية لم يرق قانون الأوراق المالية الصادر عام ١٩٣٤ بالنص على المسؤولية التأديبية بشكل صريح بل استنبطها القضاء^١ في كثير من الأحكام بشكل ضمني ، ولعل أهم هذه القضايا التي تعرض لها القضاء الأمريكي في هذا الصدد قضية (Baird v. Franklin) عام ١٩٣٧ أو ما تسمى ب (Whitney scandal) ، حيث قررت المحكمة فيها وجود التزام يقع على عاتق بورصة نيويورك باتخاذ إجراءات تأديبية بحق الوسطاء الماليين المخالفين لقواعد البورصة ومن هنا كانت نقطة البداية لتأديب الوسطاء الماليين^٢ ، وقبل الولوج في البحث في هذه القواعد كان

1: Philip J. Hoblin, Jr., A Stock Broker's Implied Liability to Its Customer for Violation of a Rule of a Registered Stock Exchange, 39 Fordham L.Rev. 253 (1970). p 255.

2: وتوالت القضايا المشابهة والتي قررت نفس الحكم وان اختلفت في الخيئات كقضية (Silver v. New York Stock Exchange) (١٩٥٨) وقضية (Colonial Realty Corp. v. Bache & Co) (١٩٦٢) انظر:

Philip J. Hoblin, Jr., A Stock Broker's Implied Liability to Its Customer for Violation of a Rule of a Registered Stock Exchange, 39 Fordham L.Rev. 253 (1970). p 256-261.

لزاماً علينا أن نوضح المقصود بالمسئولية التأديبية بشكل عام والمسئولية التأديبية للوسيط بشكل خاص.
أولاً: تعريف المسئولية التأديبية:

ويقصد بالمسئولية التأديبية للموظف العام " الإجراءات المترتبة على إخلال الموظف العام بواجب وظيفي أو أكثر والتي تنتهي بشبوت خطئه وتوقيع جزاء تأديبي عليه من السلطة التأديبية المختصة¹.
وتجدر الإشارة الى أن المسئولية التأديبية لم يعد يقتصر نطاقها في مجال الوظيفة العامة فحسب بل امتد ليشمل المهن الحرة والنقائية وإن كان الغالب في تطبيقها في مجال الوظيفة العامة. وبناء على ذلك يجب الأخذ في الاعتبار عند البحث في المسئولية التأديبية بشكل عام أنها تقوم على ركائز وظيفية ومهنية.

أما عن المقصود بالمسئولية التأديبية للوسيط فلم يرد أي تعريف لها في كتب فقهاء القانون الإداري والتجاري → على حد علمنا - وبالتالي كان لزاماً علينا في معرض البحث هذا أن نضع تعريفاً جامعاً ومانعاً لمسئولية الوسيط التأديبية على الشكل التالي:

"يقصد بمسئولية الوسيط التأديبية مجموعة الإجراءات المترتبة على إخلال وسط الأوراق المالية بأحد الواجبات المفروضة عليه بحكم مهنته كوسيط في سوق الأوراق المالية سواء كانت هذه الواجبات مفروضة عليه تجاه زملائه في المهنة أو تجاه عملائه أو تجاه السوق التي يعمل في رحابها والتي تنتهي بشبوت خطئه التأديبي وإيقاع جزاءات تأديبية عليه من قبل الجهة المختصة المحددة قانوناً".

ثانياً: خصائص المسئولية التأديبية للوسيط:

تمتع مسئولية الوسيط التأديبية بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها، فأهم ما يميز مسئولية الوسيط التأديبية هو أن المخالفات التأديبية

1: د. عبد الفتاح مراد، المسئولية التأديبية لرجال القضاة والنيابة العامة في قضاء محكمة النقض المصرية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٤.

غير مقننة وعدم خضوع الوسيط لمبدأ شرعية المخالفات التأديبية مع خضوعه لمبدأ شرعية الجزاءات التأديبية . وسنوضح ذلك بشكل موجز على النحو التالي :

١: عدم تقنين المخالفات التأديبية للوسيط:

يقصد بتقنين المخالفات التأديبية للوسيط حصر جميع أنواع المخالفات المعاقب عليها تأديبياً وتحديد جزاء لكل منها^١، بعبارة أخرى يقصد بتقنين المخالفات التأديبية تلك العملية التي يقوم بها المشرع بالنص على المخالفات التأديبية الى جانب الجزاء التأديبي المفروض عليها ، وقد ثار خلاف فقهي كبير بين فقهاء القانون الإداري حول ضرورة تقنين المخالفات التأديبية من عدمه ، وانقسموا بذلك الى اتجاهين :

الاتجاه الأول: ذهب أصحاب هذا الاتجاه^٢ الى عدم تقنين المخالفات التأديبية وذلك لصعوبة هذه المهمة إن لم تكن مستحيلة ، وبناء على ذلك تملك الجهة المختصة بالتأديب مكنة تقدير ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل مخالفة تأديبية من عدمه .

الاتجاه الثاني: نادى أصحاب هذا الاتجاه^٣ بضرورة الإسراع في تقنين المخالفات التأديبية لكل طائفة من طوائف العاملين في الدولة .

وبين أصحاب الاتجاه الأول وأصحاب الاتجاه الثاني يرى البعض - وبحق - أنه من حسن السياسة التأديبية وتماشياً مع الشرعية التأديبية تقنين أهم

1: د. عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق ، ص ٩ .

2: انظر على سبيل المثال: د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ، الكتاب الثالث ، قضاء التأديب ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٧ ، ص ٢٨٢ وما بعدها .

3: انظر على سبيل المثال :

د. عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ .

د. هيثم حليم غازي ، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الادارية عليها ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢٥ .

د. نصر الدين سعيد خليل ، تعدد السلطات التأديبية وآثاره ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية ، ص ٢٥ .

الواجبات الوظيفية في حدود القدر المطلوب لتحقيق الضمان وأن يتم ترك باقي المخالفات التأديبية لتحدها السلطة التأديبية المختصة^١.

٢ : عدم الأخذ بمبدأ شرعية المخالفات التأديبية:

يسود في القانون الجزائي مبدأ شهيرات من المبادئ المسلم بها ألا وهو مبدأ لا جريمة الا بنص^٢ ، ويقصد بذلك أنه من غير الممكن المعاقبة على أفعال غير محرمة بنص القانون ، فإذا كان ذلك ينطبق في صدد المسؤولية الجزائية فإن الأمر مختلف في صدد المسؤولية التأديبية . فالمستقر عليه فقهاً وقضاءً في القانون الإداري عدم الأخذ بمبدأ شرعية المخالفات التأديبية بمعنى أن المخالفات التأديبية المذكورة في القانون على سبيل المثال

١ : د. محمود عبد المنعم فايز ، المسؤولية التأديبية لضباط الشرطة دراسة مقارنة ، ٢٠٠٤ ، جامعة اسيوط ، ص ٤٨٣ .

٢ : يعتبر هذا المبدأ جزءاً من المبدأ الشهير في فقه القانون الجزائي وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ويقصد به اختصاص المشرع بالنص على الجرائم وعقوباتها فهو يضع حداً فاصلاً بين سلطة المشرع والقاضي الذي لا يملك سوى تطبيق النص ويعود تاريخ ظهور هذا المبدأ الى العهد العظيم Magna Charta الذي منحه الملك جون في انكلترا الى رعاياه عام ١٢١٦ في المادة ٣٩ منها ، للمزيد حول هذا الموضوع انظر = د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٧١ ، وانظر ايضاً د. هدى حامد قشقوش ، شرح قانون العقوبات العام ، القسم العام ، ٢٠١٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٠ .

٣ : انظر على سبيل المثال : د. عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق ، ص ٦٨ ، د. محمود عبد المنعم فايز ، مرجع سابق ، ص ٤٦٧ ، وما بعدها .

٤ : انظر على سبيل المثال :

حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في القضية رقم ٥٦٣ سنة ٧ قضائية في الجلسة المنعقدة ب ١١ نوفمبر ١٩٦١ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، المكتب الفني ، ص ٢٧٠ ، حيث جاء في حيثيات الحكم "..... الافعال المكونة للذنب الاداري ليست محددة حصراً ونوعاً وانما مردها بوجه عام الى الاخلال بواجبات الوظيفة العامة او الخروج على مقتضياتها..." وكذلك انظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٢٢٠٨ سنة ٤٦ قضائية الدائرة الخامسة ، جلسة ٢٠٠٣/٣/٨ ، هيئة قضايا الدولة ، المكتب الفني ، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٤ ، الجزء الثالث ، العام ٢٠٠٥ ، ص ٣٦٥ .

وليس الحصر وبالتالي لا يمكن القول بأنه لا مخالفة تأديبية إلا بنص ،
ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج أهمها ¹ :

- إن عدم وجود نص مانع أو أثم لفعل معين لا يعني بالضرورة أنه جائز
أو أنه مباح ، ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع وسيط الأوراق المالية
الإدعاء بأن فعلاً معيناً نسب إليه لا يشكل مخالفة تأديبية استناداً الى
عدم وجود نص.

- إن تحديد الأفعال التي تشكل مخالفة تأديبية يعود الى الجهة المختصة
بالتأديب تمارسها بسلطتها التأديبية تحت رقابة القضاء ² .

- يترتب على عدم الأخذ بمبدأ شرعية المخالفات التأديبية الفصل بين
الخطأ التأديبي والجزاء التأديبي ، ويقصد بذلك أن السلطة التأديبية تقوم
بتقدير ما اذا كان الفعل المنسوب للوسيط يشكل مخالفة تأديبية من
عدمه فإذا ما فرغت من ذلك انتقلت بعدها الى مرحلة تحديد الجزاء
التأديبي الذي تراه مناسباً من بين الجزاءات التأديبية المحددة في القانون
على سبيل الحصر.

- يترتب على عدم الأخذ بمبدأ شرعية المخالفات التأديبية وجود مفارقات
عملية وتتجلى في إمكانية معاقبة شخص على فعل معين على اعتبار
أنه يشكل مخالفة تأديبية بينما لا يعاقب شخص آخر على الرغم من
قيامه بنفس الفعل، ويعني ذلك أنه قد يرتكب الوسيط فعلاً معيناً تعتبره
الجهة المختصة بالتأديب مخالفة تأديبية تستوجب معها العقاب في حين

1 : د. عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق ٦٧ .

د. محمود عبد النعم فائز، المسؤولية التأديبية لضباط الشرطة دراسة مقارنة ، ٢٠٠٤
جامعة أسيوط، ص ٤٨٤ وما بعدها.

2: قضت المحكمة الادارية العليا المصرية في احد أحكامها انه "..... ان تكييف الواقعة بما
يجعل من الذنوب المستحقة العقاب إنما مرجعه الى تقدير جهة الإدارة ومبلغ انضباط
هذا التكييف على الواقعة المنسوبة الى الموظف من حيث الخروج عن الواجب الوظيفي
والإخلال بحسن السير والسلوك المستأصل للعقاب بوصفه ذبا إداريا....." طعن رقم
٩١٧ ، سنة ١١ قضائية ، تاريخ ١٨/٢/١٩٦٧ ، موسوعة أحكام المحكمة الادارية
العليا، مجدي حافظ ، ص ٣٧٧ .

قد يرتكب وسيط آخر أو حتى ذات الوسيط نفس الفعل في وقت لاحق ولا تعتبره الجهة المختصة بالتأديب مخالفة تأديبية ولا يخفى على أحد خطورة هذه المكنة.

- إن عدم الأخذ بمبدأ شرعية المخالفات التأديبية من شأنه أن يضيف على المخالفات التأديبية نوعاً من المرونة تختلف النظرة إليها من وقت لآخر بتغيير الظروف الاجتماعية التي تعتقها الجماعة^١، فعلي سبيل المثال من الممكن أن تعتبر السلطة التأديبية المختصة فعلاً معيناً في زمن معين يرتكبه الوسيط مخالفة تأديبية إلا أنه بتغيير الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية أو التقنية للمجتمع المعني فمن الممكن أن يصبح هذا الفعل عملاً مباحاً لا يشكل مخالفة تأديبية.

٢ : شرعية العقوبة التأديبية:

يقصد بمبدأ شرعية العقوبة أن تلتزم الجهة التأديبية المختصة بإيقاع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر^٢، فلا تقوم بإيقاع جزاء تأديبي غير منصوص عليه ويعتبر هذا المبدأ من النظام العام^٣، وترتب على ذلك مجموعة من النتائج أهمها:

- 1 : د. فهمي محمد اسماعيل عزت، سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٠، ص ٧٣.
- 2 : د. سليمان الطماوي، قضاء التأديب، مرجع سابق، ص ٢٨٢.
د. فهمي محمد اسماعيل عزت، مرجع سابق، ص ٧٣.
د. محمود عبد المنعم فايز، مرجع سابق، ص ٤٩٦ وما بعدها.
د. علي الاحمد، المسؤولية التأديبية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٤٢٤ وما بعدها.
- وهذا ما أكدته احكام المحكمة الادارية العليا المصرية نذكر منها على سبيل المثال:
"..... فقد جرى قضاء هذه المحكمة على انه لا يجوز معاقبة الموظف بجزاء لم ينص عليه المشرع ويحدده من بين الجزاءات التأديبية التي يمكن معاقبة الموظف عليها اعمالا لمبدأ شرعية العقاب في المجال التأديبي الذي وان سمح بعد حصر المخالفات التأديبية..... الا انه حظرت توقيع عقوبة غير تلك العقوبات التأديبية التي نص عليها المشرع حصراً....." الطعن رقم ٥٧٨ سنة ٤٨ قضائية الدائرة الخامسة، جلسة ٢٢/٣/٢٠٠٣، منشور في مجموعة القوانين والمبادئ القانونية الصادرة عن هيئة قضايا الدولة عام ٢٠٠٥، ص ٢١٠.
- 3: حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٤٩٣ سنة ٤٥ قضائية، الدائرة الخامسة، جلسة ٢٠٠٣/٧/٥ غير منشور.

- التزام السلطة التأديبية المختصة بالحدود المقررة للعقوبة التأديبية من حيث النوع والمقدار والمدة و يترتب على ذلك أنه تلتزم الجهة التأديبية المختصة بتأديب الوسطاء بالعقوبات التأديبية المقررة في القانون فلا تستطيع ايقاع عقوبة تأديبية على الوسيط نتيجة مخالفة ارتكبتها الوسيط تحت طائلة إلغاء قرارها لعدم المشروعية.
- تلتزم السلطة التأديبية المختصة بالتفسير الضيق للعقوبات التأديبية التي تفرضها نتيجة ارتكاب الوسيط مخالفة تأديبية , فلا تستطيع القياس على هذه العقوبات أو إجراء عملية استنباط للوصول الى عقوبة جديدة غير منصوص عليها في القانون.
- تلتزم السلطة التأديبية المختصة بالقيود الشكلية التي يفرضها المشرع قبل ايقاع العقوبة , فعلى سبيل المثال جاء في المادة ٣٠ من قانون سوق رأس المال المصري على أنه لا يجوز وقف نشاط الشركة المخالفة لأحكام القانون أو اللاتحة التنفيذية للقانون أو القرارات الصادرة عن مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية قبل إنذار الشركة المخالفة بضرورة إزالة المخالفة, وبناء عليه لا تستطيع الهيئة العامة للرقابة المالية أن تصدر قرار وقف نشاط شركة السمسرة قبل أن تقوم بتوجيه إنذار إليها وإلا وقعت في قفص عدم المشروعية وتعين عندها إلغاء قرارها. وتجدر الإشارة الى ضرورة عدم الخلط بين مبدأ شرعية العقوبة التأديبية التي تلتزم به السلطة التأديبية وبين مبدأ الحرية في اختيار الجزاء المناسب , حيث يقصد بهذا الأخير أنه يحق للجهة المختصة أن تختار من بين قائمة العقوبات المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر بما يناسب المخالفة تكفي لردعه مع مراعاة ضرورة التناسب بين العقوبة والمخالفة بينما يلقي مبدأ المشروعية التزاماً على عاتق الجهة المختصة ان يقع هذا الاختيار من بين القائمة التي حددها المشرع على سبيل الحصر.

1 : حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٨٣١ سنة ٤٩ قضائية الـ ائرة الخامسة , جلسة ٢٠٠٤/٢/١٤ , ص ٢٤٦ .

المطلب الثاني

أركان المسؤولية التأديبية للوسيط والتمييز بينها وبين غيرها

أولاً: أركان مسؤولية الوسيط التأديبية:

يلعب الوسيط دوراً هاماً في تداول الأوراق المالية فهو يشكل حلقة الوصل بين المتعاملين ، ونظراً لخطورة دوره كان لابد من وضع قواعد وضوابط تكفل حسن ممارسته لعمله بمهنية واتباع الأصول المهنية السليمة ، وبما أن المسؤولية المدنية والجزائية غير قادرة على ضبط عمل الوسيط كمهنيين كان لابد من وضع قواعد تكفل تأديبهم أمام الجهة المختصة بذلك.

وإذا كانت المسؤولية المدنية تقوم بوجه عام على ثلاثة أركان وهم الخطأ والضرر والعلاقة السببية . وتقوم المسؤولية الجزائية على ركنين وهما الركن المادي والركن المعنوي يثور التساؤل هنا عن أركان مسؤولية الوسيط التأديبية بوجه خاص ، ولما كان موضوع المسؤولية التأديبية بوجه عام يعتبر من الموضوعات القانونية الهامة في القانون الإداري وكان موضوع وسيط الأوراق المالية من الموضوعات الرئيسية في سوق الأوراق المالية ، لذلك كان لزاماً علينا أن نبين بشكل موجز أركان المسؤولية التأديبية بوجه عام ثم نتقل بعدها الى مسؤولية الوسيط التأديبية بوجه خاص وذلك على النحو التالي :

١: أركان المسؤولية التأديبية بوجه عام:

ثار خلاف فقهي كبير بين فقهاء القانون الإداري الفرنسي والمصري حول أركان المسؤولية التأديبية ، وانقسموا بذلك الى عدة اتجاهات :

الاتجاه الأول: لما كانت المسؤولية التأديبية بوجه عام مرتبطة بالوظيفة فإن أصحاب هذا الاتجاه^١ قد ذهبوا الى القول بأن المسؤولية التأديبية بوجه عام تنقسم الى ٣ أركان وهي :

أ: الركن الأول وهو الموظف العام الذي ينسب اليه المخالفة التأديبية.

1: انظر في عرض هذا الاتجاه: د. عبد الفتاح مراد . مرجع سابق . ص ١٠١ .

ب: الركن الثاني وهو الركن المادي ويقصد به كل فعل إيجابي سلبي يصدر عن الموظف العام أثناء الوظيفة أو خارجها.

ج: الركن الثالث وهو الركن المعنوي ويقصد به الإرادة الآتية للموظف العام.

الإتجاه الثاني: على خلاف أصحاب الإتجاه الأول فقد ذهب أصحاب الإتجاه الثاني^١ الى القول بأن أركان المسؤولية التأديبية تتجلى في ركن قانوني ويقصد به نص القانون أو الدستور أو اللائحة والتي تنهي عن الفعل المرتكب وركن مادي وركن معنوي.

الإتجاه الثالث: بينما يكتفي اتجاه آخر^٢ في الفقه الى القول بأن المسؤولية التأديبية تقوم على ركنان فقط وهما الركن المادي والركن المعنوي.

الإتجاه الرابع: يرى بعض الفقه^٣ أن المسؤولية التأديبية تقوم على ركن وحيد فقط وهو ركن مادي بالتالي يكفي لقيام مسؤولية الموظف التأديبية أن يصدر عنه فعل إيجابي أو سلبي يخالف واجبات الوظيفة أو يخرج على مقتضياتها، ولا يشترط لمؤاخذة الموظف تأديبياً طبقاً لهذا الرأي أن يصدر الفعل عن ارادة آتمة أو عن سوء نية.

٢: أركان مسنوية الوسيط التأديبية:

سبق وأن قلنا إن موضوع مسؤولية الوسيط التأديبية يعتبر من قبيل الموضوعات القانونية المختلطة، وبالتالي يجب علينا عند تحديد أركان مسؤولية الوسيط التأديبية أن نراعي الخصوصية التي يتمتع بها دور الوسيط في سوق الأوراق المالية من حيث كونه حلقة الوصل بين المستثمرين وبين السوق، وبناء على ذلك يمكننا القول بأن مسؤولية الوسيط التأديبية تقوم

1: انظر في عرض هذا الإتجاه: د. عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص ١٦٨، اللواء محمد ياقوت، شرح قانون الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة والمهن الحرة والنقابية والعمل الخاص، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٤٨، د. علي الاحمد، المسؤولية التأديبية للأطباء، مرجع سابق، ص ٣٠٨ وما بعدها.

2: من بين الذين قالو بهذا الإتجاه: د. عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص ١٧٢، اللواء محمد ياقوت، مرجع سابق، ص ٤٨.

3: د. علي الاحمد، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

على ركن وحيد وهو الركن المادي وبالتالي يكفي لتوجيه المساءلة التأديبية للوسيط إثبات أن الوسيط قد ارتكب فعلاً يخالف قوانين السوق والأنظمة المعمول بها ويخالف آداب مهنة الوساطة وأخلاقيتها سواء كان هذا الفعل إيجابياً أو سلبياً ، وبالتالي لا يشترط - فيما نرى - حتى يتم مؤاخذة الوسيط تأديبياً اثبات سوء نية الوسيط.

وبناء على ذلك نرى أنه لا يعتبر الركن المعنوي ركناً من أركان مسؤولية الوسيط التأديبية وذلك لصعوبة إثبات الإرادة الأثمة للوسيط مما يحول دون قيام مسؤولية الوسيط التأديبية الأمر الذي يدفع بالوسطاء - وهم على دراية وعلى علم وكفاءة فنية وتقنية لا يستهان بها - الى نجاتهم من المسؤولية بإثبات حسن نيتهم في مزاولتهم لمهنتهم مما يؤدي في نهاية المطاف الى الإضرار بالمعاملين مع الوسطاء وبالمحصلة الإضرار في سوق الأوراق المالية.

وبناءً على ذلك نرى انه يكفي لقيام مسؤولية الوسيط التأديبية ارتكابه مخالفة تأديبية سواء تجلت هذه المخالفة على شكل فعل إيجابي او فعل سلبي دون تطلب اثبات سوء نية الوسيط.

ثانياً: التمييز بين المسؤولية التأديبية للوسيط وغيرها مما يختلط بها:

١: التمييز بين المسؤولية التأديبية للوسيط والمسؤولية المدنية:

تشارك مسؤولية الوسيط التأديبية مع مسؤولية الوسيط المدنية^١ في بعض الوجوه وتختلف في وجوه أخرى ، وذلك على النحو التالي:

الأوجه المشتركة بين المسئوليتين:

أ: تعتبر كل من مسؤولية الوسيط التأديبية ومسؤولية الوسيط المدنية شكلاً من أشكال المسؤولية القانونية وبالتالي يترتب على مخالفة أحكام كل من المسئوليتين توقيع جزاءات قانونية تختلف في طبيعتها بين المسئوليتين.

١ : لمزيد من المعلومات عن هذا الموضوع بشكل خاص انظر بحث الدكتور محمد سامي عبد الصادق ، المسؤولية المدنية في مجال خدمات الاستثمار - دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة ، منشور في مجلة حقوق الكويت سنة ٢٠١٢ في العدد رقم ٣ لسنة ٣٦ والعدد رقم ٢ لسنة ٣٦.

ب: تشترك مسئولية الوسيط التأديبية مع مسئولية الوسيط المدنية في أن كل منها تقوم على ركن الخطأ مع اختلاف في طبيعة الخطأ بين كل من المسئوليتين.

ج: تشترك مسئولية الوسيط التأديبية مع مسئولية الوسيط المدنية في أنه ليس لكل منهما حدود معينة^١، فمن جهة لا حصر للمخالفات التأديبية وذلك إعمالاً للمبدأ الشهير في مجال التأديب إلا وهو مبدأ عدم شرعية المخالفات التأديبية، ومن جهة أخرى أيضاً لا حصر للالتزامات التي يشكل الإخلال بها مدعاةً للمسئولية المدنية.

أوجه الاختلاف بين المسئوليتين:

على الرغم من وجود أوجه تشابه بين مسئولية الوسيط التأديبية ومسئولية الوسيط المدنية فإنه هنالك أوجه اختلاف بين المسئوليتين من شأنها أن تبرز خصائص كل مسئولية وتمييزها عن الأخرى، وتتجلى أهم أوجه الاختلاف بين المسئوليتين على النحو التالي:

أ: من حيث الخطأ:

يختلف الخطأ في المسئولية المدنية عن الخطأ في المسئولية التأديبية في أن الأول قد يتجلى في صورة خطأ عقدي، ويقصد به إخلال الوسيط في التزام تعاقدى منصوص عليه في عقد الوساطة مع العملاء سواء كان هذا الإخلال نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ^٢، وقد يتجلى خطأ الوسيط في صورة خطأ تقصيري ويقصد به إخلال الوسيط بالواجبات المستمدة من قواعد السلوك في المجتمع^٣.

أما عن الخطأ التأديبي فإنه يتجلى في صورة أفعال سلبية أو إيجابية يقترفها الوسيط مخالفاً بذلك واجبات المهنة التي يزاولها وأنظمتها وقوانينها

1: د. جابر محجوب علي محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها وأساس الزامها ونطاقه، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠١١، ص ١٢٧ - ١٢٨.

2: د. حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسئولية المدنية، ٢٠٠٧، ص ١٧.

3: د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ١٩.

وأدائها مما يؤدي به في نهاية المطاف الى الخروج عن السلوك القويم للوسيط المهني السليم.
ب: من حيث الشخص المسئول امامه:

تختلف مسئولية الوسيط التأديبية عن مسئولية الوسيط المدنية من حيث الشخص المسئول أمامه الوسيط ، فبينما يكون الوسيط في المسئولية المدنية مسئولاً أمام المضرور سواء كان هذا المضرور من الأشخاص الطبيعيين أم من الأشخاص الاعتباريين نجد أن الوسيط في المسئولية التأديبية مسئولاً أمام الجهة التأديبية المختصة بالتأديب.

ويترتب على ذلك عدم إمكانية المضرور من الخطأ التأديبي المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار أمام الجهة التأديبية المختصة ، إذ جل ما يملكه هو تقديم شكوى بحق الوسيط المخالف أمام الجهة التأديبية وللأخيرة مطلق السلطة التقديرية في التحقيق فيها من عدمه ، أما عن الأضرار التي لحقت به فيملك المضرور المطالبة بجزائها أمام القضاء المدني عن طريق دعوى المسئولية المدنية وليس دعوى المسئولية التأديبية.

ج: من حيث الجزاء:

إذا كانت كل من المسئولية المدنية والمسئولية التأديبية للوسيط تعتبران من قبيل المسئولية القانونية للوسيط إلا أن الجزاء يختلف في المجال التأديبي عنه في المجال المدني، فبينما يقتصر في المجال المدني على المطالبة بالتعويض إذا كان الخطأ تقصيراً أو المطالبة ببطالان العقد أو الإنقاص من الالتزامات أو إعادة الحال الى ما كانت عليه الحال قبل التعاقد أو تنفيذ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى وذلك في حال كان الخطأ عقدياً.

وبالمقابل نجد أن الجزاء في مجال التأديب يأخذ منحى آخر يرتبط بمهنة الوسيط وعمله، فقد يتجلى في صورة إنذار وتنبه وقد يتجلى في صورة منع من العمل مؤقتاً أو نهائياً وقد يتجلى أخيراً في صورة إلغاء ترخيص أو إيقافه بشكل مؤقت.

د: من حيث ركن الضرر:

تختلف مسؤولية الوسيط التأديبية عن مسؤوليته المدنية من حيث ركن الضرر. فبينما يعتبر ركن الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية نجد ان هذا الركن لا يعتبر كذلك في مجال المسؤولية التأديبية.

٢: التمييز بين المسؤولية التأديبية للوسيط والمسئولية الجزائية له

تشارك مسؤولية الوسيط التأديبية مع مسؤوليته الجزائية في عدة نواحي وتختلف معها في نواحي أخرى، وسنبين ذلك على النحو التالي:
الأوجه المشتركة:

تشارك مسؤولية الوسيط التأديبية مع مسؤولية الجزائية في مجموعة من الأوجه وتتجلى هذه الأوجه في أن كل منهما يقومان على خطأ ارتكبه الوسيط وكل منهما يخضع لمبدأ شرعية العقوبة، وسنبين ذلك بشكل موجز على النحو التالي:

أ: من حيث ركن الخطأ:

تقوم مسؤولية الوسيط التأديبية والجزائية على خطأ ارتكبه الوسيط مع الاختلاف في طبيعة هذا الخطأ، وبالتالي يمكن القول بأن كل من المسؤولية التأديبية للوسيط والمسئولية الجزائية للوسيط تشترط اقرار الوسيط فعلاً يشكل إنتهاكاً تأديبياً أو إنتهاكاً جزائياً مما يثير معه مسؤوليته التأديبية في الحالة الأولى والجزائية في الحالة الثانية.

ب: من حيث الأخذ بمبدأ شرعية العقوبة:

يسود في القانون الجزائي مبدأ شهير إلا وهو مبدأ شرعية العقوبة، بمعنى أنه لا يجوز توقيع عقوبة جزائية غير منصوص عليها في القانون على سبيل الحصر، وهذا ما تشارك فيه المسؤولية التأديبية مع شقيقتها الجزائية حيث لا يجوز توقيع جزاء تأديبي بحق الوسيط غير منصوص عليه في القانون على سبيل الحصر.

1: عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص ٥.

أوجه الاختلاف بين المسئوليتين:

تختلف المسئولية الجزائية للوسيط عن مسئوليته التأديبية في مجموعة من الأوجه وتتجلى هذه الأوجه فيما يلي:

أ: مبدأ لا جريمة إلا بنص:

يقصد بمبدأ لا جريمة إلا بنص عدم إمكانية معاقبة الشخص على فعل ارتكبه لم ينص المشرع على تجريمه . وبالتالي فإن هذا المبدأ يجد صدق له في نطاق المسئولية الجزائية وبالتالي لا يمكن معاقبة الوسيط المالي جزائياً على فعل ارتكبه ولم ينص المشرع على تجريمه جزائياً.

أما في نطاق المسئولية التأديبية ونظراً لأن مبدأ عدم شرعية المخالفات التأديبية هو المبدأ السائد في النطاق التأديبي فلا يمكن تطبيق مبدأ لا خطأ تأديبي إلا بنص.

ب: من حيث طبيعة المصالح التي تحميها:

إذا كان من المستقر عليه أنه كل مسئولية لا بد وأن تحمي مصلحة معينة فإن المصالح التي تحميها المسئولية الجزائية تختلف عن المسئولية التأديبية . فالجريمة الجزائية ما هي إلا سلوكاً اجتماعياً يهدد مصلحة من المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ويهددها بالخطر حتى يستشعر الضمير العام الشعور بضرورة العقاب¹.

وبالتالي تحمي المسئولية الجزائية للوسيط أربع مصالح أساسية تنصب الأولى على الأوراق المالية محل التداول والثانية على الأشخاص المتعاملين في السوق والثالثة على المدلومات المتعلقة بالأوراق المالية والرابعة تتجلى في استقرار السوق ذاته². أما المصالح التي تحميها المسئولية التأديبية للوسيط فيغلب عليها الطابع المهني فالمسئولية التأديبية وإن كانت تهدف بشكل أو

1 : د. جلال ثروت . نظم القسم العام في قانون العقوبات . دار المطبوعات الجامعية . ٢٠١٢ . ص ١١٤ .

2 : د. طارق احمد ماهر احمد زغلول . الاحكام العامة للمسئولية الجنائية للوسيط المالي في اعمال البورصة . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس . ٢٠١٠ . ص ١٢٦ .

بآخر الى حماية المتعاملين في السوق ودعم إستقرار السوق إلا أن الهدف الرئيسي منها هو الوساطة كمهنة لها آدابها ونظمها في السوق المعنية.
ج: من حيث مستوى الردع الذي تحققه العقوبة:

إذا كانت العقوبة التأديبية والعقوبة الجزائية تهدفان الى ردع الوسيط وإعادته الى جادة الصواب إلا أن مستوى الردع الذي تحققه كل منهم يختلف عن الآخر. فإذا كانت العقوبة الجزائية تخاطب جميع المواطنين وتهدف الى تحقيق ردع عام في المجتمع نجد أن العقوبة التأديبية تخاطب فئة مهنية معين ألا وهي الوسطاء في سوق الأوراق المالية وتهدف الى تحقيق ردع مهني خاص بالوسطاء، فمصلحة الجماعة المهنية للوسطاء ملحوظة بشكل جلي في الجزاء التأديبي عنها في الجزاء الجزائي.
د: من حيث مكنة اختيار العقوبة:

إذا كانت كل من المسؤولية الجزائية والتأديبية للوسيط تشتركان في مبدأ شرعية العقوبة إلا أنه كل منهما يختلفان من حيث أن جهة التأديب تملك السلطة التقديرية في تقدير الجزاء والعقوبة المناسبة للوسيط وذلك في نطاق المسؤولية التأديبية، بينما نجد أن الجهة المختصة بمعاينة الوسيط جزائياً ملتزمة بالعقوبة التي حددها المشرع للجريمة التي من الممكن أن يقترفها الوسيط.

وأخيراً تجدر الإشارة الى أنه من الممكن أن يشكل الخطأ الجزائي خطأ تأديبياً في نفس الوقت¹ ويعود الفضل في ذلك، إما الى مبدأ عدم شرعية

1: جابر محجوب علي محجوب، قواعد اخلاقيات المهنة، مرجع سابق، ص 133.
2: حيث اصدرت محكمة دبي الابتدائية (جنح) حكماً في 2005/10/31 قررت فيه مسؤولية ممثل شركة وساطة لعدم قيامه بابلاغ ادارة سوق دبي المالي بحقيقة التداولات التي تمت على اسهم إحدى الشركات المدرجة مع علمه المسبق بها حيث يشكل ذلك اخلاصاً منه لالتزامه بالعناية والحرص وفقاً لمعيار الرجل الحريص، مشار إليه في: الاستاذ جمال عبد العزيز العثمان، الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، مرجع سابق، ص 236، حيث يمكن اعتبار فعل شركة الوساطة بمثابة خطأ جزائي معاقب عليه بالاضافة الى خطأ تأديبي يتمثل بالاخلال بواجب الافصاح المنصوص عليه في قانون السوق.

المخالفات التأديبية فالسلطة التأديبية قد ترى أن الفعل الجزائي الذي اقترفه الوسيط يشكل خطأ تأديبياً في نفس الوقت ، وإما الى نص القانون نفسه بمعنى أنه قد ينص القانون بشكل مباشر أو غير مباشر على اعتبار فعل جزائي معين يرتكبه الوسيط يشكل خطأ تأديبي بالضرورة ، والمثال على ذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة ٦٧ من قانون سوق رأس المال رقم ١٩٩٢ / ٩٥ ((مع عدم الاخلال باي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على مليون جنيه كل من يخالف أحد الأحكام المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لهذا القانون)) .

وبناء على هذا النص يعتبر مخالفة أحد أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال يشكل جريمة جزائية يعاقب عليها بالغرامة الجزائية ، وفي نفس الوقت اعتبر المشرع المصري بشكل غير مباشر أن هذا الفعل يشكل خطأ تأديبي وهذا ما يفهم من المادة ٣٠ من القانون نفسه والتي نصت على أنه ((يجوز وقف نشاط الشركة إذا خالفت أحكام هذا القانون أو اللائحة التنفيذية أو)) .

المبحث الثاني

حالات قيام مسؤولية الوسيط التأديبية

كما سبق القول فإنه من الصعوبات التي واجهت الباحث في البحث هي ندرة الأبحاث القانونية - التي تشير الى تأديب الوسطاء - التي تبحث في بيان الحالات التي تقوم عليها مسؤولية الوسيط التأديبية، أضف الى ذلك وجود حالة ذات أهمية لم تشر اليها الدراسات في هذا الصدد وهي مخالفة الوسيط لقواعد أخلاقيات مهنة الوساطة ، وبالتالي ستعرض في هذا المبحث الى حالات قيام مسؤولية الوسيط التأديبية فنبداً بمخالفة الوسيط لقوانين السوق ثم نتقل بعدها لمخالفة الوسيط للقرارات والتعليمات النافذة ثم نتقل الى مخالفة الوسيط لقواعد أخلاقيات المهنة وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

مخالفة الوسيط لقوانين السوق التي يعمل بها¹

ما من شك أن سوق رأس المال في أي دولة يعتبر أحد الأعمدة الاقتصادية والإستراتيجية الهامة والتي يقوم عليها اقتصاد أي دولة ، وحتى يمارس سوق رأس المال دوره في تدعيم اقتصاد الدولة لا بدّ وأن يتسم بالإستقرار.

وحتى يمكن الوصول لهذه الغاية لم يرى المشرع بدءاً في وضع قواعد كفيلة بحفظ استقرار سوق المال هذه القواعد منها ما هو متعلق بتنظيم التعامل داخل سوق المال ومنها ما هو متعلق بحماية المتعاملين والمستثمرين ومنها ما هو متعلق بتأديب العاملين في سوق المال حتى يعودوا الى جادة الصواب والكف عما من شأنه تهديد استقرار سوق المال والظهور بمهتهم كمصدر خطر على سوق المال ، فأغلب عملاء الوسطاء الماليين يعتمدون على الثقة التي يوليها لهم الوسيط والمستشار المالي، هذا الاعتماد من شأنه أن يؤدي الى إستغلال الوسيط المالي لها وإرتكاب مخالفات بحق عملائه² وما يهمننا في هذا الموضوع هو أن المشرع وضع مجموعة من الواجبات المفروضة على عاتق شركات الوساطة في سوق الأوراق المالية يترتب على مخالفتها الشعور بضرورة التصدي للسلوك المنحرف الذي بدر من الوسيط وتقويم اعوجاجه ليعود الى جادة الصواب ملتزماً بذلك بقوانين السوق.

ويجب التنويه بدايةً أنه ليس الغرض من هذا المطلب هو بيان جميع أحكام قانون سوق المال والتي يترتب على مخالفتها قيام المسؤولية التأديبية³ بل يتجلى الغرض من هذا المطلب هو بيان اهم الأحكام التي يترتب على

1: انظر موقف كل من المشرع السوري (م ٦٧ / أ) والقانون العماني (م ٦٣ / أ) و القانون القطري (م ٣٥) والقانون الاماراتي (م ٢٦ و ٢٧) والقانون السعودي (م ٥٩).

2: Robert C. Port, Theories of Stockbroker and Brokerage Firm Liability, 2004, p 12.

3: فهذه المهمة من الصعوبة بمكان بيانها بشكل تفصيلي في هذا الموضوع.

مخالفتها قيام المسؤولية التأديبية للوسيط . وبناء على ذلك سنستعرض أهم الأحكام المنصوص عليها في القانون المصري والقانون الكويتي بشكل موجز:

أولاً: القانون المصري

تتجلى الصورة الأولى في قيام مسؤولية الوسيط التأديبية في مخالفة الوسيط لأحكام قانون سوق رأس المال رقم ١٩٩٢/٩٥ ولائحته التنفيذية أو أي قانون خاص آخر يتعلق بمهنة الوسيط في سوق الأوراق المالية . ويمكن تصنيف الواجبات المفروضة على الوسيط في قانون سوق المال المصري تحت زمرتين اثنتين :

١: الواجبات المفروضة على الوسيط تجاه عملائه :

تضمن قانون سوق رأس المال المصري ولائحته التنفيذية مجموعة من الواجبات المفروضة على عاتق الوسيط في سوق الأوراق المالية والمتعلقة بعملائه نذكر منها واجب الإفصاح والشفافية^١ ، فحتى يستطيع المستثمر اتخاذ القرار الاستثماري المناسب بناءً على معلومات صحيحة^٢ ودقيقة ، حظر المشرع على شركات الوساطة اتباع أساليب تنطوي على غش أو تدليس ومن بين هذه الأساليب إخفاء أو تغيير أو الامتناع عن الإفصاح عن الحقائق الجوهرية المتعلقة بالتعامل على الأوراق المالية^٣ ، ويعتبر التزام

1: يعرف البعض الإفصاح بأنه العملية والمنهجية الخاصة بتوفير المعلومات وجعل قرارات السياسة معلومة من خلال النشر في الوقت المناسب . انظر: الاستاذ جمال عبد العزيز العثمان ، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة ، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٥ .

2: حيث قررت المحكمة العليا الاتحادية في امارة ابو ظبي ان الوسيط ملتزم بتقديم معلومات صحيحة لعملائه وان يحيط بظروف الصفقة بكل امانة . انظر: المحكمة العليا الاتحادية في امارة ابو ظبي . الطعن رقم ٢٧٥ ، ت ١٩٩٣/٥/٢ ، مشار اليه في الاستاذ جمال عبد العزيز العثمان ، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة ، مرجع سابق ، ص ٢٣٨ .

3: تجدر الإشارة الى انه اذا كان الوسيط ملتزم بالإفصاح لعملائه عن المخاطر الناجمة عن العملية في سوق الأوراق المالية الا ان درجة العناية المطلوبة تعتبر نسبية تختلف حسب طبيعة العميل ، فاذا كان هذا الاخير من غير المتمرسين وذوي الخبرة والدراية في =

الوسيط بالإفصاح هو التزام يبذل عناية وليس بتحقيق نتيجة^١ والعناية المطلوبة هي عناية الرجل الحريص^٢.

بالإضافة الى ذلك تلتزم شركة الوساطة بالشفافية في تعاملها، ويقصد بالشفافية في التعامل إعلان المعلومات للجمهور والمجتمع المالي والتي تتعلق بتداول الأوراق المالية والخاصة بأوامر البيع والشراء بهدف توفير التفاعل المطلوب بين عمليتي العرض والطلب^٣. وتلتزم شركة الوساطة في ممارستها لنشاطها المتعلق بالأوراق المالية والمصرح لها به أن تعمل على تجنب نشوء أي تعارض في المصالح، و ألا تمارس نشاطاً ينطوي على مثل هذا التعارض إلا بعد الإفصاح عنه لعملائها أو للجمهور^٤.

ويقصد بتعارض المصالح أي موقف يمكن أن تتعارض فيه مصلحة الشركة أو مصلحة أي من المديرين او العاملين بها عند ممارستها لنشاطها

=الشوون المالية غيرتقي التزام الوسيط الى الدرجة القصوى في العناية والحذر عند الافصاح للعمل عن جميع المخاطر. اما ان لم يكن العميل كذلك فيعتبر التزامه بالافصاح مخفف او كما يصفه بانه امر روتيني *perfunctory* انظر: * Norman S. Poser, *Liability of Broker-Dealers for Unsuitable Recommendations to Institutional Investors*, 2001, p1556.

- 1: د. صالح احمد البريري . بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة اداء وظائفها وقواعد الضبط . جامعة الاسكندرية .رسالة دكتوراه . ٢٠٠١ . ص ١١٢ .
- 2: وفي ذلك اصدرت محكمة دبي الابتدائية (جنح) حكما في ٢٠٠٥/١٠/٣١ قررت فيه مسئولية ممثل شركة وساطة لعدم قيامه بابلاغ ادارة سوق دبي المالي بحقيقة التداولات التي تمت على اسهم إحدى الشركات المدرجة مع علمه المسبق بها حيث يشكل ذلك اخلافا منه لالتزامه بالعناية والحرص وفقا لمعيار الرجل الحريص . مشار اليه في: الاستاذ جمال عبد العزيز العثمان . الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة . مرجع سابق . ص ٢٣٦ .
- 3: أ بندر المطيري . التنظيم القانوني لشركات الوساطة . رسالة ماجستير . جامعة القاهرة . ٢٠١٢ . ص ٢٣١ . بينما يعرفها البعض الاخر بانها خلق بيئة تجعل فيها المعلومات المتصلة بالظروف والقرارات والاعمال القائمة متاحة وقابلة للفهم ومنظورة من جانب جميع المشاركين بالسوق . مشار اليه في: الاستاذ جمال عبد العزيز العثمان . الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة . دراسة قانونية مقارنة . دار النهضة العربية . ٢٠١٠ . ص ١٢٧ .
- 4: المادة ٢٣٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ١٩٩٢/٩٥ .

المرخص لها به مع مصلحة العميل أو يمكن ان تتعارض فيه مصالح العملاء الذين تقوم الشركة بتنفيذ العمليات لحسابهم على نحو يمكن أن يؤدي الى تغليب مصلحة أحد هؤلاء العملاء على مصلحة عميل آخر¹ . وتلتزم شركة الوساطة بمبادئ الأمانة² في التعامل مع عملائها³ ورعاية مصالحهم⁴ وتجنب كل ما من شأنه تقديم مزايا أو حوافز أو معلومات

1: وفي ذلك عاقبت الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر شركة المجموعة الدولية للسمسرة في الأوراق المالية بعقوبة زيادة التأمين المودع لدى صندوق حماية المستثمر وذلك بسبب ارتكاب الشركة مخالفات تأديبية من بينها اجراء عمليات لصالح شقيق رئيس مجلس إدارتها , بالإضافة الى مخالفات اخرى مما يعتبر ذلك إخلالا بواجب عدم التعارض بين مصالح عملاء شركة الوساطة , انظر حكم محكمة القضاء الاداري في مصر . دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار , الدائرة السابعة , دعوى رقم ٤٧٨٩٥ لسنة ٦٣ ق تاريخ ٢٠١٠/٥/١٥ , غير منشور . ويرى البعض ان خرق الالتزام بعدم تعارض المصالح كان الدافع الرئيسي وراء كثرة المطالبات التي اعقبت فضائح وول ستريت الاخيرة والتي دفعت باغلب المستثمرين الى رفع الدعاوى الجماعية على محملي الأوراق المالية والوسطاء لخرقهم التزامهم بعد تعارض المصالح , للمزيد عن هذا الموضوع انظر:

Ann Morales Olazábal , Analyst and Broker-Dealer Liability Under 10(B) for Biased Stock Recommendations, 2004.

2: قضي بانه يتوجب على وسيط الأوراق المالية ان يلتزم بتقديم نصائحه لعملائه بحسن نية وبعناية فائقة والا تعرض للمسئولية القانونية عن خرقه لهذا الالتزام , انظر:

Kovalik v. Laidley, [1992], available at:

http://www.thetorontolawyers.ca/stock_broker_liability.htm

3: وهذا ما عبرت عنه محكمة الاستئناف في ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الامريكية

في كثير من احكامها حيث تضمنت بان الوسيط الذي يهمل تقديم التوصيات المناسبة لعملائه يعتبر قد خرق واجب الامانة وبالتالي تقوم مسؤوليته ومن هذه الاحكام قضية *Dufur v. Cavalie* (١٩٨٩) وقضية (*Twomey v. Mitchum*)

انظر: (Jones & Templeton ١٩٦٨)

Norman S. Poser , Liability of Broker-Dealers for Unsuitable Recommendations to Institutional Investors , 2001, 1557.

ويعتبر هذا الاتجاه هو المستقر عليه في الولايات المتحدة فقد سارت عليه جميع محاكم الولايات بالاضافة الى المحكمين , انظر المرجع السابق , نفس الموضوع , ص ١٥٥٨ .

4: ويتجلى مدى التزام الوسيط في تقديم الرعاية لمصالح العميل في خمسة عناصر رئيسية حددتها المحكمة العليا لمقاطعة اونتاريو بكندا وهي : درجة ضعف العميل بالأمور المالية ودرجة الثقة الممنوحة للوسيط وتاريخ الاعتماد على الوسيط (اي التصاملات =

خاصة لبعضهم دون الآخر. كما يحظر عليها القيام بأي عمل من شأنه أن يلحق الضرر بهم^١.

٢: الواجبات المفروضة على الوسيط تجاه الجهة الرقابية

أما فيما يتعلق بأهم الواجبات المفروضة على شركات الوساطة في سوق المال المصري تجاه الجهة الرقابية وهي الهيئة العامة للرقابة المالية يمكننا أن نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢١٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال من أنه تلتزم شركة السمسرة بمزاولة النشاط المرخص لها به وفقاً لأحكام قانون سوق المال واللائحة والضوابط الصادر على أساسها الترخيص الممنوح لها مع مراعاة العادات والأعراف التجارية والتقييد بمبادئ العدالة والمساواة والأمانة، وتلتزم شركة السمسرة بما تضعه البورصة من قواعد ونظم خاصة بعملية التداول، كما تلتزم بمزاولة نشاطها وفقاً لنظام تضعه البورصة لعضوية الشركات فيها^٢، وتلتزم شركة السمسرة بمراعاة أحكام الحفظ المركزي المعتمدة أو المرخص بها^٣.

ولم يكتفي المشرع المصري بوضع واجبات على عاتق شركة السمسرة نفسها بل تعدى ذلك وألقى واجباً على عاتق المسئول عن الرقابة الداخلية فيها، حيث ألزمه بضرورة اخطار الهيئة بكل مخالفة للقانون أو اللائحة أو القرارات الصادرة تنفيذا لهما وذلك خلال ٣ أيام من تاريخ علمه به^٤، وتلتزم شركة الوساطة بعدم القيام بنشر أخبار أو إعلانات غير صحيحة من شأنها التأثير على أسعار الأسهم أو السندات بالإرتفاع أو

=السابقة) وتقدير الوسيط بالاضافة الى قواعد السلوك المهني ومدى التزامه بها.
انظر: حكم المحكمة العليا لقاطعة اونتاريو بكندا بتاريخ ١٦/١/٢٠٠٧ مشار اليه في:
Broker Liability for Losses Resulting from Breach of Duty of Care to Clients, 5/3/ 2007, the article is available at:
http://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=3570

- 1: المادة ٢٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ١٩٩٢/٩٥.
- 2: المادة ٢٥٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ١٩٩٢/٩٥.
- 3: المادة ٢٦٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ١٩٩٢/٩٥.
- 4: المادة ٢٢٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ١٩٩٢/٩٥.

الإخفاض أو فتح حسابات وهمية بهدف إصدار أوامر بيع أو شراء لا وجود لها¹.

يتبين من العرض السابق أهم الأحكام الملقة على عاتق شركة السمسرة وفقاً لقانون سوق رأس المال المصري ولائحته التنفيذية. وتجدر الإشارة إلى ملاحظة في غاية الأهمية وهي ضرورة عدم الإعتقاد أن هذه الأحكام تضمنها المشرع على سبيل الحصر بل أن المشرع نص على مجموعة من الواجبات القانونية الملقة على عاتق الوسيط والتي يتعين عليه مراعاتها والتقييد بها وهذه الواجبات منصوص عليها على سبيل المثال وبعبارة فضفاضة، وليس بالغريب على المشرع فعل ذلك لأن المبدأ المعمول به في مجال التأديب هو عدم شرعية المخالفات التأديبية والذي يعطي للسلطة التأديبية المختصة تقدير ما إذا كان الفعل المرتكب من الوسيط يشكل مخالفة تأديبية من عدمه، وبالتالي ما هذه النصوص والأحكام إلا على سبيل المثال يمكن للهيئة القياس عليها إذا ما قدرت أن هذا الفعل يشكل إخلالاً لواجبات الوسيط ويهدد استقرار سوق المال ويخالف روح قانون سوق المال.

ثانياً: القانون الكويتي:

لم يختلف المشرع الكويتي عن شقيقه المصري فقد تضمن المشرع الكويتي في قانون هيئة أسواق المال رقم ٧ لعام ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية مجموعة من الواجبات الملقة على عاتق الوسيط في سوق الأوراق المالية، وكما فعلنا بصدد القانون المصري سنكتفي بصدد القانون الكويتي ببيان أهم الأحكام في هذا القانون والتي يترتب على مخالفتها قيام المسؤولية التأديبية للوسيط، وتقع هذه الأحكام في زمرتين اثنتين:

١: الواجبات الملقة على عاتق الوسيط تجاه الجهة الرقابية في السوق

ألزم قانون هيئة أسواق المال الوسيط حتى يزاول عمله بشكل قانوني وسليم الحصول على ترخيص من هيئة أسواق المال وحظر عليه مزاوله

1: أبندر المطيري، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

عمله دون الحصول على ترخيص منها ، كما حظر على الوسيط ممارسة نشاط آخر غير نشاط الوساطة إلا بعد الحصول على ترخيص من الهيئة به ^١ . كما يجب عليه أن يقوم بتنظيم وحفظ دفاتر وسجلات وحسابات تعكس بشكل دقيق ومنفصل صفقات أو تحويلات الملكية للأصول الخاصة بهذا الشخص وفقاً للمعايير المحاسبية المعتمدة من الهيئة وعليه أن يحتفظ بهذه الدفاتر مدة لا تقل عن ٥ سنوات من تاريخ إعدادها ^٢ . ويتعين على الوسيط باعتباره أحد الأشخاص المرخص لهم أن يستخدم نظاماً للرقابة الداخلية ^٣ ، ويلتزم الوسيط بالتعاون مع موظفي الهيئة ذو صفة الضبطية القضائية لدى قيامهم بمهامهم حيث يلتزم بتقديم المعلومات لها والمستندات والبيانات التي يطلبونها وعدم الإمتناع عن ذلك بحجة أنها خاضعة للسرية أو الحماية ، كما لا تعد خشية الوسيط من تعرضه للعقوبة عذراً مقبولاً لرفض فحص أي معلومات أو مستندات أو الإفصاح عنها أو الإجابة على الأسئلة أو عدم السماح بالدخول الى الأماكن التي يطلبها موظفو الضبطية القضائية ^٤ .

٢: الواجبات المفروضة على الوسيط تجاه عملائه:

يجب على الشخص المرخص له التأكد من رعايته لمصالح عميله ، وعدم تأثير أي تعارض بين مصالحه ومصالح عميله على الصفقات أو الخدمات المقدمة للعميل ، ويجب عليه الإفصاح للعميل كتابة عن أي تعارض في هذه المصالح ما لم يكن ذلك إفصاحاً عن معلومات داخلية . وفي هذه الحالة يجب على الشخص المرخص له إتخاذ الخطوات اللازمة لضمان المعاملة العادلة للعميل ^٥ ، كما يجب على الشخص المرخص له أن

- 1 : المادة ٦٣ من قانون هيئة اسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .
- 2 : المادة ٦٨ من قانون هيئة اسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .
- 3 : المادة ٦٩ من قانون هيئة اسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .
- 4 : المادة ٦٤ و ٦٦ من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة اسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .
- 5 : المادة ١٦٢ من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة اسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠ .

يمكن العميل بشكل واضح وكاف من فهم طبيعة المخاطر المتعلقة بنوع الصفقة التي سيبرمها العميل^١، كما يجب على الشخص المرخص له قبل تقديم أي خدمات أن يفصح لعملائه بشكل كامل عن الأتعاب والعمولات التي يتقاضاها^٢.

المطلب الثاني

مخالفة الوسيط للقرارات والتعليمات النافذة

يعتبر العمل في مجال سوق المال بصفة عامة وفي مجال الوساطة المالية بصفة خاصة من الأعمال التي يتجلى فيها مبدأ التخصص في أبهى صورته، فليس من السهل على المشرع الإحاطة بكافة التفاصيل التي يتضمنها العمل في هذا المجال سواء كانت الأداة القانونية عبارة عن قانون أو لائحة، ويعود ذلك إلى عدة اعتبارات منها كثرة الأمور الفنية والتخصصية، لذلك كان من البديهي أن يقوم المشرع بإسناد مهمة تطبيق وتنفيذ وإصدار القرارات اللازمة لتنفيذ قوانين ولوائح سوق المال إلى جهة مختصة ذات كفاءة ودراية عالية المستوى في هذا المجال، حيث أسند المشرع المصري هذه المهمة إلى الهيئة العامة للرقابة المالية وأسند المشرع الكويتي هذه المهمة إلى هيئة أسواق المال، وسنستعرض ذلك على النحو التالي:

أولاً القانون المصري

أسند المشرع المصري في قانون سوق رأس المال المصري إلى الهيئة العامة للرقابة المالية مهمة إصدار القرارات والتعليمات اللازمة لضمان حسن سير العمل في سوق الأوراق المالية، فنص على أن تتولى الهيئة فضلاً عن الإختصاصات الممنوحة إليها في أي تشريع آخر تطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له ولها إبرام التصرفات واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق أهدافها وعلى الأخص:

- 1: المادة ١٦٤ من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠.
- 2: المادة ١٧١ من اللائحة التنفيذية لقانون أسواق المال الكويتي رقم ٧ لعام ٢٠١٠.

..... اتخاذ ما يلزم من اجراءات لمتابعة تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له , ويعتبر مجلس ادارة الهيئة هو الجهة المسؤولة عن تصريف أمورها وشؤونها وله أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات نهائية مباشرة اختصاصات الهيئة وتحقيق أغراضها ومن بينها وضع قواعد التفيتش والمراقبة على الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون ومن بينها طبعاً شركات الوساطة.

وبالتالي وإستناداً الى حكم المادة ٣٠ من قانون سوق رأس المال يجوز وقف نشاط الشركة في حال خالفت أحكام قانون سوق رأس المال أو اللائحة التنفيذية له أو قرارات مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية الصادرة تنفيذاً له ويتعين قبل ذلك توجيه انذار للشركة بضرورة إزالة المخالفات المنسوبة لها.

ومن بين هذه القرارات الصادرة عن الهيئة العامة للرقابة المالية نذكر منها على سبيل المثال القرار الصادر بشأن متطلبات تأسيس شركات السمسرة في الأوراق المالية والترخيص لها بمزاولة النشاط رقم ٦٧ لعام ٢٠٠٦^١, وأيضاً القرار الصادر بشأن القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وغير المقيدة بالبورصة رقم ٦٢ لعام ٢٠٠٧^٢, وأيضاً القرار الصادر بشأن معايير الملائمة المالية للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية رقم ١٤٧ لعام ٢٠٠٧^٣, وبالتالي يعتبر مخالفة الوسيط لهذه القرارات مدعاة لقيام مسؤوليته التأديبية.

1: للاطلاع على القرار على موقع الهيئة العامة للرقابة المالية على شبكة الانترنت :
http://www.efsa.gov.eg/jtags/efsa2_ar/pdf.jsp?itemId=UG18969&itemType=3&parentId=UG18968&parentType=2

2: للاطلاع على القرار على موقع الهيئة العامة للرقابة المالية على شبكة الانترنت :
http://www.efsa.gov.eg/jtags/efsa2_ar/pdf.jsp?itemId=UG18943&itemType=3&parentId=UG18942&parentType=2

3: للاطلاع على القرار على موقع الهيئة العامة للرقابة المالية على شبكة الانترنت : =

ثانياً: القانون الكويتي

أنط المشرع الكويتي بموجب قانون هيئة أسواق المال رقم ٢٠١٠/٧ بهيئة أسواق المال مهمة الإشراف والرقابة على سوق الأوراق المالية حيث تخصص الهيئة بإصدار التعليمات واللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام القانون (م ٤) وتعمل على إصدار التوصيات والدراسات القانونية اللازمة لتطوير القوانين التي تساعد على تحقيق أهدافها.

وإستناداً الى حكم المادة ١٣٩ من قانون هيئة أسواق المال الكويتي تعتبر مخالفة قرارات هيئة أسواق المال مخالفة تأديبية تستوجب المسائلة التأديبية , ومن بين هذه القرارات الصادرة حديثاً القرار الصادر عن هيئة أسواق المال رقم ٩ لعام ٢٠١١ بشأن متطلبات الأشخاص المرخص لهم به^١ , والذي تضمن على أن يشترط في الوسيط أن يتخذ شكل شركة مساهمة وبحد أدنى للرأسمال ١٠ ملايين دينار كويتي , وكذلك الأمر بالنسبة الى قرار هيئة أسواق المال بشأن اعتماد المعايير المحاسبية الدولية للهيئة رقم ١٠ سنة ٢٠١١ والتي يلتزم بها الأشخاص المرخص لهم ومن بينهم الوسطاء وذلك إستناداً لحكم المادة ٦٨ من القانون , وبالتالي تعتبر مخالفة أحكام هذه القرارات صورة ثانية من صور المسؤولية التأديبية تستوجب فرض جزاءات تأديبية بحق الوسيط.

المطلب الثالث

مخالفة قواعد أخلاقيات المهنة

إن مهنة الوساطة في الأوراق المالية كغيرها من المهن تحمل في طياتها مجموعة من الواجبات المهنية والتي يرى الوسيط نفسه ملزماً بالإنصياع

=http://www.efsa.gov.eg/jtags/efsa2_ar/pdf.jsp?itemId=UG18936&itemType=3&parentId=UG18935&parentType=2

1 : للاطلاع على القرار على موقع هيئة أسواق المال الكويتية على شبكة الانترنت :
http://www.kuwaitcma.org/templates/pdf/decisions/4_76.pdf

2 : للاطلاع على القرار على موقع هيئة أسواق المال الكويتية على شبكة الانترنت :
http://www.kuwaitcma.org/templates/pdf/decisions/5_77.pdf

إليها ومراعاتها في تعاملاته مع غيره من المهنيين أو مع عملائه أو تجاه المجتمع وهذا ما يعرف بقواعد أخلاقيات المهنة . فقواعد أخلاقيات المهنة يقصد بها مجموعة القواعد التي تحدد الواجبات المهنية والتي تحدد السلوك الذي يجب على المهني اتباعه في ممارسته لإعمال مهنته^١ .

وكما سبق القول فإن مسؤولية الوسيط التأديبية قد تتجلى في صورة مخالفة الوسيط للقوانين ولوائح السوق وقد تتجلى في صورة مخالفة الوسيط للقرارات والتعليمات النافذة في السوق ، وهنا يثور التساؤل عن مدى امكانية قيام مسؤولية الوسيط التأديبية عند مخالفته لقواعد أخلاقيات مهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية . وإذا كان الأمر كذلك فهل يمكن القول بأن مخالفة قواعد أخلاقيات مهنة الوساطة أضحت صورة مستقلة للمسؤولية التأديبية تقف الى جانب الصورة الأولى (مخالفة القوانين واللوائح) أو الى جانب الصورة الثانية (مخالفة القرارات والتعليمات النافذة) أم أنها تندرج تحت مظلة إحدى الصورتين السابق ذكرهما ؟؟

قبل الاجابة على هذين التساؤلين لابد لنا أن نشير الى أن قواعد أخلاقيات المهنة قد ترد في صلب القانون المنظم للمهنة أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون او قد ترد على شكل قرار صادر عن سلطة مختصة أو قد تجد مصدرها في الأعراف المهنية ، وبعبارة أخرى فإن قواعد أخلاقيات مهنة الوساطة قد ترد في شكل مكتوب (قوانين سوق المال أو اللوائح التنفيذية للقوانين أو قرارات صادرة عن الجهات المختصة قانوناً) أو في شكل غير مكتوب ويتمثل في الأعراف المهنية لمهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية^٢ . وإستناداً الى ما سبق نرى أن مخالفة قواعد أخلاقيات مهنة الوساطة تعتبر سبباً من أسباب قيام المسؤولية التأديبية للوسيط في سوق الأوراق المالية أينما وردت هذه القواعد . وذلك لأن هذه القواعد ترتبط بشكل مباشر بمهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية . إضافة الى أن هذه القواعد

١ : د. جابر محجوب علي محجوب ، مرجع سابق ، ص ١٣ .

٢ : د. جابر محجوب علي محجوب ، مرجع سابق ، ١٠٩ .

تطابق نموذج القواعد القانونية الشكلية والموضوعي وبالتالي تتمتع بالقوة
الالزامية للقواعد القانونية¹.

أما فيما يتعلق في حالة ما اذا كانت مخالفة قواعد أخلاقيات مهنة
الوساطة في سوق الأوراق المالية تعتبر صورة ثالثة من صور مسؤولية
الوسيط التأديبية أم أنها تندرج تحت لواء صورتها مسؤولية الوسيط
التأديبية (قوانين ولوائح , قرارات وتعليمات) فإننا نرى ضرورة التمييز
بين حالتين اثنتين :

الحالة الأولى: ورود القاعدة الخلقية المهنية في مصدر مكتوب:

تجلى هذه الحالة في ورود القاعدة الخلقية المخالفة في مصدر مكتوب
سواء وردت هذه القاعدة في صلب قوانين سوق المال أو اللوائح التنفيذية
أم وردت في صلب قرارات وتعليمات نافذة , فكلما الحاليتين تعتبر مخالفة
الوسيط لهذه القاعدة الخلقية المهنية مدعاة لقيام مسؤوليته التأديبية , ولكن
في هذه الحالة لا تعتبر مخالفة هذه القواعد الخلقية المهنية صورة ثالثة من
صور مسؤولية الوسيط التأديبية بل تندرج تحت مظلة الصورة الأولى من
صور المسؤولية التأديبية وذلك إذا وردت القاعدة الخلقية المهنية في صلب
قوانين سوق المال أو اللوائح التنفيذية وتندرج تحت مظلة الصورة الثانية
عندما تكون القاعدة الخلقية المهنية المخالفة واردة على شكل قرار أو
تعليمات.

الحالة الثانية: ورود القاعدة الخلقية المهنية في شكل أعراف مهنية:

كما سبق القول فإن قواعد أخلاقيات مهنة الوساطة في سوق
الأوراق المالية قد نجد مصدرها في الأعراف المهنية وفي هذه الحالة تعتبر
مخالفة هذه القواعد مدعاة الى قيام مسؤولية الوسيط التأديبية , وتشكل هذه
المخالفة الصورة الثالثة للمسؤولية التأديبية للوسيط في سوق الأوراق المالية
, ويثور التساؤل في هذا الصدد عن المقصود بالأعراف المهنية للوساطة فهل
يقصد بها الأعراف المحلية أم انها تتسع لتشمل الأعراف الدولية ؟؟

1 : د. جابر محجوب علي محجوب , مرجع سابق , ١٢٣ .

من جانبنا نرى أنه يقصد بالأعراف المهنية الخلقية الأعراف المعترف بها على المستوى الدولي بالإضافة الى الأعراف المعترف بها على المستوى المحلي ، وبالتالي يلتزم الوسيط في سوق الأوراق المالية أن يراعي قواعد أخلاقيات مهنة الوساطة والتي تجد مصدرها في الأعراف المهنية المستقرة على المستوى الدولي وعلى المستوى المحلي ، وذلك لأن مهنة الوساطة بشكل خاص تختلف عن غيرها من المهن الأخرى من حيث كونها ذات طبيعة دولية أقرب من أن تكون محلية فأغلب شركات الوساطة في أي دولة من الدول ترتبط وتتعاون مع غيرها من شركات الوساطة في غيرها من الدول حتى يمكن القول بأن مهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية تكتسب الطابع الدولي تدريجياً ، ومما يساعد على ذلك انفتاح أسواق المال في مختلف دول العالم مع بعضهم البعض فقلما تجد سوق للأوراق المالية يعيش منعزلاً في منطقة جغرافية معينة ، وبالتالي يمكن القول بأن المقصود بالأعراف المهنية والتي تفرض قواعد أخلاقيات مهنية هي الأعراف المستقرة في صميم مجتمع سوق الأوراق المالية الدولي وليس فقط المحلي .

ويثور تساؤل آخر يتجلى في حالة ما إذا خالف الوسيط قاعدة خلقية مهنية غير واردة في شكل مكتوب أو في شكل غير مكتوب وهذا أمر وارد الحدوث¹ فهل يمكن ملاحقة الوسيط بدعوى المسؤولية التأديبية في هذه الحالة ؟؟

من جانبنا نرى أنه في هذه الحالة يمكن ملاحقة الوسيط بدعوى المسؤولية التأديبية ولكن بشرط اثبات ارتباط القاعدة الخلقية بمهنة الوساطة ، ويعود تقدير ذلك الإرتباط الى السلطة المختصة ولكن تحت رقابة القضاء لأن الامر يتعلق بتطبيق القانون وتعتبر من الأمور القانونية وليست من الوقائع المادية ، بالإضافة الى أن المبدأ المعمول به في مجال التأديب هو عدم شرعية المخالفات التأديبية مما يعني بالضرورة ان للهيئة السلطة التقديرية في

1: فقد يوجد قاعدة خلقية مهنية غير واردة في شكل مكتوب ولم ترتقي بعد الى مستوى عرف مهني محلي او دولي .

اعتبار أي فعل مخالفة تأديبية إذا ما رأت أنه يرتبط بمهنة الوساطة بشكل أو بآخر مع مراعاة ضرورة التناسب بين الجزاء والمخالفة.

خلاصة القول: نرى أنه تعتبر مخالفة قواعد أخلاقيات مهنة الوساطة سبباً من أسباب قيام مسؤولية الوسيط التأديبية¹ فإذا كانت القاعدة الخلقية تجد مصدرها في شكل قانون أو لائحة فعندئذ تندرج مخالفة الوسيط لهذه القاعدة تحت مظلة الصورة الأولى من صور مسؤولية الوسيط التأديبية، وإذا كانت القاعدة المخالفة واردة على شكل قرار أو تعليمات عندها تندرج مخالفة الوسيط لهذه القاعدة تحت مظلة الصورة الثانية من صور مسؤولية الوسيط التأديبية، أما إذا كانت القاعدة المخالفة تجد مصدرها في الأعراف المهنية الخلقية لمهنة الوساطة أو لم تكن كذلك عندها تعتبر هذه المخالفة صورة مستقلة وثالثة من صور مسؤولية الوسيط التأديبية استناداً إلى مبدأ عدم شرعية المخالفات التأديبية².

وبناء على ما سبق سنستعرض ما جاء في القانون المصري والكويتي بهذا الصدد على الشكل التالي:

أولاً: القانون المصري

لم ينص المشرع المصري - على حد علمنا - في قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لعام ١٩٩٢ على أي قواعد خاصة بأخلاقيات مهنة الوساطة

1: قضي بانه قضي بانه يجب على وسيط الأوراق المالية ان يمارس مهنته بشكل معقول كونه مهني متخصص ويعتبر مسئول عن الاهمال المهني الذي ياتي من قبله , انظر:

Northey-Taylor v. Casey, [2007], available at:

http://www.thetorontolawyers.ca/stock_broker_liability.htm.

2: يجب ان ننوه الى امر في غاية من الاهمية وهو ضرورة التمييز بين قواعد اخلاقيات مهنة الوساطة وبين القواعد الاخلاقية المحضة كواجب مساعدة الاخرين فهذه الاخيرة لا يترتب على مخالفتها اي جزاء قانوني , لانه من المقرر ان قواعد الاخلاق لا تترتب اي جزاء قانوني فكل ما تترتب هو تأنيب الضمير واستهجان الجماعة واستنكارها لسلوك المخالف , للمزيد انظر: د. جابر محجوب علي محجوب , المدخل الى دراسة القانون . الجزء الاول . نظرية القانون , طبعة ٢٠١١ , ص ٤٢ ومابعدها.

وكذلك الأمر بالنسبة للائحة التنفيذية الخاصة به، إلا أنه قراراً صدر عن الهيئة العامة لسوق المال (الهيئة العامة للرقابة المالية حالياً) سنة ٢٠٠٥ ويحمل رقم ٣٠ بتاريخ ٢٨/٩/٢٠٠٥ يتضمن ميثاق الشرف المهني للشركات والجهات العاملة في مجال الأوراق المالية والعاملين بها، وتضمن هذا الميثاق مجموعة من الواجبات المهنية الملزمة على عاتق الشركات والجهات العاملة في مجال الأوراق المالية والعاملين فيها ومن بينهم شركات الوساطة والسمسرة، حيث نصت المادة الأولى من الميثاق على أنه يسرى هذا الميثاق بالنسبة إلى الشركات والجهات العاملة في مجال الأوراق المالية وجميع العاملين لديها، وعليها إعلام عملائها بأنها ملتزمة بهذا الميثاق، ومسئولة عن آثار مخالفتها لأحكامه ومن بين هذه الواجبات الملزمة على عاتق شركة الوساطة نذكر منها:

- ١ - أداء واجبات المهنة بأمانة ونزاهة وتجرد، سواء تعلق الأمر بالعملاء، أو الرؤساء أو المرؤوسين، أو زملاء المهنة، وأن يكون العاملون لديه مشهوداً لهم بالكفاءة والنزاهة. (م ٢ / أولاً / أ).
- ٢ - مراعاة أصول المهنة وقواعد الأخلاق ومباشرة العمل بكفاءة وإقتدار، والحرص على رفع المستوى المهني (م ٢ / أولاً / ب).
- ٣ - عدم التظاهر بالمعرفة، وأن يكون إبداء الرأي على وجه مستقل وبناء على بيانات ومعلومات تتسم بالحيدة والموضوعية مع الإلتزام بالصدق والوضوح مع العملاء وزملاء المهنة (م ٢ / أولاً / ج).
- ٤ - عدم القيام بعمل مستقل أو تقديم خدمة إضافية منافسة للجهة التي يعمل بها إلا بعد الحصول على تصريح كتابي من هذه الجهة ومن العميل (م ٢ / ثانياً / ج).

1: للاطلاع على هذا القرار على موقع الهيئة العامة للرقابة المالية على شبكة الانترنت:
http://www.efsa.gov.eg/content/efsa2_ar/pool_extra_efsa/des302005.htm

٥ - ع.دم شراء أو بيع أوراق مالية لحساب العميل دون الحصول على موافقة مسبقة منه ، وذلك كله بمراعاة الأحكام والقواعد المنظمة لكيفية تلقي الأوامر وتنفيذها بالنسبة لشركات السمسرة (م ٣ / ب).

٦ - التزام شركة السمسرة بالإعلان عن طلب العميل المحدد على شاشات التنفيذ بما يتفق مع صالحه (م ٣ / ل).

٧ - لا يجوز للشركات والجهات العاملة في مجال الأوراق المالية التعامل مع الأوراق المالية باسم أو لحساب أحد المديرين أو العاملين بها أو لأقاربهم حتى الدرجة الثانية ، أو لمن تربطهم بهم علاقة مشاركة تجارية أو من يقومون بإعالتهم إلا بعد الحصول على موافقة مجلس إدارة الشركة ، وموافقة الهيئة (م ٦).

وبناءً على ذلك نرى أن مسؤولية الوسيط التأديبية الناجمة عن مخالفة قواعد ميثاق الشرف المهني السابق ذكره تندرج تحت مظلة الصورة الثانية من صور مسؤولية الوسيط التأديبية وهي مخالفة القرارات والتعليمات النافذة والصادرة عن الهيئة العامة للرقابة المالية.

ثانياً: القانون الكويتي

على الرغم من أن قانون هيئة أسواق المال رقم ٢٠١٠/٧ لم يتضمن قواعد أخلاقيات تتعلق بمهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية ، إلا أننا نجد أنه قد منح هيئة أسواق المال سلطة وضع قواعد أخلاقيات المهنة وقواعد الكفاءة والنزاهة لدى الأشخاص المرخص لهم واعتمادها (م ٤ / ٩) إلا أنه ومع ذلك لم يصدر عن هيئة أسواق المال الكويتية - حتى لحظة كتابة هذه السطور - سوى ميثاق العمل الأخلاقي للأشخاص المرخص لهم بالعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية^١ الصادر بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١٢.

1: للاطلاع على القرار على موقع سوق الكويت للأوراق المالية على شبكة الانترنت : <http://www.kse.com.kw/Portal/Report/CMA11292012.pdf>

وبناء على ذلك نرى أن مسؤولية الوسيط التأديبية الناجمة عن مخالفة قواعد أخلاقيات المهنة تتحدد فيما إذا كان يخضع لأحكام الميثاق السابق الذكر وخالف إحدى قواعده فعندها نعتقد مسؤولية التأديبية تحت مظلة الصورة الثانية من صور المسؤولية التأديبية , إما إذا كانت القاعدة الخلقية تجد مصدرها في الأعراف المهنية لمهنة الوساطة أم لم تكن كذلك فعندئذ تصبح مسؤولية الوسيط التأديبية صورة ثالثة من صور مسؤولية الوسيط التأديبية.

الفصل الثاني

الجزء المترتب على قيام مسؤولية الوسيط التأديبية

ستعرض في هذا الفصل من الدراسة الى الجزء المترتب على قيام مسؤولية الوسيط التأديبية , فبعد أن تعرضنا في الفصل الأول الى حالات قيام مسؤولية الوسيط التأديبية , سنبين في هذا الفصل الجزاءات التي تفرض على الوسيط ازاء قيام مسؤوليته التأديبية وبالتالي سنحدد مفهوم الجزاء التأديبي وصوره والجزاءات التأديبية التي يخضع لها الوسيط ثم نتقل بعدها لنحدد الضمانات القانونية التي تحيط بعملية تأديب الوسيط ونبين إجراءات التأديب والجهة المنوط بها تأديب الوسيط ونختتم الفصل ببيان كيفية الطعن على القرار التأديبي :

المبحث الأول

مفهوم الجزاء التأديبي للوسيط وصوره

لا بد لنا وحتى نحدد مفهوم الجزاء التأديبي للوسيط من تعريف الجزاء التأديبي له ثم بيان الجزاءات التأديبية التي يمكن أن تفرض على وسيط الأوراق المالية ازاء قيام مسؤوليته التأديبية.

المطلب الأول

تعريف الجزاء التأديبي

أولاً: تعريف الجزاء التأديبي بصفة عامة

اختلف فقه القانون الإداري في تعريف الجزاء التأديبي , فمنهم من عرفه بأنه وسيلة من وسائل الإدارة تنطوي على عنصر الإيلاء تقوم

باستخدامها بناء على نص في القانون في مواجهة مرتكبي المخالفات التأديبية داخل الجماعة الوظيفية بهدف المحافظة على النظام فيها¹. بينما عرفه البعض الآخر بأنه جزاء وظيفي يصيب الموظف الذي تثبت مسؤوليته عن ارتكاب خطأ تأديبي معين بحيث يوقع بإسم ولمصلحة الطائفة الوظيفية التي ينتمي إليها وتنفيذا لأهدافها المحددة سلفاً².

وعرفه آخرون بأنه جزاء يمس الموظف في مركزه الوظيفي أو حياته ومقدراته الوظيفية، بينما يرى آخر بأنه جزاء من نوعية خاصة يصيب الموظف في مركزه الوظيفي دون مساس بحريته أو ملكيته الخاصة بسبب مخالفات ذات طبيعة تتصل إتصلاً وثيقاً وبحيث يترتب عليها الحرمان أو النقص من بعض امتيازات الوظيفة³. والبعض الآخر يرى بأنه عقوبة ذات طبيعة زجرية توقع عند مخالفة التزام معين⁴.

ثانياً: تعريف الجزاء التأديبي للوسيط في سوق الأوراق المالية

لم يتعرض فقه القانون التجاري لوضع تعريف للجزاء التأديبي للوسيط في سوق الأوراق المالية وبناءً على ذلك يمكننا أن نضع تعريفاً للجزاء التأديبي للوسيط في سوق الأوراق المالية وذلك على النحو التالي: ((يُعرف الجزاء التأديبي للوسيط في سوق الأوراق المالية بأنه وسيلة قانونية تنطوي على عنصر الإيلام، تمارسها سلطة مختصة ومحددة في القانون على الوسيط نتيجة ارتكابه مخالفات تمس مهنته كوسيط في سوق الأوراق المالية، وذلك بهدف تحقيق الردع العام على مستوى مهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية بالإضافة الى تحقيق الردع الخاص للوسيط المخالف))).

- 1: د. مصطفى محمود احمد عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية واهدافها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٦ و ص ٢٧.
- 2: د. محمد سيد احمد محمد، التناسب بين الجريمة والعقوبة، رسالة دكتوراه، جامعة اسيوط، ٢٠٠٣، ص ١٨٢.
- 3: انظر في عرض هذه التعريفات، د. محمد سيد احمد محمد، مرجع سابق، ص ١٨١.
- 4: Georgel. J. et Hubrecht Gérald: Sanctions administratives, J.C.P.Fase, 202, 1994.

المطلب الثاني

الجزاءات التأديبية التي يخضع لها وسيط الأوراق المالية

كما سبق القول فإن الجزاء التأديبي يخضع لمبدأ شرعية الجزاءات التأديبية وبالتالي لا يمكن للجهات المختصة إذا ما تحققت من وجود مخالفة تأديبية إلا وأن تُوقع أحد الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال . وبالتالي سنتعرض للجزاءات التأديبية التي نص عليها كل من المشرع المصري والكويتي وذلك على الشكل التالي :

1 : تتمثل هذه الجزاءات في القانون الفرنسي بتوجيه اذار واللوم والمنع المؤقت او النهائي بالاضافة الى عقوبة مالية لا تزيد عن ١,٥ مليون يورو او عشر اضعاف الارياح المحققة فعلا . انظر :

Solus (H) et Ghestin (J), la Sécurité des Marchés Financiers Face aux procédures collectives, LG, D, J, 2003, p 159.

2 : تتجلى هذه الجزاءات التأديبية التي يخضع لها الوسيط في القانون القطري طبقاً للمادة ٣٥ منه في اصدار توجيهات لما يلزم اتخاذه والتنبيه واللوم والاذنار و وضع قيود على اعمال الخدمات المالية التي يقوم بها الوسيط و منعه من التداول لفترة معينة و الوقف عن العمل او مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز ٦ اشهر. اما في القانون السعودي فتتجلى الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في المادة ٥٩ من نظام السوق المالية في اذار الوسيط او اصدار توجيهات له او الزامه بالتوقف او منعه من مزاولة الوساطة . وتتجلى هذه الجزاءات في القانون السوري في المادة ٦٨ / أ في التنبيه و الإذار و فرض غرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف ليرة سورية و لا تتجاوز مليون ليرة سورية و فرض قيود على نشاطه أو أي من الأشخاص المرتبطين به للمدة التي يحددها مجلس الإدارة و إيقافه أو أي من الأشخاص المرتبطين به عن العمل في السوق للجنة التي يحددها مجلس الإدارة و إنهاء العضوية . وفي القانون العماني تتجلى هذه الجزاءات في التنبيه و الإذار و غرامة لا تزيد على (٥٠٠٠) ريال عماني و الوقف عن العمل في السوق لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر و الشطب النهائي من عضوية السوق . اما بالنسبة للقانون الاماراتي فقد جاء في المادة ٢٧ منه على انه يجوز لمجلس ادارة السوق ان يوقع على الوسيط ايا من الجزاءات الاتية : ١ : الإذار : ٢ : الغرامة المالية بما لا يزيد على مائة الف درهم : ٣ : مصادرة الكفالة المصرفية جزئيا او كلياً : ٤ : وقف الوسيط عن العمل لمدة لا تزيد على اسبوع ، فاذا زادت مدة الوقف عن اسبوع يحال الامر الى الهيئة لاتخاذ ما تراه : ٥ : التوصية للهيئة بشطب الوسيط من سجل الوسيط المرخصين في السوق.

أولاً: القانون المصري

١: **التنبيه والانذار:** يعتبر التنبيه كأحد الجزاءات التأديبية من أخف أنواعها شدة حيث يتوجب على الهيئة العامة للرقابة المالية وهي الجهة المختصة بإيقاع الجزاءات التأديبية أن تبدأ بعقوبة التنبيه قبل أي جزاء آخر وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في كثير من أحكامها فقد قضت "....." كان يتعين على الهيئة المدعى عليها قبل إصدارها لقرارها المطعون فيه أن تبادر أولاً الى تنبيه الشركة التي يمثلها المدعي إذا ما قدرت أنها ممارسات أو مخالفات غير مشروعة منسوبة لشركة الخير لتداول الأوراق المالية إعمالاً لمقتضى المادة ٣١ من القانون رقم ٩٥/١٩٩٢ المشار إليه لما في ذلك من دلالة على وجوب اتخاذ هذا الإجراء قبل اتخاذ أي تدبير آخر تجاه الشركة المخالفة^١. وإذا كان يتوجب على الهيئة العامة للرقابة المالية إعمالاً لأحكام المادة ٣١ أن تبدأ بعقوبة التنبيه قبل أي جزاء آخر إلا أنه يتوجب عليها أن تثبت أن خطراً يهدد سوق المال أو مصالح المتعاملين أو المساهمين فإذا عجزت الهيئة عن إثبات ذلك خرج بذلك قرارها من دائرة المشروعية وأصبح جديراً بالإلغاء^٢.

أما بالنسبة إلى عقوبة الانذار فهي أشد من عقوبة التنبيه حيث تنطوي على عنصر التهديد. وإذا كانت القاعدة العامة هي أنه للجهة التأديبية حرية اختيار الجزاء التأديبي المناسب من بين الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر مع مراعاة مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة، إلا أن قانون سوق رأس المال المصري ٩٢/٩٥ قد ألزم الهيئة العامة للرقابة المالية بضرورة توجيه انذار إلى الوسيط المخالف وذلك قبل إصدار قرار وقف النشاط بحقه وذلك تحت طائلة عدم المشروعية.

1: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في الدعويين رقم ٢٧٥٤ و ٣٣٣٠ لسنة ٦٤ قضائية تاريخ ١٥ - ١ - ٢٠١١. غير منشور. كذلك الحكم في الدعوى رقم ٣٩٥٢ سنة ٦٣ ق تاريخ ٢٤/٤/٢٠١٠. غير منشور.
2: حكم محكمة القضاء الإداري سابق الإشارة إليه.

٢: وقف نشاط الوسيط المخالف: يقصد بوقف نشاط الوسيط منع الوسيط المخالف من مزاولته نشاط الوساطة خلال فترة محددة يسترد بعدها أهليته وصلاحيته لمزاولة النشاط دون أن يتوقف ذلك على اتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون لمباشرة النشاط كالحصول على ترخيص^١، وإستناداً الى حكم المادة ٣١ من قانون سوق المال المصري ٩٢/٩٥ يشترط حتى يكتسب قرار وقف نشاط الوسيط المشروعية^٢ مايلي:

أ: الإنذار: يتعين على الهيئة العامة للرقابة المالية قبل إصدارها قرار وقف نشاط الوسيط توجيه إنذار الى الوسيط المخالف تبين فيه المخالفات المنسوبة اليه ومنحه مدة معينة يتعين عليه خلالها ازلتها والتي غالباً ما تكون ١٥ يوماً ويعتبر توجيه الإنذار شرطاً جوهرياً وأساسياً لإصدار قرار وقف النشاط.

ب: مدة الوقف: إذا كان المشرع قد منح الهيئة العامة للرقابة المالية سلطة إصدار قرار وقف نشاط الوسيط المخالف، إلا أنه خشية إساءة استخدام هذه السلطة من قبل الهيئة وضع المشرع المصري قيوداً زمنياً لهذا القرار حيث نصت المادة ٣٠ من قانون ٩٢/٩٥ على ضرورة ألا تتجاوز مدة الوقف ٣٠ يوماً وذلك تحت طائلة عدم مشروعية القرار لمخالفته القانون.

ج: عدم ازالة المخالفات المبينة في الإنذار: كما سبق القول يجب قبل إصدار قرار وقف نشاط الوسيط توجيه إنذار اليه يتضمن المخالفات المنسوبة اليه ومنحه مهلة زمنية معينة يتعين عليه خلالها ازالة المخالفات المنسوبة اليه. وتتجلى حكمة المشرع في اشتراط الإنذار المسبق وفقاً لما تراه

1: د. اشرف احمد عبد المنعم، رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية في مصر " دراسة مقارنة مع الولايات المتحدة الامريكية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣١٤.

2: للمزيد حول مشروعية القرار الاداري انظر ضوابط مشروعية القرارات الادارية وفقاً للمنهج القضائي " دراسة تحليلية وفقهية لاحكام ومبادئ مجلس الدولة في مصر، المستشار الدكتور محمد ماهر ابو العينين، ٢٠٠٧.

محكمة القضاء الاداري في مصر أن المشرع "..... يرمي من وراء المادة ٣٠ من القانون الى تقويم وأصلاح الشركات التي خالفت أحكام هذا القانون أو فقدت شرطاً من شروط الترخيص بمنحها مهلة مناسبة لتدارك ما وقعت فيه من أخطاء وازالة المخالفات التي ارتكبتها وذلك إما خلال المهلة التي حددها الإنذار أو خلال مدة الوقف . فالإجراءات التي نصت عليها هذه المادة يغلب عليها أسلوب التقويم والإصلاح أكثر مما يغلب عليها أسلوب الجزاء'....".

وبناءً على ذلك يشترط لصحة اصدار قرار الوقف ألا يقوم الوسيط بإزالة المخالفات المنسوبة اليه والتي يتضمنها الإنذار فإذا قام الوسيط بإزالة المخالفات المنسوبة اليه وعلى الرغم من ذلك صدر قرار الوقف فإن هذا القرار يتسم بعدم المشروعية لإفتقاده ركن السبب.

ويثور التساؤل هنا في الحالة التي تحدد فيها الهيئة العامة للرقابة المالية مدة زمنية معينة يتعين خلالها على الوسيط ازالة المخالفات المنسوبة اليه ولم يقم الوسيط خلال هذه المدة بازالة المخالفات إلا أنه وقبل اصدار قرار الوقف بادر الى ازالة هذه المخالفات . فهل يستطيع الوسيط التمسك بذلك أمام القضاء للمطالبة بإلغاء قرار وقف النشاط على سند من القول أنه قام بإزالة المخالفات التي علي أساسها بني القرار وبالتالي أضحى القرار مفتقد لركن السبب جديراً بالإلغاء....؟؟

من جانبنا نرى أن المدة الزمنية التي تمنحها الهيئة العامة للرقابة المالية هي مهلة إدارية يعود تقديرها الى الهيئة بذاتها . فالهيئة هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الوسيط يستحق مدة أطول لإزالة المخالفات المنسوبة اليه من عدمه . أضف الى ذلك أن الهيئة قد تستشف من وراء تأخر الوسيط في ازالة المخالفات المنسوبة اليه تعنتاً من قبله أو على العكس قد ترى الهيئة أن المخالفات المنسوبة الى الوسيط من الصعوبة بمكان ازالتها بالفترة الممنوحة

1: حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى رقم ٤٢٩٦٣ لسنة ٦٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/٦/٥ . غير منشور.

وبالتالي يجب منح الوسيط مهلة أخرى ، وما يجعلنا نطمئن الى هذا الرأي أن المشرع لم يتدخل ويحدد المدة التي يتعين على الوسيط خلالها إزالة المخالفات المنسوبة اليه في الانداز على خلاف المدة التي تضمنها القانون خلال مدة الوقف وهي ألا تتجاوز ٣٠ يوماً ، وذلك إيماناً من المشرع أن هذه المهلة تقوم على اعتبارات فنية أكثر منها قانونية لذلك لم يتدخل في تحديدها وتركها لمطلق سلطة الهيئة التقديرية.

د: **تسبب قرار الوقف:** نظراً لخطورة قرار وقف نشاط الوسيط فقد أحاطه المشرع بضمانة أخيرة وهي أن يصدر القرار مسيئاً ، ويقصد بتسبب القرار ".... أن تحدد فيه أوجه مخالفة الشركة لأحكام القانون أو اللائحة التنفيذية أو قرارات مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية.... كما يجب أن يحدد قرار الوقف الإجراءات التي يتعين على الشركة اتخاذها خلال مدة الوقف لإزالة أسبابه....".^١

ويتبين مما سبق أنه إذا اجتمعت الشروط الأربعة سالفة الذكر^٢ أضحي قرار وقف نشاط الوسيط صحيحاً من الناحية القانونية غير جدير بالإلغاء لعدم المشروعية .

٢: **منع الوسيط من مزاوله مهنة الوساطة:** إن منع الوسيط من مزاوله مهنة الوساطة^٣ هو جزاء ينص عليه القانون يفرض على المهني بسبب

1: حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى رقم ٤٢٩٦٣ لسنة ٦٣ قضائية تاريخ ٢٠١٠/٦/٥ ، غير منشور.

2: بالإضافة الى الشروط العامة في القرار الاداري وللإطلاع عليها انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٧ وما بعدها.

3: د. أمين مصطفى محمد ، النظرية العامة لقانون العقوبات الاداري " ظاهرة الحد من العقاب " ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠١٠ ، ص ٢٦٢ ، وقد تعرض هذا الجزاء للتقيد استناداً الى اعتبارات تقضي بان المهنة لا تعتبر سبباً للانحراف بل هي في أغلب الاحوال تمثل مناسبة له ، كما ان الحرمان من المهنة يعتبر بمثابة موت مهني يوازي الموت المدني الا انه ومع ذلك يبدو ان مبررات هذا الجزاء تطفئ على انتقاداته ، فهو يعتبر اجراء وقائي يحد من ظاهرة المهنيين الذي يمارسون عملهم بصورة غير مشروعة ، انظر المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٢٦٢ وما بعدها.

مخالفة ارتكبتها ويترتب عليه حرمانه من أهلية مباشرة مهنته وبالتالي وإعمالاً لحكم المادة ٣١ من قانون ٩٢/٩٥ تستطيع الهيئة العامة للرقابة المالية منع الوسيط من مزاوله نشاطه المرخص له به وذلك إذا ما ثبت لها أن خطراً يهدد استقرار سوق المال أو مصالح المتعاملين أو المساهمين وإذا فشلت في إثبات ذلك أضحى قرارها بمنع الوسيط من مزاوله العمل غير مشروع جديراً بالإلغاء.

ويثور التساؤل هنا عن القيد الزمني لقرار المنع من مزاوله العمل فهل تلتزم الهيئة العامة للرقابة المالية بمدة زمنية قصوى يتعين عليها عدم تجاوزها أم أن المدة مفتوحة أمامها دون قيود ؟

من جانبنا نرى أنه - نزولاً عند صراحة النص - للهيئة السلطة التقديرية في تحديد المدة الزمنية لقرار المنع من العمل وذلك على خلاف قرار وقف النشاط ولا يخفى على أحد مدى خطورة هذا الاتجاه...
ويثور تساؤل آخر حول ضرورة تسييب قرار المنع من مزاوله العمل من عدمه ؟

نرى من جانبنا أنه نظراً لصراحة النص وإعمالاً للقواعد العامة والتي تقضي أنه الأصل في القرارات الإدارية عدم التسييب نرى أنه لا تلتزم الهيئة في تسييب قرارها بالمنع من مزاوله العمل وإن كنا نحبذ لو أن المشرع قد نص على ضرورة تسييب قرار منع المزاوله من العمل وذلك لأن تسييب القرارات الادارية يعتبر من الضمانات الهامة التي يتمتع بها الافراد أضف الى ذلك فإننا نرى أن قرار وقف النشاط لا يقل خطورة عن قرار

1: تجدر الاشارة الى ضرورة التمييز بين المنع من مزاوله المهنة وبين وقف النشاط . فالاول يتضمن سقوط الترخيص او الاذن ويقتصر اثره على الشروط الاساسية لمباشرة المهنة فلا يمتد اثره الى المؤهل الذي حصل عليه . اما وقف النشاط فيقتصر اثره على منع المحكوم عليه من مزاوله المهنة خلال فترة معينة يسترد بعدها صلاحيته واهليته لمزاوله المهنة دون ان يتوقف ذلك على اتباع الاجراءات التي تتطلبها مباشرة المهنة كالحصول على ترخيص . انظر د. محمد سعد فودة . النظرية العامة للعقوبات الادارية . دار الجامعة الجديدة . ٢٠١٠ . مرجع سابق . ص ١٤٤ - ١٤٥ .

المنع من مزاولة العمل فلماذا اشترط المشرع التسييب في الأول ولم يشترطه في الثاني !!!.

٤: إلغاء الترخيص: يقصد بإلغاء الترخيص ذلك الجزء الذي توقعه السلطة القضائية أو جهة الإدارة على كل من يمارس النشاط الذي يخوله له الترخيص بشكل مخالف للقوانين واللوائح^١. وتعتبر عقوبة إلغاء الترخيص من أشد أنواع العقوبات التأديبية التي يخضع لها الوسيط في سوق الأوراق المالية، لذلك أحاط المشرع قرار إلغاء الترخيص بمجموعة من الضمانات التي من شأنها أن تحول دون تعسف الهيئة في استعمال حقها وتتجلى هذه الضمانات على النحو التالي:

أ: ضرورة توجيه إنذار إلى الوسيط: فكما سبق القول لابد وإعمالاً لحكم المادة ٣٠ من قانون ٩٢/٩٥ من توجيه إنذار إلى الوسيط المخالف يبين فيه المخالفات المنسوبة إليه ومنحه مدة معينة يتعين عليه خلالها إزالتها.

ب: إصدار قرار وقف النشاط: إذا لم يستجب الوسيط إلى الإنذار الموجه إليه ولم يتم بإزالة المخالفات المنسوبة إليه يتعين على الهيئة إذا ما أرادت إصدار قرار إلغاء الترخيص أن تسبقه بقرار وقف النشاط ذلك أن عقوبة إلغاء الترخيص مرتبطة بسبق إصدار قرار وقف النشاط^٢، فلا تستطيع الهيئة إصدار قرار إلغاء الترخيص إلا بعد إصدار قرار وقف النشاط ولمزيد من الضمانات اشترط المشرع في قرار الوقف ألا يتجاوز مدة ٣٠ يوماً على أن يحدد القرار ما يجب اتخاذه من اجراءات خلال مدة الوقف، ويسلم قرار الوقف إلى شركة الوساطة المخالفة ويجب أن يكون الاخطار بكتاب مصحوب بعلم الوصول ويعلن عن هذا القرار في صحيفتين يوميتين صباحيتين واسعتي الانتشار.

1: د. محمد سعيد فودة، مرجع سابق، ص ١٣٦.

2: د. محمد فاروق عبد الرسول، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٢٨٠.

ج: عدم ازالة المخالفات رغم انتهاء مهلة ٣٠ يوماً: إذا لم يُؤتي قرار وقف نشاط الوسيط أكله ولم يفلح القرار في التغلب على تعنت الوسيط ولم يتم هذا الأخير بإزالة المخالفات المنسوبة اليه خلال مدة الوقف تعين عرض الأمر على مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية من أجل إصدار قرار إلغاء الترخيص^١.

٥: جزاءات أخرى: تضمن قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٢/٩٥ جزاءات تأديبية أخرى تستطيع الهيئة العامة للرقابة المالية إيقاعها على الوسيط المخالف في حالة تهديده لسوق المال أو لمصالح المتعاملين أو المساهمين , وتمثل هذه الجزاءات في امكانية مطالبة رئيس مجلس ادارة شركة الوساطة لدعوة مجلس الادارة للإنعقاد من أجل البحث في المخالفات المنسوبة الى الشركة , أضف إلى ذلك امكانية تعيين عضو مراقب وامكانية إلزام شركة الوساطة بزيادة التأمين المودع لديها , ولعل الإجراء الأخطر يتمثل في امكانية حل مجلس ادارة شركة الوساطة وتعيين مفوض لإدارة الشركة ريثما يتم تعيين مجلس ادارة جديد , ويرى البعض^٢ - وبحق - أن منح الهيئة العامة للرقابة المالية سلطة حل مجلس ادارة شركة الوساطة فيه تدخل سافر في شؤون الشركة وهي سلطات واسعة وجريئة وتعسفية وتنطوي على قدر كبير من المبالغة , وترى الأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي أن هذه السلطات الواسعة والجريئة جاءت كرد فعل على التجربة الفاسية والمريرة التي خلفتها شركات توظيف الأموال في مصر^١: ويرى البعض - وبحق - أنه كان من المستحسن على المشرع لو اخذ بمبدأ التدرج في الجزاء ولم يُتبع قرار وقف نشاط الوسيط المخالف لمدة لا تتجاوز ٣٠ يوماً بقرار إلغاء الترخيص , فعوضاً عن ذلك كان من الاولى بالمشرع لو نص على تمديد مدة الوقف ولتكن ستة اشهر أخيرة , انظر د. مظهر فرغلي علي محمد , الحماية الجنائية للثقة في قانون سوق رأس المال , دار النهضة العربية , ٢٠٠٦ , ص ٢٠٤ , ونضيف أيضاً أن هذا الرأي يتفق مع حكمة المشرع من المسؤولية التأديبية للوسيط في سوق الأوراق المالية , فالمسؤولية = التأديبية لا ترمي بالدرجة الاولى الى إيلام الوسيط بقدر ما ترمي الى إصلاحه وتقويمه وتهذيب سلوكه من الشوائب غير المشروعة وإعادته الى جادة الصواب , فمن لم يفلح معه الحسنی والاصلاح لا بد عندئذٍ من معاقبته على استهتاره وتعنته وذلك بإلغاء ترخيصه.

2: أ: صالح الحمراي , دور شركات السمسرة , مرجع سابق , ص ٥٧٨ .

القاسية والمريرة التي خلفتها شركات توظيف الأموال في مصر وذلك في المرحلة السابقة على إصدار قانون سوق راس المال رقم ٩٢/٩٥.
ثانياً: القانون الكويتي

نص المشرع الكويتي في قانون هيئة أسواق المال رقم ٢٠١٠/٧ على مجموعة من الجزاءات التأديبية التي تملك الجهة التأديبية إيقاعها على الوسطاء المخالفين^١، وسنستعرض هذه الجزاءات على النحو التالي:

١: التنبيه والإنذار: على غرار ما فعل المشرع المصري منح المشرع الكويتي السلطة التأديبية وهي لجنة البورصة و مجلس التأديب _ كل في حدود اختصاصه - سلطة توجيه انذار وتنبيه الى الوسطاء المخالفين لأحكام قوانين السوق أو اللوائح أو القرارات والتعليمات النافذة أو لأنظمة العمل داخل البورصة.

تجدر الإشارة الى أن القانون الكويتي قد منح هيئة أسواق المال وعلى سبيل الاستثناء^٢ سلطة توجيه تنبيه الى الوسطاء المخالفين وذلك وفقاً للمادة ١٤٣ حيث تستطيع الهيئة توجيه تنبيه الى الوسطاء المخالفين اذا رأت في ذلك جدوى للإصلاح بدلاً من الإحالة الى مجلس التأديب.

٢: الوقف عن العمل: يستطيع مجلس التأديب أن يصدر قراراً بوقف الوسيط المخالف عن مزاوله العمل أو المهنة، وعلى غرار ما فعله المشرع

1: د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١١، ص ١١٦١ و ١١٦٢، ويرى اخبان هذه الجزاءات - ونظراً لأنها يغلب عليها الطابع التأديبي أكثر من الجزائي او المالي - فإنها تتلائم مع الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، وبالتالي من السهل تطبيقها على شركة الوساطة، انظر: د. سيف ابراهيم محمد المصاروة، الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٣٨٣.

2: تمثل هذه الجزاءات التأديبية في المادة ١٤ من مرسوم سوق الكويت للأوراق المالية عام ١٩٨٣ الملغى في التنبيه والإنذار و مصادرة اى كفاله مصرفيه تقررها اللائحه الداخليه وإيقاف التعامل بالنسبه للشركات او وقف العمل بالنسبة للوسطاء لمدة لا تزيد عن اربعة شهور.

3: وذلك كون السلطة التأديبية المختصة في الكويت هي مجلس التأديب ولجنة البورصة كل في حدود اختصاصه، على خلاف الحال في مصر.

المصري فقد قيد المشرع الكويتي هذا القرار بقيد زمني يتعين على مجلس التأديب الالتزام به إلا أن الفارق بين موقف المشرعين يكمن في المدة .. فبينما نجد أن القانون المصري قد نص على ألا يتجاوز قرار الوقف ٣٠ يوماً نجد أن زميله الكويتي قد جعلها سنة بحيث يتعين ألا تتجاوز مدة الوقف عن العمل مدة سنة وذلك تحت طائلة عدم مشروعية القرار التأديبي.

٣: الوقف عن مزاولة العمل بشكل نهائي: وبذلك يستطيع مجلس التأديب في الكويت أن يعاقب الوسيط المخالف لأحكام قوانين السوق واللوائح والتعليمات النافذة بعقوبة الوقف عن مزاولة المهنة بشكل نهائي.

٤: وقف الترخيص بشكل مؤقت أو إلغائه: استحدث المشرع الكويتي عقوبة جديدة لم ينص عليها شقيقه المصري وهي وقف الترخيص بشكل مؤقت , حيث نص قانون هيئة أسواق المال على أنه لمجلس التأديب أن يوقع بحق الوسيط المخالف عقوبة إيقاف ترخيص الوسيط المخالف بشكل مؤقت على ألا تتجاوز مدة الوقف ٦ أشهر وذلك تحت طائلة عدم مشروعية القرار. ولجلس التأديب أيضاً إيقاف عقوبة إلغاء الترخيص بحق الوسيط المخالف.

٥: جزاءات أخرى: يحق لمجلس التأديب بعد التحقق من وقوع المخالفة المرتكبة أن يوقع جزاءات تأديبية أخرى تتمثل في إخضاع المخالف إلى المزيد من الرقابة أو إلزامه بإعادة الاختبارات التأهيلية أو فرض قيود على نشاط أو أنشطة المخالف , وتتمثل هذه القيود على الشكل التالي:

- منع الشخص المرخص له او المسجل لدى الهيئة من ابرام بعض انواع الصفقات.
- منع الشخص المرخص له او المسجل لدى الهيئة من مزاولة بعض الاعمال لمدة محددة.
- وقف النشاط المرخص به لمدة معينة او الغاء احد الانشطة للشخص المرخص له.

- منع الشخص المسلم لدى الهيئة من القيام بأعمال معينة أو تعليق أو تعديل أو الغاء واحدة أو أكثر من الوظائف المسجل بها.

ومن جانبنا نرى أن مسلك المشرع الكويتي في صدد الجزاءات التأديبية يقبل بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى: تتجلى الملاحظة الأولى في أن المشرع الكويتي لم ينص على ما يفيد بضرورة مراعاة ترتيب معين أو تدرج معين في توقيع الجزاءات التأديبية حيث - ونظراً لصراحة النص - فمن الممكن أن يفهم أنه يحق للجهة التأديبية أن تتأخذ ما تراه مناسباً من بين الجزاءات التأديبية دون ضوابط قانونية معينة على سند من القول أن لم ينص على تدرج معين يتعين على الجهة التأديبية اتباعه.

الملاحظة الثانية: تجريد القانون الكويتي الجزاءات التأديبية من بعض الضمانات القانونية التي من المفترض أن تحيط بعملية تأديب الوسطاء المخالفين، ومن بين هذه الضمانات إفتقار بعض القرارات التأديبية الخطيرة كقرار إلغاء الترخيص من بعض الضمانات كتسيب القرار .

الملاحظة الثالثة: تتعلق هذه الملاحظة بعقوبة إلغاء الترخيص حيث نرى أن المشرع بصدد تنظيمها سلك مسلكاً يقبل المناقشة وذلك على النحو التالي:

إن المشرع الكويتي قد جعل بموجب قانون هيئة أسواق المال رقم ٢٠١٠/٧ من مجلس التأديب السلطة التأديبية الرئيسية المختصة بتأديب الوسطاء^١ ويتميز مجلس التأديب بالعنصر القضائي فيه^٢، وبالتالي جعل منه المشرع الكويتي السلطة المختصة في الفصل في المسألة التأديبية والمرفوعة من قبل الهيئة والمتعلقة بمخالفة أحكام قوانين السوق واللوائح والقرارات والتعليمات النافذة.

- 1: بالإضافة إلى مجلس التأديب تخصص لجنة البورصة بايقاع الجزاءات التأديبية بحق الوسطاء المخالفين الاعضاء في البورصة عند مخالفتهم لقواعد وانظمة العمل داخل البورصة.
- 2: يتكون مجلس التأديب من ٣ اعضاء يرأسهم قاضي يتدبجه مجلس القضاء الاعلى وعضوية اثنين من ذوي الخبرة في الشؤون المالية والاقتصادية والقانونية.

ولما كان المشرع الكويتي قد جعل من عقوبة إلغاء الترخيص من اختصاص مجلس التأديب ذو العنصر القضائي وجعل من سلطة الهيئة في المادة ٦٧ / ٣ حق رفض أو وقف أو إلغاء رخصة أو تقييد نشاط مرخص له بالعمل في ادارة أنشطة الأوراق المالية ومن بينهم الوسيط أو أي شخص ذي علاقة تابع له وذلك في حال مخالفته لإحكام القوانين المتعلقة بسوق المال واللوائح , مما يعني وقوع تعارض وإزدواج في الإختصاص القانوني للسلطة المختصة في إيقاع عقوبة إلغاء الترخيص , فهل هي مجلس التأديب ذو العنصر القضائي أم تعود الى هيئة أسواق المال ؟؟ فلنفترض جديلاً أن وسيطاً قد خالف حكماً من أحكام قانون هيئة أسواق المال أو خالف اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال , واستدعت المخالفة اصدار قرار بإلغاء الترخيص فمن هو المختص بإيقاعها هل هو مجلس التأديب ذو العنصر القضائي ام يعود الاختصاص الى هيئة أسواق المال ؟؟ ويزداد الامر تعقيداً اذا ما علمنا ان مجلس التأديب لا يتدخل ولا يمارس اختصاصاته إلا بعد احالة المخالفات اليه من قبل الهيئة !!!

ولا سبيل لفك هذا التناقض في الاختصاص سوى بالإنتصار الى مجلس التأديب ذو العنصر القضائي باعتباره السلطة التأديبية المختصة والرئيسية في تأديب الوسيط , وبما يجعلنا نظمئن الى هذا الرأي أن المشرع قد منح الهيئة سلطة توقيع عقوبة التنبيه على المخالف اذا رأت جدوى في ذلك بدلاً من الاحالة الى مجلس التأديب و ذلك على سبيل الاستثناء . أضف الى ذلك فإنه يفهم من حكم المادة ١٣٨ من القانون أن حق الهيئة يقتصر على مباشرة المسائلة التأديبية دون حق البت فيها والذي يعود الى مجلس التأديب ذو العنصر القضائي , وما من شك ان إيقاع عقوبة إلغاء الترخيص يعتبر من قبيل البت في المسائلة التأديبية.

المبحث الثاني

ضمانات تأديب الوسيط واجراءاته

ستعرض في هذا المبحث الى الضمانات القانونية التي تحيط بعملية اجراءات تأديب الوسيط مع بيان الاجراءات التي تمر بها عملية تأديب الوسيط والجهة المكلفة بتأديب الوسيط وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

ضمانات تأديب الوسيط

اذا كان المشرع قد نص على ضرورة تأديب الوسيط حال ارتكابهم مخالفات تأديبية إلا أنه حرصاً منه على ضمان حسن سير عملية تأديبهم بشكل سليم وبدون تعسف من جانب السلطة التأديبية المختصة أقر مجموعة من الضمانات القانونية والتي تتجلى بالنواحي الاجرائية والموضوعية . وسنتعرضها بشكل موجز على النحو التالي :

أولاً: الضمانات الاجرائية

يقصد بالضمانات الاجرائية مجموعة الحقوق القانونية المكفولة من قبل المشرع والمتعلقة بإجراءات التأديب والتي تضمن للوسيط محاكمة تأديبية سليمة قانونياً وبعيدة عن التعسف في القرارات . وقد نص كل من القانون الكويتي والقانون المصري على مجموعة من هذه الضمانات في قوانين السوق نذكر منها :

١: مبدأ المواجهة وحق الدفاع:

يعتبر مبدأ المواجهة وحق الدفاع من المبادئ التي كرسها الأعراف الدستورية قبل أ ، تحتويها الوثائق الدستورية بل يعتبران من أهم مبادئ العدالة والإنصاف . وقد وصفه البعض بأنه من المبادئ التي لا يمكن ان تموت^١ .

1 : مشار اليه في " حق الدفاع امام القضاء المدني . د. سعيد خالد علي الشرعي . دراسة قانونية فقهية مقارنة في القانونين المصري واليميني والفقهاء الاسلامي . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس . ١٩٩٧ . ص ٥ .

ويقصد بحق الدفاع ((حق يكفل الحماية القانونية للمتقاضين ويضمن لكل خصم التمتع بجميع الامتيازات والضمانات القانونية التي تتيح له عرض وجهة نظره بصدق وإخلاص امام قضاء محايد))¹.
ويقصد بمبدأ المواجهة ((مبدأ اجرائي عام مضمونه حق كل خصم في العلم بكافة الإدعاءات والإجراءات المتخذة في مواجهته، وماحتويه من عناصر قانونية وواقعية في وقت ملائم حتى يستطيع أن يناقش كل ذلك أمام القاضي بهدف إقناعه))².

ويعتبر مبدأ المواجهة احد تطبيقات حق الدفاع³، وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي المبدأ القائل بأنه لا يجوز توقيع أي جزاء دون أن يبلغ صاحب الشأن به ويقدم ملاحظاته حول نصوص الوقائع المنسوبة اليه⁴، ولم يخرج القانون الكويتي⁵ وكذلك المصري عن هذه المبادئ.

1: د. سعيد خالد علي الشرعي، المرجع السابق، ص ٣٠، ونلاحظ على هذا التعريف انه لم يصبه التوفيق عند ذكره لعبارة امام قضاء محايد، ذلك ان حيادية القضاء من عدمه أمر له علاقة بالبيئة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في الدولة وبظروف وعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية أكثر منها قانونية، وتكثر هذه الظروف المهيشة لعدم حيادية القضاء في الدول التي تتسم باتشار الفساد والرشوة فيها سواء لظروف سياسية كاستبداد الحكم او لظروف اجتماعية او اقتصادية كحالة الفقر التي تسود المجتمع وبالتالي لا يمكن القول بان شرط حيادية القضاء هو شرط من شروط وجود حق الدفاع، فعلى الرغم من ان حق الدفاع عملياً لن يكفل في اغلب الاحوال في ظل وجود قضاء غير محايد إلا انه ومع ذلك لا يجوز القول بأن حيادية القضاء هي شرط مسبق لوجود حق الدفاع من الناحية القانونية وبالتالي لا يجوز في رأينا إقحام عبارة - امام قضاء محايد - في تعريف حق الدفاع تعريفاً فقهيًا، لان حيادية القضاء ليست ركناً من اركان وجود حق الدفاع القانونية بل هي من العوامل التي تكفل تطبيقه عملياً في أغلب الاحوال وليس كلها.

2: د. سعيد خالد علي الشرعي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

3: نقض مدني مصري تاريخ ١٩٨١/١/٢٢ مشار اليه في د. سعيد خالد علي الشرعي، المرجع السابق، ص ٦٦٣.

4: د. محمد سعد فودة، مرجع سابق، ص ١٨٠.

5: وأيضاً أكدت محكمة التمييز الكويتية ذلك في كثير من احكامها نذكر منها: ((.... من المقرر انه من مقتضى تمكين الشخص في الدفاع عن نفسه بشأن الاجراءات التأديبية انه يجب ان يُنظر صاحب الشأن في المخالفات المنسوبة اليه وان يمهل وقتاً كافياً لتقديم ملاحظاته واطلاعه على كافة أوراق الملف اذ من الضمانات الجوهرية للمتهم اعلانه=

اما عن القانون المصري لم يتضمن أي نص له علاقة بمبدأ المواجهة وحق الدفاع أمام الجهة التأديبية المختصة في تأديب الوسطاء المخالفين . إلا أن ذلك لا يعني أن حق الوسطاء في الدفاع عن انفسهم مهدر في القانون المصري. فعلى الرغم من ان قانون سوق رأس المال ٩٢/٩٥ ولائحته التنفيذية قد جاؤو خلواً من مبدأ المواجهة وحق الدفاع , الا ان هذين الاخيرين لا يقتصر وجودهم القانوني على قوانين السوق فمن الممكن ان يستمدوا وجودهم القانوني من قواعد قانونية اخرى . فكما سبق القول أن مبدأ المواجهة وحق الدفاع قد قررتهم الأعراف الدستورية قبل الوثائق الدستورية . ولم تخرج الوثائق الدستورية المصرية عن ذلك فقد نصت المادة ٧٨ من الدستور المصري الجديد عام ٢٠١٢ على ان ((حق الدفاع اصالة او بالوكالة مكفول)) . وبناء على ذلك يعتبر حق الدفاع وجميع تطبيقاته مكفولة بموجب الدستور المصري^١ . وبالتالي تلتزم الهيئة العامة للرقابة المالية باحترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة أثناء تأديب الوسطاء تحت طائلة إلغاء قرارها لعدم المشروعية لاهداره ضمانه دستورية هامة .

أما عن القانون الكويتي - وعلى خلاف المصري - فقد نص قانون هيئة أسواق المال على ضرورة ضمان حق المواجهة , ويتجلى ذلك في القانون الكويتي في ضرورة إعلان الوسيط المشكو من سلوكه بالوقائع

= بما يتخذ ضده من اجراءات تأديبية....)) الطعن رقم ٤٧٧ / ٩٦ اداري جلسة ١١/٩ / ١٩٩٨ . إصدارات محكمة التمييز . المكتب الفني . سنة ١٩٩٨ . ص ٨ .
1: كذلك الامر في الاعلان الدستوري الصادر عن المجلس الاعلى للقوات المسلحة في مارس ٢٠١١ حيث نص في المادة ٢٢ منه على ان حق الدفاع اصالة او بالوكالة مكفول.

2: يجب ألا يفهم من ذلك ان الدستور الكويتي قد جاء خلواً من حق الدفاع فكما سبق القول فان الأعراف الدستورية قد كرس هذه الحقوق قبل الوثائق الدستورية . وقد جاء في المادة ٣٤ من الدستور الكويتي الحالي على انه المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية يؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع . الا ان المميز هنا ان حق الوسيط في الدفاع عن نفسه مكرس في الكويت بموجب نص دستوري ونص قانوني على خلاف الحال في مصر حيث كرس حق الوسيط في دفاعه عن نفسه بموجب نص دستوري فقط.

المنسوبة إليه وأسانيدها وموعد جلسة التحقيق معه وذلك قبل ٧ أيام عمل من تاريخ وساعة التحقيق المحددة معه ، وكفل المشرع الكويتي للوسيط كامل حقه في الدفاع عن نفسه فقد قضت المادة ١٤٤ من قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ على حق الشخص المرخص له والذي يخضع للتحقيق معه في الدفاع عنه وله في سبيل ذلك توكيل محامي يتولى مهمة الدفاع عنه.

٢: تسبیب بعض القرارات

استقر القضاء الإداري المصري على تعريف القرار الإداري بأنه ((إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد أحداث أثر قانوني يكون جائزاً وممكناً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة))^١، وإذا كان القرار الإداري يقوم على ركن السبب وإذا كان الأصل في القرار الإداري أن يصدر دون تسبیب ما لم ينص القانون على ضرورة التسبیب ، إلا أن ذلك لم يمنع المشرع من ضرورة التسبیب في حالات معينة كضمانة هامة ضد تعسف الإدارة.

وفيما يتعلق بتأديب وسطاء الأوراق المالية فقد نص القانون الكويتي والمصري على ضرورة تسبیب بعض القرارات الصادرة بحق الوسطاء تأديبياً حيث جاء في قانون هيئة أسواق المال الكويتي ٢٠١٠/٧ على ضرورة تسبیب قرار المجلس التأديبي الصادر إما بتأييد قرار البورصة أو تعديله أو رفضه والخاص بإيقاع جزاء تأديبي بحق الوسيط المخالف لأنظمة وقواعد العمل داخل البورصة وذلك تحت طائلة عدم مشروعية القرار.

أما عن القانون المصري فقد جاء في المادة ٣٠ من قانون ٩٢/٩٥ على ضرورة تسبیب القرار الصادر من الهيئة العامة للرقابة المالية والقاضي بإيقاع عقوبة وقف النشاط على وسيط الأوراق المالية وذلك في حال مخالفة

١: د. محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٦ ، ص ٢١٦ ، وقد عرفه آخر تعريف موجزاً بأنه ((عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة)) انظر د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الإداري ، ٢٠٠٥ ، طبعة مزينة ومنقحة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص ١٥ .

الوسيط لأحكام القانون أو اللائحة أو قرارات مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية الصادرة تنفيذاً له.

ونرى في هذا الصدد أن مسلك المشرع الكويتي يقبل النقد ذلك انه لم ينص القانون الكويتي على ضرورة تسيب القرارات الصادرة عن مجلس التأديب أو لجنة البورصة أو على الأقل القرارات الخطيرة منها كالقرار الصادر بالغاء الترخيص ، ونرى من جانبنا أن القانون الكويتي قد جانبه التوفيق في هذا الصدد حيث كان من المستحسن لو أنه قد أخرج بعض القرارات التأديبية الخطرة ونص على ضرورة تسيبها منعاً لتعسف السلطة التأديبية المختصة ، وتزداد هذه الحاجة إلحاحاً بصدد قرارات لجنة البورصة التأديبية ، وذلك يعود إلى إفتقار اللجنة في تشكيلها الى العنصر القانوني والقضائي ، ويزداد الأمر خطورة إذا ما علمنا أن القانون الكويتي لم يشترط تدرج معين في الجزاءات التأديبية مما يشكل خطورة واضحة وجليه على حقوق الافراد ، وبالتالي فمن الممكن أن يحدث أمر أن يصدر قرار تأديبي عن اللجنة لم يراعي الاصول القانونية السليمة لذلك نرى ضرورة اشتراط تسيب القرار بل وجميع القرارات الصادرة عن لجنة البورصة للاسباب السابقة الذكر.

ثانياً: ضمانات موضوعية

لم يكتفي المشرع الكويتي والمصري بتقرير مجموعة من الضمانات المتعلقة باجراءات تأديب وسطاء الأوراق المالية بل قرر كل منهم مجموعة من الضمانات ذات الطبيعة الموضوعية والتي تلتزم أن تحترمها الجهة التأديبية المختصة ، وسنستعرض هذه الضمانات على النحو التالي :

١: شرعية الجزاءات التأديبية

كما سبق القول فإن مبدأ لا عقوبة إلا بنص يعتبر من المبادئ الرئيسية في مجال التأديب ، وبالتالي لا يمكن للجهة التأديبية أن تقوم بايقاع جزاء

1 : وهذا لا يقتصر فقط على اللجنة بل يمتد ليشمل مجلس التأديب أيضاً.

تأديبي غير منصوص عليه في القانون¹، وبناء على ذلك تلتزم الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر وكذلك مجلس التأديب او لجنة البورصة في الكويت² بمراجعة مبدأ شرعية الجزاءات التأديبية وعدم القيام بفرض عقوبة تأديبية على الوسيط غير منصوص عليها في القانون، وبناء عليه لا تستطيع الهيئة العامة للرقابة المالية وقف نشاط الوسيط لمدة ستة أشهر مثلاً أو القيام بإيقاف ترخيصه لمدة معينة، وكذلك الأمر بالنسبة لمجلس التأديب فلا يملك أن يصدر قراراً بإيقاف ترخيص الوسيط لمدة سنة مثلاً أو قيام لجنة البورصة بإلغاء ترخيص الوسيط كجزاء تأديبي وذلك تحت طائلة عدم مشروعية القرار الصادر لمخالفته القانون وإهداره إحدى الضمانات الرئيسية التي يتمتع بها وسيط الأوراق المالية.

٢: مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة

إذا كان من المستقر عليه أن مبدأ شرعية الجزاءات التأديبية مطبق في المجال التأديبي وأن مبدأ عدم شرعية الجزاءات التأديبية لا يجد له تطبيقاً في مجال التأديب، وإذا كان المبدأ الأول يشكل ضمانة رئيسية يتمتع بها الوسيط فإن عدم الإخذ بمبدأ³ شرعية المخالفات التأديبية من شأنه أن يفرغ مبدأ شرعية الجزاءات التأديبية من مضمونه، ذلك أنه في هذه الحالة لن تلتزم الجهة التأديبية بأي فعل معين حيث يمكن أن تعتبر أي فعل صادر عن الوسيط يشكل مخالفة تأديبية تعاقبه عليه بعقوبة قاسية لا تتناسب مع المخالفة التي ارتكبها، وإدراكاً من القضاء لهذه الضرورة فقد أقر في كثير من الأحكام مبدأ التناسب ويعني ذلك أنه إذا كانت الجهة التأديبية تتمتع بسلطة تقديرية في اعتبار أن السلوك الذي بدر من الوسيط يشكل مخالفة تأديبية تستوجب العقاب التأديبي إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وبالتالي يجب أن يكون هنالك تناسب بين الفعل المرتكب والجزاء الموقع عليه، وإذا

1: حيث ان هذه الجزاءات التأديبية منصوص عليها في القانون علي سبيل الحصر لاقباس ولا توسع في تفسيرها.

2: كل في حدود اختصاصه.

3: يجب الا يفهم من ذلك اننا تناصر مبدأ شرعية المخالفات التأديبية.

كان تقدير هذا التناسب يعود بداية الى الجهة التأديبية إلا أن ذلك يخضع لرقابة القضاء^٢ وذلك حماية للوسطاء من التعسف في تقدير التناسب من قبل الجهة التأديبية .

٣: تدرج الجزاءات التأديبية

في الحقيقة لا يعتبر تدرج الجزاءات التأديبية - في رأينا - ضماناً مستقلة يتمتع بها الوسيط اثناء تأديبيه بل ينضوي هذا المبدأ بين أحضان الضمانة الأم وهي ضرورة التناسب بين الجزاء والمخالفة , ويقصد بمبدأ تدرج الجزاءات التأديبية أن تلتزم الجهة التأديبية في مراعاة التدرج في الجزاءات التأديبية فتبدأ بالجزاء الاخف ثم تنتقل بعدها للجزاء الأشد

1: ويعتبر من بين معايير وجود التناسب من عدمه جسامة المخالفة التأديبية المرتكبة ومقدار الارياح المحققة . وفي ذلك ايدت محكمة استئناف باريس قراراً للجنة عمليات البورصة بعدم توقيع عقوبة تأديبية وذلك لقلة جسامة المخالفة بالاضافة الى تفاهة الفائدة المجنية من وراءها , مشار اليه في : د. ماهر مصطفى محمود امام . النظام القانوني الخاص بشركات السمسة , مرجع سابق , ص ٣٤٦ , إلا اننا من جانبنا لا نتفق مع هذا الحكم ذلك انه تفاهة الارياح والفوائد المجنية وقله جسامة المخالفة لا يعتبران من الاسباب المعفية من العقاب بل قد يعتبران مؤشرا على تخفيف الجزاء تفاديا لتكرار مثل هذه الابخاء في المستقبل ; حيث نرى أنه في هذه الحالة كان من الأولى بمحكمة استئناف باريس الغاء قرار لجنة عمليات البورصة , وكان من الواجب على اللجنة ان تفرض جزاء يتناسب مع قلة جسامة المخالفة وقله الارياح المحققة لا ان ترفض توقيع اي جزاء . ذلك ان مثل هذا الاتجاه من شأنه ان يدفع العاملين بسوق المال وعلى الاخص شركات الوساطة الى ارتكاب المزيد من المخالفات في المستقبل وتوخي الحذر في خفتها تفاديا للعقاب .

2: وقد اكدت محكمة التمييز الكويتية ذلك في العديد من احكامها نذكر منها : ((... ولئن كان لجهة التأديب سلطة تقدير الذنب الاداري وما ياسبه من جزاء يغير معقب عليها الا ان مناط شرعية هذه السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية اخرى الا يشوب استعمالها غلو والذي من صورته عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الاداري وبين نوع الجزاء ومقداره وتقرير الجزاء المشوب بالغلو يخرج من نطاق المشوعية الى نطاق عدم المشوعية ومعياريها ليس شخصيا انما هو معيار موضوعي قوامه ان درجة خطورة الذنب الاداري لا يتناسب مع نوع الجزاء ومقداره ومن ثم يخضع لرقابة القضاء)) الطعن رقم ٨٨/٢٠٧ تجاري جلسة ١٩٨٩/٢/٥ منشور في اصدارات المكتب الفني لمحكمة التمييز سنة ١٩٩٦ , ص ٨ , وكذلك الامر بالنسبة الى الطعون رقم ٨٩/٢٩٢ تجاري جلسة ١٩٩٠/٣/٥ و ١٩٦٦ , ١٩٦٠ / ٢٠٢ / ٩٥ اداري جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ .

فالأشد ، وبناء على ذلك لا تستطيع الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر إستناداً للمادة ٣٠ من قانون ٩٢/٩٥ أن تصدر قراراً بوقف نشاط الوسيط فور ارتكابه مخالفة تأديبية بل يجب عليها أن تبدأ بالاجراء الأخف وهو توجيه إنذار للوسيط ، أما فيما يتعلق بالمادة ٣١ من قانون ٩٢/٩٥ فقد رأى بعض الفقه أن الهيئة العامة للرقابة المالية لا تلتزم بالترتيب المنصوص عليه فيها فلها حرية اختيار التدبير المناسب للمخالفة ، ومن جانبنا نتفق مع هذا الرأي ونرى أنه يتفق مع الروح التي تقوم عليها المسئولية التأديبية للوسطاء والتي تقوم على تبني الطرق الاصلاحية لتقويم اعوجاج الوسطاء وحملهم على اتباع أصول مهنتهم بشكل سليم . فلا نبدأ بالاجراء الشديد إلا إذا ثبت عدم جدوى الاجراء الأخف . أضف الى ذلك أنه على الرغم من صراحة النص وعدم الزامية الترتيب المنصوص عليه في المادة ٣١ إلا أننا نرى انه يجب أن نوضح أن مبدأ التدرج في الجزاءات التأديبية لا يعني اطلاقاً الزام الهيئة باتباع ترتيب معين ، فكما قلنا إن مبدأ التدرج يجد أحضانه في الضمانة الأم وهي التناسب بين الجزاء والمخالفة وبالتالي نرى من جانبنا انه على الرغم من صراحة نص المادة ٣١ من حيث عدم الزام الهيئة بالترتيب المعين ، نرى ان الهيئة ملزمة بمراعاة مبدأ التدرج في الجزاءات التأديبية وملزمة بالانصياع له وذلك خوفاً من هدر الضمانة الأم وهي التناسب بين الجزاء والمخالفة ، بعبارة أخرى نرى أن الهيئة العامة ستضطر الى مراعاة مبدأ التدرج بين الجزاءات خوفاً من أن تخرق التناسب بين الجزاء والمخالفة فلا تستطيع الهيئة العامة أن تفرض عقوبة شديدة على مخالفة بسيطة ، وفي النهاية سنصل الى نتيجة مفادها أن الهيئة العامة للرقابة المالية ملتزمة بتطبيق الجزاء الأخف ثم الأشد فالأشد مراعاة منها لمبدأ التناسب بين الجزاء والعقاب .

أما فيما يتعلق بالقانون الكويتي فباستقراء المواد ٤٢ و ١٤٢ من قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ يتبين للوهلة الأولى أن لجنة البورصة ومجلس

1: د. عاشور عبد الجواد . النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية . ص ١٢٢ .

التأديب لهما السلطة التقديرية في ايقاع الجزاءات دون ترتيب ودون تدرج إلا أننا نرى أنه - كما سبق وان قلنا بصدد الهيئة العامة للرقابة المالية سابقا - أن لجنة البورصة ومجلس التأديب سيرى نفسه مضطراً لمراعاة مبدأ التدرج فلا تطبق الجهة التأديبية العقوبة الأشد بل تبدأ بالأخف ثم الأشد فالأشد.

المطلب الثاني

الجهة المنوط بها تأديب الوسطاء واجراءاته

أولاً: الجهة المنوط بها تأديب الوسطاء

اختلفت تشريعات الدول المنظمة لقوانين سوق الأوراق المالية في تحديد الجهة التأديبية المختصة^٣، فبعضها أسند هذه المهمة الى الهيئة التي

1: ولا يختلف الامر بالنسبة الى القوانين السورية والعمانية والاماراتية والسعودية والقطرية حيث لم ينصوا على مايفيد بالزام الجهة التأديبية باتباع سياسة التدرج في ايقاع الجزاءات التأديبية. لذلك نرى أن - كما = = هو الحال في القانون المصري والكويتي - الجهة التأديبية ستجد نفسها مضطرة الى مراعاة التدرج في ايقاع الجزاءات التأديبية بما يتناسب مع جسامة المخالفة المرتكبة.

2: أسندت مهمة الرقابة والاشراف على سوق المال في فرنسا الى هيئة ادارية مستقلة تسمى سلطة الاسواق المالية AMF وذلك بموجب قانون رقم ٧٠٦ في اغسطس ٢٠٠٣. ويعوجه أصبحت سلطة الاسواق المالية هي الجهة المختصة بتأديب الوسطاء الماليين بعدما كانت من قبل من مهام لجنة عمليات البورصة COB. انظر:

D. Linotte et G. Autorité des marchés financiers SIMONIN, L', Prototype de la Réforme de l'État et aux AJDA, n 3, 2004, p 146.

وفي الولايات المتحدة الامريكية تعتبر لجنة الأوراق المالية والبورصة الجهة المختصة بالرقابة على سوق المال الامريكي. ولها سلطة توقيع الجزاءات التأديبية على العاملين فيه ومن بينهم الوسطاء الماليين. للاطلاع على الفروق بين هذه اللجنة والنظام الفرنسي انظر:

PHConan: " La régulation des marchés Boursiers par la commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and Exchange Commission (SEC), ces, LSDJ, 2002.

3: تختلف هذه الجهة المختصة من تشريع الى اخر فقد تكون هذه الجهة مسندة الى مجلس ادارة السوق كالقانون السوري (م ٦٨) ذو الطبيعة الادارية (م ٩) والقانون الاماراتي (م ٩ و ٢٧) والقانون القطري (م ٣٥) والقانون السعودي (م ٥٩) وقد تعود الى =

تتولى مراقبة سوق المال ، وبعضها الآخر جعل لهذه الهيئة دوراً في عملية التأديب إلا أن البت في التأديب جعله من اختصاص جهة أخرى ، وبناء على ذلك سنستعرض موقف كل من المشرع المصري والكويتي في هذا الصدد وذلك على الشكل التالي :

١: القانون المصري:

أسند المشرع المصري في قانون سوق رأس المال ٩٢/٩٥ وتعديلاته الى الهيئة العامة للرقابة المالية مهمة تأديب الوسطاء في سوق الأوراق المالية ، فاستناداً لحكم المادة ٤٣ منه تتولى الهيئة العامة للرقابة المالية فضلاً عن أي اختصاصات ممنوحة اليها في أي تشريع آخر تطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له ، وأناطت المادة ٤٦ منه برئيس الهيئة مهمة إدارة وتصريف امورها وتمثيلها أمام القضاء والغير .

واستناداً لحكم المادة ٣٠ و ٣١ من القانون ٩٢/٩٥ يختص مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية بايقاع الجزاءات التأديبية على المخالفين لأحكام قانون سوق المال واللوائح التنفيذية والقرارات والتعليمات الصادرة تنفيذاً له ، كما للمجلس اذا قام خطر يهدد استقرار سوق المال أو مصالح المتعاملين أو المساهمين أن يتخذ اجراءات تأديبية بحق المخالفين نصت عليها المادة ٣١ من القانون ٩٢/٩٥ . ويتكون مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية من رئيس وعضوية كل من نائبي الرئيس ونائب محافظ البنك المركزي يختاره محافظ البنك بالاضافة الى ٥ أعضاء من ذوي الخبرة في المجالات الاقتصادية والمالية والقانونية .

وإذا كانت السلطة المختصة بفرض جزاءات تأديبية على الوسطاء في مصر هي الهيئة العامة للرقابة المالية فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد حول ما إذا كان بإمكان السلطة التأديبية الزام الوسطاء بالإلتزامات

= لجنة تشكيلها ادارة السوق كالقانون العماني (م ٦٣) . ويتبين من هذه القوانين السابقة انها لم تنص على ضرورة توافر العنصر القانوني او القضائي في تشكيلها وهو امر ننتقده بشدة .

المالية تجاه عملائهم في حال ثبوت ارتكابهم مخالفات تستوجب العقاب التأديبي؟؟ بعبارة أخرى هل تملك الهيئة العامة للرقابة المالية سلطة الزام الوسيط بالوفاء بالالتزامات المالية تجاه عملائه في حال ارتكبه لمخالفات تأديبية؟؟

أجابت عن ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر بالنفي , حيث قررت أنه يقتصر دور الهيئة العامة للرقابة المالية على أعمال التفتيش والرقابة لضمان استقرار سوق المال وتحقيق الغايات المرجوة من قانون سوق المال . ولها في سبيل ذلك فرض جزاءات تأديبية على عاتق المخالفين وفقاً للمادة ٣٠ و ٣١ من قانون ٩٥/٩٢ وبالتالي يخرج من اختصاصها البت في المنازعات التي تنشأ بين المتعاملين في البورصة وشركات السمسرة حول الالتزامات المالية لكل منهم تجاه الاخر^١.

ويتبين مما سبق أن السلطة التأديبية في القانون المصري هي مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية.

٢: القانون الكويتي:

لم يضع المشرع الكويتي سلطة الفصل في المساءلة التأديبية بيد هيئة ادارية كما فعل المشرع المصري بل اسند مهمة تأديب الوسيط الى جهتين مختلفتين^٢ يتمثلان في لجنة البورصة ومجلس التأديب , وبالتالي سنستعرض ذلك على النحو التالي :

1: حكم محكمة القضاء الاداري , دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار , الدائرة السابعة , دعوى رقم ٥٦٩٢٣ سنة ٦٢ ق بتاريخ ١٧/٤/٢٠١٠ , غير منشور , وتتلخص وقائع القضية في ان احد عملاء شركة بايونيز للوساطة في الأوراق المالية قد تقدم بشكوى الى الهيئة العامة للرقابة المالية مطالبا اياها بالزام شركة بايونيز بدفع مستحقاته المالية نتيجة ارتكابها مخالفات تأديبية إلا أن الهيئة العامة للرقابة المالية امتنعت عن اصدار هذا القرار واقتصرت على فرض جزاء تأديبي على شركة الوساطة , وقد ايدت محكمة القضاء الاداري ذلك وامتنعت عن الغاء قرارها السلبي , على سند من القول ان الهيئة العامة للرقابة المالية غير مختصة بالزام شركة الوساطة في ذلك , وبالتالي ينتهي مع ذلك وصف القرار السلبي عنها.

2: تتمثل جهة التأديب في الكويت قبل صدور قانون ٧/٢٠١٠ في لجنة تأديب المشكلة بقرار من لجنة السوق (م ١٤) من مرسوم ١٩٨٣ .

أ: لجنة البورصة

عرف قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ أعضاء البورصة وحدد المقصود بهم، حيث يقصد بهم الشركات المدرجة والصناديق والوسطاء، وبالتالي يعتبر الوسيط عضواً في البورصة يلتزم بالقواعد والأنظمة المعمول بها داخل البورصة ويترتب على مخالفتها قيام المسؤولية التأديبية، وطبقاً للمادة ٤٢ من قانون ٢٠١٠/٧ والمادة ٨٤ من لائحته التنفيذية تشكل في البورصة لجنة تختص في النظر بالمخالفات المرتكبة من قبل أحد أعضائها للوائح وأنظمة العمل داخل البورصة^١.

ويتبين مما سبق أن لجنة البورصة هي الجهة التأديبية المختصة في تأديب الوسطاء المخالفين لأحكام وأنظمة العمل داخل البورصة، ومن جانبنا نرى أن مسلك المشرع الكويتي يقبل النقد حيث لم يحدد المشرع الكويتي كيفية تشكيل اللجنة وعدد أعضائها وما إذا كان يشترط بينهم العنصر القضائي من عدمه مما يعني أن ذلك يدخل من اختصاص رئيس مجلس إدارة البورصة، ولا يخفى على أحد خطورة مسلك المشرع بهذا الصدد إذ كان من الأولى بالمشرع الكويتي^٢ أن ينص على ضرورة احتواء اللجنة على عنصر قضائي أو قانوني على أقل تقدير.

أضف إلى ذلك فإننا لا نرى ضرورة في تعدد جهات تأديب الوسطاء ولا نتفق مع مسلك المشرع في منحه البورصة المكنة التأديبية للوسطاء.

1: ويمكن لهذه اللجنة ان توقع مجموعة من العقوبات نص عليهم قانون رقم ٢٠١٠/٧ ولائحته التنفيذية وهم

- ١ الإنذار.
 - ٢ إصدار أمر للمخالف بالتوقف عن ارتكاب تلك المخالفة.
 - ٣ إخضاع المخالف لمزيد من الرقابة.
 - ٤ الوقف عن العمل أو مازولة المهنة لمدة لا تجاوز سنة.
 - ٥ فرض قيود على نشاط أو أنشطة المخالف.
 - ٦ إلغاء المعاملات ذات العلاقة بالمخالفة وما ترتب عليها من آثار إذا أمكن ذلك.
 - ٧ وقف تداول ورقة مالية فترة زمنية محددة.
- 2: على غرار ما فعله بصدد مجلس التأديب

بالإضافة الى أن هذا المسلك من شأنه أن يخلق العديد من المشاكل العملية . فلنفترض أن وسيطاً في البورصة قد خالف واجب الإفصاح (بصوره المختلفة) على سبيل المثال فهذه المخالفة تعتبر مخالفة لأنظمة العمل داخل البورصة ومخالفة لقانون هيئة أسواق المال ولائحته التنفيذية . مما يعني أن اختصاص تأديب الوسيط في هذه الحالة يعود الى جهتين وهم لجنة البورصة ومجلس التأديب . ولن يكون هنالك أي مشكلة في حال اتحد قرار التأديب الصادر من الجهتين في مضمونه . إلا أن التساؤل يثور فيما لو أن الوسيط لم يخالف الواجب من الناحية القانونية وصدر قرار من مجلس التأديب بذلك فهل يعقل أن تحاكمه لجنة البورصة تأديبياً على فعل اعترفته من وجهة نظرها يشكل مخالفة تأديبية على خلاف وجهة نظر مجلس التأديب ذو العنصر القضائي والذي لا يعتبره يشكل مخالفة تأديبية من الناحية القانونية !!! وهذا أمر وارد الحدوث سيما أن اللجنة تفتقر الى العنصر القانوني فمن الممكن أن يحدث مثل هذا الامر فهل نكون أمام تعارض في القرارات وبالتالي عدم استقرار في السوق وإشاعة الفوضى أم ماذا ؟؟

سبق وان قلنا إننا لا نؤيد مسلك المشرع الكويتي في هذا الصدد ونحن نرى لو انه جعل من دور لجنة البورصة دوراً استشارياً أو اقتراحياً . حيث من الممكن أن يطلب منها مجلس التأديب ذو العنصر القضائي رأياً استشارياً في مسألة فنية معينة تتعلق في المخالفات المنسوبة الى الوسيط . او من الممكن أن تقترح لجنة البورصة على مجلس التأديب المخالفات التي ترى أنها قد وقعت من قبل الوسيط ويبقى للمجلس القول الفصل في البت فيها.

ب: مجلس التأديب

أناط المشرع الكويتي مهمة الفصل في المخالفات التأديبية الناجمة عن مخالفة أحكام قانون هيئة أسواق المال واللوائح والقرارات والتعليمات الصادرة تنفيذاً له الى مجلس تأديب يتكون من ٣ أعضاء برئاسة قاض يتدبه مجلس القضاء الأعلى وعضوين من ذوي الخبرة في الشؤون المالية

والاقتصادية والقانونية ، وتكون مدة العضوية في مجلس التأديب ٣ سنوات قابلة للتجديد ويتولى المجلس الفصل في المسألة التأديبية المرفوعة من قبل الهيئة.

وبناء على ذلك جعل المشرع الكويتي من مجلس التأديب السلطة التأديبية المختصة في الفصل في المسألة التأديبية وحسناً فعل المشرع في ذلك نظراً الى أن وجود عنصر قضائي وقانوني في تشكيل الهيئة من شأنه أن يحقق الامان القانوني للمدعى عليهم ومن شأنه أن يضبط اجراءات تأديبهم على نحو قانوني سليم .

ثانياً: اجراءات التأديب

١: القانون المصري

أسند المشرع المصري - كما سبق القول - مهمة التأديب الى الهيئة العامة للرقابة المالية ، وعلى غرار ما انتهجه المشرع الكويتي بصدد اجراءات تأديب الوسطاء لم يختلف المشرع المصري عن ذلك ، حيث تبدأ هذه الإجراءات إما بواسطة شكوى تقدم بحق الوسيط المخالف أو بناء على تدخل تلقائي من قبل الهيئة عن طريق الجولات التفتيشية على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ومن بينها شركات الوساطة ، وتنتهي هذه الإجراءات بصدور قرار عن مجلس ادارة الهيئة العامة للرقابة المالية بايقاع الجزاء التأديبي بحق الوسيط المخالف ، وبناء على ذلك سنستعرض هذه الإجراءات بشكل موجز على النحو التالي :

١: تقديم شكوى:

تتلقى الهيئة العامة للرقابة المالية باعتبارها الجهة التأديبية المختصة بتأديب الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ومن بينهم شركات الوساطة الشكاوى من كل ذي مصلحة عن أي مخالفة وقعت من الوسيط لحكم القانون أو اللائحة أو مخالفة لقرار أو تعليمات صادرة عن الهيئة في هذا الصدد ، وتتضمن الشكوى اسم وبيانات الشاكي الشخصية وبيان الجهة المشكو منها وهي شركة الوساطة ، وتحديد نوع الأوراق المالية محل

الشكاوى وما اذا كانت اسهم أو سندات أو خلافه، أضيف الى ذلك تحديد نوع المخالفة المرتكبة من قبل الهيئة العامة للرقابة المالية. وشرح تفصيلي للوقائع التي وقعت ويقوم الموظف المختص بالهيئة العامة للرقابة المالية بتلقي الشكاوى وتحرير ما يثبت ذلك¹.

٢: التفتيش:

أصدرت الهيئة العامة لسوق المال (الهيئة العامة للرقابة المالية حالياً) قرار^٢ رقم ١٥ لسنة ١٩٩٥ يقضي بوضع قواعد التفتيش والرقابة على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ، حيث يهدف التفتيش الذي تقوم به الهيئة الى التأكد من مدى مطابقة شركة الوساطة لأحكام قانون سوق المال واللائحة التنفيذية له ، وقد نص القرار على نوعين من التفتيش تفتيش دوري وتفتيش غير دوري.

أما عن التفتيش الدوري فيقصد به التفتيش الذي يتم وفقاً لبرنامج سنوي معتمد من رئيس الهيئة يتضمن مجموعة من الشركات يتم اختيارها بناء على معايير معينة ، ويتم تنفيذ هذا البرنامج من خلال لجان يتم تشكيلها وفقاً لضوابط معينة بحيث تضم أعضاء من عدة تخصصات (قانوني، محاسبي، معلوماتي) بما يضمن التفتيش على كافة الجوانب المتعلقة بالشركة.

ثم تقوم هذه اللجان بإجراء كافة التحقيقات اللازمة وإعداد تقاريرها بنتائج التفتيش متضمنة كافة المخالفات المنسوبة للشركة ثم تعرضها على إدارة الهيئة لاتخاذ الإجراء المناسب تجاه الشركة.

1: للاطلاع على النموذج التي اعدته الهيئة العامة للرقابة المالية بشأن الشكاوى ضد احدى الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية انظر:

http://www.efsa.gov.eg/content/efsa2_ar/pool_extra_efsa/complainpdf.htm

2: للاطلاع على القرار انظر موقع الهيئة العامة للرقابة المالية على شبكة الانترنت:

http://www.efsa.gov.eg/content/efsa2_ar/pool_extra_efsa/des151995.htm

أما غير التفتيش غير الدوري فيقصد به التفتيش يتم بناء على وقائع محددة (شكوى أو تلامعات في السوق...إلخ) تتطلب التحقق الميداني منها للوقوف على حقيقتها، وفي هذه الحالة يتم تشكيل لجنة تضم التخصصات اللازمة لفحص الموضوع وتقوم بمهمتها على وجه السرعة، من حيث الحصول على المستندات الخاصة بالواقعة وإجراء التحقيقات مع المسؤولين عنها بالشركة وإعداد تقرير بشأنها للعرض على إدارة الهيئة لاتخاذ الإجراء المناسب بشأنها.

ويقوم بالتفتيش سواء كان دورياً أو غير دورياً موظفين يحملون صفة الضابطة القضائية.

ويتبين مما سبق أن المشرع المصري قد نص على نوعين من التفتيش (الدوري والمفاجئ) ، اما المشرع الكويتي فلم ينص إلا على نوع واحد من التفتيش ولم يحدد ما إذا كان دوري أو غير دوري وإن كان الأمر يبدو أنه تفتيشاً غير دورياً.

٢: مجلس الإدارة:

كما سبق القول فإن المشرع المصري أسند مهمة الفصل في المسألة التأديبية إلى الهيئة العامة للرقابة المالية فبعد أن تتم مرحلة التفتيش وترفع نتائج التفتيش إلى الهيئة العامة للرقابة المالية ، تقوم الهيئة العامة للرقابة المالية مشكلة بمجلس ادارتها باختيار الجزاء المناسب على الوسيط المخالف.

٢: القانون الكويتي:

نص قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ على مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى ضمان حسن تأديب الوسطاء، وتنوع هذا الإجراءات في نقطة البداية فقد تبدأ هذه الإجراءات عن طريق تقديم شكوى أو تتم الإجراءات بدون شكوى وذلك من قبل الهيئة ، وتنتهي هذه الإجراءات بالوصول إلى مجلس التأديب وبناء عليه سنستعرض هذه الإجراءات بشكل موجز وذلك على النحو التالي :

أ: تقديم شكوى:

نص المشرع الكويتي في المادة ١٥ من قانون ٢٠١٠/٧ على أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتقدم بشكوى الى لجنة التظلمات^١ وذلك عن أي خطأ أو مخالفة يرتكبها الشخص المرخص له . وتقدم الشكاوى الى أمين سر اللجنة وتسجل في سجل معد لذلك ، ويقوم أمين السر بعرض الشكوى على رئيس اللجنة ويخطر بها المدير التنفيذي للهيئة (م ٤٨ لائحة)^٢. كما وتجري اللجنة تحقيقاً إدارياً في الشكوى المقدمة بشأن المخالفات وتبت فيها أو تقرر حفظها ولها أن توصي بإحالتها إلى مجلس التأديب إذا قدرت ذلك (م ٥١ لائحة)، وتبت اللجنة بالشكوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها، ولها قبل إصدار قرارها سماع أقوال من ترى لزوم سماع أقواله، أو استيفاء أي نقص أو استكمال للأوراق (م ٥٢ لائحة) . ويتعين أن تخطر اللجنة صاحب الشكوى بقرارها خلال أسبوع من تاريخ البت فيها، ويجوز التظلم من القرار أمام لجنة الشكاوي والتظلمات خلال أسبوع من تاريخ إخطاره أو علمه بالقرار (م ٥٣ لائحة).

ب: التفتيش:

تملك هيئة أسواق المال سلطة التفتيش - من خلال موظفي الضابطة القضائية- على الشركات العاملة في الأوراق المالية - ومن بينهم شركات الوساطة - للتأكد من مدى التزامهم بأحكام قانون هيئة أسواق المال واللوائح والقرارات والتعليمات المرتبطة به، حيث يكون لمن تثبت لهم صفة الضبطية القضائية في سبيل مباشرة أعمالهم الصلاحية في دخول

1: تشكل هذه اللجنة من ٣ أعضاء يحدد من بينهم رئيس (م ٤٧ من اللائحة).

2: كما ويجب ان تقدم الشكوى مكتوبة، وتشتمل على البيانات التالية:

1. اسم الشاكي وصفته ومهنته وعنوانه شاملا بيانات الرقم المدني والهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني.
2. فحوى الشك وى، والمستندات المؤيدة لها.
3. توقيع الشاكي وتاريخ تقديم الشكوى.
4. المشكو بحقه وعنوانه شاملا بيانات الهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني (م ٤٩ لائحة).

مقار الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو في مقر أسواق الأوراق المالية أو أي جهة أخرى توجد بها ، كما لهم التفتيش على الجهات الخاضعة للقانون رقم ٧ لعام ٢٠١٠ للتأكد من التزامها بأحكام القانون واللوائح والنظم والقرارات التي تصدر تنفيذاً له ، كما لهم الحق في الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات أو وثائق أو أشرطة أو أنظمة حاسب آلي أو وسائط أخرى لتخزين البيانات أو معالجتها في مقار الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو في مقر أسواق الأوراق المالية أو في أي جهة أخرى توجد بها وتكون في حيازتها أو تحت سيطرتها ، ولهم الحق في الحصول على المعلومات والمبررات عند طلبها ولهم استدعاء الشهود وسماع أقوالهم أو الطلب من أي شخص له خبرة فنية ابداء الرأي في أي مسألة متعلقة بمباشرة أعمالهم واثباتها في محضر (م ٦٣ لائحة).

وتتولى الإدارة القانونية في الهيئة مهمة التحقيق الإداري في المخالفات الواردة في القانون رقم ٧ لعام ٢٠١٠ واللائحة والمحالة إليها من المدير التنفيذي للهيئة ، وللمحقق بهدف ممارسة مهمة التحقيق وأداء عمله الصلاحيات التالية :

- ١- حق طلب أي بيانات أو مستندات أو وثائق من أي جهة حكومية أو جهة ذات شأن بنشاط الهيئة.
 - ٢- حق سماع شهادة الشهود.
 - ٣- استدعاء أو طلب حضور كل من يرى ضرورة سماع أقواله.
 - ٤- حق الإنتقال ومراجعة أي سجل أو بيانات لدى أي جهة حكومية أو جهة ذات شأن بنشاط الهيئة (م ٤٢٢ لائحة).
- فإذا ما أظهرت التحقيقات وجود أدلة على إتيان المخالفة جاز للهيئة إحالة المخالفة إلى مجلس التأديب (م ٤٢٣ لائحة).
- ج: مجلس التأديب:

كما سبق القول يحق للهيئة بعد ثبوت المخالفة أن تحيل الأوراق الى مجلس التأديب وذلك للبت في المسألة التأديبية ، إلا أنه نظراً لخطورة

الإحالة الى مجلس التأديب منح القانون الهيئة سلطة التنبيه على المخالفين للتوقف عن ارتكاب مخالفاتهم وازالتها ومع التعهد بعدم تكرارها مستقبلا . إلا أنه إذا قدرت الهيئة عدم جدوى التنبيه مع المخالف وقررت إحالة الأوراق الى مجلس التأديب عندها يبدأ دور المجلس في الإجراءات . حيث يتولى أمين السر تلقي المخالفات المحالة إلى المجلس التأديبي وعرضها على رئيس المجلس التأديبي وإبلاغ ذوي الشأن بمواعيد إنعقاد الجلسات وكل ما يكلفه به الرئيس (م ٤٢٩ لائحة) . ويكون لأي شخص يتم التحقيق معه أو يمثل أمام مجلس التأديب الحق الكامل في الدفاع عن نفسه ، وله أن يوكل محام للدفاع عنه (م ٤٢٤ لائحة) . ويجب على أمين السر إخطار المخالف بالموعد الذي حدده المجلس التأديبي لنظر المخالفة المنسوبة إليه ومضمونها ، كما يجب إخطار المتظلم بموعد نظر تظلمه ويكون الإخطار قبل الموعد المحدد بثلاثة أيام (م ٤٣٠ لائحة) . ويتعين على أمين السر أن يمكن المحال أمام المجلس التأديبي أو وكيله من الاطلاع على جميع الأوراق المتعلقة بالمخالفة وتزويده بصورة من الأوراق التي يطلبها بعد سداد الرسم المقرر (م ٤٣٢ لائحة) . وتكون مداوالات المجلس التأديبي سرية وتصدر قراراته بالأغلبية (م ٤٣٦ لائحة) . وبعد صدور القرار يخبر أمين السر كتابة مجلس المفوضين وأصحاب الشأن بجميع القرارات التي تصدر عن المجلس التأديبي خلال سبعة أيام عمل من تاريخ صدورها (م ٤٣٨ لائحة) .

المطلب الثالث

الطعن في القرار التأديبي

كما سبق القول فقد أناطت تشريعات الدول المنظمة لسوق الأوراق المالية الى جهة مختصة مهمة تأديب الوسطاء ، هذه الجهة قد تكون جهة إدارية كما هو الحال في القانون المصري وقد تكون جهة ذات عنصر قضائي كما هو الحال في القانون الكويتي . وأجازت هذه التشريعات الطعن على هذه القرارات^١ إلا أنه اختلفت في تحديد طرق الطعن^٢ وأساليبه وهل يشترط

١: اجازت المادة ٦٨ من القانون السوري للشخص الذي فرضت عليه أي عقوبة تأديبية حق الاعتراض على القرار لدى المجلس خلال خمسة أيام عمل من تاريخ التبليغ ، =

التظلم قبل الطعن أم لا. وهل يعتبر التظلم وجوبياً من عدمه وما هي مدة التظلم^٢ والطعن. وبالتالي سنستعرض موقف كل من المشرع الكويتي والمصري في هذا الصدد على النحو التالي:

أولاً: القانون المصري

نص القانون المصري ٩٥/٩٢ في المادة ٣٢ منه على أنه يكون التظلم من القرارات المنصوص عليها في المواد ٣٠ و ٣١ من قانون ٩٥/٩٢ امام لجنة التظلمات المنصوص عليها في الباب الخامس من القانون وذلك خلال ١٥ يوماً من تاريخ ابلاغ صاحب الشأن في القرار أو علمه به ولا تقبل الدعوى في الغاء تلك القرارات قبل التظلم منها.

= ويعتبر قرار المجلس في البت بالتظلم نهائياً ونافاً. ونصت المادة ٦٣ فقرة ب من القانون العماني على انه يجوز الطعن في قرارات اللجنة التأديبية امام لجنة التظلمات خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تبليغها إلى صاحب الشأن ويكون قرار اللجنة في هذا الطعن نهائياً. واجازت المادة ٣٨ من القانون القطري الطعن في القرارات التأديبية امام لجنة التظلمات المشكلة وفقاً للمادة ٣٧ منه. ونصت المادة ٢٩ من القانون الاماراتي على انه يجوز الطعن امام المحكمة المختصة في القرارات الخاصة بالجزاءات الواردة في البندين (٣) و (٤) من المادة (٢٧) وكذلك القرارات الصادرة من الهيئة بشطب الوسطاء وفقاً لهذا القانون، ويكون الطعن في هذه الحالات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الاخطار بقرار الجزاء.

1: تجدر الإشارة الى انه على الرغم من ان التشريعات السورية والقطرية والاماراتية والعمانية قد نصت على امكانية التظلم من القرارات التأديبية امام جهة مختصة الا انه لم تتحد في طرق الطعن. فبينما نجد ان القانون السوري لم ينص على ان قرار مجلس ادارة السوق بايقاع الجزاءات التأديبية يقبل الطعن امام القضاء وكذلك الامر بالنسبة الى القانون العماني لم ينص على امكانية الطعن بالقرار امام القضاء. نجد ان القانون الاماراتي والقطري قد نصا على انه يجوز الطعن في القرارات الصادرة في البت في التظلم اما امام الدائرة المختصة لدى محكمة الاستئناف وذلك في القانون القطري (م ٣٨) واما امام المحكمة المختصة في القانون الاماراتي. وفي هذا الموضع نرى ان القرارات التأديبية الصادرة عن الجهات التأديبية في سوريا وعمان تقبل الطعن امام القضاء الاداري باعتبارها قرارات ادارية وتثني على موقف كل من المشرع الاماراتي والقطري في هذا الصدد.

2: تختلف هذه المدة من قانون لآخر فبينما نجدها خمسة أيام عمل من تاريخ تبليغ القرار و ٣٠ يوماً من تاريخ التبليغ او الاخطار في القانون العماني والاماراتي. في حين نجد ان القانون القطري قد اغفل ذكر هذه المدة.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن المشرع المصري قد سمح للوسيط الذي صدر بحقه قراراً تأديبياً من الهيئة العامة للرقابة المالية رفع دعوى إلغاء ذلك القرار أمام محكمة القضاء الإداري إلا أنه قبل ذلك أجبر المشرع الوسيط التظلم من هذا القرار أمام لجنة التظلمات وذلك تحت طائلة عدم قبول دعوى إلغاء القرار، ويكون ميعاد التظلم من هذا القرار خلال ١٥ يوماً من تاريخ إبلاغ الوسيط به أو علمه به ويكون قرار اللجنة بالبت في التظلم نهائياً ونافاً ولا تقبل دعوى إلغاء القرار قبل التظلم منها.

وتجدر الإشارة إلى أن لجنة التظلمات تشكل بقرار من الوزير برئاسة أحد نواب رئيس مجلس الدولة وعضوية اثنين من مستشاري مجلس الدولة يختارهم المجلس وأحد شاغلي وظائف مستوى الإدارة العليا في الهيئة يختاره رئيسها وأحد ذوي الخبرة يختاره الوزير.

وترى الاستاذة الدكتورة سمحية القليوبي أن المشرع المصري قد أحسن صنعا في تشكيل لجنة التظلمات، فاللجنة تتضمن عناصر محايدة وعلى درجة عالية من الكفاءة مما قد يخفف العبء الكبير على القضاء².

ثانياً: القانون الكويتي

أجاز قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ الطعن على القرار التأديبي الصادر من الجهة التأديبية المختصة^٣، ولما كانت هذه الجهة تتوزع بين لجنة البورصة ومجلس التأديب لذلك كان لزاماً علينا التمييز بين طرق الطعن في

1: تجدر الإشارة إلى أنه يتم الطعن ضد قرارات لجنة الجزاءات التابعة لسلطة الاسواق المالية (AMF) امام محكمة استئناف باريس وقد قضي بان يتم الطعن بدعوى مبتدأة ولا تعتبر محكمة الاستئناف عند نظرها للطعن بمثابة درجة ثانية من درجات التقاضي. انظر: حكم محكمة الاستئناف مشار اليه في: د. ماهر مصطفى محمود امام . النظام القانوني الخاص بشركات السمسة، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

2: د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ١١٦٤.

3: تنص المادة ١٥ من مرسوم عام ١٩٨٣ الملغي في الكويت على أنه يجوز استئناف القرارات الصادرة من لجنة التأديب بالوقف عن العمل أو إيقاف التعامل في أوراق الشركة أو شطب العضوية امام مجلس تأديب استئنافية يشكل بقرار من لجنة السوق برئاسة مستشار من ادارة الفتوى والتشريع ويبين القرار الصادر بتشكيل المجلس الاجراءات الواجب اتباعها امامه ((.

القرار التأديبي الصادر عن لجنة البورصة وبين القرار التأديبي الصادر عن مجلس التأديب وذلك على النحو التالي:

١: لجنة البورصة

منح قانون هيئة أسواق المال لجنة البورصة اختصاصاً تأديبياً بحق أعضائها ومن بينهم الوسطاء حال مخالفتهم لقواعد وأنظمة العمل داخل البورصة . وبناء عليه وبعد اتخاذ لجنة البورصة القرار التأديبي بحق العضو الوسيط يتعين عليها أن تحظر هيئة أسواق المال بالقرار التأديبي وبتفاضيل المخالفة والإجراءات المتخذة والجزاءات الموقعة على الوسيط ، وللهيئة بقرار منها أو بناء على تظلم يقدمه المتظلم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اخطاره كتابة بالقرار إحالة الموضوع الى مجلس التأديب ليتولى مراجعة الاجراء التأديبي وفق نظام المراجعة المعتمد لديه ، وللمجلس التأديبي أن يؤيد قرار البورصة أو يعدله أو يلغيه وذلك بقرار مسبب (م ٤٣) .

ونلاحظ على مسلك القانون الكويتي مايلي:

- لم يحدد القانون مدة زمنية معينة يتعين خلالها على البورصة اخطار الهيئة بالقرار التأديبي ، لذلك نصي المشرع الكويتي بتحديد هذه المدة ولتكن ٣ ايام من تاريخ صدور القرار وذلك من اجل سرعة البت في المخالفات التأديبية.
- لم يحدد القانون الجزاء المترتب على مخالفة البورصة التزامها بالاخطار وما اذا كان بإمكان الهيئة احالة الموضوع الى مجلس التأديب من عدمه ، بعبارة اخرى لم يحدد القانون ما اذا كان الاخطار من الشروط الشكلية القانونية لاحالة الموضوع الى مجلس التأديب ، ومن جانبنا نرى ان الجزاء يجب ان يكون جزاء ادارياً توقعة الهيئة على البورصة المخالفة ولا يحول عدم الاخطار دون احالة الموضوع الى مجلس التأديب.

- لم يحدد القانون ما إذا كان الاخطار الذي توجهه البورصة شرطاً شكلياً من شروط قبول التظلم من جانب الوسيط المشكوم منه ، وايضا كما سبق القول في الملاحظة السابقة نرى أن الأخطار ما هو إلا إجراء إداري يستطيع الوسيط المشكوم من سلوكه التظلم من القرار سواء تم اخطار الهيئة به أم لا والقول بغير ذلك فيه إفادة البورصة من جراء تقصيرها.

- لم يحدد القانون الكويتي مدة زمنية معينة يتعين على الهيئة خلالها البت في التظلم إما رفضاً أو قبولاً ، لذلك نوصي المشرع الكويتي بضرورة تحديد مدة زمنية معينة للبت في التظلم ولتكن ١٥ يوماً ويعد انقضاء هذه المدة دون صدور القرار بمثابة رفضاً للتظلم.

- أعطى القانون الكويتي هيئة أسواق المال سلطة تقديرية واسعة في حالة الأوراق الى مجلس التأديب من عدمه حيث جعل منها صاحبة الكلمة الأخيرة في ذلك ، ولا يخفى على أحد مدى خطورة هذا الاتجاه سيما واننا سبق وأن انتقدنا تشكيل لجنة البورصة وافتقارها الى العنصر القضائي ، أضف الى ذلك افتقار هيئة أسواق المال في تشكيلها الى العنصر القانوني الكافي لتحقيق الأمان القانوني وبالتالي تصبح الهيئة سيفاً مسلطاً على رقاب المخالفين يخشى عليهم من سوء استخدامه ، ولنفترض جدلاً أن لجنة البورصة قد أصدرت قراراً تأديبياً يتضمن مخالفة قانونية - وهذا أمر وارد الحدوث كونها تفتقر للعنصر القانوني في تشكيلها - وتم التظلم الى الهيئة أو أغفلت هذه المخالفة القانونية فهل من المنطقي ان نقف عند هذا الحد ؟؟؟ أو ليس من العدالة أن تكون الجهة الناظرة في الطعن ذات عنصر قضائي أو على اقل تقدير ذات عنصر قانوني ؟؟؟

- لم يحدد القانون الكويتي الموقف القانوني الواجب الإلتباع في حال إستئناف الهيئة عن اصدار قرار في البت بالتظلم ، وبالتالي نرى أنه إستكاملاً للملاحظة السابقة نرى ضرورة أن تلتزم الهيئة المدة

الزمنية - الموصى بها من قبلنا - في البت بالتظلم خلالها وأن يعتبر إستكاف الهيئة عن إصدار قرارها بالبت خلالها بمثابة رفضاً للتظلم يستطيع بعدها الوسيط المخالف الطعن بالقرار أمام مجلس التأديب.

- جعل القانون الكويتي من التظلم الى الهيئة من قرار لجنة البورصة تظلماً وجوياً لا يستطيع الوسيط اللجوء الى جهة الطعن - وهي مجلس التأديب في هذا الصدد - إلا بعد التظلم الى الهيئة وقبول الهيئة احالة الأوراق الى مجلس التأديب, ونرى أن هذا يشكل افتتات على حق الوسيط في التقاضي وجعل مصيره مرتبط بموافقة الهيئة على الاحالة لذلك نوصي المشرع الكويتي في جعل التظلم اختيارياً أو على الأقل إبقائه إجبارياً ولكن مع منح الوسيط الحق في الطعن أمام مجلس التأديب بعد انقضاء المدة الموصى بها من قبلنا سابقا.

٢: مجلس التأديب

يعتبر مجلس التأديب هو السلطة الرئيسية التأديبية المختصة في البت في المساءلة التأديبية في القضايا المرفوعة من قبل الهيئة والمحاللة الى مجلس التأديب والمتعلقة بمخالفة القوانين واللوائح والقرارات النافذة . وبالتالي يجوز لمن صدر في حقه قراراً تأديبياً من مجلس التأديب أن يتظلم منه كتابة لدى الهيئة خلال خمسة عشر يوم عمل من تاريخ إخطاره كتابة بالقرار ويعتبر قرار الهيئة رفض التظلم نهائياً ويجوز الطعن فيه أمام المحكمة المختصة ، ويعتبر عدم الرد على التظلم خلال شهر من تاريخ تقديمه بمثابة رفض له وفي حال قبول التظلم تقوم الهيئة بإحالته للمجلس التأديبي لإعادة النظر في قراره , ويلاحظ على مسلك المشرع الكويتي مايلي :

- جعل القانون الكويتي من التظلم من قرار مجلس التأديب حقاً اختيارياً للوسيط المخالف وليس تظلماً وجوياً وبالتالي يجوز للوسيط المخالف التظلم من القرار من عدمه . وحسناً فعل المشرع الكويتي في هذا الصدد ونرى ضرورة تطبيق هذا الحل بصدد القرار التأديبي الصادر من لجنة البورصة.

- تنص المادة ١٤٧ من قانون ٢٠١٠/٧ على انه ((يجوز لكل من صدر بحقه جزاء من الجزاءات المنصوص عليها في هذا القانون التظلم منه كتابة لدى الهيئة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره كتابة بالقرار، ويعتبر قرار الهيئة برفض التظلم نهائياً ويجوز الطعن فيه أمام المحكمة المختصة، ويعتبر عدم الرد على التظلم خلال شهر من تاريخ تقديمه بمثابة رفض له)) وتنص المادة ٤٤٢ من اللائحة التنفيذية لقانون ٢٠١٠/٧ على مايلي: ((يجوز لمن صدر في حقه جزاء من الجزاءات المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون رقم ٢٠١٠/٧ أن يتظلم منه كتابة لدى الهيئة خلال خمسة عشر يوم عمل من تاريخ إخطاره كتابة بالقرار ويعتبر قرار الهيئة برفض التظلم نهائياً، وفي حال قبول التظلم تقوم الهيئة بإحالة للمجلس التأديبي لإعادة النظر في قراره)). ويلاحظ هذه المواد مايلي:

- من المبادئ القانونية المقررة في القانون أن اللائحة التنفيذية يجب أن يقتصر عملها على بيان كيفية تنفيذ القانون، فلا تتضمن احكاماً جديدة تعدل بها احكاماً أخرى في القانون أو تعطلها أو تعفي من تنفيذها تحت طائلة عدم مشروعيتها ما لم يكن القانون قد فوضها في ذلك، وبناء على ذلك وبما أن قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ لم ينص على الحالة التي تقبل فيها الهيئة التظلم وبالتالي نكون أمام لائحة غير مشروعة تجاوزت نطاق مهمتها وحدثت طريقاً جديداً للطعن لم ينص عليه القانون.

- أن المادة ٤٤٢ من اللائحة تجعلنا ندور في حلقة مفرغة لا خروج منها، حيث ألزمت الهيئة في حال قبول التظلم أن تعيده الى مجلس التأديب لتعيد النظر فيه، وبالتالي لنفترض جدلاً أن وسيطاً قد ارتكب مخالفة

1: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، اصول القانون، الجزء الاول، نظرية القانون، دراسة لاصول القانون ومبادئه العامة، ٢٠٠٦، ص ١٧٠، د. جابر محبوب علي محبوب المدخل الى علم القانون، طبعة ٢٠١١، ص ١٦١.

تأديبية وصدر قرار من مجلس التأديب بإيقاع عقوبة تأديبية معينة ثم قام الوسيط وتظلم الى الهيئة فقبلت تظلمه ثم أحالت الأوراق الى مجلس التأديب لاعادة النظر فيه . ويثور التساؤل هنا ما العمل فيما لو أصر مجلس التأديب على الجزاء التأديبي دون تعديل وأصدر قراره بذلك؟؟؟ فهل يستطيع الوسيط أن يتظلم من القرار مرة اخري أمام الهيئة؟؟ وفي حال قبلت الهيئة التظلم مرة أخرى وأعدت الأوراق الى المجلس من جديد فهل يمكن أن نقول أننا أصبحنا أمام صراع بين المجلس والهيئة؟؟؟ قد يقول قائل أنه يتعين على مجلس التأديب أن يلتزم بتوجيهات الهيئة ولكن يمكن الرد عليه أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة ، أضف إلى ذلك انه على فرض صحة هذا الرأي فما هي فائدة العنصر القضائي في تكوين مجلس التأديب؟؟؟ وبالتالي نرى أن هذا الرأي من شأنه أن يخلق هيمنة على قرارات مجلس التأديب من قبل الهيئة لا يتفق وحكمة المشرع من تأسيس مجلس للتأديب ، وبالتالي نرى أنه لا يمكن أن تلزم الهيئة مجلس التأديب بقرارها وبالتالي لا يمكن فض التنازع سوى بتعديل تشريعي يمنع من الهيئة أن تعيد الأوراق الى مجلس التأديب ويعطي الوسيط الحق في اللجوء الى المحكمة المختصة .
وبالتالي يتجلى الفرق بين موقف القانون الكويتي والقانون المصري في هذا

الصدده بالنواحي التالية:

1- جعل القانون الكويتي من التظلم من القرار الصادر عن لجنة البورصة تظلماً وجوبياً واختيارياً من قرار مجلس التأديب ، أما موقف القانون المصري فجاء موحداً حيث جعل من التظلم من قرار الهيئة العامة للرقابة المالية اجبارياً بحيث لا تقبل دعوى الغاء القرار إلا بعد التظلم منها.

1: تجدر الإشارة الى ان هذا الرأي يمكن ان يكون صحيحاً في العلاقة بين لجنة البورصة وهيئة اسواق المال وذلك لان لجنة البورصة وادارة البورصة تخضع الى رقابة هيئة اسواق المال ، فضلاً عن كونها لجنة ذات طبيعة ادارية تخلو من العنصر القضائي.

- كل من القانون الكويتي والمصري جعل من التظلم من القرار التأديبي خلال ١٥ يوماً إلا أنهم اختلفوا في تاريخ سريانها ، ففي القانون الكويتي تسري المدة من تاريخ ابلاغ صاحب الشأن بالقرار كتابة ، أما في القانون المصري فقد جعلها تسري من تاريخ ابلاغ صاحب الشأن فيها. ولم يحدد طريقة الابلاغ وتسري ايضاً من تاريخ علم الوسيط بالقرار.
- تختلف الجهة التي تنظر التظلمات ، فبينما تكون ذات صفة إدارية في القانون الكويتي (هيئة أسواق المال) نجدها ذات عنصر قضائي في القانون المصري.
- تختلف الجهة التي تنظر في الطعن بالقرار التأديبي ، فبينما نجدها في القانون الكويتي مجلس التأديب ذو العنصر القضائي بالنسبة الى قرارات لجنة البورصة أو محكمة أسواق المال بالنسبة لقرارات مجلس التأديب ، نجد أن محكمة القضاء الاداري هي المختصة بالنسبة الى قرارات الهيئة العامة للرقابة المالية.

التوصيات

إستخلصنا من هذه الدراسة المقارنة بعض التوصيات التي من الممكن أن نوجهها الى المشرع الكويتي وذلك على النحو التالي :

١- نوصي المشرع الكويتي بأن يحدو حدو المشرع المصري بضرورة النص على الشكل القانوني للوسيط في صلب قانون هيئة أسواق المال وليس النص على الإحالة في الإختصاص لتحديد الشكل القانوني في اللائحة الى هيئة أسواق المال وذلك لأن تحديد الشكل القانوني للوسيط من الأمور الثابتة نسبياً وليست من الأمور التي تتمتع بالمرونة.

٢- نوصي المشرع الكويتي بضرورة النص على التزام الجهة التأديبية عند أيقاعها للجزاءات التأديبية بتدرج معين بشكل يتناسب مع خطورة

المخالفة فلا تبدأ بالإجراء الأشد بل تبدأ بالجزء الأخف ثم الأشد فالأشد.

٣- نوصي المشرع الكويتي بضرورة التدخل لفسك التعارض في إختصاص هيئة أسواق المال في إيقاع عقوبة إلغاء الترخيص طبقاً للمادة ٣/٧٦ وبين اختصاص مجلس التأديب في إيقاعها وضرورة قصر هذه المهمة على مجلس التأديب ذو العنصر القضائي.

٤- نوصي المشرع الكويتي بضرورة التدخل والنص على تسبب بعض القرارات التأديبية التي تتمتع بخطورة كبيرة كقرار إلغاء الترخيص أو المنع من مزاولة العمل خشية من إساءة استخدام السلطة والتعسف فيها نظراً لما يوفره تسبب القرار التأديبي من ضمانات هامة للوسيط.

٥- نوصي المشرع الكويتي بإلغاء الدور التأديبي للجنة البورصة وجعل دورها يقتصر على تقديم الإستشارات أو الإقتراحات بحيث من الممكن أن يطلب منها مجلس التأديب ذو العنصر القضائي رأياً إستشارياً في مسألة فنية معينة تتعلق في المخالفات المنسوبة الى الوسيط . أو من الممكن أن تقترح لجنة البورصة على مجلس التأديب المخالفات التي ترى أنها قد وقعت من قبل الوسيط ويبقى للمجلس القول الفصل في البت فيها.

٦- نوصي المشرع الكويتي بضرورة تحديد مدة زمنية معينة يتعين خلالها على البورصة إخطار الهيئة بالقرار التأديبي ولتكن ٣ أيام من تاريخ صدور القرار وذلك من أجل سرعة البت في المخالفات التأديبية.

٧- نوصي المشرع الكويتي بضرورة تحديد الجزء المترتب على مخالفة البورصة التزاماتها بالإخطار وما إذا كان بإمكان الهيئة إحالة الموضوع الى مجلس التأديب من عدمه.

٨- نوصي المشرع الكويتي بضرورة تحديد ما إذا كان الإخطار الذي توجهه البورصة شرطاً شكلياً من شروط قبول التظلم من جانب الوسيط المشكوك منه من عدمه.

٩- نوصي المشرع الكويتي بضرورة تحديد مدة زمنية معينة يتعين على الهيئة خلالها البت في التظلم إما رفضاً أو قبولاً ولتكن ١٥ يوماً و بعد انقضاء هذه المدة دون صدور القرار بمثابة رفضاً للتظلم.

١٠- نوصي المشرع الكويتي بضرورة تحديد الموقف القانوني الواجب الإلتباع في حال استتكاك الهيئة عن إصدارها قراراً في البت بالتظلم وأن يعتبر استتكاك الهيئة عن إصدار قرارها بالبت بمثابة رفضاً للتظلم يستطيع بعدها الوسيط المخالف الطعن بالقرار أمام مجلس التأديب

١١- نوصي المشرع الكويتي بضرورة جعل التظلم الى الهيئة من قرار لجنة البورصة تظلماً إختيارياً أو على الأقل إبقائه إجبارياً ولكن مع منح الوسيط الحق في الطعن أمام مجلس التأديب بعد إنقضاء المدة الموصى بها من قبلنا سابقاً.

خاتمة

يعتبر موضوع مسؤولية الوسيط التأديبية من الموضوعات الهامة في القانون والتي لم تلقى الإهتمام من قبل الفقه بالبحث والتحليل ، وقد تعرضنا في هذه الدراسة المتواضعة الى مجموعة من الأجزاء فبدأنا في مبحث تمهيدي ، حددنا فيه مفهوم الوسيط وعرفناه وميزناه عن السمسار العادي ثم حددنا المركز القانوني له في سوق الأوراق المالية.

ثم انتقلنا بعد ذلك الى تحديد مفهوم مسؤولية الوسيط التأديبية وحالات قيامها وذلك في الفصل الأول ، فبدأنا في تعريف المسؤولية التأديبية وميزناها عن غيرها مما يختلط بها وذلك في المبحث الأول ، ثم انتقلنا بعدها الى تحديد الحالات التي تقوم بها مسؤولية الوسيط التأديبية وذلك في المبحث الثاني ، وتبين لنا أن هذه الحالات تتجلى في صورة أولى وهي مخالفة قوانين السوق ولوائحها وتتجلى في صورة ثانية وهي مخالفة الوسيط للقرارات والتعليمات النافذة ثم انتقلنا بعدها الى الصورة الثالثة وهي مخالفة الوسيط لقواعد أخلاقيات مهنة الوساطة في سوق الأوراق المالية.

ثم انتقلنا بعد ذلك الى الفصل الثاني فبدأناه في تحديد مفهوم الجزاء التأديبي للوسيط وصوره فبيننا فيه تعريف الجزاء التأديبي وحددنا الجزاءات التأديبية التي يخضع لها الوسيط في سوق الأوراق المالية وذلك في المبحث الأول . ثم انتقلنا بعد ذلك الى المبحث الثاني وبيننا فيه الضمانات القانونية التي تحيط بعملية تأديب الوسطاء والجهة المنوط بها تأديب الوسطاء واجراءاته بالاضافة الى كيفية الطعن في القرار الصادر بتوقيع الجزاءات التأديبية على الوسطاء.

وخلصنا من هذه الدراسة الى مجموعة من التوصيات وجهناها الى المشرع الكويتي.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل المتواضع خالصاً لوجهه الكريم وأن يساهم ولو بجزء يسير في إغناء المكتبة القانونية العربية

والله ولي التوفيق

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية

- ١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل , أصول القانون , الجزء الأول , نظرية القانون , دراسة لأصول القانون ومبادئه العامة , ٢٠٠٦ .
- ٢- د. أحمد فاروق وشاحي , عملية التوريق بين النظرية والتطبيق , دراسة لأحكام القانون المصري والقوانين المقارنة , دار النهضة العربية , بدون تاريخ.
- ٣- د. أشرف أحمد عبد المنعم , رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية في مصر " دراسة مقارنة مع الولايات المتحدة الأمريكية " , رسالة دكتوراه , جامعة القاهرة , ٢٠٠٨ .
- ٤- د. أمين مصطفى محمد , النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري " ظاهرة الحد من العقاب " , دار المطبوعات الجامعية , ٢٠١٠ .
- ٥- الأستاذ بندر المطيري , التنظيم القانوني لشركات الوساطة , رسالة ماجستير , جامعة القاهرة , ٢٠١٢ .

- ٦- د. حسن عبد الباسط جميعي , الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية , بدون ناشر , ٢٠٠٧ .
- ٧- د. جابر محجوب علي محجوب , قواعد أخلاقيات المهنة , مفهومها واسباس إلزامها ونطاقه , دراسة مقارنة , الطبعة الثانية , ٢٠١١ .
- ٨- د. جابر محجوب علي محجوب , المدخل الى دراسة القانون , الجزء الأول , نظرية القانون , طبعة ٢٠١١ .
- ٩- د. جلال ثروت , نظم القسم العام في قانون العقوبات , دار المطبوعات الجامعية , ٢٠١٢ .
- ١٠- الأستاذ جمال عبد العزيز العثمان , الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة , دراسة قانونية مقارنة , دار النهضة العربية , ٢٠١٠ .
- ١١- د. سعيد خالد علي الشرعي , حق الدفاع أمام القضاء المدني , دراسة قانونية فقهية مقارنة في القانونين المصري واليمنى والفقہ الإسلامى , رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس , ١٩٩٧ .
- ١٢- د. سليمان الطماوي , القضاء الإداري , الكتاب الثالث , قضاء التأديب , دار الفكر العربي , ١٩٨٧ .
- ١٣- د. سميحة القليوبي , الشركات التجارية , الطبعة الخامسة , دار النهضة العربية , سنة ٢٠١١ .
- ١٤- د. سميحة القليوبي , السمسرة في القانون الكويتي , مطبعة جامعة القاهرة , ١٩٨١ .
- ١٥- د. سيف ابراهيم محمد المصاروة , الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية , دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس , ٢٠٠٨ .
- ١٦- الأستاذ صالح راشد الحمراي , دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية دراسة قانونية , الطبعة الأولى , ٢٠٠٤ .
- ١٧- د. صالح أحمد البريري , بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط , جامعة الاسكندرية , رسالة دكتوراه , ٢٠٠١ .
- ١٨- د. صلاح أمين أبو طالب , دور شركات السمسرة في بيع الأوراق المالية , دار النهضة العربية , عام ١٩٩٥ .

- ١٩- د. طارق أحمد ماهر أحمد زغلول . الأحكام العامة للمسئولية الجنائية للوسيط المالي في أعمال البورصة . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس ، ٢٠١٠ .
- ٢٠- د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق . الوكالات التجارية والسمسرة - عقود التوسط - في قانون التجارة الكويتي . الطبعة الأولى دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ .
- ٢١- د. عاشور عبد الجواد ، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية ، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي وبعض القوانين العربية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ .
- ٢٢- د. عبد الفضيل محمد أحمد ، بورصات الأوراق المالية ، مجلة الحوث القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة العدد الرابع ، ١٩٨٨ .
- ٢٣- د. عبد الفتاح مراد ، المسئولية التأديبية لرجال القضاة والنيابة العامة في قضاء محكمة النقض المصرية . رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ١٩٩٣ .
- ٢٤- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة . القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة . الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٨ .
- ٢٥- د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية . دار النهضة العربية دون تاريخ .
- ٢٦- د.علي أحمد ، المسئولية التأديبية للأطباء . رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨ .
- ٢٧- علي طلال الهادي ، مسؤولية الوسيط في سوق المال العراقي . رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ٢٠٠٩ .
- ٢٨- د. فارس العجمي ، رقابة سوق المال على ادارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الإستثمار ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٢ .
- ٢٩- د. فهمي محمد اسماعيل عزت ، سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٠ .
- ٣٠- د. محمد سويلم ، ادارة البنوك وصناديق الإستثمار و بورصات الأوراق المالية ، بدون ناشر ، بدون تاريخ نشر .

- ٣١- د. محمد اسماعيل هاشم علي ، دور الهيئة العامة للرقابة المالية في الرقابة على تداول الأوراق المالية ، دراسة مقارنة مع النظام الأمريكي ، رسالة دكتوراه ، ٢٠١١ .
- ٣٢- د. ماهر مصطفى محمود إمام ، النظام القانوني الخاص بشركات السمسة ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان ، ٢٠٠٨ .
- ٣٣- اللواء محمد ياقوت ، شرح قانون الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة والمهن الحرة والنقابة والعمل الخاص ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٤ .
- ٣٤- د. محمد سامي عبد الصادق ، المسؤولية المدنية في مجال خدمات الإستثمار ، دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة ، منشور في مجلة حقوق الكويت سنة ٢٠١٢ في العدد رقم ٣ لسنة ٣٦ والعدد رقم ٢ لسنة ٣٦ .
- ٣٥- د. محمد سيد أحمد محمد ، التناسب بين الجريمة والعقوبة ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، ٢٠٠٣ .
- ٣٦- د. محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي " دراسة تحليلية وفقهية لأحكام ومبادئ مجلس الدولة في مصر ، ٢٠٠٧ .
- ٣٧- د. محمد سعد فودة ، النظرية العامة للعقوبات الادارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠ .
- ٣٨- د. محمد فاروق عبد الرسول ، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ .
- ٣٩- د. محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الاداري ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٦ .
- ٤٠- د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الاداري ، طبعة مزيدة ومنقحة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥ .
- ٤١- د. محمود عبد المنعم فايز ، المسؤولية التأديبية لضباط الشرطة ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٤ ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط .
- ٤٢- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ .
- ٤٣- د. مصطفى محمود احمد عفيفي ، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ .

- ٤٤- د. مظهر فرغلي علي محمد , الحماية الجنائية للثقة في قانون سوق رأس المال , دار النهضة العربية , ٢٠٠٦ .
- ٤٥- . الأستاذ منير بوريشة , المسئولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة , رسالة ماجستير , جامعة الإسكندرية , دار الجامعة الجديدة , ٢٠٠١ .
- ٤٦- د. نصر الدين سعيد خليل , تعدد السلطات التأديبية وآثاره , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , ٢٠٠٩ .
- ٤٧- د. هاني صلاح سري الدين , التنظيم التشريعي لعروض الشراء الاجباري بقصد الإستحواذ على الشركات المقيدة بالبورصة وفقاً لأحكام قانون سوق رأس المال المصري , الجزء الأول , المبادئ العامة التي تحكم عروض الشراء , الطبعة الأولى , ٢٠١٠ .
- ٤٨- د. هاني دويدار , العقود التجارية والعمليات المصرفية , دار الجامعة الجديدة , ١٩٩٤ .
- ٤٩- د. هدى حامد قشقوش , شرح قانون العقوبات العام , القسم العام , دار النهضة العربية , ٢٠١٠ .
- ٥٠- د. هيثم حليم غازي , مجالس التأديب ورقابة المحكمة الادارية عليها , رسالة دكتوراه , جامعة الاسكندرية , ٢٠٠٩ .

ثانياً: المراجع الاجنبية

١: باللغة الفرنسية

- 1- Claude Pache: " Le Contrat de Commission appliqué au Commerce de valeurs mobilières " Thèse, lausanne , 1956.
- 2- Albert Rabut: " Droit Des Bourses De Valeurs Et Des Agents De Change " ed 1983.
- 3- Joseph Charoussef, fssai sur l'organisation du marche financier francais ces doctorat librairie universselle, Lyon, 1998.
- 4- Georgel. J. et Hubrecht Gérald: Sanstions administratives , J.C.P.Fase , 202 , 1994.
- 5- D. Linotte et G. Autorité des marchés financiers SIMONIN, L ' , Prototype de la Réforme de l'État et aux AJDA, n 3, 2004.

- 6- Hermans (J) et Onno (D), Bourse et courtiers, Bourse TIC jonctions, l'histoire et la technologie, 2004.
- 7- Solus (H) et Ghestin (J), la Sécurité des Marchés Financiers Face aux procédures collectives, LG, D, J, 2003.
- 8- PHConan: " La régulation des marchés Boursiers par la commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and Exchange Commission (SEC), ces, LSDJ, 2002.

٢: باللغة الانجليزية

- 1- Francis Jack Clark , " Management of investments " , McGraw , Hill book company , New York , 1983.
- 2- Downes John and Goodman Jordan Elliot , " Finance & Investment Handbook " , Barrons- 's Educational Series Inc , New York , 1988 , 5th edition.
- 3- : Philip J. Hoblin, Jr., A Stock Broker's Implied Liability to Its Customer for Violation of a Rule of a Registered Stock Exchange, 39 Fordham L.Rev. 253 (1970).
- 4- Norman S. Poser , Liability of Broker-Dealers for Unsuitable Recommendations to Institutional Investors , 2001.
- 5- Martin S. Schexnayder , securities broker liability , liability in Texas
- 6- Michael D. Gallagher and Gregory S.Capps, Liability of stockbrokers: Claims for Churning and Unsuitability, 1997.
- 7- Jackson, Robert H , Stock Broker's Liability under Customs, Usages, and Rules , 1963.
- 8- Broker Liability for Losses Resulting from Breach of Duty of Care to Clients ,5/3/ 2007.
- 9- Ann Morales Olazábal , Analyst and Broker-Dealer Liability Under 10(B) for Biased Stock Recommendations, 2004.
- 10- Doglas (J), Brokerage fround, Dera born trade publishing , U.S.A , 2002.

- 1: www.efsa.gov.eg
- 2: www.egx.com.eg
- 3: www.kse.com.kw
- 4: <http://www.kuwaitcma.org/>
- 5: ar.wikipedia.org/wiki

رابعاً: الأحكام القضائية
القضايا الاجنبية

- 1- Kovalik v. Laidley, (1992).
- 2- Northey-Taylor v. Casey, [2007].
- 3- Cal. Ct. App. 1989 , Dufrr v. Cavalie.
- 4- Cal. Ct. App. 1968 , Citing Twomey v. Mitchum, Jones & Templeton, Inc.
- 5- Baird v. Franklin , (1937).
- 6- Silver v. New York Stock Exchange , (1958).
- 7- ColonialRealty Corp. v. Bache & Co , (1962).

القضايا العربية

١: جمهورية مصر العربية

- حكم المحكمة الادارية العليا , الطعن رقم ٣٨٣١ سنة ٤٩ قضائية الدائرة الخامسة , جلسة ٢٠٠٤/٢/١٤
- حكم المحكمة الادارية العليا , الطعن رقم ٨٤٩٣ سنة ٤٥ قضائية , الدائرة الخامسة , جلسة ٢٠٠٣/٧/٥
- حكم المحكمة الادارية العليا , الطعن رقم ٥٧٨ سنة ٤٨ قضائية الدائرة الخامسة , جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٢
- حكم المحكمة الادارية العليا , طعن رقم ٩١٧ , سنة ١١ قضائية , تاريخ ١٩٦٧/٢/١٨
- حكم المحكمة الادارية العليا , طعن رقم ١٢٢٠٨ سنة ٤٦ قضائية الدائرة الخامسة , جلسة ٢٠٠٣/٣/٨
- حكم المحكمة الادارية العليا , طعن رقم ٥٦٣ سنة ٧ قضائية جلسة ١١ نوفمبر ١٩٦١
- نقص مدني مصري تاريخ ١٩٨١/١/٢٢
- حكم محكمة القضاء الاداري , دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار . الدائرة السابعة , الدعوى رقم ٣٩٥٠٢ سنة ٦٣ ق تاريخ ٢٠١٠/٤/٢٤

- حكم محكمة القضاء الاداري , دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار ,
الدائرة السابعة , دعوى رقم ٥٦٩٢٣ سنة ٦٢ ق بتاريخ ١٧/٤/٢٠١٠
- حكم محكمة القضاء الاداري في مصر , دائرة المنازعات الاقتصادية
والاستثمار , الدائرة السابعة , الدعوى رقم ٤٢٩٦٣ لسنة ٦٣ قضائية
تاريخ ٥/٦/٢٠١٠
- حكم محكمة القضاء الاداري في مصر , دائرة المنازعات الاقتصادية
والاستثمار , الدائرة السابعة , الدعويين رقم ٢٧٥٤ و ٣٣٣٠ لسنة ٦٤
قضائية تاريخ ١٥ - ١ - ٢٠١١
- حكم محكمة القضاء الاداري في مصر , دائرة المنازعات الاقتصادية
والاستثمار , الدائرة السابعة , دعوى رقم ٤٧٨٩٥ سنة ٦٣ ق تاريخ
١٥/٥/٢٠١٠

٢: دولة الامارات العربية المتحدة

- المحكمة العليا الاتحادية في امارة ابو ظبي , الطعن رقم ٢٧٥ . ت
١٩٩٣/٥/٢
- حكم محكمة دبي الابتدائية (جنح) في ٣١/١٠/٢٠٠٥
دولة الكويت:
- محكمة التمييز الكويتية , الطعن رقم ٤٧٧ / ٩٦ اداري جلسة
١٩٩٨/١١/٩
- محكمة التمييز الكويتية , الطعن رقم ٨٨/٢٠٧ تجاري جلسة ١٩٨٩/٢/٥
- محكمة التمييز الكويتية , الطعن رقم ٨٩/٢٩٢ تجاري جلسة ١٩٩٠/٣/٥
- محكمة التمييز الكويتية , طعون رقم ١٩٦ , ٢٠٢ / ٩٥ اداري جلسة
١٩٩٧/٣/١٠

طرق البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها
في التشريع الجزائري
الأستاذ / مفتاح لعبد
الأستاذ المساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة - الجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية

خطة البحث

- مقدمة
- البحث الأول: الطرق الخاصة للبحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها
 - المطلب الأول / إثبات الجرائم الجمركية بالحجز
 - المطلب الثاني / إثبات الجرائم الجمركية بالمعاينة
 - المطلب الثالث / إثبات الجرائم الجمركية بالاعتماد على المصادر الأجنبية
- البحث الثاني: الطرق العامة للبحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها
 - المطلب الأول / البحث والتحري الناتج عن التحقيقات الابتدائية
 - المطلب الثاني / البحث والتحري الناتج عن التحقيقات القضائية
 - البحث الثالث: حجية وسائل الإثبات وآثارها.
 - المطلب الأول: حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية
 - المطلب الثاني: آثار حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية
- خاتمة
- مقدمة:

إن الجرائم الجمركية باختلاف أوصافها فرضت واقعا خاصا بطرق التحري عنها ومعاينتها وذلك تبعا لما تتسم به هذه الجرائم من ميزات، لاسيما سرعة تنفيذها وتطور طرق ارتكابها. مما جعل المشرع الجزائري يولي لطرق التحري والبحث عن الجرائم الجمركية أهمية

خاصة، ظهرت من خلال نصه على طرق التحري والبحث لهذا النوع من الجرائم في قانون الجمارك¹ وكذا القانون المتعلق بمكافحة التهريب². وتعد مرحلة التحري والبحث المرحلة الأولى والهامة في مسار ضبط الجريمة الجمركية، لذلك وسع المشرع الجزائري من دائرة الأشخاص المكلفين بمعاينة الجرائم الجمركية، بحيث أوكل هذه المهمة إلى أعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، وأعوان مصلحة الضرائب وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ. وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش. وهو ما نصت عليه المادة ٢٤١ من قانون الجمارك، وكذلك نص المادة ٣٠ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب التي أحالت مهمة معاينة جرائم التهريب إلى الأعوان المخولين لذات الغرض بموجب قانون الجمارك.

- لذا وبالنظر إلى ما ورد في نص المادة ٢٤١ من قانون الجمارك يمكن استخلاص أمر واضح، ألا وهو حرص المشرع على الحد من الجرائم الجمركية بكل الوسائل المتاحة قانونا العامة منها والخاصة. حيث لم يحدد المشرع للجرائم الجمركية وسائل المعاينة المذكورة في قانون الجمارك فقط، بل وسع الأمر ليشمل كل وسائل التحري بما فيها الطرق الخاصة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، وذلك طبقا لما ورد في نص المادة ٣٣ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب. لذا سنعرض فيما يلي الطرق الخاصة للتحري والبحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها وهي المنصوص عليها في قانون الجمارك في المبحث الأول، ونتطرق في المبحث الثاني إلى الطرق العامة للبحث والتحري والإثبات وهي الأساليب الواردة في قانون

- 1 القانون ٧٩-٠٧ المؤرخ في ٢١ جويلية ١٩٧٩ المتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم ١٠/٩٨ المعدل.
- 2 الأمر ٠٦/٠٥ المؤرخ في ٢٣ غشت ٢٠٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب الجريدة الرسمية رقم ٥٩ المؤرخة في ٢٨/٠٨/٢٠٠٥.

الإجراءات الجزائية والمنصوص عليها في الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب.

المبحث الأول

الطرق الخاصة للبحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها

بما أن الجرائم الجمركية تعد من الجرائم ذات النطاق الواسع لارتباطها بعوامل عديدة لعل أهمها شساعة الرقعة الجغرافية والمجال الحدودي الممتد على جميع جهات الوطن. نص المشرع على توسيع عدد المصالح المنوط بها معاينة وضبط هذا النوع من الجرائم، وفقا لما أشرنا إليه سابقا في المادة ٢٤١ من قانون الجمارك. وأعطى لها صلاحية معاينة الجرائم الجمركية، كما مدد الاختصاص المكاني للمعاينة والتحري إلى كل الأماكن التي تخضع لرقابة أعوان الجمارك^١، وفي كل مكان آخر، لاسيما إثر متابعة وقائع الجرائم على مرأى العين أوفي حال التلبس بها^٢، باعتبار أنه (قانون الجمارك) مكن أعوان الجمارك من مهام واسعة من أجل أداء مهمة التحري المعترف بها لإدارة الجمارك. حيث أنه ومن أجل جمع الإثباتات اللازمة اعترف لهم بحق الإطلاع على الوثائق وحجزها، كما اعترف لهم بحق سماع الأشخاص وذلك من أجل جمع المعلومات التي قد تساعد أعوان الجمارك في أداء مهامهم بالإضافة إلى هذا فإنه اعترف لهم بسلطات أخرى لا تقل أهمية عن هذه السلطات، وتمثل في حق تفتيش المنازل وكذا مراقبة وسائل النقل والسلع^٣.

- ونظرا لما للصلاحيات المخولة لأعوان الجمارك من أهمية ومن خطورة، نص المشرع الجزائري على ضرورة تقييد نتائج البحث والتحري

- 1 الأماكن التي تخضع لرقابة أعوان الجمارك يقصد بها الإقليم والنطاق الجمركيين.
- 2 انظر نص المادة ٢٥٠ من قانون الجمارك الجزائري.
- 3 راجع في هذا الصدد محتوى القسم الرابع من الفصل الثالث من قانون الجمارك الجزائري المنعون بحق تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل. أي ابتداء من نص المادة ٤١ إلى غاية المادة ٥٠ منه.

في محاضر لإثبات ما أسفرت عنه عمليات التدخل والمراقبة التي يقوم به أعوان الجمارك¹. لتصبح هذه المحاضر وسيلة، وألية مثالية تمكن في آن واحد من تدوين المعاينات التي أجريت وتقديم الدليل على الجريمة². وقد فرق المشرع بين المحاضر الجمركية التي تحرر بمناسبة اكتشاف الجرائم المتلبس بها، وهي المسماة بمحاضر الحجز والمحاضر التي يتم إعدادها في غير حالات التلبس بالجرائم الجمركية وهي المعروفة بمحاضر المعاينة. وهذا ما سنستعرضه فيما يلي.

المطلب الأول

إثبات الجرائم الجمركية بالحجز

لقد خول المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من قانون الجمارك للجهة القانونية التي تكتشف الجرائم الجمركية، أن تقوم بحجز البضائع الخاضعة للمصادرة والبضائع الأخرى، التي هي في حوزة المخالف كضمان في حدود الغرامات المستحقة قانونا، وأية وثيقة مرافقة لهذه البضائع، على أن يتم توجيه البضائع بما فيها وسائل النقل والوثائق المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعها فيه، مع تحرير محضر الحجز فورا. وفي حال تعذر ذلك يمكن أن توضع البضائع تحت حراسة المخالف أو الغير إما في مكان الحجز وإما في جهة أخرى، وفي هذه الحالة يمكن أن يحرر محضر الحجز بصفة صحيحة في أي مكتب أو مركز جمركي آخر أوفي مكان من الأماكن المحددة في المادة ٢٤٣ من قانون الجمارك³.

1 للإشارة فإنه من خلال الإطلاع على محتويات قانون الجمارك والأمر المتعلق بمكافحة التهريب وحتى قانون الإجراءات الجزائية لم نجد المشرع الجزائري قد عرف المحاضر واكفى بالنص على صفة محرريها وشروط صحتها فقط.

2 Claude Berr et Henri Tremeau , le droit douanier communautaire et nationale , 4 Edition economica.Paris1997, P.536

3 عند ما لا تسمح الظروف بالتوجه بالبضائع إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي ويعد تعيين الحارس لها يمكن أن يحرر المحضر في أي مكتب أو مركز جمركي آخر أوفي مقر=

- والملاحظ من خلال ما ورد في قانون الجمارك أن المشرع لم يعرف الحجز، لذا عرفه الفقه بأنه ذلك الإجراء التحفظي المؤقت الذي يقوم به عون الجمارك المختص، أو أي عون من أعوان الدولة المؤهلين بحكم التشريع أو التنظيم، وينصب أصلا على موضوع أو محل الغش أو التهريب الجمركي الذي يتمثل في سلعة من السلع والبضائع المحظورة، على أساس حيازتها غير الشرعية أو على أساس استيرادها أو تصديرها خارج المكاتب الجمركية أو بدون تصريح بشأنها¹. ويُعرف الحجز كذلك بأنه قبض أو مسك جسم الجريمة (البضاعة) التي تعطي الدليل المادي على الجريمة، بما أن أغلب الجرائم الجمركية يكون محلها البضاعة وهذا الإجراء دائم الأعمال كلما أمكن من حجز الأشياء محل الغش².

- ويعد إجراء الحجز المنصوص عليه في قانون الجمارك بمثابة إجراء التلبس المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، وهو (التلبس) حالة يتم فيها مشاهدة الجريمة إما وقت ارتكابها أو عقب ارتكابها بوقت قصير³، كون أن المكلف بالتحري أو المراقبة وأثناء قيامه بعمله يكتشف ماديات الجريمة الجمركية وقت ارتكابها، ومن ثم يقوم بحجزها كدليل حي على وقوع خرق لقانون الجمارك أو الأنظمة التي تتولى إدارة الجمارك السهر على تطبيقها. غير أن ذلك لا يعني أنه يجب بالضرورة في كل مرة حجز البضائع والأشياء محل الغش، ولكن يمكن الاكتفاء بمعابقتها وتحريم

=المحطة البحرية لحراس الشواطئ أو مفرقة الدرك الوطني، أو مكتب موظف تابع لإدارة المالية أو مقر المجلس الشعبي البلدي لمكان الحجز، أو حتى في المنزل الذي تم فيه حجز البضاعة. وهذا طبقا لنص المادة ٢٤٣ من قانون الجمارك.

1 موسى بودهان، معايمة الجرائم الجمركية وتسويتها في النظام القانوني الجزائري، مجلة الشرطة عدد ٤٩، أكتوبر ١٩٩٢ ص ١٨.

2 مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية الصادر عن المديرية العامة للجمارك. المرجع السابق ص ٤٩.

3 أحمد المهدي وأشرف شافعي، التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايتها دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥. ص ٦٣.

محضر الحجز الخاص بها وهذا في الحالات التي لا يمكن فيها إجراء الحجز بسبب عدم قابلية محل الجريمة للحجز¹. لذلك وجب عليه التقيد بما ورد من التزامات قانونية في هذا الخصوص وبوجه التحديد تحرير محضر الحجز، مع مراعاة شروط صحة تحريره والمتعلقة أساسا بصفة محرر هذا المحضر، إذ لا يجوز أن يحرره شخص من غير الأشخاص المحددين على سبيل الحصر في المادة ٢٤١ من قانون الجمارك، وإلا كان محتواه باطلا أو قابلا للإبطال. كما يجب أن ينص محضر الحجز على المعلومات التي تمكن من التعرف على المخالفين والبضائع، إذ يجب على الخصوص ذكر تاريخ وساعة ومكان الحجز وسبب الحجز والتصريح بالحجز للمخالف، وألقاب وأسماء الحاجزين وصفاتهم وعناوينهم والقابض المكلف بالمتابعة، ووصف البضائع المحجوزة وطبيعة الوثائق المحجوزة لاسيما المزورة منها، وذلك ببيان نوع التزوير ووصف التحريفات والكتابات الإضافية مع إلحاق الوثائق المزورة بالمحضر بعد ختمها بعبارة "لا تغيير" من قبل الأعوان الحاجزين.

كما يجب أن يتضمن محضر الحجز بيان الأمر الموجه للمخالف لحضور وصف البضائع وتحرير المحضر، وكذلك النتائج المترتبة عن ذلك (رفض الحضور أو قبول أو الامتناع عن التوقيع...) بالإضافة إلى بيان اسم وصفة حارس البضائع المحجوزة، عندما تقتضي الضرورة عدم إيداعها المكتب أو المركز الجمركي الأقرب لمكان الحجز. وفي حال تم حجز بضائع خاضعة لرخصة التنقل أو حساسة للغش بعد المتابعة على مرأى العين تجب الإشارة في محضر الحجز إلى أن المتابعة على مرأى العين بدأت في النطاق الجمركي، وأنها استمرت دون انقطاع حتى وقت الحجز، وأن هذه البضائع كانت غير مصحوبة بوثائق إثبات حيازتها القانونية. ويختتم المحضر بتحديد مكان تحريره وساعة ختمه.

1 Vincent CARPENTIER. Guide pratique du contentieux douanier. Préface de Jacques BORE. Litec 1996.P47.

- وبالإضافة إلى البيانات المذكورة سابقا، لا بد من الإشارة في محضر الحجز إلى البيانات المتعلقة بأي إجراء يقوم به الأعوان القائمين بالحجز، خصوصا إذا تعلق الأمر بإجراء من الإجراءات المخولة لفئة معينة من أعوان الدولة، على غرار ما خص به المشرع أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ (الذين يقومون بإجراء الحجز) من صلاحيات دون غيرهم من الأعوان المذكورين في نص المادة ٢٤١ ق ج، المتمثلة أساسا في وجوب الاقتراح على المخالف عرض رفع اليد عن وسائل النقل تحت كفالة قابلة للدفع أو إيداع قيمتها، ما لم تكن وسيلة النقل القابلة للمصادرة هي محل الجريمة وكانت موقوفة كضمان لدفع العقوبات المقررة. مع وجوب الإشارة إلى هذا الاقتراح في محضر الحجز قبل اختتامه. على أن يتم تسليم محضر الحجز بعد اختتامه لوكيل الجمهورية المختص إقليميا.

وإذا كان بإمكان أعوان الجمارك ضبط وحجز البضائع والسلع ووسائل النقل، فإن قانون الجمارك لم يخول لهم احتجاز الأشخاص، وهو ما دلت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٥١ من قانون الجمارك إذ ألزمت أعوان الجمارك في حالة التلبس بتحرير محضر الحجز وتقديم المخالف فورا أمام وكيل الجمهورية مما يدل قطعا أنه ليس بإمكان أعوان الجمارك الأخذ بالقواعد العامة في جرائم التلبس وذلك لاعتبارات عدة^٢.

- ومن خلال ما ورد بيانه يتضح أن إثبات الجرائم الجمركية بواسطة محضر الحجز يعد ضرورة أملاها واقع هذا النوع من الجرائم، لأن كل معلومة يصرح بها أو تكتشف، وأي إجراء يتخذ حال ضبط ماديات الجريمة الجمركية لا بد أن يكون بيانه وفقا لما حدده القانون، للحيلولة دون

1 يقصد باحتجاز الأشخاص إجراء التوقيف للنظر وهو الإجراء المعتمد في الجرائم المتلبس بها طبقا لقواعد قانون الإجراءات الجزائية.

2 يرجع سبب عدم تمكن أعوان الجمارك من استعمال التوقيف للنظر لتنظيم المعمول به لاسيما وأنهم ومهما كانت رتبهم لا يتمتعون بصفة الضبطية القضائية.

أخذ الذرائع للتملص من المسؤولية عن الفعل المرتكب، هذا من جهة. ومن جهة أخرى للمحافظة على حقوق الأفراد، وبيان حدود سلطة الجهات المخولة بتقصي الجرائم الجمركية. خصوصا وأن جهات عدة أوكلت لها تلك المهام.

المطلب الثاني

إثبات الجرائم الجمركية بالمعينة

إذا كان حجز البضائع والسلع والوثائق دليلا ماديا على اقرار الجرم الجمركي، فإن ذلك ليس هو الطريق الوحيد المخول قانونا لكشف الجرائم الجمركية. لأنه كثيرا ما يعتمد مرتكبوا الجرائم الجمركية إلى تفادي الطرق والمسالك الخاضعة للرقابة الجمركية، خصوصا في ظل تطور وسائل الاتصال وتعدد أساليب ارتكاب الجرائم. لذا فإن المشرع وعملا منه على الحد من هذا النوع من الجرائم الخطيرة ضَمَّنَ قانون الجمارك أحكاما أخرى غير إجراء الحجز المشار إليه سابقا. ويتعلق الأمر باكتشاف الجرائم وتتبعها بالمعينة، هذه الأخيرة التي نص عليها المشرع بموجب المادة ٢٥٢ من قانون الجمارك بقوله "يجب أن تكون موضوع محضر معاينة المخالفات الجمركية التي تتم معاينتها من طرف أعوان الجمارك، اثر مراقبة السجلات، وضمن الشروط الواردة في المادة ٤٨ من هذا القانون. ويصفى عامة اثر نتائج التحريات التي يقوم بها أعوان الجمارك".

- وإذا كان المشرع قد أشار إيجازا إلى بيان المقصود بالجرائم الجمركية التي تتم معاينتها، إلا أنه لم يعط لها تعريفا دقيقا. لذلك يمكن القول أنها عكس الجرائم التي يتم فيها حجز محل الغش. أي أنها الجرائم التي تكشف بناء على تحريات أعوان الجمارك في إطار السلطات المخولة لهم قانونا، والتي لا يتم فيها حجز محل الغش. لذا يطلق البعض على إجراءات المعاينة تسمية البحث عن الغش عن طريق إجراء التحقيق الجمركي¹.

1 د أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، الطبعة الثالثة، دار هومه ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩. ص ١٤٨.

- والملاحظ أنه على غير ما أشار إليه المشرع فيما يخص الأشخاص المكلفون بتقصي الجرائم الجمركية عن طريق الحجز، فإن البحث عن طرق التحقيق الجمركي أو المعاينة الجمركية مخولة لأعوان الجمارك فقط. لذا فإن المعاينات التي تقوم بها غيرهم من السلطات لا تكتسي نفس الصبغة القانونية، بل والأكثر من ذلك فإن بعض مهام المعاينة ليست مخولة لكل أعوان الجمارك، ومن هذا القبيل ما ورد في نص المادة ٤٨ من قانون الجمارك التي خولت حق الاطلاع على كل الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهم مصلحة الجمارك كالفواتير وسندات التسليم وجداول الإرسال وعقود النقل والدفاتر والسجلات لأعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل أو الأعوان المكلفين بمهام القابض، ولهؤلاء أن يستعينوا بموظفين أقل رتبة منهم.

- وعلى غرار حق الاطلاع على الوثائق، فإن التحقيقات الجمركية يمكن أن تطال سماع الأشخاص ذوي الصلة بالمعاملات التي يمكن أن يشوبها الغش، وهذا ما لم ينص عليه المشرع صراحة، ولكن يستشف من قراءة محتوى ما نصت عليه المادة ٢٥٢ من قانون الجمارك. التي أكدت ضرورة الإشارة في محضر المعاينة إلى طبيعة المعاينات التي تمت والمعلومات المحصلة بعد سماع الأشخاص. وهو ما أكدته أيضا الفقرة الثانية من المادة ٢٥٤ من نفس القانون التي نصت على أن تثبت صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة في محاضر المعاينة ما لم يثبت العكس. مما يتعين معه التقيد بشروط سماع الأشخاص وذلك في ظل ظروف لا تأثير فيها على إرادة الشخص وحرية في إبداء أقواله^١ تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها قانونا^٢.

1- عدلي خليل، استجواب المتهم فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٤ ص.

2- نص الدستور الجزائري في المادة ٣٤ منه على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة". وفي المادة ٣٥: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

- وعلى كلِّ فإن المعاينة الجمركية يمكن أن تستخلص من عمليات التحري التي يقوم به أعوان الجمارك المؤهلين قانونا، لذلك وجب عليهم تقييد ما توصلوا إليه في محاضر كتابية تسمى بمحاضر المعاينة¹، وهي التي نص المشرع على ضرورة استيفائها الشكل القانوني. خصوصا وأن المكلفين بتحريها هم فئة محددة (أعوان الجمارك فقط)، لذلك وجب أن تشير إلى ألقاب الأعوان المحررين وصفاتهم وإقامتهم الإدارية وأن يبينوا فيها تاريخ ومكان التحريات التي تم القيام بها، وطبيعة المعاينات التي تمت إما بعد مراقبة الوثائق أو بعد سماع الأشخاص. كما يجب أن يتضمن محضر المعاينة التنويه بالحجز الذي يمكن أن يطال الوثائق مع بيان وصفها، والأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تم خرقها والنصوص التي تقمها.

- واستكمالا لشروط صحة محضر المعاينة، وضمانا لحقوق الأشخاص الذين تجرى التحقيقات معهم أو الذين أجريت عندهم عمليات المراقبة والتحري، يجب أن يمكن هؤلاء من الاطلاع على محتوى محضر المعاينة وأن يتلى عليهم ويعرض عليهم للتوقيع في مكان تحريره وبتاريخه، ويشار إلى ذلك وجوبا في المحضر. وفي حال غيابهم رغم استدعائهم قانونا فيجب أن يذكر ذلك في المحضر الذي يعلق على الباب الخارجي لمكتب أو مركز الجمارك المختص.

- والملاحظ أن اللجوء إلى المعاينات لكشف الجرائم الجمركية أصبح من صميم عمل إدارة الجمارك وتزايد العمل به مقارنة بالماضي نظرا لتطور أساليب ارتكاب الجرائم الجمركية، أضف إلى ذلك أنه ولكشف الجرائم الجمركية وإثباتها لم تشترط التشريعات أن تكون التحقيقات الجمركية وقت دخول البضاعة أو خروجها من الإقليم الوطني، بل يمكن أن تسبق

1- تتميز المحاضر التي يحررها موظفو الجمارك المحلفون بالحجية الى أن يطعن فيها بعدم صحتها. وأن ما تضمنته من اعترافات وتصريحات لها حجيتها الى أن يثبت عكسها. راجع في هذا الصدد. عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية. سلسلة تسيط القوانين 4. دار هوم. ص 120.

ذلك أو تكون لاحقة له¹ خصوصا إذا علمنا أن جل المتعاملين في الميدان التجاري ملزمون بالاحتفاظ بالوثائق والسندات لمدة زمنية يحددها القانون² كما أن التحقيقات الجمركية يمكن أن تتأخر بسبب تأخر الحصول على المعلومات اللازمة. خصوصا المحصل عنها من مصادر أجنبية، وفقا لما خوله المشرع لإدارة الجمارك من صلاحيات في هذا المجال. والتي سنبينها فيما يلي.

المطلب الثالث

إثبات الجرائم الجمركية بالاعتماد على المصادر الأجنبية:

نظرا لطبيعة الجرائم الجمركية وارتباطها الوثيق بتحرك البضائع والأشخاص، خصوصا في المناطق الحدودية. فإن البحث والتحري اللازمين للكشف عنها يقتضيان تضافر الجهود الدولية للقضاء على مختلف أشكال الجريمة الجمركية، لاسيما التهريب الذي تنتعش حركته من خلال انتقال البضائع من إقليم لآخر دون الخضوع للرقابة الجمركية أو التنظيمات الواجبة. هذا ما جعل المشرع الجزائري يعتمد ما يمكن أن تقدمه المصالح الأجنبية للجهات المكلفة بالرقابة والحد من الجرائم الجمركية من معلومات ووثائق وأسانيد تثبت ارتكاب الجريمة الجمركية أو تنبأ

1 - وإن كان حق إدارة الجمارك في الرقابة اللاحقة على البضائع المستوردة قصد تحديد قيمتها الأصلية. حق لا يمكن لا يمكن إنكاره عليها، فهو يرتبط بقيود هامة تمثل في أن حقها هذا لا يمكن الاستناد إليه إلا إذا بررت سبب المراجعة. ولا تقبل هذه الأخيرة إذا كان قد سبق لإدارة الجمارك أن عاينت البضاعة المستوردة وأخضعتها للجمرجة بصفة نهائية دون أن يتم أي حجز لأي عينة فيها ولم يتم التصريح بأي ملاحظة، كما يجب على إدارة الجمارك أن تثبت عكس ما ادعاه المستورد بتوضيح مرجعيات التقييم التي استندت عليها. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها. (راجع قرارات المحكمة العليا المنشورة في دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس، وزارة المالية المديرية العامة للجمارك. ص ١٢٤ إلى ١٢٧).

2- لقد ألزم المشرع الجزائري كل شخص له صفة التاجر بالاحتفاظ بالدفاتر والمستندات والمراسلات ونسخ الرسائل الموجهة المتعلقة بنشاطه لمدة ١٠ سنوات وذلك طبقا لما ورد في المادة ١٢ من القانون التجاري الجزائري.

بارتكابها، وهو ما تضمنته المادة 258-2 من قانون الجمارك التي تنص على أنه "يمكن أن تستعمل كذلك بصفة صحيحة المعلومات والشهادات

والمحاضر وغيرها من الوثائق التي تسلمها أو تضعها البلدان الأجنبية كوسائل إثبات". وهو الأمر الذي أكدته المادة 38 من الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب والتي نصت على أنه: "مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، وفي إطار الاتفاقيات الثنائية ذات الصلة يمكن الجهات المؤهلة تبليغ الدول المعنية، تلقائيا أو بناء على طلبها، بالمعلومات المتعلقة بالنشاطات المدبرة أو الجارية أو المنجزة والتي تشكل قرينة مقبولة تحمل على الاعتقاد بارتكاب أو احتمال ارتكاب جريمة تهريب في إقليم الطرف المعني". وفي هذا الإطار يجب أن لا تستغل المعلومات المبلغة إلا لغرض التحريات والإجراءات والمتابعات، ويتم ذلك كله تكريسا للاتفاقيات والبروتوكولات الإقليمية والدولية المنعقدة في هذا المجال، والتي أكدت ضرورة توحيد الجهود الدولية في مكافحة الجريمة الجمركية، ومد يد

- 1- انظر الفقرة الأولى من المادة 39 من الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب.
- 2- نذكر من بينها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 15/11/2000 والمصادق عليها بتحفظ من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-05 المؤرخ في 05/02/2002. الجريدة الرسمية عدد 09 لسنة 2002 الصادرة بتاريخ 10/02/2002 ص 61. وكذلك الاتفاقية المغازبية للتعاون الإداري المتبادل للوقاية من المخالفات الجمركية والبحث عنها وردعها بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في تونس بتاريخ 02/04/1994 والمصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-161 المؤرخ في 08/05/1996. الجريدة الرسمية عدد 29 الصادر بتاريخ 12 ماي 1996 ص 04. وكذا اتفاقية نيروبي التي تم إرساؤها من قبل مجلس التعاون الجمركي بتاريخ 09/07/1977 بالعاصمة الكينية نيروبي والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 21/05/1980 والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1988 وصادقت على تعديلاتها وملاحقتها 1 و2 و3 سنة 1992. المشار إليها في مؤلف الأستاذ موسى بودهان النظام القانوني لمكافحة التهريب في الجزائر المرجع السابق. ص 171.

المساعدة للمصالح الجمركية للدول التي تطلب ذلك وهذا في إطار مبدأ المعاملة بالمثل.

- وحرصاً على صحة المعلومات وسعيًا لجعلها وسيلة إثبات صحيحة، أكد المشرع على ضرورة أن توجه طلبات المساعدة في مجال مكافحة التهريب الصادرة عن السلطات الأجنبية كتابيا. وهذا ما كرسه قضاء المحكمة العليا الجزائرية الذي نص على صحة وحجية محضر المعاينة الذي اعتمد على مراسلة أجنبية في إثبات وجود فاتورة مزورة، حيث جاء فيه "حيث أنه تبين من محضر المعاينة أنه تضمن مراسلة صادرة عن مديرية التحقيقات للجمارك الفرنسية رقم ١٠٣٤ بتاريخ ١٧/٠٦/١٩٩٨ الخاصة بالتصديق على صحة الفاتورة المقدمة من طرف المستورد الجزائري ضمن عملية استيراد وخلال نص مراسلة السلطات الفرنسية أن الفاتورة رقم ٠٠١١٣ بتاريخ ٢١/٠٦/١٩٩٦ المقدمة من طرف المستورد ضمن عملية الجمركة فهي تتناقض مع الفاتورة المرسله من طرف إدارة الجمارك الفرنسية من حيث القيمة وبالتالي فهي مزورة". وفي حالات الاستعجال القصوى يمكن أن تقدم شفاهة على أن تلحق بطلب مكتوب في أقرب وقت ممكن.

- كما يمكن استعمال الطرق الالكترونية في طلب المعلومات أو الحصول عليها^٢ وذلك بالنظر إلى التطور التكنولوجي الحاصل في ميدان المعلوماتية، وكذا الإمكانيات المسخرة من قبل الدول لمكافحة الجريمة المنظمة وجرائم التهريب على الخصوص.

- لذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري أضفى على الوثائق، والمستندات والمحاضر، والشهادات ذات المصدر الأجنبي، المقدمة سواء بناء على طلب أو تلقائيا الصبغة القانونية لإثبات الجرائم الجمركية، ومن ثم

- 1 - دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس، وزارة المالية، المديرية العامة للجمارك. ص ١٣.
- 2 - راجع في هذا الصدد نص المادة ٣٦ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب.

يمكن اللجوء إليها في أي مرحلة من مراحل إثبات الجرائم الجمركية، كما أنها تعد ذات فعالية لأنها في الكثير من الأحيان تساعد على كشف هوية البضائع، أو القيمة الحقيقية لها أو معايير سلامتها، أو قانونية دخولها أو خروجها من وإلى الإقليم الوطني. وهي المعلومات التي تبرر من خلالها المتابعات القضائية، وتخول لإدارة الجمارك القيام بتحقيقاتها ولو بعد دخول البضاعة إلى الإقليم الوطني.

- وعلى العموم فإن الطرق الواردة في قانون الجمارك التي أشرنا إليها والتي أتاحها المشرع لكشف الجريمة الجمركية تندرج ضمن الصلاحيات المخولة للهيئات العامة التي تضطلع بقمع الجريمة الجمركية، وبالخصوص أعوان الجمارك. غير أنها ليست الوسائل الحصرية لكشف الجريمة الجمركية لأن المشرع نص على إمكانية استعمال كل الطرق المتاحة قانوناً لذلك، وهو ما ورد بصريح العبارة من خلال نص المادة ٢٥٨ من قانون الجمارك والمادة ٣٣ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب. لذا سنتطرق الفرع الموالي إلى الطرق العامة للبحث وتحري الجرائم الجمركية.

المبحث الثاني

الطرق العامة للبحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها.

إن حساسية مجال عمل إدارة الجمارك وخطورة المهام المسندة إليها جعلت المشرع لا يكتفي بالطرق الوارد بيانها في قانون الجمارك لمكافحة الجريمة الجمركية، لذلك ارتئى المشرع إلى جعل البحث والتحري عن الجرائم الجمركية وإثباتها لا يقتصر على طريقة الحجز والمعاينة، بل يتعدى ذلك بكثير ليشمل إمكانية إثبات الجرائم الجمركية بجميع الطرق القانونية.

1 - جدير بالتنويه أنه ولوقت طويل كانت التشريعات وعلى رأسها التشريع الفرتسي لا تسمح إلا بنمط واحد من المعاينات للجرائم الجمركية ألا وهو محضر الحجز، الذي يحرر في حالات التلبس وفي غير هذه الحالات تكون وضعية المهربين جيدة لأنه لا يمكن متابعتهم من طرف إدارة الجمارك حتى ولو أثبتت هذه الأخيرة الجريمة بنوع آخر من الإثبات واستمر ذلك إلى غاية ٠١ ماي ١٩٠٥ حيث صدر قانون سمح=

وهو ما نصت عليه المادة ٢٥٨ من قانون الجمارك والمادة ٣٣ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب، التي نصت صراحة إلى استعمال طرق التحري الخاصة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية. بل وبالإمكان الاعتماد في البحث والتحري حتى على المعلومات التي تستخلص من وسائل الإثبات المقدمة من طرف الدول الأجنبية مما يوضح مدى سعي المشرع الجزائري إلى القضاء على هذا النوع من الجرائم أو على الأقل الحد من انتشاره بكل الطرق القانونية المتاحة. وهي الطرق التي سنوردها تبعا فيما يلي:

المطلب الأول

البحث والتحري الناتج عن التحقيقات الابتدائية

يعتبر التحقيق الابتدائي مهمة تضطلع بها الجهات المخولة قانونا بالبحث والتحري عن الجرائم بصفة عامة، وذلك ما نص المشرع عليه في قانون الإجراءات الجزائية. إذ أوكل هذه المهمة بصفة خاصة إلى كل المكلفين بمهمة الضبط القضائي^١، والمتثلة أساسا في مهمة البحث والتحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات وجمع الأدلة عنها، والبحث عن مرتكبيها قبل أن يبدأ فيها التحقيق القضائي.

- وجدير بالذكر أن إجراءات البحث والتحري إجراءات لم يذكرها القانون حصرا^٢، غير أنه وضح وبدقة حدود صلاحيات القائمين

=للجمارك ياثبات ومتابعة الجرائم بكل الطرق القانونية وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤٢ من قانون الجمارك الفرنسي الحالي. راجع في هذا الصدد Paul BEQUET, La Contrebande, Librairies Techniques Paris 1er.1959.P216-217.

1- راجع نص المادة ١٤ من قانون الإجراءات الجزائية الذي حدد فيه المشرع مشتملات الضبط القضائي. وكذا المادة ١٥ منه التي بينت الأشخاص الذين يتمتعون بصفة ضابط الشرطة القضائية.

2- د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق). دار هوامه ٢٠٠٣. ص ٢١٩.

بها، الذين يمكن أن تطالهم عقوبة الحبس والغرامة المالية في حال الإخلال بها أو التعسف في استعمالها.

- وعليه فإن التحريات والتحقيقات الأولية التي تتولاها الضبطية القضائية، الهادفة إلى كشف جرائم القانون العام يمكن أن تأتي بشمارها في كشف الجرائم الجمركية أو على الأقل إعطاء معلومات عنها. لأنه في الكثير من الأحيان نجد ارتباطا كبيرا بين الجرائم وبالخصوص المالية أو الاقتصادية منها. هذا الكشف الذي يسمح لمصالح الجمارك بتوجيه مراقبتها، لاكتشاف وقمع مخالفات التشريع والتنظيم التي تكلف إدارة الجمارك بتطبيقه¹، ويؤدي بأعوان الجمارك إلى مباشرة تحقيقاتهم والبحث عن الاستعلامات بطريقة المعاينة. كون أن عملية البحث عن الاستعلامات تختلف عن جمع الاستعلامات. ويكمن الاختلاف في أن الأولى تكون على عاتق المصالح المختصة في مكافحة الغش، بينما الجمع فجميع الأعوان معنيين في المصالح الأخرى². الأمر الذي جعل المشرع ينص على إمكانية التوصل إلى كشف الجرائم الجمركية بكل الوسائل القانونية، كما أننا نجد الارتباط الواضح بين عمل أعوان الجمارك وهم الذين لا يتمتعون بصفة الضبط القضائي من جهة، والأشخاص المكلفون بالضبط القضائي من جهة أخرى، من خلال تحويل المشرع لهم جميعا إمكانية حجز محل الجريمة الجمركية وتحرير محاضر الحجز وفقا لما أشرنا إليه سابقا. بالإضافة إلى أن المشرع نص صراحة على ضرورة سعي السلطات المدنية والعسكرية إلى تقديم يد المساعدة إلى أعوان الجمارك عند أول طلب³، دون أن يحدد حالات المساعدة. لذلك يمكن لإدارة الجمارك أن تستعين بالتحريات والتحقيقات التي تقوم بها الضبطية القضائية، أو أثناء عملهما المشترك⁴. بل وما يعزز ذلك وارد في نص المادة ٣٤ من الأمر
- 1- DNRED, L'exploitation des renseignements douaniers, éditions DNFRP, Paris, 1995, p.02
 - 2- DNRED, Module de sensibilisation aux renseignements, éditions DNFRP, Paris, 1999, P.1.
 - 3- انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥١ من قانون الجمارك الجزائري.

عملهما المشترك¹. بل وما يعزز ذلك وارد في نص المادة ٣٤ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب، التي نصت على تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في مجال الجريمة المنظمة على أفعال التهريب المنصوص عليها في هذا الأمر. مما يجعل تنسيق الجهود بين إدارة الجمارك وعناصر الضبطية القضائية التي خول لها المشرع اختصاصا واسعا عبر كامل التراب الوطني^٢، لكشف تلك الجرائم ضرورة لا مناص منها.

المطلب الثاني

البحث والتحري الناتج عن التحقيقات القضائية

التحقيق القضائي هو إجراء يلي مرحلة الاتهام التي تتولاها النيابة العامة، تتولى القيام به سلطة قضائية (قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام) ضد شخص معين ويمكن أن يكون ذلك ضد مجهول، بعد التحريات والتحقيق الابتدائي المجري بمعرفة الضبطية القضائية. لذا فالغاية من التحقيق تعزيز الأدلة القائمة على نسبة الجريمة إلى المتهم وتمحيصها للثبوت من كفايتها، حتى لا ترفع إلى المحكمة إلا وهي مستندة إلى أسس قوية من الوقائع والقانون^٣. لذلك فقد يباشر التحقيق القضائي بطلب من وكيل الجمهورية بعد أن يسلم له محضر الحجز من طرف محرره للكشف عن المتواطئين مع المتهم الذي تم تحرير محضر الحجز ضده، وبالأخص أولئك الذين ينعتهم المشرع في قانون الجمارك بالمستفيدين من الغش، وغيرهم ممن لا تظهر آثار مشاركتهم في الجريمة الجمركية وهم على علاقة بها. وإما أنه

1 - جدير بالذكر أن عملية تفتيش المنازل التي يمكن أن يلجأ إليها أعوان الجمارك أثناء تأدية مهامهم لا بد أن تكون بعد الموافقة الكتابية من الجهة القضائية المختصة، على أن يرافقهم أحد مأموري الضبط القضائي إلا في حالة المتابعة على مرأى العين للبضائع محل الغش والتي يتم إدخالها إلى منزل أو بناية أخرى خارج النطاق الجمركي فقي هذه الحالة يمكن أن يتم التفتيش وإبلاغ النيابة العامة مباشرة. (نص المادة ٤٧ - ٢ من قانون الجمارك).

2- راجع نص الفقرة ٧ من المادة ١٦ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتعم بمقتضى القانون ٠٦ - ٢٢ المؤرخ في ٢٠/١٢/٢٠٠٦.

3- أحمد المهدي وأشرف شافعي، التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايتها، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥ ص ٣.

وفي خضم التحقيقات القضائية في جرائم القانون العام أو الجرائم الاقتصادية، أو حتى في الدعاوى المدنية أو التجارية يمكن أن تظهر معالم ارتكاب الجرائم الجمركية أو يتحقق بيان وجودها، فيتم إخطار إدارة الجمارك بكل المعلومات المحصلة من التحقيق والتي من شأنها أن تحصل على افتراض وجود مخالفة جمركية أو أية محاولة، يكون الهدف منها أو نيتها ارتكاب مخالفة جمركية، حتى ولو انتهى بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى¹. لتأسس طرفا في القضية التي يجري بشأنها التحقيق، أو التي أحيلت إلى نظر قضاة الموضوع لتقدم يد العون للجهات القضائية في كشف حقيقة الوقائع المرتكبة.

- والملاحظ من خلال التعديلات القانونية التي أدرجها المشرع الجزائري ضمن المنظومة القانونية الحديثة، ومن بينها تلك الواردة في الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب، أن التحقيق القضائي أصبح مرحلة لا غنى عنها. خصوصا في جرائم التهريب التي لها وصف الجنائية المنصوص عليها في المادتين ١٥ و١٦ منه. وذلك تطبيقا لنص المادة ٦٦ من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنائيات. وبالتالي يمكن كشف وإثبات الجرائم الجمركية من خلال ما توصل إليه التحقيقات القضائية، التي تسلم في نهاية الأمر محاضرها ضمن ملف الدعوى إلى قاضي الموضوع المختص بالفصل في النزاع، ليوافقه المتهم بما حملت من دلائل وقرائن وتصريحات ليؤكددها أو ينفيها ويثبت عكسها. ذلك لأن قاضي الموضوع وبغض النظر عن الطريقة التي يعرض بها عليه النزاع^٢ فإنه يبنى قناعته من خلال ملف الدعوى ومن خلال ما ورد في جلسة المحاكمة، كونها تتضمن إجراء التحقيق النهائي الذي يجريه

1- راجع المادة ٢٦٠ من قانون الجمارك الجزائري.

2- طبقا لما ورد في المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات الجزائية يمكن أن ترفع إلى المحكمة الجرائم المختصة بنظرها إما بطريق الإحالة إليها من الجهة القضائية المنوط بها إجراء التحقيق وإما بحضور أطراف الدعوى بإرادتهم بالأوضاع المنصوص عليها في المادة ٣٣٤، وإما تكليف بالحضور يسلم مباشرة إلى المتهم وإلى الأشخاص المسؤولين مدنيا عن الجريمة، وإما تطبيق إجراء التلبس بالجنحة المنصوص عليه في المادة ٣٣٨ وما بعدها.

قاضي الموضوع للفصل في النزاع إذا كانت القضية مهية للفصل فيها. كما يمكن لقاضي الموضوع أن يأمر بموجب حكم بتحقيق تكميلي طبقا لنص المادة ٣٥٦ من قانون الإجراءات الجزائية وفي هذه الحالة يتولى نفس القاضي القيام به.

- وعلى كل فإن التحقيقات القضائية كثيرا ما تأتي بنتائج في مجال البحث عن الجرائم الجمركية، خصوصا إذا علمنا أن التحقيقات القضائية لا يُكْتَفَى فيها بالاستجواب أو التصريحات التي يدلي بها أطراف الخصومة وإنما يمكن لقاضي التحقيق الحصول على معلومات القضية عن طريق الإنابات القضائية التي كثيرا ما يستعين فيها بالخبرات الفنية حسب طبيعة الجريمة التي يحقق فيها. لذلك فإن التحقيق القضائي غالبا ما يتوصل إلى نتائج عجزت عن تقديمها التحقيقات الأولية التي تجربها المصالح المختصة وفقا لما ذكرنا سابقا.

المبحث الثالث

حجية وسائل الإثبات وأثارها.

إذا كانت وسائل البحث والتحري وإجراءات التحقيق المشار إليها سابقا تهدف عموما إلى كشف الجرائم الجمركية عامة، فإنه وبدون شك سيتم اعتماد نتائجها في إثبات الأفعال المرتكبة خلافا لما يقتضيه القانون في مجال عمل إدارة الجمارك وصلاحياتها (أي الجرائم الجمركية أو المخالفات الجمركية)^١، قصد نسبتها إلى الأشخاص الذين قاموا بها أو ساعدوا في ارتكابها أو حصلوا على منافع من ورائها، وحتى الذين علموا بها قبل ارتكابها وامتنعوا عن الإبلاغ عنها. ذلك لأن إثبات المخالفة يعني جمع أدلة وجودها، ويعنى آخر هو استجماع العناصر المكونة للمخالفة^٢.

1- يشار في هذا الصدد أن المشرع الجزائري عبر عن الجرائم الجمركية في قانون الجمارك بالمخالفات الجمركية لذلك فإنه من الواجب التنويه أنه على المطلع على قانون الجمارك الجزائري أن يأخذ مصطلح المخالفة الجمركية بمفهوم الجريمة الجمركية لا بمفهومها كصنف من أصناف الجريمة.

2- Aloui My ARBI : le droit douanier du Maroc, édition IBNSINA 1996 P 265.

- ونظرا لأهمية الإثباتات من الضروري تقييد المعلومات ونتائج التحري وفقا لما نص عليه المشرع حتى تكتسي الصبغة القانونية التي أضفاها عليها خصوصا إذا تعلق الأمر بالمحاضر التي يرجع لها وقت الحاجة (لاسيما عند اللجوء إلى القضاء قصد الفصل في المنازعة الجمركية)، والتي أصبح عمل الجهات المكلفة بالتحري والبحث مرتبطا بضرورة تحريرها وفق ما حدده القانون من شروط لصحتها شكلا، ومدى حجيتها موضوعا. لذلك فإن هذه المحاضر يمكن اعتبارها شهادات مكتوبة لما تمت معانيته أو سماعه من ذوي الشأن.

- ويرجعنا إلى المصدر العام المنظم لوسائل إثبات الجرائم بصفة عامة في الجزائر¹، وكذلك النصوص الخاصة بتنظيم عمل إدارة الجمارك ومكافحة الجريمة الجمركية، لاسيما منها قانون الجمارك والأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب. فإننا لم نجد فيها تعريفا للمحاضر وإنما اكتفى المشرع الجزائري فيها ببيان أنواعها (محضر حجز، معاينة، استجواب...)، وبالنص على شروط صحتها ومدى حجيتها، لذلك عمد الفقه إلى تعريفه (المحضر) بأنه محرر يدون فيه الموظف المختص عمله الذي يباشره بنفسه أو بواسطة مساعديه وتحت إشرافه². ويعرف بأنه تصرف مكتوب يحرره موظف عمومي يسرد بالتفصيل كل ما قيل أو فعل بحضوره³. مما يدل بأن المحاضر بصفة عامة هي وثائق مكتوبة للدلالة بها على واقع حدث سواء تم فعليا أو استتج حكما، تصدر عن جهة مخولة قانونا بذلك للرجوع إلى محتواها أنيا أو مستقبلا.

- 1- د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، المرجع السابق، ص ٢٨٩.
- 2- تقصد بالمصدر العام المنظم لوسائل إثبات الجرائم بصفة عامة قانون الإجراءات الجزائية.
- 3- د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التحري والتحقيق، المرجع السابق، ص ٢٨٨.
- 4- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، قصر الكتاب البليلة ص ٢٢٥.

وبهذا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تخرج المحاضر التي تثبت الجرائم الجمركية عن المألوف فيما يتعلق بطبيعتها، فهي بطبيعة الحال وكما أشرنا إليه سابقا تتضمن إثبات إجراء الحجز أو المعاينة أو استجواب الأشخاص الذي يتم من خلال ممارسة الهيئات المكلفة بالتحري واستقصاء الجرائم الجمركية. غير أنها لا بد أن تتسم بما تضمنته النصوص القانونية والتنظيمية من شروط صحة شكلية وموضوعية، يترتب عن إغفالها جزاءات قد تصل إلى إبطالها، وعدم الأخذ بمحتوى هذه المحاضر، حتى ولو تضمنت إثباتا لوقائع جد هامة في موضوع المنازعة. لذلك كنا قد أشرنا عند تبياننا لوسائل إثبات الجرائم الجمركية إلى الجهات المخولة بتحرير المحاضر كل على حدى نظرا لما يكتسبه ذلك من أهمية بالغة سنوردها فيما يلي بتطرقنا إلى عرض حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية في المطلب الأول من هذا المبحث، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى آثار هذه الحجية.

1- والمقصود بطبيعة المحاضر أنها مكتوبة وهذا على عكس ما تشير إليه تسميتها باللغة الفرنسية "Procès-verbal" والتي تدل ترجمتها اللغوية على المحضر الشفوي أو الدعوى الشفوية والذي كان وسيلة إثبات في الوقت الذي كانت تنقل فيه التصريحات والمعاينات شفاهة إلى الجهات المختصة غير أن استعمال المصطلح باللغة الفرنسية لا يزال متداولاً رغم انقضاء العمل بالتصريحات الشفوية راجع في هذا الصدد التعريف بالمحاضر الوارد في الموقع الإلكتروني: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/procès-verbal.php>.

والذي جاء فيه :

" Dans les temps anciens certains agents publics étaient illettrés. Ils faisaient donc un rapport oral à leur supérieur hiérarchique des diligences dont ils avaient été chargés. Bien que la situation soit, de nos jours, devenue différente, le mot verbal est resté et le procès-verbal revêt de nos jours la forme écrite. Il s'agit donc d'un rapport rédigé par un agent public pour rapporter des faits de sa compétence (il est quelquefois signé par plusieurs personnes ayant agi ensemble)".

المطلب الأول

حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية

إذا كانت الوسائل التي كرسها المشرع لإثبات الجرائم الجمركية تتباين بين خاصة وعمامة، فإن ذلك لم يمنع المشرع من إعطائها أوصافا تتباين هي الأخرى بحسب درجة قوتها الإثباتية، بالإضافة إلى تباين درجاتها وفقا لمعايير سلامة قيامها. حيث يجد الدارس لوسائل إثبات الجرائم الجمركية أن المشرع جعل لوسائل الإثبات درجات ولم يعطها نفس قوة الإثبات، غير أن هذا التدرج والتباين لم يفلح في رأي الكثيرين في تحقيق الغرض المنشود لها ألا وهو تمكين السلطة العامة من مكافحة الجريمة الجمركية بالموازاة مع تحقيق العدالة وحفظ حقوق الأشخاص. وهذا ما يتأتى من خلال الاطلاع على أحكام نصوص قانون الجمارك والنصوص القانونية الأخرى المكتملة له، خاصة تلك التي اهتمت ببيان مدى حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية. حيث يتبن جليا من خلال استقراءها أن المشرع اعترف لبعضها بحجية مطلقة لا يجوز إثبات عكسها ما لم يطعن فيها بالتزوير، وأعطى لأخرى حجية هامة تبدو في ظاهرها أنها تسائر المبادئ العامة في إثبات الجرائم غير أن واقعها يثبت أنه يترتب عنها تحميل المتهم بالجريمة الجمركية عبئ إثبات عكسها. وهذا كله فيما يخص الجرائم الجمركية الموصوفة بوصف المخالفة أو الجنحة، أما بالنسبة لتلك الموصوفة بوصف الجناية فإن القوة الثبوتية للمحاضر أيا كان نوعها وأيا كان محتواها، لا تعد وأن تكون مجرد محاضر استدلالية لا تلزم محكمة الجنايات الفاصلة فيها. كون أن هذه الأخيرة لا يرجع فيها القضاة والمخلفين إلا لضمائرهم واقتناعهم الشخصي للإجابة بالنفي أو الإيجاب عن الأسئلة التي تطرح عليهم وفقا لمقتضيات المادة ٣٧٩ من قانون الإجراءات الجزائية. وهذا ما قضت به المحكمة العليا مؤخرا بعد أن دار الجدل كثيرا فيما يخص هذه النقطة، لاسيما بعد أن أصبحت بعض الجرائم الجمركية وبالأخص جرائم التهريب تأخذ وصف الجناية وفقا لمقتضيات المادتين ١٤

و١٥ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب. حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٩ في الملف رقم ٥٤٨٧٣٩ أن "الاستدلال المعتمد منها في هذا الخصوص والمؤسس على القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية المنصوص عليها في المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك لا يكون مقبولاً إلا بالنسبة للدعاوى التي ترفع أمام المحاكم والمجالس القضائية المشكّلة من قضاة محترفين، والتي تفصل فيها بالتالي بأحكام وقرارات مسببة طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية

ولاسيما نص المادة ٣٧٩ منه، وليس أمام محاكم الجنايات التي يشارك في تشكيلها محلفون، والتي تحكم بناء على الاقتناع الشخصي لأعضائها، المعبر عنه بواسطة أجوبتهم على الأسئلة المطروحة عليهم بكيفية صحيحة كما في دعوى الحال، والذين لا يتطلب منهم القانون حساباً على الوسائل التي بها توصلوا إلى تكوين اقتناعهم".

- لذلك ستطرق في هذا الفرع إلى بيان هذه الأنواع من الحجج (فيما يتعلق بإثبات الأفعال الموصوفة مخالفة أو جنحة جمركية كما سبق توضيحه) قصد التعرف على مدى فاعليتها، وبيان شروط حجيتها وتقدير ذلك كله بالنظر إلى مقاصدها وذلك في نقطتين.

أولاً: وسائل الإثبات ذات الحجية المطلقة إلى أن يظن فيها بالتزوير.

إن من أصول القواعد العامة للإثبات أن يخضع تقدير وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقاضي، الذي له صلاحية تقديرها وفقاً لما يقتضيه القانون وما يتقبله شعور المخاطبين به. هذا ما يؤكد الوجهة الرامية إلى القول بأن وسائل إثبات الجريمة لا بد أن تتسم بالرونة التي تسمح بممارسة حق الرقابة والتوجيه السليم لها. وإن كان هذا لا يتأتى إلا بإقرار السلطة التشريعية لمبادئ قانونية تسمح بذلك، كون أن باقي السلطات لا يسعها أثناء التطبيق إلا الالتزام بما ورد في النصوص القانونية.

1- مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة ٢٠١٠. المرجع السابق. ص ٢٦٢.

- وإذا كانت القواعد العامة تستدعي ما أشرنا إليه، فإن الأحكام الخاصة التي تضمنتها بعض النصوص القانونية ومنها قانون الجمارك والأمر المتعلق بمكافحة التهريب تشير إلى عكس ذلك. وهذا جلي من خلال ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك، التي نصت على أنه "تبقى المحاضر الجمركية المحررة من طرف عونين محلفين على الأقل من بين الأعوان المذكورين في المادة ٢٤١ من هذا القانون، صحيحة ما لم يطعن فيها بتزوير المعينات المادية الناتجة عن استعمال محتواها^١ أو بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها". وكذلك ما تضمنته المادة ٣٢ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب والتي نصت على أنه "للمحاضر المحررة من طرف ضباط الشرطة القضائية أو عونين محلفين على الأقل من أعوانهم المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية أو عونين محلفين من بين أعوان الجمارك أو أعوان مصلحة الضرائب أو أعوان المصلحة الوطنية لحراس السواحل أو الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش لمعينة أفعال التهريب المجرمة في هذا الأمر نفس القوة الإثباتية المعترف بها للمحاضر الجمركية فيما يتعلق بالمعينات المادية التي تتضمنها وذلك وفقا للقواعد المنصوص عليها في التشريع الجمركي".

- وعلى العموم وبالرغم من دلالة النصوص الصريحة على الحجية المطلقة لبعض أنواع المحاضر، فإن ذلك لا يؤدي إلى القول بأن كل المحاضر المتعلقة بإثبات الجرائم الجمركية تتسم بنفس الطلاقة. كون أن المشرع حدد شروطا خاصة يجب أن تتضمنها المحاضر حتى تتصف بالصفة الواردة في المادتين ٢٥٤ من قانون الجمارك و٣٢ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة

1- للإشارة فإن ورود لفظ "محتواها" ورد خطأ في الفقرة الأولى من نص المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك بعد التعديل الوارد في القانون ١٠/٩٨ والصحيح هو "حواسمهم" بدلا عنها وهو ما ورد في ترجمة النص باللغة الفرنسية لأن المشرع ومن خلال ذات النص أعطى بيانا لوسائل المعينة المادية فأوضح أنها تتم باستعمال حواسمهم وليس استعمال محتواها.

التهريب. وتتعلق تلك الصفة بنوعين من الشروط، ألا وهما نوع الفعل المجرم، وطبيعة المعاينة موضوع المحضر من جهة. وصفة محرري المحضر وعددهم من جهة أخرى. وهذا ما سنتطرق إلى بيانه فيما يلي.

- ففيما يخص الشرط الأول المتعلق بنوع الفعل المجرم وبطبيعة المعاينة موضوع المحضر، فإن المشرع اشترط أن يتضمن المحضر إثباتا للجريمة تتعلق بالأفعال المحظورة بموجب قانون الجمارك بما فيها أعمال التهريب، إذ لا تكون المحاضر مثبتة إلى أن يدعى تزويرها إلا فيما يتعلق بالجرائم الجمركية. ويمكن إثبات العكس في الجرم الذي يعود لدائرة أخرى وقد عاينه موظفو الجمارك¹، مما يعني أن القوة الثبوتية للمحاضر لا تتسم بالحجية المطلقة فيما يخص جرائم القانون العام التي قد يعاينها أعوان الجمارك والشرطة القضائية كالسب أو الإهانة أو التعدي². كما يجب أن يتضمن المحضر نقل معاينة مادية، كون أن هذه الأخيرة مسألة موضوعية يتعين الأخذ بها من طرف قضاة الموضوع وذلك في مسألة الإثبات الجنائي وتعتبر دليلا على الإدانة³.

- والملاحظ من خلال ما ورد في قانون الجمارك الجزائري ومختلف النصوص القانونية للمكاملة له أن المشرع بين أوصاف المعاينة المادية فقط دون أن يعطي تعريفا لها، لذلك تولى الفقه والقضاء بيان مفهوم المعاينة المادية على أنها المعاينات الناتجة عن الملاحظة الدقيقة والمباشرة بالحواس. "Il faut entendre les constatations résultant du témoignage précis et direct des sens"⁴.

1- د شوقي رامز شعبان، إدارة الجمارك، المرجع السابق، ص 189.

2- د أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، الطبعة الثالثة، مرجع سابق ص 172.

3- بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2007، ص 242.

4- DOSSIER PRATIQUES, Douane-Réglementation communautaire et nationale, Francis Lefebvre, 1ernovembre 1993; P616.

وأنها ما يقع تحت حواس الملاحظين، كمكان معاينة الجريمة، طبيعة البضاعة والظروف التي تم فيها التوقيف والتعرف على الهارب.

"celles qui tomber sous le sens des observateurs, telle que le lieu où l'infraction a été constatée, la nature des marchandises, les circonstances dans lesquelles l'arrestation a été opérée, la reconnaissance d'un fuyard".¹

ويتحدد هذا المفهوم إجمالاً بنمط وسائل كشف الجريمة فإذا تعلق الأمر بفعل يتم كشفه بالرؤية المباشرة أو الشم أو السمع أو اللمس أو التذوق، فإن الأمر يعد من المعاينات المادية التي لا يجوز الطعن في صحتها إلا بالتزوير، أما إذا تم اللجوء إلى وسائل تقنية أو فنية لكشف الجريمة كاللجوء إلى الخبرة أو التحاليل فإن ذلك يُخرج الأمر من دائرة المعاينات المادية المنصوص عليها في النصوص المذكورة سابقاً. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها التي جاء فيها أن المعاينات المادية التي قصدها المشرع هي تلك الناتجة عن الملاحظات المباشرة التي يسجلها أعوان الجمارك اعتماداً على حواسهم، والتي لا تتطلب مهارة خاصة لإجرائها.²

- إلا أن استعمال مجرد وسائل مادية كآلات الوزن أو القياس ليس من شأنه أن يرفع عن المعاينة وصفها المادي، باعتبار أن المشرع نص صراحة على أن استعمالها يعتبر من قبيل المعاينات المادية المنوه عليها في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك^٣، في حين أن مجرد الاستنتاجات

1- Claude J.BERR /Henri TREMEAU, le droit douanier communautaire et nationale, 7^{édition}, opcit.p543.

2- راجع في هذا الصدد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٢/٠٥/١٩٩٧ في الملف رقم ١٤٣٨٠٢ المشار إليه في المجلة القضائية العدد ١ لسنة ١٩٩٨ ص ٢٢٧.

3- للإشارة فإن المشرع الجزائري استحدث عبارة "الناتجة عن استعمال حواسهم أو بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها" في الفقرة الأولى من نص المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك بموجب القانون ١٠/٩٨ المعدل والمتمم للقانون ٠٧/٧٩ المتضمن قانون الجمارك بعدما كانت نفس الفقرة من ذات المادة منه تنص على: "تثبت المحاضر الجمركية صحة المعاينات المادية التي تنقلها ما لم يقع الطعن فيها بعدم الصحة وذلك عندما يجررها موظفان مخلصان تابعان لإدارة عمومية".

والتصورات الذهنية أو التقديرات التي يتوصل إليها محرري المحضر، هي الأخرى لا تعد من قبيل المعاينات المادية فلا تكون لها من قوة الإثبات إلا بمقدار ملازمتها للوقائع^١ ولا تكتسي المحاضر التي تحتويها نفس حجية محضر المعاينة المادية وبذلك يمكن التحلل منها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير في المحاضر التي تنقلها. والأمر سواء إذا تمت الاستعانة بشهادة شاهد حول واقعة معينة شاهدها وتم نقلها في محضر على أساس أنها معاينة مادية. إذ لا تعتبر هذه الشهادة من قبيل المعاينات المادية، كون أن هذه الأخيرة تكون مباشرة من طرف محرري المحضر وليس نقلا عن الغير.

- أما الشرط الثاني الذي لا تتحقق صفة الحجية الكاملة للمحضر إلا به فيتمثل في عدد محرري محضر المعاينات المادية وصفتهم، حيث نص المشرع على ضرورة تحرير المحضر من طرف عونين محلفين على الأقل من بين الأعوان المذكورين في المادة ٢٤١ من قانون الجمارك^٢. وهم أعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، وأعوان مصلحة الضرائب وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش. وهم أنفسهم الأشخاص الذين نصت عليهم المادة ٣٢ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب، أما غيرهم من موظفي الهيئات الإدارية أو الأمنية فلا يكون للمحاضر التي يحررونها

- 1- د شوقي رامز شعبان، إدارة الجمارك، المرجع سابق. ص ١٨٩.
- 2- جدير بالذكر أن المشرع الجزائري ساير المشرع الفرنسي في اشتراطه ضرورة تحرير المحضر من طرف عونين محلفين على الأقل من بين الأعوان المحددين في قانون الجمارك أو في قانون الإجراءات الجزائية دون غيرهم من الموظفين أو الأشخاص وهذا على عكس التشريع اللبناني الذي نص في المادة ٣١٤ من قانون الجمارك على: "إن التحقق من المخالفات يجب أن يتم على يد شخصين على الأقل: إما على يد موظفين من الجمارك- أو عن يد موظفين آخرين أو موظفين من القوى العامة (الدرك، الشرطة، الأمن العام، إلخ...) أو عن يد موظف من الجمارك وموظف آخر أو موظف آخر من القوى العامة أو فرد من الأفراد بشرط أن يكون بالغاً". راجع في هذا الصدد مؤلف الدكتور شوقي رامز شعبان، إدارة الجمارك، مرجع سابق. ص ١٨٥.

بمفردهم (ولو كانت محاضر معاينة مادية) نفس حجية الإثبات المعترف بها لمحاضر المعاينة المادية التي بينا شروطها.

- أما إذا تم تحرير محاضر المعاينات المادية بناء على معاينات مادية تمت بمعية عونين على الأقل من الأعوان الوارد ذكرهم في المادة ٢٤١ من قانون الجمارك أو المادة ٣٢ من الأمر ٦/٥٥ واستوفت الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا، فإنها تكتسب القوة الثبوتية التامة التي لا يجوز الطعن في صحتها إلا بالطعن فيها بالتزوير وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر تحت رقم ٣٠١٠٣٠ بتاريخ ٢٠٠٤/٠٩/٠٧ والذي جاء فيه: "حيث أنه فعلا وبالإرجوع إلى القرار المطعون فيه والذي تبني الحكم المستأنف القاضي ببراءة المتهم يتضح جليا بأن قضاة المجلس استندوا في قضائهم الرامي إلى تأييد الحكم المعاد على عدم اكتساب المحضر المحرز من طرف حرس الحدود للحجية القانونية على أساس أن حرس الحدود غير مختصين بتحرير المحاضر المثبتة للجرائم الجمركية، أنهم أشاروا في حيثيات القرار المطعون فيه إلى أن الوقائع تمت معاينتها بعد دورية مشتركة ما بين حرس الحدود وأعوان الجمارك، وحيث أن المحاضر الجمركية تعد صحيحة ما لم يطعن فيها بالطرق المحددة قانونا طبقا للمادة ٢٥٤ من قانون الجمارك. وحيث أنه متى كان الأمر عكس ذلك في قضية الحال فإن ما توصل إليه قضاة الموضوع لدى تصريحهم ببراءة المتهم صارفين النظر عن ما تضمنه المحضر من معاينات ودون أن يطعن فيه بالطرق القانونية يشكل خطأ في تطبيق القانون".

كما أن المحضر المحرز من طرف عون واحد من الأعوان المذكورين لا يكتسي نفس الحجية، فيما يكتسب المحضر المحرز من طرف عدد يفوق الحد الأدنى المبين في المادة ٢٥٤ المذكورة ذات الحجية.

1- دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس، المرجع السابق. ص ٣٩ و ٤٠.

- وإذا كان المشرع قد أعطى بموجب نص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ للمحاضر التي تتضمن إثبات معاينات مادية المحررة من قبل عونين على الأقل من أعوان إدارة الجمارك حجية لا يمكن دحضها إلا بالطعن فيها بالتزوير، فإنه ومن خلال قراءة متأنية لنص المادة ٣٢ من الأمر ٠٦ / ٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب نجده قد عمم ذات الصفة على جميع المحاضر المحررة من طرف الأشخاص المنصوص عليهم في ذات المادة، والمتعلقة بمعاينة جرائم التهريب المجرمة بموجب الأمر ٠٦ / ٠٥ ونص على تطبيق نفس الأحكام المتعلقة بها، أي فيما يخص طبيعة المعاينات وعدد الأشخاص وصفتهم، مما يعني أن المشرع الجزائري قد عمد إلى تأكيد العمل بحجية هذا النوع من المحاضر بالرغم من مجموع الانتقادات الموجهة له لاعتماده تلك الحجية لمحاضر يحررها أفراد قد لا يتمتعون بصفة الضبطية القضائية على الأقل، ويقيدون بها سلطة القاضي الذي جعل له المشرع سلطة تقدير الوقائع والأدلة وفق ما سنراه لاحقا.

- وحسب تقديرنا فإن إضفاء صفة الحجية الكاملة على المحاضر التي تثبت معاينة جرائم التهريب المجرمة بموجب الأمر ٠٦ / ٠٥ بكل ما احتوته لم يقع سهوا من المشرع، وإنما يندرج ضمن مسعاه الواضح من خلال أحكام ذات الأمر (المتعلق بمكافحة التهريب) الرامي إلى تشديد الخناق على مرتكبي جرائم التهريب، من خلال تضمن جل أحكامه قواعد ردعية^١.

- وفي مجمل القول، فإن المحاضر التي تضمنت الشروط المذكورة سابقا تكتسي الحجية التامة التي تدل على صحتها وصدقها، ذلك لأن دحض

1- للتذكير فإن المشرع الجزائري ضمن الأمر ٠٦ / ٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب أحكاما خاصة لم ينص عليها سابقا في قانون الجمارك على غرار تصنيف بعض أفعال التهريب بوصف الجنائية، بعدما كانت الجرائم الجمركية بما فيها أفعال التهريب تصنف بين مخالفات وجنح، ورفع الحد الأقصى لمدة الحبس في مادة الجنح المتعلقة بالتهريب إلى ٢٠ سنة كما سنرى فيما يأتي. كما ضمنه أحكاما كان قد ألغى العمل بها ومن بينها منع المصالحة في الجرائم الموصوفة بفعل التهريب.

ذلك لا يتأتى إلا بالظن فيها بتزوير المعاينات المادية^١، أو بسبب بطلانها لتخلف بيان من البيانات الجوهرية التي يرتب عليها القانون البطلان كجزاء^٢.

ثانياً: وسائل الإثبات ذات الحجية النسبية:

إذا كان التشريع الجمركي وكذا الأمر المتعلق بمكافحة التهريب قد نصا على حجية مطلقة لنوع محدد من وسائل الإثبات، فإن ذلك لم يمنع المشرع في ذات النصوص من إقرار حجية أقل شدة منها لأنواع أخرى من وسائل الإثبات، ذلك لأن الجرائم الجمركية تتعدد مصادرها وطرق ارتكابها، كما أن حصر حجية وسائل الإثبات في نمط واحد من المحاضر كان سيؤدي حتماً إلى إفلات مرتكبي هذا النوع من الجرائم من العقاب لاسيما إذا علمنا أن القوة الثبوتية لمحاضر المعاينة أحاطها المشرع بقيود كما سبق بيانه تتعلق بنوع المعاينات وصفة وعدد محرريها. كما أن التوسيع في عدد الأعوان والهيئات التي حولها المشرع صلاحية إثبات الجرائم الجمركية وجرائم التهريب، جعل حسب رأينا من ضرورة اعتماد المشرع

1- لقد تضمنت المادتين ٢٥٤ و ٢٥٧ من قانون الجمارك النص على إمكانية دحض صحة المعاينات المادية بالظن بالتزوير غير أن المشرع لم يتطرق إلى طرق وإجراءات اللجوء إليه والجهات المختصة بالنظر فيه، لذلك يستشف من خلال ما ورد في قانون الجمارك أن المشرع يميل لإجراءات الظن بالتزوير في محضر المعاينات المادية إلى الطرق العامة المقررة في قانون الإجراءات الجزائية على غرار نص المادتين ٥٣٦ و ٥٣٧ منه.

2- إن الجزاءات المترتبة على تخلف بيان من البيانات التي تحتويها المحاضر المنصوص عليها طبقاً لنص المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك، والمادة ٣٢ من الأمر ٥٦/٥٥ المتعلق بمكافحة التهريب، تتباين بين بطلان المحضر إجمالاً، وبطلان البيان و أو الإجراءات المعيب فقط دون أن يتعدى ذلك إلى المحضر ككل. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم ١٠٦٤٠٤ الصادر بتاريخ ٠٦/٠٣/١٩٩٤ المشار إليه في مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية الصادر عن المديرية العامة للجمارك، مرجع سابق، ص ٥٥، والذي جاء فيه: "إن الإخلال بالشروط الواردة في المادة ٢٤٦ ق ج لا يمكن أن يؤدي إلى بطلان المحضر، إذا كان نفس المحضر مستوفياً للشروط الواردة في المادة ٢٤٤ ق ج، أي أنه متضمن كل المعاينات الضرورية والكافية لإثبات مادية الوقائع المنسوبة للمتهم".

لمحاضر ذات حجية نسبية ضرورة في ظل افتقاد الكثير من هؤلاء الأعوان إلى التكوين اللازم نظريا وتطبيقيا لتحرير محاضر ذات حجية تامة صحيحة ومطابقة للمعايير القانونية الواردة تحت طائلة البطلان.

- لهذا نصت مختلف النصوص القانونية المتضمنة طرق إثبات الجرائم الجمركية بما فيها جرائم التهريب على حجية وسائل إثبات تكتسي حجية نسبية، قد تصل إلى حد الأخذ بها على سبيل الاستدلال فقط، وذلك إما بطبيعتها أو بمآلها (المحاضر المعيبة). وهذا ما سنورد تفصيله فيما يلي :

- ١ / وسائل الإثبات ذات الحجية إلى أن يثبت عكسها: لقد نص المشرع الجزائري صراحة من خلال الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك على أنه "وتثبت صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة في محاضر المعاينة ما لم يثبت العكس، مع مراعاة أحكام المادة ٢١٣ من قانون الإجراءات الجزائية. وعندما يتم تحرير المحاضر الجمركية من طرف عون واحد تعتبر صحيحة ما لم يثبت عكس محتواها". مما يوضح جليا كما سبقت الإشارة إليه أن المشرع أراد أن يوفر وسائل الإثبات بكل الوسائل وفي جميع الظروف، من خلال نصه على أنه وحتى في غياب المعاينات كأن يبطل مضمون محضر المعاينة^١ - لما احتواه من عيوب يرتب عليها القانون البطلان كجزاء - فإن الاعترافات المسجلة في ذات المحضر تصبح

1- من خلال القراءة السطحية للفقرة الثانية من المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك يظهر أن المشرع اشترط لحجية الاعتراف أو التصريح أن يدون في محضر المعاينة المادية، لكن وحسب رأينا ما هودور هذه الاعترافات ومتى يحتاج إليها القاضي أو المتهمم مادام أن محضر الإثبات يتضمن معاينات مادية لها حجية مطلقة ما لم يطعن فيها بالتزوير وهي تغني عن اللجوء إلى تقدير حجية التصريح أو الاعتراف وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم ٣٣٩٩٦٢ فهرس ٣٤٠٦ المؤرخ في ٢٠٠٥/١١/٣٠ المنشور في دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس، المرجع السابق ص ٤٥، والذي جاء فيه: "وحيث أنه مع وجود محضر جمركي لم يطعن فيه بالتزوير يوثق أن البضاعة ملك للمتهمم فليس من حق القضاة مع وجود محضر جمركي البحث عن دليل آخر". لذلك نرى أن يستدرك الفراغ الوارد في النص المذكور بالقول أنه "وتثبت صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة في محاضر المعاينة - في حال إبطال المعاينات المادية التي تضمنها ذات المحضر - ما لم يثبت العكس".

دليل إثبات لا يكتسي نفس حجية الإثبات للمعاينات المادية، ولكن يبقى صحيحا إلى غاية إثبات عكسه. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قضائها بموجب القرار رقم ١٠٦٤٠٤ الصادر بتاريخ ٠٦/٠٣/١٩٩٤ عن غرفة الجناح والمخالفات القسم الثالث الذي جاء فيه "بأن العيب الذي يشوب إحدى العمليات المعائنة في المحضر، لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان المحضر بكامله الذي يبقى صحيحا بخصوص المعاينات المادية الأخرى المستقاة طبقا للقانون، والتي تكفي لإثبات الجريمة، أو تتضمن الاعتراف غير المنازع فيه من طرف المتهم".^١

- وحرري بنا في هذا المقام أن نبين مفهوم الاعتراف والتصريح، ذلك لأن المفاهيم الخاصة الواردة في المادة ٠٥ من قانون الجمارك والمادة ٠٢ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب لم تتناول بيانها بالرغم من أهميتهما، لذا نرجع في تعريفهما إلى المفاهيم العامة التي أوردها الفقه والقضاء. فالتصريح هو ما يدلي به المصريح وهذا الأخير هو شخص يُعْلَمُ من له حق المعرفة قانونا بواقعة أو بوضع قانوني^٢. أما الاعتراف فهو إقرار المتهم بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه^٣ ويقصد به كذلك اعتراف شخص مدعى عليه بصحة الواقعة التي أتهم بمقتضاها، ومن ثم فإن الإدلاء بالتصريح، أو الاعتراف بالجرم لا بد أن يصدر عن ذي شأن. إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينسب له تصريح أو إقرار صادر عن الغير. وفي هذا الشأن فإن الاعترافات أو التصريحات التي تسجل في المحاضر الجمركية لا بد أن تكون قد أدلى بها المخالف نفسه، ويعترف بالواقعة

- 1- مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المديرية العامة للجمارك المرجع السابق. ص ٥٤.
- 2- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، المرجع السابق. ص ٧٩.
- 3- جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية الجزء الأول (أ- خ) الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠٢. ص ١٧.
- 4- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، المرجع السابق ص ٣٦.

المنسوبة إليه فيها. أما ما يدونه الأعوان الذين حرروا المحضر من مما استنتجوا من دلالات من خلال ما صرح به المخالف، أو تبين من ملاحظه، أو ما صرح لهم به الغير من شهود حضروا واقعة تشكل جريمة بمقتضى قانون الجمارك أو الأمر المتعلق بمكافحة التهريب، فإن ذلك لا يعد به من صميم الاعترافات أو التصريحات التي أعطى لها المشرع حجية إلى غاية إثبات عكسها بالرغم من احتواء محضر الجمارك عليها. وفي هذه الحالة يجوز الطعن بالأقوال التي أثبتتها المحاضر المنظمة بمعرفة رجال الجمر، إذا كانت منسوبة إلى غير منظمي المحضر، دون الالتجاء إلى دعوى التزوير، لأن الطعن في هذه الصورة لا يتناول عملا من أعمال مأموري الجمارك، ولا يرمي لتكذيب ما فعلوه بل تكذيب ما صرح به الغير أمامهم^٢.

وبالإضافة إلى ما سبق فإنه ولحجية الاعتراف يجب أن يكون مدونا في محضر المعاينة، مما يدل قطعا أن الاعترافات التي لم تدون بالمحضر لا تأخذ نفس الحجية. كما أن الاعترافات التي تنتزع من المشتبه فيه أو المتهم تحت الإكراه لا تكتسي تلك الحجية شريطة إثبات وقوع الإكراه وأنه لولاه لما أدلى المشتبه به بالتصريح المحرر في المحضر دليل الإثبات^٣.

- 1- بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق ص ٢٦٩.
- 2- جورج قذيفة، القضايا الجمركية الجزائرية، الجزء الثاني - أصول المحاكمات - المرجع السابق ص ١٧٢.
- 3- لقد أقرت جل التشريعات ومنها التشريع الجزائري ضرورة احترام سلامة المشتبه فيه أو المتهم أثناء جميع مراحل التحقيق أو المحاكمات، وأقرت عقوبات صارمة ضد مخالفتي هذه القواعد الآمرة، ومن هذا القبيل فقد قضت البينة الاتهامية في لبنان في قرارها رقم ٩٦/٥٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٠٤/٢٥ المشار إليه في مؤلف نزيه نعيم شلالا. دعاوى المخدرات دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد. الطبعة الأولى. المرجع السابق ص ٢٤ والذي جاء فيه بأنه "وبما أنه لا يمكن الركون والأخذ بما ورد في الإقرارين المذكورين بالنظر لكيفية حصولهما وتاريخ إجرائهما في أجواء مكتب المخدرات الإقليمي، وفي ظروف أملت على المدعي عليه التوقيع عليهما، قد يكون ضاغطة وفقا لأقوال الشاهد ومدلول أقوال الملائم".

- أما فيما يخص النوع الثاني من المحاضر، والذي يكتسي حجية إلى غاية إثبات العكس فيتعلق الأمر بالمحاضر المحررة من طرف عون واحد من الأعيان المشار إليهم بموجب نص المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك. والملاحظ هنا أن المشرع نص في المحاضر التي لها الحجية التامة أنه يجب تحريرها من طرف عونين على الأقل من الأعيان المنصوص عليهم قانونا، غير أنه لم يفوت فرصة إقرار الحجية إلى غاية ثبوت العكس بالنسبة للمحاضر المحررة من طرف عون واحد، وهذا يندرج دائما حسب رأينا في مسعى المشرع إلى الحيلولة دون إفلات مرتكبي الجرائم الجمركية من العقاب المقرر في قانون الجمارك والقوانين المكمل له.

وحجية المحاضر المحررة من طرف عون واحد من الأعيان المنصوص عليهم قانونا في المادة ٢٤١ من قانون الجمارك لا تقوم إلا إذا اتسم المحاضر بالسلامة الشكلية والموضوعية، ولو أن هذه الأخيرة تتم مناقشتها ضمن صحة محتوى المحاضر، والتي يسعى المشتبه فيه أو المتهم إلى إثبات عكسها وفقا للقانون. فإن استكمال الشكليات المنصوص عليها قانونا هو ما يكسب المحاضر المحرر من طرف عون واحد الحجية إلى غاية إثبات العكس. وينطبق على المحاضر المحرر من طرف عون واحد ما ينطبق على المحاضر المحرر من طرف عونين من الشروط الشكلية، ما عدا ما يتعلق بعدد محرري المحاضر فيقتصر الأمر على عون واحد كفي يحوز المحاضر حجية لا يمكن دحضها إلا بإثبات الدليل العكسي.

- ومما سبق بيانه فإنه يبدووا للوهلة الأولى أن المشرع أبدى اهتماما واسعا ببيان أنواع المحاضر التي تكتسي حجية إلى حين إثبات عكسها، غير أن أمرا آخر لا يقل أهمية عن ذلك نص عليه المشرع وهو يتعلق بنفس النوع من المحاضر وي طرح نقاطا قانونية تحمل نوعا من الخطورة بما كان. ويتعلق الأمر بكيفية إثبات عكس ما تضمنه محتوى هذه المحاضر. ذلك لأن الغاية منه هو إقرار قرينة البراءة لدى المتهم، وتكريس مبادئ العدل والإنصاف من طرف

المكلف بتقديرها. وهذا ما سنتطرق إليه عند تناولنا لتأثير حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية.

٢/ وسائل الإثبات التي لا يؤخذ بها إلا على سبيل الاستدلال : إن تنوع وسائل الإثبات التي أقر المشرع العمل بها في إطار التشريع الجمركي والقوانين المكمل له، جعل حجيتها تتراوح بين مطلق الدليل وبمجرد استدلال لا يرقى إلى تكوين حجة دامغة في مواجهة المتهم أو المشتبه فيه. غير أن هذا التدرج لم يكن وليد الصدفة، كون أن محاضر الاستدلال قد تكون ذات جدوى في كشف الجرائم الجمركية، لاسيما إذا علمنا أن هذا النوع من المحاضر كثيرا ما تكون شروط صحته أقل شدة من تلك المفروض وجودها في المحاضر التي تتسم بحجية أكبر مثل ما عرضنا سابقا.

- ومحاضر الاستدلال ميسرة الوجود كون أن مصادرها تتعدد فهي تكتسب صفتها تلك إما من طبيعتها أو بما آلت إليه وسائل إثبات أخرى، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي :

• محاضر الاستدلال بطبيعتها: وهي محاضر نص المشرع عليها في القواعد العامة، حيث ورد في المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات الجزائية أنه " لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات والجنح إلا مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "، وهذا يعني أن محاضر الضبطية القضائية باعتبارها محررات تدون فيها الأعمال التي تجرئها الشرطة القضائية كقاعدة عامة، مجرد معلومات واستدلالات، وبالتالي لا تعدو حجيتها أن تكون محاضر استدلالية لا حجة لها، يجب على القاضي أن لا يستنبط الدليل منها وحدها^١، غير أن القول أن محاضر الاستدلال هي من صميم عمل الشرطة القضائية لا يعني بالضرورة أن كل المحاضر التي يجرها ضباطها أو أعوانها من ذات النمط لاسيما وقد علمنا أن المشرع نص صراحة في قانون الجمارك والأمر المتعلق بمكافحة التهريب أن محاضر

1- د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقق)، المرجع السابق. ص ٢٩٣.

المعاينات المادية المحررة من طرف عونين على الأقل من أعوانها تحوز الحجية التامة التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، وأن محضر المعاينة الذي يحرر من طرف عون واحد يعد ذا حجية إلى غاية إثبات العكس.

- لهذا فإن محاضر الاستدلال التي تثبت من خلالها الجرائم الجمركية هي تلك المحاضر المحررة دون وجود معاينة مادية أو حجز وفقا لما نصت عليه المادة ٢٥٨ من قانون الجمارك، التي جاء فيها "فضلا عن المعاينات التي تتم بواسطة المحاضر، يمكن إثبات المخالفات الجمركية ومتابعتها بجميع الطرق القانونية حتى وإن لم يتم أي حجز، وأن البضائع التي تم التصريح بها لم تكن محلا لأية ملاحظة خلال عمليات الفحص". كما أنه لا يشترط لاستنباط الدليل على وقوع الجرائم الجمركية من خلال محاضر الاستدلال أن تكون هذه الأخيرة قد حررت بمناسبة البحث عن الجرائم الجمركية، وإنما يمكن استخلاص ذلك من أي محضر استدلال صحيح طبقا للقواعد العامة (اختصاصا ومضمونا)، ولو كان التحقيق الابتدائي موجهها لكشف جرائم أخرى من جرائم القانون العام. كأن يتبين أن جريمة ما تمت في أعقاب تصرف ما يشكل جريمة جمركية أو لارتباطها بها، فيحق في هذه الحالة لإدارة الجمارك أن تباشر تحقيقاتها بناء على ما ورد من معلومات في محضر الاستدلال أو أن تطلب من جهة الاتهام أو التحقيق فتح تحقيق فيما يتعلق بالشق المتعلق بالجريمة الجمركية المفترض قيامها. وفي هذا الصدد نصت المادة ٢٦٠ من قانون الجمارك على أنه "تطلع الجهة القضائية لإدارة الجمارك بكل المعلومات التي تحصلت عليها، والتي من شأنها أن تحصل على افتراض وجود مخالفة جمركية أو أية محاولة، يكون الهدف منها أو نتيجتها ارتكاب مخالفة جمركية، سواء تعلق الأمر بدعوى مدنية أو تجارية، أو بتحقيق، حتى ولو انتهى بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى".

• محاضر الاستدلال بمآلها: هذا النوع من المحاضر الأصل فيه أنه يتسم بحجية إما مطلقة أو إلى حين إثبات عكس محتواه، غير أنه ولعدم صحة

بعض بياناته¹ التي لا يرتب عليها القانون البطلان المطلق فإن قوته الإثباتية تتقهقر لتصبح مجرد استدلال لا يلزم القاضي، ويمكن دحضه بكل الوسائل القانونية بما فيها التراجع عن التصريحات أو الاعترافات الواردة فيه دون حاجة إلى تعزيز ذلك بدليل. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ١٢/٠٣/١٩٩٥ في الملف رقم ١٢٧٤٥٧ والذي جاء فيه "إن إبطال إجراءات الحجز يفقد محضر الشرطة قوته الإثباتية فيصبح بذلك طريقا من الطرق القانونية التي يمكن بها إثبات المخالفات الجمركية وفقا لأحكام المادة ٢٥٨ من قانون الجمارك. ومن ثم فلا يعدو أن يكون مجرد استدلال غير ملزم للقاضي ومتى كان الأمر كذلك فإنه يتعين على قضاة المجلس أن يفصلوا في القضية انطلاقا من محضر الشرطة الذي أصبح مجرد استدلال وبيتوا فيها تبعا لاقتناعهم الخاص أن بقيام المخالفة أو بعدم قيامها وبقضائهم خلافا لذلك يكون القضاة قد خرقوا القانون لاسيما أحكام المواد ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٧٢ ق ج^٢.

- وجدير بالذكر أنه ليست كل محاضر الحجز أو المعاينة المطعون فيها بالبطلان صالحة للاحتجاج بها على سبيل الاستدلال، ذلك لكون أن الطعن بالبطلان قد يؤدي إلى بطلان المحضر ككل، ومن ثم يفقد كل حججه في الإثبات. ونجد مثل هذه الحالات عندما تكون البيانات أو الإجراءات الطعون في صحتها لا تسمح بتجزئة عناصر المحضر كأن يحرر محضر معاينة أو حجز من طرف موظفين غير مختصين قانونا بذلك إطلاقا. أما المحاضر المعيبة شكلا أو موضوعا بعيوب لا تؤثر في صحة باقي العناصر، أو أن الجزء المطعون فيه منها يمكن فصله عن باقي العناصر الأخرى دون المساس بشكلها وبمحتواها، فإن المحضر يكتسي الحجية التي

1- للتذكير فإنه سبق لنا بيان البيانات المنصوص عليها قانونا لصحة محضر الحجز ومحضر المعاينة عندما تناولنا الطرق الخاصة للبحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في الفرع الأول من المطلب الأول في هذا البحث.

2- د أحسن بوسقيعة المنازعات الجمركية دار هومو الطبعة الثالثة المرجع السابق ص ١٩٠.

تناسب مع ما بقي من إجراءات وشكليات صحيحة لأن وجود حالات من الإبطال لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان المحضر برمته سواء كان ذلك بالنسبة للمتهمين، أم إلى البضائع أم الوقائع والمعاملات الشكلية. ذلك لأنه يمكن إبطال المحضر بالنسبة لمتهم دون الآخر، ولا يمتد البطلان إلى كل المحضر ومن ثم يمكن أن يؤخذ به كمجرد استدلال للمتهم الذي أبطل لصالحه بينما يبقى ذا حجية بالنسبة للمتهم الآخر.

- كما أنه لا مجال للطعن بالبطلان في المحاضر الجمركية إلا بناء على وجه من الأوجه المشار إليها في المادة ٢٥٥ من قانون الجمارك التي نصت على أنه "يجب أن تراعى الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ٢٤١ و٢٤٢ وفي المواد من ٢٤٤ إلى ٢٥٠ وفي المادة ٢٥٢ من هذا القانون، وذلك تحت طائلة البطلان ولا يمكن أن تقبل المحاكم أشكالاً أخرى من البطلان ضد المحاضر الجمركية إلا تلك الناتجة عن عدم مراعاة هذه الإجراءات".

- بهذا فإن إثبات الجرائم الجمركية بهذا النوع من المحاضر كثيراً ما يكون ذي فعالية، كون أن تعدد مصادر المعلومات بفضل تعدد مصادر المحاضر التي لا تأخذ إلا على سبيل الاستدلال، له من الأثر الإيجابي ما يسمح لإدارة الجمارك أن تبسط رقابتها على كم هائل من الأنشطة وفي جميع الميادين. مما يمكنها من اكتشاف جل التصرفات والنشاطات التي تتم خرقاً لأحكام قانون الجمارك والنصوص القانونية المكملة له والمعبر عنها بالجرائم الجمركية. وهي (مصادر محاضر الاستدلال) في نفس الوقت تعبير على تضافر جميع مصالح الدولة (إدارية، قضائية وأمنية) في مكافحة الجرائم الجمركية وهذا ما تسعى الدولة الجزائرية إلى تحقيقه من خلال توفير الموارد البشرية والمادية الكافية لتجسيد ذلك.

1- جورج قذيفة، القضايا الجمركية الجزائرية، الجزء الثاني - أصول المحاكمات - المرجع السابق، ص ١٧٧.

المطلب الثاني

آثار حجبية وسائل إثبات الجرائم الجمركية

تعد وسائل الإثبات السالف ذكرها هامة جدا في كشف الجرائم الجمركية، غير أن تلك الأهمية لا تقتصر على كونها مجرد وسائل إثبات لفائدة إدارة الجمارك، وإنما نجد آثارها بارزة وتتعدى ذلك لتلقي بظلالها على كل ما يحيط بالجريمة الجمركية. والتي من المعلوم أنه ينسب ارتكابها إلى شخص أو أكثر غالبا ما يوجه لهم الاتهام، ليتم تقديمهم أمام الجهات القضائية التي تتولى الفصل في التهم المنسوبة إليهم بناء على ما يقدم من عناصر إثبات ودفع. هذا ما يجعل لوسائل إثبات الجرائم الجمركية آثارا بارزة على كل من الأشخاص المنسوب إليهم ارتكابها، وكذلك على الجهة القضائية المنوط بها الفصل في المنازعة الجمركية، لاسيما في ظل تعدد وسائل إثبات الجرائم الجمركية وكذا الأحكام الخاصة التي تضمنها التشريع الجمركي في هذا الخصوص. لذا سنعرض فيما يلي آثار حجبية وسائل إثبات الجرائم الجمركية والخصوم والقاضي المكلف بالفصل فيها.

- أولا/ آثار حجبية وسائل إثبات الجرائم الجمركية على الخصوم: إذا كان

تعدد وسائل إثبات الجرائم الجمركية مبرر بتعددتها وخطورتها، فإن ذلك لا يبرر ما يمكن أن يطال الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم جمركية من أعباء تقررت بموجب النصوص التي كرسست تعدد وسائل إثبات الجرائم الجمركية. فكما سبقت الإشارة إليه يتضح جليا أن الطرق المنصوص عليها في قانون الجمارك والقوانين المكملة له لإثبات الجرائم الجمركية لها من الآثار ما يتعلق بالأشخاص المتهمين بارتكاب هذا النوع من الجرائم، حيث أجبهم القانون على ضرورة إتباع مسالك محددة على سبيل الحصر للتخلص من وسائل الإثبات المنصوص على حجبيتها قانونا.

- فالطعن في وسائل الإثبات التي تكتسي حجبية إلى حين الطعن

فيها بالتزوير والتي تعد عماد وسائل إثبات الجرائم الجمركية، يجعل المتهم بارتكاب الجريمة الجمركية مكبل اليدين عاجزا عن دحض ما ورد في تلك

المحاضر. كون أن الطعن بالتزوير غير مستساغ لأنه يخضع لإجراءات جد محددة كثيرا ما يجعلها المتهم بالرغم من أنه مطالب باللجوء إليها، وبل كثيرا ما لا يجد سندا لها لأن الوقائع المادية كثيرا ما تتحقق في الجرائم الجمركية، وما دام أن الركن المادي هو أساس قيامها فإن المعينات المادية هي الأخرى نادرا ما تكون غير صائبة مما يجعل الطعن فيها بالتزوير نادر الحدوث وإن حدث فإنه نادر النتائج.

وإذا كان الحال بالنسبة لدحض وسائل إثبات الجرائم الجمركية ذات الحجية إلى حين إثبات عكسها أخف وطأة من تلك السابق ذكرها، فإن الأمر ليس بالسهولة التي يراها البعض. لأن إثبات العكس في هذه الحالة ووفق ما تقرر من أحكام بمقتضى قانون الجمارك والقوانين المكملة له تقتضي قلب عبئ إثبات العكس ليقع على المتهم، فطبقا لأحكام المادة ٢٨٦ من قانون الجمارك فإنه "في كل دعوى تتعلق بالحجز تكون البيانات على عدم ارتكاب المخالفة على المحجوز عليه".

وقد كرس قضاء المحكمة العليا ذلك في مناسبات عدة حيث جاء في قرارها رقم ٢٩٤١٣٦ المؤرخ في ٠٦ / ١٠ / ٢٠٠٤ أنه: "وحيث أن ما

1- إن الطعن بالتزوير لا يعد من النظام العام بحيث لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، كما أن الطعن بالتزوير مسألة إجرائية وتعد من الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها قبل أي دفوع في الموضوع. كما أنه لا يجوز إثارة الدفع بالتزوير في وثيقة أمام المحكمة العليا لأول مرة إذا كان قد سبق استعمالها أمام الجهات القضائية السابقة وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٢٩١ من الأمر رقم ٦٦ - ١٥٤ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات المدنية قبل إلغائه بموجب القانون ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. والتي لم نجد ما يقابلها من أحكام في القانون ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يقتضي معه ضرورة تعديل نص المادة ٥٣٧ من قانون الإجراءات الجزائية التي تحيل طلب الطعن بالتزوير المشار أمام المحكمة العليا إلى القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والذي أصبحت كل أحكامه ملغاة بموجب المادة ١٠٦٤ من القانون ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (راجع في فيما يخص الأحكام العامة لدعاوى التزوير المواد من ٥٣٢ إلى ٥٣٧ من قانون الإجراءات الجزائية).

تدعيه الطاعنة إدارة الجمارك صحيح، فإثبات أن البضاعة غير أجنبية الصنع يقع على المحجوز عليه إذ خلافا للقواعد العامة فإن إثبات عدم ارتكاب جريمة جمركية يقع على المتهم بارتكابها عملا بالمادة ٢٨٦ ق.ج. كما أن إثبات شرعية حيازة البضاعة يقع أيضا على الحائز إذا ما تعلق الأمر ببضاعة أجنبية (من نوع البضاعة الحساسة القابلة للغش) وكانت الحيازة لأغراض تجارية وواردة في القائمة الصادرة بقرار وزاري مشترك عملا بالمادة ٢٢٦ من نفس القانون، ومادام أن القرار المطعون فيه ذهب إلى تطبيق القواعد العامة والمطلوب منه قانونا في القضايا الجمركية تطبيق قانون الجمارك، فإنه يكون قد صدر خلافا للقانون ويستحق النقض والإحالة فيما يتعلق بالدعوى الجبائية فقط".^١، كما قضت بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٤ بموجب قرارها رقم ٣٠٢٠٠٩ أنه "حيث أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا الأدلة التي تقدم بها الطاعن وذلك لأن المتهم هو الملزوم بتقديم الدليل وأن إدارة الجمارك غير ملزمة بتدعيم دفاعها مادام الأمر يتعلق بجريمة حرر بشأنها محضرا طبقا لأحكام المادتين ٢٥٤ و٢٥٧ من قانون الجمارك".^٢

- وفي غياب نص صريح حول طرق إثبات عكس المحاضر الصحيحة ذات الحجية إلى حين ثبوت عكس محتواها والمحررة طبقا للقواعد المشار إليها في قانون الجمارك لاسيما نص الفقرة الثانية من المادة ٢٥٤ منه، فإنه يتم إعمال طرق إثبات عكسها بالكتابة أو شهادة الشهود وذلك طبقا للقواعد العامة الواردة في المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات الجزائية ما دام أن الأمر يتعلق بمحاضر محررة من طرف ضباط الشرطة القضائية أو أعوانهم أو موظفين وأعوانهم مخولة لهم بمقتضى نص خاص (نص المادتين ٢٤١ من قانون الجمارك والمادة ٣٢ من الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق

١- دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس. المرجع

السابق.ص.١٥.

٢- دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس. نفس المرجع

السابق.ص.١٤.

بمكافحة التهريب)، إلا أن هذا لم يعني عن إلزام المشتبه فيه أو المتهم من ضرورة تحمل عبئ الإثبات وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم ٧٣٥٥٣ الصادر بتاريخ ١٢/٠٦/١٩٨٦ والذي جاء فيه "إن المحاضر المحررة من طرف عونين من أعوان الجمارك تثبت صحة ما جاء فيها من اعترافات وتصريحات ما لم يثبت العكس، وذلك عملاً لأحكام المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك علماً بأن إثبات العكس يقع على عاتق المتهم ويرجع تقديره لسلطة قضاة الموضوع وفقاً لمقتضيات المادة ٢١٣ من قانون الإجراءات الجزائية".^١

- وإن كان الأمر أقل حدة عندما يتعلق الأمر بالتصريحات والاعترافات التي يدلي بها المتهم بالجريمة الجمركية، ذلك لأن الملاحظ من خلال ما ورد في المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك أن الإحالة إلى نص المادة ٢١٣ من قانون الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بتقدير الاعتراف تفتح المجال أمام المشتبه فيه أو المتهم بالرجوع في تصريحاته أو اعترافاته والعدول عن محتواها بمجرد إنكارها طبقاً للقواعد العامة، دون أن يستلزم تدعيم ذلك بأدلة مكتوبة أو بشهادة شهود. وهو ما اتجه إليه قضاء المحكمة العليا حيث ورد في قرارها رقم ١٩٨٠٦٩ فهرس رقم ١٠٦٣ المؤرخ في ١٩٩٩/٠٦/٠١ أنه "حيث أنه بالرجوع إلى معطيات الملف والوثائق المرفقة به لا يتبين أن المخالفة الجمركية قد أثبتتها محضر معاينة مادية حسب المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك بل نحن بصدد تصريحات فقط قدرها قاضي الموضوع، وحيث أن تقدير الوقائع هو من سلطة قاضي الموضوع".^٢ وهذا على عكس ما اتجه إليه المشرع الفرنسي الذي لا يسمح بإنكار المتهم للاعترافات الموقع على صحتها بالمحضر المحرر ضده من طرف جهة مختصة ما لم يعزز إنكاره بالدليل العكسي المتمثل في شهادة الشهود أو الدليل

- 1- مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المديرية العامة للجمارك المرجع السابق. ص ٥٢.
- 2- دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس. المرجع السابق. ص ٤٣.

الكتابي. الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ ٢٨ أكتوبر ١٩٤٨ والذي جاء فيه :

" Il n'est nullement nécessaire que les aveux consignés dans les procès-verbaux soient corroborés par des constatations matérielles pour que ces aveux lient leur auteur. leur exactitude et leur insertion sont présumées jusqu'à preuve du contraire du fait même de leur insertion dans le procès-verbal douanier."¹

- والملاحظ من خلال هذا الاتجاه أن المشرع الجزائري بادر بمبادرة حسنة كونه لم يشترط ضرورة إثبات عكس التصريحات والاعترافات بواسطة الكتابة أو شهادة الشهود، واكتفى بقبول تراجع المتهم عنها وجعل ذلك تحت سلطة القاضي الذي له حرية تقدير الدليل والدليل العكسي. وهذا حسب رأينا أقل شيء يمكن أن يأخذ به المشرع الجزائري إذا علمنا أن من التشريعات ما نصت على عدم اعتبار الاعتراف دليلا تقوم عليه الإدانة ما لم يعزز بدليل غيره، وهذا ما ذهب إليه المشرع الياباني حيث نصت المادة ٣٨ من الدستور الياباني الصادر بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٦٣ أنه: "لا يجوز إدانة أحد أو توقيع عقوبة عليه إذا كان اعترافه هو الدليل الوحيد القائم ضده".²

- أما فيما يتعلق بالمحاضر التي تؤخذ على سبيل الاستدلال فإن دحض محتواها لا يستدعي العناء المطلوب من المتهم في غيرها من المحاضر السابق ذكرها، كون أن القاضي له سلطة تقدير محتواها، وللمتهم كل السبل للتخلص من ما ورد فيها من إشارات أو إيماءات. ذلك لأنها أدنى درجات وسائل الإثبات كما ذكرنا.

1 - Claude J.BERR /Henri TREMEAU, 7 Edition.opcit.p546.

2- مسعود زيدة، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون والطباعة: وحدة الرغاية.الجزائر ٢٠٠١.ص ١٩٤.

- وخلاصة القول في هذا المجال تقتضي الإشارة إلى أن ثقل المسؤولية التي رتبها المشرع في ذمة المتهم من خلال إلزامه بضرورة اللجوء إلى طرق الطعن في حجية وسائل إثبات الجرائم الجرمية لم يكن نتيجة حاجة المتهم لإثبات براءته من تهمة مسندة إليه، بعد قيام جهات الاتهام بإثبات قيام الجرم في حقه وفق ما تقتضيه القواعد العامة وعلى رأسها مبادئ الدستور الجزائري، الذي نص في مادته ٤٥ على أن "المتهم بريء إلى غاية أن تثبت جهة قضائية نظامية إدانته". بل إن ذلك مرده إلى قلب عبئ الإثبات وجعله على عاتق المتهم. وهي القاعدة المقررة بمقتضى نص صريح في المادة 286 من قانون الجمارك، وضمينا في المادة 245 من نفس القانون، فالمادة 286 تنص صراحة على أنه "في كل دعوى تتعلق بالحجز تكون البيانات على عدم ارتكاب المخالفة على المحجوز عليه". مما أثقل كاهل المتهمين في هذا المجال. بل وبين أن المشرع الجزائري بلجوثه إلى تكريس هذه القاعدة يكون قد ناقض قاعدة سمو الدستور، والتي تعد قاعدة جوهرية تبنتها مختلف التشريعات في العالم.

- وفي هذا الصدد نلاحظ أن قضاء المحكمة العليا قد ساير ما تم النص عليه من طرف المشرع حيث قضت (كما سبقت الإشارة إليه) بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٤ بموجب قرارها رقم ٣٠٢٠٠٩ أنه "حيث أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا الأدلة التي تقدم بها الطاعن وذلك لأن المتهم هو الملزم بتقديم الدليل وأن إدارة الجمارك غير ملزمة بتدعيم دفاعها مادام

1- قد تم النص على هذه القرينة التي تعتبر في الحقيقة أحد المبادئ الأساسية للقانون الجنائي، في العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية، إذ نجد بها هذه العبارة الصريحة في المادة 9 لإعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 وقد تناولتها بعد ذلك المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، وكذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة 6 فقرة 2 منها، وعلى المستوى القاري نجدها مكرسة في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان 1966 الذي تمت المصادقة عليه في مؤتمر نيروبي من ٢٤ - 28 جوان 1985، وتضمنها الدستور الجزائري المعدل والمصادق عليه في استفتاء 26 نوفمبر 1996 في المادة ٤٥ منه.

الأمر يتعلق بجريمة حرر بشأنها محضرا طبقا لأحكام المادتين ٢٥٤ و ٢٥٧ من قانون الجمارك".

- ولجوء المشرع إلى قلب عبئ الإثبات هذا وجعله على عاتق المتهم، مرده حسبنا الحجية التي أضفاها على المحاضر الجمركية على غرار تلك التي تموز حجية تامة لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، وتلك التي تقتضي تقديم دليل مادي يثبت عكس محتواها. والتي تشكل سندا لإدارة الجمارك والنيابة العامة في الادعاء بقيام المتهم بالجرم المنسوب إليه. مما يلزم هذا الأخير بالسعي إلى التحلل من مؤداها، بل الأدهى والأمر أن مجرد الشك الذي يمكن أن يثار في حق المتهم والتي تقتضي القواعد العامة تفسيره لصالحه أصبح يفسر لصالح جهات الاتهام وإدارة الجمارك بموجب أحكام قانون الجمارك، مما جعل قرينة افتراض الجرم لدى المتهمين محل جميع السلطات. وهذا كله يجعلنا نؤكد بأن القواعد الخاصة التي تضمنها قانون الجمارك والقوانين المكملة له على غرار ما ذكرناه (افتراض الركن المعنوي لديه وتحميله عبئ الإثبات)، وما سنراه لاحقا من أحكام خاصة في جانب المسؤولية الجزائية تسيير في اتجاه واحد غرضه تشديد الخناق ومنع ارتكاب هذا النوع من الجرائم ولو كان ذلك على عاتق جزء هام من الحريات العامة التي حصل عليها الأفراد بعد عناء طويل.

ثانيا : آثار حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية على القاضي:

على عكس المتهم الذي يعد طرفا في المنازعة الجمركية، التي كلف فيها بمقتضى قانون الجمارك بضرورة إثبات براءته من الجرم المنسوب إليه. فإن القاضي الجزائي وبالرغم من كونه طرفا محايدا فيها تأثر هو الآخر بجانب هام من آثار حجية وسائل إثبات الجرائم الجمركية، هذا التأثير الذي لم يخفي المشرع بوادره. إذ ومن خلال النصوص الصريحة الواردة في قانون الجمارك والقوانين المكملة له يتضح جليا أن القاضي فقد الكثير من صلاحياته في مجال تقدير وسائل إثبات الجرائم الجمركية. هذا ما ورد

صراحة من خلال تقييد سلطته أمام الحجية التامة للمحاضر التي تكتسبها المحاضر المحررة وفقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ من قانون الجمارك، وذلك من خلال عدم إمكانية مناقشة القاضي لمدى صحة المعاينات المادية الواردة في المحضر أو بسط رقابته على قَدْرِ حجيتها إذا كانت محررة طبقا للمعطيات السابق ذكرها، وإن كان للقاضي دورا بسيطا في مراقبة مدى استفاء المحضر للشروط والبيانات المنصوص عليها تحت طائلة البطلان. فإنه لا يمكنه استبعادها مهما كانت الأسباب^١، وذلك على خلاف المحاضر ذات الحجية إلى غاية إثبات العكس. أما إذا لم يكن الغرض من الإجراءات أو التحقيقات معارضة البيانات فذلك جائز وبالتالي يجوز للمحكمة قبول أي دليل آخر، إذا لم تجد في المحضر أي عنصر تراه ضروريا لإدانة المتهم. كما يجوز لها اتخاذ إجراءات التحقيق التي ليس من شأنها مراقبة بيانات المحضر وإنما فقط تكملة هذا الأخير في نقاط غير واضحة. كما يجوز لها في الأخير أن تسمح للمتهم بتقديم الدليل على توافر فعل من الأفعال المبررة لصالحه وذلك عن طريق الشهادة أو أي طريق من طرق الإثبات بشرط أن لا يكون هذا الدليل مناقضا لأي من بيانات المحضر^٢.

- والأمر سواء عندما يتعلق الأمر ببروز معالم الشك لدى القاضي، فليس لهذا الأخير أن يطبق القواعد العامة الرامية إلى تفسيره لصالح المتهم، بالرغم من أن القاعدة في مجال الإثبات في المواد الجنائية تنص: " أنه إذا تساوت أدلة الإدانة مع أدلة البراءة فإنه يجب ترجيح أدلة البراءة على أدلة الإدانة"^٣ (٣)، لذلك يجد اقتناعه مُسَيَّرٌ جبرا للقضاء

- 1- إن تقييد القاضي بضرورة الأخذ بمحتوى المحاضر الجمركية ذات الحجية الكاملة إلى حين الطعن فيها بالتزوير يجعله حسب رأينا مقيدا بمحتوى تلك المحاضر ولوتضمنت هذه الأخيرة معاينات تشكل استحالة مادية مع يقن القاضي من هذه الاستحالة ما لم يطعن فيها المتهم بتزوير المعاينات المادية.
- 2- د. سعادة العيد. الإثبات في المواد الجمركية. رسالة دكتوراه في القانون. المرجع السابق. ص ٧٨.
- 3- أ. بلعليات ابراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق. ص ٩٦.

بعكس ما توصل إليه في مالم يتم الطعن في المحاضر الجرمية بالطرق القانونية المحددة سلفا. لذلك لا يجد القاضي مجالا لتفعيل سلطته التقديرية إلا فيما يتعلق بتقدير ما ورد في المحاضر التي تضمنت مجرد تصريحات أو اعترافات المتهم دون أن تكون معززة ببديل آخر، أو تلك التي تم إبطال محتواها نظرا لما شابها من عيب جوهري جعلها تفقد حجيتها المقررة قانونا ناهيك عن تلك المحاضر التي لا تؤخذ إلا على سبيل الاستدلال بطبيعتها والتي يجد القاضي ضالته في بسط سلطته لتقدير محتواها.

غير أنه وفي ما يخص جرائم التهريب التي تشكل جنایات وفقا لما ورد في الأمر ٠٦/٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب، فإن المحكمة العليا بقضائها بخضوع تقدير وسائل الإثبات للقواعد العامة المقررة لمثل هذه الجرائم، وإعطاء هيئة محكمة الجنایات سلطة تقدير كل وسائل الإثبات قصد تشكيل القناعة لدى تشكيلتها المتكونة من قضاة محترفين ومخلفين لا يلزمهم القانون إلا بالإجابة بالنفي أو الإيجاب عن الأسئلة المطروحة في باب الإدانة، تكون قد أرجعت قدرا هاما من السلطة التقديرية للقاضي، وإعادة الأمور إلى نصابها. فيما تبقى سلطة القاضي تتراوح بين التقييد المطلق والجزئي وفق ما رأينا، هذا بالإضافة إلى تقييد سلطته في الأخذ بفاعلية الركن المعنوي في مثل هذه الجرائم وفقا لما تطرقنا له سابقا. مما يشكل أحكاما أقل ما يقال عنها أنها جعلت الاستثناء بمثابة القاعدة العامة، هذا ما يرتب نتائج يصعب تداركها. الأمر الذي ينبغي معه مراجعة أحكام قانون الجمارك الواردة في هذا الخصوص قصد جعلها أخف وطأة وأكثر شرعية تحقيقا للصالح العام.

وهذا لأن القاضي لا هدف له إلا التطبيق السليم لقواعد القانون بما توافقت مع مبدأ الشرعية. هذا التطبيق الذي يقتضي مراعاة مبادئ التجريم

1- راجع في هذا الصدد قرار المحكمة العليا (السابق ذكره في الفرع الأول من هذا المطلب) الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٩ في الملف رقم ٥٤٨٧٣٩ المنشور في مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة ٢٠١٠. المرجع السابق. ص ٢٦٢.

والعقاب وفقا لما نصت عله القوانين والأنظمة، لذلك نجد أن القاضي يراعي دائما مدى ملائمة النص القانوني للأفعال المنسوبة للمتهم، وهي الأفعال التي يتم تكييفها من طرف جهات الاتهام التي يفرض عليها القانون هي الأخرى ضرورة مراعاة ضوابط حدها المشرع مسبقا لذات الغرض. لذا ستطرق في الفصل الموالي من دراستنا هذه إلى تصنيف الجرائم الجمركية وفقا لما ورد في قانون الجمارك والقوانين المكملة له قصد بيان أسسه ومعاييرها.

خاتمة

نخلص في نهاية بحثنا هذا الى القول بأن مساعي المشرع الجزائري في مجال البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها تطورت كثيرا، بالنظر إلى معطيات واقع العلاقات الاقتصادية والانفتاح على التجارة الخارجية الذي عرفته الساحة الوطنية والدولية، والانتشار المريب لمختلف أنماط الجرائم الجمركية. وهي الأنماط التي باتت تشكل عائقا كبيرا في وجه الرقي بالعلاقات الاقتصادية الدولية لاسيما بين دول الجوار، التي كثيرا ما يمكن تقارب مناطقها الحدودية من تنفيذ جرائم جمركية دون امكانية كشف خيوط شبكة مرتكبيها. وهو ما يدعم مسعى المشرع الجزائري الذي لم يكتف بالطرق التقليدية المنتهجة في البحث عن الجرائم الجمركية، وإنما وسع دائرة طرق البحث بتوسيع الهياكل والامكانيات المسخرة لهذا القبيل. - غير أنه وعلى الرغم من كل ما سخره المشرع الجزائري من طرق ووسائل قانونية ولوجستيكية لكشف الجرائم الجمركية، إلا أن ضرورة التنسيق الدولي ووضع أطر قانونية دولية تعنى بالبحث عن الجرائم الجمركية أصبح ضرورة لا مناص منها، خصوصا في ظل عولمة الاقتصاد الدولي التي انعكست آثارها على واقع الجرائم الاقتصادية وفي مقدمتها الجرائم الجمركية، التي أصبحت هي الأخرى تكتسي طابع العولمة كون أن استعمال التكنولوجيا الحديثة مكن مرتكبيها من استعمالها في ارتكاب مثل هذه الجرائم بأساليب تقنية جعلت طرق البحث التقليدية غير كافية على الإطلاق للحد من انتشار هذه الجرائم.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- د. المتولي صالح الشاعر، تعريف الجريمة وأركانها من وجهة نظر مستحدثة، دار الكتب القانونية. مصر ٢٠٠٣.
- أحمد المهدي وأشرف شافعي، التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايتها دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥.
- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية الجزء الأول (أ- خ) الطبعة الأولى الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠٢.
- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية الجزء الأول (أ- خ) الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠٢.
- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية الجزء الثاني (د- ط) الطبعة الأولى الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠٣.
- د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات المكتبة القانونية، بغداد.
- د. عبد الله اوهائية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي (التحري والتحقيق) دار هومه ٢٠٠٣.
- عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية. سلسلة تبسيط القوانين ٤ دار هومه.
- عدلي خليل، استجواب المتهم فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٤.
- د. عبد الله محمود الحلو، الجهود الدولية والعربية لمكافحة جريمة تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
- د. عبد الله أوهائية، شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ٢٠١١.
- د. منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام (فقه - قضايا)، دار العلوم للنشر والتوزيع.
- منشورات البغدادي. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة جديدة ٢٠٠٨.

المراجع الخاصة:

- أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية (تصنيف الجرائم ومعايبتها، المتابعة والجزاء) الطبعة الثانية، دار النخلة للنشر، الجزائر ٢٠٠١.
- د. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، دار هوم، الطبعة الثانية ٢٠٠٥.
- د. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، دار هوم، الطبعة الثالثة ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
- أحسن بوسقيعة، قانون الجمارك في ضوء الممارسات القضائية (النص الكامل للقانون وتعديلاته الى غاية ٢٦ غشت ٢٠١٠ مدعم بالاجتهاد القضائي)، برتي للنشر، طبعة ٢٠١٠ - ٢٠١١.
- أسامة أحمد شحات، قانون الجمارك وفقا لأحدث التعديلات، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٦.
- د. شوقي رامز شعبان، إدارة الجمارك، المكتبة الإدارية الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٤.
- أ. عبيدي الشافعي، الموسوعة الجنائية قانون مكافحة التهريب ملحق بالنصوص التطبيقية والاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكملة لها التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ٢٠٠٨.
- فايز السيد النمساوي وأشرف فايز النمساوي، موسوعة الجمارك والتهريب الجمركي، دار الكتب القانونية مصر المحلة الكبرى، طبعة ٢٠٠٤.
- د. كمال حمدي، جريمة التهريب الجمركي، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٤.
- د. مجدي محب حافظ، الموسوعة الجمركية (جريمة التهريب الجمركي - الجرائم والمخالفات الجمركية) القاهرة ٢٠٠٢.
- مسعود زيدة، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون والطباعة. وحدة الرغاية. الجزائر ٢٠٠١
- أ. موسى بودهان، قضاء المحكمة العليا في المادة الجمركية، الملكية للإعلام والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٩٩٥.
- أ. موسى بودهان، النظام القانوني لمكافحة التهريب في الجزائر، دار الحديث للكتاب الطبعة الأولى ٢٠٠٧.

المجلات والمنشورات

- مجلة الشرطة عدد ٤٩، أكتوبر ١٩٩٢.
- مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات مركز الدراسات والبحوث - عدد ٣٩٦. الرياض ٢٠٠٦.
- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٣، العدد الثاني ٢٠٠٧.
- مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المديرية العامة للجمارك.
- دليل الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المصنف الخامس، وزارة المالية، المديرية العامة للجمارك.

النصوص القانونية

- قانون الإجراءات الجزائية (الأمر رقم ٦٦ - ١٥٥ الصادر بتاريخ ٠٨ يونيو سنة ١٩٦٦) المعدل والمتمم بالقانون رقم ٠٦ - ٢٢ الصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٦.
- قانون العقوبات الجزائري (الأمر رقم ٦٦ - ١٥٦ الصادر بتاريخ ٠٨ جوان ١٩٦٦) المعدل والمتمم بالقانون رقم ٠٦ - ٢٣ الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٦.
- القانون ٧٩ - ٠٧ المؤرخ في ٢١ جويلية ١٩٧٩ المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم بموجب القانون رقم ١٠/٩٨ المعدل.
- القانون رقم ٠٨ - ٠٩ المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٤٢٩ الموافق لـ ٢٥ فبراير سنة ٢٠٠٨ يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأمر ٩٦ - ٢٢ المؤرخ في ٩ يوليو ١٩٩٦ المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج. الجريدة الرسمية عدد رقم ٤٣ الصادر بتاريخ ١٠/٠٧/١٩٩٦. (المعدل والمتمم).
- الأمر ٠١/٠٥ المؤرخ في ٦ فبراير سنة ٢٠٠٥ المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها. الجريدة الرسمية عدد رقم ١١ الصادر بتاريخ ٠٩/٠٢/٢٠٠٥.
- الأمر ٠٦/٠٥ المؤرخ في ٢٣ غشت ٢٠٠٥ المتعلق بمكافحة التهريب الجريدة الرسمية رقم ٥٩ المؤرخة في ٢٨/٠٨/٢٠٠٥.

- المرسوم الرئاسي رقم ٩٦ - ١٦١ المؤرخ في ٠٨/٠٥/١٩٩٦. المتضمن التصديق على اتفاقية تعاون إداري متبادل للوقاية من المخالفات الجمركية والبحث عنها ورددها بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في تونس بتاريخ ٠٢ أبريل ١٩٩٤. الجريدة الرسمية عدد ٢٩ الصادر بتاريخ ١٢ ماي ١٩٩٦.

المراجع باللغة الأجنبية

- Claude J.BERR et Henri TREMEAU, le droit douanier communautaire et nationale , 4edition economica. Paris 1997.
- Claude J.BERR /Henri TREMEAU, le droit douanier communautaire et nationale, 7edition, économique. Paris 2006.
- Claude J.BERR, Introduction au droit douanier, ITCIS Edition, 2008.
- Paul BEQUET, La Contrebande, Librairies Techniques Paris 1er.1959.
- Vincent CARPENTIER.Guide pratique du contentieux douanier. Préface de Jacques BORE. Litec. Octobre 1996.
- DNRED, Module de sensibilisation aux renseignements, éditions DNFRP, Paris, 1999.
- DNRED, L' exploitation des renseignements douaniers, éditions DNFRP, Paris, 1995.

دور التعليم في تحقيق التنمية الاقتصادية
للمجتمع المصري

الدكتور / مجي محمد مسعد

الأستاذ المساعد - للإقتصاد والمالية العامة

المعهد العالي للحاسب الآلي ونظم المعلومات

أبو قير- الإسكندرية- التابع - لوزارة التعليم العالي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

أولاً: مشكلة البحث:

إن العملية التعليمية قديمة منذ وجد الإنسان على سطح الأرض ،
فهي عملية اجتماعية تهدف إلى خلق المواطن الصالح المؤهل معلوماتياً
ومهارياً ، على نحو موات لتمكينه من مواصلة حياة الجماعة. ويُعد التعليم
أحد الأدوات الرئيسية لاستثمار الموارد البشرية التي أصبحت تمثل المحور
الأساسي للتقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي ، والعنصر الفعال في
مواكبة التطورات العالمية المعاصرة ، وبالتالي فإنه بذلك يعتبر أنبل أنواع
الاستثمار^(١) - وبخاصة في مجال التعليم العالي الذي يعد من الركائز
الأساسية التي تسهم في تكوين الفرد والمجتمع. وإذا كانت معظم جامعات
الدول النامية تعمل في بيئات لا تستطيع التحكم فيها^(٢) ، فإن بقاء أي
جامعة ونجاحها يتوقف على استجابتها للعديد من القوى والمتغيرات ،
المتعارف عليها في ظل النظام العالمي الجديد وما اصطُح عليه بالعولمة^(٣).

(1) د. سعيد إسماعيل علي : التعليم على أبواب القرن الحادي والعشرين (القاهرة : عالم
الكتب ، ١٩٩٨) ، ص ٥١

(2) د. حامد عمار : التعليم في سياق العولمة بين المخاطر والفرص (القاهرة : مطابع روز
اليوسف ، ٢٠٠٤) ، ص ٥

(3) د. إبراهيم بدران ، تطلعات لمصر المستقبل في السياسة والتنمية البشرية والبحث العلمي
قراءات وتجارب (القاهرة : نهضة مصر للطباعة والنشر ، ١٩٩٩) ص ٢٢

وللعولمة أبعاد مترابطة وتيارات ومضامين متعددة ومتناقضة من سياسية واقتصادية واجتماعية، تشابكت جميعها ونجم عنها تغيرات لا مفر من التعامل معها. وتمثلت مقومات النظام العالمي الجديد في هيمنة الاقتصاد الحر وسوقه العالمية^(١)، وذيوع مبدأ حرية التجارة، وتنقل رأس المال والسلع والخدمات، فضلاً عن تزايد الآثار الناتجة عن قوانين العرض والطلب ودور المؤسسات متعددة الجنسية. ولقد ساعد في ترسيخ هذه المقومات المؤسسات العالمية، كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومنظمة التجارة العالمية، من خلال ما يعرف بعملية الإصلاح الاقتصادي Economic Reform^(٢)، وخصخصة القطاع العام، وفتح المجال لحرية الاستثمار المحلي Domestic Investment، والاستثمار الأجنبي Foreign Investment، في مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية.

ولقد ارتبط نظام الاقتصاد الحر ببعده المعرفة، الأمر الذي ترتب عليه التغير في الميزة النسبية Comparative Advantage، لعوامل الإنتاج التي طغت فيها المعرفة ورأس المال البشري وإبداعاته على موارد الأرض ورأس المال المادي، مما أدى إلى قيام اقتصاد كثيف المعرفة التي تعتبر أعلى مكونات الإنتاج، ومن هنا أصبح للتعليم وسياساته وتوجيهاته دوراً بالغ الأهمية في مواجهة تحديات العولمة من خلال تنمية رأس المال المعرفي وتجديده وتراكمه، وتطوير قدرات الأفراد والجماعات ورفع مستوياتها الإنتاجية. كما صاحب تداعيات الاقتصاد الحر تقليص دور الدولة ومسئولياتها، وإضعاف سيادتها الوطنية نتيجة لتدني دورها في المجال

(١) د. حسين كامل بهاء الدين: التعليم والمستقبل (القاهرة: دار المعارف، ١٩٩٧)، ص ٩٠

(٢) د. حازم الببلاوي: النظام الاقتصادي الدولي المعاصر (القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، ٢٠٠٥) ص ٦٦. وللمزيد انظر: د. إبراهيم شحات:، الإطار القانوني للإصلاح الاقتصادي في مصر (القاهرة: المركز المصري للدراسات الاقتصادية أكتوبر ١٩٩٦)، ص ٣

الاقتصادي مع زيادة الدور الذي يلعبه رأس المال الخاص، بالإضافة إلى تنازلاتها للقطاعين الخاص والأجنبي عن الاستثمار في مشروعات الخدمات التعليمية والعلمية والثقافية والإعلامية، وتزامن ذلك مع الثورات المعرفية والعلمية والتكنولوجية، وبخاصة في مجالي المعلومات والاتصالات. ويؤكد ما تقدم أن رأس المال المعرفي ومدى نموه قد صار مؤشراً أفضل لقياس مستوى التقدم في مؤشر الناتج المحلي الإجمالي Gross Domestic Product ومعدلات نموه، كما أصبح رأس المال أكثر انجذاباً نحو المعرفة أينما كانت، بعد أن كانت مقومات الاقتصاد في الثورة الصناعية هي الأرض والعمالة ورأس المال، أصبحت هذه المقومات تتمثل في الفكر والعلم والابتكار^(١).

وأخذاً لهذه التطورات في الاعتبار قررت الحكومة المصرية مواكبتها بالعمل على تحسين أداء المؤسسات التعليمية على نحو يضمن جودة مخرجاتها لزيادة الإنتاجية التعليمية، اللازمة لدفع عجلة التنمية الاقتصادية وزيادة معدل النمو، مسابرة للتقدم العلمي، والنهوض بقدرة المجتمع المتعلقة بتحقيق التقدم والتنمية الشاملة^(٢)، فضلاً عن إيجاد موقع استراتيجي على خريطة مجتمع المعلوماتية، ومراعاة ما تقدم فقد بدأت محاولات جادة وقوية لتحسين الخدمات التعليمية وتطوير جميع عناصرها بما فيها تكوين العناصر البشرية القادرة على إدارة مؤسساتها^(٣)، وذلك من خلال تبنى مشروع جودة التعليم في جميع مراحل العملية التعليمية بوجه

- (1) د. فايز مينا: التعليم العالي في مصر التطور وبدائل المستقبل (القاهرة، مكتبة الإنجلو المصرية، ٢٠٠١)، ص ٧
- (2) د. مجدي عزيز إبراهيم: رؤى مستقبلية في تحديث منظومة التعليم (القاهرة: مكتبة الإنجلو المصرية، ٢٠٠١)، ص ٩٦ - ٩٧.
- (3) د. إيمان محمد عبدالفتاح منجي: إدارة التعليم الفني في ظل المتغيرات التكنولوجية الحديثة: سلسلة قضايا التخطيط والتنمية (القاهرة: معهد التخطيط القومي، ع ١٣٦، ٢٠٠٠)، ص ٩٦ - ٩٨.

عام مع التركيز على التعليم العالي ، وذلك على غرار الجودة الشاملة في
الصناعة^(١).

ثانياً: الهدف من البحث:

تهدف دراستنا الراهنة إلى إثبات أن الاهتمام بالموارد البشرية ،
بالاستثمار في البشر من خلال التعليم أمر له مردود إيجابي على التنمية
الاقتصادية بصفة عامة ويؤدي إلى زيادة مخرجات العملية الإنتاجية في ظل
التطورات اللاحقة بالاقتصاد العالمي.

ثالثاً: فروض البحث:

- نقيم صرح بحثنا الحالي على عدة فروض صادرة من القنوات التالية:
- ١- إن إصلاح التعليم في مصر قادر على قيادة حركة علمية وبحثية تحقق
الإنجازات التكنولوجية المطلوبة للمساعدة في حل المشكلات
والارتقاء إلى مستوى العالمية.
 - ٢- إن التعليم لديه من الموارد البشرية والمادية ما يجعله قادراً على القيام
بقيادة الحركة العلمية ، ولكن تلك الموارد غير مستغلة الاستغلال
الأمثل وتحتاج إلى إعادة تخطيط وتوظيف.
 - ٣- الاعتقاد بأن لدى واضعي السياسة العامة بالدولة والمجتمع المدني
وعيّ بدور التعليم ومساهمتها في حركة التطوير التكنولوجي ، الممكن

(1) عرف عالم الصناعة فكرة ضمان الجودة تحت مسمى المعايرة منذ فترة ، فأصبحت كل
سلعة لا تحدد لها مواصفات قياسية لا يصرح بدخولها سوق الاستهلاك. وأهمية
الجودة في الصناعة ، يرجع تاريخها إلى ما بعد الحرب العالمية الثانية ، حيث طبقت
اليابان معايير الجودة على الصناعة فأحدثت طفرة هائلة في كافة نواحي الحياة ، ثم
الولايات المتحدة الأمريكية في الخمسينات من القرن العشرين ، ثم أصبحت الجودة
أحد الفروع العامة لعلوم الإدارة الحديثة بحيث أصبح تحقيق جودة المنتج والخدمة مطلباً
أساسياً. وقد أجمع الخبراء ورجال الاقتصاد والتنمية على أن الجودة هي التحدي الذي
سيواجه الأمم في العقود اللاحقة. وبناءً عليه تسابقت دول العالم على تحسين إنتاجها
وتجويد خدماتها واعتبار الجودة هدفاً قومياً واستراتيجياً يقف على قدم المساواة مع
الأهداف القومية العليا. انظر: مجلس الشعب ، ج.م.ع ، الفصل التشريعي التاسع ، دور
الانعقاد العادي الأول ، مضبطة الجلسة السابعة والستين المعقودة في ٢ مايو ٢٠٠٦ ،
ص ١٠٠ - ١٠١.

أن يساهم في حل مشكلات المجتمع المصري من خلال ابتكار الأساليب والنظم المساعدة على انطلاقه وارتفاع مستوى المعيشة، بالمقارنة بما يتحقق في المجتمعات المتقدمة.

٤- أنه بالرغم من وجود قناعة لدينا بأنه لا يمكن الاستغناء كلية عن الموارد الطبيعية واستبدالها بعناصر أخرى رخيصة ومتوافرة لتلبية حاجات الأفراد، فإنه يظل عامل رأس المال المعرفي مقوماً رئيسياً للسيطرة على الموارد والثروات الطبيعية من خلال ثورة العلم والتكنولوجيا التي يمكن التعايش معها من خلال زيادة الإنتاجية التعليمية والوصول بها إلى مستوى العالمية.

رابعاً: منهج البحث:

يقوم بحثنا الحالي على المنهج الوصفي لمجريات الأمور الحادثة بالنظام التعليمي المصري القائم على الجمع بين دور أساسي للدولة مع السماح لآليات السوق في مجال تقديم الخدمات التعليمية من جهة والتنمية الاقتصادية من جهة أخرى، وعلى استخدام الأسلوب التحليلي لدراسة الأدوات الحكومية المصرية المستخدمة لزيادة الإنتاجية التعليمية وتحسين مستوى أداء المؤسسات التعليمية، فضلاً عن الاستعانة بالمنهج الاستنباطي في البحث عن تأثير وارتباط زيادة الإنتاجية التعليمية بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية من أجل الوقوف على مدى التفاعل وعلاقة السببية Counsel relationship القائمة فيما بينهما.

خامساً: نطاق البحث:

في ضوء ما تقدم، فإننا نوزع النقاط البحثية محل دراستنا على ثلاث مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

- المبحث الأول: التعليم بين دور الدولة وآليات السوق.
- المبحث الثاني: واقع التعليم العام والخاص في مصر.
- المبحث الثالث: أثر جودة التعليم على التنمية الاقتصادية.
- خاتمة البحث: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

التعليم بين دور الدولة وآليات السوق

أن السائد في مصر منذ بداية التسعينات من القرن العشرين (وربما قبل ذلك) ومنذ انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي ١٩٧٤. وإن كان بدرجة أقل) هو نظام اقتصادي تغلب عليه سمات اقتصاد السوق خاصة في مجال آليات إدارة الاقتصاد. غير أن قطاع التعليم له طبيعة خاصة حيث يغلب عليه حتى الآن الملكية العامة حيث تمتلك الدولة معظم المدارس في مرحلة ما قبل التعليم الجامعي بالإضافة إلى كافة الجامعات الحكومية. وفي التسعينات من القرن العشرين شهد هذا القطاع تطورات كبيرة في اتجاه تغليب آليات السوق وتدعيم دور القطاع الخاص، وتمثلت أهم هذه التطورات فيما يلي:

- ١- تزايد أعداد الجامعات الخاصة المصرية والمعاهد العليا الخاصة، وإنشاء عدد من فروع الجامعات الأجنبية.
- ٢- تزايد أعداد المدارس الخاصة في مرحلة التعليم ما قبل الجامعي وتزايد الرسوم التي تتقاضاها هذه المدارس.
- ٣- افتتاح شُعب خاصة بمصروفات داخل الجامعات الحكومية، وإنشاء ما سمي بنظام "الانتساب الموجه" لاستيعاب أعداد أكبر من الحاصلين على الثانوية العامة بمجموع أقل. كما قامت الجامعات بإنشاء ما سمي بالتعليم المفتوح أو التعليم عن بعد وتوسعت فيه. وكان الغرض المعلن من إنشاء هذه الشُعب (رغم اعتراض البعض عليها) تنويع مصادر الدخل المتولد لدى الجامعات الحكومية للمساعدة في توفير التعليم المجاني لبقية الطلاب.
- ٤- الاتجاه إلى تغليب اللامركزية في الإدارة والإنفاق على التعليم، وارتبط ذلك بقضايا أخرى مثل تعليم الفتيات ومحو الأمية والاهتمام بالمناطق الأقل حظاً^(١).

(١) شهد قطاع التعليم في مصر كما غير مسبق من المشروعات من الاتحاد الأوروبي والبرنامج الإنمائي للأمم المتحدة والبنك الدولي وهيئة المعونة الأمريكية USAID =

وتهدف دراستنا في المبحث الحالي، إلى تحليل الأداء التعليمي في ظل هذا النظام القائم على الجمع بين دور أساسي للدولة مع السماح باستخدام آليات السوق في مجالات تقديم الخدمات التعليمية، وذلك من خلال ما يلي:

- أولاً: مدخلات ومخرجات العملية التعليمية.
 - ثانياً: مبررات مسئولية الدولة عن التعليم.
 - ثالثاً: أسباب ومبررات خصخصة التعليم.
 - رابعاً: أهم التجارب العالمية في التعليم العالي الخاص.
- أولاً: مدخلات ومخرجات العملية التعليمية:

تنقسم مدخلات التعليم إلى مدخلات أساسية وهي كافة الموارد والعناصر اللازمة لاستمرار النظام التعليمي وقيامه بوظائفه، مثل المنشآت سواء مدارس أو معاهد أو جامعات والمعامل والقوانين كقانون تنظيم الجامعات، ومدخلات إحلالية وهي الموارد المتطورة والعناصر الجديدة، سواء كانت آلات أو أفراد أو مناهج دراسية مستحدثة تقدم أفضل وآخر ما توصلت إليه الأبحاث والدراسات العلمية وتكنولوجيا المعلومات، فضلاً عن المدخلات البيئية التي تشمل كافة المؤثرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وتتفاعل عناصر المدخلات مع بعضها لتقديم المخرجات المتحددة في الناتج النهائي للنظام التعليمي. وتنقسم المخرجات إلى مخرجات إنتاجية وهي المعارف والمهارات وطريقة التفكير والاتجاهات والقيم التي يكتسبها الطالب من العملية التعليمية، ومخرجات إرتدادية معاد استخدامها كمدخلات جديدة بالنظام التعليمي.

= ومنظمة الأغذية والزراعة FAO واليونسكو UNESCO، وعلى سبيل المثال فإنه في إطار دعم برنامج الغذاء العالمي للمدارس في مصر ويهدف الربط بين مشروعات التنمية وتغذية المدارس يقدم البرنامج لنحو نصف مليون نسمة، كما يقدم غذاء لنحو ٣٠٠٠ فتاة في محافظتي الفيوم وسوهاج بغرض تشجيع تعليم الفتيات في هذه المناطق. انظر:

School Feeding – World Food Program.

http://www.wfp.org/food_aid/sch...

وتمثل مدخلات ومخرجات العملية التعليمية مجموعة من العناصر المتداخلة تتأثر وتؤثر في بعضها. فعندما تقدم المؤسسات التعليمية الطالب والمعيد الكفاء تحصل على الخريج الكفاء الذي يستطيع الاندماج في مدخلات العملية التعليمية مرة أخرى سواء من خلال التعليم النظري أو التدريب العملي للطلاب وإعادة الحصول على طالب متميز. كذلك فإنه عندما تؤسس المؤسسة التعليمية مكتبة ومعامل على مستوى لائق توفر ضمناً كفاءات من خلال الإطلاع على محتوياتها تستطيع تقديم مبتكرات وأبحاث جديدة تزيد من المحتوى المعرفي والعلمي لها وتساعد في خدمة البيئة والمجتمع كما تسهم في عملية التنمية التي تنعكس بدورها في إمكانية زيادة التمويل المخصص للتعليم من قبل الحكومة أو القطاع الخاص.

ويتفق عدد من الباحثين على أن العناصر المتداخلة في العملية التعليمية تتمثل في التمويل والقوانين الإدارية والهيكل التنظيمية والمعلمين وأعضاء هيئة التدريس وقاعات الدرس والأدوات المساعدة والمعامل والتجهيزات العملية والمناهج المقررة والمكتبات وأساليب التقييم والبحوث العلمية^(١). وفيما يلي تفصيل ذلك:

العنصر الأول: التمويل:

يعتبر التمويل هو أساس العملية التعليمية نظراً لاحتياجها للمنشآت والمكتبات والمعامل والمدرجات وقاعات الدرس قبل بدء الدراسة في أية مؤسسة مع ضرورة توافرها مع أحدث المواصفات، وبالتالي فإن تأسيسها يحتاج إلى حجم كبير من التمويل المالي، مما يتطلب إعداد موازنات مواتية لتحقيق متطلبات العملية التعليمية من جانب الحكومة مع وضع القواعد والقوانين اللازمة لترشيد التمويل الخاص في مجال التعليم لتحقيق نتائج ملموسة تتضمن هامش مناسب من الربح للمستثمرين في قطاع التعليم، بحيث لا يكون الهدف الرئيسي من وراء المؤسسات التعليمية الخاصة هو الحصول فقط على العائد المادي.

(١) د. محمد متولي غنيمه: تمويل التعليم والبحث العلمي العربي المعاصر.. أساليب جديدة، الدار المصرية اللبنانية، ٢٠٠١، ص ١٣٢ - ١٣٣

العنصر الثاني: القوانين الإدارية والهيكل التنظيمية:

تحتاج العملية التعليمية إلى ضوابط وقوانين تحكم فاعليتها المتعددة مثل تقييم المعلمين وأعضاء هيئة التدريس ووضع نظام لترقيتهم علمياً وإدارياً يضمن تحفيزهم على الابتكار والكشف عن الجديد حتى لا تصبح المناهج المقررة بعيدة عن المستحدثات التي يشهدها المجتمع والعالم، ووضع ضوابط لتقييم الطلاب وتشجيع المنافسة بينهم، بالإضافة إلى قواعد عقابية لكل من يخالف مقتضيات الدراسة أو طبيعة العمل بالمؤسسة التعليمية بالإضافة إلى الضوابط الخاصة بحماية الملكية الفكرية.

ونلاحظ جدوى ما أقرته وزارة التعليم العالي مؤخراً بشأن ربط زيادة الحافز المالي لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات المصرية بعدد ساعات الحضور والمواظبة على المحاضرات والأنشطة الطلابية شريطة أن يتم ذلك بشكل جدي وواقعي بعيداً عن الصورية أو الاكتفاء بملئ نماذج تقييم لا تعبر عن الواقع، بالإضافة إلى جدوى ما أقرته وزارة التربية والتعليم بشأن ربط الحافز المالي لكادر المعلمين باجتياز بعض الامتحانات شريطة أن تتم تلك الامتحانات بحيادية وشفافية للوصول إلى المستوى الحقيقي للمعلم لأهمية ذلك في تحفيز المعلمين على تحسين مستوى أدائهم وإمامهم بالمستحدثات العلمية والتكنولوجية.

العنصر الثالث: المعلمين بالمدارس والمعاهد وأعضاء هيئة التدريس بالجامعات:

يعتبر المعلمين وأعضاء هيئة التدريس جوهر العملية التعليمية حيث يتعلم منهم الطلاب القيم الأخلاقية والنظريات العلمية في آن واحد، مما يتطلب الاختيار الجيد للمعلمين وأعضاء هيئة التدريس لتوفير العناصر الصالحة علمياً وخلقياً التي يسهل التعامل معها من خلال مكوناتها النفسية والعقائدية وضوابط الاختيار وتطوير مهاراتهم من خلال البعثات والدورات التدريبية الدورية، مثل ما تقوم به الجامعات من خلال برامج تطوير قدرات أعضاء هيئة التدريس وعدم ترقيتهم إلى الدرجات العلمية الأعلى إلا بعد اجتياز تلك الدورات لتحسين مستوى أدائهم بشكل ينعكس بالإيجاب على مستوى الطلاب والإنتاج العلمي.

العنصر الرابع: قاعات الدراسة:

يتجه البعض الى اعتبار قاعة الدرس الوحدة التي يمكن اتخاذها مؤشراً لمستوى التعليم وتحديد قدرته على الإنتاج وتقييم وظيفته الإنتاجية من خلال تحليل توصيفي لتلك القاعات باعتبارها وحدات إنتاجية تتفاعل داخلها. مدخلات العملية التعليمية لتقديم الإنتاج أو المخرجات⁽¹⁾.

ومن الأهمية بمكان تطوير قاعات الدراسة بشكل مستمر على الرغم من ظهور التعليم عن بعد في المرحلة الراهنة، التعليم من خلال وسائط التخزين الإلكترونية، وإن كان الأساس في العملية التعليمية هو التفاعل والتأثير بين طرفي المعادلة الطالب والمعلم اللذين يستطيعا إحراز نتائج طيبة من خلال تعمق الطالب وفهمه للمواد المقررة عن طريق الأسئلة المباشرة للمحاضر واستنباط الأخير بعض المقترحات التي قد يبدئها الطلاب في تطوير بعض المناهج والاكتشاف العلمي.

العنصر الخامس: المعامل:

تمثل أهمية المعامل في الربط بين النظرية والتطبيق في المدارس والكليات العملية والتي يجب أن تولى رعاية خاصة وتوفير تمويل كافي لها نظراً لاحتياج المجتمع إلى الوقوف على ابتكارات علمية جديدة ووضع ركيزة للطلاب تساعدهم على الاكتشاف والابتكار⁽²⁾.

وقد أدى ضعف الإقبال على بعض الكليات العملية مثل الزراعة والعلوم والطب البيطري إلى ضعف الاهتمام بالمعامل وتطويرها مما أضعف مستوى الخريج على الرغم من حاجة الدولة لهذا النوع من الخريجين على خلاف دارسي العلوم الاجتماعية لقدرتهم على المساهمة في عملية التنمية ودفع قطاع الإنتاج السلعي، سواء في المحاصيل الزراعية أو الإنتاج الحيواني أو مصانع المنتجات الحيوية، لتوفير كلفة استيراد تلك

(1) Ibrahim Dyar, Analyzing Education productivity, An essay Review, University of Arkansas at little rock, 26 August 2006. p5.

(2) د. محمد متولي غنيمه، مرجع سابق، ص ١٣٤ - ١٣٥

السلع من الخارج والعمل على زيادة الصادرات ومحاولة اكتشاف التكنولوجيا وتصديرها للخارج^(١).
العنصر السادس: المناهج الدراسية:

من الضروري أن تخضع المؤلفات العلمية للتطوير والتحديث بشكل مستمر نظراً لدأب البحث العلمي على الوصول لحقائق لم يسبق اكتشافها بالإضافة إلى ظهور مشكلات جديدة في المجتمعات تستوجب التعامل معها بأساليب وأنماط وقوانين جديدة تمثل حلاً أفضل لها، وبالتالي يستمر عطاء الإنتاج العلمي لتحديد أفضل البدائل والمقترحات، وهذا يتطلب تطوير المناهج الدراسية بصورة مستمرة وإعادة النظر في محتواها حتى لا تنفصل العملية التعليمية عن الإطار العلمي وتصبح مجرد إطار نظري لا قيمة له في الواقع العملي، وحتى لا يتحول التعليم إلى مجرد تلقين وتخزين لمعلومات لا يعرف الطالب كيفية استخدامها حال ممارسة مهنته عقب تخرجه.

ويرى بعض الخبراء أن المتغيرات العصرية ومتطلبات العولمة تفرض على المؤسسة التعليمية الانتقال بالأمة إلى صناعة المعلومات والخدمات وتحفيز الابتكار والإبداع واستنباط طاقات جديدة قادرة على إنتاج التكنولوجيا المتقدمة والتعامل معها والسعي إلى تفعيل اللامركزية في توظيف الموارد والاعتماد على الذات بشكل نسبي كبديل للاعتماد الكلي على الحكومة ودفع الطلاب للتعلم في المواد الدراسية وربط النظريات والآراء ببعضها للوصول إلى بدائل علمية جديدة^(٢).
العنصر السابع: المكتبات والبحوث العلمية:

هناك ارتباط متبادل بين المكتبات والبحوث العلمية من خلال استقاء الباحثين للمعلومات من الأبحاث والمراجع والدوريات الموجودة

- (1) البنك الدولي، الطريق غير السلوك.. إصلاح التعليم في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، البنك الدولي للإنشاء والتعمير، واشنطن العاصمة، ٢٠٠٧، ص ٤
- (2) د. علي أحمد مذكور: التعليم الجامعي في منظومة التعليم العام.. رؤية للحاضر والمستقبل، القاهرة، المؤتمر السنوي الرابع - تطوير المناهج في الجامعات رؤية مستقبلية" مركز تطوير التعليم الجامعي، ديسمبر ١٩٩٧، ص ٩٦

بالمكتبات مع تزويدها بأبحاثهم المستحدثة، وبالتالي ترتبط المكتبات والأبحاث العلمية بعلاقة تأثير وتأثر ويتحكما في بعضهما البعض من حيث جودة المحتوى، والدراسة الجيدة ناجمة عن مراجع متميزة والتي تصبح مرجعاً فيما بعد داخل المكتبة، وتستمر الدورة البحثية.

وفي ظل عصر تكنولوجيا المعلومات يجب على إدارات المؤسسات التعليمية العمل على تطوير المكتبات بصفة مستمرة وربطها بمواقع مكتبات الجامعات العالمية والاشتراك فيها وفي مواقع المراكز البحثية لتوفير المعلومات والمراجع للطلاب وراغبي البحث العلمي من أفراد المجتمع، والعمل على تقصي المشكلات المجتمعية من خلال قطاع تنمية البيئة وخدمة المجتمع بالجامعات المختلفة وطرحها للبحث العلمي للوصول إلى حلول لها بالتنسيق مع قطاع الدراسات العليا حتى يتم ربط البحث العلمي بمشكلات المجتمع لدفع عجلة التنمية ورفع معدل النمو.

كذلك فإنه من الضروري إيجاد آلية لتنفيذ المقترحات العلمية على أرض الواقع وتحفيز المجال التجريبي للاستفادة من الإنتاج العلمي عن طريق توفير التمويل اللازم، سواء من خلال الدولة أو من خلال القطاع الخاص تحت إشراف حكومي ومن خلال ضوابط وقواعد محددة. وقد تبنت بعض الجامعات إلى ذلك من خلال تنظيم مهرجانات لتنمية البيئة تهدف إلى حل المشكلات المجتمعية بالإضافة إلى ربط الجودة بالتفاعل مع المؤسسات العامة والخاصة وإيجاد إطار تستفيد من خلاله الأخيرة بتدريب أفرادها في المراكز التابعة للجامعات لاكتساب الخبرات والكفاءات الاستشارية بالإضافة إلى استفادة الجامعات من خلال تدريب الطلاب وتوفير فرص عمل للخريجين.

العنصر الثامن: الدارسين:

تختلف نوعية الدارس من مرحلة تعليمية إلى أخرى وذلك تبعاً للمرحلة السنوية والمؤثرات البيئية، وبالتالي تتطلب كل مرحلة مناهج وأساليب علمية وتربوية تكمل سابقتها وتغذي بعض النواحي المعرفية،

وإن كانت ثقافة التعلم هي أولى القيم الواجب غرسها في نفوس الدارسين منذ مراحل التعليم المبكرة لبناء الركيزة اللازمة للتقدم العلمي. وعلى الرغم من التكلفة المرتفعة للتعليم إلا أنه لا يمثل إهداراً للطاقة الإنتاجية، بل أنه يوفر عقول وطاقات بشرية قادرة على مضاعفة الإنتاج وزيادة معدل النمو. ويتضح ذلك من خلال استعراضنا لمراحل التعليم المختلفة، حيث نجد أن التعليم الابتدائي والإعدادي لا يحرم المجتمع من قوة عاملة لصغر سن الدارس في تلك المرحلة وعدم قدرته على تقديم أعمال وخدمات حرفية مفيدة حتى لو تم التحايل على قوانين واتفاقيات العمل المحلية والدولية التي تحرم تشغيل الأطفال، ولهذا فإن تشغيلهم في أية أعمال حرفية سيقصر على أدائهم خدمات لأرباب العمل دون تحقيقهم لأي عائد إنتاجي، وبالتالي فإن تكلفة الفرصة البديلة المتمثلة في التعليم تعد الأفضل^(١).

وينقسم التعليم الثانوي إلى تعليم عام وفني، يمثل الأول تمهيداً لمرحلة التعليم الجامعي، والثاني تأهيلاً لخوض سوق العمل الحر في ويصبح مفيداً حال تدريب الدارسين به خلال فترات الأجازة الصيفية بالوحدات الإنتاجية المختلفة تبعاً لتخصصاتهم، مع توفير آليات لقياس اتجاهات طلاب التعليم العام وتحديد مهاراتهم والمناهج المناسبة لتنميتها لاستكمال الدراسة بالتعليم الجامعي وفقاً لمتطلبات السوق حتى لا تهدر مخرجات العملية التعليمية وتصبح تكلفة بلا عائد، بالإضافة إلى ضرورة إصدار نماذج امتحانات قادرة على قياس المستوى الحقيقي للطالب حتى لا يتخرج أشخاص غير أكفاء وغير مؤهلين للعمل بصورة مرضية^(٢).

ثانياً: مبررات مسنوية الدولة عن التعليم:

يعد التعليم من الخدمات العامة التي تضطلع بها الدولة بعد الحرب العالمية الثانية وبعدها شهدت أغلب دول العالم المتقدمة والنامية

(١) د. محمود عباس عابدين: علم اقتصاديات التعليم الحديث، الدار المصرية اللبنانية،

طبعة ٢٠٠٠، ص ١١٤

(٢) ولنا عودة لدراسة كيفية قياس إنتاجية التعليم تفصيلاً في البحث الثالث.

توسعاً كبيراً في التعليم. وفي مجال التعليم العالي، فإن الدول التي يقوم القطاع الخاص بدور كبير في هذا المجال تكاد تكون محدودة. ولا يمكن التقليل من شأن الدور الذي تقوم به الدولة، وفيما عدا حالات معينة محصورة في عدد قليل من الدول مثل الولايات المتحدة واليابان وكوريا الجنوبية والفلبين، فإن التعليم العالي تتولاه الدولة منذ نهاية السبعينات من القرن العشرين.

وفيما يتعلق بالدول النامية، ومنها مصر، تقف المبررات التالية وراء سيادة دور الدولة في تقديم خدمة التعليم^(١):

المبرر الأول: بعد انتهاء الحقبة الاستعمارية حلت الدولة محل المستعمر للتأثير علي التعليم وتوجيهه لإعداد الكوادر والخبرات اللازمة لإدارة المناحي المختلفة في الاقتصاد، وحتى بالنسبة للدول التي لم تعان من الاستعمار احتاجت التدخل في التعليم لإعداد الكوادر البشرية اللازمة للتنمية ولإعادة التعمير كما حدث في أوروبا الغربية.

المبرر الثاني: يبرر تدخل الدولة بالآثار الإيجابية على المجتمع^(٢)، والتي تتمثل على الأقل في زيادة النمو الاقتصادي وزيادة إيرادات الضرائب. فقد لوحظ أن من لم يكملوا تعليمهم العالي بسبب عدم القدرة نتيجة ارتفاع التكلفة لم يضرروا فقط بأنفسهم بل أضرروا بمساهماتهم في التنمية. وقد أكد تقرير صادر عن المملكة المتحدة على ضرورة التوسع في التعليم العالي وبإسهام كبير من جانب الدولة نظراً لإثاره الإيجابية على الإنتاجية، ولقد اتبع التوصيات الصادرة عن هذا التقرير العديد من الدول، كما أنه أسست عليها سياستها التعليمية^(٣). ولعل الصعوبة

(1) Sanyal, B. C - Diversification of sources and the role of privatization in financing of higher education in the Arab states region, UNESCO, working document in the series: International institute for Educational Planning (IIEP). No. 30. 1998. Pp7-8

(٢) انظر الجدول رقم (١) الوارد بملاحق البحث الأول من دراستنا الحالية.

(2) Sanyal. 7-8

الأساسية في هذا الجدول هي صعوبة القياس الدقيق للمنافع وخصوصاً
المنافع غير المادية للتعليم. والمراد تأكده هنا هو أن دراسة التكلفة والعائد
للتعليم العالي تؤكد أنها مشاركة بين الطالب والمجتمع بسبب محدودية
الموارد الحكومية. وقد أشارت دراسات حديثة إلى أن العائد الاجتماعي
للتعليم في الدول المتقدمة يتراوح من ٦٪ إلى ١٥٪^(١). وإذا ما أخذنا العائد
غير المادي على المجتمع في الحسبان فإن الدعم الحكومي للتعليم العالي
يصبح مبرراً بشدة. ولقد أشارت الدراسة نفسها إلى زيادة العائد الذي
يحصل عليه خريج الجامعة بالمقارنة بالتعليم المتوسط بنسبة ٧٪ في اليابان،
و ١٢٪ في هولندا، و ١٥٪ في الولايات المتحدة الأمريكية، و ١٨٪ في
المملكة المتحدة^(٢). ويمكن أن يبرر هذا طرح الحجة التي تقول بأنه إذا كان
الفرد مستفيداً من التعليم العالي فإنه يكون مبرراً أن يساهم في تحمل
تكلفته، ولكن هذه الحجة تفقد مصداقيتها في حالة انخفاض هذا العائد^(٣).
والأمر في مصر أشد حيث لا توجد فرص عمل كافية لخريجي الجامعات.
المبرر الثالث: نظراً للمخاطر المرتبطة بالتعليم من وجهة نظر الطالب
والتي تعود إلى عدم التأكد من القدرة على مواصلة الدراسة ثم إيجاد
فرصة عمل، فإن الدولة إما أن تضمن قروضاً تقدم للطلاب أو تقدم
القروض بنفسها، وترك الأمر لقوى السوق ربما يترتب عليه نقص
الاستثمار في التعليم Underinvestment in education عن المستوى
المطلوب اجتماعياً^(٤).

المبرر الرابع: تقدم حجة العدالة كمبرر لتدخل الدولة الكبير في
التعليم خاصة التعليم العالي. وفي ظل ما أطلق عليه دولة الرفاهية التي

- (1) Biocndal. S. Field. S. Girouard. N. (2002). Investment in human capital through upper secondary and tertiary education. Paris. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD).
- (2) Bloendal et al. 2002
- (3) Hans Vossensteyn. Fiscal Stress: Woldwide Trends in Higher Education. NASFAA. Journal of Financial AID, Vol. 34. No.1, 2004, p 41.
- (4) Hans Vossensicyn. 41

سادت بعد الحرب العالمية الثانية مالم تدعم الدولة التعليم المكلف فإنه يصبح حكراً على الأغنياء أو طبقة الصفوة The Elite مما يلحق أضراراً بالغة بالمجتمع ككل. تكتسب هذه الحججة مصداقية في مصر في ظل انخفاض مستويات الدخل وارتفاع تكلفة التعليم بشكل يزيد عن إمكانيات أغلب الأسر^(٥).

ويقدم معارضو خصخصة التعليم مجموعة من الحجج والمخاذير يمكن أن تصب لصالح دور فاعل وكبير للدولة، وأهم هذه الحجج^(١):

١. الحججة الأولى: يترتب على تقديم خدمة التعليم بمقابل خلق مزايا خاصة لفئات معينة بالمجتمع تضر في بعض الأحيان بوحدة نسيجه وتفعل فعل التمييز العرقي أو الطائفي أو الديني مما يترتب عليه آثار ضارة على المجتمع وأقاليمه المختلفة.

٢. الحججة الثانية: أن ضعف المؤسسات والمنشآت التي يمكن أن توفر تمويل (منح) للتعليم يؤدي إلى أن تكون الرسوم هي وسيلة التمويل الأساسية، وفي ظل سعي القطاع الخاص لتعظيم مستوى أرباحه فإن ذلك يتحقق عادة من خلال تزويد المنشآت التعليمية بمدخلات ضعيفة تنتج مخرجات (خريجين) ليسوا على المستوى المطلوب قومياً، ويظهر ذلك بشكل خاص في الفترات التي تكون الخصخصة ناتجاً من نواتج الطلب على التعليم Excess - demand driven privatization.

٣. الحججة الثالثة: الصعوبات التي تواجه تحقيق العدالة Equity في التعليم الخاص حيث يحصل الأغنياء على تعليم منخفض الجودة، وهذا الأمر من شأنه زيادة عدم العدالة أو التفاوت في المجتمع.

٤. الحججة الرابعة: يؤدي التوسع في التعليم الخاص - بسبب زيادة الطلب - إلى وجود خريج لا يتمتع بالجودة المطلوبة لسوق العمل فيصبح

(٥) انظر المبحث الثاني: الواقع العملي للتعليم العام والخاص في مصر

(1) Sanyal. 1998. pp.37-38

- الخريج الجديد عبئاً على سوق العمل مما يفاقم مشكلة البطالة ، ويُعدُّ ذلك استثماراً بشرياً منخفض العائد لمن يدخلون سوق هذا التعليم .
٥. الحجة الخامسة : يترتب على الاعتماد الكامل على القطاع الخاص في توفير التعليم أن يكون الانفاق على الجامعات والكليات أقل من المستويات المثلى عند النظر إليه على أنه استثمار قومي ، وذلك يرجع إلى نوعين من المخاطر : أولهما : أنه بالرغم من أن الاستثمار في التعليم العالي يحقق عائداً مرتفعاً نسبياً بشكل عام إلا أنه يُعدُّ استثماراً طويل الأجل ويحتوي على مخاطر كبيرة بالنسبة للمستثمرين ، حيث يحقق بعضهم عائداً مرتفعاً بينما يحقق الآخرون عائداً منخفضاً أما الفريق الثالث فيمكن أن يحقق عائداً سالباً. وهنا يُبررُ التدخل الحكومي لتقليل هذه المخاطر. ثانيهما : يخشى أن يتم سحب الخريجين الذين تمول دراستهم منح مقدمة من جهات معينة إلى أماكن أخرى تحدها الجهات المانحة.
٦. الحجة السادسة : إن المستثمر الخاص في مجال التعليم ربما لا يهتم عادة بأمور مهمة على المستوى القومي. مثل البحوث الأساسية وبعض المجالات المتصلة بالنظام الاقتصادي والحضاري والاجتماعي للمجتمع ، ولذلك فلا يقدم عليها القطاع الخاص رغم أهميتها الكبرى للمجتمع.
٧. الحجة السابعة : أن خصخصة التعليم تؤدي إلى زيادة درجة الفساد Corruption في المجتمع ، إذ يؤدي الريج والتنافس في المجتمع من أجل الحصول على موارد للمؤسسات الخاصة إلى إتاحة الفرصة للتحايل على النظم والقوانين لتصبح هذه المؤسسات قادرة على الاستمرار.
٨. الحجة الثامنة : أنه في ظل خصخصة التعليم العالي مازال للدولة دور محوري يضمن تحقيق بعض أو كل الأهداف التالية^(١) :

(1)Sanyal. 1998. p.39

- ١- ضمان المعاملة المتساوية للطلاب.
 - ٢- ضمان عدم ضياع أو تبديد المواهب.
 - ٣- تحمل جزء من مخاطر الاستثمار بين هؤلاء الذين يعد الاستثمار في التعليم مربحاً لهم وهؤلاء الذين يعتبرون أقل حظاً.
 - ٤- تمكين المجتمع من الاستفادة من الشريحة التي حصلت على التعليم العالي.
 - ٥- تشجيع الجامعات والكليات على المساعدة في تحقيق أولويات السياسة العامة والتي يمكن ألا تشكل أهمية كبيرة للمستثمر الخاص.
- وفي الحالة المصرية المتعلقة بالخصخصة تبرز عوامل عديدة تدعو للحفاظ على دور أساسي للدولة في التعليم العالي، نذكر منها:

- ١- أن الوضع الحالي يتميز بعدم العدالة وخصخصة التعليم تؤدي إلى تفاقم هذا الوضع.
- ٢- أن السوق المحلية تتميز بصغر حجم المشروعات التي يمكن أن تقدم منحاً لتمويل التعليم والتوسع فيه بالمقارنة بالوضع في أوروبا والولايات المتحدة، مما ينعكس سلباً على مصادر تمويل الخصخصة^(١).
- ٣- أن التعليم العالي في معظم دول العالم مسئولية الدولة ولم يربط أحد بين جودة التعليم ومصادر التمويل، وإذا كان هناك ربط بين التعليم العام والتعليم العالي فيكون التمويل لصالح الأخير، ولم يقلل أحد من كفاءة التعليم الألماني - أو الدول الأخرى التي تتحمل

(1) من أجل تخفيف الأعباء على الدولة في فرنسا عام ١٩٩٤ في مواجهة التزايد الكبير للطلب على التعليم، حاولت المؤسسات التعليمية زيادة مواردها الخاصة، إلا أنها لم تزد عن ٤٤٪ ولم تساهم الرسوم بأكثر من ١٠٪ على حين جاء الباقي من السوق في صورة تعاقدات لبحوث ودعم محلي والتعليم المستمر وبيع الإنتاج والبحوث على أسس تجارية مما يؤكد ما نلاحظه على الحالة المصرية من ضيق نطاق السوق المحلي الداعم للخصخصة التعليم بنجاح.

أنظر: Sanyal. P.25.

فيها الدولة أغلب تكاليف التعليم - مع أن التعليم بكافة مراحلها يكاد يكون مجانياً.

٤ - أهمية تواجد الدولة بشكل فاعل في مجال التعليم لأثره على الهوية القومية واعتباره أحد المحاور الهامة للأمن القومي.

ثالثاً - أسباب ومبررات خصخصة التعليم:

هناك من يدعو إلى دور متزايد للقطاع الخاص في قطاع التعليم، حيث اقترنت هذه الدعوة بانخفاض نسبة مساهمة الدولة المصرية في تمويل التعليم الجامعي بنسبة ١٥٪ ابتداءً من العام الجامعي ١٩٩٤/١٩٩٥ وألقى على كاهل الجامعات مسئولية تدبير هذه النسبة من خلال تنويع مصادر إيراداتها - ويقدم أصحاب هذه الدعوة تبريراً لذلك الأسباب الآتية:

السبب الأول: تزايد الطلب على التعليم العالي بشكل يفوق القدرة الاستيعابية للمؤسسات التعليمية الحكومية (المجانية أو المدعومة من قبل الدولة)، ويعد هذا أمراً ملحوظاً في معظم الدول النامية ومنها مصر. حيث يلاحظ زيادة كثافة الفصول في المدارس وازدحام المدرجات وقاعة الدروس في جميع الكليات بدرجات متفاوتة وحضور الطلاب طوال أيام الأسبوع في معظم الكليات.

السبب الثاني: تلبية الطلبات المختلفة على التعليم بسبب الاختلاف في تفضيلات الأفراد الراجع إلى أسباب عقدية أو عرقية أو حضارية أو لغوية من ناحية، فضلاً عن الحاجة إلى إتاحة مهارات خاصة لبيئة الأعمال والذي يعد ظاهرة حديثة نسبياً. وفي بعض الدول كاليهند لعب تطور الأيديولوجيا السياسية دوراً كبيراً في تطور القطاع الخاص في التعليم العالي إبان فترة الاستعمار، ومن المظاهر الدالة على ذلك انتشار المدارس العليا للسكرتارية في عديد من دول العالم.

السبب الثالث: استخدام التعليم كأداة لتشكيل منظومة القيم والعقائد التي توجه وتؤثر في المجتمع، وممارسة سياسات الحكومة تأثيرها

في تطور القطاع الخاص بمجال التعليم من خلال تقييدها للإنفاق العام في هذا المجال وتوفير الدعم لبعض المؤسسات الخاصة.

وأياً كان شكل الخصخصة عند التنفيذ، فالذي هو محل اتفاق أن جوهرها هو تحميل المستفيد من التعليم لتكاليفه. وعموماً، وبغض النظر عن الاعتبارات الأيديولوجية الحاكمة في بعض الحالات، فإن أنصار إعطاء دور كبير للقطاع الخاص في التعليم يدعمون وجهة نظرهم بالمبررات التالية:

المسير الأول: انخفاض التكلفة في المؤسسات التعليمية الخاصة بالمقارنة بنظيرتها العامة أو الحكومية خصوصاً في حالات التزايد الكبير للطلب على التعليم، حيث تشير الدراسات إلى أن إنفاق الجامعات الخاصة على الطالب في كل من البرازيل واليابان والفلبين أقل بنسبة ٣٠ - ٤٠٪ من الجامعات العامة^(١).

المسير الثاني: انخفاض تكاليف المدخلات (الكتب وأجور التدريس) في القطاع الخاص بالمقارنة بالمدارس الحكومية حيث لوحظ أن تكلفة المدارس بالنسبة للطالب تبلغ ربع التكلفة في المؤسسات الحكومية في اليابان، وفي الجامعات الحكومية بالفلبين نحو ٢,٥ مره قدرة في الجامعات الخاصة^(٢)، وكان هذا الأمر مبرراً سياسياً لزيادة الدعم الحكومي للجامعات الخاصة.

المسير الثالث: تحقيق "خليط تعليمي" أقل تكلفة less costly product mix من التعليم والبحوث والجمع في مرحلتي البكالوريوس والدراسات العليا بين العلوم الطبيعية والإنسانية، على اعتبار أن ذلك يمكن أن يحقق توازناً بين الإيرادات والتكاليف.

(1) أدى عدم توافر دراسات عن التكلفة في مصر إلى اللجوء إلى دول أخرى متقدمة ونامية للتدليل على الظاهرة التي نحن بصددتها.

(2) Sanyal. 1998. P 33 based on James. E. 1991. Private Finance and management of Education in developing countries. Major policy and research issues. IIEP. Paris.

المير الرابع: تحقيق معيار الكفاءة من خلال دفع متلقي الخدمة للتكلفة، كما أن نظام السوق (المنافسة والرغبة في تحقيق الأرباح) تجبر الجامعات الخاصة على العمل بكفاءة أكبر من الجامعات الحكومية. وفي كثير من المعاهد العليا الخاصة، يمكن أن تنخفض التكلفة التنظيمية من خلال الاستخدام المناسب لوقت الإداريين والوظائف المعاونة، كما يمكن أن تنخفض تكلفة التدريس عند الاستعانة بهم والتعامل معهم على أساس العمل لبعض الوقت Part - time basis أو بعد الإحالة إلى التقاعد أو المعاش على أساس نظام topping - up salary، وهذا ما يحدث في أغلب الجامعات المصرية الخاصة والمعاهد العليا الخاصة. كما يمكن أن تقدم المؤسسات التعليمية الخاصة برامج تستجيب للمطالب الآنية للسوق وتتوجه أكثر لزيادة فرص التوظيف جنباً إلى جنب مع البرامج التعليمية القائمة مما يدعم حجم الكفاءة.

المير الخامس: تتفوق المؤسسات التعليمية الخاصة في الجودة في الحالات التي يتنوع فيها الطلب على بعض الأوجه التي يتم الإقبال عليها بحرية في ظل تدني جودة الخدمات المقدمة من المؤسسات التعليمية العامة. وفي هذا الصدد يأتي المثل من باكستان حيث ظهر تفوق أداء المعاهد الخاصة لتدريب السكرتارية بالمقارنة بالمعاهد العامة من خلال زيادة حفز هيئة التدريس والطلاب وتحسين المناخ القيمي للعمل Work ethics.

المير السادس: اعتبارات العدالة: رأينا أن الدولة يجب أن تتولى التعليم العالي من أجل مساعدة غير القادرين على مواصلة تعليمهم تحقيقاً للعدالة، ومع هذا فقد أشارت الدراسات مؤخراً إلى أن الأمر ليس بهذه البساطة، حيث يذهب البعض إلى القول بأنه في المواقف التي تخضع فيها موازنة الدولة للاعتبارات والقيود السياسية فإن التوسع (أو تشجيع) القطاع الخاص لاستيعاب الزيادة في الطلب على التعليم هو الأمر الوحيد الممكن لزيادة فرص التعليم، إذ أشارت التجارب في شرق آسيا إلى أن زيادة نسبة الالتحاق Enrolment ratio تحققت وتكلفت أقل في الدول

التي اعتمدت بشكل ما على القطاع الخاص في تقديم خدمة التعليم كما حدث في اليابان وكوريا الجنوبية. ولا شك أن زيادة درجة الإتاحة بتكلفة منخفضة تحقق درجة من درجات العدالة^(١)، وفي مصر (بل وفي دول عربية أخرى كالسودان واليمن) فإن تحقيق العدالة في التعليم العالي الحكومي ليس بالأمر السهل نظراً لأن الأغنياء يحصلون على أماكن في الجامعات الحكومية المجانية أكبر بكثير من نسبتهم إلى إجمالي السكان، نتيجة لقدرتهم المالية التي تمكنهم من تحمل عبء المصروفات الكبيرة المرتبطة بالحصول على الدرجات التي تؤهلهم للالتحاق بالجامعة (المدارس الخاصة وأعباء الدروس الخصوصية) ومن ثم يصعب تحقيق العدالة في التعليم الحكومي. وهنا يقترح البعض من أجل تحقيق المزيد من العدالة أن يعاد توجيه الأموال المخصصة للتعليم العالي لدعم التعليم ما قبل الجامعي على أن يقتصر دعم الدولة في التعليم الجامعي على الفئة المتميزة علمياً من غير القادرين^(٢). وهناك بعد آخر فيما يتصل بالعدالة وهو الفروق الضخمة بين ما يحصل عليه خريجو الجامعات من أجر بالمقارنة بالأجر المدفوع لخريجي المرحلة المتوسطة Secondary level والتي تتراوح في دول OECD بالنسبة للرجال بين ٣٢٪ في هولندا، ٩٢٪ في فنلندا، مقابل ١٦٪ في إيطاليا و ١٠٦٪ في بريطانيا بالنسبة للإناث^(٣). فضلاً عما تقدم فإن الاستثمار في التعليم بالنسبة للفرد (الطالب) مربح أكثر من ربحيته بالنسبة للمجتمع (الربحية الاجتماعية) وذلك يرجع إلى تحمل الدولة للعبء الأكبر للتكلفة المباشرة للتعليم. وعندما تعود هذه المنافع على الفئات القادرة مالياً فإن حجة تحقيق العدالة من وراء التمويل

(1) James. (1991) Private finance and management of education in developing countries:

major policy and research issues. International institute for Educational Planning (IIEP), Paris, P. 18 at: Saynal. P. 35

(2) Sanyal. p.35

(٤) انظر الجدول رقم (٢) الوارد بملاحق المبحث الأول من دراستنا الحالية.

الحكومي للتعليم تصبح داحضة أو تفقد الكثير من مصداقيتها^(١). يؤكد الأمر الحالي أن الدراسات التي أجريت عن الخلفية الاجتماعية لطلاب الجامعات الحكومية أظهرت أن معظم الكليات المتميزة يدخلها أصحاب فئات الدخل المرتفع وخزيمجي المدارس الخاصة من فئات اجتماعية غنية^(٢).

المصدر السابع: أصبحت التخصصات في مجال التعليم ظاهرة عالمية زاد انتشارها في كل من آسيا وأمريكا اللاتينية، حيث زادت نسبة الالتحاق في المؤسسات التعليمية الخاصة في الفلبين عن ٨٠٪ وفي كوريا الجنوبية عن ٧٥٪ كما زادت المؤسسات التعليمية الخاصة في الصين عن ١٠٠٠ مؤسسة مع نسبة التحاق تصل إلى ١٠٪، حتى أن كوريا أدارت بعض الأنشطة الجامعية وفقاً لأسس تجارية. ولقد امتدت هذه التخصصات إلى مصر في صورة قيام جامعات خاصة وازدياد أعداد المؤسسات التعليمية قبل التعليم الجامعي^(٣). فقد أنشئ عدد من الجامعات الخاصة الأجنبية (ما عدا الجامعة الأمريكية التي أنشئت من عام ١٩١٩) وفقاً للقانون رقم ١٠١ لعام ١٩٩٢ الخاص بالسماح بقيام الجامعات العليا الخاصة التي بدأت بالفعل ١٩٩٦ وذلك بالإضافة إلى المعاهد العليا الخاصة^(٤). حيث بلغ إجمالي عدد الجامعات الخاصة ٢٠ جامعة، بينما وصل إجمالي عدد المعاهد العليا الخاصة إلى ١١٠ معهد، حتى عام ٢٠٠٩.

(1) Sanyal. p.35

(2) Imam Farag, 2000, Higher Education in Egypt: The Realpolitic of Privatization, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/soe/cihe/newsletter/News18/text11.html.p3

(3) Sanyal. p.36

وأنظر أيضاً:

World Bank. 2000, Arab Republic of Egypt, Higher Educatioun, Report#PID9033 p.1

وأنظر كذلك:

Mohsen El Mahdy Said. Country Higher Education Profile, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/soe/cihe/inhea/profiles/Egypt.htm

(*) ولنا عودة لدراسة هذه النقطة بالتفصيل في البند ثانياً من البحث الثاني

رابعاً: أهم التجارب العالمية في التعليم العالي الخاص:

أوضحت التجارب العالمية وخاصة بالدول النامية، أن التعليم العالي الخاص ساهم في حل مشكلات التعليم العالي في عديد من الدول. ومن أهم هذه التجارب، تجربة دول آسيا وبعض دول أمريكا اللاتينية. وفيما يلي نعرض لبعض هذه التجارب من خلال التركيز على بعض القضايا التي تخص جودة وكفاءة وعدالة توزيع التعليم العالي الخاص في أي مجتمع وذلك على النحو التالي:

القضية الأولى - العدالة وتكافؤ الفرص التعليمية:

تمثل قضية العدالة وتكافؤ الفرص التعليمية إحدى القضايا التي تشغل بال العديد من التربويين والخبراء بحيث لا يتعدى التعليم العالي الخاص على حقوق غير القادرين. ولهذا فإنه ينبغي الاهتمام بهذا الموضوع مع وضع ضوابط ضمان عدالة التوزيع لفرص التعليم العالي الخاص وتحقيق تكافؤ بين الطلاب. ويتمثل بُعد آخر من العدالة - كما يراه بعض التربويين - في إمكانية التحاق أبناء أصحاب الدخل المنخفضة بمؤسسات التعليم العالي، وألا يقتصر هذا التعليم على أبناء القادرين⁽¹⁾.

القضية الثانية - التنوع:

ترتبط أحادية مصدر الإدارة والتمويل لمؤسسات التعليم العالي بقلة التنوع وشمولية الخدمة التعليمية المقدمة. ويعتبر التنوع من أهم مقومات نظم التعليم العالي التي تتمتع بالكفاءة والمرونة اللازمين للاستجابة لاحتياجات السوق المختلفة.

القضية الثالثة - التنافسية:

تشجع التنافسية بين مؤسسات التعليم العالي على تقديم خدمة تعليمية متميزة أمام مثيلاتها، ليس فقط على المستوى المحلي، بل وعلى الصعيد الدولي على حد سواء، ويترتب على ذلك جودة في البرامج

(1) Schneider, P.T, (2001), What Research Can tell policymakers about school Choice. Journal of Policy Analysis and Management 20,4, 609-631.

الدراسية والخدمات الطلابية، ونفقة منخفضة بالنسبة للطلاب، وغير ذلك من المظاهر التي تضمن السياق الصحي لمؤسسات التعليم وتحقق للمجتمع المخرجات المتوقعة منها. وقد أشارت نتائج العديد من الدراسات الى التأثير الكبير للمنافسة على مؤسسات التعليم العالي والذي يتمثل في ارتفاع مستوى التحصيل، وزيادة الدافعية ورضا الطلاب والآباء، وكسب ثقة المجتمع في تلك المؤسسات^(١).

القضية الرابعة - النفقة:

تحدد نفقة الخدمة التعليمية في مؤسسات التعليم العالي وفق نصيب الطالب من المباني والتجهيزات والبنية الأساسية، والمصروفات الجارية من أجور ومرتبات ومكافآت ومصروفات صيانة وخلافه، ونفقة إعداد أعضاء هيئة التدريس بها. وفي إطار العوامل سابقة الذكر، تحاول مؤسسات التعليم العالي اجتذاب الطلاب بالخدمة التعليمية المتميزة التي تقدمها، وقيمة المصروفات الدراسية التي يتحملها الطالب. وفي أغلب مؤسسات التعليم العالي الخاص والأهلي، يلاحظ أن تلك الخدمة غير هادفة للربح، ولذلك تسعى تلك المؤسسات لإيجاد مصادر بديلة للتحويل لتخفيض حجم المصروفات الدراسية المطلوبة من الطلاب.

(١) التعليم العالي الخاص في دول آسيا:

يمثل التعليم العالي الخاص قطاع كبير من الخدمة التعليمية المقدمة في الكثير من دول جنوب شرق آسيا. ففي اليابان وكوريا الجنوبية والفلبين واندونيسيا يمثل التعليم العالي الخاص أغلبية الفرص التعليمية والتي قد تصل في بعض الأحيان إلى ٨٠٪. وتتناول فيما يلي دولتي ماليزيا والهند لما حققه التعليم العالي بهما من تميز في العقود القليلة الماضية من ناحية، ولأنهما من الدول النامية التي استطاعت بمواردها المحدودة تحقيق معدلات

(1) Levin, C.R. (June 2002). The Effects of Competition between Schools on Educational Outcomes. Review of Educational Research, 72, 279-341

نمو اقتصادي ملحوظ. ولقد تبنت دولة ماليزيا خطة طموحة للتنمية حتى عام ٢٠٢٠، تستهدف أن تحتل ماليزيا مكانة مرموقة بين الدول. وفي سبيل تحقيق هذا الهدف تبنت الدولة العديد من السياسات لتوجيه الاقتصاد الماليزي نحو هذه الوجهة. ومن بين تلك التوجهات، التركيز على العلوم والتكنولوجيا والبحوث التطبيقية كأداة أساسية لدفع التنمية، والتوجه نحو الخصخصة Privatization كوسيلة لإطلاق العنان للمجتمع المدني في تبني توجه الدولة والإسهام في تحقيق خططها^(١).

وبالفعل فقد سارت بالفعل ماليزيا وفق الخطة المرسومة، حيث زاد متوسط دخل الفرد بصفة منتظمة بنسبة ٨٪ ووصلت إداراتها إلى نسبة ٤٠٪ من الناتج القومي سنوياً. ونتيجة لهذا النجاح الملحوظ في خطة التنمية الماليزية، تأثرت بها العديد من دول جنوب شرق آسيا، واستعانت ببعض الأسباب المؤدية إليه في تجاريتها المحلية، مما أدى إلى انضمام العديد من الدول إلى منطقة التجارة الحرة بجنوب شرق آسيا. وقد انعكس ذلك على التعليم من خلال التوجه نحو الليبرالية (التحرير)، والديمقراطية ولا مركزية الإدارة للمؤسسات التعليمية بها بمختلف مستوياتها^(٢). ويمثل التعليم العالي الخاص ٥١٪ من قطاع التعليم العالي في ماليزيا، وتتضمن منظومة التعليم العالي الخاص بماليزيا العديد من المؤسسات تتمثل في:

١. الجامعات الخاصة وعددها إحدى عشرة جامعة.

٢. الكليات الجامعية وعددها عشرة كليات.

(1) Mohamed, M.B. (2004, December 19). Malaysia 2020: From Vision to Reality. The New Nation, pp. 1-2

وكذلك يرجع إلى:

Nordin, M. R.. Public vs. private higher education in Malaysia: emerging issues and trends. 18th international conference on Higher Education (pp.89-93). Ankara: Bilkent University, 2005.

(2) Lee.M.n.. Education in Malaysia: Towards Vision 2020. School Effectiveness and School Improvement, v10 n1, 86-98, Mar 1999.

٣. الكليات غير الجامعية وعددها خمسمائة وثلاث وثلاثون كلية.

٤. فروع الجامعات الأجنبية وعددها خمس فروع.

وبالنظر إلى نظام التعليم العالي الخاص في الهند يتضح أن هذا النظام يعتبر ثالث أكبر نظام لإعداد الكوادر البشرية في العالم بالرغم من أن نسبة الملتحقين من الفئة العمرية من ١٧ - ٢٢ سنة تصل فقط إلى ٧,٢٪. ولكي تتمكن الهند من اللحاق بركب الدول المتقدمة، يجب أن تصل نسبة الالتحاق من هذه الفئة العمرية إلى ٢٠٪ على الأقل بحلول عام ٢٠٢٠. وحتى يتسنى تحقيق هذا الهدف الطموح فإنه ليس أمام الحكومة خيار سوى التوسع في التعليم العالي الخاص بشكل ملحوظ^(١). إذ يصل حجم هذا النوع من التعليم في دولة الهند إلى ٧٥٪ وتقوم المؤسسات الخاصة بإدارة البرامج المتعلقة به تحت إشراف الجامعات الحكومية^(٢). وتقدر استثمارات القطاع الخاص في مؤسسات التعليم العالي بالهند بحوالي ٢٠ مليار دولار مقارنة باستثمارات الحكومة والتي تقدر بحوالي ٧ مليار دولار فقط، وتعتبر حوالي ٩٠٪ من كليات التكنولوجيا والهندسة والإدارة مؤسسات تعليم عالي خاص^(٣).

وتشجع الهند مبادرات القطاع الخاص في التعليم العالي على المستويين القومي والدولي حيث تمثل هذه المبادرات قوة جاذبة للاستثمارات الخاصة بمراجعة أن حوالي ٥٥٪ من السكان بهذه الدولة تحت

(1) Gupta, A. International Trends in Private Higher Education and the Indian Scenario. CHSE Research & Occasional Paper Series, pp 7-8, 2005, September.

(2) Bhalla, K. B. Private initiatives in Indian professional Education. In K.B. Johar, private initiatives in Higher education (pp. 167-201). Srieh Prakashan: Yamunanagar, 2004.

(3) Times, T.E. Size of Private investments in Indian Higher Education. The Economic Times, New Delhi, P.5, 2003, May 05.

سن الثلاثين سنة وبها طبقة برجوازية متوسطة تضم ٣٥٠ مليون فرد على استعداد للاستثمار في تعليم عالي ذو جودة عالية^(١). ويلتحق المزيد من الطلاب في الهند بمؤسسات التعليم العالي الخاصة، سواء كانت معتمدة أو غير معتمدة. ويرجع ذلك إلى عدم تمكنهم من الالتحاق بمؤسسات التعليم العالي الحكومية المتميزة. وإلى صعوبة التحاقهم بالتخصصات التي يرغبون في دراستها لارتفاع المنافسة في اختبارات على المستوى القومي^(٢).

ولقد أثبتت الدراسات في الهند أن مؤسسات التعليم العالي الخاصة (وخاصة تلك الكائنة في العشوائيات والمناطق الفقيرة) تقدم خدمة متميزة مقارنة بمثيلاتها من مؤسسات التعليم العالي الحكومي، حيث يغادر مئات الآلاف من الطلاب، للدراسة في الخارج ويعتبرون من أكبر فئات الوافدين بالولايات المتحدة الأمريكية، يليهم طلاب الصين ثم كوريا الجنوبية^(٣).

(٢) التعليم العالي الخاص في دول أمريكا اللاتينية:

يمثل التعليم العالي الخاص في العديد من دول أمريكا اللاتينية قطاعاً يخدم عدد كبيراً من الطلاب في الفئة العمرية (١٧ - ٢٢). فتمثل تجربة البرازيل التوسع في التعليم العالي الخاص الذي جاء على حساب تكافؤ الفرص وعدالة التوزيع. فيقتصر الالتحاق بمؤسسات التعليم العالي على الطبقات العليا والمتوسطة التي تستطيع أن تحصل على تعليم ثانوي

- (1) Pillai, V.N. Center, States must Help to Promote Higher education. The Hindu, P. 12, 2003, November 21.
- (2) Douglass, J. All Globalization is Local: Countervailing Forces and the influence on Higher Education Markets. CSHE Research and Occasional Papers Series, pp.6-11, 2005a, January 05.
- (3) Douglass, J. A Transatlantic Persuasion: A Comparative look at America's Path Towards Access and Equity in Higher Education. In D.P. Tapper, The Politics of Access to Higher Education (pp. 163-186). NY: Rutledge: Falmer Press, 2005b.

عالي الجودة أو تحمّل نفقات برامج الإعداد الباهظة للتأهيل للاتحاق بالتعليم الجامعي^(١). ولقد زاد الطلب على التعليم العالي الخاص لاستيعاب الطلب المتزايد على التعليم العالي ولكن لا تستطيع جميع الفئات في البرازيل تحمّل نفقات الالتحاق بالتعليم العالي^(٢). ويتضح من استعراض تجربة البرازيل أن التوسع في توفير فرص التعليم العالي الخاص لم يراعي مبدأ تكافؤ الفرص وعدالة التوزيع اللذان يعتبران محددًا أساسيًا لخطط التوسع في التعليم العالي بغض النظر عن الخلفيات الاقتصادية والاجتماعية للطلاب.

وتبرز تجربة تشيلي دور التعليم العالي الخاص في تحقيق التنوع والتباين في الفرص التعليمية التي تقدمها مؤسسات التعليم العالي الخاص، إذ يقوم الأفراد والهيئات وبعض مؤسسات الأعمال والهيئات الدينية والمؤسسات العسكرية بإدارة مؤسسات التعليم العالي في تشيلي. حيث أدى ذلك إلى تنوع لفرص التعليم العالي لجذب أكبر عدد ممكن من الطلاب وساعدت المنافسة على تحسين مستوى الجودة، مما انعكس على رؤى ورسالات تلك المؤسسات وممارستها^(٣). وتتضح مظاهر الجودة في التعليم العالي الخاص كذلك في دولة تشيلي من خلال محدودية عدد الطلاب الملتحقين في المؤسسة وزيادة أعداد أعضاء هيئة التدريس^(٤).

- (1) Mello, SE Higher education in Brazil: recent evolution and current issues. Higher Education v2In2, 223-233, 1991.
- (2) McCowan. T. Expansion without Equity: An Analysis of Current Policy on Access to Higher Education in Brazil. The international Journal of Higher Education and Educational planning, v53n5, 579-598, May 2007.
- (3) Bernasconi, A. Does the Affiliation of Universities to External Organizations Foster Diversity in Private Higher Education? Chile in Comparative Perspective. The international journal of Higher Education and Educational planning, v52n2,303-342, Sep. 2006.
- (4) Brunner, j.j. From state to market coordination: the Chilean case. Higher Education Policy, 10 (3-4), 225-238, 1997.

وتتمتع مؤسسات التعليم العالي الخاص في تشيلي بالتنوع من خلال تبعيتها الإدارية للعديد من الجهات المختلفة. ويسهم هذا التنوع في توفير مصادر عديدة للتمويل لدعم تلك المؤسسات بما ينعكس بالإيجاب على قيمة المصروفات الدراسية التي يدفعها الطلاب للالتحاق بمؤسسات التعليم العالي الخاص. ويشجع العديد من الطلاب على الالتحاق بها. وتحمل نفقات الدراسة بهذه المؤسسات، والأمر الذي يؤدي إلى تكافؤ الفرص التعليمية وعدالة التوزيع، فضلاً عن التنوع والقدرة على المنافسة وفق آليات السوق. وهذا الذي يحدث في تشيلي عكس ما تقدمه تجربة البرازيل إذ يعتبر التعليم العالي الخاص بها أداة لتوسيع الفجوة بين الطبقات ذات الخلفيات الاجتماعية والاقتصادية المختلفة لصالح الطبقات العليا والمتوسطة، وهو ما عبّر عنه الفيلسوف الفرنسي بيير برودو Pierre Bourdieu في نظرية تأصيل التفاوت الطبقي بأنه يوفر الظروف لأبناء الصفوة من الحفاظ على الفجوة بين الطبقات الاجتماعية ويحظر الحراك الاجتماعي لأبناء الطبقات الدنيا⁽¹⁾. وهو أمر لا يعبر عن نظام التعليم العالي في مصر والطموحات المستقبلية للدولة في تحقيق العدالة وتكافؤ الفرص من أجل تنمية حقيقية للمجتمع المصري، وهذا ما يدفعنا لدراسة الواقع العملي للتعليم العام والخاص في مصر، وهو ما يتم في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الواقع العملي للتعليم العام والخاص في مصر

في ضوء ما سلف بيانه بالمبحث الأول، نتجه الآن في المبحث الحالي إلى التعرف على الواقع العملي لنظام التعليم المصري من خلال إلقاء الضوء على الأمور التالية:

- أولاً: مشكلات التعليم المصري.

(1) Wacquant, L. Pierre Bourdieu and Democratic Politics. CA: Polity Press, 2005.

- ثانياً: وسائل تغليب آليات السوق في التعليم المصري.
 - ثالثاً: الاستثمار في قطاع الخدمات التعليمية.
 - رابعاً: النطاق القانوني للتعليم وحوافز الجودة التعليمية.
- أولاً - مشكلات التعليم المصري:

تكمن هذه المشكلات في انخفاض كفاءة التعليم، ويتجلى الأمر الحالي في عدد من المظاهر:

١- تفشي ظاهرة الدروس الخصوصية: أو ما يمكن أن نسميه "المدارس الموازية" بسبب تزايد أعداد الطلاب والكثافة الفصلية. فقد أشارت دراسة إلى أن الدروس الخصوصية ظاهرة مستشرية في جميع المراحل التعليمية ومرض يصيب جميع المستويات الاجتماعية. وتحظى الدروس الخصوصية باهتمام كبير في المرحلة الثانوية لدى جميع الطبقات في سائر المراحل باعتبارها البوابة لدخول الجامعة حيث يشتد الاهتمام بها لدى الطبقة المتوسطة نسبياً عن الطبقة الغنية باعتبار الأخيرة قادرة على مواصلة التعليم العالي في الجامعات الخاصة والمعاهد العليا الخاصة. ونظراً لارتفاع تكلفة الدروس في الجامعات الحكومية فإن الطبقة الغنية تكون أقدر من غيرها. وتمثل زيادة الدروس الخصوصية التي يتلقاها الطلاب أبناء الطبقة المتوسطة بالمقارنة بالطبقات الفقيرة والغنية ظاهرة جديرة بالاعتبار، فمازال التعليم وسيلة للترقي الاجتماعي ومصدر للحصول على الدخل في ظل عدم وجود بدائل متاحة أو وجودها فقط للأغنياء (١).

٢- تزايد أعداد الطلاب في المعاهد المتوسطة (عامان بعد الثانوية العامة): تستوعب المعاهد (المسماة حديثاً بالتكنولوجية) نحو ٤٠٪ من الحاصلين على الثانوية العامة بسبب نقص الإمكانيات المادية والبشرية والتمويلية حيث تقدم معظم هذه المعاهد مخرجات تعليمية

(1) UNDD, Egypt Human development Report (1997/1998), 1998.

منخفضة الجودة مما دعا البعض إلى أن يطلق عليها "أماكن انتظار أكاديمية Academic Parking lots للفائض من الطلاب"^(١).

٣- ارتفاع تكلفة التعليم العالي وتراجع متوسط نصيب الفرد من الإنفاق الحكومي على الجامعات. وهذا التراجع يمكن أن يفسر بتزايد أعداد الطلاب بنسبة أكبر من نسبة تزايد الإنفاق الحكومي بسبب تزايد الإقبال على التعليم الجامعي بشكل أكبر من قدرة الدولة على تمويل هذا التعليم مما انعكس سلباً على أداء التعليم الجامعي وأدى إلى انخفاض كفاءة الخريج وعدم تناسب البرامج الدراسية مع احتياجات سوق العمل ومن ثم الدعوة إلى إصلاح التعليم الجامعي^(٢).

والأمر المؤكد هو ارتفاع تكلفة التعليم العالي بشكل يتجاوز بكثير دخول أغلب الأسر^(٣) خصوصاً إذا أخذنا في الاعتبار ما تحمله الأسرة من مصاريف مرتبطة بالدروس الخصوصية مع تعدد الأبناء في مراحل التعليم المختلفة وضعف الأمل في الحصول على فرصة للعمل. ثانياً - وسائل تغليب آليات السوق في التعليم المصري:

رغم أن الدولة تتحمل العبء الأكبر في تمويل التعليم الجامعي إلا أنه بدءاً من منتصف التسعينات من القرن العشرين (وبدرجة متزايدة مع مرور الوقت) أخذت الدولة تفسح مجالاً متزايداً لعمل القطاع الخاص وتفعيل آليات السوق، واتخذ ذلك أشكالاً شتى منها: تنوع مصادر

(1) Thoas O. Eisemon & Jamil Salmi, "increasing Equity in Higher Education: Strategies and Lessons from Experience. Available at <http://fin/iied/equity.htm>, 1995.

(2) يقدر البنك الدولي أنه في ظل النمو السكاني للفئة العمرية ١٨ - ٢٢ سنة وفي ظل استمرار الإقبال الحالي على التعليم العالي (حوالي ٢٠٪) فإنه يتوقع أن يصل أعداد الطلاب المطلوب توفير أماكن لهم في الجامعة إلى حوالي ٦٠ ألف طالب. انظر: World Bank. Arab Republic of Egypt. Higher Education. Report#PID9033,p.2

(3) الشبكة الدولية للمعلومات:

A Brief description of the higher education system.

الدخل في الجامعات وتشجيع اللامركزية في التعليم العام مع التوسع في التعليم الخاص.

(١) تنويع مصادر الدخل الجامعي: ولقد اتخذ تنويع مصادر الدخل في الجامعات المصرية الصور التالية:

١- السماح للجامعات بتقديم برامج تقدم تعليماً متميزاً (على الأقل من حيث المحتوى التعليمي ومن حيث الكثافة الطلابية في المعامل والمدرجات) وباللغة الإنجليزية والفرنسية Foreign language programs وتقاضى رسوماً مرتفعة بلغت عام ٢٠٠٦ نحو ٣٧٥٠ جنيه مصري في كليات التجارة. وقد بدأت هذه البرامج بأعداد قليلة ورسوم وصلت إلى ١٠٠٠ جنيه (نحو ٣٣٪ من التكلفة الفعلية للطالب)، ومع الوقت تزايدت الرسوم لتقترب (من التكلفة الفعلية، كما تزايدت أعداد الطلاب وانتشر هذا النوع من التعليم في كليات الحقوق والآداب والإعلام وغيرها. كما أنشأت الجامعات بدورها لذلك صناديق خاصة تحكمها لوائح تعدها الجامعات نفسها بما يكفل لها حرية الحركة في الصرف وتخفيف عبء التمويل على الجامعات الحكومية^(١)). وفي عام ٢٠٠٦ تم التوسع في مثل هذا النوع من التعليم بإنشاء شعب خاصة في بعض كليات الهندسة والصيدلة برسوم تصل إلى ٦٠٠٠ جنيه سنوياً، وإن كانت هذه الرسوم تختلف من كلية لأخرى حسب ما يستهلكه الطالب من أدوات ومعامل.

٢- قيام نظام الانتساب الموجه Admission System والذي يتيح لعدد من الطلاب الحاصلين على درجات أقل less qualified students من نظرائهم (المنتظمين) الالتحاق بالجامعات في كليات التجارة والحقوق والآداب مقابل دفع رسوم تقدر بحوالي ٣٦٠ جنيهاً مصرياً

(1) World Bank. Arab Republic of Egypt Higher Education Enhancement Project (HEEP). Washington D.C. World Bank, 2002.

في العام الدراسي. ويتم التصرف في هذه الرسوم وفقاً للنظام التالي :
٥٥ ٪ للكلية التي تطبق هذا النظام ، ٢٠ ٪ تذهب للكليات الأخرى
في الجامعة ، الباقي يذهب لإعانة الطلاب غير القادرين ولشراء
الكتب اللازمة لهم^(١). ولقد أثر هذا النظام بالسلب على جودة
التعليم حيث ظهر ذلك من خلال تكرار رسوب هؤلاء الطلاب
وتدني درجاتهم ونسب نجاحهم بالمقارنة بنظرائهم الذين يتلقون
تعليمًا مجانيًا.

٣- السماح للجامعات بتوليد مصادر خاصة للدخل من خلال مراكزها
الاستشارية الخاصة ، ومن أمثلة هذه الدخول : الدخول الناتجة عن
التعاون مع الصناعة ، براءات الاختراع ، الدخول الناتجة عن تقديم
خدمات التعليم المستمر للعاملين في الصناعة ، ما تحصل عليه
الجامعات من معامل وأجهزة علمية ، تصنيع أجزاء من منتجات
صناعية بسيطة ، تعليم اللغات ، المنح الخاصة التي تقدم للجامعات
لتوفير التعليم لبعض الطلاب^(٢).

٤- تتقاضى الجامعات رسوماً وتبرعات إجبارية مقابل التحويل بين
الكليات داخل الجامعة حيث يتضاعف الرسم عند التحويل من
جامعة إلى أخرى فيما يعتبر تبرعاً إجبارياً **Compulsory donation**
يدفعه من يتلقى الخدمة. وفي بعض الجامعات الإقليمية كانت
الجامعات تجبر عضو هيئة التدريس الذي يرغب في تجديد إعارته
للخارج بعد العام الرابع بالتبرع القسري بنحو ١٠٠٠ \$ للعام
الخامس و ٢٠٠٠ \$ للعام السادس^(٣).

(1) Sanyal. p.16

(2) Sanyal. p.17

(3) حدث ذلك في النصف الأول من التسعينات من القرن العشرين في جامعة أسيوط وفي
جامعات أخرى وكان الأمر يتم في صورة تبرع حتى لا يقوم العضو بمقاضاة الجامعة
لاسترداد هذه الأموال.
وللمزيد من المعلومات يرجع إلى :

(٢) قيام فروع للجامعات الأجنبية (الجامعة الألمانية، الفرنسية، البريطانية، والروسية وغيرها) والتي يتم التدريس فيها في الغالب باللغة الإنجليزية، وتتقاضى أقدم الجامعات الأجنبية (الجامعة الأمريكية بالقاهرة) حوالي \$٢٨١٣ مقابل ٦ مقررات ونحو ٤٦٩ دولار لكل مقر إضافي.

(٣) قيام الجامعات المصرية الخاصة الهادفة للربح والتي تتقاضى رسوماً أقل من فروع الجامعات الأجنبية، حيث تتراوح الرسوم فيها بين ١٥٠٠٠ - ٢٥٠٠٠ جنيهًا مصرياً. بالإضافة إلى عشرات المعاهد العليا الخاصة المنتشرة في المدن والمحافظات المختلفة والتي تتقاضى رسوماً أقل من الجامعات الخاصة.

ورغم هذا التوجه لتفعيل آليات السوق فإن الدولة وضعت مخططاً بدءاً من عام ٢٠٠٠ لتقديم قرابة ١٠٠ مليون جنيه مساعدة للطلاب غير القادرين على مواصلة تعليمهم في صورة قروض ميسرة (بدون فوائد) يتم سدادها على مدى ٤٠ سنة بعد التخرج، ومن يثبت حاجته من الطلاب يستطيع الحصول على مبلغ يصل إلى ١٠٠٠ جنيه سنوياً. ويمكن للمرء في هذا الصدد أن يبدي تعجبه من شكوى الدولة من ازدحام الجامعات بالطلاب وكيف يمكن للجامعات أن تتجاوب مع الأعداد الجديدة التي سوف تستفيد من هذه القروض^(١).

والملاحظ أن تدخل الدولة في التعليم ليس لأغراض اجتماعية يقدر ما هو نوع من القيود الجارية Current constraints، كما لم يعد التعليم وسيلة للترقي أو الحصول على المعرفة وإنما أداة للتوجه إلى سوق الوظائف، بينما ما يجب أن يتطور ليس سوق الوظائف وإنما التعليم ذاته باعتبار أن السوق من المعطيات as a given، وحيث توجد "يد خفية"

= Mohsen El Mahdy Said. Country Higher Education Profile, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/soe/cihe/inhea/profiles/Egypt.htm

(1) الشبكة الدولية للمعلومات

A Brief Description of the Higher Education System

invisible hand تتولى تعديل أهداف التنمية بما يلائم السوق الذي لم يعد محلياً بل عالمياً *globalize market* ^(١).

(٤) التعليم واللامركزية: تمثل اللامركزية شكلاً من أشكال أعمال آليات السوق في مواجهة دور الدولة في السياسة العامة، فهي درجة وسط بين نقيضين: خصخصة الأنشطة العامة التي كانت تديرها الدولة سابقاً، والمركزية الكاملة لهذه الأنشطة ^(٢). ومما يدعم الاتجاه إلى اللامركزية ضخامة نظام التعليم المصري بالإضافة إلى المزايا التي يمكن أن تتحقق منه مثل: ضمان أن تصدر القرارات قريبة من المستفيدين وأن تتناسب هذه القرارات مع البيئة والمكان الذي اتخذت في نطاقه، فضلاً عن زيادة كفاءة الإدارة التعليمية. كما يمكن أن ينظر إلى اللامركزية على أنها وسيلة لتكملة العجز في الموارد الحكومية من خلال تحويل المسؤولية عن القرارات التعليمية وما يتصل بها من تمويل بعيداً عن الحكومة المركزية.

ورغم تنوع الأشكال المختلفة للامركزية فإن أهم مجالين طبقت فيهما في مصر هما إدارة وتوزيع المدرسين، وإدارة وتوليد المصادر التمويلية باعتبار أن ذلك يتعكس على درجة جودة الخدمة التعليمية. ولقد أكدت تقارير اللامركزية في منظمة "اليونسكو" عام ٢٠٠٥ على ضعف الإمكانيات التمويلية المحلية ومن ثم أهمية الدور المكمل للدولة (الحكومة المركزية)، خاصة في المناطق التي تعجز أو تقصر مواردها التمويلية عن التمويل، بالإضافة إلى أهمية ترشيد تخصيص وتوزيع المدرسين، وأهمية الإدارة انطلاقاً من مستوى المدرسة *school based management* ^(٣).

وتوجد اللامركزية وسلطات المحليات في العديد من القوانين في مصر، ولكن الجديد هو تفعيل هذه القوانين والتأكيد على أهميتها ودورها في حشد مشاركة المجتمع لدعم العملية التعليمية ودعم الجهود في اتجاه

(1) Imam Farrag. P. 2

(2) UNESCO. Decentralization 2005. P.2

(3) Op. 24

الديمقراطية، ودعم الملكية الخاصة والشعور بالانتماء والمسئولية وسط أولياء الأمور والطلاب والمجتمع المحلي، وقيام مبدأ القابلية للمحاسبة على المستوى المحلي لضمان تطوير جودة التعليم.

وفي السنوات الأخيرة اتخذت مجموعة من الإجراءات في اتجاه دعم اللامركزية من أهمها^(١):

١- إنشاء إدارة للجمعيات والمنظمات غير الحكومية NGO في وزارة التربية والتعليم في عام ٢٠٠٠ تكون مسئولة عن دعم هذه المنظمات وإتاحة المعلومات المطلوبة لها.

٢- تشكيل مجالس أولياء الأمور والمدرسين ليضم بالإضافة إليهم ممثلين عن المنظمات غير الحكومية مما أعطى صلاحيات لهذه المجالس في أداء دورها الإشرافي على المدارس وإدارتها. ولقد عقدت ورش عمل وعدة مؤتمرات قومية (٢٠٠٢، ٢٠٠٣، ٢٠٠٤) للتعريف بالدور المنوط بهذه المنظمات وزيادة المشاركة المجتمعية^(*).

٣- قيام عدد كبير من رجال الأعمال والشخصيات العامة بتقديم دعم لتوفير تعليم مرتفع الجودة، ومن هذا الدعم ما يقدم عينياً مثل الأراضي والمعدات ومنها ما يقدم مادياً لدعم حشد وتعبئة الخبرات وتطوير شبكات الأعمال، كما تزايد الدور المنوط بمجالس أولياء الأمور.

ومما سبق يتبين أن اللامركزية تهدف إلى تخفيف العبء عن الحكومة المركزية نحو مزيد من الاعتماد على المحليات وزيادة مشاركتها فيما يتصل بالسياسة التعليمية والمشاكل التمويلية من أجل النهوض بكفاءة التعليم، كما أن هذا الاتجاه يلقى دعماً وتأييداً من الجهات المانحة (المحلية والأجنبية) ومنظمات المجتمع المدني، كما يهدف إلى زيادة دور القطاع الخاص وأولياء الأمور والمشاركة المجتمعية في صياغة المنتج التعليمي وربطه

(1) Op cit. p 14-15

(*) أنظر الفقرة (١) من البند رابعاً في هذا المبحث.

باحتياجات سوق العمل. وفي هذا المجال تقوم الدولة بدور تنسيقي يذلل الصعاب التي تواجه اللامركزية، كما أن مساهماتها المالية ظاهرة، وإن كان الاعتماد الرئيسي على المنح والمساعدات.

ثالثاً: الاستثمار في قطاع الخدمات التعليمية:

كما ذكرنا المبحث الأول، يعتبر التعليم أحد دعائم الاستثمار في رأس المال البشري (التعليم - الصحة - التدريب)، ويوضح الجدول رقم (٣) بملاحق المبحث الثاني، نسبة الاستثمار في رأس المال البشري بالنسبة للنتائج المحلي الإجمالي مقارنة بمتوسط معدل النمو في العمالة خلال الفترة من ١٩٨٣ حتى ٢٠٠٥^(١).

ومن الملاحظ أن هناك انخفاض متوسط معدل النمو في رأس المال البشري، وفي متوسط معدل النمو في العمالة خلال الفترات المشار إليها بما قد يرجع إلى ضعف الإنتاجية التعليمية (بنسبة معينة نظراً لتأثير عدة عوامل في تلك المعدلات) وما يترتب على ذلك من عدم توافر قوى عاملة مناسبة لفرص العمل، الأمر الذي يدفع المستثمرين الأجانب والمحليين على حد سواء إلى جلب عمالة أجنبية مدربة للعمل داخل البلاد.

في هذا الصدد يجب تفعيل الدور الحكومي لتخطي تلك المشكلة من خلال مجموعة من الإجراءات الإدارية المشجعة على تدريب وتأهيل العمالة، نذكر منها:

الإجراء الأول: الاهتمام بالتعليم الفني وإيجاد إطار تشريعي يشجع القطاع الخاص والمجتمع المدني على الاستثمار في البحث العلمي والتدريب والسماح للمؤسسات الإنتاجية بتأسيس مدارس فنية تقدم مناهج وخبرات تتناسب مع احتياجاتها العمالية في إطار ترشيد الإنفاق على العملية التعليمية.

(١) د. أحمد السيد عبداللطيف حسن: قياس الإنتاجية الكلية لعناصر الإنتاج في الاقتصاد المصري من ١٩٨٣ حتى ٢٠٠٥، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ٣١١ - ٣١٢

الإجراء الثاني: وضع إطار تشريعي وقانوني لعمل الأجانب داخل البلاد بحيث يلزم المستثمرين بعدم تشغيل أكثر من نسبة ٥٠% من العمالة الأجنبية في أية مؤسسة إنتاجية والسماح بتشغيل ما يزيد على هذه النسبة من المصريين مع مراعاة تدريبهم على أعمال المؤسسة العاملين بها، والإذن للعمالة المصرية بالعمل في مؤسساتهم بالخارج، الأمر الذي يؤدي إلى رفع مهارة العمالة المصرية بشكل مباشر.

الإجراء الثالث: إيجاد آلية للتنسيق بين المؤسسات التعليمية العامة والخاصة تستهدف وضع إطار عمل لحجم احتياجات السوق ومتطلباته من العمالة تفادياً لهدر المخرجات التعليمية.
تطور الأنفاق العام والخاص على التعليم:

حيث زاد عدد المدارس من ١٤ ألف مدرسة عام ١٩٨١ إلى أكثر من ٤٠ ألف مدرسة عام ٢٠٠٩ وزاد عدد الدارسين إلى ١٨ مليون طالب وطالبة في التعليم قبل الجامعي، كما زاد عدد الكليات والمعاهد العليا من ١٩٩ عام ١٩٨١ إلى ٦٠٠ كلية ومعهد عام ٢٠٠٩، وزاد عدد الدارسين من ٧٠٠ ألف طالب وطالبة عام ١٩٨١ إلى ٢,٥ مليون عام ٢٠٠٩^(١).
وزاد عدد الجامعات الخاصة من ١٠ جامعات عام ٢٠٠٦ إلى ٢٠ جامعة عام ٢٠٠٩، وبلغ عدد المدارس التي تم إنشائها خلال الفترة من ٢٠٠٦ وحتى ٢٠٠٩ نحو ١٨٠٠ مدرسة.

ويوضح الجدول رقم (٤) الوارد بملاحق البحث الثاني، تطور الاستخدامات الاستثمارية المنفذة بقطاع الخدمات التعليمية بالأسعار الحارية وبالمليون جنيه في الفترة من العام المالي ١٩٨٣/٨٢ إلى العام المالي ٢٠٠٩/٢٠٠٨. ومن هذا الجدول يتضح حدوث زيادة كبيرة في الاستخدامات الاستثمارية العامة بدءاً من العام المالي ١٩٩٤/٩٣، حيث

(1) وردت هذه الإحصائيات بخطاب السيد رئيس الجمهورية بمناسبة الاحتفال بعيد العلم يوم ٢١ من يناير ٢٠١٠ والمنشورة بجريدة الأخبار في عددها الصادر بتاريخ ٢٢/١/٢٠١٠، ص ٥

وصلت الزيادة إلى ٢٠٢٥,٣ مليون جنيه مقابل ١٦٢,٢ مليون جنيه عام ١٩٨٣/٨٢ و ١٢٠٩,٩ مليون جنيه عام ١٩٩٣/٩٢، بالإضافة إلى حدوث زيادة كبيرة أيضاً عام ٢٠٠٢/٢٠٠١ في الاستخدامات الاستثمارية العامة التي وصلت إلى ٣٥٤٣,٣ مليون جنيه، وإن كانت قد استمرت على ثباتها النسبي حتى عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩.

ويلاحظ التطور الهائل كذلك في الاستخدامات الاستثمارية الخاصة مع بداية عام ١٩٩٣/٩٢ حيث وصلت هذه الاستخدامات إلى ١٤٧ مليون جنيه مقابل ٢٥ مليون جنيه العام السابق لها وحدثت طفرات هائلة أعوام ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ٢٠٠٦/٢٠٠٧، ٢٠٠٧/٢٠٠٨، ٢٠٠٨/٢٠٠٧ بلغت واحد مليار ومليارين وثلاثة مليارات جنيه على التوالي، مما أدى إلى اقتراب قيمة الاستخدامات الاستثمارية الخاصة بقطاع الخدمات التعليمية من قيمة الاستخدامات الاستثمارية العامة بذات القطاع عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩ إذ بلغت الأولى ٣٦٠٠ مليون جنيه، والثانية ٣٥٦٥,١ مليون جنيه، مما يشير إلى تعاظم دور المؤسسات التعليمية الخاصة في القطاع التعليمي.

ويوضح الجدول رقم (٥) الوارد بملاحق البحث الثاني، تطور الناتج المحلي الإجمالي بذات فترة الدراسة من عام ١٩٨٣/٨٢ إلى ٢٠٠٩/٢٠٠٨ ونسبة الاستخدامات الاستثمارية الإجمالية بقطاع الخدمات التعليمية إلى الناتج المحلي الإجمالي، كما يتبين ضعف هذه النسبة والتي تبلغ في المتوسط ٠,٦٪ في الفترة ما بين عامي ١٩٨٣/٨٢ - ١٩٩٢/٩١ مع حدوث زيادة ملحوظة عام ١٩٩٤/٩٣ حيث بلغت نسبة الاستخدامات الاستثمارية إلى الناتج المحلي الإجمالي حوالي ١٪ ثم تراجعت هذه النسبة في الأعوام ما بين ٢٠٠٣/٢٠٠٤، ٢٠٠٨/٢٠٠٩ حيث تراوحت ما بين ٠,٦٪ و ٠,٨٪ مما يشير إلى صالتها بالنسبة إلى الناتج المحلي الإجمالي الذي ارتفع بنسبة كبيرة خلال تلك الأعوام.

وأخذاً لما تقدم في الاعتبار فإن زيادة الإنفاق على التعليم لن يحقق غايته إلا من خلال تفعيل دور القائمين على المؤسسات التعليمية وحرصهم على تطبيق ضوابط الجودة بكل شفافية والعمل على تحسين مستوى المعلمين وأعضاء هيئة التدريس من خلال الضوابط التي وضعتها الحكومة بشكل واقعي وعملي بعيداً عن الصورية حتى يتسنى تحقيق الهدف منها والمتمثل في تحسين مخرجات العملية التعليمية بشكل يتناسب مع احتياجات سوق العمل للعمالة الماهرة والخبرات من ذوي الكفاءة.

رابعاً - النطاق القانوني للتعليم وحوافز الجودة التعليمية:

يحكم الإطار التعليمي في مصر القانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته^(*)، حيث تشمل قواعد القانون المستحدثة النص على ربط صرف بدل الاعتماد بالنقل إلى وظائف الكادر من خلال منح شاغلي وظائف التعليم (معلم مساعد - معلم - معلم أول - معلم أول (أ) - معلم تخبير - كبير معلمين) الموجودين بالخدمة بدل معلم وقدره ٥٠٪ من الأجر الأساسي^(١).

ويستهدف المشرع من خلال القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧ النهوض بالعملية التعليمية من خلال الارتقاء بالمعلم فنياً وثقافياً وتحسين أحواله المادية وذلك بصرف بدل معلم لكل القائمين بالتدريس أو بالتوجيه الفني أو الملحقين منهم بوظائف الإدارة، سواء نقلوا إلى وظائف هيئة التعليم أو لم ينقلوا، ثم قرر صرف بدل الاعتماد لمن ينقل من هؤلاء إلى وظائف التعليم المشار إليها سلفاً، وهذا النقل يجب أن يكون نقلاً فعلياً لا صورياً، بحيث يُمكن المعلم من مباشرة عمله بالتدريس ليعود بالنفع على العملية التعليمية. ولقد حددت المادة ١٦ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧ النصاب الأسبوعي لعدد الحصص للمعلمين على اختلاف درجاتهم، ويترتب على ذلك ارتباط صرف بدل الاعتماد بأداء

(*) وبخاصة القانونين رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧ و١٩٨ لسنة ٢٠٠٨.
(1) اللادتين رقمي ٧١، ٨٩ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧، ص ٦

هذا النصاب مما يحفز المعلمين على تنمية مهاراتهم وقدراتهم لاجتياز امتحانات الكادر والحرص على الالتزام بالنصاب الأسبوعي من الحصص مما يكون له أثر طيب في الارتقاء بالعملية التعليمية^(١).

كما تنص المادة ٧٣ من ذات القانون على أن يكون شغل وظيفة معلم مساعد بالتعاقد لمدة سنتين قابلة للتجديد سنة أخرى بقرار من وزير التربية والتعليم ويجب على شاغلها خلال هذه المدة الحصول على شهادة الصلاحية لمزاولة التعليم بالمرحلة التعليمية التي يتقدم لها، فإذا لم يحصل على الشهادة خلالها انتهى عقده تلقائياً دون حاجة لأي إجراء. ويعين بقرار من المحافظة في وظيفة معلم من أمضى سنة على الأقل في وظيفة معلم مساعد وحصل خلالها على الشهادة المشار إليها وثبتت صلاحيته للعمل وفقاً للمعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية.

وتدعم المادة السابقة اتجاهين رئيسيين يصبان في صالح تحسين أداء المعلم، هما:

الاتجاه الأول: تحفيز المتحقين بالعمل في مجال التعليم على تحسين مستواهم العملي للحصول على الصلاحية المقررة لوظيفة معلم على عكس نظام التعيين المباشر الذي كان محمولاً به في السابق وكان يدعم الجمود والبيروقراطية بمجرد التحاق المعلم بالوظيفة دون التفات لتطوير إمكانياته وقدراته.

الاتجاه الثاني: دعم اللامركزية من خلال إتاحة الفرصة للمحافظين بالأقاليم الجغرافية لإجراء تعيينات بوظيفة معلم بضوابط محددة سلفاً^(٢).

ولقد حددت المادة ٧٥ من ذات القانون الجهة المسئولة عن منح شهادات الصلاحية للعمل في مجال التعليم من خلال إنشاء أكاديمية تسمى الأكاديمية المهنية للمعلمين تتمتع بالشخصية الاعتبارية وتتبع وزير التربية

(١) وزارة التربية والتعليم، كتاب دوري رقم ٢ بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٩، ص ١، ٢.
(٢) راجع الفقرة (٤) من البند ثانياً من هذا المبحث

والتعليم، ويصدر بتنظيمها وتحديد اختصاصاتها قرار من رئيس الجمهورية وتعمل بالتعاون مع كليات التربية، والأمر الحالي يمثل اتجاهها محموداً في إطار ربط المؤسسات الإنتاجية التعليمية في مرحلة التعليم قبل الجامعي بالمؤسسات التعليمية في مرحلة التعليم الجامعي لتحقيق منظومة متكاملة حول احتياجات سوق العمل من المعلمين والمهارات والمعارف المطلوب توافرها في خريجي كليات التربية، بالإضافة إلى إسهام الأخيرة في وضع المقترحات والضوابط لتحسين أداء المعلم.

وفضلاً عما سبق بيانه فإن القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧ يحتوي على بعض المواد الداعمة لجودة العملية التعليمية وتأكيد مبدأ المشاركة الجماعية بين إدارة المؤسسات التعليمية ومعلميها وطلابها وأولياء الأمور وإيجاد نظام كفاء للتقويم من خلال:

١- تحديد أسس اختيار مديري ووكلاء المدارس وفق احتياجات الإدارة المدرسية بكل مرحلة وأخذ رأي لجنة الموارد البشرية التي تشكل بقرار من وزير التربية والتعليم لنقل شاغلي وظائف التعليم بين المحافظات^(١).

٢- تقويم أداء شاغلي وظائف التعليم من خلال نظام متابعة يعتمد على معايير الأداء ونتائج أداء الطلاب ودرجة مشاركة المعلم في تحسين مستوى أداء العمل بالمدرسة، والشهادات والدرجات العلمية التي حصل عليها والدورات التدريبية التي اجتازها والمؤتمرات التي يحضرها بما يؤدي إلى رفع مستواه وتحسين مستوى أدائه مع عدم جواز الترقية إلى الوظيفة الأعلى إلا بعد حصوله على تقريرين من تقارير الأداء بمرتبة فوق المتوسط في السنتين السابقتين على النظر في الترقية^(٢).

٣- وضع نظام حوافز للمعلمين الحاصلين على دراسات عليا ودرجات علمية في مجال العمل التعليمي أو التربوي^(٣).

(١) المادتين رقمي ٧٩، ٨٢ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧.

(٢) المادة رقم ٨٠، البند الرابع من المادة ٨١ بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧

(٣) المادة رقم ٨٥ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧

٤ - تشكيل مجلس أمناء وآباء ومعلمين على مستوى كل مدرسة وإدارة ومديرية تعليمية بالإضافة إلى تشكيل مجالس لاتحاد الطلاب، ويصدر بتشكيل هذه المجالس وتحديد اختصاصاتها قرار من وزير التربية والتعليم^(١).

إن تلك النصوص التشريعية المستحدثة تعتبر من مدخلات العملية التعليمية المحفزة لتحسين مستوى الأداء مما يحقق الأثر الإيجابي في تحسين مخرجات العملية التعليمية وزيادة الإنتاجية التعليمية في حالة تطبيقها والالتزام بها بشكل حقيقي وواقعي.

(١) القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ الخاص بالجامعات المصرية:

ينظم العمل بالجامعات الحكومية القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ الذي يحدد اختصاصاتها وكل ما يتعلق بالتعليم الجامعي والبحث العلمي الذي تقوم به كلياتها ومعاهدها في سبيل خدمة المجتمع والارتقاء به حضارياً للمساهمة في رقي الفكر وتقديم العلم وتنمية القيم الإنسانية، وتزويد البلاد بالمختصين والفنيين والخبراء في جميع المجالات المتعلقة بإعداد الإنسان المزود بأصول المعرفة وطرائق البحث المتقدمة والقيم الرفيعة يساهم في بناء المجتمع وصنع مستقبل الوطن. وتعتبر الجامعات بذلك معقلاً للفكر الإنساني في أرفع مستوياته، ومصدراً للاستثمار وتنمية الثروة البشرية. وتهتم الجامعات كذلك ببعث الحضارة والتراث التاريخي للشعب المصري وتقاليد الأصيله ومراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والخلقية الوطنية، وتوثيق الروابط الثقافية والعلمية مع الجامعات الأخرى والبيئات العلمية العربية والأجنبية، وتكفل الدولة استقلال الجامعات بما يحقق الربط بين التعليم الجامعي وحاجات المجتمع والإنتاج^(٢).

ولم يضع القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ هيكل محدد للأقسام العلمية بالكليات أو حد أقصى لعدد أعضاء هيئة التدريس العاملين بكل

(1) المادة رقم ١٢ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧

(2) المادة الأولى بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، باب تمهيدي في الهيكل العام للجامعات.

قسم ، الأمر الذي نتج عنه زيادة كبيرة في أعداد أعضاء هيئة التدريس كلف الحكومة ٧,٣ مليار جنيه خلال العام المالي ٢٠٠٨/٢٠٠٩ كأجور مدفوعة لأعضاء هيئة التدريس والعاملين من إجمالي ١٠,٣ مليار جنيه مخصصة لوزارة التعليم العالي خلال ذات العام وهي تمثل حوالي ٧٥٪ من إجمالي الميزانية المخصصة للوزارة مما أثر على التمويل اللازم للبحث العلمي وأدى إلى البحث عن مشروعات بحثية ممولة من المنظمات الدولية مثل الاتحاد الأوروبي الذي يتبنى مشروعات تنموية في العديد من المجالات^(١).

(٢) القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ الخاص بجودة التعليم والاعتماد:

وفي إطار اهتمام الدولة بجودة التعليم والاستمرار في تطوير المدخلات التعليمية لمواكبة سوق العمل، أقر القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد التي تتمتع بالاستقلالية وتكون لها الشخصية الاعتبارية العامة. وتتبع هذه الهيئة رئيس مجلس الوزراء وذلك من أجل نشر الوعي بثقافة الجودة والتنسيق مع المؤسسات التعليمية على نحو كفيل بتحقيق منظومة من المعايير والقواعد اللازمة للتطوير وإيجاد آليات قياس الأداء استرشاداً بالمعايير الدولية وبما لا يتعارض مع هوية الأمة ودعم القدرات الذاتية للمؤسسات التعليمية للقيام بالتقويم الذاتي، فضلاً عن توكيد الثقة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي في جودة مخرجات العملية التعليمية، والتقويم الشامل للمؤسسات التعليمية وبرامجها طبقاً للمعايير القياسية والمعتمدة لكل مرحلة تعليمية ولكل نوع من المؤسسات التعليمية^(٣).

وتتجه الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد إلى تحسين مدخلات العملية التعليمية سعياً لرفع مستوى إنتاجية التعليم. وتتمثل هذه المدخلات كما عرفتها المادة الثانية من القانون سالف الذكر فيما يلي:

- (1) وردت تلك الإحصائيات في خطاب السيد وزير التعليم العالي والدولة للبحث العلمي خلال لقائه بعمداء كليات جامعة الزقازيق بتاريخ ١٤/١٠/٢٠٠٩.
- (2) الجريدة الرسمية، قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، العدد ٢٢ (مكرر) في ٦ يونيو ٢٠٠١، م، ٣.

- ١- المؤسسات التعليمية، وتشمل الجامعات والكليات والمعاهد والمدارس أيا كانت مسمياتها التابعة أو الخاضعة لإشراف وزارة التعليم العالي أو وزارة التربية والتعليم أو غيرها، حكومية كانت أو غير حكومية.
 - ٢- البرنامج التعليمي ويشمل المناهج والمقررات الدراسية والأنشطة التي تُكسبُ الدارس المعرفة والمهارات والقيم اللازمة لتحقيق هدف تعليمي أو تخصص دراسي محدد، حيث يتم منح الدارس درجة علمية أو شهادة اجتياز عند استيفاء مكوناته ومتطلباته.
 - ٣- المنهج، وهو المكون المعرفي والمهاري والوجداني لتحقيق مخرجات التعليم المنشودة في فترة زمنية محددة.
- وتقوم الهيئة بتحليل أداء المؤسسات والبرامج التعليمية وقياس مستوى جودة الأداء وتحديد ما قد يوجد من جوانب قصور وما يلزم لتلافيها تحقيقاً لمستوى الجودة المطلوبة من خلال^(١):
- ١- وضع السياسات والاستراتيجيات الخاصة بضمان جودة التعليم وإعداد تقارير التقييم والاعتماد حيث تحدد المؤسسة التعليمية معايير معتمدة لنفسها وتعتمدها الهيئة بشرط ألا تقل عن المعايير القياسية والتي تمثل الأسس التي تضعها اللجان المتخصصة بمشاركة جميع الجهات المعنية والمستفيدين من الخدمة التعليمية استرشاداً بالمعايير الدولية مع المحافظة على الذاتية الثقافية للأمة، وتمثل الحد الأدنى لمستوى عناصر جودة المؤسسات والبرامج التعليمية.
 - ٢- إغلام المجتمع بمستوى المؤسسات التعليمية وبرامجها ومدى قدرتها على تقديم الخدمة التعليمية وفقاً لرسالتها المعلنة.
 - ٣- آليات نشر الوعي بثقافة الجودة والتطوير لدى المؤسسات التعليمية والمجتمع.

(1) المادتين رقمي ٢ ، ٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦.

- ٤- المعايير والإجراءات لقياس مدى استيفاء المؤسسات التعليمية لشروط الاعتماد.
- ٥- أسس وآليات استرشادية لقيام المؤسسات التعليمية بالتقويم الذاتي.
- ٦- أسس وقواعد وإجراءات الرقابة والمتابعة الدورية للاعتماد والمراجعة والتطوير المستمر لها في ضوء المتغيرات التربوية والعلمية.
- ٧- تقويم البرامج والأداء في المؤسسات التعليمية، من حيث البنية الأساسية والأنشطة الطلابية والمجتمعية والمناخ التربوي وثقافة التعليم والتعلم والبحث العلمي.
- ٨- تقديم المشورة للمؤسسات التعليمية التي لم تحقق المستويات المطلوبة من الجودة، وذلك من خلال تقارير مكتوبة تبين جوانب القصور وما يلزم اتخاذه من إجراءات لتلافيها لتحقيق مستوى الجودة المطلوب.
- ٩- مراجعة وتطوير المعايير القياسية ومؤشرات قياس عناصر جودة التعليم بالتنسيق مع جميع الجهات صاحبة المصلحة والمستفيدين من الخدمة التعليمية.
- ١٠- الترخيص للأفراد ومنظمات المجتمع المدني وغيرها من تتوافر فيهم الشروط والمواصفات التي تحددها الهيئة لممارسة أعمال التقويم والقيام بزيارات المراجعة للمؤسسات التعليمية واستعانة الهيئة بهم في هذه الأعمال.
- ١١- اقتراح التعديلات المتعلقة بأهداف ونظام عمل الهيئة في ضوء المستجدات والتطورات.
- ١٢- إقامة علاقات تبادلية مع هيئات ومنظمات ضمان جودة التعليم والاعتماد النظرية على المستويين الإقليمي والدولي بهدف

الاعتراف المتبادل بشهادة الاعتماد وفق ثوابت الأمة (الإسلام - اللغة العربية إلخ).

١٣ - المشاركة في المؤتمرات الدولية وتنظيم مؤتمرات محلية إقليمية ودولية لنظم وأنشطة الجودة والاعتماد في التعليم.

ولقد رسخ المشرع من خلال القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٨ عدة مبادئ لضمان جودة المخرجات التعليمية تتمثل في المبادئ التالية:

المبدأ الأول: نشر الثقافة من خلال إعلام المجتمع بمستوى المؤسسات التعليمية ومدى قدرتها على تحقيق أهدافها.

المبدأ الثاني: المشاركة من جانب أفراد المجتمع والعاملين بالمؤسسات التعليمية في تقويم أداء المؤسسات التعليمية وتحسين أدائها.

المبدأ الثالث: المرونة في تعديل الأهداف ووسائل تحقيقها بما يتناسب مع المستجدات والتطورات والتي تتسم بالسرعة في عصر العولمة من خلال التطوير الدائم للتكنولوجيا والأساليب العلمية.

المبدأ الرابع: الحرص على محاكاة التجارب الدولية حتى لا تصبح المؤسسات التعليمية الوطنية في عزلة عن العالم بما لا يخل بهوية وتراث الأمة.

وتلتزم الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد برفع تقرير سنوي عن نتائج أعمالها وتوصياتها لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء مما يعزز مبدأ الرقابة التنفيذية والشعبية لما يمثله عملها من ضرورة وأهمية قصوى للارتقاء بالمستوى التعليمي والإنتاجي للدولة^(٥) وما يترتب عليه من آثار مباشرة وغير مباشرة تدعم الاستقرار في المجتمع وتدفع عجلة التنمية^(١).

وقد ألزم القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ المؤسسات التعليمية بالتقدم للحصول على شهادة الاعتماد، ويتولى الوزراء المختصون تحديد

(٥) وسوف نعود لدراسة علاقة التعليم بالتنمية الاقتصادية بالتفصيل في المبحث الثالث.

(1) المادة رقم ١١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦

أجال لاستيفاء المؤسسات التعليمية المعايير المعتمدة، ووضع عقوبات للمؤسسات غير الملتزمة، سواء في التقدم أو عدم استيفاء المعايير، تتمثل في اتخاذ أحد الإجراءات أو التدابير المناسبة لتصحيح أوضاع المؤسسة، ومنها تأهيل المؤسسة على نفقتها أو إلزامها بتغيير الإدارة أو إيقاف قبول طلاب جدد بها حتى يتم استيفاء كافة المعايير خلال عام دراسي واحد وذلك من أجل تحقيق عنصر الالتزام في تحسين مستوى التعليم^(١).

ويتكون مجلس إدارة الهيئة من ١٥ عضواً بقرار من رئيس الجمهورية من ذوي الخبرات في مجال التعليم وتقويم الأداء بشرط عدم تعارض مصالح أي منهم مع أهداف الهيئة، ويعين من بينهم رئيساً وثلاثة نواب أحدهم لشئون التعليم العالي والآخر لشئون التعليم ما قبل الجامعي والثالث لشئون الأزهر وتكون مدة عضويته أربع سنوات قابلة للتجديد لمدة واحدة مماثلة. ويختص المجلس الحالي بوضع السياسة العامة وخطط برامج وأنشطة الهيئة التي تكفل تحقيق أهدافها بالإضافة إلى إعداد برامج تدريب الكوادر البشرية المنوط بها تنفيذ خطط وسياسات الهيئة، ويضم الهيكل التنظيمي لهذا المجلس إدارات التطوير والمتابعة والمواصفات وتحديد معايير الجودة والاعتماد والشئون المادية والإدارية والتظلمات والتدريب^(٢).

وفي سبيل تفعيل القانون سالف الذكر أسست وزارة التعليم العالي وحدات للجودة في مختلف الكليات والجامعات لاتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على شهادة الاعتماد وضمان الجودة، كما أعدت الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد دليل يوضح معايير التقويم والاعتماد لقياس القدرة المؤسسية، الفاعلية التعليمية، وأتاحت الفرصة لوحدات الجودة بالكليات لوضع تقويم ذاتي ومعايير معتمدة لا تتعارض مع المعايير القياسية للهيئة. وفيما يلي بيان ذلك:

(1) المادة رقم ١٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦

(2) المواد أرقام ١٤ ، ١٥ ، ١٧ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦

أ- القدرة المؤسسية:

تعني القدرة المؤسسية قدرة المؤسسة على الأداء بكفاءة من خلال الموارد البشرية والمادية المتاحة وذلك لتحقيق رسالتها وغايتها وأهدافها الاستراتيجية المعلنة، مع وجود هيكل تنظيمي ملائم ينطوي على علاقات واضحة للسلطة، وتحديد دقيق للمسئوليات والاختصاصات، وفي ظل قيادة أكاديمية وإدارية موجهة، بالتخطيط الاستراتيجي، وتتصف بالمصداقية والشفافية، إضافة إلى قدرة المؤسسة على التفاعل مع المجتمع، وعلى إنشاء نظم داخلية لإدارة الجودة، وإجراء التقويم المستمر لأدائها الكلي⁽¹⁾. ويتم تقييم القدرة المؤسسية التعليمية من خلال ثمانية معايير (التخطيط الاستراتيجي، الهيكل التنظيمي، القيادة والحركة، المصداقية والأخلاقيات، الجهاز الإداري، الموارد المالية والمادية، المشاركة المجتمعية وتنمية البيئة، والتقويم المؤسسي وإدارة الجودة).

ب- الفاعلية التعليمية:

تعني الفاعلية التعليمية تحقيق المؤسسة للأهداف المخططة للتعليم والتعلم، والذي يمثل نشاطها الأساسي، ويحدد طبيعتها ويُمكنها من مقابلة توقعات المستفيدين النهائيين ومن ثم كسب ثقة المجتمع، ويتطلب ذلك ملائمة سياسات قبول الطلاب، وتبني معايير معتمدة من الهيئة لبرامجها التعليمية، وتحقيق نتائج التعليم المستهدفة من البرامج التعليمية والمقررات الدراسية، وتوفير المصادر المناسبة للتعليم الذاتي، ودعم البحث العلمي، وتوفير خريجين بمواصفات تتفق مع متطلبات سوق العمل وتوفير بعض الخدمات لهم من خلال:

- ١- تخصيص وحدة إدارية لخدمات الخريجين.
- ٢- قياس التوجه الوظيفي للخريجين والاحتفاظ بقواعد بيانات لهم.
- ٣- توفير برامج متنوعة لإعداد الطلاب والخريجين لسوق العمل.

(1) الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، ٢٠٠٨، ص ٥٤ - ٧١

٤ - تنظيم ملتقى للتوظيف سنوياً.

٥ - إصدار كتاب سنوي للخريجين لتعزيز العلاقة معهم.

٦ - تشجيع ودعم رابطة الخريجين لتعزيز العلاقة معهم.

ويتم تقييم الفاعلية التعليمية من خلال ثمانية معايير (الطلاب والخريجون، المعايير الأكاديمية، البرامج التعليمية والمفردات الدراسية، التعليم والتعلم والتسهيلات الداعمة، أعضاء هيئة التدريس، البحث العلمي والأنشطة العلمية، الدراسات العليا، التقييم المستمر للفاعلية التعليمية).

وبناء عليه فالمحور الأول في التقييم والخاص بالقدرة المؤسسية يستهدف قياس مدخلات العملية التعليمية بينما يستهدف المحور الثاني الخاص بالفاعلية التعليمية قياس مخرجات العملية التعليمية، الأمر الذي يساعد في قياس إنتاجية التعليم في مصر في حالة النجاح في تنفيذ تلك المقاييس على مراحل التعليم المختلفة (التعليم قبل الجامعي - التعليم الجامعي) سواء كان حكومي أو خاص.

وأخيراً يلاحظ ضرورة إيجاد آلية حكومية تستهدف رصد احتياجات سوق العمل في مختلف المجالات، ووضع معايير لأعداد الخريجين ومستوى تدريبهم لزيادة الإنتاجية التعليمية والبعث عن إهدار الموارد المادية والبشرية مع دراسة احتياجات الأسواق العالمية من القوى العاملة من أجل تقديم خريج ذو مهارة قادر على العمل في سوق العمل سواء المحلي أو العالمي، حتى يتحقق أثر جودة التعليم على التنمية الاقتصادية، وهذا ما سوف توضحه الدراسة في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

أثر جودة التعليم على التنمية الاقتصادية

أوضحنا في المبحثين الأول والثاني من دراستنا الراهنة، إن التعليم هو اللبنة الأولى في التنمية الاقتصادية^(١) التي تتطلب مهارات بشرية

(1) راجع البند أولاً من المبحث الأول.

وعقول علمية لزيادة توظيف الموارد وتشغيل عناصر الإنتاج بتكنولوجيا متطورة من أجل زيادة الناتج المحلي الإجمالي وما يترتب على ذلك من زيادة في نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي.
وتشير دراسة إلى وجود عمالة أجنبية Foreign Labor في مصر على الرغم مما يعانيه الاقتصاد المصري من نقص في التشغيل، حيث يرجع ذلك للأسباب الآتية^(١):

- ١- عدم الاهتمام بالتعليم الفني وتدني نظرة المجتمع إليه.
 - ٢- عدم الاهتمام بالتدريب الدوري للعاملين وإطلاعهم على التكنولوجيا الحديثة.
 - ٣- اهتمام العمال بالأجور والتأمينات بشكل لا يتناسب مع مهاراتهم الحقيقية.
 - ٤- عدم تبني العمل كقيمة في المقام الأول.
 - ٥- تفضيل الاستثمارات الخاصة والأجنبية للعمالة الأجنبية المدربة.
 - ٦- تناسب أجور العمالة الأجنبية مع مهارتها على عكس العمالة المحلية. وبمراعاة ما تقدم فإن مكون التعليم يصبح أهم مؤثر في عملية التنمية الاقتصادية، على اعتبار أنه المحدد لمستوى العمالة ومدى قدرتها على ارتياد سوق العمل المحلي والعالمي نظراً لما أفرزته عملية العولمة من تنافسية شديدة في ظل اقتصاديات السوق وانفتاحه وظهور الشركات العالمية العابرة للقارات، وهنا تظهر أهمية قيمة إنتاجية التعليم ومستواه ومدى مساهمته في إحداث معدلات نمو عالية.
- ولتوضيح الأمر الحالي، فإننا نعكف على بيانه بإيجاز من خلال النواحي التالية:

- أولاً: تطور مفهوم التعليم من الجانب الاقتصادي.
- ثانياً: تعريف الإنتاجية الاقتصادية.
- ثالثاً: تعريف إنتاجية التعليم.

(1) Business world on Nile TV, Foreign Labor revisit, 18/1/2010

- رابعاً: طرق قياس أثر التعليم في إنتاجية العنصر البشري.
 - خامساً: أهم الدراسات التي أوضحت الآثار الاقتصادية للتعليم.
 - سادساً: النظرية النيوكلاسيكية في النمو New Classical theory.
 - سابعاً: النظرية الحديثة في النمو New Growth theory.
- أولاً: تطور مفهوم التعليم من الجانب الاقتصادي:

كانت النظرة إلى التعليم قديماً من جانب معظم الاقتصاديين أنه مجرد خدمة تقدم للأفراد دون انتظار عائد من ورائها، ومن هنا كان يُنظر إلى الإنفاق على التعليم على أنه استهلاك Consumption لا عائد كبير منه، وفي الوقت نفسه كانت النظرة إلى جملة ما ينفق على بناء المصانع واستصلاح الأراضي على أنه استثمار investment نظراً لسرعة العائد منه وضخامته في معظم الأحيان، ومن هنا اهتمت معظم الميزانيات العامة في الماضي الجوانب بالجوانب المادية وأهمل التعليم إهمالاً كبيراً. ويمرور الوقت، لوحظ فروقاً جوهرية بين العامل المتعلم ونظيره الأمي لصالح المتعلم في مجالات عديدة، مثل المجالات المتعلقة بالقدرة الإنتاجية وسرعة مواكبة التطورات والتحسينات في أساليب الإنتاج وحسن التعامل مع الزملاء وغير ذلك من الأمور الإيجابية. ومن هنا بدأت النظرة إلى الإنفاق على التعليم تتغير تدريجياً، وبدأ مفهوم رأس المال البشري Human Capital، في الذبوع بين علماء الاقتصاد المهتمين بالتعليم، حيث زاد الاعتقاد بأن تعليم الإنسان يصقل مهارته وقدراته، ويكسبه عديداً من الصفات بما يفيد في حاضره ومستقبله بشكل يفوق ما أنفق عليه من وقت وجهد ومال. ويسمى مخزون أو مستودع القوة الذي ينتج الفوائد المستقبلية رأس المال Capital، إلا أنه في حالة الإنسان يسمى رأس مال بشري Human Capital⁽¹⁾.

ولقد مرت عملية تكوين رأس المال البشري بمرحلتين: الأولى مرحلة التقرير، وفيها لاحظ المفكرون والمتخصصون فروقاً جوهرية عامة

(1) Wood hall, M., the international Encyclopedia of education, economics of education, 1985, pp, 1546-1548

بين المتعلمين وغير المتعلمين في جوانب السلوك والإنتاج وغير ذلك من الجوانب، مما دفعهم إلى تقرير وجود آثار وعوائد إيجابية للتعليم في بناء البشر. وذاع في هذا الصدد أسماء، مثل آدم سميث A. Smith، والفريد مارشال A. Marshall. والثانية مرحلة القياس، وفيها اعتمد الباحثون على معطيات المرحلة السابقة، وحاولوا قياس بعض آثار التعليم في الدخل الفردي والقومي وفي جوانب الشخصية المختلفة، ولاسيما بعدما تطورت وسائل القياس وتوافرت البيانات اللازمة للتحليل، حيث برز في هذه المرحلة العديد من الأسماء البارزة، منها تيودور شولتز T. Shultz، وإدوارد دينسون E. Dension، واستخدمت فيها أساليب متعددة مثل تحليل الكلفة - المنفعة - Benefit Analysis-Gost لتحديد مدى إسهام التعليم في النمو الاقتصادي لدولة ما^(١).

(1) يعتبر آدم سميث Adam Smith، من فلاسفة الاقتصاد في القرن الثامن عشر، حيث أكد أهمية الاستثمار في الموارد البشرية، وأهمية التعليم للنمو الاقتصادي وفي إحداث الاستقرار السياسي والاجتماعي وتهيئة الظروف البيئية. مما يعتبر شرطاً ضرورياً للتنمية الاقتصادية. كما يعتبر الفريد مارشال A. Marshal، أول من أشار بصورة مباشرة إلى أهمية التعليم في التنمية الاقتصادية، وإلى بيان أن ما ينفق على التعليم ينبغي ألا يقاس بالعائد المباشر منه، فهناك فائدة عظيمة تتأتى من إعطاء أفراد الشعب فرصاً متزايدة من التعليم حتى تنكشف مواهبهم وقدراتهم، حيث أعطى مثلاً بأن اكتشاف نابغة في ميدان الصناعة قد يغطي تكاليف المنصرف على مدينة بأسرها. وفي مطلع الستينيات من القرن العشرين أكد شولتز Shultz 1961، ودينسون Dension، أن التعليم مرتبط بصورة مباشرة بنمو الاقتصاد القومي من خلال تحسين مهارات القوى العاملة وزيادة قدرتها الإنتاجية. ونتيجة لذلك بدأ الاهتمام بدراسة أهمية الاستثمار في التعليم، وقد امتدت هذه الدراسات خلال السبعينات من القرن العشرين وبدأ البنك الدولي في الثمانينات من القرن العشرين يهتم من جديد بالتنمية البشرية، لا سيما فيما يتعلق منها بجانب التعليم، وأصدر عام ١٩٨٠ تقريراً عن التنمية الدولية بعنوان World Development اعتمد فيه على الدراسة التي قام بها كل من هيكس Hicks (١٩٨٠)، وهولبر (Wheeler-1980)، وقد أعاد هذا التقرير من جديد التأكيد على أهمية التعليم في زيادة النمو الاقتصادي (World Bank: 1986, P. 16)، انظر: د. محمد منير مرسي: تخطيط التعليم واقتصادياته (القاهرة، عالم الكتب، ١٩٩٨) ص ٧٤ - ٧٥.

وقد شهد العصر الحديث ثورات صناعية وتقنية ومعلوماتية متلاحقة وسريعة أحدثت تغييرات جذرية في التنظيم الاجتماعي والثقافي والعقائدي والسياسي والاقتصادي وأساليب التفكير وأنماطه. فظهر ما يعرف بعولمة المعلومة، وعولمة رأس المال، وعولمة العمالة لتبعيتها لرأس المال، والتي تعتبر الترجمة الحقيقية لتلك التغييرات. فعن طريق الإنترنت تم تخطي الحدود السياسية، وكسر الحواجز الجمركية، وقد صاحب ذلك التطور التقني تكاتف المصنعون مع العلماء المخترعين على اليمين والاحتكار للأسواق التي أصبحت المنافسة مناخها الأساسي، حيث اتفقت جهات التصنيع مع مراكز الأبحاث على ضرورة تطوير المنتجات الصناعية باستمرار سعياً إلى المزيد من الأرباح. ولقد كان من نتيجة التقنية الحديثة، أن ظهر في الأسواق أجهزة ومعدات غاية في الدقة والتعقيد هدفها البعد عن الخطأ البشري. ويرغم ذلك تحدث أخطاء بشرية، منها ما قد يؤدي إلى خسائر بشرية ومادية، فتتجه أصابع الاتهام في هذه الحالة إلى سوء تأهيل الصانع (أي العامل البشري)، والمطالبة بالتطوير المستمر للتعليم لمواكبة تلك التطورات التقنية السريعة والمتلاحقة، ومن هنا كان المدخل للاهتمام بالتعليم من حيث ضمان الجودة والاعتماد^(*).

ولما كان التقدم العلمي والتكنولوجي يؤدي إلى تحولات عالمية بمعدلات سريعة، فإن التعليم العالي يعتبر شرطاً أساسياً نحو تطوير قاعدة علمية وتكنولوجية قوية، حيث أن عالم الغد مطلوب له متخصصين ذوي كفاءة عالية، وغير متخصصين أيضاً لديهم مرونة متزايدة، ومن ثم فإن التعليم مطالب بأن يكون مستعداً لتحقيق كلا الطرفين، نظراً لضخامة الفجوة بين الشمال والجنوب⁽¹⁾ في المجال العلمي بسبب طبيعة التقدم

(*) راجع البند رابعاً من المبحث الثاني.

(1) د. يوسف سيد محمود: التحالفات والشركات بين الجامعات والمؤسسات الإنتاجية مدخل لتطوير التعليم الجامعي، في: دراسات في التعليم الجامعي - مجلة غير دورية محكمة متخصصة - (القاهرة: مطابع الشرطة، ٦٤، يونيو ٢٠٠٤) ص ٤٧ - ٤٨ =

العلمي والتكنولوجي^(١). الحادث في الدول المتقدمة التي لديها بحوث وعلماء في التنمية وفنيين أكثر مما هو متاح منها بالدول النامية (٣,٨ مقابل ٠,٤ لكل ألف شخص)، كما أن لدى الدول المتقدمة نسبة أعلى من الدارسين في مرحلة التعليم العالي، وذلك بسبب معدلات الالتحاق المرتفعة بالتعليم، بالإضافة إلى أنه يتم في هذه الدول إنفاق ٢٪ من الناتج المحلي الإجمالي، على العلم والتكنولوجيا مقابل (٠,٥٪)، أو أقل في معظم الدول النامية^(٢).

= وكذلك انظر: د. حازم البيلاوي: النظام الاقتصادي الدولي المعاصر معايير وقواعد مالية جديدة (القاهرة: مطابع الاهرام التجارية، ط ٢، ٢٠٠٥)، ص ٢٤ - ٢٨.
(1) انظر في

<http://www.aharam.org.eg/acpss/ahram/2001/1/1/Econ7.htm>
(2) لمصر ميراث طويل في مجال البحث العلمي منذ عهد الفراعنة وبخاصة في علوم الفلك والكيمياء وقد تبلور ذلك بشكل واضح في عصر محمد علي الذي ترك بصماته في كثير من المجالات وأدى إلي النهضة العلمية الكبرى التي شهدناها تاريخنا الحديث. وقد ظل البحث العلمي يقوم علي أكتاف الباحثين والعلماء في المؤسسات العلمية المختلفة دون روابط قوية تربطهم حتي منتصف العقد الثالث من القرن العشرين، حيث تنبه العلماء إلي ضرورة وجود تنظيم للبحث العلمي فقاموا بالدعوة لإنشاء مظلة علمية بالبلاد لتوحيد وتدعيم أنشطة البحث العلمي المتناثرة في الوزارات والمصالح الحكومية المختلفة والتنسيق بينها. وقد رحبت الدولة بهذه الدعوة فأصدرت مرسوماً بإنشاء مجلس فؤاد الأول الأهلي للبحوث في نوفمبر ١٩٣٩، والذي بدأ نشاطه العلمي في عام ١٩٤٧، ثم رأت حكومة الثورة أن تعطي دفعة قوية للبحث العلمي وتنظيماته فأصدرت قانوناً بإنشاء المجلس الأعلى للعلوم في يناير ١٩٥٦ - والذي يعتبر النواة الحقيقية لإعداد كوادر من العلماء الباحثين في مجالات متعددة - ثم أنشأت أول وزارة للبحث العلمي في يناير ١٩٦٣، ثم تقرر إنشاء أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا في سبتمبر ١٩٧١ كمظلة قومية للعلم والتكنولوجيا في مصر. ومنذ بداية الثمانينات من القرن العشرين شهد قطاع البحث العلمي نمواً وتطوراً كبيراً ترتب عليه أن أصبح للعقل العلمي المصري دور في التخفيف من وطأة العديد من المشكلات في وحدات الإنتاج والخدمات. وقد بلغت وتمثلت استثمارات البحث العلمي في خطة عام ٢٠٠٤/٢٠٠٥ نحو ٠,٥ مليار جنيه (جميعها استثمارات حكومية) حظيت وزارة البحث العلمي منها بـ ١٧٣ مليون جنيه ووزارة الموارد المائية والري باستثمارات قدرت بحوالي ٩٠ مليون جنيه، وباقى الاستثمارات موزعة بين الوزارات المختلفة.

انظر:

<Http://www.sis.gov.eg/Ar/Pub/yearbook/year200510102000000013.htm>

وأخذاً لما سلف في الاعتبار فإن تعليم الفرد يزيد من مهاراته وقدراته، ولذلك تزداد إنتاجيته، لامتلاكه واستخدامه هذه القدرات في العمل بدرجة تزيد من كفاءة وإنتاج العمل، ومن ثم يزداد دخله عن باقي الأفراد غير المتعلمين تعليماً عالياً، وبالتالي يرتفع مستوى معيشته، كما يزداد معدل ادخاره، لأن الأفراد ذوو المستوى العالي من التعليم لا يدخرون أموالاً دون الاستفادة بها، بل يقومون باستثمارها في مشروعات ناجحة مستغلين قدراتهم ومهاراتهم في زيادة إنتاج وربحية هذه المشروعات، من هنا يزداد النمو الاقتصادي للمجتمع كله بزيادة معدل الاستثمار فيه^(١). وبالإضافة إلى ذلك فإن المهارات والقدرات التي يمتلكها الأفراد المتعلمين تساعدهم على الاستغلال الأمثل لموارد المجتمع^(٢) الذي يعيشون فيه، وكذلك تحقيق أعلى إنتاجية للمشروعات والمؤسسات الاقتصادية التي يعملون بها.

ثانياً: تعريف الإنتاجية الاقتصادية:

وجد مفهوم الإنتاجية في المجال الاقتصادي لتخفيض التكلفة الاستثمارية أو المدخلات **minimize the costs** وتعظيم الإنتاجية أو المخرجات **maximize the out put**. ويمكن تعريف الإنتاجية بأنها عملية

(1) انظر: د. نجلاء محمد إبراهيم، الاقتصاد الكلي (القاهرة: مطابع الولاة الحديثة، ٢٠٠٥) ص ١١٥ وانظر: د. صبري أبو زيد: اقتصاديات النقود والبنوك والتجارة الدولية (القاهرة: مطابع الدار الهندسية، بدون تاريخ)، ص ٢٩٦ - ٣٠٤. وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع من حيث التحليل النظري لمبدأي المضاعف والمعجل والتفاعل المتبادل بينهما واستخدامهما لتحديد آثار الإنفاق العام، انظر: د. السيد عبدالمولي: المالية العامة (القاهرة: دار الفكرة العربي، ١٩٧٥) ص ١٦٤ - ١٧٠.

(2) يقصد بالموارد هنا مجموعة الموارد البشرية والمالية والمادية، حيث يعتمد تفعيل منظومة العلم وما يتعلق بها من قوى بشرية وموارد مالية ومادية ومعرفية على ما يحدث من تفاعل وتناسق بما يحقق أقصى فائدة أو أقل خسارة. انظر: د. علي علي حبيش: العلم والتكنولوجيا كقضايا حاكمة في بناء تنمية القدرات البشرية المصرية في: سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، القاهرة: معهد التخطيط القومي، رقم ١٧٤، يوليو ٢٠٠٣، ص

تحقيق أكبر قدر ممكن من المخرجات باستخدام أقل قدر ممكن من المدخلات^(١).

ولقد عرف البعض الإنتاجية بأنها علاقة قابلة للقياس الكمي بين الناتج الواحد وعناصر الإنتاج التي ساهمت في الحصول على هذا الناتج، وبالتالي فإن كل عنصر من هذه العناصر يمكن قياس إنتاجيته أو حجم مشاركته في العملية الإنتاجية بصورة منفردة عن طريق قياس كمية الناتج التي تساهم بها الوحدة المستخدمة من عنصر أو أكثر من عناصر الإنتاج، أو بمعنى آخر تعبر الإنتاجية عن الكمية اللازمة من عنصر أو أكثر من عناصر الإنتاج لإنتاج وحدة من الناتج^(٢).

وتعرف الإنتاجية أيضاً بأنها قياس نسبي لكفاءة العمال أو الآلات أو الإدارة وما إلى ذلك في تحويل المدخلات إلى نواتج مفيدة، وتحسب بقسمة متوسط الناتج لكل فترة - عادة ما تكون سنة - على مجموع التكاليف التي تكبدتها المؤسسة من رأسمال أو طاقة أو مواد أو عمل واستهلكته خلال ذات الفترة، وتعتبر الإنتاجية من المؤشرات الحاسمة في تحديد كفاءة استخدام الموارد أو التكاليف^(٣).

وتمثل الإنتاجية النسبة بين مخرجات ومدخلات مؤسسة ما، سواء كانت تقدم خدمة أو سلعة على حد سواء، وتمثل المدخلات في كافة العناصر التي أسهمت في الإنتاج والتي يصعب قياس إنتاجية كلاً منها على حدا في حالة تداخلها لتقديم خدمة ما أو إنتاج سلعة معينة. وتبحث المشروعات والمؤسسات دائماً وباستمرار عن أفضل تكنولوجيا أو طرق إنتاج لاستخدام أقل ما يمكن استخدامه من مدخلات لتقديم أكبر إنتاج لتمتلك القدرة على المنافسة في الأسواق.

(1) Ibrahim Dyar. Analyzing Education productivity: An Essay Review. University of Arkansas at little Rock, 26 August 2006, p1

(2) د. جمعة محمد محمد عامر: أساسيات علم الاقتصاد - نظرة تطبيقية على اقتصاديات سوق العمل، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٩، ص ١٤٠

(3) انظر موقع www.businessdictionary.com

ثالثاً: تعريف إنتاجية التعليم:

يمكن استخدام مفهوم الإنتاجية في التعليم أيضاً مثلما يستخدم في النشاط الاقتصادي عن طريق إيجاد العلاقة بين مخرجات العملية التعليمية ومدخلاتها، وتعرف الإنتاجية في التعليم بالإنتاج الكفاء للمخرجات التعليمية عن طريق تخفيض التكاليف وتعظيم استخدام الموارد^(١).

وفي ضوء هذا التعريف اتجهت أبحاث إنتاجية التعليم لربط المدخلات الخاصة بالعملية التعليمية كالإنفاق على الطلاب بمخرجاتها مثل إنجازات الطلاب من خلال استخدام تحليل دالة الإنتاج، وبالتالي يمكن قياس الإنتاجية التعليمية من خلال المعادلة التالية:

$$\text{Educational productivity} = \frac{\text{Educational outcomes}}{\text{Cost of selected educational inputs}}$$

ولقد ظهر الاهتمام العلمي بإنتاجية التعليم منذ أكثر من خمسين عاماً، حيث لاحظ الأمريكيون تراجع إنتاجية التعليم واحتياج نظم التعليم إلى تحسينات نظراً لانخفاض إنتاجية التعليم الأمريكي في المدارس العامة إلى النصف في الفترة ما بين عامي ١٩٧٠ و ٢٠٠٠، مما دعى متخذي القرار السياسي لطلب دليل إرشادي لتطوير إنتاجية النظام التعليمي^(٢).

كما اتجهت أبحاث إنتاجية التعليم إلى تحديد العوامل المؤثرة في إنجازات وأعمال الطلاب من أجل اقتراح استثمارات في التعليم على صانعي القرار السياسي في الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، ومن أبرز تلك الأبحاث:

- (1) Rolle, R.A. Thoughts on the future of educational productivity research, Peabody journal Education, 2004, pp. 31-56
- (2) Hoxby, C.C., Productivity in education: The quintessential Upstream industry, Southern Economic Journal, 2004, 209-231

The Scientific Basis of Educational Productivity والذي أعاد

بمعرفة Rena Subotnik, Helbert Walberg^(١).

غير أن مفهوم إنتاجية التعليم يشوبه بعض الغموض من زاوية تحديد مدخلات ومخرجات العملية التعليمية وكيفية قياسها وبالتعبية قياس الإنتاجية في التعليم، وإن كان من الممكن التنبؤ بهما مبدئياً عن طريق سعي المؤسسات التعليمية لتقديم أكبر عدد من الخريجين على مستوى عال من الكفاءة بالكم والنوع في آن واحد مع ترشيد النفقات وحسن استخدام الموارد، ومن ثم فإن الأمر يتطلب تحديد مدخلات ومخرجات العملية التعليمية وكيفية قياسهما.

رابعاً: طرق قياس أثر التعليم في إنتاجية العنصر البشري^(٢):

كان الاعتقاد السائد لدى الاقتصاديين في الماضي أن الزيادة في المخرجات الاقتصادية هي نتيجة للمدخلات التقليدية والتي تمثل عناصر الإنتاج، إلا أن الزيادة في جودة العمل بما يؤدي إلى زيادة الإنتاجية قد يرجع إلى بعض التحسينات التي طرأت على القوى العاملة بسبب التعليم. وتمثل المعادلة التالية أثر تغير مدخلات عناصر الإنتاج والتغير التكنولوجي والمفترض أنه راجع إلى مجموعة من العوامل، من أبرزها أثر التعليم واليبحث العلمي على الناتج القومي الإجمالي^(٣).

$$\frac{\Delta X}{X} = \frac{\Phi + \frac{\Delta A}{u}}{A} + \frac{\beta}{L} + y \frac{\Delta K}{K}$$

(1) Kazuo Kuroda, Educational Productivity Research in the contexts of Developed countries, Hiroshima University, Vol 1 No. 1, 2004, pp. 79-85

(2) د. محمود عباس عابدين: علم اقتصاديات التعليم الحديث، الدار المصرية اللبنانية، ٢٠٠٠، ص ١١٤

(3) د. محمود عباس عابدين، مرجع سابق، ص ١٠٦ - ١٠٩

حيث: X ترمز إلى الناتج القومي الإجمالي

A ترمز إلى مدخلات الأرض

L ترمز إلى مدخلات رأس المال

Δ ترمز إلى التغير في أي من تلك المتغيرات خلال فترة زمنية معينة

Φ تمثل معدل النمو في التغير التكنولوجي

Y, β, a تمثل ثوابت تشير إلى التأثيرات النسبية لكل من تلك

المدخلات ومجموعها واحد صحيح.

ويمكن قياس إنتاجية رأس المال والتمثل في التعليم والصحة

والتدريب عن طريق المعادلة التالية:

(١- المدفوع للعاملين (١+ العمالة النظامية / غير النظامية))

مساهمة رأس المال البشري في الإنتاج = الناتج المحلي الإجمالي

وتمثل الأجور تكلفة استخدام كل ما يحصل عليه العامل من تعليم

ورعاية صحية وتدريب، وتمثل المعادلة التالية نصيب وحدة العمالة من

نظير استخدامه.

إجمالي المدفوع للعاملين*

نصيب وحدة العمالة من التعويضات المدفوعة =

إجمالي العاملین (١- العمالة غير النظامية / إجمالي العاملین)

وسبق تقدير رأس المال البشري بواسطة Pasacharopoulos عام

١٩٩٤ عن طريق وضع أوزان نسبية لعدد سنوات الدراسة الإلزامي بنسبة

٠,١٣٤، الثانوي بنسبة ٠,١٠١ والعالي بنسبة ٠,٠٦٨، وبالتالي لا سبيل

إلا قبول فرضية أن كل سنة تعليم تزيد إنتاجية العاملين بنسبة معينة^(١).

وعلى الرغم من إسهام تلك الطرق في بيان أثر التعليم على زيادة

الناتج القومي الإجمالي من خلال تحسين نوعية الموارد البشرية المتصلة

(1) د. أحمد السيد عبداللطيف حسن: قياس الإنتاجية الكلية لعناصر الإنتاج في الاقتصاد

المصري من ١٩٨٣ حتى ٢٠٠٥، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة،

جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ٣٠٤ - ٣٠٥

مجلة حقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٣ (١٣٧٣)

بالتعليم، إلا أن التعليم يعتبر أحد مكونات رأس المال البشري وليس مكونه الوحيد وبالتالي فإنه لا يمكن اعتباره المؤثر الوحيد في تحسين إنتاجية القوى العاملة، كما لا يمكن قياسه بمفرده بعيداً عن المكونات الأخرى مثل الرعاية الصحية لتعذر عزله عن باقي المؤثرات.
طرق قياس إنتاجية المؤسسات التعليمية:

يتطلب قياس إنتاجية المؤسسات التعليمية ككل والتي تمثل مجموع إنتاجية هذه المؤسسات تحديد قيمة المدخلات والمخرجات الناتجة عن تفاعل المدخلات.

وتستدعي فكرة الإنتاجية التعليمية بعض المفاهيم الاقتصادية، تتمثل فيما يلي:

المفهوم الأول - الاستثمار: حيث يعتبر الإنفاق على التعليم استثماراً في الموارد البشرية عن طريق توجيه بعض النفقات لتمويل التعليم من أجل تحقيق فوائد مستقبلية تتمثل في توفير عنصر بشري ذو خبرة وكفاءة علمية.

المفهوم الثاني - تكلفة الفرصة البديلة: حيث يعني الإنفاق على التعليم تكلفة فرصة بديلة للإنفاق في استثمار آخر مثل استغلال الأراضي التي تقام عليها المؤسسات التعليمية في أغراض زراعية أو صناعية، وتشغيل الدارسين في سوق العمل على الرغم من تسبب ذلك في إحداث انخفاض في الأجور نظراً لتزايد العرض من العمالة بالإضافة إلى ضعف إنتاجية العامل لعدم تعلمه، وتوجيه النفقات الجارية على التعليم لأية أغراض اقتصادية أخرى.

المفهوم الثالث - القيمة الحالية لدخول خريجي المؤسسات التعليمية المستقبلية: وتعني قياس الأجور المتوقعة للخريجين خلال عمرهم الإنتاجي وخصمها بمعدل الفائدة السائد في السوق للوصول إلى القيمة الحالية لدخولهم المستقبلية. وذلك لتحديد الفوائد الناجمة عن العملية التعليمية، ولا يمكن قياس هذه القيمة بشكل دقيق وذلك لتدخل متغيرات

أخرى في تحديد تلك الدخول، منها مؤشرات العرض والطلب بالسوق، والأحوال الاقتصادية بكل دولة ولا تعتبر مقياس لحجم العائد الاقتصادي والاجتماعي المتحقق من العمل.

المفهوم الرابع - الإنتاجية التعليمية: وتعني نسبة مخرجات العملية التعليمية التي يمكن قياسها عن طريق مقارنة القيمة الحالية لدخول خريجي المؤسسات التعليمية خلال عمرهم الإنتاجي بالمدخلات التي يمكن قياسها بواسطة المؤسسات التعليمية سواء كانت تكاليف ثابتة متمثلة في المنشآت والأراضي والمعامل، أو تكاليف متغيرة كأجور المعلمين وأعضاء هيئة التدريس والمناهج الدراسية وتكلفة الفرصة البديلة للعنصر البشري المتمثل في الدارسين وباقي المدخلات كما سبق أن أوضحنا في المبحث الأول.

ومن الصعوبة قياس الإنتاجية التعليمية بشكل كمي على وجه الدقة وإن كان من الممكن تحديد جودة المؤسسات التعليمية عن طريق استخدام المؤشرات الخاصة بالجودة سواء بالنسبة للمدخلات أو المخرجات، وإن كان قياس الإنتاجية التعليمية يخدم صانع السياسة التعليمية في تحديد جدوى المؤسسات التعليمية بشتى أنواعها ودراسة حجم الاستثمار في كل منها بما يواكب متطلبات سوق العمل باستثناء مرحلة التعليم الإلزامي التي لا تتأثر بمتطلبات السوق بقدر تأثرها بمتطلبات العصر.

وتهمل قياسات الإنتاجية بهذه الطريقة العوائد غير النقدية للعملية التعليمية المتمثلة في نشر الوعي الحضاري وزيادة رقي المجتمع وتقدمه واستعداد أفراده لتقبل القيم الإيجابية.

خامساً - أهم الدراسات التي أوضحت الآثار الاقتصادية للتعليم:

ترى العديد من الدراسات أنه كلما زادت جودة التعليم، ازدادت مهارات وقدرات الأفراد التي تنعكس على النمو الاقتصادي للمجتمع، ومن هذه الدراسات:

١- دراسة مينسر (Mincer 1974)، التي أظهرت أن دخل عائد الفرد يزداد بمعدل ٧٠٪ لكل سنة زائدة في التعليم، وأنه مع زيادة هذا الدخل يزداد معدل الإنفاق، وبالتالي تزداد حركة التداول في السوق، حيث أن المستهلك ينفق أكثر للزيادة في متطلباته وإنتاجية المشروعات والمصانع. ويزيادة هذه الحركة توجد المهارات والقدرات مع زيادة معدل الاستثمار وزيادة أعداد المشروعات الاقتصادية في المجتمع، ومن ثم يتم القضاء على البطالة، حيث لا يمكن لأحد أن يمتلك المهارات والقدرات العالية ولا يجد وظيفة، بل هو الذي سيخلق وظائف للذين هم أقل تعليماً^(١).

٢- دراسة ماتشوس إ.إ. إل. Matshews Et في الفترة ما بين عامي ١٩٥٦ و١٩٧٣، التي أوضحت أن تحسن مستوى التعليم أسهم بـ ٠,٣٪ سنوياً في نمو مخرجات المملكة المتحدة، بإجمالي ١,٩٪ سنوياً. وقدم دورفرتي وجورجينسون (Dougherty & Jorgenson - 1997)، دراسة عن مدى مساهمة جودة العمل في النمو الاقتصادي، ونمو متوسط نصيب الفرد من الناتج القومي في سبع دول في الفترة من ١٩٦٠ إلى ١٩٨٩، وذلك على النحو الموضح بالجدول رقم (٦) بملاحق البحث الثالث^(٢).

ولقد أوضحت الدراسة كذلك أن تحسين جودة العمل في كندا بمعدل ٧٤٪، قد ساهم في زيادة النمو الاقتصادي بمعدل ٥٠٪، وكان من نتيجة ذلك أن نصيب الفرد من الناتج القومي زاد بمعدل ٢٩٣٪. ويمكن تطبيق ذلك على باقي الدول السبع، فرنسا وألمانيا

(1) Eric A. Hanushek, Luger Wobmann. The Role of Education Quality in Economic Growth (Stanford: Hoover institution, 2007) PP 5-7.

(2) Philip Steven and Martin Weale, Education and economic Growth, (London: national institute of Economic and social search, August 2003)pp 7-9

وإيطاليا واليابان والمملكة المتحدة والولايات المتحدة، مع ملاحظة أن تأثير جودة العمل في اليابان كان أكبر من أي دولة أخرى في ذلك الجدول، حيث يلاحظ أن التحسن في جودة العمل بمقدار ١٦٪ ساهم في زيادة النمو الاقتصادي بمعدل ٧٩٪ وكان لذلك أثره في زيادة معدل نمو نصيب الفرد من الناتج القومي إلى ٥٣٩٪ ويتجلى هذا الأمر في التقدم التكنولوجي الذي تعيشه اليابان، والتي تعتبر من أوائل الدول في ارتفاع متوسط نصيب الفرد من الناتج القومي الإجمالي، ولهذا فإن مستوى التعليم وجودته يتحكم في جودة العمل الذي يساهم في النمو الاقتصادي.

٣-

وفي دراسة أعدها ريتشارد فيدر Richard Vedder، الأستاذ بجامعة أوهايو Ohio، وعضو مجلس إدارة مركز ماكيناك Maeknac، في أكتوبر ٢٠٠٦، نشرت في يناير ٢٠٠٧، أوضحت هذه الدراسة أنه عندما تعرضت ولاية ميتشجن لركود اقتصادي وقلت فرص العمل، انخفضت الأجور والمرتبات أصبح الشباب غير راغب في الإقامة بهذه الولاية، حيث فضلوا الانتقال إلى ولايات وبلدان أخرى مزدهرة اقتصادياً. ولقد أوضح فيدر أن سبب ذلك يرجع إلى عدم تدعيم ميتشجن للتعليم العالي في تلك السنوات على خلاف ما هو معلوم عن العامل الأساسي للنمو الاقتصادي في أي بلد، ولهذا فقد أوصى فيدر إدارة ولاية "ميتشجن" بأن تقوم بتدعيم وتطوير التعليم العالي لديها كوسيلة للخروج من ركودها الاقتصادي^(١)، وفي نفس الوقت الذي نشرت فيه الدراسة سألته الذكر نشرت ثلاث صحف في أوهايو Ohio، دراسات مؤيدة لدور التعليم العالي في تدعيم التنمية الاقتصادية^(٢).

(1) Richard K. Vedder, Higher Education and Economic development (Ohio, Mackinca center, Jan, 2007).

(2) Richard K. Vedder, Going Brok by Degree: Why college costs too Much (Washungton, Dc: AEL press, 2007).

وفي دراسة أجراها بارو رويست (Barro Robest 2007)، أوضح فيها أن القول بأن النساء المتعلّقات ليس لهن دور فعال في النمو الاقتصادي للمجتمع بسبب وجود بعض الممارسات التمييزية التي تفضل الرجال على النساء في سوق العمل وما هو ملاحظ من أن النساء اللاتي ينتمين إلى الطبقة الراقية لا يقمن بالعمل في السوق، قول غير سديد لأن للنساء دور فعال لا يقل أهمية عن دور الرجال إذ يوجد لديهن من الخبرة والعلم ما يجعلهن يقمن بالتحكم في معدل الخصوبة للأسرة. ولهذا فهؤلاء النساء يقمن بالمساهمة في النمو الاقتصادي بشكل غير مباشر، من خلال التحكم في معدل الخصوبة بالمجتمع، نظراً لوجود علاقة عكسية بين معدل الاستثمار ومعدل الخصوبة. فكلما زاد عدد الأطفال المعالين قل ادخار الفرد، وبالتالي انخفض معدل استثماره، حيث إن الأطفال ما هم إلا نوع من الادخار البديل لادخار الأموال، ومن الصعب على الفرد أن يقوم بالتوفيق بينهما. فإذا تم التحكم في عدد الأطفال زاد معدل الاستثمار وتحسّن مستوى المعيشة للأسرة وأقيمت المشروعات التي تسهم في دفع النمو الاقتصادي للمجتمع. ومن جهة أخرى توجد علاقة طردية بين عدد السكان ومعدل التضخم $Inflation Rate$ ، لأن زيادة عدد السكان تؤدي إلى زيادة المتطلبات، ومن ثم ارتفاع الأسعار طبقاً لنظرية الطلب^(١).

كما قد أوضح بارو رويست في دراسة أخرى أنه يوجد عامل آخر يساعد على النمو الاقتصادي للمجتمع وتقوم به المرأة الحاصلة على تعليم عالي يتمثل في العمال الأصحاء، حيث إن الأمهات المتعلّقات يقمن بتربية أطفال أصحاء وأقوياء من خلال تقديم الوجبات الغذائية المتكاملة وحمايتهم من الأمراض

(1) Barro Robest J., Determinants of Economic Growth: Across country empirical study (Cambridge: M A: MII Press, 1997).

المتشرة، ومن ثم يصبح الأطفال الأصحاء أكثر استيعاباً للعلم والتكنولوجيا، وأكثر توفيقاً في متابعة الدراسة حتى إنهاء سنوات التعليم، فيتجهون إلى سوق العمل والإنتاج وهم بكامل قواهم الذهنية والجسمانية، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق أقصى حد من الإنتاجية، حيث إن العمال الأصحاء هم أكثر إنتاجية من العمال غير الأصحاء، إضافة إلى أن الأمهات المتعلمات يقمن باتخاذ القرارات الصائبة والأكثر حكمة في كيفية تنظيم أسرهن وتقليل حجمها، لكي يستطعن تكريس أطول وقت ممكن لكل طفل وتنمية قدراته⁽¹⁾.

٥- كما أوضح ريتشارد ماتون (Richard Matton 2008) أنه في الجامعات وهي الأماكن التي يتواجد فيها العلماء من الرجال أو النساء في جميع التخصصات يمكن أن تقوم المؤسسات الاقتصادية بتطبيق وسائل التكنولوجيا الجديدة والاستفادة منها بأكبر قدر ممكن، بالإضافة إلى أن هؤلاء العلماء يقومون بتطوير الأبحاث العلمية التي تناقش الوسائل والطرق الحديثة لتنمية الاقتصاد وزيادة معدل نموه⁽²⁾. لذلك اهتم الباحثون وعلماء الاقتصاد منذ منتصف القرن التاسع عشر بالتنمية الاقتصادية والنمو الاقتصادي والتعرف على أهم مصادره، حيث تبين أن نظريات النمو السائدة حالياً مرتبطة بشكل كبير بالنظريات الكلاسيكية في النمو الاقتصادي، مع بعض التطورات التي تناسب التقدم والتطور في العمل والتكنولوجيا. ويشئ من التبسيط يمكن التعرف على بعض هذه النظريات لتحديد أهم مدخلات العملية الإنتاجية للحصول

-
- (1) Barro, Robest J. and Jong. Whalee. International Comparison of educational attainment, journal of monetary economics, 1993, pp218-223
 - (2) Richard H. Mattoon. Can higher Education faster Economic Growth? (chicago, August 2006).

على مخرجات عالية الجودة وبكميات وفيرة، وبيان علاقة هذه المدخلات (والتي تتمثل في عنصر التكنولوجيا) بمستوى التعليم وتحسين جودته.
سادسا: النظرية النيوكلاسيكية في النمو: New classical Theory

تعتبر النظرية النيوكلاسيكية في النمو، والتي تمثلت في كتابات كل من سولو Solow، وسوان Swan، وميد Meade⁽¹⁾، من أشهر النظريات التي استخدمت دالة الإنتاج في تحديد العوامل التي تحدد حجم الطاقة الإنتاجية للمجتمع خلال فترة من الزمن، وتقوم هذه النظرية على افتراض تحقق التقدم الفني نتيجة ما توفره أساليب الإنتاج الجديدة والمحسنة من ظروف أفضل للكميات المتاحة من عناصر الإنتاج بالشكل الذي يدفع بقدرتها الإنتاجية نحو التزايد، حيث تكون نفس الكميات من العمل ورأس المال قادرة في هذه الحالة على تحقيق حجم أكبر من الإنتاج. وطبقاً لهذه النظرية، ينظر إلى الدالة سالفة الذكر في تحديد نمو المخرجات لأي اقتصاد إلى وجهة نظر الشركة Firm، التي توضح العلاقة بين مدخلات عناصر الإنتاج المستخدمة في العملية الإنتاجية وحجم المخرجات في فترة زمنية محددة، والتي تمثلها المعادلة التالية⁽²⁾:

$$Y = F (A_1, A_2, \dots, A_n) \quad (1)$$

(1) يرجع إلى:

- P.M. Solow, A contribution to the theory of Economic Growth, Quarterly journal of economic, Vol 70, February 1950, pp. G5-94
- T.W. Swan, Economic Growth and Capital Accumulation, Economic Record, Vol, 32m November 1956, pp 334-343
- J.E. Meade, ANeo-Classical Theory of Economic Growth, (New York: Oxford University Press, 1961).

(2) د. سامي خليل: النظرية الاقتصادية وتحديد أسعار السلع والخدمات (الكويت: المطبعة العصرية، 1971) ص 224 - 225. ولزيد من التفاصيل يرجع إلى:

Edwin Mansfield, Microeconomics Author and application (New York: W.W. Norton & Company INC., 1975). P. 122

والتي تعني أن Y (مخرجات العملية الإنتاجية) دالة في المدخلات (A1, A2, An)، أي العوامل المستخدمة في الإنتاج في فترة زمنية محددة، ويفترض أن الشركة تستخدم أنواع التكنولوجيا التي تضيء على المخرجات قيمة كبيرة، فإن هذا الاستخدام يؤدي إلى زيادة حجم المخرجات الناتجة عن الاستعانة بعناصر إنتاجية فاعلة، هذا من ناحية الاقتصاد الجزئي. أما من ناحية تطبيق ذلك على الاقتصاد القومي، فإنه بناء على ما سبق يمكن بناء دالة للاقتصاد ككل، تصبح معها مخرجات اقتصاد أي دولة دالة في عوامل الإنتاج (المدخلات) المتاحة لهذه الدولة. وطبقاً لهذه النظرية، وعلى اعتبار أن مكونات العملية الإنتاجية أربعة عناصر هي رأس المال والذي يتمثل في الآلات والمعدات والأراضي والمباني والموارد... إلخ، ويرمز له بالرمز (K)، والعمالة والتي تمثل العنصر البشري الذي يساهم في العملية الإنتاجية ويرمز لها برمز (L)، والمعرفة التكنولوجية المتمثلة في التكنولوجيا المستخدمة في تطوير رأس المال، والعمالة الموظفة في العملية الإنتاجية ويرمز لها بالرمز (T)، وأن مخرجات العملية الإنتاجية يرمز لها بالرمز (Y)، فإن الإنتاج المحتمل أو مخرجات العملية الإنتاجية تتحدد من خلال المعادلة التالية:

$$Y = F (K, L, T) \quad (2)$$

وبإضافة عنصر رابع لنمو المخرجات وهو وفورات الحجم Economic of Scale، تكون المصادر الأربعة (رأس المال، العمل، التكنولوجيا، وفورات الحجم) - وهي من الأمثلة المعروفة لدالة عوامل الإنتاج "كوب دوجلاس" Cobb - Douglas، - في ظل النظرية النيوكلاسيكية، على النحو التالي:

$$Y = F (K^{ce}, L^{cb}, T^c) \quad (3)$$

حيث تشير (C) إلى المدة أو الفترة الزمنية Period، وتقيس (e) مرونة المخرجات بالنسبة لرأس المال عندما يكون تمويل العمل ثابتاً،

وتقيس (b) مرونة المخرجات بالنسبة للعمل عندما يكون عرض رؤوس الأموال Supply of Capital ثابتاً^(١).

وعلى ذلك فإن زيادة (1%) في رأس المال تؤدي إلى زيادة في المخرجات بالنسبة نفسها في حال ثبات تمويل العمل، كما أن زيادة (1%) في العمل تؤدي بدورها إلى زيادة المخرجات بالنسبة نفسها عندما تظل عروض رؤوس الأموال ثابتة. فإذا حدث أن زاد رأس المال والعمل (1%)، فإنه يتحقق زيادة في المخرجات (e,b) معاً بنسبة (2%)، وإذا كان حجم (e,b) أكبر من واحد فإن غلة الحجم Returns to Scale، سوف تزداد، أما إذا كانت الزيادة أقل من واحد، فإن الغلة (أو العائدات) Returns سوف تنخفض، وفي حال كونها مساوية للواحد الصحيح فإنها تظل ثابتة^(٢).

ويمكن التأكد مما سبق على نحو آخر، بإعادة كتابة المعادلة رقم (٣)، بحيث يتم تقديم المتغيرات كمعدلات للنمو. ويتناول لوغاريتمات المتغيرات وتمييزها بالنسبة للوقت أو الزمن، يصبح الأمر على النحو التالي:

$$Y = (K_e, L_b, T) \quad (4)$$

حيث تدل (Y) على معدل النمو للمخرجات، و (K) معدل النمو لرأس المال، و (L) معدل النمو للعمل، و (T) معدل للتقدم التقني، ويدل ثبات (e,b) على المرونة الجزئية للمخرجات بالنسبة لرأس المال والعمل، ويتم قياسها جميعاً خلال فترة زمنية محددة. ويتحقق نمو المخرجات في هذه المقابلة من معدل النمو الحادث للإنتاج الكلي أو التقدم التكنولوجي. ويتم قياس معدل النمو لرأس المال بواسطة (e)، بينما يتم

(1) يرجع إلى ضمان الجودة في التعليم العالي مفهومها - مبادئها - تجارب عالمية، ترجمة: د. السيد عبدالعزيز الهواشي ود. سعيد بن محمد الزبيعي (القاهرة: عالم الكتب، ط ١، ٢٠٠٥) ص ٥٦

(2) ضمان الجودة في التعليم العالي مفهومها، مرجع سابق، ص ٥٦. وكذلك يرجع إلى: Edwin Mansfield Op. Cit, P120

قياس معدل النمو للعمل بواسطة (b). ويوجد مصدر رابع للمخرجات إذا كانت وفورات الحجم موجودة، ويستدل على ذلك من مجموع (e+b) التي تزيد عن الواحد الصحيح^(١).

سابعاً: النظرية الحديثة في النمو: New Growth Theory:

أشارت النظرية النيوكلاسيكية كما سبق، أن التقدم التكنولوجي هو المصدر الأساسي للنمو، غير أنها لم توضح الأسلوب الذي يتحقق من خلاله هذا التقدم التكنولوجي، وذلك لافتراضها أن التقدم التكنولوجي ينمو بمعدل تلقائي، حيث أنه يعتبر أهم عوامل الإنتاج، ومن ثم فإنه منذ منتصف القرن العشرين بدأ علماء الاقتصاد يبحثون في تحديد المصدر الأساسي في عملية النمو، ومن هنا ظهرت نظريات النمو الحديثة. ولقد أكدت هذه النظريات على أن قدرة العمالة على زيادة الإنتاجية يمكن أن تتحقق من خلال الاستثمار في الموارد البشرية عن طريق إكسابها المزيد من المهارات والخبرات والتدريب. وتستخدم هذه النظريات مصطلح رأس المال البشري Human Capital، بدلاً من مصطلح العمالة Labour، على اعتبار أن الاستثمار في القوى العاملة يزيد من قيمته عن الاستثمار في رأس المال^(٢)، إذ يتم ذلك من خلال التركيز على عنصر التكنولوجيا القائم على البحوث والتطوير والاهتمام بجودة التعليم والبحث العلمي. وقد أكدت نتائج الدراسة التي أجراها البنك الدولي عام ١٩٩١، على أن تراكم عناصر الإنتاج، (خاصة رأس المال)، يعتبر أهم مصادر نمو المخرجات في مرحلة التنمية، بينما يعتبر التقدم التقني أكثر أهمية كلما زاد النمو، ومن ثم يسهم ضمان الجودة في التعليم الحادث بواسطة التقدم التقني والتكنولوجيا في نمو المخرجات بعدة طرق منها^(٣):

- (1) ضمان الجودة في التعليم العالمي مفهومها، مرجع سابق، ص ٥٨.
- (2) د. محمد ناجي خليفة، الاستثمار في البنية الأساسية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والنمو الاقتصادي في ج.م.ع مجلة النهضة (القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، ٧، ٣٤، يوليو ٢٠٠٦)، ص ٢٨.
- (3) د.ل. مرجع سابق، ص ٦٠ - ٦١.

١- من خلال المهارات التقنية والعامة التي يكتسبها العاملون، ويظهر تأثير هذه المهارات في زيادة الطلب على العاملين أو في زيادة وقت العمل. فإذا كان معدل المواليد منخفضاً نتيجة التحديث Modernisation، فإن حجم القوى العاملة يقل هو الآخر، أو يتزايد بمعدل بسيط، ويصبح بالتالي عرض العمل Supply of Labour، أحد معوقات النمو الاقتصادي. ويقلل ضمان الجودة حدة هذا العائق عن طريق زيادة مهارة وتحسين القوى العاملة، الأمر الذي يسهم في تحقيق النمو الاقتصادي. ويتوقف هذا الإسهام على الناتج الحدي للعمل Marginal Product of labour، بحيث يكون إيجابياً، ومن ثم تؤدي أي زيادة في العمل بدورها إلى زيادة في المخرجات.

٢- إسهام ضمان الجودة في تحقيق النمو الاقتصادي في نواتج البحوث التي تؤكد أهمية رأس المال، فإذا كان الادخار المحلي Domestic Saving والاستثمار الأجنبي Foreign investment متديناً، فالنتيجة هي ركود احتياطي رأس المال، أو نموه ببطء شديد، مما يترتب عليه انخفاض النمو الاقتصادي نتيجة نقص رأس المال. ومن ثم فإن ضمان الجودة للعملية الإنتاجية الناتج من ازدياد جودة التعليم تزيد المخرجات عن طريق زيادة المستوى الفعال لاحتياطي رأس المال، بشرط أن يكون الناتج الحدي لرأس المال Marginal Product of labour، إيجابياً وذلك في حالة مواجهة الاقتصاد لندرة في رؤوس الأموال.

٣- مساهمة الجودة في تحقيق النمو الاقتصادي وفي تزايد معدل التقدم التقني، أو زيادة الإنتاجية الكلية، عن طريق إنتاجية العمل ورأس المال، وذلك حال وجود قيم سياسية واجتماعية مواتية لتحقيق الشروط التي تزيد فعالية تأثير كل من الإسهامات الثلاثة لضمان الجودة في تحقيق النمو الاقتصادي.

وقد قامت حكومات الدول النامية في السنوات الأخيرة بالتخطيط لإدخال ضمان الجودة في قطاع التعليم العالي. ويرجع هذا الاهتمام إلى طول فترات التقليد للدول المتقدمة ونتيجة لما حدث في مجال التصنيع عقب الاستقلال، حيث سعت الدول النامية إلى تحقيق التنمية الاقتصادية بإيجاد مصادر جديدة للنمو الاقتصادي، ومن ثم كان الحرص على إتباع سياسة إحلال الإنتاج الوطني محل الواردات، كأحد بدائل استراتيجيات التنمية، الأمر الذي يتطلب تطبيق ضمان الجودة، لأنه يساهم في تحسين جودة التعليم العالي في الدول المتقدمة ويؤدي إلى وجود قطاع صناعي كبير تمخضت عنه نتائج إيجابية أدت بدورها إلى ما نشهده اليوم من حدوث الثورة المعلوماتية وثورة الاتصالات.

خاتمة البحث

أولاً: النتائج:

استعرضنا في المباحث الثلاثة السابقة، تأثير النظام القائم في مصر على الجمع بين دور أساسي للدولة مع السماح لآليات السوق في مجال تقديم الخدمات التعليمية ومتطلباته وخصائصه وأكدنا على ضرورة العمل لتحقيق جودته من ناحية، وتأثير ذلك على التنمية الاقتصادية من ناحية أخرى. ومع الجهود الكبيرة التي تبذل في هذا المجال من أجل الحصول على خدمة تعليمية متميزة تؤهل لتعليم يتلاءم مع روح العصر، والحصول على فرص عمل مناسبة من أجل المشاركة الفعالة في التنمية الاقتصادية ورفع معدل النمو الاقتصادي في مصر. ومن واقع الرصد والتحليل لضمان الجودة في التعليم وأهميته في عصر العلم والمعرفة، فإن ما ورد في سياق دراستنا الحالية يشير إلى:

١ - تزايد الاستخدامات الاستثمارية العامة والخاصة بقطاع الخدمات التعليمية منذ عام ١٩٩٣/٩٢ بالإضافة إلى حدوث زيادة كبيرة في الاستخدامات الخاصة عام ٢٠٠٥/٢٠٠٦ نظراً للتوسع في الجامعات الخاصة والمعاهد العليا الخاصة، واستمرار ذلك التوسع حتى تقاربت

الاستخدامات العامة والخاصة بقطاع الخدمات التعليمية عام
٢٠٠٨/٢٠٠٩.

٢- ضعف نسبة الاستخدامات الاستثمارية المنفذة بقطاع الخدمات
التعليمية إلى الناتج المحلي الإجمالي في الفترة من ٨٢/٨٣ إلى
٢٠٠٨/٢٠٠٩ حيث لم تتعد ١,٤٪.

٣- فاعلية القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧ في حث العاملين في مجال
التعليم قبل الجامعي على تحسين مستواهم العلمي.

٤- أهمية دور الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد في تقويم
أداء المؤسسات التعليمية وتفعيل المشاركة المجتمعية بين جميع
الأطراف المتصلة بالعملية التعليمية، وإتصاف عملها بالشفافية
والحرص على محاكاة التجارب الدولية بما لا يخجل بهوية وتراث الأمة.
ثانياً: التوصيات:

في ضوء ما توصلت إليه دراستنا من نتائج، فإن الباحث يوصي بما يلي:
١- ضرورة الاهتمام بالتعليم الفني وإيجاد إطار تشريعي يشجع القطاع
الخاص والمجتمع المدني على الاستثمار في البحث العلمي والتدريب
والسماح للمؤسسات الإنتاجية بتأسيس مدارس فنية تقدم مناهج
وخبرات تتناسب مع احتياجاتها العمالية لترشيد الإنفاق على العملية
التعليمية.

٢- إيجاد آلية مواتية للتنسيق بين المؤسسات التعليمية العامة والخاصة
تستهدف وضع إطار عمل لحجم احتياجات السوق ومتطلباته من
العمالة تفادياً لهدر المخرجات التعليمية.

٣- أهمية تحسين مستوى المعلمين وأعضاء هيئة التدريس بالمدارس
والجامعات باستمرار من خلال تفعيل الضوابط التي وضعتها
الحكومة لرفع جودة العملية التعليمية بشكل واقعي وعملي يتسم
بالشفافية بعيداً عن الصورية حتى يتسنى تحقيق الهدف من هذه
الضوابط.

- ٤- استخدام المعايير الخاصة بالقدرة المؤسسية والفاعلية التعليمية في تحديد إنتاجية المؤسسات التعليمية.
- ٥- إصدار تشريع ملزم لشركات القطاع الخاص بتخصيص جزء من الأرباح لتمويل البحث العلمي من أجل إحداث التطور التكنولوجي اللازم لتحسين أداء الشركات وقدرتها التنافسية.
- ٦- مراجعة الإنفاق على التعليم بشكل عام والتعليم العالي بشكل خاص وإعادة هيكلة موازنته ، بحيث يتم زيادة الإنفاق على عناصر الجودة النوعية التي تعتبر العمود الفقري لبناء وتنمية القدرات والطاقات البشرية ، فضلاً عن الانتقال بموازانات التعليم من الموازنة التقليدية إلى موازنة الأداء والمشروعات المتعلقة بكل ما له صلة بالتعليم والمتعلم ، وليس التركيز على الرواتب والأجور المنطوي على وجود خلل هيكلي في التخصيص ، كما أنه لا بد أن توجه الموازنة إلى الأنشطة التي تدعم عناصر الجودة وثيقة الصلة بتحقيق أهداف ومناهج وطرق التدريس وتكنولوجيا التعليم والكفاءات المهنية وأساليب وأدوات التقويم.
- ٧- براعاة أن الإنسان هو صانع المعرفة ووسيلة التنمية وهدفها معاً ، فإنه من الأهمية بمكان إحداث نقلة نوعية في النظام التعليمي بجميع عناصره وذلك لوجود علاقة وثيقة ومتبادلة بين التعليم والتنمية وبين التعليم ومعدلات النمو الاقتصادي وتقليل معدلات الفقر ورفع مستوى معيشة الأفراد ، نظراً لأن معامل الارتباط في هذه العلاقة موجب وقوي وبناء على ذلك فإنه كلما تحسنت الجودة النوعية للتعليم تحسنت المقدرة الإنتاجية والحياتية.
- ٨- بالنظر إلى أن التعليم يدور مع التنمية وجوداً وهدماً ويؤدي كل منهما إلى تحسین الآخر ، فإنه من الضروري العمل على إصلاح البياكل الاقتصادية لتحقيق اقتصاد قوي من شأنه أن يحدث تأثيرات إيجابية على حالة التعليم ، لأنه يؤدي إلى توفير الاعتمادات اللازمة

لتطوير التعليم وتحسين نوعيته. كذلك فإن ارتفاع الناتج المحلي الإجمالي يؤدي بدوره إلى تحسين الأجور في القطاعين العام والخاص وربط الحوافز بدافعية الإنجاز ومعدلات الإنتاجية، ومن ثم تسعى قوة العمل إلى التدريب التطويري والتحويلي وتحسين المهارات لتحقيق المزيد من الأجور، حيث يتم هذا التحسين والتطوير من خلال الارتقاء بالجودة النوعية للتعليم.

٩- على الدولة أن تضع أسلوب منسق بين الأنشطة المكونة لسياسة منظومة العلم والتكنولوجيا من ناحية والسياسة التعليمية في كافة مراحلها من ناحية أخرى، على نحو يؤدي إلى توافر فئات متميزة من العلماء، والتعرف على الاحتياجات الحقيقية من هذه الفئات اللازمة للنهوض بقطاعات الاقتصاد القومي وذلك لسد الفجوة تباعاً خلال فترة التحول التكنولوجي القادمة بكل السبل، نظراً للاحتياج الملح إلى سياسة معرفية في عالمنا المعاصر الذي يتقل من مجتمع المعلومات إلى مجتمع المعرفة اللازم تحقيقه لتوليد الثروة.

١٠- ضرورة العمل على تكوين رأي عام مستنير عن طريق وسائل الإعلام المسيرة للتوجيهات العلمية والتكنولوجية المتطورة على نحو مواتٍ للنهوض بالأنشطة المكونة لمنظومة العلم والتكنولوجيا عن طريق برنامج قومي يشارك فيه جميع القطاعات العامة والخاصة والنقابات والاتحادات والجمعيات والنوادي العلمية ... إلخ، حيث إن مفتاح النجاح لعملية التكامل بين العلم والتكنولوجيا في إطار جودة التعليم يكمن في تغيير المفاهيم السلبية السائدة التي تسبب انخفاضاً في الإنتاجية، الأمر الذي يحتاج ذلك إلى جهود مستمرة تؤثر إيجابياً على الوعي والانتماء والإدراك العام والسلوكيات على مختلف المستويات المكونة لقطاعات الحكومة والقطاع الخاص والعائلي، وعلى مستوى المحليات والأسر والأفراد.

١١- إعادة النظر في مقررات وأهداف التعليم العالي، بحيث يتم ربطها بالأنشطة الاقتصادية في المجتمع، مع تمكين الطالب من قضاء بعض الوقت في العمل بهذه الأنشطة، وذلك لإعطائه الخبرة في التعرف على المشكلات التي تواجهه والعمل على حلها عن طريق توظيف ما حصله من معرفة، حيث أثبتت تجارب جامعات الدول المتقدمة أن مشاركة الطالب في تلك الأنشطة، سواء كانت إجبارية أو تطوعية، تجعل هذه المشاركة أكثر ملائمة للعمل في هذه المجتمعات بعد الانتهاء من الدراسة.

١٢- إن الحاجة واضحة إلى تطوير مؤسسات التعليم العالي لتستجيب للتطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والابتكارات التكنولوجية والتقدم العلمي الذي نرى آثاره في مختلف مجالات الحياة حيث تفتحت آفاق جديدة لعلوم وتخصصات حديثة أصبحت ترسم صورة المستقبل وتحدد مواقع الشعوب على خريطة العالم الجديد.

- تم بحمد الله تعالى -

ملاحق البحث

١- المبحث الأول

جدول رقم (١) التكلفة والعائد من التعليم العالي
من المنظور الفردي والمجتمعي

بيان	المنظور الفردي	المنظور المجتمعي
التكاليف	الرسوم والمواد اللازمة للدراسة، فرص الدخل الضائعة نتيجة الانشغال بالدراسة (تكلفة الفرصة البديلة)	التكاليف الجارية للبرامج التعليمية، الدعم المقدم للطلاب، الناتج القومي الضائع نتيجة انشغال الطلاب بالدراسة (تكلفة الفرصة البديلة بالنسبة للمجتمع).
العوائد المادية	زيادة الإنتاجية ومن ثم الدخل المكتسب الصافي، تحسين فرص	زيادة الإنتاجية القومية، زيادة الإيرادات الضريبية، زيادة مرونة

بيان	المنظور الفردي	المنظور المجتمعي
	الحصول على وظيفة أو عمل، زيادة المدخرات، تحسن الحراك الشخصي والوظيفي.	قوة العمل، زيادة الاستهلاك، تناقص الاعتماد على الحكومة.
العوائد غير المادية	الإثراء التعليمي، تحسن ظروف العمل، تحسن الوضع الشخصي أو الترقى الاجتماعي، تحسن الوضع الصحي وتوقعات الحياة، ترشيد قرارات الإنفاق، زيادة الهوايات وارتفاع أهمية الأنشطة الممارسة في أوقات الفراغ، تنمية وتطوير الشخصية.	تماسك المجتمع، وتقدير واحترام التنوع الاجتماعي والموروثات الثقافية، تحسن الحراك الاجتماعي، انخفاض معدل الجريمة، زيادة القدرة على المشاركة في أعمال المنح والعطاء وزيادة القدرة على التكيف مع التكنولوجيا الحديثة، زيادة المشاركة الاجتماعية والسياسية.

المصدر:

Hans Vossensteyn. Fiscal Stress: Worldwide Trends in Higher Education. NASFAA Journal of financial AID, Vol, 34- No, 1, 2004. P. 41

جدول رقم (٢) دخل خريج الجامعة كنسبة من دخل المؤهل المتوسط في عدد من الدول الأوروبية المختارة (% (دخل المؤهل المتوسط ١٠٠%)

الدولة	رجال	نساء
هولندا	١٣٢	١٤٧
إيطاليا	١٣٤	١١٦
السويد	١٦٠	١٥٦
المملكة المتحدة	١٧١	٢٠٦
فرنسا	١٧٤	١٤٢
فلندا	١٩٢	١٧٦
البرتغال	١٧٩	١٨٨

المصدر: Sanyal. 1998. P. 36 based on

٢- المبحث الثاني

جدول رقم (٣)

متوسط معدل النمو في العمالة	متوسط معدل النمو في رأس المال البشري	الفترة
٠,١٨٣٣٦٣	٠,٢٣٢٢٨	١٩٨٣ - ١٩٨٩
٠,١٠٨٠٧٧	٠,٢٠٤٨٣١	١٩٩٠ - ١٩٩٩
٠,٠٧٤٠٥٨	٠,٠٠٨٢٧	٢٠٠٠ - ٢٠٠٥

المصدر: وزارة التنمية الاقتصادية: معهد التخطيط القومي عام ٢٠٠٦

جدول رقم (٤)

الاستخدامات الاستثمارية المنفذة لقطاع الخدمات التعليمية بالأسعار الجارية وبالمليون

جنيه في الفترة من ١٩٨٢/٨٢ وحتى ٢٠٠٨/٢٠٠٩

السنة	عام	خاص	جملة
١٩٨٣/٨٢	١٦٢,٢	١٢,٠	١٧٤,٢
١٩٨٤/٨٣	١٨٣,٦	٢٦,٠	٢٠٩,٦
١٩٨٥/٨٤	١٤٧,٩	٣٠,٠	١٧٧,٩
١٩٨٦/٨٥	٢٢٤,٣	٢٦,٠	٢٥٠,٣
١٩٨٧/٨٦	٣٠٥,٩	٢٢,٠	٣٢٧,٩
١٩٨٨/٨٧	٣٣٢,٩	٢٠,٠	٣٥٢,٩
١٩٨٩/٨٨	٥٠١,١	٥١,٠	٥٥٢,١
١٩٩٠/٨٩	٥٧٥,١	٥٣,٠	٦٢٨,١
١٩٩١/٩٠	٨٢٢,٤	٣٣,٠	٨٥٥,٤
١٩٩٢/٩١	٨٤٦,٠	٢٥,٠	٨٧١,٠
١٩٩٣/٩٢	١٢٠٩,٩	١٤٧,٠	١٣٥٦,٩
١٩٩٤/٩٣	٢٠٢٥,٣	٨٢,٠	٢١٠٧,٣
١٩٩٥/٩٤	٢,٤١٣,١	١٥٦,٠	٢,٥٦٩,١
١٩٩٦/٩٥	٢,٩٩٢,٩	١٥٥,٠	٣,١٤٧,٩
١٩٩٧/٩٦	٣,٠٦٦,١	٢٥٠,٠	٣,٣١٦,١

السنة	عام	خاص	جملة
١٩٩٨/٩٧	٢٨٥٠,٦	١٠٠,٠	٢٩٥٠,٦
١٩٩٩/٩٨	٢٦٩٧,٣	٤٥٠,٠	٣١٤٧,٣
٢٠٠٠/٩٩	٢٧٦٧,٢	٥٦٠,٠	٣٣٢٧,٢
٢٠٠١/٢٠٠٠	٢٨٠٤,٠	٧٠٠,٠	٣٥٠٤,٠
٢٠٠٢/٢٠٠١	٣٥٤٣,٣	٧٠٠,٠	٤٢٤٣,٣
٢٠٠٣/٢٠٠٢	٣٦٨٤,٢	٧٣٥,٠	٤٤١٩,٢
٢٠٠٤/٢٠٠٣	٣٤٠٠,٢	٥٠٠,٠	٣٩٠٠,٢
٢٠٠٥/٢٠٠٤	٢٩٧٨,٢	٤٨٠,٠	٣٤٥٨,٢
٢٠٠٦/٢٠٠٥	٢٧٠٤,٥	١٠٠,٠	٣٧٠٤,٥
٢٠٠٧/٢٠٠٦	٢٨١٠,٢	٢٠٠٠,٠	٤٨١٠,٢
٢٠٠٨/٢٠٠٧	٣٥٣٢,٠	٣٠٠٠,٠	٦٥٣٢,٠
٢٠٠٩/٢٠٠٨	٣٥٦٥,١	٣٦٠٠,٠	٧١٦٥,١

المصدر: الموقع الرسمي لوزارة التنمية الاقتصادية على شبكة الانترنت:

<http://www.mop.gov.eg>

جدول رقم (٥)

تطور الناتج المحلي الإجمالي في الفترة من ١٩٨٢/٨٢ حتى ٢٠٠٩/٢٠٠٨

السنة	الناتج المحلي الإجمالي بتكلفة العوامل والأسعار الجارية وبالمليون جنيه	نسبة الاستخدامات الاستثمارية المنفذة بقطاع الخدمات التعليمية إلى الناتج المحلي الإجمالي
١٩٨٣/٨٢	٢٥٤١٢,٢	٠,٠٠٦٨٥٥
١٩٨٤/٨٣	٣٠٠٨٠,٠	٠,٠٠٦٩٦٨١
١٩٨٥/٨٤	٣٥٦٣٨,٠	٠,٠٠٤٩٩١٩
١٩٨٦/٨٥	٤١٤٣٣,٠	٠,٠٠٦٠٤١١
١٩٨٧/٨٦	٤٩٣٣٥,٠	٠,٠٠٦٦٤٦٤
١٩٨٨/٨٧	٥٨٦٣٠,٠	٠,٠٠٦٠١٩١
١٩٨٩/٨٨	٧٣١٧٠,٠	٠,٠٠٧٥٤٥٤
١٩٩٠/٨٩	٩١٥٣٥,٠	٠,٠٠٦٨٦١٩

نسبة الاستخدامات الاستثمارية المنفذة بقطاع الخدمات التعليمية إلى الناتج المحلي الإجمالي	الناتج المحلي الإجمالي بتكلفة العوامل والأسعار الجارية والمليون جنيه	السنة
٠,٠٠٧٧٧٥٦	١١٠٠١١,٠	١٩٩١/٩٠
٠,٠٠٦٦٤٦	١٣١٠٥٧,٠	١٩٩٢/٩١
٠,٠٠٩٢٨٣٧	١٤٦١٦٠,٠	١٩٩٣/٩٢
٠,٠١٢٩٣٠٨	١٦٢٩٦٧,٠	١٩٩٤/٩٣
٠,٠١٣٤٥٠١	١٩١٠١٠,٠	١٩٩٥/٩٤
٠,٠١٤٦٩٧١	٢١٤١٨٥,٠	١٩٩٦/٩٥
٠,١٣٤٢٤	٢٤٧٠٢٨,٠	١٩٩٧/٩٦
٠,٠١١٠٦١	٢٦٦٧٥٧,٧	١٩٩٨/٩٧
٠,٠١١١٣٧٨	٢٨٢٥٧٨,٠	١٩٩٩/٩٨
٠,٠١٠٥٤٠٢	٣١٥٦٦٧,٠	٢٠٠٠/٩٩
٠,٠١٠٥٣٧	٣٣٢٥٤٣,٨	٢٠٠١/٢٠٠٠
٠,٠١١٩٦٧٧	٣٥٤٥٦٣,٨	٢٠٠٢/٢٠٠١
٠,٠١١٣١٣٣	٣٩٠٦١٩,٤	٢٠٠٣/٢٠٠٢
٠,٠٠٨٥٤٧	٤٥٦٣٢٢,٤	٢٠٠٤/٢٠٠٣
٠,٠٠٦٨٢٧٥	٥٠٦٥١١,٠	٢٠٠٥/٢٠٠٤
٠,٠٠٦٣٧٤٥	٥٨١١٤٤,١	٢٠٠٦/٢٠٠٥
٠,٠٠٦٧٧١٢	٧١٠٣٨٧,٧	٢٠٠٧/٢٠٠٦
٠,٠٠٧٦٣٧١	٨٥٥٣٠١,٦	٢٠٠٨/٢٠٠٧
٠,٠٠٧٢٣٥٩	٩٩٠٢١١,٨	٢٠٠٩/٢٠٠٨

المصدر: الموقع الرسمي لوزارة التنمية الاقتصادية على شبكة الانترنت:

<http://www.mop.gov.eg>

٣- المبحث الثالث

جدول رقم (٦) يوضح أثر تحسين جودة العمل في المساهمة

في النمو الاقتصادي ونمو نصيب الفرد من الناتج القومي في بعض الدول

في الفترة من ١٩٦٠ إلى ١٩٨٩

الدولة	تحسن جودة العمل	المساهمة في النمو الاقتصادي	نمو نصيب الفرد من الناتج القومي
كندا	٪٧٤	٪٥٠	٪٢٩٣
فرنسا	٪٧٣	٪٤٩	٪٣٠٤
ألمانيا	٪٤١	٪٢٨	٪٢٩١
إيطاليا	٪١٩	٪١٢	٪٣٧٤٥
اليابان	٪١٦	٪٧٩	٪٥٣٩
المملكة المتحدة	٪٣٨	٪٢٦	٪٢١٥
الولايات المتحدة	٪٥٩	٪٤٠	٪٢٠٧

المصدر:

Philip Steven and Martin Weale, Education and economic Growth
2003 p7

المراجع العربية والأجنبية

أولاً: المراجع العربية:

- (١) د. إبراهيم بدران، تطلعات لمصر المستقبل في السياسة والتنمية البشرية والبحث العلمي قراءات وتجارب (القاهرة: نهضة مصر للطباعة والنشر، ١٩٩٩).
- (٢) د. إبراهيم شحات، الإطار القانوني للإصلاح الاقتصادي في مصر (القاهرة: المركز المصري للدراسات الاقتصادية أكتوبر ١٩٩٦).
- (٣) د. أحمد السيد عبداللطيف حسن: قياس الإنتاجية الكلية لعناصر الإنتاج في الاقتصاد المصري من ١٩٨٣ حتى ٢٠٠٥، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.

- (٤) د. أحمد السيد عبداللطيف حسن: قياس الإنتاجية الكلية لعناصر الإنتاج في الاقتصاد المصري من ١٩٨٣ حتى ٢٠٠٥، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.
- (٥) د. إيمان محمد عبدالفتاح منجي: إدارة التعليم الفني في ظل المتغيرات التكنولوجية الحديثة: سلسلة قضايا التخطيط والتنمية (القاهرة: معهد التخطيط القومي، ع ١٣١، ٢٠٠٠).
- (٦) د. جمعة محمد محمد عامر: أساسيات علم الاقتصاد - نظرة تطبيقية على اقتصاديات سوق العمل، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٩.
- (٧) د. حازم البيلاوي: النظام الاقتصادي الدولي المعاصر (القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، ٢٠٠٥).
- (٨) د. حازم البيلاوي: النظام الاقتصادي الدولي المعاصر معايير وقواعد مالية جديدة (القاهرة: مطابع الأهرام التجارية، ط ٢، ٢٠٠٥).
- (٩) د. حامد عمار: التعليم في سياق العولمة بين المخاطر والفرص (القاهرة: مطابع روز اليوسف، ٢٠٠٤).
- (١٠) د. حسين كامل بهاء الدين: التعليم والمستقبل (القاهرة: دار المعارف، ١٩٩٧).
- (١١) د. سامي خليل: النظرية الاقتصادية وتحديد أسعار السلع والخدمات (الكويت: المطبعة العصرية، ١٩٧١).
- (١٢) د. سعيد إسماعيل علي: التعليم على أبواب القرن الحادي والعشرين (القاهرة: عالم الكتب، ١٩٩٨).
- (١٣) د. السيد عبدالمولي: المالية العامة (القاهرة: دار الفكرة العربي، ١٩٧٥) ص ١٦٤ - ١٧٠.
- (١٤) د. صبري أبو زيد: اقتصاديات النقود والبنوك والتجارة الدولية (القاهرة: مطابع الدار الهندسية، بدون تاريخ).
- (١٥) د. علي أحمد مذكور: التعليم الجامعي في منظومة التعليم العام.. رؤية للحاضر والمستقبل، القاهرة، المؤتمر السنوي الرابع - تطوير المناهج في الجامعات "رؤية مستقبلية" مركز تطوير التعليم الجامعي، ديسمبر ١٩٩٧.
- (١٦) د. علي علي حبيش: العلم والتكنولوجيا كقضايا حاكمة في بناء تنمية القدرات البشرية المصرية في: سلسلة قضايا التخطيط والتنمية، القاهرة: معهد التخطيط القومي، رقم ١٧٤، يوليو ٢٠٠٣.
- (١٧) د. فايز مينا: التعليم العالي في مصر التطور وبدائل المستقبل (القاهرة، مكتبة الإنجلو المصرية، ٢٠٠١).

- (١٨) د. مجدي عزيز إبراهيم: رؤى مستقبلية في تحديث منظومة التعليم (القاهرة: مكتبة الإنجلو المصرية، ٢٠٠١).
- (١٩) د. محمد متولي غنيمه: تمويل التعليم والبحث العلمي العربي المعاصر.. أساليب جديدة، الدار المصرية اللبنانية، ٢٠٠١.
- (٢٠) د. محمد منير مرسي: تخطيط التعليم واقتصادياته (القاهرة، عالم الكتب، ١٩٩٨).
- (٢١) د. محمد ناجي خليفة، الاستثمار في البنية الأساسية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والنمو الاقتصادي في ج.م.ع مجلة النهضة (القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، ٧م، ٣ع، يوليو ٢٠٠٦).
- (٢٢) د. محمود عباس عابدين: علم اقتصاديات التعليم الحديث، الدار المصرية اللبنانية، طبعة ٢٠٠٠.
- (٢٣) د. محمود عباس عابدين: علم اقتصاديات التعليم الحديث، الدار المصرية اللبنانية، ٢٠٠٠.
- (٢٤) د. فجلاء محمد إبراهيم، الاقتصاد الكلي (القاهرة: مطابع الولاة الحديثة، ٢٠٠٥).
- (٢٥) د. يوسف سيد محمود: التحالفات والشركات بين الجامعات والمؤسسات الإنتاجية مدخل لتطوير التعليم الجامعي، في: دراسات في التعليم الجامعي - مجلة غير دورية محكمة متخصصة - (القاهرة: مطابع الشرطة، ٦ع، يونيو ٢٠٠٤).
- (٢٦) ضمان الجودة في التعليم العالي مفهومها - مبادئها - تجارب عالمية، ترجمة: د. السيد عبدالعزيز البهواشي ود. سعيد بن محمد الزبيعي (القاهرة: عالم الكتب، ط ١، ٢٠٠٥).
- (٢٧) مجلس الشعب، ج.م.ع، الفصل التشريعي التاسع، دور الانعقاد العادي الأول، مضبطة الجلسة السابعة والستين المعقودة في ٢ مايو ٢٠٠٦.
- (٢٨) وردت هذه الإحصائيات بخطاب السيد رئيس الجمهورية بمناسبة الاحتفال بعيد العلم يوم ٢١ من يناير ٢٠١٠ والمنشورة بمجريدة الأخبار في عددها الصادر بتاريخ ٢٢/١/٢٠١٠.
- (٢٩) المادتين رقمي ٧١، ٨٩ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧.
- (٣٠) وزارة التربية والتعليم، كتاب دوري رقم ٢ بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٩.
- (٣١) المادتين رقمي ٧٩، ٨٢ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧.

- (٣٢) المادة رقم ٨٠ ، البند الرابع من المادة ٨١ بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧
- (٣٣) المادة رقم ٨٥ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧
- (٣٤) المادة رقم ١٢ من القانون رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٧
- (٣٥) المادة الأولى بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات ، باب تمهيدي في الهيكل العام للجامعات.
- (٣٦) وردت تلك الإحصائيات في خطاب السيد وزير التعليم العالي والدولة للبحث العلمي خلال لقائه بعمداء كليات جامعة الزقازيق بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٤.
- (٣٧) الجريدة الرسمية، قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، العدد ٢٢ (مكرر) في ٦ يونيو ٢٠٠١، م ١، ٣.
- (٣٨) المادتين رقمي ٢ ، ٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦.
- (٣٩) المادة رقم ١١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦
- (٤٠) المادة رقم ١٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦
- (٤١) المواد أرقام ١٤ ، ١٥ ، ١٧ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦
- (٤٢) الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد، دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، ٢٠٠٨.
- (٤٣) البنك الدولي، الطريق غير السلوك.. إصلاح التعليم في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، البنك الدولي للإنشاء والتعمير، واشنطن العاصمة، ٢٠٠٧.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- (1) Barro Robest J., Determinants of Economic Growth: Across comtry empirical study (Cambridge: M A: MII Press, 1997).
- (2) Barro, Robest J. and Jong. Whalee. International Comparison of educational attainment, journal of monetary economics, 1993.
- (3) Bernasconi, A. Does the Affiliation of Universities to External Organizations Foster Diversity in Private Higher Education? Chile in Comparative Perspective. The international journal of Higher Education and Educational planning, v52n2, Sep. 2006.

- (4) Bhalla, K. B. Private initiatives in Indian professional Education. In K.B. Johar, private initiatives in Higher education. Srich Prakashan: Yamunanagar, 2004.
- (5) Biocndal. S. Field. S. Girouard. N. Investment in human capital through upper secondary and tertiary education. Paris. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 2002.
- (6) Bloendal et al. 2002
- (7) Brunner, j.j. From state to market coordination: the Chilean case. Higher Education Policy, 10 (3-4), 1997.
- (8) Business world on Nile TV, Foreign Labor revisit, 18/1/2010
- (9) Douglass, J. A Transatlantic Persuasion: A Comparative look at America's Path Towards Access and Equity in Higher Education. In D.P. Tapper, The Politics of Access to Higher Education. NY: Rutledge: Falmer Press, 2005b.
- (10) Douglass, J. All Globalization is Local: Countervailing Forces and the influence on Higher Education Markets. CSHE Research and Occasional Papers Series, 2005a, January 05.
- (11) Edwin Mansfield, Microeconomics Author and application (New York: W.W. Norton & Company INC., 1975).
- (12) Eric A. Hanushek, Luger Wobmann. The Role of Education Quality in Economic Growth (Stanford: Hoover institution, 2007).
- (13) Gupta, A. International Trends in Private Higher Education and the Indian Scenario. CHSE Research & Occasional Paper Series, 2005, September.
- (14) Hans Vossensteyn. Fiscal Stress: Woldwide Trends in Higher Education. NASFAA. Journal of Financial AID, Vol. 34. No.1, 2004.
- (15) Hoxby, C.C., Prodcivity in education: The quintessential Upstream industry, Southern Economic Journal, 2004.

- (16) Ibrahim Dyar, Analyzing Education productivity, An essay Review, University of Arkansas at little rock, 26 August 2006. p5.
- (17) Ibrahim Dyar. Analyzing Education productivity: An Essay Review. University of Arkansas at little Rock, 26 August 2006.
- (18) Imam Farag, Higher Education in Egypt: The Realpolitic of Privatization, 2000, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/soe/cihe/newsletter/News18/text11.html.
- (19) J.E. Meade, ANeo-Classical Theory of Economic Growth, (New York: Oxford University Press, 1961).
- (20) James. Private finance and management of education in developing countries: major policy and research issues. International institute for Educational Planning (IIEP), Paris at: Saynal, 1991.
- (21) Kazuo Kuroda, Educational Productivity Research in the contexts of Developed countries, Hiroshima University, Vol 1 No. 1, 2004.
- (22) Lee.M.n.. Education in Malaysia: Towards Vision 2020. School Effectiveness and School Improvement, v10 n1, 86-98, Mar 1999.
- (23) Levin, C.R. (June 2002). The Effects of Competition between Schools on Educational Outcomes. Review of Educational Research, 72.
- (24) McCowan. T. Expansion without Equity: An Analysis of Current Policy on Access to Higher Education in Brazil. The international Journal of Higher Education and Educational planning, v53n5, May 2007.
- (25) Mello, SE Higher education in Brazil: recent evolution and current issues. Higher Education v2In2, 1991.
- (26) Mohamed, M,B. Malaysa 2020: From Visoin to Reality. The New Nation, 2004, December 19.
- (27) Mohsen El Mahdy Said. Country Higher Education Profile, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/soe/cihe/inhea/profiles/Egypt.htm

- (28) Mohsen El Mahdy Said. Country Higher Education Profile, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/soe/cihe/inhea/profiles/Egypt.htm
- (29) Nordin, M. R.. Public vs. private higher education in Malaysia: emerging issues and trends. 18th international conference on Higher Education. Ankara: Bilkent University, 2005.
- (30) P.M. Solow, A contribution to the theory of Economic Growth, Quarterly journal of economic, Vol 70, February 1950, pp. G5-94
- (31) Philip Steven and Martin Weale, Education and economic Growth, (London: national institute of Economic and social search, August 2003).
- (32) Pillai, V.N. Center, States must Help to Promote Higher education. The Hindu, P. 12, 2003, November 21.
- (33) Richard H. Mattoon. Can higher Education faster Economic Growth? (chicago, August 2006).
- (34) Richard K. Vedder, Going Brok by Degree: Why college costs too Much (Washington, Dc: AEL press, 2007).
- (35) Richard K. Vedder, Higer Education and Economic development (Ohio, Mackinca center, Jan, 2007).
- (36) Rolle, R.A. Thoughts on the future of educational productivity research, Peabody journal Education, 2004.
- (37) Sanyal, B. C - Diversification of sources and the role of privatization in financing of higher education in the Arab states region, UNESCO, working document in the series: International institute for Educational Planning (IIEP). No. 30. 1998.
- (38) Sanyal. based on James. E. 1991. Private Finance and management of Education in developing countries. Major policy and research issues. IIEP. Paris, 1998.
- (39) Schneider, P.T, What Research Can tell policymakers about school Choice. Journal of Policy Analysis and Management 20,4, 2001.

- (40) T.W. Swan, Economic Growth and Capital Accumulation, Economic Record, Vol, 32m November 1956.
- (41) Thoas O. Eisemon & Jamil Salmi., "increasing Equity in Higher Education: Strategies and Lessons from Experience. Available at <http://fin/iied/equity.htm>, 1995.
- (42) Times, T.E. Size of Private investments in Indian Higher Education. The Economic Times, New Delhi, 2003, May 05.
- (43) UNDD, Egypt Human development Report (1997/1998), 1998.
- (44) UNESCO. Decentralization 2005. P.2
- (45) Wacquant, L. Pierre Bourdieu and Democratic Politics. CA: Polity Press, 2005.
- (46) Wood hall, M., the international Encyclopedia of education, economics of education, 1985.
- (47) World Bank. Arab Republic of Egypt Higher Education Enhancement Project (HEEP). Washington D.C. World Bank, 2002.
- (48) World Bank. Arab Republic of Egypt, Higher Education, Report#PID9033, 2000.
- (49) World Bank. Arab Republic of Egypt. Higher Education. Report#PID9033.
- (50) A Brief Description of the Higher Education System
- (51) <http://www.aharam.org.eg/acpss/ahram/2001/1/1/Econ7.htm>
- (52) <Http://www.sis.gov.eg/Ar/Pub/yearbook/year200510102000000013.htm>
- (53) School Feeding – World Food Program. http://www.wfp.org/food_aid/sch.
- (54) www.businessdictionary.com

المواجهة التشريعية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية

دراسة في القانون المقارن والقانون الدولي لحقوق الإنسان

الدكتور / فايز محمد حسين محمد

أستاذ ورئيس قسم بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مقدمة

لا توجد مسألة شغلت المجتمع الدولي والمجتمع الداخلي، أكثر من مسألة كيفية تعزيز وكفالة وحماية حقوق الإنسان وحرياته. إذ تحتل حيزا كبيرا من الاهتمام على كافة المستويات، وخصوصا إن عصر العولمة، تمخضت عنه موضوعات وإجراءات ومشكلات أثرت تأثيرا سلبيا، على تمتع الإنسان بحقوقه وحرياته الأساسية.

وتتضمن الدساتير المعاصرة على نصوص متعلقة بحقوق الإنسان وحرياته، بل أن البعض منها تضمن ما يتضمن، حظرا صريحا ومباشرا للاتجار بالبشر *Human trafficking* بوصفه أكثر أشكال اعتداء على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

ولعل أشهر الدساتير الحديثة، التي تضمنت حظرا للاتجار بالبشر، هو الدستور المصري ٢٠١٢، والذي حظر صراحة الاتجار بالأعضاء، والعمل الجبري، وحظر كل صور القهر، والاستغلال القسري للإنسان وتجارة الجنس.

من المسلم به إن ظاهرة الاتجار بالبشر *Human trafficking* أصبحت محل اهتمام كبير على المستويين الوطني والدولي، إذ صدرت المواثيق الدولية، ووضعت التشريعات الداخلية، ورسمت السياسات الوطنية والدولية للتعاون الدولي، ووضعت الخطط الإستراتيجية لمنع وقمع ومكافحة عمليات الاتجار بالبشر.

تتضمن جرائم الاتجار بالبشر، ما يشكل اعتداء على كافة حقوق الإنسان وحرياته، ولذا صنفت بأنها من الجرائم ضد الإنسانية *Crimes*

against.humanity تعد صور عمليات الاتجار بالبشر، بتعدد صور استغلال الضحايا، ما بين الاتجار بالجنس، الاتجار بالعمال، الاتجار بالأطفال، الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية..

تتضمن الشريعة الإسلامية على كل ما يحرم ويمنع ويعاقب على صور الاتجار بالبشر، ويتضح ذلك من مجرد استقراء أحكام الشريعة الإسلامية والمقاصد الشرعية، فالشريعة الإسلامية، حرمت الدعارة واستغلال الإنسان لغيره، وأوجبت رعاية العمال والأطفال.. الخ.

يدور محور الاهتمام في تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر على حماية المجني عليه (الضحية)؛ ولذا استقرت هذه التشريعات، واتفقا مع ما تضمنته المواثيق الدولية المتعلقة بمنع ومكافحة الاتجار بالبشر، وخصوصا بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠ (المسمى بروتوكول باليرمو) على النص على حقوق للمجني عليه، مثل الحق في المساعدة القانونية، الحق في الرعاية الصحية،... الخ، فضلا عما تتضمنه هذه التشريعات من أحكام استثنائية عن الأصل للقرر في قوانين العقوبات، مثل تقرير عدم مسئولية المجني عليه المدنية والجنائية، وعدم الاعتراف برضاه عن الاستغلال، بالإضافة إلى تقرير المسئولية الجنائية للشخص المعنوي بالتضامن مع الشخص الطبيعي، منح المجني عليه، الإيواء أو الإقامة في الدولة التي وقعت فيها الجريمة، وإلى غير ذلك من أحكام مرجعها خصوصية جريمة الاتجار بالبشر.

يعد الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية Organ trafficking من أحدث صور الاتجار بالبشر، إذ ظهر مع تقدم علم الطب والجراحة، ونجاح عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية. وتعتبر عمليات الاتجار بالأعضاء، أكثر صور الاتجار بالبشر تعقيدا، بل إنه من الصعوبة بمكان اكتشافها؛ هذا من جهة، ومن جهة ثانية، أكثر صور الاتجار بالبشر، أثرا على الأمن القومي. وخصوصا مع تزايد حالات الاتجار بأعضاء الأطفال، والعمال المهاجرين وخصوصا غير الشرعيين.

والاتجار بالأعضاء البشرية Organ Trafficking صورة أساسية

للاتجار بالبشر، مثل الاتجار بالنساء بغرض الاستغلال الجنسي، والاتجار بالعمالة والاتجار بالأطفال والعمل الجبري... الخ. وفي معظم حالات الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية، يكون المجني عليه من الفقراء والعمال والأطفال، واللذين يتمتعون بصحة جيدة. وتحظر القوانين المقارنة الاتجار بالأعضاء والأنسجة، وكذلك القانون المصري.

ونظراً لأهمية مكافحة عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية والأنسجة، وما يترتب عليها من مخاطر متعددة، ولما تنطوي عليه من اعتداء على كافة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فقد نص الدستور المصري - دستور ٢٠١٢ صراحة في المادة ٤١ على حظر الاتجار بالأعضاء، والتي نصت على ما يلي (جسد الإنسان حرمة، ويحظر الاتجار بأعضائه. ولا يجوز أن تجري عليه التجارب الطبية أو العملية بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في العلوم الطبية، وعلى النحو الذي ينظمه القانون) ولقد ورد هذا النص في الفصل الأول المتعلق بالحقوق الشخصية من الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات.

ومن جهة ثانية فقد حظرت المواثيق الدولية والقوانين الداخلية، الاتجار بالأعضاء البشرية، ولقد خطى المشرع المصري - وكذلك المقارن - خطوات كثيرة في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث أصدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ والذي وضع تنظيمياً لزرع الأعضاء البشرية وكذلك القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، بالإضافة إلى النصوص الواردة في قانون العقوبات والقوانين واللوائح الأخرى ذات الصلة مثل قانون الطفل وقانون العمل. ويضاف إلى ما سبق، إن الخطة الإستراتيجية المصرية لمكافحة الاتجار بالبشر ٢٠١٢ تتضمن مكافحة الاتجار بالأعضاء بالبشرية.

ومن المسلم به إنه قد ترتب على تطور الأبحاث العلمية الطبية وعلم الجريمة أدى إلى زيادة الجرائم المرتبطة بالمهن الطبية: ومنها جريمة الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية. وترتبط عمليات الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية بالجرائم المنظمة وبوجه خاص تهريب المهاجرين، حيث ثبت كثيراً

تورط جماعات إجرامية منظمة في إرغام المهاجرين على تقديم أحد الأعضاء لتسوية ديونهم^(١).

من المسلم به أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، معقدة الجوانب حيث تتنازعها جوانب إنسانية واجتماعية وطبية وقانونية. فمن ناحية فالمرضى الذي يسعى نحو ممارسة حقه في العلاج والصحة وسلامة الجسد؛ تأكيداً للحق في الحياة. ومن ناحية ثانية، نجد الضحية وهو شخص في حالات كثيرة يكون محتاجاً، فيضطر إلى التخلي كراهية أو طوعاً عن عضو من أعضائه من أجل الحصول على المال اللازم لمعيشته ومن يعول، خصوصاً في ظل تفاقم مشكلة الفقر. ومن ناحية ثالثة، ساعد التقدم الطبي على اللجوء إلى عمليات زرع الأعضاء؛ ولكن من ناحية أخرى، نجد القانون بوصفه القاعدة العامة التي تفرض نموذجاً معيناً للسلوك يترتب على مخالفته توقيع جزاء، يقف حجر عسرة أمام كل من يحاول مخالفة النمط المرسوم قانوناً؛ لمسألة نقل وزرع الأعضاء^(٢).

(١) د. محمد مطر: مكافحة الاتجار بالبشر طبقاً للشريعة الإسلامية، ٢٠١١، ص ١٤ وما بعدها؛ د. رادية تيتوش: جريمة الاتجار بالبشر العابرة للحدود (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير، ٢٠١٠، ص ٨٥؛

UNDOC: Experts meet in Vienna to address the trafficking of persons for the removal of organs at: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>,

(٢) د. سهير لطفي: الاتجار في الأعضاء البشرية في إطار الاتجار بالبشر - الفصل الأول: الجوانب المنهجية للبحث، وزارة الخارجية مشروع دعم القدرات في مجال حقوق الإنسان، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والقانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٠ - ١١؛

IOM Vienna & BMI: Resource Book for law enforcement officers on Good Practices in combating child trafficking, 2008, p. 8-11; Calinka Watson: The organized Crime of Organ Trafficking, 2006, p. 8-19; G.Wylie. P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 8-12, Lorena Archa: Theoretical perspectives on Understanding=

ومن جهة ثالثة، فجرمة الاتجار بالأعضاء لها معالم خاصة، حيث الضحايا فقراء جدا، والمستفيدون أغنياء جدا، والفاعل أو الشركاء من المهن الطبية، كلهم يسعون نحو حياة أفضل ولكن كل واحد بطريقته الخاصة. الضحية عن طريق البيع الاختياري أو الإجباري لعضو من أعضاء جسمه حتى يعيش، والمستفيد من النقل والزرع شخص غنى يحاول أن ينعم بالحياة ولو لفترة قصيرة بماله وعلى حساب حياة الآخرين، أما الفاعل أو الشرك، ففي الغالب الأطباء، الذي خالف شرف مهنته وتناسي الاعتبارات لإنسانية والدينية وقبل الاشتراك وقد يكون الفاعل أو الوسيط في عملية الاتجار بالأعضاء.

ومن أهم مخاطر الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية، جريمة الاتجار بأعضاء الأطفال، حيث يتم خطف الأطفال من أجل استئصال أعضاؤهم وبيعها^(١).

ومن الغريب في الأمر، أن يقول البعض انطلاقاً من بعض الاعتبارات العملية المتعلقة بصعوبة تفادي المعاوضة على الأعضاء البشرية (... ومن هنا كان يتعين على المشرع أن يقتصر على تحريم الاتجار بالأعضاء البشرية، مع إباحة التعاوض عليها ما دام الغرض من ذلك هو

=slavery: Past and present challenges, In; G.Wylie.P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 30-45; Maria P. & Torsten Martiz: Trafficking for sexual exploitation, Researching the Demand side, In: G.Wylie. P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 123-150; R. Anddrijasevic: Migration, Agency and Citizenship in Sex trafficking, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 11-14; Jill. E. B. Coster Van Voorhout: Human labor trafficking, In Utrecht Law Review, Vol. 3, Issue2, December 2007, p. 43 – 45.

(١) د. رادية تيموش: جريمة الاتجار بالبشر العابرة للحدود (دراسة مقارنة) – رسالة ماجستير، ٢٠١٠، ص ٨٥.

العلاج وليس الاتجار^(١).

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن عدم حصول الجراح على رضا المريض يجعل إجراء العملية عملاً غير مشروع، ويسأل عن جريمة عمدية^(٢).

ولقد أصدر المشرع المصري القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء، استجابة لضرورات الواقع الاجتماعي، بالإضافة إلى صدور تشريعات في هذا الصدد في الكثير من الدول العربية والأجنبية. ومن جهة أخرى أشارت المادة الثانية من قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ إلى اعتبار (استئصال لأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها) صورة من صور الاتجار بالبشر. وبناء عليه فالاتجار بالأعضاء ممنوع قانوناً في مصر بمقتضى النص سالف الذكر. بالإضافة إلى نصوص قانون العقوبات ونصوص القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع ونقل الأعضاء. ولقد أشارت العديد من القوانين المقارنة ويوجه خاص قوانين مكافحة الاتجار بالأشخاص إلى تجريم الاتجار بالأعضاء.

ويضاف إلى ما سبق، ارتفاع العديد من أصوات الفقهاء للمطالبة لضرورة سرعة إصدار مكنون ينظم نقل الأعضاء، لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء، بهدف تفعيل الحق في الصحة ومنه حماية حق الإنسان في التصرف في سلامة الجسد، وللإستفادة من التطور الطبي في هذا المجال^(٣). لقد أثير خلاف بين الشراح حول السبب القانوني لإباحة عملية نقل الأعضاء، نظراً لأن استئصال عضو من جسد المعطى غير مباح جنائياً، لأنه يتطابق مع النموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسد،

(١) د. جاسم على سالم: نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة،

مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٥، العدد الأول والثاني، ١٩٩٥، ص ٢٨٣.

(٢) د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعه نقل وزرع الأعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ١٠٠.

(٣) د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، ص ٢٣٢.

الأمر الذي يرتب المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب الجراح^(١). ويرجع تاريخ تجارة الأعضاء إلى أواخر القرن العشرين عندما نجحت عمليات زرع ونقل الأعضاء. وقد بدأت عمليات الزرع بزرع الجلد، وأول عملية زراعة نجحت كان ذلك في عام ١٩٥٤ وبعد ذلك توالى عمليات زرع الأعضاء وخصوصاً الكلي والكبد والقلب والرئة وتقدمت هذه الجراحات كثيراً الآن.

خطة الدراسة:

نتناول هنا أساسيات المواجهة التشريعية للاتجار بالأعضاء البشرية في النظام القانوني المصري مقارنة بالمواثيق الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر وصوره المختلفة والقوانين الداخلية.

- المبحث الأول: عناصر الاتجار بالأعضاء البشرية
- المبحث الثاني: الأبعاد القانونية والاجتماعية للاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون الدولي لحقوق الإنسان ومكافحة الاتجار بالبشر
- المبحث الثالث: الإطار القانوني لمكافحة الاتجار بالأعضاء في القانون الدولي لحقوق الإنسان وفي القانون المصري
- المبحث الرابع: تنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بها

المبحث الأول

عناصر الاتجار بالأعضاء البشرية

مقدمة وتقسيم:

انشغل المجتمع الدولة والإقليمي والمحلي بقضية مكافحة الاتجار بالبشر. فصدرت القوانين وانهقدت المؤتمرات وصدرت الإعلانات ووضعت المعاهدات والبروتوكولات لمجابهة رق العصر الحديث، وهو الاتجار بالبشر. ومنه صورة الاتجار بالأعضاء.

ومن المتفق عليه أن ظاهرة الاتجار بالبشر **Human trafficking**

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث: المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

ليست حديثة العهد، بل إنها قديمة قدم الإنسانية ذاتها، فالرق والاسترقاق وتجارة العمالة والتسول والدعارة... وغير هذا، كلها أفعال وجدت في كافة المجتمعات القديمة، بغض النظر عن طبيعة أنظمتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية، وما زالت موجودة في كل المجتمعات المعاصرة، ولكن بصورة أوسع وأعمق أثرا، وأصبحت ليست على المستوى الداخلي (الاتجار بالبشر الداخلي) فقط بل أصبحت موجودة أيضا على المستوى الدولي (الاتجار بالبشر الدولي).

ولكن الاتجار بالأعضاء شكل حديث العهد من الاتجار بالبشر، إذا أنه ظهر لما تطور الطب ونجحت تجارب عمليات زرع الأعضاء، فوجد الطلب على الأعضاء البشرية والأنسجة، الأمر الذي دفع الدول إلى تنظيم زرع الأعضاء، ولكن النجاح الهائل في عمليات زرع الأعضاء، أدى إلى زيادة الطلب عليها، ومع قلة المعروض منها، ومع تقييد عمليات التبرع بالأعضاء، والفساد الوظيفي والضمير، انتشر الاتجار بالأعضاء البشرية، وصارت تجارة رائجة، ومن هنا بدأ يتنبه المجتمع الدولي والمشرع الوطني إلى خطورتها، فوضعت القانوني وصدرت إعلانات الحقوق وأبرمت الاتفاقيات الدولية لمكافحة هذه الجريمة النكراء.

وفي معظم الحالات ينصب الاتجار بالأعضاء على الكبد والكلية، نظرا لأن عمليات زراعتها شهدت تقدما ملحوظا في الفترات الأخيرة. هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، من خلال رصد حالات الاتجار بالأعضاء وجد إنها تصنف على ثلاثة صور هي: الصورة الأولى: حالات استخدم فيها العنف والقوة وإجبار الضحايا ويتم نزع الأعضاء بالقوة، وهناك حالات ثانية، تصدر فيها موافقة معينة من الضحية أو لم توافق صراحة، تحت الغش والخداع، وقد يتم خداعها بالمال وفي حالات كثيرة لا يأخذ الضحية ما تم الاتفاق عليه من الجناة، حتى أن أخذ يأخذ مبلغا زهيدا، في حين أن الجاني يأخذ مبلغا كبيرا من المريض، وهنا أيضا حالات ثالثة، لضحايا مستضعفين، وهؤلاء هم المهاجرين الغير شرعيين والأطفال، مع ملاحظة

أن عمليات الاتجار بالأعضاء تصيب كل الأعمار وكل الفئات (١) (٢).
والاتجار بالأعضاء على صورتين: الاتجار الدولي بالأعضاء،
والاتجار الداخلي بالأعضاء. ولكي تتوافر عملية الاتجار بالأعضاء لا بد
من تحقق العناصر الآتية: السلوك (أو الفعل) والوسائل والقصد
الاستغلال وهو هنا قصد استغلال العضو أو النسيج.

بادئ ذي بدء، من الثابت في كتابات الاتجار بالبشر والاتجار
بالأعضاء البشرية، إنه طبقاً لتصنيف الثلاثي للدول طبقاً لإحصائيات
والتقارير الداخلية والإقليمية والعالمية بشأن الاتجار بالبشر. أن هناك دول
مصدره Sending State ودول مستوردة (مستقبلية) Receiving State
ودول عبور (ترانزيت) Transit State. ويختلف الاتجار بالبشر السائد
فيها، فقد تكون دول مصدرة نوع ما من صور الاتجار بالبشر (مثلاً دولة
مصدرة للعمالة الجبرية) ونفس الوقت دولة مستقبلية لنوع آخر من صور
الاتجار بالبشر (كالسياحة الجنسية أو الاتجار بالنساء للأغراض الجنسية، أو
الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية؛ ولذا فما من دولة في العالم يتوقف
دورها فقط عند حد الاستقبال فقط أو الإرسال فقط أو العبور فقط، بل

(١) انظر:

<http://globalroomforwomen.com/global-heart-blog/entry/-un-launches-global-initiative-to-halt-trafficking-for-human-body-organs-of-girls-and-women.html>;

Shaun D. Pattinson: Bioethics and Human rights, 27
Med&L.191, 2008.

(٢) انظر:

Dominik Mieller: The Future Role of Parliaments in the
Prevention of Trafficking in Human Beings by Example of the
European, German and Hungarian Parliaments, Berlin, 2002,
p. 3.

Sheri R. Glaser: Formula to Stop the Illegal Organ trade:
Presumed Consent Laws and Mandatory Reporting
Requirements for Doctors,

كل دول العالم ، وهذا يتوقف على موقعها الجغرافي ومستواها الاقتصادي ومدى مكافحة نظامها القانوني للاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء ، والتنظيم القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بها.

المطلب الأول

تعريف الاتجار بالأعضاء

الاتجار بالأعضاء البشرية صورة من صور الاتجار بالبشر. ويقصد بالاتجار بالبشر طبقاً للمادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام ٢٠٠٠ ما يلي: (يقصد بتعبير "الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف ، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال ، كحد أدنى ، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي ، أو السخرة أو الخدمة قسراً ، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرقيق ، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

ويقصد بنزع زرع الأعضاء طبقاً لتوصية الاتحاد الأوروبي ما يلي :

the term "transplantation" covers the complete process of removal of an organ or tissue from one person and implantation of that organ or tissue into another person, including all procedures for preparation, preservation, storage and transportation; the term "removal" refers to removal from the body of an organ or tissue intended for transplantation, by a surgical procedure or by other means

ومن جهة أخرى ، هناك ارتباط وثيق بين الحق في سلامة الجسد والاتجار بالأعضاء البشرية ، إذ أن الاتجار بالأعضاء يمثل مساساً يلحق في سلامة الجسد ولذا يتطابق مع النموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسد. ومن المعروف أن قواعد قانون العقوبات تهدف إلى حماية

الحق في سلامة الجسد بالإضافة إلى حمايتها للحقوق الأخرى.
والسمة المميزة للاتجار بالأعضاء إنه جريمة يقوم بها شبكات
منظمة عابرة للحدود الوطنية أو من العاملين بالمهن الصحية والطبية
كالأطباء ورجال الإسعاف وأصحاب المستشفيات الخاصة^(١)؛ وإنه يتم في
الخفاء، ولذا فهو صعبة الضبط والمراقبة^{(٢)(٣)}.

الاتجار بالأعضاء البشرية أشد صورة من صور الاتجار بالبشر دناءة
وخسة، نظراً لأنه يقع غالباً بواسطة سماسرة الأعضاء الذين يعملون
لحساب جماعات إجرامية منظمة دولية، أو قد يقوم بها على نحو مستقل
أطباء وسائقو سيارات الإسعاف أو عمال المشراح ودفن الموتى^(٤).

لم تظهر مشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية، إلا بعد تقدم علم
الجراحة وعلم نقل وزراعة الأعضاء البشرية وبالتالي زادت عمليات
زراعة ونقل الأعضاء والأنسجة البشرية، فزاد الطلب على الأعضاء
البشرية. ويضاف إلى ما سبق، إن الفقر هو السبب الثاني الأساسي الذي
يساعد على انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث ثبت في الكثير
من الحالات التي تم فيها رصد الاتجار بالأعضاء، وجد أنها كانت بهدف
الحصول على المال من أجل الحياة والخروج من الفقر.

ومكافحة تجارة الأعضاء البشرية مقترنة بضرورة قيام نقابات الأطباء
والعاملين في مجال الخدمات الطبية والصحية بمراقبة من ينتمون إليها بميثاق

(١) د. محمد مطر: مكافحة الاتجار بالأشخاص.. المرجع السابق، ص ٨٠.
(٢) د. سهير لطفى: الاتجار في الأعضاء البشرية في إطار الاتجار بالبشر - الفصل الأول:
الجوانب المنهجية للبحث، وزارة الخارجية مشروع دعم القدرات في مجال حقوق
الإنسان، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والقانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٦.
(٣) انظر:

**The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and
Transplant Tourism, 2008.**

(٤) د. سهير لطفى: الاتجار في الأعضاء البشرية في إطار الاتجار بالبشر - الفصل الأول:
الجوانب المنهجية للبحث، وزارة الخارجية مشروع دعم القدرات في مجال حقوق
الإنسان، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والقانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٦.

شرف المهنة ومراعاة الأصول العلمية - الأخلاقية لممارستها. إذ أنه من البديهي لو رفض الأطباء والجراحين تحت وازع الضمير الالتزام بمواثيق شرف المهنة، بالاشتراك في عمليات زرع الأعضاء التي تتضمن الاتجار بالأعضاء. فبلا شك، إننا نكون بهذا وصلنا إلى الوسيلة الفعالة والناجحة لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث تكون قد قطعت أهم حلقاتها إذ لا يوجد من يتاجر بالأعضاء أو من يقبل منه السلع (الأعضاء البشرية).
ويجب التركيز على ضرورة مراعاة الحقوق المقررة لضحايا الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث إنهم في غالب الحالات يتعرضون المجني عليهم لمشاكل صحية كبيرة ونفسية أيضاً بعد عمليات بيع الأعضاء، وغالباً ما لا يقدون على علاج أنفسهم أما تحت تأثير الخزي والخوف من افتضاح أمرهم أو بسبب فقرهم. فالضحايا بحاجة إلى الرعاية الصحية، وانطلاقاً من هذا، فنجد أن البرتوكول وكذلك قوانين الاتجار بالبشر، قد اضطرت جميع قوانين مكافحة الاتجار بالبشر على نصوص متعلقة بحق الضحايا في الرعاية الصحية.

ولكن بالرغم من أن الاتجار بالأعضاء هو شكل من أشكال الاتجار بالبشر، ولكنه يتميز ببعض الجوانب التي لا تتوافر في بعض أشكال الاتجار بالبشر؛ ولذا قيل عنه ما يلي^(١).

(This form of trafficking in persons follows patterns similar to other forms of human trafficking (e.g. exploitation of vulnerable populations), but intrinsically contains significant differences. Some of the actors and modus operandi of this crime stand in sharp contrast to other forms of trafficking in persons, e.g. the requirement of medical professionals, the matching of an organ recipient, the duration of exploitation and the subsequent release of the victim. Knowledge of these practices is not well known and,

(١) انظر:

<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>

resultantly, the response globally has been, at best, uneven).

ويعتبر تعريف الاتجار بالبشر الوارد في نص المادة الثالثة من البروتوكول هو التعريف النموذجي الذي اتخذته الكثير من التشريعات المتعلقة بشأن مكافحة الاتجار بالبشر كنموذج لها^(١). ويتضح من التعريف إنه قد تضمن العناصر الأساسية لجريمة الاتجار بالبشر، وتضمن أيضا أشكال الاستغلال، ومن نزاع الأعضاء. وانطلاقا من هذا التعريف، صاغ الشراح تعريفات كثيرة للاتجار بالأعضاء.

وضعت تعريفات عديدة للاتجار بالأعضاء، منها نذكر على سبيل المثال ما يلي من تعريفات: فقد قيل يقصد بالاتجار بالأعضاء البشرية (جعل أعضاء جسم الإنسان محلا للتداول وإخضاعها لمنطق البيع والشراء). وقيل أيضا يقصد به: (قابلية أعضاء جسم الإنسان للتعامل المالي والسماح بتداولها بيعاً أو شراء بعد فصلها عن صاحبها رضاً أو بالإكراه والسماح بنقل ملكيتها إلى شخص آخر)^(٢). وقيل يقصد بتجارة الأعضاء organ trade تجارة الأعضاء بغرض النقل والزرع

organ trade (trafficking) is the trade of organs for the purpose of organ transplantation).^(٣)

(١) يمكن القول بحق أن تعريف الاتجار بالبشر الوارد في البروتوكول قد اقتبسته التشريعات الداخلية نصاً ولغة، مع بعض الاختلافات الضئيلة.

(٢) د. إبراهيم دراجي، الاتجار بالأعضاء البشرية، المنظمة الدولية للهجرة، ٢٠٠٩، ص ٦١.

(٣) بعض الفقهاء قاموا بتعريف الاتجار بالأعضاء من خلال تعريف الاتجار بالبشر طبقاً للمادة الثالثة من البروتوكول انظر:

D.A.Budiani- Saberib and F.L. Delmanco: organ trafficking and transplant tourism, 8 American journal of transplantations, 2008, p. 925- 929 (Organ trafficking entails the recruitment, transport, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threatening use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power, of a position of vulnerability, of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person=

وقيل أيضا يقصد بالاتجار بالأعضاء البشرية: توفير الأعضاء البشرية على نحو غير مشروع لأولئك الذين يحتاجون إليها ويستطيعون تحمل تكلفتها وعلى أخذ هذه الأعضاء ضمن الأفراد الذين يعانون فقراً مدقعاً، والذين قد يكونون، أو قد لا يكونون، على بينة مما تنطوي عليه هذه العملية، أو من عواقبها^(١).

ويعتبر من التعريفات المستقر عليها للاتجار بالأعضاء، التعريف الوارد في إعلان اسطنبول عن الاتجار بالأعضاء وسياسة الزرع Declaration of Istanbul on Organ trafficking and transplant tourism 2008، حيث جاء به التعريف الأتي للاتجار بالأعضاء:

(Organ trafficking is the recruitment, transport, transfer, harboring, or receipt of living or deceased persons or their organs by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability, or of the giving to, or the receiving by, a third party of payments or benefits to achieve the transfer of control over the potential donor, for the purpose of exploitation by the removal of organs for transplantation)

ونرى من جهتنا أن الاتجار بالأعضاء يقصد به (التعامل في الأعضاء أو الأنسجة أو جزء منها البشرية، بغرض الاستغلال وهو صورة من صور الاتجار بالبشر) ومكونات عمليات الاتجار بالأعضاء هي مجموعة أفعال

=having control over another person, for the purpose of exploitation by the removal of organs, tissues or cells for transplantation. The reason to oppose organ trafficking is the global injustice of using a vulnerable segment of a country or population as a source of organs (vulnerable defined by social status, ethnicity, gender or age).

(١) د. محمد مطر: مكافحة الاتجار بالأشخاص، مرجع سابق، ص ٧٩.

<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>

Actions ومجموعة وسائل Means ثم الغرض الاستغلالي.

المطلب الثاني

أفعال الاتجار بالأعضاء

الاتجار بالبشر بالأعضاء هو نشاط اقتصادي غير مشروع؛ لأن الأعضاء والأنسجة البشرية بطبيعتها خارجة عن طبيعة التعامل التجاري. ومكونات عملية الاتجار بالبشر من خلال تحليل المادة الثانية من بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠ المكمل لاتفاقية منع وقمع ومكافحة الاتجار بالأشخاص وحقوق النساء والأطفال ٢٠٠٠، هي مجموعة أفعال ومجموعة وسائل وقصد الاستغلال. ومجموعة الأفعال هي: التجنيد - النقل - التنقل - الإيواء - الاستقبال^(١).

أولاً: التجنيد:

يقصد بالتجنيد (تطويع الأشخاص داخل الحدود الوطنية أو خارجها سواء تم ذلك عن طريق استخدام وسائل قهرية أو غير قهرية، بقصد

(١) د. هشام المبارك: المقالة السابقة، ص ٨؛

IOM Vienna & BM.I: Resource Book for law enforcement officers on Good Practices in combating child trafficking, 2008, p. 8-11; Calinka Watson: The organized Crime of Organ Trafficking, 2006, p. 8-19; G.Wylie. P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 8-12, Lorena Archa: Theoretical perspectives on Understanding slavery: Past and present challenges, In; G.Wylie. P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p.30-45; Maria P. & Torsten Martiz: Trafficking for sexual exploitation, Researching the Demand side, In: G.Wylie. P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p.123-150; R. Anddrijasevic: Migration, Agency and Citizenship in Sex trafficking, Palgrave, Macmillan, 2010, p.11-14; Jill.E.B. Coster Van Voorhout: Human labor trafficking, In Ulrecht Law Review, Vol. 3, Issue2, December 2007, p. 43 - 45.

الاتجار بهم^(١)؛ ويرى البعض أن التجنيد هو التجنيد القسري والذي يقصد به (أخذ ضحايا الاتجار عنوة بعيدا عن موطنهم الأصلي لإجبارهم وإكراههم على تنفيذ ما يطلب منهم ويعنى ذلك أن السمة الغالبة هنا القوة واستخدام العنف لاقتياد شخص ما بعيد عن محل إقامته الدائم)^(٢). ومن جهتنا نرى أن المقصود بالتجنيد هو حشد أو جمع الأشخاص فقط، وقد يكون هذا الجمع عن طريق مجموعة الوسائل المشار إليها في البروتوكول والتشريعات الوطنية، أو دون استخدام هذه الوسائل، وفي الحالة الأولى، يكون الشخص القائم بالحشد والجمع مسئولاً عن جريمة اتجار بالبشر إذا توافره لديه قصد الاستغلال وتحقيق ذلك في شكل من أشكال الاستغلال، كالاتغلال في الدعارة أو نزع الأعضاء. وفي الحالة الثانية، حيث تحقق الحشد والجمع فقط، ودون استخدام الوسائل المشار إليها، ولم يتوافر لديه قصد الاستغلال، فلا نكون بصدد فعل من الأفعال التي تشكل عنصرا من عناصر جريمة الاتجار بالبشر.

خلاصة الأمر، أن التجنيد هو الجمع والحشد، وهو في حد ذاته لا يشكل فعلا إجراميا إلا إذا اقترن بأفعال خارجية تبين القصد الحقيقي من وراء الحشد والجمع، فقد يكون بقصد التظاهر أو قد يكون بقصد القيام بأعمال تخريب، وقد يكون بقصد الاتجار بمن تم حشدهم. ويفسر ما سبق، أيضا، مدى الاهتمام الكبير، الذي يشغله ركن الاستغلال وأشكاله في قيام جريمة الاتجار بالبشر.

ويتم هذا الفعل في جريمة الاتجار بالأعضاء من خلال قيام الجاني (التاجر) بحشد الأفراد، مستخدما أحد الوسائل، كالقوة مثلا أو استغلال حالة استضعاف، من أجل نزع عضو أو أكثر من أعضائهم أو نسيج من

(١) مستشار عادل ماجد: مكافحة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في: مؤلف مشترك: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، ج ١، الرياض، ٢٠١٠، ص ١٤٦.

(٢) د. هشام المبارك: الاتجار بالبشر، جامعة نايف للعلوم الأمنية: المرجع السابق، ص ٨.

الأنسجة البشرية منهم.

ثانياً: النقل:

يقصد بالنقل، تحريك الأشخاص من مكان إلى آخر، والنقل على صورتين، النقل الداخلي للأشخاص، من مدينة إلى أخرى أو منطقة إلى أخرى، والنقل الدولي للأشخاص، من دولة إلى أخرى أو أكثر. أي عبر حدود الدولة.

ويؤثر نوع النقل على نوع جريمة الاتجار بالبشر - في حالة توافر الشروط الأخرى بجانب النقل - فالاتجار الدولي للبشر، يفترض نقل الأشخاص المتجر بهم من دولة إلى أخرى، أما الاتجار الداخلي للبشر، فهو الاتجار بالبشر داخل حدود الدولة، كما في حالة نقل الأشخاص من القرية للاتجار بهم في المدينة، أو نقلهم من محافظة إلى أخرى للاتجار بهم في شكل أو أكثر من أشكال الاستغلال الاقتصادي أو الاستغلال الجنسي أو الاستغلال في الاتجار بالأعضاء للأشخاص^(١).

وتوضيحا لما سبق، فالشخص الذي يقوم بنقل أفراد من القرى لبيع أعضاءهم في المدينة يعد مرتكبا لجريمة اتجار بالأعضاء، عن طريق وسيلة

(١) انظر: د. هشام المبارك: المقالة السابقة، ص ٨؛ مستشار عادل ماجد: مكافحة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني للدولة الإمارات العربية المتحدة: المرجع السابق، ص ١٤٨ وما بعدها؛ د. محمد مطر: المرجع السابق، ص ٨٧ وما بعدها؛ د. رادية تيتوش: المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها؛

G.Wylie.P.McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 8-12, Lorena Archa: Theoretical perspectives on Understanding slavery: Past and present challenges, In; Maria P. & Torsten Martiz: Trafficking for sexual exploitation, Researching the Demand side, In: G.Wylie. P. McRedmond: Human trafficking in Europe, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 123-150; R. Andrijasevic: Migration, Agency and Citizenship in Sex trafficking, Palgrave, Macmillan, 2010, p. 11-14; Jill.E.B. Coster Van Voorhout: Human labor trafficking, In Ulrecht Law Review, Vol. 3, Issue2, December 2007, p. 43 - 45.

التهديد أو استغلال حالة ضعف. وكذلك مكاتب توظيف العمال بالخارج والداخل، عندما تقوم بالاتجار بالعمال من القرى والمدن إلى دول الخليج، وكذلك من القرى إلى العمل بالمدينة.

ومن أشهر الأمثلة على فعل النقل، قيام بعض العصابات مؤخرًا بنقل الكثير من الأفارقة عبر الحدود الشرقية لمصر ومن خلال معابر سيناء، للاتجار بأعضائهم في إسرائيل، وفي بعض الأحيان ثبت قيام الجناة بالاستيلاء على أعضاء الأفراد في مرحلة النقل ثم قاموا بقتلهم بعض ذلك.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن جريمة الاتجار بالأعضاء مرتبطة في الكثير من الأحيان بجريمة تهريب المهاجرين، وكذلك بجريمة الخطف وخصوصاً خطف الأطفال.

ثالثاً: التنقيط:

يقصد بالتنقيط (النقل الإجباري للأشخاص من مكان إلى آخري أو من عمل إلى آخري بقصد الاتجار بهم واستغلالهم)^(١)، وأكثر جرائم الاتجار بالأشخاص يتخذ فيها السلوك الإجرامي صورة التنقيط، ومنها الاتجار بالأعضاء. والتنقيط قد يكون في داخل حدود الدولة، وهنا نكون بصدد جريمة اتجار داخلي بالبشر. وقد يكون بين دولتين أو أكثر فهنا نكون بصدد جريمة اتجار دولي بالبشر.

وبناء على ما سبق، يتضح إن فعل التنقيط يتضمن الإبعاد القسري للأشخاص محل الاتجار من نقطة إلى أخرى، وإنه يتحقق بالإرادة المنفردة للجاني في جريمة الاتجار بالبشر، وقد يصاحب التنقيط إلحاق أذى بدني بالضحية^(٢).

وفي غالب الحالات يتم التنقيط في ظروف إنسانية قاسية، لا تتوافق

(١) مستشار عادل ماجد: مكافحة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٤٧؛ زادية تيتوش: جريمة الاتجار بالبشر.. المرجع السابق، ص ١٦؛ د. فتحة قوراري: المرجع السابق، ص ١٠٢.
(٢) د. فتحة قوراري: المرجع السابق، ص ١٠٢.

مع الكرامة الإنسانية، وفي غالب الأحيان تعرض الأشخاص لمخاطر كثيرة، كالأذى البدني والأمراض، فمثلا يتم تنقيط الأفراد في وسائل نقل رديئة غير صالحة لنقل الأفراد، حتى تكون عملية الترحيل، بعيدة عن إمكانية الوصول إليها من أجهزة التفتيش، وفي غالب الأحيان تتم عمليات الترحيل في ظروف قاسية، حيث يسلك الجناة طرق وعرة في الجبال والغابات والأنهار وفي أوقات غير مناسبة. ومن أمثلة الترحيل، ترحيل مجموعة من العمال من الدولة إلى دولة أخرى، ليتم إجبارهم على العمل في أماكن بعيدة وفي ظروف عمل غير آمنة، وفي ساعات كثيرة وبأجور متدنية جدا، أو بدون أجر، وكذلك الاتجار بأعضائهم.
رابعاً: الأيواء:

يقصد بالإيواء: يقصد بالإيواء تدبير مكان لضحايا الاتجار بالبشر. فهو تدبير مكان آمن؛ لإقامة ضحايا الاتجار في بلد المقصد وتذليل كافة الصعوبات التي تواجههم بغرض استغلالهم في تلك الفترة، وقد يتضمن الإيواء توفير السكن ومقتضيات المعيشة من مأكول وملبس ومشرب أو كذلك إيجاد فرصة عمل تتضمن في باطنها استغلالهم في أعمال غير مشروعة^(١) وفي هذه الحالة يكون نشاط الجاني متضمناً فعل الاستقبال والإيواء معاً^(٢).

ودون شك يمثل الإيواء أكثر الأفعال التي تقع بها جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، إذ يقوم الجناة بتوفير الإيواء للضحايا في الفنادق أو شقق مفروش أو الإيواء في المستشفيات أو الأماكن التي يتم بها عملية

(١) رادية تيتوش: المرجع السابق، ص ١٧؛ د. هشام مبارك: المقالة السابق، ص ١١.
(٢) وجددير بالذكر الإشارة إلى أن بعض قوانين الاتجار بالبشر لم تشر على فعل الإيواء باعتباره أحد الأفعال التي تشكل صورة من صور السلوك المادي في جريمة الاتجار بالبشر. ومن أمثلة هذه القوانين، قانون مكافحة الاتجار بالبشر الإماراتي ٥١ لسنة ٢٠٠٠، ويعتبر هذا من أوجه النص الموجودة في هذا القانون، لأنه النشاط الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر قد يتخذ صورة إيواء الضحايا، مثل توفير سكن لهم دون باقي الصور التي أشار إليها القانون الاتحادي الإماراتي انظر: د. فتحة قوزاري: المرجع السابق، ص ١٠٣.

استئصال العضو، وهي عملية منطقية ومتطلبية لاستئصال العضو والذي سوف يتم الاتجار به.

خامساً: الاستقبال:

يقصد بالاستقبال: (استلام الأشخاص الذين تم ترحيلهم أو نقلهم داخل الحدود الوطنية أو غيرها) ^(١). وتوجد علاقة وثيقة بين الاستقبال والإيواء، حيث إن الاستقبال أسبق من الإيواء، فالاستقبال يقف عند حد تهيئة الظروف لمقابلة الضحية في مكان الوصول، سواء داخل البلد أو خارجها، وهو مكمل لمرحلة النقل التي بدورها تقترن بالاستقبال، أما الإيواء فيتجاوز الاستقبال، حيث يتضمن توفير مادي للشخص المجني عليه أو مكان لإقامته والإعاشة به، سواء مدة قصيرة أو طويلة، سواء داخل الوطن أم خارجه ^(٢).

وغالبا ما يقترن الاستقبال بالإيواء المؤقت أو الدائم. ومثال الاستقبال المقترن بالإيواء المؤقت، قيام شخص باستقبال الضحية لمدة معينة تمهيدا لتسليمها لشخص آخر، لاستغلالها في شكل من أشكال الاستغلال، الاستغلال الاقتصادي والاستغلال الجنسي، الاستغلال بتجارة الأعضاء. أما الاستقبال المقترن بالإيواء الدائم، فهو في الحالة التي يكون فيها القائم بفعل الاستقبال والإيواء والاستغلال نفس الشخص، كما في حالة صاحب العمل الذي يستقدم عاملا ويقوم بتدبير المسكن له، ويقوم باستغلاله في العمل الجبري أو في أي شكل من أشكال الاستغلال الأخرى.

وفي نطاق جرمية الاتجار بالأعضاء يتم الاستقبال والإيواء من خلال عصابات الاتجار بالأعضاء والمستشفيات التي يتم فيها نزع الأعضاء،

(١) د. هشام المبارك: المرجع السابق، ص ٩؛ مستشار عادل ماجد: المرجع السابق، ص ١٤٧؛ د. فتحة قوراري: المرجع السابق، ص ١٠٣؛ رادية تيتوش: المرجع السابق، ص ١٧.

(٢) د. إمام حسنين: الإطار القانوني للاستغلال الجنسي والبقاء... مقالة سابق الإشارة إليها، ص ١٣.

حيث يقوم الجاني بتجنيد الضحايا أو تنقيطهم من القرى والأماكن البعيدة وإيواءهم في المستشفى أو في فندق أو شقة، لحين عمل التحاليل اللازمة والتجهيز لعمليات نزع أعضائهم أو أنسجتهم، ويقدم لهم الطعام والمشرب والعلاج فترة زمنية، وهي تشكل فعل الاستقبال والإيواء معا.

سادساً: البيع والعرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما:

أشار القانون المصري إلى صورة للسلوك الإجرامي، بالإضافة إلى الاستقبال والإيواء، وهذه الصورة هي (البيع والعرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما). وتشير هذه الأفعال، إلى ما يحدث في الواقع حقيقية بشأن الاتجار بالبشر، حيث يجعل من الإنسان سلعة، ترد عليها المعاملات المالية، كالبيع والشراء والوعد بهما.

ويفترض طبقاً لمنطق هذه المعاملات المالية، ولمفهوم جريمة الاتجار بالبشر، أن هذه الأفعال تتم بمقابل مادي أو غير نقدي، حال أو مؤجل، ويتصور أن تتم هذه الأفعال من خلال وسائل كثيرة، مثل الإعلان على شبكة الانترنت، حيث يتم الإعلان على مواقع معينة وبطريقة مستترة، وخصوصاً في حالات الاستغلال الجنسي واستغلال دعارة الغير^(١).

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن فعل الاجتذاب كأحد الأفعال المكونة للركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر، والذي استخدمه المشرع اللبناني في قانون معاقبة الاتجار بالأشخاص رقم ١٦٤ لسنة ٢٠١١، يتمثل في أن سمسرة الأعضاء البشرية، مثل سمسرة الاتجار بالعمال والاتجار بالجنس، يقومون باجتذاب الضحايا من المناطق الفقيرة، ويعرضون عليهم بيع أعضائهم البشرية للمستشفيات التي تتولى زرع ونقل الأعضاء، وقد يشترك هذا السمسار مع الأطباء المختصين بعمليات الزرع.

وفي واقع الأمر، إن تجارة الأعضاء البشرية، معقدة جداً، لدرجة

(١) د. إمام حسين: الإطار القانوني للاستغلال الجنسي والبغاء... مقالة سابق الإشارة إليها، ص ١٣.

من الصعوبة بمكان اكتشافها، وحالات الملاحقة القضائية التي رصدت قليلة جدا بالمقارنة لمدى حجم الظاهرة في الواقع. بل أنه في غالب الحالات، لا يتم اكتشاف حالات الاتجار بالأعضاء إلا إذا حدثت مضاعفات صحية للشخص الذي قام بالتصرف في عضو من أعضائه بمساعدة شخص آخر، أو إذا توفت الضحية أو عثر عليها بعدما تخلص الجاني أو الجناة، وتبين من الكشف عليه إنه كانت ضحية الاتجار بالأعضاء، كما هو الحال في الكثير من الحالات التي تم اكتشافها في صحراء سيناء بمصر، للكثير من المهاجرين من دول أفريقيا، حيث عثر عليهم مقتولين وعليهم آثار استئصال أجزاء من أعضائهم.
سابعاً: الاستخدام والتسليم والتسليم:

يقصد بالاستخدام: استغلال الشخص الطبيعي في احد أشكال الاستغلال (الجنسي - الاقتصادي - تجارة الأعضاء). ولقد اقتبس المشرع هذا الفعل من قانون مكافحة الدعارة رقم ١٠ لسنة ١٩٦١، حيث نصت المادة ١/٢ على (كل من استخدم شخصاً بقصد ارتكاب الفجور أو الدعارة). مع ملاحظة أن فعل الاستخدام في جريمة الاتجار بالبشر هو احد مظاهر السلوك المادي لا تقوم به الجريمة بمفرده، بل لا بد من توافر الشروط الأخرى. في حين أن فعل الاستخدام يمثل جريمة تامة في قانون مكافحة الدعارة إذا ارتكب بقصد ارتكاب الفجور أو الدعارة، حتى ولو لم يحدث ذلك فعلاً^(١). ويعتبر هذا احد أهم الفروق بين الدعارة والاتجار بالبشر.

أما التسليم والتسليم فيقصد به قيام شخص بتسليم المجني عليه (ضحية الاتجار بالبشر) إلى شخص آخر أو استلامه من هذا الأخير. ويلاحظ - أيضاً - أن قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ يعاقب من سلم الشخص ومن استلمه، وهي صورة تقترب من صورة

(١) د. إمام حسنين: الإطار القانوني للاستغلال الجنسي والبيعاء... مقالة سابق الإشارة إليها، ص ١٣.

الاستدراج أو الاستبقاء الوارد النص على تجريمهما في المادة الثانية من قانون مكافحة الدعارة ١٠ لسنة ١٩٦١^(١).

وفي نطاق عمليات الاتجار بالأعضاء، فمن أمثلة التسليم، قيام الجاني بتسليم أو استلام الضحية من المتعهد وتسليمه إلى المستشفى أو الطبيب الذي يقوم بعملية نزع العضو أو النسيج، ويسأل أيضا هذا الطبيب طالما كان عالما بفعل الاتجار.

وتأكيدا لما سبق، فقد نصت المادة ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زراعة الأعضاء على ما يلي (..... كما يحظر على الطبيب المختص وهو رئيس الفريق الطبي القائم بالجراحة البدء في إجراءات عملة، بمخالفة أي من الفقرتين السابقتين، سواء علم بالمخالفة عن طريق اللجنة الثلاثية التي يتعين عليها أن يتحقق من عدم المخالفة أو عن طريق أية وسيلة أخرى).

ثامناً: التعامل:

التعامل من وسائل الاتجار بالأعضاء، والتي أشار إليها قانون تنظيم زرع الأعضاء لسنة ٢٠١٠، ويقصد بالتعامل (الاتفاق على نقل العضو أو جزء منه أو أحد الأنسجة نظير الحصول على منفعة أو مقابل مادي أو عيني سواء وقع هذا الاتفاق بين المنقول منه والمنقول إليه أو أية أطراف أخرى)^(٢) فالطبيب يعرض على المريض بيع العضو مقابل مبلغ معين، وهنا يكون الطبيب سمسار في مجال الاتجار بالأعضاء البشرية.

المطلب الثالث

الوسائل

بالإضافة إلى مجموعة الأفعال، أحد عناصر السلوك الإجرامي في عمليات الاتجار بالأعضاء، فإنه يشترط أن يتم استخدام القيام بالفعال

(١) د. إمام حستين: الإطار القانوني للاستغلال الجنسي والبقاء... مقالة سابق الإشارة إليها، ص ١٣.

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء ٥ لسنة ٢٠١٠، المادة السادسة.

المشار إليها من خلال احد الوسائل الآتية على الأقل : التهديد بالقوة - استعمال القوة - القسر - الاختطاف - الخداع - استغلال السلطة - الاحتيال - استغلال حالة استضعاف - إعطاء وتلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر. ومجموعة هذه الوسائل أشار إليها البروتوكول والقوانين المقارنة.

وفهم الارتباط بين الأفعال والوسائل، على أساس أن عملية الاتجار بالأعضاء، تمت من خلال قيام الجاني (المتاجر) بفعل أو أكثر من الأفعال المشار إليها ومستخدم وسيلة أو أكثر من الوسائل المشار إليها من أجل نزع العضو أو النسيج من الضحية. فعلى سبيل المثال يقوم الجاني (المتاجر) بنقل مجموعة من الناس عن طريق القوة أو التهديد باستعمالها أو استغلال حالة استضعافهم، كما لو من العمال المهاجرين أو من النساء، وينزع منهم عضو أو أكثر بقصد استغلاله.

يتعلق مضمون الوسائل بوصفها عنصرا من عناصر السلوك الإجرامي الذي يتحقق به جريمة الاتجار بالبشر إلى الإجابة عن السؤال: كيف يتم فعل الاتجار؟ بمعنى كيف يتم النقل أو كيف يتم التنقل أو كيف يتم الاجتذاب، وبوجه عام التساؤل عن الآلية التي استخدمت لانجاز فعل الاتجار؟^(١)

ولقد أشار البروتوكول إلى مجموعة الوسائل، التي تشكل عنصرا من عناصر الركن المادي في جرائم الاتجار بالبشر، في المادة ٣/ أ حيث نصت على (..... يقصد بتعبير "الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض

(١) د. إمام حسين: الإطار القانوني للاستغلال الجنسي والبقاء... مقالة سابق الإشارة إليها، ص ١٤.

الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء....). ويتخلص من النص السابق إن مجموعة الوسائل هي: التهديد بالقوة - التهديد باستعمال القوة - غير ذلك من أشكال القسر الأخرى - الاختطاف - الاحتيال - الخداع - استغلال السلطة - استغلال حالة استضعاف - إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر.

ويادئ ذي بدء يجب أن نشير إلى أن الفقرة المشار إليها من نص البروتوكول والمتعلق بالوسائل، قد أثارت خلافا كبيرا فيما بين الشراح، فمن ناحية لم يرد في البروتوكول تحديد لمضمون هذه الوسائل، وبوجه خاص المراد بعبارة غير ذلك من أشكال القسر، وكذلك المراد بعبارة إساءة استعمال حالة استضعاف.

ونظرا لأن الاتجار بالأطفال Child trafficking يختلف عن الاتجار بالبشر Human trafficking من حيث إنه لا يشترط لوقوع الاتجار بالأطفال، استعمال القوة أو الخداع؛ لتحقيقه، ويستند هذا الفرق إلي عدم قدرة الطفل على اتخاذ قرار مستنير^(١)، حيث إنه كما جاء في نص المادة ٣/ج من البروتوكول (يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تنقيله أو إيواؤه أو

(١) مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة: دليل الإسعافات الأولية الموجه إلى أوائل المتدخلين من موظفي أنفاذ القانون لمواجهة حالات الاتجار بالبشر؛ د.ت، ص ٥، وانظر فيما يتعلق بالاتجار بالأطفال:

Silvia Scarpa: special issue: fourth annual world congress on family law and children's rights: child trafficking: international instruments to protect the most vulnerable victims, 44, Family court Review, 429; Virginia Garrard: Sad Stories: Trafficking in Children-Unique Situations Requiring New Solutions,, 35 Georgia Journal of International and Comparative Law, 145, 2006.

استقباله لغرض الاستغلال "اتجاراً بالأشخاص"، حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة) وتبعا لهذا، من ناحية، واهتداء بما ورد في بروتوكول الأمم المتحدة المكمل لاتفاقية الذي ورد به تعريف للمقصود بالطفل من ناحية ثانية^(١). فقد جاء في العديد من التشريعات الداخلية المتعلقة بالاتجار بالبشر (أو الاتجار بالأشخاص) نصاً أو فقرة من نص لتحديد المقصود بالطفل^(٢).

وترتب على ما سبق، ترك المجال للشرح لبيان المقصود بكل وسيلة،

(١) عرف البروتوكول - الطفل - في المادة ٣/د على النحو الآتي: (يقصد بتعبير "طفل" أي شخص دون الثامنة عشرة من العمر).

(٢) ومن أمثلة التشريعات التي ورد بها تعريف للمقصود بالطفل نذكر: قانون اتحادي في شأن مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ - المادة الأولى (الطفل أي شخص لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره). المرسوم التشريعي السوري بشأن منع الاتجار بالأشخاص - المادة ١/٣ (الطفل: كل ذكر أو أنثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره). مرسوم سلطاني رقم ٢٠٠٨/١٢٦ بإصدار قانون مكافحة الاتجار بالبشر - المادة ١ (الحدث: كل ذكر أو أنثى لم يبلغ الثامنة عشرة من العمر وتحسب السن وفقاً للتقويم الميلادي). نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي ١٤٣٠ هـ - المادة ٤/١ (الطفل من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره).

أما قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص في البحرين رقم ٢٠٠٨/١ فقد نص على ما يلي: (يفترض علم الجاني بالسن الحقيقية للمجني عليه الذي لم يبلغ من العمل ثماني عشرة سنة) فهذا النص يدل على أن الطفل هو لم يبلغ سن الثامنة عشرة. وفي نفس الوقت يقيم قرينة قانونية مفادها افتراض علم الجاني بسن المجني عليه الطفل، حتى لا يدفع بعذر جهله بسن المجني عليه. فهذا النص بصياغته الحالية، يدرأ دفع الجاني بجهله بالسن الحقيقية للمجني عليه، ولذا يقدم هذا النص حماية للمجني عليه الطفل وفي نفس الوقت مكافحة فعالة للاتجار بالأطفال.

ولم يرد بالقانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص تعريفاً للطفل، على اعتبار أن المقصود بالطفل قد ورد في قانون الطفل ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، حيث عرف الطفل في المادة الثانية المعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ على النحو التالي: (يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة. وتثبت السن بموجب شهادة الميلاد أو بطاقة الرقم القومي أو أي مستند رسمي آخر. فإذا لم يوجد المستند الرسمي أصلاً قدرت السن بمعرفة إحدى الجهات التي يصدر بتحديد لها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة).

ولكن من ناحية أخرى فقد جاء في قانون مكافحة الاتجار بالبشر بشأن الطفل، نص يوضح خصوصية جريمة الاتجار بالأطفال، وهو نص المادة الثالثة والتي نصت على (.....) ولا يشترط لتحقق الاتجار بالطفل أو عديمي الأهلية أية وسيلة من الوسائل المشار إليها، ولا يعتد في جميع الأحوال برضاؤه أو برضاء المشول عنه أو متوليه).

عن الاستعانة بمدلول كل وسيلة اللغوي أو الاصطلاحية، أو بحسب ما استقر عليه رأي القضاء، أو ما ورد بشأن أي وسيلة في أحد القوانين أو الصكوك الدولية.

ونوضح فيما يلي مدلول الوسائل السابقة، وفقاً لاجتهادات الشراح على النحو الآتي:

أولاً: استغلال حالة استضعاف:

استغلال حالة استضعاف من الوسائل التي أثار خلاف بين الشراح، ولكن المصطلح يفيد حالة الشخص الذي يوجد في مركز (أيا كان نوعه)، يجعله غير قادر على أن يدبر أمور نفسه، كما لو كان عاملاً مهاجراً أو طفلاً أو امرأة حامل، في ظرف قهري أو من ذوى الحاجات الخاصة، أو شيخ طاعن في السن، في وضع يجعله لا يملك زمام نفسه. وتتجلى أهم صور حالة الاستضعاف في حالة العامل المهاجر وخصوصاً لو كان مهاجراً غير شرعي، إذ تكون حالته هي مصدر استضعافه، وبالتالي من السهولة بمكان استغلاله والاتجار به. ومن الأمثلة أيضاً خدم المنازل، وخصوصاً عندما يتم تجريدته من أوراق هويته ومستنداته، إذ يكون في حالة استضعاف شديدة أمام المخدم، ولذا يمكن استغلاله أو حتى خضوعه للعمل الجبري.

ويضاف إلى ما سبق، هناك مصادر أخرى لاستضعاف، وهي الحمل، المرض، الهجرة، صغر السن، فقد الأوراق الرسمية الدالة على الهوية بالنسبة للمهاجر، حتى ولو كان مهاجراً شرعياً، وكذلك كل ذوى الاحتياجات الخاصة.

ثانياً: التهديد بالقوة أو التهديد باستعمالها:

يقصد بالتهديد بالقوة أو التهديد باستعمالها، الإكراه المادي والإكراه المعنوي. فالتهديد بالقوة صورة من الإكراه المعنوي أما استعمال القوة بالفعل، فهو الإكراه المادي. واستعمال القوة أو التهديد باستعمال القوة هو وسيلة يستخدمها الجاني لإخضاع الشخص لإرادته، حتى يمكنه

استغلاله في احد صور الاستغلال^(١) .

والأمثلة على هذه الوسيلة كثيرة، مثل استعمال القوة البدنية وضرب المجني عليه أو إخضاعه للتعذيب، أو التهديد باستعمال السلاح أو التهديد بإلحاق الأذى أو التهديد بإبلاغ السلطات وخصوصا بالنسبة للمهاجر غير الشرعي، التهديد بإلحاق أذى بأحد أفراد أسرة الشخص الذي يراد الاتجار به، التهديد بالطرد من العمل أو الترحيل^(٢) .

وجدير بالذكر الإشارة إلى ضرورة توسيع المقصود بالإكراه - في مجال جريمة الاتجار بالبشر - بحيث يشمل أيضا الإكراه الاقتصادي وظروف العمل، بحيث يشمل كل ما يتعرض له الشخص من أكراه متعلق بالأجر أو ساعات العمل أو ظروفه، ولذا قيل ما يلي^(٣) :

(... In my view, Coercion must be interpreted broadly, also including for instance, bad working conditions, law payment, and no control over leisure time, even if a person has consented to such working conditions, the existence of trafficking in persons is not excluded)

ثالثاً: استغلال السلطة:

من ناحية، ترتبط عمليات الاتجار بالبشر بظاهرة الفساد الوظيفي، ارتباطا وثيقا، حيث إن الفساد هو أحد العوامل المسببة لانتشار جرائم الاتجار بالبشر، ويستتبع هذا من عا جاء في استقرار التقارير الدولية والإقليمية والوطنية المتعلقة بالاتجار بالبشر هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، أشار الصكوك الدولية ذات الصلة بالاتجار بالبشر، مثل اتفاقية

(١) د. فتحة قوراري: المرجع السابق، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) د. رادية توتوش: المرجع السابق، ص ١٧؛ د. فتحة قوراري: المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) انظر:

Conny Rijken: Trafficking in persons, prosecution from European perspective, the Hague, 2003, p. 63.

مكافحة الجريمة المنظمة وكذلك برتوكول باليرمو ٢٠٠٠، والقوانين الوطنية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، إلى ضرورة مكافحة الفساد، باعتباره من أهم المكافحة. وتتفاقم عمليات الاتجار بالبشر مع تفشي الفساد وخصوصا لو كان ذلك بين الموظفين المسؤولين عن إنفاذ القانون^(١) كرجال الشرطة والنيابة.. الخ.

ولكن تكثر عمليات الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية، من خلال استغلال أصحاب الأعمال، لما لهم من سلطة على العمال الذين يخضعون لهم، بمقتضى عقود عمل، ويزداد الأمر سوءا في حالة العمل الجبري، والعمالة غير الشرعية، والعمال المهاجرين غير الشرعيين، وقد تساعد وسائل تحكومية، كوسيلة الكفالة، المنظمة تشريعا في بعض الدول العربية، على حدوث عمليات اتجار بالأعضاء، نظرا لما يترتب عليها من خضوع العامل للكفيل (رب العمل)، مع إن الكفالة في حد ذاتها، لا تعتبر صورة من صور الاتجار بالبشر.

رابعاً: مشكلة تهريب المهاجرين والاتجار بالأعضاء البشرية:

يقصد بتهريب المهاجرين (تدبير الدخول غير المشروع لشخص من إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى)^(٢).

ويختلف الاتجار بالبشر عن تهريب المهاجرين في نقاط عديدة حيث إن تهريب المهاجرين جوهر. يتمثل في "تدبير الدخول غير المشروع لشخص أو مجموعة إلى دولة أخرى" أما جوهر الاتجار بالبشر هو استغلال "إنسان" من أجل الحصول على منفعة نظير هذا الاستغلال. ومن ناحية أخرى. فتتهريب المهاجرين، لا يحول المهرب لشخص طالب الهجرة إلى سلعة، أما

(١) مستشار عادل ماجد: المرجع السابق، ص ١٤٧؛ د. هشام المبارك: المقالة السابقة، ص ٨؛ رادية تيتوش: المرجع السابق، ص ١٦؛ د. فتحية قوراري: المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٢) بروتوكول الأمم المتحدة لمكافحة تهريب المهاجرين ٢٠٠٠، المادة ٣٠.

الاتجار بالبشر فمرتكب الجريمة يحول التجربه إلى سلعة يستفيد من استغلالها هي ذاتها في صور من صور الاتجار المعروفة^(١).

ولكن دائما تتور مشكله تهريب المهاجرين وعلاقتها بالاتجار بالأعضاء، حيث يحدث دائما ان تقوم الجماعات الإجرامية، بتهريب الأشخاص عبر الحدود الدولية، وتقوم بعد خروجهم من حدود بلادهم بالاتجار بهم أو بأعضائهم، وأحيانا بعدما يتم الاستيلاء على أعضائهم وبيعها، يتم التخلص منهم إما بقتلهم أو بتركهم في الصحراء^(٢). ويقول آخر، فعملية تهريب المهاجرين تتم بطلب من المهاجر إلى شبكات تهريب دون استعمال الخيلة أو أي وسيلة تنطوي على كراهة أما في حالة الاتجار بالبشر، فيتم استعمال كل طرق الخداع والتضليل والقوة لحمل الضحية على السفر^(٣).

(The smuggling of migrants, while often undertaken dangerous conditions, involves migrants who have consented to the smuggling. Trafficking victims, on the other hand, have either never consented or, if they initially consented, that consent has been rendered meaningless by the coercive, deceptive or abusive actions of the traffickers. Smuggling ends with the arrival of the migrants at their destination, whereas trafficking involves the ongoing exploitation of the victims in some manner to generate illicit profits for the traffickers).

وتهريب المهاجرين قد يتحول إلى اتجار بالبشر. ويتحقق ذلك إذا توافرت لدى المهرب نية الاتجار بالمهاجرين بعد وصولهم إلى البلد المقصود،

(١) نص البروتوكول ٢٠٠٠ (لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود المين في الفقرة الفرعية "أ" من هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) وقد أخذ التشريعات الداخلية بهذا الحكم أيضا أنظر مثلا... اذكر التشريعات الداخلية.

(٢) كتاب إرشادي للبرلمانيين، ص ٢٩.

Mattar, Comprehensive, p. 9.

(٣) كتاب إرشادي للبرلمانيين، ص ٣٠؛ رواية تيتوش: جريمة الاتجار بالبشر.. المرجع السابق، ص ٥٩.

وتظهر هذه النية في قيامه بالوسائل المنصوص عليها في بروتوكول الأمم المتحدة بمنع وقمع ومكافحة الاتجار بالبشر.

ويقول أخرى، إذا قام المهرب بعد وصول المهاجرين إلى البلد المقصود بيعهم للغير نظير الدين المتراكم عليهم (مقابل النقل مثلاً) وذلك يتحقق عن طريق قيام المهرب ببيع الأشخاص المهربين أو إجباره على العمل مقابل دفع تكاليف النقل.

خامساً: الاتجار بأعضاء الأطفال:

الطفل هو كل من لم يبلغ ١٨ سنة ميلادية كاملة، والطفل من الفئات المستضعفة شأنه شأن النساء، وفئة الأطفال هو أكثر الفئات تعرضاً للاتجار بالبشر والاستغلال، ويكون هذا بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسيات الحكومية.

فالالتزام الدولي الواقع على الدول هو حماية الطفل من الاستغلال الاقتصادي، وحظر أي عمل يؤثر عليه أخلاقياً وعلمياً وصحياً ومعنوياً ونفسياً^(٢). فقد اهتم المجتمع الدولي بالطفل اهتماماً كبيراً، وهذا يتجلى في ما ورد في الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات والإعلانات بالإضافة إلى المؤتمرات العالمية والإقليمية والمحلية. بالإضافة إلى القوانين الداخلية في كل الدولة والتي تناولت حماية الطفل.

وإذا كان الاتجار بالبشر كارثة شديدة الأثر في حياة المدنية المعاصرة، فإن الاتجار بالأطفال - وهو احد صور الاتجار بالبشر - يعتبر أكثر أثراً ونتائجه خطيرة على تطور المجتمعات الإنسانية. فالأمر الذي لا جدال فيه هو أن الطفل اليوم هو رجل الغد هو مستقبل كل مجتمع، وبلا شك أن

(1) UNODC: Toolkite to combat smuggling of migrants, 2010.

(٢) فقد أكدت ما سبق الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، وأهما اتفاقية الطفل ١٩٨٩ حيث نصت المادة ٣٢ على ما يلي (تعترف الدول بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أدى أي عمل يربح أن يكون خطيراً أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضاراً بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي أو الروحي أو المعنوي أو الاجتماعي).

بناء المستقبل من الأمور الأساسية والهامة في كل مجتمع ، ومن هنا تبدو أهمية الاهتمام بقضايا الطفل. وإزالة كافة ما يمس حقوقه الإنسانية. من المسلم به أن السعي نحو حماية حقوق الطفل ، ومكافحة الاتجار بالأطفال ، هو توجه نحو حماية مستقبل الإنسانية. ويشتد الاتجار بالأطفال Child trafficking في جميع أنحاء العالم. ففي كل عام يرصد حالات كثيرة للاتجار بالأطفال. والاتجار بالأطفال قد يكون اتجار دوليا أو اتجارا داخليا.

ويشكل الاتجار بالأطفال مخالفة صريحة للكثير من حقوق الطفل الثابتة بمقتضى الدين والقانون الدولي والداخلي. فتن ناحية فقد فلقد تضمن قانون الطفل المصري على عدة آليات لحماية الطفل والحفاظ على حقوقه ومواجهة كل استغلال قد يقع على الطفل بوجه عام ، فقد تضمن القانون مجموعه آليات تكفل مكافحة كافة صور الاتجار بالطفل. ومن ناحية ثانية جاءت بعض الأحكام التي تقرر قواعد حماية للطفل من الاتجار به في قانون العقوبات وقانون مكافحة الاتجار بالبشر " ٦٣ لسنة ٢٠١٠".

ففي قانون العقوبات جرمت المادة " ٢٩١ " من قانون العقوبات بالقانون " ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ " الاتجار بالأطفال حيث نصت على ما يلي : يحظر كل مساس بحق الطفل في الحماية من الاتجار به أو الاستغلال الجنسي أو التجاري أو الاقتصادي أو استخدامه في الأبحاث والتجارب العلمية ويكون للطفل الحق في توعيته وتمكينه من مجابهة هذه المخاطر. ومع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها في قانون آخر ، يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمسة سنوات وبغرامه لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه كل من باع طفلا أو اشتراه أو عرضه للبيع ، وكذلك من سلمه أو تسلمه أو نقله باعتباره رقيقا ، أو استغله جنسيا أو تجاريا أو استخدمه في العمل القسري ، أو في غير ذلك من الأغراض غير المشروعة ، أو وقعت الجريمة في الخارج. ويعاقب بذات العقوبة من سهل فعلا من الأفعال المذكورة في الفقرة السابقة أو حرض

علية ولو لم تقع الجريمة بناء على ذلك. ومع عدم الإخلاء بأحكام المادة (١١٦ مكرراً) من قانون الطفل، تضاعف العقوبة إذا ارتكبت من قبل جماعة إجرامية منظمة عبر الحدود الوطنية. ومع مراعاة حكم المادة (١١٦ مكرراً) من القانون المشار إليه، يعاقب بالسجن المشدد كل من نقل من طفل عضواً من أعضاء جسده أو جزء منه، ولا يعتد بموافقة الطفل أو المسئول عنه).

أما في قانون مكافحة الاتجار بالبشر "٦٣ لسنة ٢٠١٠، فقد أشارت المادة الثانية من القانون التي تناولت تعريف الاتجار بالبشر ما يلي: (يُعد كل مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأيّة صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استعمال حالة الضعف أو الحاجة أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسول أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها)

ونصت المادة "الثالثة" من القانون على (لا يُعتد برضاء المجني عليه على الاستغلال في أي من صور الاتجار بالبشر، متى استخدمت فيها أية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون).

ولا يشترط لتحقيق الاتجار بالطفل أو عديمي الأهلية استعمال أية وسيلة من الوسائل المشار إليها، ولا يتعد في جميع الأحوال برضائه أو برضاء المسئول عنه أو متوليه وفي قانون تنظيم زرع الأعضاء الكثير من

القواعد التي تقرر حماية خاصة للطفل من الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة. ومن نافلة القول، في غالب الحالات، تقترون جريمة خطف الأطفال، بجريمة الاتجار بأعضائهم، أو بخطفهم من أجل السياحة الجنسية للأطفال، والعمالة الجبرية للأطفال، وهما من أسوأ صور الاتجار بالأطفال.

سادساً: العقاب الظروف المشددة للعقوبة جرائم الاتجار بالأعضاء

أشارت للظروف المشددة لعقوبة الاتجار بالأعضاء البشرية نصوص القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والقانون ٥ لسنة ٢٠١٠. حيث نصت المادة ٦ من قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ على: "٢- إذا ارتكب الفعل بطريق التهديد بالقتل أو بالأذى الجسيم أو التعذيب البدني أو النفسي أو ارتكب الفعل شخص يحمل سلاحاً. ٣- إذا كان الجاني زوجاً للمجني عليه أو من أحد أصوله أو فروعه أو ممن له الولاية أو الوصاية عليه أو كان مسؤولاً عن ملاحظته أو تربيته أو ممن له سلطة عليه. ٤- إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة وارتكب جريمته باستغلال الوظيفة أو الخدمة العامة. ٥- إذا نتج عن الجريمة وفاة المجني عليه، أو إصابته بعاهة مستديمة، أو بمرض لا يرجى الشفاء منه. ٦- إذا كان المجني عليه طفلاً أو من عديمي الأهلية أو من ذوى الإعاقة. ٧- إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة إجرامية منظمة"^(١).

(١) وقد نصت المادتين ١٧ و ١٨ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ على ما يلي م ١٧: "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من قتل عضواً بشرياً أو جزءاً منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد ٢، ٣، ٤، ٥، ٧ من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه". المادة ١٨ نصت على: "دون الإخلال بالعقوبات المقررة في المادتين ١٧، ١٩ من هذا القانون يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تتجاوز ثلاثمائة ألف جنيه كل من أجرى عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص =

المبحث الثاني

الأبعاد القانونية والاجتماعية للاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون الدولي لحقوق الإنسان ومكافحة الاتجار بالبشر

مقدمة:

عمليات الاتجار بالأعضاء لها الكثير من الأبعاد القانونية والاجتماعية، فمن ناحية هي مرتبطة بالتنظيم القانوني للعماله وسياسيات التنمية ومكافحة البطالة وزيادة الدخول، ومن ناحية ثانية، مرتبطة بتنظيم السياحة وخصوصا السياحة الطبية، بوصفها احد مصادر عمليات الاتجار بالأعضاء، ومن ناحية ثالثة، مرتبطة بمدى تقدم الطب والجراحة في الدولة، ومدى التزام المهنيين بالمهن الطبية والمعاونة لها بقواعد السلوك المهني وأخلاقيات المهنة؛ إذ أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، الجناة فيها ذات طابع خاص، حيث إنهم كما قيل⁽¹⁾:

(The commission of this crime can be distinguished from other forms of trafficking in persons in terms of the sectors from which traffickers and organ 'brokers' derive; doctors and other health-care practitioners, ambulance drivers and mortuary workers are often involved in organ trafficking in addition to those involved in other criminal trafficking networks.)

ومن ناحية ثانية، لا ننسى إن الكثير من عمليات الاتجار بالأعضاء

=لها مع علمه بذلك، فإذا ترتب على الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد. ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المشول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية في الأماكن غير المرخص لها التي تجرى فيها أية عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري مع علمه بذلك.

(1) انظر:

See: The Vienna Forum to fight Human Trafficking 13-15 February 2008, Austria Center Vienna;
Background Paper 011 Workshop: Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts, p. 7.

يقوم بها الجماعات الإجرامية المنظمة، من خلال عدة وسائل من الصعوبة
بمكان كشفها، وهذا يؤدي إلى صعوبة أو استحالة ملاحقة الجناة، وتتصل
مشكلة الاتجار بالأعضاء بمشكلة العوالة وأثرها القانونية والاقتصادية،
وقضية البطالة وفشل سياسيات التنمية والتوظيف في الدول النامية بوجه
خاص.

ومن ناحية ثالثة، لا ننكر دور الفساد، حيث إنه لا ننسى أن المسئولة
الكبرى تقع على المسؤولين عن إنفاذ القوانين في الدولة، فالفساد الوظيفي
(¹) - دون شك - مصدر لأوبئة وشروخ كبير في المجتمع، وبلا شك
أخطرها عمليات الاتجار بالبشر عموماً، وخصوصاً في صورة الاتجار
بالأعضاء، والذي يمثل أقصى درجات الافتئات على مبدأ الكرامة
الإنسانية وحرمة الجسد الإنساني، وخروجه على دائرة التعامل المادي.
ويضاف إلى كل ما سبق، مجموعة من القصور في المواجهة القانونية
والتوعية والملاحقات القضائية، هذا من جهة ومن جهة ثانية، فلا ننكر
أثار مشكلة أولوية الأمن القومي على اعتبارات حماية وتعزيز حقوق
الإنسان في مواجهة عمليات الاتجار بالبشر.

المطلب الأول

الحق في الصحة بين حظر الاتجار بالأعضاء البشرية وتنظيم زرع الأعضاء
والأنسجة ومسئولية الدولة

يوجد ارتباط وثيق بين الحق في سلامة الجسد والاتجار بالأعضاء
البشرية، إذ أن الاتجار بالأعضاء البشرية، يعتبر اعتداء على الكثير من

(1) انظر:

See: The Vienna Forum to fight Human Trafficking 13-15
February 2008, Austria Center Vienna;
Background Paper.011 Workshop: Human Trafficking for the
Removal of Organs and Body Parts, p. 7; WHA57.18: Human
organ and tissue transplantation, 57 World health assembly, P.
67 and ss.

الحقوق الإنسانية، وبوجه خاص الحق في سلامة الجسد، ومن وجهة نظر القانون الجنائي تتطابق عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية مع النموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسد. ومن المعروف أن قواعد قانون العقوبات تهدف إلى حماية الحق في سلامة الجسد، بالإضافة إلى حمايتها للحقوق الأخرى.

أولاً: القانون والطب والحياة:

قيل (إن الطب والبيولوجيا قد عدلا وبعدلا وجه الإنسانية. فالتقدم العلمي يقدم الكثير من الوسائل والمخترعات، وعلى رجل القانون أن يقبل ما يراه في مصلحة الإنسانية، وإن يرفض ما يراه غير إنساني. فالعلم والطب بالذات يمكن أن ينظر إليه على أنهما يساعدان القانون ويعاونانه ولكن لا يجب أن ينظر إليهما على أنهما دائماً وأبداً النموذج المثالي الذي يجب الاحتذاء به - فالقانون يجب أن يهيمن على الفنون العلمية الحديثة حتى يشكلها بما يتلاءم مع مصلحة الإنسان، أي يدخلها في حظيرة الإنسانية)^(١).

فالقانون باعتباره علماً حياً واجتماعياً يجب أن يأخذ في اعتباره التقدم العلمي ولكن يجب أن يسهر على ألا يتحقق التقدم العلمي على حساب مصلحة الإنسانية والحضارة البشرية. وهذا العمل ليس بالعمل البهين، ولكنه من أنبل وأشرف الأعمال التي يجب أن يقوم بها رجل القانون^(٢).

ثانياً: زرع الأعضاء البشرية:

يعتبر زرع الأعضاء يعتبر أحدث ما وصل إليه التقدم الطبي في صراعه الطويل والمير ضد الموت، ولا يستطيع رجل القانون الذي يريد أن يساير ركب الحضارة الحديثة، أن ينكر أهمية المشاكل القانونية التي

(١) د. حسام الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٢٤.

(٢) د. حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢٤.

يثيرها كل يوم التقدم العلمي عامة والطبي خاصة^(١). ولكن على العكس يؤدي الاتجار بالأعضاء البشرية إلى استغلال الناس مادياً وتعريض سلامة جسدنا للخطر^(٢).

ومن المستقر عليه، أن وجود تشريع ينظم عمليات نقل الأعضاء البشرية يؤدي دوراً أساسياً في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية ويقدم حماية للإنسان من أن تكون أعضائه محلاً للمعاملات التجارية^(٣).

وتعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموضوعات القانونية المستحدثة، التي تثير الكثير من المشاكل القانونية وأهمها في مجال المسؤولية الجنائية والمدنية عن الأعمال الطبية والجراحية^(٤) باستئصال الأعضاء البشرية من أجسام أشخاص غير مرضى أو جثث الموتى عقب الوفاة مباشرة، نظراً لأن هذه العمليات تتضمن مساساً في سلامة جسمه والحفاظ على صحته وكذلك اعتداء على حرمة الموتى وانتهاكاً لجثثهم^(٥).

ثالثاً: الحق في الصحة والحق في سلامة الجسد:

تتنوع صور حقوق الإنسان. والحق في الصحة، من أحد حقوق الإنسان. ويقصد به: (يجب على الحكومات تهيئة الظروف المناسبة التي تتيح لكل فرد إمكانية التمتع بأكبر مستوى ممكن من الصحة. وتتراوح تلك

(١) د. حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٥ ؛

<http://globalroomforwomen.com/global-heart-blog/entry/-un-launches-global-initiative-to-halt-trafficking-for-human-body-organs-of-girls-and-women.html>;

Shaun D. Pattinson: Bioethics and Human rights, 27Med&L.191, 2008.

(٢) د. بشير سعد زغلول: استئصال وزرع الأعضاء البشرية، ط ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٥٦.

(٣) د. بشير سعد زغلول: المرجع السابق، ص ١٥٣ - ١٥٤.

(٤) د. محمد صيلاح الدين مجروس: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم (دراسة مقارنة)؛ رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ٢٠٠٧، ص ٦.

(٥) د. بشير سعد زغلول: المرجع السابق، ص ٢.

الظروف بين ضمان الخدمات الصحية وظروف عمل صحية وآمنة وقدر كاف من المساكن والأغذية والأطعمة المغذية. والحق في الصحة لا يعني الحق في التمتع بالصحة^(١).

ويرتبط الحق في الصحة بلا شك بكافة حقوق الإنسان. فهو يرتبط بالحق في الحياة والحق في سلامة الجسد... الخ. ومن ناحية ثانية، فالحق في الصحة يمثل أهم الحقوق التي تفرض على الدولة اتخاذ إجراءات كثيرة لتمتع الأفراد بهذا الحقوق هذا من جهة، ومن جهة ثانية، يمثل الحق في الصحة حق تم إدراجه في العديد من معاهدات حقوق الإنسان الدولية والإقليمية وكذلك في عدد من الدساتير الوطنية في شتى أنحاء العالم.

ومن الأمثلة على معاهدات حقوق الإنسان التي أبرمتها الأمم المتحدة المتعلقة بالحق بالصحة: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ١٩٦٦؛ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ١٩٧٩، اتفاقية حقوق الطفل، ١٩٨٩، ومن الأمثلة على معاهدات حقوق الإنسان الإقليمية: نذكر: الميثاق الاجتماعي الأوروبي، ١٩٦١؛ الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، ١٩٨١؛ البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (بروتوكول سان سلفادور)، ١٩٨٨.

فعلى سبيل المثال تنص المادة ١٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦) على ضرورة اتخاذ خطوات لضمان أعمال الحق في الصحة، منها ما يلي: العمل على خفض معدلات وفيات الرضع وضمان نمو الطفل نموا صحيا؛ تحسين النظافة البيئية والصناعية؛ الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها؛ تهيئة الظروف المواتية لضمان خدمات

(١) انظر:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/ar/index.html>,
<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>.

الرعاية الصحية للجميع.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أنه في اعتقادنا إن إجازة زرع الأعضاء البشرية يتوافق مع ما قرره المادة ١٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ١٩٦٦، حيث إن هذه المادة تشير إلى ضرورة اتخاذ الإجراءات للوقاية والعلاج من الأمراض الوبائية، وإباحة زرع الأعضاء البشرية هي العلاج الفعال لمواجهة، حيث يحتاج مرضى الأمراض الوبائية في الكثير من الحالات حيث لا تنفع الأساليب العلاجية إلى زرع عضو أو نسيج.

لا يتضمن الحق في الصحة فقط على توفير خدمات الرعاية الصحية في الوقت المناسب فحسب، بل ينطوي أيضاً على محددات الصحة الدفينة، مثل توفير المياه النقية والصالحة للشرب ووسائل الإصحاح الملائمة وإمدادات كافية من الأغذية والأطعمة المغذية المأمونة والمساكن الآمنة وظروف مهنية وبيئية صحية وتوفير وسائل التثقيف الصحي والمعلومات الصحية المناسبة، بما في ذلك في مجال الصحة الجنسية والإنجابية. فضلاً عن إنه من الثابت أن الحق في التمتع بمستوى مناسب من الصحة، لم يتم تخصيص اتفاقية معينة لمعالجته، إلا أنه قد جرى تناوله ضمن العديد من الاتفاقيات والقرارات^(١).

ويتبين من خلال استقراء الموائيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وما ورد بها من إشارات عن الحق في الصحة، فنجد إنه فيما يتعلق بالحق في الصحة؛ فهناك ثلاث التزامات أساسية تقع على الدول^(٢) وهي: ١-

(١) انظر:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/ar/index.html>,
<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>

(٢) انظر:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/ar/index.html>
<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>.

من الصحة ؛ ٢- تقع على الدول مسؤولية ضمان ألا يحرم أي من مواطنيها من التمتع بالحق في الصحة نتيجة لتصرفات الدولة نفسها. ٣- على الدول كفالة التمتع بالحق في الصحة لكافة مواطنيها بغض النظر عن العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب^(١).

ويعد الحق في الصحة مثلاً واضحاً على ترابط حقوق الإنسان وعدم قابليتها التجزئة. ويمكن القول بأن التمتع بمستوى مناسب من الصحة يعد أساسياً على نحو مباشر أو غير مباشر للتمتع بالعديد حقوق الإنسان الأخرى التي أقرتها المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان. وتمتد الآثار السلبية لعدم كفالة الحق في التمتع بمستوى مناسب من الصحة إلى أبعد من الحق في الصحة نفسه ؛ إذ يؤثر ذلك سلباً على التمتع بالحق في المشاركة في الحياة العامة وكذلك توفير الرعاية لباقي أفراد الأسرة،

(١) ويجب النظر بعناية إلى الالتزام الأخير حيث أن التمييز يمارس في كافة أنحاء العالم ضد العديد من الأفراد على نحو ينتهك هذا الالتزام، وإن كان ذلك يتم على نحو غير واضح للعيان في بعض الأحيان. فالأصل العرقي للفرد أو جنسه أو دينه أو مكانته الاجتماعية قد تؤثر أحيانا في مستوى تمتعه بالحق في الصحة ؛ إذ قد تقوم الدولة أو مؤسسة صحية ما بالامتناع عن أو عدم الاهتمام فيما يتعلق بتقديم خدمات الرعاية الصحية لمجموعة معينة. وقد يرجع مثل هذا التمييز إلى طبيعة الوقائع على الأرض وليس إلى سياسة رسمية تهدف إلى تحقيقه، ويمكن القول بأنه عدم وجود أفراد متتمين لأقلية ما ضمن العاملين بالمهن الصحية ومؤسساتها كالمصحات أو المستشفيات فقد ينعكس بالسلب على مدى تمتع أفراد هذه الأقلية بالحق في مستوى مناسب من الصحة. وبالإضافة إلى ذلك ؛ فالفقراء في البلدان المتقدمة والتامية قد يحرمون من التمتع بالحق في مستوى مناسب من الصحة نظراً لغياب تقديم المساعدات اللازمة لهم في حالة عدم استطاعتهم تحمل التبعات المالية. هذا وينعكس بمركز المرافق الصحية في المدن على سكان المناطق الريفية بالسلب. وغالبا ما تعيش الأقليات الدينية أو القومية في مناطق لا تتوفر فيها الخدمات بشكل مناسب سواء بسبب سياسات اجتماعية أو كنتيجة لتدني مستوى أوضاعهم الاقتصادية

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/ar/index.html>,

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>.

ويشكل عائقاً أمام التمتع بحقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية ومدنية أخرى على السواء^(١).

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تناول الحق في الصحة ملقياً بعض الضوء على محتواه. إذ تنص المادة ٢٥ منه على أن "كل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضروري...".

وقد أكدت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ١٩٦٥، على الحق في مستوى مناسب من الصحة، كما حظرت الحرمان منه أو ربط التمتع به بانتماء الفرد إلى أصل عرقي معين^(٢). ولقد أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مجدداً على الحق في الرعاية الصحية لكافة العاملين وكذلك بمقتضى ظروف عمل تكفل السلامة والصحة^(٣).

(١) انظر:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>.

(٢) وتنص المادة ٥ من هذه الاتفاقية بالحق في مستوى مناسب من الصحة بغض النظر على الأصل العرقي؛ إذ تنص على أن "... تتعهد الدول الأطراف بمحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله،... ولا سيما بصدد التمتع بالحقوق التالية: ... (هـ) ...".^(٤) حق التمتع بخدمات الصحة العامة والرعاية الطبية والضمان الاجتماعي والخدمات الاجتماعية؛ ...

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>

(٣) انظر: المادة ٧ "تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص: ... (ب) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة،...". المادة ١٠: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي: ... وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده... وكذلك ... وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين، دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف. ومن الواجب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي. كما يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الأضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي. وعلى الدول أيضاً أن تقرض حدوداً دنياً للسن يحظر =

أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على الحماية الدولية للحق في التمتع بمستوى مناسب من الصحة، وعرضت للاحتياجات وأوجه الحماية الخاصة التي يجب أن تتمتع بها المرأة بهذا الخصوص^(١). وأشارت حقوق الطفل على الحماية الدولية للحق في التمتع بمستوى مناسب من الصحة، موضحة أن الأطفال هم من مواطني الدولة، ولهم الحق في التمتع مثل كافة الأفراد بحقوقهم^(٢).

=القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويعاقب عليه...". وتنص المادة ١٢ على: ١- تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. ٢- تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل: (أ) العمل على خفض معدل موتي المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نموا صحيا، (ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية، (ج) الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها، (د) تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>

(١) انظر:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>

(٢) حيث نصت المادة ١٦-١) تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقا أصيلا في الحياة.

٢- تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه... ونصت المادة ١٩ على: (١) - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته). نصت المادة ٢٠ على ما يلي: (١) - للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحة الفضلي، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة... ونصت المادة ٢٤ على: (١) - تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه. ٢- تتابع الدول الأطراف إعمال هذا الحق كاملا

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>

يعد الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان ١٩٤٨ موجهًا
عامًا للدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية. وقد أقر بحق كافة
المواطنين في التمتع بمستوى مناسب من الصحة كما ركز بشكل خاص
على احتياجات الأطفال والنساء^(١) وكذلك ميثاق الحقوق الأساسية
الأوروبي^(٢).

يعد الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ١٩٧٩ الوثيقة
الأساسية المعنية بحقوق الإنسان في إطار منظومة الاتحاد الأفريقي. ويقر هذا
الميثاق بالحق في التمتع بمستوى مناسب من الصحة لكافة الأفراد وكذلك
حقهم في الحماية من الظروف المضرة بصحتهم وكذلك توفير الرعاية
اللازمة لهم^(٣).

(١) حيث نصت المادة ٧ على: ("لكل النساء - أثناء الحمل وفترة الرضاعة - ولكل
الأطفال الحق في الحماية الخاصة والرعاية والمساعدة."). والمادة ١١: ("لكل شخص
الحق في المحافظة على صحته عن طريق الإجراءات الصحية والاجتماعية التي تتعلق
بالغذاء والملبس والإسكان والرعاية الطبية إلى الحد الذي تسمح به الموارد العامة
وموارد المجتمع). انظر:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>

(٢) انظر:

<http://globalroomforwomen.com/global-heart-blog/entry/-un-launches-global-initiative-to-halt-trafficking-for-human-body-organs-of-girls-and-women.html>;

Shaun D. Pattinson: Bioethics and Human rights, 27Med&L.191, 2008.

(٣) جاء فيها ما يلي: المادة ٤ (لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان. ومن حق احترام حياته
وسلامة شخصه البدنية والمعنوية. ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا). المادة ٥:
(لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية وحظر كافة أشكال
استغلاله وامتثانه واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات
والمعاملة الوحشية أو اللا إنسانية أو المذلة). المادة ١٦: (١- لكل شخص الحق في
التمتع بأفضل حالة صحية بدنية وعقلية يمكنه الوصول إليها. ٢- تعهد الدول
الأطراف في هذا الميثاق باتخاذ التدابير اللازمة لحماية صحة شعوبها وضمان حصولها
على العناية الطبية في حالة المرض). ونصت المادة ١٨ على: (٢- الدولة ملزمة
بمساعدة الأسرة في أداء رسالتها كحماية للأخلاقيات والقيم التقليدية التي يعترف بها
المجتمع. ٣- يتعين على الدولة القضاء على كل تمييز ضد المرأة وكفالة حقوقها=

المطلب الثاني

الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والعلمية للاتجار بالأعضاء البشرية

تمثل الأبعاد الاقتصادية والعلمية والاجتماعية لمشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية، في مجموعة من العوامل التي أدت إلى ظهور عمليات الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية. ودون شك إن يجب أن يدرك صانعو السياسات لمكافحة الجريمة هذه الأبعاد من أجل الوصول إلى رسم سياسية تشريعية واجتماعية واقتصادية فعالة في مكافحة الجريمة في المجتمع. وتمثل هذه الأبعاد فيما يلي:

أولاً: التقدم الطبي الهائل في مجال الاستئصال والنقل والزرع:

مع زيادة الدعاية لدى بعض الأطباء والمستشفيات نحو المكسب السريع باللجوء إلى عمليات النقل والزرع للأعضاء البشرية عن طريق تجارة الأعضاء^(١). هذا من جانب ولكن على الجانب الأخر، فقد حدثت زيادة وطفرة في زيادة معدلات الأمراض الوبائية وزيادة الطلب على زرع الأعضاء وقلة المتوافر القانوني من الأعضاء للمرض المحتاجين^(٢)؛ ولذا

=حقوق الطفل على نحو ما هو منصوص عليه في الإعلانات والاتفاقيات الدولية.
٤- للمسنين أو المعوقين الحق أيضا في تدابير حماية خاصة تلائم حالتهم البدنية أو المعنوية)، انظر في هذا:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html>.

(١) انظر:

Jonathan Cornwell and W. Reid Cornwell: Unintended Consequences: Organ Transplantation, Organ Trafficking, and the Globalized Ethics of Biomedicine, research paper, 2009, p. 3

أصدرت العديد من الدول تشريعات تمنع نقل وزراعة الكلى للأجانب (مثل الفلبين). ومازالت الفلبين واحدة من أكبر دول العالم الرائدة في البيع غير المشروع للكلى illegal sale of kidneys.

(٢) د. سهير لطفي: مرجع سابق، ص ١٢.

Jonathan Cornwell and W. Reid Cornwell: Unintended Consequences: Organ Transplantation, Organ Trafficking, and the Globalized Ethics of Biomedicine, research paper, 2009,=

يجب ضرورة اتخاذ إجراءات نحو تقليل الطلب على الأعضاء Reducing demand ويجب مكافحة السياحة زرع الأعضاء Transplant Tourism لأنها تستغل الفئات الفقيرة والسكان، و تقديم الرعاية الطبية لمنع فشل الأعضاء، لأنه الأمر الذي يدفع إلى وجود طلب على الأعضاء.

ثانياً: التفاوت الاقتصادي في الدخول بين الدول الفقيرة والدول الغنية:

الأمر الذي جعل الكثير من الفقراء إلى الوقوع في برائن عمليات الاتجار بالبشر، ومنها الاتجار بأعضائهم، فالفقر العامل الأول وراء الاتجار بالبشر بوجه عام، والاتجار بالأعضاء بوجه خاص، حيث إن حاجة الفقراء إلى المال يغري المتاجرين على الاتجار بأعضائهم؛ ولذا قيل ما يلي:

Poverty seems to be a prevailing feature in trafficking in persons for the purpose of organ removal. Thus, the poverty-organs trafficking nexus needs to be addressed through sustainable and empowering poverty-alleviation programs targeted at the potential donor-seller communities.

ثالثاً: قلة التوعية بالمخاطر التي ترتب على الاتجار بالأعضاء البشرية Organ Trafficking:

وخصوصاً للفقراء الذين تدفعهم الحاجة نحو بيع الأعضاء أو الأنسجة منهم. مشكلة الفقر والبطالة الأمر الذي يدفع المحتاجين إلى التصرف في الأعضاء من أجل الحصول على المال، دون أن يكون لديهم

=p. 3; Tazeen H. Jafar: Organ Trafficking: Global Solutions for a Global Problem, in: American Journal of Kidney Diseases, Vol 54, No 6 (December), 2009: pp 1145-1157, Yosuke Shimazono: The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information, at: <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/>

الوعي والدراية التامة والكافية بمخاطر ما يقدمون عليه من الناحية القانونية والصحية وكذلك الأضرار النفسية والاجتماعية التي قد يتعرضون لها، إذا تم اكتشاف الجريمة.

رابعاً: زيادة الطلب على الأعضاء مع نقص المعروض:
أدت زيادة الطلب على الأعضاء البشرية مع نقص المعروض منها مجاناً، إلى ظهور عمليات الاتجار والوساطة والسمسرة في الأعضاء من خلال الجهات والأفراد، الذين يستغلون حاجة الأفراد وفقدهم^(٢٠١)، وتأكيداً لهذا جاء في توصية المجلس الأوربي بشأن العلاقة بين الاتجار بالأعضاء البشرية ونقص المعروض الأعضاء مع زيادة الطلب عليها ما يلي^(٢):

(The universal shortage of organs and tissues can lead patients to a desperate search for a transplant which may involve unacceptable practices from a legal or ethical point of view; Organ shortage can also encourage illegal organizations to traffic human beings for the purpose of organ transplantation, or to traffic organs obtained as a result of inducement or coercion).

(١) انظر:

Suzy Kin: privation of Trafficking in Human organs.

(٢) انظر:

See: The Vienna Forum to fight Human Trafficking 13-15 February 2008, Austria Center Vienna Background Paper 011 Workshop: Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts, p. 7.

(٣) انظر:

Council of Europe: Committee of ministers, Recommendation Rec (2004)7 of the committee of ministers to member states.(2007).

ولذا فيجب اتخاذ برامج نحو التبرع المجاني للأعضاء، وذلك لمواجهة النقص في الأعضاء organ shortage، لأن هناك علاقة وثيقة بين الاتجار بالأعضاء وعدم توافرها للمحتاجين، فالثابت أن التشجيع على التبرع بالأعضاء وسيلة فعالة للمكافحة.

وخلاصة القول، فالثابت أن السبب الرئيسي لتجارة الأعضاء هو النقص في الأعضاء البشرية organ shortage، حيث إنه من هو أول أسباب انتشار الاتجار بالأعضاء البشرية، زيادة الطلب عليها وزيادة معدلات نجاح وتقديم الطلب في عمليات النقل والزرع، فضلا عن ذلك فإن الذي يزيد المشكلة، حاجة الكثير من أجرى لهم عمليات زراعة ونقل أعضاء إلى زراعات أعضاء أخرى أو إعادة الزرع (Re transplantation).

المطلب الثالث

الأبعاد القانونية

تمثل مجموعة الأبعاد القانونية المتعلقة بالاتجار بالأعضاء البشرية فيما يلي:
أولاً: كثرة القيود على تنظيم زرع الأعضاء والتبرع بها:

من المسلم به أن القيود التي تضعها الدول على عمليات الزرع والاستئصال والنقل، لمنع الاتجار بالأعضاء والأنسجة، أدت إلى نتيجة عكسية في بعض الحالات، حيث أدت إلى زيادة الطلب على شراء الأعضاء أو الأنسجة البشرية؛ بهدف الزرع؛ ولذا قيل ما يلي^(١):

(The gap between supply and demand for organ transplants is continually increasing, particularly in

(١) انظر:

UNDOC: Experts meet in Vienna to address the trafficking of persons for the removal of organs at: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>.

countries where cultural or religious norms prohibit organ donation. This lack of legally available organs has given way to black market organ trafficking. separate patients, unwilling or unable to wait years on a waiting list, are willing to venture outside of the law to obtain the organs they need)

وبناء على ما سبق ، فيجب ضرورة اتخاذ إجراءات نحو تقليل الطلب على الأعضاء Reducing demand ، ويجب مكافحة سيطرة زرع الأعضاء Transplant Tourism ، لأنها تستغل الفئات الفقيرة وسكان القرى والنحوع^(١) وفي نفس الوقت اتخاذ حزمة سياسيات تهدف إلى الحد من القيود المتعلقة بالتبرع ، وخصوصا غير المبرر منها.

ثانياً: تنظيم بنوك الأعضاء البشرية ومستشفيات زرع الأعضاء: أن ظهور بنوك الأعضاء البشرية، جعل لتجارة الأعضاء والأنسجة سوقاً رائجاً في الدول الفقيرة، وروادها من الدول الأجنبية مع انتشار عمليات السمسرة في هذا المجال، وخصوصا مع ضعف المراقبة من الأجهزة الحكومية المختصة، بالإضافة إلى عدم مشاركة مؤسسات المجتمع المدني، في الإشراف على، المستشفيات المتخصصة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، إذ يجب حماية الفئات المستضعفة من الوقوع في براثن المتعاملين معها^(٢).

(١) انظر:

UNDOC: Experts meet in Vienna to address the trafficking of persons for the removal of organs at <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>.

(٢) انظر:

(WWW. WMA.net/en/30 publications/10 policis/index. html, UNDOC: Experts meet in Vienna to address the trafficking of persons for the removal of organs at: <http://www.unodc.org>.

وتتعلق المشكلة السابقة، بمشكلة كبرى وهى الشفافية transparency وخصوصاً في الدول التي تسمح ببيع الأعضاء Especially in nations where the sale of organs is legal، لأن شفافية الحكومات مسألة أساسية لمراقبة سياستها، ويجب الاستعانة، بمعايير ودراسات وأسس منظمة الشفافية الدولية international transparency⁽¹⁾ لمراقبة عمليات زرع ونقل الأعضاء ومكافحة الاتجار بها، فضلاً عن مدونات السلوك المهنية المتعلقة بممارسة المهن الطبية وما يتصل بها.

ثالثاً: قصور المواجهة التشريعية:

إن قصور المواجهة التشريعية لجرائم الاتجار بالبشر، وخصوصاً في ظل التغيرات القانونية والاجتماعية في عصر العولمة وانتشار الأجرام المنظم، يغرى الكثير بارتكاب جرائم الاتجار بالأعضاء، نظراً لأنها تدر دخلاً كبيراً. هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، يتجلى مظاهر قصور المواجهة التشريعية في مشكلة وجود ثغرات قانونية، يستفيد منها الجناة والسماسرة، في عمليات الاتجار بالأعضاء، حيث يستخدمون هذه الثغرات Gaps للإفلات من العقاب.

ولقد ساعدت حركة العولمة بكافة مظاهرها في ازدياد ظاهرة الاتجار بالبشر، وخصوصاً مع انخفاض معدلات الدخول في الكثير من الدول. ولقد أدت العولمة إلى إضفاء الطابع العالمي لهذه الظاهرة. ففي واقع الأمر -

=org/unodc/en/humantrafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html

(١) انظر:

(WWW. WMA.net/en/30 publications/10 policis/index.html.

(٢) انظر:

UNDOC: Experts meet in Vienna to address the trafficking of persons for the removal of organs at:<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>

وكما يقال - إن الاتجار بالبشر، مشكلة عالمية، لا تفلت منها دولة مهما كانت -؛

Trafficking in persons is truly a global problem. It is unfortunately a fair assessment to say that every country in the world is affected by human trafficking as a country of origin, transit or destination.^(١)

وبلا شك أن التعاون القانوني والقضائي الدولي يتصل اتصالاً وثيقاً، بمشكلة القصور التشريعي، فدون شك يؤدي قلة وعدم فعالية اتفاقات التعاون الدولي، حيث يوجد الاتجار بالأعضاء الدولي، إذ غالباً ما يتم نقل الضحية من مكان إلى آخر^(٢)، فتجارة الأعضاء البشرية تستوجب تكاتف المجتمع الدولي، ككل لمواجهة وبوجه خاص تستوجب وضع تشريع دولي ينظمها. فضلاً عن مكافحتها بالتشريعات الفعالة في كل دولة، سواء بوضع قوانين لمكافحة الاتجار بالبشر أو بتعديلات قانون العقوبات وقوانين مزاولة المهن الطبية، وكذلك وضع تشريعات لتنظيم نقل وزرع والتبرع بالأعضاء ومكافحة الاتجار بها. رابعاً: قصور السياسات الحكومية المتعلقة بمكافحة الفقر وتحقيق العدالة الاجتماعية:

يضاف إلى ما سبق، أن فشل السياسات الحكومة في مكافحة الفقر وسياسة التوظيف وتحقيق برامج العدالة الاجتماعية، أدى كل ما سبق إلى تفاقم مشكلة الفقر والبطالة، ومن الثابت إن الفقر هو السبب الثاني

(١) انظر:

Mohamed Mattar: Global Trafficking in Women Modern day Slavery and the Movement to End It International Women's Day - Bradley University Mach 8, 2004; Francis T.Miko: Trafficking in women and children the Us and international response, CRS Report for Congress, July 2003 (Trafficking in persons affects virtually every country in the world..), p. 1.

=

(٢) انظر:

الأساسي، الذي يساعد على انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث ثبت في الكثير من الحالات التي تم فيها رصد الاتجار بالأعضاء البشرية، وجد أنها كانت بهدف الحصول على المال من أجل الحياة والخروج من الفقر. وبلا شك، فالسياسيات الاقتصادية العالمية والمحلية هي التي أدت إلى زيادة معدل الفقر في الكثير من البلاد.

خامساً: المسؤولية المهنية وأداب وأخلاقيات ممارسة المهن الطبية وعلاقتها بجريمة الاتجار بالأعضاء:

لم تظهر مشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية، إلا بعد تقدم علم الجراحة وعلم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وبالتالي زادت عمليات زراعة ونقل الأعضاء، فزاد الطلب على الأعضاء البشرية.

وإذا كان القانون هو الذي يتضمن القواعد الأساسية لما نفعول ولما لا نفعول، ويعاقب كل من يسلك مسلكاً مخالفاً لنصوصه، إلا أننا لا ننسى أن هناك حالات كثيرة، استطاع المخالفون لأحكامه الإفلات من العقاب. ويظهر هذا بوضوح في مجال الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث الجناة في غالب الحالات لا يتم الوصول إليهم؛ ولذا فالضهير هو الضمان الأساسي لحماية المجتمع والناس من الآفات والظواهر الإجرامية المستحدثة، كظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية والعنف ضد المرأة.. الخ.

وبناء على ما سبق، فمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، يتعلق بالضمير والآداب والتقاليد المهنية، لدى الأطباء والجراحين والعاملين في المجال الطبي عموماً، وفي مجال عمليات زرع الأعضاء البشرية خصوصاً، إذ من المعروف إن عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية والأنسجة، يكون المسئولون فيها أساساً الأطباء والجراحين، الذين يعملون سواء في مستشفيات عامة أو خاصة، بالإضافة إلى أطراف أخرى مشاركين، كالوسطاء في تجارة الأعضاء، وهم الذين يجلبون الضحايا لطالبي الأعضاء البشرية.

ومعنى ما سبق، أن تجارة الأعضاء البشرية مقترنة بضرورة قيام نقابات الأطباء والعاملين في مجال الخدمات الطبية والصحية بمراقبة من

يتمون إليها، ومدى التزامهم بميثاق شرف المهنة ومراعاة الأصول العلمية – الأخلاقية لممارستها؛ إذ أنه من البديهي لورفض الأطباء والجراحين، تحت وازع الضمير ومن خلال الالتزام بمواثيق شرف المهنة، بالاشتراك في عمليات زرع الأعضاء، التي تتضمن الاتجار بالأعضاء. فبلا شك، إننا نكون بهذا وصلنا إلى الوسيلة الفعالة والناجحة لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث تكون قد قطعت أهم حلقاتها، إذ لا يوجد من يتاجر بالأعضاء أو من يقبل منه السلع (الأعضاء البشرية).

المبحث الثالث

الإطار القانوني لمكافحة الاتجار بالأعضاء في القانون الدولي لحقوق الإنسان وفي

القانون المصري

المطلب الأول

ابعاد المواجهة التشريعية للاتجار بالأعضاء البشرية

واجهت القوانين المقارنة، مشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية، من خلال عدة محاور تتمثل في:

المحور الأول: محور النصوص الواردة في قانون العقوبات، والتي تحظر المساس بسلامة الجسم، وتجرم كل ما من شأنه يتعارض مع حق الإنسان في سلامة جسمه.

المحور الثاني: قانون مكافحة الاتجار بالبشر، حيث ورد فيه النص على اعتبار الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة كشكل من أشكال الاستغلال بالبشر الرحمة بمقتضى الصكوك الدولية، كبروتوكول الأمم المتحدة المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص^(١) ٢٠٠٠.

المحور الثالث: تنظيم زرع الأعضاء، على النحو الذي يضمن مكافحة أو الحد من عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية^(٢).

المحور الرابع: إدراج نصوص تجريم في بعض القوانين ذات الصلة،

(١) القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

(٢) القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زراعة الأعضاء.

مثل قانون الطفل، قانون مزاولة المهن الطبية، قانون العمل، قانون الهجرة، قانون مكافحة الدعارة، قوانين الصحة^(١).
وبلا شك أن المحاور السابقة قد تأثرت بما جاء في الصكوك القانونية الدولية المتعلقة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، واهما بروتوكول الأمم المتحدة بشأن منع وقمع ومكافحة الاتجار بالبشر - بروتوكول باليرمو ٢٠٠٠، وكذلك بعض الصكوك الدولية الأخرى، كاتفاقية حقوق الطفل، وكذلك بعض الاتفاقيات الإقليمية، مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٢).

فدون شك كل الصكوك الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، تشكل الإطار القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء على اعتبار أنه صورة من صور الاتجار بالبشر. وبناء على ما سبق، ويعتبر بروتوكول منع وقمع ومكافحة الاتجار بالبشر هو أول الصكوك الدولية التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار، في هذا الصدد، على أساس أنه قد جرم فعل الاتجار بالأعضاء البشرية.

فالامر الذي لا مراء فيه هو إن بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة بالبشر، ٢٠٠٠، يعتبر حدثاً فريداً في تاريخ المواجهة التشريعية في مكافحة الاتجار بالبشر، صحيح أن هناك الكثير من الاتفاقيات والمعاهدات والإعلانات التي صدرت لمكافحة الاتجار بالبشر أو لبعض صوره سواء كانت متعلقة بالاتجار بالبشر مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. إلا أن البروتوكول، قد قام - بحق - بحركة كبرى في توجيه السياسة التشريعية الدولية نحو منع وقمع ومكافحة الاتجار بالبشر.

(١) مثل: قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ بتعديلاته، قانون الطفل ١٢ لسنة ١٩٩٦ وتعديلاته بمقتضى القانون لعام ٢٠٠٨، قانون مكافحة الدعارة ١٩٦١... الخ.

(٢) انظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against women, p. 3- 4,

ومن ناحية ثانية، فعلى مستوى الصكوك الدولية كذلك نجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أشار إلى الحق في سلامة الجسد، ويتضمن هذا عدم المساس بأعضاء الإنسان أو الاتجار فيها، لتعارض ذلك مع مبدأ الكرامة الإنسانية.

ومن ناحية ثالثة، فقد حظر إعلان حقوق الطفل في المبدأ التاسع الاتجار بالطفل، والاتجار بالأعضاء من أشكال الاتجار، حيث نص المبدأ على (يجب أن يتمتع الطفل بالحماية من جمع صور الإهمال والقسوة والاستغلال. ويحظر الاتجار به على أية صورة. ولا يجوز استخدام الطفل قبل بلوغه السن الأدنى الملائم. ويحظر في جميع الأحوال حمله على العمل أو تركه يعمل في أية مهنة أو صنعة تؤذي صحته أو تعليمه أو تعرقل نموه الجسمي أو العقلي أو الخلقى).

وكذلك تضمنت اتفاقية الطفل ما يلي: (المادة ١٩ - ١. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته).

أما على مستوى القارة الأوربية، فنجد الكثير من المواثيق الأوربية المتعلقة بحقوق الإنسان بوجه عام وبمكافحة الاتجار بالبشر قد منعت الاتجار بالأعضاء. فمن ناحية حرمت اتفاقية المجلس الأوربي رقم ١٩٧، حيث نصت على ما يلي:

(Article 4 - Definitions: For the purposes of this Convention: a "Trafficking in human beings" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception,

of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs).

أكدت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان جاء فيها النص الآتي:
(المادة ٤١- لا يجوز استرقاق أو تسخير أي إنسان. ٢- لا يجوز أن يطلب من أي إنسان أداء عمل جبراً أو سخرة. ٣- لا يشمل اصطلاح "جبراً أو سخرة" في نطاق تطبيق هذه المادة ما يلي: أ- أي عمل يطلب إنجازه في الظروف المعتادة طبقاً لنصوص المادة الخامسة من هذه المعاهدة أو خلال الإفراج عنه تحت شرط. ب- أي خدمة لها صفة عسكرية، أو أي خدمة بديلة للخدمة العسكرية بالنسبة لمن يأبى ضميرهم الاشتراك في الحرب في الدول التي تسمح لهم بذلك. ج- أي خدمة تطلب في حالة الطوارئ أو الكوارث التي تهدد حياة المجتمع أو رخاءه. د- أي عمل أو خدمة تشكل جزءاً من الالتزامات المدنية المعتادة).

ومن ناحية أخرى فقد جاء في ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي، ٢٠٠٠ ما يلي: لكل شخص الحق في احترام سلامته البدنية والعقلية. ٢- في مجال الطب وعلم الأحياء - يجب احترام ما يلي علي وجه الخصوص:- الموافقة الحرة والمعلومة للشخص المعني - طبقاً للإجراءات التي يضعها القانون، - حظر الممارسات التي تتعلق بتحسين النسل - وخاصة تلك التي تهدف إلى انتقاء الأشخاص، - حظر جعل جسم الإنسان وأجزائه مصدراً للكسب المالي - حظر الاستنساخ

التناسلي البشري^(١).

أما على مستوى القارة الأفريقية والدول العربية، فمن ناحية جاء في الميثاق العربي لحقوق الإنسان ما يلي (في المادة التاسعة على (لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضائه من دون رضائه الحر وإدراكه الكامل للمضاعفات التي قد تنجم عنها..... ولا يجوز بأي حال من الأحوال بالاتجار بالأعضاء البشرية). بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة العاشرة، حيث إنها حظرت الرق والاتجار بالأفراد في جميع صورهما، ويعاقب على ذلك، وإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الاسترقاق والاستعباد.

وخلاصة القول، فدون شك لا يمكن إنكار دور بروتوكول باليرمو ٢٠٠٠ في إحداث تأثيرات كبيرة، ودفع الحركة الدولية والإقليمية نحو مكافحة كافة صور الاتجار بالبشر ومنها الاتجار بالأعضاء، فكما قلنا سابقا، يعتبر بروتوكول الأمم المتحدة أول الصكوك الدولية التي وضعت إطار قانونية لمشكلة الاتجار بالبشر، من خلال تحديد مفهوم الاتجار بالبشر وعناصره وكيفية مكافحته ومسئوليات الدول. ويعتبر البروتوكول هو المرجع الأساسي للدول من أجل الاشتراك في المنظومة العالمية لمكافحة الاتجار بالبشر^(٢) ولقد قيل بحق^(٣):

(١) نصت على مادة ٥: حظر الاسترقاق والعمل بالإكراه: ١- لا يجوز استرقاق أي شخص أو استعباده. ٢- لا يجوز أن يطلب من أي شخص أن يؤدي عملاً قسراً أو كرها. ٣- يحظر الاتجار في البشر.

(٢) انظر: مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة: مكافحة الاتجار بالأشخاص، كتيب إرشادي للبرلمانيين، ٢٠٠٩، ص ١٢. نصت المادة الرابعة من البروتوكول والتي تتعلق بنطاق الانطباق على ما يلي (ينطبق هذا البروتوكول، باستثناء ما ينص عليه خلافاً لذلك، على منع الأفعال المجرمة وفقاً للمادة ٥ من هذا البروتوكول، والتحرري عنها وملاحقة مرتكبيها، حيثما تكون تلك الجرائم ذات طابع عبر وطني وتكون ضالعة فيها جماعة إجرامية منظمة، وكذلك على حماية ضحايا تلك الجرائم).

(٣) انظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against women, op. cit., p.5.

(It May be said that the legislative movement following the adoption of the UN Protocol in 2000 has reflected an increasingly strong commitment to covering the 3 p's of trafficking in persons: prevention, protection, prosecution in domestic legislation).

أولاً: مكافحة الاتجار بالأعضاء في قوانين مكافحة الاتجار بالبشر: وتحتل مكافحة الاتجار بالبشر أهمية كبيرة في القوانين المقارنة في الفترة الأخيرة وخصوصاً تحت تأثير بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص ٢٠٠٠، والذي كما عرفنا مارس تأثيراً كبيراً على القوانين الداخلية.

من المسلم به أن بروتوكول الأمم المتحدة في مادته الثالثة، لم ترد به صور الاستغلال على سبيل الحصر، بل جاءت على سبيل المثال لا الحصر، حيث جاء نص البروتوكول عندما ذكر الاستغلال على النحو الآتي (.... ويشمل الاستغلال كحد أدنى...). هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فيلاحظ أن الاتجار بالأعضاء آخر ما ذكر في نص المادة، ويرجع ذلك إن البروتوكول - كما ورد في الأعمال التحضيرية، لم يذكر الاتجار بالأعضاء استناداً إلى أن البروتوكول متعلق بمكافحة ومنع ومعاقبة الاتجار بالبشر بوجه عام. ولكن استقر في نهاية الأمر على إضافة الاتجار بالأعضاء إلى صور الاتجار التي ورد ذكرها في البروتوكول.

ولقد ذكر القانون المصري ٦٤ لسنة ٢٠١٠ الاتجار بالأعضاء والأنسجة، حيث نصت المادة الثانية من القانون والتي نصت على: (يعد مرتكباً لجرمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسليم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية

أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيا كانت صورة بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسول أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها).

ونظراً للارتباط المباشر الثابت بين عمليات زرع الأعضاء وعمليات الاتجار بالأعضاء، فقد اضطرت الدول التي وضعت قوانين لتنظيم زرع الأعضاء البشرية، ووضع آليات لمكافحة أن يتخذ القانون المنظم لزرع الأعضاء البشرية وسيلة لنشأة أو لزيادة حالات الاتجار بالأعضاء. هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، نظراً لأن الاتجار بالأعضاء، قد يكون اتجار داخلياً (الاتجار بالأعضاء الداخلي) وقد يكون دولياً (الاتجار بالأعضاء الدولي). ومن ناحية ثالثة، نظراً لأن غالبية حالات الاتجار بالبشر، تقع من الجماعات الإجرامية المنظمة. ومن ناحية رابعة، فلكي لا تكون الدولة، نظراً لأنها قامت بإباحة زرع الأعضاء البشرية، سوقاً للاتجار بالأعضاء البشرية. ومن ناحية خامسة، فلكي لا يتم استغلال النظم القانونية المشروعة، كالزواج بالأجنبي، وسلة للوصول إلى عمالات زرع أعضاء تخفي في داخلها بالإضافة إلى الغش في الزواج كذلك الاتجار بالأعضاء. ولقد كان، كل ما سبق، مثار اهتمام المشرع في النظم القانونية المقارنة^(١).

ففي دول الاتحاد الأوروبي، أدخلت تعديلات لقانون العقوبات، ونص فيها على تجريم الاتجار بالأعضاء بالإضافة إلى تجريم الاتجار بالبشر، ومن هذه الدول، تعديل قانون العقوبات السويسري ٢٠٠٦ حيث نصت المادة ١٨٢ على^(٢):

(١) قانون منع الاتجار بالأشخاص، المادة الرابعة والمادة الخامسة.
(٢) وكذلك القانون الهولندي ٢٠٠٥، وقانون العقوبات السويدي الفصل الرابع، وقانون

(Any person who as a supplier, intermediary or customer engages in the trafficking of a human being for the purpose of sexual exploitation, exploitation of his or her labor or for the purpose of removing an organ shall be liable to a custodial sentence or to a monetary penalty. The soliciting of a person for these purposes is equivalent to trafficking).

ونص قانون مالطا على ما يلي^(١):

(Whosoever, by any means mentioned in article 248A(2), trafficks a person of age for the purpose of exploiting that person in the removal of any organ of the body shall on conviction be liable to the punishment of imprisonment for a term from four to twelve years)

وقوانين بعض الدول الآسيوية مثل قانون الفلبين^(٢). والذي نص:

No. - combating trafficking in human beings act بلغاريا =
نص على ما يلي: 46/20.05.2003

2. "Exploitation" means the illegal use of human beings for debauchery, removal of physical organs, forced labour, slavery or servitude;) <http://www.protectionproject.org/resources/law-library/international-anti-trafficking/>

(١) انظر

Traffic of a person of age for the purpose of exploitation in the removal of organs. Added by: III. Article 280 C, 2002. 50 at: <http://www.protectionproject.org/resources/law-library/international-anti-trafficking/>

(٢) وكذلك قانون غانا، والقانون الماليزي حيث جاء به:

"exploitation" means all forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude, any illegal activity or the removal of human organs~

وقانون مالادوفا

(Article 165. Trafficking in Human Beings 2002: =

Anti-Trafficking in Persons Act of 2003".

(Section 3.(a) Trafficking in Persons - refers to the recruitment, transportation, transfer or harboring, or receipt of persons with or without the victim's consent or knowledge, within or across national borders by means of threat or use of force, or other forms of coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power or of position, taking advantage of the vulnerability of the person, or, the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person for the purpose of exploitation which includes at a minimum, the exploitation or the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labor or services, slavery, servitude or the removal or sale of organs.

2) Exploitation shall include at the minimum, induced

= (1) The recruitment, transportation, transfer, concealment or receipt of a person, with or without his/her consent, for the purpose of commercial or non-commercial sexual exploitation, for forced labor or services, for begging, for slavery or similar conditions, for use in armed conflicts or criminal activities, for the removal of human organs or tissues)Visit <http://www.protectionproject.org/resources/law-library/international-anti-trafficking/>

وقانون العقوبات التركي في عام ٢٠٠٦ المادة رقم ٨٠ وقانون العقوبات الفنلندي في المادة ٢/١٧٥، وقانون لاتفيا Latvia - القسم ١٥٤ / ٣ من تعديل قانون العقوبات، حيث ذكر The unlawful removal of person's tissues or organs كشكل من أشكال الاستغلال، وكذلك تعديل قانون العقوبات الموريتاني قانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٣ المادة الأولى، القانون الماليزي Anti- trafficking in persons act 2007 الجزء الأول - ٢ ج) والقانون الباكستاني، القسم الأول - ١.

prostitution and other forms of sexual exploitation, forced labor or services, salary or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

ومن تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في دول مجلس التعاون الخليجي، نجد أن القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، قد اشر في مادته الأولى المتعلقة بتعريف الاتجار بالأشخاص إلى نزع أعضاء الجسد كصورة من صور الاتجار بالأشخاص. وكذلك نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي في المادة الثانية والتي ذكرت ما يلي (.....، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه). وكذلك قانون منع الاتجار بالبشر الأردني، حيث جاء في المادة الثالثة ب ما يلي (..... أو نزع الأعضاء.....).

وخلاصة القول، أن قوانين الاتجار بالبشر، وكذلك التعديلات التي أدخلت على قوانين العقوبات المقارنة تتضمن الإشارة إلى نزع الأعضاء أو الأنسجة، باعتباره شكلاً من أشكال الاستغلال المكون لجرمة الاتجار بالبشر.

ثانياً: نقل الأعضاء ومكافحة الاتجار بها في الفقه الإسلامي:

ثار خلاف فقهي حول مشروعية نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، ولكن الرأي الراجح هو إجازة النقل ولكن بضوابط معينة، لان المسألة متعلقة بجرمة الجسد، وبتكريم الإنسان.

فالفقه الإسلامي - طبقاً لرأي البعض - وأن كان يسمح بنقل الأعضاء البشرية إلا أنه قد وقع لهذا ضوابط كثيرة. أهم هذه الضوابط - والذي يصل بموضوع الدراسة - ضابط التبرع، بمعنى أن يكون النقل بدون مقابل، إذا لا يجوز مطلقاً البيع والاتجار بالأعضاء. ومن ثم فلا يجوز بأي حال من الأحوال بيع الأعضاء البشرية أو المتاجرة بها والحماية عليها، فإذا وقع هذا كان التصرف باطلاً بالإجماع، استناداً إلى أدلة كثيرة منها: بيع الحر باطل بالإجماع، التكريم الإلهي للإنسان في القرآن الكريم (ولقد كرّمنا بني آدم) والبيع والتملك يتنافيان كما قيل مع التكريم الوارد في

الآية الكريمة. وبناء عليه، فيجب أن يكون النقل على سبيل التبرع وليس بيعاً أو متاجرة، حيث إن جسد الإنسان وما يتكون منه من أعضاء ليس محلاً للبيع والشراء^(١).

ومن نافلة القول الإشارة إلى ما قاله الشيخ محمد طنطاوي رحمه الله - شيخ الأزهر، حيث قال أن نقل الأعضاء إذا كان على سبيل التبرع ويقره الأطباء المتخصصون، فلا مانع منه شرعاً، أما المتاجرة بنقل الأعضاء على سبيل البيع والشراء فهو حرام، وغير جائز شرعاً، لأنه بدن وجسم الإنسان ليس محلاً للبيع والشراء^(٢).

والأمر المستقر عليه هو أن تشرط أن يكون النقل بدون مقابل، هو شرط عام مجمع عليه فقهاً حتى قبل صدور القانون^(٣)، وجدير بالذكر الإشارة إلى أن مجمع الفقه الإسلامي بجمعه في المؤتمر الرابع ١٩٨٦ قد أشار إلى ضرورة أن يكون الاتفاق على نقل العضو في الحالات التي يسمح بها بذلك مشروط بأن يكون مجاناً أي على سبيل التبرع^(٤).

(١) انظر في هذا: د. أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦ ص ٤٢ وما بعدها؛ أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ د. ت؛ د. محمد صلاح الدين محمد محروس: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، دكتوراه، ٢٠٠٧، ص ٢٩ وما بعدها؛ د. حمدي محمد محمود حسين، نقل وزراعة الأعضاء بين الإباحة والحظر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٢٩٦ وما بعده؛ د. محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب الحديثة في الطب والجراحة، ط ١، ١٩٩٧، ص ١٦٣ وما بعدها؛ د. إدريس عبد الجواد عبد الله: الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة؛ د. ت، ص ٨٥ وما بعدها.

(٢) السيد عبد الوهاب عرفه: المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للتطبيب والصيدلي، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠٠٩، ص ١٢٨.

(٣) انظر: أحمد شوقي أبو خطوة، ص ٨٧؛ حسام الأهواني، ص ١٣١؛ د. محمد عبد الوهاب الخولي، ص ٢١٢.

(٤) قراءات مجمع الفقه الإسلامي - المؤتمر الرابع جمده ١٩٨٦/١٢/٦، مشار إليه لدى د. جاسم ص ٢٥٩؛ د. محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص ١٦٥ وما بعدها.

لقد أشار الشراح إلى أسباب كثيرة استناداً إليها يحرم بيع أعضاء الإنسان، منها نذكر: أن الجسد الإنساني ليس سلعة، وبالتالي ليس محلاً للتعامل لأن الله عز وجل كرم الإنسان، والبيع يتنافى مع التكريم المقرر بالآية الكريمة (ولقد كرمنا بني آدم). هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، أن الإنسان لا يعد مالاً لأعضائه، حتى يمكنه التصرف فيها، فالإنسان لا يملك ذاته ولا يملك التبعية بأعضاء جسمه نظراً لأنه هبة من الله سبحانه وتعالى للإنسان، ولذا فليس له حق التصرف فيها^(١).

تحرم الشريعة الإسلامية المساس بسلامة الجسد، والخروج على مقتضى مبدأ حرمة المساس بسلامة جسد الإنسان يكون بناء على تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة^(٢).

وجدر بالذكر الإشارة إلى أننا نجد أساساً شرعياً إسلامياً في الصكوك الإسلامية بحقوق الإنسان في مكافحة ومنع ومعاينة الاتجار بالأعضاء، حيث جاء في إعلان القاهرة لحقوق الإنسان تحريم الوسائل التي تقضي إلى أننا النوع البشري^(٣). وبلا شك الآثار الضارة لتجارة الأعضاء إلى زيادة المتوفين والمصابين بأمراض خطيرة، بل أنها أيضاً تؤثر على قوة العمل في الدولة. ومن الواجبات الشرعية المحافظة على استمرار الحياة البشرية^(٤) ومن جهة ثانية، أشار إلى أن (سلامة الجسد مصنونة، ولا يجوز الاعتداء عليها، كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي وتكفل الدولة حماية ذلك)^(٥).

بالإضافة إلى تجريم الشريعة الإسلامية للاستغلال وهو العنصر

(١) انظر: د. محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص ١٦٥ وما بعدها؛ د. أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية، ١٩٩٩، ص ١٥٨ وما بعدها؛ د. أسامة السيد عبد السمیع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦ ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) جاسم علي الشمسي: المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٣) إعلان القاهرة لحقوق الإنسان، المادة ٢/ب.

(٤) إعلان القاهرة لحقوق الإنسان، المادة ٢/ج.

(٥) إعلان القاهرة لحقوق الإنسان، المادة ٢/د.

الأساسي في جريمة الاتجار بالبشر، فإنها تحرم الاتجار بالأعضاء البشرية^(١).
المطلب الثاني

عدم الاعتداد برضا المجني عليه وانتفاء مسنوليته المدنية والجناحية من المسلم به، إن تأثير بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠ في الحركة التشريعية العربية في نطاق مكافحة الاتجار بالبشر يعتبر تأثيراً ملحوظاً ومؤثراً. فبروتوكول ٢٠٠٠ قد بين للمشرع في الدول العربية (والأجنبية) الاتجاه الصحيح في السياسة التشريعية، إزاء ظاهرة الاتجار بالبشر، وذلك انطلاقاً من أن البروتوكول كما قيل قد قام بما يلي^(٢):

(... The UN protocol made some important strides in guiding anti - trafficking legislation toward a more comprehensive direction).

فالمحاور الأساسية لحماية المجني عليه (ضحية الاتجار بالبشر) التي تضمنتها التشريعات العربية والأجنبية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر تتفق في الكثير من جوانبها مع المحاور الأساسية لحماية المجني عليه التي نص عليها البروتوكول، والمعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان. أولاً: عدم الاعتداد برضا المجني عليه:

طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في مصر، فقد نصت المادة ٣ على: "لا يعتد برضا المجني عليه على الاستغلال في أي من صور الاتجار بالبشر، متى استخدمت فيها أية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة ١٢ من هذا القانون. يتضح من سياق النص السالف ذكره مدى تأثيره بما جاء في نص المادة من

(١) د. محمد مطر، مكافحة الاتجار بالأشخاص وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) انظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against women; op. cit., p. 2;
<http://www.protectionproject.org/publications/>

البروتوكول".

وجدير بالذكر - أن مسألة عدم الاعتداء برضاء المجني عليه - وبالتالي عدم معاقبته عما صدر منه من أفعال نتيجة الاتجار به، هو أمر تركز عليه الكثير من التشريعات الوطنية، تأثراً بما عليه الأمر في الصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الاتجار البشرية. ولقد أكدت عليه أيضا خطة الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالبشر، حيث جاء بها ما يلي^(١) :

(Urge government to take all appropriate measures to ensure that identified victims of trafficking in persons are not penalized for being trafficked and that they do not suffer from victimization as a result of actions taken by government authorities).

وجاء أيضا في الاتفاقية الأوروبية Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings بشأن النص على مبدأ عدم معاقبة المجني عليه، حيث نصت المادة ٢٦ على ما يلي^(٢) :

(Each Party shall, in accordance with the basic principles of its legal system, provide for the possibility of not imposing penalties on victims for their involvement in unlawful activities, to the extent that they have been compelled to do so).

وفي واقع الأمر، تعتبر هذه الرؤية هي الجديرة بالاعتبار عند النظر، في أثر رضاء المجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر، فقد كان من البديهي أن

(١) انظر:

United nations Global plan of action against Trafficking in Persons, Sixty-Forth - Agenda Item 104 - Crime prevention and criminal justice, New York, July 29, 2010.

(٢) نفذت هذه الاتفاقية بداية من الأول من فبراير ٢٠٠٨

لا يعتد بأثر رضاء المجني عليه فيها، حيث إن الأمر هنا يتعلق، بحق من حقوق المجتمع، مرتبط بمصلحة عليا على مستوى المجتمع الداخلي والمجتمع الدولي. فالإتجار بالبشر، جريمة ضد الإنسانية جمعاء، ويشكل اعتداء على عدد لا حصر له، من حقوق الإنسان^(١).

وانطلاقا مما سبق، فلا يعتد برضاء المجني عليه (ضحية) جريمة الإتجار بالبشر، في قانون مكافحة الإتجار بالبشر. فالرضاء الصادر منه لا اثر له على المستوى الموضوعي أو على المستوى الإجرائي.

ولقد اتجهت الكثير من القوانين المتعلقة بمكافحة الإتجار بالبشر إلى النص على ذلك صراحة، وهذا ما انتهجه القانون المصري بشأن مكافحة الإتجار بالبشر. وبعض التشريعات لم تتناول اثر رضاء المجني عليه بجريمة الإتجار بالبشر، تاركة الأمر للقواعد العامة في قانون العقوبات، وإن لم تشر لهذا صراحة.

ولقد تقرر عدم الاعتراف برضاء المجني عليه في المادة الثالثة في مصر

(١) فعلى سبيل لا الحصر يعتبر الإتجار بالبشر اعتداء على حق الإنسان في أن يكون حرا، وإن يكون بآمن من الرق والعمل الاستعبادي وحق الإنسان في الأمن وحق الإنسان في الانتقال من مكان لآخر، والحق في سلامة الجسد، والحق في الخصوصية.... الخ؛ ولذا قيل:

(... Trafficking in persons is a crime of transnational nature that is committed not only against the state but also against the individual. in fact against all the humanity. As such, trafficking in persons is a human rights violation, Trafficking in persons violates the right of the victim to be free from slavery or servitude. Trafficking in persons violates the right of the victim to freedom of movement. In fact trafficking in persons is now recognized as threat to not only human rights but also to human security ...) Mohamed Mattar: Trafficking in persons, The scope of the problem and the appropriate responses ... op. cit., p. 5. Ses also: Conny Rijkenr Dogmar Koster: A Human Rights based..., op. cit. p. 2 and ff; Human trafficking – present – Day slavery, op. cit., p. 14 and ff.

في قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، وقد جاء نص المادة على النحو الآتي: (لا يعتد برضاء المجني عليه على الاستغلال في أي صورة من صور الاتجار بالبشر، متى استخدمت فيها أي وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة^(٧) من هذا القانون. ولا يشترط لتحقيق الاتجار بالطفل أو عديمي الأهلية استعمال أية وسيلة من الوسائل المشار إليها، ولا يعتد في جميع الأحوال برضائه أو برضاء المسئول عنه أو متوليه).

وبناء عليه، فلا يعتد برضاء المجني عليه - في القانون المصري - في جرائم الاتجار بالبشر، باعتباره (ضحية) وذلك لخطورة جرائم الاتجار بالبشر وآثارها على مستوى المجتمع والفرد. بالإضافة إلى أن إرادة المجني عليه في معظم صور الاتجار بالبشر تكون معيبة، إذ يكون تحت ضغط نفسي وبدني، وفي موقف لا يمكن معه الاعتداد قانوناً برضائه.

ويمثل بلا شك موقفاً جديداً في النظام القانوني المصري؛ حيث إن رضاء المجني عليه في بعض الحالات يكون مؤثراً، كما هو الحال في توافر أركان جريمة الاغتصاب، فطبقاً لنص المادة ٢٦٧ والتي تنص على: (من واقع أنثى بغير رضائها يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد فإن كان الفاعل من أصول المجني عليها.....)، فالرضاء هنا هو الركن الأول لقيام الجريمة، فبدونه لا تقوم الجريمة. ولكن طبقاً لقانون لمكافحة الاتجار بالبشر، يعتبر الاغتصاب جريمة، حتى ولو وقع برضاء المجني عليها، طالما كان مقترناً باستغلال Exploitation.

سبق أن اشرنا أن الاتجار بالأعضاء البشرية صورة من صور الاتجار بالبشر بوجه عام. والثابت قانوناً طبقاً للمواثيق الدولية والقوانين الداخلية المقارنة المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، أنه لا يعتد برضاء المجني عليه. وبناء عليه، فالمجني عليه (ضحية) الاتجار بالبشر، لا يعتد برضائه، متى توافرت شروط انطباق قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ على الواقعة.

وإن لم ينص قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء

البشرية على عدم الاعتداد برضاء الضحية (المجنني عليه) في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث تنص المادة ٢ قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، والتي تنص على: "لا يُعتد برضاء المجنني عليه علي الاستغلال في أي من صور الاتجار بالبشر، متى استخدمت فيها أية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون.....".

وجدير بالذكر أن المشرع المصري في رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ قد وضع إجراءات مشددة وواضحة بشأن رضاء المتبرع، وبلا شك تفعيل هذه الإجراءات، يعتبر وسيلة هامة لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية. مع ملاحظة أن المتبرع حتى ولو كان رضاءه صحيحاً فلا يعتبر به إذا شاب عملية الزرع شبه الاتجار بالأعضاء.

ومرجع عدم الاعتداد برضاء المجنني عليه في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، هو أنه إذا كان الرضاء بهدف تحقيق غرض غير علاجي، بل كان يهدف للحصول على مكسب، فإن سبب الرضاء - كما قيل - يعتبر مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، ورضاء المجنني عليه في هذه الحالة يعتبر باطلاً ولا يعتد به لمخالفته الأخلاق العامة.

ومن نافلة القول تجدر الإشارة إلى أن الوسيط الذي تدخل في مسألة إتمام عملية الاتجار بالأعضاء دائماً يدفع مسئولية بأن هناك رضاء صحيحاً صدر من الضحية (المجنني عليه). ولكن في واقع الأمر، ففي الكثير من الحالات غالباً ما يكون هذا الرضاء صادر تحت تأثير الإكراه.

ومن جهة ثانية، يجب أن نعرف عدم حصول الجراح على رضا المريض، والرضا المشار إليه في القانون يقصد به التعبير الصريح عن الإرادة، مع توافر شروطه المنصوص عليها شرعاً أو قانوناً) المادة الثانية من القانون، يجعل إجراء العملية عملاً غير مشروع، ويسأل عن جريمة عمدية^(١) طبقاً لأحكام قانون العقوبات، في حالة عدم انطباق قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص ١٠٠.

ثانياً: انتفاء المسؤولية المدنية والجنايية للمجني عليه:

لقد خرج المشرع في قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية والجنايية وذلك حماية للمجني عليهم. حيث نصت المادة (٢١) على: (لا يعد المجني عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه).

ولكن يلاحظ أن الاستثناء الوارد بالمادة، يقيد انتفاء المسؤولية للمجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر بالقيود الآتية: القيد الأول: أن يكون مجنياً عليه في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر. القيد الثاني: أن تكون الجريمة التي تثار مسئوليته بشأنها نشأت أو مرتبطة بكونه مجنياً عليه.

لقد اتخذت هذا الاتجاه أيضاً الكثير من قوانين مكافحة الاتجار بالبشر المقارنة، إعمالاً لما جرى عليه الأمر في الصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالأعضاء، وخصوصاً بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠^(١). و خلاصة القول في هذا الصدد أن صفة المجني عليه في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر هي التي جعلته غير مسئول مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة أخرى من جرائم الاتجار بالبشر متى كانت مرتبطة أو ناشئة عنها ولكن هذا لا ينفي مسئوليته الجنائية والمدنية عن الجرائم غير الناشئة أو غير المرتبطة بكونه مجنياً عليه في جريمة من جرائم الاتجار بالبشر.

ثالثاً: أساس عدم المسئولية:

والسؤال الذي يطرح نفسه هم: ما هو الأساس القانوني لعدم الاعتداء برضاء المجني عليه؟ بصدد الإجابة عن هذا السؤال قيل أن الأساس القانوني لعدم الاعتداء برضاء المجني عليه هو أما الاستناد إلى توافر عنصر الإكراه (ويسمى هذا Duress Model) وأما إلى معيار السببية

(١) على سبيل المثال: القانون الكويتي ٩١ لسنة ٢٠١٣، القانون السوري، ٢٠١٠، القانون اللبناني ٢٠١١، القانون القطري، ٢٠١١، الخ.

(ويسمى هذا Causation Model) (١)

ومرجع أهمية عدم معاقبة ضحايا الاتجار بالبشر عن الجرائم المتصلة بفعل الاتجار، هو أنه بدون هذا الإعفاء، فإن الحماية المقررة لهم في الصكوك الدولية والقوانين الداخلية فلا أثر لها، إذ يحد من حصولهم على التمتع بالحماية القانونية المقررة بكونهم ضحايا وليس كمتهمين؛ لأنه في الكثير من الحالات نجد أن ضحايا الاتجار بالبشر، يقع منهم أفعال معاقب عليها بمقتضى قوانين الإقامة والهجرة والعمل والجنسية، إذ يكون بعض الضحايا مقيماً إقامة غير شرعية، أو مقيماً ولكنه مارس العمل دون أن تتوافر فهي الشروط المقررة للعمل، وكذلك مخالفة قواعد الدخول.

فإذا لم يتم إعفاء الضحايا من هذه الجرائم لاستطاع المتاجرون استغلالهم مدى الحياة، إذ يتم استغلالهم تحت خشية التهديد، بإبلاغ السلطات عنهم، إذا لم يمتثلوا لأوامرهم. إذ خشية الملاحقة والعقاب، تجعل الضحايا ينجشون اللجوء إلى السلطات المختصة لبلاغهم عما وقعوا فيه من تجار.

ولذا فقد كان من المنطوق، تقرير عدم مسئولية الضحايا المدنية والجنائية عن الجرائم المرتبطة بكونهم ضحايا، في الصكوك الدولية والقوانين الداخلية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر.

فمن ناحية فقد أشار قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦٧/٥٥، د.أ ٣/٣٣ على حظر مقاضاة ضحايا الاتجار بالبشر بسبب دخولهم البلد أو إقامتهم فيه بطريقة غير قانونية (٢).

وتضمنت المبادئ التوجيهية الموصى بها فيما يتعلق بحقوق الإنسان والاتجار بالبشر الصادرة عن مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان على

(١) انظر:

UNODC: Combating trafficking in persons, A handbook for Parliamentarians, NO 16, 2009, p. 43 – 46.

(٢) انظر: تقرير الفريق العامل المعنى بالاتجار بالأشخاص - البند ٥ - عم معاقبة ضحايا الاتجار بالأشخاص وعدم مقاضاتهم - ديسمبر ٢٠٠٩.

(لا يعتقل الأشخاص المتجر بهم ولا توجه لهم التهمة ولا تتم مقاضاتهم بسبب عدم قانونية دخولهم بلدان العبور والوجهة أو إقامتهم بها، أو بسبب ضلوعهم في أنشطة غير قانونية إلى درجة أن ضلوعهم هذا نتيجة مباشرة لوضعيتهم كأشخاص تم الاتجار بهم)^(١).
النموذج الأول: نموذج الإكراه:

ونصت المادة ٢٦ من اتفاقية مجلس أوروبا بشأن إجراءات مكافحة الاتجار بالبشر على عدم معاقبة الضحايا حيث نصت على: (على كل دولة طرف أن تنص وفقا للمبادئ الأساسية في نظامها القانوني على إمكانية عدم فرض عقوبات على الضحايا بشأن تورطهم في أنشطة مخالفة للقانون من حيث كونهم قد أُجبروا على فعل ذلك)

ويتضح إن هذا النص من صريح عبارته يؤسس عدم العقاب على نموذج الإكراه، بمعنى إن الضحية كان مجبرا على ارتكاب الجرم.

ولقد أخذ بنموذج الإكراه القانون اللبناني رقم ١٦٤ لسنة ٢٠١١ بشأن معاقبة الاتجار بالأشخاص، حيث نصت المادة ٨/٥٨٦ على (يعفي من العقاب المجني عليه الذي يثبت أنه أرغم على ارتكاب أفعال معاقب عليها في القانون أو خالف شروط الإقامة أو العمل).

ويعتبر هذا النص أفضل النصوص التشريعية وضوحا وإجمالا بشأن حماية المجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر عن الأفعال التي تصدر منهم وتشكل أفعال معاقب عليها في قانون الهجرة والإقامة والعمل: حيث إنه في غالب الحالات، يكون ضحايا الاتجار بالبشر من العمال المهاجرين الذين خالفوا قواعد القامة أو العمل أو المهاجرين هجرة غير شرعية، ووقعوا في برائن شبكات الاتجار بالبشر، أو قامت شبكات التهريب ذاتها بالاتجار بهم في أي شكل من أشكال الاتجار، وتقوم بتهديدهم بتسليمهم للسلطات إذا لم يمتثلوا لما يطلب منهم.

(١) انظر: تقرير الفريق العامل المعنى بالاتجار بالأشخاص - البند ٥ - عم معاقبة ضحايا الاتجار بالأشخاص وعدم مقاضتهم - ديسمبر ٢٠٠٩.

فدون شك فإن النص السالف، يحمي الضحايا، ويساعدهم على إبلاغ السلطات، في حالة وقوعهم فريسة لعصابات الاتجار بالأعضاء.
النموذج الثاني: نموذج السببية:

نصت المادة الخامسة من قانون الأرجنتين على ما يلي (لا يجوز معاقبة ضحايا الاتجار بالأشخاص على ارتكاب أي جريمة هي نتيجة مباشرة للاتجار بهم)^(١). ونموذج السببية يقضى بعدم مسئولية الضحية عن الأفعال الصادرة منه بوصفه ضحية الاتجار به، طالما إنها متصلة بالاتجار أو مرتبطة به. ولقد أخذ بهذا النموذج القانون المصري في النص المشار إليه والذي يقضى بأنه لا يعد المجني عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنيا عليه.

وكذلك قانون مكافحة الاتجار بالبشر القطري رقم ١٥ لسنة ٢٠١١، حيث نصت المادة الرابعة على: (لا يعد المجني عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر، متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنيا عليه).

ولكن من الجدير بالذكر الإشارة إلى ما نصت عليه المادة ٢٥ من القانون والتي جاء بها (يعني المجني عليه من العقوبات المقررة عن مخالفة القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٩ بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم). فهذا النص يقرر صراحة عدم معاقبة الضحايا عن ما صدر منهم من مخالفات لقانون الإقامة والكفالة.

النموذج الثالث: نموذج اشتراط تعاون المجني عليه مع السلطات:

طبقاً لهذا النموذج، يعني المجني عليه ضحية الاتجار بالبشر عن ما صدر منه من أفعال مخالفة لقوانين الإقامة والهجرة والعمل.. الخ، إذا ما تعاون مع سلطات الدولة التي ضبط فيها، وأدل السلطات على شبكات

(١) انظر: تقرير الفريق العامل المعنى بالاتجار بالأشخاص - البند ٥ - عم معاقبة ضحايا الاتجار بالأشخاص وعدم مقاضتهم - ديسمبر ٢٠٠٩.

التهريب والاتجار التي أوقعت به. بل ان هذه الدول أيضا تمنح المجني عليه فترة إقامة لحين الشهادة على المجرمين.

ومن الدول التي تأخذ بهذا النموذج، جمهورية الدومينيكان، حيث نصت المادة ٨ من القانون 137-03 على: (إذا تعاون ضحية الاتجار بالأشخاص أو تهريب المهاجرين غير المشروع مع السلطات المختصة أو قدم بيانات عن هوية للمتجرين أو المهريين، أو قدم معلومات مفيدة للقبض عليهم، جاز استنائه من طائلة المسؤولية الجنائية)^(١).

وبناء على ما سبق، فإعمالاً لمبدأ عدم معاقبة الضحية، فإن المجني عليه (ضحية الاتجار بالأعضاء) لا يسأل عن الجرائم المرتبطة بالاتجار بالأعضاء. ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٢١ من قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر والتي تنص على: "لا يعد المجني عليه مسئولاً مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه"^(٢).

ويؤدي إعمال الأحكام السابقة، إلى عدم معاقبة وعدم مسئولية الشخص المتبرع ضحية الاتجار بالبشر عن الأفعال المقترنة بعملية الاتجار بالأعضاء.

المبحث الرابع

تنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بها

مقدمة:

حظرت المواثيق الدولية والقوانين الداخلية، الاتجار بالأعضاء البشرية، وإعمالاً لهذا فقد اتخذ المشرع المصري، خطوات كثيرة في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث أصدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ والذي وضع تنظيمًا لزراعة الأعضاء البشرية، ثم القانون رقم ٦٤

(١) انظر: تقرير الفريق العامل المعنى بالاتجار بالأشخاص - البند ٥ - عم معاقبة ضحايا الاتجار بالأشخاص وعدم مقاضتهم - ديسمبر ٢٠٠٩.
(٢) د. أحمد شوقي أبو خطوة: مرجع سابق، ص ١٣٦ - ١٣٧.

لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر. ويضاف إليهما، النصوص الواردة في قانون العقوبات والقوانين واللوائح الأخرى ذات الصلة، مثل قانون الطفل.

ولما ارتفعت الأصوات مطالبة بتفعيل حق الإنسان في العلاج والحق في الصحة، والاستفادة من التطور الطبي، وطرق الجراحة والعلاج، في مجال زرع ونقل الأعضاء، أصدر المشرع قانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وهو القانون إلى سمح بمقتضاه - بضوابط معينة - بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية^(١).

بالرغم من إنه قد أثير خلاف بين الشراح حول السبب القانوني، لإباحة عملية نقل الأعضاء، نظراً لأن استئصال عضو من جسد المعطى غير مباح جنائياً، لأنه يتطابق مع النموذج القانوني، لجرائم الاعتداء على سلامة الجسد، الأمر الذي يرتب المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب الجراح^(٢). ولكن المستقر عليه إن النظم القانونية المقارنة، أباحت تنظيم نقل الأعضاء، كوسيلة لمكافحة الاتجار بالأعضاء ولتفعيل الحق في الصحة^(٣) وفي سلامة الجسد.

ومن ناحية ثانية، فقد أصدر المشرع المصري قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والذي أشار إلى اعتبار (استئصال لأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها) صورة من صور الاتجار بالبشر؛ وذلك لتأكيد ما ذكر في قانون تنظيم زرع الأعضاء من تجريم وحظر للاتجار بالأعضاء البشرية. بالإضافة إلى ما ورد في قانون الطفل وقانون العقوبات.

وعلى مستوى المكافحة إعمالاً لهذه القوانين السابق الإشارة إليها، فقد تضمنت الخطة الإستراتيجية المصرية لمكافحة الاتجار بالبشر، كما هو

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعة نقل وزرع الأعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٣٢.

(٢) د. أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

الحال في الدول الأخرى، في اعتبارها، بوصفه أحد صور عمليات الاتجار
البشر، التي تعاني منها مصر، والتي يجب القضاء عليها.
وبناء على ما سبق، يتضح أن المواجهة التشريعية في مصر للاتجار
بالأعضاء البشرية، تتوافق مع المعايير الدولية الواردة في المواثيق الدولية
المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، وكذلك مع القوانين المقارنة. ومن نافلة
القول الإشارة إلى أن منظمة الصحة العالمية، بحكم طبيعة اختصاصها،
تولى مشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية، وبمسألة زرع الأعضاء، اهتماما
كبيرا، وصدرت منها توصيات. وتم إعداد دراسات وانهقاد مؤتمرات تحت
إشرافها، ساهمت إسهاما كبيرا، في إيضاح جوانب وأبعاد ومخاطر،
الاتجار بالأعضاء البشرية، ووسائل مكافحتها^(١).

وخلاصة القول، أن الاتجار بالأعضاء ممنوع قانوناً في مصر، بمقتضى
قانون تنظيم زرع الأعضاء، وقانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة
٢٠١٠، وقانون الطفل المعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، بالإضافة إلى
نصوص قانون العقوبات.

فقد حظر المشرع المصري صراحة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون
رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وكذلك القانون
٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، حيث نصت المادة السادسة
من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على ما
يلي: (يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو
أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي

(١) انظر:

<http://apps.who.int/gb/ebwho/bdf.files/who57/A57>; Convention
on human rights and Bionecdicine. Article 21, Suzy kim:
Prevention of trafficking in Human organs, 2011, p.4 – 11,
United Nations & Council of Europe: Trafficking in Organs,
tissues and cells in Human being for the purpose of the removal
of Organs, 2011, p. 12.

جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته، كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين).

وقد وردت الإشارة إلى حظر الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية في المادة ٣ من قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، حيث ذكر المشرع الاتجار بالأعضاء والأنسجة باعتباره أحد الصور المنهي عنها قانوناً.

وطبقاً للمادة السادسة المشار إليها من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، و المادة ٢ من قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، تقوم جريمة الاتجار بالأعضاء، في حالة توافر أحد الأفعال المنصوص، وأحد الوسائل المنصوص عليها في قانون مكافحة الاتجار بالبشر، وتوافر القصد الخاص، وهو قصد الاستغلال، ومحل الجريمة هو عضو من أعضاء الإنسان.

مع ملاحظة إن الضحية إذا كان طفلاً، فلا يشترط توافر الوسائل المشار إليها في القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، حيث نص على: (ولا يشترط لتحقيق الاتجار بالطفل أو عديمي الأهلية استعمال أية وسيلة من الوسائل المشار إليها، ولا يعتد في جميع الأحوال برضائه أو برضاء المسؤول عنه أو متولي).

ثانياً : مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية

يتم اختيار ضحايا الاتجار بالأعضاء من الفئات المستضعفة (مثل الفقراء) ودائماً الجناة يكونوا أعضاء في جرائم غير دولية منظمة ؛ هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فمن الغريب يلاحظ إنه في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية نجد إنه في غالب الحالات أن الجناة من الأطباء والمرضين، وسائقى سيارات الإسعاف والمسؤولون عن المدافن بالإضافة إلى شبكات الاتجار بالبشر.

تتطلب مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، القيام بمجموعة من الجهود والآليات المتنوعة منها ما يلي^(١)

- ١- إصدار تشريعات لمكافحة الاتجار بالبشر، تتضمن صورة منع وقمع ومعاينة الاتجار بالأعضاء. بالإضافة إلى وضع تشريعات لتنظيم زراعة الأعضاء على أن تتضمن، ما يكفل عدم الاتجار بالأعضاء البشرية^(٢).
- ٢- التوعية بالمخاطر التي ترتب على الاتجار بالأعضاء البشرية organ Trafficking، وخصوصاً للفقراء الذين تدفعهم الحاجة نحو بيع الأعضاء أو الأنسجة منهم.
- ٣- البدء في سياسيات تهدف تفعيل التبرع بالأعضاء البشرية؛ وذلك لمواجهة النقص في الأعضاء organ shortage، لأن هناك علاقة وثيقة بين الاتجار بالأعضاء ونقص الأعضاء، ولذا فالحل هو التشجيع على التبرع. encouraging order donation.
- ٤- إجراء الأبحاث والقيام بالدراسات والإحصائيات اللازمة لرصد تطور وصور عمليات الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية، حيث إن نقص المعلومات عن هذه الظاهرة، يؤدي إلى عدم وضع سياسيات ملائمة لمواجهتها.

(١) انظر:

UNODC: Tools 19: trafficking in persons for organ removal, p. 551.

(٢) ومن نافلة القول الإشارة إلى أصدرت العديد من الدول تشريعات تمنع نقل وزراعة الكلى للأجانب (مثل الفلبين). وما زالت الفلبين واحدة من أكبر دول العالم الرائدة في البيع غير المشروع للكلى illegal sale of kidneys. وفي الكثير من الدول بيع الأعضاء البشرية ممنوع تماماً ولقد أصدرت منظمة الصحة العالمية تقريراً وتحذيراً عن الاتجار بالأعضاء هو <http://apps.who.int/gb/ebwho/bdf.files/who57/A57>؛ وكذلك اتفاقية مجلس أوروبا لحماية حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية في مواجهة تطبيقات Biolaoy والطب، واتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي - Convention on human rights and Bionecdicine. Article 21.

- ٥- مكافحة سياحة زرع الأعضاء Transplant Tourism لأنها تستغل الفئات الفقيرة والسكان.
- ٦- تقديم الرعاية الطبية لمنع فشل الأعضاء، لأنه الأمر الذي يدفع إلى وجود طلب على الأعضاء.
- ٧- وضع تنظيم آمن لزراعة الأعضاء البشرية، للتخلص من مشكلة زيادة الطلب مع قلة العرض في الأعضاء، ومن نافلة القول إن الاتحاد الأوربي، كمحاولة لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، سمح بنقل الأعضاء بين مواطني دول الاتحاد، طبقاً لأحد التوجيهات كما جاء به صراحة ما يلي^{(١)(٢)}:

(The directive aims to minimise the risk for the organ transplant recipients and to facilitate the exchange of human organs between member states. It indirectly also seeks to contribute to combating organ trafficking and increasing organ availability.)^٣

ثالثاً: آثار الاتجار بالأعضاء البشرية والأنسجة^(٣) :

- ١- يؤدي إلى قصر زراعة الأعضاء على الأغنياء فقط وحرمان المرضى

(١) انظر:

Council of the European union: 2010 - 11147 - 10 - aad2; Jonathan Cornwell and W. Reid Cornwell: Unintended Consequences: Organ Transplantation, Organ Trafficking, and the Globalized Ethics of Biomedicine, research paper, 2009, p. 3.

(٢) انظر:

The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism, 2008, Tazeen H. Jafar: Organ Trafficking: Global Solutions for a Global Problem, in: American Journal of Kidney Diseases, Vol 54, No 6 (December), 2009: pp 1145-1157.

(٣) انظر:

The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism, 2008.

- لفقراء المحتاجين إلى عمليان زرع.
- ٢- انخفاض معدل نجاح عمليات نقل الأعضاء وزراعة الأعضاء، نظراً لأنها سوف تجرى في الخفاء وفي أماكن غير مجهزة وعن طريق أشخاص في غالب الحالات غير متخصصين.
- ٣- المخاطر الصحية الكبيرة التي تترتب على هذه العمليات للمرضى والضحايا.
- ٤- التدهور الصحي وما ينتج عنه من بطالة ووفاة وغيره.
- ٥- كل الآثار التي تترتب على الاتجار بالبشر بوجه عام.
- ٦- الآثار النفسية الخطيرة على الضحايا^(١).

المطلب الأول

الضوابط الأساسية لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بها

يؤثر على مكافحة تجارة الأعضاء البشرية والأنسجة، السياسية التشريعية التي تنتهجها الدولة، فيما يتعلق بتنظيم زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، حيث إن الاتجار بالأعضاء، شكل حديث العهد من أشكال الاتجار بالبشر، إذا أنه ظهر لما تطور الطب ونجحت تجارب عمليات زرع الأعضاء البشرية، فوجد الطلب على الأعضاء البشرية والأنسجة، الأمر الذي دفع الدول إلى تنظيم زرع الأعضاء، وارتفاع معدلات نجاح عمليات زرع الأعضاء، أدى إلى زيادة الطلب عليها، ومع قلة المعروض منها، ومع تقييد عمليات التبرع بالأعضاء، وانتشار الفساد الوظيفي وقلة الضمير، انتشر الاتجار بالأعضاء البشرية، وصارت تجارة رائجة، ومن هنا بدأ يتنبه المجتمع الدولي والمشرع الوطني إلى خطورتها، فوضعت القوانين وصدرت إعلانات الحقوق وأبرمت الاتفاقيات الدولية؛ لمكافحة هذه الجريمة النكراء، ووضعت مجموعة أحكام لتنظيم زرع الأعضاء البشرية والأنسجة؛ والذي يزيد المشكلة أكثر هو حاجة الكثير ممن أجرى لهم عمليات زراعة ونقل أعضاء يحتاجون إلى زراعات أخرى،

(١) مكافحة الاتجار بالأعضاء: المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

إعادة الزرع (Re transplantation) (١)

وتشدد منظمة الصحة العالمية على الآثار الضارة لنقل وزراعة الأعضاء. وتؤكد على ضرورة حماية المستضعفين من الناس كالفقراء وغيرهم. وأكدت على ضرورة أن يكون تبرعاً اعتبارياً محضاً (٢). وانطلاقاً مما سبق، ففيما يتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية، قد تكون الدولة من الدول المصدرة أو المستوردة أو من دول العبور في تجارة الأعضاء البشرية. ونظراً للارتباط المباشر الثابت بين عمليات زرع الأعضاء وعمليات الاتجار بالأعضاء، فقد اضطرت الدول التي وضعت قوانين لتنظيم زرع الأعضاء البشرية على وضع آليات لمكافحة، أن يتخذ القانون المنظم لزرع الأعضاء البشرية وسيلة لنشأة أو لزيادة حالات الاتجار بالأعضاء. هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، نظراً لأن الاتجار بالأعضاء، قد يكون اتجار داخلياً (الاتجار بالأعضاء الداخلي) وقد يكون دولياً (الاتجار بالأعضاء الدولي). ومن ناحية ثالثة، نظراً لأن غالبية حالات الاتجار بالبشر، تقع من الجماعات الإجرامية المنظمة. ومن ناحية رابعة، فلكي لا تكون الدولة،

(١) انظر:

Yosuke Shimazono: The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information, at: <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/>; www.wma.net/en/30publications/10policis/index.html, United Nations & Council of Europe: Trafficking in Organs, tissues and cells in Human being for the purpose of the removal of Organs, 2011, p. 12.

(٢) انظر:

Yosuke Shimazono: The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information, at: <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/>, www.wma.net/en/30publications/10policis/index.html.

نظراً لأنها قامت بإباحة زرع الأعضاء البشرية، سوقاً للاتجار بالأعضاء البشرية. ومن ناحية خامسة؛ فلكي لا يتم استغلال النظم القانونية المشروعة، كالزواج بالأجنبي، وسلة للوصول إلى عمالات زرع أعضاء تحفي في داخلها بالإضافة إلى الغش في الزواج كذلك الاتجار بالأعضاء. انطلاقاً من كل ما سبق، نجد أن المشرع المصري في القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وضع القاعدة العامة في زرع الأعضاء والتي تتمثل في (حظر الزرع من مصريين إلى أجنبي). وجاءت هذه القاعدة صراحة في نص المادة الثالثة من القانون المشار إليه. وإعمالاً لصريح نص القاعدة المشار إليها، فقد وضع المشرع مبدأً أساسياً، يمثل آلية فعالة لمكافحة استخدام قانون زرع الأعضاء البشرية، كوسيلة لتكون مصر من الدول المستقبلية، لحالات مرضية أجنبية، تأتي بهدف السياحة الطبية، التي تتضمن تجاراً بالأعضاء البشرية.

فالنص صراحة على حظر نقل الأعضاء من مصريين إلى أجنبي (كقاعدة عامة) يؤدي إلى منع السياحة الطبية المقترنة بزرع الأعضاء البشرية، حيث إن السياحة الطبية - في غالب الأحوال - قد تؤدي إلى زيادة الطلب على الأعضاء البشرية؛ وتشجع على ارتكاب جرائم الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية؛ لأنها الاتجار بالبشر، يدر ربحاً كبيراً.

أولاً: مجانية عمليات زرع الأعضاء البشرية:

يتعارض الاتجار بالأعضاء البشرية مع أساس إباحتها ونقل وزراعة الأعضاء البشرية قانوناً، وإيضاحاً لما سبق، إنه من الثابت إن الإنسان له الحق - كما قال البعض - في التنازل عن جزء من جسمه بشرط عدم التعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، أي أن الهدف من التنازل، تحقيق غرض مشروع وهو العلاج، وفي نفس الوقت ألا يكون من شأن هذا التنازل إغاقلة الشخص المتنازل، عن القيام بوظيفته الاجتماعية^(١).

وترتيباً على ما سبق، فإن الاتجار بالأعضاء البشرية، سواء أكان

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص ١٣٧.

برضاء الضحية أو غير رضاها يتعارض مع الاعتبارات المشار إليها، إذ أنه يتنافى مع قصد العلاج، إذ الاتجار مبنى على قصد الربح والاستغلال، ومن ناحية ثانية، إنه في الكثير من حالات الاتجار بالأعضاء البشرية يترتب عليها إعاقة الشخص المأخوذ منه العضو (الضحية) وقد يكون كذلك (المستفيد) من القيام بوظيفته الاجتماعية، نظراً لأن هذه العمليات، تتم في ظروف طبية وصحية غير مناسبة، وفي أماكن خفية، ينقصها الكثير من الاشتراطات الصحية المطلوبة واللازمة لإجراء العمليات الجراحية.

تضمن القانون المصري مجموعة آليات متعددة لمنع الاتجار بالأعضاء البشرية ومن المعروف أن محور منع الاتجار بالبشر، preventions من أحد محاور الخطط الإستراتيجية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر بوجه عام، فضلاً عن إنه باستقراء أحكام قانون ٥ لسنة ٢٠١٠ نجد أنه قد أشار إلى آليات كثيرة لمنع الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية.

من المستقر عليه إن عمليات زرع الأعضاء البشرية، قد تخفي الاتجار بالأعضاء البشرية، وحرصاً من المشرع لمواجهة قيام تجارة الأعضاء البشرية، نص المشرع صراحة على أن الدولة تتكفل بنفقات إجراء عمليات زرع الأعضاء في المنشآت الطبية المرخص لها، وذلك لمن يعجز عن السداد^(١). فقد اشترط قانون ٥ لسنة ٢٠١٠ ضرورة أن يكون نقل أي عضو أو جزء من جسم الإنسان حي لزراعته في جسم آخر بلا مقابل، أي على سبيل التبرع^(٢).

(١) المادة السادسة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠؛ انظر:

United Nations & Council of Europe: Trafficking in Organs, tissues and cells in Human being for the purpose of the removal of Organs, 2011, p. 12.

Tazeen H. Jafar: Organ Trafficking: Global Solutions for a Global Problem, in: American Journal of Kidney Diseases, Vol 54, No 6 (December), 2009: pp. 1145-1157.

(٢) نصت المادة الرابعة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زراعة الأعضاء على: =

وعموماً، ففي كافة التشريعات المقارنة المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء اشترطت المجانية، وجرمت التنازل عن العضو بمقابل مادي، وهذا لمنع ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية^(١)، فيشترط أن يكون الرضا بدون مقابل، مجاني، لأن جسم الإنسان خارج عن دائرة التعامل التجاري، فلا يمكن قبول فكرة المقابل المادي في عمليات نقل وزرع الأعضاء^(٢).

وتأكيداً أيضاً على مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء جرم قانون الصحة الفرنسي على مجرد الإعلان والدعاية التي تحث على التبرع بالأعضاء البشرية، سواء أكانت الدعوة لمصلحة فرد أو مؤسسة أو هيئة عامة تعمل في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية. بل أن المشرع الفرنسي اشترط مجانية عملية الزرع ذاتها حيث إنه اشترط ضرورة، ألا يحصل الأطباء القائمين على هذه العمليات بتقاضيات أي أجر عن قيامهم بإجراء عمليات النقل والزرع، وذلك كوسيلة للقضاء على أي شبهة للاتجار بالأعضاء البشرية^(٣) وإعمالاً لهذا تقرر إنشاء صندوق للمساهمة في نفقات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة لغير القادرين^(٤).

- اشتراط أن تتم الزراعة في المنشآت الطبية المخصصة المرخص لها، وذلك لتقييد إمكانية حدوث عمليات نقل وزرع أعضاء أو أنسجة

مع مراعاة أحكام المادتين (٢، ٣) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين.

(١) نصت المادة ٣٠٣ مكرر ١٦ من قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم ٩٠-١ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٩ على (يعاقب بالحبس من ثلاث إلى عشر سنوات ويفرمة من ٣٠٠٠٠٠٠٠ د.م إلى ١٠٠٠٠٠٠٠٠ د.م كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص).

(٢) د. أحمد شوقي أو خطوة: مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(٣) د. أحمد شوقي أو خطوة: مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(٤) نص المادة ١١ من القانون المصري.

مقترنة بعمليات التجار بها^(١) والتشدد في المتطلبات والشروط الواجب توافرها بهذه المنشآت.

- تشكيل لجنة عليا لزراعة الأعضاء البشرية تختص بالإشراف على عمليات الزرع^(٢).

ثانياً: إنشاء صندوق حكومي:

أشارت المادة ١١ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ إلى إنشاء صندوق حكومي للمساهمة في نفقات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة لغير القادرين ويتبع هذا الصندوق وزير الصحة، وتكون موارده من الموازنة العامة والغرامات التي تيمم تحصيلها من المخالفين لأحكام قانون ٥ لسنة ٢٠١٠ ومن التبرعات وأطلق المشرع التبرعات دون أن يقصرها على التبرعات الداخلية أو الخارجية. الأمر الذي يفتح مجالاً جيداً لزيادة موارد الصندوق عن طريق التبرعات الداخلية أو الخارجية. وبالإضافة إلى التبرعات، تدخل في حصيلة الصندوق أيضاً الرسوم التي تحصل طبقاً لهذا القانون.

ثالثاً: اللجان المختصة:

أشار القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ إلى عدة لجان لكل لجنة اختصاصات ويترتب على ممارستها لاختصاصاتها مسؤوليات قانونية مشددة. ومن الواضح أن الغرض الأساسي من اللجان المشار إليها في القانون هي ضمان سلامة جميع مراحل عمليات زرع الأعضاء. واللجان التي أشار إليها القانون هي^(٣): اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، اللجنة الطبية الثلاثية

(١) القانون المصري مادة ١٠ (٥ لسنة ٢٠١٠).

(٢) القانون المصري مادة ١١.

(٣) نصت المادة الرابعة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زراعة الأعضاء على: " تُنشأ لجنة عليا تسمى (اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية) تكون لها الشخصية الاعتبارية تتبع رئيس مجلس الوزراء، ويصدر بتشكيلها وتنظيم عملها وتحديد مكافآت أعضائها ومعاونيهم قرار منه بناءً على عرض وزير الصحة. ويتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة وحين أمانة فنية لها، وتتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة، وتحديد المنشآت التي يرخص لها بالزرع، وكذا لإشراف =

لزراعة الأعضاء في كل منشأة طبية مرخص لها بالقيام بعمليات زرع الأعضاء.

وبالإضافة إلى اللجان هناك ما أشارت إليه المادة ١٥ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ (شكل في كل منشأة من المنشآت المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية فريق طبي مسئول عن الزرع، يتولى رئاسته مدير لبرنامج زرع الأعضاء من الأطباء ذوي الخبرة الفنية والإدارية).

ويلاحظ أن المشرع، لضمان الشفافية، واستبعاد شبهة تواطؤ من السادة القائمين على إنفاذ القانون، نجد أن القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ قد حظر اشتراك أحد أعضاء اللجنة العليا في إجراء عمليات الزرع أو حتى تولي الرعاية اللاحقة للمريض، كذلك لا يجوز لأعضاء اللجنة أية علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسئولية رعاية المتلقين^(١) وإذا

=والرقابة عليها وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له .
ويصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة قرار بمنح صفة الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على المنشآت المشار إليها وذلك في حدود الاختصاصات الموكلة لهم في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له".
(١) نصت المادتين ١٣ و ١٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زراعة الأعضاء على:
م ١٣ "تشكل بقرار من اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له. ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة.

مادة ١٤: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجرى اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيديّة اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة. ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين.

تم نقل العضو بناء على اتفاق بين المريض والضحية والطبيب، كان الطبيب فاعل أصلي والمريض شريك أو فاعل أصلي أيضاً بحسب طريقة الاتفاق، في جريمة الاتجار بالأعضاء.

بالإضافة إلى ما سبق، فقد أشار القانون إلى منح حقه الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على منشآت زرع الأعضاء وذلك في حدود الاختصاصات الموكلة لهم في قانون زرع الأعضاء واللائحة التنفيذية والقرارات المنفذة له^(١).

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن النصوص المتعلقة بتشكيل اللجان المنصوص عليها في قانون تنظيم زرع الأعضاء ٥ لسنة ٢٠١٠ تجنب تعارض المصالح الذي قد ينشأ عندما يكون أحد الأطباء أو أكثر من أعضاء اللجنة من المسؤولين عن عملية النقل والزراعة ويتفق الخطر المقرر في القانون مع المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الخلايا والنسيج والأعضاء البشرية وبوجه خاص المبدأ التوجيهي، والذي نص على (لا يجوز للأطباء الذين يبتون في وفاة المتبرع قد حدثت فعلاً أن تكون لهم علاقة مباشرة بعملية نزع الخلية أو منها لاحقاً، ولا أن ينهضوا بمسئولية رعاية أي من المتلفين المحتملين لهذه الخلايا أو النسيج أو الأعضاء)^(٢).

رابعاً: تشديد إجراءات منح الترخيص لمنشآت زرع الأعضاء والأنسجة:

أشار القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ إلى ضرورة أن تتم عمليات زرع الأعضاء والأنسجة في المنشآت المرخص لها فقط. ووضع شروطاً ورسم إجراءات صارمة لكيفية حصول المنشآت على الترخيص بالقيام بهذه

(١) نصت المادة التاسعة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زراعة الأعضاء على: " ويصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة قرار بمنح صفة الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على المنشآت المشار إليها وذلك في حدود الاختصاصات الموكلة لهم في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له".

(٢) انظر المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الخلايا والنسيج والأعضاء البشرية، مايو ٢٠١٠.

العمليات. ولقد ترك القانون إلى اللائحة التنفيذية لوضع ضوابط بترخيص بالإضافة إلى الضوابط التي أشار إليها القانون ذاته.

ويوجه عام، فالضوابط المشددة التي تضمنها القانون واللائحة التنفيذية لمنح الترخيص للمنشآت الطبية، للقيام بعمليات زرع الأعضاء هي:

- ١- صدور القرار من وزير الصحة.
- ٢- موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء.
- ٣- الترخيص لمدة عام.
- ٤- الرقابة اللاحقة للمنشأة والإشراف عليها.
- ٥- مراعاة معايير الجودة المؤثرة بالبشر لعمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة.
- ٦- يجدد الترخيص كل ثلاث سنوات بعد السنة الأولى، إذا ثبت التزام المنشأة المرخص لها بالضوابط المنصوص عليها في القانون واللائحة بالبشر لعمليات زرع الأعضاء والأنسجة.
- ٧- ضرورة التزام منشآت زرع الأعضاء البشرية بما جاء في المادتين ٩، ١٠ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن ترتيب قوائم المرضى الذين سوف يتم زرع أعضاء لهم. إذ يجب على هذه المنشآت ضرورة الالتزام بالضوابط المقررة في القانون وفي اللائحة التنفيذية.

خامساً: اقتصار التبرع بالأعضاء فيما بين الأقارب المصريين إلا في الحالات الاستثنائية القصوى يجوز استثناء لغيرهم:

لا يجوز كقاعدة عامة إلا التبرع بالأعضاء فيما بين الأقارب من المصريين، ولكنه أجاز القانون استثناء التبرع لغير الأقارب وذلك بضوابط هي: مراعاة الضوابط المشار إليها في المادتين ٢، ٣ من القانون، بالإضافة إلى وجود حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع يقتضي التبرع من غير الأقارب، ويشترط أن يتم كل ما سبق بعد موافقة اللجنة العليا لزرع

الأعضاء البشرية^(١).

وبلا شك الهدف هو محاربة سياحة الزرع التي غالباً ما تتضمن الاتجار بالأعضاء، حيث تتحول سياحة الزرع أو السفر من أجل الزرع **Travel for transplantation**، إلى تجارة الأعضاء البشرية، إذا توافرت شروطها^(٢).

سادساً: مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية للأطفال:

تضمن القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ وكذلك القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ آليات قانونية كثيرة لحماية الاتجار بالأطفال بوجه عام، والاتجار بالأعضاء البشرية للأطفال بوجه خاص. وتتفق السياسة التشريعية في مصر في هذا الصدد مع السياسة التشريعية المقارنة مع الجهود الدولية لحماية الأطفال من الاستغلال، حيث إنه من الثابت إن الأطفال هم أكثر الشرائح الاجتماعية (بالإضافة إلى النساء عرضة للاتجار بهم). ويضاف إلى ما سبق، أنه غالباً ما يقترن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية للأطفال بجريمة خطف الأطفال.

وتتمثل أهم صور الحماية القانونية المقررة لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية للأطفال في أن القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ نص صراحة على عدم قبول التبرع من الأطفال، ولا يعتد بموافقة الأبوين أو من له الولاية أو

(١) المادة ٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠.

(٢) حيث قيل في هذا الصدد ما يلي:

(Travel for transplantation is the movement of organs, donors, recipients, or transplant professionals across jurisdictional borders for transplantation purposes. Travel for transplantation becomes transplant tourism if it involves organ trafficking and/or transplant commercialism or if the resources (organs, professionals and transplant centers) devoted to providing transplants to patients from outside a country undermine the country's ability to provide transplant services for its own population) see: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2010/egm-vienna-organ-trafficking.html>

الوصاية عليه^(١) هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية فبلا شك طبقاً لما ورد في قانون مكافحة الاتجار بالبشر، لا يشترط لقيام جريمة الاتجار بأعضاء الطفل استعمال القوة أو التهديد^(٢) بل تتحقق الجريمة في حق الجاني، بمجرد توافر قصد الاستغلال والفعل. بالإضافة إلى أن كون المجني عليه طفلاً أو من ذوى الحاجات الخاصة، يجعل العقوبة مشددة، سواء أكان الجاني من الغير أو كان أحد الأبوين أو من له الولاية أو الوصاية عليه^(٣).

سابعاً: الضمانات المقررة للمتبرع:

تضمن القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع الأعضاء البشرية مجموعة كبيرة من الضمانات الأساسية، التي تهدف إلى سلامة عملية زرع الأعضاء. ومن أهم هذه الضمانات مجموعة الضمانات القانونية التي تضمنها والمتعلقة بالمتبرع. ومن خلال استقراء هذه الضمانات، نجد أن الهدف منها بالإضافة إلى ضمان المشروعية القانونية والحفاظ على صحة المتبرع، أيضاً الهدف منها درء احتمال ارتكاب تجار بالأعضاء البشرية. وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

١ - ضرورة أن تكون إرادة المتبرع حرة وخالية من عيوب الرضا وواضحة^(٤). وترجع علة اشتراط الحصول على رضا المريض أو رضا من ينوب عنه قانوناً، هو حقه في سلامة جسمه وتكامله

(١) نص المادة ٥ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(٢) قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

(٣) قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

(٤) المادة ٥ قانون رقم ٥ سنة ٢٠١٠ ونصت فقرتها الأولى على ما يلي: " في جميع

الأحوال يجب أن يكون المتبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا،....

وجدير بالذكر أن الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة أشارت إلى ما سبق، انظر: د.

محمد عبد الوهاب الخولي: مرجع سابق، ص ١٧٧ وما بعدها؛ د. محمد صلاح الدين

محمد محروس: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة،

رسالة كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠٠٧؛ د. أحمد محمد بدوي: نقل وزرع

الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص ٣٦ وما بعدها؛ د. إدريس عبد الجواد عبد الله:

الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة

مقارنة، الإسكندرية، ص ١١ وما بعدها.

الجسدي واحترام حرمة الشخصية^(١).

- ٢- أن يكون موافقة المتبرع مكتوبة، فلا يصح الرضا الشفهي^(٢).
- ٣- لا يعتد بإرادة الطفل ولا يعتد بموافقة الأبوين أو ممن له الولاية أو الوصاية عليه مطلقاً.. ونفس الأمر بالنسبة لعديم الأهلية وناقصها إذا لا يعتد بإرادته ولا بموافقة من يمثله أو ينوب عنه قانوناً^(٣).
- ٤- جواز رجوع المتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع في أية وقت دون مسئولية حتى ما قبل البد في إجراء عملية النقل^(٤).
- ٥- التزام اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة ١٣ من القانون بضرورة إحاطة المتبرع (وكذلك المتلقي) بطبيعة عملية النقل والزرع ومخاطرهما على المدعى البعيد والقرين.
- ٦- لا يجوز التبرع من الأموات للأحياء، إلا إذا كان هناك وصية صادرة من الميت، وأن يقتصر العمل بهذا فقط فيما بين المصريين، والهدف هو عدم فتح الباب على مصراعيه لنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بدون ضوابط، لأن هذا بالإضافة إلى المساس بجثمان الإنسان بعد وفاته، فإنه قد يفتح الباب على مصراعيه للاتجار بالأعضاء البشرية، وينتشر ظاهرة نبش القبور وثلاجات حفظ الأعضاء. كما هو علي الحال في بعض الدول، التي ينتشر فيها الاتجار بالأعضاء البشرية.

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة: مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) المادة ٥ قانون رقم ٥ سنة ٢٠١٠ ونصت فقرتها الأولى على ما يلي: ".... وثابتاً بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

(٣) المادة ٥ قانون رقم ٥ سنة ٢٠١٠ ونصت فقرتها الثانية على ما يلي: " ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً".

(٤) المادة ٥ قانون رقم ٥ سنة ٢٠١٠ ونصت فقرتها الثالثة على ما يلي: " وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البد في إجراء عملية النقل".

المطلب الثاني

علاقة الزوجية والغش نحو قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية

ومكافحة الاتجار بها

أولاً: زرع الأعضاء البشرية والغش نحو قانون العلاقات الزوجية:

إن مشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية، معقدة ومتعددة الجوانب، بل إنها قد تكون مصاحبة، بحالات الغش نحو القانون، التي تصدر من البعض، من أجل الوصول إلى التحايل على منع الاتجار بالأعضاء البشرية. ومن أهم أمثلة الغش نحو القانون في مجال الاتجار بالأعضاء، الغش نحو قانون العلاقات الزوجية وقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، إذ يتحايل البعض على أحكام تنظيم زرع الأعضاء وذلك من خلال العلاقات الزوجية الوهمية، للوصول إلى عمليات نقل وزرع الأعضاء من شخص لآخر، ولكنها في واقع الأمر تكون اتجاراً بالأعضاء البشرية.

ولقد أدرك المشرع في القوانين المقارنة هذه المشكلة، ولكنها أكثر بروزاً وانتشاراً في الدول العربية منها في الدول الأخرى. فالبعض، يتخذ الزواج زريعة للوصول إلى التحايل على أحكام تنظيم زرع الأعضاء، وهو يمثل نوعاً من الغش نحو القانون المنظم للزواج بوجه خاص، ولقد تنبه المشرع المصري لهذه المشكلة:

ويرتبط بما سبق، مشكلة أخرى وهي مشكلة السياحة الطبية، أو سياحة زرع الأعضاء. وهي أيضاً تمثل غشاً نحو القانون، والتي يقصد بها اتجاه الأغنياء من القارة الأوربية والأمريكية إلى الدول الفقيرة، حيث يجدون الكثير من المتبرعين الفقراء. ويقصد بها أيضاً (هي حركة الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا، أو حركة المتبرع، أو المتلقي، أو المتخصصين في عمليات زرع الأعضاء، من حدود ولاية قضائية إلى أخرى من أجل القيام بعمليات زراعة الأعضاء، وهي تشتمل على الصفة التجارية، حيث تعامل الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على أنها سلع؛ لتحقيق ربح

وتتم عمليات السياحة زرع الأعضاء Transplant Tourism من خلال وسطاء وتزدهر بسبب الفقر^(٢) وتحقق مكاسب مالية للعاملين فيها، وخصوصاً إن المجني عليهم؛ لا يأخذون إلا النذر القليل من المستفيدين من الزرع والنقل، بل إنه في غالب الأحوال، لا يأخذون شيئاً. وترتبط على ما سبق، فمن المسلم به أن الاتجار بالأعضاء وسياحة الزرع، يشكلان تهديداً للكثير من حقوق الإنسان؛ ولذا قيل صراحة في إعلان اسطنبول ما يلي^(٣):

(Organ trafficking and transplant tourism violate the principles of equity, justice and respect for human dignity and should be prohibited, because transplant commercialism targets impoverished and otherwise vulnerable donors, it leads inexorably to inequity and injustice and should be prohibited).

ثانياً: حظر زرع الأعضاء بين المصريين والأجانب إلا في بعض الحالات الاستثنائية: القاعدة العامة: حظر زرع الأعضاء البشرية بين المصريين والأجانب، لأن أحكام النقل وزراعة الأعضاء البشرية، أحكام مستثنى من القواعد العامة للقانون، ولذا فيجب أن تفسر في أضيق الحدود، وأن لا يتم التوسع فيها. فطبقاً للمادة الثالثة، يحظر النقل من مصريين إلى أجانب.

(١) الاتجار بالأعضاء البشرية في إطار الاتجار بالبشر، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والقانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٦.

(٢) انظر:

D.A.Budiani- Saberria and F.L. Delmanco: organ trafficking and transplant tourism, 8 American journal of transplantations, 2008, p. 925- 929.

(٣) انظر:

The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism, 2008.

ثالثاً: زراعة الأعضاء فيما بين الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً
بضوابط:

استثناء من القاعدة المشار إليها والتي تقضي بحظر نقل الأعضاء البشرية من مصريين إلى أجنب، أجاز القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية ٥ لسنة ٢٠١٠ زرع الأعضاء البشرية فيما بين الزوجين، إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، بشرط أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل ويعقد موثق على النحو المقرر قانوناً، لتوثيق عقود الزواج.

وطبقاً لهذا الاستثناء، فإن إباحة الزرع فيما بين الزوجين إذا كان أحدهما أجنبياً والآخر مصرياً يتطلب، بالإضافة إلى الشروط العامة المتعلقة بتنظيم زرع الأعضاء، فيشترط ضرورة توافر ما يلي: الشرط الأول: مرور ثلاث سنوات على علاقة الزوجية. الشرط الثاني: ثبوت علاقة الزوجية بمقتضى عقد زواج موثق، على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود زواج الأجنب. الشرط الثالث: أن يكون التبرع صادراً من إرادة حرة لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة، وأن تكون الموافقة ثابتة بالكتابة ومعززة بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى أو مصدقا عليها من الشهر العقاري^(١).

وبلا شك، أن القصد من ضرورة توافر ما سبق، بالإضافة إلى تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وفي نفس الوقت مكافحة الاتجار بها، تحقيق ما يلي من أهداف:

- ١- عدم استعمال عقود الزواج، للوصول إلى عمليات زرع الأعضاء، والتي قد تتضمن بالإضافة إلى الغش في الزواج، إلى بيع الأعضاء من أحد الزوجين وخصوصاً المصريين أو المصريات إلى الأجنب.
- ٢- مكافحة زواج الصفيقة والذي يعد في حد ذاته نوعاً من الاتجار بالبشر.

(١) قانون تنظيم زرع الأعضاء، المادة ٧، اللائحة التنفيذية، المادة رقم ٥.

٣- مكافحة السياحة العلاجية المقترنة بالاتجار بالأعضاء البشرية.

ويهدف الشرط الثاني والذي يتضمن ضرورة أن يكون عقد الزواج موثقاً على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج، استبعاد عقد الزواج العرفي، لمشروعية زرع الأعضاء فيما بين الزوجين، إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، هذا من جهة أولى، ومن ناحية ثانية يؤدي إلى عدم سريان النص على العلاقات المشروعة قانوناً، طبقاً لقوانين الأسرة الأجنبية، والمعترف بها قانوناً فيها، كزواج المعاشرة وزواج الشريعة العامة.. الخ. وبناء عليه، فلو فرضنا أن مصرياً أو مصرية طرف في علاقة شرعية طبقاً للقانون الأجنبي، ولكنها غير مشروعة طبقاً للقانون المصري، فلا يسري الاستثناء على هذه العلاقة القانونية، طبقاً للقانون الأجنبي والتي تعد غير قانونية طبقاً للقانون المصري^(١).

رابعاً: تكييف العلاقات الزوجية طبقاً لقواعد تنازع القوانين ومشكلة تنظيم زرع الأعضاء بين الزوجين:

القاعدة العامة والاستثناء المقرر بمقتضى نص المادة الثالثة من قانون ٥ لسنة ٢٠١٠ يؤدي إلى إثارة مسألة تكييف عقود الزواج وصحتها طبقاً لقواعد تنازع القوانين، القواعد الموضوعية لصحة عقد الزواج والقواعد الإجرائية للزواج.

يتطلب الدخول في الجنسية المصرية بمقتضى رابطة الزوجية وجود علاقة زوجية صحيحة، وتخضع سائر الشروط الموضوعية لصحة الزواج للقانون المصري طبقاً للمادة ١٤ من القانون المدني والتي تقضي بتطبيق القانون المصري متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج^(٢). أما

(١) ولذا فقد تحفظت الدول الإسلامية على بعض نصوص اتفاقية السيداوي، من حيث علاقات الزوجية؛ لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) د. هشام صادق؛ د. عكاشة عبد العال: أحكام الجنسية المصرية، دراسة مقارنة، ط ٢٠١٠، ص ٢٠٥ وما بعدها؛ تنص المادة ١٤ مدني على: "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

الشروط الشكلية فإنها تخضع - طبقاً للمادة ٢٠ مدني - للقانون الذي حكم الشروط الموضوعية وهو القانون المصري) أو لقانون الموطن المشترك للزوجين، أو قانون محل إبرام الزواج، فمتى أبرم الزواج صحيحاً وفقاً لواحد من هذه القوانين الثلاثة كان صحيحاً، من الناحية الشكلية بمقتضى قواعد الإسناد، سواء كان القانون المختص هو القانون المصري أو قانون آخر أجنبي^(١).

ويتم إثبات الجنسية في حالة التجنس بطريقتين: الطريق المباشر، بمعنى تقديم قرار وزير الداخلية المتعلق بقبول التجنس أو نسخة من الجريدة الرسمية التي نشر فيها وما يفيد التجنس بالجنسية المصرية. والطريق الثاني: ويكون أساساً في حالة اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط؛ ففي هذه الحالة يتم إثبات الجنسية عن طريق تقديم وثيقة الزواج الرسمية المتعددة أمام الجهة الرسمية؛ بالإضافة إلى تقديم ورقة إعلان رغبة الزوجة في كسب الجنسية المصرية^(٢).

خامساً: إباحة الزرع بين أبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيما بينهم جميعاً.

أشارت المادة الثالثة من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ إلى إباحة زرع الأعضاء بين الأم وأبناء الأم المصرية المتزوجة من أجنبي، ويشترط أن تكون الأم مصرية وأن يكون الأجنبي أباً للأبناء وليس زوجاً لأهم،

(١) د. هشام صادق؛ د. عكاشة عبد العال: أحكام الجنسية المصرية، ص ٢٠٦ - ٢٠٧، انظر في هذا د. هشام صادق؛ د. عكاشة عبد العال: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي، ط ٢٠١٠، ص ٢٧٢ وما بعدها.

(٢) د. هشام صادق؛ د. عكاشة عبد العال: أحكام الجنسية المصرية، دراسة مقارنة، ط ٢٠١٠، ص ٤٧٨، وتنص المادة ٧ من قانون الجنسية ٢٦ لسنة ١٩٧٥ على ما يلي: لا تكسب الأجنبية التي تتزوج من مصري جنسيته بالزواج إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في ذلك ولم تنتهي الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمانها من اكتساب الجنسية المصرية".

وجدير بالذكر إنه في قانون الأسرة في الولايات المتحدة الأمريكية، إنه من الشروط المتطلبية للزواج شرط الحصول على ترخيص بالزواج وكذلك القيام بإجراءات لإشهار الزواج بالإضافة لكتابته.

ولكن يشترط بداهة أن يكون هؤلاء الأبناء أبناء شرعيين طبقاً لقواعد القانون المصري، حيث إنه يجب تفسير هذه الفقرة في ضوء القاعدة العامة السابق الإشارة إليها، وهي اشتراط وجود علاقة زوجية صحيحة مضى عليها ثلاث سنوات.

وهنا تجدر الإشارة إلى أهم صور الحماية القانونية المقررة لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية للأطفال في أن القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ نص صراحة على عدم قبول التبرع من الأطفال، ولا يعتد بموافقة الأبوين أو من له الولاية أو الوصاية عليه^(١) هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، فبلا شك طبقاً لما ورد في قانون مكافحة الاتجار بالبشر، لا يشترط لقيام جريمة الاتجار بأعضاء الطفل استعمال القوة أو التهديد^(٢)، ويضاف إلى ذلك أن جريمة الاتجار بأعضاء الأطفال، تعتبر جريمة مقترنة بظرف مشدد، نظراً لأن المجني عليه طفلاً، سواء أكان الجاني من الغير أو كان أحد الأبوين أو من له الولاية أو الوصاية عليه^(٣). ويشترط أن لا يقل سن الابن المنقول منه عن ١٨ سنة وموافقة الأم والأب والابن^(٤).

سادساً: اقتصار التبرع بالأعضاء فيما بين المصريين إلا في الحالات الاستثنائية القصوى:

لا يجوز كقاعدة عامة نص عليها القانون إلا التبرع بالأعضاء فيما بين الأقارب من المصريين، ولكنه أجاز القانون استثناء التبرع لغير الأقارب من المصريين، وذلك بضوابط هي: مراعاة الضوابط المشار إليها في المادتين ٢، ٣ من القانون، بالإضافة إلى وجود حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع يقتضي التبرع من غير الأقارب، ويشترط أن يتم كل ما سبق بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية^(٥).

(١) نص المادة ٥ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(٢) قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

(٣) قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

(٤) اللائحة التنفيذية لقانون زرع الأعضاء، - الجريدة الرسمية - العدد الأول مكرر (أ).

١٢ / ١ / ٢٠١١، مادة ٣.

(٥) المادة ٤ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠.

المطلب الثالث

المسئولية الجنائية للشخص المعنوي عن الاتجار بالأعضاء البشرية

قرر القانون المسئولية الجنائية للشخص المعنوي ، عن جرائم الاتجار بالأعضاء وهذا بالإضافة إلى مسئولية الشخص الطبيعي. ولقد أشار المشرع صراحة في المادة ١٨^(١) وكذلك المادة ٢٥ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على ما يلي: " يكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن مع المحكوم عليه من العاملين لديه ، عن الوفاء بما يحكم به من التعويضات في الجرائم التي ترتكب في المنشأة ، ويكون مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية إذا ثبت مسئولية أحد القائمين على إدارته".

ويمثل حكم هذه المادة مع ما جاء في نص المادة ١١ من قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر والتي تقرر المسئولية الجنائية للشخص المعنوي في جرائم الاتجار بالبشر^(٢).

• وإعمالاً لحكم المادتين المشار إليهما فقد أخذ المشرع المصري بالمسئولية الجنائية غير المباشرة للشخص المعنوي عن جرائم الاتجار

(١) نصت المادة ١٨ من القانون ٥ لسنة ٢٠١٠ على ما يلي: " دون الإخلال بالعقوبات المقررة في المادتين ١٧ ، ١٩ من هذا القانون يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه كل من أجرى عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك ، فإذا ترتب على الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد. ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المسئول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية في الأماكن غير المرخص لها التي تجرى فيها أية عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري مع علمه بذلك".

(٢) تنص المادة ١١ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ على: " يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكبت أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين في الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه ، بذات العقوبات المقررة عن الجريمة المرتكبة إذا ثبت علمه بها أو إذا كانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته".

وانطلاقاً مما سبق، يحكم على الشخص المعنوي، إعمالاً لمسئوليته عن جريمة الاتجار بالأعضاء بالتعويض بالإضافة إلى العقوبات الأخرى التي تتفق مع طبيعة الشخص المعنوي، كالحكم بالغلق والحكم بوقف النشاط^(٢). وبلا شك أن تقرير المسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص المعنوي، لا تؤثر على المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي عن جريمة الاتجار بالأعضاء طبقاً للقواعد العامة المعمول بها في هذا الصدد^(٣).

وبناء على ما سبق، فمسئولية الشخص المعنوي عن جرائم الاتجار بالأعضاء، طبقاً لقانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والقانون ٥ لسنة ٢٠١٠ قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، تتمثل في إنه ومن خلال استقراء وتحليل النصوص الواردة في النظام الجنائي المصري، بخصوص المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي. نجد أن المشرع المصري في قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر قد أخذ بالمسئولية الجنائية القضائية غير المباشرة للشخص المعنوي عن جرائم الاتجار بالبشر. ويتضح هذا من خلال نص تحليل ما جاء في نص المادة ١١ من القانون.

(١) جدير بالذكر إلى أن هذه العقوبات أشار إليها القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠، حيث نصت المادة ٢٤ على ما يلي: ٣/٢٤ "وقف الترخيص بنشاط زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة في المنشأة الطبية المرخص لها بعمليات زرع الأعضاء لمدة لا تقل عن ثلاثة سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات". أما المادة ٣/٢٤ فتتص على "نشر الحكم في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه. وفي حالة العود تحكم المحكمة بتدبير أو أكثر من التدبير المنصوص عليها في هذه المادة".

(٢) المادة ٢٥ من قانون تنظيم زرع الأعضاء والمادة ١١ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

(٣) نصت المادة ١٩ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على: "يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من نقل بقصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه أي عضو أو جزء من عضو إنسان حي، فإذا وقع الفعل على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد لمدة لا تزيد على سبع سنوات. ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك. وتكون العقوبة السجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرتين السابقتين وفاة المتقول منه".

أما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري من طبيعة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة الاتجار بالبشر. فيمكن القول إنه من خلال صياغة نص المادة الحادية عشرة يلاحظ إن المشرع أخذ بالمسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص المعنوي عن جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في هذا القانون. حيث أشار النص صراحة في الفقرة الثانية إلى ويكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه، وتأمّر المحكمة في الحكم الصادر بالإدانة بنشر الحكم علي نفقة الشخص الاعتباري في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص الاعتباري لمدة لا تجاوز سنة. فالمسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص الاعتباري تتمثل في مسئوليته بالتضامن مع الشخص الطبيعي عن الوفاء بالعقوبات المالية التي يحكم بها، كالعقوبة والمصادرة.

وتأكيداً لما سبق، فقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي لقانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ ما يلي (وقد أخذ المشروع بمبدأ المسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص الاعتباري في الفقرة الثانية من هذه المادة إذا ثبتت مسؤولية الشخص الطبيعي لأحد العاملين في الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه) وفي هذه الحالة يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكبت أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين في الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه بذات العقوبات المقررة عن الجريمة المرتكبة إذا ثبت علمه بها أو إذا كانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته أما الشخص الاعتباري، فإن مسئوليته غير المباشرة تتجسد في مسئوليته بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية على الشخص الطبيعي^(١).

فطبقاً لنص المادة ١١ من قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة

(١) مذكرة المشروع التمهيدي: مقرر اللجنة التشريعية بمجلس الشعب.

الاتجار بالبشر في مصر، تتمثل أسس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جرائم الاتجار بالبشر فيما يلي :

- ١- يعد مسئولا ممثل الشخص المعنوي عن جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في القانون طالما إنه يعمل باسم ولمصلحة الشخص الاعتباري.
- ٢- يسأل المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري عن الجريمة التي يرتكبها أحد العمال في الشخص المعنوي إذا توافرت الشروط الآتية:
 - أ- يتولى الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري.
 - ب- ارتكب الجريمة أحد العاملين باسم وحساب الشخص الاعتباري.
 - ج- إذا كان المسئول عن الإدارة الفعلية على علم بها أو كانت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته.
- ٣- يسأل الشخص المعنوي بالتضامن عن العقوبات المالية (بالإضافة للتعويضات) عن الجريمة التي وقعت من أحد العاملين به باسمه ولمصلحه.
- ٤- العقوبات التي توقع على الشخص المعنوي هي العقوبات المالية، ووقف النشاط.

المطلب الرابع

التكامل التشريعي في مكافحة الاتجار بالأعضاء بين قانون مكافحة الاتجار بالبشر وقانون تنظيم زرع الأعضاء

من الأهمية بمكان معرفة أوجه العلاقة والتكامل التشريعي بين قانون تنظيم زرع الأعضاء وقانون مكافحة الاتجار بالبشر فيما يتعلق بمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، لان هذا يتعلق بأبعاد تكامل المنظومة التشريعية في مكافحة الاتجار بالبشر في النظام القانوني المصري. يوجد اقتران أساسي بين عمليات زرع الأعضاء البشرية وعمليات الاتجار بالأعضاء البشرية ويفسر هذا لماذا لجأ المشرع في القوانين المقارنة، عندما أباحوا عمليات زرع

ونقل الأعضاء البشرية والأنسجة بمقتضى قوانين تضمنت ضوابط كثيرة لمكافحة الاتجار بالأعضاء، حتى لا يتخذ الزرع منفذاً أو وسيلة أو مبرراً قانونياً للاتجار بالأعضاء البشرية.

وبناء على ما سبق، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي أوجه العلاقة بين قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ وقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠
يجب الإشارة، بادئ ذي بدء، إلى أنه أوجه العلاقة تتضح من خلال نصوص قانون مكافحة الاتجار بالبشر، وبعض النصوص الواردة في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ٥ لسنة ٢٠١٠، وبوجه خاص نصوص المواد، ٦، ١٦، ١٩.

وبوجه عام، في واقع الأمر، فتتلخص أهم أوجه هذه العلاقة في النقاط الآتية:

أولاً: التنظيم القانوني لحظر الاتجار بالأعضاء:

يعتبر قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ هو الشريعة العامة المنظمة لأحكام عمليات الاتجار بالبشر آياً كانت صورها، حيث إن أشكال الاتجار بالبشر متعددة تبعاً لتعدد صور الاستغلال، فهناك الاستغلال الجنسي (بأشكاله المختلفة) والاستغلال الاقتصادي (بصوره المختلفة) بالإضافة إلى الاتجار بالأطفال (بصوره المتعددة) بالإضافة إلى الاتجار بالأعضاء وكذلك الأنسجة.

ولكن من ناحية ثانية، نجد أن قانون تنظيم زرع الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠، يتضمن مجموعة الأحكام المنظمة لكيفية زرع ونقل الأعضاء، حتى تكون عمليات النقل والزرع متفقة مع صحيح القانون، حيث يبين شروط النقل والزرع وأحكامه، والأحوال التي لا يجوز فيها الزرع والنقل.. الخ، ولكنه بالإضافة إلى هذا، تضمن نصوصاً متعلقة بحظر الاتجار بالأعضاء البشرية بوجه خاص، وفي تنظيمه لأحكام زرع ونقل الأعضاء جاء بمجموعة وسائل تؤدي إلى مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية.

ثانياً: على مستوى تنظيم أحكام جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:

يطبق الأحكام الواردة في قانون مكافحة الاتجار بالبشر بشأن مدى توافر أركان جريمة الاتجار بالأعضاء من عدمه، فإذا توافرت أركان الجريمة (أحد الأفعال وأحد الوسائل وتوافر قصد الاستغلال) طبق قانون مكافحة الاتجار بالبشر، ما لم تكن العقوبة الواردة في قانون آخر اشد. أما إذا لم تتوافر أركان الجريمة، طبقت قواعد التجريم والعقاب الواردة في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

ويتيمتع ضحايا الاتجار بالأعضاء، في حالة انطباق قانون مكافحة الاتجار بالبشر، بكافة الأحكام المتعلقة بضحايا الاتجار بالبشر، أما المجني عليه، طبقاً لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، فتطبق عليه أحكام المجني عليه الواردة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية. ودون شك أن المركز القانوني للضحية طبقاً لقانون مكافحة الاتجار بالبشر أفضل من المركز القانوني للمجني عليه في حالة عدم انطباق قانون مكافحة الاتجار بالأعضاء.

ثالثاً: أحكام التجريم والمسئولية والعقاب:

ورد تجريم الاتجار بالأعضاء في نص المادة السادسة من قانون تنظيم زرع الأعضاء، حيث نصت على (يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته...). ونصت المادة ١٩ على (..... ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك.....). أما المادة ٢٠ فقد جاء فيها (يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أياً من أحكام المادة ٦ من هذا القانون، وذلك فضلاً عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه. ولا تزيد عقوبة السجن على سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجاً بالمخالفة لحكم المادة ٦ من هذا القانون.....).

ومن خلال تحليل النصوص المشار إليها، وما جاء في قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، باعتباره القانون الأصيل الذي يرجع إليه بشأن أركان جريمة الاتجار بالبشر، وما جاء في نص المادة الخامسة والتي تنص على (يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر) نجد ما يلي:

- تماثل العقوبة البدنية (هنا السجن المشدد) بالنسبة لجريمة الاتجار بالأعضاء، بوصفه شكل من أشكال الاتجار بالبشر، طبقاً لقانون مكافحة الاتجار بالبشر وكذلك قانون تنظيم زرع الأعضاء، حيث العقوبة هي السجن المشدد والغرامة التي لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه. ولكن قانون مكافحة الاتجار بالبشر قد أضاف معيار آخر لتقدير الغرامة، وهو معيار الحكم بالغرامة أعلى من المقرر بمقتضى النص، حيث نص على الحكم بغرامة مساوية لقيمة ما عاد على الجاني من نفع أيهما أكبر.

وكلا القانونين نص على جزاء مصادر الأموال المتحصلة من الجريمة، فنص المادة ١٣ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر على (يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال أو الأمتعة أو وسائل النقل أو الأدوات المتحصلة من أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو التي استعملت في ارتكابها مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية)، ونصت المادة ٢٠ من قانون تنظيم زرع الأعضاء على (..... وذلك فضلاً عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه...).

ومن ناحية أخرى، نظراً للارتباط الوثيق بين جرائم الاتجار بالبشر وجرائم غسل الأموال، فقد أكدنا فقد أشار القانونين في المادة ١٤ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر، والمادة ٢٠ من قانون تنظيم زرع الأعضاء، على اعتبار جريمة الاتجار بالأعضاء من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقاً لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال

بالقانون ٨٠ لسنة ٢٠٠٢^(١).

ولكن من نافلة القول إنه حتى مع عدم وجود نص هاتين المادتين تطبيق أحكام قانون مكافحة غسل الأموال على متحصلات جريمة الاتجار بالأعضاء، استنادا إلى نص المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، حيث أشارت هذه المادة إلى نص المادة الثانية من القانون المذكور جاء فيها ما يلي:

(والجرائم المنظمة التي يشار إليها في الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات الملحق بها التي تكون جمهورية مصر العربية طرفاً فيها والمعاقب عليها في القانون المصري، وذلك كله سواء وقعت جريمة غسل الأموال أو الجرائم المذكورة في الداخل أو الخارج، متى كانت معاقباً عليها في كلا القانونين المصري والأجنبي)، ومصر قد انضمت لاتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة وبرتوكول مكافحة ومنع وقمع الاتجار بالأشخاص) ومن من ناحية أخرى ان نص المادتين ١٤ و ٢٠ المشار إليها ليس لغوا، بل يتفقا مع اعتبارات الشرعية الجنائية وكذلك نظرا لأن بروتوكول مكافحة الاتجار بالأشخاص ولاسيما لم يدخل حيز النفاذة إلا في عام ٢٠٠٥ أي بعد صدور قانون مكافحة غسل الأموال.
رابعاً: قصد الاستغلال وقصد الزرع:

من المستقر عليه بين الفقهاء أن قصد الاستغلال من العناصر الأساسية لجريمة الاتجار بالبشر بأشكالها المختلفة، الاستغلال الجنسي، الاستغلال في العمل، العمل الجبري، الاتجار بالأعضاء.. الخ. وقصد

(١) نصت المادة ٢٤ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر على: "تكون الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من الجرائم الأصلية المنصوص عليها في المادة (٢) من قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، كما يسري على غسل الأموال المتحصلة منها أحكام القانون المذكور". وكذلك نصت المادة ٢٠ من قانون تنظيم زرع الأعضاء على: ".... وتكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقا لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢".

الاستغلال قصد خاص - يلزم توافره بجانب القصد العام، ولا تقوم الجريمة إلا به.

وفي قانون تنظيم زرع الأعضاء ٥ لسنة ٢٠١٠ نص المشرع صراحة على قصد الزرع، وهو أيضا قصد خاص، دوره في قيام جريمة زرع أعضاء بالمخالفة للقانون، يماثل قصد الاستغلال في جريمة الاتجار بالبشر. وفي إطار المعالجة التشريعية لجريمة الاتجار بالأعضاء بين قانون مكافحة الاتجار بالبشر وقانون تنظيم الأعضاء، فقواعد الاستغلال المنطقي وأعمال النصوص وتكاملها والتنسيق بين آليات المنظومة التشريعية في الدولة، تؤدي إلى الاستدلال بأنه في الحالات التي تكون فيها عمليات زرع ونقل الأعضاء أو الأنسجة تتضمن ما يكون عناصر جريمة الاتجار بالبشر، فهنا تخضع هذه العمليات لقانون مكافحة الاتجار بالبشر، على أساس توافر قصد الاستغلال، حيث غن قصد الزرع هنا يكون عنصرا من عناصر التثبت من توافر الاستغلال لدى الجاني.

ومن المستقر عليه في الفقه الجنائي مسألة تعدد القصد الخاص والتي يقصد بها. والحلول التي انتهت إليها الرأي الغالب في الفقه هي التي تطبق في حالة زرع الأعضاء المتضمن قصد الاستغلال.

وإيضاحا لما سبق، نضرب المثال الآتي، قام طبيب جراح بالتعامل في عضو بشري من أعضاء شخص طبيعي، عن طريق الاحتيال أو الخداع أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية، وكان هذا التعامل بقصد استئصال عضو أو نسيج بشري، ففي هذا المثال، نجد أن الطبيب مسئولاً عن جريمة اتجار بالأعضاء، إذ توافرت في حقه جميع عناصرها، حتى ولو توقف دوره عن حد الاستئصال للعضو أو النسيج، وقام شخص آخر بالزرع. ويسأل الأخير عن جريمة اتجار بالبشر أيضا إذا توافرت فيه عناصرها، فإذا لم تتوافر يكون خاضعا لأحكام قانون تنظيم زرع الأعضاء وقانون العقوبات.

ويؤكد ما سبق، استقراء وتحليل ما جاء في نص المادة ١٧ من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، حيث نصت على (يعاقب بالسجن وبغرامة

لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من نقل عضوا بشريا أو جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد ٢، ٣، ٤، ٥، ٧ من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه).

فالملاحظ أن العقوبات الواردة في النص لا تسري على مخالفة أحكام المادة السادسة من قانون تنظيم نقل الأعضاء البشرية؛ وهي المادة التي فيها حظر المشرع من استغلال الأعضاء البشرية، وهي التي تتضمن جريمة الاتجار بالأعضاء المقترنة بعملية زرع الأعضاء، نظرا لأن المادة ١٧ من قانون تنظيم زرع الأعضاء والمشار إليها سابق، تسري فقط على مخالفة ما جاء في المواد ٢، ٣، ٤، ٥، ٧ فقط، ولم تشر إلى المادة السادسة.

ويضاف إلى ما سبق، فالمادة ١٩ من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية تعالج حالة نقل الأعضاء بقصد الزرع والذي تمّ بواسطة التحايل أو الإكراه، وهنا قد يلتبس الأمر على البعض ويقول إن عنصر الإكراه والتحايل، يجعلها جريمة اتجار بالأعضاء، على اعتبار أن الإكراه أو التحايل، أحد عناصر السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر، ولكن هذا استدلال غير صحيح، نظرا لأن المادة ١٩ تعالج فرض النقل بالقوة أو بالتحايل، دون أن يكون مصحوبا بأحد الأفعال، وكذلك قصد الاستغلال وهي العناصر المطلوبة لقيام جريمة الاتجار بالأعضاء.

خلاصة القول، هو إن كل من ينقل أو زرع عضوة أو نسيج بشري عن طريق أحد الأفعال وعن طريق استخدام أحد الوسائل الواردة في نص المادة الثانية من قانون مكافحة الاتجار بالبشر، وذلك بقصد الاستغلال في الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة أو جزء منها يكون مسئولاً عن جريمة الاتجار بالأعضاء وتوقع عليه العقوبات الواردة في هذا القانون، إذا لم تكون هناك عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر.

وتسري على المجني عليه في الفرض الأخير - وبوجه عام كل جرائم الاتجار بالبشر - مجموعة الأحكام المتعلقة بحقوق ضحايا الاتجار بالبشر، حيث يكون له مجموعة حقوق كثيرة، مثل حقه في المساعدة القانونية، وحقه في احترام حقوقه الإنسانية، وحقه في الرعاية الطبية والنفسية.... الخ.

وفي نفس الوقت لا يسأل المجني عليه مسئولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنيا عليه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يعتد بالرضاء الصادر منه على الاستغلال متى تم استخدام أحد الوسائل المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، وهي مادة يوجد لها مقابل في قوانين مكافحة الاتجار بالبشر المقارنة وكذلك في المواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، ومنه الإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية.