



مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني ٢٠١٩

المجلد الأول

هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور / أمين مصطفى
أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي (عميد الكلية)

رئيس التحرير :

- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمي :

- الاستاذ الدكتور/ محمد حامد دويدار.
- الاستاذ الدكتور/ محمد فريد العرينى.
- الاستاذ الدكتور/ فتوح عبدالله الشاذلى.
- الاستاذ الدكتور/ محمد حسين منصور.
- الاستاذ الدكتور/ حفيظه السيد الحداد.
- الاستاذ الدكتور/ احمد عوض هندى.
- الاستاذ الدكتور/ محمد باهي ابويونس.
- الاستاذ الدكتور/ امين مصطفى محمد.
- الاستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين.
- الاستاذ الدكتور/ إبراهيم احمد خليفة.
- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي



مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -

الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : ٤٨٦٣٩٦٤ - ٤٨٤٦٦١٦

فاكس : ٤٨٧٦٦١١

البريد الإلكتروني : Alexlaw-journal@yahoo.com

رقم التصنيف الدولي 1687-1901

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام ١٩٤٣ ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادى ومن ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.
- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- ١- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- ٢- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- ٣- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- ٤- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- ٥- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- ٦- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن ١٠٠ صفحة ويجوز في بعض الحالات التغطاى عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- ٧- لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- ٨- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على اذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- ٩- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- ١٠- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- ١١- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.
- ١٢- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط ١٤ - الهامش ١٢ - طول الكتابة

بالصفحة ٢١سم- عرض الكتابة بالصفحة ١٢.٥)

١٣- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-mail / السيرة الذاتية.

١٤- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.

١٥- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

Alexlaw- journal@yahoo.com

محتويات العدد الثاني ٢٠١٩

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

"المجلد الأول"

● أبحاث في القانون الجنائي :

١- الضوابط المواجهة القانونية للجرائم الإرهابية.

د/ محمد عبد الحميد عرفه.

٢- الضوابط الجنائية لحرية التعبير الماسة بالأديان والمنتمين إليها. (دراسة مقارنة)

د/ دعاء محمود عبد اللطيف .

٣- حماية الطفل من خطر المخدرات والكحول. د/ محمد غالي العززي.

● أبحاث في القانون المدني :

٤- حماية المتعاقد من الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة).

د/ احمد السيد الدقاق.

٥- التعويض عن الضرر الأدبي للشخص الاعتباري. د/ مروة محمد عبد الغنى.

● أبحاث في القانون العام:

٦- الوساطة في المنازعات الإدارية "دراسة لأحكام نظام الوساطة في المرافعات الإدارية الفرنسية". د/محمد عبدالعال إبراهيم.

٧- أثر سياسات التخطيط العمراني التشريعية على دور الإدارة المحلية في تحقيق التنمية العمرانية المستدامة (دراسة مقارنة). د/ أميرة عبدالله السيد بدر.

● أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية:

٨- النقص الإستثنائي. د/ خيري عبدالفتاح البتانوني.

٩- شروط حجز التحفظي على السفن في إطار التشريع الأردني.

د/ سليم سمير خصاونة.

١٠- حياد واستقلال المحكم في تحكيم منازعات الاستثمار.

د/ فاطمة عادل سعيد.

أبحاث في القانون الجنائي

المواجهة الجنائية للإرهاب
نحو صياغة نظرية عامة لضوابط المواجهة القانونية
للجرائم الإرهابية في ظل قانون مكافحة الإرهاب الجديد
وتعديلاته

الدكتور محمد عبدالحميد عرفه

مدرس القانون الجنائي كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أستاذ القانون المساعد الزائر كلية الحقوق جامعة كورنيل بنيويورك

المواجهة الجنائية للإرهاب

نحو صياغة نظرية عامة لضوابط المواجهة القانونية للجرائم الإرهابية في ظل قانون الإرهاب الجديد وتعديلاته

المقدمة

من المعروف أن الإرهاب ليس ظاهرة حديثة، وليس بفكرة لها طبيعة قانونية بحتة، فالإرهاب ظاهرة عرفها المجتمع الدولي منذ أمد بعيد؛ إذ تمتد الجذور التاريخية لهذه الظاهرة إلى نشأة كيان الدولة ذاتها - كشخص أساسي من أشخاص القانون الدولي العام وغيره من القوانين - كلما تعمدت الطوائف السياسية والجماعات الأيدلوجية والدينية المتطرفة إلى ترويع الإنسان وتخويف المجتمع البشري وترهيبه لإجباره ودفعه إلى تقديم تنازلات، والرضوخ لمطالب تصب في نهاية المطاف في مصلحة هذه الجماعات والطوائف.¹

أما في الوقت الراهن فقد أخذت الأعمال الإرهابية منعطفاً خطيراً - لاسيما في ظل التطورات السريعة - التي تشهدها الإنسانية، والتي مست العديد من النواحي، وبصفة خاصة تطور التكنولوجيا العسكرية بما في ذلك صناعة الأسلحة.²

¹ سعد عبد الرحمن زيدان، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٦٩.

² أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢، ص ١٤٧.

وقد أصبح لظاهرة الإرهاب واقعاً سياسياً واجتماعياً في كثير من الدول مستمداً من قلب وجوهر المفاهيم والأفكار السائدة في المجتمع الذي يعيش فيه،^١ وقد أدى انتشار الإرهاب إلى أن يصبح العنف والتطرف واجهتان رئيستان في العالم بأسره، تهدد السلم والأمن الدوليين؛ إذ يتعرض السلام والاستقرار للخطر.^٢

وقد أثار توغل وانتشار الإرهاب - وموجاته المتلاحقة - وبصفة خاصة بعد أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ في الولايات المتحدة الأمريكية زيادة الاهتمام بمكافحة هذه الظاهرة على كافة المستويات والأصعدة، وتبعاً لذلك ظهرت تساؤلات كثيرة ومحاولات عديدة وخاطئة لربطه بالإسلام، خاصة في المجتمعات الغربية التي دائماً ما تنتظر للمسلمين على أنهم إرهابيون ومروجون للعنف والتطرف؛ مما أدى إلى ظهور ما يعرف بالإسلاموفوبيا "Islamophobia" ، وكذا تفسيره بتمرد ضحايا العولمة Globalization والمجتمع الغربي، أو أنه بداية "صدام الحضارات "Clashes of Civilizations" كما وصفه "هانتينجتون" - أحد الفقهاء في الفقه

¹ Thomas Weigend, The Universal Terrorist: The International Community Grappling with a Definition, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 912-932. See also Todd Landman, Imminence and Proportionality: The U.S. and U.K. Responses to Global Terrorism, 38 CALIFORNIA WESTERN INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1 2007.

^٢ ينظر: Weigend، مرجع سابق، ص ٩١٥-٩٢٢.

الجنائي الأمريكي - ولذا ربط بينه و بين أساليب المافيا والعصابات الإجرامية لتحقيق مصالحها.¹

هذا إلى جانب العديد من العوامل الأخرى المساهمة تفتشي هذه الظاهرة وتفاقمها، ولعل من أبرزها؛ طبيعة العلاقة بين أنظمة الحكم وسياستها، والمعارضة في العديد من الدول، فضلاً عن احتدام الصراعات الداخلية وكذا الحروب الأهلية.²

وقد أدى الغموض الكبير الذي يتسم به مفهوم الإرهاب إلى الإحساس بالقلق الشديد والإحباط لمكافحة هذه الظاهرة الإجرامية الخطيرة، الأمر الذي دعا إلى محاولة وضع تعريف للإرهاب يمكن من خلاله - وعلى ضوءه - الانطلاق إلى معرفة وتحديد طرق وأساليب مكافحة بكل حسم في مواجهة ترويع السلطة، وكذا تخويف السكان المستهدفين،³ فالإرهاب ظاهرة ملازمة لتطور المجتمع الدولي طالما أن

¹ ينظر George P. Fletcher, The Indefinable Concept of Terrorism, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 994-911.

² عبد الله سليمان سليمان، ظاهرة الإرهاب والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٤، الجزائر، ديسمبر ١٩٩٥، ص ٩٢١.

³ علاء الدين راشدي، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٧٣.

دوافعه قائمة، بغض النظر عما إذا كانت هذه الدوافع (سياسية، أو اقتصادية، أو ثقافية، أو اجتماعية) وسواء كانت (داخلية أو خارجية).¹

إن الإرهاب أصبح خطراً استراتيجياً يهدد دول العالم بأسره دون استثناء ، فالجرائم الإرهابية وأفعال العنف في تزايد مستمر فلم تعد هذه الظاهرة ذات طابع إقليمي أو محلي يرتبط بدولة ما أو بأيدولوجية أو بحضارة بعينها،² فقد أصبح لخطر الأعمال الإرهابية انعكاسات سلبية على سلم وأمن واستقرار الدول (سياسياً، وقانونياً، واقتصادياً، واجتماعياً)؛ إذ أنه ساهم في خلق بيئة من الخوف والرعب، فأدى إلى تراجع التنمية في جميع المجالات وكافة القطاعات بالدول المستهدفة، الأمر الذي يستوجب توحيد الجهود الدولية لوضع حد لدرء خطر الإرهاب ومجابهة نموه المستمر والمتنامي.³

ومن الجدير بالذكر أن الإرهاب يلقي نوعين من التحديات، تحديات أمنية: تتعلق بالمخاطر والمخاوف التي تتبعث منه على النظام والأمن العام، وكذا تحديات ترتبط

¹ Harmen Van der Wilt and Christophe Paulussen, The Role of International Criminal Law in Responding to the Crime-terror Nexus,16 EUROPEAN JOURNAL OF CRIMINOLOGY 3 2019, at 316-338.

² ينظر: محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2001، ص ٤٢-٤٤.

³ المرجع السابق.

بحقوق الإنسان وحرياته العامة خشية التضحية بها عند مواجهة التحديات الأمنية،^١ لهذا كانت مكافحة الإرهاب ومواجهته من الأمور والموضوعات القانونية الشائكة التي يهتم بها القانون؛ إذ لا يقتصر الأمر على القوانين الداخلية فحسب، بل يمتد إلى القوانين الدولية ذاتها.^٢

وإذا كانت هذه الظاهرة ضاربة في القدم، وعرفت الحضارة الإنسانية القديمة - كما أسلفنا من قبل - إلا أن ازدياد تأثيرها جاء نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل، فضلاً عن ظهور عنصر "التنظيم" بالأعمال الإرهابية، فبعد أن كانت أعمال الإرهاب تتم بدرجة بسيطة من التخطيط والمستوى الإجرامي غير المعقد، ظهرت على الساحة الدولية مجموعات من الأشخاص ترتبط فيما بينها، وتجمعها علاقات وروابط تسعى لتحقيق أهدافها الإرهابية معتمدة على تنظيمها داخلياً وامتدادها خارجياً^٣، فظهرت التنظيمات الإرهابية في العديد من دول العالم، ولأغراض مختلفة وأسباب متنوعة، منها : الجيش الأحمر في ألمانيا، والألوية الحمراء في إيطاليا، ومجموعة العمل المباشر في فرنسا، والتنظيمات الإرهابية في سوريا والعراق، مثل:

^١ ينظر: Weigend، مرجع سابق، ص ٩٣٠.

^٢ المرجع السابق، ص ٩١٧-٩٢٠.

^٣ لمزيد من التفاصيل في هذا الصدد، ينظر: محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤، ص ٥٤.

تنظيم الدولة الإسلامية (داعش)، وحركة طالبان في أفغانستان، وجماعة أهل السنة للدعوة والجهاد، وجماعة بوكو حرام بنيجيريا وغيرها.^١

وعلى الرغم من المساعي والجهود الحثيثة للمجتمع الدولي في مواجهة الإرهاب والعنف، إلا أن غياب سياسة واستراتيجية موحدة أو خارطة دولية لمكافحته زادت من حدة الأزمة وتفاقمها؛ إذ إن هذا يعود أساساً إلى غياب مفهوم موحد وتعريف دقيق للإرهاب.^٢

وتعد وترجع ظاهرة النزاعات الدولية والداخلية أبرز العناصر المساعدة على انتشار نشاط التنظيمات الإرهابية وتفشيها ونموها، فضلاً عما تشهده منطقة الشرق الأوسط (الوطن العربي) من نزاعات داخلية، وضعف بعض الأنظمة السياسية الحاكمة، ما يجعلها بيئة خصبة لانتشار الجريمة بوجه عام وجرائم الإرهاب والتنظيمات (الجماعات) بوجه خاص،^٣ الأمر الذي حث المجتمع الدولي على بذل جهود دؤوبة ومضنية بعدة اتجاهات في محاولة للحد من هذه التنظيمات، وتكثيف

^١ محمد عزيز شكري، المرجع السابق، ص ٣٧.

^٢ منتصر سعيد حموده، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٠٠.

^٣ محمد رفعت، المرجع السابق، ص ٧٠-٧٢.

الملاحقة الجنائية بعناصرها لمحاكمتهم جنائياً، وهو ما تقتضيه آليات العدالة الجنائية المنصفة.^١

ومن هذه الجهود على سبيل المثال: إلزام الدول بسن وإصدار تشريعات وقوانين تجرم وتعاقب أعضاء الجماعات (التنظيمات) الإرهابية وتأسيسها، فضلاً عن التجريم غير المباشر "التجريم التحوطي" لأشكال السلوك الإجرامي المرتبط به كالاتحاق (الانضمام) والتجنيد والترويج لمثل هذه الجماعات؛ مما يؤدي إلى تجفيف مصادر الدعم المادي والمعنوي لها، فتبلورت وتمحورت الجهود الدولية من خلال الاتفاقات الدولية والإقليمية والثنائية بما في ذلك القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي.^٢

ولم تتمكن الجهود الدولية (الاتفاقيات الدولية) ذات الطابع العالمي من وضع تعريف جامع أو مفهوم محدد للإرهاب، كالاتفاقية المبرمة عام ١٩٦٣ في طوكيو باليابان المتعلقة بالجرائم والأفعال الإجرامية المرتكبة على متن الطائرات، وكذا

^١ ينظر: في هذا الصدد: Wilt and Paulussen، ص ٣٢٥.

^٢ ينظر: وثيقة الأمم المتحدة الصادرة عن مكتب الجريمة والمخدرات المتضمنة دراسة حول تشريعات مكافحة الإرهاب في دول الخليج العربي واليمن

https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Study_CT_Legislation_Gulf_Yemen/Arabic.pdf.

الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧^١. بالإضافة إلى الاتفاقات الإقليمية، كاتفاقية دول مجلس التعاون الخليجي لمكافحة الإرهاب ٢٠٠٤ واتفاقية مجلس أوروبا لمنع الإرهاب ٢٠٠٥، والتي لم تصل أيضاً إلى وضع تعريف شامل للإرهاب قد يتفق على دقته من حيث إمامه بمحاور الإرهاب وجرائمه^٢.

إذ يرجع ذلك في منظورها للإرهاب، وهو ذات الشيء بالنسبة للقوانين والتشريعات الداخلية للدول والحكومات، والتي جاءت استجابة للجهود والاتفاقات الدولية الرامية إلى إدراج الأعمال الإرهابية في تشريعاتها الداخلية^٣؛ فعمدت الكثير من دول

^١ Convention on Offences & Certain Other Acts Committed on Board Aircraft 1963 Tokyo Convention ينظر:

^٢ International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings New York 1997 - ينظر:

- The Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism 2005 CECTP

هذا وقد انتقد جانب من فقهاء القانون الدولي الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب، حيث يرون إنها لم تميز بين الإرهاب الدولي والإرهاب الداخلي، فضلاً عن أن هذه الاتفاقية لم تعالج سوى جانباً واحداً من الإرهاب وهو الإرهاب ذو البواعث السياسية مستثنية بذلك الجرائم الإرهابية التي تتم دون أهداف سياسية، حيث جاءت هذه المعاهدة لتنظيم أحكام تسليم مرتكبي الجرائم الإرهابية أكثر من كونها اتفاقية لتجريم الأعمال الإرهابية ذاتها.

^٣ محمد مؤنس محب الدين، تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٦، ص ٨٠ وما بعدها.

العالم إلى إصدار تشريعات وسن قوانين خاصة بالإرهاب ، من ضمنها : الولايات المتحدة الأمريكية، وبريطانيا، وفرنسا، والإمارات العربية المتحدة، ومصر، وتونس، وغيرها، في حين اكتفت بعض الدول الأخرى بتعديل قوانينها الداخلية (قانون العقوبات)؛ كي تكون ملائمة ومتسقة مع السياسة الجنائية الدولية الخاصة بمواجهة الإرهاب، كدولة الكويت والجزائر؛ إذ أنها تباينت من حيث تعريفها للإرهاب، فكل منها قد عالجه من زاوية خاصة وفقاً لمصالحه وخلفياته التاريخية، وكذا أيديولوجيته الثقافية والسياسية؛ مما خلق حالة من الارتباك في تكييف الأعمال الإرهابية وتميزها عن المفاهيم والأفعال الأخرى.^١

هذا ومن المعروف أنه قد استقرت الشرائع السماوية جمعاء، وكذا التشريعات الوضعية الإنسانية عبر مراحلها التاريخية المختلفة على وجوب زجر النفس الآثمة، وردعها بالعقوبة حتى يطمئن ميزان العدالة،^٢ وعلى الرغم من تنوع العقوبات، وظهور بدائل العقوبات تصاعدت حدة الجريمة، واتخذت أبعاداً جديدة على المستويين الداخلي والدولي؛ إذ بات جلياً الإجماع على وجوب وحتمية التعاون الدولي لمواجهة تصاعد حركة الجريمة الحديثة.^٣

^١ المرجع السابق.

^٢ حموده، المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

أهمية الدراسة البحثية وأهدافها

يعد ارتفاع معدلات الأعمال الإجرامية بصفة عامة والجرائم الإرهابية بصفة خاصة أبرز عوامل انحصار الحركة الاقتصادية وكذا السياحية في أية دولة؛ إذ تحرص الدول على حظر ومنع سفر رعاياها إلى هذه الدول التي يكون أمنها متصفاً بعدم الاستقرار والاضطراب الدائم ، فضلاً عن إيقاف رحلاتها الجوية، وكذا إلغاء حجوزاتها السياسية؛ مما يؤدي في الغالب الأعم إلى ضرب الحركة الاقتصادية وانخفاض النشاط الاقتصادي والثقافي والسياحي أو حتى أنهاءه ؛ مما يترتب عليه خسارة اقتصادية ومالية كبيرة، فضلاً عن المشكلات الاجتماعية الكثيرة التي يؤدي إليها بسبب تسريح العمالة ، وارتفاع معدلات البطالة.¹

هذا ويلاحظ أنه قد ظهرت في المجتمع المصري أشكالاً وصوراً جديدة للجريمة لم تكن مألوفة من قبل، تتسم بأنها ترتكب بوسيلة معينة، غالباً ما تأخذ شكل القوة أو العنف أو التهديد أو الترويع؛ إذ في الغالب تهدف إلى تحقيق أغراض خطيرة ، في مقدمتها: الإخلال بالأمن والنظام العام، وتعريض أمن المجتمع وسلامته للخطر؛ وهذا يكون تنفيذاً لمشروع فردي أو جماعي، وعن طريق ارتكاب أفعال من شأنها إيذاء الأشخاص، أو تعريض حياتهم أو حقوقهم أو حرياتهم وكذا أمنهم للخطر

¹ د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٢-٨٤.

وعدم الاستقرار، أو حتى الاعتداء على البيئة، أو مقاومة السلطات العامة، أو تعطيل الدستور أو القوانين أو اللوائح.^١

ولما كانت هذه الأفعال تمثل تهديداً لأمن المجتمع واستقراره في الوقت الذي تبذل فيه جهود ضخمة وهائلة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويتقدم فيه الإصلاح بخطى تزداد يوماً بعد يوم، فقد حان الوقت واقتضى الأمر ضرورة مجابهة هذه الأفعال تفادياً لآثارها المدمرة.^٢

وبناءً على ما تقدم يقتضي الأمر تحديد الضوابط القانونية (حكم القانون) في مكافحة الإرهاب، لحسم التحديات المختلفة التي تكتنف هذه المكافحة، وتبعاً لذلك نتعرض في هذا البحث إلى أمرين أساسيين:

أولاً: محاولة وضع نظرية عامة تتبنى المواجهة القانونية للإرهاب، ووضع أسسها (ضوابطها) القانونية لتكون محل اعتبار المشرع عند تحديد الأحكام القانونية لمكافحة الإرهاب.

ثانياً: تسليط الضوء على الإطار القانوني لمواجهة الإرهاب في التشريع المصري من خلال التطرق إلى أبرز أحكام قانون مكافحة الإرهاب الجديد رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته.

^١ المرجع السابق، ص ٤٧-٦٤.

^٢ المرجع السابق، ص ٦٧-٧٠.

فالهدف من هذا البحث هو رسم نظرية عامة يمكن تطبيقها على الواقع العملي القانوني، وليس فقط تقديم حلول قانونية لظاهرة الإرهاب أو شرح قانون بعينه.

وعلى ذلك ارتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين، نتناول فيهما تحديد المفاتيح القانونية التي تنطلق منها المواجهة القانونية للأعمال الإرهابية، وكذا السياسة الجنائية لمكافحة الإرهاب، فضلاً عن بيان الأحكام الموضوعية والإجرائية التي جاء بها قانون الإرهاب الجديد رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٥؛ وذلك تطبيقاً للإطار والالتزام الدستوري الذي جاء به دستور جمهورية مصر العربية الجديد لسنة ٢٠١٤ في هذا الصدد.

خطة الدراسة

لا شك أن التعامل مع ظاهرة الإرهاب - كظاهرة عنف وتطرف - يحتاج إلى تضافر كافة أجهزة الدولة الحكومية وغير الحكومية للعمل على مواجهة هذا الفكر الأيديولوجي المتطرف والمنحرف ليس فقط من ناحية أمنية، وإنما من ناحية مجتمعية وثقافية، أساسها: إجراء المراجعات الفكرية لأصحاب الفكر المتطرف والتفكير المنحرف، وإعادة تأهيلهم وإدماجهم في المجتمع.

فاختلاف وجهات النظر وتباين المواقف الدولية حول مفهوم الإرهاب أصبح له انعكاسات خطيرة، بل يعد عنصراً مساهماً في تفاقم الأزمة؛ ما يجعلنا نطرح بعض التساؤلات التي من أهمها:

أولاً: إلى أي مدى وُفق أو نجح المجتمع الدولي في صياغة تعريف دقيق للإرهاب، من خلال ما تم إبرامه من معاهدات دولية وقوانين داخلية تسهم بفاعلية في مكافحة هذه الآفة الخطيرة؟

ثانياً: كيف انعكس اختلاف وجهات نظر الدول حول الأعمال الإرهابية على تعريفه وتعزيز سبل مواجهته؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات وغيرها، ينقسم بحثنا إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: الإطار القانوني لمواجهة الإرهاب

الفصل الثاني: المواجهة الجنائية للأعمال الإرهابية في ظل قانون الإرهاب الجديد وتعديلاته

الفصل الأول

الإطار القانوني لمواجهة الإرهاب

تمهيد

لقد تنامت في الآونة الأخيرة - وخاصة بعد أحداث الربيع العربي في المنطقة العربية - ظاهرة الإسلام السياسي والراديكالي وارتباطها بالإرهاب بشكل مقلق، حيث يؤثر مباشرة على الاستقرار الأمني والاقتصادي والسياسي والاجتماعي للدول والحكومات، ورغم مساعي المجتمع الدولي لمكافحة هذه الظاهرة الإجرامية إلا أن جهوده لم تحقق الأهداف المرجوة؛ وذلك نظراً للعقبات الكثيرة والمشاكل (الصعوبات) المتعددة التي تواجهه.

وتعد إشكالية تحديد مفهوم واضح ودقيق للإرهاب - وكذا الجرائم الإرهابية - مشكلة موحدة يتفق عليها المجتمع الدولي وكذا المشرع الداخلي لمعظم الدول التي لديها قوانين تكافح الإرهاب موضوعياً وتقمعه إجرائياً، وعلى ذلك فهي إشكالية تعوق وتعرقل مسار مكافحة هذه الجريمة، وتحد من فعاليته؛ إذ إن ذلك يعود في الأساس إلى اختلاف وجهات النظر التي تتبناها المنظمات الدولية العالمية وكذا الإقليمية والتي تحدها المصالح والخلفيات والأيدولوجيات المختلفة سياسياً وثقافياً ودينيّاً واجتماعياً.

وبناءً على ما تقدم فقد عُرفت ظاهرة الإرهاب منذ القرن التاسع عشر، وتعددت أشكالها وتحدياتها، واختلفت باختلاف الزمان والمكان فضلاً عن تنوعها باختلاف الأسباب والبواعث (والأغراض) فقد ازداد تصاعد خطورة الإرهاب منذ منتصف القرن العشرين، حيث انتشرت العولمة فأصاب التحول والتقدم كثيراً من المجتمعات؛ إذ غزت الثورة المعلوماتية والتقدم العلمي والتكنولوجي؛ فتحققت سهولة انتقال الأشخاص والأموال؛ مما قضى على المسافات بين الدول.

وعليه ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: التحديات القانونية المختلفة لمواجهة الإرهاب

المبحث الثاني: السياسة الجنائية الوطنية والدولية لمواجهة الإرهاب

المبحث الثالث: الإرهاب بين المنع والقمع (الموازنة بين حقوق الإنسان والأمن

المبحث الأول

التحديات القانونية المختلفة لظاهرة الإرهاب

في حين كان العالم - بل الإنسانية جمعاء - ينشد السلم والرخاء والاستقرار من خلال نظام اقتصادي دولي جديد جاء خطر الإرهاب كي يعرض الأمن للخطر؛ ليس فقط في المجتمع الداخلي (الوطني)، بل في المجتمع الدولي بأسره، حيث حمل في جنباته صورة جديدة من صور وأشكال الإجرام الجديد المتخفي، حيث يستخدم صاحبه وسائل تكنولوجية حديثة بالغة التعقيد في كثير من الأحيان.¹

هذا وقد زامن هذه المتغيرات وقوع كثير من المشاكل السياسية والأزمات الأيدولوجية الخاصة بالحكم في بقاع كثيرة من العالم، وخاصة في دول أوروبا الشرقية (البلقان)، وكذا منطقة الشرق الأوسط، ودول شمال إفريقيا خاصة بعد أحداث الثورات العربية.²

ومنذ نهاية القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين لعب الإرهاب دوراً بارزاً في الحياة السياسية على المستوى الدولي؛ مما دفع إلى التساؤل عن الأغراض والأهداف التي يهدف إليها الإرهاب الغاشم في الوضع السياسي المعاصر، وخاصة

¹ Antonio Cassese, The Multifaceted Criminal Nation of Terrorism in International Law, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 933-958.

² ينظر بوجه عام: د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

في ضوء أحداث ١١ سبتمبر في الولايات المتحدة و ٧ يوليو في بريطانيا وشارلي أبدو في فرنسا وغيرها كأسبانيا والهند.^١ فهو تساؤل لم يظهر على السطح عندما بدت نظم الحكم الإرهابية الوطنية ومارست الأعمال الإرهابية ضد السكان الوطنيين، كما حدث في الاتحاد السوفيتي في عهد ستالين، وفي عصر روبسبير في فرنسا.

وجدير بالذكر أن الإرهاب قد ألقى أعباء وتحديات مختلفة على كاهل الدول، منها مثلاً البحث عن أسبابه لقطع جذوره وبتر أعضائه، وتجفيف منابعه فضلاً عن البحث عن آليات (وسائل) تحول دون وقوعه.^٢ ومن الملاحظ أنه تحت تأثير الاعتقاد بوجود أسباب اجتماعية وعوامل ثقافية للإرهاب زادت الدعوة إلى الحد من الهجرة والبحث عن ضمانات وآليات لإدماج المهاجرين في المجتمع لضمان التفاعل الثقافي، وكذا كفالة التفاعل الاجتماعي والديني داخل المجتمع الواحد.^٣ وقد احتدمت الدعوة إلى الحوار بين الثقافات وسط رأي وزعم قائل بوجود اختلافات وصراعات فيما بينها وهو غير صحيح بالمرّة.^٤

^١ المرجع السابق.

^٢ الدكتور محمد عبد الغريب، التعاون الدولي والإقليمي في مواجهة الإرهاب، تقرير مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة ٢٢/٢١ أبريل ١٩٩٨.

^٣ ينظر: الدكتور نورالدين هندأوي، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٤ وما بعدها.

^٤ المرجع السابق، ص ٢٢-٢٧.

وقد ألقى الإرهاب بكل ما يحمله من عواقب وخيمة وآثار سلبية وتدميرية تحديات سياسية واقتصادية، وخاصة في ضوء الالتزام الدولي القانوني بهذه المواجهة، مما يتعلق بأمن البلاد واستقرارها ونظامها، وبحماية القيم الديمقراطية، وكذا حرية التعبير بعيداً عن استخدام العنف والتطرف.^١

من المسلم به أنه تحت تأثير موجات وأحداث الإرهاب - خاصة في هذه الأيام الراهنة، فضلاً عن تحديات هذه الآفة - أصدر مجلس الأمن الدولي قراراً ملزماً للدول تحت مظلة الفصل السابع لميثاق الأمم المتحدة بشأن مكافحة الإرهاب، وهو القرار رقم ١٣٧٣ في ٢٨ سبتمبر سنة ٢٠٠١ حث ودعا فيه الدول الأعضاء إلى الانضمام إلى المعاهدات والبروتوكولات الدولية المتعلقة بالإرهاب ومكافحته.^٢

أولاً: الإرهاب ودولة سيادة القانون "Rule of Law"

من المعروف - منطقاً وعملاً - أن مواجهة الإرهاب تتطلب وتشترط التعامل مع التحديات التي تفرضها دولة القانون ، فضلاً عن متطلبات الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان.^٣ إذ أنها تحديات تنبثق عن مبادئها، يضاف إليها قيم العدل

^١ د. نور الدين هنداوي، السياسة التشريعية وجرائم الإرهاب، تقرير مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، ٢٢/٢١ إبريل ١٩٩٨.

^٢ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

^٣ Antonio Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, Oxford Univ. Press 2003, at 23.

والعدالة؛ لذا احتلت جريمة الإرهاب جانباً بارزاً من مسؤوليات نظامها وبنيانها القانوني.^١ وقد ارتكزت هذه المسؤولية القانونية في القدرة على التوازن بين متطلبات المبادئ العامة للقانون وحقوق الإنسان والديمقراطية، وإعلاء مبادئ العدالة وقيمها، ومتطلبات محاربة الإرهاب في منع الجريمة أو العقاب عليها.^٢

فبحكم الشرعية الدستورية في دساتير مختلف الدول لم تعد مقتضيات محاربة الإرهاب قطاعاً منفصلاً أو منبت الصلة عن غيرها من التحديات القانونية كانت أو غير قانونية، فأصبحت جزءاً لا يتجزأ من قيم المجتمع الدولي نظراً لعالمية قيم الديمقراطية وحقوق الإنسان؛ مما جعلها إطاراً لا يمكن تجاوزه لمواجهة الجريمة الإرهابية بكافة صورها أيّاً كان تكييفها القانوني.^٣ مما أدى إلى جعل التحديات القانونية في محاربة الإرهاب ركناً أساسياً وعنصراً هاماً وفعالاً في المكافحة الشاملة للإرهاب على اختلاف صورها وأبعادها.^٤ ومن المسلم به أن التحديات القانونية للإرهاب في المجتمعات المحلية لا تقتصر على القوانين الداخلية فحسب، بل تمتد

^١ د. إبراهيم عيد نايل، السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٢ وما بعدها.

^٢ Report from The National Commission on Terrorism, Countering the Changing Threat of International Terrorism "Pursuant to Public Law" 277, 105th Congress June 2000.

^٣ ينظر: تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب عن مشروع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

^٤ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

إلى القوانين الدولية في المجتمع الدولي بما في ذلك القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي.^١

من هذا المنطلق وضعت الأمم المتحدة استراتيجية وخطة عمل لمواجهة الإرهاب؛ وذلك بمقتضى القرار الذي اتخذته جمعيتها العامة عام ٢٠٠٦ وملحقاته؛ إذ يعد هذا القرار حجر الزاوية أي: بمثابة العلاقة الفارقة التي سجلت موافقة جميع الدول - ولأول مرة - على وضع استراتيجية لمكافحة الإرهاب.^٢ فهي أول إطار قانوني عالمي لمواجهة هذه الجريمة، حيث أدمجت معايير حكم القانون عند تنفيذ وثائق الأمم المتحدة المتعلقة بالإرهاب، فقد أنشأت في نطاقها لجنة مواجهة الإرهاب "Counter-terrorism Committee"؛ إذ أنها طلبت من مكتب الأمم المتحدة للمخدرات والجريمة في فينا وضع إرشادات عند إصدار (تشريع) وتطبيق وسائل محاربة آفة الإرهاب.^٣

¹ Mohammed Saif Alden Wattad, Is Terrorism a Crime or an Aggravating Factor in Sentencing? 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 1017.

^٢ ينظر: في جهود الأمم المتحدة في هذا الشأن:

Bibit Van Ginkel, The United Nations: Towards a Comprehensive Convention on Combating Terrorism. THE NETHERLANDS INSTITUTE OF INTERNATIONAL RELATIONS, Cingendeal 2003, at 207-226.

^٣ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

ومن الجدير بالذكر أن الإرشادات التي وضعت للدول قد تناولت طبيعة ومفهوم الأعمال المجرمة، والوسائل التي تضمن التجريم الفعال، وكذا الوسائل الإجرائية ووسائل التعاون الدولي في المسائل الجنائية، فضلاً عن التوصية بمد الدول الأعضاء بوسائل المساعدة الفنية والتقنية المتبادلة - بناء على طلبها - فضلاً لتدعيم التعاون الدولي في إطار منع الإرهاب وقمعه من خلال تيسير التصديق على الاتفاقات الدولية والبروتوكولات العالمية وتطبيقها في هذا الصدد، بهدف تقوية نظم عادلة وفعالة للعدالة الجنائية العالمية، وتدعيم حكم القانون؛ إذ إن هذا يمثل عنصراً رئيسياً وفعالاً لا يتجزأ من استراتيجية محاربة الإرهاب.^١

وبناءً على ذلك فإنه لا بد أن تتضمن استراتيجية الدول في مكافحة الإرهاب بيان مسؤولية الدولة في الحماية ضد الإرهاب، فضلاً عن بيان نطاق وعناصر استراتيجية العدالة الجنائية التي تحارب الإرهاب.

ثانياً: التعريف بالإرهاب وتكليفه القانوني

من المعروف أن تعريف الإرهاب يفيد في تحديد تكليفه ونطاقه القانوني، فهو سلوك إما أن يباشره الأفراد، أو ترتكبه جماعات معينة، أو تمارسه

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق.

الدولة،^١ وعلى ذلك يفيد تعريف الإرهاب في تحديد نوعية رد الفعل القانوني تجاهه على كل من المستوى الداخلي والدولي.^٢

وفي ضوء البحث والتقيب عن مفهوم أو تعريف محدد للإرهاب ثار العديد من المشكلات في ظل ازدياد الأعمال الإرهابية وتضاعفها، وكذا أعمال التطرف والعنف مؤخراً، مما أدى إلى زيادة التعمق عند البحث في تعريف الإرهاب وتحليله،^٣ من هذا المنطلق، ثار التساؤل عما إذا كانت التعريفات الواردة في المواثيق الدولية صالحة وكافية لمحاربة هذه الآفة، وما إذا كانت ملائمة مع المبادئ العامة والأساسية للقانون، وبصفة خاصة القانون الجنائي.^٤

بالإضافة إلى ذلك ارتفع التساؤل فيما إذا كان المحاربون من أجل الاستقلال والتحرير يعدون إرهابيين، وعما إذا كان استخدام وسائل وأدوات معينة تثير الرعب في النزاعات المسلحة يعد إرهاباً من عدمه،^٥ وتزيد الصعوبة في ظل الاستخدام المفرط للوسائل العسكرية في مواجهة بعض أعمال الإرهاب وما تخلله من قتل دون محاكمة قضائية عادلة "Extra-Judicial Killing" وتجاهل بعض الممارسات

^١ ينظر: Weigend، مرجع سابق.

^٢ ينظر: Wattad، مرجع سابق، ص ١٠١٨-١٠٢٠.

^٣ Uves Heanclos, Terrorisme et Securite International Collection Studes Stretgiques et Internationals BRUYLANT 2004, at p.13-45.

^٤ المرجع السابق، ص ٢٦-٢٩.

^٥ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

للجوء إلى القانون الجنائي في هذه المواجهة،^١ وبناءً على ما تقدم يتطلب للرد على هذه التساؤلات وإيجاد حلول للمشكلات السابقة عدم الوقوف فقط عند تعريف الإرهاب، بل التصدي بالبحث عن تكييفه القانوني.

إذ إن تعريف الإرهاب - على المستوى الداخلي أو الوطني - يتطلب موقفاً تشريعياً يتبناه المشرع الوطني عند محاربتة الإرهاب.^٢ حيث إن هذا الموقف يتحدد بناءً على عناصر وأركان الإرهاب التي يشترطها المشرع لوقوع هذه الجريمة تحت طائلة العقاب والجزاء الجسيم الذي يحدده التشريع - جنائياً كان أو غير جنائياً - وكي يخضع للنظام الإجرائي الذي نص عليه المشرع.^٣

وجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع المصري قد حرص على وضع تعريف محدد لرسم صورة واضحة وغير ملتبسة فيما يتعلق بالمفاهيم المرتبطة بالإرهاب، حيث وضع القانون الجديد الخاص بمكافحة الإرهاب رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٥ تعريفاً خاصاً ومحددًا بكل من (الإرهابي، والجريمة الإرهابية، والعمل الإرهابي،

^١ ينظر: Gray، مرجع سابق، ص ٥٥.

^٢ راجع د. أحمد إبراهيم مصطفى سليمان، الإرهاب والجريمة المنظمة: التجريم وسبل المواجهة، ٢٠٠٦، ص ٦ وما بعدها.

^٣ د. أحمد عبد العظيم مصطفى المصري، المواجهة التشريعية لجرائم الإرهاب في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٠٥ وما بعدها.

والجماعة الإرهابية)؛ وذلك على خلاف القانون القديم رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٢ الذي وضع تعريفاً فضفاضاً وواسعاً للإرهاب.^١

وطبقاً لنص المادة ٨٦ من قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٢ يقصد بالإرهاب : كل استخدام للعنف أو القوة أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، بهدف الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو بالاتصالات أو المواصلات أو بالأموال أو بالمباني أو بالأماكن العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها، أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح.^٢

والحقيقة أن تعريف الإرهاب يُعد من الوسائل القانونية الفنية التي يبنّي عليها النظام القانوني الذي يخضع له سواء من الناحية الموضوعية العقابية أو الإجرائية، فضلاً عن اعتبار المشرع العناصر المتغيرة التي تحكم هذا التعريف بغض النظر

^١ لمزيد من التفاصيل في هذا الصدد، راجع د. محمود صالح العادلي، الإرهاب والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤١ وما بعدها.

^٢ حول التعريفات المختلفة للإرهاب في التشريعات المقارنة، ينظر: د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها.

عن المنهج الذي يتبناه المشرع الداخلي.^١ ويلاحظ أن هذا التعريف السابق يشترط أن تتوافر عدة عناصر لوصف الفعل بأنه عمل إرهابي أو جريمة إرهابية. وتتمثل هذه العناصر فيما يأتي:

أولاً: العنف الذي يستهدف الحياة وأمن الأشخاص أو الأموال ويصيبها أو حتى تعريضها للخطر على وجه يشيع الخوف والرعب؛

ثانياً: القصد من ارتكاب العنف، وهو إشاعة الرعب والخوف بين الناس، والإخلال بالنظام والأمن العام أيًا كانت دوافعه (اقتصادية أو سياسية أو أيولوجية)؛

ثالثاً: مدى اشتراط التنظيم في مرتكبي جرائم الإرهاب، وكذا سقوط عدد كبير من الضحايا؛

رابعاً: تحديد المجني عليهم، وكذا يشترط أن يكونوا من المدنيين فقط.^٢

قد تبني مجلس الأمن الدولي القرار رقم ١٥٦٦ لسنة ٢٠٠٤ الذي أشار إلى أن الأعمال الإرهابية هي التي تقع على "المدنيين".^٣ كما أن الجمعية العمومية للأمم المتحدة قد تطلبت في قرارها الصادر عام ١٩٩٩ أن يكون هدف الإرهاب هو إلحاق الموت أو الأذى أو الجرح شديد الجسامه "بالمدنيين" مما يعني أن هذا

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها.

^٢ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

^٣ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص ٩٥٤-٩٥٥.

العنصر كان ولازال محل خلاف - في الفقه والعمل والقضاء - إلا أن اتفاقية جنيف ١٩٤٩ قد نصت على تجريم الأعمال الإرهابية ضد الأشخاص المحميين أي المخاطبين بأحكام هذه الاتفاقية، إذ نص بروتوكولها الأول في المادة ٥١ على منع أعمال العنف وتحریمها أو التهديد التي تستهدف في الأصل بث الرعب بين السكان المدنيين مما يعني أن الإرهاب قد يصيب المدنيين أو المحاربين سواء بسواء دون إخلال - في ذات الآن - بإخضاعه لقانون الحرب ممثلاً في اتفاقات جنيف.^١

ويقصد بالمشروع الفردي أو الجماعي - الذي أشارت إليه المادة ٨٦ عقوبات من القانون القديم المتعلق بتجريم الإرهاب - وعاء الجرم الذي يؤدي إلى ظهورها في المجتمع الخارجي، ويعني "كل قصد مصمم عليه يوضع موضع التنفيذ".^٢ فالمشرع يفترض حداً أدنى من التنظيم وقدر من الاستعداد. وبعبارة أخرى: يفترض "جهوداً منسقة بهدف تحقيق الغاية المنشودة، ويشمل وضع خطة عمل أو تجميع الوسائل والأدوات المادية، وتحرير بيانات موجهة للصحف أو أجهزة الإعلام أو وجود خطة مُدبرة متفق عليها بقصد تحقيق الهدف المنشود".^٣

¹ Marco Sassioli, Terrorism and War, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 958-981.

^٢ ينظر: المادة ٨٦ من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

^٣ د. محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب: أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١، ١٩٩٥، ص ٢٠ وما بعدها.

في ضوء ذلك نتناول التعريفات والمفاهيم التي أسفرت عنها جهود كل من المشرع الداخلي والدولي في مكافحة الإرهاب، وما ينبثق عن هذا من تكييفات قانونية.

المطلب الأول الإرهاب في القانون الدولي

كانت اتفاقية جنيف لقمع ومعاينة الإرهاب بمثابة النواة والبادرة الأولى - تحت إشراف عصبة الأمم المتحدة سنة ١٩٣٧ - للمجتمع الدولي للاتفاق والتعاون حول محاربة الإرهاب، حيث ورد في نصوص الاتفاقية في مادتها الأولى فقرة ثانية تعريف الإرهاب بأنه: "الأعمال الإجرامية ضد دولة ما، ويقصد بها خلق حالة رعب في أذهان أشخاص معينين، أو مجموعة من الأشخاص أو عامة الجمهور"، كما نصت في مادتها الثانية على تجريم الأعمال الإرهابية وحصرتها فيما يأتي:

أولاً: الأفعال العمدية الموجهة ضد الحياة، أو السلامة الجسدية، أو الصحة، أو الحرية:

أ. رؤساء الدول والحكومات وغيرهم من الأشخاص الذين يمارسون امتيازات لرؤساء الدول وخلفائهم بالوراثة أو التعيين؛

ب. الأشخاص المشار إليهم في البند رقم "أ"؛

ج. الأشخاص المكلفون بمهام عامة عندما ترتكب ضدهم الأعمال الإرهابية بسبب هذه المهام، أو عند ممارستها لها،

ثانياً: التخريب العمدي، أو إلحاق الضرر عمداً بالأموال العامة لاستخدام الجمهور؛

ثالثاً: إحداث ضرر عام عمداً يكون من شأنه تعريض الحياة الإنسانية للخطر
كاستعمال المفرقعات والمواد الحارقة، وتسميم المياه والأغذية؛

رابعاً: الشروع في ارتكاب هذه الجرائم؛

خامساً: صنع أو حيازة أو تقديم أو الحصول على أسلحة أو ذخائر أو مفرقعات أو
مواد ضارة بقصد تنفيذ جريمة من الجرائم المذكورة في أي بلد كان؛

سادساً: الاشتراك في تنفيذ العمل الإرهابي سواء بالانضمام إلى جمعية أو بالاتفاق
بقصد ارتكاب أعمال إرهابية أو التحريض على ارتكابها.^١

ويتضح أن الاتفاقية قد حصرت الأعمال الإرهابية بصورة ضيقة للغاية؛ إذ أنها
اختزلت الإرهاب في الأعمال الإجرامية الموجهة ضد الدولة، والتي يكون هدفها أو
من شأنها إحداث الفرع، وإثارة الرعب لدى أشخاص معينين، أو لدى جماعات من
الناس، أو لدى الجمهور،^٢ وقد كانت هذه الاتفاقية بمثابة نتيجة، وكذا رد فعل على
أثر اغتيال الملك الكسندر الثالث (Alexander III Karađorđević) ملك
يوغسلافيا ووزير خارجية فرنسا في مارسيليا ١٩٣٤.^٣

^١ مسعد زيدان، مرجع سابق ص ٦٩.

^٢ ينظر: المادة الأولى فقرة ٢ من اتفاقية عصابة الأمم لقمع ومكافحة الإرهاب.

^٣ هذا وعلى إثر هذه الحادثة، دعت فرنسا عصابة الأمم إلى ضرورة إبرام اتفاقية أو معاهدة تتعلق
بمكافحة الإرهاب، فكانت هذه الواقعة نقطة تحول في مسار المجتمع الدولي وأول خطوة دولية
لمكافحة الإرهاب.

فقد عرفت هذه الاتفاقية الإرهاب - كما أسلفنا - إلا أنها لم تحظ بإجماع دولي نظراً للخلافات بين الدول الأعضاء حول تعريف الإرهاب، وكذا فيما يتعلق بتسليم المجرمين؛ إذ إن إيطاليا رفضت تسليم المتهمين بارتكاب الجريمة بدعوى أنها جريمة سياسية، فلم تطبق لعدم استيفاء النصاب المطلوب للتصديق؛ ومن ثم وبالتالي لم تدخل حيز التنفيذ.^١

وفي هذا الصدد حاولت منظمة الدول الأمريكية ١٩٧١ وضع مشروع لمكافحة الإرهاب ضمنته صياغة عامة لتعريف الإرهاب، ولكن باءت هذه المحاولة بالفشل، إلا أن الولايات المتحدة ظلت مستمرة في مناقشة هذا الأمر، فاقترحت مشروع اتفاقية لقمع ومعاقبة بعض أعمال الإرهاب الدولي عام ١٩٧٢.^٢

وجدير بالذكر أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قررت في قرارها رقم (٣٠٣٤) لسنة ١٩٧٢ إنشاء لجنة خاصة بالإرهاب الدولي لفحص هذا الأمر، إلا أن كل الدول أرادت تجريم الإرهاب، وكثير من الأمم فسرت الإرهاب الدولي بطريقة مختلفة^٣. حيث أرادت كل دولة أن تعد الأعمال الإرهابية خرقاً للنظام القانوني، إلا أنها أرادت

^١ د. جون ليفاسير، الإرهاب الدولي، وثائق معهد الدراسات العليا، جنيف، ١٩٧٦، ص ٣٣.

^٢ لمزيد من التفصيل حول اتفاقية الأمم المتحدة، ينظر:

[https://www.un.org/sc/ctc/wp-](https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2017/01/2006_01_26_cted_lecture.pdf)

[content/uploads/2017/01/2006_01_26_cted_lecture.pdf.](https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2017/01/2006_01_26_cted_lecture.pdf)

^٣ ينظر: تقارير لجنة القانون الدولي: A/902891973, A/32/3724/04/1977,

a/34/3717/04/1979

أن تقصر ذلك على الأفعال التي تمس سيادتها الوطنية فضلاً عن أن مناقشة استبعاد النزاعات المسلحة التي تصدر عن قوى التحرير الوطنية من تعريف الإرهاب حال دون أي تقارب في تعريفه.^١

ومن المسلم به أنه طبقاً لقواعد القانون الدولي تلتزم الدول والحكومات من حيث الامتناع عن التنظيم أو التشجيع أو المساعدة أو الاشتراك في أعمال إرهابية ضد دولة أخرى،^٢ ومن ناحية أخرى فقد بذلت لجنة القانون الدولي جهوداً كثيرة ومضنية في سبيل تعريف جريمة الإرهاب، كجريمة ضد السلام وكذا ضد الإنسانية.^٣

وجدير بالذكر في هذا الصدد، أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وكذا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة جاء خالياً من التعرض لجريمة الإرهاب، إلا أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا قد اشتمل في مادته الرابعة على الأعمال الإرهابية ضمن ما يدخل في اختصاصها دون إشارة لتعريف الإرهاب.^٤

^١ د. مدحت رمضان، جرائم الإرهاب في ضوء الأحكام الموضوعية والإجرائية للقانون الجنائي الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٨٣ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق.

^٣ د. فتحي سرور، مرجع سابق.

^٤ ينظر: المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

ويلاحظ أن عدداً من المشكلات السياسية والدوافع الأيدلوجية والعقبات القانونية قد حالت دون وضع وثيقة عامة لتعريف الإرهاب وسبل مكافحته، وخاصة الإرهاب الدولي،^١ ويذكر أنه يأتي على صدر هذه المشكلات القانونية التمييز بين الإرهاب وبين المكافحة المشروعة للشعوب أثناء ممارسة حقوقها في تحديد مصيرها، والدفاع الشرعي ضد الاحتلال والعدوان، فضلاً عن مشكلة التسليم بما سمي بإرهاب الدولة.^٢

وعلى الرغم من صعوبة جهود المجتمع الدولي وتعثرها نحو عقد اتفاقية عامة حول الإرهاب، إلا أنه قد نجح - وحتى الآن - من الناحية العملية في مواجهة بعض الأعمال الإرهابية من خلال عقد ثلاثة عشر صكاً قانونياً عالمياً تحت إشراف الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة (٢٠٠١-١٩٦٣) تقضي بتجريم الإرهاب وخاصة في تشريعات الدول الداخلية وتكون أساساً لتعاون دولي في هذا المضمار.^٣

^١ أحمد رفعت، مرجع سابق، ص ١٤٧-١٥٠.

^٢ المرجع السابق، ص ١٥٢.

^٣ هذا ويعمل مجلس الأمن على تعزيز قدرات الدول الأعضاء على منع الأعمال الإرهابية والتصدي لها، من خلال هيئاته الفرعية، والتي تضم لجنة مكافحة الإرهاب فضلاً عن اللجنة المعنية بالجزاءات المفروضة على تنظيم الدولة الإسلامية داعش وكذا تنظيم القاعدة المنشأة عملاً بالقرارات ١٩٨٩/٢٢٥٣ / ٧١٢٦ وكذا اللجنة المنشأة بالقرار ١٥٥٠ بشأن عدم انتشار الأسلحة النووية والكيميائية والبيولوجية.

فقد جاءت هذه الاتفاقات والبروتوكولات من أجل توحيد الجهود الدولية لمكافحة ظاهرة الإرهاب، وإرساء دعائم السلم والأمن الدوليين؛ ذلك نتيجة الصراع الحقيقي مع الإرهاب، خاصة بعد تزايد حوادث العنف، ضد قادة الدول ورؤساء البعثات الدبلوماسية والمدنيين الأبرياء،^١ وتمثلت هذه الصكوك في الاتفاقات الآتية التي تعتبر بمثابة قانوناً دولياً فيما يأتي:

أولاً: ثلاث اتفاقات بشأن الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني وهي:

١. اتفاقية بشأن الجرائم والأعمال الأخرى التي تمت على متن الطائرة (١٩٦٣).

٢. اتفاقية بشأن مكافحة الاختطاف غير المشروع للطائرة (١٩٧٠).

٣. اتفاقية بشأن مكافحة الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٧١).

٤. اتفاقية بشأن مكافحة ومعاقبة الجرائم ضد الأشخاص المحمية بما في ذلك الممثلين الدبلوماسيين (١٩٧٣)؛ وذلك على إثر اغتيال رئيس حكومة (وزراء) المملكة الأردنية الهاشمية "هزاع المجالي" وكذلك قتل عدد من الدبلوماسيين السودانيين.

^١ د. مدحت رمضان، مرجع سابق.

٥. الاتفاقية الدولية ضد خطف الرهائن (١٩٧٩).
٦. اتفاقية بشأن الحماية ضد المواد النووية (١٩٨٠).
٧. بروتوكول بشأن مكافحة أعمال العنف في المطارات (١٩٨٨) التي تخدم الطيران المدني الدولي.
٨. اتفاقية بشأن مكافحة الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الملاحة البحرية (١٩٨٨)؛ وذلك نتيجة اختطاف الباخرة (أكيلا لورو Achille Louro) وقتل أحد ركبها.
٩. بروتوكول لمكافحة الأعمال غير المشروعة ضد الأرصفة المثبتة في الجرف القاري (١٩٨٨).
١٠. الاتفاقية الدولية لقمع الاعتداءات الإرهابية التي تستخدم المتفجرات البلاستيكية (١٩٩١).
١١. الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب بواسطة إلقاء القنابل (١٩٩٧) بما في ذلك أي اعتداءات إرهابية ناتجة عن استعمال أسلحة الدمار الشامل.
١٢. الاتفاقية الدولية بشأن تمويل الإرهاب (١٩٩٩).

١٣. الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي (٢٠٠٥).^١

واستكمالاً لدور الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب تؤدي المنظمات الإقليمية دوراً بارزاً في هذا الصدد؛ إذ تسعى هذه المنظمات للتنسيق بين الدول الأعضاء لتوحيد جهودها لمحاربة هذه الجريمة، والحد من مخاطرها، والتي تشهد تزايداً وتضاعفاً مقلقاً يهدد الإنسانية، فغالباً ما يكون هذا التنسيق تنسيقاً أمنياً وسياسياً،^٢ فتبلورت جهود هذه المنظمات في العديد من الاتفاقات التي تشتمل على آليات وتدابير مكافحة الأعمال الإرهابية، فضلاً عن سبل التعاون الدولي، ومحاولة تقريب وجهات نظر الدول الأعضاء حول توحيد مفهوم الإرهاب، فتناول بعضها تعريف

^١ فضلاً عن الاتفاقات السالفة الذكر، ينظر: قرارات مجلس الأمن الآتية:

أ- القرار رقم ١٣٦٨ سبتمبر ٢٠٠١ المتضمن إدانة أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١.

ب- القرار رقم ١٤٣٨ أكتوبر ٢٠٠٢ المتضمن إدانة الأعمال الإرهابية التي وقعت في جزيرة بالي بأندونيسيا.

ج- القرار رقم ١٤٤٠ أكتوبر ٢٠٠٢ المتضمن التهديدات التي يتعرض لها السلام والأمن الدوليان نتيجة الأعمال الإرهابية.

د- القرار رقم ١٤٦٥ فبراير ٢٠٠٣ المتضمن إدانة الأعمال الإرهابية الواقعة في بوغاتا.

هـ - القرار رقم ١٥٣٠ مارس ٢٠٠٤ المتضمن إدانة الأعمال الإرهابية في مدريد. أسبانيا.

^٢ ينظر: Marco Sassioli، مرجع سابق، ص ٩١٧.

الإرهاب، في حين اقتصر البعض الآخر على تحديد أعمال العنف المكونة للجريمة الإرهابية.^١

أولاً: اتفاقيات الدول الأمريكية

شهدت الدول الأمريكية موجة ضخمة من أعمال العنف والتخريب نتيجة الصراعات السياسية والاحتقانات الأيدلوجية التي شهدتها دول المنطقة، ما شكل تهديداً لأنظمة الدول السياسية، كذا اقتصاد شعوبها وأمنها؛ مما دفع للإسراع بإبرام اتفاقية مكافحة الإرهاب بواشنطن عام ١٩٧١م تحت رعاية منظمة الدول الأمريكية،^٢ ونصت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى فيما يتعلق بتعريف الإرهاب على أنه:

"تعد جرائم للحق المشترك وذات أهمية دولية كل أعمال الاختطاف والقتل والاعتداء الأخرى على الحياة أو السلامة الشخصية لأولئك الأفراد الذين من واجب

^١ ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد، إنه قد اعتمدت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة مجتمعة استراتيجية عالمية لتنسيق جهودها لمحاربة أعمال الإرهاب في دورة الجمعية العامة رقم ٦٠ المنعقدة في ٢٠٠٦/٩/٨، إذ تضمنت أربع استراتيجيات عملية:

١- معالجة الظروف المؤدية لانتشار الإرهاب،

٢- منع الإرهاب ومكافحته،

٣- بناء قدرات الدول على منع الإرهاب ومكافحته وتعزيز دور منظومة الأمم المتحدة،

٤- ضمان احترام حقوق الإنسان للجميع وسيادة القانون أثناء مكافحة الإرهاب.

^٢ ينظر: Fletcher، مرجع سابق، ص ٩١٧.

الدولة أن توفر لهم حياة خاصة وفقاً للقانون الدولي، فضلاً عن أعمال الابتزاز المرتبطة بهذه الجرائم، بصرف النظر عن دوافعها.^١

ومما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا التعريف ورد قاصراً على أشخاص معينة مشمولة بالحماية الخاصة دون بيان المقصود بها، فضلاً عن عدم التطرق للصور الأخرى للإرهاب، اكتفاءً بالنص على الأعمال الإرهابية الموجهة ضد الأفراد دون الأموال والمنشآت التي غالباً ما تكون هدفاً للهجمات الإرهابية،^٢ كما أنها لم تميز بين أعمال العنف الإرهابية والأعمال المشروعة المتمثلة في مقاومة الحركات التحريرية.^٣

ثانياً: الاتفاقات والمواثيق الأوروبية

لقد ساهمت الدول الأوروبية في مكافحة الإرهاب من خلال المواثيق المبرمة الهادفة في طياتها لقمع الأعمال الإرهابية والحد من تنامي مخاطرها، ويأتي على رأس هذه المواثيق الاتفاقية المبرمة في مدينة ستراتسبورغ ١٩٧٧م للقضاء على ظاهرة الإرهاب الدولي، والتي اجتاحت دول أوروبا في السبعينيات،^٤ فتهدف هذه

^١ ينظر: عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ٩٢١.

^٢ ينظر: المادة الأولى والثانية من الإتفاقية الأمريكية لمحاربة الإرهاب ١٩٧١.

^٣ علاء الدين راشدي، مرجع سابق، ص ٩٦٥-٦٦.

^٤ ينظر: الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب ٢٧ يناير ١٩٧٧ ودخلت حيز النفاذ ٤ أغسطس ١٩٧٨. وكذا ينظر: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦٠/٢٨٨، ٢٠٠٦/٩/٨.

الاتفاقية إلى قمع أعمال الإرهاب التي تمس الاعتداء على الحقوق والحريات الأساسية للأشخاص، وكذا اتخاذ تدابير فعالة ضد مرتكبي هذه الجرائم، وتأكيد عدم إفلاتهم من المحاسبة الجنائية (الإدانة، والمحاكمة، وتطبيق عقوبات^١، وقد حددت المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة الأفعال المكونة للجريمة الإرهابية، والتي لا يمكن عدها جرائم سياسية حتى يتسنى تسليم مجرمي هذه الجرائم إلى الدول التي وقعت الجرائم على إقليمها^٢، إلا أن هذه الاتفاقية لم تورد تعريفاً محدداً ودقيقاً للإرهاب، بل اكتفت بتحديد الأفعال المكونة للجرم ذاته، وقد كان للبرلمان الأوروبي عام ٢٠٠١ إسهاماً كبيراً في وضع تعريف للإرهاب على النحو الآتي:

"كل فعل يرتكبه الأفراد أو المجموعات يلجأ فيها إلى العنف أو التهديد باستخدام العنف ضد الدولة أو مؤسساتها بصفة عامة، أو ضد أفراد معينين، بهدف خلق مناخ من الرعب بين السلطات الرسمية، أو بين عامة الجمهور لأسباب انتقامية، أو معتقدات أيديولوجية، أو أصولية دينية، أو رغبة في الحصول على منفعة"^٣.

^١ ينظر: المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب.

^٢ ينظر: بوجه عام: د. أشرف توفيق شمس الدين، السياسة التشريعية لمكافحة الإرهاب ومدى اتفاقها مع أصول الشرعية الجنائية: دراسة نقدية للقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

^٣ Colin Warbrick, The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism, 32 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 1983, at 82-119.

أما الاتحاد الأوروبي فيعرف الإرهاب بأنه: "أعمال ترتكب بهدف ترديد الأذى، وإجبار حكومة أو هيئة على القيام أو الامتناع على القيام بعمل ما، أو بتدمير الهياكل الأساسية أو الدستورية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو زعزعة استقرارها بشكل خطير".^١

أما عن اتفاقية مجلس أوروبا لمنع الإرهاب (وارسو ٢٠٠٥) فلم تتطرق لمفهوم الإرهاب، بل اقتصر على ضرورة تعزيز جميع جهود الأطراف المعنية من أجل دحض الإرهاب وآثاره السلبية على مظلة حقوق الإنسان، ولا سيما الحق في الحياة،^٢ كما أن هذه الاتفاقية ألزمت الأطراف باتخاذ التدابير المناسبة، وخاصة فيما يتعلق بمجال تكوين سلطات تطبيق القانون والهيئات الأخرى في مجالات التعليم والثقافة والإعلام وتحفيز الرأي العام لمنع الإرهاب وكذا احترام منظومة حقوق الإنسان.^٣

ثالثاً: اتفاقية الاتحاد الأفريقي

في عام ١٩٩٩ عرفت منظمة الوحدة الأفريقية الإرهاب من خلال اتفاقية مكافحة الإرهاب ومنعه في مادتها الأولى بأنه: "كل عمل أو تهديد بعمل يعد مخالفاً لقوانين العقوبات المعتمدة بالدول الأعضاء، والذي يمكن أن يعرض حياة الأفراد للخطر،

^١ ينظر: اتفاقية مجلس أوروبا لمنع الإرهاب وارسو ٢٠٠٥.

^٢ ينظر: Warbrick، مرجع سابق ص ١١٠-١١٣.

^٣ ينظر: المادة الأولى من اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لمكافحة الإرهاب ١٩٩١.

ويُشكل خطراً على التكامل الطبيعي والحرية، أو يسبب إصابة خطيرة أو يسبب الموت أو الرعب لأي شخص، أو أي عدد أو مجموعة من الأشخاص، أو قد يسبب خسارة الممتلكات العامة أو الخاصة أو الموارد الطبيعية أو البيئية أو التراث الثقافي، إلى جانب أي تواطئ أو تمويل أو تأمر بغية ارتكاب أحد الأعمال المشار إليها أعلاه.¹ ونصت الاتفاقية في الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن تتم الأفعال المشار إليها بغية:

أ. إرهاب أو وضع أي حكومة في حالة خوف، أو إكراهها أو إجبارها أو إغراء هيئة أو مؤسسة، أو أي قطاع للقيام أو الامتناع عن القيام بأي عمل أو تبني أي وجهة نظر أو التخلي عنه أو العمل وفقاً لمبادئ معينة.

ب. خلق حالة عصيان في دولة ما.

ج. تعطيل تقديم أي خدمات أساسية للجمهور أو خلق حالة طوارئ عامة.²

هذا ويدخل في نطاق الأعمال الإرهابية - طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية - كل تأييد أو رعاية أو مساعدة أو أمر أو تحريض أو تشجيع أو شروع أو تهديد أو التآمر أو التنظيم أو تجنيد أي شخص بقصد ارتكاب عمل من الأعمال المشار إليها،³ وهذه

¹ ينظر: المادة الأولى من اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لمكافحة الإرهاب.

² ينظر: المادة الأولى فقرة ثالثة من ذات الاتفاقية السالفة.

³ ينظر: المادة الأولى فقرة ثالثة من ذات الاتفاقية السالفة.

الاتفاقية تؤكد على ضرورة مراجعة الدول لتشريعاتها الداخلية الجنائية وغيرها مما يتسق وينودها، فضلاً عن توحيد الدول الأفريقية لمكافحة الإرهاب.^١

إلا أن هذه الاتفاقية قد حصرت الغاية من الإرهاب في أعمال محددة دون النظر إلى أي اعتبارات أخرى قد تكون دينية، أو سياسية، أو أيولوجية أو غيرها ولكنها استتنت أعمال العنف التي تتم في إطار الكفاح المسلح لتحرير الشعوب من العدوان وسيطرة القوات الأجنبية تماشياً وأحكام القانون الدولي من أجل حريتها وتقرير مصيرها.^٢

رابعاً: الاتفاقيات العربية العامة وموثيق مجلس التعاون الخليجي

في خضم الجهود الإقليمية لمحاربة الإرهاب اتخذت الدول العربية العديد من الخطوات الإيجابية للحد من مخاطر الإرهاب وآثاره المدمرة، وكذا سبل مكافحته، وقد تبلورت هذه الجهود في خطواتها الأولى في الاستراتيجية الأمنية العربية

^١ ينظر: المادة الثانية من ذات المعاهدة.

^٢ هذا ومما تجدر في هذا المضمار إنه تكمن مشكلة عدم وجود تعريف للإرهاب على المستوى الدولي في صعوبة التمييز بين الإرهاب وبين الكفاح المشروع للشعوب أثناء ممارسة حقوقها وتحديد المصير والدفاع الشرعي ضد الاحتلال والعدوان وكذا إشكالية تحديد ما يسمى بإرهاب الدولة. لمزيد من التفصيل في هذا الصدد، ينظر: د. فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٨٢.

المعتمدة من قبل وزراء الداخلية العرب ١٩٨٣ التي أكدت على المحافظة على أمن الوطن العربي وحمایته من الإرهاب داخلياً وخارجياً.^١

إلا أنه تحت مظلة ما يسمى: "بالاستراتيجية العربية لمكافحة الإرهاب" أبرمت عام ١٩٩٨ اتفاقية موحدة لمكافحة الإرهاب فيما بين الدول العربية إيماناً منها بالمبادئ الأخلاقية والدينية السامية، ولا سيما أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا التراث العربي الإنساني الذي ينبذ كافة أشكال العنف والتطرف والذي يهدف إلى حماية حقوق الإنسان.^٢

وعرفت المادة الأولى فقرة (٢) من هذه الاتفاقية الإرهاب بأنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، بهدف إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة،..... أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر".^٣

^١ تعد هذه الاستراتيجية العربية لمكافحة الإرهاب نتاج جهود ومساعي الدول العربية لذلك، حيث رسمت هذه السياسة مجموعة من الأهداف تصب كلها في إطار مكافحة الإرهاب وإزالة أسبابه وتعزيز التعاون بين الدول الأعضاء في هذا الصدد، والحفاظ على أمن المنطقة العربية، فضلاً عن وضع مجموعة من الأطر والسياسات التي تسمح ببلوغ تلك الأهداف.

^٢ ينظر: بوجه عام، الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨.

^٣ ينظر: المادة الأولى/ فقرة ٢ من ذات الاتفاقية.

كما أكدت على أن الجريمة الإرهابية هي "أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذاً لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها، يعاقب عليها قانونها الداخلي، كما تعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات الآتية عدا ما استثنته منها تشريعات الدول المتعاقدة، أو التي لم تصادق عليها.^١

١. اتفاقية طوكيو.
٢. اتفاقية لاهاي.
٣. اتفاقية مونتريال، وهي كلها اتفاقات خاصة بقمع الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني كما أسلفنا من قبل.
٤. اتفاقية نيويورك الخاصة بحماية أشخاص معينين.
٥. اتفاقية اختطاف واحتجاز الرهائن.

^١ ينظر: المادة الأولى/فقرة ٢ من ذات الاتفاقية. وينظر أيضاً:

- اتفاقية طوكيو والخاصة بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات الموقعة ١٩٦٣/٩/١٤.
- اتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني الموقعة في ١٨٧١/٩/٢٣ وبروتوكولها الموقع في ١٩٨٤/٥/١٠.
- اتفاقية لاهاي بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات الموقعة في ١٩٧٠/١٢/١٦.

٦. اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٣، ما تعلق منها بالقرصنة البحرية.^١

كما نصت المادة الثانية من ذات الاتفاقية على أنه: "لا تعد جريمة حالات الكفاح بمختلف الوسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير، وفقاً لمبادئ القانون الدولي، ولا يعد من هذه الحالات كل عمل يمس الوحدة الترابية (أي الحركات الانفصالية) لأي من الدول العربية."^٢

هذا وقد كثفت دول مجلس تعاون الخليج العربي مساعيها لمكافحة الإرهاب، فأبرمت عام ٢٠٠٤ الاتفاقية الأمنية لمكافحة الإرهاب، والتي أكدت على الالتزام بميثاق جامعة الدول العربية، وكذا ميثاق الأمم المتحدة فضلاً عن نبذ العنف بكل صوره وأشكاله، والذي لا يمكن تبريره بأي ظرف أو باعث أو غاية؛ ومن ثم يجب مكافحته بغض النظر عن أسبابه وأهدافه وأساسه.^٣

وقد تبنت هذه الاتفاقية تعريف الإرهاب وكذا الجريمة الإرهابية الذي أخذت به الدول العربية عام ١٩٩٨ بل زادت: "كذلك التحريض على الجرائم الإرهابية أو الترويج أو تحبيذها، وطبع أو نشر أو حيازة محررات أو مطبوعات أو تسجيلات،

^١ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

^٢ المادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب.

^٣ ينظر: الاتفاقية الأمنية لمكافحة الإرهاب عام ٢٠٠٤.

أياً كان نوعها إذا كانت معدة للتوزيع، أو لاطلاع الغير عليها، وكانت تتضمن ترويحاً أو تحبيذاً لتلك الجرائم....^١

ويكمن حجر الزاوية لهذه الاتفاقية في تعزيز سبل التعاون الأمني بين الدول الأعضاء لمكافحة الإرهاب والحد من تناميهِ؛ إذ إن التعاون الدولي هو الوسيلة المثلى لاحتواء هذه الظاهرة سعياً لتكريس السلم والأمن الدوليين.^٢

بالإضافة إلى ما سبق توجد الاتفاقية الإقليمية لجنوب آسيا حول مكافحة الإرهاب المعمول بها عام ١٩٩٨ وكذا اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامي عام ١٩٩٩ المتعلقة بالتعاون الدولي، واتفاقية شنغهاي لمحاربة الإرهاب ٢٠٠١م فضلاً عن القرارات الدولية التي عُنيت بتحديد الأعمال الإرهابية التي تنطبق عليها وصف الجرائم الإرهابية وكذا مطالبة الدول باتخاذ التدابير اللازمة لضمان عد هذه الأعمال جرائم وفقاً للقوانين الوطنية، والتي تؤدي - بسبب طبيعتها أو مضمونها - إلى إلحاق الضرر بالدولة أو المنظمة الدولية بقصد (إحداث رعب جسيم بالسكان، أو أحداث انقلاب أو تدمير النظام الأساسي السياسي أو الدستوري.... إلخ).^٣

^١ ينظر: المادة الأولى فقرة ٤ و ٥ والمادة الثانية والثالثة من الاتفاقية المشار إليها.

^٢ ينظر: المادة ١٢ والمادة ١٣ من الاتفاقية المشار إليها.

^٣ ينظر: بوجه عام:

- الاتفاقية الإقليمية لجنوب آسيا لمكافحة الإرهاب ١٩٩٨.

من هذا كله يتضح أنه على الرغم من تعدد الاتفاقات الخاصة بمحاربة الإرهاب إلا أنها تفادت وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم الإرهاب أو الجريمة الإرهابية، بل اعتمدت في بعض الأحيان على تعداد بعض الجرائم حصراً واعتبارها ضمن مفهوم الإرهاب، وهو ما أدى إلى إخراج الكثير من الجرائم من دائرة الإرهاب، لأنها لم تذكر ضمن هذا النوع من الجرائم، وجاءت واسعة وفضفاضة في أحياناً أخرى تتسم بالغموض أخذ معها الإرهاب معنى واسع للغاية شابه الغموض والعمومية؛ مما جعل العديد من الجرائم تدخل ضمن الأفعال الإرهابية دون أي صلة بها.¹

- اتفاقية مؤتمر منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب.

- اتفاقية شنغهاي لمكافحة الإرهاب ٢٠٠١.

¹ د. محمد عيد الغريب، مرجع سابق.

المطلب الثاني

الإرهاب في التشريعات الوطنية (المقارنة)

استجابة للاتفاقات الدولية الخاصة بمحاربة الإرهاب عدلت الدول من منظومتها القانونية مسايرة لها، حيث عدلت العديد من الدول تشريعاتها الجنائية وقوانينها العقابية لتتماشي ونصوص المواثيق الدولية، فضمنتها نصوصاً وأحكاماً تجرم الأعمال الإرهابية، وتحدد سياستها العقابية فضلاً عن سن تشريعات خاصة بالجرائم الإرهابية وذلك كي تتماشى المنظومة القانونية للدول مع السياسة الجنائية الدولية لمحاربة الإرهاب.

هذا وإن اتفقت الدول حول خطورة الأعمال الإرهابية وضرورة تجريمها إلا أنها اختلفت في تحديد المقصود بالإرهاب والإجراءات والتدابير المقررة لمكافحته.

أولاً: معنى الإرهاب في التشريعات الأجنبية

من المعروف أنه قد شهدت الدول الغربية كالمملكة المتحدة وفرنسا والولايات المتحدة وغيرها - منذ عقود طويلة - موجات كبيرة من الهجمات الإرهابية وأعمال العنف التخريبية كبذتها خسائر مهولة للغاية؛ مما اضطرها لتعديل منظومتها التشريعية لمكافحة هذه الآفة، ومع تصاعد حدة وعنف أعمال وموجات الإرهاب ودمويتها واستهدافها ضرب اقتصاد الدول استلزم هذا التشدد في تعامل القوانين والتشريعات الغربية مع الأعمال الإرهابية سواء من حيث اتساع مفهوم الإرهاب، أو

من حيث التدابير والجزاءات المقررة لتصبح محاربتة هوساً سواء داخل أو خارجها.

١

أ- في التشريع الإنجليزي (البريطاني)

تعود الجذور التاريخية للإرهاب في بريطانيا إلى أعمال عنف وتطرف الجيش الإيرلندي (I.R.A) وجيش التحرير الإيرلندي (I.N.L.A)، وعلى إثر مواجهة الأزمة أصدر المشرع البريطاني العديد من النصوص القانونية التي تهدف للحد وقمع الإرهاب، من ذلك مثلاً قانون مكافحة الإرهاب ١٩٧٦ الذي عرف الإرهاب بأنه: "استخدام العنف لتحقيق غايات سياسية، بما في ذلك استخدام العنف إشاعة أو خلق الخوف لدى العامة أو لدى جزء منهم."^٢ فضلاً عن قانون منع الإرهاب ١٩٨٩ الذي جرم أعمال تمويل الإرهاب، وكذا عدم الإبلاغ عن المعلومات المتعلقة بالأنشطة الإرهابية.^٣

وقد صدر عام ٢٠٠٠ قانون الإرهاب الذي يعد بمثابة نقطة محورية هامة في السياسة القانونية البريطانية، حيث نص على أنه:

١- "يقصد بالإرهاب في هذا القانون القيام أو التهديد بالقيام بعمل عندما:

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق. ينظر: أيضاً د. مدحت رمضان، مرجع سابق.

^٢ ينظر: قانون مكافحة الإرهاب البريطاني عام ١٩٧٦.

^٣ ينظر في هذا الصدد: قانون منع الإرهاب البريطاني عام ١٩٨٩.

- يقع العمل في إطار الفقرة الثانية من هذه المادة.
- يقصد به التأثير على الحكومة أو ترويع الجمهور أو طائفة منه.
- يكون بغرض خدمة قضية سياسية أو دينية أو أيديولوجية.

٢ - يقع العمل في إطار هذه الفقرة إذا كان:

- ينطوي على عنف جسيم ضد شخص.
- يتضمن إلحاق أضرار جسيمة بالممتلكات.
- يعرض للخطر حياة شخص آخر غير الذي ارتكبه.
- يمثل خطراً جسيماً على صحة أو أمن الجمهور أو طائفة منه.
- مُصمم لتعطيل نظام إلكتروني أو إدخال خلل فيه بشكل يمثل خطراً جسيماً.

٣ - القيام أو التهديد بالقيام بعمل من الأعمال الواردة في الفقرة السابقة يعد إرهاباً إذا كان يتضمن استخدام متفجرات أو سلاح ناري سواء كانت الفقرة أ - ب مستوفاة أم لا.

٤ - في هذه المادة:

- الإرهاب يشمل العمل خارج بريطانيا.

- الإشارة إلى أي شخص أو ممتلكات هي إشارة إلى أي شخص أو ممتلكات أينما كان موقعهم.
 - الإشارة إلى الجمهور تشمل الإشارة إلى جمهور دولة أخرى غير المملكة المتحدة أيضاً.
 - يقصد بالحكومة حكومة المملكة المتحدة، أو أي جزء من المملكة المتحدة، أو حكومة أية دولة أخرى غير المملكة المتحدة.¹
- وبلاحظ أن هذا التعريف هو ذاته الوارد بالقانون الصادر عام ٢٠٠١ المتعلق بالأمن ومكافحة الإرهاب، غير أنه ورد فضفاضاً للغاية، فقد أدرج تحت مفهوم الإرهاب جميع أعمال العنف أياً كانت وسائلها وأهدافها.^٢ هذا فضلاً عن الامتداد الدولي للقانون الذي زاد من اتساعه؛ إذ تنص المادة الأولى فقرة (٤) على تطبيق أحكام هذا القانون داخل الأراضي البريطانية أو خارجها لضمان فاعلية سياسة محاربة الإرهاب.^٣

^١ ينظر: المادة الأولى فقرات 1، 2، 3، 4 من قانون مكافحة الإرهاب البريطاني المعدل بالقانون c11, art.2 2006 Terrorism Act

Terrorism c28, ss.751 2 a,1005, art.2a, Act 2008.

^٢ عزيز شكري، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها.

^٣ حموده، مرجع سابق، ص ٣٠٠ وما بعدها.

ب- في التشريع الأمريكي

عرف مفهوم الإرهاب عناية خاصة بقوانين الولايات المتحدة الأمريكية وأيضاً من قبل مصالحتها العامة نظراً لما يشكله الإرهاب من خطر على أمنها واستقرارها، حيث عرفه القانون الخاص بمكافحة الإرهاب ١٩٨٤ بأنه: "كل نشاط يتضمن عملاً عنيفاً أو خطيراً يهدد البشرية، ويمثل انتهاكاً للقوانين الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية، أو أية دولة أخرى ويهدف إلى نشر الرعب والقهر بين السكان المدنيين، أو التأثير على سياسة دولة ما بممارسة الرعب أو القهر أو التأثير على سلوك حكومة ما عن طريق الاغتيال أو الاختطاف".^١

وورد في القانون المتضمن قمع الأعمال الإرهابية ١٩٨٧ تعريف العمل الإرهابي بأنه: "أو تشجيع أو المشاركة في أي عمل عنف دنيء أو تخريبي يحتمل أن ينتج عنه أو يتسبب في موت أو إحداث أضرار خطيرة وجسيمة لأشخاص أبرياء، ليس لهم أي دور في العمليات العسكرية".^٢

يتضح مما تقدم أن للإرهاب مفهوماً واسعاً من خلال النصين السابقين، ويعد من الأعمال الإرهابية: أعمال العنف أو تنظيمها أو تشجيعها أو المشاركة في أي عمل

^١ عزيز شكري، مرجع سابق، ص ٣٩ وما بعدها. ينظر أيضاً: قانون مكافحة الإرهاب الأمريكي ١٩٨٤.

^٢ عزيز شكري، مرجع سابق.

عنف، ولم يتقيد المشرع بالأفعال الإرهابية التي تقع على إقليم الولايات المتحدة، بل تجاوز ذلك إلى دولة أخرى.^١

وقد شهدت السياسة الأمريكية لمكافحة الإرهاب تحولاً حاسماً عقب أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١؛ إذ اتخذت الإدارة الأمريكية في عهد الرئيس جورج بوش الابن آنذاك العديد من التدابير والإجراءات تدعياً لاستراتيجيتها الأمنية والقانونية، حيث صدر في هذا الصدد العديد من التشريعات لتعزيز قدرة السلطات الأمنية في مجال محاربة الإرهاب، وعلى رأسها: قانون باتريوت ٢٠٠١ المتعلق بمكافحة الإرهاب؛ إذ عرفت المادة (٨٠٢) الإرهاب على أنه: "أي فعل يرتكب داخل الولايات المتحدة الأمريكية يتضمن أفعالاً خطيرة على حياة الإنسان تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية للولايات المتحدة الأمريكية أو أية دولة، ويبدو منها قصد ترويع وإجبار شعب مدني، أو التأثير على سياسة حكومة بالترويع، أو الإجبار أو التأثير على سلوك حكومة ما من خلال الدمار الشامل، أو الاغتيال أو الخطف".^٢

يلاحظ في هذا الصدد التطور الملحوظ لتعريف الإرهاب الذي تبنته الولايات المتحدة والمرتبب بخطورة الأعمال الإرهابية وخطورة تناميها؛ مما دفع المشرع إلى التوسع في نص الإرهاب إلى حد تجاوز تجريم أعمال العنف إلى تجريم تشجيع أو تمويل الإرهاب، كل هذا أدى إلى ازدياد صلاحيات الأجهزة الأمنية بشكل أكبر؛ إذ

^١ أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

^٢ محب الدين، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

يعد أي اعتداء (داخلي أو خارجي) على المصالح الأمريكية إرهاباً يستوجب الرد عليه، ولو باستعمال القوة للقضاء عليه.^١

ونظراً للتخوف من الأعمال الإرهابية يتضح تدرج تشريعات الولايات المتحدة في تعاملها مع ظاهرة الإرهاب، فمع تصاعد حدة أعمال العنف ونمو مخاطرها على الاستقرار الأمني والاقتصادي والسياسي، كان لزاماً عليها انتهاج سياسة جديدة تتماشى مع تطور الجريمة الإرهابية وسرعة تناميها.

ج - في التشريع الفرنسي

لقد وضع المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد الصادر بالقانون رقم (٩٢ - ٦٨٦) في يوليو ١٩٩٢ باباً ثانياً بالكتاب الرابع عنوانه: "الإرهاب" ولم يضع المشرع الفرنسي تعريفاً محدداً للإرهاب - كما فعل المشرع المصري - وإنما حدد الأفعال التي يمكن أن توصف بأنها أفعالاً إرهابية، عندما ترتكب في إطار مشروع إجرامي لغرض معين، حيث نصت المادة (٤٢١ - ١) من القانون ذاته على أنه:

"تعد الجرائم الآتية إرهابية عندما تكون لها علاقة بمشروع فردي أو جماعي بقصد إحداث اضطراب جسيم بالنظام العام عن طريق التخويف أو بث الرعب:

^١ The Law of "Domestic" and Separate and Unequal: Shirin Sinnar, 117 MICHIGAN LAW REVIEW 1333 "International" 2019. Terrorism,

- الاعتداء العمدي على الحياة، والاعتداء العمدي على سلامة الجسم، والاعتداء على الحرية (الخطف والحبس دون وجه حق)، وخطف الطائرات أو السفن أو وسيلة أخرى من وسائل المواصلات المعرفة في الكتاب الثاني من هذا القانون.
- السرقات والنهب، والتخريب والإتلاف، والتعيب والجرائم المعلوماتية المتعلقة بالحاسب الآلي.
- صناعة أو حيازة آلات أو أجهزة لإطلاق الفذائف، أو المتفجرات المعرفة بالمادة (٣) من القانون الصادر عام ١٨٧١م ... بشأن صناعة أسلحة الحرب.
- إنتاج أو بيع أو استيراد أو تصدير المواد المتفجرة المعرفة بالمادة (٦) من قانون ١٩٧٠م ... المعدل لنظام المواد المفرقة والمتفجرات.
- اقتناء أو حيازة أو نقل أو حمل بصورة غير مشروعة لمواد متفجرة أو للأجهزة المعرفة بالمادة (٣٨) ... المحدد لنظام مواد الحرب والأسلحة والذخائر.
- الجرائم المعرفة في المواد ١ — ٤ من القانون رقم (72-467) ... الذي يحظر تركيب وصناعة وحيازة وتخزين وتملك ونقل الأسلحة البيولوجية والسامة.^١

^١ المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٢ ودخل إلى حيز النفاذ أول مارس ١٩٩٤.

وتنص المادة (2-421) من قانون العقوبات الجديد على أنه: "يعد عملاً إرهابياً عندما يكون له صلة بمشروع إجرامي فردي أو جماعي بقصد إحداث اضطراب جسيم في النظام العام عن طريق التخويف أو بث الرعب، كل فعل ينطوي على إدخال - في الهواء أو على الأرض أو في باطن الأرض أو في المياه وتشمل البحر الإقليمي - مادة من شأنها أن تعرض للخطر صحة الإنسان أو الحيوانات أو البيئة الطبيعية."¹

ويطلق على هذه الأفعال الإرهابية اصطلاح "الإرهاب البيئي"²، وقد أضاف المشرع الفرنسي إلى قانون العقوبات - بمقتضى القانون الصادر عام ١٩٩٦ - المادة (١ - ٢ - ٤٢١) التي تنص على أنه: "يعد كذلك عملاً إرهابياً المساهمة في (أو الإلتناء إلى) جماعة من الأشرار مكونة بقصد ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في المواد السابقة."³

فمن الملاحظ أن الأعمال الإرهابية لم تعد تمثل جريمة عادية، يمكن معالجتها بموجب التشريعات العقابية العادية، شأنها في ذلك شأن أي جريمة أخرى؛ مما استوجب التشدد في التعامل مع هذه الجرائم إما من حيث فرض تشريعات خاصة

¹ المادة ١/٤٢١ من ذات القانون السالف.

² المادة ١/٤٢١ من ذات القانون السالف.

³ المادة ١-٢-٤٢١ من ذات القانون السالف.

متعلقة بمكافحة الإرهاب والعنف، أو تخصيص فصول خاصة تتعلق بالجرائم الإرهابية ضمن التشريعات العقابية، ولكن ما هو موقف التشريعات العربية؟

د - في التشريع الجزائري

لقد مرت الجزائر خلال التسعينيات بحالة من عدم الاستقرار الأمني والاضطراب السياسي نتج عنه أعمال عنف استهدفت مؤسسات الدولة وأمنها، حيث صدر على إثر ذلك عدة مراسيم تشريعية تتعلق بمكافحة أعمال الإرهاب والتخريب، منها: مرسوم رقم (٤٤ - ٩٢)، والمرسوم رقم (٠٣ - ٩٢) والذي نص على أن الإرهاب: "يعد عملاً تخريبياً أو إرهابياً في مفهوم هذا المرسوم التشريعي كل مخالفة تستهدف أمن الدولة والسلامة الترابية، واستقرار المؤسسات وسيرها العاديين عن طريق أي عمل غرضه الآتي:

١. بث الرعب في أوساط السكان، وخلق جو من انعدام الأمن من خلال الاعتداء على حياة الأشخاص وسلامتهم.
٢. عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطرق والمساحات العامة.
٣. الاعتداء على المحيط وعلى وسائل المواصلات والتنقل والممتلكات العمومية والخاصة والاستحواذ عليها، واحتلالها دون مسوغ قانوني، وتدنيس القبور، أو الاعتداء على رموز الجمهورية.

٤. عرقلة سير المؤسسات العمومية، أو الاعتداء على حياة أعوانها أو ممتلكاتها، أو عرقلة تطبيق القوانين أو التنظيمات.^١

ومن هذا التعريف يتضح توسع المشرع الجزائري في تحديد أعمال العنف التي تدخل تحت مظلة الإرهاب، إلا أنه قد تراجع عن هذا القانون وأدرج تجريم الإرهاب ضمن أحكام قانون العقوبات تحت عنوان: الجرائم الموصوفة بأعمال إرهابية وتخريبية؛ إذ صار على نهج نظيره الفرنسي.^٢

وقد جاء نص المادة ٨٧ مكرر مشابهاً لتعريف الإرهاب الوارد بالقانون (٩٢ - ٠٣)، غير أن المشرع قد أضاف بالنص الجديد العديد من التعديلات، حيث جاءت أكثر دقة وتفصيلاً عن إضافته عدد من الأعمال، مثل التجمهر والاعتصام في الساحات العمومية، ونبش القبور، وعرقلة عمل السلطات العمومية، أو حرية ممارسة العبادة والحريات العامة، لتدخل تحت مسمى الأعمال الإرهابية التخريبية.^٣

^١ ينظر: المرسوم الرئاسي رقم ٩٢-٤٤ المتضمن إعلان حالة الطوارئ الصادر في ٩ فبراير ١٩٩٢.

^٢ ينظر: أمر رئاسي رقم ٩٥-١١ المعدل لقانون العقوبات الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٩٥.

^٣ ينظر: الأمر السابق. وكذا ينظر: المرسوم التشريعي رقم ٩٢-٠٣ المتضمن مكافحة الإرهاب والتخريب الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٢.

هـ - في التشريع الأردني

عرف المشرع الأردني الجمعيات غير المشروعة في نص المادة (١٥٩) من قانون العقوبات مبيناً الأفعال التي تكتسب من خلالها جماعة من الناس عدم المشروعية إذا ما ارتكبت هذه الأفعال، كما أورد أشكال التنظيم غير المشروع المجرمة بمواضع متعددة من هذا القانون، كنص المادة (١٥٧) المتعلقة بتجريم تشكيل العصابات بقصد التعدي على الأشخاص والأموال،^١ وكذا المادتين (١٤٣ - ١٤٤) من ذات القانون التي تعاقب على رئاسة العصابات المسلحة أو الاشتراك بهذه العصابات؛ إذ هي جرائم تمس وتقع على أمن الدولة.^٢

والمشرع الأردني جرم الجمعيات غير المشروعة، وجرم أي دعم مباشر أو غير مباشر، أو تسهيل تشكيلها، وكذا تجريم الانتساب إليها أو تمويلها، وجرم كل نشاط يتعلق بطباعة أو نشر أو توزيع الإعلانات المتعلقة بهذه الجمعيات، طبقاً لنص المادة (١٦٣) من قانون العقوبات.^٣

وفي هذا الصدد يمكن القول: إن المشرع الأردني قد نص على تجريم التنظيمات الإرهابية، وكذا الأفعال المرتبطة بها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إلا أنه لم يعرفها بقانون منع الإرهاب، بل تبنى بصدد ما صدر عن مجلس الأمن في قراره

^١ ينظر: المادة ١٥٧ من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته.

^٢ ينظر: المواد ١٤٤-١٤٣ من قانون العقوبات الأردني.

^٣ ينظر: المادة ١٦٣ من قانون العقوبات الأردني.

رقم (٢٠٠١/١٣٧٣) والقرارات الأخرى ذات الصلة، وعرفها بأنها: "أي منظمة أو هيئة أو جمعية أو جماعة أو خلية تتألف من شخصين أو أكثر غايتها إرتكاب عمل إرهابي سواء وقع العمل أو تم الشروع أو المشاركة أو المساهمة فيه، أو تسهيل ارتكابه أو توجيه آخرين لارتكابه أو العلم بعزم شخص أو تنظيم على ارتكابه أو تعزيز القيام به بأي وسيلة كانت وبصورة مباشرة وغير مباشرة."^١

إلا أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه يتضمن عبارات واسعة فضفاضة لا تتسق ومبدأً شرعية الجرائم والعقوبات الذي يتطلب تحديد دقيق لمعنى التنظيم الإرهابي، فضلاً عن خلطه في المدلول بين فاعل الجريمة الأصلي والشريك التبعي فيها.^٢

و- في التشريع السعودي

تأكيداً لاستمرار المملكة العربية السعودية في تطوير منظوماتها القانونية والتشريعية والمؤسسية والفنية المتعلقة بمكافحة جرائم الإرهاب وتمويله، جاءت اللائحة التنفيذية مفسرة لبعض البنود والمواد في نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله الصادر مؤخراً ليشكل ترسانة تشريعية متكاملة تكافح الإرهاب، وتضييق الخناق على شبكات تمويله وتجفف منابعه عبر إجراءات وقائية ورقابة صارمة وجهود فعالة، ويأتي إصدار اللائحة التنفيذية لمكافحة الإرهاب ضمن جهود متكاملة

^١ قانون منع الإرهاب رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته.

^٢ Sinnar، مرجع سابق، ص ١٣٤٠.

ومكثفة لمحاربة الإرهاب، وتعتمد على استراتيجية شاملة محاورها الدعوة والتنمية والأمن والتشريع والتوعية.

وتضمنت اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة الإرهاب وتمويله فرض الرقابة على ١٢ نشاطاً مالياً، وهو ما يعني من الناحية العملية قطع الطريق أمام أي جهة مشبوهة استخدام أي من الأنشطة في تمويل عمليات إرهابية، والأنشطة المالية هي قبول الودائع وغيرها من الأموال القابلة للدفع، بما في ذلك الخدمات الخاصة في البنوك والمصارف، والإقراض أو الإيجار التمويلي، أو أي نشاط تمويلي آخر، وخدمات تحويل النقد أو العملات، وإصدار وإدارة أدوات الدفع، وتشمل: بطاقات الائتمان (Cards Credit)، وبطاقات الحسم Cards ATM (تستعمل محلياً فقط)، والشيكات، والشيكات السياحية، وأوامر الدفع، والحوالات المصرفية، والعملية الإلكترونية، وإصدار خطابات الضمان المالي، أو غيرها من الضمانات، وتبديل العملات الأجنبية، والمشاركة في إصدار الأوراق المالية، وتقديم الخدمات المالية، وإدارة المحافظ الاستثمارية فضلاً عن حفظ وإدارة النقد أو الأوراق المالية نيابة عن أي شخص آخر، وكذا إبرام عقود حماية أو ادخار، أو غيرها من أنواع التأمين المتعلقة بالاستثمار بصفته مؤمن أو وسيط أو وكيل لعقد التأمين، أو أي منتج تأميني لشركة تأمين بالإضافة إلى استثمار الأموال أو إدارتها أو تشغيلها نيابة عن شخص آخر وما يتصل بالأوراق المالية، والواردة في نظام السوق المالية ولوائحه، أو أنشطة التداول الآتية:

- شهادات الإيداع، والمشتقات وغيرها من الأدوات.
 - العملات.
 - أدوات صرف العملة، وأسعار الفائدة والمؤشرات المالية.
 - الأوراق المالية القابلة للتداول والمشتقات المالية.
 - العقود المستقبلية للسلع الأساسية.
- ولتضييق الخناق على شبكات تمويل الإرهاب - وطبقاً للمادة الثانية من اللائحة التنفيذية - فإن عدداً من الأعمال التجارية ستوضع تحت الرقابة للتأكد من أهدافها، والحيلولة دون استخدامها في أي عمليات مشبوهة للإرهابيين، و من أهم هذه الأعمال التجارية : السمسرة العقارية، والتجارة في الذهب أو الأحجار الكريمة أو المعادن الثمينة التي تزيد قيمة العملية فيها عن ٥٠ ألف ريال سعودي، سواء أتمت العملية على صورة معاملة واحدة أم على عدة معاملات تبدو متصلة، وسواء أكانت من خلال مؤسسة فردية أم شركة تجارية، فضلاً عن الأنشطة والخدمات القانونية أو المحاسبية والمهنية الأخرى التي يقدمها المحامون أو المحاسبون أو أي شخص

آخر خلال ممارسة المهنة؛ إذ إن من شأن هذه الرقابة دعم التدابير الوقائية التي اتخذتها المؤسسات المالية وغير المالية لمكافحة تمويل الإرهاب.¹

وفي ذات السياق ينص القانون أنه: "على المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة تطبيق تدابير العناية الواجبة المشددة على علاقات العمل والمعاملات مع أي شخص يأتي من بلد أو يقيم فيه تم تحديده - من قبلها، أو من قبل اللجنة الدائمة لمكافحة الإرهاب وتمويله - على أنه بلد عالي المخاطر، وعلى المؤسسات المالية، والأعمال والمهن غير المالية المحددة، تطبيق تدابير للتخفيف من المخاطر العالية التي تحددها الجهات الرقابية"²، وتشدد المادة ٦٩ أيضاً على أنه: يجب على المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية "التدقيق في جميع المعاملات المعقدة والكبيرة بشكل غير عادي وأي أنماط غير اعتيادية للمعاملات التي لا تتوفر لها أغراض اقتصادية أو مشروعية واضحة"³ بالإضافة إلى ما بينته المادة ٧٠ من حيث إنه يتعين على المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة، والمنظمات غير الهادفة إلى الربح بما في ذلك الأشخاص الذين يقدمون خدمات قانونية أو محاسبية، عند اشتباههم أو إذا توافرت لديهم أسباب

¹ فتعزيز قوة النظام القانوني يجب أن يكون متسقاً مع أنظمة وقوانين الأمم المتحدة وفروعها ولجانها المعنية بمكافحة الإرهاب، وتوصيات مجموعة العمل المالي لمكافحة تمويل الإرهاب الحديثة.

² ينظر: المادة 66 من نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله.

³ ينظر: المادة 9٦ من نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله.

معقولة للاشتباه في أن الأموال أو بعضها تمثل متحصلات أو في ارتباطها أو علاقتها بعمليات تمويل الإرهاب أو أنها سوف تستخدم في تلك العمليات، إبلاغ الإدارة العامة للتحريات المالية فوراً وبشكل مباشر عن العملية المشتبه بها.¹

ومن الجدير بالذكر أن تناول هذه اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله، وتضمينها عدة إجراءات لضمان الحماية اللازمة للشهود والقضاة والمدعين العامين والمحققين ومحامي الدفاع، ومن في حكمهم، كان لافتاً ومحموداً للمشرع في حال وجود أسباب جدية من شأنها أن تعرض حياتهم أو سلامتهم أو مصالحهم الأساسية أو أحد أفراد أسرهم للخطر أو الضرر،² إذ من شأن توفير هذه الضمانات تشجيع الشهود سواء كانوا عاملين في مؤسسات مالية أو مواطنين

¹ ينظر: المادة 70 من ذات القانون.

“Any act carried out by an offender in furtherance of an individual or collective project, directly or indirectly, intended to disturb the public order of the state, or to shake the security of society, or the stability of the state, or to expose its national unity to danger, or to suspend the basic law of governance or some of its articles, or to insult the reputation of the state or its position, or to inflict damage upon one of its public utilities or its natural resources, or to attempt to force a governmental authority to carry out or prevent it from carrying out an action, or to threaten to carry out acts that lead to the named purposes or incite these acts.” *Ibid.*

² ينظر: بوجه عام اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله.

عاديين على الإبلاغ عن أي عمليات إرهابية أو تمويل إرهاب محتملة، وهو ما يعزز جهود مكافحة الإرهاب.¹

فإن ما تضمنته اللائحة التنفيذية من رقابة على الأنشطة التجارية والأعمال المالية يضيق الخناق على شبكات تمويل الإرهاب، فضلاً عن زيادة الرقابة على المعاملات التي تتم من الدول الراعية للإرهاب، أو التي تعاني من تفشيته، ويستند أيضاً إلى حزمة عقوبات رادعة لممولي الإرهاب، فتتص المادة ٣٥ - مثلاً - من النظام على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ٢٥ سنة ولا تقل عن ٨ سنوات، كل من حرض آخر على الانضمام إلى أي كيان إرهابي، أو المشاركة في أنشطته، أو جنده، أو ساهم في تمويل أي من ذلك."²

وتتص المادة ٤١ على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ٣٠ سنة ولا تقل عن ١٠ سنوات كل من اختطف أي وسيلة من وسائل النقل العام، أو هدد بأي من هذه الأفعال، تنفيذاً لجريمة إرهابية، أو جريمة تمويل إرهاب، وللمحكمة المختصة أن تحكم بالقتل إذا اقترن أي من هذه الأفعال باستعمال أو إشهار أي من الأسلحة أو

¹ والإجراءات السبعة التي تضمنتها اللائحة، هي: توفير الحماية الشخصية، توفير مكان إقامة مؤقت، عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بالهوية، تخصيص رقم هاتف للإبلاغ عند التعرض للخطر أو الضرر، إخضاع وسائل الاتصال للرقابة بعد موافقة المشمول بالحماية كتابة، التوصية بتكليفه بالعمل مع مكان آخر بعد موافقة المشمول بالحماية كتابة، إخفاء بيانات الشاهد أو المصدر بشكل يحول دون التعرف على أي منهما.

² ينظر: المادة 35 من نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله.

المتفجرات،^١ كما يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ٢٠ سنة ولا تقل عن ٥ سنوات كل من أنشأ أو استخدم موقعاً على الشبكة المعلوماتية، أو برنامجاً على أحد أجهزة الحاسب الآلي، أو أي من الأجهزة الإلكترونية، أو نشر أيّاً منهما لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في النظام، أو لتسهيل الاتصال بأحد قيادات أو أفراد أي كيان إرهابي، أو لترويج أفكاره، أو لتمويله، أو لنشر كيفية تصنيع الأجهزة الحارقة أو المتفجرات، أو أي أداة لاستخدامها في جريمة إرهابية،^٢ ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ١٠ سنوات ولا تقل عن ٥ سنوات كل من اتخذ من إقليم المملكة محلاً للتخطيط أو للاجتماع لارتكاب جريمة إرهابية، أو جريمة تمويل إرهاب خارج المملكة، وتصل العقوبة للإعدام إذا نتج عن هذه الجرائم وفاة شخص أو أكثر.^٣

ويُوصف تعريف الجريمة الإرهابية الوارد في القانون الجديد بأنه تعريف مبهم غير محدد؛ مما يتيح إمكانية إساءة استخدام السلطات له، فكان الأجدر بالمشرع تقاضي ذلك؛ إذ تشمل قائمة الجرائم التي تُصنف على أنها إرهابية الأفعال التي تهدف بشكل مباشر أو غير مباشر إلى "الإخلال بالنظام العام"، أو "زعزعة أمن المجتمع أو استقرار الدولة"، أو "تعريض الوحدة الوطنية للخطر"، أو "تعطيل النظام

^١ ينظر: المادة 41 من ذات القانون.

^٢ ينظر: المادة 43 من ذات القانون.

^٣ ينظر: المواد 45 و 50 من ذات القانون.

الأساسي للحكم أو مواده"، أو "الإساءة إلى سمعة الدولة ومكانتها"^١، وينص القانون الجديد على جواز احتجاز المشتبه به مدة تصل إلى ٩٠ يوماً دون اتصال مع العالم الخارجي سوى السماح له بإجراء اتصال هاتفي وحيد بذويه، كما يشمل ذلك منع المحتجزين من التواصل مع محامٍ أثناء عمليات الاستجواب،^٢ ويبيح القانون لوزارة الداخلية احتجاز المشتبه بارتكابهم جرائم إرهابية دون إسناد التهم إليهم، أو إحالتهم إلى المحاكمة لمدة تصل إلى ستة أشهر - قابلة للتمديد إلى سنة واحدة - مع عدم السماح لهم بالطعن في مثل هذا القرار، كما تسمح المحكمة الجزائية المتخصصة احتجاز المشتبه به إلى أجل غير مسمى يتجاوز مدة السنة، ويُذكر أن المحكمة تعقد جلساتها سراً.

ز- في التشريع الكويتي

صدر في الكويت منتصف شهر يوليو ٢٠١٥ قانوناً جديداً، يلزم جميع مواطني الكويت والمقيمين فيها بتقديم عينات من الحمض النووي "DNA" للسلطات؛ و ذلك ضمن بنود قانون مكافحة الإرهاب الجديد؛^٣ إذ إن هذا القانون قد شدد علي

^١ ويمنح القانون الجديد وزارة الداخلية صلاحيات واسعة وسط رقابة قضائية بسيطة عليها أو انعدامها، وتشمل هذه الصلاحيات القدرة على إصدار الأوامر بالتفتيش وإلقاء القبض على المشتبه بهم واحتجازهم.

^٢ ينظر: المادة 6 من ذات القانون.

^٣ وكان مجلس الأمة الكويتي قد قام في الأول من يوليو ٢٠١٥ بتقديم هذا الشرط والكويت هي البلد الوحيد الذي يشترط فحص الحمض النووي DNA الإلزامي على مستوى جميع السكان.

الجمع الإلزامي لعينات الحمض النووي، بمعنى أنه يلزم جميع مواطني الكويت والمقيمين الأجانب وحتى الزوار المؤقتين بتقديم عينات من الحمض النووي إلى قاعدة بيانات تحفظها وتديرها وزارة الداخلية، ويفرض القانون عقوبة السجن لمدة عام واحد وغرامة تصل إلى ٣٣ ألف دولار أمريكي على أي شخص يرفض تقديم عينة الحمض النووي.

ولا تعد قواعد البيانات الخاصة بالحمض النووي مخالفة للقانون بطبيعتها؛ إذ إنه قد تم تبريرها في بعض الأحيان كونها من أدوات التحقيق المسموح بها، لكن ينبغي في آلية جمع الحمض النووي وحفظه أن تخضع لتنظيم متشدد، يتسم نطاقه بالضيق والتناسب مع تحقيق غرض أممي مشروع، التزاماً بالمعايير الدولية للخصوصية المنصوص عليها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، أما فيما يتعلق بأنظمة جمع الحمض النووي فقد تم حظرها على أساس الحق في الخصوصية، فعلى سبيل المثال قامت الغرفة الكبرى بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ٢٠٠٨ بحظر جمع البصمات وعينات الخلايا وأنماط الحمض النووي وحفظها دون أجل مسمى، حيث جاء في حيثيات المحكمة الأوروبية أن قواعد بيانات الحمض النووي الكاسحة عديمة التمييز تنتهك الحق في الخصوصية الشخصية، فضلاً عن أن جمع الحمض النووي قد يتناسب ومنع الجريمة وأمن

وحيث جاءت الموافقة السريعة على قانون مكافحة الإرهاب الجديد، ومخصصات تمويله الطارئ الذي يبلغ ٤٠٠ مليون دولار أمريكي، استجابة لمجلس الأمة الكويتي للتفجير الانتحاري بمسجد الإمام الصادق في يونيو ٢٠١٥ الذي أدى إلى مقتل ٢٧ شخصاً وجرح ٢٢٧.

الدولة، ولكن فقط إذا خضع لتنظيم مكثف وصارم عن طريق قانون معمول به،
وإذا خضع للفحص الدقيق تحت إشراف قضائي.

وقد توصلت المحاكم الوطنية الأمريكية إلى ذات المبدأ، ففي قضية Maryland v. King التي نظرتها المحكمة الأمريكية العليا وجدت أن جمع أنماط الحمض النووي وحفظها من الأشخاص المدانين بجرائم العنف هو أمر قانوني، ولكن فقط في ظل توجيهات شديدة الضيق، وقررت المحكمة أن قواعد بيانات الحمض النووي لا تستثنى من سمة التعدي على الحق الطبيعي لأي شخص في الخصوصية إلا إذا خضعت لتنظيم وحفظ صارمين.¹

“In this regard, The Maryland DNA Collection Act (MDCA) permits state and local law enforcement officers to collect DNA tests from individuals who are arrested for a violence

¹ Maryland v. King, 569 U.S. 435 (2013). وذلك علي الرغم من احتفاظ الولايات المتحدة بأكبر قاعدة بيانات لجمع الحمض النووي في العالم.

Alonzo Jay King, Jr. was arrested on first- and second-degree assault charges. While under arrest, but prior to verdict conviction, King’s DNA was gathered and logged in Maryland’s DNA database. That database matched King’s DNA to a DNA sample from an unsolved rape case. This sample was the only evidence relating King to the rape. The trial judge denied King’s motion to suppress the DNA evidence and he was convicted of first-degree rape and sentenced to life imprisonment.

crime, an attempted crime of violence, burglary, or attempted robbery. King appealed the conviction, arguing that the “MDCA was an unconstitutional violation of his Fourth Amendment privilege against warrantless searches.” The Appellate Court of Maryland reversed, holding that the MDCA was unconstitutional and held that King’s expectation of Privacy was greater than Maryland’s interest in using the DNA for identifications purposes.

So, the query was: Does the Fourth Amendment permit states to collect and analyze DNA from individuals arrested, but not convicted, of serious crimes?

The Court held that conducting a DNA swab test as a part of the arrest procedure does not violate the Fourth Amendment because the test serves a legitimate state interest and is not so invasive to require a warrant. The routine administrative procedures that occur during a booking for an arrest do not require the same justification and the search of a location. The Court held that ascertaining an arrestee's identity and

criminal history is a crucial part of the arrest procedure and that a DNA test is just as valid and informative as fingerprinting. Determining an arrestee's criminal history also serves the legitimate state interest of determining what level of risk the individual poses to the public and what conditions should be set on his/her release from custody.¹

وعلى الرغم من تبني التشريعات العربية تعريفات واسعة للجريمة الإرهابية في محاولة لاحتواء التطور السريع لهذه الظاهرة، إلا أنها قد تميزت عن القوانين الأجنبية - إلى حد ما - بمبدأ الإقليمية، فلم تتناول تطبيق القوانين خارج إقليمها.

¹ In this respect, Justice Antonin Scalia in a dissent argued that “the Fourth Amendment definitely avoids searching a person for evidence of a crime without cause. Because the majority’s opinion allows for DNA tests to be performed in the absence of evidence linking the arrestee to a specific DNA-related crime, these tests fall within the limitations of the British “general warrants” the Fourth Amendment was meant to prohibit.” He also argued that the procedural safeguards on the DNA evidence make it an unproductive and unnecessary or redundant identification instrument. It should be noted that Maryland law defines a crime of violence to include murder, rape, first-degree assault, kidnaping, arson, sexual assault, and a variety of other serious crimes. *See* MD. CRIM. LAW CODE ANN. §14-101 LEXIS 2012

المطلب الثالث

التكليف القانوني للإرهاب

ثار التساؤل حول الوصف القانوني الدقيق للإرهاب، فقد تنازعت التكيف القانوني للأعمال الإرهابية ثلاثة أوصاف قانونية، الأول: يعبر عن اتجاه المشرع الداخلي (الوطني) ووجهة نظره والذي يعد الإرهاب جريمة جنائية قائمة بذاتها ملتزماً بمبدأ الشرعية الجنائية،^١ أما الاتجاه الثاني والثالث فيما يتعلق بتكليف الإرهاب قانوناً فيعبران عن وجهة نظر المجتمع الدولي واعتبار الإرهاب جريمة دولية تكون ضد الإنسانية في أحيان كثيرة، وكذا اعتباره قراراً سياسياً داخل المجتمع الدولي، ويعد الإرهاب نزاعاً مسلحاً يواجه بالحرب.^٢

والوصف الأول للإرهاب يخضع للشرعية الدستورية التي يركز عليها النظام القانوني الداخلي؛ وذلك على خلاف التكيفين الثاني والثالث، فيخضعان للشرعية الدولية التي هي جوهر أحكام القانون الدولي.^٣

^١ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

^٢ د. أسامة بدر، المواجهة القانونية والمدنية للإرهاب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٢ وما بعدها.

^٣ Khaled A. Beydoun, Lone Wolf Terrorism: Types, Stripes, and Double Standards, 112 NW U. L. REV. 2018.

أولاً: عد الإرهاب جريمة جنائية وطنية

يعد الفقه الجنائي الإرهاب جريمة جنائية؛ ذلك لما يتوافر فيها من أبعاد مختلفة من الأفعال الإجرامية كالقتل والسرققة والاعتصاب والسطو والاعتداء العمدي..... وغيرها،¹ فهي جريمة تتخذ العنف والتطرف أساساً لارتكابها، العنف الذي وصفه بعض الفقه بأنه من خصائص النزاع المسلح أو الحرب.²

ويتطلب التكييف القانوني لهذه الجريمة تعريفاً قانونياً للجرم، يحدد أركانه ويتبناه المشرع طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والذي يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، فضلاً عن الالتزام بمبادئ الضرورة، والتناسب فيما يتعلق بسياسة التجريم والعقاب التي يتضمنها هذا التعريف.³

¹ Caroline Mala Corbin, Essay, Terrorists Are Always Muslim But Never White: At the Intersection of Critical Race Theory and Propaganda, 86 FORDHAM LAW REVIEW 455 2017.

² المرجع السابق، ص ٤٥٧.

³ Jesse J. Norris, Why Dylann Roof is a Terrorist under Federal Law, And Why It Matters, 54 HARVARD JOURNAL ON LEGISLATION 255, 299 2017.

وتتميز هذه الجريمة بذاتية خاصة قانوناً؛ نظراً لجسامتها، وهو ما يعكس تجريم مجرد تأسيس أو إنشاء الجماعات والعصابات الإجرامية ومختلف الأعمال التي تساعد على وقوع الإرهاب التي يكون التمويل من بينها.^١

ويثور التساؤل في هذا المقام عما إذا كان الإرهاب في حد ذاته جرمًا جنائيًا أم مجرد ظرف مشدد نظراً لوسائله وغاياته وضحاياه، فمما لا شك فيه أن العامل الإرهابي في تكوين الجرم يتجاوز ويتعدى مجرد عده ظرفاً مشدداً في جريمة عادية، ويتداخل فيها تداخلاً بحيث يصبح مكوناً طبيعياً كاشفاً عن خطورتها، وكذا خطورة مجرميها.^٢ فمن هذا المنطلق يخضع الإرهاب لنظام إجرامي خاص، يراعي فيه مدى جسامة الفعل، وكذا أبعاده المختلفة، ومنها: البعد الدولي إذا ما تجاوزت أفعاله حدود دولة معينة.^٣

فمعيار الإقليمية ليس حاسماً في تحديد الاختصاص القضائي، بل ينظر له إذا ما تعددت أعمال الإرهاب لإقليم الدولة إلى جنسية كل من الجناة والضحايا، وإلى

^١ المرجع السابق، ص ٢٦٢-٢٦٣.

^٢ ينظر: Wattad، مرجع سابق، ص ١٠١٧.

^٣ المرجع السابق.

عبور وسائله للدول، وإلى تنظيماته التي قد تصل إلى حد تكوين الخلايا المنظمة في بعض الأوطان.¹

وقد اهتم مكتب الأمم المتحدة للمخدرات والجريمة في (فيينا) ببيان الإطار القانوني لمكافحة الإرهاب، والذي يمكن أن يتم عن طريق تعديل القانون الجنائي الداخلي موضوعياً وإجرائياً أو بالاكْتفاء بالتصديق على الاتفاقات الخاصة بمحاربة الإرهاب في الدول - التي في الغالب الأعم - ما تعطي الوثائق الدولية قوة القانون مع تعديل تشريعاتها الوطنية بما يتفق وأحكام المواثيق الدولية.²

ثانياً: مدى عد الإرهاب جريمة دولية

تعد جريمة الإرهاب من الجرائم الدولية إذا كانت مخالفة للقواعد الدولية التي تترتب عليها المسؤولية الجنائية الشخصية، سواء تلك المنصوص عليها في المواثيق الدولية، أو تضمنتها القواعد الدولية العرفية "Customary Rules"، ويتطلب هذا توافر العناصر الآتية:

¹ Margaret K. Lewis, When Foreign Is Criminal? 55 VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 3, 625,669-70 2015.

² المرجع السابق، ص ٦٣٨.

١- ألا تقتصر حدود الإرهاب على دولة بذاتها، بل يتجاوز الحدود الداخلية (الوطنية) للدولة، سواء فيما يتعلق بالجناة، أو بنوع العنف المستخدم، أو الوسائل المستخدمة.

٢- تعلق الأعمال الإرهابية بالمجتمع الدولي بأسره؛ إذ يمكن عدها تهديداً لأمن المجتمع وسلمه، فالإرهاب عدو المجتمع الدولي وكذا الدولة الوطنية، فهو لا يقبل حل وسط (تفاوضي) مهما كان الثمن غالباً في فقد الأرواح والدمار الذي يتسبب فيه.

٣- أن تتم الأعمال الإرهابية بتشجيع ودعم دولة أجنبية (المادة ٢ من اتفاقية المعاقبة على تمويل الإرهاب)، ومثال ذلك: استخدام بعض وسائل الإعلام لخدمة أغراضها.

٤- بلوغ هذه الأعمال حداً كبيراً من الجسامه، حيث يكون ذلك عبر استخدام التكنولوجيا الحديثة، أو الوسائل العسكرية واتساع نطاقها، فضلاً عن كثرة ضحاياه، وفي هذه الحالة تكون الإنسانية - محل الاعتداء - هي المجني عليها وليس الأفراد فقط.^١

^١ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٧.

فهذه العناصر مجتمعة تعد الإرهاب جرمًا دوليًا؛ إذ إن استيفائها يعد لازماً كون الإرهاب يمثل تهديداً للأمن الدولي، فضلاً عن عده ماساً بالمبادئ والقيم الدولية التي أرساها المجتمع الدولي^١.

ووفقاً للقانون الدولي قد يعد الإرهاب جريمة دولية بصفته؛ وذلك حال وقوعه في وقت السلم متى توافرت عناصر الجريمة الدولية المشار إليها آنفاً^٢ والأصل العام أن الدول من خلال من يشغلون وظائف المسؤولية فيها (كالرؤساء ورؤساء الوزراء وغيرهم) هم في الغالب الذين يرتكبون الجرائم الدولية، إلا أن هذا لا يستبعد وقوع الجرائم ضد الإنسانية (ضد السكان الأصليين المدنيين) بواسطة جماعات فردية لا تعد من أجهزة الدولة، وهو ما يمكن وقوع أعمال إرهابية بواسطة هذه الجماعات^٣.

أما فيما يتعلق بعد الإرهاب جريمة حرب فإنه يقع أثناء النزاع المسلح متى تم استخدام وسائل إرهابية في الأعمال القتالية من خلال نشر الخوف والرعب بين السكان المدنيين، فهو بهذا يعد جريمة حرب تخالف القانون الدولي الإنساني،

^١ ينظر: Jeanclos، مرجع سابق، ص 14-44.

^٢ Paolo Caretti, Table Ronde Lute Contrôle Terrorisme et Protection des Droits Fondamentaux, AUNAIE INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ECONOMICO 2002, at 27. David Brown, The European Union, Counterterrorism, and Police Co-operation, 1992-2007, MANCHESTER UNIV. PRESS, at 204 2010.

^٣ محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

فضلاً عن عده جريمة ضد الإنسانية في حالة بلوغ هذه الأعمال إلى حد كبير من الجسامة كما لو وقعت بطريقة منظمة على المدنيين.^١

وقد ثار خلاف في الفقه والعمل فيما يتعلق بالأعمال التي تمارسها جماعات التحرير أثناء الحرب ومدى عدها إرهاباً، أو جريمة حرب من عدمه؛ إذ إن ذلك كان أحد أسباب العجز حول رسم تعريف عام للإرهاب بواسطة الأمم المتحدة.

فقد تعرضت المادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب ١٩٩٨م - كما أسلفنا من قبل - لهذا الأمر، والذي أكد على إباحة الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل تحرير الشعوب، وتقرير مصيرها، والذي قد يتضمن استخدام القوة في بعض الأحيان.^٢

فمن المعروف أنه بعد الحرب العالمية الثانية استخدمت الدول التي كانت تحت طائلة الاستعمار القوة من أجل الحصول على استقلالها، كتونس والمغرب والجزائر في مواجهة فرنسا، ومصر في مواجهة إنجلترا وغيرهم،^٣ فقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار رقم ١٥١٤ لسنة ١٩٦٠ أكد على حق الدول في استعمال القوة في مواجهة حق تقرير مصيرها، فضلاً عن القرارات الأخرى ذات

^١ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص ٩٣٣ وما بعدها.

^٢ المادة ٢ من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب. وينظر: أيضاً: اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامي حول الإرهاب الدولي ١٩٩٩ وكذا اتفاقية مكافحة الإرهاب لدول مجلس التعاون الخليج العربي ٢٠٠٦.

^٣ ينظر: Gray، مرجع سابق، ص ٥٣.

الصلة التي اعترفت بشرعية الكفاح بواسطة الشعوب المستعمرة، وكذا دعوة الدول لتقديم المساعدة المادية والأدبية لهذه الدول، (قرار ٢٠١٥ لسنة ١٩٦٤)^١ بما في ذلك استخدام الكفاح السياسي والمسلح (قرار رقم ١٠٣ لسنة ١٩٨٧)، بل أكدت على هذا الحق وممارسته بجميع الوسائل عام ١٩٩١.^٢

وفيما يتعلق بالاستثناء الخاص بحركات التحرير فكان غير واضح ما إذا كان يشمل جميع الأعمال العسكرية التي تباشرها هذه الحركات، فلا تقع تحت طائلة وصف الإرهاب وعما إذا كان يجب في هذه الأفعال ألا توجه مباشرة ضد المدنيين لنشر الخوف والرعب.^٣

فقد انقسم الفقه في هذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات، الأول: يرى عدم إدراج جميع أعمال حركات التحرير التي تسعى من أجل تقرير مصيرها تحت وصف الإرهاب

^١ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٥١٤ لسنة ١٩٦٠ وكذا القرار رقم ٢٠١٥ لسنة ١٩٦٤ وكذا القرار رقم ١٠٣ لسنة ١٩٨٧.

^٢ ينظر: Gray، مرجع سابق، ص ٥٥.

^٣ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤١ لسنة ١٩٨٦. جاء هذا القرار لدعم الشعب الفلسطيني في كفاحه لاستعادة حقه في تقرير المصير. إذ تم إقرار هذا الحق دون الإشارة إلى حقه في استخدام القوة إن لزم. وفي عام ١٩٩١، أكدت الجمعية العامة حق الشعوب في تقرير مصيرها بجميع الوسائل.

حتى ولو اشتمل الاعتداء المدنيين،^١ وقد اتضح هذا جلياً عند تحفظ كل من مصر وسوريا والأردن عن التصديق على اتفاقية تمويل الإرهاب ١٩٩٩.^٢

ويرى الاتجاه الثاني: أن الأعمال التي تباشرها جماعات التحرير أثناء الحرب تظل خاضعة لأحكام القانون الدولي الإنساني الذي يحكم النزاعات المسلحة؛ إذ إن هذه الأعمال تعد جرائم حرب، فتخضع للقانون الدولي الإنساني وكذا القانون الداخلي،^٣ أما الاتجاه الثالث: وهو - الذي يتبنى وجهة نظر وسطية - فيرى الجمع بين قواعد القانون الدولي الإنساني والقواعد الدولية المتعلقة بالإرهاب؛ ومن ثم عد الإرهاب جريمة قانونية مستقلة بذاتها وهي "الإرهاب"، وكذا جريمة حرب قد تصل إلى عدها اعتداءً على الإنسانية،^٤ وقد أخذ قانون الإرهاب الكندي بهذا الاتجاه فضلاً عن وضوحه في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة تمويل الإرهاب.^٥

ونخلص من ذلك أن الإرهاب كجريمة دولية تقع أثناء السلم متى استهدفت المدنيين وإحداث الرعب فيما بينهم، فضلاً عن الاعتداء على المنشآت العامة والخاصة أو

^١ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص 951.

^٢ ينظر: أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٦٥ وما بعدها. وينظر أيضاً اتفاقية تمويل الإرهاب ١٩٩٩.

^٣ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص 955. ينظر: أيضاً القرار الإطاري الصادر عن مجلس الإتحاد الأوروبي بشأن الإرهاب الصادر في 13/6/2002.

^٤ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص 954.

^٥ المادة ٨٣/١ من قانون مكافحة الإرهاب الكندي.

ممثلها، وأن الإرهاب في زمن السلم يكون جرمًا ضد الإنسانية،^١ أما أثناء النزاعات المسلحة فإنه يقع تحت طائلة التجريم والعقاب في استهداف المدنيين وغيرهم حتى ولو لم يكن لهم دور إيجابي في هذا النزاع المسلح بهدف نشر الرعب بين السكان المدنيين.^٢

ومن ثم يمكن القول: إن تطور التنظيم القانوني للإرهاب بشكل سريع وقت الحرب قد يؤدي إلى خلق فئة مستحدثة من الجرائم تسمى: "جرائم الحرب الشبيهة بالإرهاب"، وأن الإرهاب هو نوع خاص من الجرائم الدولية وقت النزاع المسلح؛ وذلك نتيجة الجمع بين القواعد العامة للإرهاب وقواعد القانون الدولي الإنساني،^٣ إلا أنه يشترط أن تكون الوسائل التي تستخدم في أعمال الكفاح تتم وفقاً لمبادئ القانون الدولي المحددة باتفاقية جنيف، حتى لا تقع تحت طائلة المحاسبة الجنائية.^٤

^١ ينظر: Marco Sassiole، مرجع سابق، ص 968.

^٢ ينظر مثلاً: 18 U.S.C. Section 2331 2012 defining international terrorism and Section 23315 defining domestic terrorism.

^٣ ينظر في David S. Kris and J. Douglas Wilson، NATIONAL SECURITY INVESTIGATIONS AND PROSECUTIONS 264 2nd ed.2012.

^٤ المرجع السابق، ص ٢٦٥.

فالإرهاب كجريمة حرب يجب أن يقع ضد المدنيين أو أشخاص غير أطراف في النزاع المسلح، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة عند إدانة الجنرال Galic قائد سارييفو عن جرائم الحرب ١٩٩٢ - ١٩٩٥؛ إذ إنه جاء في حكمها أن هذه الجرائم ارتكبت بغرض نشر الرعب بين المدنيين من السكان، ويلاحظ أن معظم الأعمال الإرهابية تقع ضد المدنيين دون أدنى تمييز بينهم وبين المتحاربين.

إرهاب الدولة State Terrorism

يتحقق هذا النوع من الإرهاب إذا قامت الدولة بارتكاب الأفعال الإرهابية ضد الأهداف المدنية وقت الحرب، ويسأل مرتكبو الفعل في هذه الحالة عن جرائمهم وفقاً لقواعد القانون الدولي الجنائي، فالمسؤولية تكون جنائية عن جرائم ينص عليها نظام المحكمة الجنائية الدولية، أو يحيل فيها إلى اتفاقات جنيف التي حددتها (مادة ٣٣/١) وبروتوكولها الأول (مادة ٥١/٢) والثاني (مادة ٤/٢ - د).^١

^١ المادة ١/٣٣ من اتفاقية جنيف الرابعة وكذا المادة ٥١/٢ من بروتوكولها الأول ١/٣٣ والمادة ٤/٢ - د من بروتوكولها الثاني.

وطبقاً للسوابق القضائية في هذا المجال لا يقتصر الإرهاب على الأعمال التي تتم مباشرتها ضد استقرار الدولة وأمنها، بل وكذلك الأعمال التي تتم لصالحها لنشر الخوف وإشاعة الرعب ضد المدنيين كما في حالة الاحتلال العسكري مثلاً.^١

ووفقاً للقانون الدولي العرفي إذا اتضح أن مرتكب الجريمة الدولية قد ارتكبها بصفته الرسمية باسم الدولة فلا يجوز له الدفع أو تمسكه بتمتعته بالحصانة - (موضوعية كانت أو إجرائية) - في مواجهة القضاء الجنائي أو المدني دولياً كان أو وطنياً.^٢

ثالثاً: هل يجوز عد الأعمال الإرهابية من النزاع المسلح؟

يطلق هذا الوصف القانوني إذا ما اتسع نطاق الإرهاب، وزاد تطوره على نحو يشعل الحرب Terrorism Guerrier ويتخذ في الوقت ذاته صورة العنف الجماعي Collective Violence، فيشتبه مع الحرب التي هي نزاع مسلح يحكمه القانون الدولي الذي يضع طرفيه أمام القانون على قدم المساواة،^٣ وقد تمسكت بعض الدول -على رأسها الولايات المتحدة- في تبرير حق الدفاع الشرعي للرد على الهجمات الإرهابية على المواطنين في الخارج؛ مما يبرر استخدام القوة، فقد

^١ ينظر: Cassese، مرجع سابق، ص ٩٥٩ وما بعدها.

^٢ ينظر: Fletcher، مرجع سابق، ص 917.

^٣ Stanislav J. Krish Rim Baum, La Terrorisme et La Guerre. TERRORISME ET SECURITY INTERNATIONAL COLLECTION ETUDES STRATÉGIQUES INTERNATIONAL BRUYANT 2004, at 5-12.

استخدمته بتوسع شديد لتبرير ردها على الشروع في قتل الرئيس السابق جورج بوش الابن بواسطة عملاء عراقيين في الكويت ١٩٩٣.^١

وبحسب طبيعة الإرهاب فهو يحدث اضطراباً يهدد الأمن الداخلي للدولة؛ إذ هو يختلف عن الحرب التي قد تصل إلى تهديد حالة الدفاع لدى الدولة، ليس فقط مجرد تهديد أمنها، لذلك، تواجه الدولة الحرب بالطرق العسكرية من خلال القوات المسلحة، في حين تواجه الإرهاب بواسطة الشرطة والقضاء، إلا أنها قد تضطر في بعض الأحيان إلى اللجوء للطرق العسكرية لمواجهة الخلايا الإرهابية بداخلها، رغم أن أفعالها الإرهابية لا تصدر من دولة أخرى، ولا يصدق عليها وصف الحرب.^٢

ويمكن القول إن بعض أشكال العدوان - مثل الإرهاب - قد تتخذ أبعاداً يمكن أن تهدد أمن الدول وكيانها، وحياة وحرية سكانها، أو احترام الدولة لمعاهداتها الدولية،^٣ وعلى الرغم أن الحرب قد تكون مشروعة لأحد أطرافها إلا أن الإرهاب دائماً عمل غير مشروع.

ويتعين أن نميز في هذا الصدد بين الإرهاب والنزاع المسلح الداخلي الذي يدور داخل إقليم الدولة بين القوات المسلحة للدولة وجماعات مسلحة، ومثال ذلك: ما

^١ ينظر: Gray، مرجع سابق، ص 164-159.

^٢ ينظر: David Cumin، Criminal Tentative de Définition du Terrorisme à Partir du Jus In Bella، 1 REV. SC. CRIM.34 2004، p. 24 etc.

^٣ المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

يحدث في سيناء، إذا وجدت قوة منظمة تحت قيادة مسؤولة، وسيطرت على جزء معين من إقليم الدولة، وتباشر سلطة على سكان هذا الإقليم واقعياً فضلاً عن امتلاكها الوسائل التي تمكنها من احترام الاتفاقات؛ وذلك طبقاً لنص المادة (٣) المشتركة لاتفاقية جنيف وبروتوكولها الإضافي الثاني.^١

وعلى ذلك فلا تتوافر شروط النزاع الداخلي أو حتى الحرب في الإرهاب - بحسب طبيعته -؛ ومن ثم فإن مرتكبوه يعدون مجرمين لا محاربين، ويلاحظ أن إطلاق وصف الحرب على الإرهاب لم يعرفه القانون الدولي وإن كان الإرهاب يتفق مع الحرب في استخدام العنف المسلح؛ إذ إن هذا القانون تتصرف قواعده إلى حالة السلم والحرب، ولا تعرف أو تعالج حالة وسط بين الاثنين.^٢

وبعد الأحداث الأليمة والجسيمة التي ارتكبت في الولايات المتحدة في ١١ سبتمبر ٢٠٠١ التي أوضحت بشكل صريح مدى خطورة هذا الشكل من الإرهاب على المجتمع الدولي؛ إذ هو تهديد للأمن والسلم الدوليين، وعلى الرغم من إعلان الولايات المتحدة حربها على الإرهاب ومطالبتها بتطبيق قانون الحرب (القانون الدولي الإنساني) إلا أنها خالفت التزاماتها الدولية بمقتضى هذا القانون (اتفاقيات جنيف)، فقد طالبت بحقوقها وفقاً لهذه الاتفاقات، وأنكرته في ذلك الوقت على

^١ المادة الثالثة المشتركة لاتفاقية جنيف وبروتوكولها الإضافي الثاني.

^٢ د. فتحي سرور، مرجع سابق.

أعدائها،^١ ولذلك قضت المحكمة العليا الأمريكية في قضية Hamadan v. Rumsfeld أن اللجان العسكرية المشكّلة في Guantanamo Bay (جوانتانامو) خالفت الضمانات المنصوص عليها في المادة (٣) من اتفاقات جنيف.^٢

وقد استند إضفاء وصف النزاع المسلح على الإرهاب إلى قرار مجلس الأمن رقم ١٣٦٨ لسنة ٢٠٠١ الذي يعد هذا النوع من الإرهاب تهديداً للسلم والأمن الدوليين؛ مما ينتج عنه استخدام حق الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة.^٣

وعلى الرغم من تأكيد مجلس الأمن على أن الإرهاب يمثل تهديداً للسلم والأمن الدوليين إلا أن قراره بإباحة استخدام حق الدفاع الشرعي مقيد بالمادة ٥١ من الميثاق التي تنص على أن: الاعتداء الصادر من الدول هو الذي يجيز حق استعمال الدفاع الشرعي، وهو ما أيده وأكده محكمة العدل الدولية في ٢٠٠٤ -

^١ ينظر: Marco Sassali، مرجع سابق، ص ٩٦٥.

^٢ Stephanie Cooper Blum, "Use It and Lose It": An Exploration of Unused Counterterrorism Laws and Implications for Future Counterterrorism Policies, 16 LEWIS AND CLARK LAW REVIEW 677-696 2012.

^٣ ينظر: مثلاً:

- Hamadan v. Rumsfeld, 548 U.S 557 2006.

- Schlesinger v. Councilman, 420 US.738 1975.

- قرار مجلس الأمن رقم ١٣٦٨ لسنة ٢٠٠١.

٢٠٠٥، حيث يعني هذا القرار توسيع دائرة الأعمال التي تمثل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وعدم قصرها على ما يصدر من الدول وحدها.^١

وتعد الحرب ضد الإرهاب نزاعاً دولياً مسلحاً ضد تنظيم لا يعد دولة، كما أن اتفاقات جنيف لا تسري على الجماعات والتنظيمات الإرهابية، بل في مواجهة أطرافها،^٢ وفيما يتعلق بعد الإرهاب نوعاً من النزاع المسلح فإن قواعد القانون الدولي تحظر استعمال القوة على الدول، بل إن القانون الوطني يحرم على الأفراد والجماعات استخدام العنف أياً كانت صورته (أشكاله)،^٣ فلا تنسب القوة إلى الدولة إلا إذا استخدمتها قواتها المسلحة، أو أفراد أو جماعات تابعة لها، تعمل بناءً على توجيه وإشراف ورقابة الدولة،^٤ فإذا تساهلت الدولة مع جماعة إرهابية تعمل على إقليمها كي تباشر أعمالها ضد دولة أخرى، فهي بذلك تخالف التزاماتها الدولية بعدم السماح باتخاذ أراضيتها لمباشرة أعمال تخرق وتنتهك حقوق دولة أخرى دون أن تعد هذه المخالفة استخداماً للقوة في ذاتها.^٥

^١ المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة. ينظر: أيضاً أحكام محكمة العدل الدولية الصادرة في هذا الصدد ٢٠٠٤/٧/٩ و ٢٠٠٥/١٢/١٩.

^٢ ينظر: Sassoli، مرجع سابق، ص 962.

^٣ ينظر: Gray، مرجع سابق، ص 186-179.

^٤ المرجع السابق. ينظر في شأن التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين، د. صلاح عامر، القانون الدولي الإنساني، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٣٢.

^٥ ينظر: Gray، مرجع سابق، ص ١٨٩.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مجلس الأمن قد واجه من قبل تحديات الإرهاب بقرارات متفاوتة فضلاً عن جعله بمثابه مشرع دولي وقاض دولي في الآن ذاته، وكذا استبعاد الوثائق الدولية الخاصة بالإرهاب من نطاق الأعمال الإرهابية التي تقع أثناء النزاع المسلح،^١ حيث إنها أعمال تندرج تحت نطاق القانون الدولي الإنساني، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى ملاءمة عد الإرهاب في ذاته عملاً من أعمال النزاع المسلح يواجه بالحرب ويخضع للقانون الدولي الإنساني؛ مما يجعله في مكانة مساوية مع أعمال الإرهاب المرتكبة أثناء النزاع المسلح والخاصة بقانون الحرب (القانون الدولي الإنساني)،^٢ وكما ذكر Alex Schmid:

“Terrorism is an anxiety–inspiring method of repeated violent action, employed by (semi–) clandestine individual, group, or state actors, for criminal or political reasons, where by– in contrast to assassination – the direct target of violence are not the main targets” “Terrorism is directed toward goals that are political. Terrorist action are of personally or criminally

^١ ينظر مثلاً قرار مجلس الأمن رقم ١٣١٣ لسنة ٢٠٠٠ والقرار رقم ٩٥٥ لسنة ١٩٩٤.

^٢ ينظر مثلاً قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ لسنة ٢٠٠١ والقرار رقم ٦٨٧ لسنة ١٩٩١.

motivated violence are different than the antecedents of terrorism violence Terrorism is a charged term..."¹

¹ Alex P. Schmid, POLITICAL TERRORISM: A NEW GUIDE TO ACTORS, AUTHORS CONCEPT, DATABASES, THEORIES AND LITERATURE 1988.

المبحث الثاني

السياسة الجنائية لمحاربة الإرهاب

منذ بداية القرن الحادي والعشرين احتلت السياسة الجنائية للإرهاب مكان الصدارة في أولويات كل من السياسة الدولية وكذا الوطنية؛ ذلك للمحافظة على السلام والأمن، وضمان حكم القانون وسيادته، وقد واجهت النظم القانونية الداخلية تحديات جمة وصعوبات كثيرة عند رسم وصياغة سياستها الجنائية لمكافحة الإرهاب؛ مما تطلب العمل على تحقيق إصلاحات جنائية موضوعية وإجرائية تكفل فاعلية مواجهة هذه الآفة.

وعلى الرغم أن السياسة الجنائية للأعمال الإرهابية تعد أمراً يمس سياستها الداخلية وشؤونها القانونية الخاصة، إلا أن البعد الدولي لهذه الظاهرة ألقى بظله على نطاق سلطة الدولة في الإصلاح التشريعي الجنائي، وكذا القضائي للقضاء على هذه الظاهرة الإجرامية.

أولاً: السياسة الجنائية الدولية وعالمية مواجهة الإرهاب

(البعد الدولي للسياسة الجنائية والعقابية)

في أعقاب الهجمات الإرهابية التي وقعت في ١١ سبتمبر ٢٠٠١ أصدر مجلس الأمن الدولي قراراً رقم ١٣٦٨ الذي ألزم الدول الأعضاء بمجموعة من الواجبات تحت مظلة الفصل السابع لميثاق الأمم المتحدة، والتي منها:

١- مطالبة جميع الدول بتجريم تمويل الإرهاب، وتجميد بعض الأصول والأرصدة (البنكية)، ومنع بعض الأعمال المتعلقة بالإرهاب.

٢- مطالبة كافة الدول بتقديم الإرهابيين وتسليمهم للعدالة.

٣- انضمام الدول الأعضاء للوثائق والاتفاقات الدولية والبروتوكولات الخاصة بالإرهاب.

٤- عد الأعمال الإرهابية جرائم (جنايات) جسيمة في القوانين والتشريعات الداخلية الوطنية، فضلاً عن أنه يجب أن تعكس العقوبة مدى جسامة هذه الأفعال.^١

^١ ينظر في هذا الصدد:

Franks v. Delaware, 438 U.S.154,155-56 1978 and United States v. Daoud, 755 F.3d 479, 490 7th Cir.2014 Rovner, J, Concurring

وعلى إثر ذلك أنشأ مجلس الأمن لجنة مواجهة الإرهاب The Counterterrorism Committee لمراقبة ومتابعة تطبيق الدول للقرار رقم (١٣٧٣)، وتوجيهها حول كيفية تطبيق هذا القانون؛ إذ إن هذا أدى إلى إحداث تعديلات على النظم الجنائية في العالم لمكافحة الإرهاب.^١

وفي هذا الصدد أصدر مجلس الأمن قراراً رقم ١٥٦٦ لعام ٢٠٠٤ الذي حث الدول على منع أعمال الإرهاب، وضمان أن تكون معاقباً عليها جنائياً بعقوبات جسيمة رادعة تتفق وجسامتها طبيعتها،^٢ وقد طالبت الأمم المتحدة وأجهزتها المعنية باتخاذ كافة التدابير اللازمة والإجراءات الضرورية لقمع ومنع ومكافحة الإرهاب، على أن تراعي هذه التدابير والإجراءات مدى اتفاقها مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان.^٣

¹ Kimmo Nuotio, Terrorism as a Catalyst for the Emergence, Harmonization and Reform of Criminal Law, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 998–1016.

وينظر أيضاً قرار مجلس الأمن رقم ١٧٣٧ لسنة ٢٠٠٦.

^٢ قرار مجلس الأمن رقم ١٥٦٦ لعام ٢٠٠٤.

³ Laura K. Donohue, Anglo–American Privacy and Surveillance, 96 CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY JOURNAL 1059,1116 2006.

وقد طالبت الأمم المتحدة الدول بحماية منظومة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والعامّة أثناء مواجهة الإرهاب؛ لذا أصبح لقانون حقوق الإنسان أهمية كبيرة ومتنامية عند وضع تدابير مكافحة أعمال الإرهاب.¹

فمن الناحية الدولية يقع على عاتق الدولة التزام بالتشريع لمكافحة الإرهاب يراعي التزاماتها الدولية المتعلقة بالإرهاب، وأن تبلغ الجزاءات المقررة لهذه الجريمة من الجسامة وطبيعته القانونية، فضلاً عن احترام معايير حقوق الإنسان الدولية،² إلا أن هذا السياج الدولي لا يخل بالسيادة الوطنية للمشرع الداخلي في وضع وسن تشريع الإرهاب، ومراعاة كافة الالتزامات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها حقوق الإنسان.³

وبناءً على ما تقدم يتضح أن قضية المحافظة على الأمن داخلياً كان أو دولياً بمعناه الشامل هي حجر الزاوية وراء التصدي لمواجهة الإرهاب، إلا أن هذه المواجهة يجب أن تكون في إطار احترام حقوق الإنسان وإلا كانت غير

¹ Laura K. Donohue, The Cost of Counter Terrorism, Power, Politics, and Liberty 241,249 2008.

² ينظر في هذا الصدد:

Sofia Galani, Terrorist Hostage-Taking and Human Rights: Protecting Victims of Terrorism under the European Convention on Human Rights, 19 HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 1 2019, at 149-171.

³ المرجع السابق، ص ١٦٢-١٦٥.

منضبطة،^١ فمن غير الممكن أن تتم مكافحة الإرهاب خارج حكم القانون الذي تتدمج فيه قواعد التجريم والعقاب والمنع وقواعد حماية حقوق الإنسان المعترف بها دولياً،^٢ ويلاحظ أنه لا يتناقض الالتزام الدولي بتجريم الإرهاب والمعاقبة عليه ومكافحته مع اتخاذ التدابير الملائمة التي تتفق واحترام حقوق الإنسان.^٣

أما فيما يتعلق بالشرعية الدولية والدستورية في مكافحة الإرهاب فقد انفقت كل من الأولى المتمثلة في الاتفاقات والمواثيق الدولية كمصدر للقانون الدولي مع الثانية المتمثلة في أحكام الدستور في ضرورة التوازن بين آليات ومتطلبات مكافحة الإرهاب وقواعد حقوق الإنسان، تأكيداً لوحدة وعموم وتجريد حكم القانون.^٤

فعندما تتم مواجهة الإرهاب بأساليب عادلة أكثر من مجرد المعاقبة عليه، وكذا تكون حماية منظومة حقوق الإنسان صمام أمان هذه العدالة الجنائية خلال مكافحة الإرهاب، فيكون حكم القانون في هذه الحالة معززاً رفيع الشأن.^٥

ويثور التساؤل حول مدى التوازن الذي تستند إليه الشرعية الدولية في النظام الدولي، وكذا الشرعية الدستورية في النظام القانوني الوطني البحث عن المعايير

^١ المرجع السابق، ص ١٦٧.

^٢ ينظر: Donohue، مرجع سابق، 244.

^٣ المرجع السابق، ص ٢٤٨.

^٤ ينظر بوجه عام، د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق ٢٠٠٦.

^٥ المرجع السابق.

والمقومات التي تحكم المواجهة من ناحية التحديات الأمنية، وتحديات حقوق الإنسان.^١

ويلاحظ أنه قد واجهت تحقيق هذا التوازن صعوبات متعددة، وخاصة على المستوى الوطني، حفاظاً على المبادئ العامة التقليدية التي تحكم القانون الجنائي الكلاسيكي، وكذا التكيف مع العناصر الجديدة التي خلقتها تحديات الإرهاب الدولي^٢، قد أدى للبحث والتنقيب عما إذا كانت مكافحة الإرهاب تتم من خلال القواعد القانونية العامة، أم أنه يتعين اللجوء إلى قواعد خاصة لمواجهته حتى لو تطلب الأمر الخروج على القواعد العامة.

ثانياً: السياسة الجنائية الوطنية في مكافحة الإرهاب

(الجهود الوطنية في الأنظمة القانونية المقارنة)

١ - مكافحة الإرهاب في الولايات المتحدة الأمريكية

على إثر تعرض الولايات المتحدة لهجمات إرهابية متعددة - منها: التفجير الأول لمركز التجارة العالمي ١٩٩٣، ثم تفجير المبنى الفيدرالي بأوكلاهوما Oklahoma ١٩٩٥ - سن الكونجرس الأمريكي تشريعاً لمكافحة الإرهاب ١٩٩٦ تضمن مساساً بالضمانات الدستورية الأمريكية، مثل: إضفاء السرية على التحقيقات

^١ المرجع السابق.

^٢ المرجع السابق.

الجنائية، وإنشاء المحاكم العسكرية، فضلاً عن حبس الأجانب، ومنع اتصال المتهم بدفاعه (محاميه) ،¹ وفي أعقاب أحداث ١١ سبتمبر أقر الكونجرس قانون بترويت *Patriot Act*، فضلاً عن الأوامر التنفيذية Executive Orders الصادرة عن رئيس الدولة لمكافحة الإرهاب ومعاقبته، وضمت قيوداً غليظة على الحريات العامة المدنية لم تشهدها البلاد منذ أمد بعيد إلى وقت الحرب العالمية الثانية.^٢

وقد ارتكزت السياسة الجنائية لأمريكا في مواجهة الإرهاب على أساسين:

أ - سلطات الطوارئ وتطبيق القانون العسكري.

¹ David Cole and James X. Dempsey, *Terrorism and the Constitutional Scarifying Civil Liberties in the Name of National Security* 2002.

هذا ويلاحظ أن قانون مكافحة الإرهاب الأمريكي ١٩٩٦ قد سمح بالاعتماد على الأدلة السرية في إجراءات محاكمة الأشخاص الاجانب المتهمين بجرائم إرهابية وإنكار حقهم في الدفاع من خلال المواجهة بمن اتهمتهم، إذ أن هذا القانون اباح تدابير تخالف الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في التعديل الأول للدستور الأمريكي، إذ إنه يخالف مبدأ الاعتماد على الوسائل القانونية "Due Process of Law".

^٢ ينظر مثلاً: *Mississippi v. Johnson*, 71 US 4 Wall. 475 1867.

وفي هذا الصدد، يلاحظ أن الرئيس الأمريكي Abraham Lincoln - إبان الحرب الأهلية - قد أصدر أمراً بإيقاف العمل بحق إتجاء المحبوس للقضاء "Habease Corpus" إذ أن المحكمة العليا الأمريكية صححت الإجراءات التي اتبعت بناء على معيار الخطر الواضح الحال clear and present danger test للمساس بحرية التعبير. وحين وصل الأمر للقضاء الأمريكي، قضى بأنه "رغم أن الرئيس Lincoln لا يملك إصدار هذه الأوامر إلا أن المحكمة لا تستطيع التدخل في واجبات الرئيس في حالة الطوارئ أو بوصفه قائداً أعلى للقوات المسلحة."

ب - قانون بترويت "Patriot Act" في أكتوبر عام ٢٠٠١.

وطبقاً للأساس الأول أعلن الرئيس الأمريكي بوش آنذاك حالة الطوارئ بسبب بعض الهجمات الإرهابية by declaration of national emergency reason of certain terrorist attacks ؛ إذ إن إعلان هذه الحالة خول للرئيس مباشرة العمليات العسكرية باستخدام كل القوة الملائمة والضرورية ضد الأمم والمنظمات والأشخاص الذين نظموا أو سمحوا أو نفذوا أو أيدوا الضربات الإرهابية في هذا الوقت، أو وفروا لهم الإقامة؛ وذلك لتفادي ومنع كل عمل مستقبلي للإرهاب الدولي ضد الولايات المتحدة ومصالحها بواسطة هذه الدول أو الأشخاص أو المنظمات.^١

وطبقاً للقانون العسكري يجوز معاملة الإرهابيين بوصفهم أعداء محاربين، فضلاً عن إعلان المحاكم الفيدرالية آنذاك صحة الأعمال التي مورست والمتعلقة بالحرب واستخدام القوات المسلحة في الخارج، واللجوء للمحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصها وإجراءاتها لنظر قضايا المتهمين بالإرهاب.^٢

أما فيما يتعلق بالأساس الثاني لمواجهة الإرهاب كجزء من السياسة الجنائية للولايات المتحدة، فقد تمثل في قانون بترويت Patriot Act 2001، والذي قد وسع من السلطات الاستثنائية في المراقبة الإلكترونية أو التفتيش الواقع على

^١ AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1999, at 296-297. Louis Fisher,

^٢ المرجع السابق.

المنظمات الأجنبية أو عملائها،^١ وقد تضمن هذا القانون مجموعة من الإجراءات الخاصة والماسة بالحقوق والحريات الأساسية، وخاصة فيما يتعلق بمجالات المراقبة وغسيل الأموال، ومركز الأجانب واعتقالهم، والحبس الاحتياطي، وكذا التوسع في مجال (سلطة) التجريم والعقاب.^٢

وبوجه عام يمكن القول: إن هذا القانون والقرارات التنفيذية ذات الصلة الصادرة إما من رئيس الدولة أو النائب العام قد قيدت على نحو موسع بعض الحقوق والحريات، وخاصة ما يتعلق بمدى جواز تسجيل المكالمات التليفونية المعروفة بنصوص الغروب "Sunset Provisions".

وبناءً على ذلك فإن الحق في الحياة الخاصة (Privacy) المنصوص عليه في التعديل الرابع للدستور الأمريكي من أهم الحقوق التي لحق بها المساس، فضلاً عن حق استخدام الوسائل القانونية "Due Process of Law" المنصوص عليه في التعديل الخامس من الدستور ذاته، و الذي يعنى الحق في المحاكمة المنصفة والعادلة،^٣ أضف إلى ذلك حرية الاجتماع والتعبير المنصوص عليها في التعديل

^١ ينظر في هذا المجال: Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S.579 1952

^٢Norman Abrams, Developments in USA Anti-Terrorism Law: Checks and Balances Undermined, 4 INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 2006, at 1117-1136.

^٣ ينظر:

الأول من الدستور ذاته ، إلا أن هذا القانون أثار قضية أساسية تتعلق بالفصل بين السلطات، وخاصة فيما يتعلق بمدى إمكانية السلطة التنفيذية اتخاذ إجراءات قد تصل لحد تقييد الحقوق والحريات من غير رقابة تشريعية وقضائية "Judicial Review" تحت مظلة السلطات الشاملة التي تملكها في المسائل الخارجية والشؤون العسكرية،^١ وفي هذا الصدد أثير التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق واستخدام قواعد المحاكمة المنصفة، ومدى احترام هذه القاعدة في الإجراءات المتبعة أمام المحاكم واللجان العسكرية.^٢

وفي عام ٢٠٠٤، أصدرت المحكمة العليا الأمريكية ثلاثة أحكام تتعلق بوضع قواعد للحد الأدنى من حماية الحقوق الدستورية للمواطنين والأجانب المحبوسين؛ إذ انحصر الجدل بين الفقه القانوني حول مدى معرفة إمكانية الوصول للتضحية بالحريات العامة الأساسية تحت مسمى حماية الأمن القومي National Security Interests.^٣

Congressional Record Senate 10990, Oct.25, 2001, at 10990-91"....
Some of the provisions . . . will face difficulties in the courts, and that
We In Congress have to revise their issues..."

^١ هذا وقد تضمنت هذه الأوامر التنفيذية الأخذ بمعيار القيمة الاحتمالية للدليل، وعدم جواز الاستئناف والإكتفاء بالنظلم للرئيس أو لوزير الدفاع، والاكْتفاء في الادانة بأخذ أغلبية ثلثي أعضاء اللجنة، إذ أن ذلك لا يشترط الإجماع المتطلب في الأحوال العادية.

^٢ ينظر مثلاً: Exparte Milligan, 71 U.S. 4wall. 21866.

^٣ ينظر في هذا الصدد: Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 1976.

وفي عام ٢٠٠٥ صدر قانون معاملة السجناء (The Detainee)، ووضع قيوداً على سلطات المحاكم في إعادة النظر في الأمور المتعلقة بالمسجونين، وخاصة جوانبهم، فضلاً عن تقييد السلطة التنفيذية في اتخاذ إجراءات قاسية أو غير إنسانية، أو تضمن معاملة مهنية في السجن أياً كان موقعه.^١

وقد أقرت المحكمة العليا في قضية Hamdan حق المتهم بالإرهاب في التمتع بالضمانات الدستورية المكفولة بشرط استخدام الوسائل القانونية؛ إذ أنه قد صدر عام ٢٠٠٦ قانوناً جديداً للجان العسكرية بشأن إجراءاتها؛ إذ نص هذا التشريع على عدم تطبيق قانون القضاء العسكري على هذه اللجان إلا في الحالات التي ينص عليها،^٢ حيث نص هذا القانون على عد اللجان العسكرية بمثابة محكمة تملك فقط محاكمة المحاربين الأجانب الأعداء إلا أنه لا يجوز للمحارب العدو التمسك أمامها بحقوقه بناءً على اتفاقية جنيف (مادة ٣) مع حقه في الاستعانة بمحام من المدنيين يلتزم بعدم إفشاء معلومات لأي شخص غير مصرح بها يتناولها، فضلاً عن جواز استعانتها بمدافع من العسكريين.^٣

^١ ينظر: في هذا الصدد: Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 2004.

^٢ ينظر مثلاً: Ex parte Bigelow, 113 U.S. 328 1885.

^٣ ينظر:

- Abrams، مرجع سابق، ص ١١٣٤.

- Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 2004.

٢ - سياسة فرنسا الجنائية في مواجهة الإرهاب

بدأت فرنسا في تأسيس سياستها الجنائية على أربعة مبادئ، هي: التخصص، والمركزية، والتنظيم المنسق، والاتصال وتبادل المعلومات بين مختلف الأجهزة لبحث العلاقة بين أفراد الخلايا الإرهابية،^١ وقد تطلبت هذه القواعد إنشاء إدارات متخصصة ومركزية داخل الشرطة، جنباً إلى جنب مع القضاء المتخصص في مكافحة هذه النوعية الخطيرة من الجرائم.^٢

وبناءً على ذلك لجأت فرنسا في مواجهة الإرهاب - كخطوة أولى - إلى كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، فضلاً عن الأخذ بنظام قانوني لا يتسق والقواعد العامة، حيث يعد العمل الإرهابي وصفاً لطبيعته وذاتيته القانونية.^٣

وفي عام ٢٠٠٦، صدر قانون مكافحة الإرهاب الذي أدخل العديد من التعديلات المباشرة على قانون العقوبات، منها: إنشاء جرائم عدم القدرة على تبرير وجود موارد

- Gray Scoffoni, Les Juges et la Constitution des Etats-Uniens a` l'Epreuve du Finances Publiques, Etudes En l'honneur de Locus Philip, Economico 2005, at 229-234.

¹ Nathalie Cettina, The French Approach: Vigor and Vigilance, in CONFRONTING TERRORISM: EUROPEAN EXPERIENCES, THREAT PERCEPTIONS, AND POLICIES Marianne Van Levrven, ed. 2003, at 71.

^٢ المرجع السابق.

^٣ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق.

تتعلق بسير الحياة، أو عدم القدرة على تبرير مصدر المال، وتسهيل تبرير المواد المشبوهة لدى الأشخاص (المواد ١٣٢١/٦، ١٠/٣٢١ - ١ عقوبات) ^١، وكذا تعديلاً بشأن الجماعات والعصابات الإرهابية؛ وذلك بتشديد العقاب على مديريها، والتوسع في تجريمها بالنظر إلى الجرائم التي تختص بارتكابها (المواد ٤٢١/٤٢١، ١/٢١ - ٥ - ٦) ^٢، ويلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية قد استحدثت نصوصاً جديدة تتعلق بالإجراءات التي تسمح لرجال الضبط القضائي بعدم الكشف أو إظهار هويتهم أو شخصياتهم إلا من خلال أرقامهم المسجلة إدارياً مع معاقبة من يظهر شخصياتهم بطريقة غير مشروعة (مادة ٧٠٦ - ٢٤ إجراءات جنائية) ^٣.

فضلاً عما استحدثته هذا القانون في تعديلاته فيما يتعلق بمركزية محاكم تطبيق العقوبات الجنائية بباريس - التي تشرف على تنفيذها - بشأن المحكوم عليهم في جرائم إرهابية، وكذا إنشاء محاكم جنائيات ودوائر جنائية متخصصة للهجمات الإرهابية (مادة ٧٠٦ - ٢)، وكذا التدخل الاستثنائي لقاضي الحريات لإحالة القبض الذي مارسه مأمور الضبط "Garde a Vue" في حالة توافر خطر جوي

^١ راجع المواد ٦/٢٣١، ٦-١/٣٢١، ١٠-١/٣٢١ من قانون العقوبات الفرنسي قانون مكافحة الإرهاب ٢٠٠٦ المعدل لقانون العقوبات.

^٢ المواد ٢١/٤٢١، ١/٤٢١-٥-٦، وما بعدهم.

^٣ المواد ٧٠٦-٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

ينذر بوقوع عمل إرهابي،^١ كما أن هذا التشريع قد استحدث نظاماً لتحسين تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية.^٢

٣ - ماذا عن السياسة الجنائية للمملكة المتحدة في محاربة الإرهاب؟

من المعروف أن بريطانيا كانت من أكثر الدول الغربية التي تعرضت لموجات جسيمة وهجمات عنيفة من العنف والإرهاب؛ وذلك نتيجة العنف السياسي الذي مارسه سكان المستعمرات الإنجليزية قبل تحريرها، فضلاً عن العنف والتطرف السياسي الذي تصاعد في إيرلندا ضد اندماجها في بريطانيا لمدة طويلة (حوالي ثلاثة قرون).^٣

ولذلك كان لفلسفة قوانين مكافحة الإرهاب في بريطانيا آثارها في صدور قانون محاربة الإرهاب عام ٢٠٠٠ الذي تضمن تعريفاً لهذه الظاهرة بأنها ارتكاب أفعال أو التهديد بها، وسواء وقع داخل المملكة أو خارجها؛ مما أدى إلى توسع القوات

^١ المادة ٧٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

^٢ ينظر: Cettina، مرجع سابق، ص ٧٤ وما بعدها.

^٣ Michael C. Dorf, The Orwellian Military Commissions Act of 2006, 5 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 2007, at 10-18.

الشرطية في مكافحة أعمال الإرهاب؛ مما أثار الشك حول وجوب التحقق من ضرورة وتناسب هذه السلطات.^١

وفي أعقاب هجمات ١١ سبتمبر اضطرت بريطانيا إلى إدخال عدة تعديلات على هذا القانون نتيجة تطور أشكال الإرهاب، وعدم انحصاره أو انكماشه في مكان معين؛ مما أدى إلى وضع سياسة مواجهة هذه الظاهرة قبل وقوعها وإدارة أخطارها، وليس فقط اقتصار دور القانون على وضع سياسة رد الأفعال على الأحداث الإرهابية^٢، وقد احتوى قانون مكافحة الإرهاب ٢٠٠٠ وتعديلاته ٢٠٠١ و ٢٠٠٥ على سياسات جنائية قوية لمكافحة هذه الآفة عقابياً وإجرائياً، يمكن عرضها على النحو الآتي:

أولاً: خلق تدابير قضائية وغير قضائية لمراجعة الاحتجاز *Detention* الذي تمارسه.

ثانياً: تعزيز وتقوية سلطات رجال الشرطة حفاظاً على الأمن وضبط الأموال المستخدمة في تمويل الإرهاب، وتعديل القواعد العقابية والإجرائية لمكافحته.

¹ Brogan v.UK, Application

No.11269,11234,11266/84,11386/85,Ser.A.No 145-B1989.

11E.H.R.R.S 39, Brannigan and McBride

v.UK.App.Nas.14553/89,Ser.Aub 258-B199417.E.H.R.R.

^٢ ينظر مثلاً في فرنسا: La Loi No. 2006-64 du 23 Janvier 2006 Relative a la

lutte Contre le Terrorism, REV. SC. CRIME 2006, No2, p.366.

ثالثاً: المحافظة على الأمن الجوي وسلامة الطيران المدني.

رابعاً: حق اعتقال المشتبه فيهم من الإرهابيين الدوليين وإبعادهم إدارياً، مع إعطاء المشتبه فيه حق استئناف ما يصدر ضدهم أمام لجنة استئنافية خاصة بالهجرة وحرمانهم من اللجوء إلى القضاء بشأن أي إجراء يتخذ ضدهم. (مواد ٢١ - ٣٢).^١

وفي عام ٢٠٠٠ صدر تعديل جوهري على قانون مكافحة الإرهاب نص على أنه: "يعد تشجيعاً للإرهاب نشر التصريحات التي يمكن أن تفهم من الجمهور بأنها تشجيع مباشر أو غير مباشر أو تحريض على ارتكاب الإرهاب، أو تحبيذ أعمال الإرهاب، أو جرائم معينة منه"،^٢ فضلاً عن تضمن هذا التشريع جرائم التدريب على الإرهاب والتحضير له؛ إذ أنه وسع من سلطات الشرطة في الحبس والاحتجاز بعد القبض لمدة ٢٨ يوماً بشرط موافقة القاضي.^٣

هذا وقد تعرضت قوانين مكافحة الإرهاب في المملكة المتحدة - مؤخراً - لعدة انتقادات، أهمها: أن يكون تشريع الإرهاب متنسقاً بقدر الإمكان مع القانون الجنائي العادي - (العقابي والإجرائي) - وأن جرائم الإرهاب الجديدة يجب أن تكون

^١ ينظر: في المواد ٣٢-٢١ من قانون مكافحة الإرهاب البريطاني ٢٠٠٠ وتعديلاته في ٢٠٠١، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٨.

^٢ المواد ٢٧-٢٤ من ذات القانون.

^٣ المواد ٣١-٢٨ من ذات القانون.

ضرورية لمواجهة أي تهديد متوقع أو حال مع الأخذ في الاعتبار تحقيق التوازن الصحيح بين احتياجات المحافظة على الأمن ومقومات حريات الأفراد وحقوقهم العامة المدنية الأساسية.^١

من كل هذا يتضح أن التأثير في الخطوات التشريعية لاتخاذ تدابير ضرورية لمكافحة الإرهاب يجب أن يكون مصحوباً بالالتزام باحترام منظومة حقوق الإنسان، بما في ذلك عدم التمييز وحرية الاجتماع والعقيدة وغيرها، فضلاً عن احترام الضمانات الدستورية المصونة بما في ذلك أن الأصل في المتهم البراءة، وحق الدفاع، والحق في المحاكمة أمام محكمة مستقلة محايدة.^٢

هذا وقد شهدت الأدوات التشريعية للدول بوجه عام توسيع سلطات الاستدلال والتحقيق عن الإرهاب من خلال قواعد خاصة تتعلق بكشف بطاقات تحقيق الشخصية المزورة، وتسجيل المحادثات الهاتفية، ومعاينة كل من يقوم بتشجيع أو إنشاء أو تنظيم أو إدارة أو تمويل جماعات إرهابية عازم على ارتكاب أنشطة العنف لأهداف إرهابية،^٣ وتستهدف التعديلات الإجرائية لقوانين الدول تقوية سلطات جمع المعلومات والاستدلالات فيما يتعلق بالإرهاب، فضلاً عن الحد من نطاق الرقابة القضائية؛ من خلال تحويل أجهزة الشرطة سلطة احتجاز المشتبه فيه، وفي

^١ راجع Dorf، مرجع سابق، ص ١٦.

^٢ المرجع السابق، ص ١٣-١٥.

^٣ ينظر على سبيل المثال: الجنايات المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثاني مكرراً والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المصري.

جميع الأحوال يجوز للنيابة العامة أن تأمر بالإفراج عن المشتبه فيه (المحبوس) إذا تبين عدم توافر متطلبات تقييد حريته، وكذا احترام الكرامة الشخصية.¹

ومن الجدير بالذكر أن الدول في تشريعاتها الجنائية العقابية قد أدخلت مجموعة من التدابير الإدارية للحيلولة دون الهجمات الإرهابية ضد النظام والأمن العام، ويشمل هذا: إعادة تنظيم استخدام الإنترنت (شبكات التواصل الاجتماعي) بواسطة الجمهور، وكذا حركة البيع لبعض أنواع المتفجرات وأدوات التفجير وحياسة الأسلحة حفاظاً على سلامة المعلومات المستمدة من أجهزة الاتصال.²

يضاف إلى ذلك ما تعتقه وتتنباه الدول في تشريعاتها، وخاصة المتعلقة بالإرهاب، لمنعه في المطارات، وكذا قواعد إجرائية شديدة التعامل مع الهجرة غير الشرعية، واستبعاد الأجانب لمبررات تتعلق بتهديد أمن الدولة ونظامها العام، وكذا وجود أمارات وأسباب تفيده أن تواجد أو بقاء بعض الأجانب على إقليم الدول قد يسهل النشاط الإجرامي الإرهابي،³ ويجوز في بعض الحالات - وخاصة حالات الاستعجال ولمدة محددة - السماح بتفتيش المساكن دون إذن قضائي وفي غير

¹ ينظر: الجنايات والجرائم التي يتضمنها القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المصري.

² د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

³ Robert M. Chesney, The Sleeper Scenario: Terrorism Support Law and the Demands of Prevention, 42 HARVARD JOURNAL ON LEGISLATION 1 2005, at 19-20 & 26-28.

حالة التلبس، وكذا التتصت على المراسلات والاتصالات - وفي حالات الضرورة العاجلة - دون إذن مسبق من القضاء.^١

وفي جميع الأحوال لا يفوتنا أن نشير إلى أنه طبقاً للإطار الدستوري الذي يجب أن تعمل من خلاله الدولة في رسم سياسة واستراتيجية مكافحة الإرهاب أمنياً وجنائياً، وكذا ثقافياً واجتماعياً، وهذا يعني التزام الدولة - بحكم الدستور والقانون - بحماية الأمن والنظام العام في مواجهة أخطار أعمال الإرهاب؛ إذ تنظم القوانين أحكاماً خاصة بإجراءات الاستدلال والتحقيق التي تقتضيها ضرورة مواجهة هذه الأخطار المحدقة؛ وذلك تحت رقابة القضاء.

ويمكن القول: إن الشريعة الإسلامية الغراء قد أتت باستراتيجية قوية ورسينة في مجال مكافحة الإرهاب (الحرابة)، حيث إن السلم والأمن من أسمى غايات الإسلام، وأن الحرب هي الاستثناء، ولا يتم اللجوء إليها إلا لرد العدوان،^٢ وتتلخص استراتيجية الإسلام في مكافحة جرائم الإرهاب (الحرابة) فيما يأتي:

^١ ينظر: على سبيل المثال:

- United States v. Wright, 747 F.3d 399,407-10 6th Cir2014.
- United States v. Garey, 546 F.3d 1359,1361-63 11th Cir2008.

^٢ د. محمد بن عبد الله العميري، موقف الإسلام من الإرهاب، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ٢٠٠٤، ص ٧٠-٧٢.

١ - منع جريمة الحراية بالقضاء على أسبابها السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها من خلال تحقيق العدل الاجتماعي بين الناس بغض النظر عن دياناتهم وأجناسهم ولغاتهم في الحقوق والواجبات وإشراكهم في إدارة شؤونهم.

٢ - محاربة التطرف الديني وخطورة التطرف (الإسلام الراديكالي)، ونشر الثقافة الدينية الصحية والفكر المتسامح، وبيان آثار جريمة الحراية المدمرة.

٣ - قمع جريمة الحراية من خلال ملاحقة المحاربين، والقبض عليهم، وتسليمهم للعدالة، وتوقيع العقوبة الرادعة عليهم - متى توافرت شروطها - فضلاً عن التشجيع على التوبة، ورد الحقوق لأصحابها، والعمل على إعادة تأهيل المحاربين التائبين حتى يمكن إدماجهم في المجتمع من جديد.^١

والتساؤل الآن: هو كيف يمكن تحقيق التوازن بين الحفاظ على الأمن وحماية

منظومة حقوق الإنسان الدولية؟

^١ المرجع السابق، ص ٤٨.

المبحث الثالث

هل يمكن تحقيق التوازن

مكافحة الإرهاب بين حماية حقوق الإنسان وحفظ الأمن

إن للإرهاب آثاراً مدمرة وعواقب جسيمة على الإنسانية أجمع، حيث أنه يلقي تحديات أمنية وسياسية واقتصادية، فالتحديات والمبادئ القانونية لمحاربه تبو حاسمة وهامة تحت ظلال عصر الديمقراطية وحقوق الإنسان ودولة سيادة القانون، فأصبحت جزءاً لا يتجزأ من الضمير الدولي، وقد كان لمواجهة هذه الجريمة بكل صورها وجميع أشكالها جانباً راسخاً وهاماً من مقومات النظام القانوني، حيث تتم المواجهة والمكافحة من خلال التوازن بين متطلبات محاربه في قمع الجرم والعقاب عليها، وكذا ضبط الجناة، وبين مقدرات حماية حقوق الإنسان، وهو أمر غاية في الصعوبة.

"فسلح الإرهاب يجب أن يكافح بسلاح العدالة، وأن الفكرة الفاسدة يجب مكافحتها بفكرة صالحة، ولا يجوز لمن يعالج الضرر بضرر مثله، ويجب حماية القانون بالقانون"،¹ ومن هذا المنطلق فإن المجابهة الشاملة للأعمال الإرهابية لا يمكن –

¹ Virginia Henning, Antiterrorism Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation from The European Convention on Human Rights, 17 AM. U. INTL. L. REV. 2002, at 1263–97.

ولا يجب - أن تكون بمعزل عن دولة سيادة القانون وقواعد حقوق الإنسان، حيث إن هذه المواجهة والتحديات تمثل الركن الأساسي في مكافحته على اختلاف أبعاده وأنواعه، وهو ما دفع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تصدر أحكاماً قاطعة وحازمة فيما يتعلق بضمان احترام حقوق الإنسان عند مواجهة الإرهاب.¹

ومن ناحية أخرى فللدولة الحق -p بل من واجبها - أن تعمل على مكافحة الإرهاب استعمالاً لحقها في الدفاع عن سيادتها وأمنها القومي واستقرارها، وكذا الدفاع عن حقوق وأرواح مواطنيها، فهو الهدف السامي لاحترام حقوق الإنسان، فهناك الكثير من الانتهاكات والتجاوزات الماسة بالنظام القانوني إذ وضعته الدولة ذاتها، حيث لم تعد تهتم كثيراً بمسألة الضمير الأخلاقي والالتزام بمبدأ المعاملة بالمثل، والتي أثارت تساؤلاً حول مدى إمكانية توصيف الرد قانوناً كي يتلائم مع الاعتداء، وفي الوقت ذاته اتخاذ تدابير وإجراءات قمعية ووقائية في إطار دولة سيادة القانون.²

ومن الأمثلة الشهيرة لهذه المخالفات: ما حدث في سجن أبو غريب والمعاملة اللاإنسانية وعمليات التعذيب التي تعرض لها الكثير من السجناء، وما نتج عن الممارسات الفردية لحراس السجن في تحطيم السجناء نفسياً بغرض الحصول على

¹ Cephas Lumina, Counterterrorism Legislation and the Protection of Human Rights: A Survey of Selected International Practice, 7 AFR. HUM. RTS. L.J. 35-672007.

² راجع د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق.

المعلومات، فضلاً عن "السجون السرية" أو "السجون الطائرة" التي هي على شاكلة سابقتها في التأثير على التوازن النفسي، وكذا تسهيل استخدام التعذيب للضغط على السجناء، فضلاً عن احتجاز أسرى الحرب في بعض الأحيان، وتركهم دون محاكمة، أو مساعدة قضائية لفترات غير محددة (سجن قاعدة جوانتنامو).¹

وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول مدى عد المطالبة باستخدام "التعذيب" كوسيلة مشروعة أو عادية من وسائل القوة لمكافحة الإرهاب، ذهب بعض الفقه القانوني الأمريكي إلى القول إن "نتيجة التحليل البسيط لحساب التكلفة والعائد فيما يتعلق باستخدام التعذيب الذي لا يفضي إلى الموت إذا كان يخفي معلومات لازمة لمنع وقوع عمل إرهابي أفضل من أن يسقط عدد كبير من القتلى والضحايا الأبرياء".²

فطبقاً لهذا الرأي الفقهي فإنه يؤمن بأن استباق وقوع العمل الإرهابي عن طريق تفسير وحوكمة قدر معقول من التجاوزات الضرورية واللازمة "أفضل من أن نجد المجتمع قد وقع في حالة صدمة طارئة إثر وقوع عمل إرهابي، وفي هذه الحالة يمكن الاستناد إلى بعض التجاوزات - التي قد تكون مفرطة أحياناً - إلى التفاوض عنها ووصفها "بالاشرعي"، وخاصة فيما يتعلق بوضع عملية إدارة السجون خارج

¹ راجع د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

² Jonathan L. Hafez, Torture, Judicial Review and the Regulation of Custodial Interrogations, 62 N.Y.U. ANNUAL SURVEY. AM. L. 433 2007.

إطار القواعد العامة للقانون والقضاء حتى ولو كانت ممارسته غير جسدية، بل تتصف بالعنف واللامدية.^١

ويمكن الرد على هذا الفقه بأنه يمكن أن يسمح التعذيب باكتشاف عمل إرهابي في مقابل فقدان القواعد الأخلاقية، وفي الوقت ذاته فإنه يخلق ملايين من الإرهابيين والمجرمين الذين يتسببون من خلال ارتكاب أعمال إرهابية أخرى فيجب الرد على الإرهاب باستخدام الطرق القانونية والأدوات الشرعية.

وفي هذا الصدد لا يمكن أن تقر الحقوق والحريات دون توازن بينهما وبين المصلحة العامة؛ مما يعني أن الضمانات التي توفرها الشرعية الدستورية لا يمكن أن تطبق وحدها عند زيادة أو اقتراب وقوع الأخطار؛ إذ إن الحفاظ على النظام العام الذي يكون معرضاً للخطر يبدو أمراً دقيقاً في الظروف العاجلة والاستثنائية عنها في الظروف العادية؛ مما يجعل التوازن بينه وبين الحريات أمراً ليس سهلاً.^٢

وبناءً على ذلك فإن حماية النظام والأمن العام هو هدف ذو قيمة دستورية يجب التنسيق بينه وبين سائر المبادئ الدستورية، وهنا يأتي دور كل من معيار الضرورة والتناسب في ضبط هذا التوازن للنظام القانوني بين المصلحة العامة والحقوق

^١ ينظر: Lumina، مرجع سابق، ص ٣٨-٤٢.

^٢ المرجع السابق، ص ٤٤-٤٨.

والحريات،^١ فلا تكتمل المواجهة القانونية للإرهاب بالانضمام فقط للمواثيق والمعاهدات الدولية، بل بالتزام الدول باحترام معايير حقوق الإنسان، وهذا كله يحتاج إلى تقييم تدابير مكافحة الإرهاب، وكذا إدماج حماية حقوق الإنسان،^٢ فضلاً عن مراعاة اعتبارات حفظ الأمن والالتزام بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وكذا مبدأ اليقين القانوني في نصوص التجريم والعقاب وخاصة عند ذلك الإدماج.^٣

وقد اتخذت المحكمة الدستورية العليا المصرية معياراً تلتزم به الدولة عند سن قواعدها وتشريعاتها القانونية وهو احترام حقوق المواطنين وحرياتهم ليس فقط عند حد معنى الحرية الشخصية المكفولة دستورياً، بل اشترطت ألا تخل القوانين بالحقوق الأخرى التي لها صلة بهذه الحرية، والتي منها ألا تكون العقوبة الجنائية مهينة في ذاتها أو محضة في قسوتها، أو تتضمن عقاب الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد Double Jeopardy، فضلاً عن عدم غموض النص الجنائي حول فحوى ومجال تفسيره وتطبيقه، فيكون كل هذا ممثلاً لضابط الرقابة الدستورية.^٤

^١ William Turner, Freedom from Torture in the "War against Terrorist": Is It Absolute? 23 TERRORISM & POLITICAL VIOLENCE 419-37 2011.

^٢ المرجع السابق.

^٣ ينظر: Sanian v. Lithuania, App.No.32293105, Eur.ct.M.R.2011.

^٤ ينظر: المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦. ينظر أيضاً:

فماذا عن ضابط الضرورة والتناسب الذي يمثل الصمام الدستوري لتحقيق التوازن بين حفظ الأمن واحترام حقوق الإنسان ومواجهة الإرهاب؟

ظهر هذا المعيار بالنص عليه صراحة في المادة الثامنة لإعلان الثورة الفرنسية الذي أقر أن التشريع لا يمكن أن يفرض إلا عقوبات ضرورية على وجه اليقين والدقة،^١ وقد انعكس هذا المعيار في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨، وقد تجلّى واضحاً في عدم السماح مطلقاً باستخدام العقوبات الوحشية أو القاسية أو المهينة للكرامة الإنسانية فضلاً عن عدم الاعتداء على الحقوق الأساسية أو التعسف في التدخل فيها أو في استعمالها (مادة ٥ - ٨)،^٢ هذا وقد تم التأكيد على هذه المبادئ، وخاصة عدم المساس بالحرية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (مادة ٧ - ٩).

- دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ٢٠٠١ في القضية رقم ٤٩ لسنة ٢٢ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية في ١٥ فبراير سنة ٢٠٠١، العدد ٧.

- دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢، العدد ٤.

- دستورية عليا في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية في ٤ يناير سنة ١٩٩٣، العدد ٣.

^١ راجع المادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ١٧٨٩ إعلان الثورة الفرنسية.

^٢ راجع المواد ٨-٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨. وكذا المواد ٧-٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦.

وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان ضابط الضرورة؛ إذ إن الاتفاقية نصت على: "أن ممارسة الحقوق والحريات يمكن أن تخضع لشروط وقيود أو جزاءات ينص عليها القانون؛ مما يعد تدابير (ضرورية) في مجتمع ديمقراطي لحماية الأمن الوطني ووحدة الكيان الإقليمي للدولة، أو المحافظة على الأمن العام، أو الدفاع عن النظام، أو منع وقوع الجريمة، أو حماية الصحة أو الأخلاق، أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة، أو ضمان استقلال سمعة وحيدة القضاء."^١

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه: يمكن للمشرع أن يضع القواعد التي تنظم ممارسة حرية نقل الأفكار والآراء، وأن يضع جزاءات جنائية على مخالفتها بقصد ضمان فاعليتها أو التوازن بينها مع غيرها من القواعد أو المبادئ ذات القيم الدستورية.^٢

وبالاطلاع على الدستور المصري يلاحظ أن نصوصه في مجموعها لا تجيز تقييد حرية أحد بأي قيد إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، وكذلك حظر تقييد حرية أحد إلا بما يحفظ كرامة الإنسان،^٣ مبدأ التناسب الذي لا تقوم

^١ ينظر: المواد ١٥ و ١٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٣ وبروتوكولاتها المعدلة.

^٢ ينظر في هذا الحكم تفصيلاً:

Jean-Francois Flaus, The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression, 84 INDIANA L. JOURNAL 3 2009, at 813-817.

^٣ ينظر: المادة ٥١ من الدستور المصري ٢٠١٤.

الضرورة في التجريم إلا باعتباره ومراعاته، يتمتع بذات القيمة الدستورية لسائر الحقوق والحريات والمصلحة العامة،^١ فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليست مطلقة، بل مقيدة بغايات الدستور؛ إذ إن سلطة التشريع لا تمارس إلا في حدود الدستور.^٢

فقد قضت المحكمة الدستورية العليا: "بأن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها، ودون ذلك يعني إحلال المحكمة لإرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التي فرضتها"،^٣ فطبقاً لحكم الدستورية فإنه كلما كان الجزاء مقررًا لضرورة، ومتناسباً مع الأفعال التي جرمها ومنعها المشرع، متزايداً مع خطورتها كان موافقاً للدستور،^٤ فالمصلحة العامة هي جوهر الحقوق والحريات ويجب أن تتم وفقاً للضرورة الاجتماعية والتناسب المقيد باحترام هذه الحقوق.

^١ ينظر: المواد ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٩٢ من الدستور المصري.

^٢ د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق. ينظر: دستورية عليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية دستورية.

^٣ ينظر: دستورية عليا في ٨ يوليو لسنة ٢٠٠٠ في القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ مكرر في ٢٢/٧/٢٠٠٠.

^٤ ينظر: دستورية عليا في ٦ يونيو لسنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٨ قاعدة رقم ٤، ص ٣٦٥.

وقد قضى المجلس الدستوري في فرنسا - وهي رقابة سابقة - بعدم دستورية المادة ٤٢/١ من قانون العقوبات التي عدت مساعدة أجنبي على دخول البلاد أو الإقامة فيها بشكل غير مشروع من الأعمال الإرهابية، فقد جرم المشرع هذا السلوك أنه قد يكون منبث الصلة بالعمل الإرهابي الذي قام به الأجنبي دون إخلال بإمكانية عد هذا الفعل اشتراكاً في الأعمال الإرهابية إذا توافرت مقومات وعناصر الجريمة القانونية،^١ فضلاً عن أنه لا يجوز للمشرع أن يضع عقوبات غير ضرورية.

ويلاحظ أن الفقه قد استقر على أنه يجب التحقق من ضرورة الجرم قبل التحقق من الجزاء، حيث إن وصف الأفعال محل التجريم لا يؤدي فقط إلى تشديد العقوبات، بل يؤدي إلى خضوعها لإجراءات مشددة مما ينص عليه القانون العام.^٢

وقد نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه في حالة الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة في فترة محددة، فإنه يجوز للدول أن تتخذ بعض التدابير - ولكن في أضيق الحدود - بحسب ما يتطلبه الوضع، وألا تكون هذه التدابير منطوية على تمييز يكون مبرره الجنس، أو العرق، أو اللون، أو الدين،...

^١ ينظر: المادة ٤٢١/١ من قانون العقوبات الفرنسي المعدل المقضي بعدم دستورتها من المجلس الدستوري في فرنسا.

^٢ د. مدحت رمضان، مرجع سابق.

إلخ فضلاً عن كونها واضحة ومبينة في التشريع لتجنب أي تعسف في تطبيقها أو أي غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم.^١

ويجب أن تكون هذه التدابير غير ماسة "بالحقوق الأساسية"، فلا يجوز لأي دولة أن تخالف التزامها بحماية الحق في الحياة، والحق في عدم الخضوع للعبودية والاسترقاق، والتعرض للحرمان من الحرية بسبب عدم سداد الديون أو التعذيب أو رجعية قانون العقوبات أو غيرها.^٢

ويلاحظ أن هذه الحقوق هي المعيار الدولي للتوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة واحترام الحقوق وحماية الحريات في الظروف الاستثنائية، ويعد تصديق الدول بما فيها مصر على العهد الدولي للحقوق المدنية وغيره من المواثيق ذات الصلة بمثابة القانون الداخلي الذي لا يتجزأ من الكيان القانوني للدولة، وفي إطار احترام الدستور هذا هو دور الشرعية الدستورية التي تحمي مختلف القيم الدستورية (المصلحة العامة والحقوق والحريات)، فهي التي تحدد شكل التوازن المتطلب في

^١ المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦.

^٢ د. فتحي سرور، مرجع سابق.

الظروف الاستثنائية، وهو قد يكون أمراً غاية في الصعوبة والتعقيد وخاصة مع حماية الأمن العام.^١

وبناءً على ما تقدم فإنه تتم مكافحة الإرهاب بكافة صورته وأشكاله في ضوء قواعد التناسب والضرورة - من الناحية الجنائية - وفقاً لما يأتي:

أولاً: منع وقوع الفعل الإجرامي

تعد الأدوات والوسائل التي تحول دون وقوع جريمة الإرهاب من أهم وسائل المكافحة، وذلك عن طريق:

أ - السماح والترخيص بالتدابير والإجراءات التي تسمح باكتشاف الجريمة، أو تعمل على عدم وقوعها، ومثال ذلك: ما نص عليه كل من القانون الفرنسي ٢٠٠٦ والبريطاني بشأن الإرهاب (كترخيص إنشاء نظام المراقبة بالفيديو كما حددها القانون الفرنسي)، فضلاً عن الرقابة على القطارات الدولية، ومراقبة الاتصالات والتنقلات أو التحريات الخاصة بالتبادل الإلكتروني أو الهاتفي للأشخاص المشتبه

^١ هذا وقد قضت المحكمة البلجيكية التحكيمية محكمة التحكيم بأنه "لا يجوز في سبيل حماية المصلحة العامة التضحية بالمبادئ الأساسية للنظام القانوني البلجيكي". ينظر: القرار رقم ٩٠-١٨ في ٢٣ مايو لعام ١٩٩٠.

في اشتراكهم في أعمال الإرهاب، ومنع الهجرة غير الشرعية، ومراقبة الحدود وفقاً للأوضاع التي حددها القانون^١.

ب - تشجيع الحوار البناء والذي يسهم في خلق بيئة ثقافية رافضة للإرهاب.

ج - التوسع في تجريم الأفعال التي قد تساعد على تحقيق الإرهاب حتى لو لم يقع بالفعل.

هذا ما يطلق عليه بعض الفقه الجنائي "التوسع في جرائم الخطر"، أي: أنه لا يشترط وقوع ضرر فعلي من الأعمال الإرهابية، كتجريم تمويل الإرهاب لما له من أثر في وقوعه وكذا عدم التبليغ عن هذه الجريمة مما يتصل علمه بارتكابها وغيرها^٢.

هذا وقد توسع قانون العقوبات وكذا قوانين الإرهاب في العديد من الدول - بما فيها مصر - في تحديد جرائم الخطر التي تعد إرهاباً، كإنشاء أو تأسيس أو تنظيم أو إدارة جمعية إرهابية، وحتى الانضمام لها والترويج لأغراضها، وكذا الانضمام

^١ ينظر: قانون العقوبات الفرنسي الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٢ ودخل إلي حيز النفاذ أول مارس ١٩٩٤.

^٢ ينظر: المواد ٨٦ و ٨٦ مكرر ب و ٨٦ مكرر من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ وكذا القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن مكافحة غسل الأموال.

للجماعات الإرهابية أيًا كانت تسميتها يكون مقرها خارج البلاد، فضلاً عن العقاب على غسل الأموال.^١

ثانياً: في عقاب الجريمة (قمع الجرم)

يجب من خلال قانون العقوبات وكذا قوانين مكافحة الإرهاب وغيره من التشريعات ذات الصلة النص على الأفعال الإجرامية التي عنيت الموائيق الدولية المتعلقة بالإرهاب، كجرائم خطف الطائرات والرهائن وغيرها من الأفعال التي أسلفنا الإشارة إليها فضلاً عن الشروع في ارتكاب الإرهاب والاشتراك فيه سواء بطريقة التحريض أو المساعدة أو التآمر أو الدعم أو التحضير.... وغير ذلك.^٢

ولذلك تتطلب قوانين مكافحة الإرهاب - وكذا القوانين العقابية - أن تفرد عقوبات جسيمة ورداعة تتناسب مع خطورة الإجراءات، مثل: عقوبة مصادرة الأرصدة والممتلكات المخصصة لأغراض إرهابية وتجميدها، وتخويل السلطات المعنية بضبط هذه الممتلكات أو اتخاذ تدبير احترازي مؤقت تحت نفقة الدولة.^٣

^١ القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن مكافحة غسل الأموال المصري.

^٢ د. مدحت رمضان، المرجع السابق.

^٣ د. إبراهيم عيد نايل، المرجع السابق.

ثالثاً: خصوصية النظام الجنائي الإجرائي وذاتيته

تتطلب محاربة الإرهاب وضع نظام إجرائي خاص يضمن فاعليتها في إطار احترام مبادئ حقوق الإنسان الدولية، والذي يجب أن يركز على تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعاوى (الجنائية والمدنية) وفقاً لمعايير الاختصاص التي يحددها القانون طبقاً للدستور، وكذا النص على أحكام خاصة بالإجراءات الجنائية تراعي معايير الضرورة والتناسب والتأكيد على رقابة القضاء ومبدأ حظر التعذيب.^١

يضاف إلى ذلك النص على تدابير التعاون الدولي التي يمكن اللجوء إليها مع الدول الأخرى، بهدف تبادل المعلومات، وتسليم المجرمين، ومباشرة التحقيقات، وكذا المساعدة القضائية المتبادلة، فضلاً عن إيلاء عناية خاصة بحقوق ضحايا جرائم الإرهاب، ليس فقط لتعويضهم مادياً ومعنوياً دون تمييز عن الأضرار التي تلحقهم، بل لضمان حقوقهم في الوصول إلى تحقيق العدل والعدالة.^٢

^١ المرجع السابق.

^٢ ينظر بوجه عام:

- د. إبراهيم مصطفى سليمان، المرجع السابق.

- د. نورالدين الهنداوي، المرجع السابق.

- د. محمد محمود سعيد، المرجع السابق.

- David Weissbrodt and Cheryl Heilman, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, 29 LAW AND INEQUALITY JOURNAL 343 2011. "The precedents and standards applied by

صفوة القول إن الوضع القانوني لمكافحة الإرهاب لا يقتصر على متطلبات التشريع الوطني، بل يتسع لمتطلبات المجتمع الدولي، وأن حكم القانون في مواجهة الإرهاب يمتد للقانون الدولي، ولا يقتصر على القانون الداخلي فقط، فضلاً عن التأكيد على عدم الانحياز للتحديات الأمنية وحدها على حساب انتهاك حقوق الإنسان، فالتكامل بينهما هو الذي يضمن مواجهة تحديات الإرهاب، وكفيل بمنعه وقمعه من خلال نظام إجرائي قويم.

والآن ماذا عن ما أتى به قانون الإرهاب المصري الجديد؟

international bodies such as the United Nation's human rights committee, The European Court of Human Rights, and International Criminal Tribunals established by the United Nations should inform the standards applied by the United States in determining whether conduct falls within the prohibition against torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment or punishment."

الفصل الثاني

المواجهة الجنائية للإرهاب في القانون المصري

تمهيد

استندت مكافحة الإرهاب في مصر - قبل إصدار قانون مكافحة الإرهاب الجديد رقم ٢٠١٥/94 وتعديلاته- إلى أساسين قانونيين يتفقان مع الدستور المصري ٢٠١٤:

أولاً: قانون العقوبات وكذا قانون الإجراءات الجنائية بوصفهما القانون العام لنصوص التجريم والعقاب، وكذا قانون غسل الأموال ٢٠٠٢، فقد صدر القانون رقم ١٩٩٢/٩٧ مضيفاً بعض المواد لقانون العقوبات (في القسم الأول من الباب الثاني تحت عنوان: الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل)؛ فتعلقت هذه المواد بتعريفها وتحديد جرائمها وأركانها وعقوبتها (مواد ٨٦، ٨٦ مكرر، ٨٦ مكرر (أ) (ب) (ج) (د)، ٨٨، ٨٨ مكرر).

فضلاً عن القانون الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة، والذي نص على أن يكون لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ ما يراه من إجراءات تحفظية مناسبة إذا توافرت لديه دلالات كافية وأمارات واضحة على اتهام شخص بارتكاب جرائم الإرهاب، وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربعة وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له في

القبض على المتهم،^١ وفي هذه الحالة على مأمور الضبط أن يسمع أقوال المقبوض عليه، وإرساله للنيابة المختصة؛ إذ يكون للنيابة العامة في هذه الحالة أن تأذن بالقبض عليه لمدة لا تجاوز سبعة أيام، وأن تستجوبه خلال اثنتين وسبعين ساعة من عرضه عليها، فأما أن تأمر بحبسه احتياطياً، أو إطلاق سراحه، وذلك بما خول لها من ضرورة التحقيق وصيانة المجتمع؛ إذ هي الأمانة على الدعوى الجنائية.^٢

وقد جاء القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ الذي قضى بتعديل المادة ٢٠٦ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية، والتي تنص على أن: للنيابة العامة على الأقل سلطات قاضي التحقيق في جرائم الإرهاب، فضلاً عن أن سلطة محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة (مادة ١٤٣) من القانون ذاته،^٣ ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون رقم ٢٠٠٣/٨٤ قد حضره، وكذا القانون رقم ٢٠١٩/١٤٩ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الأهلية (منظمات المجتمع المدني) إنشاء الجمعيات السرية

^١ راجع المادة السابعة مكرر فقرة ٣ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ المعدل للقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة.

^٢ ينظر بوجه عام، د. محمد ذكي أبو عامر، قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨. هذا ويلاحظ أن هذه السلطات ممنوحة في تحقيق الجنايات المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثاني مكرراً والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات.

^٣ ينظر: المادة ٢٠٦ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل بمقتضى القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣. ينظر: أيضاً المادة ١٤٣ من ذات القانون.

التي تمارس نشاط تكوين التشكيلات العسكرية، أو تهديد الوحدة الوطنية؛ إذ إن هذه القوانين تشترط أيضاً لتلقي أموال أو تبرعات من الخارج سواء من أشخاص طبيعيين أو اعتباريين موافقة الجهات الإدارية المختصة.^١

يضاف إلى ذلك القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن مكافحة غسل الأموال، حيث يعد غسل الأموال مصدراً أساسياً لتمويل الجماعات الإرهابية؛ إذ إنه تم إنشاء وحدة مستقلة بالبنك المركزي ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال بمقتضى هذا التشريع،^٢ تختص هذه الوحدة بأعمال التحري والفحص وإبلاغ النيابة العامة بما يسفر عنه ذلك، وكذا لها أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية التي تتكفل بتجميد الأموال المشتبه في مصدرها وطبيعتها؛ مما يجعلها فعلاً جنائياً معاقباً عليه طبقاً لأحكام هذا القانون (مادة ٥).^٣

ثانياً: القانون الاستثنائي (قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨)؛ إذ إنه لا يزال العمل بحتمية فرض حالة الطوارئ في حالة الإرهاب، وخاصة في المناطق التي تكون هدفاً للأعمال الإرهابية، إلا أنها - وطبقاً للدستور الجديد - تفرض بقواعد

^١ ينظر: بوجه عام، القانون رقم ٨٤ / ٢٠٠٣ وكذا القانون رقم ١٤٩ / ٢٠١٩ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الأهلية وتعديلاته.

^٢ المادة الخامسة من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن مكافحة غسل الأموال.

^٣ المادة الخامسة من ذات القانون السالف ذكره.

وإجراءات منصوص عليها دستورياً سواء فيما يتعلق بمدة فرضها، وكذا ما يترتب على تطبيقها بعد موافقة البرلمان.^١

أما قانون مكافحة الإرهاب الجديد رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته جاء جامعاً مانعاً، حيث وضع تعريفات محددة للمفاهيم المرتبطة، وكذا ما يتعلق بالأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة بجرائمه، وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على النحو الآتي:

^١ نظمت المادة ١٥٤ من الدستور المصري، الطريقة التي يعلن بها رئيس الجمهورية حالة الطوارئ في البلاد، حيث نصت على وجوب عرض الإعلان على البرلمان خلال الأيام الـ ٧ التالية له، كما منحت رئيس الدولة حق إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا تتجاوز ٣ أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة. وتتص المادة ١٥٤ على إنه: "يعلن رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه. وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ.

"قانون الطوارئ هو قانون ينظم حالة الطوارئ، فهو نظام استثنائي محدد في الزمان والمكان تعلنه الحكومة، لمواجهة ظروف طارئة وغير عادية تهدد البلاد أو جزءاً منها وذلك بتدابير عاجلة وطرق غير عادية بشروط محددة ولحين زوال التهديد.

المبحث الأول: الإطار الدستوري لتعريف الإرهاب في القانون الجديد

المبحث الثاني: الأحكام الجنائية الموضوعية لمواجهة الإرهاب في القانون الجديد

المبحث الثالث: الأحكام الجنائية الإجرائية لمواجهة الإرهاب في القانون الجديد

المبحث الأول الإطار الدستوري لمكافحة الإرهاب

تنص المادة (٢٣٧) من الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ على أنه:

"تلتزم الدولة بمواجهة الإرهاب بكافة صورته وأشكاله وتعقب مصادر تمويله وفق برنامج زمني محدد، بوصفه تهديداً للوطن وللمواطنين، مع ضمان الحقوق والحريات العامة، وينظم القانون أحكام وإجراءات مكافحة الإرهاب والتعويض العادل عن الأضرار الناجمة عنه وبسببه".^١

فقد نتج عن هذا الالتزام الدستوري الواقع على الدولة بمحاربة الإرهاب عن إصدار قانون مكافحة الإرهاب الجديد رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته، وبمقتضى هذا النص يتحدد الإطار الدستوري لمكافحة الإرهاب وفقاً لما يأتي:

أولاً: الخروج عن القواعد العامة في بعض الأحيان تحكمه قواعد الضرورة، وعلى هذا لا تحول بعض الإجراءات المنصوص عليها دستورياً - بناءً على هذا المعيار - دون مكافحة الإرهاب، وخاصة ما يتعلق بالأوامر القضائية المسببة ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون.^٢

^١ ينظر: المادة ٢٣٧ من الدستور المصري ٢٠١٤.

^٢ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

ثانياً: تأكيد الرقابة القضائية على ما يتم اتخاذه من إجراءات وذلك من خلال التحقق من مشروعيتها طبقاً للأحكام المنصوص عليها قانوناً وبعد التأكد من قواعد ومعايير الضرورة وحالات الاستعجال.^١

ثالثاً: ينظم القانون الخاص بمواجهة الإرهاب أحكاماً خاصة بإجراءات التحقيق والاستدلال، بمعنى أنه يجوز الخروج على القواعد العامة من خلال هذا التنظيم القانوني مع الأخذ في الاعتبار وجود تنظيم خاص بإجراءات محاكمة جرائم الإرهاب مع التزامها بضمانات المحاكمة العادلة المقررة في القانون العام.

رابعاً: سلطة رئيس الجمهورية - في بعض الأحيان - في إحالة جرائم الإرهاب إلى أية جهة قضائية منصوص عليها دستورياً أو قانوناً.^٢

خامساً: التأكيد على التزام الدولة بالعمل على حماية الأمن وحفظ النظام العام في مواجهة أخطار الإرهاب، حيث إن هذا المبدأ يشير إلى المصالح المحمية من وراء مكافحة الإرهاب (الأمن والنظام العام)، سواء كان الأمن عاماً يتصل بكيان الدولة أو خاصاً بالأشخاص والممتلكات،^٣ فضلاً عن اتساع هذا الالتزام بقمع ومنع وقوع الإرهاب من خلال تدابير الضبط الإداري وغيرها من الوسائل، وكذا منع وقوع الأعمال الإرهابية، حيث إن هذا يتطلب وضع استراتيجية ومنظومة مكافحة

^١ ينظر المواد ١٩٠ و ١٩٢ من الدستور المصري.

^٢ ينظر: المادة ١٥٤ من الدستور المصري.

^٣ ينظر: المادة ٢٣٧ من الدستور المصري.

الإرهاب تتسع لما يعد من جرائمه، وكذا تحديد وسائل وضوابط منعه واكتشافه مبكراً، ووضع الإجراءات الجنائية اللازمة والكفيلة بالضبط والتحقيق، فضلاً عن مراعاة الضرورة والاستعجال، وتوضيح آليات التعاون الدولي، وكان لمكتب المخدرات والجريمة في فيينا التابع للأمم المتحدة دوراً بالغ الأهمية في هذا الصدد، خاصة عن طريق إعداد دليل تشريعي "Legislative Guide" لاتفاقات ومواثيق الإرهاب لمساعدة الدول على اتخاذ الخطوات الضرورية لمنع ارتكاب أعمال الإرهاب.¹

التعريف بالإرهاب فقهاً وقانوناً في قانون الإرهاب الجديد

لقد تعددت آراء الفقه الجنائي حول وضع تعريف جامع مانع لاصطلاح الإرهاب، وخاصة على الصعيد الوطني الداخلي، حيث عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "الاستعمال العمدي والمنظم لوسائل من طبيعتها إثارة الرعب بقصد تحقيق أهداف معينة"،² ويعرف الفقيه الفرنسي دولنيودي فابر الإرهاب بأنه: "أفعال تتسم بنشر الذعر والفرع؛ وذلك باستخدام المتفجرات أو تدمير خطوط السكك الحديدية، أو قطع السدود، أو تسميم مياه الشرب، أو نشر الأمراض المعدية، بما يؤدي خلق حالة من الرعب العام".³

¹ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

² ينظر: ليفاسير، مرجع سابق، ص ٣٤ وما بعدها.

³ د. مدحت رمضان، مرجع سابق، ص ٨٣ وما بعدها.

وذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول: إن الإرهاب هو: "كل عنف يرتكب ضد الأشخاص أو الأموال أو المؤسسات، وتكون له طبيعة سياسية، ويستهدف الحصول على استقلال إقليم من الأقاليم، أو قلب نظام الحكم، أو التعبير عن الاعتراض على بعض مظاهر سياسة الدولة"؛ لذلك عرفه البعض بأنه: "كل عنف مسلح يرتكب لأهداف سياسية أو فلسفية أو أيولوجية أو دينية".¹

من هذه التعريفات يمكن القول: بأن الإرهاب - بمفهومه العام - هو: كل جنائية أو جنحة - سياسية أو اجتماعية - يؤدي ارتكابها أو الإعلان عنها إلى إحداث زعر عام، ويخلق خطراً عاماً، وهو كل عمل إجرامي يرتكب فقط أو بصفة رئيسة لنشر الذعر؛ وذلك باستخدام وسائل تسمح بخلق حالة من الخطر العام، ويكون الهدف منها نشر فكرة أو خدمة سياسية أو ثورية.²

ومما تجدر الإشارة إليه أنه ذهب جانب من الفقه الجنائي المصري إلى تعريف الإرهاب بأنه: "أسلوب عمل لتنفيذ نشاط إجرامي عنيف لتحقيق هدف معين عن

¹ Susan Tiefenbrun, A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism, 9 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 2003, at 360-365.

² المرجع السابق، ص ٣٦٤.

طريق بث الرعب والخوف في نفوس الضحايا ومهدداً بذلك حياة الآخرين بما يحمله من اعتداءات على السلامة البدنية ومن خطر عام.^١

وقد ذهب البعض الآخر من الفقه المصري الجنائي إلى أنه على الرغم من تزايد وتعدد الآراء والاتجاهات في تعريف الإرهاب، واختلاف مواقف الدول تجاه تبني تعريف مقبول - في الوسط القانوني - للإرهاب، إلا أن القاسم والعامل المشترك بين هذه المفاهيم هو أن العمل الإرهابي ما هو إلا استخدام للقوة أو العنف أو التهديد بهما.^٢

وبناءً على ما تقدم يمكن القول: إن الإرهاب هو استخدام للعنف، أو استخدام وسائل من طبيعتها نشر الرعب، فالرعب - كما هو معروف - لا يتحقق إلا باستعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، كالاكتداء على الحق في الحياة، أو في سلامة الجسم، أو الحق في الملكية، أو الحق في البيئة، أو الحق في الأمن، أو غير ذلك من الحقوق أو المصالح التي يحميها القانون، واستخدام المتفجرات أو السيارات المفخخة أو القنابل، أو حتى إرسال الطرود الملغمة؛ إذ إن هذا يمثل العنصر المادي لجريمة الإرهاب.^٣

^١ د. محمد سامي الشوا، البلطجة كظاهرة إجرامية مستحدثة، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد ١٣، أكاديمية الشرطة، يوليو ٢٠٠٥، ص ٥١٠.

^٢ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٦٢ وما بعدها.

^٣ د. مدحت رمضان، مرجع سابق، ص ٨٦.

وقد اختلفت التشريعات المقارنة بشأن تعريف الإرهاب ما بين اتجاهين، الأول وهو قوانين حرصت على وضع تحديد دقيق لمعنى الإرهاب، من أهمها: التشريع الفرنسي والتشريع المصري، وتشريعات أخرى لم تضع مفهوماً أو تعريفاً محدداً للإرهاب - كالقانون الألماني - إذ أنه من الصعب وضع تعريف للإرهاب، فالتعريف قد لا تكون له أهمية عملية، حيث حدد القانون الجرائم الإرهابية.^١

وقد حرص المشرع المصري على وضع تعريف محدد للمصطلحات والمفاهيم المتعلقة بالإرهاب، حيث عرف قانون مكافحة الإرهاب رقم (٩٤) عام ٢٠١٥ كل من الإرهابي والعمل الإرهابي والجماعة الإرهابية وكذا الجريمة الإرهابية، وذلك على خلاف أحكام قانون مكافحة الإرهاب القديم رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٢؛ إذ إنه وضع تعريفاً واسعاً وفضفاضاً للإرهاب؛ فجاء القانون الجديد ليتلافى الانتقادات الموجهة للقانون القديم شارحاً على وجه التحديد والتفصيل المقصود بالمصطلحات المتعلقة بهذه الجريمة.^٢

فقد جاءت المادة الأولى من هذا القانون بتعريف ووصف للجماعة الإرهابية بأنها: "كل جماعة أو جمعية أو هيئة أو جهة أو منظمة أو عصابة مؤلفة من ثلاثة

^١ المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات الفرنسي. لمزيد من التفصيل في هذا الصدد: ينظر د.

أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ١٠.

^٢ ينظر: قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥. وجدير بالذكر أن المشرع الألماني لم يستخدم في قانون العقوبات تعبير "الإرهاب" إلا في المواد ١٢٩ أ و ب، إذ جرم في الأولى تكوين تنظيمات إرهابية وفي الثانية تكوين تنظيمات إجرامية أو إرهابية في الخارج.

أشخاص على الأقل أو غيرها أو كيان تثبت له هذه الصفة أياً كان شكلها القانوني أو الواقعي، سواء كانت داخل البلاد أو خارجها وأياً كان جنسيتها وجنسية من ينتسب إليها، تهدف إلى ارتكاب واحد أو أكثر من جرائم الإرهاب، أو كان الإرهاب من الوسائل التي تستخدمها لتحقيق أو تنفيذ أغراضها الإجرامية.^١

وعلى هذا فالجماعة الإرهابية هي أي كيان أو تنظيم أياً كانت جنسية أعضائه، يهدف لارتكاب جريمة من جرائم الإرهاب الواردة بالقانون المصري، أو يستخدم الإرهاب لتحقيق أغراضه الإجرامية.^٢

وفي السياق ذاته عرفت المادة سالفه الذكر الإرهابي بأنه: "كل شخص طبيعي يرتكب أو يشرع في ارتكاب أو يحرص أو يهدد أو يخطط في الداخل أو الخارج لجريمة إرهابية بأية وسيلة كانت ولو بشكل منفرد، أو يساهم في هذه الجريمة في إطار مشروع إجرامي مشترك، أو تولي قيادة أو زعامة أو إدارة أو إنشاء أو تأسيس أو اشتراك في عضوية أي من الكيانات الإرهابية المنصوص عليها في المادة رقم (١) من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن تنظيم قوائم الكيانات الإرهابية والإرهابيين، أو يقوم بتمويلها، أو يسهم في نشاطها مع علمه بذلك"،^٣ وبناءً على هذا يتضح من هذا التعريف أن الإرهابي هو كل من

^١ ينظر: المادة الأولى من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ ينظر: المادة الأولى من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٣ ينظر: المادة الأولى من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن تنظيم قوائم الكيانات الإرهابية.

يرتكب جريمة إرهابية أو يشرع في ارتكابها أو يسهم في ارتكابها بالتحريض، ويعد لارتكابها بالتخطيط والتنفيذ أو يسهم بأي شكل من الأشكال في إدارة أو إنشاء أو تأسيس أي من الكيانات الإرهابية المنصوص عليها في القانون.^١

أما الجريمة الإرهابية فهي كل جريمة وردت في هذا القانون أو أية جريمة أخرى ترتكب باستخدام إحدى وسائل الإرهاب أو بغرض تنفيذ هدف إرهابي؛ وذلك طبقاً لنص المادة الأولى من القانون ذاته، حيث نصت على أن الجريمة الإرهابية هي: "كل جريمة منصوص عليها في هذا القانون، وكذا كل جنائية أو جنحة ترتكب باستخدام إحدى وسائل الإرهاب، أو بقصد تحقيق أو تنفيذ غرض إرهابي، أو بقصد الدعوة إلى ارتكاب أي جريمة مما تقدم أو التهديد بها؛ وذلك دون إخلال بأحكام قانون العقوبات."^٢

ويأتي في صدارة هذا القانون نص المادة الثانية منه بشأن تعريف العمل الإرهابي فوصفته بأنه: "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع في الداخل والخارج بغرض الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر، أو إيذاء الأفراد، أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة أو الخاصة أو أمنهم للخطر، أو غيرها من الحريات والحقوق التي كفلها الدستور والقانون، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي أو

^١ المادة ١ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ١ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

الأمن القومي، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالموارد الطبيعية أو بالآثار أو بالأموال أو بالمباني أو بالأماكن العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو منع عرقلة السلطات العامة أو الجهات أو الهيئات القضائية أو مصالح الحكومة أو الوحدات المحلية أو دور العبادة أو المستشفيات أو مؤسسات ومعاهد العلم أو البعثات الدبلوماسية أو القنصلية أو المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية في مصر من القيام بعملها، أو ممارستها لكل أو بعض أوجه نشاطها، أو مقاومتها أو تعطيل تطبيق أي من أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح.

وكذلك كل سلوك يرتكب بقصد تحقيق أحد الأغراض المبينة بالفقرة الأولى من هذه المادة، أو الإعداد لها، أو التحريض عليها إذا كان من شأنه الإضرار بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو بالنظم المالية أو البنكية أو بالاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو بالمخزون الأمني من السلع والمواد الغذائية والمياه أو بسلامتها أو بالخدمات الطبية في الكوارث والأزمات.^١

أما فيما يتعلق بتمويل الإرهاب فقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه: "يقصد بتمويل الإرهاب كل جمع أو تلقي أو حيازة أو إمداد أو نقل أو توفير أموال أو أسلحة أو ذخائر أو مفرقات أو مهمات أو آلات أو بيانات أو معلومات أو مواد أو غيرها بشكل مباشر أو غير مباشر، وبأية وسيلة كانت بما فيها الشكل الرقمي أو الإلكتروني؛ وذلك بقصد استخدامها كلها أو بعضها في ارتكاب أية

^١ المادة الثانية من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

جريمة إرهابية أو العلم بأنها ستستخدم في ذلك أو في توفير ملاذ آمن لإرهابي أو أكثر، أو لمن يقوم بتمويله بأي من الطرق المتقدم ذكرها.^١

فيتضح من استعراض هذه التعريفات أن القانون الجديد قد وضع تعريفات محددة لجميع المصطلحات والمفاهيم المرتبطة بالإرهاب على خلاف نص المادة (٨٦٩) عقوبات، والتي نصت على: "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع فردي أو جماعي، بهدف الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح"^٢، فقد كان هذا التعريف محل انتقاد شديد من جانب الفقه الجنائي بسبب صياغته الواسعة والفضفاضة وعدم وضوح المقصود بالإرهاب على وجه التحديد.^٣

وبناءً على ما تقدم يركز تعريف العمل الإرهابي في القانون المصري على عنصرين أساسيين:

أ - **العنصر المادي**: الذي يتمثل في استخدام الجناة للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، ولا يشترط المشرع أن تتحقق نتيجة ضارة كأثر للسلوك الإجرامي المرتكب،

^١ المادة الثالثة من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ٨٦ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

^٣ د. عبد الرحمن خلف، التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٥٧.

وإنما يكفي أن يكون من شأن هذا السلوك إيذاء الأشخاص أو إشاعة الخوف والرعب بينهم أو غير ذلك من النتائج.

ب - **العنصر المعنوي:** المتمثل في الغرض أو الهدف من ارتكاب العمل الإرهابي، وهو الإخلال بالنظام والأمن العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر.^١

وبناءً على هذا يمكن القول: إن ما يميز جريمة الإرهاب سواء على الصعيد الوطني أو الدولي ما يأتي:

أ - استعمال القوة واستخدام العنف والتهديد بهما - عادةً - ضد الأشخاص والأموال والأماكن.

ب - نشر حالة من الرعب والذعر، وكذا خلق حالة من التخويف والترجيع لدى العامة، وهو ما يشكل خطراً عاماً يهدد الأمن العام والاستقرار المجتمعي.

ج - ارتكاب العمل الإرهابي غالباً ما يهدف إلى تحقيق غرض أو هدف يسعى الإرهابي إلى إثارة الانتباه إليه.^٢

^١ د. أحمد المصري، مرجع سابق.

^٢ وفي هذا الصدد، يمكن القول بأن هناك تشابه بين جرم الإرهاب وجريمة التخويف أو الترجيع البلطجة؛ إذ هي جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات المصري المواد ٣٧٥ مكرر و ٣٧٥ مكرر^أ إذ يكمن أساس الجريمتين في استخدام القوة أو التهديد بها في ترجيع المواطنين وتخويفهم. لمزيد من التفصيل حول هذه الجريمة، ينظر: د. رامي متولي القاضي، المواجهة

وعلى ذلك يقصد "بالقوة": كافة أعمال القهر والإرغام والضغط، سواء استخدم فيها السلاح من عدمه، ويلزم أن يكون من شأن القوة إحداثها الاعتداء على النظام العام، وتعريض سلامة وأمن وسلم المجتمع للخطر ولا يشترط أن تكون القوة على درجة معينة من الجسامه، كإحداث أو تنظيم مظاهرة شعبية كوسيلة للضغط على الحكومة.^١

أما "العنف" فيقصد به: أية صورة من صور الضغط على شخص، بهدف دفعه إلى استخدام ما كان يقوم به لولا وجود هذا الضغط، وهنا يلزم كذلك أن يكون من شأن استخدام العنف الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، و كذلك لا يشترط أن يكون العنف على درجة معينة من الجسامه، فأى قدر منه يكفي،^٢ أما فيما يتعلق "بالتهديد" وتحققه فيجب أن يتم بالضغط على المجني عليه وإرادته بتخويله أو توعده من أن ضرراً ما سيلحقه أو سيلحق أشخاصاً ذات صلة به، ويعتقد الجاني أن المجني عليه يهيمه تفادي هذا الضرر، ويلزم أن يكون من شأنه التهديد والإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة وأمن المجتمع للخطر.^٣

التشريعية لظاهرة البلطجة في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط أولى، ٢٠١١، ص ٣١-٣٤.

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، فقرة ١١، ص ١٦ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق.

^٣ د. محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص ٤٨.

أما الترويع فيقصد به: أعلى وأقصى درجات الخوف، فهو يخلق جواً لدى العامة أو غالبيتهم بأنهم يعيشون في رعب وخطر دائم، فالمشرع قد قصد بالترويع أيضاً: توسيع تعريفه بحيث يشمل الضغط على إرادة أفراد الشعب فضلاً عن حالة الخوف الذي يمارس على الجسم أو الذهن أو النفس، وأن يؤدي للإخلال بأمن المجتمع، وتعرض سلامته للخطر، وكذا حريات وحياة أفرادهِ.^١

وللإرهاب أشكال مختلفة حيث يصفه فقهاء القانون وكذا السياسة فضلاً عن خبراء الأمن من حيث طبيعة من يقوم به من أفراد، بأنه: يرتكب أعمال الإرهاب أفراد أو جماعات أو عصابات (مجموعات) إجرامية، وإرهاب الدولة، وفيه تنتهج سلطات الدولة نفسها سلوك العنف والإرهاب في التعامل مع الدول الأخرى.^٢

ومن حيث طبيعته يصنف الإرهاب إلى: إرهاب محلي يقتصر على العمليات الإرهابية التي يتم تخطيطها وتنفيذها داخل الدول، وإرهاب دولي، يتم تخطيطه وتنفيذه داخل الدول، وكذا الإرهاب الدولي العابر للحدود transboundary terrorism وهو العمليات الإرهابية التي يشترك في تخطيطها وتنفيذها مجموعات

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها.

^٢ Tyler Raimo, Notes and Comments, Winning at the Expense of Law: The Ramifications of Expanding Counter Terrorism Law Enforcement Jurisdiction Overseas, 14 AM. U. INT'L. L. REV. 1473-74 1999.

من الأفراد التي تنتمي إلى دول مختلفة، أو تلك التي يتم تخطيطها والإعداد لها في دولة ما لتنفيذها في دولة أو دول أخرى.^١

فما يميز الإرهاب عن غيره من أعمال العنف هو استخدام القوة والعنف أو التهديد بهما، فضلاً عن حالة الرعب والذعر، وهو الأثر النفسي لأعمال الإرهاب؛ إذ هو سلوك يهدف إلى التأثير على موقف أو سلوك مجموعة مستهدفة من الضحايا المباشرين، وكذا عدم مشروعية غرضه؛ إذ إنه أحياناً أخرى يقصد به مدلولات سياسية تقتصر على تكتيكات إرهابية عنيفة سرية غير منظورة دون الالتزام بالحدود الجغرافية عمادها جذب الانتباه.^٢

الجرائم الإرهابية (صور الإرهاب)

تتنوع صور الجرائم الإرهابية وتختلف بين صور وأشكال تقليدية وجرائم وأفعال إجرامية أخرى مستحدثة.

¹ Edward J. Krauland and Stephane Lagonico, The New Counter Money Laundering and Antiterrorist Financing Law, INTERNATIONAL LAW NEWS 1 2002.

^٢ ينظر: Raimo، مرجع سابق، ص ١٤٧٥.

أولاً: الصور والأفعال الإرهابية التقليدية (الكلاسيكية)

أ - **التفجيرات (التفخيخات) الإرهابية:** وهي من أكثر صور وأشكال الإرهاب انتشاراً وشيوعاً - في الوقت والظروف الراهنة - حيث أنها تستهدف المباني والمنشآت ذات الطابع السياسي والاقتصادي وكذا الدبلوماسي كالسفارات والقنصليات والمناطق السياحية، وغيرها من الأمثلة التي يسوقها الواقع الدولي.¹

ب - **احتجاز وخطف الرهائن:** يهدف أخذ الرهائن في الغالب الأعم لتحقيق أهداف شخصية، كالحصول على مقابل مادي أو تسهيل عملية هروب المجرمين من مسرح الجريمة، أو أهداف سياسية، كخطف شخصية سياسية هامة مثلاً، وقد عرفت الاتفاقية الدولية لمجابهة أخذ الرهائن في New York جريمة احتجاز الرهائن بأنها: اختطاف الأشخاص أو حجزهم أو التهديد بقتلهم أو إيذائهم أو استمرار احتجازهم من أجل إكراه طرف ثالث، سواء كان هذا الطرف دولة أو منظمة أو حكومة أو شخصاً طبيعياً، أو الامتناع عن القيام بفعل معين كشرط صريح أو ضمني للإفراج عن الرهينة.²

ج - **خطف السفن والطائرات وتغيير مسارها بالقوة والعنف:** فهو استيلاء فرد أو أكثر على طائرة في حالة طيران أو سفينة في حالة إبحار بطريقة غير مشروعة،

¹ John A. Cohan, Necessity, Political Violence and Terrorism, 35 STETSON LAW REVIEW 2006, at 924-926.

² المرجع السابق، ص ٩٠٧.

والسيطرة عليها بالقوة أو التهديد باستعمالها أو الشروع في ارتكاب أي عمل من هذه الأفعال.^١

ثانياً: الأفعال الإرهابية المستحدثة

إن التقدم العلمي والتكنولوجي الذي يعرفه عالمنا المعاصر قد انعكس بدوره على الأعمال الإرهابية، حيث أصبحت الجماعات الإرهابية أوسع انتشاراً وأكثر حرفية وتنظيماً، فضلاً عن أن الوسائل والأسلحة التي اتخذتها هذه الجماعات أصبحت متطورة وفي غاية التعقيد، منها: الأسلحة الكيماوية والبيولوجية والنووية وغيرها.

(أ) الإرهاب الإلكتروني "Online Terrorism"

عملت التنظيمات الإرهابية والعصابات الإجرامية - مؤخراً - على استغلال أجهزة الكمبيوتر والحاسب الآلي - وكذا شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) - في شن هجمات وموجات إرهابية تتخذ من الفضاء الإلكتروني "cyber space" مجالاً لها؛ إذ تمثل هذه الطائفة من الجرائم الإلكترونية (المعلوماتية) فيما يقوم به الجماعات الإرهابية من عمليات إنشاء مواقع إلكترونية ذات اتجاهات دينية متعصبة ومتطرفة، تعمل على استغلال السياسة والدين والمتاجرة بهم، وكذا تبادل الاتصالات والمعلومات بين عناصرها والإعداد والتخطيط لأنشطة معادية، كالقيام باختراقات إرهابية للمواقع الإلكترونية لدولة مثلاً وتخريبها أو تعطيلها أو إجراء

^١ المرجع السابق، ص ٩٠٧-٩١٠.

عمليات تجنيد واستقطاب البعض وغيرها،^١ يضاف إلى هذا إدارة قيادة هذه الجماعات عن بعد عن طريق تبادل رسائل البريد الإلكتروني، أو إنشاء مواقع إلكترونية ذات اتجاهات إجرامية معادية.^٢

(ب) الإرهاب البيولوجي والكيميائي

تكمن هذه الحوادث في استعمال الأسلحة الكيميائية المتمثلة في الغازات السامة والبيولوجية، مثل: ما حدث عام ١٩٩٥ عندما استخدمت بعض الجماعات الإرهابية غازاً ساماً في مترو أنفاق مدينة طوكيو باليابان وغيرها.^٣

وعلى ذلك أصبحت هذه الجماعات تستفيد من التقدم العلمي والتكنولوجي، ومدى تأثيره على البيئة المحيطة خاصة فيما يتعلق بالتنسيق التام بين هذه الجماعات وعصابات الجريمة المنظمة،^٤ والاستخدامات التقنية للأسلحة الكيميائية من جانب الإرهابيين تكون في مجال الإنتاج والتوصيل، فحيث المعدات الضرورية والعناصر

^١ ينظر: Raimo، مرجع سابق، ص ١٤٧٥.

^٢ د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٢.

^٣ المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

^٤ Curtis D. Malloy, A History of Biological and Chemical Warfare and Terrorism, 6 JOURNAL OF PUBLIC HEALTH MANAGEMENT & PRACTICE 4 2000.

لإنتاج هذه الأسلحة مزدوجة الاستخدام، فإنه يمكن توفيرها عن طريق التجار، فكل نوع من أنواع هذه الأسلحة له خصائص معينة تتيح استخدامه في ظروف معينة.¹

ومن أبرز أمثلة استخدام السلاح الكيميائي ما تم اكتشافه عام ١٩٨٥ من قبل رجال المباحث الفيدرالية Federal Police Officers في الولايات المتحدة أثناء تفتيشها لمنازل عصابات إجرامية متطرفة متهمة بمعاداتها للسامية في شمال ولاية "Arkansas"؛ إذ وجدوا براميل بداخلها سم "السيانيد: الزرنيخ"، حيث كانت تنوي الجماعات الإرهابية تفريغه في مصادر المياه وخزاناتها بنيويورك أو واشنطن فكان السم عالي التركيز؛ ومن ثم مميت.²

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن هناك عاملين أساسيين يساعدان على انتشار واستقواء جرائم الإرهاب وهي:

أ - تمويل الإرهاب، الذي قد يتم توفيره عن طريق الدعم المباشر، وكذا من خلال غسل الأموال بمصادره المتعددة، كعمليات الإتجار بالسلاح.³

¹ Debra Bennett, Terrorists and Unconventional Weapons: Is the Treat Real? 12 LAW INTENSITY CONFLICT AND LAW ENFORCEMENT 1 2004, 24-50.

² المرجع السابق.

³ ينظر: Krauland and Lagonico، مرجع سابق.

ب - توفير السلاح، الذي يتم - في الغالب الأعم - عبر التجارة غير المشروعة للأسلحة، أو حتى توفيره عبر أساليب غير قانونية، كالسرقة أو التصنيع المحلي، وغيره من الأساليب داخل البلاد أو خارجها،^١ إذ تسعى هذه الجماعات في الحصول على هذه الأسلحة بأي شكل كان (أسلحة خفيفة أو صغيرة، مفرقات... إلخ) لارتكاب أعمالها الإجرامية، وعلى ذلك فإن تقليص هذه العمليات وكذا تشديد الرقابة على مناطق الحدود والنوافذ الشرعية للدول بهدف الحد من عمليات التهريب غير شرعية من قبل السلطات الرسمية له دور بارز في الحد من تفاقم أو حدوث هذه الهجمات، فضلاً عن تكثيف الحملات الأمنية ضد البؤر الإجرامية؛ وذلك من شأنه الحد من هذه العمليات يؤدي إلى ضعف وتقويض قدرة هذه العصابات على الإقدام على تنفيذ هذه الأعمال المنحرفة، بل قد يدفعها في بعض الأحيان لرفع راية الاستسلام للأجهزة الأمنية، والرجوع عن أفكارها المتطرفة، مما يؤدي ويسهم بشكل كبير وفعال في إضعاف الإرهاب.^٢

ولعل مربط الفرس في هذا الصدد يكمن في أن التعامل مع هذه الآفة يحتاج إلى تكاتف أجهزة الدولة الحكومية وغير الحكومية للعمل على مكافحة الفكر المتطرف ليس فقط من منظور أمني، وإنما من ناحية مجتمعية أساسها يكمن في إجراء المراجعات الفكرية لأصحاب هذا الفكر، والعمل على إعادة تأهيلهم وإدماجهم في المجتمع.

^١ ينظر: Bennett، مرجع سابق، ص ٢٦-٢٩.

^٢ د. مدحت رمضان، مرجع سابق.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول: إنه كان من الواضح انتقاد المشرع المصري في مسلكه عندما أدرج الجرائم الإرهابية ضمن أحكام قانون العقوبات بوصفه الشريعة العامة لأحكام التجريم والعقاب، ولكن نصوص قانون العقوبات هي نصوص ثابتة بطبيعتها، وضعت لتواجه الظاهرة الإجرامية في الظروف العادية؛ إذ إنه من غير المرغوب فيه تعديلها بصفة دائمة ومستمرة، أما ظاهرة الإرهاب فهي ظاهرة متطورة بطبيعتها، و الجريمة الإرهابية لا تخرج عن كونها من جرائم القانون لابسها ظرف الإرهاب، بوصفه عنصراً يتصل بالواقعة الإجرامية؛ إذ يترتب على ذلك تغيير في وصف وجسامة الجريمة أو حتى التشديد في العقوبة المقررة أصلاً للجريمة.

ولذلك نحمد المشرع الحالي اتخاذه خطوة إصداره قانوناً جديداً خاصاً ومستقلاً في أحكامه الموضوعية والإجرائية لمكافحة جريمة الإرهاب بكافة صورها وأشكالها المتباينة والمستحدثة.

المبحث الثاني الأحكام الجنائية الموضوعية لجرائم الإرهاب

تمهيد: سياسة المشرع المتعلقة بالتجريم والعقاب (أركان الجريمة الإرهابية)

لقد اختلف موقف التشريعات والقوانين المقارنة على اتجاهين، الأول: يدرج نصوص تجريم ومعاينة أفعال الإرهاب في مدونته العقابية العامة (قانون العقوبات)، والثاني يقرر قانوناً خاصاً بمكافحة جرائم الإرهاب، وهو اتجاه عدد كبير من التشريعات المقارنة.

وبالنظر إلى موقف المشرع المصري نجده قد أخذ بالاتجاه الأول (قبل التعديل الأخير)، حينما أصدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، والذي تضمن تعديلاً لقانون العقوبات بإضافة نص المادة ٨٦ عقوبات التي جرمت الإرهاب في التشريع المصري، إلا أن المشرع الجنائي قد عدل عن هذا الاتجاه الثاني حينما أصدر القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ المتعلق بمكافحة الإرهاب، والحقيقة أن مسألة تخصيص قانون مستقل لمحاربة الإرهاب أو الاكتفاء بإدراجها في النصوص العامة كانت محل خلاف في الفقه بين رأيين:

الأول: يرى تخصيص قانون مستقل لمكافحة الإرهاب، وما يتصل به من جرائم، يحوي كافة القواعد الموضوعية والإجرائية.

الثاني: يرى دمج هذه القواعد ضمن نصوص التشريعات العادية، وكانت حجة هذا الاتجاه تكمن في أن دمج هذه القواعد ضمن نصوص قانون العقوبات من شأنه ضمان الاتساق بين النصوص كافة، فضلاً عن التزام المشرع بالمحافظة على الضمانات الرئيسية السارية في القوانين النافذة والمعمول بها.¹

وقد كان ينظر لأعمال الإرهاب - من جانب البعض - على أنها جرائم سياسية غير مشروعة، فغالباً ما ترتكب لتحقيق أغراض سياسية معينة، إلا أن المشرع الجنائي - بتجريمه الإرهاب - قد أضفي عليها طابعاً جنائياً؛ فأصبحت الجريمة الإرهابية من الجرائم الجنائية (الأفعال الإجرامية) في التشريع المصري.

وقد سلك المشرع المصري في القانون الجديد مسلكاً جديداً في سبيل مواجهة الإرهاب؛ إذ إنه استحدث - على وجه التحديد والتفصيل - نصوصاً جديدة وفريدة من نوعها فيما يتعلق بجرائم الإرهاب المستحدثة نظراً لتطوره المتلاحق، فضلاً عن سياسته العقابية الجديدة المرتكزة على تشديد عقوبات هذه الجريمة، وما يتصل بها من أفعال، ولما كانت جرائم الإرهاب متطورة في وقتنا الحالي، فهي كأى جريمة تتكون من ركنين أساسيين هما: الركن المادي والركن المعنوي، ويتكون الركن المادي للجريمة الجنائية من ثلاثة عناصر هي: (السلوك الإجرامي، والنتيجة

¹ لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء، ينظر:

- د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٣.
- د. نورالدين هندأوي، مرجع سابق، ص ١٥-١٦.

الإجرامية، وعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة)، أما الركن المعنوي، فيتمثل في صورة القصد الجنائي المتكون من العلم والإرادة، فهو اتجاه الإرادة نحو تحقيق السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية علماً بالعناصر القانونية المكونة للجريمة، وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين لمناقشة هذين الركنين على التفصيل الآتي.

المطلب الأول

الركن المادي للجريمة الإرهابية

يتكون الركن المادي للجريمة الإرهابية من السلوك الإجرامي، وكذا الغرض من السلوك، ويتضح من هذا أن أهم ما يميز الإرهاب - كظاهرة قانونية - هو العنصر المادي، أي العنف بمعناه الواسع، حيث استعمال القوة أو التهديد بها؛ إذ إن هذا العنصر يتميز وينفرد بأنه محل اتفاق بين جميع المحاولات التي بدأت من جانب الفقه - ليس فقط الجنائي، بل الدولي أو المنظمات الإقليمية أو الدولية لوضع تعريف للإرهاب.

وفيما يأتي نعرض صور السلوك الإجرامي لجرائم الإرهاب في القانون الجديد على النحو الآتي:

أولاً: أشكال السلوك الإجرامي

تتمثل أشكال السلوك الإجرامي فيما يأتي من أفعال:

أ - استخدام القوة أو العنف، يقصد باستخدام القوة: أعمال الإكراه والقمع، وقد تكون باستخدام السلاح من عدمه، ويقصد هنا الاستخدام الحقيقي والفعلي للقوة؛

¹ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

وبناءً على هذا فإن مجرد حمل السلاح لا يعد استخداماً أو استعمالاً للقوة،^١ ويشترط أن يكون من شأن استخدام القوة الاعتداء على النظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع للخطر، أيًا كان قدر القوة المستعملة.^٢

أما العنف فهو كل سلوك مادي ضد الأشياء كاقترام البوابات مثلاً، أو ضد الأشخاص كالتعدي على رجال السلطات العامة (كمأموري الضبط القضائي مثلاً) بتمزيق ثيابهم أو غير ذلك، وأن يكون الهدف منه الضغط على السلطة السياسية لتحقيق غرض معين.^٣

ويشترط أن يؤدي استخدام العنف إلى الإخلال بالنظام والأمن العام، فضلاً عن تعريض سلامة المجتمع واستقراره للخطر أيًا كانت جسامته أي: (درجة العنف)؛ إذ هو صورة من صور الضغط لتحقيق غرض معين، سياسياً كان أو فكرياً أو دينياً أو عسكرياً . . الخ.^٤

ويتنازع معنى العنف في القانون الجنائي نظريتان، الأولى هي: النظرية الكلاسيكية (التقليدية) التي تتمركز حول العنف المادي، والثانية هي: نظرية العنف المعنوي،

^١ د. حامد راشد، استعمال القوة في القانون الجنائي، مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الجنائية، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، ٢٠٠٩، ص ١٥ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق، ص ١٦.

^٣ د. إبراهيم نابل، مرجع سابق، ص ١٨.

^٤ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٦٣ وما بعدها.

والنظرية الأولى تتمركز حول استخدام القوة، سواء كانت قوة جسدية أو قوى أي كائنات أخرى (حيوانات ... إلخ)؛ وذلك لخدمة إرادة الإنسان.^١

ويكمن معيار التفرقة بين النظريتين في أن الأولى تتفق والإكراه المادي، والثانية تتفق والإكراه المعنوي الذي يحدث عن طريق التهديد؛ إذ إن النظرية الثانية تركز على تأثير العنف في إرادة الإنسان، وعلى ذلك يتحقق العنف بأية وسيلة من شأنها التأثير أو الضغط أو الإكراه على إرادة الغير، أي أن العنف هو كل سلوك ما عدا التهديد الذي يؤدي إلى الضغط على الإرادة أيّاً كان مصدره.^٢

ب - التهديد باستخدام القوة أو العنف، يقصد بالتهديد: زرع الخوف في النفس بالضغط على إرادة إنسان وتخويله من أن ضرراً ما سيلحق به، مثل: هتك العرض، أو الاغتصاب، أو الخطف، أو القتل أو غير ذلك، ويلزم أن يكون من شأن التهديد الإخلال بالأمن والنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر.^٣

^١ د. محمود صالح العادلي، الإرهاب والعقاب، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٣، ص٤٤ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق، ص٤٦ وما بعدها.

^٣ المرجع السابق، ص٤٨ وما بعدها.

ج - الترويع، يقصد به: خلق بيئة عامة لدى عامة الجمهور أو غالبيتهم بأنهم يعيشون في رعب وخطر وخوف دائمين، كوضع مواد متفجرة في أماكن عامة، أو إطلاق النار، فضلاً عن تعريض النظام والأمن العام للخطر.^١

وجدير بالذكر أن نص قانون الإرهاب القديم والجديد قد علق على صياغة نص المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب، وكذا المادة ٨٦ من قانون العقوبات قد أدمجت قصد الترويع في إطار القصد العام لجرائم الإرهاب، حيث استخدم المشرع الجنائي اصطلاح "الترويع" كأحد صور السلوك الإجرامي في العمل الإرهابي أسوة باستخدام العنف أو القوة أو التهديد، وعد إلقاء الرعب والخوف إحدى النتائج المؤكدة التي تقع بناء على السلوك الإجرامي، فمن شأن هذا السلوك وقوع هذه النتائج.^٢

وقد عد المشرع الجنائي الترويع من صور سلوك الجريمة الإرهابية شأنه في ذلك شأن استخدام القوة أو العنف أو التهديد، رغم الاختلاف في معنى كل منها، فاستخدام القوة يحدث في العالم الخارجي الرهبة أو الخوف، كما يحقق التهديد بها إحداث هذا الأثر، ولو لم يقترن باستخدام القوة بالفعل، وكلاهما (استخدام القوة أو التهديد بها) موجه للمجني عليه.^٣

^١ د. إبراهيم نايل، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق، ص ٢٠. المادة ٨٦ من قانون العقوبات.

^٣ المرجع السابق.

أما فيما يتعلق بالترويع، فإن أثره يتجاوز مجرد ما يحدثه من رهبة أو خوف لدى المجني عليه إلى خلق جو عام أو بيئة عامة من الخوف لدى عامة الجمهور يتجاوز من استخدمت التهديد أو القوة بها في مواجهته،^١ فإذا كان القصد الجنائي العام يتوافر بمجرد اتجاه إرادة الجاني نحو الفعل والنتيجة مع علمه بهما، فإن قصد الترويع يستخلص كذلك من مضمون أعمال الإرهاب التي ارتكبتها الجاني؛ إذ عدها النص صورة للسلوك الإجرامي ونتيجته.^٢

ويلاحظ أن استخدام اصطلاح أو عبارة (إلقاء الرعب بين الأفراد) كصورة للضرر الذي ينبعث من السلوك الإجرامي الذي يتوخى الجاني من ورائه تعريض أمن المجتمع وسلامته للخطر وعدم الاستقرار؛ إذ يوضح هذا النهج والأسلوب في الصياغة عن أن قصد إشاعة الرعب والخوف إذ يتوافر بمجرد استخدام الترويع كسلوك إجرامي، فضلاً عن الشأن من قصد إشاعة الخوف، وإلقاء الرعب بين الأشخاص شكل من أشكال الاعتداء على الأشخاص؛ إذ إن إثارة الرعب في هذه الجريمة - هدف من أهداف الجاني بالمعنى القانوني، إذ يعتمد المجرم الإخلال بالنظام والأمن العام.^٣

^١ د. مدحت رمضان، مرجع سابق.

^٢ د. حامد راشد، مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها.

^٣ المرجع السابق، ص ١٥.

ويلاحظ أن محكمة النقض الإيطالية قد استندت إلى قواعد القانون الدولي لتحديد طبيعة أعمال الإرهاب على المستوى الداخلي (الوطني)؛ إذ كان الأولى بالمشرع الجنائي عدم ترك الأمر للاجتهادات القضائية،^١ كما أن نص المادة ٨٦ من قانون العقوبات كان ينص على أن: "يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي"؛ إذ لم ينص التشريع الجديد على النص ذاته ، فأشكال الأفعال الإجرامية في جرائم الإرهاب معاقب عليها أياً كان، سواء تنفيذ لمشروع إجرامي فردي أم جماعي؛ إذ إن هذا النص جاء نقلاً عن التشريع الفرنسي، وكذا الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب.^٢

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه الجنائي إلى أن اصطلاح "المشروع" ينصرف إلى كافة صور النشاط التي تتطلب جهوداً منظمة لتحقيق غرض معين، سواء كانت هذه المجهودات ثمرة فعل فردي أو جماعي،^٣ وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول إن المشرع المصري أو غيره لم يعن باصطلاح "المشروع" ولم يعطه مدلولاً أو تعريفاً محدداً، حيث أنها فكرة غامضة وغير واضحة المعالم، قد تثير مشكلات عملية كبيرة من ناحية التطبيق، فهي فكرة دخيلة على القانون الجنائي

^١ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق.

^٢ ينظر: الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب ١٩٩٨ وكذا قانون العقوبات الفرنسي سابق والمادة ٨٦ عقوبات مصري.

^٣ د. محمد عبد اللطيف، جريمة الإرهاب: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٩٦-٩٧.

على الرغم من وجودها وتواترها في فروع القانون الأخرى كالقانون المدني أو القانون المالي أو القانون التجاري، ويلاحظ أن هذا الاصطلاح غالباً ما يطبق من نطاق حالات يمكن أن توصف بأنها أعمال إجرامية توصف بالإرهاب؛ إذ إن الإرهاب قد يكون منظماً أو غير منظم، ووليد الحال دون سبق تدبير أو إجراء.^١

ثانياً: أغراض إجراء السلوك الإجرامي

لقد حددت المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب الجديد الغرض من استخدام القوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، ويدخل فيها التخويف، وكذا إثارة حالة الذعر، وإشاعة الرهبة بين الناس، وذلك لتحقيق أحد الأغراض المحددة في نص القانون،^٢ ويمكن القول: إن مجرد استعمال القوة أو التهديد بها ليس كافياً لعددها جريمة إرهابية، وإنما يجب أن يبتغي الجاني (الإرهابي) من وراء أفعاله تحقيق أحد الأغراض المنصوص عليها قانوناً؛ إذ إن هذه الغاية - التي نص عليها المشرع - تبرز المصلحة الجنائية المبتغى حمايتها بنص جريمة الإرهاب.^٣

والأغراض التي وردت بنص القانون قد تمثل اعتداءً على الأفراد أو على المجتمع والدولة ككيان، ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الجنائي كان يميز بين الغرض من السلوك الإرهابي وهو الإخلال بالأمن والنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع

^١ د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ١٥.

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق، ص ١٢.

وأمنه للخطر ونتائج الإرهاب المشتملة على إيذاء الأشخاص، وإلقاء الرعب بينهم،..... وغيرها من الأغراض التي يتوخاها ويهدف إليها الإرهابي؛ وذلك طبقاً لنص القانون القديم؛ إذ نصت المادة (٨٦) عقوبات على أنه:

"يقصد بالإرهاب في تطبيق أحكام هذا القانون: كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذ كان من شأن هذا إيذاء الأشخاص، أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر،... أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح."^١

ولكن جاءت نصوص القانون الجديد ليضم كلاً من الغرض من السلوك، وكذا نتائج الإرهاب في إطار عام هو: "الغاية أو الهدف من السلوك الجرمي"؛ ليضم الصور- السالف الإشارة إليها - (الأغراض والنتائج)، وهي الأغراض الاثنا عشر المحددة في القانون الجديد على سبيل الحصر لا المثال، فلا يجوز التوسع في تفسيرها كونها نصوصاً جنائية ولا القياس عليها، ثابتة طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.^٢

هذا ويمكن تصنيف الأغراض الجنائية إلى ما يأتي:

^١ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها.

^٢ د. محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

أولاً: أغراض تتمثل في الاعتداء على الأشخاص، وتشمل:

أ - إيذاء الأفراد، يقصد به كل فعل ينطوي على المساس بسلامة الجسد أو الصحة سواء اتخذ صورة القتل أو أي فعل من أفعال الاعتداء على سلامة الجسم كالضرب أو الجرح، وقد يكون هذا الإيذاء عقلياً أو نفسياً، فلا يشترط أن يكون بدنياً فقط.^١

ب - إشاعة حالة الرعب، ويقصد بها: تهيئة أو إحداث حالة من الفزع والخوف في نفوس العامة؛ وذلك عن طريق تعريض حياة الناس للخطر، بمعنى: التهديد بحدوث إيذاء بدني، أو تعريض الحقوق والحريات (المدنية العامة) للخطر، بمعنى: التهديد بمنع ممارستها بالمخالفة لنصوص الدستور.^٢

ج - تعريض حياة الأفراد أو حرياتهم أو حقوقهم أو أمنهم للخطر، أشارت المادة الثانية إلى هذه الحقوق المدنية، سواء كانت عامة أو خاصة كفلها الدستور والقانون، ويلاحظ أن تعبير "حرياتهم أو حقوقهم العامة"، وكذا عبارة "تعريض حياة الأفراد أو حرياتهم أو أمنهم للخطر" لم تكن واردة في نصوص القانون القديم،

^١ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ٢٠.

^٢ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٤٤٦ وما بعدها.

وحسناً فعل المشرع الجنائي بالنص عليها صراحةً حمايةً وضماناً لها من خطر الإرهاب.^١

وقد حرص المشرع الدستوري على توفير أكبر حماية ممكنة للحقوق والحريات العامة، كالحرية الشخصية، وحرمة الحياة الخاصة، وكذا حرية الإقامة في جهة معينة، فضلاً عن حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية، وحرية الرأي والتعبير بالقول أو بالكتابة وغيرها من وسائل التعبير المحددة قانوناً.^٢

ثانياً: أغراض تتمثل في الاعتداء على كيان الدولة والمجتمع ككل، وتشمل:

١- الإخلال بالنظام والأمن العام، يقصد بالنظام العام: هو نظام الدولة بكل جوانبه المختلفة الأخلاقية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وقد تعرض تعريف الإرهاب الوارد بالقانون الجديد للانتقاد من جانب الفقه الجنائي؛ إذ إن الإخلال بالنظام العام وتعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر لا يصلحان معياراً لتمييز الجرائم الإرهابية، فجميع الأعمال الإرهابية يهدف منها الجناة الإخلال بالنظام العام، كما أنها تؤدي إلى تعريض سلامة المجتمع وأمنه لعدم الاستقرار والخطر.^٣

يضاف إلى ذلك أن هناك العديد من الأفعال الجنائية التي يصعب استخلاص النية، أو استنباط القصد الجنائي فيها كجريمة مقاومة السلطات أو التعدي على

^١ د. أسامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٢.

^٢ د. نورالدين هنداي، مرجع سابق، ص ٢٩.

^٣ المرجع السابق.

رجال السلطة العامة، والتي هي أفعال يكون من شأنها الإخلال بالنظام العام، واستقرار الأمن دون أن يكون عملاً إرهابياً وجريمة تخريب وسائل الإنتاج والممتلكات العامة (مواد ٨٩ و ٩٠ عقوبات) التي لا تعد في نظر المشرع الجنائي من الجرائم الإرهابية.^١

ولا يعد الإخلال بالنظام العام وتعريض أمن المجتمع من الوقائع المحددة التي يمكن أن تشكل قصداً جنائياً خاصاً في الجرائم الإرهابية، كما أنها فكرة تتصف بالمرونة والاتساع، خاصة في تفسيرها، حيث إن هذا يتعارض والأصول الدستورية المستقرة فيما يتعلق بوضوح عناصر وأركان الفعل الجنائي وأركانه وجوب بعدها عن الغموض والالتباس،^٢ فضلاً عن أن هذه الفكرة نسبية، بمعنى أنها تتغير بتغير المكان والزمان وفلسفة المجتمع سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية؛ ومن ثم فمن الصعوبة بمكان تحديد مدلولها، ومعرفة فحواها أو محتواها؛ إذ إن عدم وضوح اصطلاح (أو مدلول) النظام العام يؤدي إلى صعوبات وإشكاليات عملية في إثبات القصد الجنائي الخاص في الجريمة الإرهابية.^٣

٢ - تعريف سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر، يقصد بذلك: تعطيل مظاهر الحياة العادية في كيان الدولة وعرقلتها فضلاً عن زعزعه السكنية

^١ راجع المواد ٨٩ و ٩٠ من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم ٩٧/١٩٩٢.

^٢ د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ١٣.

^٣ المرجع السابق، ص ١٤.

والاستقرار لدى أفراد المجتمع، سواء تعلق ذلك بأشخاصهم أو أموالهم (ممتلكاتهم) ،^١ ويكفي هنا أن يكون من شأن أفعال الإرهاب تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، فلا يلزم حدوث الخطر بالفعل، ويلاحظ أن إضافة تعريض مصالح المجتمع للخطر وتجريمها بوصفها أفعالاً إرهابية، هي إضافة محمودة للمشرع؛ إذ لم يكن منصوصاً عليها في التشريع القديم؛ مما يوسع دائرة الأعمال ذات الصلة بالإرهاب من حيث تجريمها.^٢

٣ - الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي أو الأمن القومي، ينصرف مفهوم الوحدة الوطنية إلى التكوين العضوي للمصريين، أما السلام الاجتماعي فهو المناخ أو الوسط الذي ينبغي أن يعيش فيه جميع المصريين، وعليه فأى أفعال أو اعتداءات يكون الغرض منها الإضرار بجماعة معينة، أو معتنقي ديانة أو مذهب سياسي معين فهذا يمثل خطورة بالغة على جموع المصريين الذين يمثلون الكيان الوطني للدولة ككل بغض النظر عن انتمائهم السياسي أو الديني؛ مما يؤثر على طمأنينة المجتمع.^٣

٤ - الإرهاب البيئي: إلحاق الضرر بالبيئة أو بالموارد الطبيعية أو بالآثار، يقصد به: إلحاق الضرر بعناصر البيئة الطبيعية كالماء أو الهواء أو التربة أو آبار

^١ د. إبراهيم نابل، مرجع سابق، ص ٦٠.

^٢ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٤٤٩ وما بعدها.

^٣ د. نورالدين هنداوي، مرجع سابق، ص ٣٠.

وحقول البترول أو الغاز الطبيعي أو الغابات وغيرها، ومما تجدر الإشارة إليه أن تعبير "الموارد الطبيعية أو الآثار" لم يكن منصوص عليه في التشريع القديم، وقد أتى القانون الجديد ليشملها بالحماية الجنائية من الهجمات الإرهابية الهادفة للاعتداء على الثروات القومية للشعوب، وكذا تدمير التاريخ الإنساني والحضارة كالأثار القديمة، والتي تمثل في الوقت ذاته مصدراً أساسياً للدخل القومي للدولة من خلال صناعة السياحة الثقافية والدينية وغيرها.^١

٥ - الإضرار بالأموال أو المباني أو الممتلكات، ويشمل هذا العقارات والمنقولات التي لها قيمة مادية، سواء أكانت أرضاً فضاءً أم عقاراً أم أبنية، وكذا جميع أنواع المنقولات.

٦ - احتلال الأماكن أو الاستيلاء على الأموال، وهذا يعني العمل الذي يقوم به الشخص باحتلال الأماكن، سواء كانت مملوكة للدولة ملكية عامة، أو الوزارات أو الهيئات.....، أو غيرها، أو كانت موضوعة تحت رقابتها أو إشرافها؛ مما يدخل في التعريف الجنائي للمال العام، أو ملكية خاصة لأشخاص طبيعية أو اعتبارية، أو أن يكون من شأنه الاستيلاء على الأموال المنقولة بمعنى السيطرة عليها وحيازتها.^٢

^١ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ٢٢.

^٢ د. محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص ٨٤.

٧ - تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح، إن حماية الدستور والقانون هي حماية للنظام السائد في المجتمع فالنظام يستمد وجوده وشرعيته منهما، والدستور بما يشمله من أحكام يهدف إلى تقوية وحماية واستقرار النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي من خلال مؤسسات الدولة الدستورية، ويقصد بالحماية في هذا المجال: حماية النظم الواردة بأحكام الدستور والقانون، وليست حماية النصوص الواردة في الوثيقة الدستورية، فكان لزاماً حمايتها،^١ فضلاً عن كفالة المشرع الجنائي الحماية لأحكام القوانين، خاصة القوانين الجنائية، كقانون العقوبات وغيره، فتقع الجرائم الإرهابية في حالة الدعوة لتعطيل القانون، أو منع سلطات الدولة أو مؤسساتها العامة من أداء وممارسة أعمالها، كاستخدام القوة لمنع إجراء الانتخابات، أو منع رئيس الجمهورية من ممارسة السلطات المخولة له دستورياً.^٢

وبناءً على هذا فإن الاعتداء يكون على النظم المنصوص عليها دستورياً، كتغيير شكل النظام الجمهوري مثلاً، أو ممارسة السلطات (المؤسسات) العامة أو الحكومية لوظائفها؛ وذلك بمنعها أو تعطيل أعمالها.^٣

٨ - منع أو عرقلة السلطات العامة والبعثات الدبلوماسية والقتضائية والهيئات الأجنبية، ويعني منع السلطات أو تعطيلها عن ممارسة الأعمال المكلفة بها

^١ د. أسامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

^٢ د. نورالدين هندأوي، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

^٣ د. إبراهيم نايل، مرجع سابق، ص ٦١ وما بعدها.

دستورياً والمنوطة بها قانوناً، ويستوي في هذا كل من السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أو منع أو عرقلة دور العبادة، وكذا المؤسسات التعليمية والدينية عن ممارسة شعائرها الدينية، أو عن قيامها بدورها التعليمي والثقافي.

ويلاحظ أنه لم يكن منصوص على تجريم منع أو عرقلة البعثات الدبلوماسية والقنصلية أو المنظمات أو الهيئات الإقليمية والدولية في مصر في القانون القديم، وجاء القانون الجديد لينص عليها صراحةً، فضلاً عن إشارة التشريع الجديد إلى تعبيرات "الجهات أو الهيئات القضائية والمستشفيات ومصالح الحكومة والوحدات المحلية" بعد عبارة: "عرقلة السلطات العامة" للتأكيد على توفير الحماية الجنائية القانونية لها على الرغم أن اصطلاح "السلطات العامة" كان كافياً لينسحب على جميع الجهات والهيئات الحكومية، فلا داعي لذكرها.¹

٩ - الإضرار بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو بالنظم المالية أو البنكية أو بالاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو مخزون السلع أو المواد الغذائية والمياه والخدمات الطبية في الكوارث والأزمات، ولقد كان الأجدر بالمشرع في هذا الصدد أن يشير إلى اصطلاح "وسائل المواصلات"، إضافة إلى الاتصالات، كما كان في القانون القديم؛ إذ يسعى الإرهابيون - في جميع الأحوال - إلى استهدافها وضربها،

¹ ينظر: المادة ٢ من قانون مكافحة الإرهاب رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته. هذا وجدير بالذكر، إنه قد اقترح بعض الفقه ورجال القانون أثناء مناقشة مشروع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ حذف عبارة "الإخلال بالنظام العام" والإبقاء على عبارة "تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر". جلسة رقم ١٠٢ لمجلس الشعب في ١٥/٧/١٩٩٢.

والاعتداء عليها تحقيقاً لأهدافهم الإجرامية، إلا أنه قد أوردتها كجريمة مستقلة لها عقوبتها ضمن أحكام هذا القانون.^١

وبعد استعراض معنى السلوك الإجرامي وأغراضه، والذي يمثل البنيان القانوني للركن المادي للجريمة الإرهابية، نعرض فيما يأتي أبرز جرائم الإرهاب التي جاء بها هذا القانون.

جرائم الإرهاب في قانون مكافحة الإرهاب الجديد

اشتمل قانون مكافحة الإرهاب الجديد رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٩ الأفعال المتعلقة بالإرهاب، والتي من أبرزها ما يأتي:

(١) جريمة إنشاء أو تأسيس أو تنظيم أو إدارة جماعة إرهابية، أو تولي زعامة أو قيادة فيها،

تنص المادة (١٢) من هذا القانون على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار جماعة إرهابية أو تولي زعامة أو قيادة فيها."^٢

^١ د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٣٧. وينظر: أيضاً: د. جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها.

^٢ راجع المادة ١٢ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته.

وتقع الجريمة - طبقاً لنص القانون - في حالة إنشاء أو تأسيس أو تنظيم أو إدارة جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة تعمل على الاعتداء على الحقوق والحريات العامة، مثل: إجبار شخص على اعتناق رأي تروج له إحدى الجماعات الإرهابية، ويعاقب نص القانون؛ على كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار - على خلاف أحكام القانون - جمعية أو هيئة أو منظمة أو عصابة؛ فتقع الجريمة بعدة صور من السلوك، إلا أنها تتفق فيما يتعلق بالمحل الذي يقع عليه السلوك، وهو جمعية أو منظمة أو جماعة أو عصابة، ويشترط أن يكون في هذا المحل شرطاً معيناً هو كونه مخالفاً لأحكام القانون.^١

ويقصد "بالإنشاء": خلق كيان لم يكن له وجود في الواقع من قبل؛ إذ إن هذا يستلزم مباشرة سلوك مادي ذو مضمون نفسي، وهو الإفصاح عن فكرة وشعور وإرادة، ينشأ عنه حدث نفسي، وهو تلاقي نية صاحب السلوك ونوايا آخرين على هدف مشترك،^٢ وبناءً على هذا فإن العبرة بتحقيق فعل الإنشاء وبغض النظر عن وسيلة ذلك، قد يكون راجعاً إلى علاقة وطيدة بين مجموعة أشخاص تلاقحت إرادتهم على هذا الإنشاء، أو نتيجة ترويج هذا الغرض كالدعوة بواسطة منشورات مثلاً، ويستوي في ذلك أن يتم هذا الفعل سراً أو علانية.^٣

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ٦٢.

^٢ د. نورالدين هندراوي، مرجع سابق، ص ٣٥.

^٣ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٤٥٤.

ويتفق "التأسيس" مع "الإشياء" في المدلول والأثر؛ ومن ثم فهما مشتركان في أنه يجب أن يقوم بعض الأفراد بإنشاء أو تأسيس كيان (جمعية، هيئة، عصابة) لم يكن له وجود من قبل، بمعنى تكوينه، أو وضع ملامحه الرئيسية وكذا تحديد الوسائل اللازمة لتحقيق أغراضها. وكان قصد المشرع الجنائي من ذلك أن يكون النص التجريمي جامعاً مانعاً لكل أشكال السلوك الجرمي، بحيث لا يكون هناك مجال لإفلات الجاني من العقاب.^١

أما فيما يتعلق "بالتنظيم والإدارة" فإن الأول ينسحب لوضع هيكل المنظمة أو الجمعية أو أي كيان وكذا تفصيلاته بما يمكنه من مباشرة نشاطه وتوزيع الأدوار بين أعضائها وكذا إسناد المسؤوليات والمهام لمن ينتمون للمنظمة أو غيرهم، ويلاحظ تزامن التنظيم مع الإشاء والتأسيس، وإن كان يختلف عنهم من الناحية الزمنية.^٢

أما الثانية فهي تعنى تسيير أمور التنظيم أو الكيان على الوجه الذي يحقق الأغراض التي يسعى إليها، إذ يُفترض في التنظيم والإدارة أن الكيان قد تأسس فعلاً، أو أن له وجوداً في الواقع القانوني، ويشترط أن يكون وجوده بالمخالفة لأحكام القانون، أما إذا كان الإشاء أو التأسيس طبقاً لأحكام القانون، وخرج الكيان

^١ د. محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

^٢ راجع د. محمد أبو الفتح الغنام، مواجهة الإرهاب في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٧٥ وما بعدها.

القانوني عن حدود النشاط المخول له وتغيا أهدافاً غير التي أنشأ أو خلق من أجلها فلا ينطبق نص المادة ويكون للجهة الإدارية المختصة - في هذه الحالة - القرار الذي قد يصل لحلها، ويشترط كي يعد سلوكاً إجرامياً أن يكون الغرض هو تعطيل الدستور أو القانون أو اللوائح أو منع السلطات العامة من ممارسة أعمالها، وكذا التعدي على الحقوق والحريات كما أسلفنا الإشارة من قبل،^١ وبالتالي فلا وجه لتطبيق هذا النص إذا كان الغرض من هذه الأفعال المشكلة للسلوك الإجرامي ارتكاب جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة مما تقع تحت طائلة مواد أخرى من مواد قانون العقوبات.^٢

ويتضمن هذا النص أيضاً قيام الجاني بزعامة أو قيادة كيان وتنظيم غير مشروع، أو قيامه بتقديم معونات مادية أو مالية للتنظيم غير المشروع، فيكون الركن المادي متحققاً بمجرد وضع النقود أو المال تحت يد التنظيم غير القانوني أو القائمين عليه بصفاتهم.^٣

(٢) جريمة الانضمام إلى جماعة إرهابية أو الاشتراك فيها بأي صورة مع علمه بأغراضها، تنص المادة (١٢) من القانون ذاته على أنه: "يعاقب بالسجن المشدد كل من انضم إلى جماعة إرهابية، أو شارك فيها بأي صورة مع علمه بأغراضها أو

^١ لمزيد من التفصيل: راجع د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها.

^٢ د. صالح العادلي، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

^٣ المرجع السابق.

تكون العقوبة السجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات إذا تلقى الجاني تدريبات عسكرية أو أمنية أو تقنية لدى الجماعة الإرهابية لتحقيق أغراضها أو كان الجاني من أفراد القوات المسلحة أو الشرطة."

(٣) جريمة إكراه شخص على الانضمام إلى الجماعة الإرهابية أو منعه من الانفصال عنها، تنص المادة ذاتها على أنه: "يعاقب بالسجن المؤبد كل من أكره شخصاً على الانضمام إلى الجماعة الإرهابية، أو منعه من الانفصال عنها، وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على الإكراه أو المنع وفاته."^١

وتفترض النصوص السابقة صورة الوجود المادي والفعلي لكيان غير مشروع (جمعية، هيئة، منظمة، جماعة،...)؛ إذ يتحقق الركن المادي للجريمة إذا حدث الانضمام أو المشاركة بالفعل، وأن يتحقق الركن المادي للجريمة إذا حدث الانضمام أو المشاركة في التنظيم غير المشروع حقيقياً، إذ يحدث بمحض إرادة الشخص،^٢ ويكفي انضمام شخص إلى تنظيم غير مشروع حتى لو لم يشارك في نشاطه، ويلزم أن يشارك الفرد في النشاط، ولو كان غير عضو في التنظيم، ويشترط أن يكون هذا الشخص عالماً بأغراض هذا التنظيم.^٣

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ٦٦ وما بعدها.

^٢ د. نورالدين هنداوي، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها.

^٣ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٤٦١ وما بعدها. ينظر: أيضاً نص المادة ١٢ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ لمكافحة الإرهاب.

فإذا كان الإرهاب من الوسائل التي يستخدمها التنظيم لتحقيق أو تنفيذ الأغراض التي يدعو إليها، فعد المشرع استخدام هذه الوسائل ظرفاً مشدداً للعقوبة لتكون السجن المؤبد أو المشدد فضلاً عن الانضمام أو المشاركة بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة أو حتى الترويج للأغراض غير المشروعة لهذه التنظيمات، سواء كان الجاني من أفراد الشرطة أو القوات المسلحة أو كان قد تلقى تدريبات أمنية أو عسكرية أو تقنية.^١

ويشترط القانون كسلوك مكون للركن المادي لهذه الجريمة، أن يستعمل الجاني الإرهاب لإجبار شخص على الانضمام للتنظيم غير المشروع أو منعه من الانفصال عنها، بمعنى استخدام القوة أو العنف أو الترويع أو التهديد،^٢ ويقصد بالإجبار للتأثير على إرادة المجني عليه لتوجيه سلوكه إلى الغاية التي يريدها الجاني وهي الانضمام لتنظيم غير قانوني، ليصبح المنظم عضواً من أعضاء التنظيم، أما المنع من الانفصال فهو حرمان أحد أعضاء التنظيم غير المشروع من الانفصال عنه.^٣

(٤) جريمة السعي أو التخابر لدى دولة أجنبية أو أية جهة لارتكاب جريمة إرهابية، تنص المادة (١٤) من القانون على أنه "يعاقب بالسجن المؤبد كل من

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ٧٧ وما بعدها.

^٢ د. محمد الغنام، مرجع سابق، ص ١١١.

^٣ المرجع السابق.

سعى أو تخاير لدى دولة أجنبية أو أية جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة أو غيرها يكون مقرها داخل مصر أو خارجها، أو لدى أحد ممن يعملون لمصلحة هذه الدولة الأجنبية أو أي من الجهات المذكورة وذلك يهدف ارتكاب أو الإعداد لارتكاب جريمة إرهابية داخل مصر أو ضد أي من مواطنيها أو مصالحها أو ممتلكاتها أو مقار ومكاتب بعثاتها الدبلوماسية...أو ضد أي من العاملين...أو ضد أي من المتمتعين بحماية دولية. وتكون العقوبة الإعدام إذا وقعت الجريمة الإرهابية موضوع السعي أو التخابر أو شرع في ارتكابها."

وطبقاً لهذا النص يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة بارتكاب سلوكيات محددة بنص القانون عن طريق التخابر أو السعي لدى دولة أجنبية أو غيرها من الكيانات يكون مقرها خارج البلاد، أو بأحد ممن يعملون لمصلحة أي منها.^١ ويلزم أن يكون السعي أو التخابر مع الجهات المحددة هدفه القيام بأي عمل من أعمال الإرهاب داخل مصر، أو ضد ممتلكاتها، أو مؤسساتها أو موظفيها العموم أو المحمية دبلوماسياً أو قنصلياً أو حتى مواطنيها أثناء عملهم أو وجودهم بالخارج فضلاً عن وقوع الجرم في حالة الاشتراك في ارتكاب شيء مما ذكر بالنص.^٢

(٥) جريمة قلب نظام الحكم في الدولة، تنص المادة (١٨) من هذا التشريع على أنه "يعاقب بالسجن المؤبد أو بالسجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنين

^١ د. نورالدين هندواوي، مرجع سابق، ص ٥٦.

^٢ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ٥٦.

كل من حاول بالقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع أو غير ذلك من وسائل العمل الإرهابي قلب نظام الحكم أو تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهوري أو شكل الحكومة.^١

(٦) جريمة تمكين مرتكب جريمة إرهابية من الهرب، تكون عقوبة الجاني في هذه الحالة السجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنوات، حيث أنه مكن أو ساعد مرتكب أي عمل إرهابي وجرم ذا صلة من الهرب قبل أو بعد القبض عليه.^٢

(٧) جريمة الالتحاق أو التعاون بالقوات المسلحة لدولة أجنبية أو تنظيم إرهابي في الخارج، تنص المادة (٢١) من القانون على أنه: "يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين كل مصري تعاون أو التحق بغير إذن كتابي من السلطة المختصة بالقوات المسلحة لدولة أجنبية، أو بأي من الجماعات المسلحة أو الهيئات أو . . . التي يقع مقرها خارج مصر وتتخذ من الإرهاب أو التدريب العسكري أو تعليم الفنون الحربية أو الأساليب القتالية أو الحيل أو المهارات ووسائل لتحقيق أغراضها في ارتكاب جرائم إرهابية أو الإعداد لها ولو كانت أعمال غير موجهة إلى مصر فإذا تلقى الجاني أي نوع من أنواع التدريب . . . تكون العقوبة السجن المؤبد، كما يعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها بالفقرة الأولى . . . كل

^١ المادة ١٨ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

من سهل لغيره التعاون أو الالتحاق أو العبور إلى خارج مصر بغرض الانضمام إلى القوات المسلحة لدولة أجنبية . . .^١

ويقوم الركن المادي في هذه الحالة بتعاون الجاني أو التحاقه بالقوات المسلحة أو أي كيان آخر- أيًا كان تسميته - بغير إذن كتابي (دون تصريح) من الجهات المعنية والحكومية المنوطة بذلك، ويشترط أن تتخذ الدولة التي تعاون أو التحق المصري بقواتها المسلحة أو غيرها والتي يكون مقرها خارج البلاد تتخذ من الإرهاب وما يلحق به كالتدريب العسكري أو القتالي أو تعليم الفنون الحربية ومهاراتها وغيرها وسائل لتحقيق أهدافها، حتى ولو كانت أعمالها غير موجهة لمصر، فيكفي توجه نشاطها الإجرامي ضد أي دولة أخرى.^٢

ولا يشترط أن يسهم المجرم (الجاني) في أحد أنشطة هذه الجهات؛ فيتحقق النشاط الإجرامي بمجرد التعاون أو الالتحاق مادام عالمياً بطبيعة نشاط هذه الجهات.^٣

(٨) جرائم تمويل الإرهاب، لقد نص القانون الجديد على عقاب تمويل الإرهاب، حيث تنص المادة (١٣) على أنه "يعاقب بالسجن المؤبد كل من ارتكب جريمة من

^١ المادة ٢١ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ لمزيد من الشرح والتفصيل حول هذا النص القانوني، د. أحمد عبد الكريم سلامه، المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣. ينظر بوجه عام د. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركزالاجانب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

^٣ المادة ١٣ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

جرائم تمويل الإرهاب إذا كان التمويل لإرهابي وتكون العقوبة الإعدام إذا كان التمويل لجماعة إرهابية أو لعمل إرهابي، وفي الأحوال التي تترتب فيها الجريمة بواسطة جماعة إرهابية يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية لهذه الجماعة أو لمصلحتها، كما تعاقب الجماعة الإرهابية بغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثة ملايين جنيه، وتكون مسئولة بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية أو تعويضات.^١

(٩) جريمة الإعداد أو التدريب على الأعمال الإرهابية، ينص القانون في المادة (١٥) على أنه "يعاقب بالسجن المؤبد أو بالسجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنين كل من قام بأية طريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد ارتكاب جريمة إرهابية في الداخل أو الخارج بإعداد أو تدريب أفراد على صنع أو استعمال الأسلحة التقليدية أو غير التقليدية أو وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية أو الالكترونية أو أية وسيلة تقنية أخرى أو . . . أو حرض على شيء مما ذكر. يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سبع سنين كل من تلقى التدريب . . . بقصد الإعداد أو ارتكاب جريمة من الجرائم المشار . . ."

(١٠) جريمة الاستيلاء أو الهجوم أو الدخول بالقوة أو القوة أو العنف أو التهديد أو الترويع على أحد المقار الرئيسية المتعلقة بكيان الدولة كالمقرات

^١ المادة ١٣ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

الرئاسية والدبلوماسية ومقار المجالس النيابية أو مجلس الوزراء أو أقسام الشرطة أو السجون أو الأجهزة الرقابية أو الأمنية والمرافق العامة الأخرى،

جاءت المادة (١٦) من هذا القانون لتجريم الاستيلاء والحيابة الخاصة بالعقارات والمنشورات، وكذا عقاب كل من وضع أجهزة أو مواد في المقار الحكومية متى كان من شأنها تدمير أو الحاق الضرر بها أو بأي من الأشخاص المتواجدين بها، أو حتى المترددين عليها، أو هدد بارتكاب هذه الأفعال.^١

وتتعدد العقوبة الجنائية (السجن المؤبد) إذا وقع الفعل باستعمال السلاح أو من أكثر من شخص أو قام الجاني بتدمير أو إتلاف المقر، وكذا مقاومة السلطات العامة أثناء تأدية وظيفتها في حراسة المقار أو لاستعادته، وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على ارتكاب هذه الأعمال وفاة شخص.^٢

وفي السياق ذاته، نصت المادة ١٧ من القانون ذاته على جريمة الدخول بالقوة أو عنوة أو بالمقاومة إلى مقر البعثات الدبلوماسية والهيئات القنصلية والدولية والإقليمية، أو المكاتب الرسمية، أو السكن الخاص للأشخاص من المحميين دبلوماسياً، وكذا كل من لجأ إلى القوة على هذه الأماكن أو وسائل الانتقال لشخص يتمتع بحماية دولية (الحصانة الدبلوماسية) إذا كان من شأن الهجوم أن يعرض سلامته أو حريته للخطر، أو لمجرد التهديد بارتكاب الفعل، فيكون السجن المؤبد أو

^١ المادة ١٦ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ١٦ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

المشدد هو عقوبة الجاني إذا استخدم السلاح أو وقع الفعل من أكثر من شخص، أو الإعدام في حالة وفاة شخص ما.^١

(١١) **جريمة الإلتلاف العمدي**، ينص القانون على معاقبة الجاني بالسجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنوات إذا أخفي أو تعامل في أشياء استعملت أو أعدت للاستعمال في ارتكاب جريمة إرهابية، أو الأموال المتحصلة عنها وكذا إذا قام الجاني بالإلتلاف العمدي أو ارتكب فعل الاختلاس أو إخفاء لمستند أو محرر خطي (كتابي) أو إلكتروني من شأنه تسهيل فعل إرهابي، أو إقامة الدليل على مرتكبه أو محاسبته وعقابه جنائياً.^٢

(١٢) **جريمة القبض أو الاحتجاز غير المشروع أو الخطف**، يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بالقبض على شخص، في غير الأحوال المصرح بها في القوانين واللوائح، أو تم احتجازه أو حبسه كرهينة، وذلك من أجل التأثير على السلطات العامة في أدائها لمهامها وأعمالها أو الحصول منها على منفعة أو مزية من أي نوع،^٣ وبناء على ذلك، يخرج الفعل من إطار تجريم أفعال الإرهاب إذا كان الحبس

^١ المادة ١٧ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٣ المادة ٢٢ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥. ولمزيد من التفصيل حول مفهوم القبض والاحتجاز في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، راجع د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، رقم ٦٤٠ ص ٥٥٦، د. محمد عيد

أو الاحتجاز بغرض الانتقام من المجني عليه، أو حتى إجباره على تسديد دين مستحق للجاني، ولا يشترط توافر صفة معينة في الجاني فضلاً عن وجوب وقوع الاحتجاز والقبض في الأحوال غير المصرح بها قانوناً أو لائحياً.^١

وفي هذا الصدد يتم إجبار السلطات العمومية إما بالقيام بالعمل أو الامتناع عنه؛ فتكون العقوبة السجن المشدد لمدة عشر سنوات، وتكون السجن المؤبد إذا لجأ الجاني لارتكاب أحد الأعمال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون (جرائم إرهابية)، أو اتخذ أو انتحل صفة كاذبة أو اسم غير حقيقي أو تزيا بدون وجه حق بزّي رسمي أو كان حاملاً لبطاقة أو علامة مميزة لعمل أو وظيفة من غير حق أو قام بعمل من أعمال (مقتضيات) هذه الأشكال (الوظائف) أو أبرز أمراً (مستنداً) مزوراً مدعياً صدوره من إحدى السلطات العامة في الدولة أو نشأ عن الفعل جرح أو إذا قاوم السلطات العامة أثناء تأدية وظيفتها في إخلاء سبيل المجني عليه، وتكون العقوبة الإعدام إذا نجم عن الفعل وفاة شخص.^٢

والقانون الجديد قد وضع نصاً فيما يتعلق بتشديد المسؤولية الجنائية ومن ثم العقوبة الجنائية على كل من قام بتصنيع أو تصميم سلاح من الأسلحة التقليدية، أو حازها

غريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، جزء أول، ١٩٩٧ رقم ٤٩٩ ص ٦٣٧ وما بعدها.

^١ د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٥٥٧.

^٢ المادة ٢ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥. د. محمد الغريب، المرجع السابق، ص ٦٣٨-٦٤٠.

أو إحرارها أو قدمها، أو سهل الحصول عليها، وذلك لاستعمالها أو إعدادها للاستعمال في عمل إرهابي،^١ فيكون عقاب هذه الواقعة الجنائية السجن المشدد لمدة عشر سنوات، والسجن المؤبد إذا كان محل الجرم سلاحاً من الأسلحة غير التقليدية، وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب علي استخدام السلاح تقليدياً كان أو غير تقليدياً وفاة شخص.^٢

ويجزم قانون مكافحة الإرهاب الجديد أي تعد يشكل سلوكاً إجرامياً، يتمثل في خطف إحدى وسائل النقل الجوي أو البري أو البحري أو النهري (المائي) أو المنصات الثابتة في قاع البحار تحقيقاً لغرض إرهابي أو يكون لاستغلال الموارد أو أية أغراض اقتصادية تحقيقاً لذات الغرض، وأن يتم هذا الاعتداء أو الاستيلاء بالقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، فتكون العقوبة السجن المشدد.^٣

وتشدد العقوبة كي تصل للسجن المؤبد إذا كانت وسيلة النقل تابعة لقوات الشرطة أو للقوات المسلحة أو ارتكب الجاني عملاً من أعمال العنف ضد شخص يتواجد فيها أو دمرها أو تسبب في إلحاق ضرر يترتب عليه تعطيلها عن العمل بصفه

^١ المادة ٢٣ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ٢٣ من القانون السابق.

^٣ المادة ٢٤ من القانون السابق. وينظر: أيضاً في شرح المادة ٢٤٠ و ٢٤١ من قانون العقوبات، د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨٨٥ وما بعدها.

مؤقته أو دائمة،^١ وتقرر العقوبة ذاتها لكل من وضع في وسيلة النقل مواد من شأنها إحداث التدمير أو الإضرار بالنفس أو المال أو خراب المنشآت أو المرافق وكذا مقاومة السلطات العامة بالقوة أثناء قيامها بأعمالها، وتوقع عقوبة الإعدام في حالات الوفاة.^٢

ويجب أن يكون من شأن الخطف تعريض سلامة وسيلة النقل للخطر؛ إذ يجب أن تكون الوسيلة معدة لنقل الجمهور، سواء كانت مملوكة للدولة (ملكية عامة) أو للشركات أو للأفراد (ملكية خاصة)، ويشترط لتمام هذه الجريمة وجود أشخاص بتلك الوسائل سواء كانوا من الركاب أم اقتصر على طاقمها.^٣

وقد جاء التشريع المصري الجديد بنص يتعلق بتشديد العقوبة ما بين السجن المشدد أو المؤبد وكذا الإعدام إذا قام الجاني بالإتلاف العمدي أو التخريب، أو إذا دمر أو كسر أو قطع أو عطل شبكة أو برجاً أو خطأً من خطوط الكهرباء أو البترول أو الغاز الطبيعي أو المنشآت والمباني اللازمة أو استولى عليها بالقوة والعنف، وإذا تعمد منع المتخصصين والعاملين بإصلاح ما تلف من أشياء، أو ترتب على

^١ د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ٨٥٦.

^٢ المرجع السابق، ص ٨٥٧.

^٣ المرجع السابق، ص ٨٥٨.

الجريمة توقف أو انقطاع إمداد أو تعطيل الكهرباء والمنتجات البترولية ولو بصفة مؤقتة أو وفاة شخص.^١

وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة المختصة بمصادرة الآلات والأدوات المستخدمة في الجريمة وتأمّر بإعادة الحال على ما كانت عليه قبل الجريمة على نفقة المحكوم عليه وإلزامه بأداء قيمة التلفيات، وتزيد العقوبة إذا أضر الجاني بسلامة المجرى المائي أو قام بتلويثه بمادة ضارة أو سامة.^٢

(١٢) جريمة التعدي على أحد القائمين على تنفيذ القانون، حددت المادة (٢٧) من هذا القانون أفعال السلوك الإجرامي المكونة للركن المادي لهذه الجريمة؛ إذ قررت أن السلوك الذي يباشره الجاني يجب أن يتخذ صورة التعدي أو المقاومة، وأن يكون التعدي على أحد القائمين على تنفيذ أحكام القانون كرجال الشرطة، أو مأمور الضبط القضائي، وغيرهم أثناء تأدية وظيفتهم أو بسببها، دون أن يتطلب أن يكون التعدي بالقوة أو العنف أو التهديد باستعمالها، في حين يلزم أو تطلب ذلك المقاومة.^٣

وتشدد العقوبة التي هي السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات إلى السجن المؤبد إذا نشأ عن التعدي أو المقاومة عاهة مستديمة يستحيل برؤها، أو كان

^١ المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٣ المادة ٢٧ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

الجاني يحمل سلاحاً، أو قام باختطاف أو احتجاز أي من القائمين على تنفيذ أو تطبيق أحكام هذا القانون في شأن مكافحة الجرائم الإرهابية، وتكون العقوبة الإعدام في حالة وفاة شخص.^١

وتطبق هذه الأحكام إذا كان المجني عليه زوج أحد القائمين على تنفيذ أو تطبيق أحكام هذا القانون أو أحد أصوله أو فروعه، وقد ساوى المشرع الجنائي بين خطف أو احتجاز القائم على تنفيذ أحكام هذا القانون وخطف أو احتجاز زوجة أو أحد أصوله أو فروعه لتوافر الحكمة من التشديد في الحالتين.^٢

(١٣) جريمة الترويج أو الإعداد للترويج لارتكاب عمل إرهابي وما يلحق بها من أفعال،

ينص القانون الجديد على معاقبة كل من روج أو أعد للترويج بطريق مباشر أو غير مباشر لارتكاب أية جريمة إرهابية قولاً أو كتابةً أو بأية وسيلة أخرى. هذا ويعد من عداد الترويج غير المباشر، الترويج للأفكار المتطرفة وكذا المعتقدات الداعية لاستخدام القوة والعنف.^٣ وتشدد العقوبة إذا كان الترويج تم في أماكن معينة

^١ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٥١٢.

^٢ المرجع السابق. وقارن المادة ٨٨ مكرر "أ" من قانون العقوبات.

^٣ المادة ٢٨ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

كدور عبادة أو بين أفراد معينين كأفراد القوات المسلحة أو قوات الشرطة أو في الأماكن المتعلقة والخاصة بهذه القوات.^١

فضلاً عن معاقبة كل من حاز أو أحرز أية وسيلة من وسائل الطبع أو التسجيل أو العلانية استعملت أو أعدت للاستعمال ولو بصفة مؤقتة (وقتنية) بقصد طبع أو تسجيل أو إذاعة أشياء أو أمور داعية للعنف،^٢ ويكون السجن مدة لا تقل عن خمس أو سبع سنين هي العقوبة المقررة.^٣

ومن صور الترويح: الدعوة إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح، أو منع إحدى مؤسسات الدولة أو السلطات العامة عن القيام بمهامها: والاعتداء على الحرية الشخصية،..... وغيرها من الحقوق والحريات العامة للمواطنين المكفولة دستورياً وقانونياً.^٤

ويعاقب على الترويح بغض النظر عما إذا كان من يقوم به عضواً في التنظيم أو لا، ولا يهم وسيلة الترويح، إذ قد تكون الكتابة في المجلات والصحف أو القول العلني وأية وسيلة أخرى تخدم الأغراض غير المشروعة، ويشترط أن يكون الترويح

^١ د. نورالدين هنداوي، مرجع سابق، ص ٣٨.

^٢ د. إبراهيم نايل، مرجع سابق، ص ٦٥-٦٧.

^٣ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٤٦٢-٤٦٤.

^٤ د. نورالدين هنداوي، مرجع سابق، ص ٣٩-٤٠. ينظر أيضاً المادة ٨٦ مكرر من قانون العقوبات، حيث تم تعديل هذه المادة فقرة ثالثة بحذف عبارة "أو تحبيذاً" بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٦.

صريحاً وليس ضمناً، فلا يجوز استخلاصه قولاً أو كتابةً أو من ظروف الحال، فلا تكفي مجرد إمكانية استخلاصه.^١

وفي هذه الحالات قد يكون الجاني عضواً في التنظيم، وقد يكون من خارجه، ولا يلزم أن يقع الترويج فعلاً؛ إذ يعاقب المشرع على مجرد حيازة أو إحراز محررات أو مطبوعات أو تسجيلات أو غيرها، تتضمن ترويجاً للأعمال الإرهابية، دون شرط الترويج الفعلي، ويشترط أن تكون هذه الأدوات للتوزيع والاطلاع، فإذا كانت لمجرد احتفاظ الشخص فلا ينطبق ذلك النص القانوني.^٢

ويضاف إلى هذا، أن المشرع الجنائي قد عاقب بالسجن المشدد كل من أنشأ أو استخدم موقعاً على شبكات الاتصالات أو شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) أو غيرها بغرض الترويج للأفكار الهدامة والمعتقدات المتطرفة الهادفة لارتكاب أفعال إرهابية أو لنشر أو بث ما يهدف لتضليل السلطات الأمنية، أو التأثير على سير العدالة في شأن جريمة إرهابية، أو لتبادل الرسائل وإصدار التعليمات والتكليفات بين الجماعات الإرهابية، ومن ينتمون إليها، وتحركاتهم في الداخل أو الخارج.^٣

ويُقدم للمحاكمة الجنائية بعد ثبوت الجريمة كل من دخل بغير حق أو بطريقة غير مشروعة موقعاً إلكترونياً تابعاً لأية جهة حكومية بغرض الحصول على البيانات أو

^١ د. إبراهيم نايل، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق، ص ٧٤. وينظر أيضاً: د. نورالدين هنداوي، مرجع سابق، ص ٤١-٤٦.

^٣ المادة ٢٩ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

المعلومات الموجودة عليها، أو الاطلاع عليها، أو تغييرها، أو محوها، أو إتلافها وكذا تزوير محتواها بغرض ارتكاب أو الإعداد لارتكاب عمل إرهابي.^١

ويعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد كل من اشترك في اتفاق جنائي كان القصد منه ارتكاب عمل أو فعل إجرامي إرهابي، وخاصة إذا كان الجاني من المحرضين صراحةً أو ضمناً على هذا الاتفاق أو كان له شأن في إدارة حركته،^٢ ويعاقب بالحبس كل من جمع دون سند قانوني معلومات أو بيانات عن أحد القائمين من السلطة العامة على تنفيذ أو تطبيق أحكام هذا القانون؛ وذلك بغرض استخدامها في تهديده أو إلحاق الأذى به، أو بمصالحه أو مصالح جهة عمله، أو التعدي عليه بأي شكل من أشكال الإيذاء، أو حتى على أي من أصوله أو فروع.^٣

وقد عاقب المشرع كل من انتحل صفة الضبطية القضائية أو الإدارية أو حاز أو صنع أو استورد أو أنتج أو باع أو تزين بزّي رسمي مخصص للقوات المسلحة أو الشرطة أو غيرها لارتكاب عمل إرهابي.^٤

(١٤) جنحة عدم الإبلاغ عن الجرائم الإرهابية، تكون جنحة عقابها الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنية، ولا تجاوز ثلاثمائة ألف

^١ د. إبراهيم نايل، المرجع السابق، ص ٧١-٧٢.

^٢ د. مدحت رمضان، مرجع سابق، ص ١٥١.

^٣ المرجع السابق. ينظر أيضاً المادة ٣٠ من قانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٤ المادة ٣٢ من ذات القانون.

جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بوقوع عمل إرهابي أو بالإعداد أو بالتحضير له، أو توافرت لديه معلومات أو بيانات تتصل بأحد من مرتكبيه، وكان بإمكانه أو في مقدوره الإبلاغ ولم يخطر أو يبلغ السلطات العامة المختصة بذلك، ويستثنى من ذلك الزوج أو الزوجة أو أصول أو فروع الجاني.^١

(١٥) مخالفة حظر النشر في قضايا الإرهاب، حيث يحظر تسجيل أو تصوير أو بث أو عرض أية من جلسات المحاكمة في الجرائم الإرهابية إلا بعد الحصول على إذن من رئيس المحكمة المختصة، ويعاقب كل من خالف هذا الحظر بالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تتجاوز مائة ألف جنيه،^٢ كما يعاقب بغرامة باهظة القيمة كل من تعمد بأي وسيلة كانت نشر أو إذاعة أو عرض أو ترويج أخبار أو بيانات كاذبة عن أعمال إرهابية وقعت داخل البلاد، أو العمليات المرتبطة بممارستها بما يخالف البيانات الرسمية الصادرة عن وزارة الدفاع دون الإخلال بالعقوبات التأديبية المقررة.^٣

وفي الأحوال التي تقع فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يسأل ويعاقب جنائياً المسؤول عن الإدارة الفعلية لهذا الشخص بالغرامة مادامت الجريمة قد ارتكبت لحسابه أو لمصلحته، ويكون الشخص الاعتباري متضامناً (مسؤولاً بالتضامن) عما

^١ المادة ٣٣ من ذات القانون.

^٢ المادة ٣٦ من ذات القانون.

^٣ المادة ٣٥ من ذات القانون.

يحكم به من غرامات وتعويضات، وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة بمنع المحكوم عليه من مزاولة المهنة لمدة لا تزيد على سنة إذا وقعت الجريمة إخلالاً بأصول مهنته.^١

^١ المادة ٣٥ من ذات القانون، وكذا المادة ٣١ من ذات القانون.

المطلب الثاني

الركن المعنوي للجريمة الإرهابية

الجريمة الإرهابية - في جميع صورها - جريمة عمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي؛ إذ يلزم أن يتوافر القصد الجنائي العام الذي يركز على علم الجاني بماديات الجريمة ومقوماتها، واتجاه إرادته نحو تحقيقها.^١

حيث تتطلب النصوص القانونية لهذه الجريمة أن يكون ارتكاب السلوك الإجرامي من أجل تحقيق الأغراض المحددة فيه، فإن هذا لا يعني ضرورة توافر القصد الخاص، فالعلم بالغرض واتجاه الإرادة إلى مقارفة السلوك لأجل تحقيقه لا يخرج عن معنى العلم بالنتيجة الإجرامية الذي يعد أحد مقومات القصد الجنائي العام.^٢

وقد اتفق الفقه الجنائي على أن جرائم الإرهاب هي جرائم قصدية، يلزم أن يتوافر لدى الجاني العلم والإرادة، حيث إن نية ضم الإرهابي للتنظيم الإرهابي غير المشروع، وعدم خروجه منه مثلاً تعد جزءاً من القصد الجنائي العام، وليست قصداً خاصاً يتطلبه المشرع الجنائي،^٣ وبناءً على ذلك يكون اتصال الجاني مجرماً - وفقاً لأحكام هذا القانون - إذا استهدف أغراضاً غير مشروعة، فإذا لم تتصرف إرادة الجاني نحو ذلك فلا جريمة ولا عقوبة.

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق.

^٣ د. نورالدين هنداوي، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

أما القول إنه يلزم توافر القصد الجنائي الخاص في بعض الحالات كجريمة السعي أو التخابر لدى دولة أجنبية، أو حتى الالتحاق بقواتها المسلحة التحاقاً غير مشروع، بمعنى لزوم توافر هذه النية التي تقوم على اتجاه إرادة الجاني إلى غاية محددة دون غيرها من السعي أو التخابر، فهذه الغاية تتمثل في القيام بأي عمل من أعمال الإرهاب داخل مصر، أو ضد ممتلكاتها أو مؤسساتها العامة أو الخاصة، قول مردود عليه بأن هذا الغرض يندمج مع الإرادة، ومن ثم ينعكس على السلوك الذي يمكن أن ينتهي لتحقيق غاية معينة فإن كانت مشروعة انتفت الجريمة، وإن كانت غير مشروعة كانت الجريمة واستحق العقاب،^١ ولا يشترط أن يتحقق الهدف الذي يبتغاه الجاني، إذ يكفي توافر هذا القصد حتى ولو لم يتحقق فعلاً.^٢

وفيما يتصل بالأفعال ذات الصلة بالإرهاب، فإنه يتعين أن يعلم الجاني بخطورة سلوكه الإجرامي، أو بالأحرى - في بعض صور الجريمة الإرهابية - أنه يقبض على شخص أو يحتجزه أو يحبسه كرهينة، وإلا انتفي لديه القصد الجنائي طبقاً للقواعد العامة، وفي هذه الحالة يتوافر القصد الخاص إلى جانب القصد العام،

^١ د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها.

^٢ د. مدحت رمضان، مرجع سابق، ص ١٥٢ وما بعدها.

ويرتكز على اتجاه إرادة الجاني لتحقيق غاية محددة بذاتها، جوهرها التأثير على السلطات العامة في أداء مهامها، أو قد يكون الحصول على منفعة من أي نوع.^١

ويتعين أن يعلم الجاني - في بعض صور جرائم الإرهاب - بصفة وهوية المجني عليه، وبخطورة سلوكه الجرمي، بمعنى مقاومة أو التعدي على أحد القائمين على تنفيذ أحكام هذا القانون أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، وكذا اتجاه إرادته لمكافحة السلوك، وإلا انتفي قصد الجنائي تطبيقاً للقواعد العامة.^٢

خصوصية القصد الجنائي الخاص في جرائم الإرهاب

لقد استقر غالبية الفقه الجنائي - تطبيقاً لأحكام قانون الإرهاب الجديد - على عد الجرائم الإرهابية من جرائم القصد الجنائي الخاص؛ إذ حرصت المادة (٢) من هذا القانون على الأخذ بالقصد الخاص في صورة الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر،^٣ وعلى الرغم أن جميع الأفعال الإجرامية تستهدف الإخلال بالنظام العام بما في ذلك الجرائم المضرة بمصالح الأفراد الخاصة، إلا أنه يقصد بها - في هذه الحالة - المصلحة العامة المحمية التي يلحقها الضرر؛ إذ إن

^١ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ٦٥.

^٢ د. نورالدين هنداي، مرجع سابق، ص ٥٣.

^٣ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها.

الأفعال الإرهابية تضر بالمجتمع مباشرة ككل على خلاف الجرائم المضرة بمصالح الأشخاص، حيث تضر بالمجتمع بطريق غير مباشر.^١

وينصرف المقصود باصطلاح "النظام العام" إلى كافة عناصره ومقوماته سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو أمنية؛ حيث يجب أن يتجه إليه قصد الجاني مباشرة،^٢ ومثال ذلك: إذا تمثل العمل الإرهابي في القتل فإن القصد الخاص في جريمة الإرهاب يتجاوز مجرد نية قتل المجني عليه وإزهاق روحه نية إحداث اضطراب بالنظام العام للمجتمع بأكمله أو تعريض أمنه وسلامته للخطر، وهو ما يتوافر - على وجه الخصوص - في صورة القصد الجنائي الخاص المتمثلة في إشاعة حالة من الترويع والخوف العام.^٣

كما قد يتوافر هذا القصد من الصور التي تلحق ضرراً بالمصالح العامة للدولة مباشرة، سواء تحقق ذلك أو لم يتحقق، هذا وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الصدد عام ١٩٨٦ بشأن ما عبر عنه التشريع الفرنسي من قصد إحداث اضطراب أو إخلال جسيم بالنظام العام؛ إذ إن هذا التعبير يستوفي متطلبات مبدأ الشرعية الجنائية (للجرائم والعقوبات)،^٤

^١ المرجع السابق، ص ٩١.

^٢ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ٦٩.

^٣ د. نورالدين هنداي، مرجع سابق، ص ٥٦.

^٤ د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٣٨.

والسؤال الآن كيف يستدل على وجود وتوافر القصد الجنائي الخاص؟

من المسلم به أنه يمكن الاستدلال على توافر القصد الجنائي الخاص في هذه الجرائم من طبيعة أو مضمون الأعمال الإرهابية؛ إذ عبرت الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ٢٠٠٠ في نص المادة ١/٢ (ب)... عندما يكون غرض هذا العمل بحكم طبيعته أو في سياقه موجهاً إلى . . .^١

فمن حيث طبيعة الأعمال الإرهابية فإن القصد الجنائي الخاص يتواجد بصورة غير مباشرة أو ضمنية من طبيعة وفحوى العمل الإجرامي الذي اقترفه الجاني، كاحتجاز الرهائن أو خطف الطائرات أو الأشخاص المتمتعين بالحماية الدولية مثلاً، وغير ذلك من الوسائل التي تستخدم لتحقيق العنف بغير تمييز لإلحاق الموت أو الجراح الجسيمة أو البليغة للأشخاص، أو الإضرار بالمتلكات، حيث قضت محكمة النقض المصرية في هذا الإطار ب: "إن تحدث الحكم استقلالاً عن القصد الجنائي غير لازم مادامت الواقعة بذاتها تفيد توافره."^٢

أما فيما يتعلق بمضمون الأعمال الإرهابية فإن بعض أفعال الإرهاب الإجرامية لا تكشف طبيعتها الأهداف الإرهابية لدى مرتكبيها ما لم يكشف عن هذا مضمون العمل، فالاعتداء على المباني الحكومية قد يكون عملاً إرهابياً، إلا أن إثبات

^١ ينظر: نقض ١٧ أبريل سنة ٢٠٠٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥١ رقم ٧٨، ص ٤٢٠.

^٢ ينظر: المادة ١/٢ ب من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ٢٠٠٠.

القصد الخاص قد يكشف عمومية هدف الجاني؛ ومن ثم يجب التعرف على مضمون العمل،^١ ومن وسائل هذا التعريف: وجود مشروع إجرامي فردي أو جماعي كما حدده القانون، حيث يكون العمل الإجرامي المرتكب هو أحد وسائل تنفيذه.

واصطلاح "مشروع إجرامي فردي أو جماعي يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم"، وقد ورد في كل من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب ١٩٩٨ واتفاقية المؤتمر الإسلامي الإشارة للتعريف بالإرهاب، ويتضح عنصر المشروع الإجرامي في قانون العقوبات الفرنسي، فقد نص فيما يتعلق بتعريف الإرهاب على أن: الأعمال الإرهابية قد ترتبط عمداً بمشروع فردي أو جماعي، يهدف إلى إحداث إخلال جسيم بالنظام العام من خلال التخويف أو الرعب أو الترويع.^٢

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن "العمل الإجرامي الذي راح ضحيته بعض الضحايا في منشأة تعليمية مجرد عمل منفرد ضد هذه المنشأة، وأن وسيلة ارتكابه لا تكشف عن حرفية مرتكبه؛ مما يفيد عدم عده عملاً إرهابياً."^٣

^١ ينظر: الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨.

^٢ ينظر: المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات الفرنسي.

^٣ ينظر: الدائرة المدنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٥ Bull. Civ.,1, No.368.

COUR DE CASSATION, Chambre Civile 1, du 17 Octobre 1995, 93-14.837, Publié au Bulletin p.256. FONDS DE GARANTIE DES VICTIMES DES ACTES DE TERRORISME ET D'AUTRES INFRACTIONS – ACTE DE TERRORISME – DÉFINITION: "Constituent des actes de terrorisme les infractions

ويمكن استخلاص القصد الجنائي الخاص من بعض البواعث الدافعة لارتكاب الجرم، خاصة إذا كانت سياسية أو أيولوجية، والباعث السياسي غالباً ما يشير إلى تحقيق طموح اجتماعي ينفصل عن المصلحة الشخصية الخاصة؛ وذلك بخلاف الباعث الأيولوجي الذي في الغالب ما يتمثل في أسباب روحية قد تكون دينية أو علمانية، وبغض النظر فقد يكشف الباعث أو الطابع الأيولوجي أو السياسي للعنف الغاية الرئيسة من إشاعة الرعب والذعر بين الناس،^١ ويجوز إثبات القصد الجنائي بكافة طرق الإثبات.

spécifiées par la loi du 9 Septembre 1986 lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ; la cour d'appel, qui ayant justement retenu qu'un tel acte implique un minimum d'organisation et relevé que l'acte non revendiqué dont avaient été victimes les concierges d'un établissement scolaire constituait une action isolée contre cet établissement et que son mode de perpétration ne révélait pas le professionnalisme de son ou ses auteurs, demeurés inconnus, en a exactement déduit que cet acte n'avait pas constitué un acte de terrorisme.”

Décision Attaquée: Cour d'appel de Paris, du 19 Mars 1993
Etablissement d'enseignement – Concierge – Dommage résultant d'une explosion – Acte de terrorisme –Définition.

^١ د. مدحت رمضان، مرجع سابق، ص ١٥١.

ومن الجدير بالذكر أنه ليس كل عنف سياسي يمثل بالضرورة إرهاباً ما لم يقتزن بوسائل إرهابية؛ ولذا فإن تتبع بعض بواعث الإرهاب يمثل عاملاً في غاية الأهمية، سياسياً كان أو أيديولوجياً؛ إذ ربطه البعض بفكرة المشروع الفردي أو الجماعي، ويتوافر القصد الجنائي عند استخدامه العنف في ظروف من شأنها أن تؤدي المساس بحياة أو سلامة الأشخاص البدنية في نطاق مشروع يهدف لإشاعة الرعب لتحقيق أهداف معينة.^١

وطبقاً للمبادئ الدولية فيما يتعلق بتعريف القصد الجنائي في جريمة الإرهاب - طبقاً لنموذجها العام - يشترط أن يتوافر القصد الجنائي العام نحو السلوك الإجرامي المكون للجرم ونتيجته المترتبة عليه، سواء أَرادها الجاني أو كانت حتمية بطبيعتها؛ إذ تتمثل هذه النتيجة في جريمة من جرائم الأشخاص كالقتل العمد مثلاً، أو الأموال كالسطو، أو العرض كالاغتصاب أو البيئة أو المساس بأمن الدولة.^٢

وكذلك يشترط توافر النية الإرهابية التي حددها القانون، إما في صورتها التقليدية كإشاعة الترويع والخوف العام لدى السكان، أو في حمل حقوق أو منظمة على القيام بعمل، أو الامتناع عنه، ... وغير ذلك مما قد يضيفه القانون بشأن النية

^١ ينظر: المادة ٢ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة الإرهاب.

^٢ United States v. Yunis, 924 F.2d 1086 D.C.Cir1991 & Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d774,798 D.C.Cir1984. مثلاً:

الإرهابية، إذ يتبع نص القانون الجديد بشأن نية الإخلال بالنظام العام أو تعريض أمن المجتمع وسلامته للخطر لكافة الصور التي تحقق هذه النية الإرهابية.^١

^١ ينظر بوجه عام حول خصوصية القصد الجنائي الخاص:

Gregory E. Maggs, *TERRORISM AND THE LAW: CASES AND MATERIALS* 2nd ed., 2010.

المبحث الثالث

الأحكام الجنائية لجرائم الإرهاب في قانون مكافحة الإرهاب

من المسلم به أنه يجب أن تكفل لغة صياغة القانون الحالي وتعديلاته المتعلق بمكافحة الإرهاب الذي يحدد النموذج القانوني للإرهاب التمييز بين السلوك الإجرامي، أي: العنف بمعناه الواسع ونتائجه الإجرامية الحتمية الماسة بالحقوق والحريات والمصالح الجنائية المحمية، وهي التي ينصرف إليها القصد الجنائي العام، فضلاً عن بيان نصوص القاعدة الجنائية الخاصة، والإشارة لها بوضوح وبيان صورته على وجه التحديد بحيث يكشف هذا القصد في نهاية المطاف عن الأهداف والبواعث المنهي عنها؛ لذلك يجب استجلاء أن القصد الخاص يقوم على هدف عام، وليس مجرد باعث يعبر عن مصلحة شخصية للجاني.

وبناءً على ذلك نعرض في هذا المبحث القواعد المتعلقة بالمسؤولية الجنائية والعقوبات الجنائية الواردة بهذا القانون؛ فضلاً عن الأحكام الإجرائية الخاصة بمحاكمات الجرائم الإرهابية؛ وذلك في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

القواعد العقابية الخاصة للجريمة الإرهابية

من المسلم به أن المشرع الجنائي قد تبنى سياسة تشديد العقوبة في قانون مكافحة الإرهاب الجديد، كما شدد عقوبات جرائم قائمة إذا ارتكبت لغرض إرهابي، فضلاً عن تقريره أوضاعاً خاصة بالظروف القضائية المخففة للعقوبة والمسؤولية الجنائية، حيث أنه أورد عدة استثناءات على القضاة، وخاصة فيما يتعلق بتطبيق نص الرأفة، أي: المادة (١٧) من قانون العقوبات؛ إذ خرج القانون عن القانون العام في هذا الصدد، يضاف إلى ذلك الأخذ بسياسة التدابير الاحترازية الأمنية والعقوبات التكميلية التي يجوز الحكم بها جنباً إلى جنب مع العقوبة الأصلية المقررة، فضلاً عن سياسته في الإعفاء من العقاب فيما يتعلق بالمجرم الإرهابي التائب.

أولاً: قواعد سريان قانون مكافحة الإرهاب من حيث المكان والأشخاص

من المعروف أنه يتم تحديد الولاية القضائية للمحاكم الوطنية (الاختصاص المكاني) من خلال عدة مبادئ عامة، تشمل مبدأ الإقليمية، ومبدأ الشخصية، ومبدأ العينية، وكذا العالمية.

ويقصد بمبدأ إقليمية قانون العقوبات: اختصاص المحاكم الجنائية الداخلية (الوطنية) بنظر الدعاوى الجنائية المتحركة عن الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة أيّاً كانت جنسية أطرافها وطنيون أو أجانب، سواء كانوا فاعلين أو شركاء أو

مجني عليهم، وبغض النظر عن طبيعة المصلحة محل الاعتداء؛ إذ قد تكون مصلحة داخلية أو مصلحة لدولة أجنبية (خارجية).^١

وقد نص قانون العقوبات المصري على مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية "Principle of Territoriality"، فقد نصت المادة الأولى - وكذا الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون ذاته - على اختصاص المحاكم الجنائية المصرية بالنظر في القضايا التي ترتكب داخل مصر، سواء كان الجاني داخل الجمهورية (م ١)، أو ساهم في جريمة وقعت على أراضي مصر، وهو خارج الجمهورية (م ١/٢).^٢

أما فيما يتعلق بمبدأ الشخصية "Principle of Personality"، فله جانبان، الأول: إيجابي، ويعني: امتداد الولاية القضائية للمحاكم لنظر الدعاوى الجنائية عن

^١ د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٢١-١٢٢. وراجع أيضاً في هذا الصدد، د. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات: القسم العام - النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٧٢ وما بعدها.

^٢ تنص المادة الأولى من قانون العقوبات المصري على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه"، كما تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه "تسري أحكام هذا القانون أيضاً على الأشخاص الآتي ذكرهم: أولاً- كل من ارتكب في خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في القطر المصري".

الجرائم التي يرتكبها أفراد يحملون جنسيتها حتى ولو ارتكبت خارج البلاد هذا من ناحية.^١

ومن ناحية أخرى يتبلور الجانب السلبي لمبدأ الشخصية في امتداد اختصاص المحاكم على الجرائم التي تقع على الأشخاص الذين يحملون جنسيتها، والتي تقع خارج إقليمها،^٢ وقد أخذ قانون العقوبات المصري بمبدأ شخصية القاعدة الجنائية، إذ تنص على اختصاص المحاكم الوطنية (القانون المصري) بنظر الدعاوي أو القضايا التي يرتكبها مصريون في الخارج.^٣

وجدير بالذكر أنه إذا امتد اختصاص المحاكم الداخلية لبعض الأفعال الإجرامية التي تمس مصلحة أساسية للدولة، أو تهدد كيانها القانوني أياً كان مكان ارتكابها أو وقوعها وكذا جنسية مرتكبيها، فهذا ما يطلق عليه مبدأ العينية "Principle of Reality".

١ د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص ٩٦.

٢ تنص المادة ٣ من قانون العقوبات المصري على أنه "كل مصري وهو في خارج القطر ارتكب فعلاً يعتبر جنائياً أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه".

٣ د. نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٤٨ وما بعدها.

٤ هذا وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون العقوبات على أنه "ثانياً: كل من ارتكب في خارج القطر جريمة من الجرائم الآتية: أ جنائية مخللة بأمن الحكومة مما نص عليه في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون؛ ب جنائية تزوير مما نص عليه في المادة

أما إذا اختصت المحاكم الجنائية بنظر القضايا التي يتم فيها ضبط مرتكبيها على أراضيها أيّاً كان جنسيتهم أو مكان ارتكابها^١، فإن هذا يُعرف باسم مبدأ العالمية، ومن الملاحظ أن المشرع الجنائي المصري لم يورد نصاً في قانون العقوبات يأخذ بالمبدأ السابق المعروف باسم العالمية "Principle of Universality"^٢.

وبناء على ما تقدم يتضح جلياً من نص المادة (٤) من قانون مكافحة الإرهاب أن المشرع قد توسع فيما يتعلق بقواعد السريان المكاني بالنظر إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات قد تبنى مبدأ الشخصية في شقه السلبي وكذا مبدأ العالمية^٣.

وتطبيقاً لذلك تسري أحكام قانون مكافحة الإرهاب - مع عدم الإخلال بأحكام المواد ١ و٢ و٣ و٤ من قانون العقوبات المصري - على كل من ارتكب جريمة من جرائم الإرهاب خارج قطر جمهورية مصر العربية؛ وذلك في عدة حالات وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها، أو التوسع في تفسيرها، وهي:

٢٠٦ من هذا القانون؛ ج جنابة تقليد أو تزوير أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه في المادة ٢٠٢ أو جنابة إدخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة أو المزيفة أو المزورة إلى مصر أو إخراجها منها أو ترويجها أو حيازتها بقصد الترويج أو التعامل بها مما تنص عليه في المادة ٢٠٣ يشترط أن تكون العملة متداولة قانوناً في مصر.

^١ د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص ٩٣.

^٢ المرجع السابق، ص ١٠٢-١٠٤.

^٣ ينظر: المادة ٤ من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة الإرهاب.

أولاً: إذا ارتكبت الجريمة على متن وسيلة من وسائل النقل الجوي أو البري أو البحري أو النهري مسجلة لدى مصر أو تحمل علمها.

ثانياً: إذا كان من شأن الجريمة (أو الغاية منها) ما يأتي:

أ. إلحاق الضرر بأي من المواطنين المصريين أو المقيمين فيها أو بأمنها أو بأي من مصالحها أو ممتلكاتها في الداخل أو في الخارج، أو بمقار ومكاتب بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية أو مؤسساتها أو فروع مؤسساتها في الخارج.

ب. إلحاق الضرر - خاصة المادي - بأي من المنظمات أو الهيئات الإقليمية أو الدولية.

ج. حمل الدولة أو أي من سلطاتها أو مؤسساتها على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

ثالثاً: إذا كان المجني عليه مصرياً موجوداً في الخارج.

رابعاً: إذا كان مرتكب الجرم أجنبياً أو عديم الجنسية وموجوداً داخل مصر.^١

وبناءً على هذا أخذ المشرع المصري بمبدأ الشخصية السلبية عندما نص على امتداد الاختصاص المكاني للمحاكم على الأفعال الإجرامية التي ترتكب خارج

^١ المادة ٤ من القانون المذكور. وكذا المواد ١، ٢، ٣، ٤ من قانون العقوبات المصري.

البلاد إذا وقع الجرم على ضحية تحمل الجنسية المصرية^١، فضلاً عن أخذه بمبدأ العالمية حينما أجاز اختصاص المحاكم الجنائية المصرية لمعاقبة الطرف الأجنبي على فعله الذي ارتكبه خارج البلاد، وفي الوقت ذاته كان متواجداً على الإقليم المصري.^٢

ويلاحظ أن قانون مكافحة الإرهاب قد تبنى القواعد العامة فيما يتعلق بامتداد الاختصاص المكاني إذا ما وقعت الجريمة على سفينة أو طائرة خارج إقليم الدولة؛ إذ ينعقد الاختصاص الجنائي في هذه الحالة للدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها وهي دولة العلم أو الدولة التي تم تسجيل السفينة أو الطائرة فيها، ولهذا اشترط هذا القانون لكي ينعقد الاختصاص فيها للقانون الجنائي المصري أن تكون وسيلة النقل - أيّاً كان نوعها - مسجلة في مصر أو تحمل علم الجمهورية.^٣

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق هي سياسة المشرع المصري، وخاصة في المجال الجنائي؛ إذ إنه قد عمل على التوسع في قواعد السريان المكاني لقانون مكافحة الإرهاب من خلال الأخذ بمبدأي الشخصية السلبية وكذا العالمية، وخاصة في بعض القوانين والتشريعات المستحدثة كقانون مكافحة الإرهاب وقانون مكافحة

^١ ينظر: المادة ٤ فقرة ٣ من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٢ المادة ٤ فقرة ٤ من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

^٣ المادة ٤ فقرة ١ من ذات القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥.

الاتجار بالبشر،^١ فقد تبنى هذا القانون الأخير ذات المبادئ، إذ ينص على أنه:
".... تسري أحكام هذا القانون على كل من ارتكب خارج مصر من غير المصريين
جريمة الاتجار بالبشر.... متى كان الفعل معاقباً عليه في الدولة التي وقع فيها
تحت أي وصف قانوني وهو ما يعرف بشرط التجريم المزدوج Double
(Criminality) وذلك فيما يأتي من أحوال:

- أ. إذا وقعت الجريمة على متن وسيلة من وسائل النقل الجوي أو البري أو المائي، وكانت مسجلة لدى جمهورية مصر العربية أو تحمل علمها.
- ب. إذا كان المجني عليهم أو أحدهم مصرياً.
- ج. إذا تم الإعداد للجرم أو التخطيط أو التوجيه أو الإشراف عليها أو تمويله في مصر.
- د. إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة، تكون مصر من بينها.
- هـ. إذا كان من شأن الجريمة إلحاق الضرر بمواطنين مصريين، أو غيرهم من المقيمين على أراضيها، أو بأمنها، أو بأي من مصالحها في الداخل أو الخارج.

^١ ينظر: المادة ١٦ من القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ لمكافحة الاتجار بالبشر المصري.

و. إذا وجد مرتكب الجرم في مصر بعد ارتكابها ولم يتم تسليمه.^١

وينص قانون مكافحة الإتجار بالبشر على امتداد الاختصاص بالإجراءات الجنائية المتعلقة بأعمال الاستدلال والتحقيق والمحاكمة للسلطات المصرية المختصة.^٢

ثانياً: الشروع في الجريمة الإرهابية والمساهمة الجنائية فيها

خلافاً للقواعد الجنائية العامة التي تقضي أن عقاب الشروع في الجرائم يكون في الغالب أخف وأقل من عقوبة الجريمة الكاملة؛ إذ أنها في هذه الحالة جريمة ناقصة - غير كاملة - يكون فيها عدول الجاني إما اختيارياً أو إجبارياً لأسباب خارجة عن إرادته.^٣

ولكن خرج المشرع الجنائي بشأن جرائم الإرهاب عن القواعد العامة؛ وذلك نظراً لجسامة هذه الأفعال الإجرامية وخطورتها، فقد سوى في العقاب على الشروع في الجريمة الإرهابية بذات العقوبة المقررة للجريمة التامة، والتي يكون غالبيتها من طائفة الجنايات.^٤

^١ المادة ٥ و ٦ من ذات القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ لمكافحة الاتجار بالبشر المصري.

^٢ المادة ١٧ من ذات القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ لمكافحة الاتجار بالبشر المصري.

^٣ د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق.

^٤ المادة ٥ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

أما فيما يتعلق بالعقاب على الأعمال التحضيرية في جرائم الإرهاب، فالأصل أن القاعدة العامة تقضي بأن القانون الجنائي لا يعاقب على الأعمال التحضيرية السابقة على ارتكاب الجريمة، إلا إذا كانت تشكل في ذاتها جريمة مستقلة؛ وذلك تشجيعاً للفاعل الجاني على العدول عن مشروعه الإجرامي، وعدم التماذي فيه، وكذا عدم دلالة هذه الأعمال دلالة قاطعة على نية مرتكبيها، حيث إن المشرع الجنائي لا يعاقب الشخص إلا إذا كان فعله يشكل عملاً يدخل في العناصر المادية المكونة لجريمة منصوص عليها في قانون العقوبات.^١

وإيماناً من المشرع الجنائي بخطورة وعواقب الجرائم الإرهابية على المجتمع، فقد عمد المشرع الخروج عن القواعد العامة السالف ذكرها، وأكد على المعاقبة على الأعمال التحضيرية للأعمال الإرهابية؛ إذ ينص القانون على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من قام بأي عمل من أعمال الإعداد أو التحضير لارتكاب جريمة إرهابية حتى ولو لم يتعد عمله هذا الإعداد أو التحضير"، فنجد المشرع هنا قد يحاسب على النوايا الإجرامية.^٢

وفي السياق ذاته يعاقب ويسأل جنائياً بوصفه شريكاً، (أي: مساهماً بالتبعية في ارتكاب الجريمة) كل من سهل لإرهابي أو لجماعة إرهابية بأي وسيلة مباشرة أو غير مباشرة ارتكاب أية جريمة إرهابية، أو الإعداد لارتكابها، أو وفر - مع علمه

^١ د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق.

^٢ المادة ٣٤ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

بذلك - لمرتكبها سكناً أو مأوى أو مكاناً للاختفاء أو لاستخدامه في الاجتماعات أو غير ذلك من التسهيلات.^١

كما أنه يعاقب على التحريض على ارتكاب أية جريمة إرهابية بالعقوبة ذاتها المقررة للجريمة التامة، سواء كان التحريض موجهاً لشخص محدد أو جماعة معينة، أو كان تحريضاً عاماً علنياً أو غير علني وأياً كانت الوسيلة المستخدمة فيه، ولو لم يترتب على هذا التحريض أثر، وفي هذا المجال يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة كل من اتفق أو ساعد بأيّة صورة على ارتكاب الجرائم الإرهابية التي يكون غرضها إشاعة الرعب والتخويف والترجيع، وكذا الإخلال بالنظام العام، وتعريض أمن المجتمع وسلامته للخطر حتى لو لم تقع الجريمة بناءً على هذا الاتفاق أو هذه المساعدة.^٢

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أنه يجب تطبيق أحكام قانون الكيانات الإرهابية رقم (٨) لسنة ٢٠١٥ وهو الخاص بإعداد قوائم الإرهابيين وكذا كياناتهم، مع مراعاة الأحكام الإجرائية التي جاء بها، فقد نص قانون مكافحة الإرهاب على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن تنظيم قوائم

^١ المادة ٧ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

^٢ المادة ٦ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

الكيانات الإرهابية والإرهابيين في شأن الجماعات الإرهابية ذات الأحكام المنصوص عليها فيه.^١

ثالثاً: إعفاء القائمين على تنفيذ أحكام قانون الإرهاب من المسؤولية الجنائية

تنص المادة (٨) من قانون مكافحة الإرهاب على أنه: "لا يسأل جنائياً القائمون على تنفيذ أحكام هذا القانون إذا استعملوا القوة لأداء واجباتهم، أو لحماية أنفسهم من خطر محقق يوشك أن يقع على النفس أو الأموال؛ وذلك كله متى كان استخدامهم لهذا الحق ضرورياً بالقدر الكافي لدفع الخطر."^٢

ومن المسلم به أن نص المادة سألفة الذكر يعد تطبيقاً وترديداً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٦١) من قانون العقوبات والخاصة بتطبيق قواعد حالة الضرورة إذا ما توافرت شروطها بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، فيشترط لإعفاء القائمين على تنفيذ أحكام هذا القانون من المساءلة الجنائية أن يتوافر خطر محقق على وشك الوقوع، وسواء وقع هذا الخطر على النفس بمعنى مساسه بالحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية، أو على الأموال، وأن يكون هذا الاستخدام للقوة بالقدر الكافي وضرورياً لدرء هذا الخطر، بمعنى: عدم

^١ ينظر: القانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن تنظيم قوائم الكيانات الإرهابية والإرهابيين.

^٢ المادة ٨ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

وجود إمكانية الوصول للسلطات العامة المختصة، وأن استخدام القوة كان السبيل الوحيد لذلك.^١

وفي السياق ذاته فإن النص القانوني - سابق الإشارة إليه - يشير إلى عدم المساءلة الجنائية في حالة الدفاع الشرعي، ويعني: استخدام القوة - بوصفها الوسيلة الوحيدة - في حالة عدم القدرة على الوصول للسلطات العامة لدرء خطر محقق أحوال أو على وشك الوقوع يهدد النفس أو المال، وحيث إن الدفاع الشرعي يُعد سبباً من أسباب الإباحة وليس مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، فكان الأجدر بالمشرع أن يستخدم اصطلاح "لا يعاقب القائمون على..." بدلاً من "لا يسأل جنائياً القائمون..." بما يمنع هذا الخلط.^٢

^١ هذا وتنص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري على أنه "لا عقاب على من ارتكب جريمة إجابته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلولة ولا قدرته منعه بطريقة أخرى."

^٢ وجدير بالذكر في هذا الصدد أن نص المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات يقضي بأنه "لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس ماله أو غيره..." ومما تجدر ملاحظته أنه من المقرر أن الأصل في القانون أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بالشخص وتدفعه للجريمة وقاية لنفسه أو لغيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلولة - لما كان ذلك وكان ما يدعيه الطاعن الأول لا تقوم به حالة الضرورة. ولا يعيب الحكم أن

فالدفاع الشرعي - طبقاً للقواعد العامة - هو سبب من أسباب الإباحة الجنائية وليس مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية؛ إذ إن معيار التفرقة بين الاصطلاحين يكمن في كون سبب الإباحة ظرف يجعل من فعل الجاني أمراً مباحاً، وعليه فهو يزيل صفة التجريم عن الفعل؛ وذلك على خلاف موانع المسؤولية التي تعرف بأنها ظروف خاصة يترتب على توافر وجودها عدم جواز مساءلة الجاني جنائياً ومن ثم عدم عقابه؛ إذ يكون فعله مجزماً طبقاً للقانون، ولكنه لا يستل جنائياً نتيجة لتوافر هذا الظرف كصغر السن أو الجنون أو عاهة العقل أو حالة الضرورة، وكذا حالة الغيبوبة التي في الغالب تكون ناشئة عن السكر.^١

يلتفت عنه لأنه دفاع ظاهر البطلان. هذا فضلاً عن أن ما يجادل به إنما يتصل بالباعث على ارتكاب الجريمة وهو ليس من أركانها أو عناصرها...

ينظر: المواد ٦٠ و ٦١ من قانون العقوبات وكذا المواد ٣١٠ و ٣١١ من قانون الإجراءات الجنائية.

- الطعن رقم ٢٥٤٧١ نقض لسنة ٦٢ق. بجلسة ١٢/١٢/١٩٩٤ س ٦٤٥ ص ١١٢٩.
١ د. حامد راشد، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار النهضة العربية، طبعة أولى، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٥٢ وما بعدها. وفي هذا الصدد، ينص قانون العقوبات في المادة ٦٢ على أنه "لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة في العقل وإما لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها" كما تنص المادة ٦٠ من ذات القانون على "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة."

وينص قانون مكافحة الإرهاب على خضوع المحكوم عليه في الجريمة الإرهابية لمراقبة الشرطة، فضلاً عن خضوع الكيانات الإرهابية للحل، وذلك بعد انقضاء مدة عقوبته تحت هذه المراقبة مدة مساوية لمدة عقوبته دون أن تزيد مدة المراقبة على خمس سنين، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يخفض مدة المراقبة، أو أن يقضي بعدمها جملةً (م ٢٨)؛ إذ ينص القانون على أنه: "تسري أحكام المواد ٢٨ و ٢٩ و ٣٨ و ٩٨(هـ) من قانون العقوبات على كل جريمة إرهابية منصوص عليها في هذا القانون."^١

عدم جواز تطبيق الظروف القضائية المخففة للعقاب

من المسلم به أن الظروف القضائية المخففة هي أسباب لتخفيف العقاب لم يحددها المشرع على سبيل الحصر، وإنما أوردتها على سبيل المثال، وترك أمر تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي؛ وذلك استناداً إلى الظروف المحيطة بكل واقعة، وما

ومما تجدر ملاحظته في هذا الإطار، أن المادة ٦٣ من قانون العقوبات تنص على إنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية:

أ. ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد إنها واجبة عليه.

ب. إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن اجراءه من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت إنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وإنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة."

^١ المادة ٩ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

أحاط ارتكابها من ملابسات (كل حالة على حدة) - *Case - by Case* - "Basis"

وقد وضع المشرع المصري ضوابط نزول القاضي الجنائي عن الحد الأدنى المقرر قانوناً؛ إذ نص في المادة (١٧) من قانون العقوبات على أنه: "إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة يجوز تبديل العقوبة على الوجه الآتي: عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت، عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المؤقت أو السجن، عقوبة السجن المؤقت بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص على ستة شهور، عقوبة السجن بعقوبة الحبس التي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور".^٢

وبناءً على ذلك فللقاضي أن ينزل بالعقوبة درجة واحدة أو درجتين إلا إذا كانت العقوبة الأصلية بالسجن فلا ينزل إلا درجة واحدة، ولم يضع المشرع حد أدنى للعقوبة التي ينزل القاضي إليها، إلا إذا كانت هذه العقوبة الحبس، فقد وضع لها حداً أدنى هو ستة أشهر أو ثلاثة أشهر، حسبما إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة

^١ المواد ٢٨، ٢٩، ٣٨، و٩٨هـ من قانون العقوبات المصري. وينظر: د. محمد عيد الغريب،

مرجع سابق، ص ١٠٦٣ وما بعدها.

^٢ المادة ١٧ من قانون العقوبات المصري.

أصلاً هي السجن المؤقت أو السجن؛ إذ إن علة وضع أدنى حد للحبس هو حرص
المشرع على أن يقف تخفيف عقوبات الجنايات عند حدود معقولة.^١

فمن المقرر أن نظرية الظروف المخففة تطبق على مواد الجنايات دون تخصيص،
ومن ثم فإنها تسري على الجرائم الإرهابية، غير أن المشرع المصري لم يشأ تطبيق
المادة (١٧) عقوبات على الجرائم الإرهابية إذا كانت المادة ٨٨ مكرر (ج) من
قانون العقوبات (القانون القديم) تنص على إنه: لا يجوز تطبيق أحكام المادة ١٧
عقوبات عند الحكم بالإدانة في جرائم الإرهاب التي تكون عقوبتها الإعدام أو
السجن المؤبد؛ فيجوز النزول بعقوبة الإعدام إلى السجن المشدد التي لا تقل عن
عشر سنوات.^٢

وعلى ذلك لا يجوز تطبيق المادة ١٧ مطلقاً حال الحكم بالإدانة في جرائم الإرهاب
أو الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني
من قانون العقوبات، فضلاً عن أنه يجوز لمحكمة الموضوع النزول بعقوبة الإعدام
للسجن المؤبد، وكذا السجن المؤبد للسجن المشدد، ويعنى هذا أن القاضي الجنائي
لا يملك النزول بعقوبة الجريمة إذا كانت سجنًا مشدداً أو سجنًا إلى عقوبة أدنى.^٣

^١ د. محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٠٦٤ وما بعدها.

^٢ ينظر: المادة ٨٨ مكرر من قانون العقوبات المصري.

^٣ د. محمد عيد الغريب، مرجع سابق.

ويلاحظ أن معيار التفرقة في هذا الصدد بين المادة (١٧) عقوبات والمادة (٨٨) مكرر ج) من القانون القديم أنها أجازت النزول بالعقوبة الجنائية درجة أو درجتين، أما المادة الأخيرة فإنها لم تجز النزول إلا لدرجة واحدة، إلا أنهما متشابهان في أن التخفيف المقرر في كل منهما جوازيًا للقاضي إذا تطلبت أو اقتضت ذلك أحوال الجريمة المقامة عنها الدعوى الجنائية.^١

القاعدة في القانون الجديد: عدم جواز النزول بالعقوبة إلا درجة واحدة

ينص قانون مكافحة الإرهاب الجديد صراحةً على أنه لا يجوز النزول بالعقوبة المقضي بها في جرائم الإرهاب (مواد ١/١٢، ١/١٥، ١/١٦، ١/١٧، ٢، ١٨/٣٠) إلا درجة واحدة.

وبناءً على ذلك قيد المشرع الجنائي سلطة القاضي في تقرير الجزاء الجنائي المخول له في النزول بالعقوبة استناداً للمادة ١٧ عقوبات لدرجة واحدة وليس لدرجتين كما هو متبع في القواعد العامة تشديداً للعقاب على الإرهابي.^٢

وهذه المادة قد تكون مشوبة بعيب عدم الدستورية؛ إذ استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على تقييد سلطة القاضي في تقدير العقوبة الجنائية ينطوي على

^١ المرجع السابق، ص ١٠٦٣ وما بعدها.

^٢ ينظر: المادة ١٠ من قانون مكافحة الإرهاب المصري. وراجع أيضاً في هذا الشأن المواد ١/١٢، ١/١٥، ١/١٦، ١/١٧، ٢، ١/١٨، ٣٠ من ذات القانون.

تدخل في الوظيفة القضائية وعدوان على استقلال السلطة القضائية وحيادها، فقد قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من القانون ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر - عام ٢٠١٤ - والمستبدلة بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٢ والتي حظرت تطبيق قواعد الرأفة في أحكام المادة (١٧) عقوبات على جرمي حيازة وإحراز الأسلحة الآلية المحظور الترخيص بها وذخائرها.^١

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في أسباب أحد أحكامها حديثاً في هذا الصدد للقول: "إن مشروعية العقوبة من الناحية الدستورية تتجلى في أن يباشر القاضي سلطته في مجال التدرج بها في حدود القانون، وأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن فيها ضمانات حقوقه وحياته التي يحميها القضاء باستقلاله وحصانته، وأن تخفيف العقوبة عند توافر عذر قانوني وإجازة استعمال الرأفة في الجنايات إعمالاً للمادة (١٧) من قانون العقوبات، وهي أدوات تشريعية يستند إليها القاضي حسب ظروف كل قضية؛ ومن ثم فإن حرمانه بصورة مطلقة من تخفيف العقوبة يشكل عدواناً على استقلاله، وسلباً لحيثه في تقدير العقوبة، وينطوي على تدخل في شئون العدالة، وهو ما يخالف المواد (٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٩، ١٨٦، ١٨٤) من

^١ ينظر: المادة ٢٦ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر المستبدلة بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ حكم بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة.

الدستور المصري، وهو ما يمثل إهداراً لحقوق أصلية كفلها الدستور المصري
٢٠١٤.١"

وبناءً على ذلك فإنه تطبيقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا - السالف
الذكر- يمكن القول: إن التقييد الوارد بالمادة ١٠ من قانون مكافحة الإرهاب قد
تشوبه شبهة عدم الدستورية لمساسه باستقلال القضاء كمبدأ دستوري رصين.

سياسة التدابير الأمنية والعقوبات التكميلية

ينص قانون مكافحة الإرهاب المصري فيما يتعلق بالتدابير الجنائية في جرائم
الإرهاب على أن: للمحكمة في أية جريمة إرهابية- فضلاً عن الحكم بالعقوبة
المقررة- أن تقضي بتدبير أو أكثر من التدابير الآتية:

١. إبعاد الأجنبي عن البلاد.

٢. حظر الإقامة في مكان معين أو في منطقة محددة.

^١ ينظر: المادة ١٠ من قانون مكافحة الإرهاب المصري. وكذا راجع المواد ٩٤،٩٥،
١٨٦،١٨٤،٩٩،٩٦ من الدستور المصري ٢٠١٤. حيث ينص الدستور على أنه "سيادة القانون
أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته وحيدته، ضمانات
أساسية لحماية الحقوق والحريات"، "والعقوبة شخصية... وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في
محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، ... وتوفر الدولة الحماية
للمجني عليهم والشهود المتهمين والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون."

٣. الالتزام بالإقامة في مكان معين.
٤. حظر الاقتراب أو التردد على أماكن أو محال معينة.
٥. الإلزام بالوجود في أماكن معينة في أوقات معينة.
٦. حظر العمل في أماكن معينة أو مجال أنشطة محددة.
٧. حظر استخدام وسائل اتصال معينة أو المنع من حيازتها أو إحرازها.
٨. الإلزام بالاشتراك في دورات إعادة التأهيل.^١

وفيما عدا التدبير الاحترازي الأول لا يجوز أن تزيد مدة التدبير على خمس سنوات، ويعاقب كل من يخالف التدبير المحكوم به بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وفي جميع الحالات يترتب على الحكم بالإدانة في جريمة إرهابية، فقد شرط حسن السيرة والسمعة المطلوبين لتولي الوظائف العامة، أو الترشح للمجالس النيابية.^٢

وتطبيقاً لذلك يكون الحكم بالتدابير الاحترازية والأمنية جوازياً للقاضي، فالقاضي غير ملزم أن يحكم إلى جانب العقوبة بتدبير أو أكثر من التدابير المشار إليها، حيث حدد النص الحد الأقصى للمدة التي يقضي بها بالتدبير بخمس سنوات، فلا

^١ ينظر: المادة ٣٧ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٢ المادة ٣٧ من ذات القانون.

يجوز أن يقضي على المحكوم عليه بأكثر من ذلك.^١ وهذه التدابير تعد ذو طبيعة أمنية وليست تهديبية أو تقويمية، التي أراد المشرع بها أن يقطع الصلة بين الجاني والعوامل التي قد تهيئ له العودة مرة أخرى لارتكاب جرائم إرهاب؛ ولذلك فإن الحكم بالتدابير يستلزم الإدانة والحكم بالعقوبة أيًا كانت مدتها؛ ومن ثم لا مجال للحكم بالتدابير إذا حكم بالبراءة أيًا كان الأمر، ويعاقب كل من يخالف التدبير المحكوم به بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر.^٢

والعقوبات التكميلية هي التي يحكم بها إلى جانب العقوبة الأصلية، فلا يحكم بها منفردة، ولا توقع إلا إذا نص عليها القاضي صراحة في الحكم، والعقوبة التكميلية قد تكون وجوبية يلتزم القاضي بالحكم بها جنباً إلى جنب العقوبة الأصلية، وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون؛ إذ لا يجوز للسلطة التنفيذية توقيع هذه العقوبة التكميلية؛ لأن ذلك يعد تصحيحاً للحكم لا تملكه.^٣

^١ د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مرجع سابق، ص ١٦٨.

^٢ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٥٢٧ وما بعدها.

^٣ ومثالها في هذا الصدد، المصادرة مادة ٣٠ عقوبات، العزل من الوظائف الأميرية في الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٧ عقوبات، ومراقبة البوليس الشرطة في بعض الجرائم المواد ٣٢٠، ٣٦٧، ٣٥٥، ٣٣٦ عقوبات. راجع أيضاً:

- المواد ٢٠٠ و ٣٠٨ من قانون العقوبات.

- د. محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ٩٩٨ وما بعدها.

وقد تكون العقوبة التكميلية جوازية، يترك للقاضي تقرير ملاءمة النطق بها، فإن لم ينطق بها كان حكمه صحيحاً، ويلاحظ أن العقوبات التكميلية ترتبط بجريمة أو جرائم معينة توقع إلى جانب عقوبة أصلية، في حين العقوبات التبعية تتبع العقوبة المحكوم بها، حيث توقع على المتهم بقوة القانون الذي يقررها لا بالنظر للجرم، وإنما تبعاً للحكم بعقوبة أصلية معينة كأثر من آثارها.¹

وفي هذا الصدد ينص القانون على أنه مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية تقضي المحكمة في كل حكم يصدر بالإدانة في جريمة إرهابية، فضلاً عن العقوبة المقررة للجرم بمصادرة الأموال والأمتعة والأسلحة والأدوات والمستندات وغيرها مما استخدم في ارتكاب الجرم، أو تحصل عنها وبحل الجماعة الإرهابية وإغلاقها وأمكنتها في الداخل والخارج، فضلاً عن إغلاق أي مكان تم فيه تصنيع أو تصميم الأسلحة المستخدمة بمختلف أنواعها في ارتكاب أي جرم إرهابي وغيره مما يكون قد استعمل أو أعد للاستعمال من قبل الجماعة الإرهابية أو الإرهابي، هذا وتقضي

- المادة ٢/٣٠ عقوبات.

¹ ينظر: نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٧ رقم ٧٣ ص ٣٧١، ١٣ يناير سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٢٠ ص ٩٢. هذا ويلاحظ إنه، لا يجوز توقيع العقوبات التكميلية - عملاً بمبدأ الشرعية - إلا في الحدود التي تسمح بها النصوص المطبقة. راجع د. محمد الغريب، مرجع سابق، ص ٩٩٩ وما بعدها.

المحكمة عند الحكم بالإدانة بمصادرة كل مال متى ثبت أنه كان مخصصاً للصرف منه على الأعمال الإرهابية.^١

واتساقاً مع سياسة ومنهج المشرع الجنائي في شأن مكافحة الإرهاب فإنه يعاقب على أفعال الإرهاب الإجرامية بعقوبات تكميلية وجوبية، فضلاً عن عقوبتها الأصلية، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالغرامة - طبقاً لنص المادة ٨٣ عقوبات - لا تجاوز عشرة آلاف جنية، ويتعين على المحكمة أن تنطق بهذه العقوبات في حكمها جنباً إلى جنب العقوبة الأصلية، وتشمل هذه العقوبات الحل والإغلاق والمصادرة؛ فيجب على المحكمة أن تقضي بحل الجمعيات أو الهيئات أو المنظمات أو الجماعات (الكيانات الإرهابية) أو فروعها وإغلاق أماكنها،^٢ وعند الحكم بالمصادرة يشترط مراعاة حقوق الغير حسن النية، وعدم الإخلال بها، وأن تخصص الأشياء المحكوم قضائياً بمصادرتها للجهة التي قامت بالضبط متى رأى الوزير المختص أنها لازمة لمباشرة نشاطها في محاربة الإرهاب.^٣

^١ راجع المادة ٣٩ من قانون مكافحة الإرهاب المصري ٢٠١٥.

^٢ راجع المادة ٨٣ من قانون العقوبات المصري.

^٣ ينظر: المواد ٨٨ مكرراً ب و ٩٨ هـ من قانون العقوبات. وقارن المادة ٢ من القانون رقم ٩٧

لسنة ١٩٩٢. د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٥٣٣ وما بعدها.

سياسة التشجيع أو المكافأة: الإعفاء من العقاب في جرائم الإرهاب

تمثل هذه السياسة الوجه الآخر من السياسة الجنائية التي تبناها المشرع الجنائي المصري بشأن مواجهة الأفعال الإجرامية الخاصة بالإرهاب، وما يتصل به من جرائم، فينص القانون على الإعفاء من المسؤولية الجنائية، ومن ثم العقاب كعذر قانوني في الجرائم الإرهابية، تشجيعاً للجنة على الإبلاغ عن الجرائم الإرهابية.^١

وبناءً على ذلك يعني من العقوبات المقررة المتعلقة بالأفعال الإجرامية الإرهابية كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة قبل البدء في تنفيذ الجرم، ومع ذلك يجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد تنفيذ الفعل الإجرامي وقبل البدء في التحقيقات، وذلك إذا كان بمقدور الجاني تمكين السلطات العامة المختصة من القبض على من قام بارتكاب الجريمة فاعلين كانوا أو شركاء أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة.^٢

^١ وجدير بالذكر في هذا الإطار أن سياسة الحكومة في التصدي للإرهاب تجري من خلال طريقين متوازيين هما تشجيع مرتكبي الجرائم الإرهابية على نبذ أسلوب العنف والإرهاب والعودة للانتماء في المجتمع. ينظر: مضبطة مجلس الشعب الجلسة ١٠١ في ١٥/٧/١٩٩٢، ص ٦ بمناسبة مناقشة القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ إشارة وزير العدل.

^٢ ينظر: المادة ٣٨ من قانون مكافحة الإرهاب المصري. وكذا قارب المادة ٨٨ مكرراً هـ رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

وإن موقف المشرع الجنائي المصري يتشابه ويتسق مع موقف التشريعات العقابية التي تأخذ بسياسة التشجيع ومنهجية المكافأة في معاملة المجرم النائب وتشجيعاً له على العدول أو الانفصال عن التنظيم الذي ينتمي إليه أو الجماعة الإرهابية، وكذا مساعدة السلطات العامة الجنائية في الكشف عن هذه الجرائم الخطيرة وضبط الجناة فيها.^١

ويُقصد بالتبليغ المنصوص عليه قانوناً الإبلاغ (التبليغ) الذي يقوم به أحد المساهمين في المشروع الإجرامي للجريمة الإرهابية التي لم تقع بعد؛ ومن ثم فإن مدلول التبليغ لا ينصرف إلى الإبلاغ الصادر من الأشخاص الذين لا دخل لهم في الجريمة الإرهابية.^٢

ويتضح من النص سالف الذكر أن المشرع قرر حالتين للإعفاء من العقاب، الأول: يتعلق بالإعفاء الوجوبي، والثاني: يتعلق بالإعفاء الجوازي، ويكمن معيار التفرقة بين الإعفاء الوجوبي للمبلغ قبل الجريمة، والإعفاء الجوازي لمن يبلغ بعد الجريمة، فالأول حقق منفعة للمجتمع تزيد عن تلك التي حققها الثاني، فالإعفاء الوجوبي كان سبباً في منع الجريمة الإرهابية، في حين أن الثاني يقوم بشأنه شبهة الانحياز لمصلحته الخاصة المتمثلة من تبعة الجريمة الإرهابية والمسؤولية الجنائية عنها.^٣

^١ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ١٢٨.

^٢ المادة ٣٨ من قانون مكافحة الإرهاب والمادة ٨٨ مكرراً ه عقوبات.

^٣ د. إبراهيم عيد نايل، مرجع سابق، ص ١٢٤-١٢٩.

فالقصد من التبليغ ليس فقط رعاية المصلحة العامة؛ ولذلك لم يجعل المشرع الإعفاء وجوبياً، وإنما جعله رخصة لقاضي الموضوع لتقدير مسوغات الإعفاء، ومدى كفايتها للكشف عن حسن نية المبلغ، واستهدافه الصالح العام من عدمه، فإن ثبت له حسن نيته وانحيازه للصالح العام قدر عدم عقابه وإلا فلا إعفاء من المحاسبة الجنائية.^١

أولاً: الإعفاء الوجوبي

يكون الإعفاء وجوبياً إذا بادر الجاني بإبلاغ السلطات العامة الإدارية أو القضائية قبل البدء في تنفيذ الجرم، وقبل البدء في التحقيق، ولعل المشرع قد قدر أن الجريمة لم تحدث أو تقع بعد، وأن الجاني بهذا البلاغ يكون قد أدى الدور الأساسي في عدم تحقيقها، وتمكين السلطات العامة من القبض على باقي أعضاء التنظيم الإرهابي.^٢

وهذه الحالة جديرة بالعمو؛ إذ إن للمجتمع مصلحة في ذلك، مقارنة بالآثار المدمرة والخطيرة، وكذا العواقب الوخيمة التي قد يترتب على وقوعها، فالإبلاغ عن الجرم قبل ارتكابه قد كشف عن مجهول للسلطات العامة المعنية، وأصبح التحقيق فيها بعد التبليغ أكثر فعالية؛ إذ يستوي في نظر المشرع الباعث الذي دفع الجاني للمبادرة بالإبلاغ، فقد يكون الخوف من المسؤولية الجنائية والعقاب، أو يقظة

^١ د. محمود العادلي، مرجع سابق، ص ٢١٨.

^٢ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ١٣٣.

الضمير، أو حتى الرغبة في الانتقام من باقي المساهمين في إحداث الفعل الإرهابي الإجرامي.^١

وطبقاً لنص القانون يستوي أن يكون الإبلاغ إلى إحدى السلطات الإدارية كالشرطة، أو السلطات القضائية كالنيابة العامة، ومتى تحقق سبب الإعفاء من العقاب تعين على المحكمة (محكمة الموضوع) أن تقضي ببراءة المتهم؛ إذ لا يكون لها سلطة في تقدير إعمال أثر السبب،^٢ واشتراط النص أن يقع التبليغ عن الجريمة قبل البدء في تنفيذها قد جعل سبب الإعفاء من العقاب غير متصور الوجود قانوناً؛ إذ إن هذا يعني حدوث الإبلاغ قبل الشروع في الجريمة.^٣

ثانياً: الإعفاء الجوازي

أشار نص القانون الجديد إلى حالتين للإعفاء الجوازي التي قد تكون إما قبل البدء في التحقيق، أو بعد البدء فيه، حيث يخضع الإعفاء في هذه الحالة لمطلق تقدير المحكمة، إذ هي تقدر الفائدة الحقيقية التي ترتبت على الإبلاغ، ولاسيما فيما يتعلق بسير التحقيق والقبض على الجناة.

^١ المرجع السابق.

^٢ د. محمد الغنام، مرجع سابق، ص ٢٨١.

^٣ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٥٧٧ وما بعدها.

الحالة الأولى: الإعفاء من العقوبة الجنائية حين حصول الإبلاغ بعد وقوع الجرم وقبل البدء في التحقيق:

في هذه الحالة يجوز الإعفاء من العقاب بمجرد البلاغ بعد وقوع الجريمة مادام لم يبدأ التحقيق بعد، ولا يلزم أن ينتهي أو يؤدي البلاغ إلى القبض على الجاني أو الآخرين؛ إذ إن النص القانوني لم يعلق جواز الإعفاء على هذا الشرط.^١

ومما تجدر ملاحظته في هذا السياق أنه يتحدد مدى الإعفاء الجوازي في حالة إبلاغ الجاني عن جريمته دون مساهمة من آخرين، حيث إن هذا لا يمكن قبوله عقلاً أو منطقاً أو قانوناً؛ إذ إن هذا الإعفاء لا يتحقق إلا أن يكون المبلغ أحد الجناة في جريمة يتعدد المساهمون فيها بوصفه "كل من بادر من الجناة"؛ وبذلك تخرج حالة إبلاغ مرتكب الجريمة وحده عن نفسه من نطاق تطبيق النص.^٢

الحالة الثانية: الإعفاء للإبلاغ بعد البدء في التحقيق الجنائي: للمحكمة الإعفاء عن الجاني من العقوبة إذا مكن في التحقيق السلطات العامة المختصة من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين، أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع أو الخطورة.^٣

^١ المرجع السابق، ص ٥٦٠.

^٢ د. محمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص ١٣٧.

^٣ المرجع السابق، ص ١٣٨.

والإعفاء يكون جوازياً في هذا الفرض إذا ما توافرت مقوماته وشروطه، ولقاضي الموضوع وفقاً لسلطته التقديرية إما أن يقضي بالبراءة أو بالإدانة (أي: بعقوبة الجرم) إذا ما اقتنع أن ظروف الواقعة الجنائية لا تدعو لإعمال حكم الإعفاء، على الرغم من توافر شروط هذا الإعفاء في بعض الحالات.^١

وبديهى أنه يفترض في هذه الحالة أن السلطات العامة قد أحيط علمها بالجريمة، وكذا السلطات المختصة بتباشر التحقيق الجنائي؛ ومن ثم يجب أن يكون من يجوز إعفاؤه في هذه الحالة أن يكون أحد الجناة في الجريمة محل التحقيق، فلا يتصور أن يكون فاعلاً وحيداً لجريمة، وكذا لو كان فعل الجاني الذي أتاح للسلطات المختصة القبض على مرتكبي الجريمة أو الجرم الآخر قد حصل بعد البدء في التحقيق أو في أثناءه،^٢ فضلاً عن ذلك أورد المشرع سبباً آخر للإعفاء هو تمكين الجاني السلطات العامة المختصة من القبض على جريمة أخرى غير التي ساهم فيها، ولكن اشترط فيها أن تكون جرائم مماثلة للجرائم المرتكبة، ويتعين أن يكون التماثل بين الجريمة محل التحقيق والجريمة الأخرى تماثلاً في الجسامة (الخطورة) والدرجة، حيث إن التماثل في الدرجة يعني جنائية وجناية، وهي مسألة قانونية ترجع لنصوص قانون العقوبات، أما التماثل في الخطورة فهي مسألة واقعية تدخل في نطاق تقدير القاضي لمدى ودرجة الخطورة، بمعنى: أن يكون الخطر أو الضرر

^١ د. أحمد المصري، مرجع سابق، ص ٥٦١.

^٢ المرجع السابق، ص ٥٦٢ وما بعدها.

الناجم عن الجرم الآخر موازياً للخطر أو الضرر - مادياً كان أو معنوياً - الناجم
عن الجريمة الإرهابية محل التحقيق.^١

^١ المرجع السابق.

المطلب الثاني

الأحكام الإجرائية للجريمة الإرهابية

من الجدير بالذكر أن قانون مكافحة الإرهاب الجديد (وتعديلاته) قد تضمن قواعد وأحكام إجرائية خاصة بمكافحة العمل الإجرامي المتعلق بالإرهاب (في بابه الثاني)، والغالب أن هذه الأحكام الإجرائية تضمنت خروجاً على القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجنائية؛ إذ تتضمن هذه القواعد الإجرائية توسعاً في السلطات الممنوحة لكل من سلطات الضبط والتحقيق، والتي تبرزها على النحو الآتي.

أولاً: حق مأمور الضبط القضائي في جمع الاستدلالات وسلطة التحفظ على الأشخاص في الجريمة الإرهابية

في الأحوال التي يقوم فيها خطر إرهابي لمأمور الضبط القضائي جمع الاستدلالات والتحريات، وكذا التحفظ على الشخص لمدة لا تتجاوز (٢٤) ساعة، حيث ينص القانون في هذا الصدد على أن "لمأمور الضبط القضائي لدى قيام خطر من أخطار جريمة الإرهاب ولضرورة تقتضيها مواجهة هذا الخطر الحق في جمع الاستدلالات عنها، والبحث عن مرتكبها والتحفظ عليه لمدة لا تتجاوز أربع وعشرين ساعة، ويحرر مأمور الضبط القضائي محضراً بالإجراءات، ويُعرض

المتحفظ عليه صحبة المحضر على النيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة بحسب الأحوال.^١

وفي هذا الصدد يُلزم القانون مأمور الضبط القضائي خلال مدة التحفظ وقبل انقضائها تحرير محضر بجميع الإجراءات التي تم اتخاذها، وسماع أقوال المتحفظ عليه، وعرضه صحبة المحضر على النيابة العامة، أو سلطة التحقيق المختصة لاستجوابه خلال ثمانٍ وأربعين (٤٨) ساعة من عرضه عليها، والأمر بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه.^٢

كما أن التشريع الجديد أورد نصاً خاصاً بحقوق المشتبه فيه في جريمة إرهابية أمام سلطات الضبط القضائي، وهي حقه في الاتصال بذويه، وحقه في الاستعانة بمدافع (محام)؛ إذ إن مأمور الضبط في هذه الحالة عليه التزام بإبلاغ كل من يتحفظ عليه أسباب ذلك، حيث يكون له الحق في الاتصال بمن يرى إبلاغه من ذويه بما وقع، فضلاً عن الاستعانة بمحامٍ، وذلك دون أن يكون هناك أي إخلال بمصلحة الاستدلال.^٣

^١ ينظر: المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٢ ينظر: المادة ٤٢ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٣ ينظر: المادة ٤١ من قانون مكافحة الإرهاب.

ثانياً: سلطات جهات التحقيق أو النيابة العامة في جرائم الإرهاب

طبقاً لنص القانون يجوز للنيابة العامة أو جهة أو سلطة التحقيق المختصة في حالة قيام خطر إرهابي وفي أحوال الضرورة والاستعجال التي تقتضيها مجابهة خطر الجرائم الإرهابية في الأمر باستمرار التحفظ على الجاني؛ وذلك قبل انقضاء مدة ٢٤ ساعة لمرة واحدة، مدة لا تتجاوز سبعة أيام، وأن يصدر هذا الأمر مسبقاً من محام عام على الأقل، أو ما يعادلها، وتحسب مدة التحفظ ضمن مدة الحبس الاحتياطي، ويجب أن يودع المتهم في أحد الأماكن المخصصة قانوناً، وتتبع في النظم من أمر استمرار التحفظ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً.^١

وفي السياق ذاته، ينص قانون الإرهاب الجديد على حق المتهم في استئناف الأمر بالحبس الاحتياطي؛ إذ ينص التشريع على أن: "للمتهم ولغيره من ذوي الشأن أن يستأنف دون رسوم الأمر الصادر بحبسه احتياطياً أو بمد هذا الحبس أمام المحكمة المختصة، وتفصل المحكمة في الاستئناف بقرار مسبب خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه؛ وذلك بعد سماع أقوال النيابة العامة، أو سلطة التحقيق المختصة ودفاع المستأنف، فإذا انقضت هذه المدة دون الفصل، تعين الإفراج عن المتهم المقبوض عليه فوراً."^٢

^١ ينظر: المادة ٢/٤٠ والمادة ٤٤ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٢ ينظر: المادة ٤٣ من قانون مكافحة الإرهاب. وكذا المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية

فضلاً عما قرره القانون في التوسع في السلطات الممنوحة للنيابة العامة أو سلطة التحقيق في الجريمة الإرهابية؛ إذ أنه منحها أثناء التحقيق في جرائم الإرهاب السلطات والصلاحيات المخولة قانوناً للسلطات القضائية الأعلى درجة، وهي بحسب الأحوال إما قاضي التحقيق، أو محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة؛ وذلك للنظر في أمر تمديد الحبس الاحتياطي وغيره من الاختصاصات والقيود والمدد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، خاصة فيما يتعلق بالأحكام الواردة بالمادة (١٤٣) منه.^١

وفي الأحوال التي يجوز فيها التحفظ على الجاني مرتكب العمل الإرهابي أو حبسه احتياطياً ولدى قيام خطر وفي أحوال الضرورة أو خوف من ضياع الأدلة يجوز لمأمور الضبط القضائي أو المخول له قانوناً القيام بمهام مأموري الضبط أن يستصدر إذناً مسبباً من النيابة العامة أو سلطة التحقيق بحسب الأحوال بتفتيش مسكن المتحفظ عليه أو المحبوس احتياطياً، وضبط الأشياء والمتعلقات الخاصة بالجريمة التي يجري التفتيش بشأنها.^٢

وعلى نفس المنوال للنيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة بحسب الأحوال في جريمة إرهابية أن تأذن بأمر مسبب لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً بمراقبة وتسجيل المحادثات والرسائل التي ترد على وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية وغيرها من

^١ ينظر: المواد ٤٤ و ٤٥ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٢ ينظر: المادة ٤٦ من قانون مكافحة الإرهاب.

وسائل الاتصال الحديثة (كالبريد الإلكتروني)، وتسجيل وتصوير ما يجري في الأماكن الخاصة، أو عبر شبكات الاتصال، أو المعلومات، أو المواقع الإلكترونية، وما يكتب ويدون فيها فضلاً عن ضبط المكاتبات والرسائل العادية، أو الإلكترونية والمطبوعات والطرود والبرقيات بجميع أنواعها وأشكالها، ويجوز تجديد هذا الأمر المسبب مدة أو مدداً أخرى مماثلة بحسب الحاجة طبقاً للقانون.^١

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن قانون الإرهاب قد نص على سريان القواعد الخاصة بالتحفظ على أموال المتهم في قانون الإجراءات الجنائية على المتهم بالجريمة الإرهابية، وعلى هذا تسري قواعد قانون الإجراءات الجنائية في هذا الشأن في الحالات التي يظهر فيها من الاستدلال أو التحقيق دلائل كافية وأمارات قوية على الاتهام بارتكاب عمل إرهابي، وللسلطات المعنية المختصة اتخاذ التدابير التحفظية اللازمة، والتي تشمل تجميد الأموال والمنع من التصرف فيها، أو إدارتها، أو المنع من السفر على أن تلتزم بالأحكام والإجراءات المنصوص عليها قانوناً.^٢

وللنائب العام أو من يفوضه من المحامين على الأقل أو سلطة التحقيق المختصة بحسب الأحوال أن يأمر بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن أو ما يتعلق بها من معاملات إذا

^١ ينظر: المادة ٤٦ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٢ ينظر: المادة ٤٨ من قانون مكافحة الإرهاب. وكذا راجع المواد ٢٠٨ مكرراً أ، ٢٠٨ مكرراً ب، ٢٠٨ مكرراً ج ٢٠٨ مكرراً د من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

اقتضى هذا كشف الحقيقة في أعمال الاستدلال أو التحقيق على ارتكاب المتهم أو الاشتراك في أية جريمة إرهابية قامت الدلائل الكافية والأمارات القوية على وقوعها.^١

وفي جميع الأحوال تختص النيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة بحسب الأحوال أو المحكمة التي تنظر أو تحال إليها أية جريمة إرهابية بنظر الجرائم المتعلقة بها.^٢

وبناءً على ذلك فإن للنيابة العامة أو سلطة التحقيق - بشأن اتخاذ الإجراءات التحفظية - أن تصدر أمراً مؤقتاً بغلق المقار والأماكن والمسكن ومحال الإيواء على أن يصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، وينص القانون على عد الأمتعة والأثاث المضبوط فيها في حكم الأشياء المحجوز عليها إدارياً بمجرد ضبطها حتى يُفصل في الدعوى الجنائية نهائياً، حيث تسلم بعد جردها وإثباتها في محضر إلى حارس يكلف بحراسة الأختام الموضوعة على المقر أو المكان أو المسكن أو المحل المغلق، فإن لم توجد مضبوطات كلف بالحراسة على الأختام وبالطريقة ذاتها؛ إذ يترتب على صدور الحكم بالبراءة سقوط أمر الغلق،^٣ وللنيابة العامة أو سلطة التحقيق المعنية وقف المواقع المنصوص عليها قانوناً، أو حجبها، أو حجب

^١ ينظر: المادة ٤٨ من قانون مكافحة الإرهاب ٢٠١٥ وتعديلاته.

^٢ ينظر: المادة ٥١ من قانون مكافحة الإرهاب ٢٠١٥ وتعديلاته.

^٣ ينظر: المواد ٤٩، ١٢، ١٥، ١٩، ٢٢ من قانون مكافحة الإرهاب ٢٠١٥ وتعديلاته.

ما يتضمنه أي وجه من أوجه الاستخدام، والتحفظ على الأجهزة والمعدات المستخدمة في الجريمة.^١

ومن ناحية أخرى تخصص دائرة أو أكثر من دوائر محاكم الجنايات يكون رئيس كل منها بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف لنظر الجنايات من جرائم الإرهاب، وما يرتبط بهذه الجنايات من جرائم وأفعال إجرامية، فضلاً عن تخصيص دوائر في المحاكم الابتدائية برئاسة رئيس بالمحكمة على الأقل لنظر جنح الجرائم الإرهابية وما يرتبط بهذه الجنح من جرائم، أما فيما يتعلق بالطعون بالاستئناف في الأحكام الصادرة، في هذه الجرائم فإنه يجب أن ينظرها رئيس بالمحكمة على الأقل وعضوين أحدهما على الأقل رئيس بدوائر المحاكم الابتدائية،^٢ ويتم الفصل في القضايا المشار إليها على وجه السرعة، وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وكذا قانون الإجراءات الجنائية.

^١ ينظر: المادة ٢٩ من قانون مكافحة الإرهاب ٢٠١٥ وتعديلاته.

^٢ ينظر: المادة ٥٠ من قانون مكافحة الإرهاب ٢٠١٥ وتعديلاته.

ثالثاً: تقادم الدعوى الجنائية أو العقوبة في الجريمة الإرهابية

قرر قانون مكافحة الإرهاب الجديد مبدأ عدم تقادم الدعوى الجنائية أو العقوبة الجنائية في الجريمة الإرهابية؛ إذ نص القانون على أنه لا تنقضي الدعوى الجنائية في الجرائم الإرهابية، وكذا لا تسقط العقوبة الجنائية المحكوم فيها بمضي المدة.^١

وقد يخلط البعض - في كثير من الأحيان - أمام المحاكم ما بين انقضاء الدعوى الجنائية وسقوط العقوبة على الرغم من وجود عدة فروق قانونية بينهما، فانقضاء الدعوى الجنائية يكون بمضي المدة طبقاً لقانون الإجراءات الجنائية أي: بمرور عدد من السنوات من وقت ارتكاب الجريمة على حسب الجريمة، سواء جنائية أو جنحة أو مخالفة أي: قبل محاكمته، إلا أن سقوط العقوبة يختلف بحسب ما إذا كان الحكم حضورياً أو غيابياً، وكذا بحسب آخر درجات التقاضي بعد صدور حكم المحكمة، سواء في درجته الأولى أو الاستئناف أو النقض؛ وذلك بعد آخر إجراء قانوني بالدعوى صدر فيه حكم وعقوبة للمتهم، ويستلزم ألا يكون خارج البلاد.^٢

وتنص المادة ١٥/١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنوات، وفي مواد المخالفات بمضي سنة"، أي: أن مدة

^١ ينظر: المادة ٥٠ من قانون مكافحة الإرهاب ٢٠١٥ وتعديلاته.

^٢ ينظر بوجه عام، أ.د. محمد ذكي أبوعامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.

انقضاء الدعوى العمومية في مواد الجنايات هي ١٠ سنوات، و ٣ سنوات في الجرح، وسنة واحدة في المخالفات.^١

ومن ناحية أخرى تنص المادة ٥٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "تسقط العقوبة المحكوم بها في جناية بمضي عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الإعدام فأنها تسقط بمضي ثلاثين سنة، وتسقط العقوبة المحكوم بها في جنحة بمضي خمس سنين، وتسقط العقوبة المحكوم بها في مخالفة بمضي سنتين"، أي: أن مدة سقوط العقوبة هي ٢٠ سنة في مواد الجنايات إلا الإعدام فهي ٣٠ سنة، و ٥ سنوات في مواد الجرح، و ٢ في مواد المخالفات.^٢

وبناءً على ذلك فإن تقادم الدعوى الجنائية يعني مضي فترة زمنية معينة على وقوع الجريمة دون اتخاذ أي إجراء قانوني لتحريك الدعوى الجنائية أو السير فيها؛ ومن ثم يسقط حق الدولة في العقاب، وعدم جواز تحريك الدعوى العمومية،^٣ وهذا يختلف عن تقادم العقوبة الذي يعني مضي فترة زمنية من وقت صدور الحكم دون تنفيذه على المحكوم عليه.^٤

^١ ينظر: المادة ١/١٥ من قانون الإجراءات الجنائية.

^٢ ينظر: المادة ٥٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية.

^٣ ينظر بوجه عام، أ.د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة

العربية، القاهرة، الطبعة العاشرة، ٢٠١٨.

^٤ المرجع السابق.

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن النصوص القانونية المتعلقة بالتقادم هي نصوص متعلقة بالنظام العام؛ إذ تستهدف الصالح العام، وليس مصلحة شخصية للمتهم؛ مما يستوجب إعمال حكمها على الجرائم السابقة على تاريخ صدورها، وإن كان في ذلك تسوئاً لمركزه، ما دام أنه لم يصدر في الدعوى حكم نهائي.^١

رابعاً: سلطة رئيس الجمهورية بشأن الإرهاب والتزامات الدولة

لرئيس الجمهورية متى قام خطر من أخطار جرائم الإرهاب أو ترتب عليه كوارث بيئية أن يصدر قراراً باتخاذ التدابير الاحترازية والأمنية المناسبة والضرورية للحفاظ على الأمن والنظام العام، ويشمل هذا إخلاء بعض المناطق أو عزلها، أو حظر التجول فيها على أن يتضمن قراره تحديد المنطقة المطبق عليها الإجراء المزمع اتخاذه لمدة لا تتجاوز ستة أشهر،^٢ ويجب عرض هذا القرار على مجلس النواب لاتخاذ ما يراه بشأنه، ويجب دعوة المجلس فوراً للانعقاد إذا كان في دور

^١ أبو عامر، مرجع سابق.

^٢ المادة ٥٣ من قانون مكافحة الإرهاب. ويمكن القول بأنه كان من الأحرى والأجدر بالمشروع وضع هذا النص بالدستور وليس تقريره في قانون الإرهاب، إذ إنه يتصل مباشرة باختصاصات رئيس الدولة الجمهورية المقررة بحكم الدستور، فعدم النص عليها بالدستور، قد يؤدي لتقييد وتقليص اختصاصات رئيس الدولة أو حتى نقلها لرئيس مجلس الوزراء، إذا أن المبادئ الدستورية والقانونية المستقرة تعطى للدستور مهمة تحديد اختصاصات أجهزة الحكومة الدولة ومنها صلاحيات وسلطات رئيس الجمهورية.

الانعقاد العادي، وكذا أخذ موافقة مجلس الوزراء، ويجوز لرئيس الجمهورية - بعد موافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب - مد مدة التدابير الاحترازية، حيث يجوز اتخاذها في الحالات الضرورية والعاجلة بمقتضى أوامر شفوية على أن تقرر كتابة في وقت لاحق.^١

وفضلاً عن ذلك تلتزم الدولة بإبرام وثيقة تأمين إجباري شامل مع شركات التأمين لتغطية جميع الأخطار الناجمة عن جرائم الإرهاب التي تصيب أي فرد من أفراد قوات الشرطة أو القوات المسلحة والمنوط بها التصدي لمكافحة الإرهاب، على أن تشمل هذه التغطية حالات الوفاة، أو العجز الجزئي أو الكامل،^٢ ويجب أن تحتوي هذه الوثيقة على التزام الشركة بسداد تعويضات مؤقتة للمضرورين حال وقوع الخطر خصماً من مبلغ التأمين، وفي جميع الأحوال تلتزم شركة التأمين بسداد مبلغ التأمين وفقاً للوثيقة، وذلك دون الإخلال بحق المضرور أو ورثته أو شركة التأمين ذاتها في اللجوء للقضاء.^٣

ويتم التأمين لدى شركة أو أكثر من شركات التأمين المسجلة لدى الهيئة العامة للرقابة المالية والمرخص لها بمزاولة هذه الأنشطة التأمينية طبقاً لقانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر، كشركة إيه أي جي إيجيبت للتأمين *AIG Egypt*

^١ المادة ٥٣ من قانون مكافحة الإرهاب وفقرتها الأولى.

^٢ المادة ٥٤ من قانون مكافحة الإرهاب وفقرتها الأولى.

^٣ المادة ١/٥٤ من قانون مكافحة الإرهاب.

مثلاً، ولرئيس مجلس الوزراء تخصيص جزء من الأموال أو المتحصلات المحكوم بمصادرتها في جرائم الإرهاب لسداد التزامات الدولة المنصوص عليها في وثيقة التأمين الإجباري.^١

خامساً: التعديلات الحديثة الواردة على القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ لمكافحة الإرهاب

في ضوء السياسية الجنائية الحديثة- خاصة المتعلقة بمكافحة الإرهاب- جاءت تعديلات بعض أحكام القانون رقم ٢٠١٥/٩٤ فيما يتعلق بتنظيم آلية الإخطار بتأجير العقارات وإقرار العقوبات الجنائية حيال المخالفين،^٢ وقد جاءت نصوص التعديل بما يأتي:

"دون الإخلال بحقوق الغير حسني النية تقضي المحكمة في كل حكم يصدر بالإدانة في جريمة إرهابية، فضلاً عن العقوبة المقررة بالجريمة بمصادرة العقارات والأموال، والأمتعة، والأسلحة، والأدوات، والمستندات وغيره مما استخدم في ارتكاب الجريمة."^٣

^١ د. أحمد فتحي سرور، مواجهة الإرهاب، مرجع سابق.

^٢ ينظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع تعديل قانون مكافحة الإرهاب.

^٣ ينظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع تعديل قانون مكافحة الإرهاب.

كما نصت التعديلات على أن يكون للنيابة العامة - بصفة مؤقتة - أن تغلق أي مكان تم فيه تصنيع أو تصميم الأسلحة- بمختلف أنواعها- مما تستخدم في ارتكاب جريمة إرهابية، وغيرها من الأماكن التي استعملت أو أعدت للاستعمال من قبل الإرهابي أو الجماعة الإرهابية.^١ ويعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنية، ولا تزيد عن عشرة آلاف جنية، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أجر عقاراً أو وحدة دون إخطار قسم أو مركز الشرطة الكائن في دائرته العقار، بصورة عقد الإيجار، وصورة الرقم القومي للمستأجر المصري، أو إثبات الهوية للأجنبي، وذلك خلال ٧٢ ساعة من تاريخ شغل العقار، أو إبرام عقد الإيجار أيهما أقرب.^٢

ووفقاً لهذا التعديل يلتزم مؤجر أي عقار أو وحدة مؤجرة، أو مشغولة قبل العمل بأحكام هذا القانون بتوفيق أوضاعها بما يتفق وأحكامه خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ العمل به، ويعاقب كل من خالف ذلك بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٢٠٠٠ جنية، ولا تتجاوز ٥٠٠٠ جنية، أو بإحدى هاتين العقوبتين.^٣

^١ استبدال المادة ٢٨ فقرة أولى، ثانية، الثالثة بالمادة ٢٨ فقرة أولى.

^٢ استبدال وتعديل نصوص المواد ١/٢٤ و ١/٢٥ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٣ استبدال وتعديل نصوص المواد ١/٢٦ و ١/٢٧ من قانون مكافحة الإرهاب.

السياسة الجنائية وراء التعديل الجديد: إخفاء وإيواء العناصر الإرهابية الإجرامية

لا يمكن حسم الإرهاب من خلال قوة الأمن أو تغليظ العقوبات فقط، وهناك احتياج لتغطية جوانب القصور، في مواجهة الإرهاب، حيث يجب التحرك بالفكر من خلال القوى الناعمة ومشاركة مؤسسات المجتمع المدني *Civil Society* وتطوير التعليم والخطاب الديني لمحاربة أفعال الإرهاب الإجرامية.

وقد تضمنت التعديلات تغليظ العقوبات على كل من يساند أو يدعم بكافة الوسائل حتى الإيواء إلى السجن ومصادرة العقار، حيث إن هذه التعديلات تواجه خطر الإرهاب وجرائمه التي تهدد الأسس التي تميز الدولة عبر تاريخها الطويل من الأمن والأمان؛ إذ تسعى التعديلات إلى سد الطريق أمام مختلف صور الإيواء للعناصر الإجرامية الإرهابية، أو توفير الملاذ الآمن لهم، أو الوسائل التي تساعدهم على التخفي بعيداً عن أعين الجهات المختصة بتنفيذ أحكام القانون بالدولة في ضوء ما أظهره الواقع العملي من صعوبة تنفيذ أحكام المصادرة التي أوجبها قانون مكافحة الإرهاب، والرغبة في إتاحة المجال لاستعمال النيابة العامة، أو سلطة التحقيق المختصة المعنية في هذا الشأن.¹

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن مشروع تعديل القانون يواجه استغلال العناصر الإرهابية للعقارات السكنية المستأجرة في تسهيل ارتكاب جرائمهم، وكذا إخفاء

¹ استبدال وتعديل نصوص المواد ١/٢٩ و ٣٢ من قانون مكافحة الإرهاب.

الأسلحة والأدوات المستخدمة، فضلاً عن إيواء العناصر الإجرامية، وتضمنت التعديلات وضع ضوابط تنظم آلية الإخطار بتأجير العقارات كخطوة استباقية للوقاية من خطر الإرهاب، ورصد العقوبة الملائمة على من خالف هذا الالتزام.^١

ونصت التعديلات على تشديد عقوبة من يعمل على ترويج الأفكار المتطرفة الداعية للأعمال الإجرامية الإرهابية، قولاً أو كتابةً أو بأي وسيلة أخرى؛ وذلك بالحبس عشر سنوات، وقد تضمنت التعديلات التأكيد على أنه يعد من قبيل الترويج غير المباشر لهذه الأفعال الدعوة أو الترويج للفكر الإرهابي المتطرف، أو للأفكار أو المعتقدات الداعية لاستخدام العنف على أن تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة إذا كان الترويج بدور العبادة، أو في إحدى جهات الدولة، أو الأماكن العامة، أو بين أفراد القوات المسلحة أو الشرطة، أو في الأماكن الخاصة بهذه القوات.^٢

وقد جاءت التعديلات بالنص على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن عشر سنوات على كل من روج أو أعد للترويج - بطريق مباشر أو غير مباشر - لارتكاب أي جريمة إرهابية، سواء بالقول أو الكتابة أو أي وسيلة أخرى، فضلاً عن ما تم عده من قبيل الترويج غير المباشر للفكر الإرهابي المتطرف، وقد جاءت التعديلات مشتملة على تغيير بعض العبارات المتعلقة بنصوص العقوبات، تم استبدال مدد

^١ استبدال وتعديل نصوص المواد ٣١ و ١/٣٣ من قانون مكافحة الإرهاب.

^٢ استبدال وتعديل نصوص المواد ٣٣ من قانون مكافحة الإرهاب.

العقوبات المغلظة بمدد أخرى أخف - في الغالب الأعم - وكذا الغرامات، وذلك بحسب ما إذا كان الفعل يشكل جنائية أو جنحة.^١

الدعم المؤسسي والفكري للدولة: المجلس الأعلى لمكافحة الإرهاب والعنف والتطرف

بالإضافة إلى تعديل القانون وتغليظ العقوبات على كل من قدم دعماً مالياً أو معلوماتياً أو لوجستياً أو غيره، فهناك مجلساً أعلى لمكافحة الإرهاب والعنف

^١ ينظر بوجه عام:

- Tiberiu Pragu and Mattias Polborn, The Rule of Law in the Fight against Terrorism, 58 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 2 2014, at 511-525.
- Terry R. Kane, Prosecuting International Terrorists in United States Courts: Gaining the Jurisdictional Threshold, 12 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1987, at 294.
- Sahar F. Aziz, Policing Terrorists in the Community, 5 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 147 2014.
- Matthew C. Waxman, Police National Security: American Local Law Enforcement and Counter- terrorism after 9/11, 31 JOURNAL NATIONAL SECURITY LAW & POLICY 377, 382-83 2009.
- Hilal Elver, Racializing Islam Before and after 9/11: From Melting Pot to Islamophobia, 21 TRANSNATIONAL LAW AND CONTEMPORARY PROBS.119,139-45 2012.

والتطرف تم تشكيله من قبل الدولة في إطار استراتيجيتها الداعمة لمحاربة الإرهاب يجب تفعيل دوره وخاصة من خلال التحرك بالفكر من خلال القوى الناعمة ومشاركة مؤسسات المجتمع المدني من جمعيات أهلية وأحزاب سياسية وغيرها فضلاً عن ترقية وتجديد الخطاب الديني وكذا كتب التراث وتطويرها؛ إذ إن الإرهاب مبعثه الفكر المتطرف الراديكالي، فضلاً عن خسائره الاقتصادية والاجتماعية، لذا فإن على الحكومة المصرية تفعيل أهداف هذا المجلس التي تشمل كثيراً من الايجابيات ولا تقتصر على المواجهات الأمنية فحسب إذ يضم في عضويته الكثير من الخبراء في مجالات التعليم والقانون والثقافة والدين (الأزهر والكنيسة) والأوقاف وعلماء النفس والشباب والرياضة والشرطة والقوات المسلحة والنقابات المهنية والفنية وغيرهم؛ كي تكون مواجهة شاملة للقضاء على الإرهاب دون تجاهل الفكر.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة البحثية يمكن القول إن الاتجاه الذي نهجه المشرع المصري بتجريم أفعال الإرهاب، وما يتصل بها من أفعال إجرامية، فضلاً عن تجريمه الأفعال السابقة لمرحلة ارتكاب العمل الإرهابي كان محل اهتمام الاتفاقات والمواثيق الدولية، وكذا القرارات الأممية والتجريم غير المباشر، أو ما يطلق عليه بعض فقهاء القانون الجنائي - في بعض الأحيان - "التجريم التحوطي" يتضمن مجموعة الأفعال المرتكبة من قبل الأشخاص التي تستمد صفتها الإرهابية من ارتباطها بعمل إرهابي موضوعه أحد الصور المجرمة بالقوانين الجنائية أو التشريعات العقابية الأخرى، فالفعل المرتكب بحد ذاته لا يشكل جرماً إرهابياً إلا أنه ولوجود رابطة بين الفعل المرتكب والعمل الإرهابي تجعل من الأول فعلاً مجرماً ضمن طائفة جرائم الإرهاب، وحسناً فعل المشرع الجنائي المصري بإيراد الصورة المتعددة للجريمة الإرهابية ضمن نصوص التجريم والعقاب، خاصة ما يخص التنظيمات الإرهابية.

وجدير بالذكر أن بعض المبادئ الأصولية والنظريات العامة في الجريمة والعقوبة قد تباينت على المستويين (الدولي والوطني)، خاصة فيما يتعلق بتعريف الجريمة الإرهابية، وما يتصل بها من أفعال إجرامية؛ نظراً لاختلاف أهداف وطبيعة كل منهما، حيث أصبح للجريمة معنى في القانون الداخلي يتباين ويختلف معه في القانون الدولي، وتبعاً لذلك ما يترتب عليه من أثر في المسؤولية والعقاب، حيث لم

تعد سياسات الدول تنفرد وحدها بالتجريمات والعقوبات والملاحقات والمحاكمات؛ إذ إن كثيراً من الجرائم المستحدثة، ومنها الإرهاب الإلكتروني - مثلاً - تجد مصدرها في القوانين والتشريعات الدولية.

وفي إطار رسم نظرية عامة لضوابط المواجهة القانونية للإرهاب، ليس فقط التركيز على تحديد الأحكام القانونية للإرهاب، بل إن الأمر يتطلب وضع تعريف قانوني للإرهاب، تنطلق منه أبعاد المواجهة القانونية، حيث إن التكييف القانوني للإرهاب تتنازعه ثلاثة أوصاف قانونية، أولها: عد الأعمال الإرهابية جريمة جنائية وفقاً للتشريع الوطني الداخلي، وثانيهما: عد هذه الأفعال جرماً دولياً طبقاً للقانون الدولي والأعراف الدولية، وثالثها: عد الإرهاب نزاعاً مسلحاً يواجه بالحرب وفقاً للقانون الدولي.

ويمكن القول: إن المسرح القانوني لمواجهة الإرهاب لا يقتصر على مقومات أو متطلبات التشريع الوطني، بل يتسع لمتطلبات المجتمع الدولي؛ إذ إن حكم القانون في مواجهة الإرهاب لا يقتصر على القانون الداخلي، بل يمتد إلى القانون الدولي، حيث أدت كثرة الموائيق الدولية وزيادة الاتفاقات الدولية إلى مكافحة الإرهاب، فضلاً عن قرارات مجلس الأمن الدولي ذات الصلة إلى ظهور ما يسمى بالقانون الدولي لمواجهة الإرهاب.

فمن المعروف أنه لم يعد حكم القانون لمحاربة الإرهاب أمراً داخلياً بحتاً، بل هو أمر دولي وعالمي، يشارك فيه كل من القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي

والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وكذا القانون الدولي للإرهاب.

وإن الجهود الوطنية المبذولة في هذا الصدد لم تكن بالهينة، حيث أنها قد ساهمت في وضع سياسة جنائية واستراتيجية قانونية تواجه الإرهاب، وترتكز حول إبراز دعائم كل من الشرعية الدولية والشرعية الدستورية التي ساهمت في تحديد أبعاد ونجاح هذه المواجهة القانونية لهذه الآفة، وخاصة في الدول التي تميزت بتصاعد موجات وهجمات الإرهاب والعنف بداخلها.

ومن الضروري التركيز على قضية إبراز التوازن بين التحديات الأمنية وتحديات احترام حقوق الإنسان عند مواجهة الإرهاب، حيث إن هذا يتطلب الرضا التام والمطلق للانحياز للتحديات الأمنية وحدها على حساب انتهاك حقوق الإنسان؛ إذ إن التكامل بين النوعين يعد عاملاً أساسياً فيما يتعلق بتجديد أبعاد المواجهة القانونية للإرهاب، آخذين في الاعتبار معيار الضرورة والتناسب اللذين أرساهما القضاء الدستوري في تحديد التوازن بين هذين النوعين، وكذا تحديد الوسائل القانونية للمواجهة المستهدفة.

فهذه دراسة إيطارية لمواجهة الإرهاب من الناحية القانونية تستهدف تحديد أبعاد حكم القانون في هذه المواجهة، ويعد الإرهاب ظاهرة خطيرة تهدد أمن واستقرار المجتمع الداخلي والدولي، خطر يتنامى في ظل التطور المتلاحق والسريع الذي يشهده عالمنا اليوم، ورغم كل المساعي وجهود المجتمع الدولي لقمع الأعمال الإرهابية،

والحد من تناميها إلا أن اختلاف الرؤى والمصالح السياسية والاقتصادية للدول انعكس سلباً على فعالية مكافحة هذه الآفة، والحد من تنامي مخاطرها، ما يسمح بالقول: إن غياب تعريف دقيق موحد للإرهاب هو نتاج الاختلاف، وثمره يجنيها ويعيشها المجتمع الدولي اليوم.

ومما لا شك فيه أن عدم التحديد الدقيق لمفهوم الإرهاب وضبط إطاره القانوني جعله يتقاطع مع مفاهيم أخرى قريبة منه شكلياً، ويسعى كل اتجاه دولي إلى تطويع وتسييس المفاهيم بالشكل الذي يخدم مصالحه، ويحقق غايته وأهدافه.

فأعمال العنف التي تستهدف الإطاحة باقتصاد الدول وترويع المواطنين الأبرياء لا تستوي وتلك التي تتم من قبل الحركات التحريرية لتقدير مصير الشعوب الواردة، والمنصوص عليها ضمن ميثاق الأمم المتحدة في صدر مادتها الأولى، علماً أنه لا يمكن عد الانتهاكات التي تقوم بها بعض الجماعات والميليشيات أو حتى العصابات - التي تكون مسلحة في الغالب الأعم - على أنها أعمال دفاع شرعي أو مقاومة لمخالفتها لما هو مستقر عليه دولياً من اتفاقات وأعراف خاصة تتعلق باحترام تقاليد وأعراف الحروب، وعدم الاعتداء على المدنيين، فالاعتراف بشرعية أنظمتها، ولاسيما تلك التي ترتبط بقتل المدنيين والأبرياء العزل من السلاح وخطفهم وتدمير الممتلكات.

وإن مسألة الإقرار بإرهاب الدولة والتفصيل فيها من المسائل الاختلافية، حيث توافقت النصوص القانونية تحديد هذا المفهوم والتطرق للتفصيل فيه، مما عزز من

بعض الأنظمة الداعمة للإرهاب؛ إذ إن ممارسة الدولة للإرهاب من خلال ما تملكه من وسائل عسكرية وأدوات وأجهزة أمنية وما تحتكره من سلطات داخلية (أي: على المواطنين المقيمين على إقليمها)، أو سلطات دولية من خلال الأعمال العسكرية وشبه العسكرية ضد دولة أخرى؛ إذ إنها بذلك تنتهك وتخالف الأحكام المستقر عليها دولياً.

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول بأن الغموض الذي يشوب مفهوم واصطلاح الإرهاب، وكذا تباين واختلاف المواقف الدولية حول تحديده بشكل دقيق لا يشوبه عدم الإيضاح كان له أثراً بالغاً على العديد من المستويات لاسيما ما يتعلق بانتهاك حقوق الإنسان والمساس بسيادة الدول، فالحرب على الإرهاب التي تشنها الدول الكبرى خدمة مصالحها الاقتصادية والأمنية والتوسعية، وانتهاكات حقوق الإنسان الممنهجة من تعذيب واعتقال وغيره تحت مظلة وغطاء مكافحة الإرهاب، هي نتيجة عموم هذا المفهوم، وعدم تحديد عناصر الجريمة الإرهابية، وتميزها عما يتقارب معها من مفاهيم.

فإنه إحقاقاً للحق فإن الأزمة التي يعيشها المجتمع الدولي في يومنا هذا تستدعي نبذ الخلافات والعصبية، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فعدم توصل المجتمع الدولي لتعريف قانوني دقيق واضح لا لبس ولا غموض فيه لا يعكس صعوبة ذلك واستحالتة، بل يعكس مدى اختلاف وجهات النظر حول مفهوم

الإرهاب، وكذا العمل الإرهابي (الجريمة الإرهابية) واختلال رؤاها واختلاف تحكمه في المصالح السياسية والاقتصادية، فضلاً عن الخلفيات الدينية والايديولوجية.

وفي هذا السياق يرى البعض أن أشكال التعاون الدولي تبرز وتظهر في مجال الوقاية من الجريمة؛ إذ تكتسب هذه المرحلة أهمية بالغة؛ فهي تشكل القاعدة الأساسية لتحقيق أهداف الاستراتيجيات الوقائية، فضلاً عن أن التعاون الدولي يمكن من خلال تبادل المعلومات والتحريات أن يؤدي دوراً بارزاً، نظراً للبعد النسبي عن مجال المعوقات التقليدية التي يمكن أن تنشأ من المفارقات التشريعية، وكذا الاختلافات بين النظم الإدارية والقانونية، والتباين بين الإجراءات المتعلقة بأجهزة إدارة العدالة الجنائية؛ إذ إن سرعة تقاسم وتبادل المعلومات في هذه المرحلة تعد الركيزة الأساسية المتعلقة بالوقاية من الجريمة؛ إذ إن سرعه الحصول على المعلومات من شأنه تسهيل مهمة الأجهزة المعنية في التحرك المناسب لمواجهة الجريمة.

ولقد كان للأمم المتحدة دور فعال في إنشاء نظام متكامل لمنع الجريمة والاضطلاع دورياً بجمع وتعميم المعلومات حول الأعمال والجرائم الإرهابية التي ينكشف ارتباطها غالباً بالإجرام المنظم، خاصة من خلال التمويل أو التدريب أو التزوير في الوثائق، أو تسهيل عبور الحدود، أو شراء الأسلحة وغيرها من مساعدة أو إعداد أو تنفيذ عمليات إرهابية، وتعميمها على الدول للاستفادة من هذه المعلومات عند رسم السياسة العامة الجنائية والاستراتيجيات الوقائية.

استعرضنا من خلال السطور السابقة إلقاء الضوء على أبرز الأحكام الموضوعية، وكذا الإجرائية للجرائم الإرهابية في ظل قانون مكافحة الإرهاب الجديد الذي يحاول بقدر المستطاع الحد من هذه الظاهرة والقضاء عليها. وكان محموداً للمشرع المصري مسلكه عند إفراده قانوناً خاصاً بجرائم الإرهاب بعدما كان يدرجها ضمن أحكام القانون العام (أي: قانون العقوبات)؛ إذ إن ذلك كان غير موفقاً حيث إن هذه النصوص ثابتة بطبيعتها، وضعت لمواجهة الظاهرة الإجرامية في الظروف العادية، ومن غير المرغوب فيها تعديلها بصفة مستمرة أما الإرهاب فهو ظاهرة متغيرة بطبيعته فيمكن تعديل أو تغيير قانونه الخاص إذا اقتضى الأمر ذلك.

ويلاحظ أنه قد اتجهت السياسة العقابية للمشرع المصري إلى التشدد على نحو يتمثل في تشديد العقاب على بعض الجرائم إذا ارتكبت لغرض إجرامي، والحد من سلطة القاضي التقديرية عند تقديره للعقوبة الجنائية، بأن غل يد القاضي في تطبيق الظروف القضائية المخففة للعقاب، والأخذ بسياسة تدابير الأمن والعقوبات التكميلية.

ومع ذلك أخذ المشرع المصري بسياسة التشجيع والمكافأة تشجيعاً للمجرم التائب على العدول عن جرمه الإرهابي أو الانفصال عن التنظيم الذي ينتمي إليه، ومساعدة السلطات في الكشف عن هذه الجرائم والأفعال الإجرامية الخطيرة وضبط الجناة فيها بأن أخذ أحكاماً خاصة بأسباب الإعفاء من العقاب لتشجيع اندماجه في المجتمع.

ويتضح من كل ما تقدم أن الجريمة الإرهابية لا تخرج عن كونها جريمة من جرائم القانون لابسها ظرف الإرهاب، بوصفه عنصراً متصلاً بالواقعة الإجرامية، حيث يترتب على هذا تغيير في جسامه الجريمة، وكذا تغيير وصفها، أو التشديد في العقوبة المقررة أصلاً للجريمة.

فالقانون الجديد المتعلق بمكافحة الإرهاب (وتعديلاته) أتى بمنظومة جنائية جديدة، جمعت الأحكام الموضوعية والإجرائية الخاصة بهذه الأفعال الجرمية، وكذا المعاملة العقابية في تشريع متكامل يدعم السياسة الجنائية والمنظمة العقابية، ويقوي من يد العدالة وأعوانها، إذ يسهم ليس فقط في العقاب، ولكن أيضاً في توقي وقوع هذه الجرائم.

وعلى ذلك تمخضت هذه الدراسة البحثية عن عدد من النتائج والتوصيات نجلها فيما يأتي:

أولاً: ما أسفرت عنه الدراسة (نتائج البحث)

١. عدم وضوح التعريف التشريعي لاصطلاح "التنظيمات الإرهابية" في قانون مكافحة الإرهاب، على الرغم من وجود تعريف لهذا الاصطلاح في قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣/٢٠٠١ وكذا القرارات الأخرى ذات الصلة.

٢. تجريم المشرع المصري الأفعال المرتبطة بالتنظيمات الإرهابية كتأسيسها أو الانتساب إليها، فضلاً عن تجريمه أفعال الالتحاق أو التجنيد لهذه التنظيمات، وكذا تمويلها أو الترويج لأفكارها.

٣. إن مواجهة الإرهاب وكذا التنظيمات الإرهابية تتم من خلال حكم القانون وسيادته على المستوى الوطني والإقليمي والدولي من خلال الاتفاقات والمواثيق الدولية والإقليمية والقرارات الأممية بالإضافة إلى التشريعات الوطنية الداخلية.

٤. الخروج في معظم الأحوال عن القواعد العامة المتعلقة بالتجريم والعقاب فيما يتعلق بالجرائم الإرهابية، على الرغم من إخضاع المشرع المصري بعض الجرائم الإرهابية، خاصة المرتبطة بالتنظيمات الإرهابية، حيث العقوبات المقررة للأشخاص الاعتبارية والعقوبات التكميلية والتدابير الأمنية الاحترازية.

٥. التأكيد على مبدأ تقرير المصير للشعوب المكرس في ميثاق الأمم المتحدة؛ إذ إنه حق غير قابل للتصرف فيه، حيث أقر استقلال جميع الشعوب الخاضعة لنظم استعمارية أو غيرها من صور وأشكال السيطرة الأجنبية، وتقرير شرعية كفاحها وفقاً لمبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الدولية والتعاون بين الدول.

٦. إدانة جميع أعمال الإرهاب الإجرامية الواقعة على المستوى الوطني أو الدولي؛ إذ إن هناك تصاعداً عالمياً لأعمال الإرهاب بجميع أشكاله التي تعرض للخطر أرواحاً بشرية مدنية بريئة فضلاً عن تهديد الحريات والحقوق الأساسية واستهلاك الكرامة الإنسانية.

٧. إدراج أعمال الإرهاب الإجرامية في التشريعات الوطنية والقوانين الداخلية بوصفها جرائم شديدة الجسام، وملاحقة مرتكبيها وتقديمهم للعدالة الجنائية، وذلك عن طريق تبادل المعلومات والأدلة المطلوبة للتحقيقات، وغير ذلك من الإجراءات القانونية الجنائية، فضلاً عن وضع قيود وضوابط على الحدود للحد من تحركات الجماعات الإرهابية.

٨. الإقرار بسياسة التشديد داخلياً ودولياً خاصة عند نظر طلبات اللجوء والهجرة، والتحقق من عدم اتخاذه ذريعة لهروب الإرهابيين من المساءلة الجنائية، وعدم الاعتبار بوجود دوافع سياسية لتتويج رفض طلبات تسليم الإرهابيين (المجرمين) والمشتبه فيهم.

٩. التأكيد على تطابق الشريعة الإسلامية في نبد العنف والإرهاب وعده جريمة حرابة؛ إذ يجب الرجوع لمصادرها (كالكتاب والسنة والتطبيقات العملية للأحكام العادية فيهما) الرامية لتوفير السلم والأمن لجميع البشر بغض النظر عن ديانتهم ومعتقداتهم، فضلاً عن مراجعة اجتهاد أئمة المذاهب الفقهية التي تؤكد على تشكيل آلية معتدلة نظرية وعملية لتطبيق المنهج الصحيح للإسلام.

١٠. التأكيد على المواجهة الفكرية والثقافية للإرهاب، فضلاً عن المواجهة القانونية والأمنية.

ثانياً: التوصيات والمقترحات

تتمحور أبرز التوصيات التي انتهت إليها هذه الدراسة البحثية حول ما يأتي:

١. تميز ظاهرة الإرهاب عن غيرها من المفاهيم والأفعال الأخرى ضماناً لفاعلية مكافحته، ولاسيما ما يتعلق بالكفاح المسلح المنصوص عليه دولياً، خاصة في ميثاق الأمم المتحدة.
٢. تكثيف الجهود الدولية وصولاً إلى اتفاق يتضمن تحديد دقيق وشامل لمفهوم الإرهاب مراعيًا كافة جوانبه الجوهرية بحيادية تامة، أي: دون ربط الظاهرة بدين معين أو بطائفة معينة أو بحضارة أو بعرق أو غير ذلك.
٣. تجريم ما قد يصدر عن الدول (رؤساءها أو ممثليها أو حكومتها)، سواء على المستوى الداخلي كالتعذيب والاعتقال وغيره، وعلى المستوى الدولي من خلال دعم الإرهاب وتمويله بدول أخرى.
٤. الالتزام باحترام مبادئ حقوق الإنسان وسيادة الدول المنصوص عليها صلب الالتزامات (المواثيق) الدولية، دون التذرع بالحرب على التطرف والإرهاب.
٥. توجيه نظر المشرع الجنائي نحو إضافة نصوص (أو تعديلات) لقانون مكافحة الإرهاب تتضمن ما يأتي:

أ. توفير حماية قانونية للأشخاص المتعاونين مع القائمين على إنفاذ القانون من المبلغين والشهود والجناة التائبين، علاوة على الأشخاص المضارين من عمليات الإرهاب كالمجني عليهم الذين يستعين بهم القائمون على إنفاذ القانون كشهود أو مبلغين.

ب. تفعيل صور التعاون الدولي الأمني من تبادل معلومات وتدريب مشترك، والتعاون الدولي القضائي من تسليم متهمين، ونقل الإجراءات الجنائية والإنبابة القضائية، والتحقيقات المشتركة وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ج. إيراد تعريف تشريعي للتنظيمات الإرهابية ضمن أحكام القانون، يحدد المفهوم القانوني الدقيق للتنظيم الإرهابي، وتحديد جهة قضائية لإدراج "تنظيم" ضمن الجماعات والتنظيمات الإرهابية.

د. إخضاع المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي (الاعتباري) لأحكام قانون مكافحة الإرهاب، حيث أنه يجب إقرار عقوبات خاصة عن الجرائم المرتكبة بأسمائهم ولحسابهم وبما يتناسب مع طبيعة الشخص الاعتباري في مجال العقوبات، لإخضاعها للقواعد العامة.

٦. تدعيم التعامل والتنسيق الثنائي أو متعدد الأطراف بين دول الجوار التي تعاني من مشكلات جرائم الإرهاب بصورة مشتركة أو متشابهة، فضلاً عن اتخاذ تدابير فعالة وحازمة لمنع هذه الجرائم، منها مثلاً: منع تسلل العناصر الإرهابية، أو

إيوائهم، أو تدريبهم، أو تسليحهم، أو تمويلهم، أو تقديم أي تسهيلات قد تمكنهم من تحقيق أغراضهم.

٧. الإدانة القاطعة للجرائم المنظمة، وكذا أعمال الإرهاب الإجرامية بكافة صورها وممارستها، أينما ارتكبت وأياً كان مصدرها؛ إذ إنها تستهدف القضاء على الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والديمقراطية، فضلاً عن تهديد السلامة الإقليمية للدول وأمنها وسيادتها، وكذا تزعزع استقرار الحكومات القانونية، وتقويض أركان المجتمع المدني، فضلاً عن العواقب الاقتصادية والاجتماعية المضرّة في الدول، خاصة في مجالات التنمية.

٨. استحداث تحالفات استراتيجية بين الكيانات المعنية بنظم العدالة الجنائية، هدفها: تحقيق عدالة ناجزة دولياً من خلال مراحل قانونية، تبدأ بمرحلة ما قبل المحاكمة، ثم مرحلة المحاكمة، ثم مرحلة ما بعد المحاكمة؛ وذلك بوضع معايير ذات أولوية، منها مثلاً:

أ. وضع الأدلة العلمية على طبيعة الجريمة ومداها أو اتجاهاتها.

ب. وضع تكلفة مكافحة النشاط الإجرامي (الجرم) اجتماعياً وقانونياً وأمنياً وغيرها.

ج. حماية حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل ومنع وقمع ومكافحة الجريمة.

د. تعزيز العمل الأمني الدولي لتحقيق أقصى درجات فعالية نظم العدالة الجنائية.

هـ. تفادي التداخل مع أنشطة كيانات أخرى في منظومة الأمم المتحدة.

٩. مقاومة الإرهاب في ظل الشرعية الدولية؛ وذلك التركيز على مناقشة العوامل الأساسية التي تقف وراء الإرهاب ومعالجتها، سياسية كانت أو اقتصادية واجتماعية وهو ما يتمثل فيما يأتي:

أ. الكشف عن جذور الإرهاب وفكره وثقافته.

ب. العلاقة بين الإرهاب وغسيل الأموال وتجارة السلاح وتهريب المخدرات.

ج. معرفة التنظيمات والجماعات الإرهابية وتشكيلاتها.

د. الدروس المستفادة من تجارب الدول في محاربة أعمال الإرهاب الإجرامية.

١٠. تحري ظاهرة الإرهاب بالعمل الجماعي والمنظور الاستراتيجي الشامل، فضلاً عن دعم وترسيخ قيم التفاهم والتسامح والحوار، واحترام التعددية، والتعارف بين الشعوب، والتقارب بين الثقافات والحضارات، ومحاربة كل أيديولوجية تحرض على العنف، وتدعو للكراهية، وشيوع الأعمال الإرهابية.

حيث إن هذا يتطلب تطوير التشريعات الوطنية والقوانين العقابية الداخلية - بما يتسق وأحكام القانون الدولي - الكفيلة بمنع الإرهاب، وحرمان الإرهابيين من

استغلال قوانين اللجوء والهجرة للحصول على ملاذ آمن، أو استخدام أراضي الدول كقواعد للتجنيد، أو التخطيط أو التحريض لتنفيذ أعمال إرهابية ضد الدول الأخرى.

وفي الختام يقول تعالى في كتابه العزيز: "إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۗ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ . . . " المائدة 33:

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

١. إبراهيم عيد نايل، السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦

٢. أحمد إبراهيم مصطفى سليمان، الإرهاب والجريمة المنظمة: التجريم وسبل المواجهة، ٢٠٠٦

٣. أحمد عبد العظيم مصطفى المصري، المواجهة التشريعية لجرائم الإرهاب في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٣

٤. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣

٥. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ٢٠٠٦

٦. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٨

٧. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة العاشرة، ٢٠١٨

٨. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢
٩. أسامة بدر، المواجهة القانونية والمدنية للإرهاب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠٠٠
١٠. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢
١١. جون ليفاسير، الإرهاب الدولي، وثائق معهد الدراسات العليا، جنيف، ١٩٧٦
١٢. حامد راشد، استعمال القوة في القانون الجنائي، مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الجنائية، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، ٢٠٠٩
١٣. حامد راشد، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار النهضة العربية، طبعة أولى، القاهرة، ٢٠١١
١٤. رامي متولي القاضي، المواجهة التشريعية لظاهرة البلطجة في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط أولى، ٢٠١١
١٥. سعد عبد الرحمن زيدان، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧

١٦. صلاح عامر، القانون الدولي الإنساني، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر،

القاهرة، ٢٠٠٣

١٧. عبد الرحمن خلف، التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، دار النهضة

العربية، ٢٠٠٠

١٨. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات: القسم العام - النظرية العامة

للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩

١٩. عبد الله سليمان سليمان، ظاهرة الإرهاب والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٤، الجزائر، ديسمبر ١٩٩٥

٢٠. علاء الدين راشدي، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية،

القاهرة، ٢٠٠٦

٢١. محمد أبو الفتح الغنام، مواجهة الإرهاب في التشريع المصري، دار النهضة

العربية، القاهرة، ١٩٩٥

٢٢. محمد بن عبد الله العميري، موقف الإسلام من الإرهاب، مركز الدراسات

والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ٢٠٠٤

٢٣. محمد زكي أبو عامر، قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الإسكندرية، ٢٠٠٨

٢٤. محمد نكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

٢٠١٦

٢٥. محمد سامي الشواء، البلطجة كظاهرة إجرامية مستحدثة، مجلة كلية الدراسات

العلية، العدد (١٣)، أكاديمية الشرطة، يوليو (٢٠٠٥)

٢٦. محمد عبد اللطيف، جريمة الإرهاب: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،

القاهرة، ١٩٩٤

٢٧. محمد عيد الغريب، التعاون الدولي والإقليمي في مواجهة الإرهاب، تقرير

مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة

(٢٢/٢١ أبريل ١٩٩٨)

٢٨. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، دار النهضة

العربية، القاهرة، ٢٠٠٠

٢٩. محمد عيد غريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية،

القاهرة، جزء أول، ١٩٩٧

٣٠. محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب: أحكامها الموضوعية وإجراءات

ملاحقتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١ (١٩٩٥)

٣١. محمد مؤنس محب الدين، تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٦

٣٢. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤

٣٣. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ٢٠٠١

٣٤. محمود صالح العادلي، الإرهاب والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣

٣٥. محمود صالح العادلي، الإرهاب والعقاب، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٣

٣٦. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨

٣٧. مدحت رمضان، جرائم الإرهاب في ضوء الأحكام الموضوعية والإجرائية للقانون الجنائي الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥

٣٨. منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦

٣٩. نورالدين هنداوي، السياسة التشريعية وجرائم الإرهاب، تقرير مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، (٢١/٢٢ أبريل ١٩٩٨)

٤٠. نورالدين هنداوي، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Alex P. Schmid, Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors Concept, Databases, Theories and Literature (1988)
2. Antonio Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, OXFORD UNIV. PRESS (2003)
3. Antonio Cassese, The Multifaceted Criminal Nation of Terrorism in International Law, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)

4. Bibit Van Ginkel, *The United Nations: Towards a Comprehensive Convention on Combating Terrorism*. THE NETHERLANDS INSTITUTE OF INTERNATIONAL RELATIONS, CINGENDEAL (2003)
5. Caroline Mala Corbin, *Essay, Terrorists Are Always Muslim But Never White: at the Intersection of Critical Race Theory and Propaganda*, 86 *FORDHAM LAW REVIEW* 455 (2017)
6. Cephas Lumina, *Counterterrorism Legislation and the Protection of Human Rights: A Survey of Selected International Practice*, 7 *AFR. HUM. RTS. L. J.* (2007)
7. Christian Gray, *International Law and the Use of Force: Foundations of Public International Law*, OXFORD UNIV. PRESS (2008)
8. Colin Warbrick, *The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism*, 32 *INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY* (1983)

9. Curtis D. Malloy, A History of Biological and Chemical Warfare and Terrorism, 6 JOURNAL OF PUBLIC HEALTH MANAGEMENT & PRACTICE 4 (2000)
10. David Brown, The European Union, Counterterrorism, and Police Cooperation, 1992–2007, MANCHESTER UNIV. PRESS (2010)
11. David Cole and James X. Dempsey, Terrorism and the Constitutional Scarifying Civil Liberties in the Name of National Security. THE NEW PRESS (2002)
12. David Cumin, Criminal Tentative de Definition du Terrorisme a Partir Du Jus In Bella, 1 REV. SC. CRIM. (2004)
13. David S. Kris and J. Douglas Wilson, 2 NATIONAL SECURITY INVESTIGATIONS AND PROSECUTIONS (2012) David Weissbrodt and Cheryl Heilman, Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment, 29 LAW AND INEQUALITY JOURNAL 343 (2011)

14. Debra Bennett, Terrorists and Unconventional Weapons: Is the Treat Real? 12 LAW INTENSITY CONFLICT AND LAW ENFORCEMENT 1 (2004)
15. Edward J. Krauland and Stephane Lagonico, The New Counter Money Laundering and Antiterrorist Financing Law, INTERNATIONAL LAW NEWS 1 (2002)
16. George P. Fletcher, The Indefinable Concept of Terrorism, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)
17. Gray Scoffoni, Les Juges et la Constitution des Etats-Unies a l'Epreuve du Finances Publiques, ETUDES EN, HONNEUR DE LOUS PHILIP, ECONOMICO (2005)
18. Gregory E. Maggs, TERRORISM AND THE LAW: CASES AND MATERIALS (2010)
19. Harmen Van Der Wilt and Christophe Paulussen, The Role of International Criminal Law in Responding to the

Crime–terror Nexus,16 EUROPEAN JOURNAL OF CRIMINOLOGY 3
(2019)

20. Hilal Elver, Racializing Islam Before and after 9/11: From
Melting Pot to Islamophobia, 21 TRANSNATIONAL LAW AND
CONTEMPORARY PROBS. (2012)

21. Jean–Francois Flaus, The European Court of Human
Rights and the Freedom of Expression, 84 INDIANA L. JOURNAL
3 (2009)

22. Jesse J. Norris, Why Dylann Roof is a Terrorist Under
Federal Law, and Why It Matters, 54 HARVARD JOURNAL ON
LEGISLATION 255,299 (2017)

23. John A. Cohan, Necessity, Political Violence and
Terrorism, 35 STETSON LAW REVIEW (2006)

24. Jonathan L. Hafez, Torture, Judicial Review and the
Regulation of Custodial Interrogations, 62 N.Y.U. ANNUAL
SURVEY. AM. L.433 (2007)

25. Khaled A. Beydoun, Lone Wolf Terrorism: Types, Stripes, and Double Standards, 112 NW U. L. REV. (2018)
26. Kimmo Nuotio, Terrorism as a Catalyst for the Emergence, Harmonization and Reform of Criminal Law, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)
27. Laura K. Donohue, Anglo–American Privacy and Surveillance, 96 J. CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY (2006)
28. Laura K. Donohue, The Cost of Counterterrorism, Power, Politics, and Liberty (2008)
29. Louis Fisher, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (1999)
30. Marco Sassioli, Terrorism and War, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)
31. Matthew C. Waxman, Police National Security: American Local Law Enforcement and Counter terrorism after 9/11, 31 JOURNAL NATIONAL SECURITY LAW & POLICY (2009)

32. Michael C. Dorf, The Orwellian Military Commissions Act of 2006, 5 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE (2007)
33. Mohammed Saif Alden Wattad, Is Terrorism a Crime or an Aggravating Factor in Sentencing? 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)
34. Nathalie Cettina, The French Approach: Vigor and Vigilance, in CONFRONTING TERRORISM: EUROPEAN EXPERIENCES, THREAT PERCEPTIONS, AND POLICIES (2003)
35. Norman Abrams, Developments in USA Anti-Terrorism Law: Checks and Balances Undermined, 4 INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)
36. Paolo Caretti, Table Ronde Lute Contrle Terrorism et Protection des Droits Fondamentaux. AUNAIRE INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONALLE, ECONOMICO (2002)
37. Robert M. Chesney, The Sleeper Scenario: Terrorism-Support Law and the Demands of Prevention, 42 HARVARD JOURNAL ON LEGISLATION 1 (2005)

38. Sahar F. Aziz, Policing Terrorists in the Community, 5 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 147 (2014)

39. Shirin Sinnar, Separate and Unequal: The Law of "Domestic" and "International" Terrorism, 117 MICHIGAN LAW REVIEW 1333 (2019)

40. Sofia Galani, Terrorist Hostage-Taking and Human Rights: Protecting Victims of Terrorism under the European Convention on Human Rights, 19 HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 1 (2019)

41. Stanislav J. Krish Baum, La Terrorisme et La Guerre. TERRORISM ET SECURITY INTERNATIONAL COLLECTION ETUDES STRATEGIQUES INTERNATIONAL (BRUYANT 2004)

42. Stephanie Cooper Blum, "Use It and Lose It": An Exploration of Unused Counterterrorism Laws and Implications for Future Counterterrorism Policies, 16 LEWIS AND CLARK LAW REVIEW (2012)

43. Susan Tiefenbrun, A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism, 9 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW (2003)

44. Terry R. Kane, Prosecuting International Terrorists in United States Courts: Gaining the Jurisdictional Threshold, 12 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1987)

45. Thomas Weigend, The Universal Terrorist: The International Community Grappling with a Definition, 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 5 (2006)

46. Tiberiu Pragu and Mattias Polborn, The Rule of Law in the Fight against Terrorism, 58 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 2 (2014)

47. Todd Landman, Imminence and Proportionality: The U.S. and U.K. Responses to Global Terrorism, 38 CALIFORNIA WESTERN INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1 (2007)

48. Tyler Raimo, Notes and Comments, Winning at The Expense of Law: The Ramifications of Expanding Counter

Terrorism Law Enforcement Jurisdiction Overseas, 14 AM. U. INT'L. L. REV. 1473-74 (1999)

49. Uves Heanclos, Terrorisme et Securite International Collection Studes Stretegiques et Internationals (BRUYLANT 2004)

50. Virginia Henning, Antiterrorism Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation from the European Convention on Human Rights, 17 AM. U. INT'L. L. REV. (2002)

51. William Turner, Freedom from Torture in the "War against Terrorist: Is It Absolute? 23 TERRORISM & POLITICAL VIOLENCE (2011)

ثالثاً: مصادر أخرى:

(الاتفاقيات والوثائق والتقارير والقرارات والقوانين والأحكام القضائية)

- وثيقة الأمم المتحدة الصادرة عن مكتب الجريمة والمخدرات المتضمنة دراسة حول تشريعات مكافحة الإرهاب في دول الخليج العربي واليمن

- تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب عن مشروع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

- قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢

- اتفاقية عصابة الأمم لقمع ومكافحة الإرهاب

- قرارات مجلس الأمن الآتية (القرار رقم ١٣٦٨ (سبتمبر ٢٠٠١)، القرار رقم

١٤٣٨ (أكتوبر ٢٠٠٢)، القرار رقم ١٤٤٠ (أكتوبر ٢٠٠٢)، القرار رقم ١٤٦٥

(فبراير ٢٠٠٣)، القرار رقم ١٥٣٠ (مارس ٢٠٠٤)

- الاتفاقية الأمريكية لمحاربة الإرهاب ١٩٧١

- الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب (٢٧ يناير ١٩٧٧)

- اتفاقية مجلس أوروبا لمنع الإرهاب (وارسو ٢٠٠٥)

- اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لمكافحة الإرهاب ١٩٩١

- الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨

- اتفاقية طوكيو الخاصة بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات

الموقعة ١٩٦٣

- اتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني ١٨٧١
- اتفاقية لاهاي بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات الموقعة في ١٩٧٠
- الاتفاقية الأمنية لمكافحة الإرهاب ٢٠٠٤
- الاتفاقية الإقليمية لجنوب آسيا لمكافحة الإرهاب ١٩٩٨
- اتفاقية مؤتمر منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب ١٩٩٩
- اتفاقية شنغهاي لمكافحة الإرهاب ٢٠٠١
- قانون مكافحة الإرهاب البريطاني ١٩٧٦
- قانون منع الإرهاب البريطاني ١٩٨٩
- قانون مكافحة الإرهاب البريطاني المعدل بالقانون (Terrorism Act 2006)
- قانون مكافحة الإرهاب الأمريكي ١٩٨٤
- قانون العقوبات الفرنسي الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٢ (ودخل إلي حيز النفاذ أول مارس ١٩٩٤).

- المرسوم الرئاسي رقم ٩٢-٤٤ (المتضمن إعلان حالة الطوارئ) الصادر في ٩ فبراير ١٩٩٢.
- أمر رئاسي رقم ٩٥-١١ المعدل لقانون العقوبات الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٩٥
- المرسوم التشريعي رقم ٩٢-٠٣ (المتضمن مكافحة الإرهاب والتخريب) ١٩٩٢
- قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته
- قانون منع الإرهاب رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته
- اتفاقية مكافحة الإرهاب لدول مجلس التعاون الخليج العربي ٢٠٠٦
- اتفاقية تمويل الإرهاب ١٩٩٩
- القرار الإطاري الصادر عن مجلس الاتحاد الأوروبي بشأن الإرهاب الصادر في ٢٠٠٢
- قانون مكافحة الإرهاب الكندي 2001
- قانون مكافحة الإرهاب الأمريكي ١٩٩٦
- قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.
- قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب الكويتي.

- قانون مكافحة الإرهاب السعودي (أقر في ١٦ ديسمبر ٢٠١٣، ودخل إلى حيز النفاذ 2014)

- قانون مكافحة الإرهاب البريطاني ٢٠٠٠ وتعديلاته

- (٢٠٠١، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٨).

- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦

- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ١٧٨٩ (إعلان الثورة الفرنسية)

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨

- الدستور المصري ٢٠١٤

- القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن مكافحة غسل الأموال المصري

- قانون الإجراءات الجنائية المصري (المعدل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣)

- القانون رقم ٨٤ / ٢٠٠٣ وكذا القانون رقم ١٤٩ / ٢٠١٩ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الأهلية

- القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ لمكافحة الاتجار بالبشر المصري

- القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن تنظيم قوائم الكيانات الإرهابية والإرهابيين

- قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٥
- القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ (قانون الطوارئ)
- (2000) The National Commission Report on Terrorism, 277, 105th Congress
- (1997) International Convention for The Suppression of Terrorist Bombings
- The Council of Europe Convention on The Prevention of Terrorism (2005)
- Convention on Offences & Certain Other Acts Committed on Board Aircraft

Cases:

- Hamadan v. Rumsfeld, 548 U.S 557 (2006)
- Schlesinger v. Councilman, 420 US.738 (1975)
- Franks v. Delaware, 438 U.S.154,155-56 (1978)

- United States v. Daoud, 755 F.3d 479, 490 (7th Cir.2014)
(Rovner, J, Concurring)
- Mississippi v. Johnson,71 US (4 Wall.) 475 (1867)
- Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S.579
(1952)
- Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)
- Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004)
- Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004) & Maryland v. King
569 U.S. 435 (2013)
- United States v. Wright, 747 F.3d 399,407– 10 (6th
Cir2014)
- United States v. Garey, 546 F.3d 1359,1361–63 (11th
Cir2008)
- Sanian v. Lithuania, App.No.32293105, Eur.ct.M.R.(2011)
- United States v. Yunis, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir1991)

- Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d774,798 (D.C. Cir1984)

الضوابط الجنائية لحرية التعبير الماسة بالأديان والمنتهمين إليها
دراسة مقارنة

د. دعاء محمود عبد اللطيف

مدرس القانون الجنائي

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

مقدمة

لطالما كانت الحرية مطلباً إنسانياً ملحاً فهي حلم البشرية منذ مئات السنين ، و هي الموضوع الأثير للفلاسفة و المتكلمين ، و هي الغاية الكبرى التي من أجلها قُدمت أعظم التضحيات على مر التاريخ ، و في الآونة الأخيرة بات مفهوم الحرية من أكثر المفاهيم استخداماً و من أكثرها إثارة للجدل بل و الصدام بين الاتجاهات الفكرية و الفلسفية المختلفة ، و الحرية و إن كانت محل إجماع عالمي حول أهميتها لتقدم الفرد وازدهار المجتمع و استقراره إلا أن الرؤى تتفاوت حول تعريفها بحسب العديد من العوامل ، فيختلف مفهوم الحرية باختلاف العصور و باختلاف الدول و الأيدولوجيات و الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية .

وهي في مفهوم مفكرى الغرب تختلف عنها في نظر مفكرى العرب و المسلمين ، و في داخل الفكر الغربى نفسه نجد العديد من التعريفات للحرية و التي لا تتفق فيما بينها على رؤيتها للحرية ، فالمفهوم الليبرالى للحرية ليس هو نفسه المفهوم الهيجلى أو الماركسى أو البرجسونى ، و إذا كانت الحرية عند " جون لوك " مثلاً هي (حق الفرد فى تنظيم أفعاله و تصرفاته فى ممتلكاته كما يتراءى له فى حدود قانون الطبيعة دون استئذان أو اعتماد على شخص آخر)¹ فهي عند "

¹ راجع فى المقارنة بين فلسفة جون لوك و هوبز ، نعمون مسعود ، التأسيس الفلسفى فى فكرة حقوق الإنسان عند روسو ، جامعة الإخوة منتورى ، الجزائر ، ٢٠٠٨ ، ص٢٦

جون ستيوارت ميل " (إطلاق العنان للناس ليحققوا خيرهم بالطريقة التي يرونها طالما كانوا لا يحاولون حرمان الآخرين من مصالحهم أو لا يعرقلون جهودهم لتحقيق هذه المصالح)^١ ، بينما يعرفها " جان جاك روسو" بكونها (طاعة الإرادة العامة)^٢ .

وكذا لا يتفق مفكرى المسلمين على مفهوم واحد للحرية فحيث يعرفها "ابن حيان" بكونها : (إرادة تقدمتها روية و تمييز) يرى " الرازى " أن الحرية هي : (ألا تكون النفس تائفة بغريزتها إلى الأمور البدنية) بينما يذهب "أبو حامد الغزالي " إلى أنها (صدور الفعل مع الإرادة له على سبيل الاختيار مع العلم بالمراد)^٣ و يقول "الجرجاني" أن أعلى مراتب الحرية هو(الخروج عن رق الكائنات و قطع جميع العلائق و الأغيار)^٤

١ جون ستيوارت ميل ، عن الحرية ، ترجمة هيثم كامل الذبيدي ، ص ١٩

٢ يحيى بوافى ، مفهوم الحرية فى فلسفة روسو السياسية ، مقال منشور على موقع :

<http://www.alawan.org/2013/12/08/>

٣ نضير الخزرجى ، مفهوم الحرية عند مفكرى الإسلام ، مقال منشور على الموقع التالى :

<https://annabaa.org/nbahome/nba82/18.htm>

٤ على بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، معجم التعريفات ، تحقيق محمد صديق المنشاوى ،

دار الفضيلة ، ص٧٦ ، رقم ٧١١

و الحرّ عند الشيخ "محمد أبو زهرة" هو (الشخص الذى تتجلى فيه معانى الإنسانية العالية الذى يعلو بنفسه عن سفاسف الأمور و يتجه إلى معاليها و يضبط نفسه فلا تتطلق أهواؤه و لا يكون عبدا لشهوة معينة بل يكون سيد نفسه) ^١.

و كما يقول " منتسكيو" فإنه ليس هناك مصطلح تلقى من الدلالات المختلفة أكثر مما تلقاه مصطلح الحرية ^٢.

اتفقنا أو اختلفنا اذن حول ما نعنيه بالحرية ، فلا بد أن نتفق فى آخر المطاف على أن الحرية الفردية لا يمكن بحال أن تكون مطلقة ، فى إطلاقها خطورة على وجودها نفسه ؛ ذلك أن ممارسة الحقوق و الحريات دون ضوابط من شأنه أن يخلق فوضى اجتماعية تنتج عن التصادم بينها .

إن إتاحة الحرية المطلقة للبعض يمكن أن يقوض حرية الجميع ، فنفس الحرية عندما يمارسها بصورة مطلقة شخصان متقابلان تغدو نفياً لحرية كل واحد منهما .

^١ معاذ صبحى عليوى ، مفهوم الحرية فى الإسلام ، المركز الديمقراطى العربى للدراسات الاستراتيجية الإقتصادية و السياسية ، بحث منشور على الموقع التالى :

<http://democraticac.de/?p=25488>

^٢ محاسن يوسف عبد الجليل ، الحرية فى التمثلات الإجتماعية بين الثقافة العالمية و الثقافة الشعبية ، بحث منشور ضمن مجموعة أبحاث فى إطار دراسة للمركز العربى للأبحاث و دراسة السياسات بعنوان ، " الحرية فى الفكر العربى المعاصر " ٢٠١٨ ، الفصل الثالث عشر ، ص ٤ منه .

بينما لو تحدثنا عن نوعين متباينين من الحرية ، فإن بعض الحريات لا سبيل إلى المفاضلة بينها في المطلق ، فإذا تمت ممارسة كل منها على إطلاقه ، حدث تعارض صارخ و تصادم بينها بحيث يغدو من المستحيل نفي أحدها لصالح الآخر ، وهنا تبرز ضرورة إيجاد طريقة للتوفيق بينها و إلا سادت الفوضى المجتمعية و باتت سبيلا لنفي الحقوق و الحريات جميعها .

و لا يمكن تحقيق التوفيق و التعايش بين الحريات إلا من خلال وضع الضوابط و القيود على كل منها .

مثلاً إذا أطلقنا حرية التعبير و أطلقنا في المقابل حرية الاعتقاد و ممارسة الشعائر فإن التصادم بينهما حادثٌ لا محالة ، حيث أن إطلاق حرية التعبير قد ينتج عنه المساس بقداسة الأديان أو إهانة المتدينين و هو ما يصطدم و بشدة بحرية هؤلاء في الاعتقاد و ممارسة الشعائر ، فالمساس بهم أو بمقدساتهم إنما يؤدي الى إيذاء معنوى بليغ و مصادرة لحريتهم في الاعتقاد و التعبير عن معتقدتهم كذلك .

وعلى ضوء ذلك نجد أن حرية التعبير إن أُطلقت على عواهنها للبعض حرمت الآخرين ليس من حرمتهم في الاعتقاد فحسب و إنما من التعبير عنه كذلك وهو ما عنيناه بالقول بأن إطلاق الحرية إنما هو بمثابة خطر على الحرية نفسها .

وإذا تناولنا حرية من أهم الحريات الانسانية كحرية التعبير فإن الأمر يدق و تتزايد حساسيته في مجال الأديان حيث تشتد حدة الخلاف حول تحديد النطاق

المباح للتعبير الماس بالدين ، فبين من ينادون بمساحة حرية أكبر و بين من يطالبون بقيود أكثر ، نقوم بمحاولة جادة لنجد بين كلا الاتجاهين سبيلاً من خلال دراسة نطاق حرية التعبير الماسة بالأديان والماسة بالأشخاص بسبب انتمائهم الدينى فى القانون الجنائى المصرى مقارناً مع نظيره الفرنسى ، مسترشدين بمواقف بعض التشريعات العربية كالتشريع الجزائرى و الإماراتى و ذلك عن طريق الدراسة الوصفية التحليلية و النقدية للتجريمات المتعلقة بحرية التعبير فى مجال الأديان .

و فى هذا الإطار نجتهد للإجابة عن التساؤلات التالية :

_ ما مفهوم الدين فى الفقه القانونى قديماً و حديثاً ، و ما أثر الخلاف حول

تعريف الدين على نطاق الحماية الجنائية التى تسبغها عليه التشريعات ؟

_ ما هى النماذج التجريبية الحمائية للدين فى القانون المصرى و هل يعرف

القانون الفرنسى نظائر لها ؟

_ أيهما يتمتع بالقدر الأوفر من الحماية الجنائية هل هو الدين كمعتقد و مفهوم

يحظى بالاحترام و القداسة أم الأشخاص المنتمين إليه ؟

و هل يتماهى الشرق و الغرب فى منظورها هذا أم يختلفان ؟

و ختاماً ما تُراه التصور الذى صاغته المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان

لنطاق حرية التعبير الماسة بالأديان و المنتمين إليها من خلال قراراتها فى الدعاوى

القضائية التى عرضت عليها ؟

آملين من خلال هذه الدراسة _على محدوديتها_ التوصل إلى تصور أمثل
لحرية التعبير في مجال الأديان حيث لا إفراط و لا تفريط و بحيث تكون الحرية
منفذاً صحياً للتواصل مع الآخر بشكل منفتح يسمح بالارتقاء بالوعى الجمعى دون
أن تتحول إلى سلاح للفرقة و تقويض الاستقرار و السلام الاجتماعى من خلال
المساس بالقيم و الركائز الأساسية التى هى أعمدة المجتمع المتمدن .

و بناء على ما سبق فإننا نقسم دراستنا لهذا البحث على النحو التالى :

مبحث تمهيدى : إشكالية تعريف الدين

المبحث الأول : جرائم التعبير الماسة بالأديان

المبحث الثانى : جرائم التعبير الماسة بالأشخاص بسبب الانتماء الدينى

**المبحث الثالث : قيود حرية التعبير الماسة بالأديان من منظور المحكمة الأوروبية
لحقوق الانسان**

مبحث تمهيدى إشكالية تعريف الدين

إن مفهوم "الدين" من المفاهيم التى تبدو للوهلة الأولى بسيطة، واضحة، لا تتطلب جهداً من أجل تفسيرها، إلا أن الحقيقة بعيدة كل البعد عن هذا التصور، ربما نظراً لتنوع الأديان وتعددتها منذ فجر التاريخ، فإلى جانب الديانات السماوية الثلاث، هناك العديد من الديانات الأخرى التى يدين بها ملايين البشر حول العالم؛ كالهندوسية والبوذية والسيخية، والزوتشية والشنسو والزرادشتية، والديانة الشعبية الصينية والروحانية والعلمانية (الإلحاد)، والديانات الأفريقية التقليدية والبهائية والتوحيدية العالمية والوثنية الجديدة وغيرها من التيارات الدينية الأخرى^١.

لذا فقد اختلف الفلاسفة وعلماء الاجتماع حول تعريف الدين، ومن ثم اختلف القانونيون كذلك، ولم يتفق الباحثون فى مختلف المجالات التى تتطرق إلى تعريف الدين إلا على صعوبة وربما استحالة وضع تعريف دقيق ومحدد، أو جامع مانع لمفهوم الدين يميزه عن غيره من المفاهيم التى قد تشبه به، كالفكر أو المعتقد أو القناعة.

١ ويُقدر عدد المنتمين إلى الهندوسية مثلاً بمليار نسمة، والبوذية ٣٧٦ مليون نسمة، أما الديانة الشعبية الصينية فيقدر عدد المنتمين إليها بـ ٣٩٤ مليون نسمة والديانات الأفريقية التقليدية ١٠٠ مليون نسمة. وهذا بحسب تقديرات موقع Adherents بحسب احصائية أجريت فى يوليو ٢٠١٣ تم من خلالها حصر كافة الديانات الموجودة فى العالم وترتيبها بحسب نسبة المنتمين إليها.

راجع: قائمة - التعداد - الدينى <https://ar.wikipedia.org/wiki>

ويُعرّف الدين لغة بأنه: اسم لجميع ما يُعبد به الله^١، ويعرف كذلك بأنه هو "الطاعة" أو "الخشوع" أو "الحساب والجزاء"^٢.

كما يعرف بأنه هو العادة والشأن والحال والسيرة والطريقة التي يسير عليها المرء^٣.

بينما في إطار علم الاجتماع، فلا وجود لتعريف موحد للدين يُجمع عليه العلماء كافة، فيتجه البعض إلى تعريف الدين بأنه "هاجس أساسي يعتبر الهواجس الأخرى مبدئية ويتضمن بحد ذاته الإجابة عن مسألة معنى الحياة"^٤، بينما يرى آخرون أنه "مجموعة من المعتقدات حول سبب نشوء الكون، وطبيعته، وغرضه، لا سيما عند اعتباره تقليداً لقوة أو قوى جبارة فوق بشرية، تتمحور عادة حول تطبيقات لعبادات وطقوس، وغالباً ما تتضمن قانوناً أخلاقياً يحكم السلوك البشري"^٥.

١ معجم المعاني الجامع: دين/ <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>

٢ المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٨، ص ٢٤١.

٣ المعجم الوسيط - ج ١ - ص ٣١٧.

٤ تعريف بول تيليش، انظر: روبرت ميلتون أند روود الابن، تعريف الدين - ثلاثة علماء اجتماع يقاربون المفهوم، العدد الثالث، مجلة الاستغراب، ربيع ٢٠١٦، ص ٣٤٧.

Istighrab.iicss.iq/?id=24&sid=73

٥ تعريف "كيسلر"، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

وقد سبق وأن اقترح عالم الإجتماع الفرنسى "إميل دوركايم" تعريفاً للدين بإعتباره تمثيلاً جمعياً يجعل الأشياء مقدسة¹.

وإزاء عدم التوافق العلمى على تعريف موحد للدين فقد قام الفيلسوف الدينى المعاصر "وليام أليستون" بوضع قائمة من تسع خصائص تُساعد بمجملها أو من خلال تجميعات جزئية على تفسير ماهية الدين، وهذه الخصائص هي:

١- الاعتقاد بوجود كائنات خارقة.

٢- التمييز بين ما هو مقدس وما هو مدنس.

٣- الطقوس المرتكزة على المقدسات.

٤- قانون أخلاقى يُعتقد أنه يحظى بمصادقة الآلهة.

٥- مشاعر دينية مميزة.

٦- الصلاة وغيرها من أشكال التواصل مع الآلهة.

٧- رؤية عالمية أو صورة عامة حول العالم ككل وموقع الفرد فيه.

1 Durkheim,Emil.1963 1912.The Elementary forms of the religions life.Translated from French by Joseph Word Swain.

مشار إليه لدى "جيمس داو" تعريف علمى للدين، بحث مترجم منشور فى ٦ ديسمبر ٢٠١٦ على الموقع الإلكتروني:

www.mominoun.com للدراسات والأبحاث

٨- تنظيم إجمالى إلى حد ما لحياة الفرد على أساس الرؤية العالمية.

٩- مجموعة اجتماعية مُلزَمة معاً بكل ما ذُكر أعلاه^١.

ومن وجهة نظر علماء النفس فإن للدين وظائف سيكولوجية واضحة فهو يهتم بالحاجة إلى الشخصية الأبوية المطمئنة، والحاجة إلى تفسير الأشياء الصعبة، ومكافحة الاكتئاب وإنكار الفناء.

وإذا كانت تلك هى نظرة العلوم الإنسانية إلى مفهوم الدين، فهل يُمكن أن يأخذ القانون بأحد تعريفات علماء الاجتماع لمفهوم الدين؟

الحق أن التحليل القانونى للمفهوم يتبنى وظيفة تختلف عن التحليل العلمى الذى تمارسه العلوم الإنسانية، فحيث يتغيا العلم حصراً معرفة الحقيقة النظرية المجردة عن الشئ، نجد أن القانون يهدف إلى إيجاد تكييف محدد يتم تبنيه كجواب لسؤال أو كحل لخلاف يسمح بالتطبيق على حالة أو موقف ذو طبيعة قانونية.

مما يعنى أن وظيفة التحليل القانونى تلتفت بشكل أكبر إلى الناحية العملية والتطبيقية وما ترتبه من نتائج أكثر من إلتفاتها إلى الحقيقة النظرية المجردة التى يعنىها المفهوم فى ذاته.

١ روبرت ميلتون أند روود، تعريف الدين، المرجع السابق؛ ص ٣٥٠، ٣٥١.

هذا بالإضافة إلى تأثر القانون فى كل دولة بالنواحي السياسية والقيمية التى تتعكس بطبيعة الحال على منهجية التعريف الذى قد يصاغ لتفسير مفهوم ما.

وفى إطار هذا المبحث نعرض لمفهوم الدين فى القانون المصرى، ومن ثم لإشكالية تحديد مفهوم الدين فى القانون الفرنسى فى مطلبين متتابعين:

المطلب الأول

مفهوم الدين فى القانون المصرى

لم يضع القانون المصرى تعريفاً صريحاً ومباشراً لفكرة الدين لا على مستوى النصوص الدستورية ولا على مستوى التشريعات الأدنى، إلا أن مفهوم الدين فى المجتمعات العربية لا يشوبه الكثير من الغموض، كما أنه من الركائز الأساسية والمقومات الجوهرية للمجتمع المصرى؛ وقد نصت المادة العاشرة من دستور ٢٠١٤ على أن "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على تماسكها واستقرارها وترسيخ قيمها"، كما نصت المادة (٢٤) على أن "اللغة العربية والتربية الدينية والتاريخ الوطنى بكل مراحلها مواد أساسية فى التعليم قبل الجامعى الحكومى والخاص....". ؛ و فيما يلى نعرض لمفهوم الدين فى ذاته فى فرع أول ثم لمدى شمول هذا المفهوم لكافة مذاهب الأديان السماوية فى فرع ثان .

الفرع الأول

مفهوم الدين فى ذاته

إن الدين كما عرفه الفقه القانونى المصرى هو : "وحى ينزل من عند الله تعالى على نبي من أنبيائه لإرشاد الناس فى معاشهم ومعادهم، فيشمل واجب الإنسان نحو الله، وواجبه نحو نفسه، وواجبه نحو الناس"^١، أو هو "كل ما يتلقاه الأنبياء من الله - تعالى - بطريق الوحي لتبليغه للناس، فيصادف بداخلهم شعوراً يقينياً يحتويهم ويولد معهم ويوجه تصرفاتهم نحو الخير ويهذب سلوكهم ما داموا يراعونه، فإن تجاهلوه تجردت تصرفاتهم من الخير وانحرف سلوكهم عن الفضيلة"^٢.

كما تم تعريفه بكونه "وضع إلهى لذوى العقول السليمة باختيارهم إلى الصلاح فى الحال والفلاح فى المآل وهو يرتقى إلى الحق فى الاعتقادات وإلى الخير فى السلوك والمعاملات"^٣؛ أى أنه هو الإيمان بذات إلهية جديرة بالطاعة والعبادة هذا إذا نظرنا إلى الدين من حيث هو حالة نفسية، أما إذا نظرنا إليه من

١ د. عبد الرزاق السنهورى - أصول الفقه، ط١٩٣٦، ص ٦٥.

مشار إليه لدى د. عادل عبد العال إبراهيم خراشى، جريمة التعدى على حرمة الأديان وإزديائها، دار الجامعة الجديدة، ص ١٢.

٢ د. فاطمة محمد عبد العليم، أثر الدين فى النظم القانونية - دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٤.

٣ د. محمد عبد الله دراز، الدين بحوث ممهدة لدراسة تاريخ الأديان، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٢٩.

حيث هو حقيقة خارجية فنقول أنه هو جملة النواميس النظرية التي تحدد صفات تلك القوة الإلهية، وجملة القواعد العملية التي ترسم طريق عبادتها^١.

بينما ذهب البعض إلى تعريف الدين بأنه "ما يُتعبد به من معتقدات وطقوس، وقد يكون سماوياً يقوم على عبادة قيوم السماوات والأرض، كالدين الإسلامي، وقد يكون غير سماوى كالدين البوذي"^٢.

وقيل أيضاً بأنه: "مجموعة المبادئ التي يرتبط بها جمع من البشر، بالنظر والعمل، بالفكر والقلب والسلوك ثابتة في كيان الانسان في العقل والوجدان وبتحرك بها وبنزع إليها وهي كنزه الثمين المودع في روحه منذ الخلق ومنذ ابتداء الوجود"^٣.

ويلاحظ هنا أن تعريفات الفقهاء للدين تنقسم إلى قسمين،

القسم الأول : وينحو إلى ربط الدين بالوحي والرسُل مما يعنى اقتصار مفهوم الدين من وجهة النظر هذه على الأديان السماوية دون غيرها، بينما يتجه القسم الثانى

١ انظر د. محمد السعيد عبد الشفيق القزعة، الحماية الجنائية للأديان السماوية، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، ٢٠١٧، ص ١٤.

٢ د. ماجد راغب الحلو، من دستوريات القرآن سلطات الدولة وحرىات الأفراد، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥، ص ٣٩٨.

٣ د. سامى على جمال الدين سعد، الحماية الجنائية للحرىات الدينية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، ١٩٩٧، ص ٤٩ مشار إليه لدى د. محمد السعيد عبد الشفيق، المرجع السابق، ص ١٦.

إلى تعميم فكرة الدين لتشمل كافة المعتقدات التي ترتبط بممارسة طقوس معينة تجمع طائفة من البشر سواء أكانت ذات أصل سماوى أو لم تكن.

فهل يُقصد بالدين فى ظل النظام القانونى المصرى، الأديان السماوية الثلاث دون غيرها؟ أم أن مفهوم الدين يمتد إلى ما وراء ذلك من معتقدات أرضية تتصل بالذات الإلهية؟

إن نظرة سريعة على نصوص الدستور المصرى وعلى أحكام القضاء الإدارى يمكن أن تجيبنا على هذا التساؤل. فقد نص الدستور فى المادة الثانية منه على أن "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، وتبع ذلك بأن "مبادئ شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسى للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية وشئونهم الدينية واختيار قياداتهم الروحية" ويستفاد من ذلك أن الدولة المصرية من الدول التى تأخذ بمبدأ "التبني" وهو أحد أنماط علاقة الدولة بالأديان، حيث تعتبر أن الإسلام هو دين الدولة الرسمى باعتباره دين الأغلبية المسلمة^١، وتعترف

١ قسم بعض الفقه أنماط الدول من حيث علاقتها بالدين إلى ثلاثة أنواع، وهى الدول التى تأخذ بمبدأ التبني حيث تفصح نصوصها الدستورية صراحة أو ضمناً عن تبنيها ديناً معيناً كدين رسمى لها مثل مصر وغالبية الدول العربية، ودول تأخذ بمبدأ الفصل وهى الدول التى تحظر اعتبار دين معين ديناً رسمياً لها، ويل وتحظر تأسيس امتيازات لأى معتقد، وغالباً ما يطلق عليها اسم الدول "العلمانية"، وتعتبر فرنسا نموذجاً لهذا النوع وأخيراً دول تأخذ بمبدأ التعاون بين الدولة والمؤسسة الدينية سمة لتحديد طبيعة العلاقة بين الدولة والدين ومن بينها ألمانيا الإتحادية وأسبانيا، وفى أسبانيا مثلاً تأخذ السلطة بعين الاعتبار معتقدات المجتمع الأسبانى الدينية وتحافظ

بالمسيحية واليهودية كأديان لمعتنقيها، لا تضيق عليهم فيها ولا قيود على علاقتهم بهيئاتهم الدينية، كما تُطبق عليهم شعائرهم فى المسائل الخاصة بأحوالهم الشخصية، ولا تستبعدا من التطبيق إلا إذا تعارضت مع النظام العام للدولة، وفى هذه الحالة لا يجب الخلط بين مسألة صلة الدولة بالدين ومسألة استبعاد حُكم شريعة من الشرائع، فالاستبعاد لا يرجع إلى عدم الإعراف بالدين وإنما إلى فكرة النظام العام كمجموعة المصالح والأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أدبية.

ويؤكد ذلك ما جاء فى المادة ٦٤ من الدستور التى أطلقت حرية الإعتقاد بينما قصرت حرية ممارسة الشعائر الدينية واقامة دور العبادة على الأديان السماوية دون غيرها؛ مما يُستفاد منه عدم اعتراف دولة القانون فى مصر بغير هذه الأديان، وإن أطلقت حرية الاعتقاد بغير قيود باعتبارها مسألة باطنية (داخلية) لا رقابة لأحد عليها، من حيث كونها حرية أصيلة للإنسان.

وبمناسبة بعض الدعاوى التى عُرضت على محاكم القضاء الإدارى فقد قررت المحاكم فى عدد من أحكامها صراحة عدم اعتراف الدولة المصرية إلا بديانات سماوية ثلاث هى اليهودية والمسيحية والإسلام؛ من ذلك حُكم المحكمة

على علاقات التعاون بالكنيسة الكاثوليكية وغيرها من المجموعات الدينية. انظر فى ذلك: د. نبيل قرقور، الحماية الجنائية لحرية المُعتقد - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١٠٩ وما بعدها.

الإدارية العليا الذى ألغى حُكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٤٠٤٤ لسنة ٥٨ق حيث انتهت المحكمة إلى أن المقصود بالديانة التى يجب اثبات بياناتها بالبطاقة الشخصية هى أحد الديانات السماوية الثلاث فقط والبهائية ليست كذلك وعليه لا يجوز قيدها فى مستندات الأحوال المدنية^١.

وكذلك حكم الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإدارى فى ٢٩/١/٢٠٠٨ فى الدعوى رقم ١٨٣٥٤ لسنة ٥٨ق والذى أوجبت فيه المحكمة على مصلحة الأحوال المدنية إثبات "شرطة" أو التأشير عنها أمام خانة ديانة البهائيين، وقد جاء فى حيثيات الحكم أنه "إذا كانت فكرة النظام العام من الأفكار التى لم يستقر الفقه والقضاء على مفهوم جامع مانع لها لاختلافها من مجتمع إلى آخر حسب أصوله الثابتة ومبادئه المقررة دستورياً وتشريعياً أو حتى ما تعارف عليه غالبية أفراده - فإن من عناصر فكرة النظام العام - فى مصر - أنها دولة دينها الرسمى الإسلام - باعتباره الدين الذى يدين به غالبية السكان، وأن الشريعة الإسلامية هى المصدر الأساسى للتشريع وإذ تعترف الدولة المصرية بديانات سماوية ثلاث هى اليهودية - المسيحية - الإسلام، وقيام مؤسسات دينية ثلاث رسم المشرع حدود دورها سواء من حيث إقامة الشعائر أو إرشاد تابعى كل ديانة فيها والعمل على

١ الطعن رقم ١٦٨٣٤، ١٨٩٧١ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٦/١٢/٢٠٠٦.

راجع المستشار الدكتور/ محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان فى قضاء وافتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا، المركز القومى للإصدارات القانونية، ط٢٠١٣، ص ٩٠٩.

حظر التلاعب بين تلك الأديان السماوية واتخاذ هذا التلاعب مطية للأهواء سواء فى علاقات الأحوال الشخصية أو طمس ديانة الأبناء أو التلاعب بمواريتهم لتحقيق غرض آخر أو ازدياء الديانات اللاحقة على كل منها بالدخول إليها ثم الخروج منها بما يمثل طعنًا فيها فى حين لم يجبره أحد على الدخول فى أى منها^١.

نخلص من ذلك إلى أن الوضع مستقر فى مصر - بحسب ما أوردنا من دلائل - على قصر مفهوم الدين بشقيه العقدي و الشعائرى على الديانات السماوية الثلاث دون غيرها.

والحق أن الأمر لم يكن بهذا الوضوح والحسم قبل صدور حكم المحكمة العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ٢ق بجلسة ١٩٧٥/٣/١ والذي قضى برفض الطعن بعدم الدستورية على القرار بقانون رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ فى شأن حل المحافل البهائية؛ وكان ذلك فى ظل دستور ١٩٧١ حيث لم يكن دستور ١٩٧١ يضع أى قيود صريحة على حرية ممارسة الشعائر، ولم يكن يفرق بينها وبين حرية العقيدة إذ جرى نصه فى المادة ٤٦ على أنه: "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية".

١ د. محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص

الدستور إذن قبل ٢٠١٢ و ٢٠١٤ لم يكن يُقصر الحق في ممارسة الشعائر الدينية على أتباع الديانات السماوية الثلاث؛ وإنما ورد النص عاماً مطلقاً في أى قيد.

ومع ذلك فقد صدر في ظل دستور ١٩٧١ حكم المحكمة العليا المشار إليه والذي أسس رفضه للطعن على قانون حل المحافل البهائية رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ على عدد من الأسانيد كان من أهمها:

أولاً - تقيّد نص المادة ٤٦ من دستور ١٩٧١ في شأن حرية ممارسة الشعائر بقيد احترام النظام العام والآداب وهذا القيد وإن لم يرد صراحة في نص المادة ٤٦ إلا أنه باستقصاء النصوص الخاصة بحرية العقيدة في الدساتير المصرية المتعاقبة يتبين أنها بدأت في أصلها بالمادتين ١٢، ١٣ من دستور ١٩٢٣ وكانت أولاهما تنص على أن "حرية العقيدة مطلقة"، والثانية تنص على أن "تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية على ألا يُخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب"؛ وتواترت الدساتير بعد ذلك على ذكر هذا القيد فتضمن دستور ١٩٥٦ في المادة ٤٣ منه، ومن بعده دستور ١٩٦٤ في المادة ٣٤ منه حتى جاء دستور ١٩٧١ مغفلاً النص على هذا القيد، ذلك الإغفال الذي اعتبرته المحكمة غير عمدي ذلك أن المشرع رأى أنه

غنى عن الإثبات صراحة باعتباره أمراً بديهياً وأصلاً دستورياً يتعين إعماله ولو أُغفل النص عليه^١.

ثانياً: ان العقيدة البهائية على ما أجمع عليه أئمة المسلمين ليست من الأديان المعترف بها كما أن مبادئها وأصولها تتناقض سائر الأديان السماوية وبالتالي لا يكفل الدستور إقامة شعائرها^٢، لا سيما أن مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية يجعل إقامة شعائرها مخالفاً بالنظام العام في البلد الذي يقوم في أصله وأساسه على الشريعة الإسلامية^٣.

وأبرز ما يمكن ملاحظته في حيثيات حكم المحكمة العليا هو الخلط بين قيد النظام العام والآداب، وبين قصر مفهوم الدين في النظام المصرى على الأديان السماوية.

١ انظر الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية، المحكمة العليا "دستورية"، منشور على موقع جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان،

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic.Egypt-scc-sc/Egypt-sc2-yz.html>.

٢ تأسست العقيدة البهائية في القرن ١٩ في بلاد فارس على يد بهاء الله، وقد نفى بهاء الله من بلاد فارس إلى الإمبراطورية العثمانية وتوفى في السجن، وبعد وفاته، انتشر الدين البهائي تحت قيادة ابنة عبد البهاء عباس، وتمزج البهائية بين الإيمان برسول الأديان السماوية، والرموز الدينية الهندية مثل كريشنا وبودا وغيرهم ويعتقد البهائيون أن أحدث الرسل هو الباب وبهاء الله.

٣ أورد الحكم هذه الأسانيد بشكل مفصل كما أورد غيرها من الأسانيد الموضوعية والإجرائية، انظر الحكم المشار إليه والمنشور على موقع جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان.

فهل مجرد مخالفة عقيدة معينة لأسس ومبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ الأديان السماوية، يجعل إقامة شعائرها مخالفاً للنظام العام؟!

وبتعبير آخر، هل مفهوم النظام العام فى الدولة المصرية يطابق مفهوم الأديان السماوية؟ أم أن الدين هو أحد مقومات وركائز متعددة تقوم عليها فكرة النظام العام كقيد على الحريات وكضمانة لتحقيق استقرار وأمن المجتمع؟!

وإذا سلمنا أن الأديان السماوية، وتحديدًا الأسس التى تقوم عليها هذه الأديان تُمثل جانباً جوهرياً من مفهوم النظام العام فى مصر، فهل تتفق أسس هذه الأديان - حقيقةً - فيما بينها؟!

ألا تخالف أسس العقيدة المسيحية مبادئ الشريعة الإسلامية، وماذا عن الديانة اليهودية ومبادئها؟! ألا تخالف بدورها كلاً من المسيحية والإسلام؟!

على أى حال وسواء اتفقنا أو لم نتفق مع حكم المحكمة العليا بشأن قصره لمفهوم الدين على الأديان السماوية الثلاث وعدم الاعتراف بما سواها من الأديان باعتبار أى دين غير سماوى إنما يتصادم مع أسس الأديان السماوية وبالتالي مع النظام العام فى الدولة - وهى الفكرة العامة التى يتضمنها الحكم -؛ فإن الأمر الآن قد حُسم ولم يعد الجدل حوله ذو حيثية بعد أن نص دستور ٢٠١٢ ومن بعده الدستور الحالى ٢٠١٤ صراحة على قصر مفهوم الدين بمعناه الشامل (العقائدى والشعائرى) على الأديان السماوية الثلاث.

وهو ما يُرتب العديد من النتائج منها حظر اقامة شعائر أو طقوس تنتمي لأى دين غير سماوى إذا اتسمت هذه الشعائر بالعلنية^١.

وكذلك انتفاء الحماية الجنائية لهذه الأديان، فازدراءها أو تشويهها أو السخرية منها أو التعدى عليها بأى صورة من الصور لا يمكن أن يمثل فعلاً مجرماً ما لم يطل التعدى مباشرة أحد أتباعها.

١ حيث يحمى القانون الحق فى الخصوصية من ناحية ومن ناحية أخرى فإن حرية الاعتقاد مصونة بشكل مطلق.

الفرع الثانى

مدى شمول مفهوم الدين لكافة مذاهب الأديان السماوية

إذا كان الأمر بهذا الوضوح والحسم بالنسبة لغير الأديان السماوية، فهل يُستفاد من ذلك الإعتراف الحقيقى والتسامح الكامل مع كافة أتباع الديانات السماوية .. ولو كانوا ينتمون إلى مذاهب أو فرق تخالف المذاهب السائدة فى الدولة؟

لا شك أن نص الدستور واضح فى شموله لكافة مذاهب الأديان السماوية مما يعنى عدم استبعاده لأى مذهب أو فئة من الفئات المنتمية لهذه الأديان، وهو ما يستتبع عدم قصر الحق فى إقامة الشعائر الدينية على المذاهب السائدة فى المجتمع المصرى دون غيرها، أى الإعتراف بكافة الحقوق والحريات الدينية للمسلمين من غير أهل السنة (للشيعية مثلاً)، وللمسيحيين من غير المذهب الأرثوذكسى؛ فهل هذا هو ما يصدقه الواقع فعلاً؟ هل تعترف الدولة بالمسلمين من غير أهل السنة بحيث يحق لهم ممارسة شعائرهم وطقوسهم وطباعة كتبهم وتداول أفكارهم وتوفير الحماية لمعتقداتهم من الإزدراء والإساءة؟

إن هذا التساؤل على بساطته إنما يقودنا لتساؤل أكثر عمقاً وتعقيداً ويتعلق بمدى حقيقة انتماء فئات كالخوارج والشيعية والفرق المنبثقة عنها للديانة الإسلامية.

إن حسم الجواب على هذه المسألة هو ما يحدد ما يُفترض أن يكون عليه الوضع القانوني لهذه الفئات في مصر، فإن قلنا بانتمائهم للديانة الإسلامية فمعنى ذلك هو اسباغ الحماية الجنائية على أفكارهم وعقيدتهم وممارساتهم الطقوسية وأعيادهم، وتكريس تمتعهم بكافة الحريات الدينية، برغم اختلاف معتقدهم عن المعتقد الإسلامي السائد في مصر؛ أما إن أنكرنا عنهم انتمائهم للإسلام، فالنتيجة هي معاملتهم معاملة اتباع الديانات غير السماوية من حيث عدم كفالة حقهم إلا في الإعتقاد الباطني دون ممارسة الشعائر علناً.

وحقيقة الأمر أن الخوارج والشيعة إنما هم على فرق ومذاهب شتى ومتبانية، لكل منها أسس ومبادئ مرت بالعديد من التطورات والتحويلات على مر التاريخ، وبالرجوع إلى عدد من المؤلفات الرصينة في هذا الموضوع، فإنه يمكن استدعاء البساطة في تصنيفهم بحيث يمكننا القول أنهم على ثلاث اتجاهات.

أولاً: المتطرفون (الغلاة):

وهم من تطرفت عقائدهم وفسدت حد إنكار ركائز العقيدة الإسلامية من قيامة وبعث وحساب والتحلل من أحكام الشريعة الإسلامية وأوامرها ونواهيها والقول بألوهية سيدنا علي، أو ألوهية "أهل الكساء"؛ وادعاء تحريف القرآن بل إن بعض فرقه قد أعلنت انسلاخها عن الإسلام وأكدت أن انتمائها إلى الإسلام ما هو إلا

١ المقصود أهل البيت "الرسول محمد صلى الله عليه وسلم وسيدنا علي ابن أبي طالب وفاطمة والحسن والحسين".

انتماء تراثياً حيث لا يعدو الإسلام أن يمثل جزءاً من تراثهم العقدي الذي يضم أدياناً ومذاهب سماوية وغير سماوية؛ ومن أهم فرق الغلاة الشيعة الإسماعيلية و"النصيرية" و"الحاكمية أو الدرور" و"الكيسانية" و"الغرابية" و"السبئية" و"الخطابية" و"القرامطة" و"الحشاشون"^١.

وهذا الإتجاه من اتجاهات الشيعة لا يمكن نسبته بحال إلى الدين الإسلامي ولا إلى أى من الأديان السماوية.

١ د. أحمد محمد أحمد جلى، دراسة عن الفرق وتاريخ المسلمين الخوارج والشيعة، الطبعة الأولى، شركة الطباعة العربية السعودية، ط ١٩٨٦ ص ١٠١ وما بعدها، وإحسان إلهي ظهير، الشيعة والتشيع، فرق وتاريخ، ادارة ترجمان السنة؛ لاهور باكستان، توزيع دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة العاشرة، ص ٤٥ وما بعدها.

ثانياً: (المعتدلون):

وهم أكبر طوائف الشيعة في العالم الإسلامي وقد بقوا ضمن الإطار العام لمبادئ الشريعة الإسلامية وإن تفردوا ببعض المعتقدات الخاصة التي لا أساس لها عند أهل السنة والجماعة مثل الاعتقاد في "عصمة الأئمة" حيث انفقوا على استحقاق سيدنا علي بن أبي طالب للخلافة بعد رسول الله عليه الصلاة والسلام، ومن بعده اثني عشر إماماً، ويرون أن مولاة الأئمة والإيمان بهم جزءاً من العقيدة كما يعتقدون أن الأئمة لا يرتكبون صغيرة ولا كبيرة ولا يصدر عنهم أي معصية أو خطأ أو نسيان، بالإضافة إلى اعتقادهم بما أسموه "مبدأ الرجعة" وهي رجعة آخر الأئمة في آخر الزمان، وكذلك "مبدأ النقية" ويعنى أن يُظهر الإنسان غير ما يبطن إذا اضطرته الظروف إلى ذلك؛ كما أوكلوا فهم القرآن وتفسيره إلى أئمتهم لما لهم من قدرة خاصة تمكنهم من النفاذ إلى باطن المعاني القرآنية دون سواهم.

وهناك من هؤلاء من ناصب بعض الصحابة العداء ونسب إليهم أقبح الأوصاف وتجنّى عليهم بالتهمة الجائرة. وكان لهذا أثر كبير في موقفهم من السنة النبوية إذ أنكروا كل الأحاديث التي وردت عن هؤلاء الصحابة ولم يقبلوا من ثم إلا الأحاديث الواردة عن طريق الأئمة من آل البيت^١.

١ د. أحمد محمد أحمد جلي، دراسة عن الفرق وتاريخ المسلمين الخوارج والشيعة، المرجع السابق ص ١٧٧؛ د. صلاح محمود العادلي، الشيعة وفرقها، قراءة معاصرة، ص ٣٩، ٤٠.

ويُمثل هذا الإتجاه الشيعة الإمامية الإثني عشرية؛ وهم وإن اختلفوا مع أهل السنة والجماعة فى العديد من المسائل العقائدية، وإن طعنوا فى بعض أفاضل الصحابة إلا أن ذلك لا يكفى لتكفيرهم أو إنكار انتمائهم للإسلام طالما شهدوا ألا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ولم ينكروا الفرائض ولا القرآن أو السنة.

ثالثاً: الإتجاه الأقرب إلى أهل السنة والجماعة:

وتعتبر الفرق المنتمية إلى هذا الإتجاه أكثر فرق الشيعة اعتدالاً وهم لا يكادون يختلفون عن معتقدات أهل السنة إلا فى بعض أمور بسيطة مرَدُّها فى الغالب اختلافات فقهية لا عقديّة، وهم وإن اتفقوا مع باقى فرق الشيعة فى قناعتهم أن علياً كان الأحق بخلافة رسول الله إلا أنهم مع ذلك لا يستتكرون خلافة أبى بكر أو عمر، ولا يكفرونهم أو ينسبون إليهم سباً أو تقيحاً بل يجلونهم ويعظمونهم؛ كما ينكرون القول بعصمة الأئمة وينكرون مزاعم تحريف القرآن التى قال بها بعض الشيعة ليثبتوا نظريتهم فى أحقية "على" بالخلافة.

بعض هذه الفرق قال بأنه لا توبة لمرتكب الكبيرة وأنه مخلدٌ فى النار، وبعضهم أنكر الشفاعة لمن مات مُصراً على الذنب؛ إلى غير ذلك من الآراء المختلفة عن آراء السنة والتى منبعها الاختلاف فى تفسير النصوص القرآنية والأحاديث النبوية.

يُعبّر عن هذا الاتجاه بشكل أساسي فرقتان إحداهما من الشيعة وهم "الشيعة الزيدية" والأخرى من الخوارج وهم "الخوارج الإباضية"^١.

ولا ريب أن القول بانتماء هذه الفرق إلى الدين الإسلامي قولٌ لا تشويه شائبة.

وإذا تأملنا أصل نشأة الخلاف بين المذاهب والفرق الإسلامية نجد أنه خلاف سياسي تحول إلى خلاف ديني فكما يقول العديد من مؤلفي النصوص الفرقية (التي تتحدث عن الفرق الإسلامية) مثل الشهرستاني والبغدادى والجوينى من السنة والنوبختى من الشيعة أن قضية الإمامة هي أول قضية تثار حولها الخلاف فهي القضية الأولى التي أثارت النقاش السياسي وعلى أساسها تفرقت الفرق والعقائد^٢، وبالتالي فالصراع على السلطة هو ما أدى إلى نزاعات فكرية وعقائدية حول ما ينبغي أن تكون عليه السلطة وما الصفات التي ينبغي أن تتوفر في الحاكم المسلم فتبلورت نظريات متعددة حول الإمامة، فمالت المذاهب السنية إلى حصرها في النسب القرشى، أما المذاهب الشيعية فقد قصرتها على النسب العلوى، وكان ذلك بدوره أحد العوامل المهمة في انقسام الشيعة إلى زيدية وإمامية اثني عشرية وإسماعيلية، وتفردت فرق الخوارج والإباضية بالقول أن الإمامة

١ ينكر الإباضية المعاصرون نسبتهم إلى الخوارج، وقد اقتبس القانون المصرى بعض آرائهم الفقهية في المواريث؛ راجع د. أحمد محمد جلى، المرجع السابق، ص ٦٧.

٢ انظر في جذور الفتنة ومقتل عثمان بن عفان، أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميس، حقة من التاريخ، دار الإيمان للطبع والنشر، ص ١٠٨.

لا تشترط نسباً معيناً، ورغم أن هذا الجدل قد تجاوزه الزمن إلا أنه لا يزال يلقي بظلاله على الخلافات والصراعات الحالية بين الفرق الإسلامية المختلفة^١.

وبعد أن عرضنا سريعاً لأهم اتجاهات الشيعة والخوارج، يمكننا القول أن الفئة الأولى (المتطرفون) أو الغلاة لا يدينون بالدين الإسلامى ولا غيره من الديانات السماوية أما الفئتين الثانية (المعتدلون) والثالثة (الأقرب لمذهب أهل السنة) فيُعتبران ضمن الإطار العام لمبادئ الشريعة الإسلامية، وينبنى على ذلك أحقية المنتمين لهذه المذاهب والاتجاهات طبقاً للقانون المصرى بممارسة الشعائر الدينية والطقوس ونشر الكتب الخاصة بتعاليمهم الدينية فيما لا يتصادم مع النظام العام والآداب المرعية فى الدولة^٢.

وإذا ذهبنا إلى ما ذهب إليه الدستور المصرى فى قصره الحق فى ممارسة الشعائر الدينية على أتباع الديانات السماوية الثلاث دون غيرهم، إلا أننا مع ذلك نؤكد على ضرورة توفير الحد الأدنى من الحماية الجنائية للديانات الأخرى، فى

١ عبد القادر عبد العالى، علاقة الدينى بالسياسى فى المجتمعات الإسلامية وأثره على الفكر السياسى والعقائدى، بحث منشور على الانترنت، موقع مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، ٣١ مايو ٢٠١٧، ص ١١ وما بعدها؛

www.mominoun.com

٢ فلا يجوز مثلاً ممارسة أى طقوس أو نشر كتب تحوى توجيه تُهم أو إهانات لأى من صحابة رسول الله عليه الصلاة والسلام؛ كما لا يمكن إقامة طقوس اللطميات وشج الرؤوس وما إلى ذلك لمخالفتها للنهى الصريح فى السنة النبوية عن ضرب الوجه.

صورة تجريم أفعال السب والإهانة العلنية التي تستهدفها أو تستهدف أتباعها انطلاقاً من مبدأ حرية الإعتقاد ودواعى حفظ السلام الإجتماعى والاستقرار.

المطلب الثانى

مفهوم الدين فى القانون الفرنسى

إذا كان مفهوم الدين من المفاهيم الواضحة نسبياً فى القانون المصرى، فإنه ليس كذلك فى القانون الفرنسى، حيث أن مفهوم الدين من المفاهيم المثيرة للجدل والتي يتم تجاهل التعرض لها بشكل متعمد بالنظر للطبيعة العلمانية للدولة، وكنعكاس لظروف الصراع التاريخى بين الدولة والكنيسة.

ولذا لم يضع المشرع الفرنسى تعريفاً محدداً لفكرة الدين، كما لم يوفق الفقهاء القانونيون إلى وضع مثل هذا التعريف حتى الآن، وإذا كان غض النظر عن تحديد مفهوم الدين كان له ما يبرره قديماً، فإن الأوضاع والظروف قد تغيرت تماماً وغدت الحاجة ملحة - على ما يبدو - لوضع تعريف دقيق لمفهوم الدين.

فحيث كان مفهوم الدين أكثر بساطة فى القرن التاسع عشر نظراً لإرتباطه بالسياسة آنذاك، كانت الأديان إما معترفاً بها من قبل الدولة - التي كانت الكنيسة جزءاً منها - وإما غير معترف بها وبالتالي لا تُعد فى نظر الدولة ديناً، ولم يكن ممكناً حينئذ مناقشة مسألة حرية المعتقد، حيث لا يكتسب أى معتقد صفة المعتقد الدينى ما لم يكن معترفاً به كدين من قبل الدولة، إذاً لأسباب سياسية لم

يكن المفهوم القانونى للدين يعبر عن حقيقته الاجتماعية، وإنما كان مفهوماً مصطنعاً¹.

أما بعد أن ساد نظام انفصال الدولة عن الكنيسة، وبعد أن تم تكريس مبادئ الحرية والعلمانية وحياد الدولة فقد أضحى تعريف الدين أكثر صعوبة بالنظر لأجواء التجاهل السياسي والقانونى للأديان والسعى لتهميش دورها فى المجتمع.

والحق أنه بالإضافة إلى صعوبات التعريف المرتبطة بطبيعة المفهوم محل التعريف حيث أن الدين حقيقة غير تجريبية وشئ لا يمكن رصده أو ملاحظته فى ذاته مما يثير اشكالية التدليل على الأمور غير المنظورة.

نجد أيضاً صعوبات ومعوقات أخرى سببها ما تبنته الدولة فى مبادئ العلمانية وحرية الفكر والمساواة وعدم التمييز الدينى أمام القانون؛ فاحترام هذه المبادئ جميعاً يقتضى التعامل مع مفهوم الدين من الخارج أو النظر إليه من خلال مظاهره الخارجية دون التعرض مطلقاً لجوهره أو خصوصياته.

فكيف لدولة تلتزم مبدأ الحياد تجاه الأديان أن تضع تعريفاً صريحاً يفرق بين ما ينتمى إلى صحيح الدين، وبين ما لا يمت للأديان بصلة، أو بين متدين حقيقى وبين مبتدع؟!

1 Patrice Rolland, "la religion, objet de l'analyse Juridique, HAL-archives-ouvertes, 2013, p.3.

لذا فمنذ عام ١٧٨٩ تم استبعاد لفظ "الدين" أو "Religion" لصالح مصطلح العبادة "Clute" وغدا المبدأ هو عدم إمكان الإعتداد بالدين إلا من خلال الأفعال المنظورة^١.

وقد جاء قانون ٩ ديسمبر ١٩٠٥ الذى قرر الإنفصال بين الدولة والكنيسة ونظم أوضاع المؤسسات الدينية خلواً من أى تعريف للدين، بل إنه خلا من أى استخدام للفظ "الدين" واستخدم بدلاً منه كلمة "العبادة" أو "Cult" والتي أطلقها وصفاً للجماعات الدينية فأسمها بـ "مؤسسات العبادة" أو "Les Associations Cultuelles"^٢ وحتى كلمة "العبادة" أيضاً لم يضع لها المشرع أى تعريف صريح.

1 Patrice Rolland, op. cit., p. 6.

2 Loi du 9 Décembre 1905 de Séparation des Églises et de l'Etat.

الفرع الأول

الخلافاً حول مدى ضرورة تبني تعريف للدين

أمام هذا الصمت التشريعي وتزايد الجدل حول ما المفترض أن يكون عليه تعريف الدين من وجهة النظر القانونية في دولة علمانية كفرنسا، كان يجدر بنا أن نسلط الضوء على اتجاهين فقهيين متناقضين و هما :

• الإتجاه الأول :

ويتمسك هذا الاتجاه بضرورة وضع تعريف محدد وصريح للدين مؤسسين رأيهم هذا على عدد من المبررات:

أولاً: أن الدين لا يقتصر على مجرد أفكار أو مشاعر داخلية وإنما يمتد إلى المظاهر و التعبير الخارجي، مما يعنى ضرورة أن تتصاح هذه المظاهر الخارجية لقواعد النظام العام، وبالتالي فعلى الدولة إعطاء بُعد قانوني لمسألة الدين، كما أنه من المهم التفرقة بين ما يدخل في نطاق حرية الإعتقاد وما يعد تطبيقاً لحرية الفكر كحرية عامة تشمل القناعات غير الدينية والفلسفية، وإذا كان القانون الفرنسي يكفل هذه الحريات عملاً بنصوص المواد ١٨، ١٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية^١، فكيف له أن يكفلها من دون تعريف ماهيتها؟

١ تنص المادة ١٨ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن:

١- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أى دين أو معتقد يختاره، وحرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة

كيف له أن يكفل حرية الاعتقاد الدينى وممارسة الشعائر الدينية من دون أن يكون لديه تعريف مسبق عن ماهية الدين وما يمكن نسبته إلى الدين من الشعائر، وما يُعد خارج عن إطار الأديان وبالتالي لا يخضع لهذه الحماية القانونية؟

-
- الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعه، وأمام الملاء أو على حدة.
- ٢- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته فى أن يدين بدين ما أو بحريته فى اعتناق أى دين أو معتقد يختاره.
- ٣- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان فى اظهار دينه أو معتقده إلا للقيود التى يفرضها القانون والتى تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة، أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.
- ٤- تتعهد الدول الأطراف فى هذا العهد باحترام حرية الآباء والأوصياء عند وجودهم، فى تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة.

المادة ١٩:

- ١- لكل إنسان حق فى اعتناق آراء دون مضايقة.
- ٢- لكل إنسان حق فى حرية التعبير ويشمل هذا الحق حرئته فى التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو فى قالب فنى أو بأية وسيلة أخرى يختارها.
- ٣- تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها فى الفقرة ٢ من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:
- أ لاحتزام حقوق الآخرين أو سمعتهم.
- ب لحماية الأمن القومى أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

ثانياً: أن صمت القانون بترك الباب مفتوحاً على مصراعيه للإدارة تحت رقابة القضاء فيما يتعلق بتعريف ما هو ديني أو عبادي، وهو ما يقتضى قيام القاضى بتكييف كل نوع من المعتقدات بمناسبة كل واقعة تُعرض عليه، دون تبني معايير ثابتة وحاسمة فى ذلك، مما قد يخلق تضارباً وعدم اتساق فى النتائج.

ثالثاً: أن عدم تعريف الدين من قبل المشرع قد يقود إلى التسليم بالتكييف الذاتى الفردى أو الجماعى الذى يسبغه أتباع كل ديانة على أنفسهم، فهل يكفى لدقة هذا التكييف وموضوعيته أن تعرّف الجماعة نفسها على اساس كونها جماعة دينية؟! أم هل يكفى لاعتبار الشخص يدين بمعتقد ما أن تشهد جماعته بانتماءه إليها؟ لا شك فى خطورة هذا الوضع وعدم إمكان التسليم بالتعريفات الذاتية للدين أو العبادة من قبل أيّ كان، مع ما قد يفرزه ذلك من انتساب حركات أو مجموعات معينة إلى مسميات دينية بقصد الحصول على حريات وامتيازات تكفلها نظم قانونية لا يفترض أن تطبق على مثلها، وهو المعنى الذى أكده قضاء مجلس الدولة حين انتهى إلى أنه سواء كانت الجماعة الدينية قد صنفت نفسها كذلك أو لم تفعل فإنه طبقاً لقانون ١٩٠٥، هذا التصرف لا يُرتب بذاته أى نتيجة قانونية مؤكداً على أن "أى مجموعة أياً كان هدفها ليس لها الحق فى الاختيار التحكمى (الاعتباطى) للنظام القانونى الذى يطبق عليها"¹.

1 "Aucun groupement, quel que soit son objet ne dispose de droit de choisir arbitrairement le régime Juridique qui lui est applicable ..." CE,

رابعاً: أن قانون ١٩٠٥ قد نظم أوضاع مؤسسات العبادة مما يعنى اعترافه الضمنى بحرية ممارسة الأديان، والتي يلزم لتفعيلها تحديد نطاق الدين.

• الإتجاه الثانى :

انحاز هذا الاتجاه لرفض تعريف الدين تشريعياً حيث أن الدين فى نظرهم لا يمكن تعريفه قانوناً من قبل دولة علمانية، لأن تعريفه يستتبع الخوض فى خصوصياته ودراسة جوهره، وهو ما يمثل اقحاماً للدولة فى أمور لا يُفترض بها التطرق إليها.

وبالنظر لصعوبات تعريف الدين كمفهوم غير تجريبى وكمعتقد باطنى فى الأساس، فإن الأوفق هو النظر إلى الدين من خلال كونه مظهراً اجتماعياً ومعالجة الفعل الدينى موضوعياً بشكل مستقل عن رؤية المتدين أو تعريفه أو معاشته له؛ مما يعنى التفرقة بين الفعل الدينى (المظهر الخارجى أو الاجتماعى للدين) وما وراءه من دوافع عقدية، فإذا كان المتدين يحركه فى أفعاله هدف داخلى مرتبط بمعتقده، فمن واجب الدولة أن تفصل بين الفعل أو السلوك المنظور وبين الهدف (الباعث الباطنى) الذى يحركه؛ حيث أن كل ما يعنيها هو الفعل لا الهدف^١.

Sect., avis 14 Nov. 1989, les Grands avis du Conseil d'Etat, Paris, Dalloz, 2002, 2e éd, no 21.

1 Patrice Rolland, "qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République?" "Archives de Sciences Sociales des religions, no 129, Janvier – Mars

كما يتفق هذا الإتجاه مع الإتجاه الأول فى عدم الاعتداد بالنظرة الذاتية لأى جماعة فى تعريفها للدين حيث لا يمكن أن يُترك مفهوم الممارسات الدينية بشكل كلىّ للتحديد الفردى للمنتمين للأديان وبخاصة بعد تقشى ظهور الحركات الدينية الجديدة فى عام ١٩٨٠ والتى لتباينها الشديد كان كلٌ منها يعرّف الدين بشكل مختلف، فتعددت تعريفات الدين بتعدد الأديان التقليدية من ناحية وتعدد الحركات الجديدة التى صنفت نفسها كحركات دينية من ناحية أخرى^١.

وبالتالى أصبح إلترام الدولة بضمان حرية التدين وحرية ممارسة العبادة يتطلب بشكل ملح وضع تعريف محدد لماهية الدين، وماهية العبادة التى يكفل القانون ممارستها؛ وإلا فإن صمت المشرع وعجز القاضى الإدارى عن تحديد هذه المفاهيم سوف يتيح لهذه الفئات حرية تشكيل هذه المفاهيم الأولية وفق هواها وأهدافها أو مصالحها الخفية بحيث يمكنها بمجرد التستر بعباءة الدين أن تتخير النظام القانونى الذى ينطبق عليها.

2005, p. 60.

١ مثل حركة السينتولوجيا أو "العلموية" أو "العلمولوجيا" وهى مجموعة من المعتقدات والممارسات الدينية التى تم إنشاؤها من قبل كاتب الخيال العلمى الأمريكى "رون هوبارد" والذى عاش فى الفترة من ١٩١١-١٩٨٦ وتستند إلى فلسفة علمانية تأسست سنة ١٩٥٢ وتتخلص فكرة هذه الديانة فى "مكينة الإنسان" أو تحويله إلى كائن أشبه "بالماكينة" ليتخلص من مواطن ضعفه ويصل إلى درجة إتقان عمل الماكينات والهدف من ذلك محو الإرادة الشخصية وتطويع الفرد فى خدمة المؤسسة، لذا تعد هذه الحركة = من الحركات السرية وغير القانونية وغير المعترف بها من العديد من الدول الديمقراطية لتعارضها مع الدساتير والمبادئ المستقرة فيها.

<https://ar.wikipedia.org>.

• موقف مجلس الدولة الفرنسى :

إزاء هذا الوضع الخطر، وإزاء الحذر والتوجس المرتبطين بالتعرض لمفهوم الدين، فقط فضّل مجلس الدولة الفرنسى أن ينأى بنفسه عن أى محاولات لتعريف الدين مستبدلاً بمفهوم الدين، مفهوم "العبادة" أو Culte بناءً على أن العبادة وحدها هى ما يمثل "حالة قانونية" وليس الأمر كذلك بالنسبة لشأن داخلى ومعنوى تماماً كالدين.

كما أن مفهوم العبادة أضيق كثيراً من مفهوم الدين مما يجنب القاضى التعرض المباشر لمسألة تقييم المعتقدات فى ذاتها.

وقد وضع أول محاولة لتعريف العبادة (الممارسة الطقوسية) فى عام ١٩٩٣ من وحي قانون ١٩٠٥ فعرفها بأنها هى: "الإحتفال بمناسبات يتم تنظيمها من أجل تجمع الأشخاص ذوى نفس المعتقد الدينى ونفسى الممارسات الشعائرية أو الطقوس"^١ بينما اقترح مفوض الحكومة آنذاك تبنى التعريف الذى كان قد وضعه من قبل الفقيه "ليون دوجى" والذى يقوم على عنصرين أحدهما نفسى ومفاده الإعتقاد أو الإيمان بإله، والعنصر الآخر هو عنصر موضوعى هو الانتماء إلى جماعة تجتمع فى مناسبات احتفالية خاصة.

1"La Célébration de Cérémonies organisées en vue de l'accomplissement par des personnes réunies par une même Croyance religieuse, de Certains rites ou de Certaines Pratiques".

ويلاحظ أن هذا التعريف يربط بين فكرة العبادة "ممارسة الشعائر" وبين مفهوم الدين أو المعتقد، بيد أنه يختلف عن سابقه في كونه يُقصر المعتقد الديني على ضرورة الإعتقاد بوجود إله مما يستتبع إستبعاد بعض الحركات الدينية الجديدة مما لا تفترض معتقداتها بالضرورة وجود إله مثل "السينتولوجيا" لكن عاد مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٧ بالتأكيد على تبنيه لتعريفه سابق الذكر^١.

1 CE, ASS., 24 Oct. 1997, "Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom", les Grands avis du Conseil d'Etat, Paris, Dalloz, 2002, 2e.

الفرع الثانى

المعايير التى تبناها مجلس الدولة الفرنسى للإعتراف بالحركات الدينية الجديدة

إن تطبيق تعريف مجلس الدولة لمفهوم "العبادة" بعنصرية (النفسى والموضوعى) لم يقدم حلاً جدياً للمشكلة بل إنه أفرز مزيداً من الصعوبات وبخاصة فيما يتعلق بعنصره النفسى والذى يقوم على وجود معتقد دينى كأساس لممارسة العبادة والشعائر، فقد أحالنا هذا من جديد إلى التساؤل الأولى عن كنه المعتقد الدينى ونطاقه؛ وبظهور الجماعات الدينية الجديدة مثل:

"Vajra triomphant", "témoins de Jéhovah"; "la scientologie".

والتى صنفت نفسها كطوائف دينية بهدف الاستفاده فى الامتيازات المقررة بقانون ١٩٠٥ المنظم للمؤسسات العبادية أو الطقوسية؛ وكسب الاعتراف العام بها كأديان لها أتباع ومؤيدين، قامت الدولة بتشكيل ثلاث لجان متتالية لبحث المسألة فى أعوام ١٩٨٥، ١٩٩٥، ١٩٩٩، والتى توصلت جميعها إلى صعوبة وتعقيد وضع تعريف محدد للطائفة الدينية فى ظل علمانية الدولة الفرنسية، وكان أن قدّمت لجنة ١٩٩٥ مقترحاً لتعريف ما دعت به بالطوائف الخطرة "Sectes dangereuses" فعرفت بها بكونها: "الجماعات التى تهدف من خلال التحايل لزعزعة الاستقرار النفسى للأشخاص من أجل الحصول على أتباع وولاء غير مشروط، وروح نقد منخفضة، وسمعة ذات مرجعية مقبولة اجتماعياً بشكل يمثل خطورة على الحريات الفردية

والصحة والتعليم والهيئات الديمقراطية؛ وهذه المجموعات تستخدم في العادة أُنفة فلسفية ودينية لإخفاء أهدافها السلطوية من أجل التأثير على أتباعها واستغلالهم¹.

والحق أن هذا التعريف لا يكاد يحمل أى قيمة قانونية خاصة تسمح بتحديد مفهوم الطائفة الدينية؛ والحاصل أن القضاء الإدارى قد اتخذ موقفاً رافضاً للاعتراف بالحركات الدينية الجديدة من خلال رفضه تطبيق قانون ١٩٠٥ عليها بدعوى عدم انطباق الشروط التى تضمنها هذا القانون على هذه الحركات (الجماعات).

وظل متبنياً هذا الموقف حتى عام ١٩٩٩ حيث بدأ فى التراجع عنه وبدأ أكثر تسامحاً فى تطبيق الشروط التى وضعها قانون ١٩٠٥ معطياً الأفضلية لمعيار أو شرط "احترام النظام العام" كضابط للتمييز بين الممارسات الدينية المسموحة والمحظورة.

ويمكننا بناء على ما سبق أن نُجمل شروط (معايير) الاعتراف بالحركات (الجماعات) الدينية الجديدة فيما يلى:

1 Caroline Leclerc, "Le Statut d'association cultuelle et les Sectes", Université de Bourgogne, RFDA 2005, p. 565-2.

١ - هدف إقامة العبادات:

وهذا الشرط تناولته المادة ١٩ من قانون ١٩٠٥ فيجب أن تهدف الحركة الدينية الطامحة إلى اكتساب الصفة القانونية للمؤسسات الدينية (مؤسسات العبادة) إلى إقامة شعائر أو طقوس مما يصدق عليها وصف العبادات؛ وقد طبق مجلس الدولة هذا المعيار على الهندوس فاعتبر أن الهندوس من الأتباع الذين ينخرطون في ممارسة العبادة بعكس الملحدون الذين لا تستتبع معتقداتهم ممارسة أى نوع من العبادات أو الطقوس^١.

كما قرر المجلس فى أحد أحكامه فى واقعة قام فيها رئيس الشرطة بمنع طائفة "الكريشنا" من أداء طقوسهم فى فندق قديم استناداً إلى عدم التزامهم بقواعد التأمين ضد الحرائق، وأصدر قرارات بمنعهم من ارتداء زى خاص أو تنظيم أى مناسبات دينية ولو فى أماكن خاصة قرر المجلس أنه "ولو أن من سلطة رئيس الشرطة منع المظاهرات (التجمعات) العامة فى الأماكن غير المخصصة لهذا الغرض إلا أنه لا يستطيع منع تنظيم كافة الاحتفالات (المناسبات) لكافة الاتجاهات الدينية من دون أن يعتبر ذلك تعدياً غير مشروع على حرية العبادة"^٢.

وفى عام ١٩٩٣ وبمناسبة تعرض المجلس لدعوى إلغاء ضريبة على السكن قرر انطباق شرط إقامة العبادات على إحدى الحركات الدينية الجديدة المسماة بـ "شهود يهوه" فذكر فى سياق حكمه أن "شهود يهوه يمارسون العبادة

1 CE, 17 Juin 1988, union des Athées, Lebon, p. 247.

2 CE, 14 mai, 1982, AICK, Lebon, p. 179, Référé à Caroline Leclerc, op.cit., p. 6.

الطقوسية وأن وجود العبادة لديهم لا يقبل الجدل بل إن لدى أتباع يهوه طقوس تنتمي أصلاً للديانة المسيحية فليهم القناعة بعودة المسيح في آخر الزمان، كما أنهم يجتمعون بانتظام لأداء الصلوات ويقومون بالتعميد ونفس طقوس الزواج ولذلك فليهم المعايير المحققة لفكرة العبادة من دون شك¹.

ويلاحظ أن هذا الحكم كان الأول من نوعه، والذي يعترف لجماعة شهود يهوه كأحدى الحركات الدينية الجديدة بتوافر الهدف الشعائري (الطقسى) وإن كان قد أقر ذلك في سياق تعرضه لمسألة مالية.

ويبدو أن القضاء في إطار تطبيقه لهذا الشرط كان يحاول عدم التدخل في المسائل العقائدية ومع ذلك فهو لم يستطع تجاهل المعتقدات كليا، فقد استدل على الطبيعة الدينية لجماعة شهود يهوه باقتناعهم بعودة المسيح وهي ليست مسألة طقوسية بقدر ما هي عقائدية.

٢ - ممارسة العبادة كهدف حصري:

هذا الشرط أيضاً نص عليه صراحة قانون ١٩٠٥، ومفادته أن تكون ممارسة العبادات والطقوس هي الهدف الأوحد لأي مؤسسة أو حركة تدعى الطبيعة الدينية، وقد كانت العلة من وراء وضع مثل هذا الشرط هي الاطمئنان إلى أن الأموال والمخصصات التي كانت مملوكة للمؤسسات الدينية القديمة (الكنائس)،

1 Concl. Sur l'arrêt de 13 Janv. 1993, Actualité Juridique droit Administratif, 1993, p. 310.

والتي سوف تؤول إلى مؤسسات العبادة التي تنشأ بمقتضى قانون الانفصال، هذه الأموال لن يتم استغلالها إلا فى تيسير وتأمين ممارسة العبادة دون غيرها من الأنشطة؛ ويبدو أن الغرض من ذلك كان بوضوح هو حماية المجتمع من تدخلات المؤسسات الدينية فى الحياة السياسية¹.

وقد كان مجلس الدولة شديد الدقة والحسم فى تطبيق هذا الشرط فرفض اعتبار "الكنسية الرسولية الأرمنية" مؤسسة دينية تهدف للعبادة معللاً ذلك بأن العبادة لم تكن هدفاً أوحداً أو حصرياً للكنسية، وإنما كانت الكنسية ترعى أنشطة أخرى بخلاف الحياة الروحية مثل الأنشطة التعليمية والإجتماعية والثقافية للمجتمع الأرمنى"².

وذات الشئ بالنسبة لإحدى الجمعيات الهندوسية التي مقرها مدينة باريس حيث قرر أنها إنما تمارس أنشطتها لأهداف أخرى بجوار الهدف الدينى، كالرياضة والفن والثقافة.

1 Caroline Leclerc, "Le Statut d'association Cultuelle et les sectes", op.cit., p. 6.

2 CE, 29 Oct. 1990, Association Cultuelle de l'Eglise Apostolique Arménienne de Paris, Lebon, p. 297.

ولم يستثن من هذا الشرط إلا الأنشطة التي ترتبط مباشرة بممارسة العبادة، كالتملك أو التأجير أو البناء أو صيانة المرافق أو طباعة منشورات وبروشورات عن الأنشطة الدينية الخ.

وقد كان تطبيق هذا الشرط أحد الأسباب التي كان قد تعلل بها مجلس الدولة عام ١٩٨٢ لرفض الاعتراف بجماعة "شهود يهوه" إذ قرر أن قيام الجماعة بنشر مجلة نصف شهرية يوزع منها أكثر من ١٠٠ ألف نسخة، إنما يُعد نشاطاً ربحياً لا علاقة له بالهدف الديني للجماعة^١.

٣- عدم مخالفة النظام العام:

كرس قضاء مجلس الدولة شرط عدم مخالفة النظام العام من خلال عدد من الأحكام المتواترة كان أهمها حكم ١ فبراير ١٩٨٥ الذي قرر فيه عدم خضوع جماعة "شهود يهوه" لقانون ١٩٠٥ نظراً لمخالفة تعاليم الجماعة للنظام العام للدولة حيث تتبنى الجماعة أفكاراً رافضة للإقتراع في صناديق الانتخاب أو حمل السلاح وفاءً بواجب الجندية، كذلك تُحرم الجماعة عملية نقل الدم إلى أتباعها ومهما كانت خطورة حالة المريض، ولو كان المريض الذي يحتاج إلى نقل الدم طفلاً!^٢.

1 Caroline Leclerc, op.cit., p. 7.

2 CE, Ass., 1er Févr. 1985, Association Chrétienne "Les témoins de Jéhovah de France", Lebon, p. 22.

والحق أن إضافة شرط كشرط عدم مخالفة النظام العام مما لايشذ عن القواعد التي وضعها قانون ١٩٠٥ إلا أن نطاق تطبيق هذا الشرط هو المظاهر الخارجية للدين كالعبادة وممارسة الشعائر، وليس الأفكار أو المسائل العقائدية وذلك مما نصت عليه المادة العاشرة من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى ٢٦ أغسطس ١٧٨٩، حيث ذكرت أن "السلطات العامة لا يمكنها بحال أن تقيد الحرية الدينية أو المعتقدات بينما بإمكانها تقييد ممارسة هذه المعتقدات لصالح المصلحة العامة".

وما فعله مجلس الدولة فى حكم ١٩٨٥ هو التدخل فى مسائل عقائدية ومناقشة مدى صحتها أو خطأها للتدليل على مخالفة الجماعة الدينية للنظام العام^١.

ولذا فقد جاء حكم المحكمة الإدارية العليا فى ليون سنة ١٩٩٩ ليغير مجرى الأحداث ويقرر عدم ارتكاب الجماعة المذكورة ما يمكن اعتباره مخالفاً للنظام العام، معترفاً لها بالصفة الدينية (العبادية) ومؤكداً على أن توجيه الاتهام لأى من أتباع طائفة معينة لا يجرّد الجماعة التى ينتمى إليها من صفتها الدينية (العبادية)، وفى المقابل فإن الإدعاء بإتباع تعاليم جماعة أو مؤسسة دينية معينة لا يعفى التابع من مواجهة الجزاء القانونى لفعله الذى اقترفه تطبيقاً لهذه التعاليم^٢.

1 Caroline leclerc, op.cit., p. 10.

2 CAA Lyon, 2e ch, 6 Oct. 1999, Association locale pour le culte des

وهو ما أكدته قرارات مجلس الدولة فى ٢٣ يونيو ٢٠٠٠، وسواء تم الاعتراف للمؤسسة أو الجماعة بالصفة الدينية أو لم يتم ذلك، فإن ذلك لا يمثل فارقاً فى وجوب احترامها للنظام العام والتزامها بعدم مخالفته^١.

إذاً فحرية ممارسة العبادة يمكن أن تعرف حدوداً مصدرها النظام العام، وعلى السلطات الإدارية اتخاذ ما تراه من الإجراءات التى لا تعوق مباشرة ممارسة العبادة وإنما تنظم ظروف ممارستها. وفى رأيه المُعلن بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٩٧ أجمل مجلس الدولة الشروط الواجب توافرها فى أى جماعة أو مؤسسة تهدف لاكتساب الصفة العبادية (الدينية) فى شروط ثلاثة هى:

١- وجود عبادة.

٢- ممارسة العبادة كهدف حصرى للمؤسسة.

٣- ألا تكون ممارسة العبادة مما يمثل تعدياً على النظام العام فى الدولة^٢.

témoins de Jéhovah de Riom, Concl. Millet, Dr. Fisc. 2000, comm. no 352, p. 706.

1 CE, Ass., 24 Oct. 1997, les Grands avis du conseil d'Etat, Paris, Dalloz, 2002, 2e.

2 CE, Ass., 24 Oct. 1997, préc.

وهكذا فقد خطا القضاء الإدارى الفرنسى أولى خطواته فى طريق الاعتراف بالحركات الدينية الجديدة باعتبارها أدياناً تكفل لها الدولة ولأتباعها حرية الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر.

المبحث الأول جرائم التعبير الماسة بالأديان

تمهيد وتقسيم:

فى إطار هذا المبحث يُهمنأ أن نسلط الضوء على كافة أشكال التعبير المُجَرَّمة لمساسها بالأديان فى القانون المصرى مقارنة مع بعض التشريعات العربية بالإضافة إلى التعرض لموقف القانون الفرنسى قديماً وحديثاً من هذا النوع من التجريم.

ولابد أن نوضح أن نطاق هذه الدراسة لا يستهدف من بين جرائم التعدى على الأديان، إلا جرائم التعبير دون سواها، أى الجرائم التى يكون الفعل فيها قد اتخذ شكلاً من أشكال التعبير كالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل وأشكال التعبير المختلفة.

أو تلك التى يشيع ارتكابها بوسيلة من وسائل التعبير، وإن لم تكن هذه الوسائل هى الطريقة الوحيدة لإرتكابها.

وبالتالى فإننا نستبعد من نطاق دراستنا جرائم تعطيل إقامة الشعائر الدينية أو التشويش عليها بالعنف أو التهديد، وكذلك جرائم تخريب واتلاف وتدنيس المبانى المُعدة لإقامة الشعائر؛ ونقتصر فى هذا المبحث على دراسة جريمتى التعدى العلنى على الأديان والمنصوص عليها فى المادة ١٦١ من قانون العقوبات المصرى، واستغلال الدين لإثارة الفتنة الطائفية أو التحريض ضد الحكومة

والمجرمة بنصوص المواد ٩٨ (و)، و ٢٠١ من القانون نفسه. بالإضافة إلى موقف القانون الفرنسي قديماً وحديثاً من هذه الصور التجريبية.

ولكى نتعرض لهذه الجرائم كقيود على حرية التعبير الماسة بالأديان لا بد أولاً من التطرق لمفهوم حرية التعبير ومصادر مشروعيتها ومدى أهميتها وجدارتها بالحماية.

وعلى هذا الأساس نقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين، يتناول أولهما جريمة التعدي العلني على الأديان، بينما يعالج الثاني جريمة استغلال الدين، ويسبقهما مطلب تمهيدى يلقي الضوء على ماهية حرية التعبير.

مطلب تمهيدى مفهوم حرية التعبير

تُعرَّف حرية التعبير بكونها: "قدرة الفرد على التعبير عن آرائه وأفكاره ومعتقداته الدينية بحرية تامة وبالوسائل المشروعة التي يراها مناسبة"^١، أو هي "حرية أن يعبر الإنسان عن معتقداته أو أفكاره أو آرائه أو مطالبه، باستخدام وسائل التعبير، ومن خلال التمتع بكافة الحقوق والحريات المرتبطة بحرية التعبير؛ شرط استخدامها فى حدود القانون"^٢.

وعرفها البعض بكونها: "إمكانية التوصل لخلاصة ما يحمله فكر الإنسان من دراسة واستنتاج وتحليل، والتعبير عن هذه الخلاصة بالوسيلة المناسبة بدون قيد أو شرط ما دامت لا تمس حقوق وحريات الآخرين ولا تخل بالنظام العام والآداب العامة"^٣، كما عرفتها المادة ١٩ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان بأنها: "حرية اعتناق الآراء دون أى تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها، وإذاعتها بأية وسيلة دون التقيد بالحدود الجغرافية".

١ د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستورى، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦، ص ٤١١.

٢ د. محمد حسن محمد محرم، الحماية الجنائية الموضوعية لحرية التعبير، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ص ٣٤.

٣ د. محمد حسن مرعى، الجوانب الموضوعية لجريمة اثاره الفتنة الطائفية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ٣٥.

وأخيراً عرفتھا المنظمة العربية لحقوق الإنسان بأنها: "حرية كل إنسان في إلتماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه، دونما اعتبار للحدود الإقليمية وذلك بقصد تعدد مصادرها بما يسمح بتعدد مواردها وأدواتها، سعياً لتعدد الآراء وابتغاء إرسائها على قاعدة من حيده المعلومات، ويشمل التعبير عن الخطاب السياسي والتعليق على الشئون العامة، واستطلاع الرأي، ومناقشة حقوق الإنسان وحرية الصحافة والتعبير الثقافي والفني والتدريس والخطاب الديني، ويمتد نطاق حرية التعبير ليشمل جميع أشكال التعبير ولغة الإشارة والتعبير بلغة غير لفظية مثل الصور والقطع الفنية والكتب والصحف والمنشورات والملصقات، واللافتات، والملابس، وجميع أشكال التعبير السمعية والبصرية وطرق التعبير الإلكترونية والشبكية^١.

وتختلف حرية التعبير عن حرية الرأي، حيث حرية الرأي هي مسألة داخلية كامنة في النفس البشرية وهي حرية غير قابلة للرقابة^٢، فلإنسان أن يتبنى ما يشاء من الأفكار والمعتقدات بصورة مطلقة لا قيود عليها بينما حرية التعبير هي طرح

١ استندت المنظمة في وضعها لهذا التعريف على حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ق - جلسة ٢٠٠٠/٦/٣، الجزء التاسع، ص ٥٨٢.

وكذلك على التعليق رقم ٣٤ الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنبثقة عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة الصادر في يولييه ٢٠١١، انظر: دراسة حول حرية الرأي والتعبير في مصر، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، ٢٠١٧، ص ٤.

٢ د. محمد أمين الخرشة، الحماية الجنائية لحرمة الأديان من الازدراء، مجلة جامعة الشارقة، ديسمبر 2017مجلد ١٤، العدد ٢، ص ٤.

الإنسان ما يجول في خاطره من آراء وأفكار على الآخرين بأى من وسائل التعبير، وهى وحدها التى تقبل التقييد أو التنظيم ووضع الضوابط وكذلك تحتاج للحماية والتكريس^١.

ويتفرع عن حرية التعبير العديد من الحقوق والحريات، كحق النقد وحرية الصحافة والطباعة والنشر، وحرية البحث العلمى، وحرية الإبداع الأدبى والفنى والثقافى، وحق الإجتماع لتبادل الآراء، وحق مطالبة السلطات العامة^٢.

وتُعد حرية التعبير ذاتها فرعاً من الحرية الشخصية التى هى الحرية الأم وأصل جميع الحريات^٣.

وقد نصت على تكريس حرية التعبير كافة المواثيق الدولية والإقليمية وكذلك الدساتير الداخلية لشتى دول العالم.

فنص عليها العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية فى المادة (١٩) منه والتى قررت أن: "١- لكل إنسان الحق فى اعتناق آراء دون مضايقة، ٢- لكل

١ د. صلاح الدين فوزى محمد، الحريات العامة فى ضوء الدستور المصرى الصادر سنة ٢٠١٤ وأحكام القضاء الدستورى، دار النهضة العربية، ٢٠١٨، ص ١٨٠ وما بعدها.

٢ د. علياء على زكريا، حرية التعبير فى تطبيقاتها المعاصرة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 2017 العدد الثانى، المجلد الأول، ص ٢٤١.

٣ حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ق، جلسة ٥ مايو ٢٠٠١، ج٩، ص ٩٠٧.

إنسان حق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها. ٣- وتستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة ٢ من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون^١.

وكذلك تناولتها المادة (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي جرى نصها على أن: "١- لكل إنسان الحق في حرية التعبير. هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقي وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في تطلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما.

٢- هذه الحريات تتضمن واجبات ومسئوليات، لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي..."^٢.

كما تضمنها الميثاق العربي لحقوق الإنسان في المادة ٣٢ منه^١، وكذلك أكد عليها الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان في المادة ٩ منه^٢.

١ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٦/١/١٩٦٦.

٢ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠.

وعلى مستوى دساتير الدول، احتلت حرية التعبير مكانة خاصة تعكس أهميتها غير المنكورة فنصت عليها المادة (٦٥) من الدستور المصرى الصادر فى يناير ٢٠١٤ والتي جاء فيها أن: "حرية الفكر والرأى مكفولة. ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر" وهو عين ما جاء فى المادة (٤٧) من دستور ٢٠١٢، ومن قبله دستور ١٩٧١ والذى كرس حرية الرأى والتعبير فى المادة ٤٧ منه أيضاً وإن اختلفت صياغتها قليلاً، وقد كانت تقول ان: "حرية الرأى مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، والنقد الذاتى، والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطنى".

وفى فرنسا تعتبر حرية التعبير والصحافة من الحريات الأساسية التى نصت عليها الدساتير المتعاقبة، فتضمنتها الفقرة الخامسة من ديباجة دستور ١٩٤٦ بشكل ضمنى حيث قررت أن: "كل شخص لديه واجب العمل والحق فى الحصول على عمل. ولا يجوز لأى شخص أن يتضرر نتيجة عمله أو وظيفته بسبب أصله أو آرائه أو معتقداته".

كما كرستها المادة الرابعة من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ (الحالى) بقولها: ... "يضمن القانون التعبير التعددى عن الرأى والمشاركة العامة للأحزاب

١ الميثاق العربى لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤.

٢ الميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١.

والتجمعات السياسية في الحياة الديمقراطية للأمة¹ كما نص التعديل الأول من تعديلات الدستور الأمريكي فيما يُعرف بوثيقة الحقوق الصادرة في ١٥/١٢/١٧٩١ على أن: "لا يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس في الإجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف"^٢.

كما تضمنتها الدساتير العربية من ذلك دستور دولة الإمارات الذي أباح حرية الرأي والتعبير عنه في حدود القانون، وذلك في المادة ٣٠ منه، وكذلك دستور دولة العراق لعام ٢٠٠٥ وهو الدستور الحالي فقد نص في المادة ٣٦ منه على أن: "تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب العامة ١. حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل ...".

1"La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des Partis et groupements politiques à la vie démocratique de la nation" art 4 de la constitution du 4 Octobre 1958.

2"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances"; Amendment 1–Ratified 12/15/1791 of the constitution of the United States.

أما الدستور الكويتي فقد نص على أن: "حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة ولكل انسان حق التعبير عن رأيه... وذلك فى المادة ٣٦ منه؛ والتى تلتها المادة ٣٧ والتى تقرر كفالة الدولة لحرية الصحافة والطباعة والنشر.

والمستفاد من كل ما سبق التعرض له من تعريفات لحرية التعبير ونصوص تشريعية دولية وإقليمية ودستورية منظمة لها أن:

١- حرية التعبير تشتمل على مكونات ثلاثة:

- حرية تلقى المعلومات والأفكار.

- حرية اعتناق الآراء.

- حرية تقديم المعلومات والأفكار.

٢- أن حرية الرأي باطنية لذا فهى مطلقة لا تقبل التقييد بينما حرية التعبير بأى من وسائل التعبير بما يعنى التصريح للآخرين بما يُكنه الإنسان بداخله من آراء وأفكار هى حرية تخضع لحدود وضوابط يضعها القانون، بما يحقق صالح المجتمع.

٣- حرية التعبير قيمة يكرسها العالم أجمع وإن تباينت مساحات الحرية المسموحة من دولة لأخرى بحسب طبيعة كل مجتمع ودرجة تطوره ومنظومته القيمة وبحسب رؤيته أُسَلِّم المصالح الأولى بالرعاية.

أهمية حرية التعبير وجدارتها بالحماية:

لا شك أن حرية التعبير تُشكل إحدى الركائز الضرورية لمجتمع ديمقراطي حُر وهي الوسيلة الأساسية لتحقيق توكيد الأفراد لذواتهم، وهي نقطة البدء في إتاحة المجال لهم من أجل حرية التفكير والإبداع والكشف عن ثمرات هذا التفكير، وهو ما يؤدي على الصعيد الإجتماعي إلى إثراء المعارف الانسانية.

ولا يتأتى تقدم المجتمعات إلا بالإلمام بالحقائق، ولا يتحقق ذلك إلا بالسماح بعرض كافة الآراء وفتح أبواب الحوار والاختلاف والمناقشة بلا حدود.

حيث أن الصواب والخطأ، والصالح والفاقد غالباً هي أمور نسبية، تختلف باختلاف الزمان والمكان والظرف وبالتالي فلا غنى عن إتاحة الفرص لكل إنسان من أجل التعبير عن فكره ولو كان هذا الفكر غريباً عن الفكر الشائع في المجتمع. إن انفتاح جو المجتمع للأفكار بأنواعها هو ضمانة جوهرية لنضجه وتطوره.

بالإضافة إلى ذلك فإن حرية التعبير والديمقراطية هما صنوان لا ينفصلان، فحرية التعبير شرط أساسي لتحقيق المشاركة السياسية الحقيقية، ففي غيبة حرية الكلمة والرأى كيف يمكن تصور اجراء انتخابات، أو وضع دستور، أو اتخاذ قرارات نيابية أو اصدار تشريعات وقوانين؟

إن حرية التعبير هي صمام الأمان للحفاظ على استقرار الحياة السياسية والسلام الإجتماعى وازدهار الفكر، أما قمع هذه الحرية فمن شأنه إنكار الخلافات القائمة ودفع الأفراد إلى تبني وسائل العنف والقوة بدلاً من المنطق والدليل؛

كما أن اتخاذ الدولة اجراءً عقابياً واحداً فى مجال الحد من هذه الحرية أو كبتها يؤدى إلى إسكات مئات من أصوات أصحاب الرأى الذين قد يناون بأنفسهم عن المشاركة بالرأى خشية الدخول فى صدام مع السلطة وتعريض أنفسهم لما لا تُحمد عقباه.

وهو ما يؤدى إلى حرمان جمهور الناس من مؤشرات فكرية تجاوز كثيراً نطاق المنع الذى استهدفته السلطة بإجرائها، وفى ذلك يُقال أن: "من خصائص العقاب على الرأى أن له أثراً تصاعدياً فى القضاء على حرية الكلمة، وأثر تصاعدياً فى الانتقاص من قدرة الجماعة على معرفة الحقيقة...."^١.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن أهمية حرية التعبير ودورها الرئيسى فى بناء تقدم المجتمعات بقولها: "تمثل حرية التعبير قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها وإنما تؤسس الدول على ضوئها مجتمعاتها صوتاً لتفاعل مواطنيها معها، بما يكفل تطوير بنيانها وتعميق حرياتها، وإن جاز القول بأن لحرية التعبير

١ المستشار الدكتور/ ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا، المركز القومى للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى ٢٠١٣، ص ٥٦١ وما بعدها.

أهدافها التي يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تتحصر آفاقها ولا أدواتها، تدنى الحقائق إليها؛ فلا يكون التعبير عن الآراء حائلاً دون مقابلتها ببعض وتقييمها؛ ولا مناهضتها لآراء قبلها آخرون، مؤدياً إلى تهميشها؛ ولا تلقياً غيرهم غير مانعاً من ترويجها أو مقصوراً على بعض جوانبها، ولا تدفقها من مصادر تزديها مستوجباً اعاقها أو تقييدها ... فلا يكون تنظيمها مقتضياً إلا أقل القيود التي تفرضها الضرورة ... إن الآراء على اختلافها لا يجوز اجهاضها، ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذيوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يبرر القول بوجودها".

وأضافت: "إن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو تنبئها، لا يقل سوءاً عن منعهم من التعبير عن آراء يؤمنون أو يدعون إليها، وهو ما يعنى أن الحمل على اعتناق بعض الآراء، أو اقناع غيرها سوءتان تناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها، كذلك فإن موضوعية الحوار شرطها شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، بما يحول دون حجبتها أو تشويهها أو تزيفها"^١.

١ حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٥/٤/١٩٩٥، ق٦، س١٥ مجموعة أحكام المحكمة - الجزء السادس، قاعدة رقم ٤١ ص ٦٣٧، وحكمها فى ١٤/١/١٩٩٥، ق١٧، س١٤، مجموعة أحكام المحكمة - الجزء السادس، قاعدة رقم ٣٢، ص ٤٤٠.

المطلب الأول

جريمة التعدى العلى على الأديان

نتناول فى هذا المبحث تجريم التعدى العلى على الأديان فى القانون المصرى مقارناً ببعض التشريعات العربية المشتملة على هذه الصورة التجريمية، ثم نعرض لموقف القانون الفرنسى قديماً وحديثاً من هذا التجريم.

الفرع الأول

التعدى العلنى على الأديان فى القانون المصرى

نصت على هذه الجريمة المادة (١٦١) من قانون العقوبات فى الباب الحادى عشر منه تحت عنوان: "الجنح المتعلقة بالأديان ومكافحة التمييز"، وجرى نصها على أنه: "يُعاقب بتلك العقوبات على كل تعد يقع بإحدى الطرق المبينة بالمادة (١٧١) على أحد الأديان التى تؤدى شعائرها علناً، ويقع تحت أحكام هذه المادة:

أولاً: طبع أو نشر كتاب مقدس فى نظر أهل دين من الأديان التى تؤدى شعائرها علناً إذا حُرّف عمداً نص هذا الكتاب تحريفاً يغير من معناه.

ثانياً: تقليد احتفال دينى فى مكان عمومى أو مجتمع عمومى بقصد السخرية به أو ليقترح عليه الحضور".

وقد أراد المشرع بنصه على هذه الجريمة حماية الشعور الدينى للأفراد، لما يشكله التعدى على معتقداتهم الدينية من جرح وإيذاء لمشاعرهم نتيجة للإنتقاص والإستخفاف بمقدساتهم، وذلك بوصف الدين فطرة إنسانية ترتبط بإيجاد حلول وأجوبة لإشكاليات ومسائل جوهرية لا بد أن تثور فى كل نفس بشرية، كالخلق والخالق وبداية الحياة والغاية منها، ونهايتها، والمصير النهائى للإنسان بعد الموت.

وبشكل غير مباشر فإن النص على هذا النوع من التجريم إنما يهدف أيضاً لحماية النظام العام والسلام الإجتماعى، فتهيج المشاعر الدينية لدى الأفراد والجماعات قد يؤدي إلى حدوث الفتن ويعرض المجتمع وأمنه لأضرار فادحة، وبخاصة فى المجتمعات التى لا تزال تتمسك بالدين كمقوم أساسى من مقومات وجودها وهويتها.

وتتكون جريمة التعدى العلنى على الأديان من ركنين، ركن مادى وآخر معنوى نفضّل الحديث حولهما فيما يلى:

أولاً: الركن المادى لجريمة التعدى العلنى على الأديان:

إن أول ما يمكن ملاحظته فى نص المادة ١٦١ هو كونها قد جاءت عامة مجملة فلم تحصر أساليب التعدى المُجرّمة على الأديان وإن ساقّت مثالين عليها، وبالتالي فإن أى سلوك تعبيرى يُمثل عدواناً أو مساساً بدين من الأديان السماوية (الأديان التى تؤدى شعائرها علناً) ينطبق عليه نص التجريم، طالما اتصف بالعلنية.

و يكفى لاكتمال الركن المادى للجريمة حدوث السلوك دون تطلب نتيجة معينة ، حيث أن جريمة التعدى العلنى على الأديان من جرائم السلوك المجرد التى تعتبر متحققة بمجرد ارتكاب السلوك المجرم .

و يتركب الركن المادى لهذه الجريمة من ثلاثة عناصر، وهى المحل،
وفعل التعدى، ووسيلة ارتكاب هذا التعدى .

العنصر الأول: محل التعدى:

ومحل التعدى هو الموضوع الذى يقع عليه التعدى، وقد يبدو للوهلة الأولى
أن محل التعدى فى هذه الجريمة واضحاً وضوح الشمس فى رابعة النهار، فهو كما
نصت عليه مادة التجريم "الأديان التى تؤدى شعائرها علناً" أو الأديان السماوية
الثلاث، الإسلام والمسيحية واليهودية.

ولكن أن يقع التعدي على الدين هل يعني، وقوع التعدي على مسمى الدين
أو الدين بمسماه فقط أم أن التجريم يشمل وقوع التعدي على كل ما له صلة بالدين
كالذات الإلهية والأنبياء والملائكة والكتاب المقدس ودور العبادة والشعائر والرموز
الدينية ذات الأهمية الخاصة!؟

وباللقاء نظرة سريعة على تشريعات عربية أخرى نجد أن بعض التشريعات
قد تناول محل التجريم بشئ من التفصيل والإيضاح، من ذلك التشريع العراقي الذي
نص في المادة ٣٧٢ منه على تجريم الإعتداء بأحد طرق العلانية على معتقد
لإحدى الطوائف الدينية أو تحقير شعائرها، أو تقليد منسك أو حفل ديني بقصد

١ مادة ٣٧٢ فقرة أولاً / أ من قانون العقوبات العراقي.

السخرية^١؛ وخص لفظ الجلالة بالحماية الصريحة، فجرم التعدي عليه بالسب أو القذف بإحدى طرق العلانية، كما جرم الإهانة العلنية لرمز أو شخص هو موضع تقديس أو تمجيد أو احترام لدى إحدى الطوائف الدينية^٢.

وكذلك التشريع الجزائري الذي جرم التعدي على الدين الإسلامي وباقي الأديان السماوية بالإهانة إجمالاً في المادة ٧٧ من قانون الإعلام، ثم نص على تجريم الاساءة إلى الرسول الكريم (عليه الصلاة و السلام) وبقية الأنبياء أو الاستهزاء بما هو معلوم من الدين بالضرورة أو بشعائر الإسلام، وذلك في المادة ١٤٤ مكرر ٢ من القانون.

أما القانون الإماراتي فقد جرم أفعال التعدي على الأديان تحت مسمى "ازدراء الأديان" وعرّف الازدراء بموجب نص المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ والذي صدر في شأن مكافحة التمييز والكراهية، عرفها بأنها كل فعل من شأنه الإساءة إلى الذات الإلهية أو الأديان أو الأنبياء أو الرسل أو الكتب السماوية أو دور العبادة^٣.

١ مادة ٣٧٢ فقرة أولاً / د من قانون العقوبات العراقي.

٢ المادة المذكورة الفقرة ثانياً، الفقرة أولاً هـ.

٣ نصت هذه المادة على أنه "يُعد مرتكباً لجريمة ازدراء الأديان كل من أتى أياً من الأفعال الآتية: ١- التطاول على الذات الإلهية أو الطعن فيها أو المساس بها، ٢- الإساءة إلى أي من الأديان أو إحدى شعائرها أو مقدساتها أو تجريحها أو التطاول عليها أو السخرية منها أو المساس بها أو التشويش على إقامة الشعائر أو الاحتفالات الدينية المرخصة أو تعطيلها بالعنف

إنّ لابد أن يكون مقصود المشرع المصري بالنسبة لموضوع جريمة التعدي العلني على الأديان قد انصرف لا إلى مسمى الدين وحده، وإنما إلى كل ما يتعلق به أو يشتمل عليه من عناصر، ويمكننا أن نحصر تلك العناصر محل حماية النص المذكور فيما يلي:

١- الذات الإلهية:

الذات الإلهية في الإسلام هو علم على الذات الواجب الوجود المستحق لجميع المحامد، وهو اسم الذات العليّة، خالق الأكوان والوجود، وهو الإله الحق لجميع المخلوقات، واحد أحد، صمد، ليس له مثل ولا نظير ولا شبيه ولا صاحبه ولا ولد ولا والد ولا وزير له ولا مشير له ولا عديد ولا نديد ولا قسيم ولا شريك^١.

منزّه عن العيب والنقص، وتوحيده هو جوهر عقيدة الدين الإسلامي وهو حي لا يموت، له وحده البقاء والدوام، فلا أول قبله ولا آخر بعده، والله تسعّ وتسعين

أو التهديد، ٣- التعدي على أي من الكتب السماوية بالتحريف أو الاتلاف أو التدنيس أو الإساءة بأي شكل من الأشكال. ٤- التطاول على أحد الأنبياء أو الرسل أو زوجاتهم أو آلهم أو صحابتهم أو السخرية منهم أو المساس بهم. ٥- التخريب أو الإتلاف، أو التدنيس لدور العبادة، والقبور أو ملحقاتها، أو أي من محتوياتها.

١ راجع بتوسع د. السيد خليل الطبطبائي "الصفات الإلهية" مقال بتاريخ ١٩ أكتوبر ٢٠١٧ منشور على الإنترنت: almujtaba.com

وانظر إسماعيل بن عمر بن كثير، البداية والنهاية، الجزء الأول، كتاب بدء الخلق، ص ٢٧ وما بعدها.

اسماً تعبر عن صفاته التي لا تشابه أو تقارن بصفات الخلائق، كالرحمة والعظمة والعدل؛ وهي صفات مطلقة وليست نسبية كالتى قد يتحلى بها البشر^١.

وقد وصف المولى عز وجل نفسه وصفاته وقدراته في القرآن الكريم في كثير من المواضع، من ذلك ما ورد في سورة الحشر من قوله تعالى [هُوَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْمَلِكُ الْقُدُّوسُ السَّلَامُ الْمُؤْمِنُ الْمُهَيَّبُ الْعَزِيزُ الْجَبَّارُ الْمُتَكَبِّرُ سُبْحَانَ اللَّهِ عَمَّا يُشْرِكُونَ] هُوَ اللَّهُ الْخَالِقُ الْبَارِئُ الْمُصَوِّرُ لَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى يُسَبِّحُ لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ^٢.

وأيضاً ما ورد في سورة البقرة في قوله تعالى [اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ لَا تَأْخُذُهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ مَنْ ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَلَا يَئُودُهُ حِفْظُهُمَا وَهُوَ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ^٣.

أما في المسيحية فالله هو إله واحد، منذ الأزل وإلى الأبد، غير مُدْرَك، كلي القدرة وكلي العلم وهو خالق الكون والمحافظ عليه وهو ذو وجود يُشكّل المبدأ الأول

١ د. عمر سليمان الأشقر، شرح ابن القيم لأسماء الله الحسنى، دار النفائس، ٢٠٠٨، ص ٢٨.

٢ الآيات ٢٢، ٢٣، ٢٤ من سورة الحشر.

٣ الآية ٢٥٥ من سورة البقرة.

والغاية الأخيرة لكل شيء^١.

وهو متعالٍ عن كل مخلوق، مستقل عن الكون المادي لا يستطيع البشر معرفة ما هو الله، لكن يستطيعون معرفة صفاته، وما ليس هو^٢.

وفي الثناء على الله عز وجل وصفه ابن القيم بأنه "ذو الإفضال والإنعام، والمنن الجسام، والأأيادي العظام، ذو الجلال والإكرام، الملك القدوس السلام، الذي قدر مقادير الخلائق، فقدر أرزاقهم وآجالهم وكتب آثارهم وأعمالهم وقسم بينهم معاشهم وأموالهم وعرشه على الماء قبل خلق الليالي والأيام، فأبرم القضية وقدر البريه، وقال للقلم اكتب فجرى بما هو كائن في هذا العالم على تعاقب السنين والأعوام.

ثم خلق السماوات والأرض وما بينهما في ستة أيام، ثم استوى على العرش المجيد بذاته، منفرداً بتدبير خلقه بالسعادة والشقاء والعطاء والمنع والإحياء والإماتة والخفض والرفع، والإيجاد والإفناء، والنقض والإبرام، يسأله من في السماوات والأرض كل يوم هو في شأن.

فلا يشغله سمعٌ عن سمع، ولا تغلُّطه المسائل، ولا يتبرم بالحاح الملحِين على الدوام، يسمع ضجيج الأصوات، باختلاف اللغات، على تفنُّن الحاجات، ويرى

١ التعليم المسيحي للكنيسة الكاثوليكية، يوحنا بولس الثاني، روما ١٩٨٨، فقرة ٣٤.

٢ المرجع السابق، فقرة ٤٣.

دبيب النملة السوداء، تحت الصخرة الصماء في الليله المدلهمه الشديدة الظلام لا تسقط ورقة إلا بعلمه، ولا تتحرك ذرة إلا بإذنه ولا يقع حادث إلا بمشيئته، ولا يخلو مقدورٌ عن حكمته، فله الحكمة الباهرة والآيات الظاهرة، والحجة البالغة والنعمة السابغة، على جميع الأنام، وسع كل شئ رحمةً وعلماً وأوسع كل مخلوق فضلاً وجوداً وحكماً وقهر كل شئ عزةً وحكماً، فعنت الوجوه لجلال وجهه، وعجزت العقول عن معرفة كنهه، وقامت البراهين على استحالة مثله وشبهه...".

والله واجب الوجود فهو وحده القديم الأزلي الذي لا يحتاج في وجوده إلى مُوجدٍ، يدل على ذلك ما ورد في سفر إشعياء (٤٤ : ٦) أنه "الأول والآخر" و(٦٣ : ١٦) أنه "منذ الأبد اسمه" وما جاء في مزمور (٩٠ : ٢) من أنه "من قبل أن تُولد الجبال أو أُبدأت الأرض والمسكونة، منذ الأزل إلى الأبد أنت الله".

يتصفُ بالقدرة المطلقة التي لا حد لها ف "الله القادر على كل شئ" (تكوين ٤٨ : ٣)، و"كل شئ مستطاع عند الله" (متى ١٩ : ٢٦)، ويتصف بالإرادة فهو "الذي يعمل كل شئ حسب رأي مشيئته" (أفسس ١ : ١١).

كما أنه على علم أزلي تام بكل شئ، سميع بصير كليم، له الكمال والمحبة والعدالة والرحمة والثبات فهو لا يتغير كما ورد في سفر ملاخي (٣ : ٦) "لأنني أنا

١ فالموجود كما يقول الفلاسفة نوعان، ممكن الوجود، وواجب الوجود، أما ممكن الوجود فهو الحادث الذي لا يوجد إلا بسبب ولا ينعدم إلا بسبب لذلك فهو لا يتقدم السبب ولا يلزمه بل يكون بعده.

الرب، لا أتغير"، وهو حي لا يموت^١.

وقد أقر فلاسفة المسيحية بوحدانية الله فقال فكتور كوزان: "لما كان الله غير متناهٍ، كان هو الموجود الأوحد"، وقال توما الإكويني: "لو كان هناك إلهان لوجب أن يتمايزا فيما بينهما، فيصدق على الواحد شيء لا يصدق على الآخر، ولكان أحدهما تبعاً لذلك عدماً كاملاً، فلا يكون إلهاً"^٢.

وأخيراً استدلت ترتليان على وحدانية الله بكونه هو الله لأن الله لا يكون إلا فريداً في العظمة، ولا يكون فريداً في العظمة إلا من لا مساوي له ومن لا مساوي له لا يكون إلا واحداً مفرداً^٣. ويشهد الكتاب المقدس على الوحدانية بوضوح في سفر إشعياء، (٤: ٦) قول الله "أنا الأول والآخر ولا إله غيري" وقول النبي يعقوب: "الله واحد" (يعقوب ٢: ١٩).

ومع ذلك فإن المسيحيين في غالبيتهم يؤمنون بأن الله واحد في ثلاثة أقانيم هم الأب والكلمة (الابن) والروح القدس، فكما أن الإنسان هو روح ونفس وجسد،

١ عوض سمعان، الله في المسيحية، الكنيسة الإنجيلية بقصر الدويارة، الفصل الرابع، صفات الله، ص ٢٥ وما بعدها.

٢ وهذا المعنى هو ذات ما توصل إليه فلاسفة المسلمين مثل الفارابي، وابن سينا، وابن مسكويه، من ذلك ما قاله ابن سينا من أن "لكون إله واحد هو علة كل من عدها وما عدها من موجودات علوية وسفلية".

٣ عوض سمعان، الله في المسيحية، المرجع السابق، الباب الثاني: الله ووحدانيته، الأدلة، ص ٣٨.

والمادة لها ثلاث حالات سائل وصلب وغاز، فإن الذات الإلهية هي واحدة وإنما لها ثلاثة مظاهر^١.

وهذه الفكرة تُعدُّ صُلب الخلاف القائم بين رؤية المسلمين ورؤية المسيحيين للذات الإلهية، وإن اتفقت النظرتان على مبدأ التوحيد.

أما عن نظرة الديانة اليهودية للذات الإلهية فإن الله لديهم له وجودٌ واحد لا يطاق تقسيمه، ليس كمثل شئ هو رب إبراهيم واسحق ويعقوب، وهادي العالم ومنجي بني اسرائيل من العبودية؛ وقد ورد في سفر التثنية "اسمع يا اسرائيل: الرب إلهنا ربٌ واحد" (رقم ٦ : ٤).

نخلص مما تقدم إلى أن الذات الإلهية بهذا المعنى هي عنصر من عناصر الدين كمحل للحماية الجنائية في هذا النموذج التجريمي .

٢- المخلوقات ذات المكانة الدينية الخاصة:

١ يلاحظ أن هناك مذهب أو شكل من أشكال المسيحية يُعرف بالثالوثية، ويشكل عدد أتباع هذا المذهب أقلية بالنسبة للمسيحية الحديثة، فهناك حوالي ٢٨ مليون مسيحي في العالم لا يُنتمون إلى التقاليد المسيحية الثلاثة الكبرى، منهم كنيسة يسوع المسيح لقديسي الأيام الأخيرة المورون، وشهود يهوه، وجماعة العالم المسيحي، والأخوة المسيحية، والجمعية العامة للتوحيديين والكنائس المسيحية الحرة، وهذا المذهب يرفض عقيدة التثليث ويؤمن بأن ليسوع المسيح سلطة وقوة معنوية وليس إلهيه. وبالتالي فهو يخالف المسيحية التقليدية والكنائس التي تعتبر قرارات المجامع المسكونية نهائية وتستند إلى "قانون الإيمان" الذي صيغ في مجمع نيقية عام ٣٢٥م، ومجمع القسطنطينية الأول = = عام ٣٨١م ar.m.wikipedia.org

أولاً: البشر:

يتدرج الأشخاص من حيث أهميتهم الدينية، من أشخاص ذوي مكانة عالية ودور جوهري في تبليغ الرسالات السماوية ونشر الدين، بحيث يُعد الإيمان بهم جزءاً لا يتجزأ من الإيمان بالعقيدة كالأنبياء والرسل، إلى أشخاص لا تتجاوز أهميتهم الدينية دورهم المحدود في تعليم الدين والتوجيه إلى تعاليمه وكونهم يرمزون إليه، كالمشايخ والفقهاء في الإسلام، والقديسين والرهبان في المسيحية، والأحبار والكهنة في اليهودية.

فهل يُسوّى نص التجريم بين الأنبياء ومن دونهم في الحماية الجنائية؟ أو بمعنى آخر هل تعتبر جريمة التعدي العلني على الأديان متحققة في حالة الإساءة إلى نبيٍّ كما في حالة الإساءة إلى فقيه أو رجل دين؟

والحقيقة أن الأمر ملتبس بعض الشيء بالنظر للفتاوت الكبيرة بين أهمية النبي أو الرسول كبشري معصوم من الخطأ وكأنسان موحى إليه من الله، وبين أهمية أي بشري آخر مهما عَظُم قدره أو كبرت مكانته الدينية. ومع ذلك فإنه لا يمكن تجاهل حقيقة أن الإساءة إلى رجل الدين بدورها قد تجرح الشعور الديني لدى الأفراد، فما الذي قصده النص تحديداً؟

في محاولة الإجابة على هذا السؤال فإننا نذهب إلى تقسيم البشر ذوي
المكانة الدينية الخاصة إلى فئتين، الفئة الأولى وهي التي قصد المشرع شمولها
بالحماية الجنائية، بينما الفئة الأخرى لم يشملها بالحماية.

من يشملهم النص بالحماية الجنائية:

أ - الأنبياء:

عرّف ابن تيمية النبوة بأنها "واسطة بين الخالق والمخلوق في تبليغ شرعه،
وسفاره بين الملك وعبيده ودعوة من الرحمن الرحيم - تبارك وتعالى - لخلقه
ليخرجهم من الظلمات إلى النور وينقلهم من ضيق الدنيا إلى سعة الدنيا والآخرة"^١.

ولفظ نبي مشتق من "النبأ" وهو الخبر، وسمى النبي نبياً لأنه مُنبأ أو مُخَبَّر
من الله عز وجل بما يوحيه الله إليه من أمره وشرعه^٢.

والنبي هو الشخص الذي اصطفاه الله لتبليغ الوحي والدعوة إلى عبادته
وخلع عبادة ما سواه، وتبليغ الشريعة الربانية إلى الناس وتطبيقها ودلالاتهم إلى
الخير وتبشيرهم بالثواب المعد لهم إن فعلوه، وتحذيرهم من الشر وإنذارهم بالعقاب
المعد إن اقترفوه، وإصلاحهم بتقديم القدوة الطيبة والأسوة الحسنة من الأقوال

١ تقى الدين ابن العباس أحمد ابن تيمية، النبوات، دراسة وتحقيق، د. عبد العزيز بن صالح
الطويان، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ، ص ١٩.

٢ المعجم الوجيز، ١٩٩٨، ص ٥٩٨.

والأعمال^١.

وقد فرق جمهور أهل العلم بين النبي والرسول، فاعتبروا أن الرسول هو المبعوث إلى قوم برسالة جديدة وشرع جديد، أما النبي فهو من جاء لتذكير قومه برسالة سابقة^٢، فكل رسول نبي وليس كل نبي رسول والإيمان بأنبياء الله ورسله ركنٌ من أركان الإيمان، فلا يتحقق إيمان العبد حتى يؤمن بجميع الأنبياء، ويصدق بأن الله تعالى أرسلهم لهداية البشر وارشاد الخلق.

والأنبياء عليهم الصلاة والسلام معصومون عن الكفر والبدعة وعن كبائر وصغائر الذنوب بالعمد وذلك في زمان النبوة أو منذ نزول الوحي عليهم، وإلى ذلك ذهب غالبية أهل العلم^٣.

وهم بذلك يتميزون عن باقي بني البشر، ولذا فالأنبياء هم القدوة التي أمر الناس باتباعها.

ومن الأنبياء آدم وإدريس ونوح وهود وصالح وإبراهيم ولوط وإسماعيل وإسحاق

١ ابن تيمية، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

٢ أصول الدين لعبد القاهر بن طاهر البغدادي، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠١ هـ - ص ١٥٤ وما بعدها.

٣ الفخر الرازي، عصمة الأنبياء، مجموعة مصادر سيرة النبي والأئمة، ١٤٠٦ هـ، مطبعة الشهيد، منشورات الكتبي النجفي، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، شبكة راقد للتنمية الثقافية، ص ٩.

ويعقوب ويوسف وأيوب وموسى وهارون وداوود وسليمان وإلياس واليسع ويونس
وزكريا ويحيى وعيسى ومحمد (عليه الصلاة والسلام) ^١.

ب - الصحابة:

الصحابة هم "كل من لقي الرسول (ﷺ) مؤمناً به ومات على ذلك" ^٢،
والصحابة وإن لم يكونوا بشراً معصومين من الخطأ ومن ارتكاب الذنوب إلا أن لهم
من المكانة الخاصة والمرتبة الرفيعة في الدين الإسلامي ما ليس لأحد بعدهم، فهم
خير الناس بعد الأنبياء عليهم السلام وفي ذلك قال رسول الله (ﷺ) "خير الناس
قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم" ^٣، كما قال عنهم رب العزة في قرآنه:
[وَالسَّابِقُونَ السَّابِقُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ
الْفَوْزُ الْعَظِيمُ] ^٤.

ويتبدى فضل الصحابة وخصوصية مكانتهم في قيامهم بدور الوساطة بين
رسول الله وأمتة، فهم من حفظوا كتاب الله وسنة رسوله وتعلموا العلم الشرعي،

١ انظر بتوسع فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي، قصص الأنبياء ومعها سيرة الرسول عليه
الصلاة والسلام، للناشر حسن محمود، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.

٢ المعجم الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم ١٩٩٨، ص ٣٦٠.

٣ صحيح البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل أصحاب النبي، ٣/١٣٣٥ رقم ٣٤٥١.

٤ سورة التوبة الآية ١٠٠.

فدرسوا معاني القرآن الكريم وفقهوا الحديث، ثم بلَّغوا ونقلوا ما حفظوه لمن جاء بعدهم.

هذا فضلاً عن ما عُرف عنهم من مناقب وصفات ومحامد واسهامات جليله في الجهاد في سبيل الله والهجرة ونصرة نبي الله ودينه، وهو ما يجعل لهم الفضل على كل من جاء بعدهم، وبالتالي يكونون جديرين بمحبة المؤمنين وموالاتهم والإعتراف لهم بالفضل والمكانة الرفيعة.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم الإساءة إلى الصحابة الأخيار، وأن ذلك من كبائر الذنوب، بل إن بعض الفقهاء قد ذهب إلى كفر من يسئ إلى الصحابة، بينما فرَّق جمهور الفقه بين من يسئ إلى أزواج النبي أو من ثبت فضله من الصحابة، وبين المسئ إلى غيرهم من الصحابة، فالأول كافر، أما الثاني فمرتكب لإثم عظيم^١.

وأزواج النبي من جملة الصحابة إلا أن لهم ميزة خاصة يفسرها شدة قربهم من النبي وتلقيبهم بأمهات المؤمنين من قبل المولى عز وجل في قوله تعالى [النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ]^٢.

أما من ثبت فضله من الصحابة، فالمراد بهم من ثبت في حقهم فضائل

١ رزيق بخوش، الحماية الجنائية للدين الإسلامي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الحاج خضر، باتنة، ص ١٢٨.

٢ سورة الأحزاب الآية ٦.

خاصة تميزهم عن سائر الصحابة، كالشيخين أبي بكر وعمر وباقي الخلفاء الأربعة، عثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب ابن عم رسول الله وصهره، والعشرة المبشرين بالجنة^١.

والحق أن مكانة الصحابة لا خلاف عليها عند أهل السنة والجماعة، وأما غيرهم من المسلمين كبعض الشيعة والخوارج فلهم مواقف معادية لبعض الصحابة سببها الخلاف حول قضية الإمامة^٢.

وعلى النقيض من أهل السنة فقد نسبوا العصمة لمن هم دون الأنبياء والصحابة من الأئمة؛ واعترفوا لهم بمكانة تكاد تصل إلى مكانة الأنبياء إن لم تجاوزها^٣.

١ حاشية ابن عابدين، توفي ١٢٥٢هـ، الطبعة الأولى تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، زين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الطبعة الأولى: تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

٢ كُفِّر الخوارج بعض الصحابة كعثمان ابن عفان وطلحة بن الزبير وعائشة أم المؤمنين، ومن أهم فرقهم المُحَكِّمة الأولى، والأزارقه والنجدات والصفرية والإباضية، كما نسب بعض غلاة الشيعة الكثير من التهم والافتراءات إلى الصحابة الأجلة، من هؤلاء البعض من أتباع الشيعة الإمامية الاثنا عشرية والشيعة الإسماعيلية؛ انظر في تفصيل ذلك، د. أحمد محمد أحمد جلي، دراسة عن الفرق وتاريخ المسلمين "الخوارج والشيعة"، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ١٦٤ وما بعدها.

٣ الأئمة الاثنا عشر المعصومون لدى الشيعة هم: علي بن أبي طالب، الحسن بن علي، الحسين بن علي، علي زين العابدين، محمد الباقر، جعفر الصادق، موسى الكاظم، علي الرضا،

وذلك التناقض بين موقف أهل السنة والشيعة يجعل من الصعوبة بمكان القول بإمكانية احتواء كلا الاتجاهين في إطار تفسير نص التجريم، وبالتالي فلا محيص عن تفضيل مذهب أهل السنة والجماعة الذي هو مذهب الدولة المصرية.

وعليه فإن الصحابة وحدهم من بعد الأنبياء هم المشمولون بحماية النص، لما لهم من مكانة عظيمة في الإسلام مما يجعل الاساءة إلى أيّ منهم جرماً لمشاعر المسلمين ومساساً بالدين الإسلامي.

ويختلف في ذلك مسلك المشرع المصري عن مسلك المشرع العراقي، الذي جرّم صراحة الإهانة العلنية لرمز أو شخص يكون موضع تقديس أو تمجيد أو احترام لدى طائفة من الطوائف؛ ويكون المشرع العراقي بهذا التجريم قد وسع بشدة من نطاق السلوكيات التي تتحقق بها جريمة التعدي العلني على الأديان، والاختلاف بين التشريعين في هذه النقطة إنما يفسره اختلاف أكبر وأكثر عمقاً في طبيعة المجتمع وتكوينه وأيدلوجياته وتاريخه.

محمد الجواد، علي الهادي، الحسن العسكري، وأخيراً محمد المهدي؛ وقد تفرعت عن الشيعة الإمامية الاثنا عشرية فرقة سميت بعد ذلك بالشيعة الإسماعيلية اختلفت عن الاثنا عشرية في إمامة موسى الكاظم فلم يعترفوا بإمامته وساقوا الإمامة لإسماعيل الذي عُرفوا باسمه؛ انظر د.أحمد محمد جلي المرجع السابق ص ٢٠٢، وانظر أيضاً د. صلاح محمود العادلي، الشيعة وفرقها قراءة معاصرة.

من لا يشملهم النص بالحماية الجنائية:

(رجال الدين):

القاعدة أن أي شخص مهما بلغت مكانته الدينية و عُرف عنه الصلاح والإيمان وتفقه في أمور الدين، لا يمثل الدين أو يرمز له، ويبقى مجرد إنسان عادي غير معصوم من الأخطاء والذنوب ولا مُمَيِّزٍ بوحى يوحى إليه وبالتالي فهو لا يمثل إلا نفسه وشخصه ولا يتمتع بأية أفضلية على الآخرين ممن لا يشغلون ذات المنصب الديني أو يقومون بدور مباشر في خدمة الدين أو تعليمه أو تبليغه.

ويُستدل على ذلك من مبدأ المساواة الذي أرسلته الشرائع السماوية من قبل أن تؤكد الدساتير والقوانين الوضعية في كل مكان.

ويقودنا ذلك إلى القول بأن توجيه الإهانة أو السب أو السخرية إلى شيخ أو عالم دين أو قسيس أو راهب أو كاهن لا ينصرف إلى الدين نفسه، مهما بلغت مكانه الدينية للشخص الموجه إليه الإساءة ومهما بلغ احترامه وتقديره في قلوب المنتمين إلى الدين؛ وتقتصر الواقعة في وصفها على كونها واقعة سبّ ليس إلا.

وتتطبق ذات القاعدة على قدامى الفقهاء والعارفين في أي زمان ومكان وحتى واضعي المذاهب الأربعة، وكذلك التابعين والأئمة الذين اعتبرهم الشيعة من المعصومين.

رجال الدين المسيحي من قساوسة وياباوات ورهبان وحتى من اعتُبروا

منهم كقديسين، وكذلك رجال الدين اليهودي من كهنة وأحبار وغيرهم.

وإذا كانت الاساءة إلى مثل هؤلاء الأشخاص قد تمثل عدواناً على المصلحة محل الحماية في هذه الجريمة، والتي هي الشعور الديني للأفراد من ناحية وكذلك النظام العام والسلام الإجتماعي من ناحية أخرى، فإن هذا العدوان لا يرقى ولا يصل في خطورته إلى حد العدوان على سير الأنبياء والصحابة والذات الإلهية من قبلهم، كما أن نص التجريم في إجماله ومحدودية ألفاظه لا يمكن صرفه إلا إلى ما ينتمي للأديان بحيث يُشكل عنصراً داخلاً في تكوينها لا خلاف على قدسيته. فقد جرم المشرع "كل تعدٍ يقع على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً" ولم يتناول بالتجريم في هذا النص التعدييات التي قد تقع على أفراد ذوي مكانة دينية خاصة أو يحوزون على تقدير واحترام المنتمين إلى أحد الأديان.

ثانياً: الملائكة:

هم خلق من خلق الله تعالى، خلقهم من نور، مربيون مسخرون، عباد مكرمون، لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون، لا يوصفون بالذكورة ولا بالأنوثة، لا يأكلون ولا يشربون ولا يملون ولا يتعبون ولا يتناكحون لا يعلم عددهم إلا الله^١.

وللملائكة قدرة على التشكل في هيئة غير هيئتهم فقد يتجسدون في صورة

١ د. عمر سليمان الأشقر، عالم الملائكة الأبرار، مكتبة الفلاح، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م، ص ٩ وما بعدها.

البشر، كما يتصفون بالسرعة وبالعلم وبالتنظيم وبالعصمة فهم محبوبون على الطاعة ولا قدرة لهم على معصية الخالق عز وجل^١.

وقد ذُكر منهم في القرآن والسنة، جبريل وميكائيل وإسرافيل ومالك ورضوان ومنكر ونكير وهاروت وماروت ، والإيمان بوجود الملائكة ومكانتهم وأنهم من رُسُل الله ركن من أركان الإيمان لقوله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَالْكِتَابِ الَّذِي نَزَّلَ عَلَى رَسُولِهِ وَالْكِتَابِ الَّذِي أَنْزَلَ مِنْ قَبْلُ وَمَنْ يَكْفُرْ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا بَعِيدًا]^٢. وكذلك قوله [مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ فَإِنَّ اللَّهَ عَدُوٌّ لِلْكَافِرِينَ]^٣.

وفي المسيحية الملائكة هم مخلوقات أقوى من البشر يعيشون في السموات (٢ بطرس ٢: ١١)، (١ ملوك ٨: ٢٧؛ يوحنا ٦: ٣٨).

و الملائكة بهذا المعنى هم عنصر آخر من عناصر الدين الذي هو محل الحماية الجنائية في جريمة التعدي العلني على الأديان .

١ ابن كثير، البداية والنهاية، الجزء الأول، بيت الأفكار الدولية، كتاب بدء الخلق، ص ٤٤ وما بعدها.

٢ سورة النساء الآية ١٣٦ .

٣ سورة البقرة الآية ٩٨، وانظر في الإيمان بالملائكة، البيهقي، الجامع لشعب الإيمان، =الجزء الأول، تحقيق د. عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد، ٢٠٠٣، ص ٢٩٦.

٣- الشعائر والطقوس والمعلوم من الدين بالضرورة:

يُقصد بالشعائر الدينية العبادات والممارسات الطقسية والأعياد والاحتفالات والتجمعات الدينية وهي ممارسات مادية متكررة ترتبط بأوقات أو مناسبات معينة ولها أصداء روحية لدى المنتمين للدين.

ويُمثّل للشعائر في الدين الإسلامي بالصلاة والصوم والزكاة والحج وذبح الأضاحي في العيد^١.

وفي المسيحية تعبر الطقوس عن الرابطة الطبيعية بين الروح والجسد، ومصدرها الكتاب المقدس وقوانين المجامع المسكونية والآباء البطارقة.

مثل رسم الصليب وتقديم الذبائح وأسبوع الآلام وصوم الميلاد المجيد والصوم الكبير ومسحة المرضى وأسرار الكنيسة كالتناول والمعمودية.

وتعرف اليهودية طقوساً خاصة بها كـ "المزوزا" وتعني كتابة آيات من

١ قضت محكمة جنح مستأنف السيدة زينب بتاريخ ٢٤/١١/٢٠١٦ بالحبس ستة أشهر مع إيقاف التنفيذ على الكاتبة "فاطمة ناعوت" لاساءتها لشعيرة ذبح الأضاحي لدى المسلمين في تدوينه لها على أحد المواقع الإلكترونية، وكانت المحكمة قد قالت في حيثيات حكمها أن المتهمه "حَقَّرت من سنة مؤكدة وهي شعيرة الأضحية معتبرة إياها شهوة دموية كشهوة القتل عند بعض المجرمين، بل إنها استتكرت حدوثها من الأساس، كما أنها تقولت على الله كذباً من خلال إنكارها أن ما وقع لنبي الله إبراهيم من رؤيا صالحة بتوصيفها أنه "كابوس" وقالت أن الأضحية تعتبر شهوة نحر وسلخ. ويلاحظ أن المحكمة قد طبقت على الواقعة نص جريمة استغلال الدين مادة ٩٨ و وكان الأوفق أن تطبق نص المادة ١٦١ والمتعلقة بالإساءة العلنية إلى الأديان.

التوراة على أوراق تعلق على أبواب البيوت أو تطوى وتوضع في كوات بأماكن متفرقة في البيت، وهناك وجبه "الشبات" أو وجبه يوم السبت وهي وجبه احتفالية للعشاء تجتمع حولها الأسرة المتدينه بعد تلاوة القداس "الكيدوش" وإيقاد الشمعدانات^١.

أما الرموز فنعني بها كل شكل أو رسم أو علامة تشير وتدل دلالة واضحة على الدين أو على شئ من شعائره وطقوسه مثل شكل القبه أو المآذن أو صورة الكعبة أو المسجد النبوي أو الأقصى الشريف أو ما يشير إلى الزبي الإسلامي (الحجاب) من صور أو رسوم.

وفي المسيحية تُعد صورة الصليب أو الرسوم والصور المُتخيلة (المفترضة) للمسيح أو العذراء رموزاً تشير إلى الديانة المسيحية.

وترمز "الكيباه" أو القبعة الصغيرة مثلاً إلى الديانة اليهودية؛ وكذلك نجمة داوود.

ولا تقتصر حماية النص في رأينا على شعائر الأديان وأركانها وما يرمز إليها وإنما تتجاوز ذلك إلى ما يكون معلوماً من الدين بالضرورة بحيث يعد انكاره أو جرده أو الاساءة إليه محققاً لجريمة التعدي العلني على الأديان.

وقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح المعلوم من الدين بالضرورة

١ أضواء على اسرائيل، مركز الإعلام الاسرائيلي، أيار ١٩٩٨.

بكونه العلم أو الأحكام الدينية التي لا تحتاج إلى نُظُر أو استدلال بحيث يستوي في معرفتها العامة والخاصة^١. أو هو "ما ثبت بنقل الأمة المتواتر عن نبيها، وظهر ذلك بين العام والخاص؛ وهذا تعريف الحنابلة ويسمى عندهم بالأحكام الظاهرة المتواترة أي التي ظهر حكمها بين الناس بحيث لا تخفى على أحد"^٢.

والمعلوم من الدين بالضرورة قد يكون أحكاماً اعتقادية كوجود الله تعالى واستحقاقه للعبودية، وأنه تعالى أرسل الرُّسل وأنزل عليهم الكتب، وأن الموت حق، والجنة والنار حق وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور؛ ومثل ذلك من الأمور الغيبية التي ورد النص عليها في الكتاب والسنة المتواترة نصاً صريحاً لا يحتمل التأويل واشتهر علمها عند الناس عامتهم وخاصتهم.

وقد يكون المعلوم بالضرورة أحكاماً عملية سواء كانت واجبات أو محرمات أو مستحبات أو مباحات مثل وجوب الصلوات الخمس ووجوب الزكاة في الزروع والنقود والأنعام، واستحباب صلاة العيدين وصلاة الجنازة وصيام عرفه، وتحريم الزنا واللواط وشرب الخمر وأكل الميتة والقمار والكذب وشهادة الزور، وإباحة البيع والنكاح والعمل والسفر وغير ذلك.

١ رزيق باخوش، الحماية الجزائية للدين الإسلامي، دراسة مقارنة، جامعة الحاج خضر، باتنة، المرجع السابق، ص ٦٠.

٢ المغنى: موفق الدين بن قدامه، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م، ٨٥/١٠.

وقد نص القانون الجزائري صراحة على تجريم إنكار ما عُلم من دين الإسلام بالضرورة في المادة ١٤٤ مكرر من قانون العقوبات بقوله: "يُعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسين ألف دينار جزائري إلى مائة ألف دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أساء إلى الرسول أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأي شعيرة من شعائر الإسلام..".

٤ - الكتب المقدسة:

يختلف مصطلح الكتب المقدسة عن مصطلح "الكتب السماوية" حيث أن الكتب المقدسة تشمل إلى جوار الكتب السماوية التي أنزلت وحياً على رُسل الله، كل كتاب آخر يُعتبر مقدساً أو ذا أهمية دينية خاصة في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً.

وهو المصطلح الذي استخدمه المشرع المصري حين ضرب مثلاً على التعدي العلني على الأديان بفعل "طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً إذا حُرّف عمداً نص هذا الكتاب تحريفاً يغير من معناه".

وذلك على النقيض من المشرع الإماراتي الذي استخدم لفظ "الكتب السماوية" وبالتالي قصر الحماية الجنائية على الكتب الموحى بها من السماء إلى الأرض دون غيرها.

إن يُستفاد من لفظ الكتب المقدسة في القانون المصري اسباغ الحماية على الكتب السماوية كالقرآن الكريم والسفر الخمسة الأولى للتوراة، وهي ما يُعرف بـ "توراة موسى" والتي تشمل سفر التكوين، والتثنية، والخروج، واللاوين، والعدد.

وكذلك الكتب المقدسة من غير الكتب السماوية، من ذلك الكتب الجامعة للسنة النبوية الشريفة كصحيح بخاري وصحيح مُسلم وسنن النسائي وأبي داود والترمذي وابن ماجه، في الإسلام على اختلاف بين الفقهاء في مدى استحقاقها لصفة التقديس نوره في موضع لاحق من الدراسة .

وفي اليهودية أسفار الكتابات وأسفار الأنبياء كسفر يشوع وسفر القضاة وسفر صموئيل وإرميا وحزقيال؛ والتي تحوي قصص وتاريخ الأنبياء والملوك اليهود.

وكذلك كتب التلمود والذي ينقسم إلى قسمين الميشناه والجمارا، وهو كتاب تعليم الديانة اليهودية ويحوي تدوين لنقاشات حاخامات اليهود حول الشريعة اليهودية، والأخلاق والأعراف وقصص موثقة من التراث اليهودي ويُعد المصدر الثاني للتشريع لديهم^١.

أما في المسيحية فالكتاب المقدس هو العهد الجديد ويحوي ٢٧ سفر وُضعت باليونانية أواخر القرن الأول، ومصدرها العهد القديم (التوراة) وتعاليم

١ د. أحمد ابيش، التلمود كتاب اليهود المقدس، دار قتيبة، دمشق، ٢٠٠٦، ص ٢٨ وما بعدها.

المسيح التي تناقلها شفهيًا حتى دونت في العام ١٢٠م.

ويضم العهد الجديد أنجيل خمسة، وهم انجيل متى ومرقس ولوقا ويوحنا وأعمال الرسل ودونت بين أعوام ٧٠ و١٠٠م، بالإضافة إلى الرسائل، كرسائل بولس الرسول ورؤيا يوحنا اللاهوتي^١.

وتتناول الأنجيل قصة حياة السيد المسيح وبداية ظهور المسيحية؛ ووعود للمؤمنين ورجاء الحياة الأبدية مع المسيح.

العنصر الثاني : فعل التعدي :

وأفعال التعدي على الأديان لا تقع تحت حصر ومع ذلك فلا يُتصور أن تخرج عن أربعة صور وهي:

الصورة الأولى: الإنكار :

قد ينصب الإنكار أو الجحود على وجود الله أو على ربوبيته أو ألوهيته أو صفة من صفاته كنفى كونه الخالق أو الرازق أو المحيي أو المميت.
وقد ينصرف إلى وحدانية الله، أو استحقاقه للعبادة دون غيره.

كما قد ينصب الإنكار على نبوة الرسول الكريم "محمد" أو نبوة أي من

١ تراث الكنيسة القبطية الأرثوذكسية، موقع الأنبا تكلا هيمانوت: St-Takla.org.

الأنبياء الآخرين، ونزول الوحي عليهم من الله عز وجل^١.

أو تُجدد عصمة الأنبياء وينسب إليهم ما لم يكن فيهم من صفات أو معاصي أو ذنوب.

وقد يتناول الإنكار، إنكار الشعائر الدينية أو أركان الدين والمعلوم منه بالضرورة؛ أو وجود الملائكة أو صفاتهم أو قدراتهم كون البعض منهم رسل من الله إلى أنبياءه.

أيضاً يمكن أن ينصب الإنكار على الكتب المقدسة، فينكر منكر نزول القرآن على سيد الخلق محمد أو نزول التوراة على موسى.

وأخيراً قد يتعلق الإنكار بجحود مكانة الصحابة وأزواج النبي وأدوارهم ممن كان لهم فضل كبير من انتشار الإسلام ونصرته في بواكير ظهوره.

والسؤال هنا هل يُعد الإنكار المجرد لأحد العناصر السالفة محققاً للركن المادي لجريمة التعدي العلني على الأديان؟

والإجابة عن هذا السؤال تتوقف على ماهية العنصر (الحقيقة الدينية) الذي انصب عليه الإنكار؛ ويمكن توضيح ذلك من خلال التفارقة بين شكلين من أشكال الإنكار.

١ د. محمد السعيد الفزعه، الحماية الجنائية للأديان السماوية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة طنطا ٢٠١٧، ص ١٧٦.

أولاً: إنكار وجود الله أو أي من صفاته؛ أو وجود الملائكة:

إن إنكار وجود إله للكون أو إنكار كونه الخالق أو الرازق أو إنكار وحدانية الله واستحقاقه للعبادة، أو أي من صفاته الأخرى يُعد محققاً لجريمة التعدي على الأديان إذا تم بوسيلة علنية وسواء كان الإنكار صريحاً أو ضمناً يفهم من مجمل الكلام، ومهما كان نوع السياق الذي ورد فيه هذا الإنكار ولو كان مجرد تعبير عن رأي أو فكر أو عقيدة لدى المنكر، حيث أن حقيقة وجود الله وصفاته ووحدانيته هي من الحقائق التي تعترف بها الأديان السماوية الثلاث وتتفق عليها، وبالتالي فإن إنكار هذه الحقيقة علانية يمثل تعدٍ على الأديان الثلاث وبالتالي خرقاً للنظام العام في الدولة ومساساً بالشعور الديني لدى كافة المنتمين إلى هذه الأديان. وقد يقول قائل بأن المواثيق الدولية وكافة دساتير العالم ومن بينها الدستور المصري قد كفلت حرية الاعتقاد وحرية التعبير وتبعاً لذلك فإنه يحق لكل إنسان أن يعتقد ما يشاء ولو كان يعتقد أفكاراً إلحادية أو لا دينية ، وقد عبّر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (١٨) منه عن هذه الحرية حين قال: "لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته، وحرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء كان ذلك سراً أو مع الجماعة". وكذلك المادة (٩) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي نصت بدورها على حق الشخص في حرية التفكير والضمير والدين، وحق الفرد في تغيير دينه أو معتقده وممارسته سراً وعلانية.

وإذا كان الدستور المصري يكرس حرية العقيدة بدوره إلا أنه وكما أسلفنا في موضع سابق يُقصر الحق في ممارسة الشعائر على الديانات السماوية الثلاث دون غيرها.

وبالتالي فإن حرية العقيدة والفكر خارج نطاق الأديان السماوية مكفولة، وإنما في نطاق بعيدٍ عن العلنية أو عن التعبير العلني عنها^١.

ثانياً: إنكار نبوات الأنبياء أو مكانة الصحابة أو أحد الطقوس أو الشعائر الدينية أو الكتب المقدسة:

أو بتعبير آخر إنكار كل ما عدا البند أولاً من الحقائق الدينية، و فيما يتعلق بإنكار الكتب المقدسة أو بعض ما جاء فيها ، نجد مثلاً أن إنكار نزول القرآن على النبي محمد مما يحقق ماديات التعدي اذا تحقق شرط العلانية ، و كذا إنكار أى من آياته ، إذا وقع الإنكار ممن يدين بالاسلام ، و هذا أمر بديهى إذ أن القرآن هو كتاب المسلمين المنزل على نبيهم و الذى يعد الايمان به ركناً أساسياً من أركان الاسلام يرتبط بالشهادة لرسول الله محمد بالنبوة و الرسالة ، و قد استمر

^١ وقد قضت النقض بأن "أحكام الردة لا تنتافى مع حرية العقيدة التي كفلها الإسلام، فليس لأحد أن يحمل إنساناً على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها، لقوله تعالى [أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ]... ودخول الشخص في الإسلام مفاده التزامه بأحكامه ومنها أحكام الردة إذ لا يمكن فصل المعتقد عن آثاره المحسوسة في السلوك".

الطعون رقم ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق "أحوال شخصية"، جلسة ١٩٩٦/٨/٥، س ٤٧، ج ٢، ص ١١٣٤.

نزول القرآن الكريم على النبي محمد مدة ثلاثة وعشرين عاماً؛ إذ أوحى الله - تعالى- به إليه بعد أن بلغ الأربعين من عمره، وأول نزول القرآن الكريم على محمد كان في ليلة القدر، من شهر رمضان، قال تعالى: (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ)، وأول ما نزل من القرآن على الرسول هو صدر سورة العلق، وهي الآيات الكريمة: (اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ * اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ * الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ * عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ) .

و قد توفى النبي والقرآن محفوظ في صدور الصحابة من الحفظه ، ومكتوب في الرقاع واللخاف والعصب لكنه مفرق ولم يرتب في مصحف واحد إلا في عهد أبي بكرالصديق ،الذي قرر جمعه في مصحف واحد نزولاً على رأى عمر بن الخطاب من بعد استشهاد عدد كبير من الحفظه في معركة اليمامة نهاية العام الحادى عشر للهجرة^١ . و إذا كان القرآن الكريم هو الكتاب السماوى الوحيد و المصدر الأول للتشريع فى الاسلام ، فإن هناك مصدراً ثانياً ذا أهمية كبيرة للمسلمين و هو السنة النبوية الشريفة ، فما هى السنة و هل هى مشمولة بهالة

^١ وقد كلف أبو بكر زيد بن ثابت بتتبع الوحي وجمعه، فجمعه زيد من الرقاع والعصب واللخاف وصدور الرجال ، وحرص زيد بن ثابت على التثبيت مما جمعه، ولم يكتف بالحفظ دون الكتابة، فحرص على المطابقة بين ما هو محفوظ ومكتوب فكان ذلك، أول جمع للقرآن بين دفتين في مصحف واحد. واحتفظ أبو بكر بالمصحف المجموع حتى وفاته، ثم أصبح عند حفصة بنت عمر ثم تم نسخه و توزيع نسخه على المدن الاسلامية فى عهد عثمان بن عفان رضى الله عنه .

التقديس؟ فماذا إذا وقع الإنكار عليها أو على بعض مما جاء فيما ؟

تُعرّف السنة فى اصطلاح علماء أصول الفقه بأنها : " أقوال النبي ، وأفعاله، وتقريراته، التي يُستدلُّ بها على الأحكام الشرعية "، و هى عند المحدثين : " أقوال النبي وأفعاله وتقريراته وصفاته، وسائر أخباره قبل البعثة وبعدها ."

و لم يتم جمع السنة و تدوينها الا فى عصر متأخر نسبياً خشية اختلاطها بالقرآن الكريم ، حيث بدأ تدوين السنة فى عهد عمر ابن عبد العزيز (٦١ - ١٠١ هـ) ولم يتم تنقيحها و تبويبها و تهذيب مؤلفاتها الا على أيدي علماء أجلاء على رأسهم الامام البخارى (١٩٤-٢٥٦ هـ) و الامام مسلم (٢٠٤ - ٢٦١ هـ)

و يذهب علماء الحديث الى اتباع التقسيم الذى وضعه الامام الترمذى و الذى قسم الأحاديث الى ثلاثة أنواع أو ثلاث مراتب : الصحيح يليه الحسن ثم الضعيف .

و الحديث الصحيح هو ما ما توافرت فيه شروط الصحة كاتصال السند^١ وعدالة الرواية^٢

^١ المراد باتصال السند أن يكون كل راو أو ناقل ، قد روى عن قبله ، و هكذا من أول الاسناد الى آخره حتى يصل الى رسول الله عليه الصلاة و السلام .

^٢ والمعنى أن يكون الراوى موثقاً فى دينه بأن تتوافر فيه شروط الاسلام و البلوغ و العقل و السلامة من أسباب الفسق و خوارم المروءة و هناك من علوم الحديث ما يتخصص فى دراسة أحوال الرواة كعلم الجرح و التعديل و علم تاريخ الرواة .

و ضبط الراوى^١ و كون الحديث خالياً من الشذوذ (ألا يكون مخالفاً لرواية آخرين من الثقات) ، و خلوه من العلل القاذحة^٢.

والحديث الصحيح نوعان : متواتر و غير متواتر أو ما يطلق عليه " خبر الآحاد " فأما الحديث المتواتر فهو ما رواه جماعة يستحيل فى العادة تواطؤهم على الكذب عن مثلهم و أسندوه الى شىء محسوس ، و يصحب خبرهم إفادة العلم بنفسه لسامعه ، و لا خلاف بين العلماء فى أن الأحاديث المتواترة لفظاً أو معنى قطعية الثبوت أو مقطوع بصحة نسبتها الى قائلها و لذلك يعد انكار الحديث المتواتر كفر لدى اجماع الفقهاء لكونه تكذيب للنبي □^٣.

بينما الحديث غير المتواتر هو الذى لم يبلغ حد التواتر لقلّة رواته فى جميع طبقات الاسناد أو بعضها^٤ ، و هذا النوع من الحديث مختلف فى مدى حجّيته ، فيذهب بعض الفقه الى أن ما أخرجه الشيخان البخارى و مسلم من الأحاديث الصحيحة غير المتواترة يفيد العلم اليقيني و المقطوع بنسبته الى النبي

^١ والمقصود بضبط الراوى أن يكون موثقاً فى روايته و ذلك بأن يكون معروفاً بالحفظ و التيقظ لما يرويه .

^٢ والعلل منها الظاهر و منها الخفى ، من ذلك أن يروى الراوى عن انسان عاصره بكلمة عن و هو لم يسمع منه مباشرةً برغم معاصرته له..

^٣ د. عبد الله بن عبد الرحمن الشريف ، حجية خبر الآحاد فى العقائد و الأحكام ، وزارة الشؤون الاسلامية و الدعوة و الارشاد ، المدينة المنورة ، ص ٢٨ و ما بعدها .

^٤ المقصود تسلسل الرواة بداية من الصحابى الذى روى عن النبي صلى الله عليه و سلم و انتهاء بآخر الرواة فى السلسلة .

عليه □ ما عدا الأحاديث المنتقدة فيهما لعدم اجماع الأمة على تلقئها بالقبول^١ ، بينما يذهب آخرون الى أن الأحاديث الصحيحة غير المتواترة و لو وردت في الصحيحين هي أحاديث ثابتة بالظن لا بالعلم لأنها من قبيل الآحاد طريقها ظني^٢ و لذا اختلف العلماء في مدى حجية أخبار الآحاد بين قائل بحجيتها مطلقاً و بين منكر لحجيتها مطلقاً و بينهما من يعلق حجيتها على شروط ، ومع ذلك فعلماء أهل السنة يجمعون على حجية خبر الآحاد في الأحكام و العقائد لاسيما ما جاء في الصحيحين .

أما الحسن : فهو ما استوفى شروط الصحيح عدا شرط " ضبط الراوى " الذى قد يكون غير تام^٣ و للحديث الحسن مرتبتان : الحسن لذاته و الحسن لغيره ، و جمهور العلماء يذهبون الى العمل بالحديث الحسن و الاحتجاج به اذا كان حسناً لذاته و أما الحسن لغيره فيشترط أن تتعدد طرقه كى يحتج به .

الحديث الضعيف : و هو ما افتقد شرطاً أو أكثر من الشروط الجوهرية لصحة الحديث كاتصال السند أو عدالة الراوى ، و الأصل فى الحديث الضعيف ألا حجية له الا اذا توافرت فيه شروط خاصة .

^١ د. ناجى جبار عزيز ، ما تلقته الأمة بالقبول و نماذج فقهية مما ثبت به ابتداءً ، كلية الامام الأعظم الجامعة ، العراق ، ص ٤٨٧ و ما بعدها .

^٢ د. عبد الله عبد الرحمن الشريف ، المرجع السابق ، ص ٥٣ و ما بعدها .

^٣ د. أحمد عمر هاشم ، قواعد أصول الحديث ، طبعة المعهد العالى للدراسات الاسلامية ، ص ٧٣ و ما بعدها .

و يبنى على ما سبق أنه لكي يتحقق انكار السنة كصورة من صور التعدى العلنى على الدين الاسلامى لابد أن يقع الانكار على حديث مقطوع بنسبته الى النبى ، و ذلك ان توافر فى الأحاديث الصحيحة فقد لا يتوافر فى الأحاديث ذات المراتب الأدنى كالحسن أو الضعيف ، بالإضافة الى أن مناقشة و "لا نقول انكار" الأحاديث الصحيحة غير المتواترة (أخبار الآحاد) من حيث مدى نسبتها حقيقةً الى النبى لاسيما فى اطار البحث العلمى " الدينى " مع سياقة ما يدل على ذلك من وجهة نظر صاحب الرأى ، لا يشكل فيما نرى ركناً مادياً لجريمة التعدى . خصوصاً و أن إيراد الأحاديث الصحيحة لم يقتصر على الشيخان ، فهناك من الصحيح ما تركه الشيخان و أورده غيرهما بشروط صحة تختلف عما صنف على أساسها الشيخان الأحاديث التى أورداها فى مؤلفيهما¹

وفي رأينا أن هذا الإنكار بوجه عام لا يتحقق به الركن المادي لجريمة التعدى العلنى على الدين (يكون خارج دائرة التجريم) إذا توافرت فيه شروط ثلاثة:

١- أن يكون إنكار حقيقة دينية لدى دين يستوجبه الإقرار بحقيقة دينية معاكسة لدى دين آخر من الأديان الثلاثة (مثل إنكار نبوة الرسول محمد من قبل النصارى أو إنكار القرآن ككتاب سماوي، حيث أن هذا الإنكار تفترضه الحقائق الدينية

¹ من ذلك كتاب المستدرک للحاكم ، و صحيح ابن حبان ، أما الكتب الجامعة للحديث المتواتر دون غيره فمن أهمها نظم المتناثر من الحديث المتواتر للكتانى ، و الفوائد المتكاثرة فى الأخبار المتواترة للسيوطى .

المسيحية في إطار الخلافات الطبيعية بين الأديان)^١.

٢- أن ينصب إنكار المُنكر على حقيقة دينية لا تنتمي للعقيدة التي يدين بها، وبخاصة لو كان المنكر مسلماً، فلا يُقبل منه التعبير عن معتقد أو فكر يُنكر نبوات الأنبياء أو مكانة الصحابة الأجلاء، أو قدسية القرآن الكريم، أو ينكر فرضية الصلاة أو الصوم أو الزكاة أو الحج أو تحريم الخمر أو أكل الميتة أو الزنا أو غير ذلك من أركان الدين الإسلامي أو مما هو معلوم منه بالضرورة.

لأن إنكار المسلم لأي من هذه الحقائق الدينية يُعد ارتداداً عن الدين الإسلامي، وفي ذلك قررت محكمة النقض أن "النطق بالشهادتين كافٍ لاعتبار الشخص مسلماً، إلا أن الإسلام كلٌّ لا يتجزأ ولا يصح الإيمان ببعضه والكفر ببعضه الآخر، فإذا صدر ممن نطق بالشهادتين قول أو فعل يخرج عن الملة على نحو ما سلف، فإنه يكون مرتدّاً لإظهاره الكفر بعد الإيمان، وإن ادعى بأنه مسلم، ومما يدل على ذلك أن أبا بكر الصديق جمع الصحابة ليشاورهم في أمر قتال مانعي الزكاة، فقال له عمر رضى الله عنه: كيف نقاتل قوماً نطقوا بالشهادتين ؟ فقال له أبو بكر رضى الله عنه: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة والله لو منعوني عقلاً كانوا يؤدونه لرسول الله لقاتلنهم عليه، وقد أقر الصحابة رضوان الله عليهم أبا بكر في ذلك، فلا عبرة بالنطق بالشهادتين ما لم يراع الناطق بهما ما لهما من حق، وما يترتب عليهما من أثر إيماني عقدي، فالإيمان ما وقر في القلب

١ ومثل ذلك إنكار الأنجيل لدى المسلمين أو القول بتحريفه.

وصدقه العمل".^١

كما أضافت المحكمة أن "الارتداد لا يتحقق بالخروج من الدين الإسلامي إلى أي دين أو ملة أخرى وإنما يتحقق وفقاً لإجماع الفقهاء بإنكار ما هو معلوم من الدين بالضرورة أو بالتناول على ثوابت الدين كنبوة الرسول أو إنكار الوحي أو الشطط في تفسير وتأويل آيات القرآن الحكيم".^٢

١ الطعون رقم ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق "أحوال شخصية"، جلسة ١٩٩٦/٨/٥، س ٤٧، ج ٢، ص ١١٣٤.

٢ تجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم كان قد صدر لتأييد محكمة الاستئناف فيما انتهت إليه من ردة الدكتور نصر أبو زيد ووجوب التفريق بينه وبين زوجته لما رأته المحكمة من = أن المذكور قد تجاوز في حق الله تعالى إذ ذهب في أحد مؤلفاته إلى التعليق على آيات القرآن الكريم بقوله "تحدث كثير من آيات القرآن عن الله بوصفه مليكاً له عرش وكروسي وجنود وتحدث عن القلم واللوح، وفي كثير من المرويات التي تنسب إلى النص الديني الثاني يقصد السنة النبوية المكرمة تفاصيل دقيقة عن القلم واللوح والكروسي والعرش وكلها تساهم في تشكيل صورة أسطورية من عالم ما وراء عالمنا المادي المشاهد المحسوس". وفي موضع آخر يقول: "ولعل المعاصرين لمرحلة تكون النصوص بقصد نزول الوحي القرآني كانوا يفهمونها فهماً حرفياً، ولعل الصور التي تطرحها النصوص كانت تتطلق من التصورات الثقافية للجماعة في تلك المرحلة ومن الطبيعي أن يكون الأمر كذلك... ولكن من غير الطبيعي أن يصر الخطاب الديني في بعض اتجاهاته على تثبيت المعنى الديني عند العصر الأول رغم تجاوز الواقع والثقافة في حركتها لتلك التصورات" نقض ١٩٩٦/٨/٥، راجع المستشار محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة في قضاء وأفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا، المرجع السابق، ص ٩٠١، ٩٠٢.

وخلاصة القول أنه لكي لا يكون الإنكار محققاً للركن المادي لجريمة التعدي العلني على الأديان، فلا بد أن ينصب على غير ما هو متفق عليه في الأديان السماوية الثلاثة من واحدة الإله وقدرته ووجود الملائكة وصفاتهم، بالإضافة إلى ضرورة أن يكون الإنكار صادراً ممن يدين بعقيدة أخرى، غير تلك التي أنكر أو جحد أو شكك في مبادئها.

٣- أن يصدر الإنكار في سياقٍ لا يُستفاد منه السخرية أو التحقير أو التناول أو الإهانة للدين، وإنما مجرد تعبير عن قناعة متعارضة مع أحد الأديان لصالح دين المُنكر^١، كما لو صدر الإنكار في سياق مناظرة دينية علنية بين أشخاص مُنتمين لأديان مختلفة، أو في إطار بحث علمي جاء في تاريخ الأديان مثلاً، أو عمل أدبي أو فلسفي مطبوع بطابع ديني يفند عقيدةً دينية مخالفة.

وفي إطار البحث العلمي أو الأعمال الأدبية لا بد أن ينتهج المؤلف نهجاً شديد الحذر في أسلوبه وألفاظه بحيث لا يصل إلى حد الامتهان أو الحط من شأن الدين. وفي ذلك قضت محكمة الجنايات في أحد أحكامها بأن: "حرية البحث

١ وفي هذا المعنى تقرر محكمة النقض بأنه "وإن كانت حرية الاعتقاد مكفولة بمقتضى الدستور، إلا أن هذا لا يبيح لمن يجادل في أصول دين من الأديان أن يمتن حرمته أو يحط من قدره، أو يزدرية عن عمد منه، فإذا تبين أنه إنما يبغي بالجدل الذي أثاره المساس بحرمة الدين، والسخرية منه فليس له أن يحتمي في ذلك بحرية الاعتقاد، وتوفر القصد الجنائي هنا - كما في كل الجرائم - هو من الأمور التي تستخلصها محكمة الموضوع من الوقائع والظروف المطروحة أمامها، ولا يشترط في الحكم بالعقوبة أن يذكر فيه صراحة سوء نية المتهم، بل يكفي أن يكون في المجموع عبارته ما يفيد ذلك؛ نقص ١٩٤١/١/٢٧ مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، ق ١٩٧، ص ٣٧٦.

العلمي محدودة بالقانون، فلا هي ولا الأغراض العلمية يشفعان للتعدي على الدين وتجاوز الحدود التي رسمها الشارع والحد الذي يجب أن تقف عنده المساجله والنقاش في المسائل الدينية هو ما دون الامتهان والإزدراء وكل ما من شأنه أن يحط من قدر الدين ويُسقط من كرامته...".^١

وفي نفس المعنى قضت محكمة استئناف القاهرة بأن "البحث العلمي أصول وللإجتهد الفقهي قواعده وشروطه، فإذا انسلخ الباحث عن أصول العلم الذي يبحث فيه وإذا حاول هدم القواعد والشروط، وإذا خرج عن التزامات البحث العلمي الحققة فلا يُسمى ما كتبه بحثاً، ولا ما سطره اجتهاداً، وبالنسبة للمستأنف ضده، فإنه يبحث في علوم القرآن من مفهوم النص، ومفهوم النص.. يُرجع في تحديده للغة العربية، وهو اصطلاح يُرجع في تحديده لأهل العلم من العلماء في علوم القرآن وأصول الفقه.. أما هدم النص والدعوة إلى التحرر من سيطرته وإنشاء مفاهيم عقلية لا يقرها نص ولا تلتزم بلغة فهذا ليس من صور البحث العلمي خصوصاً في مسائل العقيدة وعلوم القرآن".^٢

١ محكمة جنايات مصر جلسة ١٠/٥/١٩٣٩ مشار إليه لدى: د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، جريمة التعدي على حرمة الأديان وإزدرائها في التشريعات الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ط ٢٠١٧، ص ٧٥، ٧٦.

٢ حكم محكمة استئناف القاهرة، جلسة ١٤ يونيه ١٩٩٥ م.

يستفاد من ذلك أن البحث المتعمق في دين من الأديان لابد أن يلتزم أصول وقواعد البحث المتعلقة بهذا الدين.

نخلص من كل ما سبق إلى أن الأصل في الإنكار التجريم، إلا إذا صدر في إطار اختلاف عقائدي بين الأديان السماوية الثلاثة روعيت فيه سلامة النوايا وعدم التجاوز في الألفاظ أو النعوت، فالمسلم أن ينكر عقيدة التثليث التي يؤمن بها المسيحي، وللمسيحي أن ينكر رفع السيد المسيح الذي يؤمن به المسلم بينما يعتقد هو في الصلب^١.

وإعلان أي طرف لمعتقداته أو الدعوة إليها لا يجاوز كونه تعارضاً عقدياً، وليس تعدياً من كل دين على الدين الآخر، وما دام المنتمون إلى هذه الأديان يقتسمون معيشة واحدة في أحضان وطن واحد فلا بد من تحمل الخلاف العقائدي بصدر رحب.

الصورة الثانية: السب والقذف :

السب لغةً هو الشتم والطعن^٢ وفي القانون المصري يُعرّف السب بأنه خدش شرف شخص واعتباره، دون أن يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة إليه. أما القذف فهو اسناد واقعة مشينه إلى شخص، لو صدقت لاستوجب

١ د. عادل عبد العال الخراشي، المرجع السابق، ص ٧٣.

٢ مختار الصحاح، ص ٢٩٩.

العقوبة واحتقار من أُسندت إليه .

ويحقق السب والقذف الركن المادي لجريمة التعدي على الأديان إذا انصب على دين من الأديان السماوية أو على الذات الإلهية، أو الملائكة أو الأنبياء أو صحابة النبي وأزواجه، أو على أي من الكتب والشعائر المقدسة أو على أي مما يرمز لدين من الأديان.

والسب نوعان، إما دعاء كاللعن، أو خبر كإسباغ وصف مسيء يتضمن ذماً أو قدحاً أو انتقاصاً أو تحقيراً^١.

ويلاحظ أن ألفاظ السب سواء كانت منطوقه أو مكتوبة قد تكون صريحة واضحة المعنى، أو ضمنية يمكن تفسيرها على أكثر من وجه والأصل أن الشك يُفسر لمصلحة المتهم لذلك إذا كان معنى اللفظ محل شك فإن تفسيره يعتمد على السياق الذي ورد فيه، بالإضافة إلى عُرف المكان والزمان اللذين استُخدم فيهما اللفظ، وهذا التفسير منوط بقاضي الموضوع بغير معقب عليه متى كان تفسيره واستخلاصه سائغين.

الصورة الثالثة: السخرية والاستهزاء :

السخرية من الشيء هي الهزء به، ولذعه بكلام تهكمي احتقاراً وإزدراءً^٢.

١ رزيق باخوش، الحماية الجزائية للدين الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣١.

٢ انظر معجم المعاني على الإنترنت.

وقد يتم الاستهزاء والسخرية بالقول أو الفعل أو الإشارة أو الكتابة أو الرسم أو المحاكاة أو التمثيل؛ أو أي طريقةٍ أخرى صريحة الدلالة. أو ضمنية الدلالة والاستهزاء قد يكون استهانة بعظمة المولى سبحانه وتعالى أو استخفافاً بقدره، سواء وقع على مقام الذات الإلهية أو على اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته، وقد ينصرف إلى مقام الأنبياء كلهم أو أحدهم أو قد يكون تعدياً على مكانة الملائكة أو الصحابة الكرام، كما قد تتم السخرية من الكتب المقدسة أو من الدين وشعائره وأصوله وما هو معلوم منه بالضرورة^١.

وأياً يكن السياق الذي وردت فيه السخرية فإن ذلك لا يؤثر على تحقيقها لجريمة التعدي على الأديان. فسواء جاءت السخرية في سياق الهزل أو سياق الجد أو اقتصر على كونها رسماً كاريكاتورياً دالاً على الاستهزاء والاستخفاف أو جاءت في سياق عمل أدبي أو فلسفي أو ما سوى ذلك، فإن ذلك لا يمثل فارقاً.

وقد ضرب المشرع المصري مثلاً للتعدي على الأديان في صورة السخرية بتجريم تقليد احتفال ديني في مكان عمومي أو مجتمع عمومي بقصد السخرية أو ليتفرج عليه الحضور والسلوك المجرم في هذه الصورة هو المحاكاة أو المماثلة التي

١ يُلاحظ أن المشرع الجزائري جرم الاستهزاء بالدين وما هو معلوم منه بالضرورة في المادة ١٤٤ مكرر، بينما أباح الإنكار المجرد واعتبره حقاً من حقوق الأفراد وتطبيقاً لمبدأ حرية العقيدة المنصوص عليه في المادة ٣٦ من القانون عينه، حيث يعتبر أن الدين ولو كان دين الدولة لا يُلزم الأفراد بالإيمان به وإنكاره حرية لهم شريطة أن يلتزم تجاه الدين الأدب والاحترام، انظر رزيق باخوش، الحماية الجزائية للدين الإسلامي، المرجع السابق، ص ٥٧.

تتم بقصد الهزء أو السخرية، ويُفترض أن يَنمُّ السلوك (المحاكاة) أو يكشف عن قصد السخرية والنيل من قداسة الدين. وينصرف لفظ (الاحتفال الديني) الذي استخدمه المشرع إلى كل نسك ديني أو شعيرة أو ممارسة طقوسية، كصلاة الجماعة أو شعيرة الحج لدى المسلمين أو القداس لدي المسيحيين وصلاة السبت لدى اليهود.

الصورة الرابعة : التحريف:

يتحقق الركن المادي لجريمة التعدي على الأديان أيضاً في صورة التحريف، والتحريف يعنى التغيير والتبديل وهو الاختلاف بين الأصل المخطوط والنسخ التي أخذت عنه^١.

والتحريف المُجرم هو الذي يقع على أحد الكتب المقدسة التي أشرنا إليها آنفاً.

ويلزم أن يكون تحريفاً مادياً سواء كان لفظياً بزيادة آيات أو كلمات أو حذفها أو تبديلها، أو كان تحريفاً ترتيبياً وذلك بالاختصار على تغيير مواضع الآيات أو الكلمات ونقل إحداها مكان الأخرى^٢.

١ معجم المعاني على شبكة الإنترنت:

تحريف [https:// www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/)

٢ يلاحظ أنه يستوى في التحريف أن يكون كلياً ينال من نص الكتاب المقدس بأكمله أو أن

ولابد كي ينطبق نص التجريم أن يتم طبع أو نشر الكتاب المقدس محرّفاً،
أما قيام شخص بتحريف كتاب مقدس يخصه أو أكثر من كتاب والتلاعب في
ألفاظها وآياتها دون الإقدام على طباعة الكتب أو نشرها فإن ذلك لا يدخل ضمن
إطار الفعل المجرم.

وجدير بالملاحظة أن القرآن الكريم وقد نزل على الرسول محمد باللفظ
العربي، فإن معناه لا يُعد قرآناً، أي أن ترجمة القرآن إلى لغةٍ أخرى لا تحظى
بالحماية الجنائية لنص التجريم.

العنصر الثالث : وسيلة ارتكاب التعدي (العلانية):

اشترط المشرع المصري في المادة ١٦١ للعقاب على أفعال التعدي على
الأديان، أن يكون فعل التعدي المرتكب قد وقع بإحدى الطرق المبيّنة بالمادة ١٧١
من قانون العقوبات. والمقصود أن يكون التعدي قد وقع بأحد طرق العلانية التي
نص عليها القانون؛ وهذه الطرق هي:

أ - القول أو الصياح:

ولا شك أن موضوع القول أو الصياح لابد أن يكون جُملاً أو عبارات
مفهومة، تنطق بلغة معروفة ولا يشترط أن تكون باللغة العربية.

يكون جزئياً يقتصر على بعض الآيات ولو وقع على آية واحدة أو كلمة واحدة أو حرف.

ويستوى أن يكون قد تم الجهر بالقول والصياح باستخدام إحدى الوسائل الميكانيكية في محل عام أو طريق عام أو أي مكان مطروق أو تم الجهر باستخدام أي وسيلة أخرى كإذاعة القول بطريق اللاسلكي أو بالبت عبر الراديو أو التلفاز أو بغير ذلك من الطرق.

كما أن الجهر بالقول أو الصياح يكون متحققاً من دون استخدام أي وسيلة مساعدة ما دام تم ترديده بحيث يكون مسموعاً ممن كان حاضراً أو مازاً في المكان أو الطريق العام^١.

ب - الفعل أو الإيحاء:

والمقصود كل حركة أو إشارة يفصح بها مرتكبها عن معنى معين، مثل استخدام الأصابع في عمل إشارة ترمز إلى فكرة أو معتقد يصطدم بالأديان، أو القيام بأي فعل آخر يفصح عن رفض أو استنكار واستهزاء بأي من المقدسات مثل إحراق أو تمزيق كتاب مقدس، أو تشويه صورة ترمز إلى معتقد مقدس لدى دين

١ المكان العام قد يكون كذلك بطبيعته، وهو المكان الذي يحق للجمهور - بحسب الأصل - ارتياده دون قيد أو شرط وسواء كان ذلك بصورة مطلقة أو مقيدة، بمقابل أو بدون مقابل، وقد يكون المكان عاماً بالتخصيص أي يباح للجمهور دخوله خلال أوقات معلومة بمقابل مادي أو بدون مقابل، وأخيراً قد يكون المكان عاماً بالمصادفة أي إنه من حيث الأصل مكان خاص ولكن اجتماع عدد من الناس فيه بطريق المصادفة قد جعل منه مكاناً عاماً؛ راجع د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٥٨١ وما بعدها؛ ود. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الطباعة الحديثة، ١٩٩١، ص ٦٣٠ رقم ٤٤٥.

من الأديان السماوية.

أو استخدام ملامح الوجه وحركات الجسد في التقليد الساخر لشعيرة دينية أو الاستهزاء بنبي من الأنبياء أو ملك من الملائكة مثلاً.

أو ارتداء أزياء ذات مسحة دينية أثناء القيام بفعل مشين أو هازئ للحط من قدر الدين من خلال السخرية من المنتمين إليه والاستهزاء بهم^١، إلى غير ذلك من الأفعال التي لا تُعد ولا تحصى.

شريطة أن يقع الإيماء أو الفعل على مرأى من الناس، وبحيث يستطيع رؤيته من كان حاضراً في المكان أو المحفل العام الذي ارتكب فيه الفعل.

ج - الكتابة والرسوم والصور الشمسية والرموز:

وقد ساق المشرع هذه النماذج لأساليب التعبير المتنوعة على سبيل المثال لا الحصر حيث ذيل عبارة "الكتابة والرسوم والصور والصور الشمسية والرموز" بعبارة: "وغيرها من طرق التمثيل علنية"، وهذا ما أكدته محكمة النقض بدورها^٢.

وقد اشترط المشرع في هذه الأساليب أن تتم بشكل علني من خلال إحدى

الطرق الآتية:

١ مثل الحجاب أو الأزياء التقليدية للكهنه أو الرهبان والراهبات.

٢ نقض ١٠/٢٤/١٩٩١، مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ١٣٧٠٧ لسنة ٥٩ قضائية.

١- توزيع الكتابة أو الرسم أو الصور أو الرموز بغير تمييز على عدد من الناس؛ ولم يحدد المشرع حداً أدنى لعدد الناس اللذين يتم التوزيع عليهم، وإنما اشترط أن يكون التوزيع بغير تمييز أي بشكلٍ غير إنتقائي. أما إذا تم التوزيع على عدد مختار أو منتقي من الناس، كتوزيع منشور أو رسم كاريكاتوري على عدد من الأصدقاء أو المعارف أو أناس يتشاركون مع الجاني معتقداته فإن ذلك على الأرجح لا يحقق ركن العلنية المشترط في هذه المادة.

٢- عرض الكتابة أو ما في حكمها بحيث يستطيع أن يراها من يكون في الطريق العام أو أي مكان مطروق كتعليق لافتة أو كتابة أو رسم على جدار في طريق أو ميدان عام .

ولعل هذه الطريقة تنطبق أيضاً على الكتابة أو الرسم أو عرض الصور على الإنترنت، حيث أنه مكان عام افتراضي إن جاز التعبير.

ومع ذلك فلا زال من غير المسلم به اعتبار أن كافة أنواع الفضاءات الإلكترونية، تحقق شرط العلانية الذي يعرفه القانون.

فهل تستوي الكتابة على موقع إلكتروني أو صحيفة إلكترونية يطلع عليها العديد من الناس، مع الكتابة داخل حساب إلكتروني خاص لا يضم إلا أصدقاء صاحب الحساب وعائلته بحيث يكون مغلقاً لا يُعرض ما يكتب داخله للعامة؟!

الحق أن قانون تقنية المعلومات لم يتعرض لوضع إجابة على هذا السؤال،

و غاية ما هنالك أنه وضع العديد من التعريفات الخاصة بالمفاهيم الإلكترونية منها تعريفه للموقع الإلكتروني بأنه: نطاق أو مكان افتراضي له عنوان مُحدد على شبكة معلوماتيه، كما عرف الحساب الإلكتروني الخاص بكونه: مجموعة من المعلومات الخاصة بشخص طبيعي أو اعتباري، تخول له الحق دون غيره في الدخول على الخدمات المتاحة أو استخدامها من خلال موقع أو نظام معلوماتي.

و خلاصة القول -فيما نرى- هي اعتبار الكتابة أو النشر في الفضاء الإلكتروني محققاً لشرط العلانية.

٣- بيع المحتوى المكتوب أو المرسوم أو المصور أو عرضه للبيع في أي مكان.

والبيع هو نقل ملكية السلعة إلى المشتري مقابل ثمن أما العرض للبيع فهو عرضها على الناس لشرائها مقابل ثمن ، وبغير تمييز لذا فإن بيع المحتوى المكتوب أو المرسوم أو المصور والمتضمن تعدياً على الأديان، أو مجرد عرضه للبيع يمثل وسيلة من وسائل العلانية.

وتطبيقاً لذلك قُضى بأنه "لم يثبت أن المتهم... قام بتوزيع الكتاب على الجمهور أو بيعه أو عرضه للبيع في محفل عام، أما ضبط بعض النسخ من كتاب تحت عربة كان المتهم يسير إلى جانبها فلا يُعد توزيعاً للكتاب، لأن ضبط هذه

النسخ حدث قبل أن تُعرض على الجمهور"^١.

وبيع المحتوى المكتوب أو المرسوم أو المصور يكون إما في هيئة كتاب أو مجلة أو صحيفة، وتعد هذه الوسيلة من وسائل العلانية من أكثر الوسائل قوة وتأثيراً نظراً لانتشار إصدارات الصحف والمجلات وتداولها بشكل يكاد يكون غير محدود؛ وخصوصاً مع تطور التكنولوجيا الرقمية وإتاحة كافة إصدارات الصحف الورقية على شبكة المعلومات، بل وقراءة وتصفح بعض الجرائد والمجلات في البرامج الإذاعية والتلفزيونية.

ثانياً: الركن المعنوي لجريمة التعدي العلني على الأديان:

تتمثل صورة الركن المعنوي لجريمة التعدي العلني على الأديان في العمد أو القصد الجنائي، حيث لا يمكن مسائلة الجاني عن فعله المحقق للركن المادي لهذه الجريمة إلا لو توافرت بينه وبين الفعل المُرتكب رابطة نفسية تتخذ صورة العمد.

والعمد يتركب من عنصرين هما العلم والإرادة، فلا بد أن يعلم الجاني وقت إتيان السلوك المجرم بكافة الوقائع المكونة للجريمة؛ فيدرك أن ما يقوله أو يفعله من إنكار مجرم أو سب أو سخرية واستهزاء إنما يقع على أحد الأركان والركائز المكونة لدين من الأديان السماوية الثلاثة، أي يمس بالذات الإلهية أو الملائكة أو

١ نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٠٧، المجموعة الرسمية، س ٩ رقم ٤٠، ص ٩٤.

الأنبياء أو الصحابة أو الشعائر وما هو معلوم من الدين بالضرورة^١، أو بالكتب المقدسة، أما بالنسبة لفعل التحريف، فلا بد أن يقع على أحد الكتب المقدسة دون غيرها وأن يكون الجاني عالماً بطبيعة الكتاب الذي يقوم بتحريفه، وأن يكون مدركاً لحقيقة فعله بحيث لا يحدث التحريف نتيجة سهوٍ أو خطأ غير مقصود.

كما لا بد أن يكون الجاني مدركاً لتوافر شرط العلانية في سلوكه فإن انتفى علمه بتوافر العلانية، انتفى قصده الجنائي.

كمن يحضر كضيف في لقاء تليفزيوني أو إذاعي فيدلي للمذيع برأي أو يصرح بكلمات تمثل تعدياً على الأديان السماوية أو على أحدهما، ظاناً على غير الحقيقة أن الحديث الذي جرى بينهما كان قبل الهواة أو قبل بدء التسجيل الفعلي للحلقة.

أو كمن يكتب مقالاً أو يرسم كاريكاتيراً مؤثماً مقررراً أن يحتفظ به لنفسه أو ليعرضه على أصدقائه، فإذا بأحدهم يغافله ويقوم بنشره في جريدة أو عرضه على أحد المواقع الإلكترونية.

أما انتفاء علم الجاني بوجود أناس في المكان العام الذي ارتكب فيه فعله، فلا ينفي قصده الجنائي إذ يكفي لتوافر علانية الفعل أن يُرتكب في مكان عام أو مطروق ولو لم يكن هناك من يراقب الجاني.

١ ويدخل في ذلك تقليد الاحتفال الديني بقصد السخرية، فهو فعل من أفعال الاستهزاء والسخرية المحقق للتعدي.

ولا يكفي توافر العلم لقيام القصد الجنائي وإنما يلزم كذلك توافر الإرادة المتجهة إلى ارتكاب السلوك وإلى تحقيق النتيجة كأثر لازم له.

وبالتالي لا بد لكي يُسأل الجاني عن جريمة تعدّ عليّ على الأديان أن تتجه إرادته إلى تحقيق سلوك الإنكار أو السب أو القذف أو السخرية والاستخفاف بتقليد حفل ديني أو شعيرة أو بغير ذلك من الأفعال الماسة بالمقدسات الدينية أو أن تتجه إرادته إلى تحريف أحد الكتب المقدسة.

كما لا بد أن تتجه إرادته إلى ممارسة هذا السلوك بشكل علني، بإحدى الطرق التي نص عليها القانون في المادة ١٧١ منه أو بغيرها من الطرق.

ويستثنى من ذلك بحسب الفقه سلوك تحريف الكتاب المقدس حيث يُكتفى بطبع الكتاب المحرف ولو لم يتم نشره، وإن كنا نتحفظ على هذا النظر حيث أن نص المادة ١٦١ قد صاغ حكماً عاماً، وهو العقاب على كل تعدٍ يقع بإحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ ثم تلا ذلك بقوله: "ويقع تحت أحكام هذه المادة: أولاً: طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان....".

وهو ما يُستفاد منه عدم كفاية طبع الكتاب المقدس لتقع الجريمة إنما لا بد أن تتوفر في هذا الطبع صورة من صور العلانية المتعلقة بالمحتوى المكتوب وهي توزيع الكتاب المقدس على عدد من الناس بغير تمييز أو عرضه بحيث يكون مرئياً في مكان عام أو بيعه أو عرضه للبيع.

ويُلاحظ أن الجريمة محل البحث من جرائم القصد العام حيث لم يتطلب
المشرع نية خاصة كي تتحقق المسؤولية الجنائية في السلوك المُرتكب.

فلا يُشترط لتحقيق المسؤولية أن يُرتكب السلوك بهدف استفزاز أهل دين
معين، أو بهدف إثارة الفتنة الطائفية، فقد يُرتكب السلوك المجرم ولا يكون له من
باعث سوى رغبة الجاني في الإفصاح عن معتقد أو قناعة خاصة به، أو رغبته في
أن يحوز شهرة أو ظهوراً أو غير ذلك من البواعث.

في كل الأحوال لا أهمية لدافع الجاني من وراء سلوكه، ويكفي أن تنتج
إرادته إلى ارتكابه وإلى النتيجة القانونية التي تترتب عليه وهي المساس بالمصلحة
محل الحماية؛ وأن تكون هذه الإرادة مبنية على علم وإدراك تام لكافة العناصر
الواقعية الملازمة للسلوك المُرتكب.

وقد يلوح للوهلة الأولى أن المثال الذي ساقه المشرع بجريمة "تقليد احتفال
ديني في مكان عمومي بقصد السخرية أوليتفرج عليه الجمهور" إنما يسير إلى
تطلب قصد خاص في جريمة التعدي وهو قصد السخرية، والحق أن السخرية هنا
هي الركن المادي للجريمة لا الركن المعنوي لها فالفعل المجرم هنا هو التقليد
للسخرية أوللتسلية لا مجرد التقليد.

فالتقليد المجرم لا يمكن أن يهدف السخرية إلا لو اتسم هو ذاته بطابع
الهزل والسخرية.

نخلص من ذلك إلى أن جريمة التعدي بكل صورها هي من جرائم القصد

العام.

وتوافر القصد الجنائي في الجريمة من الأمور التي يُنَاط استخلاصها بقاضي الموضوع، من خلال الوقائع والأدلة المطروحة أمامه، ويكفي أن تكون العبارات التي نطق بها الجاني أو أوردتها في مؤلف له أو أن يكون الفعل أو الإيحاء أو الرسم أو غيره قاطعاً في دلالاته على الإنكار أو السب أو السخرية والهزاء بالدين^١.

وفي ذلك قُضي بأنه: "لا عبرة بما يقوله الدفاع من أن الناشر إنما أراد بما نشره أن يدعو إلى الدين المسيحي ويروج له، فإن العبارات التي سجلها بقلمه في روايته ناطقه بأنه أراد أن يحط من قدر الإسلام..."^٢.

كما قُضي بأنه: "لما كان الحكم المطعون فيه الذي قضى بتأييد الحكم الابتدائي قد ذكر في مدوناته الألفاظ التي تلفظ بها الطاعن علانيةً على مرأى ومسمع من شهود الإثبات متعدياً على الدين الإسلامي، فإنه يكون قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية للجريمتين اللتين دان الطاعن بهما...، وكان الحكم قد استدل على توافر ركن العلانية بما ينتج مستنداً على ما

١ د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، جريمة التعدي على حرمة الأديان وإزديائها، المرجع السابق، ص ١٠٦.

٢ نقض ٢٦ فبراير ١٩٤٠م المحاماة، س ٢٠، ن ٤٧٣، ص ١١٠٩، ١١١١.

حصله من أقوال الشهود بما مؤداه أن الطاعن قد عمد إلى إذاعة وإعلان الوقائع موضوع الدعوى بصوت عال داخل مكتب أحد الشهود بالمدرسة في وجود الشهود الآخرين..... وهو ما يكفي للتدليل على توافر ركن العلانية.... وكان لا يشترط في الحكم بالعقوبة أن يذكر فيه صراحة سوء نية المتهم بل يكفي أن يكون مجموع ما أورده في مدوناته يفيد ذلك بما يتحقق به القصد الجنائي... ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى فضلاً عن عقوبة جريمة التعدي بالقول على أحد الأديان، بعقوبة مستقلة عن جريمة التحريض على التمييز.... فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين معه لذلك نقض الحكم نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغائه فيما قضى به من عقوبة جريمة التحريض على التمييز ضد طائفة من الناس والاكتفاء بجريمة التعدي بالقول على أحد الأديان"^١.

ثالثاً: عقوبة جريمة التعدي على الأديان:

تُطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة ١٦٠، المتعلقة بتجريم التشويش على إقامة الشعائر، وتخريب أو إتلاف المباني المعدة لإقامة الشعائر الدينية وانتهاك حرمة القبور، على جريمة التعدي العلني على الأديان والمنصوص عليها في المادة ١٦١ عقوبات.

١ نقض - طعن رقم ٨٧٨٩ لسنة ٦ قضائية، جلسة ٣٠ سبتمبر ٢٠١٣، مكتب فني سنة ٦٤ - قاعدة ١١٥ - ص ٧٦١ ، راجع الحكم على موقع محكمة النقض : = <https://www.cc.gov.eg/criminal-Judgments>

وبالتالي تكون العقوبة على الجريمة محل البحث هي الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. وهو ما يعنى منح القاضي سلطة تقديرية كبيرة في اختيار العقوبة سواء في نطاق الحبس بين حدية العامين، أربع وعشرون ساعة كحدٍ أدنى، وثلاث سنوات كحد أقصى، أو في إطار الاختيار بين عقوبتي الحبس والغرامة.

ويلاحظ أن فعل "التحريف" كأحد الأفعال التي يقوم بها الركن المادي لجريمة التعدي إذا وقع على المصحف الشريف فإنه يخضع لنص تجريمي أشد وهو نص المادة الثانية من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٥ والمتعلق بتنظيم وطبع المصحف الشريف والأحاديث النبوية، والذي يعاقب على التحريف العمدي لنص في القرآن الكريم عند طباعته أو تسجيله بأية وسيلة كانت بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه.

وقد تضمن قانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ بشأن تقنية المعلومات أو "مكافحة الجرائم الإلكترونية" ظرفاً مشدداً لكافة الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يقضي بأنه "إذا وقعت أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بغرض الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، أو الإضرار بالأمن القومي للبلاد أو بمركزها الاقتصادي أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة لأعمالها، أو تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي تكون العقوبة السجن المشدد".

ولا شك أن جرائم التعدي على الأديان من الجرائم التي تخل بالنظام العام وتعرض سلامه وأمن المجتمع للخطر كما أنها تضر بالوحدة الوطنية والسلام الإجتماعي.

ويُفهم من هذه المادة أن المشرع قد شدد عقوبة أي من الجرائم المتضمنة في القانون المذكور إذا وُجد لدى الجاني أثناء ارتكابها قصداً خاصاً أو نية خاصة تتجه إلى تحقيق الأغراض سالفة البيان.

وفي التشريع العراقي يعاقب المشرع على جريمة التعدي على الأديان والتي نصت عليها المادة ٣٧٢ منه بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو بغرامة لا تزيد على ثلثمائة دينار، وتشمل جريمة التعدي في التشريع العراقي سلوكيات التعدي العلني على معتقد احدى الطوائف الدينية، وتعمد التشويش على إقامة شعائر طائفية دينية أو منعها أو تعطيلها، وكذلك تخريب أو إتلاف، وتشويه أو تدنيس بناء مُعد لإقامة شعائر طائفية دينية أو رمز ديني، وطبع ونشر كتاب مقدس عند طائفة دينية إذا حرف نصه عمداً تحريفاً يغير معناه؛ كما تضمن التجريم، سلوك الإهانة العلنية لرمز أو شخص موضع تقديس لدى احدى الطوائف، والتقليد العلني لنسك أو حفل ديني بقصد السخرية.

ويُلاحظ التشابه الكبير بين سياسة المشرعين المصري والعراقي في تجريم التعدي العلني على الأديان والعقاب عليه حيث تناول المشرع العراقي بالتجريم ذات السلوكيات التي عالجها المشرع المصري مع بعض الاختلاف الطفيف كما عاقب

أيضاً بالحبس أو الغرامة.

وأنواع العقوبات وإن تشابهت بين التشريعين المذكورين، إلا أن العقوبة المقررة في التشريع العراقي تُعد أخف من نظيرتها في المصري، حيث لم يسمح المشرع العراقي بالجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة وإنما خير القاضي بينهما.

أما التشريع الجزائري فقد جاءت عقوباته أشد من التشريعين المصري والعراقي، كما أنه فرق في الجسامة بين نوعين من الأفعال المكونه لجريمة التعدي على الأديان، فعاقب على فعل إهانة الدين الإسلامي أو أي من الأديان السماوية بأي طريقة من طرق التعبير وسواء كانت الإهانة قد تمت بشكل مباشر أو غير مباشر، بالحبس الذي حده الأدنى ستة أشهر، وحده الأقصى ثلاث سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين ١٠.٠٠٠ و ٥٠.٠٠٠ دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين^١.

بينما غلظ عقوبة أفعال الاساءة إلى رسول الإسلام عليه الصلاة والسلام أو باقي الأنبياء، أو الاستهزاء بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأي شعيرة من شعائر الإسلام بأي طريقة من طرق التعبير، فجعلها الحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وغرامة من خمسين ألف إلى مائة ألف دينار جزائري^٢.

وقد سلك المشرع الإماراتي نفس مسلك المشرع الجزائري من حيث التفرقة

١ المادة ٧٧ من قانون الإعلام ٩٠ - ٧

٢ مادة ١٤٤ مكرر ٢ من قانون العقوبات الجزائري.

في الجسامة بين السلوكيات التي تقوم بها جريمة التعدي على الأديان، وإن كان
المشرع الإماراتي قد وضع تنظيمًا أكثر تكاملاً للعقاب على هذه الجريمة؛ وإن
استخدم عقوبات أكثر شدة من غيره، يبررها مزيد من الحرص على المصلحة محل
الحماية.

ف نجد أنه بدايةً قد عاقب على صورتين من صور التعدي، الصورة
البسيطة، وهي التي لا تقترن بأي ظرف من ظروف التشديد، والصورة المشددة
وهي التي ترتكب فيها الجريمة مقترنة بظرف من تلك الظروف.

فأما فيما يتعلق بالصورة البسيطة فقد فرق في الجسامة بين نوعين من
الأفعال، بحسب تقديره لدرجة خطورة الفعل المرتكب.

النوع الأول: ويشمل أفعال الإساءة إلى الأديان أو الشعائر أو التشويش
على إقامة الشعائر، وأفعال التعدي على الكتب السماوية بالتحريف والإتلاف
والتدنيس وكذلك أفعال التخريب أو التنديس الواقع على دور العبادة أو المقابر
وملحقاتها، ويعاقب على هذا النوع من الأفعال بالسجن مدة لا تقل عن خمسة
سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تزيد عن مليون
درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين^١.

والنوع الثاني: وهي الأفعال الأشد خطورة والتي تنحصر في التطاول على

١ المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة التمييز والكراهية الإماراتي.

الذات الإلهية أو الطعن فيها أو المساس بها، أو التناول على أحد الأنبياء أو الرسل أو زوجاتهم أو آلهم أو صحابتهم أو السخرية منهم أو المساس بهم وعقوبة ذلك هي السجن مدة لا تقل عن سبع سنوات، وبالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تزيد عن مليوني درهم.

ولم يضع المشرع حداً أقصى لعقوبات السجن التي نص عليها وهو ما يعنى التقيد بالحد الأقصى العام للعقوبة والذي يصل إلى خمسة عشر عاماً.

أما الصورة المشددة للجريمة، فتتحقق بتوافر أحد الظروف التالية:

الأول: صفة محددة في الجاني، كأن يكون موظفاً عاماً وقع منه الفعل أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية عمله أو شخص ذو صفة دينية،

أما الظرف الثاني: فيرتبط بمكان وقوع الفعل المجرم، حيث شدد المشرع عقوبة الجريمة إذا ارتكبت في إحدى دور العبادة؛

وأخيراً: تُشدد عقوبة الجريمة إذا أدت إلى نتيجة معينة وهي الإخلال بالسلم العام.

وتكون العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات، وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تزيد على مليوني درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا توافر أي من الطرفين الأول أو الثاني؛

بينما تكون السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات والغرامة التي لا تقل عن

خمسمائة ألف درهم ولا تزيد على مليوني درهم في الحالة الثالثة (دون تخيير بينهما)^١.

ولم يكتفِ المشرع الإماراتي بذلك بل إنه جرم الكثير من أفعال المساهمة في ارتكاب الجريمة بنصوص خاصة مثل تجريمه لانتاج أو صناعة أو ترويج أو بيع منتجات أو بضائع أو مطبوعات أو تسجيلات تتضمن إزدراءً للأديان، وكذلك إحراز محررات أو مطبوعات أو تسجيلات أو برامج حاسب آلي... تحوي ما يمثل إزدراءً للأديان.

من ذلك أيضاً تجريم إنشاء أو إدارة مركز أو هيئة لها هذا الغرض، وكذلك عقد أو تنظيم مؤتمر أو اجتماع أو تقديم عرض أو طلب أو قبول لأموال أو دعم مادي متى كان ذلك من أجل ارتكاب الفعل المجرم^٢.

كما عاقب على ارتكاب الجريمة من شخص معنوي، بحل الشخص المعنوي أو غلقه مؤقتاً^٣.

١ راجع المادة ٩ من المرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة التمييز والكرهية الإماراتي.

٢ المادة ٤ من المرسوم المذكور.

٣ المادة ١٧ من المرسوم المذكور.

الفرع الثاني

موقف القانون الفرنسي من تجريم التعدي على الأديان

أولاً : مبدأ عدم تجريم التعدي على الأديان :

عرفت فرنسا تجريم التعدي على الأديان أو "التجديف" "blasphème" فيما مضى، وتحديداً منذ القرن الثالث عشر في عهد لويس التاسع (سانت لويس) وحتى القرن الثامن عشر.

وكانت جريمة التجديف تشمل كل قول يمس الذات الإلهية أو يهين الدين.

أما في الوقت الراهن فلم يعد القانون الفرنسي يجرم التجديف أو إهانة الأديان، ولم يضعها كقيد على حرية التعبير.

وحرية التعبير تنص عليها المادة (١١) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩، والتي يجرى نصها على أن "حرية التعبير عن الأفكار والآراء هي من الحقوق الأثمن للإنسان، فكل مواطن له الحق في الحديث والكتابة والطباعة بحرية".

ولهذه المادة مكانة النصوص الدستورية¹. أما على صعيد التشريعات العادية فإن حرية التعبير مكفولة بقانون ٢٩ يولييه ١٨٨١ والمتعلق بحرية

¹ Etude de législation Comparée n°262 – Janvier 2016 – la répression du blasphème; [http:// www.senat.fr/ic/ic2621 le 2622.html.](http://www.senat.fr/ic/ic2621_le_2622.html); n°2.

الصحافة^١.

وكذلك بقانون ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ الخاص بوسائل التواصل الإلكترونية^٢.

وتكاد التشريعات الفرنسية أن تكون خلواً من أي نص يجرم التعدي على الأديان والاستثناء الوحيد على ذلك هو قانون مطبق في مقاطعة "Alsace-moselle" و هي من المقاطعات التابعة لفرنسا و يعاقب على التجديف، وهو موروث عن القانون الألماني لسنة ١٨٧١.

وتنص المادة ١٦٦ منه على تجريم من يتسبب في فعل تجديف علني ضد الله بواسطة عرض يشكل إهانة؛ وكذلك من يقوم علناً بإزدراء العبادات المسيحية في أي تجمع ديني ضمن إقليم الاتحاد، أو أي مؤسسة أو احتفال ديني أو كنيسة أو أي مكان آخر مقدس، ويُعاقب على هذه الأفعال بالسجن ثلاث سنوات.

إلا أن هذه المادة رغم وجودها فهي تُعد معطلة ومهجورة وتم اقتراح إلغائها من ممثلي الأديان المختلفة.

غياب التجريم إذن في القانون الفرنسي ينأى بالمعتقدات الدينية عن أن تكون محلاً للحماية الجنائية ويتيح للكافة توجيه النقد إليها ولو كان عنيفاً، طالما

¹ Loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, art 1.

² Loi n°86 – 1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de Communication, article 1, alinéa 1 "la Communication au public par voie électronique est libre".

أنه لا يظال الأشخاص المنتمين إليها أو من يدينون بها^١.

وهو ما أكده القضاء الفرنسي في حُكم لمحكمة باريس قررت فيه أنه "في فرنسا يحترم المجتمع العلماني التعددي كافة المعتقدات، ويسير ذلك جنباً إلى جنب مع حرية نقد الأديان أيّاً كانت، وطرح موضوعات ذات قدسية دينية؛ حيث أن التجديف الذي يمس الإله والدين ليس مقموماً وذلك على النقيض من الإهانة الموجهه بشكل شخصي ومباشر ضد شخص، أو مجموعة من الأشخاص بسبب انتمائهم الديني"^٢.

وهو الاتجاه الذي تبناه مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة بقراره الصادر في ٢٧ مارس ٢٠٠٨ رقم ١٩/٧ لمناهضة تجريم التعدي على الأديان (إزدراء الأديان)^٣.

ثانياً : تبرير عدم تجريم التعدي على الأديان :

وفي تبرير هذا الاتجاه أصدر المجلس الأوروبي للقانون والعدالة تقريراً

¹ Etude de législation Comparée, op. cit., n° b.

² TGI Paris, 17 éme Ch, 22 Mars 2007, société des habous et des lieux saints de l'islam et union des organisation islamiques de France C/Ph. Val.

³ European centre for law and justice; "lutter contre la diffamation des religions"; par Grégor puppinck; 2008; p.2.

ساق فيه مجموعة من الحجج والأسباب التي أدت إلى تبني هذا التوجه ومن أهمها:

١. تصادم تجريم التعدي على الأديان مع فكرة الحرية الدينية:

حيث أن مفهوم الاساءة إلى الأديان يُعد واحداً من الأدوات الرئيسية المعاصرة لهدم مبدأ الحرية الدينية، فالحرية الدينية تستتبع إتاحة المجال لكل إنسان لكي يعبر عن معتقداته الدينية وأراؤه بصدد الأديان سواء كان يتبنى آراءً تنتمي إلى أحد الأديان أو كانت آراءً إلحادية تنفي فكرة وجود الدين، وهذه الحرية تمثل مبدأً من المبادئ الرئيسية المنصوص عليها في المواثيق الدولية، فهي حرية عالمية لارتباطها بطبيعة الإنسان، وهي حتمية كونها تعبيراً عن أحد مظاهر الكرامة الإنسانية، وهي تجد مصدرها في حرية الفكر وحرية الاعتقاد الشخصي¹.

٢. إعادة إقحام الدين في المجال الاجتماعي:

إن تبني هذا النوع من التجريمات ينتمي إلى ثقافة سياسية تتعارض مع التقدم حيث يُبدي الرابطة بين قانون الله وقانون الناس، ويُعيد ادخال الدين إلى المجال الاجتماعي والقانوني، مما يشكل إضراراً بالمقاربة الفردية الخالصة للفكر الحديث في مجال حقوق الإنسان.

٣. يُمثل التجريم سلاحاً قمعياً ضد الإعلام ومجالات أخرى:

¹ European Centre for law and Justice, "lutter contre la diffamation des religions", op. cit., p. 2, 3.

تبدو خطورة تجريم الاساءة إلى الأديان في كونها تمثل سلاحاً ضد الإعلام والمجال الفني والأكاديمي، حيث يُمنع أي نقد سلبي لدين من الأديان أو لأتباعه، مما يمنح الدين حصانة ضد النقد تأتي على حساب حرية الصحافة وحرية التعبير.

٤. تمييزاً ضد الأقليات الدينية:

إن تكريس مفهوم (التعدي على الأديان) في التشريعات إنما يعطي مشروعية للقوانين القمعية الموجهة ضد الأقليات الدينية، ولذا فيجب إبدال هذا المفهوم بمفاهيم أخرى كتجريم التحريض على خطاب الكراهية أو التحريض على العنف أو إزدراء المنتمين إلى أحد الأديان.

وبمناسبة الحديث عن تأثير تجريم الاساءة إلى الأديان على حقوق الأقليات الدينية، ندد المركز الأوروبي للقانون والعدالة بموقف عدد من الدول الإسلامية، وعلى رأسها باكستان، والتي اشتمل قانونها العقابي على تجريم إزدراء الأديان في المادة ٢٩٥ منه تحت طائلة عقوبات الإعدام والسجن المؤبد^١.

وكذلك جمهورية مصر العربية، والمملكة العربية السعودية وإيران وغيرها من الدول الإسلامية لما ساقوه من تحفظات على المادة الخاصة بتكريس الحرية الدينية والتي تشمل الحق المطلق في تغيير الدين والمنصوص عليها في المادة ١٨ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة ١٨ أيضاً من إتفاقية الحقوق المدنية

¹ European Centre for law and Justice; op. cit., p.7.

والسياسية لسنة ١٩٦٦ وكذلك الإتفاقية الخاصة بمناهضة كافة أشكال التمييز القائمة على الدين أو الاعتقاد ٢٥ نوفمبر ١٩٨١ حيث قيدت الدول تصديقها على بنود الإتفاقيات سالفه الذكر بعدم تعارض أي نص أو مادة من المواد الواردة في الإتفاقيات مع مبادئ الشريعة الإسلامية؛ أو أي قانون قائم على أساسها.

لذا فقد تمت الموافقة على مبدأ حرية الدين في إطار النظام العام الداخلي للدول الإسلامية وبالتفسير الذي يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية.

كما أدان المركز الأوروبي، ما تضمنه البرنامج العشري لمواجهة التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية والذي تبنته منظمة التعاون الإسلامي في ديسمبر ٢٠٠٥، لما تناوله من تكريس لمفهوم (الإساءة إلى الأديان)، و(الاسلاموفوبيا) كأفعال إجرامية خطيرة جدية بأن تكون محلاً للمواجهة والعقاب، حيث أدان البرنامج الاسلاموفوبيا أو رهاب الإسلام ممثلاً في أفعال تنشر الصور النمطية السلبية عن الإسلام والتي لا تعدو أن تكون مجرد أباطيل كاذبه ككون الإسلام دين يساعد على الإرهاب أو الانتهاكات؛ كما أدان كافة صور الإساءة إلى الدين، سواء وُجّهت الإساءة إلى الذات الإلهية أو إلى الأنبياء أو إلى الكتب السماوية أو الملائكة أو إلى الفقه الديني وعلق المركز الأوروبي على ذلك بقوله أن منظمة التعاون

¹ Plateforme d'information humanrights. Ch;

<https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-international-aux-nouvelle>; 2012; p. 1,2.

الإسلامي قد اتخذت مفهوم (الإساءة إلى الأديان) كمصطلح دفاعي ضد زُهاب الإسلام وكمصطلح هجومي لإسكات كل الأصوات المعارضة للدين؛ فهو مفهوم يدافع عن الأكتريية الدينية أو الدين الرسمي للدولة ضد الأقليات الدينية. وكرد فعل لقرارات منظمة التعاون الإسلامي، أصدرت اللجنة العامة للاتحاد الأوروبي في ٢٠٠٧ قراراً بمناهضة إزدراء الأديان ورد فيه أن "الاتحاد الأوروبي لا يعتبر مفهوم الإساءة إلى الأديان مفهوماً صالحاً في مجال حقوق الإنسان، فالتشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان إنما يحمي الفرد أساساً في ممارسة حريته في التدين أكثر من حمايته للأديان ذاتها"^١.

واستمراراً في اتخاذ نفس الموقف، فقد أصدر مجلس الاتحاد الأوروبي في ١٦ نوفمبر ٢٠٠٩ قراراً بخصوص حرية الدين والاعتقاد أكد فيه دون لبس أن إزدراء الأديان ليس من المفاهيم التي تتفق مع حقوق الإنسان، كما أعرب عن مخاوفه بخصوص المسلك التشريعي الذي تتبناه الدول التي تُصر على الإبقاء على هذا المفهوم لما يمثله من تنمر تجاه الأقليات الدينية وحجر على حرية التعبير وحرية الاعتقاد^٢؛ وفي ذلك قالت الجمعية البرلمانية للاتحاد الأوروبي أنه "لا يجوز

¹ La déclaration fait par le Portugal au nom de l'union européenne lors de la session de l'assemblée générale le 18 Décembre 2007.

² Le projet de conclusions du conseil sur la liberté de religion ou de conviction adopté par la comité politique et de sécurité cops lors de sa réunion du 11 Novembre 2009 – est public, conseil de l'union Européenne, Bruxelles, le 11 Novembre 2009 12 – 11, 15510/09,

الحجر على حرية التعبير استجابةً لحساسية متزايدة لدى بعض المجموعات الدينية،
أما تجريم أفعال أخرى كالتحريض على الكراهية فإنه يخالف نصوص الإتفاقية
الأوروبية لحقوق الإنسان"¹.

COHOM 250, PESC 1488, copo 172.

¹ Résolution 1510 2006 Adopté par l'Assemblée parlementaire le 28
Jain 2006.

المطلب الثاني

جريمة استغلال الدين

نصت على هذه الجريمة المادة (٩٨و) من قانون العقوبات المصري بقولها: «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تجاوز خمس سنوات أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه، ولا تجاوز ألف جنيه كل من استغل الدين في الترويج بالقول أو بالكتابة أو بأية وسيلة أخرى لأفكار متطرفة بقصد إثارة الفتنة أو تحقير أو ازدراء أحد الأديان السماوية أو الطوائف المنتمية إليها أو الإضرار بالوحدة الوطنية». ويشيع التعبير عن هذه الجريمة باسم «جريمة ازدراء الأديان» وهي تسمية خاطئة تمامًا فهي لا تتفق مع فحوى نص التجريم، والصحيح أن «ازدراء الأديان» هو التعبير المكافئ لـ «التعدي على الأديان» أو «الإساءة إلى الأديان»، وهي التسميات التي تعبر عن الجريمة المنصوص عليها بالمادة ١٦١ من قانون العقوبات والتي سبق وأن فصلنا الحديث حول جوانبها المختلفة.

وجريمة استغلال الدين من الجرائم المثيرة للجدل نظرًا لطبيعة صياغة نص التجريم الخاص بها والذي يضم عبارات فضفاضة المعنى.

وقد أحسن المشرع المصري حين حذف لفظي «التحبيذ» و «السلام الاجتماعي» بقانون رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٦ نظرًا لغموضهما في السياق الذي وردا فيه^١.

١ وقد كان النص يعاقب «كل من استغل الدين في الترويج أو التحبيذ بالقول أو بالكتابة أو بأي وسيلة أخرى لأفكار متطرفة بقصد إثارة الفتنة أو تحقير أو ازدراء أحد الأديان السماوية أو

ومن خلال استقراء نص المادة (٩٨و) يتضح لنا أن المصلحة محل الحماية في جريمة استغلال الدين تختلف عن تلك التي يحميها النص المُجرّم للتعدي العلني على الأديان.

فحيث يحمي النص الأخير الشعور الديني لدى الأفراد بإسباغ الحماية على مقدساتهم، نجد أن الأول يقصد مباشرةً بالحماية الوحدة الوطنية والاستقرار والسلام الاجتماعي.

فالمقصود في هذا الإطار هو الحفاظ على روح الاتحاد والإخاء والتعايش والمواطنة بين المصريين رغم اختلاف دياناتهم، وعدم السماح بإشعال نيران الفتنة الدينية أو الطائفية بين المنتمين إلى الديانات المختلفة؛ من خلال إساءة استغلال الخطاب الديني في بث الفرقة والتشتت والكراهية بين أبناء الوطن الواحد.

وتُعد هذه المصلحة من المصالح الجوهرية لبقاء أي دولة واستمرارها وتجنّبها ويلات الحروب الأهلية التي لا تقود إلا إلى الدمار المطلق.

ومع ذلك فإن حماية هذه المصلحة الجوهرية لا يبرر المساس غير المشروع بالحريات الشخصية للمواطنين والذي قد يؤدي إليه سوء الصياغة التشريعية.

الطوائف المنتمبة إليها أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي أو تكدير الأمن العام».

وتتركب جريمة استغلال الدين من ركنين، ركن مادي وركن معنوي على ما

سيأتي تفصيله.

الفرع الأول

الركن المادي لاستغلال الدين

أولاً: عناصر الركن المادي للجريمة :

يتألف الركن المادي لجريمة استغلال الدين من عنصرين وهما:

١- الاستناد أو الاستدلال بالدين.

٢- الترويج لأفكار متطرفة.

(١) الاستناد إلى الدين أو الاستدلال به:-

والمقصود بالاستدلال بالدين، هو قيام الجاني بذكر آية من القرآن الكريم أو من أحد الكتب السماوية الأخرى، أو الاستشهاد بقول أو فعل أو موقف للرسول عليه الصلاة والسلام أو لنبي آخر كحجة وكدليل على ما يقوله أو ما يدعو الناس إليه.

ولا يقتصر الأمر على الاستشهاد بالكتب السماوية أو بالسنة، وإنما يمتد إلى كل ما ينتمي إلى الدين من أحكام وتعاليم أو حتى تفاسير وشروح، فقد يستند المتحدث أو المؤلف (باعتبار ارتكاب الجريمة بواسطة الكتابة) إلى آراء فقهية أو فتاوى لعلماء قدامى أو محدثين، أو يستند إلى شعيرة من الشعائر أو فرض من الفروض ليستخلص منها حكمة أو علة يُقْتَرَضُ وجودها من أجل تدعيم رأيه وموقفه، أو غير ذلك مما قد ينتمي إلى الدين أو يرمز إليه.

أما الاستناد إلى محتوى غير ديني، كمحتوى ثقافي أو أدبي أو فني أو علمي أو تاريخي فإنه لا يحقق الركن المادي للجريمة؛ حيث أن علة التجريم ترتبط بفكرة استغلال المشاعر والعواطف الدينية لدى الناس من أجل دفعهم إلى تبني فكر خَطِر اجتماعياً.

ولا يُشترط لتحقيق الركن المادي للجريمة أن يكون الجاني مُحْتَلًا - إبان ارتكابه للسلوك المجرم - منصباً دينياً، ككونه شيخاً أو قسيساً أو رجل دين من أي نوع، فنجد أن المشرع لم يُقصر التجريم على ذوي الصفة الدينية؛ وإن كانوا هم الطائفة المنوط بهم مهمة إلقاء الخطابات الدينية، كما أنهم الأكثر مصداقية لدى جماهير الناس ولهم الكلمة المسموعة في أمور الدين، باعتبار أن الدين هو مجال دراستهم وخبرتهم العملية.

حيث أن كل إنسان يمكنه ارتكاب جريمة استغلال الدين للترويج لأفكار هدامة، فالمجتمعات زاخرة بمدعي العلم الديني، وبالمتعصبين دينياً!.

١ وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية للقانون نجد أن تلك المادة قد أضيفت في الأصل «لمعاقبة كل من يشتغل بالدين ويعمل تحت شعاره للترويج لأفكار متطرفة»، راجع د. محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة، مرجع سابق، ص ٨٨٣.

(٢) الترويج لأفكار متطرفة:-

والترويج لغةً، يعني: جعل الشيء منتشرًا يكثر الطلب عليه، والمقصود به في هذا السياق، النشر والإذاعة ولا بد أن ينصب الترويج على ما أسماه المشرع بـ «الأفكار المتطرفة».

إذًا يفترض الركن المادي لجريمة استغلال الدين أن يتم استخدام المحتوى الديني أو الاستناد إليه في نشر وإذاعة أفكار متطرفة.

ويستوي أن يتم الترويج بالقول أو بالكتابة أو بالرسم أو بالتمثيل أو التصوير أو غيرها من وسائل التعبير، وبالتالي تقوم الجريمة بنشر الأفكار المتطرفة في جريدة أو مجلة ورقية أو إلكترونية أو إذاعتها في حلقات تسجيلية أو تلفزيونية، أو توزيع ملصقات أو الحديث على الملأ في ندوات أو محاضرات أو غير ذلك من وسائل العلانية والنشر^١.

لا صعوبة إذًا في فهم معنى الترويج المنصوص عليه في مادة التجريم، ولكن الأمر يختلف إذا نظرنا إلى تعبير «الأفكار المتطرفة» الذي استخدمه المشرع لوصف السلوك الإجرامي. فما هي الأفكار المتطرفة التي قصدتها المشرع؟

١ د. محمد السعيد القرعة، الحماية الجنائية للأديان السماوية، مرجع سابق، ص ١٥، د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة - دراسة تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٢٣ وما بعدها.

إن التطرف في اللغة هو الابتعاد إلى الطرف، ويُقال تطرف في أفكاره بمعنى تجاوز حد الاعتدال والمعقول. وإذا اتبعنا المعنى اللغوي للكلمة، نجد أن العبارة فضفاضة يشوبها الغموض، حيث أن التطرف فكرة نسبية ترتبط بالمكان والزمان والموقف والمنظومة القيمية لكل شخص، فما يُعد بعيداً عن الاعتدال في زمان، قد يكون هو عين الاعتدال والتوسط في زمن آخر؛ وما يكون فكراً متطرفاً بالنسبة لشخص، يعتبر فكراً سويّاً بالنسبة لآخر، فمن هو المُعول عليه في تقييم الأفكار محل الترويج؟

صحيح أن الرأي العام المصري يربط بين مصطلح التطرف وبين الحض على العنف والإرهاب بدوافع عقائدية، مما يُضفي على مصطلح «الأفكار المتطرفة» شيئاً من التحديد، إلا أن اتساع معنى العبارة، وقابليتها لأن تُفسر على أكثر من وجه، لا يتماشى مع الطبيعة التي لا بد أن تكون عليها النصوص القانونية بشكل عام والعقابية بشكل خاص، فلا بد أن يتسم النص العقابي بالتحديد بصورة يقينية لا التباس فيها^١، وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن «الأصل في النصوص العقابية هو أن تُصاغ في حدود ضيقة لضمان أن يكون تطبيقها محكماً،

١ وفي ذلك يقول د. أشرف توفيق شمس الدين: «لا يكفي أن ينص الشارع على تجريم فعل معين وإنما يجب أن يكون هذا الفعل واضح العناصر على نحو يكفل التحديد الدقيق لماهيته أما النص على تجريم سلوك يشوب تحديده الإبهام والغموض فإنه يكون غير صالح للتجريم لمنافاته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، انظر: د. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة منشورة بمجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا، العدد الثالث عشر، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٧.

فقد صار من المحتم أن يكون تمبيعها محظورًا، ذلك أن عموم عباراتها واتساع قوالها قد يصرفها إلى غير الأغراض المقصودة منها، فيتعين أن يكون النص العقابي حادًا قاطعًا لا يؤذن بتداخل معانيه كي لا تتداح دائرة التجريم، وتظل دومًا في إطار الدائرة التي يكفل الدستور في نطاقها قواعد الحرية المنظمة^١.

ومن ثم كان الأوفق استخدام ألفاظ محددة المعنى مثل الترويج لأفكار تدعو إلى العنف، أو الترويج لأفكار تنادي بالاعتقال أو ما إلى ذلك.

ويلاحظ فيما يتعلق بنص المادة محل البحث أن غالبية المحاكم المصرية تطبقها بشكل خاطئ ينم عن خلط بينها وبين نص المادة ١٦١ المتعلق بالتعدي على الأديان، حيث تطبق جريمة استغلال الدين على قضايا إعلان الإلحاد بالنظر لكون إعلان الإلحاد هو إنكار مطلق للأديان السماوية وبالتالي تتحقق به فكرة ازدراء الأديان^٢، وسبب وقوع الخلط على الأرجح هو ورود عبارة «ازدراء أحد الأديان السماوية» في ذيل المادة (٩٨و).

١ حكم الدستورية العليا، جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤، القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ ق دستورية، مجموعة أحكام الدستورية العليا، ج٦، ص ١٥٤.

٢ د. ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا، المرجع السابق، ص ٨٨٦.

وهي ما وردت إلا كصورة من صور القصد الخاص المتطلب في جريمة استغلال الدين، أما الركن المادي للجريمة كما أسلفنا الإيضاح فيختلف اختلافاً كلياً عن ماديات جريمة التعدي العلني على الأديان.

فالفرض في جريمة استغلال الدين أن الجاني لا يزدري الدين أو يستهزئ به أو يسيء إليه، إنما على العكس هو يبجله ويستند إليه، ويستدل به من أجل الترويج لأفكاره التي تتسم بالتطرف، والتي يكون القصد من ترويجها إما إثارة الفتنة أو الإساءة إلى دين آخر أو إلى المنتمين إليه.

ازدراء الدين هنا إذن ليس سلوكاً يُرتكب، كما هو الحال في جريمة التعدي على الأديان، وإنما هو قصد قد تتصرف إليه إرادة الجاني.

وفي ذلك قُضي بأن ما أثبتته الحكم المطعون فيه من قيام المتهم بإحداث علامة على شكل صليب بشفرة حلقة بيد المجني عليه وذكره له أنه سيحدث بالكهرباء أخرى مماثلة ووعده إياه بأن يعطيه نقوداً إن هو اعتنق المسيحية، ... لا يكفي بيانا للواقعة وتديلاً عليها على النحو الذي يتطلبه القانون، ذلك أنه اكتفى بسرد أقوال المجني عليه ووالده ولم يوضح مدى مطابقتها للأهداف المؤتممة في القانون ولم يبين من واقع هذه الأقوال الترويج بأي طريقة من الطرق للأفكار المتطرفة، ولا أبان ماهية تلك الأفكار التي دان الطاعن بالترويج لها ولا كذلك استظهر كيف أن القصد منها كان إثارة الفتنة والإضرار بالوحدة الوطنية والسلام

الاجتماعي، فإنه يكون قاصراً عن استظهار العناصر المكونة للجريمة التي دان الطاعن بها كما هي معرفة في القانون ... ممايتعين بالقصور.^١

ثانياً : تمييز جريمة إستغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة عن جريمة الإستغلال السياسي للدين :

إن المشرع لم يكتف بتجريم استغلال الدين من أجل الترويج لأفكار متطرفة، وإنما جرم الاستغلال السياسي للدين أيضاً ولكن في إطار محدود، حيث جاء في نص المادة ٢٠١ من قانون العقوبات أن «كل شخص ولو كان من رجال الدين أثناء تأدية وظيفته ألقى في أحد أماكن العبادة أو في محفل ديني مقالة تضمنت قدحاً أو ذمّاً في الحكومة أو في قانون أو في مرسوم أو قرار جمهورية أو في عمل من أعمال جهات الإدارة العمومية، أو أذاع أو نشر بصفة نصائح أو تعليمات دينية رسالة مشتملة على شيء من ذلك يعاقب ب...».

وتختلف هذه الجريمة عن سابقتها في كون استغلال الدين فيها لا يرتبط باستغلال المحتوى الديني حصراً من أجل معارضة الحكومة، وإنما الاستغلال هنا قد يأتي في صورة استغلال المنصب الديني ومكان العبادة أو المحافل الدينية في ارتكاب الجريمة. كقيام رجل دين شيخ أو قسيس باستغلال وظيفته في الترويج

١ نقض - الطعن رقم ٤١٧٧٤ لسنة ٥٩ قضائية، جلسة ١٩٩٦/١/٧، المكتب الفني سنة ٤٧، قاعدة ١ صفحة ١٦.

لوجهة نظره المعارضة للحكومة أو لأي من قراراتها. كما قد يتحقق أيضًا بقيام شخص عادي بإفشاء آراءه المعارضة في مكان للعبادة أو محفل ديني^١.

وتتحقق الجريمة أخيرًا بقيام شخص عادي أو رجل دين بإذاعة أو نشر تعليمات أو نصائح ذات محتوى ديني للتدليل على وجهة نظر معارضة ولدعمها بالبراهين الدينية. يُستفاد من ذلك أن استغلال الدين في الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢٠١ عقوبات، قد يتخذ صورة استغلال المنصب الديني مقرونًا بالمكان أو المناسبة الدينية، أو قد يتخذ صورة استغلال المكان أو المناسبة الدينية دون أن يكون الجاني من ذوي الصفة الدينية. وأخيرًا قد يستغل الجاني المحتوى أو السند الديني وحده للترويج لأفكاره المعارضة للحكومة.

وإذا كانت معارضة الحكومة هي حرية مطلقة لكل مواطن مصدرها حرية الفكر، وحرية الرأي والتعبير التي يكرسها الدستور وتتص عليها المواثيق الدولية، فإن إقحام الدين في الترويج لرأي سياسي أو موقف بعينه إنما هو سلوك لا يهدف إلى التعبير البريء عن الرأي ولكن يهدف إلى استثارة المشاعر الدينية وتأجيجها لدى الناس ومن ثم سهولة التأثير عليهم وأخذ الخلافات السياسية إلى مضمار أبعد وأشد سخونة وخطورة هو مضمار الأديان، حيث يتصل الأمر بركائز عميقة لدى الناس منبعها الإيمان الديني.

^١ قد يحقق فعل واحد النموذجين التجريميين لاستغلال الدين لترويج أفكار متطرفة و الإستغلال السياسي للدين ، مما يثر حالة من حالات التعدد المعنوى و هنا تطبق عقوبة الوصف الأشد ، و هو وصف استغلال الدين للترويج لأفكار متطرفة .

ويشبه هذا النموذج التجريبي، نموذجًا آخر في التشريع الجزائري نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأحزاب (٩٧-٩) والتي تحظر استعمال المكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاثة: الإسلام والعروبة والأمازيغية لأغراض الدعاية الحزبية^١.

١ رزيق بخوش، الحماية الجنائية للدين الإسلامي، المرجع السابق، ص ٣٩، ٤٠.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة استغلال الدين

للركن المعنوي في جريمة استغلال الدين أهمية قصوى، حيث يُعطي لماديات الجريمة بُعدًا نفسيًا خاصًا يتطلبه المشرع في التجريم، من دون توافره لا يمكن أن تعتبر الجريمة متحققة. وهذا البُعد هو القصد الخاص المتطلب إضافةً إلى القصد الجنائي العام (العمد).

إذن يلزم لتحقيق الجريمة توافر القصد العام أولاً بعناصره المعروفة من علم وإرادة تتجه إلى كافة ماديات الجريمة، فلا بد أن يكون الجاني وقت ارتكاب السلوك مدركًا لعناصره من استناد أو استدلال بالمحتوى الديني، ونشر أو إذاعة لأفكار متطرفة، وبالتالي لا بد أن يكون عالمًا بأن ما يستدل به ويستند إليه لدعم وجهة نظره إنما هو نص ديني أو رأي فقهي أو فتوى أو ما إلى ذلك، وأن يكون مدركًا، وعالمًا بعملية النشر أو الإذاعة التي يفترضها فعل الترويج، فإذا جهل أن ما يقوله أو يكتبه من رأي سوف تتم إذاعته أو نشره على الناس وكان يظن أنه إنما يدون أو يبوح بأراء خاصة ليس مآلها الإذاعة أو النشر؛ انتقي القصد الجنائي لديه.

وبالإضافة إلى العلم، يُفترض توافر الإرادة وهو ما يعني أن يكون سلوك الجاني إراديًا نابغًا عن اختيار حر، وليس نتيجة لإكراه مادي أو معنوي.

ولا يكفي في جريمة استغلال الدين توافر هذين العنصرين المكونين للعمد، وإنما يلزم أيضًا توافر نية خاصة أو قصد خاص لدى الجاني يتمثل في انصراف

إرادة الجاني إلى هدف أو عنصر خارج عن ماديات الجريمة وله صورة من صورتين:-

(١) الصورة الأولى قصد إثارة الفتنة والإضرار بالوحدة الوطنية

والمقصود أن تتصرف إرادة الجاني إلى بث الفرقة والضغينة بين أهل الأديان المختلفة أو بين أهل الدين الواحد مختلفي الممل أو التوجهات.

فلا يكفي لتوافر القصد الجنائي لدى مرتكب الجريمة أن يستند إلى نص ديني للترويج لأفكار متطرفة أو أفكار تجانب الاعتدال والتوسط إذا لم ينصرف قصده إلى أبعد من التعبير عن رأيه، أو لم يهدف من خلال سلوكه هذا سوى للشهرة أو للظهور مثلاً.

بل يلزم أن تتجه إرادته من خلال استغلاله للدين في الترويج لهذه الأفكار إلى إثارة الفتنة والفرقة بين أهل الوطن الواحد؛ لكي تتحقق الجريمة.

والعبارات التي استخدمها المشرع للتعبير عن هذه الصورة من صور القصد وإن كانت تتسم بالعمومية والمرونة إلا أن لها تفسير واضح ومحدد كما نرى.

وتطبيقاً لذلك فإن قيام شخص باستخدام آيات الجهاد المذكورة في القرآن الكريم في سياق دعوته للقتال ضد غير المسلمين من مواطني الدولة، أو ضد غير

١ د. محمد السعيد عبد الشفيق، الحماية الجنائية للأديان السماوية، المرجع السابق، ص ٢١٦.

الملتزمين دينياً إنما يحقق جريمة استغلال الدين في حال التثبت من توافر القصد المتطلب فيها.

٢) الصورة الثانية ازدرء أحد الأديان أو الطوائف المنتمية إليها

ويبدو أن مقصود المشرع في هذه الصورة هو اتجاه إرادة الجاني حال ارتكاب سلوكه إلى ازدرء أو تحقير أحد الأديان السماوية وليس فكرة الدين في ذاتها، كما إذا قام الجاني بالاستناد إلى نصوص في الشريعة الإسلامية من أجل الطعن في الدين المسيحي أو العكس.

والازدرء هنا ليس سلوكاً مادياً كما في جريمة التعدي على الأديان، وإنما هو هدف يتغياها الجاني من سلوكه، فهو هنا لا يقول ما يمثل إساءة لدين سماوي (الدين الآخر) أو سخرية، وإنما يقول ما يستفاد منه إنكار الدين الآخر والظعن فيه، والإنكار بين الأديان كما أسلفنا لا يُعد سلوكاً مجرماً (في إطار التعدي العلني على الأديان) حيث أن الإيمان بأحد الأديان السماوية أو الدعوة إليه يستتبع بالضرورة إنكار ما سواه، ويختلف ذلك بطبيعة الحال عن إنكار الأديان السماوية جميعاً، حيث يخالف ذلك النظام العام ويعتبر سلوكاً محققاً لجريمة التعدي العلني.

فهل يُجرم الإنكار بين الأديان في إطار جريمة استغلال الدين؟! باستظهار مقصد المشرع الذي تعبر عنه ألفاظ نص التجريم نجد أن الإنكار بين الأديان ولو تم استدلالاً بنصوص من أحد الأديان ضد الدين الآخر، لا يُعد مجرماً في إطار

هذه الجريمة إلا لو توافرت نية خاصة لدى الجاني حال قيامه بهذا السلوك، وهي نية ازدراء الدين الآخر أو التحقير من شأنه أو من شأن أتباعه.

والحق أن إثبات توافر هذا النوع من القصد من عدم توافره أمر عسير، فهذا القصد الخاص هو الذي يميز بين حالتين، حالة قيام شخص حسن النية (قد يكون ذا منصب ديني) بمجرد شرح وتفسير لبعض نصوص دينه والتي تحمل معاني مضادة لدين آخر؛ وحالة قيام شخص بشرح وتفسير نفس النصوص الدينية ليس من أجل التفسير والشرح في ذاته، وإنما لغاية خفية في نفسه فحواها إهانة وتحقير الدين الآخر أو أتباعه.

لابد لمحكمة الموضوع إذن أن تتبين توافر القصد الخاص لدى الجاني لازدراء أحد الأديان السماوية وتشويهه والحط من قدره أو من قدر أتباعه^١، وإلا كان حكمها قاصرًا في التسبب مستوجبًا نقضه^٢.

وقد استقر قضاء النقض على أن «جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة منصوص عليها في المادة ٩٨ من قانون العقوبات تتطلب لتوافرها ركنًا ماديًا هو الترويج أو التحبيذ بأنه وسيلة لأفكار متطرفة تحت ستار مموه أو

١ مفهوم أنه يكفي أن تتبين المحكمة توافر أحد صورتَي القصد الخاص، إثارة الفتن أو ازدراء أحد الأديان أو أتباعه.

٢ الحكم الصادر في الجنحة رقم ١١٣٧٣ لسنة ٢٠٠٢ جنح أمن دولة طوارئ، مدينة نصر، والصادر بتاريخ ٢٨/٩/٢٠٠٢، غير منشور، راجع د. محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص ٨٨٧.

مضلل للدين، وتتطلب فضلاً عن ذلك ركنًا معنويًا آخر هو أن تتجه إرادة الجاني لا إلى مباشرة النشاط الإجرامي فحسب وإنما يجب أن تتوافر لديه أيضًا إرادة تحقيق واقعة غير مشروعة وهي إثارة الفتنة أو تحقير وازدراء أحد الأديان السماوية أو الطوائف المنتمية إليها أو الإضرار بالوحدة الوطنية»^١.

ومع ذلك فلا يُشترط لإثبات توافر القصد الخاص أن تذكر المحكمة صراحة بالحكم سوء نية المتهم، بل يكفي أن يكون في عبارة الحكم ما يدل على ذلك^٢.

ونظرًا للأهمية القصوى للقصد الخاص في جريمة استغلال الدين كونه يمثل الخيط الرفيع بين حسن نية المتهم وبالتالي عدم توافر الجريمة وبين سوء نيته المؤدي إلى توافرها، فلا بد من التحرز الشديد في إثباته وفي الأخذ بالأدلة التي تشير إلى توافر سوء النية؛ وبخاصة في حالة إذا ما كان المتحدث رجل دين يقوم

١ ١٩٩٦/١/٧، أحكام النقض، س ٤٧ ق ١ ص ١٠.

٢ نقض ١٩٤١/١/٢٧، مجموعة القواعد القانونية، ج ٥ ق ١٩٧ ص ٣٧٦؛ الطعن رقم ٢١٦٠٢ لسنة ٨٤ قضائية، نقض جنائي، جلسة ٢٢ مارس ٢٠١٥، وقد جاء ضمن حيثيات الحكم أن الجاني كرد فعل على الفيلم المسيء للرسول عليه الصلاة والسلام «أورد بتصريحه سب من سبنا واجب شرعي، واستطرد مقررًا بتمزيق الإنجيل، كما استخدم ألفاظ مشينة نحو مقدسات الدين المسيحي ومعتقداته كما وجه دعوات تحريضية وإثارية ضد الطوائف المسيحية» والحق أن هذه الوقائع ينطبق عليها نص المادة ١٦١ أيضًا حيث أن ازدراء الأديان هنا لم يكن ركنًا معنويًا بل كان سلوكًا ماديًا ظاهرًا.

بشرح أو تفسير نص ديني في مكان عبادة أو في قناة إعلامية موجهة لأتباع ذات الدين، أو في برنامج ديني لا يخفي نوع الجمهور الموجه إليه.

فإذا كان استغلال الدين المتعلق بقصد ازدراء أحد الأديان أو أحد أتباعه مُتَّصِرًا من أحد المنتمين لدين ضد دين آخر، فهل يُتَّصَرُّ أن تتحقق الجريمة بذات القصد من أحد المنتمين إلى دين بهدف ازدراء دينه؟

أو بعبارة أخرى هل يُتَّصَرُّ أن يقوم الجاني بالاستناد إلى محتوى ديني يتعلق بالدين المنتمي إليه من أجل الطعن في هذا الدين نفسه؟

يقتضي المنطق الجواب بالنفي، فإذا كان غرض الجاني ازدراء أحد الأديان السماوية فكيف يلجأ إلى هذا الدين بالذات للاستناد إليه والتدليل على صحة موقفه؟ لكن الواقع قد أثبت إمكانية أن يحدث هذا الفرض في القضية المعروفة الخاصة بالإعلامي (إسلام بحيري) والتي أُدين فيها باستغلال الدين، إلى جانب إدانته بالتعدي العلني عليه.

وكان الإعلامي المذكور قد قدم برنامجًا تلفزيونيًا يناقش فيه مجموعة من النصوص الدينية والآراء الفقهية التي يعارضها وينكر بعضها، مستغلًا هذه النصوص من أجل الحط من قدر بعض فقهاء وعلماء الدين الإسلامي (وليس الحط من قدر الدين الإسلامي ولا ازدراءه)، وعلى هذا الأساس أُتهم الإعلامي باستغلال الدين.

وفي ذلك قررت المحكمة أنه «ثبت في يقينها أن المتهم عكف على بث أفكار متطرفة تحت ستار الدين، عن طريق استغلال حلقات برنامجه التلفزيوني «مع إسلام» وتدويناته على مواقع التواصل الاجتماعي والندوات العامة التي اعتاد خلالها التشكيك في ثوابت الدين الإسلامي والسنة النبوية المطهرة، بزعم تجديد الخطاب الديني ... وثبت أن المتهم ارتكب جريمة استغلال الدين بالترويج لأفكار متطرفة، بصفة دورية ومسلسلة ومعروضة على العامة، وتبين من الأوراق أنه تعمد إعطاء المعلومات المغلوطة للجماهير والتشكيك في الثوابت الدينية وعلم الحديث، دون امتلاكه لأي سند صحيح .. وأن المتهم أراد من بث أفكاره مصحوبة بمعلومات مغلوطة، إثارة الفتنة بين أطراف المجتمع المصري وزعزعة عقيدته الدينية الوسطية للنيل منه وإهدار ثوابت علم الحديث ومصادره لهدف التحقير من الدين الإسلامي وازدراءه وأكدت المحكمة توافر أركان الجريمة في نص المادة ٩٨ من قانون العقوبات، وذلك من خلال ما ورد بتسجيلات المتهم بقناة القاهرة والناس المذاعة للكافة من ازدراءه للدين الإسلامي حينما تعدى على أئمة الإسلام بوصفه لهم بالتخلف والعته والسفه، بجانب قوله إن كتب التراث الإسلامي هي سبب وجود ظاهرة الإرهاب في العالم...»^١.

١ القضية رقم ٢١٠٧٨ لسنة ٢٠١٥ جنح مستأنف جنوب القاهرة والمقيدة برقم ٦٩٣١ لسنة ٢٠١٥ مصر القديمة، جلسة ٢٨/١٢/٢٠١٥، ص ١٣؛ وراجع أيضاً د. محمد حسن محرم، الحماية الجنائية الموضوعية لحرية التعبير، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ص ٢٣٦، هامش رقم ١.

ونرى أن نسبة جريمة استغلال الدين إلى المتهم في هذه القضية هو أمر محل نظر، حيث أن المتهم وإن استغل نصوص دينية من القرآن والحديث، وأخذ يضاهي بين الشروح والتفاسير قديمها ومعاصرها بحيث يتحقق بسلوكه أحد عناصر الركن المادي للجريمة، إلا أن العنصر الثاني وهو الترويج لأفكار متطرفة، لم يتحقق بهذا السلوك فالتعبير عن آراء مخالفة للمألوف في تفسير بعض النصوص الدينية من أجل التوفيق بينها وبين سواها من الثوابت الدينية لا يمكن اعتباره ترويجاً لأفكار متطرفة، وبخاصة حين لا تتم تسمية تلك الأفكار في حيثيات الحكم، أو التمثيل لها.

فإذا كان المتهم يستغل الدين للترويج لأفكار متطرفة، فما هي الأفكار المتطرفة التي يروج لها على سبيل المثال أو الحصر؟ وهل مجرد الخروج عن المألوف في تفسير النصوص النبوية، أو إنكار بعضها لضعف السند أو ما شابه يجاوز نطاق الاختلاف في الرأي إلى حد الوصول إلى «الدعوة لأفكار متطرفة»، ناهيك عن أن مصطلح «أفكار متطرفة» في ذاته مصطلح مطاط وغير محدد المعنى وهو بهذا الوصف غير ملائم ليكون عنصراً في الركن المادي لجريمة.

ثم ألا يُهدد هذا المسلك بالحجر على كافة الآراء غير المألوفة ومصادرتها وحرمان المجتمع من النفع الذي قد يعود عليه منها ومن مناخ حرية الفكر وحرية الرأي بوجه عام؟!

ومع ذلك فإذا ذهبنا إلى ما ذهبنا إليه المحكمة من توافر الركن المادي لجريمة استغلال الدين في سلوك المتهم، فلا يمكننا بحال التسليم بما سلمت به المحكمة من توافر العمد «القصد الخاص» للجاني في صورة انصراف إرادته إلى إثارة الفتنة بين أطراف المجتمع، خصوصاً وهي لم تورد ما يُستفاد منه ذلك، حيث أن مجرد طرح المتهم لأفكاره وأراءه مهما بدت غريبة ومثيرة للجدل ولو اشتملت على تسفيه لآراء الغير من الفقهاء والمجتهدين القدامى لا يستفاد منه توافر نية إثارة الفتنة بين المسلمين،

فالاجتهاد في فهم الدين ليس حكراً على أحد، وحرية الرأي، بما تشمله من حرية النقد مكفولة بنص الدستور.

وحسن نية المتهم تدعمه محاولاته لتفنيد بعض الآراء الفقهية المتمزته في قضايا كالجهاد وزواج القاصرات، منتصراً للوسطية والاعتدال، منتقداً للأفكار والتفسيرات المتطرفة للنصوص الدينية، لا مروجاً لها^١.

واستناداً إلى ذلك فإننا لا نؤيد ما ذهبنا إليه المحكمة من انطباق نص المادة (٩٨و) على سلوك المتهم، ولكن ذلك لا يمنع من إمكانية تطبيق نص المادة ١٦١ إذا ثبت تعديه بالسب على أي من كتب السنة، أو على أي من الصحابة، دون سواهم من الفقهاء أو التابعين.

١ راجع نفس الرأي د. محمد حسن محرم، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها.

الفرع الثالث عقوبة استغلال الدين

عاقب المشرع على جريمة استغلال الدين للترويج لأفكار متطرفة بالحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر ولا تجاوز خمس سنوات، أو بالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه.

ويلاحظ خروج المشرع عن الحد الأدنى والأقصى العامين لعقوبة الحبس، حيث رفع حدي العقوبة، كما منح القاضي سلطة تقديرية كبيرة في توقيع العقوبة حين خيره بين الحبس أو الغرامة، بحيث يقدر العقوبة الملائمة بحسب جسامة الفعل الجرمي.

كما عاقب على جريمة استغلال الدين لمهاجمة الحكومة (الاستغلال السياسي للدين) والمنصوص عليها كما أشرنا بالمادة ٢٠١ من قانون العقوبات، بالحبس أو الغرامة التي حدها الأدنى خمسة آلاف جنيه، والأقصى عشرة آلاف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وأضاف ظرفاً مشدداً للعقاب قوامه، استعمال القوة أو العنف أو التهديد في تنفيذ ماديات الجريمة، حيث تكون العقوبة هي السجن في حالة تحقق الظرف.

المبحث الثاني

جرائم التعبير الماسة بالأشخاص بسبب الانتماء الديني

لا تقتصر جرائم التعبير الماسة بالأديان - في مفهومنا - على الجرائم التي يكون فيها التعدي واقعاً على الدين ذاته، وإنما تشمل كذلك الجرائم التي يكون فيها الدين سبباً للتعدي التعبيري، فالدين فيها ليس موضوعاً للتعدي، وإنما يكون موضوع التعدي هو فرد أو أفراد ينتمون إلى دين معين، بحيث يكون انتمائهم هذا هو سبب التعدي اللفظي أو سبب التحريض ضدهم.

ويجزم قانون العقوبات المصري في هذا الإطار أفعال التحريض العلني على التمييز ضد طائفة من طوائف الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة؛ بينما يجرم القانون الفرنسي أفعال التحريض العلني وغير العلني على التمييز أو الكراهية أو العنف بسبب الأصل أو الدين أو الجنس أو التوجه الجنسي أو الإعاقة؛ كما يعاقب أيضاً على أفعال الإهانة العلنية (الازدراء العلني) أو غير العلنية للأفراد بسبب أصولهم أو انتماءاتهم الدينية أو العنصرية أو الإثنية أو بسبب جنسهم أو توجهاتهم الجنسية أو إعاقاتهم.

وفيما يلي نتناول في مطلبين متواليين تجريم التحريض العلني على التمييز في القانون المصري، ومن ثم جرائم التحريض على التمييز والكراهية والعنف، وجرائم الإهانة التمييزية للأفراد في القانون الفرنسي.

المطلب الأول

جريمة التحريض العنفي على التمييز الديني في القانون المصري

نص قانون العقوبات المصري في المادة رقم ١٧٦ منه على أنه «يُعاقب بالحبس كل من حرض بإحدى الطرق المتقدم ذكرها على التمييز ضد طائفة من طوائف الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة إذا كان من شأن هذا التحريض تكدير السلم العام».

وقد وردت هذه المادة في الباب الرابع عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والمعنون بـ «الجرائم التي تقع بواسطة الصحف وغيرها». وتمت إضافة هذه الجريمة بالصورة التي هي عليها الآن بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٦ في المادة الثالثة منه.

وقد جاء تجريم المشرع المصري لأفعال التحريض على التمييز في ظل اتجاه عالمي للعقاب على جرائم الكراهية والتمييز والتحريض عليهما؛ قادته الأمم المتحدة من خلال الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والتي دخلت حيز النفاذ في ٤ يناير ١٩٦٩، وتلاها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي دخل حيز النفاذ في ٢٣ مارس ١٩٧٦ والذي نصت المادة (٢٠) منه في فقرتها الثانية على أنه «تحظر بالقانون أية دعوة إلى الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية تشكل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف».

كما اتجهت العديد من التشريعات الداخلية إلى تجريم التمييز، منها الولايات المتحدة حيث أقر الكونجرس الأمريكي قانون الحقوق المدنية الذي حظر التمييز في المدارس وأماكن العمل والأماكن العامة وكذلك في الاستفادة من المساعدات المقدمة من الحكومة الفيدرالية عام ١٩٦٤^١، وكذلك قانون السكن العادل الذي حظر التمييز في البيع والاستئجار وتمويل السكن عام ١٩٦٨^٢، ومؤخرًا صدر ما يُعرف بقانون مكافحة جرائم العنف عام ١٩٩٤^٣ والذي لم يكتفِ بحظر التمييز في المجالات المختلفة وإنما شدد عقوبات الجرائم التي تُرتكب ضد الأفراد بسبب العرق أو اللون أو الدين أو الأصل القومي أو الجنس، ثم تم تعديله عام ٢٠٠٩^٤ حيث أُضيف إلى أسباب التشديد الهوية الجنسية والميول الجنسية، والإعاقة؛ كصدى للتزايد المضطرد لجرائم الكراهية المرتبطة بالميول الجنسية لا سيما تلك التي تستهدف المثليين. وعلى النقيض من ذلك، فقد اتجهت التشريعات الجنائية العربية إلى الاقتصار على تجريم التحريض (الحض) على الكراهية وإثارة

1 Civil rights act, 1964.

2 Fair housing act, 1968.

3 Violent crime control and law enforcement act, 1994.

4 Hate crimes prevention act, 2009;

<http://www.hrc.org/resources/hate-crimes-timeline>

النعرات العنصرية والطائفية دون أن تتطرق إلى الجرائم المرتكبة بدافع الكراهية، فلم تعاقب على هذا النوع من الجرائم بصورة مستقلة كما فعلت التشريعات الغربية^١.

وجرائم الكراهية تشمل جرائم الأشخاص والأموال التقليدية، إذا ما كان الدافع إلى ارتكابها، هو كراهية الجاني أو رفضه للمجني عليه بسبب عرقه أو أصله أو دينه أو لغته أو لونه أو جنسه، أو ميوله الجنسية.

والحاصل أن قانون العقوبات المصري كغيره من القوانين العقابية العربية لا يعرف باعث الكراهية كسببٍ لتشديد العقاب على الجرائم؛ ويقتصر على تجريم التمييز بكل صوره وهي الجريمة المنصوص عليها بالمادة (١٦١ مكرر- (١)) ، بالإضافة إلى تجريم التحريض العلني على التمييز وهي الجريمة موضوع دراستنا في هذا المطلب.

وتقوم الجريمة على ركن مادي وآخر معنوي يفصل الحديث حولهما فيما

يلي:-

١ منال مروان منجد، جرائم الكراهية: دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٥، العدد ١، ص ١٩١ وما بعدها.

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة التحريض العلني على التمييز

من خلال نص المادة ١٧٦ عقوبات يمكن بلورة الركن المادي للجريمة في

ثلاثة عناصر على النحو التالي:

١ - التحريض العلني:-

والتحريض لغة هو الحث على الشيء والحض عليه، أو الدفع إليه، بينما يُعرّف في الاصطلاح القانوني بأنه «خلق فكرة الجريمة لدى شخص ثم تدعيمها كي تتحول إلى تصميم على ارتكابها»^١، أو «خلق فكرة الجريمة والتصميم عليها في ذهن كان في الأصل خالياً أو متردداً فيها بقصد ارتكابها». فيستوي أن يكون الذهن خالياً تماماً من فكرة الجريمة، أو أن يكون معبأً بتلك الفكرة ولكنه متردد في الإقدام عليها وتنفيذها»^٢.

ويعتبر نشاط المحرض ذو طبيعة نفسية حيث يعتمد على التأثير على

نفسية الجاني (الفاعل) من أجل دفعه لارتكاب الجريمة.

١ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، ٢٠١٦، ص ٤٨٥ وما بعدها.

٢ د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مطابع السعدني، ٢٠٠٣، ص ٤٢٨؛ نقض ١٩ نوفمبر ٢٠٠٦، الدوائر الجنائية، طعن رقم ٤٩٤٣٨، س ٧٢، ص ٥٧.

ووسائل التحريض كثيرة، وكلها سواء في تحقيق التحريض ومنها - بحسب قانون العقوبات القديم لسنة ١٨٨٣ - الهدية والوعد والوعيد والمخادعة والدسياسة والإرشاد واستعمال ما للمحرض من الصولة على مرتكب الجريمة.

ووسائل التحريض لا تقع تحت حصر، فيكفي أن يصدر عن المحرض من الأفعال أو الأقوال ما يهيج شعور الفاعل فيدفعه إلى الإجرام^١. ولكن يلزم أن يكون التحريض مباشرًا، أي أن يكون موضوعه فعل أو أفعال مجرمة تتصف بعدم المشروعية، أما إذا كان موضوع التحريض فعلاً مشروعاً ولو أدى في الظروف التي تم فيها إلى نتائج غير مشروعة؛ فإنه يكون خارجاً عن إطار التحريض الجنائي، كفعل مجرم.

والتحريض بحسب الأصل هو فعل من أفعال الاشتراك أو المساهمة التبعية في الجريمة؛ ولكنه في نص المادة ١٧٦ يشكل جريمة مستقلة، وإذا كان التحريض كوسيلة اشتراك في الجريمة هو تحريض فردي، يوجه إلى شخص أو أشخاص بعينهم، فإنه كجريمة مستقلة يتصف بالعلانية، أي يوجه إلى جمهور من الناس بوسيلة من وسائل العلانية، وهي الوسائل المنصوص عليها في المادة ١٧١ عقوبات. وبالتالي فهو أشد خطورة من التحريض الفردي حيث يمتد أثره إلى عدد لا محدود من الأشخاص، كما أن الجمهور أسرع وأشد تأثرًا من الفرد^٢.

١ نقض ١٩٢٩/٥/١٩، مجموعة القواعد، ج ١، رقم ٢٦٣، ص ٣٠٨.

٢ د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات - القسم العام، المرجع السابق، ص ٤٨٧، ٤٨٨.

والتحريض كأحد وسائل المساهمة التبعية لا يعاقب عليه القانون إلا إذا أفضى إلى وقوع جريمة، أما التحريض كجريمة مستقلة فإن القانون يعاقب عليه في ذاته ولو لم يترتب عليه أي أثر، ولو لم يفض إلى وقوع فعل غير مشروع.

التحريض كعنصر من عناصر الركن المادي للجريمة محل الدراسة إذن، لا بد أن يتم بعلانية ولا يشترط لتحقيقه تمامًا أن يفضي فعليًا إلى ارتكاب الجريمة محل التحريض.

٢- أن يكون موضوع التحريض هو التمييز ضد طائفة من الناس:-

حدد المشرع موضوع التحريض محل التجريم في النص المذكور، بالتمييز ضد طائفة من طوائف الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

ويعرّف التحريض على التمييز بأنه «كل دعوة موجهة للجمهور بإحدى طرق العلانية لممارسة أي فعل من شأنه إضعاف أو منع تمتع أفراد أو مجموعات على قدم المساواة مع غيرهم من الناس بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، سواء في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو أي مجال من مجالات الحياة العامة»^١.

١ د. محمد صبحي سعيد صباح، جرائم التمييز والحض على الكراهية والعنف، بحث منشور على الأنترنت، ص ٦.

إذا فكل حث أو حذ على تفرقة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل ضد شخص أو جماعة تختلف في الجنس أو الأصل، أو الدين أو اللغة، يحقق الركن المادي للجريمة؛ وأياً كان المجال الذي تم التحريض على التمييز فيه أو بصدده، سواء كان في مجال العمل بالتمييز المالي ضد شخص أو طائفة، أو التمييز بصدد تولي وظائف معينة بإقصاء البعض عنها، أو التمييز في استخدام المرافق العامة والخدمات، كالاتحاق بالمدارس أو الاستفادة من الخدمات العلاجية، أو السكن أو ممارسة التجارة أو الحرف الأخرى، أو حتى عرقلة تمتع شخص أو أشخاص بأي نوع من الحقوق والحريات، كحرية تبنيهم لمعتقدات خاصة، وممارستهم لعادات أو موروثات ثقافية معينة^١.

ويلاحظ أن التفرقة بين المواطنين وغير المواطنين من جانب الدولة في بعض المناحي، كإنشاء الأحزاب السياسية أو الترشح للمجالس النيابية لا يُعد تمييزاً مما يعتبر التحريض عليه مجرمًا طبقاً لنص المادة ١٧٦ عقوبات. وهذا المعنى هو عين ما تضمنته مواد الاتفاقية الدولية لمناهضة التمييز العنصري حيث نصت في المادة (٢) منها على أنه: «لا تسري هذه الاتفاقية على أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل بين المواطنين وغير المواطنين من جانب أية دولة طرف فيها»، كذلك نصت المادة (٣) على أنه «يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه الاتفاقية بما ينطوي على أي مساس بالأحكام القانونية السارية في الدول الأطراف فيما

١ ويخضع ذلك بطبيعة الحال لقيود النظام العام والآداب في الدولة.

يتعلق بالجنسية أو المواطنة أو التجنس، شرط خلو هذه الأحكام من أي تمييز ضد أي جنسية معينة».

وتوحي صياغة نص المادة ١٧٦ بأن أسباب التمييز الواردة فيها، إنما وردت على سبيل الحصر، فقد ذكر المشرع خمس صور للتمييز المجرم، وهي كالاتي:-

- التمييز بسبب الجنس أو التمييز على أساس الجنس:

ويعني كل مفاضلة بين البشر في الاعتراف والتمتع بالحقوق والحريات لاختلاف البنية البيولوجية لهم، فيُفضّل أحد الجنسين عن الآخر في مجال أو أكثر من مجالات الحياة^١.

- التمييز بسبب الأصل:-

والمقصود التفضيل بسبب الاختلاف العرقي، والعرق أو الأصل هو مفهوم يستخدم في تصنيف البشر إلى مجموعات استنادًا إلى تركيبات من الصفات البدنية المشتركة، والسلف، وعلم الوراثة، والصفات الاجتماعية والثقافية، وبعبارة أخرى فإن

١ د. حسينة شرون، أحكام جريمة التمييز المستحدثة في قانون العقوبات الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر ٢٠١٥، ص ١٣٠ وما بعدها.

العرق أو الأعراق تُستخدم للدلالة على مجموعات بشرية متباينة وراثيًا محددة بالنمط الظاهري (السمات الجسدية)^١.

ويشمل التمييز بسبب الأصل أيضًا التمييز بسبب اللون، حيث أن اختلاف اللون يعكس اختلاف العرق أو الأصل أو المجموعة الإثنية، وربما لهذا السبب لم ينص عليه المشرع صراحةً اكتفاءً بفكرة (الأصل).

– التمييز بسبب اللغة:–

وهو تفضيل مجموعة على أخرى بسبب اختلاف اللسان أو اللغة أو اللهجة.

– التمييز بسبب الدين:–

هو التمييز الذي يستهدف جماعة دينية معينة سواء كانت تنتمي لدين مغاير لدين الأغلبية أو تنتمي لنفس الدين ولكنها تختلف في الاتجاه المذهبي، كالإختلاف بين المذاهب المسيحية الثلاث الكبرى (الكاثوليك، الأرثوذكس، والبروتستانت)، والاختلاف بين مذهبي السنة والشيعة في الإسلام، بل والاختلافات الأكثر تفرعًا بين المنتمين لذات المذهب، كالخلاف بين الأئمة في ذات المذهب.

١ مثل البيض والسود والصفير.

ويلاحظ هنا أن حظر التمييز ضد جماعة دينية معينة، يعني حظر التفرقة بينها وبين غيرها في الحقوق والحريات الأساسية والتي تتضمن حرية تبني المعتقد الديني الذي تشاء، ولكن ذلك لا يمتد إلى الممارسة العلنية للشعائر إذا كانت تلك المجموعة لا تنتمي إلى الأديان السماوية الثلاث، كما أشرنا في موضع سابق حيث ينطبق القيد الدستوري في هذه الحالة.

وبالتالي فإن التحريض على منع أو حظر قيام مجموعة دينية - لا تدين بأي من الأديان السماوية الثلاث - بإقامة شعائرها الدينية علناً؛ لا يُعد محققاً للجريمة.

- التمييز بسبب العقيدة:-

ومفهوم العقيدة هو أشمل وأرحب من مفهوم الدين، فالعقيدة هي اليقين الداخلي المتعلق بفكرة معينة أو مبدأ وقيمة، وبالتالي فالعقيدة قد تنصب على أفكار دينية أو غير ذلك من الأفكار التي هي محل يقين لدى فرد أو مجموعة من الأفراد.

وجدير بالذكر أن هناك أسباب أخرى للتمييز كان حرّي بالمشعر إضافتها إلى نص المادة ١٧٦ كإعاقة، واللون - حيث أن اللون لا يرتبط بالعرق بالضرورة، ففي داخل ذات العرق قد توجد درجات لونية مختلفة - كذلك الفقر، والطبقة الاجتماعية؛ وإذا كانت أسباب التمييز في عصرنا الحاضر لم تعد تقع تحت حصر، فكان من الأفضل إيراد أسباب التمييز على سبيل المثال لا الحصر.

٣- أن يكون من شأن التحريض تكدير السلم العام:-

ورد هذا العنصر في سياق نص المادة كشرط لتمام الركن المادي لها فأضحى المعنى المستفاد من وجوده، هو أن حدوث التحريض العلني على التمييز لسبب من الأسباب سألقة الذكر لا يكفي لقيام ماديات الجريمة، بل لابد أيضاً أن يكون من شأن هذا التحريض تكدير السلم العام!

وهذا المعنى يفترض أن التحريض على التمييز قد لا يعكس صفو السلم العام؛ وهو فرض لا يخلو من الغرابة!

فهل يُستساغ أن يكون مقصود المشرع من هذا العنصر هو قصر التجريم على حالة التحريض العلني على التمييز ضد طائفة أو فئة لها أهمية نسبية، وحظوة لدى باقي فئات المجتمع أو لدى الغالبية العظمى في الدولة.

حيث أن التحريض في هذه الحالة سوف يعكس السلم العام، ويثير هذه الطائفة ذات القوة والحظوة؛ أما إذا كان التحريض ضد فئة ضئيلة العدد والوزن والأهمية، فلا يتوافر فيه حينئذ شرط «تكدير السلم العام»!؟

لا نظن أن مقصود المشرع قد انصرف إلى هذا المعنى التمييزي بحد ذاته.

وقد يكون المقصود من وضع مثل هذا الشرط، أن يكون التحريض على التمييز قد حظي بانتشار واسع من خلال طريقة العلانية المستخدمة مما يجعله على درجة من الخطورة تسمح بتكدير السلم العام.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي قد تبنى نفس الشرط في إطار تجريمه «للتحريض على البغض»^١، والذي نصت عليه المادة ١٩٨ من قانون العقوبات الاتحادي حيث جرى نصها على أنه «يعاقب بالسجن المؤقت وبالغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تزيد عن خمسمائة ألف درهم كل من حرض بطريقة من طرق العلانية على بغض طائفة من الناس أو على الازدراء بها إذا كان من شأن هذا التحريض اضطراب الأمن العام».

في كل الأحوال، لا بد أن يتدخل المشرع لضبط صياغة هذا الشرط بحيث يكون مقصوده أوضح، حيث أن الشرط على وضعه الحالي إنما يعطي سلطة تقديرية غير محدودة للقاضي في تطبيق نص التجريم، فهو المنوط به تحديد ما إذا كان التحريض الذي تم، من شأنه تكدير السلم العام أم لا من دون أن يكون مقيداً بأسس ومعايير معينة يدعم بها رأيه.

١ منال مروان منجد، جرائم الكراهية، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ١٩٢.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة التحريض العلني على التمييز

يتطلب قيام جريمة التحريض العلني على التمييز توافر القصد الجنائي لدى مرتكب الجريمة (المحرض)، وإذا كان القصد الجنائي يتركب من عنصري العلم والإرادة؛ فإذن لا بد أن ينصرف علم المحرض أو إدراكه إلى طبيعة النشاط الذي يقوم به في سبيل حمل الفاعل على القيام بالجريمة، ويعني ذلك إدراكه لدلالة عباراته، أو إيماءاته وارتكابها بوسيلة من وسائل العلانية، ومدى تأثيرها على نفسية الفاعل (أو الفاعلين)، بحيث يكون من شأنها حمله وتشجيعه على ارتكاب جريمة التمييز، كما لا بد لاكتمال عنصر العلم لدى المحرض أن يتوقع نتيجة تحريضه، وهي حدوث التمييز فعلاً ضد طائفة من الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، في صورة الإقصاء من المشاركة في مجال معين أو الاستفادة من مزايا معينة؛ أو في صورة المعاملة الدونية لفرد أو لطائفة بسبب الاختلاف.

يتعين أيضاً أن تتجه إرادة المحرض إلى هذه العناصر نفسها فتتجه إرادته إلى القيام بنشاط التحريض العلني، وحدث جريمة التمييز كنتيجة لهذا النشاط^٢؛ أما إذا تفوه الشخص بعبارات طائشة علناً لم يكن مقصوده منها إلا التنفيس عن حالة غضب أو سخط عارضة دون أن تتجه إرادته حين قالها إلى حمل شخص أو

١ راجع د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المرجع السابق، ص ٥٠٣ وما بعدها.

٢ ولا يعني هذا اشتراط أن تتحقق النتيجة التمييز فعلاً، وإنما لا بد أن تتصرف إرادة المحرض إلى وقوعها فهو لا ينيكها في ذهن الشخص الواقع عليه التحريض إلا رغبة في تنفيذها على يد هذا الأخير.

أشخاص على ارتكاب جريمة التمييز؛ فإن القصد الجنائي ينتفي لديه في هذه الحالة، ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص توافر القصد الجنائي من الأفعال أو الأقوال التي ارتكبت وما إذا كانت تشكل تحريضاً من شأنه خلق الفكرة الإجرامية لدى المستمع (المستقبل) أم أنها محض أقوال مرسلة.

١ د. ياسر محمد اللمعي، جريمة التحريض على العنف بين حرية الرأي وخطاب الكراهية، بحث منشور على الإنترنت، ص ٣٥، ٣٦.

الفرع الثالث

عقوبة التحريض العلني على التمييز

يعاقب المشرع المصري على جريمة التحريض العلني على التمييز بالحبس بين حديه العامين، وتعتبر عقوبة التحريض أخف قليلاً من عقوبة الجريمة نفسها (جريمة التمييز) والتي عاقب عليها المشرع بالحبس والغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وقد نص المشرع المصري على تجريم التمييز بالمادة ١٦١ مكرر- (١) من قانون العقوبات والتي تعاقب كل من «قام بعمل أو بالامتناع عن عمل من شأنه إحداث التمييز بين الأفراد أو ضد طائفة من طوائف الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة وترتب على هذا التمييز إهدار لمبدأ تكافؤ الفرص أو العدالة الاجتماعية أو تكدير للسلم العام» بالعقوبات سالفة الذكر.

كما شدد عقاب التمييز إذا صدر من موظف عام أو مستخدم عمومي أو مكلف بخدمة عامة، فجعل الحد الأدنى للحبس ثلاثة أشهر ورفع حدي الغرامة، فجعل حدها الأدنى خمسين ألف جنيه والأقصى مائة ألف جنيه.

بينما عاقب المشرع الإماراتي على جريمة التحريض بطريقة من طرق العلانية على بغض طائفة من الناس أو ازدرائها بالسجن المؤقت وبالغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تزيد عن خمسمائة ألف درهم.

ولكن يلاحظ أن كلا المشرعين لم يعالجا حالة ارتكاب جريمة من جرائم العنف، كنتيجة للتحريض على التمييز، فلم يقررا حكمًا خاصًا لجرائم القتل أو التعدي على السلامة البدنية التي تتم كاستجابة للتحريض على التمييز وبدافع الكراهية لعرق أو جنس أو طائفة دينية معينة.

وبالتالي فإن ارتكاب إحدى هذه الجرائم كنتيجة للتحريض العلني على التمييز ضد طائفة معينة، يجعل للمحرض دورًا آخر بالإضافة إلى دوره كفاعل في جريمة التحريض العلني، فيُعد أيضًا شريكًا بالتحريض في جريمة القتل أو المساس بالسلامة البدنية التي ارتكبت.

والأصل في الاشتراك تنص على حكمه المادة ٤٢ من قانون العقوبات المصري بقولها أن «من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة التحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت».

وبالتالي يعاقب المحرض إذا ترتبت على تحريضه جريمة من جرائم السلامة البدنية بنفس عقوبة الفاعل فيها، أما إذا كانت الجريمة المرتكبة نتيجة للتحريض هي جريمة القتل المشدد المعاقب عليه بالإعدام فإن عقوبة الشريك بالتحريض تكون أخف من عقوبة الفاعل، فتكون الإعدام أو السجن المؤبد بحسب نص المادة ٢٣٥ من القانون المذكور.

١ راجع المواد ٢٤٠ وما بعدها من قانون العقوبات المصري.

المطلب الثاني

جرائم خطاب الكراهية بسبب الإلتناء الديني في القانون الفرنسي

وينصرف مفهوم جرائم خطاب الكراهية إلى نوعين من الجرائم وهما جريمة التحريض على التمييز أو الكراهية أو العنف بصورتها العلنية وغير العلنية، وجرائم السب والقذف أو (الإهانة والتشهير) بصورتها العلنية وغير العلنية، ونتناول كل نوع منهما في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول

جريمة التحريض على التمييز أو الكراهية أو العنف

وهي الجريمة التي نص عليها المشرع الفرنسي في صورتها غير العلنية في قانون العقوبات في المادة (7-625R) منه، كما نص عليها قانون الصحافة في صورتها العلنية في المادة (24) منه.

وقد جرى نص المادة (7-625R) عقوبات على أن «التحريض غير العلني على التمييز أو الكراهية أو العنف ضد شخص، أو مجموعة أشخاص بسبب الأصل أو الانتماء أو عدم الانتماء الصحيح أو المفترض لإثنية أو قومية أو عنصر أو دين معين مُعاقب عليه بالغرامة من الدرجة الخامسة (١٥٠٠ يورو) ويعاقب بنفس العقوبة على التحريض غير العلني بسبب الجنس أو الميول الجنسية أو الهوية الجنسية (الجندرية) أو الإعاقة»¹.

كما عالج نص المادة 24 من قانون 29 يولييه 1881 الخاص بالصحافة والمعدل بالقانون 86 لسنة 2017 جريمة التحريض العلني فعاقب بالسجن لمدة عام وغرامة 45 ألف يورو أو بأحد هاتين العقوبتين على التحريض العلني على التمييز أو الكراهية أو العنف بسبب الأصل أو الانتماء أو عدم الانتماء الإثني أو

1 Art R625-7 du code pénal, Modifié par Décret n° 2017-1230 du 3 août 2017, art 1.

القومي أو العنصر أو الدين، بالإضافة إلى التحريض بسبب الجنس أو الميول الجنسية أو الهوية الجندرية أو الإعاقة.

والتحريض في مفهوم الفقه الفرنسي يعني حث الغير أن يفعل أو أن يمتنع عن فعل شيء، والمحرض هو من يقوم بالحث أو التشجيع بواسطة الإشارة أو القول أو الكتابة أو الموقف أو الدعوة أو الإرشاد أو الاستثارة الموجهة لشخص أو مجموعة أشخاص للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹.

وتقوم جريمة التحريض بطبيعة الحال على ركن مادي وآخر معنوي، ويثير الركن المادي للجريمة نقطتين أساسيتين نعرضهما تباعاً على النحو التالي:

(١) موضوع التحريض:-

إن التحريض المجرم لا بد أن ينصب إما على التمييز، أو الكراهية أو العنف، وبالتالي فإن موضوع التحريض في القانون الفرنسي يبدو كما لو كان أكثر اتساعاً منه في القانون المصري.

1 Laurie Marguet, La répression de la provocation, de la diffamation et des injures non publiques représentant un caractère raciste ou discrimination en France à propos du décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 ; Article, Chronique classée dans droit pénal, RDIF 2019, Chron. n° 20 ; revuedlf.com, p. 2.

وفي شرح معنى التمييز نحيل إلى ما سبق وذكرناه في نطاق التحريض في القانون المصري، أما العنف كموضوع للتحريض، فالمقصود به هو الاستخدام العمدي للقوة البدنية أو السلطة ضد شخص أو مجموعة أشخاص بطريقة تؤدي إلى الجرح أو الموت أو الأذى النفسي أو البدني¹.

ويلاحظ أن قيام الجاني بالتحريض على العنف لا يجعله مسئولاً فحسب عن جريمة التحريض؛ وإنما يجعله أيضاً شريكاً في جريمة العنف إذا تم ارتكابها بناءً على التحريض، أيًا كان نوع هذه الجريمة وذلك طبقاً لنص المادة ٢٣ من قانون الصحافة والمعدل بالقانون رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠٠٤.

وأخيراً فقد يكون موضوع التحريض هو العداوة أو الكراهية، والكراهية فكرة غامضة فضفاضة، قد يقود تبنيها إلى فرض قيود عديدة على حرية التعبير.

ووفقاً لمبادئ (كامدن) حول حرية التعبير والمساواة عُرِّفت الكراهية في البند (أ) من المبدأ ١٢-١ بأنها «تشير إلى مشاعر قوية وغير عقلانية من الازدراء والعداوة أو البغض تجاه المجموعة المستهدفة»؛ كما نصت البنود التالية على أن كلمة «دعوة» تعني وجود نية لترويج البغض للفئة المستهدفة وبطريقة

١ د. محمد صبحي سعيد صباح، جرائم التمييز والحض على الكراهية والعنف - دراسة مقارنة، بحث منشور على الإنترنت، ص ٦ وما بعدها.

2 Article 23 du la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;
Modifié par loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 – art 2 JORF 22 juin
2004.

علنية؛ كما أن كلمة «تحريض» تشير إلى التصريحات حول المجموعات القومية أو العرقية أو الدينية التي تؤدي إلى خطر وشيك لوقوع التمييز أو العدائية أو العنف ضد أشخاص ينتمون إلى هذه المجموعات^١.

وبناءً على هذه التفسيرات يمكن القول أن مفاهيم كالكرهية أو العداوة، إنما تدخل في إطار مصطلح التمييز، فالتحريض على الكراهية إنما هو نوع من التحريض على الإقصاء وهو بلا شك شكل من أشكال التمييز.

بينما لا نعتقد أن مصطلح التمييز يمكن أن يتضمن فكرة العنف، فالتحريض على العنف ليس مجرد تحريض على التمييز (معاملة الآخرين بقيم دونية) وإنما هو يتعدى ذلك إلى ممارسة العنف أي التعدي على الحياة أو السلامة البدنية لفرد أو طائفة معينة وذلك أكثر خطورة من التحريض على التمييز فيما نرى.

ويستهدف التحريض المجرم شخصاً أو مجموعة من الأشخاص إما بسبب الأصل أو الانتماء لإثنية أو قومية أو عنصر معين، أو بسبب الانتماء لدين ما، وقد كانت أسباب التمييز تقتصر على هذه الأسباب حتى تدخل المشرع في ٣

١ وُضعت هذه المبادئ استناداً إلى مناقشات قام بها مجموعة من مسئولين رفيعي المستوى في الأمم المتحدة ومسئولين آخرين وخبراء من المجتمع المدني وأكاديميين متخصصين في قانون حقوق الإنسان الدولي حول مواضيع حرية التعبير والمساواة في اجتماعات عقدت في لندن في ١١ ديسمبر ٢٠٠٨، وفي ٢٣، ٢٤ فبراير ٢٠٠٩، وتمثل هذه المبادئ تفسيراً تقدمياً للقانون والمعايير الدولية.

أغسطس ٢٠١٧ بإضافة أسباب جديدة للتمييز أو الكراهية وهي الجنس والميول الجنسية، والهوية الجندرية والإعاقة^١.

وقد وضع هذا التعديل خصيصاً من أجل مواجهة التزايد المضطرد لظاهرة التعدي اللفظي والجسدي على المثليين في فرنسا، وما عُرف برهاب المثليين أو (Les GBT phobias). بالإضافة إلى حماية المعاقين من ازدرائهم والتحرير على ذلك.

ويلاحظ هنا أن حماية المشرع للدين تقتصر على حمايته للأشخاص المنتمين لدين معين من وقوع التحريض على التمييز أو الكراهية أو العنف ضدهم، ولا تمتد لتشمل مفهوم الدين ذاته أو مبادئه أو طقوسه وشعائره.

٢) مدى اتصاف التحريض بالعلنية من عدمه:

يعاقب المشرع الفرنسي كما أسلفنا على التحريض العلني في قانون الصحافة، ويشترط لوقوع التحريض على التمييز أو الكراهية أو العنف ضد شخص

١ المقصود بمصطلح «الهوية الجندرية» أو الهوية الجنسانية هو: «إدراك وشعور الشخص الخاص حيال جنسه أو اعترافه بالانتماء إلى أحد التصنيفين الرئيسيين ذكر أو أنثى، ولو كان شعوره لا يطابق حقيقة هويته الجنسية البيولوجية، أما الميول الجنسية أو التوجه الجنسي فهو حقيقة انجذاب الشخص إلى جنس معين والمقصود من إضافة هذه المصطلحات حماية المثليين، حيث أصبح معترفاً في فرنسا بشرعية الانجذاب الجنسي إلى نفس الجنس!

L'art R625-7, Modifié par décret n° 2017-1230 du 3 août 2017

– art 1.

أو مجموعة أشخاص بسبب الأصل أو الانتماء الاثني أو القومي أو العنصر أو الدين أو الجنس أو التوجه الجنسي أو الهوية الجندرية أو الإعاقة. أن يكون ذلك بطريقة من طرق العلانية؛ كالصياح بين جمهور من الناس أو استخدام إحدى الوسائل، الميكانيكية لإذاعته في محفل عام أو طريق عام أو بالكتابة والرسوم والصور المحرّضة إذا عُرضت بحيث يراها الناس في مكان عام أو مطروق، أو عرضت للبيع على سبيل المثال.

ووقوع التحريض علناً يحقق جريمة أشد جسامة من وقوعه في غير علانية بطبيعة الحال؛

وهي الصورة التي يتناولها قانون العقوبات في المادة (7-625R) حيث يعاقب المشرع فيها على وقوع التحريض إذا تم في غير علانية، وعدم العلانية لا يعني سرية التحريض، فارتكاب التحريض بشكل سري أي بين شخصين لا يحقق الجريمة، وإنما تتحقق بفعل تواصل (نطق شفهي أو كتابة أو رسم) ينم عن التحريض موجه من شخص إلى آخر في وجود الغير¹، ويكفي وجود شخص ثالث شاهداً على الواقعة لتعتبر الجريمة متحققة في صورتها غير العلنية.

حيث أن التحريض السري الذي لا يطلع عليه شخص سوى المُحرِّض نفسه لا يمكن تجريمه احتراماً لحرية التعبير، وللحق في حرمة الحياة الخاصة، إلا إذا

1 Cass. Crim, 12 avril, 2016, n° 1486176 ; Cass. Crim, 8 Mai 2018, n° 16-85035.

أسفر عن جريمة -بطبيعة الحال- فيعاقب عليه كفعل اشتراك بالتحريض في الجريمة المرتكبة¹.

وكذا لو تم التحريض بواسطة إرسال بريد إلكتروني من شخص إلى آخر، فهو يُعد سرياً إلا لو تم إرسال البريد إلى عدد من المستقبلين (أكثر من شخص واحد)، حيث تتحقق جريمة التحريض غير العلنية في هذه الحالة².

نخلص من ذلك إلى أنه لا بد من تحقق عناصر الركن المادي للجريمة سالفة البيان؛ بالإضافة إلى توافر القصد الجنائي لدى الجاني ليتحقق التحريض العلني أو غير العلني على الكراهية أو العنف أو التمييز. ويعاقب على التحريض العلني بالسجن لمدة عام وبغرامة ٤٥ ألف يورو أو أحد العقوبتين إما السجن وإما الغرامة. بينما يعاقب على التحريض غير العلني بعقوبة الغرامة فقط وهي الغرامة من الدرجة الخامس والتي تقدر بـ ١٥٠٠ يورو.

1 Cass. Crim, 25 juin 1963, n° 6193178 ; voir aussi, Tribunal de proximité de Dieppe, 16 janvier, 2004, Dalloz, 2004, p. 541.

2 Crim 6 Janv. 2015, D. 2016, pan 282. Crim 28 avr. 2009, Dr. pénal 2009; voir, Laurie Marguet, la répression de la provocation, Article, op. cit., p. 3.

ويقرر مرسوم ٣ أغسطس ٢٠١٧ بعض العقوبات التكميلية التي توقع على الجاني، منها العمل من ٢٠ إلى ٢٥ ساعة للصالح العام، والخضوع لدورات عن المواطنة^١.

1 Article 1 du décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste au discriminatoire.

الفرع الثاني

جرائم السب والتشهير (القذف) التمييزي بسبب الإلتناء الديني العلنية وغير العلنية

جرم المشرع فعل السب المرتكب ضد شخص أو مجموعة أشخاص بسبب أصلهم أو انتمائهم أو عدم انتمائهم الصحيح أو المفترض لإثنية أو قومية أو عرق أو دين معين أو بسبب جنسهم أو توجهاتهم الجنسية أو هويتهم الجندرية أو إعاقاتهم، سواء تم السب بشكل علني¹ أو غير علني². كما تناول بالتجريم فعل القذف أو التشهير ضد شخص أو مجموعة من الأشخاص لنفس الأسباب، علناً³ أو بشكل غير علني⁴؛ في المواد ٣٢، ٣٣ من قانون الصحافة، والمواد R625-8-1، 8 من قانون العقوبات.

والسب أو (l'injure) هو فعل الشتم أو الإهانة ويشمل كل تعبير شائن أو محقر يمثل طعناً أو قدحاً في الآخر؛ أما القذف أو التشهير (la diffamation) فهو كل تعبير يتضمن ادعاءً أو نسبة لواقعة محددة تمس الشرف والاعتبار إلى

1 Art 33 du la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

2 Art R625-8-1 du code pénal.

3 Art 32 du la loi du 29 juillet 1882 sur la liberté de la presse.

4 Art R625-8, du code pénal.

المدّعي ضده فليس التشهير إهانة مجردة، وإنما هو افتراء على المجني عليه بواقعة محددة لو صحت لمست بشرفه واعتباره¹.

وتقوم جرائم السب والقذف التمييزي على ركن مادي وآخر معنوي، نعرض فيما يلي لبعض خصوصياتهما المشتركة.

أولاً: فيما يتعلق بالركن المادي لجرائم السب والتشهير:-

١- التوجيه المباشر للإهانة التمييزية (سب أو تشهير) إلى شخص أو أشخاص وليس إلى مفهوم أو فكرة مجردة:-

لكي تقوم الجريمة في ركنها المادي لا بد أن تكون الإهانة موجهة إلى شخص أو مجموعة من الأشخاص لسبب يتعلق بالأصل، والانتماء العرقي أو الدين أو الجنس أو الميول الجنسية أو الإعاقة، أي لا بد أن يكون هناك مجني عليه أو مجني عليهم معينين قد وقعت ضدهم هذه الإهانة، فالقانون في هذا الإطار إنما يحمي الأشخاص من الأفعال التمييزية ضدهم، ولذا فقد توسع في أسباب التمييز وبالتالي في الطوائف محل الحماية الجنائية في هذا النموذج التجريمي.

1 Nathalie Droin, l'appréhension des discours de haine par les juridictions françaises : entre travail d'orfèvre et numéro d'équilibriste ; la Revue des droit de l'homme, 2018, p. 3.

ويستتبع ذلك بالضرورة أن الإساءة أو النقد الموجه لغير الأشخاص لا يمثل إلا تطبيقاً أميناً لمبدأ حرية التعبير الذي هو عماد الديمقراطية في المجتمع.

فنقد فكرة أو فقه أو خدمة أو ممتلكات أو منتجات، أو غير ذلك من الأشياء التي تصلح محلاً لوقوع الإساءة أو النقد اللاذع لا يحقق ماديات جرائم الإهانة التمييزية، وسواء بلغ فعل النقد حد السب أو التشهير.

– تطبيق خاص بنقد الأديان:–

ويُخضع الفقه الفرنسي الدين لذات المبدأ، حيث أن نقد المعتقدات الدينية ولو وصل إلى درجة الهجوم، لا يمكن أن يحقق نص التجريم، فتجريم أفعال ازدراء الأديان أو الإساءة إليها لم يعد له محل في التشريعات الجنائية الفرنسية الحالية. وقد قضت الغرفة (الدائرة) السابعة عشر للمحكمة العليا للجنايات في باريس بتبرئة أحد الكُتَّاب من تهمة السب التمييزي، لإساءته إلى الدين الإسلامي وسببت حكمها بالقول أن الكاتب لم يسيء إلى أشخاص بسبب انتمائهم الديني وإنما كانت الإساءة موجهة إلى «نظام فكري»¹.

1 «Le Tribunal a relaxé l'écrivain Michel Houellebecq au motif que les propos en cause visent un système de pensées et non des personnes à raison de leur appartenance religieuse; TGI Paris, 17ème Ch., 22 octobre 2002, légi presse, 2003, n°198-1, p. 12.

وعلى النقيض من ذلك فُضي بإدانة كاتب آخر صرح في أحد مؤلفاته بأن «اليهود ليسوا إلا طائفة من النصابين» حيث وجه الكاتب إساءته إلى طائفة من الأشخاص بسبب انتمائهم الديني وليس إلى المعتقدات ذاتها¹.

كما فُضي بأن ارتداء زي ديني (مسيحي) مزخرف بشعار معادي للكنيسة يتضمن سباً لها، لا يحقق الجريمة، بالنظر لكون الإساءة ليست موجهة لشخص أو أشخاص معينين بسبب انتمائهم الديني².

وبرغم بساطة ووضوح المعيار الذي وضعه الفقه وتبنته المحاكم في تطبيق نصوص السب والتشهير التمييزي العلني وغير العلني، إلا أن بعض الأحكام القضائية قد تعسفت في تطبيقها لهذا المعيار وضيقت من إطاره، فبدلاً من إدانة من يوجه الإهانة لشخص أو أشخاص بسبب انتمائهم الديني أو العنصري أو الجنسي إلخ، تطلبت لكي تقع الجريمة أن تكون الإساءة موجهة إلى كل المنتمين إلى دين معين أو أصل أو عرق أو جنس أو غيره، أي أنه لا بد أن تشمل الإساءة كل الطائفة وليس فرداً منها أو حتى مجموعة من الأشخاص « la totalité de la communauté »³. وعلى هذا الأساس كان قد صدر الحكم بتبرئة صاحب رسوم الكاريكاتير المسيئة للرسول محمد (عليه الصلاة والسلام) في

1 Cass. Crim, 15 Mars 2005, n° 04-84. 463, Bull. Crim, n° 90; Dr. pén, 2005.

2 Cass. Crim., 23 Janvier 2018, n° 17-80. 524.

3 TGI Paris, 17ème Ch. 6 avril 2016, n° 150970000695.

صحيفة شارل إيبندو حيث سببت المحكم قضائها بأن الإساءة في رسوم الكاريكاتير لم تستهدف المسلمين برمتهم، وإنما استهدفت فصيل معين منهم وهم «الأصوليون» أو المتشددون الذين يرتكبون الجرائم باسم الدين¹.

وهو نفس المعيار الضيق الذي بررت به المحكمة حكمها ببراءة القائمين على تنفيذ مسرحية «Golghota picnic» والتي تسخر من الدين المسيحي ومن المسيحيين، حيث قالت أن المسرحية لم تتناول إلا شريحة من المسيحيين ذوي النظرة التقليدية لشخصية المسيح، وبالتالي فإن نص التجريم غير متحقق في الواقعة لأن السخرية المسيئة ليست موجهة إلى جميع المنتمين إلى المسيحية².

– أهمية ألا يمثل التجريم تعدياً على التعبير الضروري عن الرأي:–

قد تدق الحدود الفاصلة بين التعبير الحر عن الرأي، وبين مهاجمة شخص أو مجموعة من الأشخاص لسبب تمييزي، وفي تطبيقات خاصة بالتصريحات المعادية للمثلية الجنسية، انتهى القضاء إلى إعلاء قيم حرية التعبير على شبهة المساس المعنوي بهذه الطائفة.

وفي تفصيل ذلك عرض على محكمة استئناف (Douai) واقعة قام فيها الجاني بتصريحات علنية عبر من خلالها عن رأيه في المثلية والذي تضمن

1 CA pans, 12 Mars 2008, légi presse, 2008, n° 252–III, pp. 107 et s, note H. Leclerc.

2 Nathalie Droin, op. cit., p. 4.

عبارات من قبيل أن «المثلية تمثل تهديدًا لاستمرارية الجنس البشري وخطرًا عليه» فحكمت بتوافر جريمة السب في هذه الواقعة وسببت حكمها بالقول بأن هذا التعبير يتضمن إهانة لكرامة المثليين، وأن ازدراء المثلية هو بطبيعة الحال ازدراء لمن يمارسونها، ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم لعدم تحقق معيار «توجيه الإهانة مباشرة لشخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب انتمائهم» وقالت أنه لا يجوز وضع قيود على حرية التعبير لا لشيء إلا لحساسية طائفة معينة من الأفراد تجاه كل تعبير حر، فمهاجمة فكرة أو مبدأ هي حرية متاحة دائمًا ويختلف ذلك عن توجيه الإساءة مباشرة إلى شخص أو مجموعة معينة من الأشخاص، لسبب تمييزي يتعلق بالانتماء أيًا كان نوعه^٢.

وفي واقعة مشابهة صرّحت فيها إحدى السياسيات بأن «المثلية رجس» فُضِي أيضًا بالبراءة وعدم توافر نص التجريم حيث أن إدانة هذا النوع من التصريحات إنما يُعد تعديًا على الطبيعة الديمقراطية للمجتمع والتي تتسامح مع الأفكار وإن كانت صادمة أو مؤلمة أو مقلقة للمجتمع أو لجزء منه^٣.

1 CA Douai, 25 Janvier 2007, légi presse, 2007, n° 242. III, p. 137, note B. Ader.

2 Cass. Crim, 12 Novembre 2008, n° 07-83-398, légi presse, 2009, n° 258, III, p. 12, obs. G. Tillement.

3 TGI Paris, 17ème Ch, 18 Décembre 2015, n° 1409800059; CA Paris, Pôle 2, 7ème ch, 2 Novembre 2016, n° 16100619; Cass. Crim,

- تقدير عنصر الإيذاء النفسي (الإضرار الأدبي):-

يُنَاط بقاضي الموضوع مهمة قد تدق أحيانًا وهي تقدير مدى تحقيق الكلمات المستخدمة في السب أو التشهير لعنصر الإيذاء النفسي للمجني عليه أو المجني عليهم، وبتعبير آخر فإن تقدير معنى الكلمة ومدى اعتبارها مسبة أو إهانة قد يمثل صعوبة¹، ويحتاج من قاضي الموضوع إلى نظرة موضوعية مجردة تتبني على مجموعة من الاعتبارات، منها المعنى اللغوي للكلمة، وكذلك دلالتها الاجتماعية، فقد يختلف المعنى اللغوي الدقيق عن ما شاع من استخداماتها بحيث تتصرف دلالتها الاجتماعية إلى معنى لا يحمل مسبة أو إهانة بخلاف المعنى اللغوي لها.

كما يضع القاضي في اعتباره أيضًا قصد الجاني وقت النطق بالكلمة أو تحريرها، بالإضافة إلى طريقة إدراك المجني عليه لمعناها أو دلالتها².

ولا شك في أهمية السياق الذي حوته الكلمة، فلا يمكن تغيير الكلمة بمنأى عن السياق الذي وردت فيه.

9 Janvier 2018, n° 17-80-491.

¹ يلاحظ هنا اختلاف نظرة الفقه و القضاء الفرنسيين لماديات هذه الجريمة عن نظيره المصريين ، حيث لا يتطلب القانون المصرى توافر عنصر الإيذاء النفسى أو الضرر لوقوع الجريمة فهى فى نظره جريمة سلوك مجرد لا تستتبع تحقق أى نتيجة .

2 Cass. Crim, 30 Mars 2016, n° 14-88-144.

وتطبيقاً لذلك فقد قُضي بأن نسبة واقعة محددة مهينة إلى طائفة من طوائف اليهود وهي «الانغماس في زنا المحارم» يمثل تشهيراً وقدفاً مما يعاقب عليه القانون¹ ، و كذلك اعتبرت أن القول عن صحفي بأنه « كلب حراسة للصهاينة » إنما يعد سباً مجرماً² بينما القول بأن «اليهود يغيرون الحقيقة بشكل ممنهج ليظهروا في صورة الضحايا» ليس إلا مجرد تعبير عن الرأي صدر في سياق جدال فكري³.

ويتوجب على قاضي الموضوع في حكم الإدانة أن يبين تفصيلاً وعلى وجه التحديد الفعل المحقق للسب أو التشهير⁴.

ثانياً: الركن المعنوي لجرائم الإهانة التمييزية:-

يتطلب قيام جرائم الإهانة التمييزية (السب والتشهير) توافر القصد الجنائي لدى الجاني وقت ارتكاب الفعل المسيء أو المهين، مما يعني توافر الإدراك لكافة عناصر الفعل من علم بمعنى اللفظ المستخدم في السب و كونه خادشاً للشرف و

1 Nathalie Drion, op. cit., p. 9.

2 Cass. Crim 7juin 2017 , n 16-80-322 , légi press , 2017 p1814 , note ch ,Bigot ; AJ pénal2017 ; p 398 ; obs .J.Baptiste Thierry , Gaz : pal ; 31 octobre 2017

3 TGI, 17ème Ch, 15 Décembre 2016, n° 13059000638, légi presse, 2017, n° 346, p. 71.

4 Cass. Crim, 28 Mars 2006, n° 05-80-639; Bull Crim, n° 90.

الإعتبار أو علم بدلالة الواقعة المسندة إلى المجنى عليه و كونها تستوجب الاحتقار أو العقاب فى التشهير (القذف)، بالإضافة إلى العلم بتوافر العلانية فى الجريمة العلنية و عدم اشتراط ذلك فى الجريمة غير العلنية ؛ وأن يكون وراء صدور التعبير المهين دافع تمييزي؛ أي أن يرتبط فعل الإهانة فى نفسية الجاني بسبب من أسباب التمييز سألقة الذكر، وهى الانتماء إلى عرق أو أصل أو قومية أو دين أو جنس أو توجه جنسي أو هوية جندرية^١ معينة؛ وإلا توافرت جريمة أخرى وهى جريمة الإهانة المجردة (سب أو تشهير) والمنصوص عليها بالمادة ٢٩ فقرة ١ من قانون الصحافة^٢.

كما لا بد من اتجاه إرادة الجاني إلى إصدار التعبير المسيء فى السب و إرادة إسناد الواقعة المسيئة فى القذف ، وإلى وصول ذلك إلى علم المجنى عليه أو المجنى عليهم و الذى من شأنه المساس بكرامتهم وشرفهم فى الجريمة غير العلنية ، بينما يلزم إتجاه إرادة الجاني إلى إذاعة أو نشر عباراته المسيئة بين الناس فى الجريمة العلنية .

وينبغي على قاضي الموضوع أن يكون حذرًا فى استخلاصه لتوافر العمد بحيث يتسم استخلاصه بالموازنة بين التجريم وبين حرية التعبير المباحة فى مجتمع ديمقراطي يحترم حقوق الغير والنظام العام.

1 Cass. Crim; 5 Mars 2002, n° 01-82785.

2 Art 29 alinéa 1 de la loi du 29 Juillet 1881.

ويتوافر العمد في كل تعبير مهين ولو صدرت الكلمات المهينة عن رجل سياسة في إطار أحد تصريحاته الهادفة للصالح العام أو تلك التي تبدو كذلك.

وبينفي العمد بتوافر حسن النية لدى الجاني، فإذا ثبت حسن النية، تجرد الفعل من التجريم. وهنا تتبدى أهمية السياق الذي وردت فيه الكلمة المسيئة، حيث أن دلالة السياق قد تقود إلى إثبات توافر حسن نية المتحدث وبالتالي انتفاء القصد الجنائي؛ و يقصد بحسن النية في هذا الإطار استهداف الجاني بفعله غرضاً مشروعاً يغلب أن يكون متصلاً بالمصلحة العامة .

وهناك نوعان من السياقات المثيرة للجدل حول نوع القصد الذي يمكن استخلاصه منها في حال تضمنها لكلمات مسيئة وهما:-

١- السياق السياسي:-

يواجه القضاء أحياناً صعوبات في التفرقة بين النقد السياسي وبين الهجوم الموجه لطائفة من طوائف المجتمع، فقد تشمل التصريحات والخطابات السياسية بعض العبارات التي تحتمل أكثر من دلالة بحسب قصد الناطق، فقد تهدف إلى عرض بعض الأوضاع المجتمعية والمصارحة وبالتالي تحقيق الصالح العام؛ وقد تكون مجرد إهانة علنية وردت في إطار هذا النوع من الخطابات. وهنا على القاضي تحري الدقة في استخلاص قصد الناطق من خلال ما تشير إليه العبارة بحسب معانيها اللغوية، واستخداماتها الدارجة في المجتمع وبحسب إدراك من هي

موجهة إليهم، وهل تمثل إضرارًا بهم؟ مع ملاحظة أن السياق السياسي ليس سبباً لإباحة الفعل في جرائم الإهانة العلنية إن تضمنها، وتوافر عمد الناطق بها^١.

٢ - السياق الساخر (الدعابة):-

يعتبر الدفع بورود الإساءة في سياق ساخر أحد الدفوع المعتبرة في قضايا الإهانة التمييزية، فالسخرية والدعابة هي حق معترف به كحرية تتفرع عن حرية التعبير «le droit à l'humour»، وتُعتبر كنوع من الاستثناء القضائي المتسامح فيه عُرفاً، بشكل يجعل صاحبها يحظى بالحصانة من العقوبة؛ وينبني ذلك على عدم توافر العمد لدى صاحب السخرية أو الدعابة، إذ تتجه إرادته إلى إضحاك الجمهور لا إلى المساس بكرامة شخص أو مجموعة من الأشخاص^٢.

ويشترط لانتفاء العمد بسبب الدعابة (السخرية) أن يكون التعبير المستخدم متساماً بالموضوعية وبالحدز وعدم الغموض، بالإضافة إلى غياب العداة الشخصي بين صاحب الدعابة وبين من هم محلاً لهذه الدعابة أو السخرية^٣.

1 Cass. Crim ; 5 Mars 2002, n° 01-82785 ; TGI Paris, 17ème Ch, 1er juin 2018, n° 17234000495.

2 CA Paris, 11ème sec. B, 27 Novembre 2003, n° 2002/04764.

ويتعلق هذا الحكم بأحد الدعايات التجارية الساخرة من اليهود.

3 Nathalie Drion, op. cit., p. 11.

وتدل أحكام القضاء الفرنسي على تسامح كبير مع السخرية وبخاصة تلك التي تستخدم في الدعايات التجارية في وسائل الإعلام وعلى صفحات المجلات¹. ويستظهر القاضي قصد السخرية (المزاح) من شكل التعبير ومعناه، ومدى إدراك غالبية الأشخاص المخاطبين به لفحواه.

كما أن السخرية السياسية من أشكال السخرية المتداولة بشدة في المجتمعات الديمقراطية والمتسامح فيها أيضاً، حيث تهدف إلى النقد البناء وغايتها الصالح العام وليس إهانة الشخص أو الهيئة محل السخرية².

1 TGI Paris, 17ème Ch, 8 Juin 2009, légi presse, 2009, n° 263, p. 105.

وقد صدر هذا الحكم بخصوص كتابة عبارة من الإنجيل على صفحات مجلة للبرونو على سبيل المزاح.

2 Cass. Crim, 20 septembre 2016, n° 15-82-944, légi presse, 2016, n° 342, p. 515.

المبحث الثالث

قيود حرية التعبير الماسة بالأديان من منظور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

تواجه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مجموعة من الصعوبات فيما يتعلق بتقدير مدى ضرورة تفعيل العقاب على جرائم التعبير الماسة بالأديان، في ظل عدم توافق الدول الأعضاء على مفهوم محدد للدين، بالإضافة إلى إلغاء غالبية تشريعات هذه الدول لتجريم «التجديف» أو «ازدراء الأديان».

وفي إطار إعلاء قيمة حرية التعبير، وتوفير أكبر قدر من الحماية لها، ومن أجل ازدهار الديمقراطية والحفاظ على التعددية في المجتمعات، تتبنى المحكمة معايير تدعو إلى التسامح في مواجهة شتى الآراء ولو كانت صادمة أو مؤلمة للمجتمع أو لفئة من فئاته، شريطة ألا تتسم هذه الأفعال بالخطورة بشكل يمثل انتهاكاً لحقوق وحرريات أخرى، مثل حرية التدين المنصوص عليها في المادة (٩) من ذات الاتفاقية¹. لذا فإنها تسعى لتحقيق التوازن بين حرية التعبير وغيرها من الحقوق والحرريات وفي سبيل ذلك تُسلم بتجريم صور التعبير التي تستهدف الأشخاص بسبب يتعلق بالانتماء (العرقى - الجنسى - الديني ... إلخ)، بينما تؤيد التدخل العقابي على استحياء في حالة ما إذا تعلق التعبير الصادم بفكرة أو بمفهوم

1 Ruth Dijoux, la liberté d'expression face aux sentiments religieux approche européenne, les cahiers de droit, volume 53, numéro 4, décembre 2012, p. 864.

أو بمعتقد، ويشمل ذلك المعتقدات الدينية حيث تضع في هذا الإطار مجموعة كبيرة من القيود والشروط لتقدير مدى توافر حاجة اجتماعية ملحة لتقييد ممارسة حرية التعبير في مجتمع ديمقراطي تعددي، منطلقة من رفض وإدانة ما أسمته «بالمساس المجاني» بالمعتقدات الدينية للآخرين.

وفيما يلي نبلور القيود التي تبنتها المحكمة في مجال حرية التعبير الماسة بالأديان؛ مقسمين هذه القيود إلى فئتين، تتعلق الأولى بطبيعة التعبير الماس بالدين، فيما تتصل الثانية بالدولة ومدى ملاءمة تدخلها للعقاب على التعبير.

المطلب الأول

القيود المتعلقة بالتعبير الماس بالدين

أولاً: مضمون التعبير وسياقه

تولي المحكمة أهمية خاصة للخطاب السياسي والسجلات الفكرية العامة وبوجه خاص تلك الماسة بمسائل تتعلق بالصالح العام، فإذا تم تصنيف السياق المتضمن للتعبير محل الواقعة بكونه من قبيل السجال العام أو الخطاب السياسي، فإن المحكمة حينئذٍ تتطلب أسباباً قوية جداً لتبرير فرض قيود على هذا النوع من الخطابات أو السجلات؛ وتكون أقل ميلاً لقبول تدخل الدولة للعقاب¹.

ومع ذلك ففي مجال مناقشة الآراء والمعتقدات الدينية، فإنها ترى لزوم تجنب التعبيرات المسيئة دون داعٍ للآخرين قدر الإمكان².

1 أن ويبر، مكافحة العنصرية واحترام حرية التعبير في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، رقم 1-2-2-1، بحث منشور في إطار سلسلة مناظرات حقوق الإنسان 10 الصادرة عن مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان تحت عنوان «الأديان وحرية التعبير، إشكالية الحرية في مجتمعات مختلفة».

2 Patrick Wachsmann, Faut-il incriminer les discours de haine ? le cas français, études et réflexions 2015, numéro 14, 9ème conférence-débat du centre de droit public comparé-université panthéon-Assas ; Revue général du droit, www.revue générale du droit eu, p. 9-10.

كذلك فإن سياق البحث العلمي والتاريخي على وجه التحديد من السياقات ذات الأهمية البالغة والتي ترى المحكمة ضرورة كفالة مساحة كبيرة من حرية الرأي فيها.

وإن كانت تفرق في هذا الإطار (تفرقة غامضة) بين ما تسميه بالسجل الدائر بين المؤرخين وبين إنكار الحقائق التاريخية الواضح ثبوتها.

يتبدى ذلك فيما توصلت إليه المحكمة بشأن قضية "جارودي"، والتي تتعلق بمؤلف لأحد الباحثين تضمن في طياته آراءً تنكر الهولوكوست أو المحرقة كواقعة تاريخية ارتكبتها النازي ضد اليهود إبان الحرب العالمية الثانية؛ إذ نفت المحكمة عن المؤلف (الكتاب) كونه بحثاً تاريخياً هدفه البحث عن الحقيقة، وإنما هو مجرد إنكار لمصادقية الحقائق التاريخية الواضح ثبوتها، وأنه إذ يستند إلى حرية التعبير التي تكفلها المادة العاشرة من الاتفاقية، إنما يهدف إلى انتهاك حريات وحقوق أخرى، فمراجعة هذا النوع من الوقائع التاريخية إنما يشكل تحدياً للقيم التي تقوم عليها مكافحة العنصرية (معاداة السامية)، كما يمثل تكديراً للسلم العام¹، وهو ما يتعارض مع المادة (١٧) من الاتفاقية.

1 patrick wachsmann, faut-il incoiminer les discours de haine? le cas françai's, etudes et réflexions 2015, numero 14, 9ème conference-débat du centre de droit public comparé – université pan théon – assas., revue general du droit, www. revue générale du droit, eu, p. 9-10-é

ثانياً : التأثير المحتمل للتعبير:-

تقيّم المحكمة مدى خطورة التعبير المسيء، ومدى ضرورة التدخل للعقاب عنه على أساس التأثير المحتمل لهذا التعبير؛ ويقاس التأثير المحتمل بناءً على عدة عوامل منها:

١ - وسيلة الإعلام المستخدمة في نشره:-

حيث يعتبر الإعلام المرئي والمسموع أكثر تأثيراً من الصحافة المطبوعة، مما يعني أن تأثير التعبيرات المصرح بها من خلال الإعلام المرئي أشد تأثيراً وأوسع انتشاراً من تلك الواردة في الصحف المطبوعة^١.

من ذلك ما قضت به المحكمة في القضية المعروفة باسم قضية معهد (أوتو بريمنجر)، حيث ارتأت المحكمة أن تدخل الدولة بالعقاب في واقعة عرض فيلم (Das liebeskonzil) الذي أساء إلى المذهب الكاثوليكي الروماني، كان ضرورياً، فالفيلم وإن كان دخوله مشروطاً بدفع رسم دخول، ومحدد بسن معينة، إلا أن الإعلان عن الفيلم كان قد تم على نطاق واسع بحيث شاعت المعرفة بموضوع الفيلم ومحتوياته الأساسية وكان ذلك كافياً لجعل تأثير الإساءة أقوى وأشد^٢.

1 Ecourt HR, Jersild V. Denmark GC, 23 September 1994, series A No. 298.

2 Ecourt HR, otto Preminger institute V. Austria, 20 September 1994,

كما انتهت في قضية أخرى تعرف بقضية «فينجروف» والتي كانت تتعلق
بفيلم مسيء بعنوان «vision of Ecstasy» عبارة عن فيديو قصير، إلى أن
الفيديو وإن كان توزيعه محدودًا إلا أن من طبيعة أعمال الفيديو أنها بمجرد توافرها
في السوق، يسهل نسخها وإعارتها وتأجيرها وبيعها وبالتالي تنتشر مشاهدتها في
المنازل بشكل يفلت من كل رقابة¹.

٢ - شكل التعبير:-

حيث أن بعض أشكال التعبير، وبخاصة التعبير الفني كالشعر مثلاً ليس
لافتاً لانتباه الكثيرين، وإنما له جمهوره الخاص^٢.

٣ - طبيعة الجمهور المتلقي:-

فدرجة ثقافة المتلقي وجودة اطلاعه تعتبر معياراً تسترشد به المحكمة في
تقديرها لمدى خطورة الفعل التعبيري، فبعض البرامج التليفزيونية مثلاً لا يتابعها إلا
مجموعات مختارة من الأشخاص واسعي الاطلاع، مما قد يجعل انتشار الفعل
وتأثيره أقل خطورة.

series A. No. 295-A.

1 Ecourt HR, Wingrove V. United Kingdom, 25 November, 1996, Rec. 1996, V.

2 Ecourt HR, Karatas, V. Turkey GC, 8 July 1999, ECHR 1999-IV.

ملابسات العرض المتضمن للتعبير المسيء:-

فقد يرد التصريح المسيء على لسان أحد مقدمي البرامج كجزء من نقاش تعددي، أو قد يرد على لسان شخص آخر عبر المداخلات الهاتفية، أو على لسان ضيف بشكل مفاجئ لم يكن منتظرًا من قبله.

فهل قوبلت التعبيرات المسيئة بتصريح واضح بالرفض من مقدم البرنامج أم

لا؟

وهل كان ثمة إمكانية لتلافي البث، أم صدر التعبير خلال بث تليفزيوني مباشر مما يجعل من المستحيل سحب أو تنقيح ما قد قيل¹.

مثل هذه الملابسات وغيرها تكون تحت نظر المحكمة كمقاييس لمدى التأثير المحتمل للتعبير المسيء.

٤- طبيعة المنطقة التي أنتج وأذيع فيها التعبير:-

فبعض مناطق العالم أكثر سخونة من غيرها من حيث احتدام أنواع معينة من الصراعات الداخلية، أو المشاكل المرتبطة بالإرهاب ومكافحته، مما يزيد من خطورة التعبيرات غير الحذرة عن الرأي.

1 Ecourt HR, Gunduz V. Turkey, 4 December 2003.

كما أن في بعض المناطق يُكّن الناس احترامًا كبيرًا للدين، مما يجعل المساس بقديسته فعلاً ذا خطورة.

لذا تمنح المحكمة هامش تقدير كبير لبعض الدول فيما يخص التدخل للعقاب على أفعال التعبير المسيئة.

ويُذكر أن المحكمة في القضية المعروفة بـ «أوتو بريمنجر» والخاصة بفيلم مسيء للمذهب الكاثوليكي الروماني، بررت تأييدها للتدخل بالعقاب بحقيقة كون المذهب الكاثوليكي الروماني موضوع الفيلم المطعون فيه، دين الغالبية العظمى من سكان مدينة تيروول (مدينة في النمسا)^١، وفي قضايا مشابهة في دول أخرى مثل أيرلندا وتركيا، بررت رأيها في الأولى بالحساسيات الدينية في المجتمع الأيرلندي حيث الدين عامل انقسام في أيرلندا الشمالية (قضية ميرفي)، وفي الثانية بقوة الطبيعة الدينية للمجتمع التركي برغم مبادئه العلمانية (قضية آي إيه)^٢.

1 Ecourt HR, otto Preminger institute V. Austria, 20 September 1999, series A No. 295-A.

2 Ecourt HR, Murphy V. Ireland, 10 July 2003; Ecourt HR, I.A V. Turkey, 13 September 2005.

راجع: آن ويبر، مكافحة العنصرية واحترام حرية التعبير في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، رقم ٢-٢.

ثالثاً : الهدف المنشود من التعبير :

إذا كان ديدن المحكمة هو التسامح مع الآراء مهما كانت مؤلمة، وصادمة أو هجومية إعمالاً للمادة ١٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تتركس حرية التعبير، إلا أن ثمة استثناءً على ذلك وهو حالة ما إذا اتخذ التعبير من نشر الآراء والأفكار العنصرية هدفاً له.

فإذا بدا من وجهة نظر موضوعية أن التعبير الذي صدر لم يكن يهدف إلى استجلاء حقيقة، أو نشر معرفة وإنما قصد مُصدِرُه نشر أفكار عنصرية، فإن هذا النوع من التعبير ليس من الممكن التسامح معه ولو في مجتمع ديمقراطي كشكل من أشكال التعبير الحر عن الرأي^١.

وتطبيقاً لذلك فقد أيدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أحكام المحاكم الوطنية الألمانية بالإدانة في قضية «D.I» ضد مؤرخ بسبب إنكاره لوجود غرف الغاز بمعتقل، "أوشفيتس" وقوله أن «دافعي الضرائب الألمان قد دفعوا قرابة ١٦ مليار مارك ألماني من التعويضات عن وقائع مزيفة»، حيث قررت أنه بالموازنة بين المصلحة العامة في منع الجريمة والفوضى بين السكان بسبب سلوك مهين قد ارتكب تجاه اليهود بالإضافة إلى حماية سمعتهم وحقوقهم، وبين حرية الشاكي في التعبير عن رأيه المنكر لوجود غرف الغاز إبان الحكم النازي، فإن المصلحة العامة

1 Ecourt HR, Jersild V. Denmark GC 23 September 1994, Series A No. 298.

في منع الجريمة والفوضى والحفاظ على الأمن القومي وسمعة الآخرين ترجح على حرية التعبير؛ وهو نفس ما قرره المحكمة في قضايا أخرى تتعلق بإنكار وجود المحرقة مثل قضية «Honsik» و «Ochensberger»^١.

وفي المقابل فقد رفضت المحكمة في قضية «Giniewski» حكم الإدانة الصادر من المحاكم الوطنية الفرنسية الصادر ضد صحفي نشر مقالاً في جريدة بعنوان «ظلامية الخطأ» أساء من خلاله للكنيسة والسيد المسيح واتهم فيه بعض المسيحيين بمعادة اليهودية والإنجيلية وقال بأن «هؤلاء من معادوا السامية هم من بذر فكرة الأوشفيتز (المعتقلات التي ضمت غرف الغاز إبان حكم النازي)»؛ وقررت أن إدانة الصحفي المذكور إنما تمثل انتهاكاً للمادة ١٠ من الاتفاقية، حيث أن الهدف المنشود من ذلك الطرح الفكري لم يكن الإساءة، وإنما مناقشة مجموعة من المسائل العقدية والتاريخية، والخصوص في جدال مفتوح يتصل بأحداث ذات خطورة معينة متعلقة بجرائم ضد الإنسانية، وليس في ذلك كله ما يمكن اعتباره ازدراءً للأشخاص بسبب انتمائهم الديني^٢.

1 D: I.V. Germany, 1996; Honsik V. Austria, 1995, Ochensberger V. Austria, 1994.

راجع: مونيكا ماكوفي، دليل إرشادي حول تطبيق المادة ١٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، هامش رقم ١١٥، ١١٦، ١١٧.

2 Giniewski C. France, n° 64016100, 14 CEDH 2006-1.

يتضح مما تقدم أن المحكمة تحاول أن تحدد قصد الشخص مُصدر التعبير، وما إذا كانت نيته قد انصرفت إلى إعلام الجمهور بشأن مسألة تهم الصالح العام، أم أن الغرض منها لا يعدو أن يكون تحريضاً على العنصرية والكراهية أو في القليل مجرد هجوم مجاني على الآخر لا يقدم أي فائدة من أجل التطور الإنساني¹.

والحق أن أعمال المحكمة لهذا المعيار يبدو تحكيمياً، فكيف لها أن تثبت من نية صاحب التعبير، وحقيقة الغرض الذي يسعى إليه من خلال تعبيره عن رأيه.

إن فتح الباب على مصراعيه لمختلف الآراء ووجهات النظر ولو كانت صادمة للمجتمع الديمقراطي أو لبعض فئاته، لا يتماشى البتة مع مصادرة جانب من هذه الآراء بدعوى كونها لا تهدف لتحقيق الصالح العام؛ أو أنها إنما تدفع إلى الفوضى وتمس الأمن القومي وبخاصة إذا كان سياق التعبير لا يشتمل على تحريض صريح أو ضمني ضد شخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب انتمائهم أيًا كان نوعه، لذا فإن استخلاص النوايا العنصرية لدى صاحب التعبير من مجرد اختلافه في الرأي، أو طرحه لوجهة نظر غير مستحبة أو غير ذات شعبية لا

1 Ruth Dijoux, la liberté d'expression face aux sentiments religieux: approche européenne, les chaires de droit, op. cit., p. 872, 873.

يمكن النظر إليه خارج إطار التقييد التعسفي لحرية التعبير إعلاءً لمصالح فئات

بعينها!!

المطلب الثانى

القيود المتعلقة بتدخل الدولة للعقاب أن يكون التدخل مبنياً على قانون

والمقصود أن يكون تقييد ممارسة حرية الرأي له أساس في القانون الوطني، أو منصوصاً على تجريم أشكال محددة من حرية التعبير في القانون الوطني.

ويستتبع ذلك ضرورة أن يكون القانون نافذاً، ومصاعاً بدقة كافية تمكن المواطن من التنبؤ بدرجة معقولة بنوع العواقب المترتبة على سلوكه.

وحيث وجود تعارض في التشريعات الوطنية فإن المحكمة تُعلي أكثرها كفالة لحرية التعبير.

١ - أن يكون التدخل استجابة لحاجة اجتماعية ملحة:

تسمح المحكمة بالتدخل لتقييد حرية التعبير في مجتمع ديمقراطي تعددي، في حدود الضرورة، أو إذا ما وجدت حاجة ملحة للتدخل مثل حماية مصلحة أهم وأخطر من حرية التعبير، كحماية الأمن القومي وسلامة أراضي الدولة، أو منع الفوضى والجريمة، أو حماية النظام والآداب أو حقوق الآخرين وسمعتهم أو سلطة القضاء وحياده.

وتقدر السلطات الوطنية مدى وجود حاجة اجتماعية ملحة تستوجب تقييد حرية التعبير على هدي أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وبشكل تتلاءم فيه وسيلة التقييد مع الهدف منه.

فقد اتخذت الوسيلة صورة الإدانة الجنائية أو حظر النشر، أو دفع التعويضات المدنية ... إلخ بحسب الغاية أو المصلحة المستهدف حمايتها من التقييد.

وفي مجال حرية التعبير الماسة بالأديان، فإن المحكمة كما أسلفنا - تتبنى مبدأ التسامح مع الآراء وإن حملت مساساً للمعتقدات الدينية وفي ذلك تقرر أن: «من اختار أن يمارس حريته الدينية، وسواء كان يمثل الأغلبية أو الأقلية لا يجب أن يتوقع أن تختبئ كل الانتقادات وتنزوي، بل يجب أن يسامح ويتقبل الرفض من الآخر لمعتقداته الدينية، وأكثر من ذلك يجب أن يقبل انتشار الفقه المعادي لمعتقدده»¹.

ومع ذلك فإذا وجدت ضرورة ملحة لتقييد حرية التعبير الماسة بالدين فلا بأس بالتقييد.

وعلى هذا الأساس قضت فيما يعرف بقضية (I.A) التي تتعلق بواقعة اشتغال رواية على عبارات إساءة لنبي الإسلام (محمد صلى الله عليه وسلم)،

1 Ruth Dijoux, op. cit., p. 876.

وكانت قد تدخلت السلطات التركية بعقاب مؤلفها بالغرامة قضت المحكمة الأوروبية بتأييد تدخل الدولة بالنظر لدواعي المصلحة العامة والطبيعة الدينية للمجتمع التركي، وبخاصة لأن السلطات التركية لم تقض بمصادرة الرواية، وإنما اقتصرت على الحكم بالغرامة وهي عقوبة ضئيلة تتناسب مع الهدف المراد من التدخل¹.

وتعتد المحكمة بتقييد حرية التعبير الماسة بالأديان متى كانت المصلحة المراد حمايتها بالتقييد هي «حقوق الآخرين وسمعتهم»، و «منع الفوضى» كما في قضية «أوتو برمنجر» سابقة الذكر حيث درست المحكمة مسألة التعارض بين حقوق الآخرين الدينية، وبين حرية التعبير ومن ثم رجحت حقوق الآخرين في احترام معتقداتهم الدينية بالنظر لملايسات القضية وفي ذلك قالت أن «يمكن من الناحية القانونية الاعتقاد بأن احترام المشاعر الدينية للمؤمنين كما تكفله المادة (٩) قد انتهك عبر التصويرات الاستفزازية لشخصيات موضع تبجيل ديني؛ وهذه التصويرات يمكن اعتبارها انتهاكاً سيء النية لروح التسامح التي يجب أن تكون هي الأخرى سمة من سمات المجتمع الديمقراطي. إن الاتفاقية يجب أن تؤخذ ككل واحد، ويجب بالتالي أن يكون تفسير وتطبيق المادة ١٠ في القضية الحالية منسجماً مع منطق الاتفاقية».

1 Gérard Gonzalez, liberté d'expression et convictions religieuses dans la juris prudence de la cour européenne des Droit de l'homme ; CRDF, n° 8, 2010, p. 94.

ثم أكدت المحكمة على ضرورة تجنب التعبيرات الهجومية التي لا مسوغ لها حين لا تكون جزءًا من سجل عام يقود إلى التقدم في شأن من الشئون الإنسانية^١.

١ مونيكا كوفي، دليل إرشادي حول تطبيق المادة ١٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، راجع «إشكالية الحرية في مجتمعات مختلفة»، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، المرجع السابق، حاشية ١٣٥.

خاتمة

خلصنا من دراستنا للموضوع محل البحث إلى تفاوت نطاق الحماية الجنائية للأديان من التعدى التعبيري عليها و على المنتمين إليها فى التشريعات المختلفة ، لا سيما و أن مفهوم الدين ذاته ليس واحداً فى الفقه القانونى للدول و حتى فى الدولة الواحدة فإنه كثيراً ما يكون محل جدل واسع من حيث نطاقه و ما يدخل فيه أو يخرج عنه من عناصر .

و نحن نذهب إلى تأييد توجه المشرع المصرى و أغلب المشرعين العرب فى ضرورة حماية الأديان من التعديات التعبيرية العلنية و من أفعال الاستغلال التعبيري للدين كمطية لتحقيق أهداف أو مصالح أبعد ما تكون عن جوهره ، حيث أن الدين هو أحد أهم الركائز الأساسية للمجتمع و هو مكوّن من أهم مكونات الفكر و الهوية المصرية ، و مع ذلك فلا يجوز أن يُتخذ من التجريم أداة لقمع حرية التعبير و التركيز للرأى الواحد ووجهة النظر الواحدة ، فإن فى الحوار و الاختلاف فى أى مجال إثراء للفكر و بناء و تطور للحضارة التى لا تقوم إلا على أيدى مواطنين يتحلون بالحرية التى تكسبهم الثقة بالنفس و الإحساس بالانتماء و الترابط مع مجتمع هم جزء لا يتجزأ منه إتفقوا أو اختلفوا فى بعض الأفكار ، يبقى انتماؤهم إلى المجموع أقوى من أى اختلاف .

و لا يتنافى ذلك مع ضرورة أن يعمل القانون على حماية مشتركات أساسية ثابتة تمثل مساحة الأرض القيمية الواحدة التى يقف فوقها الجميع ، حيث

هى ضمانة وجود المجتمع و شكل هويته و سبيل بقاءه و استمراره و نماءه و قد إتخذنا من الأسلوب الوصفى التحليلى المقارن سبيلا للتعرض للموضوع بمختلف جوانبه من بعد أن مهدنا له بمحاولة تحديد مفهوم الدين فى التشريعين المصرى و الفرنسى و قد انتهينا إلى النتائج التالية :

١- لم يضع المشرع المصرى تعريفاً صريحاً للدين إلا أنه بالرجوع لنصوص الدستور المصرى و أحكام القضاء الإدارى نجد أن الدين فى القانون المصرى يشمل الأديان السماوية الثلاث دون غيرها فيخصها بالحماية الجنائية و بالحق فى الاعتقاد مقتزنا بالحق فى ممارسة الشعائر علناً ، بينما لا يكفل لسواها غير الحق فى الاعتقاد الباطنى و الممارسة غير المعلنة للشعائر .

٢- لا تقتصر حماية القانون على اتجاهات أو مذاهب أو ملل بعينها من تلك المنتمية للأديان الثلاث ، و إنما تمتد الحماية و الاعتراف القانونى ليشمل كافة المذاهب المنتمية لهذه الأديان مما يعنى شمول الحماية للمسلمين سنة كانوا أو شيعة (من الفرق التى لا تزال محسوبة على الدين الاسلامى) ، و للمسيحيين أرثوذكس أو كاثوليك أو بروتستانت ، و لليهود كذلك بشتى أطيافهم و هو ما يستتبع أحقيتهم بممارسة الشعائر باستثناء ما يخالف منها النظام العام للدولة و كذلك أحقيتهم بالحماية الجنائية من التعدى التعبيرى .

٣- صعوبة وضع تعريف محدد للدين فى الفقه القانونى الفرنسى حتى الوقت الراهن نظرا لعدة أسباب من بينها علمانية الدولة ، لذا فقد استبدل مفهوم العبادة

بمفهوم الدين ، ووضع مجلس الدولة أول محاولة لتعريف العبادة عام ١٩٩٣ و إزاء ظهور العديد من الحركات الجديدة التى إدعت لنفسها الصفة الدينية فقد وضع المجلس عدة شروط و معايير للاعتراف بها من أهمها : أن تهدف الحركة الى إقامة الشعائر و الطقوس الدينية كههدف حصرى و ألا يخالف ذلك النظام العام للدولة .

٤- وفر المشرع المصرى حماية واسعة النطاق للأديان السماوية ، فجرم التعدى العلنى على الأديان بنص المادة ١٦١ و استغلال الدين لإثارة الفتن و لازدراء الأديان و المجرّم بالمادة (٩٨و) بينما لم تستهدف فلسفة المشرع الجنائى الفرنسى حماية الدين فى ذاته حيث ألغى النص التجريمى المتعلق بالتجديف مقتصرأ على تجريم التعدى على الأشخاص بسبب انتمائهم الدينى ، سواء بالتحريض على التمييز العلنى و غير العلنى المواد 7-625R من قانون العقوبات و 24 من قانون الصحافة .

أو بتجريم السب و القذف التمييزى المواد 1-8-625R من قانون العقوبات و 32 و 33 من قانون الصحافة و هذه النصوص إنما تجرم أفعال السب و القذف إذا ارتكبت بسبب العرق أو الدين أو الجنس أو التوجه الجنسى أو الإعاقة .

٥- أطلق المشرع المصرى لفظ الدين كمحل للحماية الجنائية فى جريمة التعدى العلنى على الأديان و المنصوص عليها بالمادة ١٦١ من قانون العقوبات دون أن

يحدد عناصر الدين التي يقصدها تحديداً دقيقاً ، على عكس تشريعات أخرى ، كالتشريع الإماراتي و الجزائري ، و كان الأفضل لو ضمنَّ المشرع نص المادة العناصر المكونة للدين و التي يهدف النص إلى حمايتها ، حرصاً على مزيد من الوضوح و بالتالي مشروعية التطبيق .

٦- لم يحدد المشرع المصري تفصيلاً صور السلوك المحقق للتعدى العلني على الدين مكتفياً بضرب أمثلة على ذلك (كتقليد احتفال ديني أو تحريف كتاب مقدس) و في تصورنا فإن التعدى التعبيري على الدين إنما يضم أفعال الإنكار و السب و القذف و السخرية و التحريف .

٧- ليس الإنكار بالضرورة محققاً لماديات التعدى ، فقد يكون مباحاً إذا توافرت فيه الشروط التالية :

- ألا ينصب الإنكار على الحقائق التي تتفق عليها الأديان السماوية الثلاثة كوجود الله و استحقاقه للعبادة ، و لا على إنكار صفاته أو إنكار وجود الملائكة أو صفاتها .

- أن ينتمي المنكر إلى دين مغاير للدين الذي ينكر إحدى حقائقه العقدية لاسيما إذا كان مسلماً حيث أن إنكار ثوابت الدين من مسلم يعد محققاً للردة وهي مخالفة للنظام العام في الدولة المصرية بحسب ما جرت عليه أحكام القضاء الإداري.

أن ينصب إنكاره على حقيقة دينية تناقض ما جاءت به عقيدته .

- أن يصدر الإنكار فى سياق لا يستفاد منه السخرية أو التحقير أو التناول أو الإهانة للدين.

٨- أغفل المشرع المصرى تكريس مسئولية الشخص المعنوى عن جرائم التعدى العلنى على الأديان كما أغفل أفراد صور أخرى للتجريم ذات جسامه خاصة فى هذا المجال مثل : تمويل جرائم ازدياء الأديان و خطاب الكراهية و عقد مؤتمرات أو ندوات أو إقامة جمعيات أو مؤسسات و إدارتها لهذا الغرض .

٩- برغم التعديلات التى جرت على نص المادة المجرمة لاستغلال الدين فى القانون المصرى مادة ٩٨و، فإن الجريمة فى صياغتها الحالية لا تزال تتسم بالغموض لاسيما عنصر " الترويج لأفكار متطرفة " كأحد عناصر الركن المادى للجريمة مما يهدد بخطر التوسع فى تفسير النص و هو ما يصمه بشبهة عدم الدستورية .

١٠- الخلط القضائى فى التطبيق بين جريمتى التعدى العلنى على الأديان و استغلال الدين ، بسبب العبارات التى استخدمها المشرع فى التعبير عن القصد الخاص لجريمة استغلال الدين ، علاوة على توسع بعض أحكام القضاء المصرى فى تفسير و تطبيق نص المادة (٩٨و) المتعلق بجريمة استغلال الدين دون سياقة ما يكفى للتدليل على توافر القصد الخاص لدى الجانى .

١١- أحسن المشرع المصرى بتجريمه للاستغلال السياسى للدين فى نص المادة ٢٠١ من قانون العقوبات بالنظر لخطورة هذا الفعل لاسيما فى الواقع الذى تشهده الدولة المصرية فى الآونة الأخيرة .

١٢- كفل المشرعين المصرى و الفرنسى الحماية الجنائية للأشخاص المنتمين إلى الطوائف الدينية المختلفة من أفعال التعدى التعبيرى عليهم بسبب انتمائهم و بينما إقتصر المشرع المصرى على تجريم التحريض العلنى على التمييز ، توسع المشرع الفرنسى ليشمل بالتجريم بالإضافة إلى التحريض العلنى على التمييز ، التحريض غير العلنى عليه و كذلك أفعال السب و القذف التمييزى العلنية و غير العلنية .

١٣- إشتراط المشرع المصرى لاكتمال ماديات جريمة التحريض العلنى على التمييز و المنصوص عليها فى المادة ١٧٦ من قانون العقوبات أن يكون فعل التحريض المرتكب علناً مما يؤدى الى " تكدير السلم العام " و هذا الشرط علاوة على غموضه و ضبابية تفسيره قد يضيق من دائرة التجريم ، و هو و إن تضمنته تشريعات عربية أخرى إلا أن نص التجريم الفرنسى قد أتى خلوا منه .

١٤- اشتملت جريمة التحريض على التمييز فى القانون المصرى أسباباً أقل للتمييز من نظيره الفرنسى فبينما تضمن القانون المصرى التمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين و العقيدة ، شمل الفرنسى سبباً اضافياً أغفله المشرع المصرى برغم أهميته و هو " الإعاقة " و أسباباً أخرى تمثل انعكاساً لاتجاهات

المجتمعات الغربية لشرعنة المثلية الجنسية مثل التمييز بسبب الهوية الجندرية و الاتجاهات الجنسية .

١٥- يخط القانون الفرنسى بين التحريض على التمييز و التحريض على العنف بحيث يجعل منهما رديفان بينما نرى اختلافا بينهما فى طبيعة الفعل و درجة الجسامة بحيث لا يصح اعتبار التحريض على العنف مجرد شكل من أشكال التحريض على التمييز له نفس العقوبة .

١٦- برغم استقرار الفقه و القضاء الفرنسى على لزوم توجيه الإهانة التمييزية إلى شخص بعينه أو مجموعة بعينها من الأشخاص لسبب يتعلق بالأصل أو الانتماء العرقى أو الدين أو الجنس أو ... الخ كشرط لتحقيق الجريمة ، نجد أن القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه قد خرج عن هذا الشرط و عن نص التجريم ذاته فاختلف شرطا جديدا أضافه من عندياته الى أركان الجريمة ، و هو تطلب أن تكون الاساءة أو الإهانة موجهة إلى كل المنتمين إلى دين معين أو أصل أو عرق أو و ليس ألى فرد بعينه أو مجموعة من الأفراد بسبب انتمائهم و هو ما يعد تضييقاً شديدا لدائرة التجريم بغير مسوغ تشريعى .

١٧- خصوصية السياق السياسى و الساخر فى تطبيق نصوص التجريم الخاصة بالسب و التشهير التمييزى فى القانون الفرنسى و تطلب الدقة من المحاكم فى نظر هذا النوع من الدعاوى .

١٨- وائمت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان بين قيمتى حرية التعبير وبين الحقوق و الحريات الأخرى و هى إذ تسلم بتجريم أفعال التعبير التى تستهدف الأشخاص بالتعدى بسبب انتمائهم ، لا تكاد ترحب بالتدخل العقابى فى حالة تعلق التعبير بقداسة الدين نفسه أو بعنصر من عناصره إلا إذا كان التدخل هو استجابة لحاجة اجتماعية ملحة كأن تكون الاساءة التعبيرية قد حدثت فى دولة يحمل شعبها تقديسا كبيراً للدين أو يمثل الدين أحد ركائزها الأساسية .

١٩- برغم تكريس المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان لحرية التعبير و إيلائها أهمية خاصة لسياقات البحث العلمى و التاريخى ، نجد أنها قد افتعلت تفرقة غامضة و غريبة بين ما أسمته ب " السجال التاريخى " و بين ما أطلقت عليه " إنكار الحقائق التاريخية واضحة الثبوت " فسمحت بالأول بينما جرمت الثانى و اعتبرته من أفعال تكدير السلم العام و التعدى على حقوق الآخرين ، و هى الأحكام التى أطلقتها على أفعال متشابهة فى طبيعتها و إنما وضعت لها المحكمة تصنيفاً تحكيميا بناءً على التسميات التى صاغتها و هو ما قد يصمها بشبهة الكيل بمكيالين وعدم تطبيق المعايير نفسها بالنسبة لمن هم فى نفس المركز القانونى .

٢٠- اعتمدت المحكمة الأوروبية عدة معايير لتقدير مدى جدارة التعبير المسىء بالعقاب ، يتعلق بعضها بطبيعة التعبير نفسه من ذلك سياقه و تأثيره المحتمل و شكله و طبيعة الجمهور المتلقى له و ملابسات العرض المتضمن له و طبيعة المنطقة التى أنتج و أذيع فيها و قصد الجانى من ورائه ، بينما يتعلق البعض

الآخر بمدى أهمية تدخل الدولة للعقاب كضرورة أن يكون التدخل مبنياً على قانون وطنى و أن يتم استجابة لحاجة اجتماعية ملحة .

التوصيات

نوصى المشرع المصرى بـ:

- تعديل نص المادة ١٦١ من قانون العقوبات و المتعلق بتجريم التعدى العلنى على الأديان بحيث يشمل ما يلى :

١. تحديد مفصل لعناصر الدين كمحل للحماية الجنائية و التفريق بينها فيما يتعلق بجسامة التعدى بحيث لا يستوى مثلاً التعدى التعبيرى على الذات الإلهية مع التعدى على ركن أو شعيرة أو المعلوم من الدين بالضرورة ، و يتصور أن يشمل النص العناصر التالية :

١-الذات الالهية :

٢- المخلوقات ذات المكانة الدينية الخاصة :

- البشر : الأنبياء - الصحابة من ذوى الفضل (و يلاحظ فى هذا الاطار اختلاف وضع الملائكة و الأنبياء و الصحابة من ذوى الفضل عن غيرهم من البشر و لو كانوا ممن يشغلون منصباً دينياً أو كونهم رموزاً دينية فى زمانهم فهم ليسوا من المشمولين بحماية النص)

٣- الشعائر و الطقوس و المعلوم من الدين بالضرورة

٤- الكتب السماوية (فإذا أراد المشرع التوسع فى الحماية باستخدام لفظ آخر كالكتب المقدسة فعليه أن يحدد ماهية الكتب محل التقديس فى كل دين إزالة لكل غموض و لبس حول الموضوع فأى الكتب تشمله الحماية و أيها تستبعده بحسب أيها يعد محلا للتقديس و أيها تتجابه عنه هالة القداسة ، فى الإسلام هناك العديد من المؤلفات الجامعة للسنة النبوية الشريفة منها ما يقتصر على المتواتر من الأحاديث و منها ما يضم الصحيح متواتر و غير متواتر و منها ما يضم كافة مراتب الأحاديث و حتى الضعيف منها بل و المرويات من الأثر عن الصحابة .. فأى هذه المؤلفات جميعا تشمله صفة التقديس ؟ _ و فى اليهودية هناك الى جانب أسفار التوراة (الكتابات و الأنبياء)، كتب التلمود (الميشناه و الجمارا) و التى تعد تدوين لنقاشات و شروح حاخامات اليهود حول الشريعة اليهودية بالإضافة الى قصص من التراث فهل يتضمنها أيضا لفظ التقديس ؟ و لا يختلف الأمر فى المسيحية فعلاوة على الأناجيل الخمسة للعهد الجديد هناك الرسائل كرسائل بولس الرسول و يوحنا اللاهوتى و هى كتب غير سماوية فهل تندرج تحت حماية النص (؟

٢. تحديد مفصل لصور السلوك المحقق للتعدى العلنى على الدين و بخاصة فى مجال التعبير بحيث يضم أفعال الإنكار و السب و القذف و السخرية و

التحريف لاسيما أن بعض السلوكيات قد تثير اللبس حول مدى دخولها في دائرة التجريم و إلى أى حد ؟ .. كسلوك " الإنكار " إذا انصب على أى من الأفكار أو المعتقدات الدينية التي لا يدين بها من صدر عنه . حيث تدق التفرقة في أحيان كثيرة بين ما يمثل تعبيراً بريئاً عن الرأي و بين ما يدخل في إطار المساس بالأديان و قدسيته.

٣. تكريس مسئولية الشخص المعنوى عن جرائم التعبير الماسة بالأديان بالنظر لكون غالبية جرائم التعبير العلنية ترتكب من قبل أشخاص معنوية كقنوات فضائية أو صحف على سبيل المثال.

٤. العقاب على صور إضافية من صور السلوك ذات الأهمية الخاصة في هذا المجال ، كتمويل مؤسسات أو جمعيات تتخذ من المساس بالأديان أو إثارة الفتن هدفاً لها أو إقامة ندوات و مؤتمرات لهذا الغرض و لو كان ذلك تحت غطاء حدائى تقدمى.

تعديل نص المادة ١٧٦ من قانون العقوبات والخاص بتجريم التحريض على التمييز بحيث يشمل الى جانب التحريض العلنى ، التحريض غير العلنى كذلك أسوة بالمشرع الفرنسى لما قد يؤدى إليه مثل هذا النوع من التحريض من نتائج إجرامية تجاوز فى آثارها على الرأى العام جرائم التحريض ذات الطابع غير التمييزى .

- معالجة سلوكيات السب و القذف التمييزى العلنية أو غير العلنية بنصوص تجریمیة ذات جسامة خاصة لما لهذه الأفعال من خطورة اجتماعية تجاوز غيرها من جرائم السب و القذف التى لا تحمل طابعا تمييزياً .

- إضافة سبب " الإعاقة " كسبب من أسباب التحريض على التمييز وأيضاً كسبب من أسباب التمييز المعاقب عليه بالمادة ١٦١ مكرر ١

- إلغاء شرط " تكدير السلم العام " من ماديات جريمة التحريض العلنى على التمييز لأنه بالاضافة الى غموض الشرط ، فإنه قد يضيق من دائرة التجريم بغير مسوغ منطقى .

- إعادة صياغة نص المادة ٩٨ و من القانون المذكور و التى تتناول بالتجريم أفعال استغلال الدين بطريقة توضح طبيعة و خصوصية هذه الجريمة من أجل عدم الخلط بينها و بين جريمة التعدى العلنى على الأديان و ذلك من خلال إلغاء عبارة " تحقير و ازدراء الأديان السماوية أو الطوائف المنتمية إليها " من القصد الخاص المتطلب لوقوع الجريمة و الاكتفاء ب" قصد اثاره الفتنة و الاضرار بالوحدة الوطنية " لتماشيه مع طبيعة الجريمة و العلة من وضع النص.

علاوة على ذلك لابد من الاستغناء عن عبارة " الترويج لأفكار متطرفة " كعنصر من عناصر الركن المادى للجريمة حيث تتسم بالغموض بدورها مما قد يصم النص بشبهة عدم الدستورية و يفضل استخدام عبارات أخرى أكثر وضوحاً ك " الترويج لأفكار تدعو إلى العنف " ، و بالتالى فإنه يمكن تصور نص التجريم

على النحو التالي : "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر و لا تجاوز خمس سنوات أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه و لا تجاوز ألف جنيه كل من استغل الدين فى الترويج بالقول أو بالكتابة أو بأية وسيلة أخرى لأفكار تدعو إلى العنف بقصد إثارة الفتنة أو الإضرار بالوحدة الوطنية " .

ونوصى القضاء المصرى بالحرص على التثبت من توافر القصد الخاص

فى جريمة استغلال الدين و حسن التدليل عليه فى الأحكام ، حيث أن التجريم لا ينعقد إلا بتوافره حقيقةً فى نفسية الجانى وقت إتيان السلوك و من دونه قد يساء تطبيق النص على أشخاص أخطأ اجتهادهم فى تفسير بعض النصوص الدينية أو صح تفسيرهم و إنما سيق فى غير موضعه أو غير مقامه .

قائمة المراجع

مراجع عربية:

- كتب القانون:
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الطباعة الحديثة، ١٩٩١.
- جون ستيوارت ميل ، عن الحرية ، ترجمة هيثم كامل الذبيدي
- رزيق باخوش، الحماية الجزائية للدين الإسلامي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الحاج خضر، باتنة ، ٢٠٠٦
- صلاح الدين فوزى محمد، الحريات العامة فى ضوء الدستور المصرى الصادر سنة ٢٠١٤ وأحكام القضاء الدستورى، دار النهضة العربية، ٢٠١٨.
- عادل عبد العال إبراهيم خراشى، جريمة التعدى على حرمة الأديان وإزديائها فى التشريعات الجنائية الوضعية و التشريع الجنائى الاسلامى ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧
- فاطمة محمد عبد العليم، أثر الدين فى النظم القانونية - دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مطابع
السعدني، ٢٠٠٣.
- ماجد راغب الحلوة، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦.
- محمد السعيد عبد الشفيق القرعة، الحماية الجنائية للأديان السماوية، رسالة
دكتوراه، جامعة طنطا، ٢٠١٧.
- محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة
تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- محمد حسن محمد محرم، الحماية الجنائية الموضوعية لحرية التعبير، دار
الجامعة الجديدة ٢٠١٨
- محمد حسن مرعى، الجوانب الموضوعية لجريمة إثارة الفتنة الطائفية،
رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٦.
- محمد عبد الله دراز، الدين بحوث ممهدة لدراسة تاريخ الأديان، مطبعة
السعادة، القاهرة، ١٩٥٢.
- محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان فى
قضاء وافتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا، المركز القومى
للإصدارات القانونية، ط٢٠١٣.

• محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.

• نبيل قرقور، الحماية الجنائية لحرية المُعتقد - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٣-٢٠١٤.

• نعمون مسعود، التأسيس الفلسفي في فكرة حقوق الإنسان عند روسو ، جامعة الإخوة منتوري ، الجزائر، ٢٠٠٨

المعاجم والكتب الدينية:

• ابن عابدين، (توفي ١٢٥٢ هـ) ، الطبعة الأولى تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

• ابن كثير، البداية والنهاية، الجزء الأول، بيت الأفكار الدولية، كتاب بدء الخلق.

• إحسان إلهي ظهير، الشيعة والتشيع، فرق وتاريخ، ادارة ترجمان السنة؛ لاهور باكستان، توزيع دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة العاشرة.

• أحمد ابيش، التلمود كتاب اليهود المقدس، دار قتيبة، دمشق، ٢٠٠٦.

- د. أحمد عمر هاشم ، قواعد أصول الحديث ، طبعة المعهد العالي للدراسات الإسلامية
- أحمد محمد أحمد جلي، دراسة عن الفرق وتاريخ المسلمين الخوارج والشيعة ، الطبعة الأولى، شركة الطباعة العربية السعودية ، ط١٩٨٦
- أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميس، حقبة من التاريخ، دار الإيمان للطبع والنشر.
- إسماعيل بن عمر بن كثير، البداية والنهاية، الجزء الأول، كتاب بدء الخلق
- البيهقي، الجامع لشعب الإيمان، الجزء الأول، تحقيق د. عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد، ٢٠٠٣.
- التعليم المسيحي للكنيسة الكاثوليكية، يوحنا بولس الثاني، روما ١٩٨٨.
- الفخر الرازي، عصمة الأنبياء، مجموعة مصادر سيرة النبي والأئمة، ١٤٠٦ هجرية ، مطبعة الشهيد، منشورات الكتبي النجفي، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، شبكة رافد للتنمية الثقافية.
- المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٨.
- المعجم الوسيط - الجزء الأول.

- المغنى: موفق الدين بن قدامه، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م.
- تقى الدين ابن العباس أحمد ابن تيميه، النبوات، دراسة وتحقيق، د. عبد العزيز بن صالح الطويان، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ .
- زين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الطبعة الأولى: تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ - ١٤١٨ / ١٩٩٧م.
- صلاح محمود العادلي، الشيعة وفرقها قراءة معاصرة.
- صحيح البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل أصحاب النبي.
- عبد القاهر بن طاهر البغدادي، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠١ هجرية.
- د. عبد الله بن عبد الرحمن الشريف ، حجية خبر الأحاد فى العقائد و الأحكام ، وزارة الشؤون الإسلامية و الدعوة و الإرشاد ، المدينة المنورة
- على بن محمد السيد الشريف الجرجانى ، معجم التعريفات ، تحقيق محمد صديق المنشاوى ، دار الفضيلة
- عمر سليمان الأشقر، شرح ابن القيم لأسماء الله الحسنى، دار النفائس، ٢٠٠٨.

• عوض سمعان، الله في المسيحية، الكنيسة الإنجيلية بقصر الدوارة،
الفصل الرابع، صفات الله.

• محمد متولي الشعراوي، قصص الأنبياء ومعها سيرة الرسول (عليه الصلاة
و السلام)، للناشر حسن محمود، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.

• د. ناجي جبار عزيز ، ما تلقته الأمة بالقبول و نماذج فقهية مما ثبت به
ابتداءً ، كلية الامام الأعظم الجامعة ، العراق

أبحاث ومقالات:

• أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب
في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة منشورة بمجلة الدستورية العليا، العدد
الثالث عشر، ٢٠٠٨.

• السيد خليل الطبطبائي "الصفات الإلهية" مقال بتاريخ ١٩ أكتوبر ٢٠١٧
منشور على الإنترنت: almujtaba.com.

• آن ويبر، مكافحة العنصرية واحترام حرية التعبير في قضاء المحكمة
الأوروبية لحقوق الإنسان، بحث منشور في إطار سلسلة مناظرات حقوق الإنسان
(١٠) الصادر عن مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان تحت عنوان (الأديان
وحرية التعبير اشكالية الحرية في مجتمعات مختلفة).

- جيمس داو، تعريف علمى للدين، بحث مترجم منشور فى ٦ ديسمبر ٢٠١٦ على الموقع الإلكتروني:

www.mominoun.com

- حسينة شرون، أحكام جريمة التمييز المستحدثة فى قانون العقوبات الجزائرى، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر ٢٠١٥.
- روبرت ميلتون أند روود الابن، تعريف الدين - ثلاثة علماء اجتماع يقارون المفهوم، العدد الثالث، مجلة الاستغراب، ربيع ٢٠١٦.

Istighrab.iicss.iq/?id=24&sid=73

- عبد القادر عبد العالى، علاقة الدين بالسياسى فى المجتمعات الإسلامية وأثره على الفكر السياسى والعقادى، بحث منشور على الانترنت، موقع مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، ٣١ مايو ٢٠١٧.

www.mominoun.com

- علياء على زكريا، حرية التعبير فى تطبيقاتها المعاصرة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، المجلد الأول.
- محاسن يوسف عبد الجليل ، الحرية فى التمثلات الإجتماعية بين الثقافة العالمية و الثقافة الشعبية ، بحث منشور ضمن مجموعة أبحاث فى إطار دراسة

للمركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات بعنوان ، " الحرية فى الفكر العربى
المعاصر " ٢٠١٨

• محمد أمين الخرشة، الحماية الجنائية لحرمة الأديان من الازدراء، مجلة
جامعة الشارقة، مجلد ١٤، العدد ٢، ديسمبر ٢٠١٧.

• محمد صبحى سعيد صباح، جرائم التمييز والحض على الكراهية والعنف،
بحث منشور على الانترنت (pdf).

• معاذ صبحى عليوى ، مفهوم الحرية فى الإسلام ، المركز الديمقراطى
العربى للدراسات الاستراتيجية الإقتصادية و السياسية ، بحث منشور على الموقع
التالى :

<http://democraticac.de/?p=25488>

• منال مروان منجد، جرائم الكراهية: دراسة تحليلية مقارنة بحث منشور فى
مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٥، العدد ١.

• مونىكا ماكوفى، دليل ارشادى حول تطبيق المادة ١٠ من الاتفاقية
الأوروبية لحقوق الإنسان فى إطار سلسلة مناظرات مركز القاهرة لدراسات حقوق
الإنسان (الأديان وحرية التعبير اشكالية الحرية فى مجتمعات مختلفة).

- نضير الخزرجى ، مفهوم الحرية عند مفكرى الإسلام ، مقال منشور على الموقع التالى :

<https://annabaa.org/nbahome/nba82/18.htm>

- ياسر محمد اللمعى، جريمة التحريض على العنف بين حرية الرأى وخطاب الكراهية، بحث منشور على الانترنت (pdf).

- يحيى بوافى ، مفهوم الحرية فى فلسفة روسو السياسية ، مقال منشور على موقع :

<http://www.alawan.org/2013/12/08>

أبحاث ومقالات باللغة الفرنسية :

- Caroline Leclerc, "Le Statut d'association cultuelle et les Sectes", Université de Bourgogne, RFDA 2005.
- European centre for law and justice; "lutter contre la diffamation des religions"; par Grégor puppinck; 2008.
- Gérard Gonzalez, liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la cour européenne des Droits de l'homme ; CRDF, n° 8, 2010.

- La répression du blasphème, Étude de législation comparée, no 262–Janvier 2016;
- <http://www.senat.fr/IC/IC262/IC2622.html>. no.2.
- Laurie Marguet, La répression de la provocation, de la diffamation et des injures non publiques représentant un caractère raciste ou discrimination en France à propos du décret n° 2017–1230 du 3 août 2017 ; Article, Chronique classée dans droit pénal, RDIF 2019.
- Nathalie Droin, l’appréhension des discours de haine par les juridictions françaises : entre travail d’orfèvre et numéro d’équilibriste ; la Revue des droit de l’homme, 2018.
- Patrice Rolland, "la religion, objet de l'analyse Juridique, HAL–archives–ouvertes, 2013.
- Patrice Rolland, "qu'est–ce qu'un culte aux yeux de la République? "Archives de Sciences Sociales des religions, n° 129, Janvier – Mars 2005.
- Patrick Wachsmann, Faut–il incriminer les discours de

haine ? le cas français, études et réflexions 2015, numéro 14, 9^{ème} conférence-débat du centre de droit public comparé-université panthéon-Assas ; Revue général du droit, www.revue générale du droit eu.

- Ruth Dijoux, la liberté d'expression face aux sentiments religieux approche européenne, les cahiers de droit, volume 53, numéro 4, décembre 2012.

المواقع الالكترونية:

- <https://ar.wikipedia.org/wiki>
[https://www.almaany.com /ar/dict/ar-ar](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar)
www.mominoun.com
[https:// www.almaany.am/ar/dict/ar-ar/](https://www.almaany.am/ar/dict/ar-ar/)
[http:// www.senat.fr/jc/jc2621 le 2622.html.](http://www.senat.fr/jc/jc2621_le_2622.html)
[www.senat.fr/jc/jc2621 le 2622.html.](http://www.senat.fr/jc/jc2621_le_2622.html)
www.humanrights.ch/fr/droits
<http://www.hrc.org/resources/hate-crimes-timeline>
www.revue

حماية الطفل من خطر المخدرات والكحول

الدكتور

محمد غالي العنزي

محامي دستورية وتمييز الكويت

المخلص :

تضافرت التشريعات الكويتية في حماية الطفلمن خطر المخدرات والكحول، سواء كان الطفل جانيا او مجنيا عليه .وندرس في هذا البحث السياسة العقابية التي تبناها المشرع الكويتي في حماية الطفل من هذه الآفة ، في نطاق القوانين ذات الصلة ، وهي : قانون الجزاء ، وقانون مكافحة المخدرات ، وقانون الأحداث، وقانون الطفل .

ونبين في هذا البحث أنواع المخدرات والكحول وأضرارها ، والعقوبات المشددة لكل من يستغل الطفل في تجارة المخدرات أو تزويجها أو تسهيل تعاطيها ، باعتبار ان الطفل ظرفا مشددا في الجريمة.أما اذا كان الطفل متعاطيا أو مدمنا للمخدرات ، فان القانون حدد بعض التدابير المناسبة للطفل لحمايته من الوقوع في الجريمة أو العودة إليها .وقد حاولنا ربط النصوص ذات الصلة في الموضوع وشرحها مع بيان أوجه الخلل واقتراح ما نراه مناسبا .

كلمات مفتاحية :

طفل _ حدث _ مخدرات _ كحول .

المقدمة :

يتعرض الطفل الى الاستغلال في الاعمال غير المشروعة والمجرفة قانونا ،وذلك بحكم ضعف تكوينه الذهني والبدني وقلة خبرته ، مما يسهل التأثير عليه وتوجيهه وتشغيله في تجارة وتعاطي المخدرات والكحول .وغني عن البيان ما للمخدرات والكحول من اثار مدمرة على المجتمعات ،فان وصلت هذه الآفة الى الأطفال ، فان خطرها يضرب عمق البنية الأساسية للمجتمع ، فتنهار الاخلاق وتفسد الأجيال ،ويصاب المجتمع بالمرض والوهن .

لذلك حرص المجتمع الدولي ،على حث الدول بالتوقيع على الاتفاقيات ذات الصلة ، وإصدار التشريعات المناسبة ، وتعزيز التعاون المشترك للقضاء على إساءة استعمال هذه المواد ، وإنقاذ البشرية من خطرها .وعلى ذلك تنص المادة ٣٣ من اتفاقية حقوق الطفل سنة ١٩٨٩ ، على ان " تتخذ الأطراف جميع التدابير المناسبة ، بما في ذلك التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية ، لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة ، والمواد المؤثرة على العقل ، حسبما تحددت في المعاهدات الدولية ذات الصلة ، ولمنع استخدام الأطفال في انتاج مثل هذه المواد بطريقة غير مشروعة والاتجار فيها^١ " .

^١ وتعتبر إساءة استعمال التبغ والكحول أيضا من المشكلات التي تتطلب اتخاذ إجراءات لاسيما التدابير الوقائية والتنقيف بين الشباب ، حسبما اقره مؤتمر القمة العالمي من اجل الطفل ، الأطفال أولا ، ١٩٩٠ . ونرى من الأفضل لو تم النص بشكل صريح على منع استغلال الأطفال في المشروبات الكحولية تعاطيا او اتجارا . للتفصيل انظر: نجوى علي عتيقة ، حقوق الطفل في القانون الدولي ، ص ١٣١ ، دار المستقبل العربي ، ١٩٩٥ .

وترجمة لذلك نص قانون الطفل الكويتي في المادة ٧٦ على ان "يعد الطفل معرضاً للخطر لأي شكل من أشكال الأذى الجسدي أو النفسي أو العاطفي أو الجنسي أو الإهمال أو إذا وجد في حالة تهدد سلامة التنشئة الواجب توافرها له ، وذلك في أي من الأحوال الآتية : .. ٦- إذا تعرض داخل الأسرة أو المدرسة أو مؤسسات الرعاية أو غيرها للتحريض على العنف أو الأعمال المنافية للآداب أو الأعمال الإباحية أو الاستغلال التجاري أو التحرش أو الاستعمال غير المشروع للكحوليات أو المواد المخدرة المؤثرة على الحالة العقلية " .

وعلى الرغم من ان قانون الطفل ، يوفر الحماية القانونية للطفل ، عندما يكون مجنيا عليه ، الا انه اكتفى بما ورد في المادة ٧٦ ، تاركا ذلك للتنظيم الوارد في قانون المخدرات وقانون الجزاء . وفي المقابل نجد ان قانون الاحداث، الذي يوفر الحماية القانونية الإجرائية للحدث الجانح ، قد الغى كافة العقوبات الواردة في القوانين المختلفة ، وقرر عقوبات مخففة خاصة بالطفل .

ونقصد بالطفل في هذه الدراسة ، هو كل من لم يتجاوز عمره الثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، وفقا للمادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل ، وقانون الطفل الكويتي رقم ٢١ لسنة ٢٠١٥ ، وقانون الاحداث رقم ١١١ لسنة ٢٠١٥ ، والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٧ .

سبب اختيار الموضوع :

سبب اختيار الموضوع، ينطلق من ضرورة تحديث نصوص التجريم ، المخصصة لحماية الطفل من خطر المخدرات والكحول ، تنفيذًا للالتزام الدولي الوارد في اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩ ، والتي صادقت عليها الكويت في ١٩٩١/٩/٢٥ ، من ضرورة اتخاذ تدابير تشريعية ، لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة ، والمواد المؤثرة على العقل ، ولمنع استخدام الأطفال في إنتاج مثل هذه المواد بطريقة غير مشروعة والاتجار فيها .وبالنظر الى منظومة القوانين الكويتية ، نجد ان حماية الطفل من خطر المخدرات والكحول، جاءت في قانون المخدرات الكويتي رقم ٧٤ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته ، والذي من سماته المغالاة في تشديد العقوبات، ان كان الطفل مجنيا عليه ، وتقييد سلطة المحكمة في تقدير العقوبة المناسبة ، هذا فضلا عن صعوبة صياغته وكثرة احالاته لنصوص أخرى وعدم تسلسل احكامه ، لذلك راينا ابراز احكام هذه الحماية المقرر للطفل وتوضيح ما ابهم من نصوص .

الهدف من الدراسة :

تهدف هذه الدراسة ، الى بيان الحماية القانونية الجنائية المقررة للطفل ، من خطر المخدرات والكحول ، في نطاق القوانين ذات الصلة وهي : قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ ، وقانون مكافحة المخدرات رقم ٧٤ لسنة ١٩٨٣ ، وقانون الطفل رقم ٢١ لسنة ٢٠١٥ ، وقانون الاحداث رقم ١١١ لسنة ٢٠١٥ والمعدل بالقانون رقم

١ لسنة ٢٠١٧ . فالطفل اما ان يكون مجني عليه ، او يكون هو الجاني . ففي الحالة الأولى ، التي يكون فيها الطفل مجنيا عليه ، في جرائم المخدرات والكحول ، يشدد المشرع العقوبة المقررة لمرتكب الجريمة ، باعتبار ان وجود الطفل في الجريمة طرفا مشددا . اما اذا كان الطفل هو مرتكب الجريمة ، فان قانون اقر عقوبات مخففة او الاكتفاء ببعض التدابير التي تناسب الطفل ، من اجل حمايته من الوقوع في الجريمة ، باعتبار ان اجرام الطفل ، غالبا ما يكون ناتجا عن عوامل خارجية تدفعه الى الجريمة ، منها التفكك الاسري او سوء التنشئة والتأثر بالمحيط الاجتماعي الذي يعيش فيه ، فالطفل في هذه الحالات بحاجة للحماية القانونية ، اكثر من حاجته للعقاب ، لإقالته من عثرته .

منهج البحث :

يقوم هذا البحث على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي ، من خلال ابراز احكام الحماية القانونية الجزائية ، المقررة للطفل من خطر المخدرات والكحول ، ودراسة العقوبات المشددة التي قررها المشرع لحماية الطفل، عندما يكون مجنيا عليه ، ودراسة تخفيف هذه العقوبات عندما يكون الطفل جانيا . وقد حاولنا جاهدين ، ربط النصوص ذات الصلة بالموضوع وشرحها ، بما يزيل عنها الغموض والابهام، مع بيان أوجه الخلل واقتراح ما نراه مناسبا .

خطة البحث :

دراستنا لهذا البحث ، جاءت بمقدمة ومطلبين وخاتمة تبين النتائج والتوصيات ،
كالتالي :

المطلب الأول _ حماية الطفل من خطر المخدرات .

الفرع الأول _ أنواع المخدرات واضرارها .

الفرع الثاني _ تشديد عقوبة استغلال الطفل في تجارة المخدرات .

أولا _ اعدام كل من يستغل الطفل في جلب او انتاج او زراعة المخدرات .

ثانيا _ اعدام كل من سهل للطفل تروبيج او تعاطي المخدرات .

الفرع الثالث _ عقوبة تعاطي الطفل للمخدرات .

أولا _ تخفيف عقوبة تعاطي الطفل للمخدرات .

ثانيا _ عدم إقامة الدعوى الجنائية ضد الطفل اذا تقدم للعلاج .

المطلب الثاني _ حماية الطفل من خطر الكحول .

الفرع الأول _ أنواع الكحول واضرارها .

الفرع الثاني _ تشديد عقوبة تعريض الطفل لخطر الكحول .

المطلب الأول

حماية الطفل من خطر المخدرات

الطفل بحكم صغر سنه وقلة خبرته ، يسهل التأثير عليه واستغلاله في ارتكاب الجريمة ، لذلك يعمد ضعاف النفوس الى استغلال الأطفال في تجارة المخدرات ، وجعلهم ستارا لهذه التجارة، وهناك من يعمد الى تسهيل تعاطي المخدرات للأطفال ، لإفساد اخلاقهم وتحقيق أرباح طائلة .فيتورط الأطفال بالادمان على المخدرات . لذلك اتخذ المشرع الكويتي في القانون رقم ١٩٨٣/٧٤ بشأن مكافحة المخدرات ، والمعدل بموجب القانون رقم ١٩٩٥/١٣ ، موقفا متشددا حيال ذلك .كما قرر حماية جنائية خاصة للأطفال ، لمنع استغلالهم في تجارة المخدرات او تعاطيها. لذلك قسمنا هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، نبين في الأول :أنواع المخدرات واضرارها . وفي الثاني :تشديد عقوبة استغلال الطفل في تجارة المخدرات . وفي الثالث : عقوبة تعاطي الطفل للمخدرات .

الفرع الأول

أنواع المخدرات واضرارها

تتعدد أنواع المخدرات وتختلف تأثيراتها، لذلك تم تقسيمها من حيث طبيعتها الى ثلاثة أنواع، الأول: المخدرات الطبيعية او العشبية وهي التي تستخلص من النبات ، مثل (القنب_ الافيون_ القات). والثاني: تخليقي، أي أن الإنسان صنعه من مواد كيميائية. مثل (المورفين_ الهيروين_ الكوكايين). والثالث: عبارة عن مزيج من المنتجات العشبية والمنتجات التخليقية مثل عقار (ال.اس. دي). كما تنقسم المخدرات من حيث تأثيرها على الانسان الى أربعة أنواع، فهي اما ان تكون مهدئات (مهبطات) او منشطات (منبهات) او مهلوسات (رحلات الأوهام) او مثيرات جنسية (منشطات جنسية)¹ .

وبشكل عام ،يمكن تحديد اضرار المخدرات ، بانها قد تؤدي الى التشويش الذهني حتى بعد التعاطي ، مما يجعل الانسان أكثر عرضة للحوادث او الإصابات . والبعض منها يسبب قلقاً، أو نوبات فزع ،أو جنون العظمة ، أو حتى الإصابة بالأمراض الذهانية . والبعض منها يؤدي الى الإصابة بالأرق والإجهاد والاكنتاب في مرحلة لاحقة. كما ان بعض المخدرات قد تؤدي الى التسمم او الغيبوبة او

¹ موقع دراقز ، برنامج تقديم المعلومات والدعم بشأن المخدرات باللغة العربية : http://www.drugs.ie/ar/drugs_info/arabic_types_of_drugs . انظر كذلك ،بدر خالد الخليفة ، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة ، ص ١٨٦ ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ .

الفشل الكلوي، وقد يصل الأمر حتى إلى الوفاة^١. ونجد انه من المناسب ان نلقي الضوء على بعض أنواع المخدرات الأكثر انتشارا ، مع بيان آثارها ومخاطرها ، كالتالي :

أولا _ القنب :

يستخلص من نبات القنب مادة الحشيش ، ومن بين أسمائه الشائعة بين المتعاطين والتجار الكيف او المارجوانا، والقنب نبات طبيعي، وأكثر أنواعه استخداماً يسمى الصمغ ، حيث يأتي على شكل كتل أو قطع صلبة ذات لون غامق ، ويتمثل النوع الأقل استخداماً منه في أوراق وسيقان النبات، ويأتي على شكل زيت يسمى زيت القنب . ويتم تعاطيه على اكثر من شكل ، وعادة ما يتم لف القنب مع التبغ في سيجارة تسمى (سيجارة حشيش) ويدخن ، ويمكن أيضاً طبخه وأكله .

التأثيرات: التعرض لتأثير القنب يولد شعوراً بالاسترخاء ، مصحوباً بكثرة الكلام ، وشعور بالسعادة الزائفة . وبعض الأشخاص يشعرون ببطء الوقت ، كما ذكروا أيضاً أنهم يصبحون أكثر تذوقاً للألوان، والأصوات، والنكهات. مع فتح الشهية لبعض الانواع من الأطعمة .

الآثار الجانبية : يؤثر القنب على الذاكرة والتركيز، وقد يصيب المتعاطي بالإجهاد ونقص الحافز. وإذا لم يكن متعوداً على القنب أو إذا استخدم نوعاً أقوى من النوع

^١عبدالحكم فوده وسالم حسين الدميري ، الطب الشرعي ، ص٩٤٣ ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦ .

الذي اعتاد عليه ،قد يشعر بالقلق أو الفزع أو الاضطراب. وقد تعتريه أوهام أو هلاوس.

المخاطر : يعتبر كثير من الناس القنب مخدراً آمناً نسبياً. لكن الأبحاث أثبتت أن استخدامه على المدى الطويل ، قد يجدون صعوبة في التحكم في استخدامهم للمخدر ، وربما ينجرفون في تيار الإدمان. وتدخين القنب يزيد من مخاطر الإصابة بمرض القلب والسرطانات كسرطان الرئة ،وقد يؤثر أيضاً على الخصوبة ، وعند الأشخاص الذين يعانون من مشكلات جوهرية في الصحة العقلية، قد يؤدي تعاطي القنب إلى إصابتهم بمرض الفصام¹.

ثانياً_حبوب السعادة (إكستاسي) :

حبوب السعادة تعرف بالعديد من الأسماء بين المتعاطين والتجار ، والتي منها الأسماء التالية: (إي E _دوفز Doves _ ميتسوبيشي Mitsubishis _ يوكس Yokes _شامروكس Shamrocks) وعادة ما تصنع حبوب السعادة في المعامل السرية غير المرخصة . وتباع غالباً في شكل حبوب تحمل شعارات أو تصميماً متنوعة. وقد تحتوي حبوب السعادة أحياناً على مخدرات ومواد أخرى.

¹ فيصل الكندري وغنام محمد غنام ، شرح قانون الجراء الكويتي ، القسم الخاص ، ص ٦٤٨ ، الطبعة الثانية ٢٠١٠ _ ٢٠١١ ، الكويت . انظر كذلك، بدر خالد الخليفة ،المرجع السابق ،ص ١٨٩ . وموقع دراقز:

التأثيرات: متعاطي حبوب السعادة ، قد يشعر بأنه أكثر انتباها وتوافقا مع البيئة المحيطة به. وتشعره بالسعادة والهدوء والدفء تجاه الآخرين. وتكون الأصوات، والألوان، والعواطف أكثر حدة. وتعتبره حالة من النشاط الزائد تسمح له بالرقص فترات طويلة.

الآثار الجانبية : قد تؤدي الى ارتفاع درجة حرارة الجسم، وضغط الدم، وتزيد سرعة ضربات القلب. ومن الآثار الجسدية الأخرى ألم العضلات، والغثيان، وتيبس الفك، والجز على الأسنان. وقد يعاني المتعاطي من عرق غزير، واهتزاز في الجسم، وخفقان. وقد يشعر بجفاف في الجسم، واضطراب، وإجهاد.

المخاطر: أثبتت الأبحاث أن مستخدمي الحبوب بانتظام ، يشعرون في منتصف الأسبوع بإجهاد واكتئاب، غالباً ما يدوم أياماً. ويتعرضون في نهاية الأسبوع لحالة انهيار، وبعض المتعاطين معرضين لخطر ظهور مشكلات في الصحة العقلية في مرحلة لاحقة في حياتهم. والوفيات بسبب تعاطي حبوب السعادة نادرة جداً، لكنها قد تحدث بسبب أزمات قلبية أو أزمات ربو¹.

ثالثا_الكوكايين :

هو مسحوق أبيض يستخلص من أوراق نبات الكوكا ، الذي ينمو بشكل رئيسي في أمريكا الجنوبية. وعادة ما يتم تعاطيه باستنشاق المسحوق عن طريق الأنف.

¹ موقع دراقز: http://www.drugs.ie/ar/drugs_info/arabic_types_of_drugs.

و(الكراك Crack) ليس مخدراً مختلفاً، وإنما هو شكل من أشكال الكوكايين يسبب درجة أكبر من الإدمان. وعادة ما يتم تدخين الكراك، والذي يسمى أيضاً (الصخر rock) او (الكوكايين المنقى free-base) ويتم أحياناً حقن الكوكايين أو أكله.

التأثيرات : الكوكايين مادة منشطة قوية، فهو يجعل المتعاطي يشعر بانتباه ونشاط أكبر ، كما يقلل من الشعور بالجوع أو العطش، وقد تستمر هذه التأثيرات لفترة تصل إلى ٢٠ دقيقة بعد كل جرعة. ويولد تدخين الكراك نشوة أكبر، لكن لفترة أقصر.

الآثار الجانبية : نظراً لتأثيراته القوية، كثيراً ما تكون لدى متعاطي الكوكايين رغبة ملحة في تعاطي المزيد. وقد تؤدي الجرعات الكبيرة من المخدر إلى إصابته بالإجهاد، والقلق، والاكتئاب، وأحياناً العدوانية.

المخاطر : قد يؤدي استنشاق الكوكايين إلى تلف لا يمكن علاجه لداخل الأنف ، وقد يضر تعاطي الكوكايين القلب والرئة ، وقد تؤدي الجرعات الكبيرة إلى الوفاة بالأزمات القلبية أو الجلطات. خاصة إذا اخذ مع الكحول. وقد يؤدي أكل الكوكايين إلى تلف نسيج الأمعاء. وقد يكون الاكتئاب الذي يلي الشعور بالنشوة حاداً وقد يؤدي إلى محاولات انتحار. ومع الاستعمال طويل المدى أو بجرعات مفرطة، قد تتحول الإثارة التي يولدها الكوكايين إلى قلق، وأرق، وفقدان وزن. وبعض الأشخاص يظهر عندهم مرض الذهان الزوري، حيث يُحتمل ممارستهم للعنف. وقد

تؤدي الرغبات الملحة في تعاطي الكوكايين وخاصة الكراك، إلى الرغبة في تعاطي المخدر طوال الوقت، مما يؤدي الى فقد السيطرة على استخدام المخدر^١.

رابعا_ الأمفيتامينات :

الأمفيتامينات لها العديد من الأسماء الشائعة بين المتعاطين والتجار ، ومن هذه الأسماء (سبيد Speed _ ويز Whizz _ أبرز Uppers)والأمفيتامينات هي نوع من المخدرات المنشطة ، التي كان بعضها يستخدم في الماضي كحبوب لإنقاص الوزن. وعادة ما تأتي في شكل مسحوق رمادي على أبيض اللون ، يُباع في عبوات ورقية ملفوفة تسمى (لفافات wraps) وعادة ما تبلع، لكنه يمكن أيضاً حقنها أو استنشاقها. ويمكن تدخين نوع يعرف باسم (الأيس ice _ او الكريستال crystal) .

التأثيرات: تعتمد التأثيرات على طريقة تعاطي المخدر، فالجرعة الصغيرة بالفم تجعل المتعاطي يشعر بانتباه ونشاط أكبر، والجرعات الأكبر التي يقوم بحقنها أو تدخينها تعطي فورة من السعادة. وبعض مستخدمي أمفيتامين سبيد يتعاطونه بجرعات مفرطة، وتنتابهم حالة من فرط النشاط وكثرة الكلام.

الآثار الجانبية: كما هو الحال مع المخدرات المنشطة الأخرى، يعاني المتعاطي من حالة انهيار بعد النشوة التي يولدها المخدر، وقد تؤدي الجرعات الكبيرة من

^١ موقع دراقز : http://www.drugs.ie/ar/drugs_info/arabic_types_of_drugs/
وبدر خالد الخليفة، المرجع السابق، ص ٢١٠. وعبدالحكم فوده وسالم حسين الدميري، المرجع السابق، ص ٩٤٧.

الأمفيتامينات إلى الإصابة بحالة من الذعر، وجنون العظمة، والهلاوس. ومع الاستخدام طويل المدى، قد تظهر حالة تعرف بذهان الأمفيتامين، مع أعراض شبيهة بأعراض مرض الفصام. وقد يولد جنون العظمة حالة من العنف إذا كان المتعاطي يعتقد أنه مهدد أو مضطهد.

المخاطر: قد يستمر ذهان الأمفيتامين حتى بعد الإقلاع عنه . ومخاطر حقن المخدر هي نفس مخاطر حقن المخدرات الأخرى كالهيروين¹.

خامسا _ المذيبات (المواد الطيارة) :

وتشمل المذيبات المستحضرات الموجودة بمعظم المنازل، مثل (الصمغ والباتكس _ ومخفف الطلاء "تينر" _ ومزيل طلاء الأظافر "الأسيتون" _ ووقود الولاعات _ وبخاخات الرذاذ _ومزيلات العرق). والتي يمكن استنشاقها من قطعة قماش مبللة، أو كم جاكيت ، أو مباشرةً من زجاجة. ويرش الرذاذ المتطاير مباشرةً في الفم. وتكون إساءة استعمال المذيبات أكثر شيوعاً بين المراهقين. فهي بالنسبة لمعظم المراهقين موضة عابرة، لكنها قد تتسبب لهم في مشكلات كبيرة في المدرسة والمنزل.

التأثيرات: قد يولد استنشاق المذيبات شعوراً بالنشوة ، أو دفعة إثارة تشبه ما يشعر به الشخص المغمور، وعادة ما تزول تأثيرات المذيب بعد حوالي نصف ساعة.

¹ موقع دراقز: http://www.drugs.ie/ar/drugs_info/arabic_types_of_drugs .

وقد يبدو المتعاطي مخموراً تعتريه حالة من تداخل الكلام والترنح، وإصدار ضحكات هيسيرية، وعدم القدرة على السيطرة على النفس، وربما شعور بالنعاس.

الآثار الجانبية: يتأثر حكم المتعاطي على الأمور وتظهر عليه ميول عدوانية ، كما أنه قد يتعرض الى نوبات من الهلاوس والقيء، ونوبات من فقد الوعي المؤقت ، وعادة ما يخلف تعاطي المذيبات معاناة من آثار غير مواتية مع الإصابة بصداغ وضعف في التركيز.

المخاطر: الوفاة من سوء استعمال المذيبات نادرة الحدوث، ولكن قد تحدث في أول مرة لتعاطي المذيب، وتحت تأثير المذيبات يكون المتعاطي أكثر عرضة لعمل حوادث. وقد يصاب أيضاً باختناق بسبب المذيب الذي يرشه في الرئة، أو أثناء القيء ، أو بسبب المواد التي يستخدمها لمساعدته على استنشاق المذيب ، وقد تسبب كثير من المذيبات أيضاً هبوطاً في القلب¹.

سادسا _ المهلوسات (إل.إس.دي) :

الاسم الشائع بين المتعاطين والتجار الأسيدي Acid ، وعادة ما يأتي مخدر (إل.إس.دي) في شكل حبوب صغيرة تعرف باسم (دوتس dots) أو (تابس tabs) ، أو على مربعات صغيرة من الورق العادي أو الورق المقوى ، وعادة ما تحمل الحبوب الصغيرة صوراً أو شعارات، وتؤخذ الحبوب بالبلع.

¹ موقع دراقز: http://www.drugs.ie/ar/drugs_info/arabic_types_of_drugs/

التأثيرات : بعد أخذ حبة المخدر المهلوس بحوالي ساعة، يجعل متعاطيه يسبح في رحلة من الأوهام حيث تبدو البيئة المحيطة به مختلفة ، وتبدو الألوان والأصوات والأشياء غير حقيقية ،وأثناء رحلة الأوهام، قد تتنابه تخيلات ويسمع أصواتاً ويبدو الوقت بطيئاً أو سريعاً ، وقد تستمر التأثيرات حوالي ١٢ ساعة.

الآثار الجانبية : من الصعب التنبؤ بنوعية الرحلة التي سوف يبحر فيها المتعاطي، ففي الرحلة السيئة، ينتابه شعور بالرعب أو شعور بفقدان السيطرة على نفسه أو الجنون أو الاحتضار، خاصة اذا ما كان يشعر بقلق أو اكتئاب قبل تعاطي المخدر.

المخاطر : قد تتسبب الرحلة السيئة في إصابة بعض الأشخاص بمرض عقلي، وقد تكون الرحلات الممتعة أيضاً خطيرة، على سبيل المثال إذا تخيل المتعاطي أنه يمكنه الطيران أو المشي على الماء. وقد يدخل في حالة من استرجاع الأحداث حيث يشعر بعودته إلى الماضي في رحلة تستغرق فترة قصيرة، خلال أسابيع وشهور بعد إقلاعه في رحلة الأوهام. قد تكون الأحداث التي يتم استرجاعها مؤلمة عليه^١.

^١ بدر خالد الخليفة ، المرجع السابق ، ص٢١٦.

الفرع الثاني

تشديد عقوبة استغلال الطفل في تجارة المخدرات

تكمن خطورة المخدرات ،بانها تمنح المتعاطي شعورا مؤقتا ومزيفا بالسعادة ، ووهما بالتخلص من متاعب الحياة ومصاعبها ، كما تخلق لدى المتعاطي شعورا بالاستهانة واللامبالاة واهمال المسؤوليات . ولكن ما ان يفيق من نشوتها،يجد نفسه بليدا تعيسا ضعيف الهمة ، متعطلا عن اعماله وشئون حياته ، وقد صرف عليها أموالا هو في حاجتها لأغراض أخرى . وفي الجانب الاخر ، نجد تاجرا جشعا يحقق أرباحا طائلة ، من تجارة تعريه على الاقدام والتوسع في ترويج المخدرات ، رغم علمه بشدة العقوبة التي تنتظره . ونبين في هذا الفرع ، أولا : اعدام كل من يستغل الطفل في جلب او إنتاج او زراعة المخدرات . وثانيا : اعدام كل من سهل للطفل ترويج او تعاطي المخدرات ، وذلك على النحو التالي :

أولا _ اعدام كل من يستغل الطفل في جلب او إنتاج او زراعة المخدرات :

١ _ نصوص التجريم :

تنص المادة رقم ٣١ من قانون المخدرات الكويتي على انه "يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد: أ- كل من استورد أو جلب بالذات أو بالواسطة أو صدر مواد أو مستحضرات مخدرة أو ساعد في شيء من ذلك كفاعل أصلي أو شريك وكان ذلك بقصد الاتجار قبل الحصول على الترخيص المنصوص عليه في المادة ٣ من هذا القانون. ب- كل من أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع مواد أو

مستحضرات مخدرة وكان ذلك بقصد الاتجار . ج- كل من زرع نباتا من النباتات الواردة في الجدول رقم ٥ المرافق لهذا القانون أو صدر أو جلب أو استورد نباتا من هذه النباتات في أي طور من أطوار نموها هي وبذورها وكان ذلك بقصد الاتجار أو أٌتجر فيها بأي صورة وذلك في غير الأحوال المرخص بها في هذا القانون".

وتنص المادة ٣١ مكرر على انه "تكون العقوبة الإعدام في الجرائم المنصوص عليها في المادة السابقة إذا توفر ظرف من الظروف المشددة الآتية: ج - إذا استخدم في تنفيذ الجريمة حدثا لا تزيد سنه على ثماني عشرة سنة".

٢ _ الركن المادي :

ومن ذلك يتضح بان المادة ٣١ ، تحظر كل الاعمال التي قد تؤدي الى الاتجار بالمخدرات بدون تصريح ، والتي تشكل الركن المادي للجريمة ، وقد ذكرها المشرع على سبيل الحصر وهي (الاستيراد او الجلب) والتي يقصد بها ادخال المواد المخدرة الى إقليم الدولة باي وسيلة من الوسائل ، او العكس أي (التصدير) وهو اخراج المخدر من حدود الدولة ، وعلى الرغم من ان التصدير يخلص الدولة من شر المواد المخدرة الا ان اعتبارات التعاون الدولي في مكافحة المخدرات تتطلب إقرار نفس العقوبة^١.

^١أضاف القانون الكويتي ، بموجب التعديل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ الجلب الى الاستيراد ، حيث كان القانون يعاقب على الاستيراد فقط ، ويقصد بالاستيراد نقل المخدر من خارج الدولة الى داخلها أي تجاوز المنطقة الجمركية ، اما الجلب فله معنى أوسع من ذلك اذ يكفي نقل المخدر الى الدولة حتى ولو لم يتجاوز المنطقة الجمركية . انظر في تفصيل ذلك : فيصل عبدالله

كما يعاقب القانون على (انتاج) المخدرات ، والإنتاج يتخذ أكثر من صورة منها استخراج المخدر من مادة مخدرة او فصل المخدر عن مادة أولية أخرى ، او (صناعة) المخدر بطريقة كيميائية ، كالمخدرات المخلقة^١ .

كما جرم القانون (زراعة) النباتات الواردة في الجدول رقم ٥ المرفق بالقانون^٢ ، والتي يستخلص منها المواد المخدرة ، ويدخل في نطاق التجريم كل عمل يقوم به الزارع من وقت بذر البذور الى العناية بالزرع وحصاد النبات وتجفيف ثمرة المخدر ، وفي أي طور من اطوار النمو .

٣ _ الركن المعنوي :

هذه الجريمة عمدية ، ويلزم ان يتوافر لدى المتهم القصد الجنائي العام ، أي العلم والإرادة فالمتهم يعلم انه يتعامل مع مادة مخدرة ، وتتجه ارادته الى ادخال هذه المادة المخدرة الى الدولة او تصديرها او انتاجها او زراعتها ، بإرادة حرة واعية ، بالإضافة الى القصد الخاص وهو نية الاتجار .

الكندري وغنام محمد غنام ، شرح قانون الجزاء الكويتي، ص٦٦٧ ، القسم الخاص الطبعة الثانية، ٢٠١٠_٢٠١١ .

^١مصطفى مجدي هرجه ، التعليق على قانون المخدرات ، ص٥٥ ، الجزء الأول ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ .

^٢النباتات الممنوع زراعتها وفقا للجدول ٥ المرفق بالقانون هي : جميع أنواع ومسميات القنب الهندي _ الخشخاش _ البافير _ الكوكا _ القات ما لم يصدر قرار من وزير الصحة بالترخيص للجهات والمعاهد العلمية في زراعتها للأغراض العلمية بالشروط التي يحددها الوزير بموجب المادة ٢٧ مخدرات .

٤ _ العقوبات :

أ _ **العقوبة الأساسية**: جاء في مطلع المادة ٣١ بان عقوبة هذه الأفعال هو الإعدام او الحبس المؤبد، وللمحكمة سلطة تقديرية في اختيار أي من العقوبتين حسب ظروف كل قضية^١ .

ب _ **العقوبة المخففة حسب نوع المادة المخدرة** : تنص المادة ٤٢ على انه اذا كان محل الجرائم المبينة في المواد ٣١/أ وب ، ٣٢ و ٣٣ ، هي احدى المواد الواردة في الجدول رقم ٣ المرافق لهذا القانون ، تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن على سنتين ، وغرامة لا تجاوز ثلاثة الاف دينار ، او احدى هاتين العقوبتين ، ويحكم بمصادرة المواد المضبوطة ، وبذلك فرق المشرع الكويتي في العقوبة حسب نوع المادة المخدرة ، وقرر عقوبة اخف ان كانت المادة المخدرة ضمن الجدول رقم ٣ ، وشدد العقوبة الى الإعدام او الحبس المؤبد في المواد المخدرة المدرجة في الجداول الأخرى^٢ .

ج _ **العقوبة المخففة حسب ظروف المتهم**: اجازت المادة ٤٨ من قانون المخدرات ، تطبيق الظروف المخففة للعقوبة طبقا للمادة ٣٨ من قانون الجزاء ، والتي تجيز للمحكمة اذا رأت ان المتهم جدير بالرفقة ، بالنظر الى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ، او بالنظر الى ماضيه او اخلاقه او سنه ، تخفيف عقوبته .

^١ هذه المادة معدلة بموجب القانون رقم ١٣ لسنة ٩٥ ، وكانت العقوبة قبل التعديل هي الحبس مدة لا تزيد عم خمس عشرة سنة وغرامة لا تجاوز خمسة عشر الف دينار كويتي .
^٢ معدلة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ .

ولكن المادة ٤٨ وضعت حدودا لهذا التخفيف ، بحيث لا يجوز للمحكمة ان تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد ، وان تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد سوى عقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس عشرة سنة .

د _ العقوبة المشددة في حالة استخدام طفل في الجريمة :بموجب المادة

٣١ مكرر، أضاف المشرع الكويتي^١ عددا من الظروف المشددة لهذه الجريمة، نذكر منها ما هو خاص بحماية الطفل من افة المخدرات ، كما جاء بالفقرة (ج) والتي تشدد العقوبة اذا استخدم الجاني في تنفيذ الجريمة طفلا لا يزيد سنه على ثماني عشر سنة ، فان تحقق هذا الظرف المشدد فان العقوبة تكون الإعدام .

ويكفي لتحقيق هذا الظرف المشدد ان يعلم الجاني انه استخدم طفل دون الثامنة عشر من العمر او كان بمقدوره ان يعلم بسن الطفل^٢ . ويستوي بعد ذلك فيما اذا كان الجاني يستخدم طفلا واحد او مجموعة من الأطفال ، وفيما اذا كان الجاني محترفا لهذه التجارة او مارسها لأول مرة ، ولا يشترط ان تكون العلاقة بين الجاني والطفل علاقة عمل ، بل يكفي استخدام الطفل ولو لمرة واحدة حتى لو

^١مضافة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ .

^٢قضت محكمة التمييز بشأن الدفع بعدم العلم بسن المجني عليه ، على ان "اطراح الحكم الدفع بانتفاء القصد الجنائي لدى الجاني ، وعدم علمه بسن المجني عليها في جريمة واقعة انثى بغير قوة او تهديد او حيلة ، فيما أورده من ان الطاعن اصطحب المجني عليها في سيارته وواقعتها فيها لإرغام أهلها على قبول تزويجها له ، وما ثبت ان عمر المجني عليها يوم الواقعة سبعة عشر عاما وثمانية اشهر وثمانية أيام ، وخلو الأوراق من أي دليل تظمن معه المحكمة الى قبول اعتذار الطاعن بجعله هذه السن . سائغ". الطعن ٢٠٠١/٨٥٨/٢٠٠٢ جزائي جلسة ٢٠٠٢/١٠/٨ ق٥، مجلد ١٣، ص ٤٠٩.

كانت بدون اجر . كما يستوى فيما اذا كان الطفل واقعا تحت ضغط التهديد او الاكراه او تم ذلك بإرادته ورضاءه^١ .

ولم يتطرق النص فيما اذا كان الجاني من أصول الطفل او اجنبيا عنه . لذلك عالجت المادة ٩٤ من قانون الطفل هذا الجانب بالنص على ان " تضاعف العقوبة المقررة لأي جريمة إذا وقعت على طفل ، إذا ارتكبها أحد والديه أو من له الولاية أو الوصاية أو المسئول عن ملاحظته وتربيته أو من له سلطة عليه ، أو كان خادماً عند من تقدم ذكرهم " .

ونرى ان العقوبات المخصصة لنشاط تجارة المخدرات ، تثير بعض اللبس الغموض بسبب صياغتها^٢ ، كما انها تتسم بالقسوة ، ولا تراعي الظروف المختلفة

^١ اذا كان استخدام الطفل في نشاط الاتجار في المخدرات تم برضائه، فان الطفل يعاقب جنائيا حسب مرحلته العمرية ، وفقا لقانون الاحداث، مع ملاحظة ان عقوبة الإعدام او الحبس المؤبد لا تطبق على الطفل سواء كان جانيا او مستخدما لطفل اخر في الجريمة .

^٢ صعوبة صياغة العقوبات المخصصة لتجارة المخدرات ، أدت الى بعض الأخطاء في الاحكام القضائية ، لذلك قضت محكمة التمييز انه " فلما كان الثابت من الحكم المستأنف ، انه بعد ان خلص الى ادانة المتهمين بجريمتي حيازة واحراز مادة مخدرة حشيش وكان ذلك بقصدي الاتجار والتعاطي ، قضى بمعاقبة كل من المتهمين بالحبس لمدة اربع سنوات مع الشغل ، وتغريمه أربعة الاف دينار ، مصادرة المادة المخدرة المضبوطة ، وبإبعادهما عن البلاد بعد تنفيذ العقوبة المضي بها . لما كان ذلك ، وكانت العقوبة المقررة لجريمة حيازة مادة مخدرة حشيش بقصد الاتجار المنصوص عليها في الفقرة/أ من المادة ٣٢ من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٨٣ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها ، المعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ ، هي الحبس المؤبد ، والغرامة التي لا تقل عن عشرة الاف دينار ولا تجاوز عشرين الف دينار ، وكانت المادة ٤٨ من القانون المشار اليه ، لا تجيز للمحكمة في تطبيق احكام المادة ٨٣ من قانون أجزاء ، ان تستبدل عقوبة الحبس المؤبد سوى بعقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس عشرة سنة . ولما كان الثابت مما سلف ان الحكم المستأنف قد نزل بعقوبتي الحبس والغرامة اللتين وقعهما على كل من المتهمين ، عن الحد الأدنى المقرر قانونا لكلتا العقوبتين ، للجريمة الأولى التي دان المتهمين بها ، فانه قد اخطأ في تطبيق القانون ،

لكل واقعة . فالمادة ٣١ تقرر عقوبة الإعدام كحد أقصى ، وعقوبة الحبس المؤبد كحد ادنى ، لكل من يرتكب فعل من الأفعال الواردة بالنص . واكد المشرع على توجهه بتشديد العقوبة بالمادة ٣١ مكرر التي عددت الظروف المشددة وجعلت عقوبتها الإعدام ، وحتى المادة ٤٨ والتي تقرر تخفيف العقوبة حسب ظروف الواقعة او المتهم، حصرت السلطة التقديرية للمحكمة بتخفيف عقوبة الإعدام الى الحبس المؤبد ، وتخفيف الحبس المؤبد الى الحبس الذي لا تقل مدته عن خمسة عشر سنة .

وعلى ذلك لو اجتمع في الجريمة الواحدة ، ظرف مخفف للمتهم وظرف مشدد في ارتكابها ، فان العقوبة لن تكون اقل من الحبس المؤبد ، اما ان تحقق الظرف المشدد الوارد في المادة ٩٤ طفل بان استخدم الجاني طفل ممن له سلطة عليه فان العقوبة تكون الإعدام فقط . وان كانت هذه العقوبة مستحقة لمحترف تجارة المخدرات او من كان عائدا الى الجريمة ، ولكن ليس هذا هو الواقع في كل الجرائم ، لذلك لا بد من ان يكون للمحكمة سلطة تقديرية حيال ذلك . حتى لا يتساوى في العقاب ، محترفي الاتجار بالمخدرات ، مع من يرتكب هذه الجريمة لأول مرة ، او نتيجة عثرة او زله .

من جانب اخر ، نجد ان المادة ٤٢ لا تسائر توجهات المشرع في تشديد العقوبات ، حيث انها قررت عقوبة الجنحة بمدة لا تزيد عن سنتين وغرامة لا

فيضحى من ثم استئناف النيابة العامة لهذا السبب في محله". تمييز جلسة ٢٠٠٩/٩/١٦ ، الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٨ جزائي .

تجاوز ثلاثة الاف دينار او احدى هاتين العقوبتين ، اذا كانت المادة المخدرة هي احدى المواد المدرجة في الجدول رقم (٣) ، بالرغم من ان الأفعال المجرمة في النص هي الاتجار بالمخدرات (كالاستيراد او الصناعة او الزراعة) ، وبالرغم من ان المادة المتاجر فيها هي مادة مخدرة لها تأثيرها الضار ، كما انها لم تبين العقوبة فيما اذا استخدم الجاني طفلا في ارتكاب الواقعة .ونرى انه من حسن الصياغة ان تتضمن المادة ٤٢ الأفعال المجرمة وعقوباتها ،بدلا من ان تتناثر الأفعال والعقوبات على مجموعة من النصوص .

ومما يؤخذ على نص المادة ٣١ مكرر/هـ ، انها جعلت من انشاء او إدارة تنظيم ، يكون الغرض منه او يكون من بين نشاطه ، ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها بالمادة ٣١ ، ظرفا مشددا عقوبته الإعدام وعقوبته المخففة الحبس المؤبد . الا ان الفعل ذاته تم النص عليه في المادة ٣٢ مكرر/أ ، وجعلت عقوبته الحبس مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تزيد عن خمسة عشر سنة وبالغرامة ، مما يدل على ان هناك حالة من الارتباك والاستعجال رافقت اصدار القانون، كما ان نصوص القانون يشوبها بعض الغموض في الصياغة وعدم تسلسل احكامه .

ثانيا _ اعدام كل من سهل للطفل ترويج او تعاطي المخدرات :

١ _ نصوص التجريم :

تنص المادة ٣٢ من قانون مكافحة المخدرات على انه "يعاقب بالحبس المؤبد وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار: أ - كل

من حاز أو أحرز أو اشترى أو باع مواد أو مستحضرات مخدرة أو نباتات من النباتات الواردة في الجدول رقم ٥ المرافق لهذا القانون أو سلمها أو تسلمها أو نقلها أو نزل عنها أو تبادل عليها أو صرفها بأي صفة كانت أو توسط في شيء من ذلك، بقصد الإتجار فيها أو أتجر فيها بأي صورة، في غير الأحوال المرخص بها في هذا القانون. ب - كل من قدم بمقابل لتعاطي مواد أو مستحضرات مخدرة أو سهل تعاطيها في غير الأحوال المصرح بها في هذا القانون. ج - كل من رخص له بحيازة مواد أو مستحضرات مخدرة لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة ويكون قد تصرف فيها بمقابل بأي صفة كانت في غير تلك الأغراض. د - كل من أدار أو أعد أو هيا بمقابل مكانا لتعاطي المخدرات. فإذا ارتكبت الجرائم المنصوص عليها في البنود الثلاثة الأخيرة بغير مقابل تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار".

وتنص المادة ٣٢ مكرر على ان " تكون العقوبة الإعدام في الجرائم

المنصوص عليها في المادة السابقة إذا توفرت إحدى الحالات الآتية:

١ _ ظرف من الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة ٣١ مكرر

٢. - إذا قدم مواد ومستحضرات المخدرات أو باعها أو نزل عنها أو صرفها أو

تصرف فيها إلى حدث لا يزيد سنه على ثماني عشرة سنة.

٣ - إذا وقعت الجريمة في مدارس أو معاهد التعليم أو المستشفيات أو

دور العلاج.

٢ _ الركن المادي :

واضح من نص المادة ٣٢ ، أنها تجرم كافة اشكالحيازة او ترويج المخدرات بقصد الاتجار بدون التصريح ، وقد عدد المشرع هذه الأفعال ، وهي (الحيازة) بمعناها العام ، والتي تشمل الحيازة الكاملة ، التي يتوافر فيها العنصر المادي وهو السيطرة على الشيء ، والعنصر المعنوي وهو اعتبار الحائز ان الشيء يعود له ويستأثر به . كما تشمل الحيازة الناقصة ، وهي التي يتوافر فيها العنصر المادي فقط ، أي السيطرة على الشيء دون العنصر المعنوي ، كما تشمل الحيازة اليد العارضة ، وهي اتصال الشخص بالشيء اتصالا ماديا عارضا في وجود صاحبه ، كمن يمسك او يتفحص المادة المخدرة بوجود صاحبها .

وذكر المشرع كذلك (الاحراز) والذي يتحقق في حالة احراز المخدر على ذمة صاحبه ، كمن يخزن المخدر في منزله لصالح مالكه ، كما يتحقق في اليد العارضة على المخدر كمن يمسك المخدر بيده ليفحصه مع وجود صاحب المخدر في نفس المكان^١ . الا اننا نرى هذه الصور تتدرج تحت مفهوم الحيازة، وان الاحراز يتحقق في حالة وجود المادة المخدرة داخل جسم الانسان ، سواء في حالة تعاطي المادة المخدرة او اخفاءها في احشائه . وفي كل الأحوال فالمشرع لم يفرق

^١ فيصل الكندري وغنام محمد غنام ، المرجع السابق ، ص ٦٩٩ .

بين الحياة والاحراز فعقوبتهما واحدة ،وان ذكرهما بالنص جاء من باب الإحاطة بكافة اشكال التعامل الممنوع في المواد المخدرة ، ويتضح ذلك من خلال الاحكام القضائية التي لا تقيم وزنا للفرقة بينهما^١ .

كما جرم المشرع (شراء وبيع) المخدرات بمجرد التعاقد عليها ، ولو لم يتم التسليم او دفع الثمن، فمجرد التعامل في المادة المخدرة يعتبر مجرما ، والبيع في كل الأحوال يعد اتجارا اما الشراء فقد يكون للتعاطي ، وجرم القانون (تقديم) المخدرات ، وتتوافر هذه الصورة بإعداد المخدر للتعاطي ووضعه تحت تصرف الغير بغرض تعاطيه .ويتحقق (الاعداد) بتخصيص مكان معين لتعاطي المخدرات ،سواء كان هذا التخصيص معلوما للكافة او لفئة معينة ، وسواء اكان الغرض الوحيد من هذا التخصيص هو تعاطي المخدرات او كان بجانبه غرض اخر ، وسواء اكان الجاني مالكا او مستأجرا للمكان ، طالما كان يأخذ مقابلا على أعداد هذا المكان ويستخدم طفلا في اعداده .

وكذلك الامر بالنسبة (للتهيئة) والتي تتحقق بتجهيز المكان بالأدوات اللازمة للتعاطي ،ومن صور هذه الحالة ان يقدم المتهم الحقن او الشيشة او ورق اللف بدون المادة المخدرة ، التي تكون مع المتعاطي نفسه ، ويندرج تحت هذه

^١قضت محكمة النقض المصرية " انه متى كانت المحكمة قد اثبتت على المتهم بالأدلة التي أوردتها انه صاحب المواد المخدرة التي ضبطت في مسكنه وانه اعددها للاتجار فيها وتوزيعها مستعينا في ذلك بزوجه ، فان المحكمة لا تكون قد اخلت بحقه في الدفاع حيث اعتبرته حائزا للمواد المخدرة المضبوطة ، مع ان الدعوى رفعت عليه بانه احرزها ، لان هذا الاعتبار منها لا يعد تغييرا في الوصف القانوني للفعل المسند له ولا تعديلا للتهمة موجبا لتبنيها اليه " . نقض مصري جلسة ١٩٥٧/١٢/٣٠ ، احكام النقض ، س٨ ، رقم ٢٧٤ ، ص ١٠٠١ .

الطائفة من جرائم الاتجار بالمخدرات ، صاحب المقهى الذي يسمح لبعض الزبائن تدخين السجائر او الشيشة التي تحتوي على مواد مخدرة^١.

٣ _ الركن المعنوي :

هذه الجريمة عمدية ،ويلزم ان يتوافر لدى المتهم القصد الجنائي العام ، أي العلم والإرادة أي ان يكون المتهم على علم بانه يتعامل مع مادة مخدرة وان تنتج ارادته الى ارتكاب الأفعال المبينة بنص التجريم بإرادة حرة واعية ، بالإضافة الى وجود القصد الجنائي الخاص وهو نية الاتجار بالمواد المخدرة وليس بقصد التعاطي او الاستعمال الشخصي .

٤ _ العقوبات :

أ _ **العقوبة الأساسية** :جاء في مطلع المادة ٣٢ بان عقوبة هذه الأفعال هو الحبس المؤبد ،وبغرامة لا تقل عن عشرة الاف دينار ولا تجاوز عشرين الف دينار .

ب _ **العقوبة المخففة حسب نوع المادة المخدرة** : تنص المادة ٤٢ على انه اذا كان محل الجرائم المبينة في المواد ٣١/أ وب ، ٣٢ و ٣٣ هي احدى المواد الواردة في الجدول رقم ٣ المرافق لهذا القانون تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن على سنتين وغرامة لا تجاوز ثلاثة الاف دينار او احدى هاتين العقوبتين ، ويحكم

^١نقض جلسة ١٤ مارس ١٩٧٦ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٧ ، رقم ٦٥ ، ص٣١٢.

بمصادرة المواد المضبوطة ، وبذلك فرق المشرع الكويتي في العقوبة حسب نوع المادة المخدرة وقرر عقوبة اخف ان كانت المادة المخدرة ضمن الجدول رقم ٣ وشدت العقوبة الى الإعدام او الحبس المؤبد في المواد المخدرة المدرجة في الجداول الأخرى^١ .

ج _ العقوبة المخففة حسب ظروف المتهم: اجازت المادة ٤٨ من قانون المخدرات ، تطبيق الظروف المخففة للعقوبة طبقا للمادة ٣٨ من قانون الجزاء ، والتي تجيز للمحكمة اذا رأت ان المتهم جدير بالرفقة ، بالنظر الى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ، او بالنظر الى ماضيه او اخلاقه او سنه ، تخفيف عقوبته . ولكن المادة ٤٨ وضعت حدودا لهذا التخفيف ، بحيث لا يجوز للمحكمة ان تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد ، وان تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد سوى عقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس عشرة سنة .

د _ العقوبة المشددة في حالة وجود طفل في الجريمة: المادة ٣٢ مكرر قررت ثلاث حالات لحماية الطفل من تزويج او تعاطي المخدرات باعتبارها ظروف مشددة عقوبتها الإعدام ، دون ان يكون للمحكمة أي سلطة تقديرية سوى تخفيف العقوبة الى الحبس المؤبد ، ويشترط ان يعلم الجاني او كان بمقدوره ان يعلم بعمر الطفل وهذه الحالات هي :

^١ معدلة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ .

١ _ استغلال الطفل في ترويج المخدرات ، وهي الحالة التي عبرت عنها المادة ٣٢ مكرر/١ بانه اذا توافر ظرف من الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة ٣١ مكرر/ج ويقصد بها استخدام طفل دون الثامنة عشر من العمر في اعمال تداول المخدرات بقصد الاتجار^١ .

٢ _ اذا قدم المخدر او سلم او بيع الى الطفل دون الثامنة عشر من العمر ، او دفعه الجاني باية وسيلة الى تعاطي المخدرات سواء كان بالإكراه او بالغش او بالترغيب والاغراء او تسهيل حصوله على المادة المخدرة .

٣ _ اذا وقعت جريمة ترويج او تسهيل تعاطي المخدرات ،في المدارس او معاهد التعليم او المستشفيات او دور العلاج ، ويقوم هذا الظرف المشدد لحماية الأطفال والفئات التي تحتاج الى رعاية خاصة ، وكل من يتواجد في هذه الأماكن ، حتى لا يستغل الجاني طبيعة هذه الأماكن ، خاصة ان الأطفال في هذه الأماكن يكونون بعيدا عن رقابة اهاليهم ، ويقضون ثلث يومهم تقريبا في هذه الأماكن .والمشرع الكويتي اشترط ان تقع هذه الجرائم داخل الأماكن المحددة ، أي داخل

^١ عادة ما يكون أطفال الشوارع والمتسولين ،ضحية استغلال تجار المخدرات لهم في ترويج المخدرات ، نظرا لصغر سنهم ولكونهم اكثر طاعة من غير ، وللمعاملة الجنائية الخاصة بهم . فيصبح هؤلاء الأطفال ضمن التشكيل العصابي ،ويكبر الطفل في هذا الجو المفعم بالانحراف ، وتكون تلك حرفته في المستقبل ويكرر نفس الدور . انظر في تفصيل ذلك: اميرة محمد بكر البحيري ، الاتجار بالبشر وخاصة الأطفال ، ص٢٩٨، دار النهضة العربية ٢٠١١ .

المدارس او المستشفيات، بينما نجد ان المشرع المصري جرم هذا الفعل حتى لو وقع بجوار هذه الأماكن ، ووضع معيار لذلك وهو الجوار المباشر لهذه الأماكن^١.

وقد جاء في المذكرة الايضاحية ،توجه المشرع الى تشديد العقاب على نحو يكفل زجر الجناة وردع كل من يسير في طريقهم .وهو بذلك يسلك مسلك التشريعات العربية ،حيث انتهالمؤتمر العربي الدولي الثالث لمكافحة الإدمان على الكحول والمخدرات المنعقد في الخرطوم ديسمبر ١٩٧٧ ، الى الطلب من الدول العربية الى مراجعة تشريعاتها وتشديد العقوبات^٢ .

والحقيقة ان تشديد العقاب وحصر السلطة التقدير للمحكمة بعقوبة الإعدام او الحبس المؤبد فقط ، لا يقضي على الجريمة ، بل قد يؤدي الى نتيجة عكسية ، وهي افلات المجرمين من العقاب او الظلم ، نظرا لتقييد سلطة المحكمة اما الحكم بالبراءة او الإعدام او الحبس المؤبد ، دون النظر للاعتبارات المختلفة في كل قضية على حدا . ولما كانت الاحكام الجنائية تبني على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين ، وان الشك يفسر لمصلحة المتهم ، خاصة وان جرائم المخدرات محاطة بالعديد من الدفوع الشكلية المتعلقة بالحقوق والحريات والتي قد تؤدي الى بطلان الإجراءات ، الامر الذي يجعل المحكمة تتشدد في قبول الأدلة المؤدية للعقوبة المغلظة . لذلك كان لا بد من وضع حدين للعقوبة، واطلاق سلطة المحكمة

^١مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ .

^٢المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٩٨٣/٧٤ في شان مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها.

في اختيار العقوبة المناسبة لكل قضية على حدا ،ومن ناحية أخرى نرى انه لا يليق بهيبة القضاء وسمعته ، ان تحكم محكمة اول درجة بإعدام المتهم ، ويعدل الحكم بالاستئناف الى البراءة ان تشككت المحكمة في كفاية الأدلة ، او العكس .

من جانب اخر نجد ان المادة ٤٦ تنص على انه " لا يجوز الامتناع عن النطق بالعقاب في الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣١ و ٣٢ و ٣٢ مكرر/أ و ٥٠ من هذا القانون ، وتنص المادة ٤٨ على انه " في تطبيق احكام المادة ٨٣ من قانون الجزاء المشار اليه على المتهمين في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون . لا يجوز للمحكمة ان تستبدل بعقوبة الإعدام سوى عقوبة الحبس المؤبد وان تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد سوى عقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس عشر سنة " .

لذلك ندعو المشرع الكويتي ، الى النظر للتشريعات المقارنة ، والتي تقرر عقوبات اقل وقابلة للتطبيق الفعلي ، وتندرج تصاعديا كلما زادت خطورة الجريمة ، من ذلك المشرع الفرنسي حيث تنص المادة ١٨/٢٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي ، على ان كل من حرض حدثا على الاستعمال غير المشروع للمخدرات ، يعاقب بالحبس لمدة خمس سنوات وبغرامة مئة الف يورو .وتشدد العقوبة بمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة ،الى الحبس لمدة سبع سنوات ، وغرامة مائة وخمسون الف يورو ، اذا وقعت الجريمة ضد طفل يقل عمره عن خمس عشرة سنة . هذا فيما يتعلق بتعاطي المخدرات .

اما في حالة الاتجار بالمخدرات ،شدد العقوبة عندما ترتكب الجريمة داخل مدرسة او مؤسسة تربية او بالقرب منها . او اذا سعى الجاني الى استعمال الطفل في تزويج المخدرات والاتجار فيها ،وتكون العقوبة الحبس لمدة سبع سنوات والغرامة ١٥٠ الف يورو ، ووصلت العقوبة الى أقصاها اذا سعى الجاني الى استعمال الطفل في تزويج المخدرات مع توافر الظروف المشددة وهي التزويج داخل او بالقرب من المدارس ، او كان عمر الطفل او اقل من خمس عشرة سنة ، فتكون العقوبة الحبس لمدة عشر سنوات والغرامة ٣٠٠ الف يورو^١ .

^١ شريف سيد كامل ، الحماية الجنائية للأطفال ، ص ١٣٢ ، الطبعة الثانية ٢٠٠٦ ، دار النهضة العربية . حمدي عبدالحميد متولي ، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، المرجع السابق ، ص ٥٥١ .

الفرع الثالث

عقوبة تعاطي الطفل للمخدرات

التشريعات الجنائية الحديثة ، تنظر الى متعاطي المخدرات الذي يغلب عليه الإدمان ، باعتباره مريضاً يحتاج الى العلاج للتخلص من الآثار الضارة لهذا الإدمان ، أكثر من حاجته للعقاب والحبس، لذلك يولي المشرع مدمن المخدرات عناية خاصة ، اخذاً بتوصيات الأمم المتحدة والمؤتمرات الدولية ، فأجاز للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة ان تامر بإيداع من يثبت ادمانه لأي من المواد المخدرة احدى المصحات ليعالج فيها من الإدمان . ونبين في هذا الفرع، أولاً : تخفيف عقوبة تعاطي الطفل للمخدرات. وثانياً : عدم إقامة الدعوى الجنائية ضد الطفل اذا تقدم للعلاج ، وذلك على النحو التالي :

أولاً _ تخفيف عقوبة تعاطي الطفل للمخدرات :

١ _ نص التجريم :

تنص المادة ٣٣ على ان " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار كل من جلب أو حاز أو أحرز أو اشترى أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع مواد مخدرة أو زرع نباتاً من النباتات الواردة في الجدول رقم (٥) المرافق لهذا القانون أو حازها أو أحرزها أو اشترها وكان ذلك بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي ما لم يثبت أنه قد رخص له بذلك طبقاً لأحكام القانون .

ويجوز للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة المشددة ان تأمر بإيداع من يثبت ادمانه على تعاطي المخدرات احد المصحات التي يحددها وزير الصحة العامة ، ليعالج فيها الى ان تقدم لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصحة العامة ، تقرير عن حالته الى المحكمة لتقرر الافراج عنه او استمرار ايداعه لمدة او لمدد أخرى ولا يجوز ان تقل مدة البقاء بالمصح عن ستة اشهر ولا تزيد على سنتين . ولا يجوز ان يودع في المصح من سبق الامر بإيداعه بها مرتين او من لم يمض على خروجه منها مدة سنتين على الأقل .

واستثناء من أي نص يقرره قانون آخر، يجوز للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، أن تأمر بإيداع من يثبت ارتكابه لهذه الجريمة - لأول مرة - ولم يبلغ الحادية والعشرين من عمره، إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية يصدر بتحديدتها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل بالتنسيق مع وزير الداخلية إلى أن تقدم تقريرا عن حالته في الأجل الذي حددته المحكمة لتقرر الإفراج عنه أو استمرار إيداعه، ولا يجوز أن تقل مدة البقاء بالمؤسسة عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين، يوضع بعدها المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة الإيداع.

٢ _ الركن المادي :

عدد المشرع في المادة ٣٣ مجموعة من الأفعال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة ، ويكفي توافر أي منها لوقوع الجريمة ، وهذه الأفعال هي الجلب او الحيازة او الاحراز او الشراء او الإنتاج او الزراعة ، ولا يختلف مفهوم هذه الأفعال في جريمة التعاطي عن مفهومه السابق بيانه في جريمة الاتجار بالمخدرات وفقا للمادتين (٣١ و ٣٢). والاختلاف يكمن في القصد الجنائي فقط فيما اذا كان بقصد الاتجار او التعاطي . ويلاحظ ان المشرع لم يذكر فعل البيع لانه مرتبط دائما بقصد الاتجار .

ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في تعاطي المخدر أي استهلاكه باي طريقة كانت ، سواء بالحقن او الشم او التدخين ، ويعد دليلا على التعاطي المعاقب عليه وجود اثار المخدر في الدم ، ما لم يثبت التعاطي انه مرخص له بذلك بموجب وصفة طبية معتمدة ، او ينفي علمه بجوهر المادة المخدرة ، او انه تعاطى المادة المخدرة رغما عن ارادته .ولا يلزم لتوافر نية التعاطي لدى المتهم بنفسه ، بل يكفي ان ينوي ان يقدمه مجانا لصديق له عندئذ يتوافر قصد التعاطي أيضا^١.

^١ فيصل الكندري وغنام محمد غنام ، المرجع السابق ، ص ٧٥٨ .

٣ _ الركن المعنوي :

يقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة على ثبوت قصد التعاطي او الاستعمال الشخصي ونفي قصد الاتجار لدى المتهم ، ومن الممكن ان يستدل على قصد التعاطي من كمية المادة المخدرة ان كانت قليلة ، على ان يؤخذ في الاعتبار ان بيع المادة المخدرة وان كان بكميات قليلة فهو دليل على قصد الاتجار لا التعاطي ، وتقدير قصد التعاطي او الاتجار " واقعة مادية تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيه دون معقب طالما انها تقيمها على ما ينتجها^١ " .

٤ _ العقوبات :

أ _ **العقوبة الاساسية**: وفقا للمادة ٣٣ كل من يثبت تعاطيه او استعماله الشخصي للمواد المخدرة، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار. ويلاحظ ان العقوبة المقررة ليس لها حد ادنى ، حيث تم تعديلها بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ وجاء في تبرير هذا التعديل في المذكرة الايضاحية انه تفعيلا للسلطة التقديرية للقاضي في توقيع العقوبة ، واعطائه مساحة اكبر من حرية التحرك بين حديها الأدنى والاقصى ، واعطائه الفرصة الاوسع لتفريد العقاب حسب ظروف الجاني وملابسات ارتكابه للجريمة^٢ .

^١ محكمة التمييز الطعن رقم ٩٨/٢٤٣ جزائي جلسة ١٩٩٩/٣/٢ ، مجموعة القواعد القانونية التي تقررها محكمة التمييز في المواد الجزائية حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ القسم الرابع ، المجلد الثامن ، يوليو ٢٠٠٤ ، ص٥٤٧ .

^٢ المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ .

ب _ العقوبة المخففة: يجوز للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة المشددة ان تامر بايداع من يثبت ادمانه على تعاطي المخدرات احد المصحات التي يحددها وزير الصحة العامة ، ليعالج فيها الى ان تقدم لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصحة العامة ، تقرير عن حالته الى المحكمة لتقرر الافراج عنه او استمرار ايداعه لمدة او لمدد أخرى ولا يجوز ان تقل مدة البقاء بالمصح عن ستة اشهر ولا تزيد على سنتين . ولا يجوز ان يودع في المصح من سبق الامر بإيداعه بها مرتين او من لم يمض على خروجه منها مدة سنتين على الأقل .

ج _ العقوبة الاستثنائية الخاصة بالطفل: العقوبات الاستثنائية الخاصة بالطفل ، وكذلك العقوبات الأساسية الواردة في المادة ٣٣ من قانون المخدرات^١، تم الغاءها بموجب قانون الاحداث رقم ١١١ لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته ، والذي تضمن مجموعة من التدابير المخففة التي تطبق على الحدث الجانح حسب مرحلته العمرية حيث تنص المادة ٥ من قانون الاحداث على انه " إذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة ولم يكمل الخامسة عشرة من العمر جريمة ، يحكم عليه بأحد التدابير التالية: ١_ التسليم . ٢_ الإلحاق بالتدريب المهني . ٣_ الالتزام بواجبات معينة. ٤_ الاختبار القضائي. ٥_ الإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية. ٦_ الإيداع في إحدى المستشفيات العلاجية المتخصصة. ولا يحكم على هذا الحدث

^١نرى مع جانب من الفقه ، ان الدول التي لازالت تجرم فعل تعاطي الطفل لمادة مخدرة او مسكرة ، تكون بذلك خالفت اهم مبدأ تقوم عليه اتفاقية حقوق الطفل ، الا وهو مصالح الطفل الفضلى ، التي تقتضي علاجه وإعادة تأهيله بشكل يستطيع معه التكيف مع المجتمع . انظر: نجوان الجوهري ، الحماية الموضوعية والاجرائية لحقوق الطفل ، على المستوى الدولي والإقليمي ، ص ١٧١ ، دار النهضة العربية ٢٠١٠.

بأية عقوبة أو تدبير منصوص عليه في قانون آخر عدا ما يقضى عليه من عقوبات تبعية. فإذا كان لم يبلغ السابعة من عمره فلا يتخذ في شأنه إلا تدبير التسليم أو الإيداع في إحدى المستشفيات العلاجية والمؤسسات الاجتماعية المتخصصة بحسب الحالة".

وتنص المادة ١٥ على انه "لا يحكم بالإعدام ولا بالحبس المؤبد على الحدث. وإذا ارتكب الحدث الذي أكمل الخامسة عشرة ولم يجاوز السادسة عشرة من العمر جنائية عقوبتها الإعدام أو الحبس المؤبد، يحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة. وإذا ارتكب الحدث جريمة عقوبتها الحبس المؤقت يحكم عليه بالحبس مدة لا تجاوز نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة. ولا يعاقب الحدث بالغرامة سواء اقترنت هذه العقوبة بالحبس أو لم تقترن، إلا بما لا يجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة التي ارتكبها الحدث. ولا يجوز في حالة الحكم بالغرامة التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليهم الخاضعين لأحكام هذا القانون الذين لم يتجاوز عمرهم ست عشرة سنة كاملة وقت التنفيذ. ولا تخل الأحكام السابقة بسلطة المحكمة في تطبيق أحكام المواد (٨١) و(٨٢) و(٨٣) من قانون الجزاء في الحدود المسموح بتطبيقها قانوناً على الجريمة التي وقعت من الحدث".

ويتضح من ذلك ، ان القانون قسم الاحداث الى ثلاث فئات ، كالتالي :

الفئة الاولى _ الحدث دون السابعة من عمره :

لا يسأل جزائياً الحدث الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات كاملة وقت ارتكاب الجريمة ، فان تعاطى المخدرات طفل في هذا العمر ، فلا تطبق عليه اي عقوبة ، ولا يتخذ في شأنه الا تدبير التسليم الى متولي رعايته او شخص مؤتمن او الايداع في احدى المستشفيات العلاجية او المؤسسات الاجتماعية المتخصصة حسب حالته .

الفئة الثانية _ الحدث الذي اتم السابعة ولم يكمل الخامسة عشر من

العمر :

اذا ارتكب هذا الحدث جريمة ، فلا يجوز ان توقع عليه اي عقوبات او تدابير منصوص عليها في قانون اخر غير قانون الاحداث ، الا اذا كانت عقوبات تبعية (كالمصادرة او مراقبة الشرطة) ، وقد حدد قانون الاحداث التدابير التي يجوز تطبيقها على الحدث وهي : ١_ التسليم . ٢_ الإلحاق بالتدريب المهني ٣_ الالتزام بواجبات معينة. ٤_ الاختبار القضائي. ٥_ الإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية. ٦_ الإيداع في إحدى المستشفيات العلاجية المتخصصة.

ويكون الحكم بإيداع الحدث إحدى المستشفيات العلاجية المتخصصة ، التي تتناسب وحالته المرضية وسنه ، ويتلقى فيها العناية التي تدعو إليها حالته .وتتولى المحكمة الرقابة على بقاءه تحت العلاج في فترات دورية ، لا يجوز أن تزيد أي منها على سنة ، يعرض عليها خلالها تقارير الأطباء، وللمحكمة تسليمه لمتولي رعايته إذا ثبت لها أن حالته تسمح بذلك ، وإذا بلغ المحكوم عليه سن الحادية

والعشرين ، وكانت حالته تستدعي استمرار علاجه ، يتم نقله إلى إحدى المستشفيات العلاجية المتخصصة لعلاج الكبار ، وذلك وفقا للمادة ١٢ من قانون الاحداث .

وتعتبر هذه التدابير تخفيفا على الحدث من العقوبات والتدابير التي كانت واردة في قانون المخدرات ، والتي كانت تقرر عقوبات تصل الى الحبس مدة عشر سنوات والغرامة ، وكان تدبير الايداع جوازيا للمحكمة .

الفئة الثالثة _ الحدث الذي اكمل الخامسة عشر ولم يتجاوز الثامنة

عشر من العمر :

وفقا للمادة ١٥ من قانون الاحداث ، لا يحكم بالإعدام ولا بالحبس المؤبد على الحدث. وإذا ارتكب الحدث الذي أكمل الخامسة عشرة ولم يجاوز الثامنة عشرة من العمر ، جنائية عقوبتها الإعدام أو الحبس المؤبد، يحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة. وإذا ارتكب الحدث جريمة عقوبتها الحبس المؤقت، يحكم عليه بالحبس مدة لا تجاوز نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة.

ولا يعاقب الحدث بالغرامة سواء اقترنت هذه العقوبة بالحبس أو لم تقترن ، إلا بما لا يجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة التي ارتكبها الحدث .ولا يجوز في حالة الحكم بالغرامة التنفيذ بطريق الإكراه البدني على الاحداث .ولنا راي بشأن عقوبة الغرامة التي توقع على الطفل ، حيث لا نعتقد بان لها تأثير او جدوى في اصلاح الطفل ، وغالبا ما يكون الطفل في هذه المرحلة العمرية تلميذا

او عاطلا عن العمل ، وليس له مورد مالي لدفع هذه الغرامة ، لذلك يتكفل في دفعها عنه والديه او احد اقاربه ، مما يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة ، وليس ادل على ذلك من انه اذا عجز الحدث عن دفع الغرامة ، فلا يجوز حبسه او اكرامه على تنفيذها^١.

ولا تخل الأحكام السابقة، بسلطة المحكمة في تطبيق أحكام تخفيف العقوبة الواردة بقانون الجزاء، وهي الامتناع عن النطق بالعقاب وفقا للمادة ٨١، او وقف تنفيذ الحكم وفقا للمادة ٨٢، او تخفيف العقوبة في الحدود المسموح بتطبيقها قانوناً على الجريمة التي وقعت من الحدث، وفقاً للمادة ٨٣.

ويجوز لمحكمة الأحداث _ فيما عدا الجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو الحبس المؤبد _ بدلاً من توقيع العقوبات المنصوص عليها في القانون ، وفي الجرائم التي يجوز فيها الحبس ، أن تحكم على الحدث بأحد التدابير الواردة في المادة الخامسة ، ابتداء من البند الرابع وهي : ٤_ الاختبار القضائي . ٥_ الإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية . ٦_ الإيداع في إحدى المستشفيات العلاجية المتخصصة .

^١ اختلف الآراء حول أهمية فرض تدبير الغرامة على الحدث ، ومدى تأثيرها في إصلاحه ، حيث يرى البعض انه من الأفضل التوسع في فرض تدبير الغرامة على الطفل ، والابتعاد عن التدابير الأخرى السالبة للحرية . انظر في تفضيل ذلك : كوسرت حسين البرزنجي ، المسؤولية الجنائية للأحداث ، ص ١٤١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦ .

والحقيقة ان المشرع عندما يخفف عقوبة الطفل المتعاطي للمخدرات ، فانه يعتبره مريضا يحتاج الى العلاج والتأهيل اكثر من اعتباره مجرما يستحق العقاب ، نظرا لحدائثة سنه وقلة خبرته واقالة له من عثرته وحتى يعود للمجتمع فردا صالحا .

ثانيا _ عدم اقامة الدعوى الجنائية ضد الطفل اذا تقدم للعلاج :

قد يحاول مدمن المخدرات التوبة من التعاطي ، ويكون في امس الحاجة لمن يساعده في الشفاء، والعودة الى الحياة الطبيعية ، قبل ضبطه او تقييد الدعوى الجزائية ضده ، لذلك شجع قانون المخدرات كل المدمنين البالغين او الاحداث ، الاقدام على هذه الخطوة ، ومنع إقامة الدعوى الجنائية على من يتقدم من متعاطي المواد المخدرة من تلقاء نفسه للعلاج.

وفي هذه الحالة يوضع المريض تحت الملاحظة بالمصح لمدة لا تزيد على ثلاثة أسابيع، فإن ثبت إيمانه وحاجته إلى العلاج ، وقع إقرارا بقبول بقاءه بالمصح لمدة لا تزيد عن ستة أشهر ، فإن شفي خلالها تقرر إدارة المصح خروجه. وان رات حاجته الى العلاج بعد انتهاء فترة الملاحظة او استمرار بقاءه بعد مدة الستة اشهر ، ولم يوافق المريض على ذلك كتابة ، تقدم تقريرا الى لجنة تشكل برئاسة محام عام ، وعضوية مدير مستشفى الطب النفسي ، وكبير الأطباء الشرعيين ، او من يقوم مقام كل منهم .

وتقرر اللجنة بعد سماع اقوال المريض ،اما خروجه وينفذ قرار الخروج خلال ٢٤ ساعة التالية لصدوره .او استمرار بقاءه بالمصح للعلاج ، لمدة او لمدد

أخرى ، على الا تزيد مدة بقاءه بالمصح على سنتين . وعلى إدارة المصح اخطار المريض كتابة بالقرار الصادر باستمرار ايداعه خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره . ويجوز للمريض التظلم من قرار اللجنة الصادر باستمرار ايداعه الى محكمة الجنايات ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ، ماذا لو لم يشفى المدمن بعد مرور مدة السنتين من بقاءه في المصح ؟ وهل يجوز له التقدم مرة أخرى للعلاج في حالة خروجه من المصح ؟

أجاب بعض الفقه على ذلك ، بالقول ان مغادرة المدمن المصح او توقيفه عن العلاج ، فان المانع الاجرائي وهو عدم إقامة الدعوى الجنائية يزول ، وتسترد النيابة حقها في إقامة الدعوى الجنائية^١ . بينما يذهب البعض الاخر ، الى انه يحسن ان يقرر المشرع على زوال المانع الاجرائي، واسترداد النيابة العامة حريتها في رفع الدعوى الجنائية ، ضد المدمن الذي لم يلتزم بالعلاج ، باعتبار ان ذلك جزءاً ضروريا حتى لا يستغل هذا النص للفرار من إقامة الدعوى الجنائية^٢ .

الا اننا نرى انه في حالة عدم تماثل المدمن للشفاء ، او مغادرته للمصح العلاجي ، لا يجيز القبض عليه وتقديمه للمحاكمة بتهمة ادمان المخدرات او تعاطيها ، بسبب اعترافه وتقدمه للعلاج ، بعد ان اخذ وعدا قانونيا بعدم إقامة

^١مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٣٧٠.

^٢أفوزية عبدالستار ، شرح قانون مكافحة المخدرات ، ص ١٣٧ ، طبعة ١٩٩٠ .

الدعوى الجنائية عليه . وان من شان مخالفة ذلك ان يفقد الناس ثقتهم في القانون ، ويحجمون عن التقدم للعلاج . ويترتب على ذلك ان يكون من حق المدمن تكرار تجربة التقدم للعلاج اكثر من مرة ، فالنص جاء مطلقا غير مقيد بعدد معين من المرات .

كما يجوز لأقارب الطفل حتى الدرجة الثانية ، أن يطلب إلى النيابة العامة إيداع قريبه الذي يشكو إدمانه تعاطي المواد المخدرة ، أحد المصحات للعلاج ، وعلى النيابة العامة ، متى استظهرت من التحقيق وتقرير مستشفى الطب النفسي جدية الطلب ، أن تحوله إلى المحكمة لتفصل فيه ، برفضه أو بإيداع المدمن أحد المصحات للعلاج ، وفقا لحكم المادة ١٢ من قانون الاحداث .

المطلب الثاني

حماية الطفل من خطر الكحول

التنظيم القانوني للتعامل في المواد المسكرة تعاطيا او اتجارا ، يختلف من بلد لآخر ، حيث تحظر بعض التشريعات انتاج او تداول او تعاطي المشروبات المسكرة بكافة أنواعها ، حظرا مطلقا على الكبير والصغير ، وهناك تشريعات أخرى ، تسمح بذلك وفق بعض الشروط ، أهمها حظر تشغيل الأطفال في صناعة الخمر ، وحظر تقديمها او تعاطيها لمن هم دون سن معين يحدده القانون . ونقسم هذا المطلب الى فرعين . نبين في الأول ، أنواع الكحول واطرارها . وفي الثاني ، تشديد عقوبة تعريض الطفل لخطر الكحول ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول أنواع الكحول وضرارها

تستحضر الكحول من النباتات والفاكهة بواسطة التخمير ، وتقسم الكحول الى ثلاث أنواع: الأول، الكحول الطبيعية المقطرة ، وتشمل كافة أنواع (البراندي _ والروم _ وشراب الزبيب) . والثاني، الكحول المقطرة، وتشمل كافة أنواع (الويسكي _ والفودكا _ والكونياك _ والشمبانيا) والثالث، الكحول المخمرة ، وتشمل كافة أنواع (النبيد _ والبيرة _ والعرق _ والكينا _ والبوظة^١ .

وتوجد الكحول في بعض المنتجات المنزلية ،مثل غسول الفم والكلونيا ومستحضرات التجميل وبعض الادوية وغيرها ، مما ينبغي حفظها بعيدا عن متناول الأطفال^٢ . وللكحول مخاطر عديدة ،وعلى الأخص الكحول الميثيلي الذي يعتبر اكثر خطورة من غيره ، حيث تنتشر بعد تناوله حالات من التسمم او الغثيان او القيئ ، كما انه قد يؤدي للغيبوبة او العمي ، وعلى المدى الطويل تأثر الكحول على تكوين دماغ المراهق ، وعلى الذاكرة والتفكير ، واختلال الهرمونات في فترة

^١ جدول المشروبات الروحية والكحولية والخمور المصري ، الملحق بالقانون رقم ١٩٧٦/٦٣ بحظر شرب الخمر ، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٦ في ١٩٦٧/٦/٢٤ .

^٢ موقع مستشفى مايو كلينك الامريكي : <https://mayoclinic.org> .

البلوغ. ونظرا لرخص ثمنه وتوافره في المنتجات المنزلية يقل عليه بعض المراهقين ، كما ان بعض المعامل تخلطه في الخمر المغشوشة^١ .

وتناول الكحول بكميات معينة يؤدي الى حالة السكر ، والمراد بالسكر هو " حالة عارضة ينحرف فيها الوعي او تضعف السيطرة على الإرادة نتيجة مادة أدخلت على الجسم^٢ ".والسكر في ذاته حالة نفسية ،مرجعها تأثير مواد معينة على الجسم وخاصة خلايا المخ ، ويعتبر السكر حالة مؤقتة ومصطنعة باختيار الشخص نفسه . وهنا تكمن خطورة شراب الكحول المؤدي الى حالة السكر .

فالسكران مسئول قانونا عن تصرفاته ،بالرغم من انه فاقد للوعي او فاقد السيطرة على تصرفاته ، لانه تناول المادة المسكرة باختياره ومن ثم يسأل عن كل جرائمه ، ومتى ثبت ان الجاني قد تعاطى الخمر بمحض اختياره ، فليس لسكره في هذه الحالة تأثير على مسؤوليته الجنائية ، فالقانون في هذه الحالة يطبق عليه حكم المدرك التام الادراك ، مما يبني عليه توافر القصد الجنائي لديه .

ومن أسباب اقبال المراهقين على تعاطي الكحول ، نقص في المهارات الاجتماعية مع الاخرين خاصة مع الجنس الاخر ، وعدم قدرته على إدارة غضبه وانفعالاته ، بالإضافة الى تدني مفهوم الذات لدى المراهق ، وعدم توجيهه عند

^١ بدر خالد الخليفة ، ص١٤٣ ، المرجع السابق . انظر كذلك :موقع مستشفى مايو كلينك الامريكي :<https://mayoclinic.org> . وموقع ويكيبيديا ،<https://ar.wikipedia.org/wiki>

^٢ عبدالحكم فوده وسالم حسين الدميري ، الطب الشرعي ، ص٦٤٣ ، المرجع السابق .

وقوع المشاكل . ويضاف الى ذلك ،حالة الفضول وحب التجربة والاستكشاف لدى المراهق وتقليد البالغين، وغياب القدوة .ويمكن معالجة ذلك من خلال تقوية الوازع الديني والأخلاقي ، وتدريبه على مهارة حل المشاكل ، وبيان اضرار ومخاطر الكحول على المدى القصير والطويل¹ .

¹شيلي تايلور ، علم النفس الصحي ، ترجمة وسام درويش بريك وفوزي شاکر ، ص ٢٥٨ ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ، دار الحامد _ الأردن.

الفرع الثاني

تشديد عقوبة تعريض الطفل لخطر الكحول

تضع القوانين مجموعة من الضوابط التي تنظم استهلاك الخمر، نذكر منها منع تقديم الكحول للأطفال او لمن هم دون السن القانوني . كما تمنع بعض القوانين بيع الخمر الا في محلات محددة، بعد الحصول على ترخيص بذلك ، حتى يسهل مراقبة التزامها بالقانون . كما تحدد بعض القوانين أماكن تقديم الخمر في النوادي او الملاهي او في الفنادق فقط ، كما تحدد ساعات معينة في اليوم ، وهناك بعض القوانين تحظر او تقيد الإعلانات التجارية عن المنتجات الكحولية ، واغلب قوانين تحظر تشغيل الأطفال في صناعات الكحول والأنشطة المرتبطة بها . وتضع القوانين المقارنة نصوص تجريم خاصة وعقوبات مشددة اذا ارتبطت جرائم الخمر بالأطفال ، حيث يعتبر الطفل طرفا مشددا في جرائم الخمر .

وتعتبر الكويت من الدول التي تحظر الاتجار الكحول بشكل عام ، وتحظر تناولها على نطاق واسع ، وفقا لقواعد قانون الجزاء رقم ١٦/١٩٦٠ حيث تحظر المادة (٢٠٦) جلب او استيراد او صنع الكحول بقصد الاتجار او التعاطي ، وتحظر المادة (٢٠٦ مكرر "أ") بيع او شراء او حيازة الخمر بقصد الاتجار ، كما تحظر المادة (٢٠٦ مكرر "ب") تعاطي الخمر في مكان عام او ناد خاص . وكل من وجد في حالة سكر بين او من اقلق الراحة بسبب تناوله الخمر . وكذلك قيادة مركبة الية تحت تأثير المشروبات الروحية وفقا لقانون المرور . ولم يجرم القانون الكويتي حالة تناول المادة المسكرة في مكان خاص .

وقد اكتفى قانون الطفل الكويتي بالمادة ٦/٧٦ بالنص على منع استغلال الطفل بالكحولياتواعتبر ذلك من دلالات سوء التنشئة التي تهدد سلامة الطفل ،ولم يتضمن قواعد تجريم خاصة تشدد العقوبة على كل من يحاول افساد الطفل او استغلاله في جرائم الخمر .

وفي مصر ، يحظر بيع او تقديم الكحول لمن هم دون واحد وعشرون سنة ، ومع ذلك اوجد قانون الطفل المصري نصوصا خاصة تحمي الأطفال من خطر الكحول ، حيث منع عمل الأطفال في مصانع الكحول وفي محلات بيع او شرب الخمر . وجاء في المادة ١٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل ، التي تنص على انه " لا يجوز تشغيل الأطفال الذين تقل سنهم عن سبع عشرة سنة في الاعمال والمهن والصناعات الاتية : صنع الكحول والبطوة وكافة المشروبات الروحية . العمل كمضيفين في الملاهي . العمل في محال بيع او شرب الخمر "

اما في فرنسا التي تعتبر من الدول المصنعة والمصدرة للمشروبات الكحولية ، يمنع قانونها بيع الخمر للأطفال لمن هم دون ثمانية عشر عاما ، كما يمنع تقديم الخمر في الحانات لمن هم اقل من ستة عشر عاما مالم يكن بصحبة شخص بالغ^١ ، لذلك يشدد القانون الفرنسي العقوبة اذا قصد به افساد الطفل ، حيث تنص المادة ١٩/٢٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي على انه من حرض مباشرة حدثا على تناول المشروبات الكحولية بصورة اعتيادية ومفرطة يعاقب

^١موقع ويكيبيديا، <https://ar.wikipedia.org/wiki>

بالحبس لمدة سنتين والغرامة ٤٥ الف يورو . وتشدد العقوبة الى الحبس لمدة ثلاث سنوات والغرامة ٧٥ الف يورو اذا وقعت الجريمة على طفل لم يبلغ عمره خمس عشرة سنة ، او وقع ذلك داخل مدرسة او مؤسسة تربوية او بمناسبة دخول او خروج التلاميذ من المدرسة او بالقرب منها^١ .

^١ شريف سيد كامل ، ص ١٣٣ ، المرجع السابق . وحلمي عبدالحميد متولي ، ص ٥٥٧ ، المرجع السابق .

الخاتمة

استعرضنا في هذا البحث ، حماية الطفل من خطر المخدرات والكحول ، أنواع المخدرات والكحول وضررها على الطفل ، وبيننا العقوبات المشددة التي تطبق على كل من يستغل الطفل في تجارة المخدرات ، كما بينا التدابير العلاجية التي تطبق في حالة ادمان الطفل على تعاطي المخدرات، وانتقلنا بعد ذلك ، لبيان موقف المشرع الكويتي من المشروبات المسكرة ، وكيف انه حظرها بكل أنواعها بشكل عام ، على الكبير والطفل.

وفي ختام هذا البحث ، نقول ان حماية الطفل من خطر المخدرات والكحول ، يجب ان يبنى على سياسة عقابية متوازنة ، فالعقوبات الواردة في قانون الجزاء ، هي ميزان العدالة في المجتمع ، فالقانون عندما يقرر عقوبات مشددة فهو يسعى لحماية المجتمع من خطر الجريمة ، ويقرر حق المجتمع في القصاص من الجاني ، وقد بدا ذلك واضحا في العقوبات المقررة لكل من يحاول افساد الأطفال في المخدرات . وفي نفس الوقت ، ينظر القانون الى شخصية الجاني وظروفه ، فيقرر له عقوبات مخففة ان كان يستحقها ، ويتحقق هذا فيمن يتعاطى المخدرات ، فقد يتعثر الانسان في بسبب صغر سنه او قلة خبرته ، ويحتاج لمن يأخذ بيده لإقالاته من عثرته ، حتى يعود فردا صالحا في المجتمع ، لذلك ينظر القانون الى الطفل المتعاطي للمخدرات ، على انه مريض يحتاج الى العلاج اكثر من كونه مجرما يستحق الحبس وتقييد الحرية . وفي كل الأحوال ، يجب ان يكون للمحكمة سلطة

تقديرية واسعة ، في تقدير العقوبة المناسبة او موجبات الرأفة ، ونخلص من ذلك الى النتائج والتوصيات التالية :

أولا _ النتائج :

١. ان المشرع الكويتي واكب احدث المستجدات في التشريعات والاتفاقيات الدولية ، بموجب قانون الاحداث وتعديلاته ، حيث الغى عقوبة حبس الطفل في حالة تعاطيه للمخدرات ، وقرر بدلا عنها تدابير علاجية .

٢. ان المشرع الكويتي يعاقب بالإعدام او الحبس المؤبد كل من يستغل الطفل في تجارة المخدرات او يسهل له تعاطيها.

٣. ان نصوص قانون المخدرات جاءت بصياغة صعبة تثير بعض اللبس ، ويلاحظ عليها عدم تسلسل احكامها ، وتعدد الاحالات الى نصوص أخرى في المادة الواحدة .

٤. ان السياسة العقابية التي تبناها المشرع الكويتي ، تتسم بالشدّة والغلظة ، وتقيد السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير العقوبة المناسبة ، او موجبات الرأفة .

٥. لم يتضمن قانون الجزاء نصا يجعل من استغلال الطفل في تجارة او تعاطي الخمر ظرفا مشددا .

ثانياً _ التوصيات :

١. نرى من الأفضل دمج قانون الطفل مع قانون الاحداث في قانون واحد ، فقانون الطفل يوفر الحماية القانونية للطفل عندما يكون مجنيا عليه ، وقانون الاحداث يوفر للطفل الحماية الجنائية الإجرائية عندما يكون جانحا. ونرى انشاء محكمة خاصة بالطفل ، خاصة وان القانونين جذورهما مشتركة في اتفاقية حقوق الطفل ، وقد صدرا متزامنان مع بعضهما سنة ٢٠١٥ .
٢. نرى ان ينص قانون الطفل في مجال الرعاية الصحية، على اجراء فحوصات طبية مفاجئة لطلاب المرحلة الثانوية للتأكد من خلوهم من الإدمان او التعاطي، ولاكتشاف الحالات وعلاجها مبكرا.
٣. نرى انه الضروري منح المحكمة سلطة تقديرية واسعة في تقدير العقوبة المناسبة في جرائم المخدرات.
٤. نرى ان العقوبات الخاصة بجرائم المخدرات ، يجب ان تقوم في الأساس على دراسات محلية، تتناسب مع طبيعة المجتمع الكويتي، فالعوامل المؤثرة في تجارة وتعاطي المخدرات تختلف من مجتمع لآخر .

المراجع

١. اميرة محمد بكر البحيري ، الاتجار بالبشر وخاصة الأطفال ، دار النهضة العربية ٢٠١١.
٢. بدر خالد الخليفة ، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ .
٣. حمدي عبدالحميد متولي ، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٥.
٤. شريف سيد كامل ، الحماية الجنائية للأطفال ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ٢٠٠٦ .
٥. شيلي تايلور ، علم النفس الصحي ، ترجمة وسام درويش بريك وفوزي شاكر ، دار الحامد _ الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .
٦. عبدالحكم فوده وسالم حسين الدميري ، الطب الشرعي ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦ .
٧. فوزية عبدالستار ، شرح قانون مكافحة المخدرات ، طبعة ١٩٩٠
٨. فيصل عبدالله الكندري وغنام محمد غنام ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، القسم الخاص ، الطبعة الثانية ٢٠١٠_٢٠١١ ، الكويت .
٩. كوسرت حسين البرزنجي ، المسؤولية الجنائية للأحداث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠١٦.

١٠. مصطفى مجدي هرجه ، التعليق على قانون المخدرات ، الجزء الأول ، دار محمود للنشر والتوزيع ٢٠٠٥ .
١١. موقع دراقز ، برنامج تقديم المعلومات والدعم بشأن المخدرات باللغة العربية :
١٢. http://www.drugs.ie/ar/drugs_info/arabic_types_of_drugs .
١٣. موقع مستشفى مايو كلينك الامريكي : <https://mayoclinic.org>
١٤. موقع ويكيبيديا ، <https://ar.wikipedia.org/wiki> .
١٥. نجوان الجوهرى ، الحماية الموضوعية والاجرائية لحقوق الطفل ، على المستوى الدولي والإقليمي، دار النهضة العربية ٢٠١٠ .
١٦. نجوى علي عتيقة ، حقوق الطفل في القانون الدولي ، دار المستقبل العربي ١٩٩٥ .

أبحاث في القانون المدني

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية
(دراسة تحليلية مقارنة)

د. أحمد السيد الدقاق

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

أستاذ مساعد بقسم القانون الخاص

كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

ملخص البحث

قد يؤدي اختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمتعاقدين إلى اختلال التوازن العقدي دون ثبوت وجود إحدى عيوب الإرادة. ففي مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية قد يتمكن أحد الأطراف من تضمين العقد شروط تعسفية تحقق له مزايا فاحشة على حساب الطرف الآخر. ونظراً لخطورة هذه الظاهرة اتجهت مختلف التشريعات إلى مواجهة هذه الشروط بعد أن تخلت تدريجياً عن تقديس مبدأ سلطان الإرادة وما يستتبعه من قوة ملزمة للعقد فيما بين أطرافه. فقد أجمعت التشريعات في عصرنا الحالي على أن القوة الملزمة للعقد لا ينبغي أن تحول دون مواجهة الشروط التعسفية ومحاولة إعادة التوازن العقدي تحقيقاً للعدالة باعتبارها غاية القانون.

ومع ذلك فمن الملاحظ وجود تباين بين التشريعات حول مستوى حماية الطرف الضعيف من هذه الشروط. وفيما يخص موقف القانون المصري فبعد أن كان المشرع المصري سابقاً في حماية الطرف الضعيف منذ عام ١٩٤٨ عندما صدر القانون المدني المصري متضمناً أوجه لحماية الطرف الضعيف لم تعرفها كثير من التشريعات المقارنة المتطورة إلا أن المشرع المصري لم يواكب التطور الذي حدث في التشريعات المقارنة الأمر الذي دفعنا إلى إجراء هذه الدراسة التحليلية المقارنة مع القانون الفرنسي خاصة بعد تعديلات القانون المدني وقانون حماية المستهلك في عام ٢٠١٦ بالإضافة إلى القانون الأمريكي بهدف اقتراح توصيات من شأنها تعزيز التصدي للشروط التعسفية في القانون المصري.

Abstract

Economic and social circumstances of parties to a contract may cause contractual imbalance despite the absence of vices of consent. At the pre-contractual negotiations stage, one party may successfully impose abusive terms in the contract. These terms would enable him to get obscene advantages at the expense of the other party. Due to the dangerous effects of this phenomenon, all legislation decided to face it recognizing that contractual freedom is not absolute. In the current era, it is consensus that contractual freedom should not hinder combating abusive terms, so that contractual balance and justice can be achieved.

It is notable that each legislation provides a different level of protection for weaker parties. As for the Egyptian legislation, while it was a vanguard of the movement for the protection of weaker parties thanks to the 1948 Civil Code, the legislator did not keep pace with the evolution in

comparative legislation. Therefore, I conduct this comparative analytical research to analyze the French law, especially after the latest amendments to the civil law and the consumption law in 2016, as well as American law with the goal of proposing recommendations to foster the protection of weaker parties against abusive terms

.

مقدمة

أضحى إبرام العقود ضرورة ملحة في عصرنا الحالي حيث بات كل فرد يبرم الكثير من العقود بصورة شبه يومية. ومما لا شك فيه أن معظم هذه العقود تكون متوازنة من حيث حقوق الفرد والتزاماته وهو ما يعبر عنه بالتوازن العقدي. فالطبيعي أن يرفض الفرد التعاقد إذا رأى أن التزاماته لا تتناسب مع ما يحصل عليه من حقوق ومزايا.

ومع ذلك فإن بعض العقود التي يبرمها الأفراد تخلو من التوازن العقدي لأسباب مختلفة. فقد يختل التوازن بعلم المتعاقد وموافقته دون اضطرار كحالة الشخص الذي يعرض ثمناً باهظاً على بائع لا يرغب في البيع لإقناعه بإتمام العقد. أما في بعض الحالات الأخرى نجد أن اختلال التوازن العقدي كان بسبب اضطرار المتعاقد لإبرام العقد كما هو الحال في عقد الإذعان أو في حالة الضرورة. كذلك الحال إذا قام شخص غير متخصص في القانون بالتوقيع على عقد بعد قراءته دون أن يفهم آثاره القانونية ليتفاجأ بعد ذلك بوجود شروط تعسفية ومجحفة بحقوقه كانت قد تمت صياغتها بلغة قانونية معقدة. كما قد يكون سبب اختلال التوازن العقدي هو توقيع العقد دون قراءته متأنية. وهذا السبب الأخير يحدث كثيراً في الواقع العملي حيث اعتاد الأفراد توقيع العقود النموذجية التي تقوم بإعدادها وصياغتها الشركات والبنوك والمؤسسات والجمعيات دون قراءتها نظراً لضيق الوقت أو لشعور المتعاقد بأنه لن يستطع التفاوض بشأن أي شرط لا

يرتضيه خاصة وأن هذه العقود تتكون من صفحات عديدة في كثير من الأحيان فضلاً عن أن بعض شروطها يُكتب بخط صغير لا يسهل قراءته.

ويزيد من تعقيد الأمر أن نظرية العقد تقوم على مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عليه من قوة ملزمة للعقد فيما بين أطرافه بحيث يكون العقد غير قابل للتعديل أو الإلغاء بمجرد إبرامه إلا عن طريق الإرادة المشتركة لأطرافه.^١ ومن المسلم به أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر من المبادئ الراسخة في نظرية العقد رغم ما يوجه إليه من انتقادات. مقتضى ذلك هو أن القضاء لا يملك مراقبة التوازن العقدي في غياب عيوب الإرادة. ومع ذلك فإنه لم يعد بالإمكان تجاهل ظاهرة الشروط التعاقدية التعسفية لمجرد عدم ثبوت وجود عيب من عيوب الإرادة. فلا ينبغي أن يكون مبدأ سلطان الإرادة ذريعة لتحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف ومنع التوازن العقدي الذي يمثل العدل.^٢

ولقد كان المشرع المصري سابقاً وأدرك ذلك منذ صدور القانون المدني في عام ١٩٤٨ رافضاً تقديس مبدأ سلطان الإرادة حيث قرر عدة استثناءات عليه لعل أبرزها نظرية الظروف الطارئة التي تتيح للقضاء تعديل الالتزامات التعاقدية في حالة حدوث ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عليها أن

^١ القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، الوقائع المصرية، العدد ١٠٨ مكرر، ١٤٧١م، ١٩٤٨/٧/٢٩.

^٢ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩، ص ١٢-١٣.

أصبح التزام المدين مرهقاً ولو لم يصبح مستحيلًا.^١ كما نص ذات القانون على سلطة القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أنه كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي كان قد نفذ في جزء منه.^٢ كذلك منح ذات القانون الحق في تعديل الشروط التعسفية - بل وإلغائها أيضاً - إذا وردت في عقد إذعان.^٣

لذلك فإنه رغم الأهمية الشديدة لمبدأ سلطان الإرادة إلا أنه لا يعد مبدأ مطلق وإنما هو مبدأ مقيد بمجموعة من الاستثناءات تهدف إلى تحقيق العدل. ويعد ذلك أمراً طبيعياً إذ أن القوة الملزمة للعقد ليست هدفاً في حد ذاتها وإنما وسيلة لتحقيق العدل لذلك فلا مانع من تقييد القوة الملزمة للعقد إذا كان ذلك في صالح العدل. ومع ذلك فإن الأمر ليس سهلاً. فلا يمكن منح القضاء سلطة مطلقة في تعديل العقود لمنع الشروط التعاقدية التعسفية ولإعادة التوازن العقدي وإلا كان ذلك إهداراً تاماً لمبدأ سلطان الإرادة ويفرغ الإرادة المشتركة للمتعاقدين من أهميتها. لذلك فإن التصدي لهذا النوع من الشروط التعاقدية يحتاج إلى وضع ضوابط دقيقة حتى لا يتم إهدار مبدأ سلطان الإرادة بشكل تام ولحماية الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي قد ترتضي دون ضغط أو خداع أو اضطرار عقد غير متوازن.

^١ القانون المدني، م ١٤٧٢.

^٢ القانون المدني، م ٢٢٤.

^٣ القانون المدني، م ١٤٩.

وبناء على ما سبق فإن هذا البحث يؤيد ضرورة التصدي للشروط التعاقدية التعسفية من أجل إعادة التوازن العقدي. فيناقش البحث أفضل سبل التصدي لهذه الشروط من خلال اتباع منهج تحليلي مقارنة باستعراض موقف المدرسة اللاتينية ممثلة في القانون المصري والقانون الفرنسي وموقف المدرسة الأنجلو أمريكية ممثلة في قوانين الولايات المتحدة الأمريكية حيث يقوم الباحث بتحليل القواعد القانونية ذات الصلة في هذه القوانين ومقارنتها ببعضها البعض حتى يمكن المفاضلة بينها ومن ثم اقتراح توصيات تساهم في تطوير القانون المصري.

وقد آثرنا أن تكون خطتنا لهذا البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في المدرسة اللاتينية

المبحث الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في المدرسة الأمريكية

المبحث الأول:

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في المدرسة اللاتينية

نتعرض في هذا المبحث لأوجه حماية المتعاقد من الشروط التعاقدية التعسفية وفقاً لمنهج المدرسة اللاتينية من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي مع مقارنة موقف كل منهما من المسألة ومدى الحماية التي يوفرها للطرف الضعيف. لذلك نقسم دراستنا لهذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المصري

المطلب الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

المطلب الأول:

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المصري

تتبعه المشرع المصري منذ منتصف القرن العشرين إلى ظاهرة الشروط التعسفية. فصدر القانون المدني في عام ١٩٤٨ مقررًا العديد من الأحكام الهادفة إلى حماية الطرف الضعيف في العقد وإعادة التوازن العقدي في حالة اختلاله بسبب الشروط التعسفية. ولم يكن ذلك مستغرباً في ظل إدراك المشرع أن مبدأ سلطان الإرادة لا ينبغي أن يكون مبدأ مطلق وإنما من الوارد أن تنقصر بعض الاستثناءات عليه بغية تحقيق العدالة. فأقر المشرع بسلطة القضاء في تعديل قيمة الشرط الجزائي فضلاً عن تنظيم عقد الإذعان وإقرار قواعد استثنائية له.

كذلك تتبعه المشرع متأخراً إلى أهمية إصدار قانون لحماية المستهلك. فصدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بإصدار قانون حماية المستهلك قبل أن يتم إلغائه بصدور قانون جديد لتنظيم الأمر ذاته برقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨. فقد ساهم قانون حماية المستهلك إلى حد ما في مواجهة الشروط التعاقدية التعسفية.

وبناء على ما سبق نقوم بتحليل موقف المشرع المصري وفقاً للخطة الآتية:

الفرع الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني

الفرع الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك

الفرع الأول

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني

أدرك المشرع المصري أن الطرف القوي في عقد الإذعان يتمكن من فرض إرادته على الطرف الضعيف دون أن تصبح إرادة الأخير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة التقليدية المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. لذلك قرر قواعد خاصة لهذا النوع من العقود بغية حماية الطرف الضعيف وهو ما نتعرض له بعد أن نقوم أولاً بتحديد مفهوم عقد الإذعان.

رغم أن المشرع المصري لم يضع تعريفاً لعقد الإذعان بصورة صريحة إلا أن استنباط تعريف له ليس بالأمر الصعب في ظل وجود نص المادة ١٠٠ من القانون المدني التي تنص على أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها". فمن خلال هذا النص يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يستقل أحد أطرافه بوضع شروطه رافضاً التفاوض مع الطرف الآخر بحيث لا يكون أمام الأخير سوى التسليم بهذه الشروط والموافقة عليها أو صرف النظر عن التعاقد.

وقد منح المشرع القضاء سلطة تقدير ما إذا كان عقد الإذعان يحتوي على شروط تعسفية غير أنه لم يضع تعريفاً أو معياراً للشروط التعسفية ذاته تاركاً الأمر بالكامل للقضاء. وقد كان حرياً بالمشرع المصري وضع معيار لتحديد الشروط

التعسفية على غرار ما قام به المشرع في فرنسا وما استقر عليه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية على النحو الذي سنتعرض له لاحقاً.

ويتمثل الوجه الأول من أوجه حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في عقد الإذعان في تقرير استثناء على قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين بالالتزام عند غموض الشرط التعاقدية إذ قرر المشرع تفسير العبارات الغامضة الواردة في عقد الإذعان على النحو الذي يحقق مصلحة الطرف المُذعَن بصرف النظر عن كونه مديناً أو دائناً.^١ ويرى الفقه أن أساس هذا المبدأ هو قاعدة أن الأصل في الإنسان براءة الذمة.^٢ ولا شك في أن هذه القاعدة تهدف إلى التصدي للشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان وذلك باستغلال غموض صياغة الشروط التعاقدية التي قام بكتابتها الطرف المذعِن بتفسيرها لمصلحة الطرف المذعَن من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين.

وقد انتقد جانب من الفقه - وبحق - قصر هذا الحكم على عقود الإذعان دون عقود المساومة إذ قد يستغل أحد المتعاقدين في هذه العقود الأخيرة بصياغة العقد بكلمات يكتنفها الغموض الأمر الذي يستدعي تفسير العقد لمصلحة الطرف

^١ القانون المدني، م ١٥١.

^٢ أ.د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٢٦.

الآخر الذي لم يتدخل في صياغته.¹ والواقع أن هذا هو موقف المشرع الفرنسي في عقد البيع قبل أن يمد القضاء الفرنسي هذا الحكم إلى عقد الإيجار على النحو الذي سنعرض له لاحقاً.

وقد يُرد على نقد المشرع المصري بأن عقد الإذعان يعد قرينة على اضطرار المتعاقد المدعّن للرضاء بالصياغة الغامضة للشرط التعاقدوي هو ما يبرر تفسير الغموض لمصلحته. أما في عقد المساومة فقد كانت الفرصة متاحة أمام الطرف الضعيف للتفاوض بشأن صياغة العقد قبل إبرامه فلا يقبل منه بعد ذلك طلب تفسير هذه الصياغة لمصلحته إذ يصبح من المتعين تطبيق القاعدة العامة التي تقضي بتفسير الشرط الغامض لمصلحة الطرف المدين بالالتزام التعاقدوي.

ونعتقد أن هذا الرد وإن كان منطقياً إلا أن السياسة التشريعية الهادفة حقاً إلى التصدي للشرط التعسفية ينبغي أن تفسر الصياغة الغامضة في الشروط التعسفية لمصلحة الطرف الضعيف في عقود المساومة إذا ثبت أن الطرف الآخر قد استغل بصياغة الشرط دون مفاوضات إذ أن من شأن ذلك تعزيز التصدي للشرط التعسفية خاصة في ظل تضيق القانون المصري لنطاق عقود الإذعان على النحو الذي سنعرض له لاحقاً. أما القاعدة العامة التي تقضي بتفسير الغموض لمصلحة الطرف المدين بالالتزام التعاقدوي فتطبق على جميع الالتزامات التعاقدية المتوازنة أو شبه المتوازنة في عقود المساومة.

¹ المرجع السابق، نفس الموضع.

أما الوجه الثاني من أوجه حماية الطرف المذعن فهو منح القضاء سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه.^١ فإذا قدر القاضي - وفقاً لسلطته التقديرية - أن أحد شروط عقد الإذعان تعسفية فإنه يستطيع إلغاء هذا الشرط أو الاكتفاء بتعديله وفقاً لما تقضى به اعتبارات العدالة. وتمثل هذه السلطة استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة إذ يستطيع الطرف الضعيف التحلل من التزاماته التعاقدية التي سبق له الموافقة عليها ورغم علمه التام بعدم عدالتها باعتبارها شروطاً تعسفية واردة في عقد إذعان.

جدير بالذكر أن تنظيم حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في مجال عقود الإذعان على النحو السابق عرضه يعد دليلاً على تميز القانون المدني المصري الصادر في عام ١٩٤٨. فقد سبق المشرع المصري نظيره الفرنسي في وضع حلول للتصدي للشروط التعسفية إذ لم يدرك المشرع الفرنسي أهمية ذلك سوى في عام ١٩٧٨ عندما أصدر قانون الاستهلاك.^٢ كذلك تأخر المشرع الفرنسي في تنظيم عقود الإذعان حتى تعديل القانون المدني في عام ٢٠١٦ على النحو الذي سنتعرض له لاحقاً.

^١ تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني على أن: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

^٢ أ.د. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١،

ومع ذلك فقد قيدت محكمة النقض من نطاق عقود الإذعان عند تحديد خصائصها إذ قضت بضرورة توافر ثلاثة شروط في العقد حتى يعتبر عقد إذعان هي: (١) أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة للجمهور، (٢) أن تكون السلعة أو الخدمة محتكرة قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة بشأنها، و(٣) أن يوجه الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محددة. وستقوم فيما يلي بتحليل هذه الشروط لبيان مدى أثارها على تضييق نطاق عقود الإذعان مما يؤثر بالسلب على حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية.

الشرط الأول - أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة إلى الجمهور:

عرفت محكمة النقض السلعة أو الخدمة الضرورية بأنها تلك "التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة." ومن ثم فإن العقود التي يكون محلها سلعة أو خدمة يمكن الاستغناء عنها لا تعتبر عقود إذعان ومن ثم يمتنع على القضاء ممارسة الرقابة على الشروط التعسفية الواردة بها. وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض اعتبار عقد بيع السيارة عقد إذعان باعتبار أن السيارة ليست من "اللوازم الأولية للجمهور".^١

^١الطعن بالنقض رقم ٣٩٦ لسنة ٣٧ جلسة ١٢/٠٣/١٩٧٤ س ٢٥ ع ١ ص ٤٩٢ ق ٨٠.

جدير بالذكر أنه يُرجع عند تقدير ما إذا كانت السلعة أو الخدمة ضرورية إلى معيار موضوعي هو مدى أهميتها لدى الجمهور بصرف النظر عن أهميتها للمتعاقد نفسه. مقتضى ذلك أن تعاقد الشخص على سلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة له لا يُكسب العقد صفة الإذعان طالما أنها ليست ضرورية بالنسبة للجمهور إذ يتعين استبعاد الظروف الشخصية الخاصة بالمتعاقد عند تقدير ما إذا كانت السلعة أو الخدمة ضرورية.

ونعتقد أن من شأن ذلك تقييد سلطة القضاء في إبطال الشروط التعسفية دون داعٍ. فلا يعقل حرمان فرد من الحماية القانونية نظراً لأن السلعة أو الخدمة محل عقده لا تعتبر ضرورية بالنسبة لباقي أفراد المجتمع. لذلك نؤيد الاعتماد على المعيار الشخصي عند تقدير مدى أهمية السلعة. فالسيارة قد لا تكون من "اللوازم الأولية للجمهور" إلا أنها قد تكون "من اللوازم الأولية للمتعاقد" ومن ثم يجب حمايته من الشروط التعسفية.

الثاني - أن تكون السلعة أو الخدمة محتكرة قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة بشأنها الشرط:

أوجبت محكمة النقض لاعتبار العقد عقد إذعان توافر حالة من الحالات

الآتية:

- أن تكون السلعة أو الخدمة الضرورية محتكرة قانونياً كأن تحصل شركة واحدة على رخصة بيع خدمة الكهرباء.

- أن تكون السلعة أو الخدمة الضرورية محتكرة فعلياً كأن تتفرد شركة بإنتاج سلعة أو تقديم خدمة لا تقوم شركات أخرى بإنتاجها. ويحدث ذلك بالنسبة للسلع التي تكون محلاً لبراءات اختراع. وقد يحدث ذلك أيضاً ولو لم تحصل شركة على براءة اختراع إلا أن باقي الشركات لا تقوم بإنتاج مثل هذه السلعة.
- قيام منافسة محدودة بشأن السلعة أو الخدمة الضرورية ذلك أن المنافسة المحدودة تؤدي غالباً إلى قيام بائعي السلعة أو مقدمي الخدمة بوضع ذات الشروط التعسفية في عقودهم مع المستهلكين.^١

أما في حالة وجود منافسة حرة فقد رأت المحكمة أن ذلك يعد مانعاً يحول دون وصف العقد بالإذعان باعتبار أن المنافسة تحول دون مبالغة الموجب في شروط التعاقد وإلا انصرف عنه الناس إلى منافسيه.^٢ وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض اعتبار عقد الاعتماد المبرم بين البنك وعميله للحصول على تسهيلات ائتمانية من عقود الإذعان تأسيساً على أن العميل كانت له حرية التعاقد مع البنوك الأخرى.^٣

^١ الحكم السابق.

^٢ أ.د. محمد المرسي زهرة، حماية المستهلك في القانون المصري والعماني، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٣، ص ٧٢.

^٣ الطعن بالنقض رقم ١٩١١ لسنة ٨٠ ق، جلسة ٢٠١٢/٠٣/٢٧، س ٦٣، ص ٤٩٣، ق ٧٧.

ورغم وجهة رأى محكمة النقض في هذه القضية إلا أننا لا نرى داعٍ لغل يد القضاء عن أداء دوره في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية لمجرد أن العميل كانت لديه فرصة التعاقد مع بنك آخر إذ نعتقد ضرورة التصديللشروط التعسفية في جميع العقود بصرف النظر عن مدى وجود منافسة أو احتكار بشأن السلعة ذلك أن ما نسعى لمواجهته هو الشروط التعسفية وليس الاحتكار. لذلك ذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن:

"المهم إذن ليس هو الاحتكار في ذاته، وإنما هو وجود الموجب في "مركز" يسمح له بوضع شروط مسبقة للتعاقد وفرضها على من يريد إبرام العقد دون مناقشة أو تعديل. يستوي بعد ذلك أن يكون هذا "الوضع" الذي يوجد فيه الموجب نتيجة لاحتكاره إنتاج سلعة ما أو الاتجار فيها أو لأي سبب آخر..."^١

الشرط الثالث - أن يوجه الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محددة:

اشتترطت محكمة النقض أن يصدر الإيجاب في "قالب نموذجي".^٢ ويقصد بذلك أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور أو إلى فئة من الناس كالأطباء أو

^١ أ.د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٧٥.

^٢ أ.د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٠٦.

المهندسين بشروط متماثلة ولمدة غير محددة.^١ وبالتالي إذا قام الموجب بعرض السلعة أو الخدمة بأسعار مختلفة على شخصين ينتمون إلى ذات الفئة فإن ذلك يخرج العقد من دائرة الإذعان.

ونعتقد أن مقتضى هذا الشرط هو قدرة الطرف المدعِن على إخراج عقده من دائرة عقود الإذعان بإعلانه العمل بعقد نموذجي يجوز التفاوض بشأن بعض شروطه الثانوية أو بشروط تعاقدية يتم تعديلها كل مدة محددة مما يفوت على الطرف المدعِن فعلاً الحماية القانونية المقررة له.

والواقع أن تحليل الشروط سالفه الذكر يؤدي إلى تضيق نطاق عقود الإذعان بشدة بحيث أصبحت أوجه الحماية التي قررها المشرع قاصرة على عدد قليل من العقود مثل عقود خدمات الكهرباء والمياه.^٢ لذلك نقترح الاكتفاء بمعيار عقد الإذعان الوارد في نص المادة ١٠٠ من القانون المدني ألا وهو أن يكون القبول قد اقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها الموجب ولم يقبل مناقشة فيها.

^١ أ.د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٧١ - ٧٢.

^٢ المرجع السابق، ص ٦٦.

الفرع الثاني

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك

نظم المشرع المصري عقود الاستهلاك للمرة الأولى من خلال قانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ غير أنه لم يمنح القضاء سلطة تقدير الشروط التعسفية وإبطالها الأمر الذي كان محل نققد من الفقه الذي يعتبر الحماية من الشروط التعسفية أحد أهم موضوعات قانون حماية المستهلك وهو ما استدعى المطالبة بتعديل القانون للنص على ذلك صراحة.^١ وفي عام ٢٠١٨ صدر قانون حماية المستهلك الجديد الذي ألغى القانون السابق غير أنه جاء مخيباً للآمال نظراً لخلوه - كسابقه - من نص يقضي بإلغاء الشروط التعسفية وفقاً للسلطة التقديرية للقضاء.^٢

ورغم تجاهل المشرع النص صراحة على بطلان الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك بصفة عامة إلا أن بعض نصوص القانون قد اعتبرت بعض الشروط التعاقدية باطلة. والواقع أنه لا يمكن تبرير بطلان هذه الشروط إلا تأسيساً على كونها تعسفية رغم أن المشرع لم يصرح بذلك. فعلى سبيل المثال اعتبر المشرع الشرط الذي يقضى بتقاضي البائع أو خلفه نسبة أو رسوم أو عمولة من ثمن

أ.د. أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ١٣٠.

أقانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد ٣٧ تابع، ٢٠١٨/٩/١٣.

تصرف المشتري في الوحدة العقارية شرطاً باطلاً ولا يجوز الاتفاق على مخالفته.^١ فبطلان هذا الشرط تقرر - في اعتقادنا - نظراً لصفته التعسفية إذ أن البائع قد حصل على الثمن من المشتري وقت البيع. ومن ثم فإن محاولة الحصول على مقابل مالي جديد عند إعادة البيع يعد أمراً تعسفياً يتعين حماية المستهلك منه باعتباره الطرف الضعيف في العقد.

كذلك حظر المشرع تعليق بيع المنتجات على شرط بيع كمية معينة أو ربط البيع بشراء منتجات أخرى.^٢ فهذا الحظر سببه أن مثل هذه الشروط تعسفية نظراً لأن المستهلك العادي لن يرتضى مثل هذه الشروط مالم يكن مضطراً. وفضلاً عن ذلك قرر المشرع بطلان شرط الإعفاء أو التخفيف من ضمان السلع المعمرة و ضمان التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية حيث اعتبر الحد الأدنى لمدة ضمان الأولى سنتين على الأقل والثانية سنة على الأقل.^٣ وأخيراً قرر المشرع بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية إذا تسبب المنتج في ضرر للمستهلك بسبب عيب يرجع إلى تصميمه أو صنعه أو تركيبه.^٤ فيبدو لنا أن السبب في إبطال هذه الشروط هو صفتها التعسفية التي اضطر المستهلك إلى الموافقة عليها رغم عدم رضاه عنها.

^١ القانون المدني، م ٢/١٥.

^٢ القانون المدني، م ٢/١٨.

^٣ القانون المدني، م ٢٢٢، م ٢٦٦.

^٤ القانون المدني، م ٢٧.

والواقع أن الأمثلة السابقة تصلح كقائمة سوداء للشروط التعسفية الباطلة التي يتعين الحكم باعتبارها باطلة عند عرض الأمر أمام القضاء دون تكليف المستهلك بإثبات صفتها التعسفية وذلك على غرار القائمة السوداء لهذه الشروط في فرنسا على النحو الذي سنتناوله بالشرح لاحقاً.

ومع ذلك فقد كان من الأفضل أن يتبنى المشرع المصري القانون الجديد لحماية المستهلك النص على بطلان الشروط التعسفية بصفة عامة إذ أن هذه الشروط لا يمكن حصرها في قائمة واحدة بل يتعين منح القضاء سلطة تقدير الصفة التعسفية في عقود الاستهلاك والحكم بإبطالها عند الضرورة على غرار السلطة التي يتمتع بها القضاء في إبطال الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان.

وفي ختام هذا الفرع يتضح لنا أن الحماية القانونية من الشروط التعسفية - وفقاً للقانون المصري - تتمثل في سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان مع الأخذ في الاعتبار أن قضاء محكمة النقض قد ضيق من نطاق هذه الطائفة من العقود على النحو السالف بيانه. فضلاً عن ذلك فقد نص قانون حماية المستهلك على بعض الشروط التعاقدية الواردة في عقود الاستهلاك - على سبيل الحصر - والتي تعتبر باطلة نظراً لصفاتها التعسفية مع ملاحظة أن المشرع لم يمنح القضاء سلطة تقديرية عامة لرقابة الشروط التعسفية

الواردة في عقود الاستهلاك. ومنتقل فيما يلي لتحليل موقف المدرسة القانونية الفرنسية من المسألة ذاتها.

المطلب الثاني:

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

إن تحليل التشريعات الفرنسية وتعديلاتها منذ صدور التقنين المدني عام ١٨٠٤ وحتى تعديلات عام ٢٠١٨ مروراً بصدور قانون الاستهلاك وتعديلاته يدل على التطور الكبير في توجه المشرع الفرنسي نحو مواجهة الشروط التعاقدية التعسفية خاصة من خلال منح القضاء سلطة تقديرية في هذا الشأن للحكم بإبطال هذه الشروط.

ويبدو لنا من خلال تحليل التطور التشريعي في فرنسا - على النحو الذي سنعرض له - أن المشكلة الأساسية التي كانت تواجه المشرع عند محاولة حماية المتعاقد من الشروط التعسفية هي تقديس مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عليهما قوة ملزمة للعقد فيما بين أطرافه إذ كان هذا المبدأ مطلقاً لا يمكن أن يرد عليه أي استثناء. فقد كان من المستنكر تماماً تدخل القاضي لتعديل الشروط التعاقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين دون اتفاق مع المتعاقد الآخر. ولعل تطور الفكر القانوني وظهور المذهب الاجتماعي ساهم في تغيير هذه النظرة بحيث أصبح يُنظر حالياً إلى مبدأ سلطان الإرادة باحترام لكن دون تقديس.

ويظهر تحرر المدرسة الفرنسية من تقديس مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ والذي

تم التصديق عليه بموجب القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨^١. كذلك منح المشرع القضاء سلطة تعديل الشروط الجزائية التعسفية وإبطال الشروط التعسفية بصفة عامة.

وبناء على ما سبق نقوم بتحليل موقف المشرع الفرنسي وفقاً للخطة الآتية:

الفرع الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني

الفرع الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك

¹ Code civil - Article 1195 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

الفرع الأول

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون المدني

لم تكن مشكلة الشروط التعاقدية التعسفية تمثل ظاهرة عامة وقت صدور القانون المدني الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر. فضلاً عن ذلك كان مبدأ سلطان الإرادة ومبدأهالتابع القوة الملزمة للعقد محل تقديس في ذلك الوقت. لذلك صدر القانون خالياً من وسائل فعالة للتصديللشروط التعسفية. ومع ذلك تجدر الإشارة إلى نص المشرع على تفسير الشك لمصلحة المشتري في عقد البيع عند غموض الشروط التعاقدية التي توضح التزامات البائع.¹ ورغم أن هذا النص يساهم في مواجهة الشروط التعسفية إذا اتسمت بالغموض باعتبار أن المشتري يكون عادة هو الطرف الضعيف ضحية الشرط التعسفي إلا أن هذه الحماية اقتصرت على عقد البيع دون غيره من العقود وفقاً لصريح نص القانون.² ومع ذلك مدّ القضاء الفرنسي هذه الحماية إلى عقد الإيجار متحججاً بوحدة الأصل التاريخي للعقدين وعلّة الحكم.³

¹ تنص المادة ١٦٠٢ من القانون المدني الفرنسي على أن:

"Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.

Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur."

² Code civil - Article 1602 Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804.

³ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

وفي ذلك يختلف القانون الفرنسي عن نظيره المصري. فتفسير الشك والغموض لمصلحة الطرف الضعيف في القانون المصري يقتصر على عقود الإذعان فقط في حين أن الحماية المقررة في القانون الفرنسي تشمل عقد البيع الذي يحسب عادة على عقود المساومة إلى جانب عقد الإيجار على نحو ما استقر عليه القضاء.

جدير بالملاحظة أن المشرع الفرنسي بدأ في التخلي تدريجياً عن تقديس مبدأ سلطان الإرادة منذ الربع الأخير من القرن الماضي حينما قرر بعض الاستثناءات عليه حتى يواكب تطور العقود. ولعل أحد أبرز أمثلة ذلك كان في مجال الشرط الجزائي الذي كانت تنظمه المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الصادر في عام ١٨٠٤ قبل أن يتم تعديلها في عام ١٩٧٥ ثم في عام ١٩٨٥ قبل انتقال مضمونها إلى المادة ١٢٣١-٥ في عام ٢٠١٨.

فالنص الأصلي للمادة الصادر في عام ١٨٠٤ كان يقضى بضرورة احترام الشرط الجزائي بصرف النظر عن مدى تناسبه مع قيمة الضرر حيث نصت على عدم جواز أن يحكم القاضي بمبلغ تعويض أكبر أو أقل من ذلك المحدد مسبقاً في العقد.^١ ومن ثم لم يكن باستطاعة القضاء إنقاص قيمة الشرط الجزائي ولو ثبت تعسفه بأن كان لا يتناسب إطلاقاً مع مقدار الضرر.^١

^١ كان النص الفرنسي للمادة ١١٥٢ الصادر في عام ١٨٠٤:

وفى عام ١٩٧٥ تطور فكر المشرع الفرنسي ليقتررب مما وصل إليه نظيره المصري قبل أكثر من ربع قرن بإضافة فقرة ثانية للمادة تتيح للقضاء تعديل قيمة الشرط الجزائي إذا أصابه عيب التعسف إذ نصت هذه الفقرة على أن: "ومع ذلك يحق للقاضي إنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان مفرط أو بخسبشكل واضح. ويعتبر كل اتفاق على خلاف ذلك كأن لم يكن".^٢ ومن ثم أصبح باستطاعة القضاء تعديل الشرط الجزائي ليتناسب مع قيمة الضرر الذي أصاب الدائن بناء على طلب الأخير وهو الأمر الذي يدل على توجه المشرع الفرنسي بالتصديللشروط الجزائية التعسفية. ومع ذلك فلم يصل المشرع الفرنسي إلى ما وصل إليه نظيره المصري من إهدار الشرط الجزائي تماماً إذا ثبت عدم وجود ضرر.^٣

"Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera unecertaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre."

Code Civil – art. 1152 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

أ.د. حسين عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

^٢ كان النص الفرنسي للفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ التي صدرت في عام ١٩٧٥ تنص على أن:

"Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."

أ.د. حسين عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

وفى عام ١٩٨٥ تم تعديل الفقرة الثانية سالف الذكر بإضافة كلمة "تلقائياً" mêméd'office للتعبير عن سلطة القاضي تعديل الشرط الجزائي دون طلب من الخصوم.^١ ويعد هذا التعديل دليلاً على توجه المشرع الفرنسي بقوة نحو حماية الطرف الضعيف من الشروط الجزائية التعسفية. فقد توجه القضاء إلى تعديل الشروط الجزائية في أمثلة كثيرة نذكر منها على سبيل المثال الحكم بإبطال الشرط الجزائي الذي يقضي بأن يدفع المستأجر إلى المؤجر خمسة أضعاف القيمة الإيجارية عن الفترة التي يستمر فيها المستأجر في شغل العين المؤجرة بعد انتهاء مدة العقد وتخفيض التعويض إلى ما يقارب القيمة الإيجارية.^٢

وفى عام ٢٠١٦ صدر المرسوم بقانون رقم ١٣١ بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات وإثباتها معدلاً التقنين المدني الذي أصبحت مادته ١٢٣١-٥ تتضمن - بموجب المرسوم سالف الذكر - ذات الحكم الوارد في المادة ١١٥٢ القديمة تأكيداً على سلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي التعسفي سواء

^١ أصبح النص الفرنسي للفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ بعد تعديلها في عام ١٩٨٥ كما يلي:

"Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."

Code Civil – art. 1152 Modifié par Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 - art. 1 JORF 15 octobre 1985.

^٢ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

بالزيادة أو بالنقصان.¹ وأخيراً صدر القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ بالموافقة على المرسوم السابق والإبقاء على هذه المادة دون تعديل.^٢

وبالإضافة إلى ما سبق عالج المشرع الفرنسي عقود الإذعان في القانون المدني لأول مرة بموجب المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.^٣ فقد وضع المرسوم تعريفاً لعقد الإذعان هو أنه "العقد الذي تكون شروطه العامة التي لم يتم التفاوض بشأنها قد وضعت مقدماً بواسطة أحد أطرافه."^٤ ولدى قيام البرلمان بالتصديق على المرسوم سالف الذكر - بموجب القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ - قام بتعديل هذا التعريف ليصبح "العقد الذي يتضمن مجموعة من الشروط غير القابلة للتفاوض ومحددة مقدماً بواسطة أحد أطرافه."^٥

¹ Code Civil – art. 1231-5 Créé par L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - art. 2.

² Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0093 du 21 avril 2018.

³ François Chénéde, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, Libres propos sur la réforme du droit des contrats: Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, LEXISNEXIS, 2016, P.67.

⁴ Code Civil – art. 1110 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

⁵ Code Civil – art. 1110 Modifié par LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 2.

ويتضح من التعريفين سالف الذكر أن معيار عقد الإذعان هو رفض الطرف الذي قام بصياغة العقد التفاوض حول كل أو بعض شروطه. ومن ثم تبقى صفة الإذعان مقترنة بالعقد إذا وافق الطرف الذي قام بصياغته على التفاوض بشأن بعض الشروط الثانوية دون الشروط الجوهرية.^١ ويعد ذلك أمراً طبيعياً وإلا لجأ الطرف الذي قام بوضع شروط العقد إلى التفاوض بشأن بعض الشروط غير الجوهرية ليخرج العقد من دائرة الإذعان ومن ثم يحرم الطرف الضعيف من الحماية القانونية المقررة له بشأن الشروط التعسفية في هذه العقود. وقد أحسن المشرع الفرنسي بتوضيح هذه النقطة لتفادي ما قد يثار حول ذات المسألة في القانون المصري حيث لم يوضح المشرع مدى إمكانية خروج العقد من دائرة الإذعان إذا كانت بعض الشروط التعاقدية الثانوية محلالتفاوض خاصة في ظل قضاء محكمة النقض المصرية بضرورة أن يوجه الإيجاب في عقد الإذعان إلى الناس كافة "بشروط واحدة".

أما عن أوجه حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفقاً للقانون المدني الفرنسي فنتمثل أولاً في إلزام القضاء بتفسير الشك لمصلحة الطرف المدعّن. وقد كانت المادة ١١٦٢ قبل تعديلات عام ٢٠١٦ تنص على وجوب تفسير الشك لصالح المدين بالالتزام التعاقدية وضد مصلحة من قام بصياغته بصرف النظر عن كون العقد من عقود المساومة أو الإذعان إذ لم يضع المشرع

^١ أ.د. محمد حسن قاسم، القانون المدني: الالتزامات: المصادر: ١: العقد: المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١٨، ص ٥٥.

تنظيماً خاصاً لعقد الإذعان قبل هذا التاريخ كما أوضحنا.^١ وبموجب المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ انتقل مضمون هذه المادة إلى المادة ١١٩٠ التي أصبحت تنص على وجوب تفسير الشك في عقد المساومة لمصلحة الطرف المدين بالالتزام التعاقدية وتفسيره في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المدعى. وبناءً على ما سبق فإن الوجه الأول من أوجه حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان هو ضرورة تفسير الشك لمصلحته عند غموض الشرط التعاقدية سواء كان هذا الشرط تعسفياً أم لا. وفي ذلك أصبح القانون المدني الفرنسي متطابقاً مع نظيره المصري.

أما الوجه الثاني من أوجه حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد الإذعان فيتمثل في بطلان الشروط التعسفية. فقد نصت المادة ١١٧١ من المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ على بطلان الشروط التي يترتب عليها "اختلال بالغ في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد" إذا وردت في عقد

^١ كان نص المادة ١١٦٢ من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله في عام ٢٠١٦ ينص على أن:

"Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation."

^٢ تنص المادة ١١٩٠ من القانون المدني الفرنسي - المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة

٢٠١٦ على أن:

"Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé."

إذعان.^١ ويتضح من هذه المادة أن المشرع الفرنسي أناط بالقضاء إبطال الشروط التعسفية في عقد الإذعان واعتبارها كأن لم تكن حماية للطرف المدعَن. جدير بالذكر أن صياغة المادة سألقة الذكر تؤدي إلى بطلان الشرط التعسفي الوارد في عقد الإذعان بصرف النظر عما إذا كان هذا الشرط تحديداً محلاً للتفاوض بين أطراف العقد.

وقد تم تعديل هذه المادة عند صدور القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ بالتصديق على المرسوم السابق لتتص على بطلان الشروط التي يترتب عليها اختلال بالغ في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد إذا وردت في عقد إذعان "ووضعها الطرف المدعِن دون التفاوض مع الطرف المدعَن".^٢ مقتضى ذلك أن الشروط التعسفية التي كانت محلاً للتفاوض في عقد إذعان لا تعتبر باطلة إذ أنها تعبر عن إرادة حرة مشتركة ليست محل شك لأطراف العقد. ولا يمكن تبرير هذا

^١ أصبحت المادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي - بعد تعديلها بموجب المرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ - تنص على أن:

"Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ..."

^٢ أصبحت المادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي - بعد تعديلها بموجب القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ - تنص على أن:

"Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ..."

التعديل سوى بتمسك المشرع الفرنسي باحترام مبدأ سلطان الإرادة وحصر سلطة القضاء في تعديل العقد في أضيق نطاق.

ومن المسلم به أن بطلان الشرط التعسفي لا يؤدي إلى بطلان العقد إذ يبقى العقد صحيحاً نافذاً رغم بطلان الشرط التعسفي ما لم يكن من المستحيل تنفيذه نتيجة لبطلان الشرط التعسفي. كما تضمنت المادة سالفه الذكر معياراً للشرط التعسفي هو أن يؤدي الشرط إلى اختلال بالغبالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد. وبطبيعة الحال فإن القضاء هو من يستقل بتقدير حجم هذا الاختلال في التوازن.

وبمقارنة موقف المشرع الفرنسي بموقف نظيره المصري في هذه المسألة نجد أن المشرع الفرنسي قد منح القضاء سلطة إلغاء الشروط التعسفية في حين أن المشرع المصري كان أكثر مرونة حيث منح القضاء سلطة تعديل الشروط التعسفية بدلاً من إلغائها إذا كان ذلك ممكناً ووفقاً للسلطة التقديرية للقاضي مهتدياً بمقتضيات العدالة.

وبناء على ما سبق يتضح أن السياسية التشريعية في فرنسا قد تطورت منذ صدور القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ حينما رفض المشرع تدخل القضاء لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعاقدية التعسفية - ولو في صورة شرط جزائي - تقديساً لمبدأ سلطان الإرادة إلى أن وصل الحال إلى ما هو عليه الآن من الإقرار بسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي التعسفي وإبطال الشروط التعسفية

الواردة في عقود الإذعان مع التوسع في نطاق هذه الطائفة من العقود لمد الحماية
لعدد أكبر من المتعاقدين.

الفرع الثاني

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك

شهد عام ١٩٧٨ صدور قانون الاستهلاك الفرنسي^١. وكان أهم ما نص عليه هذا القانون هو بطلان الشروط التعاقدية التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك بصفة عامة بصرف النظر عن كونها عقود إذعان^٢. فقد نصت المادة ٣٥ من القانون على أن يصدر مجلس الدولة قائمة بالشروط التعسفية التي يحظر استعمالها في عقود الاستهلاك. وقد أوضحت المادة المذكورة المقصود بالشروط التعسفية حيث عرّفها بأنها الشروط التي يفرضها المهني متعسفاً في استعمال قوته الاقتصادية بحيث يحصل بموجبها على ميزة فاحشة. ومع ذلك لم تنص المادة المذكورة على سلطة القضاء في تقدير مدى تعسف الشروط التعاقدية مستخدماً المعيار المذكور آنفاً الأمر الذي يعني عدم قدرة القضاء على إبطال الشروط التعسفية ما لم يتم النص عليها في مرسوم صادر من مجلس الدولة^٣. وقد استمر هذا الوضع رغم إصدار المشرع عدة قوانين لتعزيز حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية.

¹ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

² Karl Neumayer, Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés, Librairie Droz, Geneve, 1992, P.261.

³ المرجع السابق، ص ٢٦٢.

ومع ذلك فقد اجتهدت محكمة النقض الفرنسية مقررة سلطة القاضي في إبطال الشروط التعسفية دون الاستناد إلى قانون حماية المستهلك عن طريق الاستناد إلى المادة ١١٣٤ من القانون المدني التي تقرر التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية.^١ وقد استمر القضاء في موقفه إلى أن قام المشرع الفرنسي بتقنين سلطة القضاء في تقدير مدى تعسف الشروط التعاقدية في قانون الاستهلاك في عام ١٩٩٥.^٢ كذلك عدل المشرع الفرنسي عن معيار الشرط التعسفي مقررًا تبني معيار جديد هو الاختلال البالغ في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد وهو ما لا يبدو مختلفاً عن فكرة الميزة الفاحشة إلا أن المشرع استبعد ضرورة أن ينشأ هذا الاختلال عن التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.^٣

^١ أ.د. بوادلي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧، ص ٤٨-٤٩.

^٢ المرجع السابق، ص ٤٩. انظر أيضاً: أ.د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٦١.

Loi n°95-96 du 1 février 1995 - art. 1 JORF 2 février 1995.

^٣ كان معيار الشرط التعسفي في قانون الاستهلاك منذ عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٥ هو:

“un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.” Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services – art. 35, Code de la consommation - Article L132-1 Créé par Loi 93-949 1993-07-26 annexe JORF 27 juillet 1993.

ثم أصبح المعيار منذ عام ١٩٩٥ هو:

“un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.” Code de la consommation - Article L132-1 Modifié par Loi n°95-96 du 1 février 1995 - art. 1 JORF 2 février 1995.

وفى ٢٠١٦/٣/١٤ صدر المرسوم بقانون رقم ٣٠١ لسنة ٢٠١٦ بشأن الجزء التشريعي من تقنين الاستهلاك الذي نص على اعتبار الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك "غير مكتوبة".^١ مؤدى ذلك أنه يتعين على القضاء الحكم بإبطال هذه الشروط عند عرض العقد عليه. كذلك نص المشرع على اعتبار هذا الحكم متعلقاً بالنظام العام.^٢ ومن ثم لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك بأن يتنازل المستهلك عن حقه في طلب إبطال الشروط التعسفية.

ووضع المشرع معياراً للشرط التعسفي الذي يتعين الحكم بإبطاله هو أن يكون من شأن موضوعه أو أثره الإخلال البالغ بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد بشكل ضار بالمستهلك.^٣ ومن ثم يجب لإبطال الشرط أن يحدث اختلالاً بالغاً في التوازن بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك. أما الاختلال البسيط في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف فلا يؤدي إلى بطلان الشرط وإلا ترتب على ذلك بطلان الغالبية العظمى من العقود. كذلك يتعين ملاحظة أن الشرط التعسفي الذي يبطل هو ذلك الضار بمصلحة المستهلك. فلا يبطل الشرط التعسفي الضار بمصلحة المهني ذلك أن المشرع قرر أن المستهلك هو الطرف الضعيف الجدير بالحماية القانونية بعكس المهني ذو القوة الاقتصادية التي تمكنه من الدفاع

¹ Code de la consommation – art. L241-1 Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

^٢ المادة السابقة.

³ Code de la consommation – art. L212-1 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

عن مصالحه فضلاً عن أن الأخير هو من يفرض الشروط التعاقدية على المستهلك في أغلب الأحوال.

وقد حاول المشرع مساعدة القضاء في تطبيق معيار الشرط التعسفي سالف الذكر من خلال عدة وسائل. فقد أنشأ المشرع "لجنة الشروط التعسفية" " la Commission des clauses abusives" التابعة لجهاز حماية المستهلك وكلفها بدراسة نماذج العقود التي يستخدمها المهني عادة عند التعاقد مع المستهلك أو غير المهني بغية تقدير مدى تعسف الشروط الواردة في هذه النماذج.¹ وتصدر اللجنة توصياتها بحذف أو تعديل الشروط التي تراها تعسفية.² ورغم أن توصيات هذه اللجنة غير ملزمة إلا أنها تعد وسيلة مساعدة يسترشد بها القضاء لتمييز الشروط التعسفية عن غيرها ومن ثم الحكم بإبطالها.³

كذلك أناط المشرع بمجلس الدولة إصدار مرسوم بتحديد نماذج للشروط التي يتعين اعتبارها تعسفية بصورة قاطعة بعد أخذ رأى لجنة الشروط

¹ Code de la consommation – art. L822-4 Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

² Code de la consommation – art. L822-6 Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

³ أ.د. بوادلي محمد، المرجع السابق، ص ٣٨. انظر أيضا: د. محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ٢٣٤-٢٣٥.

التعسفية.^١ ويترتب على إدراج شرط ما في هذ المرسوم اعتبارها تعسفية بصورة تلقائية دون أن يكون للقضاء أي سلطة تقديرية في هذا الشأن. كما لا يجوز للمهني إثبات أن مثل هذا الشرط غير تعسفي. وقد ذهب الفقه إلى إطلاق اسم "القائمة السوداء" "Listenoire" على الشروط المدرجة بهذا المرسوم وهو مصطلح مأخوذ عن المشرع الألماني.^٢ ومن أمثلة هذه الشروط: الشروط التي تقضى بحق المهني في تعديل الشرط التعاقدي بإرادته المنفردة فيما يتعلق بمدة التعاقد أو ثمن السلعة أو الخدمة، الشروط التي تعفى أو تخفض من التزام المهني بالتعويض في حالة إخلاله بالتزامه التعاقدي والشروط التي تحول دون المستهلك وطلبه إنهاء العقد في حالة امتناع المهني عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.^٣

وفضلاً عن ذلك أناط المشرع بمجلس الدولة إصدار مرسوم آخر –بعد أخذ رأى اللجنة سألقة الذكر – بتحديد نماذج للشروط التي يفترض اعتبارها تعسفية مع السماح للمهني بإثبات عكس ذلك.^٤ ومن ثم فإن إدراج شرط ما في هذا المرسوم لا يعد دليلاً قاطعاً على صفته التعسفية إذ يحق للمهني إثبات أن الشرط ليس تعسفياً.

¹ Code de la consommation – art. L212-1 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

^٢ أ.د. بوادلي محمد، المرجع السابق، ص ٢٠-٢١. انظر أيضاً: أ.د. أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٦٨.

³ Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, Article R212-1.

⁴ Code de la consommation – art. L212-1 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

وبالتالي فإن للقضاء سلطة تقديرية في تقرير مدى تعسف الشروط التعاقدية المدرجة في هذا المرسوم وفقاً لظروف كل عقد على حدة وإن كان من الواجب على القضاء التشدد مع المهني لمصلحة المستهلك إعمالاً للسياسة العامة لقانون الاستهلاك. وقد أطلق الفقه اسم "القائمة الرمادية" "Liste grise" على الشروط المدرجة بهذا المرسوم.¹ ومن أمثلة هذه الشروط: تلك التي تلزم المستهلك الذي يخل بالتزاماته التعاقدية بدفع تعويضات لا تتناسب إطلاقاً مع الضرر الذي أصاب المهني، تلك التي تمنح المهني الحق في إنهاء العقد دون إخطار المستهلك قبل مدة معقولة، والشروط التي تحد من وسائل الإثبات المتاحة للمستهلك.²

جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قرر صراحة أن الصفة التعسفية لا تثبت في الشروط التعاقدية التي تحدد المحل الأساسي للعقد أو ثمن السلعة أو مقابل الخدمة المقدمة طالما كانت هذه الشروط مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة.³ ومن ثم فإن الثمن المبالغ فيه لا ينهض في حد ذاته كسبب لإثبات تعسف الشرط التعاقدية. تفسير ذلك هو ضرورة احترام الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة. فإذا كانت صياغة مثل هذه الشروط واضحة فلا ينبغي المساس بها بحجة أنها تعسفية.

أ.د. بوادلي محمد، المرجع السابق، ص ٢٠-٢١. انظر أيضاً: أ.د. أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص ٦٨.

² Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, Article R212-2.

³ Code Civil – art. 1171 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

• خاتمة المطلب:

وفى ختام هذا المطلب يتضح لنا أن هناك تشابهاً بين منهج كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي في أساليب التصدي للشروط التعاقدية التعسفية إذ واجه كلاهما هذه الظاهرة من خلال القانون المدني وقانون حماية المستهلك. ومع ذلك فقد اختلف مستوى كفاءة أساليب كل مشرع فضلاً عن استجابته للتطورات المعاصرة.

ففي منتصف القرن العشرين كان تفوق المشرع المصري على نظيره الفرنسي واضحاً بفضل صدور القانون المدني المصري في عام ١٩٤٨ مقررًا سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط الجزائية التعسفية بالإضافة إلى وضع أحكام خاصة بعقد الإذعان بالنص صراحة على سلطة القضاء في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية الواردة في هذه العقود. ورغم ذلك فإن محكمة النقض ضيقت من نطاق عقود الإذعان الأمر الذي أدى إلى ضعف سلطة القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في كثير من الأحيان. كذلك فإنه يحسب للمشرع النص على تفسير الشروط الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن رغم أنه كان من الأفضل اتخاذ الموقف ذاته فيما يخص الشروط التعسفية الواردة في عقود المساومة إذا ثبت استقلال الطرف القوي بصياغة العقد.

أما المشرع الفرنسي الذي أصدر قانونه المدني في عام ١٨٠٤ فقد منعه تقديسه لمبدأ سلطان الإرادة من محاولة التصدي للشروط التعسفية حتى الربع

الأخير من القرن الماضي حينما أعطى القضاء سلطة تعديل الشروط الجزائية التعسفية مع ملاحظة عدم إعطائه سلطة إلغائها. كذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون الاستهلاك في عام ١٩٨٧ مقررًا منح مجلس الدولة سلطة إصدار مراسيم بتحديد الشروط التعاقدية التعسفية التي ينبغي اعتبارها باطلة متى وجدت في عقود الاستهلاك. ثم تطور قانون الاستهلاك الفرنسي ليمنح القضاء سلطة تقدير مدى تعسف الشروط التعاقدية لعقود الاستهلاك ومن ثم إبطالها دون الحاجة إلى النص عليها في مراسيم مجلس الدولة. وبذلك تفوق المشرع الفرنسي على نظيره المصري الذي رفض منح القضاء هذه السلطة حتى بعد إصدار قوانين حماية المستهلك في عام ٢٠٠٦ وعام ٢٠١٨. فاقترنت فائدة قانون حماية المستهلك المصري فيما يتعلق بمسألة التصدي للشروط التعسفية في النص على قائمة بالشروط التعسفية في القانون ذاته.

وفي عام ٢٠١٦ واصل المشرع الفرنسي صحوته في مواجهة الشروط التعسفية بتنظيم عقود الإذعان متوسعاً في نطاقها بعكس نظيره المصري ومقررًا تفسير الشروط التعاقدية الواردة في هذه العقود لمصلحة الطرف المذعن فضلاً عن منح القضاء سلطة إبطال الشروط التعسفية الواردة فيها دون أن يكون له سلطة تعديلها بعكسما فعل المشرع المصري الذي سمح للقضاء بتعديلها أو بإلغائها.

وبعد أن قمنا في هذا المطلب بتحليل موقف المدرسة اللاتينية من مسألة الشروط التعاقدية التعسفية من خلال تحليل ومقارنة القانون المصري والقانون الفرنسي ننتقل الآن لدراسة موقف المدرسة الأمريكية من المسألة ذاتها.

المبحث الثاني

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في المدرسة الأمريكية

بعكس الحال في مصر وفرنسا، فإنه نظراً للنشأة القضائية للقانون الأمريكي فإن القضاء الأمريكي بدأ فيالتصدي لمهمة مواجهة الشروط التعسفية في العقود دون الاستناد إلى نصوص تشريعية. فقد استندت المحاكم الأمريكية في بادئ الأمر إلى السوابق القضائية في إنجلترا التي ترجع إلى القرن السابع عشر لتبرير بطلان الشروط التعاقدية التعسفية وسلطةالقاضي في تعديل العقد المتضمن مثل هذه الشروط.¹

ففي عام ١٦٦٣ في إنجلترا صدر الحكم في قضية جيمس ضد مورجانالتي تخلص وقائعها في اتفاق مورجان مع جيمس على شراء حصان الأخير على أن يتحدد الثمن وفقاً لعدد المسامير المثبتة في حذاء الحصان بحيث يدفع المشتري حبة شعير مقابل المسمار الأول على أن يتضاعف الثمن مع كل مسمار إضافي يتم اكتشافه في حذاء الحصان.² وعند فحص الحذاء تبين وجود ٣٢ مسمار وهو أمر غير معتاد لم يكن من الممكن توقعه من جانب المشتري أو

¹William B. Davenport, Unconscionability and the Uniform Commercial Code, 22 U. Miami L. Rev. 121, 124-125 1967.

² James v. Morgan, 1 Lev. 111, 83 Eng. Rep. 323 1663.

مشار إليه في:

Hume v. United States, 132 U.S. 406, 10 S. Ct. 134, 33 L. Ed. 393 1889.

الشخص العادي.^١ وقد ترتب على وجود هذا العدد من المسامير أن أصبح الثمن يعادل ١٠٠ جنيه رغم أن القيمة الحقيقية للحصان هي ٨ جنيه فقط فرفض المشتري تنفيذ العقد.^٢ وبعرض الأمر على القضاء اعتبرت المحكمة هذا العقد تعسفياً وقضت بعدم إلزام المشتري بدفع ١٠٠ جنيه واكتفت بإلزامه بدفع القيمة الحقيقية فقط وهي ٨ جنيه.^٣

يعد هذا الحكم هو السابقة التي استندت إليها المحاكم الأمريكية لمواجهة الشروط التعاقدية التعسفية وهو ما أشارت له صراحة المحكمة العليا الأمريكية في قضية هيوم ضد الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٨٩ عندما أُرست مبدأ يقضى بعدم إلزام المدين الذي امتنع عن تنفيذ التزامه التعاقدى التعسفي على دفع الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد بل يقتصر التعويض على ذلك الذي يجبر الضرر الفعلي فقط.^٤ مؤدى ذلك هو اعتبار الشرط الجزائي التعسفي باطلاً.

وتخلص وقائع القضية سالفة الذكر في إعلان الحكومة الأمريكية عن الرغبة في شراء قشر ذرة بسعر ٦٠ سنت للرطل. وقد تم التعاقد مع هيوم لشراء قشر الذرة بهذا السعر فعلاً رغم أن القيمة السوقية للرطل تتراوح بين ٠.٧٥ و ١.٧٥ سنت

^١ Davenport، المرجع السابق، ص ١٢٥.

^٢ Davenport، المرجع السابق، ص ١٢٥.

^٣ المرجع السابق، نفس الموضوع.

^٤ Hume v. United States, 132 U.S. 406, 411, 10 S. Ct. 134, 136, 33 L. Ed.

393 1889.

للرطل. وبعد تنفيذ العقد واستهلاك قشر الذرة رفضت الحكومة دفع ٦٠ سنت للرطل مدعية وقوع خطأ ماديني العقد وأنها كانت تقصد ٦٠ سنت لمائة رطل.^١ مؤدى ذلك أن الحكومة ترغب في اعتبار ثمن الرطل ٠.٦٠ سنت وهو ما يقل عن متوسط سعر السوق سالف الذكر.

وفى ظل عدم وجود دليل قاطع على وقوع خطأ مادي في كتابة العقد وعدم وجود أي دليل على تدليس من جانب هيوم اعتبرت المحكمة أن العقد تعسفياً وقضت بأنه "إذا كان العقد تعسفياً إلا أنه ليس باطلاً بسبب التدليس فإن التعويض الذي يدفعه المدين يقتصر على التعويض العادل فقط بصرف النظر عما هو مكتوب بالعقد."^٢

وفى عام ١٩٤٨ أرست الدائرة الثالثة لمحكمة الاستئناف الفيدرالية مبدأً جديد يسهم في مواجهة الشروط التعاقدية التعسفية يقضى بعدم أحقية المدعى في طلب التنفيذ العيني للعقد التعسفي.^٣ وقد أقر هذا المبدأ في قضية كامبل سوب ضد وينتزلتي تخلص وقائعها فيتعاقد شركة كامبل - وهي شركة مالكة لسلسلة مطاعم متخصصة في الحساء - مع وينتزل - وهو مزارع يمتلك ١٥ فدان مزروعاً بالجزر

^١ الحكم السابق، 132 U.S. 406, 406, 10 S. Ct. 134, 135, 33 L. Ed. 393.

^٢ الحكم السابق، 132 U.S. 406, 413, 10 S. Ct. 134, 137, 33 L. Ed. 393.

^٣ Carrots Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80 3d Cir. 1948.

في موسم عام ١٩٤٧ - على شراء محصول الجزر بالكامل في هذا الموسم.^١ واتفق الطرفان على حساب ثمن الطن بسعر يتراوح بين ٢٣ دولار و ٣٠ دولار وفقاً لسعر السوق وقت التسليم.^٢ وفي وقت التسليم كان سعر السوق ٩٠ دولار للطن فرفض وينتز تنفيذ العقد بسعر ٣٠ دولار للطن مما دفع شركة كامبل لمقاضاته لطلب التنفيذ العيني.^٣

رفضت محكمة أول درجة طلب التنفيذ العيني.^٤ وأيدت محكمة الاستئناف الحكم وذكرت أنه لا يمكن طلب التنفيذ العيني للعقد التعسفي.^٥ واستعرضت المحكمة - تأييداً لحكمها - الشروط التعسفية في العقد. فقد نص الشرط التاسع في العقد على أحقية شركة كامبل في رفض استلام أي كمية من المحصول زائدة عن حاجتها.^٦ وفي حالة حدوث مثل هذا الرفض فإنه لا يحق لوينتز بيع المحصول إلا بموافقة شركة كامبل.^٧ مؤدى هذا الشرط هو أن يقوم وينتز بتخزين المحصول على نفقته إلى أن يفسد مالم توافق شركة كامبل على شرائه أو السماح لوينتز ببيعه

^١الحكم السابق، ص ٨١.

^٢الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٣الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٤Campbell Soup Co. v. Wentz, 75 F. Supp. 952, 952 E.D. Pa., aff'd, 172 F.2d 80 3d Cir. 1948.

^٥Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80, 83 3d Cir. 1948.

^٦الحكم السابق، ص ٨٤.

^٧الحكم السابق، ص ٨١.

للغير. وقد ساهم في قناعة المحكمة بأن العقد تعسفي أنه قد تمت كتابته على نموذج قامت الشركة بإعداده وجاءت معظم بنوده منحازة للشركة كالتزام المزارع بدفع شرط جزائي في حالة إخلاله بالتزامه في حين أن الشركة لا تلتزم بدفع شرط جزائي في حالة إخلالها بأي من التزاماتها.^١ وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب التنفيذ العيني.^٢

إن المبدئين سالف الذكر اللذين أقرتهما المحكمة العليا ومحكمة الاستئناف الفيدرالية في القرنين السابقين كانا حجر الأساس في مواجهة الشروط التعسفية في العقود. وقد ساهم بشدة في توفير حماية جديّة للمتعاقد من الشروط التعسفية تبني الولايات مشروع التقنين التجاري الموحد Uniform Commercial Code وتضمن هذا التقنين في نصوصها التشريعية.

ففي أواخر القرن التاسع عشر أدركت الولايات المشاكل القانونية الناتجة عن العلاقات القانونية الناشئة بين أفراد ينتمون إلى ولايات مختلفة فظهرت الحاجة إلى توحيد قوانين الولايات خاصة في الفروع المتعلقة بالتجارة لا سيما العقود بصفة عامة وعقد البيع بصفة خاصة. لذلك أنشأت جمعية مفوضية القانون الموحد Uniform Law Commission في عام ١٨٩٢ بغرض اقتراح تشريعات موحدة للولايات في شتى فروع القانون دون المساس بحرية برلمان كل ولاية في تبني

^١الحكم السابق، ص ٨٣.

^٢الحكم السابق، نفس الموضوع.

الاقتراح أو رفضه.^١ وبناء على ذلك أصدرت مفوضية القانون الموحد عدة اقتراحات بقوانين ذات الصلة بالتجارة مثل قانون البيوع الموحد في عام ١٩٠٦.^٢ وقد وُصِفَ هذا الأخير بأنه أول محاولة جديّة لتقنين وتوحيد قانون البيوع الأمريكي.^٣

وفي عام ١٩٤٠ قررت مفوضية القانون الموحد العمل على اقتراح تقنين تجارى موحد يضم جميع الجوانب المتعلقة بالتجارة.^٤ وفي عام ١٩٤٢ دخلت مفوضية القانون الموحد في شراكة مع معهد القانون الأمريكي^٥ من أجل كتابة هذا

^١ إن "مفوضية القانون الموحد" هو الاسم المختصر لجمعية "المؤتمر الوطني للمفوضين حول القوانين الموحدة للولايات". لمزيد من المعلومات عن المفوضية يمكن زيارة موقعها الرسمي على شبكة الانترنت: <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>.

^٢ الموقع الرسمي لمفوضية القانون الموحد: <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

^٣ Donald J. Smythe, Why Was the Uniform Sales Act Adopted in Some States but Not Others? Mar. 29, 2008 unpublished manuscript, available at:

<https://pdfs.semanticscholar.org/d24f/494c3d13a5d2ab297f4fa8e264269c3dbb57.pdf>

^٤ الموقع الرسمي لمفوضية القانون الموحد: <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

^٥ تم إنشاء معهد القانون الأمريكى في عام ١٩٢٣ على أن تكون عضويته من كبار القضاة والمحامين وأساتذة القانون بهدف توضيح وتبسيط المبادئ القانونية الواردة في السوابق القضائية من خلال سلسلة إصدارات المعهد "إعادة صياغة القانون" ووضع نماذج للتقنينات.

<https://www.ali.org/about-ali/>

التقنين والذي اكتمل في عام ١٩٥١ وأصبح متاحاً للولايات أن تتبناه.^١ وبالفعل تبنت جميع الولايات كل أو جزء من التقنين التجاري الموحد.^٢

وقد أدى تبني الولايات المختلفة لهذا التقنين إلى تأكيد وتحديد آلية سلطة القضاء في مواجهة الشروط التعاقدية التعسفية إذ ينص التقنين في مادته ٣٠٢/٢ على أن:

(١) إذا وجدت المحكمة - كمسألة قانون - أن العقد أو أي من شروطه تعسفياً وقت إبرامه يجوز للمحكمة رفض إنفاذ العقد أو إنفاذه باستثناء الشرط التعسفي أو تقييد إنفاذ الشرط التعسفي لتفادي أي نتيجة تعسفية.

(٢) عندما - يدعى أو يتبين للمحكمة - أن العقد أو أي من شروطه قد يكون تعسفياً تُمنح الأطراف الفرصة المعقولة لتقديم الأدلة المتعلقة بإطاره التجاري وغرضه وتأثيره من أجل مساعدة المحكمة في اتخاذ القرار.^٣

وبذلك أصبحت تشريعات الولايات الأمريكية المختلفة تنص صراحة على سلطة القاضي في رفض إنفاذ العقد أو الشرط التعسفي باستثناء ولاية لويزيانا التي

^١ الموقع الرسمي لمفوضية القانون الموحد: <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

^٢ An Overview of U.C.C. Adoptions, 50 No. 2 U.C.C. Law Letter NL 1 April 2016.

يلاحظ أن إقليم بورتوريكو لم يتبنى التقنين التجاري الموحد إلا أن هذا الاقليم لا يعتبر ولاية أمريكية.

^٣Unif. Commercial Code § 2-302, Unconscionable Contract or Clause.

رفضت تبني المادة سالفه الذكر في تشريعاتها فأصبح لها أسلوبها الخاص في مواجهة الشروط التعسفية من خلال التقنين المدني الخاص بها.¹

يلاحظ أن نطاق تطبيق المادة ٣٠٢/٢ من التقنين التجاري الموحد سالفه الذكر يقتصر على عقود بيع البضائع Sale of Goods Contracts فقط وهيمنقولات بطبيعة الحال.^٢ وبالتالي فإن هذه المادة لا تطبق على عقود بيع العقارات Real Estate Contracts وعقود الخدمات Service Contracts.^٣ ومع ذلك فقد قامت المحاكم الأمريكية بمد نطاق تطبيق هذه المادة إلى العقود سالفه الذكر استناداً إلى أن هذه المادة تتضمن سياسة عامة واجبة الاتباع في جميع العقود.^٤

¹ An Overview of U.C.C. Adoptions, 50 No. 2 U.C.C. Law Letter NL 1 April 2016.

²Unif. Commercial Code § 2-102, Scope; Certain Security and Other Transactions Excluded from This Article.

³Gary D. Spivey, Annotation, Applicability of UCC Article 2 to Mixed Contracts for Sale of Business Goods and Services Other Than Distributorship, Computer, Manufacturing, Construction, and Similar Contacts, 25 A.L.R.7th, Art. 4 2017.

⁴ Ronald L. Hersbergen, Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code, 43 LA. L. REV. 1315, 1316, fn.3 1983.

وفيما يتعلق بتعريف العقد التعسفي فقد تبنت المحكمة العليا الأمريكية ذات التعريف المتداول في السوابق القضائية الممتدة منذ عام ١٧٥٠^١ وهو "العقد الذي لا يقبله الشخص مالم يكن تحت تأثير وهم من جانب ولا يقبله الشخص العادل النزيه على غيره من جانب آخر".^٢

واستقر الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية على معيار الشرط التعسفي وهو غياب الخيار الجديدى أحد الطرفين أثناء التعاقد مع وجود شروط تعاقدية متحيزة بصورة غير معقولة لمصلحة الطرف الآخر.^٣

ويتضح مما سبق أن معيار الشرط التعسفي هو معيار مزدوج ينطوي على عنصرين هما:

أولاً: تعسف إجرائي Procedural Unconscionability: ويُقصد به عدم عدالة مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد.

¹Earl of Chesterfield v Janssen 1750 2 Ves Sr 125, 28 Eng Reprint 82, cited in: V. Woerner, Annotation, "Unconscionability" as ground for refusing enforcement of contract for sale of goods or agreement collateral thereto, 18 A.L.R.3d 1305, §2, n.3 1968, Restatement Second of Contracts § 208 1981.

² Hume v. United States, 132 U.S. 406, 406, 10 S. Ct. 134, 136, 33 L. Ed. 393 1889.

³Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 D.C. Cir. 1965.

ثانياً: تعسف موضوعي Substantive Unconscionability: ويُقصد به عدم عدالة شروط العقد ذاتها.^١

ومع ذلك فقد استقر القضاء الأمريكي على أن العنصرين سالف الذكر لا ينبغي أن يتوافرا في الشرط التعاقدي بذات الدرجة حتى يعتبر شرطاً تعسفياً.^٢ فكلما زادت نسبة التعسف الإجرائي يكفي إثبات قدر أقل من التعسف الموضوعي والعكس صحيح.^٣ فكلما زادت نسبة التعسف الموضوعي يكفي إثبات قدر أقل من التعسف الإجرائي.

وفضلاً عن ذلك فإن الشرط التعاقدي قد يعتبر تعسفياً في غياب التعسف الإجرائي إذا كان التعسف الموضوعي جسيماً.^٤ أما العكس فهو غير صحيح؛ فالتعسف الإجرائي الجسيم لا يصلح وحده كأساس لاعتبار الشرط التعاقدي تعسفياً في غياب التعسف الموضوعي.^٥ تفسير ذلك هو أن التعسف الإجرائي الجسيم غير

^١ يرجع الفضل في الوصول إلى هذا المعيار إلى الفقيه آرثر ألن ليف في بحثه الشهير بمجلة جامعة بانسلفانيا:

Arthur Allen Leff, Unconscionability and the Code – the Emperor's New Clause, 115 U. PA. L. REV. 485 1967.

^٢ Eisen v. Venulum Ltd., 244 F. Supp. 3d 324, 341 W.D.N.Y. 2017, appeal withdrawn, No. 17-1208, 2017 WL 8948730 2d Cir. Nov. 6, 2017.

^٣ الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٤ الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٥ Ayala v. Cont'l Servs., 146 Wash. App. 1046 2008.

متصور إلا في حالة عدم تعبير المتعاقد عن إرادته بالموافقة على العقد أو قيامه بالتعبير عن إرادته في وجود عيب من عيوب الإرادة مما يسمح بإبطال العقد دون الحاجة إلى وصفه بالتعسف.

ونقوم فيما يلي بتحليل عنصري معيار الشرط التعسفي في القانون الأمريكي مع عرض بعض التطبيقات القضائية التي تساهم في فهم المعيار بشكل دقيق وذلك وفقاً للخطة الآتية:

المطلب الأول: التعسف الإجرائي

المطلب الثاني: التعسف الموضوعي

المطلب الأول التعسف الإجرائي

سبق وأن أوضحنا أن التعسف الإجرائي يظهر قبل التعاقد أثناء مرحلة المفاوضات إلا أن ذلك لا يعني ضرورة تساوى قوة الطرفين في التفاوض. ¹فحتى يمكن القول بوجود تعسف إجرائي يجب إثبات عدم نزاهة المفاوضات بمعنى إثبات سوء نية الطرف القوي الذي يقوم بصياغة العقد عادة. ² لذلك يفترض وجود التعسف الإجرائي في حالة جرم الطرف القوي - قبل التعاقد - بأن الطرف الضعيف لن يتمكن من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو أنه لن يحقق الاستفادة التي يتوقعها من العقد. فالالتزام بمقتضيات مبدأ حسن النية في العقود تفرض على الطرف القوي تنبيهه من يتعاقد معه إلى ذلك.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن التعسف الإجرائي يتخذ عادة إحدى صورتين هما: (١) المفاجأة غير العادلة Unfair Surprise، و(٢) القبول

¹Restatement Second of Contracts § 208 1981.

²DAVID FRISCH, LAWRENCE'S ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE § 2-302:178 3rd ed..

الاضطراري Oppression. ونقوم فيما يلي بإلقاء الضوء على هاتين الصورتين وفقاً للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: المفاجأة غير العادلة

الفرع الثاني: القبول الاضطراري

'يدرك الباحث أن الترجمة الحرفية الأدق لمصطلح Oppression هي "الإذعان" إلا أنه يفضل استخدام مصطلح "القبول الاضطراري" للدلالة على المعنى المقصود وتقديماً للخلط بين هذا المصطلح وبين مصطلح عقد الإذعان الذي سيتم مناقشته لاحقاً.

الفرع الأول

المفاجأة غير العادلة

يثبت التعسف الإجرائي إذا قام الطرف القوي باستغلال مفاجأة غير عادلة تعرض لها الطرف الضعيف من أجل فرض شرط تعاقدى منحاز لمصلحته بصورة مبالغ فيها.¹ ويكون مصدر هذه المفاجأة غير العادلة عادة إما جهل الطرف الضعيف بوجود الشرط التعاقدى الذي قام بتوقيعه أو علمه بوجود الشرط مع جهله بالآثار القانونية المترتبة عليه بحيث يتفاجأ الطرف الضعيف بوجود الشرط أو بآثاره القانونية عقب التعاقد.

ويجب ألا يفهم من ذلك أن الشرط التعاقدى يبطل لمجرد جهل الطرف الضعيف بوجوده أو بآثاره. فمن المستقر عليه أن الأصل هو التزام المتعاقد بالعقد الذي يقوم بتوقيعه ولو كان جاهلاً بمحتواه أو بآثاره إذ أن هناك التزاماً على المتعاقد بقراءة شروط العقد وفهم آثاره قبل التوقيع عليه. فإن قام بالتوقيع على العقد دون أن يفعل ذلك فلا يلومن سوى نفسه.

ومع ذلك فإن مقتضيات مبدأ حسن النية توجب على الطرف القوي عدم استغلال جهل الطرف الضعيف من أجل تضمين العقد شروطاً منحازة لمصلحته بصورة مبالغ فيها وإلا كان جزء ذلك بطلان هذه الشروط بوصفها شروطاً

¹In re Marriage of Shanks, 758 N.W.2d 506, 517-18 Iowa 2008.

تعسفية.¹ فاستغلال جهل الطرف الضعيف يؤدي إلى قصر التزاماته التعاقدية على تلك المعتادة أو المتوقعة في مثل نوع العقد الذي يبرمه.² تفسير ذلك هو أن استغلال الطرف القوي لجهل الطرف الضعيف يعد سلوكاً منافياً لاعتبارات حسن النية ويقترب من التدليس إن لم يشكل تدليساً بالفعل.³ لذلك ذهب القضاء الأمريكي إلى أن الهدف من إبطال الشروط التعاقدية التعسفية ليس تدارك التباين بين حقوق والتزامات أطراف العقد وإنما تقياد قيام الطرف الأقوى بمفاجأة الطرف الأضعف بشروط ظالمة جائرة.⁴

ومن البديهي وجوب أن يكون جهل الطرف الضعيف بوجود الشرط أو بآثاره القانونية هو الذي دفعه إلى التعاقد بحيث لو علم بوجوده وأدرك آثاره القانونية لامتنع عن إبرام العقد.

تتوافر المفاجأة غير العادلة في كثير من الحالات التي يثبت فيها سوء نية الطرف القوي في العقد. فعلى سبيل المثال قد يعتمد الطرف الذي قام بصياغة العقد

¹ Kugler v. Romain, 58 N.J. 522, 544, 279 A.2d 640, 652 1971.

² Germantown Mfg. Co. v. Rawlinson, 341 Pa. Super. 42, 57, 491 A.2d 138, 146 1985.

³ DAVID FRISCH, LAWRENCE'S ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE § 2-302:101 3rd ed..

⁴ Brower v. Gateway 2000, Inc., 246 A.D.2d 246, 253, 676 N.Y.S.2d 569, 573 1998.

إلى كتابة شرط غير معتاد فيمثل نوع العقد الذي يقوم بإبرامه وينحاز لمصلحته بصورة مبالغ فيها وسط عدد كبير من الشروط التعاقدية المعتادة في مثل نوع العقد فضلاً عن استخدام خط أصغر من الخط المستخدم لكتابة باقي الشروط التعاقدية على نحو لا يتناسب مع أهمية الشرط التعسفي. وتعتبر قضية لوكاس ضد هرتز مثالاً لهذه الحالة.¹ ففي هذه القضية قام المدعى باستئجار سيارة من شركة هرتز وكان عقد الإيجار ينص على إقرار المستأجر بأنه قد قرأ وفهم ووافق على الشروط الموجودة بملحقي العقد والشروط المطبوعة على حافظة المستندات المستخدمة لوضع العقد وملاحقه بداخلها.² وعند محاولة المستأجر اللجوء إلى القضاء بسبب تعرضه لحادث بسبب عيب فني في السيارة دفعت الشركة بعدم اختصاص المحكمة إعمالاً لاتفاق تحكيم بين الطرفين موجود في العمود الخامس من الشروط المطبوعة على حافظة المستندات.³

انتهت المحكمة إلى وجود تعسف إجرائي نظراً لتعرض المستأجر لمفاجأة غير عادلة تتمثل في اتفاق التحكيم غير المذكور في العقد وإن كان العقد قد أحال المستأجر للشروط المطبوعة على حافظة المستندات التي يوجد بها شرط التحكيم.⁴ فقد تبين للمحكمة أن شرط التحكيم الموجود ضمن آلاف الكلمات المكتوبة

¹Lucas v. Hertz Corp., 875 F. Supp. 2d 991, 996–97 N.D. Cal. 2012.

²الحكم السابق، ص 995.

³الحكم السابق، ص 996.

⁴الحكم السابق، ص 1006.

على حافظة المستندات كان الشرط الوحيد المطبوع بحروف صغيرة Small Letters بدلاً من الحروف الكبيرة Capital Letters المطبوع بها باقي الشروط الواردة على الحافظة، فضلاً عن أن حجم الخط ذاته Font Size كان صغيراً بصورة مبالغ فيها.^١ كذلك فإن عنوان اتفاق التحكيم لم يكن "اتفاق تحكيم" بل كان "القانون واجب التطبيق والاختصاص القضائي".^٢ وأخيراً فإن حافظة المستندات المطبوع عليها شرط التحكيم لم يكن المفترض أن يقوم المستأجر بالتوقيع عليها بعكس العقد وملحقه.^٣

ومن ثم تكون المحكمة قد اعتبرت أن شرط التحكيم - وهو شرط متحيز بصورة غير معقولة للطرف الذي قام بصياغة العقد لأنه يحرم المستأجر من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي - مثل مفاجأة غير عادلة للمستأجر نظراً لأن مكان الشرط غير متوقع في مثل هذا النوع من العقود الأمر الذي يبرر ادعاء المستأجر بأنه لم يعلم بوجود الشرط رغم توقيعه على العقد. وبناء على ذلك يمكن القول أن المحكمة قد استخلصت سوء نية الشركة من مكان وجود الشرط التعاقدية.

كذلك قد تتوافر المفاجأة غير العادلة بسبب التباين الكبير في مستوى الخبرة والمعرفة الفنية بين المتعاقدين بحيث يقوم الطرف الأقل خبرة بالتوقيع على

^١الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٢الحكم السابق، ص ٩٩٦.

^٣الحكم السابق، نفس الموضوع.

العقد نتيجة لنقص خبرته ومعرفته الفنية. وتعد قضية انداسترياليز ضد انتربرايزس¹ مثالاً على هذه الحالة. ففي هذه القضية استأجرت شركة انتربرايزس أجهزة لحرق النفايات من شركة انداسترياليز بعد تأكيد الأخيرة - شفهيًا - أن أجهزتها تلائم احتياجات الشركة المستأجرة.² ومع ذلك فقد تضمن العقد المكتوب بينهما شرطاً يقضى بأن الشركة المستأجرة قد تأكدت بنفسها من أن الأجهزة تلائم احتياجاتها مع إعفاء الشركة المؤجرة من أي مسؤولية إذا تبين عكس ذلك.³

اعتبرت المحكمة أن التعسف الإجرائي موجوداً في هذه القضية نظراً لأن الشركة المستأجرة تعرضت لمفاجأة غير عادلة نتيجة لقلّة خبرتها ومعرفتها الفنية بالأجهزة محل العقد الأمر الذي لم يمكنها من اكتشاف عدم ملاءمة هذه الأجهزة لاحتياجاتها خاصة في ظل تأكيد الشركة المؤجرة شفويًا أثناء مرحلة المفاوضات على ملاءمة الأجهزة.⁴ لذلك فإنه في ظل هذه الظروف يعتبر شرط الإعفاء من المسؤولية تعسفياً وبالتالي يصبح غير نافذ.⁵

¹Industralease Automated & Sci. Equip. Corp. v. R.M.E. Enterprises, Inc., 58 A.D.2d 482, 483, 396 N.Y.S.2d 4271977.

²الحكم السابق، 58 A.D.2d 482, 483, 396 N.Y.S.2d 427, 428.

³الحكم السابق، 58 A.D.2d 482, 484, fn. 2, 396 N.Y.S.2d 427, 428, fn. 2.

⁴الحكم السابق، 58 A.D.2d 482, 490, 396 N.Y.S.2d 427, 432.

⁵الحكم السابق، نفس الموضوع.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن المحكمة قد استنتجت سوء نية المؤجر من ادعائه شفاهه ملاءمة أجهزته لاحتياجات المستأجر بالرغم من توقيع المستأجر على العقد الذي ينص صراحة على إقرار المستأجر بالتأكد من ملاءمة الأجهزة لاحتياجاته وإعفاء المؤجر من المسؤولية في حالة ثبوت العكس.

كذلك قد تتوافر المفاجأة غير العادلة بسبب أمية الطرف الضعيف وضعف مستواه في اللغة التي تمت صياغة العقد بها. وتعد قضية ستول ضد شونج لور زيونج تطبيقاً لهذه الحالة.¹ ففي هذه القضية اشترى شونج من ستول ٦٠ فدان لعمل مزرعة دواجن.^٢ وتضمن العقد المكتوب بينهما شرطاً يقضى بحصول البائع على فضلات الدواجن لمدة ثلاثين عاماً من تاريخ التعاقد.^٣ فامتنع المشتري عن تنفيذ هذا الشرط الأمر الذي دفع البائع إلى مقاضاته.^٤

انتهت المحكمة إلى توافر تعسف إجرائي من جانب البائع نظراً لأنه تبين للمحكمة أن المشتري لا يجيد قراءة اللغة الإنجليزية فضلاً عن ضعف مستواه التعليمي بصفة عامة.^٥ ورغم استعانتة بمترجم فإن المترجم- الذي لم تكن لغته

¹ Stoll v. Chong Lor Xiong, 2010 OK CIV APP 110, 241 P.3d 301 2010.

^٢ الحكم السابق، 2010 OK CIV APP 110, ¶ 6, 241 P.3d 301, 303.

^٣ الحكم السابق، 2010 OK CIV APP 110, ¶ 12, 241 P.3d 301, 304.

^٤ الحكم السابق، 2010 OK CIV APP 110, ¶ 9, 241 P.3d 301, 303.

^٥ الحكم السابق، 2010 OK CIV APP 110, ¶ 19, 241 P.3d 301, 306.

الأساسية هي الإنجليزية - فشل في ترجمة الشرط المذكور.^١ وفضلاً عن ذلك فإن البائع لم ينبه المشتري لوجود هذا الشرط قبل التعاقد. ورفضت المحكمة دفاع البائع بأن المشتري كان يستطيع اللجوء إلى مترجم آخر لشرح العقد له ومن ثم فإن المشتري هو من أهمل في معرفة حقيقة التزاماته التعاقدية قبل توقيع العقد.^٢

وبناء على ما سبق يمكن القول أن المحكمة قد استخلصت سوء نية المشتري من علم البائع بفشل المشتري في فهم الشرط وامتناعه رغم ذلك عن مساعدته في فهمه آملاً في موافقة الأخير وهو مالم يكن ليحدث لو فهم الشرط.

كما تتحقق المفاجأة غير العادلة في حالة لجوء الطرف القوي - الذي يقوم بصياغة العقد عادة - إلى استخدام لغة فنية معقدة لا يفهمها الشخص العادي وقت التعاقد.^٣ ومن ثم يتوصل الطرف القوي إلى توقيع الطرف الضعيف على العقد نتيجة لجهله بالآثار القانونية المترتبة على شروطه. وتعد قضية إفيو ضد فيدكس تطبيقاً لهذه الحالة.^٤ ففي هذه القضية رفضت المحكمة إنفاذ شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد رغم أنه كان مكتوباً بخط واضح وبصياغة مفهومة

^١الحكم السابق، 2010 OK CIV APP 110, ¶ 12, 241 P.3d 301, 304.

^٢الحكم السابق، 2010 OK CIV APP 110, ¶ 5, 241 P.3d 301, 302.

^٣Zuver v. Airtouch Commc'ns, Inc., 153 Wash. 2d 293, 307, 103 P.3d 753, 761 2004.

^٤Effio v. FedEx Ground Package, 2009 WL 775408 D. Ariz. March 20, 2009.

ومعنون بعبارة "التحكيم عند زعم الإنهاء الخاطئ للعقد" بخط عريض.^١ وأرجعت المحكمة السبب في رفض إنفاذ الشرط إلى أنه قد أحال إلى الملحق السابع للعقد الذى يتضمن شروط وأحكام اتفاق التحكيم إلا أن هذه الشروط والأحكام مكتوبة بلغة فنية لا يستطيع غير المحامي فهمها رغم أنها على قدر كبير من الأهمية.^٢ فعلى سبيل المثال تنص الشروط والأحكام على حد أقصى لمبلغ التعويض الذى يدفع فى حالة الإخلال بالعقد وضرورة اللجوء للتحكيم خلال ٩٠ يوم فقط من تاريخ الإخلال بالعقد.^٣

وبناء على ما سبق يمكن القول أن المحكمة قد استخلصت سوء نية الطرف القوى من كتابة عبارات قانونية لا يفهما سوء المتخصص ورغم ذلك لم يتم بشرح هذه العبارات بلغة مبسطة إلى الطرف الضعيف كما لم ينصحه باستشارة محامٍ.

كذلك تتوافر المفاجأة غير العادلة فيحالة عدم إتاحة الطرف القويالذييقيم بكتابة العقد الفرصة المعقولة للطرف الضعيف لقراءة العقد بتأني للاطلاع على كامل شروطه وفهم معناها والاستعانة بمحامٍ إن قدر ملاءمة ذلك. وتعد قضية

^١الحكم السابق، ص ٤.

^٢الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٣الحكم السابق، ص ١.

جيرمن تاون ضد راولنسن تطبيقاً لهذه الحالة.¹ ففي هذه القضية اكتشفت شركة جيرمن تاون قيام عامل لديها باختلاس مبلغ من المال فعرضت عليه الإقرار بمسئوليته والتعهد بدفع المبلغ الذي قام باختلاسه على أن يتم تحديد هذا المبلغ لاحقاً عن طريق الشركة بعد مراجعة الحسابات.² وبناء على طلب الشركة قامت زوجة العامل (السيدة راولنسن) بالتوقيع على الاتفاق بحيث أصبحت متضامنة مع زوجها في دفع المبلغ. وبعد توقيع الزوجة قامت الشركة بتحديد المبلغ المالي بقيمة تفوق توقعات الزوجة بصورة كبيرة فأقامت دعواها طالبة الحكم بعدم نفاذ الاتفاق باعتباره تعسفياً.³

انتهت المحكمة إلى اعتبار الاتفاق تعسفياً بالفعل وأسست حكمها على أن الشركة فاجأت الزوجة بطلب توقيعها على ما يفيد تضامنها مع زوجها في دفع المبلغ المطلوب خلال جلسة لم تستمر سوى ٣٠ - ٤٥ دقيقة.⁴ كما قللت الشركة من أهمية استشارة الزوجة لمحامٍ ومن مسئوليتها القانونية الناتجة عن توقيعها.⁵ ومن ثم فإن الشركة تكون قد استغلت جهل الزوجة بالآثار القانونية المترتبة على توقيعها

¹Germantown Mfg. Co. v. Rawlinson, 341 Pa. Super. 42, 491 A.2d 138 1985.

²الحكم السابق، 341 Pa. Super. 42, 44, 491 A.2d 138, 139.

³الحكم السابق، 341 Pa. Super. 42, 46, 491 A.2d 138, 140.

⁴الحكم السابق، 341 Pa. Super. 42, 45, 491 A.2d 138, 140.

⁵الحكم السابق، 341 Pa. Super. 42, 58-59, 491 A.2d 138, 147.

رغم أن مقتضيات حسن النية كانت تقضى بأن تشرح الشركة لها هذه الآثار أو على الأقل لا تدعى عدم أهمية استشارة محامٍ قبل التوقيع.

جدير بالذكر أن حالات المفاجأة غير العادلة لا تخضع لحصر. ومن ثم فإن ما سبق تعداده من حالات لا يعدو أن يكون مجرد أمثلة. وتستقل المحكمة بتقدير مدى وجود مفاجأة غير عادلة وفقاً لظروف كل عقد على حدة.¹

ويستطيع الطرف القائم بكتابة العقد تفادي ادعاء الطرف الآخر وجود مفاجأة غير عادلة بأن يقوم بتنبيه الأخير إلى وجود الشرط غير المعتاد وشرح آثاره القانونية إذا دعت الحاجة إلى ذلك.² فسواء كان مصدر المفاجأة غير العادلة هو اللغة الفنية المعقدة التي كُتِبَ بها العقد أو الخط الصغير غير الواضح أو عدم إتاحة الفرصة للطرف الضعيف لقراءة العقد بنأني أو غير ذلك من الأسباب فإنه يمتنع على المدين بالالتزام الادعاء بوجود تعسف إجرائي يتمثل في مفاجأة غير عادلة إذا كان الدائن قد نبهه إلى وجود هذا الشرط وآثاره.

أما عن وسيلة التنبيه فلا يشترط فيها شكل خاص. فقد يتم التنبيه شفويًا في مجلس العقد. كذلك قد يتم التنبيه عن طريق استلزام توقيع المتعاقد بجانب

¹Hazel Glenn Beh, Curing the Infirmities of the Unconscionability Doctrine, 66 HASTINGS L.J. 1011, 1012 2015.

²DAVID FRISCH, LAWRENCE'S ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE § 2-302:165 3rd ed. 2014.

الشرط التعسفي غير المعتاد فضلاً عن التوقيع المعتاد في نهاية العقد إذ أن استلزام توقيع المتعاقد إلى جانب شرط معين في العقد يدل على خصوصية هذا الشرط وأهميته ومن ثم يفترض أن يكون المتعاقد قد قرأ هذا الشرط فعلاً وأدرك آثاره القانونية. فإن قام الطرف الضعيف بالتوقيع بجانب شرط معين دون قراءته جيداً أو إدراك معناه وآثاره فلا يستطيع الادعاء بتعرضه لمفاجأة غير عادلة بعد ذلك.

الفرع الثاني

القبول الاضطراري

إذا كان تعرض الطرف الضعيف لمفاجأة غير عادلة استغلها الطرف القوي لتضمين العقد شرطاً غير عادل يعد دليلاً على التعسف الإجرائي على النحو السابق بيانه فإن التعسف الإجرائي يثبت أيضاً إذا اضطر الطرف الضعيف للتوقيع على العقد دون أن يكون لديه فرصة حقيقية للاختيار بين القبول أو الرفض.^١ فلا ينبغي إلزام المتعاقد بالشروط التي لم يكن باستطاعته سوى الموافقة عليها.^٢ ويحدث ذلك بصورة أساسية في حالتين هما: (١) حالة عقد الإذعان، و(٢) حالة التبعية الاقتصادية.

(١) عقد الإذعان:

بدأ استخدام مصطلح عقد الإذعان في فرنسا في عام ١٩٠١.^٣ ويرجع الفضل في انتقال هذا المصطلح إلى المدرسة القانونية الأمريكية للفقهاء الأمريكيين باترسون في عام ١٩١٩ حينما وصفه بأنه "مصطلح معبر يستحق

¹ Strausberg v. Laurel Healthcare Providers, LLC, 2012-NMCA-006, ¶ 14, 269 P.3d 914, 919, rev'd, 2013-NMSC-032, ¶ 14, 304 P.3d 409.

² Germantown Mfg. Co. v. Rawlinson, 341 Pa. Super. 42, 60, 491 A.2d 138, 148 1985.

³ Salleilles, De La Declaration de Volonte 229, cited in: Steven v. Fid. & Cas. Co. of New York, 58 Cal. 2d 862, 882, 377 P.2d 284, 297 1962.

التواجد في لغتنا القانونية.¹ ومنذ ذلك الحين بدأت المحاكم الأمريكية في استخدام المصطلح وتعريفه ووضع قيود على إنفاذ هذا النوع من العقود حماية للطرف الضعيف.²

أما عن تعريف عقد الإذعان فقد وضعت المحاكم الخاصة بكل ولاية تعريفات مختلفة له إلا أن غالبية هذه التعريفات جاءت متشابهة إلى حد كبير. فعلى سبيل المثال عرّفت المحكمة العليا لولاية تكساس عقد الإذعان بأنه "العقد الذي لا يملك أحد أطرافه أي قدرة على المساومة أو القدرة على تعديل بنوده."³ أما المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا فقد عرفتته بأنه "العقد الموحد الذي يفرضه ويصيغه الطرف ذو القوة التفاوضية الأعلى بحيث لا يكون أمام الطرف الآخر سوى اختيار الخضوع له أو رفضه."⁴ وبالمثل عرفتته المحكمة العليا لولاية نيو ميكسيكو بأنه

¹ Edwin W. Patterson, The Delivery of a Life-Insurance Policy, 33 HARV. L. REV. 198, 222, fn. 106 1919.

² Steven v. Fid. & Cas. Co. of New York, 58 Cal. 2d 862, 883, n.10, 377 P.2d 284, n.10 1962.

³ In re Oakwood Mobile Homes, Inc., 987 S.W.2d 571, 574 Tex. 1999, abrogated by In re Halliburton Co., 80 S.W.3d 566 Tex. 2002.

⁴The Graham v. Scissor-Tail, Inc., 28 Cal. 3d 807, 817, 623 P.2d 165, 171 1981.

"العقد الموحد الذي يعرضه الطرف المتعاقد ذو القوة التفاوضية الأعلى على طرف أضعف ليقبله أو يرفضه دون فرصة للمساومة."¹

أما المحكمة العليا الأمريكية فقد اكتفت بتعريفه بأنه "العقد الموحد الذي لا يكون نتيجة مفاوضات."² ويُقصد بكلمة "الموحد" أن الطرف القوي يقوم بصياغة عقد واحد يستخدمه في جميع معاملاته مع الجمهور، وبالتالي فإنه يقوم بصياغة عقد موحد.

وقد أوجبت المحكمة العليا لولاية نيو مكسيكو توافر ثلاثة شروط حتى يتصف العقد بالإذعان هي: (١) أن أحد الطرفين قد استقل بصياغة العقد، (٢) أن الطرف الذي استقل بالصياغة يتمتع بقوة تفاوضية أعلى نظراً لأن الطرف الآخر لا يستطيع تقادى التعاقد معه، و(٣) أن الطرف الذي استقل بصياغة العقد لم يعرض بنوده للتفاوض وطلب من الطرف الضعيف إما الموافقة أو الرفض فقط.³

وقد ذهب البعض - وبحق - إلى أن غالبية العقود التي يتم إبرامها في العصر الحالي هي عقود إذعان بين المستهلك من جهة ومن يبيعون له السلع

¹ Rivera v. Am. Gen. Fin. Servs., Inc., 2011-NMSC-033, ¶ 44, 150 N.M. 398, 259 P.3d 803, 817

² DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463, 475, 193 L. Ed. 2d 365 2015.

³ Fiser v. Dell Computer Corp., 2008-NMSC-046, ¶ 22, 144 N.M. 464, 470, 188 P.3d 1215, 1221.

والخدمات من جهة أخرى. لذلك وضع القضاء الأمريكي عدة مبادئ رغبة منه في حماية الطرف الضعيف في هذه العقود.

فعلى سبيل المثال رفض القضاء الأمريكي إنفاذ الشروط التي تحد من التزامات أو مسئولية الطرف القوي في عقد الإذعان مالم يتوافر فيها شرطان: (١) أن تكون مكتوبة بشكل جاذب للانتباه: كأن تكون معنونة بعبارة تقيد التخفيف من المسئولية أو أن يكون حجم الخط المستخدم في كتابة الشرط أكبر من حجم الخط المستخدم في كتابة باقي شروط العقد، و(٢) أن تكون واضحة: أي أن تكون مفهومة للشخص العادي.^٢

كذلك استقر القضاء الأمريكي على مبدأ يقضى بأنه في حالة غموض الشرط الوارد في عقد الإذعان فإنه يتعين تفسيره ضد الطرف القوي باعتبار أنه من قام بصياغته.^٣ وفضلاً عن ذلك استقر القضاء أيضاً على عدم إنفاذ عقد الإذعان في حالتين: (١) إذا كانت بنوده خارجة عن دائرة التوقع المعقول للطرف الضعيف،

¹ John P. Tomaszewski, The Enforceability of Adhesive Arbitration Clauses in International Software Licenses, 3 J. TECH. L. & POL'Y 4, 21 1997.

²Marentes v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 224 F. Supp. 3d 891, 909-10 N.D. Cal. 2016.

³Mendez v. Palm Harbor Homes, Inc., 111 Wash. App. 446, 459, 45 P.3d 594, 602 2002, as amended June 6, 2002.

أو (٢) إذا كانت بنوده داخل دائرة التوقع المعقول للطرف الضعيف إلا أنها بنوداً ظالمة بشكل مفرط، تعسفية أو مخالفة للسياسة العامة.^١

وفيما يتعلق بالعلاقة بين عقد الإذعان والتعسف الإجرائي فقد ذهب القضاء إلى أن كثير من عقود الإذعان تتضمن تعسفاً إجرائياً غير أنه لا يمكن افتراض وجود تعسف إجرائي في كل عقد إذعان. فمجرد عدم تساوى الطرفين في قوة التفاوض في مرحلة ما قبل التعاقد لا يعيب العقد. وإنما يشترط لثبوت التعسف الإجرائي في عقد الإذعان ألا يكون أمام الطرف الضعيف فرصة معقولة للتعاقد مع شخص بديل

¹ Preston v. Kruezer, 641 F. Supp. 1163, 1172 N.D. Ill. 1986.

² Morris v. Redwood Empire Bancorp, 128 Cal. App. 4th 1305, 1320, 27 Cal. Rptr. 3d 797, 807 2005.

انظر أيضاً:

California Grocers Assn. v. Bank of Am., 22 Cal. App. 4th 205, 214, 27 Cal. Rptr. 2d 396, 401 1994.

انظر عكس ذلك:

Lima v. Gateway, Inc., 886 F. Supp. 2d 1170, 1182 C.D. Cal. 2012.

مقررًا أن عقد الإذعان يتضمن قدرًا ضئيلاً - على الأقل - من التعسف الإجرائي بحكم اللزوم.

³ The Larned v. First Chicago Corp., 264 Ill. App. 3d 697, 700, 636 N.E.2d 1004, 1006 1994.

للطرف القوي بشروط أقل تحيزاً.¹ فتوافر هذه الفرصة يحول دون افتراض وجود تعسف إجرائي في عقد الإذعان.²

فالسبب في إبطال الشروط التعسفية - بحسب الأصل - هو استغلال الطرف القوي لاضطرار الطرف الضعيف إلى التعاقد معه ليفرض شروطاً غير مقبولة. فإذا لم يكن الطرف الضعيف مضطراً للتعاقد مع الطرف القوي وكان باستطاعته الحصول على السلعة أو الخدمة التي يرغب فيها دون الدخول في علاقة تعاقدية معه فإنه إن تعاقد معه فلا ينبغي له ادعاء وجود تعسف إجرائي.

ويعتبر أن الطرف الضعيف لم يكن لديه فرصة للتعاقد مع شخص آخر بديل إذا كان من تعاقد معه يحتكر السلعة أو الخدمة محل العقد احتكاراً قانونياً أو فعلياً.³ كذلك تنتفي فرصة التعاقد مع شخص بديل حتى في حالة عدم وجود

¹ Morris v. Redwood Empire Bancorp, 128 Cal. App. 4th 1305, 1320, 27 Cal. Rptr. 3d 797, 807 2005.

²Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court, 211 Cal. App. 3d 758, 768, 259 Cal. Rptr. 789, 795 Ct. App. 1989, reh'g denied and opinion modified July 21, 1989.

³Guthmann v. LaVida Llana, 1985-NMSC-106, ¶ 13, 103 N.M. 506, 509, 709 P.2d 675, 678, disapproved of by Cordova v. World Fin. Corp. of NM, 2009-NMSC-021, ¶ 13, 146 N.M. 256, 208 P.3d 901.

احتكار للسلعة أو الخدمة طالما أن أي شخص بديل للطرف القوي كان سيفرض ذات الشروط المنحازة التي يرغب الطرف الضعيف في تفاديها.¹

ويجب أن تتصف فرصة التعاقد مع شخص بديل بالمعقولة والواقعية.² لذلك فقد استقر القضاء الأمريكي أنه عند تقييم مدى وجود فرصة للتعاقد مع شخص بديل يجب الاقتصار على البحث عن مدى توافرها في المنطقة الجغرافية التي يوجد بها الطرف الضعيف.³ ومن ثم فإنه إذا كان أمام الطرف الضعيف فرصة التعاقد مع شخص آخر على السلعة أو الخدمة التي يرغب فيها إلا أن ذلك يتطلب منه سفر شاق لا يتناسب مع المنفعة التي سيحصل عليها كانت هذه الفرصة غير معقولة.

وفضلاً عن ذلك قد تحول الظروف المحيطة بالطرف الضعيف دون قيامه بالبحث عن التعاقد مع شخص بديل كما لو كان الطرف الضعيف في حالة صحية طارئة فلجأ إلى أقرب مستشفى له واضطر للتوقيع على استمارة دخول المستشفى

¹Rivera v. Am. Gen. Fin. Servs., Inc., 2010-NMCA-046, ¶ 15, 148 N.M. 784, 790, 242 P.3d 351, 357, rev'd, 2011-NMSC-033, ¶ 15, 150 N.M. 398, 259 P.3d 803

² Morris v. Redwood Empire Bancorp, 128 Cal. App. 4th 1305, 1320, 27 Cal. Rptr. 3d 797, 807 2005

³Rivera v. Am. Gen. Fin. Servs., Inc., 2010-NMCA-046, ¶ 15, 148 N.M. 784, 790, 242 P.3d 351, 357, rev'd, 2011-NMSC-033, ¶ 15, 150 N.M. 398, 259 P.3d 803.

التي تشكل عقد إذعان وتتضمن شروطاً تعسفية من الناحية الموضوعية.^١ فمثل هذا التعاقد وإن كانت لديه فرصة للبحث عن مستشفى بديل إلا أنها لم تكن فرصة معقولة.^٢ لذلك يفترض وجود تعسف إجرائي في هذه الحالة.

وبالمثل فقد قضت المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا باعتبار شرط التحكيم الذي يفضل مصلحة صاحب العمل بشكل واضح شرطاً تعسفياً إذا اتصف عقد العمل بالإذعان.^٣ فقد اعتبرت المحكمة أن عقد العمل من عقود الإذعان طالما أن العامل كان عاطلاً عن العمل قبل قبول عرض صاحب العمل ولم يكن أمامه فرصة مناقشة شروط العقد أو فرصة عمل أخرى.^٤ وأقرت المحكمة بوجود تعسف إجرائي إذ وضع صاحب العمل شرط التحكيم المتعسف موضوعياً في عقد العمل المتصف بالإذعان.^٥ فلا يمكن أن نتوقع أن يفرض العامل في فرصة عمل أكيدة أملاً في العثور على عمل آخر في المستقبل بغية تفادي شرط التحكيم فقط.^٦

^١الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٢الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٣Little v. Auto Stiegler, Inc., 29 Cal. 4th 1064 2003.

^٤الحكم السابق، ص ١٠٧١. جدير بالملاحظة أن المحكمة قد أشارت أن عقود العمل ليست بالضرورة عقود إذعان إذ أن هناك فئة من العاملين المتميزين الذين يرغب أصحاب الأعمال في التعاقد معهم مما يدفع أصحاب الأعمال إلى التفاوض معهم حول بنود العقد وهو ما ينفي صفة الإذعان عنه. الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٥الحكم السابق، نفس الموضوع.

^٦الحكم السابق، نفس الموضوع.

خلاصة القول أن التعسف الإجرائي لا يتوافر في عقد الإذعان بحكم اللزوم وإنما يتعين أن يكون الطرف الضعيف قد اضطر للتعاقد مع الطرف القوي نظراً لعدم وجود فرصة معقولة أمامه للتعاقد مع شخص آخر الأمر الذي ينتج عنه عدم مساواة بالغتفي قوة التفاوض بين الطرفين تمكن الطرف القوي من فرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف لدرجة يمكن القول معها بأن فرصة الطرف الضعيف في الاختيار كانت معدومة.¹

(٢) التبعية الاقتصادية:

يتوافر التعسف الإجرائي إذا اضطر المتعاقد إلى قبول الشروط التعاقدية بسبب علاقة التبعية الاقتصادية التي تجمعها بالمتعاقد الآخر. وتعد قضية ماين ضد موناكو انتربرايزس مثلاً على هذه الحالة. ففي هذه القضية كان ماين يرتبط بعقد عمل مع شركة موناكو انتربرايزس إلا أن عقد العمل كان يسمح للشركة بإنهاء التعاقد مع ماين فيأي وقت ودون إبداء أسباب At-will Employment.³ وفي إطار السياسة الجديدة للشركة بتضمين عقود العمل شرطاً يقضى باللجوء إلى

¹ Strausberg v. Laurel Healthcare Providers, LLC, 2012-NMCA-006, ¶ 12, 269 P.3d 914, 918, rev'd, 2013-NMSC-032, ¶ 12, 304 P.3d 409.

² Stephen Mayne v. Monaco Enterprises, Inc., 191 Wash. App. 113, 361 P.3d 264 2015.

³ Mr Mayne v. Monaco Enterprises, Inc., 191 Wash. App. 113, 124, 361 P.3d 264, 269 2015.

التحكيم بدلاً من القضاء طلبت الشركة من ماين التوقيع بموافقة على تعديل عقدهما للجوء إلى التحكيم في حالة وجود أي نزاع يتعلق بعقد العمل المبرم بينهما بالفعل وهو ما وافق عليه ماين خوفاً من إنهاء تعاقدته.^١

قضت المحكمة باعتبار اتفاق التحكيم باطلاً إذ انتهت إلى وجود تعسف إجرائي نظراً لتضمن اتفاق التحكيم عبارة "إن الشركة ما كانت لتتعاقد مع عامل لا يوافق على اتفاق التحكيم."^٢ وأضافت المحكمة أنه من الطبيعي أن يفهم العامل من هذه العبارة نية الشركة إنهاء تعاقدته في حالة رفضه التوقيع على اتفاق التحكيم الأمر الذي يعيب مرحلة المفاوضات بعبء التعسف الإجرائي نظراً لقبوله لهذا الشرط مضطراً إذ لم تكن لديه فرصة جدية للاختيار بين قبول التوقيع أو رفضه.^٣

جدير بالذكر أن المحكمة قد أوضحت أن اتفاقات التحكيم في عقود العمل لا تعتبر باطلة بحكم اللزوم إلا أنها قضت ببطلان اتفاق التحكيم في هذه القضية نظراً لأن العامل يرتبط بالفعل بعلاقة عمل مع الشركة فضلاً عن نوعية عقد العمل التي تتيح للشركة إنهاء العقد في أي وقت دون إبداء أي سبب. بعبارة أخرى فإن العامل نفسه إذا كان يعمل لدى صاحب عمل آخر ثم قرر التعاقد مع صاحب عمل جديد يشترط التوقيع على اتفاق التحكيم في عقد العمل فإن المحكمة لم تكن لتعتبر

^١الحكم السابق، 191 Wash. App. 113, 117, 361 P.3d 264, 266.

^٢الحكم السابق، 191 Wash. App. 113, 120, 361 P.3d 264, 268.

^٣الحكم السابق، 191 Wash. App. 113, 121, 361 P.3d 264, 268.

^٤الحكم السابق، 191 Wash. App. 113, 120, 361 P.3d 264, 268.

أن هناك تعسف إجرائي نظراً لغياب حالة التبعية الاقتصادية فضلاً عن غياب صفة الإذعان. كذلك الحال إذا كان عقد العمل بين الطرفين لا يسمح للشركة بإنهاء تعاقد العامل في أي وقت ودون إبداء أي سبب فإن المحكمة أيضاً لم تكن لتتقضى بوجود تعسف إجرائي ربما لأنه سيكون بوسع العامل رفض التوقيع على اتفاق التحكيم دون خوف من فقد عمله.

يتضح مما سبق أن التعسف الإجرائي يستدل عليه في مرحلة تكوين العقد بأن يكون الطرف الضعيف قد تعرض لمفاجأة غير متوقعة أو اضطر للموافقة على العقد على النحو السالف بيانه إلا أنه لا ينهض وحده كسبب لإبطال الشرط التعاقدية التعسفي وإنما يلزم فضلاً عن توافره ثبوت التعسف الموضوعي أيضاً باعتبار العنصر الثاني من عناصر معيار الشرط التعسفي وهو ما ننتقل لدراسته الآن.

المطلب الثاني التعسف الموضوعي

يثبت التعسف الموضوعي إذا كان مضمون الشرط التعاقدية ذاته متعسفاً بمعنى أن يكون متحيزاً لمصلحة الطرف الأقوى بشكل مفرط.¹ ويتميز التعسف الموضوعي عن التعسف الإجرائي بأن ثبوت الأول بدرجة كبيرة قد يغني عن ثبوت الأخير. فالأصل - كما سبق وأن أوضحنا - أن معيار الشرط التعسفي هو معيار مزدوج يتطلب إثبات وجود تعسف إجرائي وتعسف موضوعي ذات الوقت. ومع ذلك يعتبر الشرط التعاقدية تعسفاً في غياب التعسف الإجرائي في أحوال استثنائية هي أن يبلغ التعسف الموضوعي قدراً بالغاً من الجسام. لذلك فإننا نقسم دراستنا للتعسف الموضوعي وفقاً للخطة الآتية:

الفرع الأول: التعسف الموضوعي كعنصر مكمل لمعيار الشرط التعسفي

الفرع الثاني: التعسف الموضوعي كمعيار مستقل للشرط التعسفي

¹ Day Op of N. Nassau, Inc. v. Viola, 16 Misc. 3d 1122A, 847 N.Y.S.2d 901 Sup. Ct. 2007.

الفرع الأول

التعسف الموضوعي كعنصر مكمل لمعيار الشرط التعسفي

كقاعدة عامة يجب لاعتبار الشرط التعاقدى تعسفياً توافر قدر من التعسف الموضوعي إلى جانب التعسف الإجرائي. وقد أشرنا من قبل إلى أن المقصود بالتعسف الموضوعي هو أن يكون الشرط التعاقدى غير متوازن بأن يكون متحيزاً بصورة غير معقولة لمصلحة طرف على حساب الطرف الآخر.¹ وقد عبر القضاء عن ذلك بقوله أنالتعسف الموضوعييتوافر إذا كان الشرط التعاقدى غير عادل لدرجة "صادمة لضمير القاضي".²

وبناء على ما سبق يكون من الطبيعي القول بأن الشروط التعاقدية المتضمنة تعسفاً موضوعياً غير قابلة للحصر وإنما يجب تقييم الشرط التعاقدى وفقاً لظروف كل عقد على حدة لتقرير مدى وجود تعسف موضوعي ودرجته.³

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا بأن شرط التحكيم في عقد العمل الذي ينص على تنازل العامل عن حقه في اللجوء إلى القضاء دون أن

¹Rivera v. Am. Gen. Fin. Servs., Inc., 2011-NMSC-033, 150 N.M. 398, 259 P.3d 803.

²In re Checking Account Overdraft Litig., 694 F. Supp. 2d 1302, 1319 S.D. Fla. 2010.

³Blackrock Capital Inv. Corp. v. Fish, 239 W. Va. 89, 102, 799 S.E.2d 520, 533 2017.

يتنازل صاحب العمل عن ذات الحق يعتبر اتفاقاً تعسفياً من الناحية الموضوعية.¹ كما قضت محكمة الاستئناف في ذات الولاية بوجود تعسف موضوعي شرط التحكيم الوارد في عقد علاج بين طبيب ومريض يقضى بأن يكون حكم التحكيم ملزم إذا خسر المريض وغير ملزم إذا خسر الطبيب.²

كذلك أقر القضاء في ولاية نيويورك بوجود تعسف موضوعي قضية جونز ضد شركة ستار كريدت حيث اشترى المدعى جهاز مبرد بسعر ٩٠٠ دولار رغم أن سعره في السوق لا يتجاوز ٣٠٠ دولار دون أن يرتكب المدعى عليه سلوكاً تدليسياً.³

كذلك قرر القضاء في قضية شركة بلاك روك كابيتال انفيستيمنت ضد فيش وجود تعسف موضوعي في الشرط التعاقدية الذي يقضى بالإعفاء من

¹ Armendariz v. Found. Health Psychcare Servs., Inc., 24 Cal. 4th 83, 120, 6 P.3d 669 2000.

انظر عكس ذلك:

In re FirstMerit Bank, N.A., 52 S.W.3d 749, 757 Tex. 2001

حيث قررت المحكمة العليا لولاية تكساس عدم وجود تعسف موضوعي في هذه الحالة.

² Saika v. Gold, 49 Cal. App. 4th 1074, 1080, 56 Cal. Rptr. 2d 922 1996.

³ Jones v. Star Credit Corp., 59 Misc. 2d 189, 191, 298 N.Y.S.2d 264, 266 Sup. Ct. 1969

المسئولية والتعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه.¹ كما قرر القضاء توافر التعسف الموضوعي في الشروط التي تمنح الطرف القوي الحق في إنهاء العقد بصورة غير عادلة، أو تضع قيوداً على التعويضات أو تتضمن إعفاء من الضمان.²

¹Blackrock Capital Inv. Corp. v. Fish, 239 W. Va. 89, 102, 799 S.E.2d 520, 533 2017.

² Eisen v. Venulum Ltd., 244 F. Supp. 3d 324, 342 W.D.N.Y. 2017, appeal withdrawn, No. 17-1208, 2017 WL 8948730 2d Cir. Nov. 6, 2017

الفرع الثاني

التعسف الموضوعي كمعيار مستقل للشرط التعسفي

إذا كان الأصل هو أن التعسف الموضوعي لا ينهض وحده لاعتبار الشرط التعاقدى تعسفياً وإنما يلزم وجود قدرماً من التعسف الإجرائي إلى جانبه فإن التعسف الموضوعي قد يبلغ قدرماً من الجسامة في أحوال استثنائية بحيث يصبح كافياً وحده لاعتبار الشرط التعاقدى تعسفياً دون حاجة إلى ثبوت أي قدر من التعسف الإجرائي.^١

وتعد قضية شركة داي أوب أوف نورث ناسو ضد فيولامثالاً على ذلك.^٢ ففي هذه القضية كانت فيولا مساهمة في رأس مال الشركة التي تعاقدت معها للعمل بوظيفة مديرة ذات الوقت.^٣ وقد نص عقد العمل على اعتبار فيولا قد عرضت نصيبها للبيع إذا تم إنهاء عقد العمل لأي سبب ولو كان الإنهاء من جانب الشركة بالمخالفة للعقد.^٤ رفضت المحكمة إنفاذ هذا الشرط باعتباره

¹Melissa T. Lonegrass, Finding Room for Fairness in Formalism—the Sliding Scale Approach to Unconscionability, 44 LOY. U. CHI. L.J. 1, 19–21 2012.

² Day Op of N. Nassau, Inc. v. Viola, 16 Misc. 3d 1122A, 847 N.Y.S.2d 901 Table, 2007 WL 2305035 N.Y. Sup. Ct. Aug. 1, 2007.

^٣ الحكم السابق، ص ١.

^٤ الحكم السابق، ص ٢.

تعسفياً.١ وقد أسست المحكمة قضائها على أن الشرط سالف الذكر يتضمن قدراً كبيراً من التعسف الموضوعي الذي يبرر إبطاله حتى في ظل عدم وجود شبهة تعسف إجرائي.٢

وفي قضية فيسر ضد ديل كمبيوترس اعتبرت المحكمة أن شرط تنازل المستهلك عن حقه في الانضمام إلى دعوى جماعية Class Action ضد الشركة يعتبر شرطاً تعسفياً طالما أن الدعوى الجماعية كانت الوسيلة الاقتصادية الوحيدة للتقاضي نظراً لأن قيمة الضرر لا تتناسب مع ما قد ينفقه المدعى من مصروفات إذا قرر مقاضاة الشركة وحده.٣ وأضافت المحكمة أن مثل هذا الشرط يخالف السياسة العامة التي يجب أن تحول دون استفادة الشخص من خطئه العقدي.٤

وفي قضية أخرى قضت المحكمة ببطلان شرط تحكيم فيما تضمنه منالنتزام المدعى بدفع رسوم إدارية لهيئة التحكيم تبلغ أربعة آلاف دولار بالإضافة إلى ٠.٥% من قيمة التعويض المطلوب إذ ترتب على هذا الاتفاق أن أصبح مطلوباً

١ الحكم السابق، ص ٧.

٢ الحكم السابق، ذات الموضوع.

٣ Fiser v. Dell Computer Corp., 2008-NMSC-046, 144 N.M. 464, 188 P.3d 1215.

٤ الحكم السابق، نفس الموضوع.

من المدعى دفع رسوم إدارية تقدر بـ ٢٠٤ ألف دولار نظراً لمطالبته بتعويض قيمته
٤٠ مليون دولار وهو ما لا يمكن مقارنته بالرسوم المعتادة في هيئات التحكيم.^١

وفى قضية أخرى قضت المحكمة ببطان اتفاق صلح بين طرفين فيما
تضمنه من التزام من يخالفه بدفع شرط جزائي بقيمة ٢٠ ألف دولار رغم عدم وجود
تعسف إجرائي تأسيساً على وجوب تناسب الشرط الجزائي مع الضرر.^٢

¹ Matter of Teleserve Sys., Inc. MCI Telecommunications Corp., 230
A.D.2d 585, 586, 659 N.Y.S.2d 659, 660 1997.

²Helstrom v. N. Slope Borough, 797 P.2d 1192, 1200 Alaska 1990.

• خاتمة المطلب:

وفى ختام هذا المبحث يمكن تلخيص أسلوب معالجة المدرسة الأمريكية للشروط التعسفية فيما يلي:

إن الشرط التعاقدى الذي يوازن بين حقوق والتزامات كل طرف لا يمكن إبطاله إلا لانعدام الرضا أو لتوافر عيب من عيوب الإرادة التقليدية. أما الشرط التعاقدى غير المتوازن الذي يتحيز لمصلحة أحد المتعاقدين على حساب الآخر فإن الحكم بإبطاله يختلف وفقاً للاحتتمالات الآتية:

إذا كان تحيز الشرط التعاقدى معقولاً بحيث يتصور أن يقبله الشخص العادى فإن الشرط يعامل معاملة الشرط التعاقدى المتوازن. تبرير ذلك أن المساواة المطلقة بين حقوق والتزامات أطراف العقد لا تتحقق إلا نادراً فضلاً عن اعتبارات استقرار المعاملات وضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة.

أما إذا كان تحيز الشرط التعاقدى غير معقول بحيث لا يتصور أن يقبله الشخص العادى في الظروف العادية بل ويُصدم ضمير الشخص العادل فإنه يتعين البحث عن السبب الذي جعل إرادة الطرف الضعيف تنجس إلى الموافقة على هذا الشرط:

(١) فإذا كان السبب هو أحد عيوب الإرادة التقليدية فإن الشرط يبطل لهذا العيب دون الحاجة إلى وصفه بالتعسف.

(٢) أما إذا كان السبب هو اضطرار الطرف الضعيف إلى الموافقة ولو لم يشكل ذلك إكراهاً كما هو الحال في حالتى عقد الإذعان والتبعية الاقتصادية فإن الشرط يبطل لكونه تعسفياً.

(٣) وأخيراً فإنه إذا كان السبب هو تعرض الطرف الضعيف لمفاجأة غير عادلة ولو لم تشكل غلطاً أو تدليساً أو استغلالاً فإن الشرط يبطل باعتباره شرطاً متعسفياً.

وأخيراً فإنه إذا كان تحيز الشرط التعاقدى فاحشاً فإنه يصبح شرطاً متعسفياً يتعين الحكم بإبطاله دون الحاجة إلى البحث عن سبب موافقة الطرف الضعيف عليه.

خاتمة

اتضح لنا في ختام هذا البحث أن هناك اختلافاً بين المدرسة اللاتينية والمدرسة الأمريكية من حيث طريقة معالجة الشروط التعاقدية التعسفية الأمر الذي يرجع إلى طريقة نشأة القانون وتطوره في كل مدرسة. فالمدرسة اللاتينية تعالج هذه الشروط من خلال تنظيم عقود الإذعان في القانون المدني وإبطال الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك مع ملاحظة التباين الكبير في مدى الحماية التي يوفرها كل مشرع ينتمي إلى هذه المدرسة.

فنطاق عقد الإذعان في القانون المصري أضيق كثيراً من نطاقه في القانون الفرنسي مما يعني استبعاد الكثير من العقود من دائرة الحماية ولو احتوت على شروط تعسفية صارخة استناداً إلى أن العقد لم يتم بطريق الإذعان. كذلك فبينما منح المشرع الفرنسي القضاء سلطة تقديرية واسعة في إبطال الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك إلى جانب مساعدته بإنشاء لجنة الشروط التعسفية وإصدار القائمة السوداء والقائمة الرمادية فإن المشرع المصري لم يمنح القضاء أي سلطة تقديرية مكتفياً بالنص على مجموعة من الشروط التي يتعين اعتبارها تعسفية إذا وردت في عقود الاستهلاك وهو ما يشبه نظام القائمة السوداء في فرنسا.

أما المدرسة الأمريكية فقد جعلت بطلان الشروط التعسفية حكماً عاماً في نظرية العقد بعد أن مدّ القضاء الأمريكي نطاق تطبيق المادة ٣٠٢/٢ من القانون

التجاري الموحد إلى جميع العقود استناداً إلى أن حكم هذه المادة تتضمن سياسة عامة واجبة الاتباع في جميع العقود. وبذلك فإن التصدي للشروط التعسفية لا يقتصر على عقود الإذعان أو عقود الاستهلاك مع التسليم بأن الغالبية العظمى من الشروط التعسفية توجد في عقود الاستهلاك فضلاً عن أن الغالبية العظمى من عقود الإذعان ما هي إلا عقود استهلاك.

وتتشارك المدرسة الأمريكية مع المدرسة اللاتينية في بطلان الشروط التعسفية الصارخة دون أي شروط. ومع ذلك تختلف المدرسة الأمريكية عن المدرسة اللاتينية في أنها ترتب آثاراً قانونية على عدم عدالة المفاوضات قبل انعقاد العقد إذ يمكن إبطال الشروط الأقل تعسفاً من الناحية الموضوعية إذا ثبت وجود تعسف إجرائي أثناء المفاوضات يتمثل في استغلال الطرف القوي لمفاجأة غير عادلة أصابت الطرف الضعيف أو اضطرار الطرف الضعيف لقبول عقد لم يكن ليقبله إلا لأن العقد تم بطريق الإذعان أو بسبب التبعية الاقتصادية التي عانى منها الطرف الضعيف.

كذلك اختلفت المدرسة الأمريكية مع المدرسة اللاتينية بشأن إمكانية اعتبار الثمن شرطاً تعسفياً ومن ثم خضوعه لرقابة القضاء. فبينما رفض المشرعان الفرنسي والمصري ذلك لاعتبارات تتعلق بمبدأ مبدأ سلطان الإرادة واستقرار المعاملات فإن القضاء الأمريكي قد استقر على عدم وجود ما يمنع رقابة الثمن؛ ذلك لأنه وإن كان من الصعب ألا يكون الطرف الضعيف قد علم بهذا الشرط قبل

التعاقد الأمر الذي ينفي وجود مفاجأة غير عادلة إلا أن أنه قد يضطر لقبول التعاقد بثمن باهظ بسبب حالة الإذعان أو التبعية الاقتصادية التي وجد بها ومن ثم يحق له ادعاء أن الثمن كان تعسفياً ويطلب حماية القضاء.

وفي ختام هذا البحث فإننا ندعوالمشرع المصري إلى النظر في هذه التوصيات من أجل توفير حماية أفضل للطرف الضعيف حفاظاً على التوازن العقدي من الشروط التعاقدية التعسفية:

(١) التوسع في نطاق عقود الإذعان بحيث تشمل أى عقد يحتوي على شروط تعاقدية استقل بوضعها الطرف القوي دون أن يكون للطرف الضعيف فرصة التفاوض بشأنها.

(٢) تفسير الشرط التعسفي ذات الصياغة الغامضة والوارد في عقد مساومة لمصلحة الطرف الضعيف بصرف النظر عن كونه دائماً أم مديناً بالالتزام التعاقدية إذا ثبت أن الطرف الضعيف لم يتدخل في صياغة هذا الشرط.

(٣) إنشاء لجنة للشروط التعسفية تكون تابعة لجهاز حماية المستهلك تقوم بدراسة عقود الموردين وتصدر توصيات بحذف البنود التي تراها تعسفية إن وجدت.

(٤) النص في قانون حماية المستهلك على سلطة القضاء في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك بصفة عامة.

(٥) اعتبار عدم عدالة مرحلة المفاوضات لتعرض المتعاقد لمفاجأة غير عادلة أو لوجود تبعية اقتصادية قرينة بسيطة على تعسف الشرط التعاقدى بحيث يمكن للقاضي تعديله أو إلغائه وفقاً لمقتضيات العدالة.

قائمة المراجع

أولاً - المراجع العربية:

١. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
٢. بوادلي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
٣. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
٤. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩.
٥. محمد المرسي زهرة، حماية المستهلك في القانون المصري والعمانى، دار الكتاب الجامعى، ٢٠١٣.
٦. محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

• الكتب والدوريات:

1. DAVID FRISCH, LAWRENCE'S ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE (3rd ed. 2014).
2. François Chénéde, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, Libres propos sur la réforme du droit des contrats: Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, LEXISNEXIS, 2016.
3. Gary D. Spivey, Annotation, Applicability of UCC Article 2 to Mixed Contracts for Sale of Business Goods and Services Other Than Distributorship, Computer, Manufacturing, Construction, and Similar Contracts, 25 A.L.R.7th (2017).
4. Karl Neumayer, Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés, Librairie Droz, Geneve, 1992Restatement (Second) of Contracts (1981).
5. V. Woerner, Annotation, "Unconscionability" as ground for refusing enforcement of contract for sale of goods or agreement collateral thereto, 18 A.L.R.3d 1305 (1968).

• الأبحاث والمقالات:

1. Arthur Allen Leff, Unconscionability and the Code – the Emperor's New Clause, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967).
2. Donald J. Smythe, Why Was the Uniform Sales Act Adopted in Some States but Not Others? (Mar. 29, 2008) (unpublished manuscript)(on file with author).
3. Edwin W. Patterson, The Delivery of a Life-Insurance Policy, 33 Harv. L. Rev. 198(1919).
4. Hazel Glenn Beh, Curing the Infirmities of the Unconscionability Doctrine, 66 Hastings L.J. 1011, 1012 (2015)
5. John P. Tomaszewski, The Enforceability of Adhesive Arbitration Clauses in International Software Licenses, 3 J. TECH. L. &POL'Y 4 (1997).
6. Melissa T. Lonegrass, Finding Room for Fairness in Formalism-the Sliding Scale Approach to Unconscionability, 44 LOY. U. CHI. L.J. 1, 19–21 (2012).
7. Ronald L. Hersbergen, Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code, 43 LA. L. REV. 1315 (1983).

8. William B. Davenport, Unconscionability and the Uniform Commercial Code, 22 U. Miami L. Rev. 121(1967).

• الأحكام القضائية:

1. Armendariz v. Found. Health Psychcare Servs., Inc., 24 Cal. 4th 83, 6 P.3d 669 (2000).

2. Ayala v. Cont'l Servs., 146 Wash. App. 1046 (2008).

3. Blackrock Capital Inv. Corp. v. Fish, 239 W. Va. 89, 799 S.E.2d 520 (2017).

4. Brower v. Gateway 2000, Inc., 246 A.D.2d 246, 676 N.Y.S.2d 569 (1998).

5. California Grocers Assn. v. Bank of Am., 22 Cal. App. 4th 205, 27 Cal. Rptr. 2d 396 (1994).

6. Carrots Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80 (3d Cir. 1948).

7. Cordova v. World Fin. Corp. of NM, 2009-NMSC-021, 146 N.M. 256, 208 P.3d 901 (2009).

8. Day Op of N. Nassau, Inc. v. Viola, 16 Misc. 3d 1122(A), 847 N.Y.S.2d 901 (Sup. Ct. 2007).

9. *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court*, 211 Cal. App. 3d 758, 259 Cal. Rptr. 789 (Ct. App. 1989), reh'g denied and opinion modified (July 21, 1989).
10. *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 136 S. Ct. 463, 193 L. Ed. 2d 365 (2015).
11. *Effio v. FedEx Ground Package*, 2009 WL 775408 (D. Ariz. March 20, 2009).
12. *Eisen v. Venulum Ltd.*, 244 F. Supp. 3d 324, 341 (W.D.N.Y. 2017), appeal withdrawn, No. 17-1208, 2017 WL 8948730 (2d Cir. Nov. 6, 2017).
13. *Fiser v. Dell Computer Corp.*, 2008-NMSC-046, 144 N.M. 464, 188 P.3d 1215 (2008).
14. *Germantown Mfg. Co. v. Rawlinson*, 341 Pa. Super. 42, 491 A.2d 138 (1985).
15. *Guthmann v. LaVidaLlena*, 1985-NMSC-106, 103 N.M. 506, 709 P.2d 675 (1985).
16. *Helstrom v. N. Slope Borough*, 797 P.2d 1192, 1200 (Alaska 1990).
17. *Hume v. United States*, 132 U.S. 406, 10 S. Ct. 134, 33 L. Ed. 393 (1889).

18. In re Checking Account Overdraft Litig., 694 F. Supp. 2d 1302(S.D. Fla. 2010).
19. In re FirstMerit Bank, N.A., 52 S.W.3d 749 (Tex. 2001).
20. In re Marriage of Shanks, 758 N.W.2d 506(Iowa 2008).
21. In re Oakwood Mobile Homes, Inc., 987 S.W.2d 571 (Tex. 1999).
22. In re Halliburton Co., 80 S.W.3d 566 (Tex. 2002).
23. Industralease Automated & Sci. Equip. Corp. v. R.M.E. Enterprises, Inc., 58 A.D.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (1977).
24. Jones v. Star Credit Corp., 59 Misc. 2d 189, 298 N.Y.S.2d 264(Sup. Ct. 1969).
25. Kugler v. Romain, 58 N.J. 522, 279 A.2d 640 (1971).
26. Lima v. Gateway, Inc., 886 F. Supp. 2d 1170 (C.D. Cal. 2012).
27. Little v. Auto Stiegler, Inc., 29 Cal. 4th 1064, 63 P.3d 979 (2003).
28. Lucas v. Hertz Corp., 875 F. Supp. 2d 991(N.D. Cal. 2012).
29. Marentes v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 224 F. Supp. 3d 891(N.D. Cal. 2016).

30. Matter of Teleserve Sys., Inc. (MCI Telecommunications Corp.), 230 A.D.2d 585, 659 N.Y.S.2d 659 (1997).
31. Mendez v. Palm Harbor Homes, Inc., 111 Wash. App. 446, 45 P.3d 594(2002).
32. Morris v. Redwood Empire Bancorp, 128 Cal. App. 4th 1305, 27 Cal. Rptr. 3d 797(2005).
33. Mr Mayne v. Monaco Enterprises, Inc., 191 Wash. App. 113, 361 P.3d 264(2015).
34. Preston v. Kruezer, 641 F. Supp. 1163(N.D. Ill. 1986).
35. Rivera v. Am. Gen. Fin. Servs., Inc., 2010-NMCA-046, 148 N.M. 784, 242 P.3d 351 (2010).
36. Saika v. Gold, 49 Cal. App. 4th 1074, 1080, 56 Cal. Rptr. 2d 922 (1996).
37. Stephen Mayne v. Monaco Enterprises, Inc., 191 Wash. App. 113, 361 P.3d 264 (2015).
38. Steven v. Fid. & Cas. Co. of New York, 58 Cal. 2d 862, 377 P.2d 284(1962).
39. Stoll v. Chong LorXiong, 2010 OK CIV APP 110, 241 P.3d 301 (2010).

40. Strausberg v. Laurel Healthcare Providers, LLC, 2012-NMCA-006, 269 P.3d 914 (2012), rev'd, 2013-NMSC-032, 304 P.3d 409(2013).
41. The Graham v. Scissor-Tail, Inc., 28 Cal. 3d 807, 623 P.2d 165 (1981).
42. The Larned v. First Chicago Corp., 264 Ill. App. 3d 697 636 N.E.2d 1004(1994).
43. Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445(D.C. Cir. 1965).
44. Zuver v. Airtouch Commc'ns, Inc., 153 Wash. 2d 293, 103 P.3d 753 (2004).

التعويض عن الضرر الأدبي للشخص الاعتباري

د/ مروة محمد عبد الغني

مدرس بقسم القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مقدمة

منذ ظهور فكرة الشخص المعنوي أو الاعتباري أخذت أهميته في التزايد باطراد لا ينقطع، حتى أصبح أساساً لا غنى عنه في المجتمعات الحديثة. فقد أضحت الشخصية القانونية المتمثلة في شكل معنوي وسيلة في غاية الأهمية، بل وفي معظم الأحيان وسيلة أساسية ووحيدة، للأشخاص الطبيعيين تمكنهم من تحقيق الكثير من الأهداف. وبشكل خاص تلك الأهداف التي تتطلب إطار مؤسسي ودائم، وآليات صنع قرار جماعي.

ومما يعزز هذه الأهمية التي اكتسبتها الأشخاص الاعتبارية ارتباط مصالح دول بأكملها ببعض الأشخاص الاعتبارية البارزة التي تحمل جنسيتها، والتي حققت نجاحاً اقتصادياً هائلاً دفع باقتصاد تلك الدول إلى آفاق رحبة. ومن أبرز أمثلة ذلك القضية الشهيرة لشركة "هواوي" الصينية لتصنيع معدات الاتصالات السلكية واللاسلكية والإلكترونيات الاستهلاكية. فقد أصدر الرئيس الأمريكي قراراً رئاسياً^١ بمراجعة كافة الصفقات المعقودة مع الشركة المذكورة متزجراً بما يكمن في تقنياتها من أخطار على أمن الولايات المتحدة لما تحويه من أجهزة تجسس لصالح الحكومة الصينية. وقد هبّت تلك الأخيرة للدفاع عن مصالح الشركة التي تحمل

^١ وهو القرار رقم ١٣٨٧٣ بعنوان:

Securing the Information and Communications Technology and Services

"Supply Chain". والذي صدر في ١٥ مايو ٢٠١٩.

جنسيتها حفاظاً على مصالح الدولة الاقتصادية المتعلقة في جزء كبير منها بهذا الشخص الاعتباري.

انطلاقاً من تلك الأهمية اعترفت مختلف التشريعات للشخص الاعتباري بشخصية قانونية تتباين عن تلك الخاصة بالشخص الطبيعي بقدر ما يستوجب اختلاف طبيعة كل منهما، وإن كانت تتقاطع معها في مساحة كبيرة من الحقوق والالتزامات.

ولا شك أن الدور الجوهري الذي أضحي الشخص المعنوي يلعبه في المجتمعات الحديثة يُحتم الحفاظ على مصالحه، وتمكينه من ممارسة شخصيته القانونية على الوجه الأمثل سواءً من جهة اكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزامات.

من ضمن الحقوق التي تثبت للشخص المعنوي كمنظيره الطبيعي؛ الحق في التعويض عن أي ضرر يصيبه سواءً كان ناشئاً عن مسئولية تقصيرية أو عقدية متى تحققت أركان أي منهما. واستحقاق التعويض بشكل عام قد يكون ناتجاً عن الإصابة بضرر مادي أو أدبي. وفيما يخص الشخص المعنوي فإن حقه في الحصول على تعويض عما يلحق به من أضرار مادية، أمر لا خلاف عليه، ولا ريب فيه. أما عن تعويض الشخص الاعتباري عن ضرر أدبي، فإنه مما أثار، ومازال، قدرأ واسعاً من الجدل والخلاف الفقهي. فتباينت الآراء بين التأييد والمعارضة والتنظيم، كما تباينت أحكام القضاء بشأنه.

بل أن مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي بشكل عام سواءً أصاب شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً لم يبرأ من الاختلافات الفقهية، فانقسمت وجهات النظر بشأنه إلى عدة اتجاهات.

إن صور الضرر الأدبي الذي قد يقع على الشخص الطبيعي ناشئاً عن مسئولية عقدية أو تقصيرية تُعد وافرة. منها ما يتعلق بحقوقه اللصيقة بالشخصية بجوانبها المختلفة حال حياته وبعد وفاته، ومنها ما يتصل بحقوق الملكية الفكرية الخاصة به، وغير ذلك. بتطبيق تلك الصور على الشخص المعنوي نجد أن الكثير منها غير ذي محل بطبيعة الحال نظراً للطبيعة الخاصة للشخص المعنوي. وهو ما يجعل أشكال الضرر الأدبي الذي قد يصيب الشخص الاعتباري محدودة إلى حد بعيد، بما يتناسب وشخصيته القانونية.

وعلى الصعيد الدولي قد توصلنا إلى أن الكثير من التطبيقات البارزة المتعلقة بالتعويض الأدبي للأشخاص الاعتبارية قد عرضت في إطار اتفاقية أوروبا لحقوق الإنسان^١، وتتصدى لنظرها والفصل فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^٢. كما أنه مما يُعد مجالاً حديث النشأة لهذا النوع من التطبيقات أحكام التحكيم في قضايا الاستثمار.

¹See: <https://echr.coe.int/>

^٢See: <https://hudoc.echr.coe.int/>

ويُطلق عليها أيضاً محكمة ستراسبورغ إذ تقع في مدينة ستراسبورغ الفرنسية.

خطة البحث:

بناءً على ما سبق، سوف نتناول في هذا البحث خصوصية تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي. ويشمل هذا التناول مدى الاعتراف به من جانب الفقه سواءً على الصعيد المحلي أو الدولي، وأوجه الضرر الأدبي الذي يُمكن أن يصيب الأشخاص الاعتبارية، وموقف القضاء المصري والأجنبي والدولي من الأمر. ومن أجل معالجة هذه الموضوعات نعتزم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين.

في الفصل الأول نبحث مدى استحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي. وفي سبيل ذلك ينبغي التعرض بإيجاز إلى ماهية الشخص المعنوي وأهميته وأبرز سمات الشخصية القانونية الممنوحة له، وما تتمتع به من خصوصية. كما يقتضي الأمر تناول الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بشكل عام، وموقف الفقه بشأنه. لننتهي من ذلك إلى استنباط مدى إمكانية تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي، مع بيان اتجاهات الفقه بشأن المسألة.

وفي الفصل الثاني نعرض لصور الضرر الأدبي الذي قد يصيب الشخص الاعتباري. ونستخلص هذه الصور من التطبيقات القضائية التي تناولت المطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الضرر. سواءً كانت تلك التطبيقات من القضاء المصري، أو الأجنبي كالقضاء الأمريكي، أو الدولي كالمنازعات التي طُرحت أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. ونركز في هذا الفصل كذلك على صورة خاصة من تلك التطبيقات؛ وهي تلك المتعلقة بالمنازعات المطروحة أمام التحكيم في مجال

الاستثمار. وعادةً ما يكون المدعى عليه بالتعويض عن الضرر المعنوي للشخص الاعتباري في هذا النوع من المنازعات هو إحدى الدول.

ومن ثم فإن هذا البحث ينقسم إلى فصلين كالتالي:

الفصل الأول: مدى استحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي.

الفصل الثاني: أبرز صور وتطبيقات الضرر الأدبي الذي قد يصيب الشخص الاعتباري.

الفصل الأول

مدى استحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي

تمهيد:

إن التساؤل الأساسي محل هذه الدراسة، والذي أثار جدلاً فقهيًا واسعاً هو؛ ما إذا كان يحق للشخص الاعتباري الحصول على تعويض إن أصابه ضرراً أدبياً. وهو ما يقودنا إلى تساؤل آخر: وهل يُمكن أن يُصاب الشخص الاعتباري بضرر أدبي؟ بعبارة أخرى، هل تسمح الطبيعة غير البشرية للشخص الاعتباري بأن يقع عليه ضرر معنوي؟

إن التوصل إلى إجابات لتلك التساؤلات يقتضي تحليل عدة مسائل أولية. ففي البدء ينبغي التعرض لماهية الشخص الاعتباري، ومدى أهميته، والعناصر الأساسية لشخصيته القانونية. كما يلزم تسليط الضوء على الضرر المعنوي أو الأدبي بشكل عام من حيث مفهومه، وما توصل إليه الفقه بشأن التعويض عنه.

يمكننا في مرحلة تالية استنباط الهدف الرئيسي المراد التوصل إليه من عرض المسائل السابقة. بمعنى أن التعرض لشرح موجز للمبادئ المذكورة سوف يسوقنا إلى معرفة ما إذا كان يحق للشخص الاعتباري الحصول على تعويض عن الضرر الأدبي، وما هي الأسانيد القانونية التي تدعم هذا الحق إن وُجد، وما هو نطاقه.

بناءً على ما سبق، يمكننا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول تأثير طبيعة الشخص الاعتباري على استحقاقه للتعويض عن الضرر الأدبي.

المبحث الثاني مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي.

المبحث الأول

تأثير طبيعة الشخص الاعتباري على استحقاقه للتعويض عن الضرر الأدبي

في هذا المبحث نتناول كلاً من الشقين الرئيسيين لموضوع هذه الدراسة على حده؛ الشخص الاعتباري من حيث طبيعته الخاصة، والضرر الأدبي. ويرجع ذلك إلى أن تناولهما على هذا النحو يُعد مدخلاً ضرورياً للربط بينهما من أجل التوصل إلى مدى قابلية إصابة الشخص الاعتباري بالضرر الأدبي، ونطاقه. ومن ثم ننتهي إلى استنباط مدى استحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي.

على ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول الطبيعة الخاصة للشخص الاعتباري.

المطلب الثاني مفهوم الضرر الأدبي.

المطلب الأول

الطبيعة الخاصة للشخص الاعتباري:

وهنا نعرض تباعاً لمميزات الشخص الاعتباري، وأهليته بالقدر الضروري الذي يوضح مدى اتساق طبيعته الخاصة مع فكرة الضرر المعنوي. وتمهيداً لهذا العرض ينبغي أن نتعرض إيجازاً لماهية الشخص الاعتباري، وأهميته العملية.

تمهيد: فكرة الشخص الاعتباري وأهميته:

تتلخص فكرة الشخص الاعتباري في انخراط مجموعة من الأشخاص الطبيعيين، أو مجموعة من الأموال بغية تحقيق غرض محدد مشترك. ذلك بحيث ينشأ عن هذه المجموعة كيان مستقل عن شخصيات مُكونيه، يصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. هذا الكيان متى حاز اعتراف القانون بوجوده فإنه يكتسب تبعاً لذلك شخصية قانونية محدودة بمقدار الغرض الذي أنشئ لتحقيقه.

إلا أن هذه الشخصية لا تمثل شخصاً حقيقياً ملموساً، وإنما تصور ذهني يترتب عليه آثاراً قانونية. لذا يُطلق عليها الشخص المعنوي أو الاعتباري¹.

وقد حضت عدة ضرورات عملية التشريعات على الاعتراف بشخصية قانونية مستقلة للأشخاص الاعتبارية، وجعلت هذا الاعتراف حاجة لا مفر منها¹.

¹ راجع: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف ١٩٦٠، ص ٢٣٤ وما بعدها.

ذلك أن الكثير من الأغراض الجوهرية لبقاء المجتمع وسلامته، إن لم يكن أغلبها، لا يتسع لتحقيقها مجهود الشخص الطبيعي أو عمره أو ماله أو خبرته. وهو ما استلزم بطبيعة الحال ضم رؤوس الأموال للقيام بالمشروعات الكبرى التي تستلزم رؤوس أموال ضخمة، أو تجميع مجهودات عدد من البشر، ومنحهم شخصية مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها تمكنها من تحقيق أغراضها.

وعلى هذا النحو، يتيسر للشخص الاعتباري من خلال شخصيته القانونية المستقلة الاستمرار في تحقيق أهدافه. ذلك حتى وإن انقضت حياة الأشخاص الطبيعيين المكونين له، أو فنت الأموال في ذمهم الشخصية.

وقد قرر القانون المدني المصري الإطار العام الذي يحكم الشخصية القانونية الممنوحة للشخص الاعتباري. فقد نصت المادة ٥٣ منه على أن: "١. الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها مُلَازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

٢. فيكون له: (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون. (ج) حق التقاضي. (د) موطن مستقل...

٣. ويكون له نائب يعبر عن إرادته."

^١ راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠١٠، ص ١٩٨ وما بعدها.

وفيما يلي نعرض لكل من مميزات الشخصية المعنوية، وأهليته، وذمته
المالية للوقوف على مدى إمكانية تأثر كل منها بالضرر المعنوي.

الفرع الأول

مميزات الشخص الاعتباري

كما هو حال الشخص الطبيعي، يتمتع نظيره الاعتباري بمجموعة من الصفات والخصائص التي تميزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية. وتتمثل هذه المميزات في؛ الاسم والموطن والحالة. وفيما يأتي نعرض لكل منها بالقدر اللازم لتوضيح ما إذا كان من الممكن أن يقع عليه ضرراً أدبياً.

أولاً: الاسم:

لابد من أجل حسن سير العمل، واستقرار المعاملات أن يتحدد لكل شخص اعتباري ينشأ قانوناً اسم معين يميزه عن غيره. ويتولى اختيار هذا الاسم مؤسسي الشخص الاعتباري عند إنشائه، كما يلتزمون بالنص عليه في السند المنشئ له^١. وهو من ضرورات شخصيته القانونية بحيث أن إغفاله يؤدي إلى عدم نشوء تلك الشخصية.

على ذلك يُعد الاسم أحد مظاهر وجود الشخصية القانونية للشخص الاعتباري التي تميزها عن غيرها، وبشكل خاص عن تلك التي تشترك في أنشطة متشابهة.

إن القاعدة العامة فيما يتعلق بالحماية القانونية المقررة للاسم، باعتباره أحد عناصر الشخصية، أن الاعتداء عليه يخول صاحبه الحق في المطالبة بوقف هذا

^١ انظر: د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

الاعتداء، بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض. وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة ٥١، والتي تقضي بأنه: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

وقد ذهبت غالبية الفقه المصري إلى اعتبار حق الشخص على اسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية^١. فمن أبرز خصائص الاسم؛ عدم قابليته للتصرف فيه، وعدم خضوعه للتقادم. وعليه فإن الحق في الاسم حق أدبي، يخرج عن دائرة التعامل، وينتمي إلى الحقوق غير المالية. ولا يتعارض ذلك مع إمكانية الحصول على تعويض عن الضرر المادي أو الأدبي الذي قد يصيب الشخص من جراء الاعتداء على اسمه كما وضحت المادة ٥١ مدني سالفه الذكر.

إلا أن الاسم التجاري يُعد استثناءً على القواعد السابقة. فالحق المتعلق به يُعد حقاً مالياً داخلياً في دائرة التعامل، أي يجوز لصاحب هذا الاسم التصرف فيه، والتنازل عنه باعتباره عنصراً من عناصر المحل التجاري. وذلك بشرط أن يتم التصرف فيه مع المحل التجاري المخصص له، وتتنص على ذلك المادة ٨ من قانون الأسماء التجارية رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١: "لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له".

^١ د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية عشرة ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٦٦٩.

ومع ذلك فقد قرر القانون تمتع الاسم التجاري بذات الحماية القانونية المقررة للاسم الذي يتخذه الشخص الطبيعي إذ أجاز لممثله طلب وقف أي اعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر¹.

من الجدير بالملاحظة هنا أنه لا تلازم بين الشخصية الاعتبارية والاسم التجاري. فبعض الأشخاص الاعتبارية يكون اسمها تجارياً كحال الشركات التجارية على سبيل المثال. بينما بعضها الآخر كالجمعيات والمؤسسات حقها على اسمها حقاً أدبياً، ليس له السمة التجارية، ولا يجوز التعامل فيه.

بناءً على ما سبق، فإن الاسم الذي يُنسب للشخص الاعتباري سواءً كان مما يدخل في دائرة التعامل أو يخرج عنها، يُمكن صاحبه من الحصول على تعويض إن تعرّض للتعدي عليه تعدياً أصابه بضرر سواءً مادياً أو أدبياً. وليس هناك ما يمنع من أن يكون هذا الضرر أدبياً. ولعل أبرز تطبيقات ذلك انتحال أحد الأشخاص المعنوية لاسم غيره، ويقوم بتقديم منتج أو خدمة رديئة الجودة مما يسيء إلى سمعة صاحب الاسم الأصلي. في مثل هذه الحالة يحق لصاحب الاسم المُعتدى عليه بالإضافة للحصول على تعويض عن الضرر المادي لما أصابه من خسارة أو ما فاتته من كسب، المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الإضرار بالسمعة.

¹ د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

ثانياً: الموطن:

للشخص الاعتباري، كما لنظيره الطبيعي، موطناً خاصاً به مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له. وهو أحد العناصر الأساسية في تكوين الشخصية القانونية للشخص الاعتباري، وقد قرر ذلك القانون المدني في المادة ٢/٥٣(د)، وحدد معيار الموطن بالنسبة للأشخاص الاعتبارية^١. ويستلزم المشرع تحديد موطن الشخص الاعتباري في نظامه الأساسي^٢.

ولا يختلف دور الموطن بالنسبة للشخص الاعتباري عنه بالنسبة للشخص الطبيعي. فهو المكان المُعتبر قانوناً لمخاطبة ومخاصمة الشخص الاعتباري فيما يتعلق بنشاطه القانوني.

وليس هناك ما يمنع من أن يصيب الشخص الاعتباري ضرراً أدبياً يتعلق بموطنه. فالاعتداء على موطن الشخص الاعتباري قد ينجم عنه أضراراً مادية، كما قد يترتب عليه أضرار أدبية. من قبيل ذلك الإضرار بحق الشخص الاعتباري في

^١ تنص المادة المذكورة في فقرتها الثانية على أنه "فيكون له: د موطن مستقل. ويُعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية".

^٢ من ذلك ما نص عليه المشرع في قانون ممارسة العمل الأهلي رقم ١٤٩ لسنة ٢٠١٩ في المادة ١/٧.

خصوصية وحرمة موطنه. وقد صدرت أحكاماً^١ بتعويض شركات عن الضرر الأدبي جراء الاعتداء على حرمة وخصوصية مبانيها بواسطة السلطة العامة بالمخالفة للمادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^٢. وقد صدرت هذه الأحكام من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي قررت مد الحماية المقررة

¹ See: The European Court of Human Rights, CASE OF SOCIÉTÉ COLAS EST AND OTHERS v. FRANCE, Application no. 37971/97, 16 April 2002.

See also: Case C-94/00, Roquette Freres SA v. Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes, 2002 E.C.R. I-9039.

وسوف نعرض لأبرز هذه التطبيقات تفصيلاً في موضع لاحق.

² Article 8 of the European Convention on Human Rights provides that:

"1 Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2 There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

لموطن الشخص الطبيعي لتشمل المباني التي تتخذها الأشخاص الاعتبارية موطناً لها^١.

ثالثاً: الحالة:

بخلاف الشخص الطبيعي ليس للشخص الاعتباري حالة مدنية أو دينية بطبيعة الحال، إذ يتعارض ذلك مع طبيعة الشخصية الاعتبارية. وعليه تقتصر الحالة فيما يخصه على الحالة السياسية أو الجنسية. وهي تعبر عن تبعية الشخص الاعتباري لدولة معينة وانتمائه لها، وهو ما تنعكس أهميته العملية على تحديد القانون الواجب التطبيق على ما يبرمه من تصرفات قانونية.

ويتولى تشريع كل دولة تحديد معيار اكتساب الشخص الاعتباري لجنسيتها^٢. وتبعاً لاستقلالية الشخصية الاعتبارية عن الأشخاص الطبيعيين المكونين لها، فإن جنسية الشخص الاعتباري كذلك مستقلة عن جنسيات الأشخاص المكونين له^٣.

¹ Marius Emberland, PROTECTION AGAINST UNWARRANTED SEARCHES AND SEIZURES OF CORPORATE PREMISES UNDER ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: THE COLAS EST SA V. FRANCE APPROACH, 25 Mich. J. Int'l L. 77, Fall 2003.

^٢ انظر في تفصيل ذلك: د. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب- إطلالة على قانون الاستثمار رقم ٧٢/٢٠١٧، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٢٠، ص ٣٢١ وما بعدها.

^٣ انظر: د. توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٢٥٠-٢٥١.

فيما يتعلق بالضرر الأدبي، فإنه لم يثبت وقوع ضرر أدبي لشخص
اعتباري يتصل بحالته السياسية.

الفرع الثاني

مقومات مباشرة الشخصية الاعتبارية

تبعاً لاكتسابه الشخصية القانونية، تنشأ للشخص الاعتباري أهلية وجوب وأهلية أداء. إلا أن هذه الأهلية ذات طبيعة ونطاق مختلفين عما يتمتع به الشخص الطبيعي. كما يلزم من أجل مباشرته لتلك الشخصية أن يتمتع بذمة مالية مستقلة. وسوف نعرض في هذا الفرع لكلٍ من هذه المقومات لتقدير مدى إمكانية انعكاس الضرر الأدبي على كل منها.

أولاً: أهلية الوجوب:

وهي تعبر عن نطاق صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، مع التقيد بما يشترطه القانون في شأن كل طائفة من الحقوق والالتزامات. وترتبط أهلية الوجوب وجوداً وعدماً بالشخصية القانونية، فبمجرد الاعتراف للشخص المعنوي بالشخصية القانونية يكتسب تلقائياً أهلية وجوب.

والأصل في أهلية الوجوب هو الإطلاق؛ أي أن من يعترف له القانون بالشخصية القانونية يكون له من حيث الأصل أهلية وجوب مطلقة لاكتساب جميع الحقوق، والتحمل بكافة الالتزامات. لكن ترد على هذا الأصل العديد من الاستثناءات، فقد يتمتع الشخص بالشخصية القانونية، ويضيق المشرع من نطاق أهلية وجوبه بحيث لا يُمكنه من اكتساب بعض الحقوق أو التحمل ببعض الالتزامات. وذلك شأن الحقوق السياسية التي يتطلب القانون لتوافر أهلية الوجوب بشأنها أن يكون

الشخص مواطناً، ومن ثم فإن الأجنبي وإن كان يتمتع بالشخصية القانونية، لا يكون له أهلية وجوب اكتساب الحقوق السياسية.

وأهلية الشخص الاعتباري ذات نطاق محدود، وطبيعة مختلفة لما له من خصائص تميزه عن الشخص الطبيعي. وعلى ذلك، تنقيد أهلية وجوب الشخص الاعتباري بنوعين من القيود تجعلها أضيق نطاقاً من أهلية الشخص الطبيعي^١:

القيود الأولى؛ يرجع إلى الطبيعة غير البشرية للشخص الاعتباري. وقد نصت على ذلك المادة ١/٥٣: " الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية...". وعليه فإن أهلية وجوب الشخص الاعتباري تتحدد بما يتفق وطبيعته^٢، ويخرج عنها كل ما يكون ملازماً للصفة البشرية للإنسان. من أبرز أمثلة الحقوق التي لا تتناسب مع طبيعة الشخصية الاعتبارية حقوق الأسرة، والحقوق السياسية، والحقوق اللصيقة بالشخصية المتعلقة بحماية الكيان الجسدي للإنسان. أما الالتزامات فمن أوضاعها واجب أداء الخدمة العسكرية.

أما فيما يتعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية الخاصة بحماية الكيان المعنوي كالحق في المحافظة على الشرف والسمعة والصورة فإنها محل خلاف بين

^١ انظر: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

^٢ د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

الفقهاء؛ فمنهم من يرى أنها مما يلزم شخصية الإنسان^١، ومنهم من سكت عن ذكرها من ضمن أمثلة الحقوق التي لا تتناسب مع الشخصية المعنوية. إلا أن هذه الطائفة هي من صميم ما يخول الشخص الاعتباري الحصول على تعويض عن الضرر الأدبي. بل قد عُرضت على القضاء المصري والدولي عدة نزاعات تتناول الاعتداء على حق الشخص الاعتباري في الحفاظ على كيانه المعنوي، ومطالبته بالتعويض عما يلحق به من ضرر أدبي جراء الاعتداء على هذا الكيان^٢.

أما القيد الثاني؛ فإنه يتعلق بالغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري من أجله. وقد ورد ذكره كذلك في المادة ١/٥٣ مدني والتي قضت بأن: "الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق ... وذلك في الحدود التي قررها القانون". فطبقاً لمبدأ التخصيص الذي يحكم الشخصية الاعتبارية، يتحدد النشاط القانوني المسموح به للشخص الاعتباري في حدود الغرض الذي أنشئ من أجل تحقيقه، فلا يجوز له أن يتعداه^٣.

^١ د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

^٢ سوف نعرض لهذه التطبيقات تفصيلاً في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

^٣ راجع: د. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ١٨٨ - ١٩٢.

الحقوق الذهنية:

في هذا المقام يجدر بنا إثارة التساؤل؛ هل تدخل الحقوق الذهنية أو المختلطة ضمن أهلية وجوب الشخص الاعتباري؟ بعبارة أخرى؛ هل يصلح الشخص الاعتباري لكي يكون صاحب حق من حقوق الملكية الفكرية؟

في البدء نذكر أن هذه الطائفة من الحقوق تنصب على نتاج الفكر والعقل، أي أن محلها يتمثل في أشياء معنوية غير محسوسة. لذا ثار خلاف فقهي حاد حول طبيعتها وتكييفها^١. ففي البداية كان الاتجاه إلى اعتبارها نوعاً من حق الملكية^٢ إذ أنها تخول صاحبها سلطات على الشيء وإن كانت طبيعته معنوية لذا أطلق عليها "ملكية أدبية أو فنية أو صناعية". إلا أن هذا الاتجاه قد قوبل بالرفض لوجود اختلافات جوهرية بين حق الملكية، والحقوق الذهنية. فالأول يرد على أشياء مادية ملموسة، ويتمثل جوهره في الاستئثار بالشيء، بينما ترد الأخرى على أشياء معنوية، ولا يتحقق استعمالها إلا عن طريق تداول الإنتاج الفكري بين الناس. كما يتسم حق الملكية بديمومته، بينما حق صاحب الملكية الفكرية في استغلال إنتاجه موقوف بفترة زمنية محددة^٣.

^١ د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٩٨-١٠٠.

^٢ وهو ما تبناه التقنين المدني المصري القديم.

^٣ انظر: د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني في حق الملكية، الجزء الأول، طبعة ٣، سنة ١٩٥٤، ص ٤٩٤.

وعليه، استقر غالب الفقه^١ على اعتبار الحق الذهني؛ حق عيني أصلي من نوع خاص ذو طبيعة مزدوجة حيث ينطوي على جانب مالي، وآخر أدبي. فالجانب المالي يخول صاحب الحق استغلال إنتاجه الذهني استغلالاً مالياً يتيح له الحصول على عائد مادي. أما الجانب الأدبي فيتصل بشخصية صاحب الحق، بحيث يمنحه سلطات أبدية على إنتاجه الفكري ليست ذات عائد مالي.

بناءً على ما سبق، اتجه بعض الفقه إلى أن الأصل أن الشخص الاعتباري غير صالح لاكتساب الحقوق الذهنية لأن "الإنتاج الذهني مسألة تتعلق بالإنسان وحده، إذ هو نتيجة تفكير عقلي لا يملكه الشخص الاعتباري"^٢. إلا أن المشرع قد اعترف بوجود استثناءات على هذا الأصل يُمكن الإقرار بموجبها بحق المؤلف للشخص الاعتباري. فالمصنفات الجماعية يشترك في وضعها أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي، يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته^٣. وقد نص قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ في المادة ١٧٥ منه على أن: "يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه إلى ابتكار المصنف الجماعي التمتع بالحق في مباشرة حقوق المؤلف عليه".

انظر أيضاً: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٩٩-١٠٠.

^١ راجع: د. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٤١٠.

وكذلك د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ١٠٠.

^٢ د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

^٣ د. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

من جانبنا لا نتفق مع الرأي السابق إذ نرى أن الأصل -لا الاستثناء- هو صلاحية الشخص الاعتباري لاكتساب الحقوق الذهنية. وإن كان الإنتاج الذهني والتفكير العقلي لا يتماشى مع طبيعة الشخص الاعتباري، إلا أن ذلك لا يتعارض مع إمكانية انتساب الحقوق الذهنية إلى هذا النوع من الأشخاص. بل الواقع أن غالبية أشكال الحقوق الذهنية تتحقق الإفادة منها بالشكل الأمثل عند انتسابها إلى شخص اعتباري لا طبيعي. لذا نص قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ صراحةً على إمكانية أن يكون صاحب الحق الذهني شخصاً طبيعياً أو معنوياً بالنسبة لغالبية هذه الحقوق مثل: براءات الاختراع ونماذج المنفعة (مادة ٤)، العلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية (مادة ٦٦)، التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة (مادة ٥٠)، والأصناف النباتية (مادة ١٩١).

نستخلص مما سبق أن الشخص الاعتباري مُعرضاً - كما هو حال الشخص الطبيعي - لوقوع ضرر عليه يمس الجانب الأدبي للحقوق الذهنية التي يملكها. وفي هذه الحالة يستحق تعويضاً عن الضرر الأدبي إن توفرت مقتضياته. وتطبيقات ذلك متعددة في الواقع العملي خاصةً في مجال العلامات التجارية.

ثانياً: أهلية الأداء والذمة المالية:

إن نطاق أهلية الأداء مُرتهن بمقدار ما يتمتع به الشخص من تمييز وإدراك، وهي أمور ليس لها محل في الشخص الاعتباري بحكم طبيعته. وبالتالي لا

مفر من أن يقوم أشخاص طبيعيون بمباشرة أوجه شخصيته القانونية بالنيابة عنه، بحيث يعملون لحسابه وتتصرف الآثار القانونية إليه مباشرة.

لذلك وجب أن يكون لكل شخص اعتباري نائباً يعبر عن إرادته، وهو ما نص عليه القانون المدني صراحةً في المادة ٣/٥٣. ويستمد هذا النائب سلطته في القيام بذلك من سند إنشاء الشخص الاعتباري، كما يقوم بذلك في الحدود التي يقرها هذا السند.

وهذا الممثل قد يكون شخصاً واحداً كالمدير العام، كما قد يكون مجموعة من الأشخاص مثل مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية^١.

فضلاً عن ذلك، يتمتع الشخص الاعتباري بموجب نص المادة ٢/٥٣ (أ) مدني بذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له. ومقتضى ذلك أنه لا يحق لدائني هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الاعتباري، كما لا يجوز لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ على أموالهم الخاصة^٢.

ويترتب على استقلال الذمة المالية للشخص الاعتباري أنه يحق له رفع الدعاوى على الغير، كما يُمكن للغير مقاضاته، وهو ما قضت به المادة

^١ راجع في تفصيل ذلك: د. همام زهران، الأصول العامة للقاعدة القانونية نظرية الحق، مرجع سابق، ص ١٩٢ - ٢٠٠.

^٢ انظر: د. جلال العدوي، د. رمضان أبو السعود، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٢١.

٢/٥٣ (ج). وبطبيعة الحال تتصرف كافة الآثار الناتجة عن هذه الدعاوى مباشرةً إلى الذمة المالية للشخص الاعتباري.

تطبيقاً لما تقدم، فإن تعرّض الشخص الاعتباري لضرر أدبي يتولى ممثله رفع دعوى باسم الأول للمطالبة بالتعويض عن هذا الضرر. وينصرف ما يتولد عنها من آثار إلى الذمة المالية للشخص الاعتباري.

المطلب الثاني مفهوم الضرر الأدبي

بعد أن عرضنا للطبيعة المميزة للشخص الاعتباري، صار من اللازم من أن نتناول كذلك مفهوم الضرر المعنوي أو الأدبي بشكل عام. ويستلزم ذلك التعرف على ماهية الضرر الأدبي من حيث تعريفه، وخصائصه، وأنواعه، وكيفية تقديره. كما نميز بين مصدرى نشوئه؛ المسئولية التقصيرية والعقدية. ومن ثم نتناول أنواعه وطوائفه المختلفة. بناءً على ذلك نقسم هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول ماهية الضرر الأدبي

أولاً: تعريف الضرر الأدبي وكيفية تقديره:

يُقصد بالضرر الأدبي؛ ذلك الذي يمس مصلحة غير مالية للشخص، أي لا يقع الاعتداء فيه على أحد عناصر الذمة المالية^١. وعلى ذلك فإن هذا الضرر غالباً ما يرد على الحقوق اللصيقة بالشخصية كما في حالة المساس بحق الشخص في الاسم، والشرف والكرامة والسمعة والشعور والعاطفة أو بأحد حقوق الأسرة. وكذا كل ما يتعلق بالنواحي الأدبية كالجانب الأدبي لحق المؤلف.

بشكل عام يمكن اعتباره كل ما يسبب أذى لشعور الشخص أو عاطفته فيكون مصدراً لألمه وحزنه^٢.

وقد انعكست هذه الطبيعة الخاصة للضرر الأدبي على عملية تقديره. فالاعتداء هنا لا يصيب أياً من محتويات الذمة المالية، والضرر لا يقع على ما يُمكن تقديره بالمال. وعلى ذلك فإن جبر الضرر الأدبي يُتصوّر أن يكون برفعه وإزالة أسبابه

^١ راجع: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٨٠-١٩٨١، ص ٣٨٨.

د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ٣٤٧.

د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ٣٨١.

^٢ د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

قدر الإمكان، وكذا بالاعتذار عنه وإعلان هذا الاعتذار، فضلاً عن الترضية المالية عنه كتطبيق للتنفيذ بمقابل (مادة ٢١٥ مدني مصري). وفي حال استحقاق الترضية المالية لجبر هذا الضرر يثور التساؤل عن كيفية تقدير مبلغ التعويض المستحق عنه^١.

وأساس تقرير التعويض عن الضرر الأدبي يتمثل في جانبين. فهو من ناحية يُعد عقاباً خاصاً للجاني على اعتدائه، والذي من شأن توقيعه عليه التخفيف من الآلام التي يحدثها الضرر الأدبي للمضروب. ومن ناحية أخرى فإنه يمثل ترضية للمضروب برغم من أنه في أغلب الأحوال لن يستطيع محو أو إصلاح الضرر، إلا أنه قد يحدث حالة من السرور أو الرضاء لدى المضروب مقابل الآلام التي عاشها^٢.

لا شك أن العوامل السابقة قد جعلت تحديد مقدار التعويض المستحق عن الضرر الأدبي أمر غير يسير، وغير واضح المعيار. لذا يترك المشرع للقضاء سلطة تقديرية واسعة بشأن تقرير تحقق الضرر الأدبي من عدمه، وكذلك بشأن تحديد مقداره^٣.

^١ انظر: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

^٢ د. ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٣٢١ وما بعدها.

^٣ د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٨٩.

ثانياً: خصائص الضرر الأدبي، ومصادر نشوئه:

يُشترط توافر عدة خصائص في الضرر الأدبي حتى يُعتبر مسوّغاً لحصول المضرور على تعويض عما أصابه. أبرز هذه الخصائص هي^١:

أ. أن يكون مؤكداً: أي ينبغي أن يكون قد وقع بالفعل أو ثابت الوقوع مستقبلاً. فإن كان الضرر الأدبي محتمل الوقوع لا يكون موجباً للتعويض^٢.

ب. أن يكون مباشراً: فالضرر لا بد أن يكون نتيجة مباشرة للفعل الضار بالنسبة للمسئولية التقصيرية، أو للإخلال بالالتزام العقدي بالنسبة للمسئولية العقدية^٣.

ج. أن يكون شخصياً: ويقصد بذلك أن الضرر الأدبي يلزم أن يصيب طالب التعويض عنه. إلا أن هذا الشرط لا يمنع من أن يكون هذا الضرر مرتدّاً؛ أي يصيب المضرور الأصلي ثم يرتد إلى شخص آخر^٤.

وهو بدهة لا يجوز طلب التعويض عنه أكثر من مرة.

^١ د. ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص ١٨.

^٢ انظر: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

^٣ راجع المادة ١/٢٢١ مدني إذ تشترط لتقرير التعويض أن "... يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به".

^٤ تنص المادة ٢/٢٢١ في هذا الصدد على أنه: "... لا يلتزم المدين... إلا بتعويض الضرر الذي كان يُمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

التعويض الناشئ عن مسئولية عقدية أو تقصيرية:

إن الضرر بشكل عام - سواءً مادي أو أدبي - هو أحد أركان المسئولية العقدية والتقصيرية على السواء، وعليه فإن وقوع ضرراً أدبياً في إحدى هاتين المسئوليتين يستوجب دفع تعويض للمضرور. ويُستدل على ذلك مما تقضي به المادة ١/٢٢٢ مدني: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...". وقد جاء النص عاماً فلم يُفرّق بين المسئولية العقدية والتقصيرية بهذا الصدد مما يُفيد تصور وقوع الضرر الأدبي في كل منهما.

وعلى ذلك فإن التعويض عن الضرر الأدبي قد ينشأ عن إحدى هاتين المسئوليتين؛ العقدية أو التقصيرية. وإن كان الغالب أن يكون الضرر في المسئولية العقدية مادياً^١، كما أن التعويض عن الضرر الأدبي فيما يتعلق بالمسئولية العقدية قد أثار خلافاً واسعاً بين الشراح^٢.

أ. التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسئولية العقدية:

أشار الفقه إلى أن الضرر الأدبي في هذا النوع من المسئولية قد يقع في فرضين: أولهما: أن يقتصر محل الالتزام على مصلحة أدبية، أي لا يظفر الدائن من تنفيذه بأية قيمة مالية. وهنا إذا وقع إخلال من المدين في تنفيذ التزامه، ينشأ عن ذلك

^١ د. توفيق فرج، المرجع السابق ص ٣٨، فقرة ٢١٤.

^٢ د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٥٩، فقرة ٢٩١.

ضرراً أدبياً للدائن. وبالتالي من المفترض أن يحق للأخير المطالبة بتعويض مالي عن هذا الضرر الأدبي، إلا أن مدى جواز حصوله على ذلك التعويض كان مثاراً لجدل فقهي متسع بين مؤيد، ومعارض، ومُقيّد^١. إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى جواز الحصول على تعويض عن الضرر الأدبي في هذا الفرض.

من تطبيقات هذا الفرض قيام الطبيب بإفشاء الأسرار الطبية الخاصة بأحد مرضاه. ومنها أيضاً ما يصيب رب العمل من ألم بسبب الانتقاص من هيئته نتيجة إخلال العامل بواجب الاحترام نحوه^٢.

أما **الفرض الثاني**: أن يكون محل الالتزام التعاقدية مصلحة مالية، وينتج عن الإخلال بتنفيذه ضرراً أدبياً للدائن، سواءً كان مصاحباً لضرر مادي أو كان الضرر الأدبي منفرداً. فهل يحق للدائن هنا الحصول على تعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه؟ واجه هذا الفرض ذات الخلاف الذي تعرض له الفرض السابق، واستقر الرأي الغالب على ذات النهج مُقراً الحق في التعويض عن الضرر الأدبي^٣.

من أمثلة الضرر الأدبي في هذا الفرض، وقوع حادث تصادم لإحدى وسائل النقل ينشأ عنه تشويه في جسد المسافر ونقص قدرته على العمل.

^١ انظر في تفصيل ذلك: د. ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

^٢ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

^٣ راجع: د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ١٥٦ - ١٥٧.

ب. التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية:

يتولد الضرر الأدبي عن المسؤولية التقصيرية حينما يصدر خطأ يُنسب لأحد الأشخاص يمس مصلحة غير مالية لشخص آخر. هذا الضرر قد يصيب جوانب مختلفة من شخصية الإنسان لا تتعلق بحقوقه المالية، ومع ذلك فإنه يستحق عنه تعويضاً مالياً في حال استيفاء أركان المسؤولية.

من تلك الجوانب المساس بعاطفة أو شعور الإنسان كحزن الوالدين لفقد ابنهما، أو فقد الشخص لشيء له قيمة أدبية كبيرة لديه. ومنها ما يصيب شرف الإنسان أو كرامته أو سمعته كالسب، وهتك العرض. كما قد يتولد الضرر الأدبي من الاعتداء على جسد الإنسان، كالإصابة التي تسبب له تشويهاً يؤلمه نفسياً، أو تُفجده عن العمل فتسبب له أوجاعاً نفسيةً كذلك.

يُفرّق بعض الفقه بين نوعين من الضرر الأدبي^١:

الأول: ضرر أدبي يتصل بضرر مادي. ومن ذلك أن يقوم شخص بتحريف أو تشويه مصنف ما دون إذن مؤلفه، فيصيب الأخير ضرراً مادياً حيث ينتج عن هذا التشويه تراجع مبيعات المصنف، كما يصيبه ضرراً أدبياً جراء انتهاك حقه الأدبي في احترام مصنفه.

^١ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٣٤٧، فقرة ٤٠٠.

الثاني: ضرر أدبي بحت، مجرد من أي ضرر مادي. ومن قبيل ذلك الإساءة إلى
المعتقدات الدينية لشخص أو طائفة معينة وازدراءها أو التحقير منها. فذلك سلوك
لا ينجم عنه ضرراً مادياً، ولكنه رغم ذلك يسبب ضرراً أدبياً لذلك الشخص أو تلك
الطائفة.

الفرع الثاني طوائف الضرر الأدبي

لقد سبق أن عرّفنا الضرر الأدبي أو المعنوي بأنه كل ما يسبب أذى لشعور الشخص أو عاطفته فيكون مصدراً للألم وحزنه بشكل أو بآخر، وذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعيين. وهو بالنسبة للشخص الاعتباري نتاج إيذاء كيانه الأدبي في جملته، والذي هو جِماع سمعته والثقة فيه وكرامته ونزاهته وحسن سيره. واستقراء الواقع والتطبيقات القضائية بهذا الصدد تدفعنا إلى ملاحظة تنوع مسببات ومصادر هذا الأذى النفسي الذي ينجم عنه الألم والحزن. وعلى ذلك، فإن الضرر الأدبي أو المعنوي الذي قد يصيب الشخص يتباين بحسب المصلحة التي يمسهما الخطأ. ويمكننا جمع الأضرار الأدبية في ثلاث طوائف على النحو التالي:

- (١) الأضرار الأدبية المتعلقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية.
- (٢) الأضرار الأدبية المتصلة بالجانب الأدبي للحقوق الذهنية.
- (٣) الأضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على أي حق ثابت للشخص.

(١) الأضرار الأدبية المتعلقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية:

الحقوق اللصيقة بالشخصية هي أحد طوائف الحقوق غير المالية، وهي تشمل تلك الطائفة التي تنصب على عناصر ومقومات الشخصية القانونية ذاتها في كافة جوانبها^١. وقد تقررت هذه الحقوق من أجل حماية كل من الكيان المادي والمعنوي للشخصية القانونية. وعلى ذلك تشمل الحقوق اللصيقة بالشخصية فئتين من الحقوق إحداهما مخصصة لحفظ الكيان المادي للشخصية، والأخرى تعمل على صيانة كيانها المعنوي. والاعتداء على أي من هذين الكيانين قد ينجم عنه أضراراً أدبية تلحق بالشخصية. وسوف نعرض فيما يلي لتلك الأضرار في كل فئة من الحقوق اللصيقة بالشخصية على حده:

أ. الأضرار الأدبية الناشئة عن الاعتداء على الكيان المادي للشخصية:

يُقصد بالكيان المادي للشخصية القانونية الحق في الحياة، وفي سلامة الجسد وسلامة وظائفه وكمال الحلقة والتقييم. ولا ريب أن كافة التشريعات والدساتير تقدر حق الإنسان في الحياة وسلامة جسده، وتُجرّم الاعتداء عليهما. وإن ارتكب فعل يمس سلامة جسد الإنسان وينجم عنه ضرراً ينبغي تعويض المضرور عنه في حال توافرت كافة موجبات هذا التعويض. والغالب أن يكون هذا الضرر مادياً كأن يكلف المضرور نفقات العلاج، أو فقد منفعة أو عجز وظيفي أحد الأعضاء مما يتسبب في القعود عن العمل، أو غير ذلك.

^١ انظر: د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، مرجع سابق، ص ٤٣.

إلا أن الإضرار بجسد الإنسان قد لا يقتصر في كثير من الأحيان على إضراره مادياً، وإنما قد يمتد إلى التسبب في أضرار معنوية كذلك. وفي هذه الحالة تتعدد موجبات تعويض المضرور، فيستحق تعويضاً منفصلاً عن الضرر المعنوي إلى جانب نظيره المادي دون أن يختلطاً. ويذهب فريق من الفقه إلى إيراد صور متعددة لهذه الفئة من الأضرار من قبيل: الضرر العاطفي، والنفسي، والجمالي، والضرر الناتج عن فقد متع الحياة، والضرر الجنسي، وغيرها^١. إلا أنها جميعاً في نظرنا وجوه مختلفة لعملة واحدة، لا فروق جوهرية بينها. ومن ثم لن نعرض لكل منها على حده في هذا الموضوع.

فضلاً عما سبق فإن الضرر المعنوي الناتج عن إصابة جسدية قد يتعدى المصاب ذاته ليقع على شخص عزيز عليه فيصيب عاطفته ويسبب له الألم، بل هو قد لا يقع إلا على هذا الأخير في حالة وفاة المجني عليه. وهذا ما يطلق عليه الضرر المرتد. وقد نظم المشرع المصري أمر هذا الضرر بنص صريح في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ مدني حيث حدد فيها الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي المرتد.

^١ انظر في تفصيل ذلك: د. ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها. وكذلك: د. حسن حسين البراوي، تعويض الأشخاص الطبيعية والمعنوية عن الضرر المعنوي؛ دراسة تطبيقية لصور الضرر المعنوي الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٧ وما بعدها.

ب. الأضرار الأدبية الناشئة عن الاعتداء على الكيان المعنوي للشخصية:

لكي تكتمل مقومات الحياة السليمة للأشخاص، كان لزاماً على المشرعين العمل على صون النواحي المعنوية لشخصياتهم القانونية. وهذه النواحي لا تقل أهمية بأي حال عن نظيرتها المادية، بل أن الاعتداء عليها قد يكون أشد وطأة من الاعتداء على الجانب البدني، والذي يُمكن زوال أثره بالتداوي^١.

لذا حرصت الدساتير والتشريعات على تقرير مجموعة من الحقوق للمحافظة على الكمال المعنوي للشخصية القانونية. ولا يتأتى هذا الكمال إلا بحماية أمور هامة من أبرزها: الشرف، والاعتبار، والكرامة، والسمعة، والحق في الخصوصية، واحترام المعتقدات الدينية، والحق في الاسم والصورة والصوت.

كما حرص الدين في الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية على حماية الكيان الأدبي للشخص في جميع جوانبه المعتبرة اجتماعياً. فقد وضع الأسس التي تدخل في الاعتبار عند تنظيم علاقة الشخص بغيره في المجتمع، ومن أهمها النهي عن التجسس والسخرية والغيبة والنميمة والجهر بالسوء والتنازير بالألقاب وغير ذلك.

إن الاعتداء على تلك الاعتبارات بلا شك يتسبب في أضراراً أدبية للشخص المُعتدى عليه، كما يُمكن أن يصاحبها أضرار مادية كذلك^٢. فإذا اكتملت أركان

^١ انظر: د. حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص ١٧٦.

^٢ كما لو أدى الاعتداء على سمعة الشخص إلى فصله من عمله، وحرمانه من مصدر دخله.

المسئولية يستوجب وقوع الأضرار المُشار إليها دفع تعويض عنها للمضرور. وهنا يُعد ذلك تعويضاً عن الأضرار الأدبية الناشئة عن الاعتداء على الجانب المعنوي للشخصية القانونية.

٢) الأضرار الأدبية المتصلة بالجانب الأدبي للحقوق الذهنية:

يُطلق على الحقوق الذهنية أو حقوق الملكية الفكرية الحقوق المختلطة ذلك لأنها تجمع بين خصائص الحقوق غير المالية والمالية. فهذه الطائفة من الحقوق قد تقررت لحماية الإبداع الذهني في كافة أشكاله، ومجالاته سواءً الفنية أو الأدبية أو العلمية. ويذهب بعض الفقه إلى إدراج الضرر المعنوي الناتج عن المساس بالجانب غير المالي للحقوق الذهنية ضمن طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية^١. إلا أننا آثرنا أن نفردها لها طائفة مستقلة لأن حقوق الملكية الفكرية تختلف في طبيعتها وخصائصها عن الحقوق اللصيقة بالشخصية، وتُصنّف ضمن فئة مستقلة في تقسيم أنواع الحقوق.

إن أبرز ما يميز فئة الحقوق الذهنية أنها تخول لصاحب حق الملكية الفكرية على إنتاجه الذهني مجموعتين من الحقوق. أولاهما الحقوق المالية التي تسمح له باستغلال إنتاجه بحيث يحصل من ورائه على عائد مادي لفترة مؤقتة. أما الثانية

^١ د. حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص ٢١٣. وكذلك د. ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص ٩٧.

فهي حقوق أدبية أبدية تمكنه من حماية إنتاجه من النواحي المعنوية. وهذه الأخيرة هي التي تعنينا في هذا المقام.

ويُقصد بالجانب الأدبي لحقوق الملكية الفكرية تلك الرابطة بين المبدع وإنتاجه الذهني التي تشبه علاقة الأبوة، بحيث تمنحه امتيازات فردية على مصنفه في مواجهة الغير عندما يدخل هذا الأخير دائرة التداول، ويوضع تحت تصرف الكافة^١. مثل هذه الامتيازات تمكنه من الاحتفاظ بنسبة إنتاجه الذهني إليه كما هو دون مساس أو تشويه.

وقد أوردت المادة ١٤٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ السلطات الأدبية المخولة للمؤلف على مصنفه حيث تقضي بأن: " يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها، وتشمل هذه الحقوق ما يلي:

أولاً: الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة.

ثانياً: الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه.

ثالثاً: الحق في تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له، ولا يُعد التعديل في مجال الترجمة اعتداءً إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته.

^١ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢١٤.

وتضيف المادة ١٤٤ إلى ما سبق سلطة أخرى تخول المؤلف وحده أن يطلب من المحكمة الحكم بمنع طرح مصنّفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي.

كما تقررت سلطات أدبية لباقي أصحاب حقوق الملكية الفكرية بخلاف المؤلف تكفل احترام الإنتاج الذهني وعدم الاعتداء عليه بتشويبه أو تحريفه، واحترام ملكية صاحبه له وعدم تقليده. وقد وُضعت جزاءات مدنية وجنائية لمواجهة أي اعتداء على تلك السلطات.

ولعل أبرز حقوق الملكية الفكرية التي يغلب أن يمتلكها الشخص الاعتباري؛ هي العلامات التجارية وبراءات الاختراع والأسرار الصناعية. والاعتداء عليها عن طريق تقليدها أو تشويبهها أو تضليل المتعاملين مع الشخص الاعتباري بشأنها غالباً ما ينجم عنه أضرار أدبية لهذا الأخير تخوله الحصول على تعويض. وقد نص قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بهذا الشأن في المادة ٦٦ على أنه: " يُعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارهِ أو ترك العمل عنده، وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس في المتجر أو

في منتجاته أو إضعاف الثقة في ماله أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته. كل منافسة غير مشروعة تُلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها...".

(٣) الأضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على أي حق ثابت للشخص^١:

تشمل هذه الطائفة أي ضرر أدبي قد يقع على الشخص نتيجة الاعتداء على أي من حقوقه مما لا يدخل في الطائفتين السابقتين. من ذلك الاعتداء على حق الملكية الخاص بأحد الأشخاص بما يسبب له غماً وحرزاً فضلاً عما يصيبه من أضرار مادية جراء هذا الاعتداء^٢.

وقد أقرت ذلك محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها حيث قضت بأنه: " ليس هناك معيار لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبي، إذ كل ضرر يؤدي للإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً للتعويض. فيندرج في ذلك العدوان على حق ثابت للمضروب، كالاعتداء على حق الملكية. ولذا فإن إتلاف سيارة مملوكة للمضروب، ويتخذها وسيلة لكسب الرزق والعيش يعتبر عدواناً على حق الملكية وحرماناً من ثمرته من شأنه أن يحدث

^١ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، تنقيح المستشار أحمد المراغي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٧٢٥.

^٢ د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة ٢٠٢٠، ص ٣٣١.

لصاحب هذا الحق حزناً وغمماً وأسى، وهذا هو الضرر الأدبي الذي يسوغ التعويض عنه".^١

^١ نقض مدني في الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ قضائية، جلسة ١٥ مارس ١٩٩٠.

المبحث الثاني

مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي

أما وقد تعرفنا في المطلب السابق على مفهوم الضرر الأدبي بمختلف جوانبه، فإننا نهدف في هذا المبحث إلى بيان إمكانية تعويض هذا النوع من الضرر كمبدأ عام سواءً كان المضرور شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً. ومن ثم ننتقل إلى تطبيق ذلك على الشخص الاعتباري بشكل خاص للتوصل إلى الاتجاهات المختلفة للفقهاء بشأن استحقاقه للتعويض عن الضرر الأدبي، وحدود الاعتراف له به.

وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: قابلية الضرر الأدبي بشكل عام للتعويض.

المطلب الثاني: نطاق التعويض عن الضرر الأدبي للشخص الاعتباري.

المطلب الأول

قابلية الضرر الأدبي بشكل عام للتعويض

تمهيد:

لقد كانت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي بصفة عامة مجالاً وافرًا للجدل في الفقه الفرنسي، إذ أن التشريع لم يتناول تنظيمه بشكل مستقل. وذلك على عكس موقف المشرع المصري الذي حسم أمره بنص المادة ٢٢٢ مدني، وإن كان القضاء قد أكمل ما بدأه المشرع حين أرسى في أحكامه العديد من المسائل الشائكة بشأن هذا التعويض. أما عن القانون الأمريكي فقد فرّق في هذا الصدد بين الضرر الأدبي الناتج عن المسؤولية العقدية، وذلك الناشئ عن المسؤولية التقصيرية.

فضلاً عما سبق فإنه طالما أن الاتجاهات الفقهية والتشريعية الراجحة قد أقرت بجواز التعويض عن الضرر الأدبي، فقد صار من الضروري الكشف عن الأساس القانوني لاستحقاق هذا التعويض.

بناءً على ما سبق، ينقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية والتشريعية بشأن التعويض عن الضرر الأدبي

وهنا نعرض لموقف كل من الفقه الفرنسي، والتشريع والفقه والقضاء المصريين، والتشريع الأمريكي فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي.

(١) موقف الفقه الفرنسي بشأن التعويض عن الضرر الأدبي:

بعد أن خضعت هذه المسألة إلى جدل فقهي طويل، انقسم الفقه الفرنسي بشأنها إلى ثلاثة فرق. أحدها يرفض مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، والآخر يجيزه وإنما في أحوال محددة، والثالث يقبله ويرى وجوبه^١. وفيما يلي نتعرض لرأي كل من الفرق وما استندت إليه لدعم حجتها في إيجاز.

الفريق الأول: معارضة التعويض عن الضرر الأدبي:

هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي يرفض فكرة تعويض الضرر المعنوي، ويستند في رفضه هذا إلى عدة أسباب يُمكن إيجازها فيما يلي^٢:

^١ انظر: د. السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٢٥، بند ٥٧٨. وكذلك: د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

^٢ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٢٥ وما بعدها. وكذلك: د. ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص ٤٦ وما بعدها.

- من حيث النصوص التشريعية؛ لا يوجد نص صريح يجيز التعويض عن الضرر الأدبي، فنص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي قد قضى بوجود تعويض الضرر بشكل عام، وإن كانت رغبة المشرع تتجه إلى شمول هذا الوجوب الضرر الأدبي لنص على ذلك صراحة^١.

- من حيث الطبيعة الخاصة للضرر الأدبي؛ فإنها تتعارض مع التعويض المالي. ذلك أن هذا الأخير يرد كمقابل لشيء يمكن تقييمه بالنقود، أي يدخل في الذمة المالية. بينما محل الضرر الأدبي هو قيم معنوية كالشرف والكرامة والشعور مما لا يمكن بحال تقديرها بمعيار المادة.

- من حيث الغرض من استحقاق التعويض؛ إن فلسفة التعويض تتمثل في إزالة الضرر، وإعادة المضرور إلى ما كان عليه قبل وقوعه قدر الإمكان^٢. وهذا الهدف لا يتحقق في تعويض الضرر الأدبي، حيث إن دفع مبلغ من المال لا يمكن أن يرد لشخص سمعته بعد التشهير به، أو كرامته المهذرة. فضلاً عن أن هذا الضرر لا يُنقص من الذمة المالية للمضرور، وبالتالي فإن حصوله على تعويض مالي قد يُعتبر من قبيل الإثراء بلا سبب.

- من الناحية العملية؛ فإننا إن سلمنا بجواز التعويض عن الأضرار الأدبية، فإن تطبيقه يثير مشكلات عملية منها إثبات وقوع الضرر، وكيفية وأسس تقديره.

^١ د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٤٧.

^٢ د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٤٩.

فمقدار التعويض المالي يتم عادة عن طريق حساب القيمة النقدية للضرر المادي. أما هنا فالأمر نسبي، ولا توجد معايير واضحة يُمكن تقييم الضرر على أساسها إذ أنه لا يصيب شيء يُمكن تقييمه بالنقود. وهو ما قد يؤدي إلى أن يكون الحكم بالتعويض تحكيمياً^١.

- من الناحية الأخلاقية؛ فإنه من غير المقبول أخلاقياً أن يرضى الشخص بالحصول على ثمن لآلامه ومعاناته، وأن يُنزل من قدر عناصر ذمته الأدبية ككرامته وسمعته فيساويها بالسلع التي تُباع وتُشتري. فضلاً عن أن التحقق من وقوع هذا الضرر قد يدفع القاضي إلى التعمق في دواخل وخصوصيات المضرور مما يزيد من الضرر الأدبي الواقع عليه.

الفريق الثاني: تأييد التعويض عن الضرر الأدبي:

في مقابل الفريق السابق ظهر آخر يضم جمهور الفقهاء الفرنسيين يذهب إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي^٢. وهو اتجاه قد أيده القضاء والمشرع الفرنسيين^٣. وقد

^١ راجع: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٢-٢٣.

^٢ See: Jorge A. Vargas, MORAL DAMAGES UNDER THE CIVIL LAW OF MEXICO. Are These Damages Equivalent to U.S. Punitive Damages? The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 35, No. 2 Spring, 2004, pp. 183-282, p. 231-232.

^٣ See: Jean-Sébastien Borghetti, Non-Pecuniary Damages in France, Chin J Comp Law 2015 32: 268-288, 1 October 2015, p. 2.

قام هذا الفريق بتفنيده الحجج التي استند إليها الفريق السابق في رفضه لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، وفيما يلي نقدم رده على تلك الحجج^١:

- فيما يتعلق بعدم وجود نص صريح يقرر التعويض عن الضرر الأدبي، فإن نص المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي والذي يقضي بأن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض" قد جاءت صياغته عامة لتشمل كافة أنواع الضرر، ومنها الضرر الأدبي. كما يضيف أن نصوص التقنين المدني في مجملها، وكذا بعض نصوص تقنين المرافعات والعقوبات وغيرها يُستفاد منها ميل المشرع الفرنسي نحو جواز تعويض الضرر الأدبي^٢.

ومن جانبنا نرى أنه مما يؤيد هذا النظر القاعدة الأصولية القائلة إن "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يَقم دليل التقييد نصاً أو دلالة". وعليه فإن لم يرغب المشرع في شمول النص المذكور للضرر الأدبي لاستثناء صراحةً.

فضلاً عن ذلك، يرى بعض الفقه الفرنسي الحديث من أنصار هذا الفريق^٣ أن نص المادة ١٣٨٢ من الاتساع بحيث يشمل كافة أنواع الضرر، ويُخضعها جميعاً

^١ راجع: د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٢٦ - ٧٢٧.

د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

د. حسن الدراوي، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

^٢ د. يحيى ياسين، المرجع السابق، ص ٥٢.

^٣ See: Jean-Sébastien Borghetti, op.cit.

لذات القاعدة في التعويض. ذلك بحيث يُعد أي ضرر قابلاً للتعويض طبقاً للقانون الفرنسي.

- بالنسبة لطبيعة الضرر الأدبي، وتعارضها مع إمكانية التقييم المالي، يرى هذا الفريق أن عناصر الذمة المعنوية كالكرامة والسمعة والحق في الخصوصية هي مما يحميه القانون بنصوص صريحة^١. وبالتالي فإن الاعتداء على أية مصلحة مشروعة يحميها القانون يستوجب التعويض عن الضرر الناشئ عنه وإن كان معنوياً.

أما عن صعوبة تقدير هذا التعويض فالرأي هنا أن الأمر لا يختلف كثيراً عن الضرر المادي الذي يصعب في الكثير من الأحيان تقديره. وعلى القاضي أن يقدر مبلغاً يكفي للعرض عن الضرر المعنوي الذي يعانيه المضرور دون غلو ولا إسراف^٢. وتقديراً لأن يكون هذا الحكم تحكيمياً، ينبغي أن يستند إلى عنصر الواقع في الدعوى، كما أنه يخضع لرقابة المحكمة الأعلى منه درجة^٣.

See also: J Bell, S Boyron and S Whittaker, Principles of French Law, 2nd edition, Oxford 2008.

^١ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٦-٢٧.

^٢ د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٢٧.

^٣ د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٥٦.

- أما بالنسبة للقول بأن تعويض الضرر الأدبي لا يزيل الضرر، وبالتالي لا يتحقق من ورائه الغرض من التعويض، فإنه يقوم على فهم معتل لفلسفة التعويض^١. فليس الهدف الرئيسي من التعويض إزالة الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه، إذ أن ذلك كثيراً ما لا يتحقق بالنسبة للضرر المادي كذلك. ولكن يُقصد به منح المضرور كسباً بديلاً عما أصابه من ضرر، بحيث لا يعوض نقصاً أصاب ذمته المالية، ولا يزيل الضرر الأدبي، وإنما يقدم له شيئاً من المواساة والترضية^٢.

وفي نظرنا أن الحكم للمضرور أدبياً بالتعويض يحمل في ذاته إعلاناً للكافة أن ما نال من سمعته أو شرفه أو كرامته أو غير ذلك من قيم غير صحيح ومجحف، وهو في ذاته مما يعمل على إزالة قدر من الضرر، ورد الاعتبار.

- وأخيراً، وفيما يتصل بالناحية الأخلاقية، والاستناد إلى أنه من غير اللائق قبول تعويض مالي عن القيم المعنوية لشخصيته، فإنه مردود عليه. فأصحاب هذا الفريق يرون أن العكس هو الصحيح؛ فالأمر يتعلق بضرر قد لحق شخصاً ما ويستوجب تعويضه عنه، وبالتالي فإن تركه دون تعويض هو ما يتنافى مع

^١ انظر: د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٢٦.

^٢ وقد ورد ذلك في حكم محكمة النقض السابق الإشارة إليه الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ قضائية، جلسة ١٥ مارس ١٩٩٠، وسوف نتناول هذه الفكرة في موضع لاحق عند تناول الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي.

الأخلاق^١. ومن ناحية أخرى، فإن ترك المسئول دونما جزاء رادع على فعله لمجرد أنه تسبب في ضرر أدبي لا يُنقص من الذمة المالية للمضرور أمر غير مقبول. إلى ذلك فإن الجزاء المالي من أشد الجزاءات إيلاماً للشخص، فلا شك في قدرته على الردع.

فضلاً عن ذلك فإن تعويض الضرر الأدبي بمبلغ مالي لا يعني مساواة القيم المعنوية بالأشياء المادية، وإنما تقديم الترضية للمضرور، وهو في ذاته مما ينفق مع الأخلاق.

الفريق الثالث: قصر التعويض عن الضرر الأدبي على حالات مُحددة:

ويُطلق على هذا الفريق "الاتجاه المقيّد"^٢ أو المذهب الوسط^٣. وهو يُجيز التعويض عن الضرر الأدبي، ولكن في أحوال محددة. إلا أن أنصار هذا الاتجاه لم يتفقوا بشأن تحديد هذه الحالات، وانقسموا إلى أكثر من رأي، هي كما يلي:

الأول: يرى عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا كان مرتبطاً بضرر مادي. أما إذا اقتصر الأمر على الضرر الأدبي دون خسائر مادية فلا إلزام على المسئول بدفع تعويض^٤.

^١ د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٨.

^٢ د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٣.

^٣ د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

ومن أمثلة ذلك الخطأ الذي ينتج عنه إصابة أحد الأشخاص وتشويهه يكون قابلاً للتعويض إن أدت هذه الإصابة إلى قعوده عن العمل وخسارة دخله. أما إذا لم يتحقق ذلك، ولكن التشويه الذي وقع قد أصابه بآلام نفسية فإنه لا يستحق تعويضاً عن ذلك طبقاً لهذا الرأي.

وقد انتقد هذا الرأي بأنه لا يقوم على أساس قانوني. فالنص الذي تناول التعويض عن الضرر قد ورد عاماً شاملاً لكل من الضرر المادي والأدبي. كما أن كل من نوعي الضرر مستقل عن الآخر، فحتى إن اجتمعا يجب تعويض كل منهما على حده.

الثاني: يذهب إلى أن الضرر الأدبي يجوز تعويضه فقط إن كان نتيجة لجريمة جنائية. ويستند في ذلك إلى أنه في حالة الجريمة الجنائية يكون الضرر الأدبي الواقع أشد وطأة وأكثر وضوحاً^٢.

ولم يلقَ هذا الاتجاه قبولاً على أساس أنه يؤدي إلى الخلط بين التعويض والعقاب. وهو مردود بأن التشريعات الحديثة لم تعد تعتبر التعويض عقاباً لمرتكب الخطأ، وإنما ترضيةً للمضرور.

^١ انظر: د. يحيى ياسين، المرجع السابق، ص ٥٩، ود. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٤.

^٢ د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٥.

الثالث: يذهب إلى قصر التعويض على أشكال محددة من الضرر الأدبي، ألا وهي الإضرار بالشرف والسمعة والاعتبار^١.

وقد أُخذ على هذا الاتجاه أنه يقيم تفرقة بين صور الضرر الأدبي ليس لها أساس معقول. فهذا التمييز التحكيمي يتعارض مع نصوص القانون التي توفر الحماية لكافة القيم المعنوية كالمشاعر^٢.

نخلص من العرض السابق إلى أن الاتجاه الذي قد كُتِبَ له الغلبة في الفقه الفرنسي هو ذلك الذي يعترف بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بكافة أشكاله^٣. كما أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ وعبر عنه في العديد من أحكامه^٤.

(٢) موقف القانون المصري من التعويض عن الضرر الأدبي:

لم يتضمن التقنين المدني السابق نصاً يُجيز صراحةً التعويض عن الضرر الأدبي. أما القضاء فقد رفض في البدء الحكم بالتعويض عن الأضرار الأدبية، إذ كانت

^١ راجع: د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٦٨ - ٧٣.

^٢ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٢٦.

^٣ Michel Cannarsa, Compensation for Personal Injury in France, Université Jean Moulin-Lyon 3 France, p.16.

^٤ انظر في تفصيل ذلك: د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٢٥، هامش رقم ١.

تتجه إلى اعتبار العناصر المعنوية كالشرف والسمعة لا تقدر بالمال، وكفاية إقرار القضاء بحق المضرور وخطأ المسئول^١.

وفي مرحلة لاحقة بدأت أحكام المحاكم تتجه إلى الاعتراف بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي. فحكمت به في أحوال متعددة منها: تعويض الزوجة عما أصابها من أضرار معنوية لامتناع زوجها عن معاشرتها، وتعويض كل من الأب والأم تعويضاً مستقلاً عما أصابهما من ضرر أدبي لوفاة ابنهما^٢.

وعندما صدر التقنين المدني الحالي اشتمل نصاً صريحاً يحسم الأمر، وذلك في المادة ٢٢٢ والتي قضت بأن: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...". وهو ما يفيد إقرار مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي بما لا يدع مجالاً للجدال بشأنه^٣. كما حدد النص نطاق هذا التعويض، والمستفيدين منه في حالة وفاة المضرور إذ ورد به أنه: "(١)... لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء. (٢) ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

^١ د. ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها.

^٢ نفس المرجع السابق.

^٣ وكذلك فعلت غالبية التشريعات العربية مثل القانون المدني الأردني في المادة ٢٦٧، والعراقي في المادة ٢٠٥، واللبناني في المادة ٢/١٣٤ موجبات وعقود.

وقد أيد قضاء النقض هذا المبدأ حيث ورد فيه: " ما ورد بالملذكرة الإيضاحية من أنه قد استقر في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع استهدف بهذا النص (٢٢٢ مدني) وجوب التعويض عن الأضرار الأدبية التي تشمل كل ما يؤذي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره"^١.

وتتطوي أحكام المحاكم المصرية في ظل التقنين المدني الحالي على العديد من التطبيقات التي تناولت الحكم بالتعويض عن أضرار أدبية. من ذلك تقرير تحقق الضرر الأدبي للمضروب الذي تعرض للاعتداء بالضرب والعصي والسياط، لما لحق به نتيجةً لذلك من آلام نفسية وامتهان لكرامته والنيل من آدميته^٢. وكذلك الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي للورثة لما أصابهم من ألم نفسي نتيجة تعذيب مورثهم أثناء فترة اعتقاله سياسياً^٣.

(٣) مذهب القانون الأمريكي بشأن التعويض عن الضرر الأدبي:

يميز القانون الأمريكي فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي بين الضرر الناتج عن المسؤولية التقصيرية، وذلك الناتج عن المسؤولية العقدية. فقد تناول حكم

^١ نقض مدني، الطعن رقم ٥١٠٦ لسنة ٦٤ قضائية، جلسة ٢٨ مايو ٢٠٠٦.

^٢ طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٥٦ قضائية، جلسة ١٤ يونيو ١٩٩٠.

^٣ نقض مدني، الطعن رقم ٥١٠٦ لسنة ٦٤ قضائية، جلسة ٢٨ مايو ٢٠٠٦.

التعويض عن كل منهما في المجموعات غير الرسمية أو المبادئ القانونية الموحدة والتي يُطلق عليها 'restatements of the law'.

فيما يتعلق بالضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، فقد ورد في مجموعة المبادئ الخاصة بالخطأ المنشئ للمسؤولية التقصيرية (Torts)، وذلك في المواد ٥٥٧ إلى ٥٨١. وتقضي هذه المبادئ في مجملها بأن النظام القانوني الأنجلوسكسوني يحمي المصالح المتعلقة بالسمعة. ويشمل ذلك كل ما يتعلق بالتشهير أو المساس بسمعة الشخص علناً، ومنها القذف والظعن. وتُفصل المادة ٥٥٩ تعريف ما يُمكن أن يُعتبر سلوكاً مُسبباً للضرر الأدبي. ومثل هذا السلوك - طبقاً للمادة المذكورة- يتضمن انتقاصاً أو خطأً من قدر الشخص بأي شكل بحيث يؤثر تأثيراً سلبياً على كيانه المعنوي بما في ذلك التسبب في اضطرابه العاطفي.

أما فيما يخص الضرر الأدبي الناجم عن الإخلال بالمسؤولية العقدية، فقد ورد تنظيمه في القسم المخصص للعقود في المادة ٣٥٣ بعنوان "الخسارة بسبب

^١ Restatements of Law هي تجميع لنتائج مجموعة من الدراسات والأبحاث حول الموضوعات والمفاهيم الأساسية في القانون يتولى إعدادها ونشرها معهد القانون الأمريكي American Legal Institute بهدف توعية القضاة والمحامين والعاملين في المجال القانوني بشكل عام، بالمفاهيم والمبادئ الأساسية في النظام القانوني الأنجلوسكسوني. وقد صدر منها أربع مجموعات.

² Restatement of the law, Torts, § 557, division 5: defamation, chapter 24: invasion of interest in reputation.

الاضطراب العاطفي"¹. وقد ورد في هذه المادة صراحةً بأنه في مجال المسؤولية العقدية، لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي كأصل عام. إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات منها أن يكون الضرر الأدبي مصاحباً لضرر مادي. ومنها كذلك أن يكون العقد ذو طبيعة تجعل من المتوقع أن ينشأ عن الإخلال به ضرراً أدبياً جسيماً مثل عقود النقل والفندقة التي تتضمن مسافرين أو نزلاء، أو تلك التي تتضمن نقل جثث².

¹ Restatement of the Law, Contracts 2d – Official Text, Chapter 16– Remedies, Topic 2–

Enforcement by Award of Damages, § 353 Loss Due to Emotional Disturbance.

² Id.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي

إن ذلك الفريق من الفقه الفرنسي الذي انتهى إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي قد حاول إرساء أساس قانوني منضبط لهذا التعويض. إلا أنه لم يُفلح في الاتفاق على مثل هذا الأساس، وإنما انقسم أنصاره إلى مذهبين بهذا الصدد. أحدهما تبنى نظرية العقوبة الخاصة، والآخر أيد نظرية الترضية. وفيما يلي نعرض لمضمون كل من النظريتين، والحجج التي استندت إليها، والنقد الذي وُجّه إليها. لننتهي من ثم إلى أقربهما إلى الصواب والرجحان.

(١) نظرية العقوبة الخاصة:

يرى أنصار هذه النظرية أنه باعتبار الضرر الأدبي لا ينتقص من الذمة المالية للمضرور، فإن أساس الحكم بدفع تعويض له هو معاقبة المسئول على خطئه. بعبارة أخرى، يُعد التعويض هنا وسيلة للقصاص من المخطئ عما تسبب فيه من أضرار معنوية لغيره^١.

وفكرة العقوبة الخاصة وُجِدت منذ القدم في المجتمعات البدائية، وكانت خطوة سابقة على ظهور السلطتين التشريعية والقضائية^٢. وكانت تُترك للمجني عليه ليحدد كيفيتها ونطاقها، وكان هدف هذا الأخير هو الانتقام من الجاني. وعندما

^١ راجع: د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها.

^٢ د. ياسين يحيى، مرجع سابق، ص ٣٢٣ وما بعدها.

تقدّم النظام وظهرت السلطات، تولت السلطة التشريعية تحديد العقوبات، كما اختصت السلطة القضائية بتوقيعها عن طريق الدعوى الجنائية. ثم منح القانون للمجني عليه إلى جانب الدعوى السابقة الحق في رفع دعوى مدنية لجبر الضرر^١. ويرى مؤيدو هذه النظرية أنها تتضمن حلاً لعدة مشكلات عملية تعترض التعويض عن الضرر الأدبي. من أبرزها صعوبة تقدير الضرر المعنوي بالمال، فإن اعتبار المبلغ المحكوم به عقاباً للمسئول يجعل معيار تحديد هذا المبلغ هو مدى جسامته الخطأ الذي ارتكبه.

وهو ما يؤدي بدوره إلى تجنب وقوع الإثراء بلا سبب إذا حُكم بتعويض يفوق مقدار الضرر الذي أصاب المضرور^٢.

كما يستند أصحاب هذا المذهب إلى أن تبني فكرة تعويض المضرور من أجل ترضيته بمبلغ من المال في مقابل تألم مشاعره هو أمر مُهين، وغير أخلاقي بالمرّة^٣.

^١ نفس المرجع السابق.

^٢ راجع: د. حسن البدرأوي، المرجع السابق، ص ٣٠.

^٣ نفس المرجع السابق.

تقييم نظرية العقوبة الخاصة:

لم تمثل هذه النظرية -بالنسبة لفريق كبير من الفقه الفرنسي- أساساً مُقنعاً للتعويض عن الضرر الأدبي، فتعرضت لانتقادات من عدة نواحٍ نذكر أهمها:

- حصر فكرة التعويض عن الضرر الأدبي في الانتقام من المُخطئ أمر لا يتفق مع ما طرأ على الأنظمة القانونية من تقدم بحيث أصبح غرضها الأساسي السعي إلى تعويض المضرور^١.

- هذا النظر يؤدي إلى الخلط بين المسئوليتين الجنائية والمدنية بعد أن صار لكل منهما وظيفة مستقلة عن الأخرى. فتوقيع العقاب أمر تختص به المسئولية الجنائية، وهو لا يتم إلا بنص صريح على الجريمة وعقوبتها. بينما تعنى قواعد المسئولية المدنية بتعويض المضرور، ومحاولة إعادته إلى الحال الذي كان عليه قبل وقوع الضرر^٢.

- إن تبني حجم الخطأ المرتكب كمعيار لتقدير مبلغ التعويض المُستحق، يُعد معيار غير منضبط. ذلك أن الخطأ الذي ارتكبه المسئول قد يكون جسيماً فيُقدر

^١ راجع: د. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٢، ص ٩٢-٩٣.

^٢ انظر في تفصيل ذلك: شهرزاد بوسطلة، الطبيعة القانونية والفقهية لجبر الضرر المعنوي: دراسة في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، العدد ١٩، يونيو ٢٠١٠، ص ٢٢٢ وما بعدها.

التعويض على أساسه بينما يكون الضرر يسيراً، فينتج عن ذلك إثراء للمضرور.
كما قد يقع عكس ذلك فيتسبب هذا التقدير في افتقار المضرور.

وهنا نرى عدم دقة هذا الرأي، فإن كان الأصل في التعويض أن وظيفته هي جبر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، إلا أن تقدير التعويض لا يقتصر على نطاق الضرر وإنما يدخل فيه كذلك مقدار خطأ المدين، وما قد يصدر منه من عنت أو غش أو خطأ جسيم. ودليل ذلك ما تنص عليه المواد ٢١٤ و ٢١٧ و ٢٢٥ و ٢٣١ مدني مصري، إذ تعكس هذه المواد تأثير الغش والخطأ الجسيم وسوء النية من جانب المدين على مقدار التعويض المستحق^١.

- يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن استحقاق مبلغ من المال تعويضاً عن الألم النفسي أمر غير أخلاقي. وذلك مردود عليه بأن اعتبار هذا التعويض من

^١ تنص المادة ٢١٤ مدني على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يُلزم به المدين مُراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

والمادة ٢/٢١٧ مدني تقضي بأنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم".

وتورد المادة ٢٢٥ مدني أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يُطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

كما تنص المادة ٢٣١ على أنه: "يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يُضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية"

قبيل الانتقام من المسئول هو ما يُعد متنافياً مع الأخلاق بحق، فهي فكرة لم تعد معترفاً بها في الحضارات الحديثة^١.

فضلاً عن ذلك فإن النظرية المذكورة تعترف بوجود دفع تعويض عن الضرر الأدبي فإن كان سبب استحقاقه هو عقاب المخطئ أو ترضية المضرور لن يشكل farkاً يُذكر بالنسبة للمضرور طالما سيحصل على تعويضه، فهو خلاف لا طائل من ورائه^٢.

(٢) نظرية الترضية:

تركز هذه النظرية على الوظيفة الإصلاحية للتعويض، وهو ما يتفق مع تقدم الفكر القانوني. فهي تقوم في الأساس على السعي إلى ترضية المضرور أدبياً، والتخفيف عنه، وإعادة حالته إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر قدر الإمكان.

ويؤكد مؤيدي هذا الاتجاه إدراكهم أن المال قد لا يستطيع في أغلب الأحوال محو الضرر المعنوي الذي أصاب المضرور بالكلية. وإنما لا شك في أن منحه تعويضاً مالياً قد يساعد على مواساته، والتخفيف من وطأة آلامه بشكل أو بآخر^٣.

^١ راجع: د. ياسين يحيى، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

^٢ انظر: نفس المرجع السابق، وكذلك: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ٣٣.

^٣ راجع: د. راقية عبد الجبار علي، الضرر الأدبي؛ تأصيله القانوني وكيفية التعويض عنه، بحث منشور في مجلة الجامعة الأسمرية الإنسانية، العدد ١٠، سنة ٢٠٠٨، ص ٤٤٧ - ٤٤٨.

وهذه النظرية هي التي كتبت لها الغلبة إذ تبناها أكثر الفقه، وكذا استندت إليها أحكام القضاء في تأسيس التعويض المستحق عن الضرر الأدبي^١. ومما جعل لها هذه الغلبة على وجه الخصوص اتفاقها مع المبادئ القانونية للعصر الحديث وإعادة المسألة إلى دائرة القانون المدني، والنأي بها عن أحكام القانون الجنائي^٢.

ومما يجدر ذكره هنا أن القضاء المصري قد اتجه إلى تبني هذه النظرية في أحكامه كأساس للتعويض عن الضرر المعنوي، وكذلك فعل الفقه المصري. ولعل أوضح ما يدل على ذلك هو ما قضت به محكمة النقض في حكم شهير لها بأن: " ولا يقصد بالتعويض عن الضرر الأدبي - وهو لا يمثل خسارة مالية - محو هذا الضرر وإزالته من الوجود إذ هو نوع من الضرر لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها، وليس هناك من معيار لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبي إذ كل ضرر يؤدي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه يصلح أن يكون محلاً للتعويض"^٣.

^١ انظر: محمد علي الشрман، جهاد محمد الجراح، أحكام تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٩، ص ٥٥.

^٢ انظر: د. راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

^٣ الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ قضائية، جلسة ١٥ مارس ١٩٩٠.

وقد أثر بعض الفقه إلى اتخاذ موقفاً وسطياً بين النظريتين السابقتين^١. ويذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا داعي للفصل التام بين وظيفتي العقاب والترضية فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي. وأن الطبيعة الخاصة للضرر الأدبي باعتباره يمس قيمةً معنوية غير قابلة للتقدير ولا المساومة يجعل الأفضل الجمع بين النظريتين. إذ أن التعويض في مثل هذه الحالة يأخذ صفة ترضية المضرور والتخفيف من ألمه من ناحية، كما يحمل معنى الزجر للمسئول عن طريق الانتقاص من ذمته المالية لصالح من أوقع به الضرر من ناحية أخرى. وتستند صاحبة هذا الرأي إلى أن إفراغ التعويض عن الضرر الأدبي من صفته العقابية بشكل مطلق إنما يفتح الباب أمام التساهل في الإضرار بالقيم المعنوية للغير.

وللتدليل على هذا النظر تذكر على سبيل المثال الاعتداء على سمعة شخص ثري. مثل هذا المضرور لا يحقق له التعويض كمبلغ مالي في ذاته ترضية أو تخفيفاً. لكنه قد يُعد كذلك من ناحية أنه معاقبة لمن أساء إليه سوف تجعل هذا الأخير يرتدع عما أقدم عليه نتيجة ما اضطر إلى دفعه من مال^٢.

^١ شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

^٢ انظر: نفس المرجع السابق.

المطلب الثاني

نطاق التعويض عن الضرر الأدبي للشخص الاعتباري¹

تمهيد:

قد تناولنا فيما سبق الطبيعة الخاصة للشخص الاعتباري، ونطاق الشخصية القانونية الممنوحة له من ناحية. ثم عرضنا، من ناحية أخرى، وبشيء من التفصيل لمدى قابلية الضرر الأدبي بصفة عامة للتعويض، وموقف الفقه وأحكام القضاء حيال الأمر. وقد انتهينا إلى استقرار التشريع والفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي إن توفرت موجبات المسؤولية.

بناءً عليه نبحث هنا مدى انطباق المبادئ المتعلقة بتعويض الضرر الأدبي على الشخص الاعتباري. وهو الأمر الذي يثير عدة تساؤلات منها؛ هل يُمكن أن يصاب الشخص الاعتباري بأضرار أدبية بالنظر إلى طبيعته غير البشرية؟ وإن كان هذا ممكناً، هل يحق له الحصول على تعويض عن مثل هذا الضرر؟ ما موقف الفقه من تحليل هذه المسألة؟ وإن ثبت حقه في التعويض عن الضرر الأدبي، ما الدعائم

¹ من الضروري الإشارة هنا إلى أن الكتابات الفقهية التي تناولت التعويض عن الضرر الأدبي فيما يتصل بالشخص الاعتباري على وجه الخصوص تُعد شحيحة إلى حد كبير. لعل أهمها الكتاب القيم للدكتور حسن حسين البراوي بعنوان "تعويض الأشخاص الطبيعية والمعنوية عن الضرر المعنوي؛ دراسة تطبيقية لصور الضرر المعنوي الحديثة". لذا سيتكرر اللجوء إليه كمرجع أساسي على مدى هذه الدراسة.

التي يستند إليها هذا الحق؟ وهل يتساوى بحق الشخص الطبيعي في التعويض عن ذات الضرر، أم أن نطاقه مختلف؟

على ذلك سوف يشتمل محتوى هذا المطلب على محاولة التوصل لإجابات الأسئلة السابقة. وفي سبيل ذلك نبين موقف كل من الفقه اللاتيني والأمريكي من إمكانية تعويض الشخص الاعتباري إن أصابه ضرراً أدبياً. وبذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين كالتالي:

الفرع الأول

موقف الفقه اللاتيني¹ من نطاق تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي

إن فكرة استحقاق الشخص الاعتباري لتعويض عن الضرر الأدبي لم تمثل أمراً مألوفاً في نظر الفقه. وبوجه خاص ما يترتب على هذه الفكرة من الاعتراف للشخص الاعتباري بحقوق لصيقة بالشخصية موازية لحقوق الإنسان بالنسبة للشخص الطبيعي، وبقدرته على التألم والشعور. فقد احتل التساؤل حول مدى ما يُمكن الاعتراف به للأشخاص الاعتبارية من حق في التعويض عن الضرر الأدبي مساحة كبيرة من الجدل على الساحة الفقهية الفرنسية. نتجت عن هذا الجدل اتجاهات متباينة بشأن نطاق الإقرار للأشخاص الاعتبارية بقابليتها للإصابة بأضرار أدبية، وبالتالي استحقاقها للتعويض عنه.

كما تناول المسألة الفقه في مصر، إلا أنها لم تحظَ بالنقاش الكافي لتوضيح موقف القانون المصري من الأمر بشكل جلي. كما أن القضاء المصري مازال موقفه من المسألة مذبذباً، ويميل إلى مقاومة الاعتراف بمثل هذا التعويض للأشخاص الاعتبارية.

ونعرض في هذا الفرع إيجازاً لكل منهما:

¹ نقصد بالفقه اللاتيني هنا كل من الفقه الفرنسي والمصري.

أولاً: موقف الفقه الفرنسي:

يعترف الفقه والقضاء الفرنسيين بأحقية الشخص الاعتباري في التعويض عن الضرر الأدبي^٢. إلا أن فريقاً من هذا الفقه يرى عدم التوسع في حالات تطبيق الضرر الأدبي على الشخص الاعتباري، ومحاولة حصرها في نطاق ضيق. بينما يذهب فريق آخر، وهو يمثل الأغلبية، إلى الاعتراف بالضرر الاعتباري للأشخاص دونما قيد^٣. وفيما يأتي نعرض لوجهة نظر كل من الرأيين، والنقد الموجه لكل منهما.

(١) الاتجاه المضيّق لنطاق الضرر الأدبي للشخص الاعتباري:

يرى هذا الاتجاه أن الضرر الأدبي ينصب في الأساس على العواطف والمشاعر. وبالتالي فإن إمكانية إصابة الشخص الاعتباري بمثل هذا الضرر يتوقف على مدى قدرته على الشعور والإحساس كما للبشر، وهي قدرة غير متوفرة لدى الشخص الاعتباري بالطبع^٤. إلا أن ذلك لا ينفي عن الشخص الاعتباري قابليته للإصابة بأضرار أدبية يستحق بموجبها الحصول على تعويض على الإطلاق في نظر هذا

^١ والعلة من عدم الإسهاب في هذا الموضوع هي سبق تناول الموضوع في مؤلف الدكتور حسن البراوي السابق الإشارة إليه.

^٢ انظر: د. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٢

^٣ راجع: د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

^٤ Vanessa Wilcox, A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss, Cambridge University Press, 2016, p. 175.

الاتجاه. فهو يذهب إلى وجود أضرار أدبية قد تسوغ حصول الشخص الاعتباري على تعويض؛ من أهمها^١:

أ) الأضرار الأدبية التي تصيب الشخص الاعتباري جراء التعدي على سمعته، أو اسمه التجاري.

لا شك أن أفعال مثل إطلاق أخبار غير رسمية تتعلق بسوء المنتجات أو الخدمات التي يقدمها الشخص الاعتباري - سواء كانت صحيحة أو خاطئة -، أو تقليد اسمه أو علامته التجارية مع إنتاج شبيهاً لما ينتجه، أو الاعتداء على حقه في الصورة بأي شكل، إنما جميعها تؤدي إلى إصابة الشخص الاعتباري بأضرار معنوية.

ويلاحظ أن الصور المتنوعة للاعتداء على سمعة واعتبار الشخص المعنوي تمثل الشريحة الأكبر من التطبيقات القضائية للتعويض عن الأضرار الأدبية للأشخاص الاعتبارية سواء في القضاء الفرنسي أو المصري أو الدولي^٢.

ب) الأضرار الأدبية التي قد تنجم عن مباشرة الشخص الاعتباري لنشاطاته^٣. إن قيام الشخص الاعتباري بمباشرة الشخصية القانونية الممنوحة له ينشأ عنه في الكثير من الأحيان إصابته بأضرار نتيجة الإخلال بالتزامات ما يبرمه من تعاقدات،

^١ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

^٢ وقد خصصنا الفصل الثاني من هذه الدراسة لعرضها تفصيلاً.

^٣ راجع: د. حسن البراوي، نفس المرجع السابق.

وقيام المسؤولية العقدية. ومثل هذه الأضرار قد تكون أدبية كما قد تكون مادية، ومنها على سبيل المثال الأضرار المعنوية الناجمة عن مخالفة شرط عدم المنافسة. كما قد تنشأ الأضرار المذكورة بمناسبة قيام المسؤولية التقصيرية. وليس ما يمنع من اجتماع الضررين المادي والأدبي نتيجة نفس الخطأ سواءً فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، بل أن هذا هو الاحتمال الأغلب.

أما بالنسبة إلى الأضرار الأدبية التي تصيب الإحساس والمشاعر، فإن هذا الاتجاه الفقهي لا يميل إلى اعتبارها من ضمن الأضرار التي قد تصيب الشخص الاعتباري، إلا أنها تحتل النقاش بشأنها^١. فمن ناحية، لا يملك الشخص الاعتباري مكنة الإحساس والشعور حتى يُمكن القول بإصابته بالألم النفسي الموجب لتعويضه. ومن ناحية أخرى، يصعب تفسيره بأن مثل هذا الألم يصيب الأشخاص الطبيعيين الممثلين للشخص الاعتباري، إذ مقتضى ذلك أن الشخص الاعتباري قد أصيب بهذا الضرر بطريق الارتداد. والثابت أن المشرع قد حدد فئات الأشخاص المُتاح لهم الحصول على تعويض عن الضرر بطريق الارتداد، وهم لا

^١ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٢٧.

يخرجون عن نطاق درجات محددة من الأقارب^١. وبذلك يعتبر هذا الاتجاه إمكانية إصابة الشخص الاعتباري بضرر في مشاعره أمر غير مقبول.

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن طائفتي الأضرار الأدبية التي اعترفوا بجواز تعويض الشخص الاعتباري عنها، إنما هي في واقع الأمر أضراراً مادية وليست أدبية^٢. فالأضرار التي قد تتجم عن مباشرة الشخص الاعتباري لشخصيته القانونية تؤدي إلى تعطيله عن أداء مهامه مما يسبب له خسائر مالية. وكذلك الحال بالنسبة للأضرار الناتجة عن التعدي على سمعته أو اسمه، فإن نظرنا إليها عن كثب لوجدنا أنها تؤدي إلى صرف العملاء عنه، وبالتالي التقليل من أرباحه^٣.

نقد المذهب المضيق:

في سبيل تقييمه للاتجاه القائل بتقييد فكرة الضرر الأدبي للشخص الاعتباري، وجه الفقه لهذا الاتجاه عدة انتقادات، من أبرزها^٤:

^١ كما أن هذا التفسير؛ أن الألم النفسي يصيب الأشخاص الطبيعيين الممثلين للشخص الاعتباري، يؤدي إلى مخالفة فكرة استقلال الشخصية القانونية للشخص الاعتباري عن الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وإلى خلط مغلوط بين شخصية كلٍ منهم.

^٢ Jean-Sébastien Borghetti, op.cit, p. 8.

^٣ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٢٧.

^٤ د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٥ - ١٣٩.

- قصور التقسيم الذي وضعه هذا الاتجاه لأشكال الضرر الأدبي، إذ حصره في ثلاث صور للضرر فقط، في حين يعترف القضاء الفرنسي بغيرها من الصور.

- القول بأن فئتي الأضرار التي يعترف بها هذا الاتجاه كمسوخ لتعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي؛ وهي الأضرار الناشئة عن مباشرته لنشاطه وتلك التي تمس بسمعته، تتطوي في حقيقتها على ضرر مادي، وليس أدبي يُعد قولاً غير منضبط. فلا شك في أن هذه الأضرار يترتب عليها بالفعل أضراراً مادية إذ تؤدي إلى تقلص حجم العملاء المتعاملين مع الشخص الاعتباري، وبالتالي تراجع مكاسبه المالية، وهو ما يستحق عنه تعويضاً عن أضرار مادية. إلا أن هذا القول لا ينطبق إلا على الأشخاص الاعتبارية التي تهدف تحقيق أرباحاً مادية فقط؛ ألا وهي الشركات. أما الأشخاص الاعتبارية التي لا يجوز لها الترح مادياً كالجمعيات والمؤسسات الأهلية والأحزاب السياسية، فلا ريب أن الإضرار بسمعته على سبيل المثال لا ينشأ عنه سوى ضرراً أدبياً.

- وجود اختلاف في نطاق وشكل الأهلية الممنوحة للشخص الاعتباري، والذي يحتمه اختلاف طبيعته عن نظيره الطبيعي لا ينبغي أن يعني الانتقاص من بعض حقوقه. فالشخص الطبيعي ذاته أحياناً لا يعترف له المشرع بالأهليته كلياً أو جزئياً لأسباب متنوعة من مثل الجنون والسفه. وبالرغم من ذلك لا يُحرم من شيء من حقوقه^{١١}.

^{١١} انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٨.

- الأهمية المتنامية للأشخاص الاعتبارية في المجتمعات الحديثة، والأدوار الجوهرية التي تلعبها مثل هذه الكيانات في حياة الأفراد، يستلزم الحفاظ على حقوقها دون الانتقاص منها. ومن أهم هذه الحقوق الحق في تعويضها عن الأضرار الأدبية بمختلف صورها، بدون قصرها على أشكال محددة. فإن الحرص على ذلك هو مما يحفز هذه الأشخاص على الاضطلاع بدورها بلا قصور^١.

(٢) الاتجاه إلى إطلاق نطاق الضرر الأدبي للشخص الاعتباري:

يذهب مؤيدو هذا الاتجاه إلى أن الطبيعة غير البشرية للشخص الاعتباري لا تعني تقييد نطاق حقه في التعويض عما يصيبه من أضرار أدبية^٢. وأن اعتراف المشرع لهذا النوع من الأشخاص بشخصية قانونية يستلزم منحها كافة الحقوق المالية وغير المالية على السواء^٣. وبالتالي يثبت للشخص الاعتباري المطالبة بالحق في التعويض عن أي ضرر أدبي يصيبه متى ثبت قيام أركان المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج، وهي:

^١ د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

^٢ See: Jean-Sébastien Borghetti, Non-Pecuniary Damages in France, op.cit, p. 8.

^٣ د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

- أن المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي المُقررة لمبدأ التعويض عن الضرر قد جاءت صياغتها عامة، وهي بذلك تتيح لكل من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية على السواء المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية التي تلحق بها^١.

- نص المادة ١٣ من قانون ٢٩ يوليو لسنة ١٨٨١^٢. وهو النص الذي يكفل حق الشخص في الرد على أي تعدٍ تمارسه أية صحيفة أو مجلة دورية على سمعته أو شرفه^٣. وهو لا يُفرق بشأن هذا الحق بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية^٤، بل

¹ Michel Cannarsa, Compensation for Personal Injury in France, op.cit, p. 16.

^٢ يُعرف هذا القانون باسم قانون حرية الصحافة، وقد صدر لتحديد حقوق والتزامات أجهزة الإعلام والناشرين في فرنسا. وهو يضع إطاراً قانونياً لكل ما يُنشر ويُذاع، ويُنظّم عرض الإعلانات في الطرق العامة. كما يُجرّم القانون المذكور بعض السلوكيات التي تقع من أجهزة الإعلام خاصة ما يؤدي إلى التشهير بالغير أو قذفه.

³Article 13-1: " Le droit de réponse prévu par l'article 13 pourra être exercé par les associations remplissant les conditions prévues par l'article 48-1, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes auront, dans un journal ou écrit périodique, fait l'objet d'imputations susceptibles de porter atteinte à leur honneur ou à leur réputation à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Toutefois, quand la mise en cause concernera des personnes considérées individuellement, l'association ne pourra exercer le droit de réponse que si elle justifie avoir reçu leur accord.

ذكر كليهما على قدم المساواة. الأمر الذي يدل على حرص المشرع الفرنسي على حماية الحقوق غير المالية للشخص الاعتباري، وبالتالي أحقيته في الحصول على تعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن المساس بها.

- وتذهب مجمل آراء هذا الاتجاه الفقهي إلى أن غالبية الحقوق الثابتة للشخص الطبيعي، والتي قد يستوجب التعدي عليها استحقاقه للتعويض عن الضرر الأدبي، تنطبق كذلك على الشخص الاعتباري، ومراعاةً لذات الاعتبار. ومنها الحقوق اللصيقة بالشخصية كالحق في الاسم، والسمعة والاعتبار، واحترام الحياة الخاصة، وسرية المراسلات، وغيرها. ومما يدعم هذا النظر أن الكثير من الفقهاء قد أصبح متقبلاً لفكرة التماثل بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية^١، كما تؤيده أحكام القضاء في هذا الصدد^٢. وبذلك فإن الحقوق التي تخرج عن نطاق استحقاق الشخص الاعتباري لتعويض أدبي تُعد قليلة بحق، وهي تلك التي ترتبط ارتباطاً

Aucune association ne pourra requérir l'insertion d'une réponse en application du présent article dès lors qu'aura été publiée une réponse à la demande d'une des associations remplissant les conditions prévues par l'article 48-1".

^١ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

^٢ انظر: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٢.

^٣ انظر: د. محمد حسام لطف، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٢-٣٣٣.

غير قابل للانفصام بالطبيعة البشرية مثل الضرر الأدبي الناجم عن الأذى الجسدي.

- يقتضي المنطق والعدالة الموازنة بين ما يمنحه المشرع للشخص الاعتباري من حقوق، وما يفرضه عليه من التزامات ومسئوليات. فمن الثابت أن الاعتراف للشخص الاعتباري بشخصية قانونية يتضمن ثبوت مسئوليته المدنية، واعتباره مسئولاً عن أفعاله. بل أن التطور التشريعي في فرنسا قد توصل إلى إدخال تعديلات على قانون العقوبات مضمونها الاعتراف بالمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري^١. وعليه من الإنصاف عدم تقييد نطاق ما يُمنح له من حقوق، ومن ضمنها الحق في التعويض عن الضرر الأدبي.

ثانياً: موقف القانون المصري:

لم يتبنَ المشرع المصري نصاً صريحاً يتناول التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب الشخص الاعتباري على وجه التحديد. على الرغم من ذلك يُمكن استخلاص أن الاتجاه العام في التشريع المصري لا ينطوي على ما يقيد حق الأشخاص الاعتبارية في الحصول على تعويض عن الضرر الأدبي، أو ما يفرّق بينها وبين الأشخاص الطبيعية في هذا الصدد.

^١ راجع: د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص ١٣٢ - ١٣٣.

وفيما يلي نشير إلى النصوص التشريعية المتعلقة بالمسألة، والتي استخلصنا منها هذا الاتجاه؛ وهي كالاتي:

- عندما تناول التقنين المدني المصري تنظيم مسألة التنفيذ بطريق التعويض، أورد نصاً صريحاً في المادة ١/٢٢٢ يقضي بأنه: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...". وقد جاء هذا الحكم عاماً، لا تمييز فيه بين الضرر الأدبي الذي يصيب الشخص الطبيعي أو ذلك الذي يلحق بالشخص الاعتباري. وهو ما يُستفاد منه أن الحكم يسري على كليهما على حدٍ سواء. فلو رغب المشرع التفرقة بينهما أو قصر أعمال النص المذكور على الأشخاص الطبيعيين لنص على ذلك صراحةً.

- في سبيل تنظيمه للشخصية القانونية المُعترف بها للأشخاص الاعتبارية، نصت المادة ٥٣ من القانون المدني على أنه: "الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية...". ويُمكننا أن نستخلص من هذا النص استحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن أي ضرر أدبي يصيبه إذ أن له بحكم القانون نائب يعبر عن إرادته (مادة ٣/٥٣) وله المطالبة بحقوقه. ولكن يُستثنى من ذلك الأضرار التي لا تصلح للتطبيق على الشخص الاعتباري لأنها ملازمة بشكل لا يقبل الانفصال للصفة البشرية، من مثل الإضرار بالحق في سلامة الجسد.

- المادة ١٦٣ مدني، والتي قررت المبدأ العام في المسؤولية المدنية حيث قضت بأن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض". فقد جاءت

صياغة هذه المادة عامة لتتسع فتشمل وجوب التعويض في حالة الاعتداء على أي حق ينشأ عنه ضرر بكافة أشكاله، سواء مادياً كان أو أدبياً. وذلك دون تحديد لشخص المضرور، بحيث تستوعب كونه شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

بناءً على ما سبق نرى أن هذا الموقف التشريعي لا يفصح عن أية نية للمشرع المصري في تقييد حق الشخص الاعتباري في التعويض عن الضرر الأدبي أو حصره في صور محدودة.

الفرع الثاني

معالجة الفقه الأمريكي لاستحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي

وقد أثارت مسألة تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي كذلك الفقه الأمريكي، فصدرت بشأنها العديد من الكتابات الفقهية، ولكنه لم يناقشها كمبدأ عام كنظيره الفرنسي، وإنما قام بتجزئة تناولها إلى عدة نواحٍ متباينة.

إن البحث في موقف الفقه الأمريكي من نطاق التعويض المُستحق للشخص الاعتباري قد كشف لنا عن اختلاف موقفه ذاك بحسب المجال الذي يقع بشأنه الضرر الأدبي على الشخص الاعتباري. فقد تعرّض الفقه لما قد يصيب الأشخاص الاعتبارية من ضرر أدبي في عدة جوانب. فهو من ناحية يعترف للشخص الاعتباري بالقابلية للإصابة بالضرر الأدبي عند الاعتداء على حقوقه اللصيقة بالشخصية، وعلى وجه الخصوص الاعتداء على سمعته. ومن ناحية أخرى فإن الأضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية قد احتلت مساحة رحبة من التحليل الفقهي. فضلاً عن ذلك فقد وجد هذا الفقه في منازعات الاستثمار دولية النطاق، والتي غالباً ما يتم تسويتها عن طريق التحكيم، إحدى الصور الحديثة للتعويض عن الضرر الأدبي للأشخاص الاعتبارية.

على ما تقدّم نعرض فيما يلي لموقف الفقه الأمريكي من نطاق تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي في كل من هذه الجوانب على حده.

أولاً: الأضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية للشخص الاعتباري:

إن فئة الحقوق المقصودة هنا هي ما يُطلق عليه "حقوق الإنسان". وقد أثارت هذه الطائفة من الحقوق على وجه الخصوص جدلاً واسع النطاق في الفقه الأمريكي من حيث إمكانية تطبيقها على الأشخاص الاعتبارية. ففكرة تعويض الشخص الاعتباري عن ضرر أدبي نتج عن الاعتداء على أحد حقوقه التي توصف "بحقوق الإنسان" لم تكن مقبولة¹. إلا أن ما جاءت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من أحكام، وما أرسته هذه الأحكام من مبادئ قد غير من هذا النظر.

بناءً على ذلك، يُمكن القول إن الفقه الأمريكي قد انقسم إلى فريقين في هذا الصدد، وذلك كالآتي:

الفريق الأول: قصر تطبيق حقوق الإنسان على الأشخاص الطبيعية:

يذهب الباحثون في حقوق الإنسان إلى أن الأشخاص الاعتبارية لا يُمكن أن يُنسب إليها طائفة الحقوق المسماة بحقوق الإنسان. ذلك لأنها ليست ذات طبيعة بشرية،

¹ See: TURKULER ISIKSEL, THE ETHICS OF CORPORATE MORAL AGENCY: THE GEORGETOWN INSTITUTE FOR THE STUDY OF MARKETS AND ETHICS: APPLICATIONS OF CORPORATE MORAL AGENCY: Corporate Human Rights Claims Under the ECHR, 17 Geo. J.L. & Pub. Pol'y 979, Special Issue, 2019.

وبالتالي، لا يمكنها التمتع بالسماوات الأدبية التي تعتبر أساساً لحقوق الإنسان¹. كما يرون أن كل ما تتمتع به الأشخاص الاعتبارية من حقوق لا يجوز تصنيفها على أنها حقوق إنسان. فالشخص الاعتباري ليس لديه القدرة على اختبار مشاعر الحزن أو الفقد أو الإذلال أو الإهانة أو التألم، ومراعاة هذه المشاعر هي أساس تقرير حقوق الإنسان².

على الرغم من ذلك يعترف هذا الفريق للشخص الاعتباري بالحق في رفع دعوى تشهير أو قذف على الغير³. إلا أنه يورد تحفظات على هذا الحق؛ أبرزها أن التعويض المستحق للشخص الاعتباري بناءً على هذه الدعاوى ينبغي أن يكون أقل مما يُستحق للشخص الطبيعي إذ أن الأول لا يعاني من تألم في مشاعره⁴.

إلا أن اتجاهات هذا الفريق قد أخذت في الانحسار بعد أن تناولت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المسألة في العديد من أحكامها، وسأقت الحجج في صالح الشخص الاعتباري، وهو ما نعرض تفصيله في الفقرة التالية.

الفريق الثاني: قابلية الشخص الاعتباري للتمتع بحقوق الإنسان:

¹ Ibid, 979.

See also: Peter Jones, Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights, 21 HUM. RTS. Q. 80, 89 1999.

² See: TURKULER ISIKSEL, op.cit, 995.

³ See:, p.96.

⁴ Id.

يذهب هذا الفريق إلى أن هناك العديد من المبررات العملية التي تدعو إلى مد تطبيق غالبية حقوق الإنسان على بعض الكيانات غير البشرية. فالتوصل، على سبيل المثال، إلى منح كنيسة الحق في حرية التعبير عن معتقداتها الدينية، أو الاعتراف لجريدة بالحق في حرية التعبير عن الرأي، لا يعني مشاركتها للأشخاص الطبيعيين في سمات أدبية يختصون بها¹. قد لا يكون هناك محل لنسبة الحق في الكرامة مثلاً للأشخاص الاعتبارية في الكثير من الأحوال، ولكن هذا لا يعني حظر تمتع هذه الأشخاص بحقوق الإنسان، أو الحقوق اللصيقة بالشخصية على الإطلاق.

وهنا نرى عدم دقة استخدام هذا الفريق لمصطلح "حقوق الإنسان" في هذا المقام. ذلك أن مناط ثبوت هذا المسمى لطائفة معينة من الحقوق هو آدمية الإنسان في ذاته، أما وقد تعلق الأمر بالشخص الاعتباري هنا نعتقد أن الإشارة لهذه الطائفة من الحقوق بالحقوق "العامة" أو "الطبيعية" تعبيراً أنسب عن مجموعة الحقوق التي تثبت لعموم الأشخاص سواء طبيعية أو اعتبارية. إذ أن تسميتها بحقوق الإنسان إزاء الحديث عن مدى إمكانية نسبتها للشخص الاعتباري، إنما يتناقض مع طبيعة هذا الأخير. إلا أننا ننقل رأي هذا الفريق الفقهي بذات المصطلحات التي قام باستخدامها.

¹ TURKULER ISIKSEL, op.cit, 985.

يستند هذا الاتجاه إلى أن الشكل المؤسسي للأشخاص الاعتبارية يُمثل وسيلة هامة، بل وفي الكثير من الأحيان أساسية لأفراد المجتمع. ويتم اللجوء إليها من أجل تحقيق أهداف معينة تتطلب إطار مؤسسي قائم لأمد طويل، ويعمل بآليات صنع قرار جماعي. فإن منح هذه الأشخاص كافة الحقوق المالية والأدبية أمر ضروري من أجل حسن سير العمل بها، مما يعود بالفائدة على أفراد المجتمع¹.

ويرفض هذا الفريق إرجاع تمتع الشخص الاعتباري ببعض الحقوق الأدبية إلى ما يقع على الأشخاص الطبيعيين المكونين له من ضرر أدبي نتيجة الاعتداء على تلك الحقوق. فهذا التفسير يؤدي إلى خلط مغلوط بين الشخصية القانونية للشخص الاعتباري والشخصيات القانونية المستقلة للأفراد الممثلين له².

تُعد الأحكام المتواترة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تعترف لأشخاص اعتبارية بتعويض عن مختلف أنواع الضرر الأدبي هي خير برهان على راحة هذا الاتجاه، وهي أبرز ما يستند إليه في تدعيم مذهبه. وتستند هذه الأحكام بدورها على نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما يعتمد هذا الفريق إلى مضاهاة هذه الأحكام بتلك الصادرة من المحكمة العليا الأمريكية في هذا الصدد، والتي تقضي كذلك بالعديد من الحقوق الأدبية لأشخاص اعتبارية³.

¹ Ibid, 992.

² Ibid, 995.

³ Ibid, 983.

تعترف الاتفاقية المذكورة^١ بإمكانية تعرّض بعض الهيئات والمجموعات للاعتداء على حقوقها الأدبية. وتتص على ذلك صراحةً المادة ٣٤ من الاتفاقية حيث تقضي بأنه: "يجوز للمحكمة أن تتلقى طلبات من أي شخص، أو منظمة غير حكومية، أو مجموعة من الأشخاص ممن يدعي كونه ضحية انتهاك إحدى الدول الأعضاء لحقوقه المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو البروتوكولات الملحقة بها. وتتعهد الأطراف المتعاقدة بالألا تعيق بأي شكل من الأشكال الممارسة الفعالة لهذا الحق". وفي غالبية المنازعات المعروضة على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تقوم الأخيرة بالفصل فيها دون حاجة إلى تصنيف المدّعي^٢.

وقد تلقت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تطبيقات متباينة لمنازعات من هذا النوع من جهات مثل الشركات، والكنائس، والمؤسسات الخيرية، والأحزاب السياسية، والهيئات الإعلامية. وقد قامت المحكمة بمناسبة الفصل في هذه المنازعات بالاستهداء بنصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بالحق

^١ European Convention on Human Rights ECHR أو الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

هي معاهدة دولية تهدف إلى حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. قام بوضع مسودتها مجلس أوروبا عام ١٩٥٠، وبدأ تطبيقها في ١٩٥٣. وفقاً لهذه المعاهدة تم إنشاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مدينة ستراسبورغ الفرنسية.

<https://www.amnesty.org.uk/what-is-the-european-convention-on-human-rights>

^٢ TURKULER ISIKSEL, op.cit, 986.

في حرية التعبير عن الرأي، والحق في الحصول على محاكمة عادلة، بل والحق في حرمة المسكن والخصوصية، وتطبيقها على الأشخاص الاعتبارية¹.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المحكمة عندما يُعرض عليها نزاع يتعلق بالمسئولية، ويُطالب فيه المدعي بالتعويض عن الضرر، سواءً مادي أو أدبي، فإنها تستند إلى نص المادة ٤١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتتص المادة المذكورة على أنه: "إذا وجدت المحكمة انتهاكاً للاتفاقية أو البروتوكولات الملحقة بها، وكان القانون الداخلي للدولة المعنية بالنزاع لا يسمح سوى بتعويض جزئي، وجب على المحكمة - إن فرضت الضرورة ذلك - أن تحكم للطرف المضرور بتعويض عادل".

لن نفضّل هنا بشأن التطبيقات القضائية التي عُرضت على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وما أصدرته من أحكام بشأنها إذ أن محل ذلك الفصل الثاني من الدراسة. إلا أننا نتعرض هنا لبعض ما أثارته أبرز هذه الأحكام من تعليقات الفقه بشأن النطاق الملائم للتعويض عن الضرر الأدبي المستحق للشخص الاعتباري.

¹ See for example: CASE OF COMINGERSOLL S.A. v. PORTUGAL, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, STRASBOUR6 April 2000, Application no. 35382/97.

في عام ٢٠٠٠ أصدرت المحكمة حكماً يُمكن اعتباره نقطة تحول فيما يخص تعويض الأشخاص الاعتبارية عن الضرر الأدبي. ذلك في الدعوى المعروفة باسم (Comingersoll) حيث قضت المحكمة بتعويض شركة تجارية برتغالية عن الأضرار الأدبية التي لحقت بها جراء التأخر في اتخاذ الإجراءات القانونية، وإصدار الحكم في دعوى قد رفعتها هذه الأخيرة على شركة أخرى^١. المُلفت هنا أن المحكمة قد وجدت أن هذا التأخر قد أثر سلباً على سمعة الشركة، وتسبب في تخبطها في اتخاذ قراراتها، واضطراب أعمال إدارتها، وأن هذه أضرار أدبية تستوجب التعويض عنها^٢.

وقد كان للفقهاء تحفظاته بشأن هذا الحكم. فالبعض قد انتقده، ورأى أن ما اعتبرته المحكمة في هذه الحالة أضراراً أدبية هي في واقع الأمر أضراراً مادية نظراً للطبيعة التجارية للشخص الاعتباري الذي وقعت عليه هذه الأضرار. فبرغم أن العواقب الوخيمة لتأخر سير العدالة قد ينجم عنها خسائر معنوية، وغير ملموسة بالنسبة لأشكال أخرى من الأشخاص الاعتبارية، أما الشركات التجارية فإنها تقوم على تحقيق الربح المادي. وبالتالي فإن الأضرار التي صنفتها المحكمة على أنها أضرار

¹ Id.

² Id.

معنوية، يُمكن ترجمتها إلى قيمة مالية بالنسبة لشركة تجارية كالمدعي في هذه الحالة، وإن كان تقدير هذه القيمة ليس بالأمر اليسير¹.

لم يتوقف الحكم في "Comingersoll" عند هذا الحد، بل ذهبت المحكمة إلى أن الإخلال بحق الشركة المذكورة في الفصل في المنازعات التي كانت طرفاً فيها خلال مدة معقولة، قد أسفر عن إصابة أعضاء مجلس إدارتها بالقلق، والانزعاج، وهو مما يُستحق عنه تعويض عن الأضرار المعنوية للشخص الاعتباري. وقد تكرر اعتبار المحكمة لذات الضرر مسوغاً للتعويض عن الضرر الأدبي في دعاوى أخرى².

وبطبيعة الحال لم يسلم اتجاه المحكمة ذلك من الانتقادات حيث تجاهلت المحكمة فيه فكرة استقلال الشخصية القانونية للشخص الاعتباري عن شخصيات الأشخاص الطبيعيين المكونين له.

يضيف الفقه أن الأشخاص الاعتبارية وإن كانت تشترك مع نظيرتها الطبيعية في بعض المميزات الجوهرية إلا أنها لا تتمتع بطبيعة الحال بكافة السمات البشرية لدى الأخيرة مما لا يسمح بتساوي الأضرار الأدبية التي يمكن أن تصيب كليهما. فلا بد من التفرقة بين الأضرار الأدبية التي تتماشى مع طبيعة الشخصية الاعتبارية

¹ TURKULER ISIKSEL, op.cit, 992.

² See for example: CASE OF CENTRO EUROPA 7 S.R.L. AND DI STEFANO v. ITALY, Application no. 38433/09, 7 June 2012.

فيستحق عنها الشخص الاعتباري تعويضاً، وتلك التي تقتصر إمكانية انطباقها على الطبيعة البشرية فلا يُحتمل إصابة الشخص الاعتباري بها^١.

توضح آراء الفقه في المُجمل أن غالبية الحقوق والحريات المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قابلة للتطبيق على الأشخاص الاعتبارية لحماية مصالحها الأدبية^٢. وقد فصلت محكمة ستراسبورغ بالفعل في دعاوى يطالب فيها أشخاص اعتباريين بالتعويض عن الضرر الأدبي بناءً على الاعتداء على حقهم في المحاكمة المشروعة (due process)، أو حرية التعبير^٣، أو حرية التجمع^٤ على سبيل المثال. وقد اعترفت المحكمة بمثل هذه الحقوق للأشخاص الاعتبارية.

ذلك في حين نجد أن بعض نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بحكم طبيعة مضمونها وحرصها غير قابلة للتطبيق على الكيانات غير البشرية بشكل واضح، ولا لیس فيه^٥. من ذلك مثلاً نص المادة ٣ من الاتفاقية، والذي يقضي

¹ TURKULER ISIKSEL, op.cit, 995.

² See: Marius Emberland, PROTECTION AGAINST UNWARRANTED SEARCHES AND SEIZURES OF CORPORATE PREMISES UNDER ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: THE COLAS EST SA V. FRANCE APPROACH, op.cit, 84.

^٣ والمنصوص عليها في المادة ١٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. انظر تطبيقاً لذلك: Sunday Times v. U.K., 30 Eur. Ct. H.R. ser. A , 1979

^٤ تقضي بها المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

⁵ See: Marius Emberland, op.cit, 85.

بمنع التعذيب أو سوء المعاملة، وكذلك الحرمان التعسفي من الحرية الجسدية في المادة ٥ من ذات الاتفاقية.

من الجدير بالذكر في هذا الصدد أن المشرع الأمريكي قد وضع تنظيمًا للإضرار بالسمعة على وجه الخصوص، فيما يُمكن أن يُسمى بـ " قانون التشهير " أو the law of defamation¹. وفي هذا القانون يعين المشرع موجبات التعويض عن الضرر الأدبي جراء المساس بالسمعة بشكل عام، وفيما يتعلق بالشخص الاعتباري بشكل خاص. فبموجب هذا التشريع لا يجوز رفع دعوى بالتشهير ما لم يكن التصريح المسيء قد اتصل بعلم الغير، فتركت تأثيراً سلبياً فيما يخص نظرتة أو تعامله مع من تم المساس بسمعته². وينطلق هذا الشرط من أن مفهوم التشهير في الأساس اجتماعي بطبيعته، يقوم على العلاقة بين المُساء إليه والمجتمع، كما أنه يتولد عنه تأثير مزدوج. من ناحية، فإن وصول الإساءة للشخص المقصود قد تؤدي إلى إيلا م مشاعره، والتقليل من ثقته بنفسه. وهي من ناحية أخرى، إن علم بها الغير قد تؤثر على تعاملاته المستقبلية مع الشخص الذي وقعت عليه الإساءة. فإن

¹ Restatement of the Law, Torts, Division Five– Defamation, Chapter 24: Invasions of Interest

in Reputation, § 557.

² LAURA A. HEYMANN, THE LAW OF REPUTATION AND THE INTEREST OF THE AUDIENCE, 52 B.C. L. Rev. 1341, September 2011.

اقتصر أثر توجيه الإساءة على الشطر الأول دون الثاني، فإنها لا تُعتبر مسوغاً لرفع دعوى.

أما فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، فلا يُعتبر في مفهوم هذا القانون تشهيراً مجرد قرار أحد عملائه بإيقاف التعامل معه بناءً على تجربة سلبية. أما القيام بنقل هذه التجارب والانطباعات السلبية إلى غيره بحيث يؤثر سلباً على متلقيها فيتسبب في تغيير سلوكه تجاه الشخص الاعتباري، أو قطع التعامل معه فإن هذا هو ما يُنشئ المسؤولية، ويوجب دفع التعويض¹.

ثانياً: الأضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية للشخص الاعتباري:

من المستقر أن حقوق الملكية الفكرية ذات طابع مزدوج، فهي تنطوي على شق مالي وآخر أدبي. فلا ريب أن المساس بالشق الأدبي قد ينجم عنه أضرار أدبية توجب التعويض عنها. وينطبق ذلك على غالبية الأشخاص الاعتبارية، إذ أن حقوق الملكية الفكرية تشكل قدراً كبيراً من أصول الأشخاص الاعتبارية.

لذلك فقد اعترف القضاء الأمريكي للشخص الاعتباري بحقه في رد الاعتداء إن تم توجيه أية إساءة أو تشويه لعلامته التجارية، باعتباره انتهاك لحقوقه الأدبية على

¹ LAURA A. HEYMANN, op.cit, 1378.

تلك العلامة، وتشويه لسمعته^١. وقد حكم القضاء الأمريكي في مثل هذه الحالات للشخص الاعتباري بتعويض عن الضرر الأدبي^٢.

ثالثاً: نطاق التعويض عن الضرر الأدبي في منازعات الاستثمار:

تتمثل اتفاقات الاستثمار في علاقة تعاقدية دولية طرفيها من الأشخاص الاعتباريين. فهي غالباً ما تتعدّد بين شركة استثمارية وإحدى الدول، وأحياناً بين دولتين. ويتضمن الاتفاق بينهما بنداً خاصاً بآلية فض أية منازعات قد تنشأ عن الإخلال بالتزامات الأطراف، وفي الغالب الأعم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم^٣. وقد أنشئ خصيصاً من أجل هذا النوع من المنازعات هيئة تحكيم دولية تابعة للبنك الدولي تُسمى "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)^٤.

¹ Shireen Peermohamed, Harbottle & Lewis, Protecting Brands Online: Jurisdictional Comparisons, First edition, 2012, Sweet & Maxwell, p. 79.

² See: Court of Monza, March 2, 2010, F.B v. T.B.

³ See: INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY ISSUES, Volume 1, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, New York and Geneva, 2004, p. 371.

⁴ See: [www.https://icsid.worldbank.org/en/](https://icsid.worldbank.org/en/)

لطالما كانت المطالبة بتعويض عن الأضرار الأدبية في منازعات الاستثمار من الموضوعات التي تُبدي هيئات التحكيم تحفظاً بشأن الحكم بها¹. وبالتالي فإن السوابق المتوفرة فيما يتعلق بهذا المجال في أحكام التحكيم تُعد هزيلة إلى حد ما. إلا أن الادعاء بالحق في تعويض عن الضرر المعنوي في إطار تحكيم اتفاقيات الاستثمار قد أصبح في ازدياد مؤخراً. مثل هذه المطالبات تسعى إلى تعويض الأضرار غير المادية التي تلحق بالمُستثمر كنتيجة لما قد ترتكبه الدولة المضيفة من أخطاء. ومن الملحوظ أن أحكام التحكيم الحديثة قد فتحت باب الاعتراف بهذا النوع من التعويض.

وقد انتبه الفقه إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي غالباً ما يكون في نطاق المساس بحقوق الإنسان، إذ أنه استقر ذلك من العديد من الأحكام الدولية الصادرة بتعويض عن الضرر الأدبي لأشخاص طبيعيين². وبالتالي فقد اتجهت هيئات التحكيم في مجال الاستثمار إلى الاسترشاد بما استقرت عليه محاكم حقوق الإنسان الدولية في هذا الصدد، وبوجه خاص المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان - Inter-American Court of Human Rights. فهذه الجهات قد قطعت شوطاً كبيراً

¹ See: Conway Blake, Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights? J Int. Disp. Settlement 2012 32: 371-407, 1 August 2012, p. 1.

² Ibid, p. 2.

في تطوير وإرساء المبادئ المتعلقة باستحقاق وتقدير التعويض عن الضرر الأدبي في القانون الدولي¹.

بناءً على ما سبق بدأت هيئات التحكيم مؤخراً إصدار أحكام بالتعويض عن الأضرار الأدبية لصالح المستثمرين في عدد من الدعاوى. ففي إحدى أشهر هذه الدعاوى في هذا المجال حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على حكومة اليمن بتعويض إحدى شركات البناء العمانية عن الأضرار الأدبية التي لحقت بها من قلق وضغط عصبي أصاب إدارتها نتيجة لما تعرضوا له من تخويف ومضايقات وتهديد واحتجاز من قبل الحكومة المذكورة. كما أورد الحكم أن من أهم عناصر هذا التعويض ما نتج عن أفعال هذه الحكومة من إضرار بسمعة الشركة ومكانتها التجارية².

وقد انتهى الفقه من مجمل هذه الدعاوى إلى استدلالين أساسيين. أولهما؛ أن هيئة التحكيم تميل عادةً إلى اعتبار المدعي مستحقاً للتعويض عن الضرر الأدبي عندما يكون سلوك الدولة المضيئة سافراً. ومن تطبيقات ذلك صدور تهديد من قبل الدولة المضيئة باستعمال القوة المسلحة حتى وإن لم يتم تنفيذه. والثاني؛ أن مقدار التعويض لا يتم تعيينه بناءً على عوامل محددة، وإنما يُمكن اعتباره تحكيمياً. ومما

¹ Id.

² Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., ICSID Case No. ARB/05/17, 2008.

يُلفت النظر بشأنه أن الهيئة عادةً ما تحكم بمبلغ يقل كثيراً عما يطالب به المدعي. ومع ذلك فإنها تأخذ في الاعتبار مقدار التضخم¹.

ومع تزايد اللجوء إلى تلك المطالبات شرعت الدول المضيفة للاستثمار مؤخراً إلى اتخاذ موقف مضاد. فعندما يتخذ المستثمر إجراءات التحكيم ضد حكومة الدولة المضيفة ثم ينتهي الأمر بخسارة دعواه، تطالبه هذه الدولة في المقابل بتعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن المساس بسمعتها الاستثمارية. وقد يؤتي هذا المساس أثره بالفعل حينما تطول الفترة الزمنية بين مطالبة الدولة بالتعويض وصدور الحكم به، وفي هذه الفترة قد يعدل بعض المستثمرين بالفعل عن التعامل مع هذه الدولة بناءً على سبق الادعاء ضدها بمخالفات في تنفيذ التزاماتها. لذا اتجهت أحكام التحكيم إلى رفع قيمة التعويض المحكوم به لمثل هذه الدول إن ثبت غش المستثمر أو سوء نيته في الادعاء ضد الدولة المضيفة².

¹ Matthew T. Parish, Annalise K. Nelson, and Charles B. Rosenberg, Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration, 29 Berkeley J. Int'l L. 225, 2011, 233.

² Ibid, 236-238.

الفصل الثاني

أبرز صور وتطبيقات الضرر الأدبي الذي قد يصيب الشخص الاعتباري

تقديم:

لقد انتهينا في الفصل السابق إلى اعتراف الرأي الراجح الفقه باستحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي الذي قد يقع عليه. لذا ننتقل هنا إلى التعرف على موقف القضاء من هذه المسألة، سواءً كان القضاء المصري أو الأمريكي أو الدولي¹. فنعرض للأحكام القضائية الصادرة في دعاوى التي تتناول مطالبة بتعويض أشخاص اعتبارية عن الضرر الأدبي أمام تلك المحاكم.

ولكن قبل الشروع في تناول نماذج الدعاوى التي انتقيناها للكشف عن الجانب التطبيقي للموضوع، رأينا أن نوضح في البدء الاتجاه العام الذي يميل إليه القضاء بشأن الفصل في هذا النوع من المنازعات - سواءً المصري أو الأجنبي - الذي استخلصناه من مجمل التطبيقات القضائية.

موقف القضاء المصري من تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي:

وهنا نرصد ما استنبطناه بشأن موقف القضاء المصري من مسألة تعويض الضرر الأدبي للشخص. إن نصوص التشريع المصري - كما سبق أن رأينا - لا تتطوي

¹ وذلك في القضايا المعروضة على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أو محكمة ستراسبورغ، وكذا المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

على ما يفيد عدم أحقية الشخص الاعتباري في التعويض عن الضرر الأدبي. وعلى الرغم من ذلك، مازال القضاء المصري ميالاً إلى مقاومة ورفض إمكانية إصابة الشخص الاعتباري بأضرار أدبية من الأساس.

فقد انتهت عدة أحكام في هذا الصدد إلى قصر الإصابة بالضرر الأدبي على الشخص الطبيعي دون الشخص الاعتباري. من ذلك مثلاً ما قضت به محكمة النقض بأن: "ولئن كان الضرر الأدبي هو الذي لا يصيب الشخص في ماله ويمكن إرجاعه إلى ما قد يصيبه من أضرار نتيجة ما يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، أو العاطفة والشعور، أو مجرد الاعتداء على حق ثابت له ، وهو ما لا يتصور حدوثه إلا إذا أصابت الشخص الطبيعي ، أما الشخص الاعتباري فيكون بمنأى عن ذلك التصور، إلا أنه متى أثبت الشخص الاعتباري أن ضرراً قد حاق بسمعته التجارية في مجال نشاطه وأعماله وقدرته على مباشرة تلك الأعمال بين أقرانه والمتمثل في إحجام الغير عن التعامل معه بما أثر سلباً على حجم نشاطه ومعاملاته فإنه يمكن تصور التعويض عن الضرر في تلك الحالة بوصفه ضرراً مادياً وليس أدبياً"^١. كما صدر عنها عدة أحكام أخرى بذات المضمون^٢.

^١ محكمة النقض، الدائرة التجارية، الطعن رقم ٥٢٠٩ لسنة ٨٦ قضائية، جلسة ٢٢/١/٢٠١٨.

^٢ راجع: محكمة النقض، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٥٦١ لسنة ٨٥ قضائية، جلسة ٣/١/٢٠١٨.

وحكم نقض، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٥٤٤ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ٢٦/١٢/٢٠١٣.

بل أنه في التطبيقات القضائية التي استجاب فيها القضاء المصري لطلب الشخص الاعتباري بالتعويض عن الضرر الأدبي - إلى جانب ما أصابه من أضرار مادية - قد قام بذلك على مضض، وصدر حكمه فيها بالتعويض بشكل إجمالي دون الفصل بين الضرر المادي والأدبي.

وفي هذا الفصل نعرض لنماذج الأحكام الصادرة من القضاء المصري التي أقرت تعويض الشخص الاعتباري عما ألم به من ضرر مادي، ولم ترفضه. ذلك برغم أن غالبية هذه الأحكام لا تلقي الضوء على الضرر الأدبي، أو تخصص له جزءاً مُحدداً من التعويض المحكوم به.

موقف القضاء الأمريكي والدولي من تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي:

من مجمل الدعاوى المتعلقة بتعويض الأشخاص الاعتبارية عن الضرر الأدبي التي عرضت على القضاء الأمريكي والدولي، يمكننا التوصل إلى الملامح الأساسية للمنهج الذي يتبعه كل منهما حيال هذه المسألة.

فيما يتعلق بالقضاء الأمريكي فإن اهتمامه ينصب في هذا الصدد على الإضرار بسمعة الشخص الاعتباري، وخاصةً في الأحوال التي تتضمن اعتداء على العلامة

وحكم نقض، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٣٨٣٥ لسنة ٨٨ قضائية، جلسة ٢٠١٨/١٢/٨.

وحكم نقض، الدائرة التجارية، الطعن رقم ١٥٤١٩ لسنة ٨٧ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٢/٢٤.

التجارية الخاصة به. بعبارة أخرى، فإن التعدي على السمعة عن طريق التشهير، وعلى العلامة التجارية تُعد أكثر جوانب الشخصية الاعتبارية التي يميل القضاء الأمريكي إلى الحكم بتعويضها عن الضرر الأدبي. فضلاً عن ذلك فإنه يقيم وزناً في تقدير التعويض المحكوم به لما يثبت وقوعه من المعتدي من غش أو سوء نية أو ممارسة منافسة غير مشروعة.

أما القضاء الدولي متمثلاً في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فقد كان مجال التطبيقات القضائية فيه أكثر تنوعاً. نقصد بذلك أنه لم يقصر الاعتراف بالتعويض عن الضرر الأدبي للأشخاص الاعتبارية على أشكال معينة من الضرر، أو يكفي بالاعتراف به في حالة وقوع هذا الضرر على جوانب محددة من الشخصية الاعتبارية دون غيرها. وإنما كان أكثر انفتاحاً بحيث أقر بأحقية الأشخاص الاعتبارية عن تعويض أشكال متنوعة من الضرر الأدبي. إلا أن ذلك لا يعني اتساع نطاق الأحكام الصادرة بمثل هذا التعويض في القضاء الدولي. فأبرز المعايير التي غلب استناد القضاء الدولي إليها للحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي للشخص الاعتباري - وإن لم ترد صراحةً في أحكامه - هي مخالفة المعتدي لنصوص المعاهدة التي يحتكم إليها الطرفان¹، وكذلك جسامة أو استثنائية الضرر المُتحقق¹.

¹ وتتمثل في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالنسبة للنزاعات المعروضة على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقيات الثنائية المنعقدة بين طرفي النزاعات المعروضة على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

قبل العرض للتطبيقات القضائية محل الدراسة في هذا الفصل كذلك، نرى أنه من الضروري تنفيذ أشكال الضرر الأدبي وتحديد ما يقبل منها التطبيق على الشخصية الاعتبارية. لذا نتناول في مطلع جوانب الشخصية الاعتبارية المعرّضة للضرر الأدبي، ومن ثم ننتقل إلى عرض تحليلي لأبرز التطبيقات القضائية المتعلقة بالموضوع أمام الجهات القضائية المختلفة.

¹ See: HELNAN INTERNATIONAL HOTELS A/S V. ARAB REPUBLIC OF EGYPT, ICSID Case No. ARB/05/19, 03 July 2008.

تحديد وحصر:

جوانب الشخصية الاعتبارية المُعرّضة للضرر الأدبي

تمهيد:

على الرغم من الإقرار للأشخاص الاعتبارية بالحصول على تعويض عن الضرر الأدبي كمبدأ عام، إلا أن صور الضرر الأدبي الذي قد يقع على الشخص الطبيعي لا يُمكن بحال أن تنطبق جميعها على نظيره الاعتباري للاختلاف الجوهرى بينهما المتمثل في الطبيعة البشرية.

على ذلك نسعى في هذا المطلب إلى التوصل إلى جوانب الشخصية الاعتبارية التي يُمكن أن يقع عليها الضرر الأدبي. بعبارة أخرى؛ نقوم هنا بتعداد لصور الضرر الأدبي التي تتلاءم وطبيعة الشخص الاعتباري، وبالتالي يُمكن أن يكون وقوعه عليه مسوغاً للحصول على تعويض. فالمقصد هنا محاولة حصر أشكال الضرر الأدبي التي تقبل منطقياً التطبيق على الشخص الاعتباري بشكل عام، دون الارتباط بتشريع مُحدّد.

ونرى أن المنهج الأنسب من أجل التوصل إلى تلك الجوانب؛ تحليل طوائف الضرر الأدبي التي سبق لنا تناولها، واستبعاد تلك المرتبطة ارتباطاً غير قابل للانفصال بالطبيعة البشرية. ومن ثم نتوصل في النهاية إلى أشكال الضرر الأدبي التي يُمكن أن تمس بالجوانب المختلفة للشخصية الاعتبارية.

أولاً: استبعاد أشكال الضرر الأدبي التي لا تصلح سوى للشخص الطبيعي:

في معرض الحديث عن الضرر الأدبي بشكل عام، قد سبق أن تعرضنا لطوائفه. وقد قمنا بتقسيمه إلى طائفة متعلقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية، وأخرى متصلة بالجانب الأدبي للحقوق الذهنية، وثالثة ناتجة عن الاعتداء على أي حق ثابت للشخص. ولا يُمكننا هنا استبعاد أو تبني طائفة بأكملها، إذ ينطوي كل منها على بعض الصور التي يتوجب استبعادها، وأخرى يمكن تطبيقها على الشخص الاعتباري.

١. فيما يتعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية:

لا ريب أن الكثير منها لا بد من استبعاده فيما يخص الشخص الاعتباري بحكم أنها لا تتناسب البتة مع طبيعته. لعل أبرزها هي الأضرار الأدبية المتصلة بالأضرار الجسدية. فهذا النوع من الأضرار يرتبط بحرمة الحياة والجسد البشري، وحمائتهما ضد المساس بهما، وهو ما يخرجها تماماً من نطاق الشخص الاعتباري. ويستخلص بعض الفقه من أحكام القضاء وجود تطبيقات متعددة لهذه الطائفة تشمل: الضرر النفسي، والضرر الجمالي، الضرر الناتج عن فقد متع الحياة، الضرر الجنسي، الضرر الناتج عن العدوى بالأمراض^١.

^١ د. حسن حسين البراوي، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

كذلك الحال بالنسبة للأضرار التي تمس بالكرامة الإنسانية. فمساها ذاته يدل على اقتصارها على الإنسان دون غيره من الأشخاص. ومفهوم الكرامة يستند إلى مبدأ المساواة بين البشر، والامتناع عن معاملة الشخص بشكل وحشي أو مهين. ومثل هذه الأضرار بهذا المفهوم لا يُتصور تطبيقها على الشخص الاعتباري.

ومما نرى استبعاده كذلك في إطار الحقوق اللصيقة بالشخصية؛ الحق في حرمة الحياة الخاصة فيما يتصل بالحالة العاطفية والأسرية والصحية. فالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة لشخص ما قد يمس حياته العاطفية عن طريق نشر أخبار بشأنها، أو حياته الأسرية من حيث أصله وعائلته وزواجه أو طلاقه أو غير ذلك، كما قد يمس بحالته الصحية من خلال التجسس على تفاصيلها أو نشر أخبار عنها. ولا ريب أن مثل هذه التطبيقات للاعتداء على حرمة الحياة الخاصة غير متصورة بالنسبة للشخص الاعتباري.

٢. الأضرار المتعلقة بالجانب الأدبي للحقوق الذهنية:

سبق أن ذكرنا أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من تملك الشخص الاعتباري لحقوق ذهنية، وقد نص المشرع المصري والدولي على ذلك صراحةً. ذلك على الرغم من أن الإنتاج الذهني الناجم عن التفكير والإبداع يستحيل بالنسبة للشخص الاعتباري. إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية انتساب غالبية الحقوق الذهنية له. ويترتب على ذلك قابلية الشخص الاعتباري للتمتع بكافة ما يخوله له الحق الذهني سواء من الناحية المالية أو الأدبية.

بناءً على ذلك لا ينبغي استبعاد أي من الأضرار الأدبية التي تنتمي إلى هذه الطائفة من نطاق الأضرار التي يُمكن أن تمس بالشخص الاعتباري.

٣. الأضرار الناتجة عن الاعتداء على أي حق ثابت للشخص:

هذه الطائفة من الأضرار هي مما لا يخضع لحصر، إذ يندرج تحتها أي اعتداء على أي من حقوق الشخص يترتب عليه شعوره بالألم النفسي. فهي على ذلك تتسع لتشمل أية صورة للضرر الأدبي لا تنتمي إلى الطائفتين السابقتين، أو قد تنشأ مستقبلاً. كما تشمل الاعتداء الذي يترتب عليه ضرر مادي وأدبي في ذات الوقت. لذا يصعب تحديد ما لا يتناسب وطبيعة الشخص الاعتباري من هذه الطائفة بحيث ينبغي استبعاده من نطاق الأضرار الأدبية التي يمكن أن تمس به.

ثانياً: أشكال الضرر الأدبي التي يُمكن أن تمس بالشخصية الاعتبارية:

ونتناول هنا ما يخرج عن فئات الضرر المُستبعدة التي سبق تناولها في الفرع السابق. وغالبية تلك الصور تنتمي لطائفة الأضرار المتعلقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية، وأبرزها:

١. الإضرار بالسمعة والاعتبار:

فيما يخص الشخص الاعتباري فإن تحقيقه لمكانة بارزة في المجال الذي يعمل فيه، واكتساب ثقة المتعاملين معه مما يؤدي لرسوخ اسمه في هذا المجال تُعد من أثن العناصر المكونة للذمة المالية للشخص الاعتباري. فالمساس بها يؤدي بلا

شك إلى إصابة هذا الأخير بأضرار مادية، ولكنه في الوقت ذاته يتسبب له في أضرار أدبية جسيمة.

إن تحقيق سُمعة متميزة يتطلب من ممثلي الشخص الاعتباري بذل جهد وعناية، وتكبد تكاليف طائلة، واستثمار خبرات، وانتظار نتيجة ذلك لزمان طويل. وبالتالي فإن المساس بمثل هذه الاعتبارات عن طريق إطلاق شائعة، أو خبر غير صحيح مثلاً يؤدي إلى التشكيك في مكانة الشخص الاعتباري، وتقليل ثقة عملائه فيه، إنما يسبب له بلا ريب أضرار أدبية نظراً لضياع مساعيه المبذولة لبناء مثل هذه المكانة.

وتُعد هذه الصورة من أكثر صور الضرر الأدبي التي تلحق بالأشخاص الاعتبارية^١. لذا أصدر القضاء المصري والفرنسي والدولي الكثير من الأحكام التي تقضي بحق الشخص الاعتباري في التعويض عن الأضرار الأدبية التي تلحق به جراء الاعتداء على سمعته^٢.

^١ انظر: د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص. ١٨٧.

^٢ سوف نعرض لهذه التطبيقات القضائية تفصيلاً في موضع لاحق.

انظر: د. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

٢. الإضرار بالاسم:

سبق أن تناولنا الاسم باعتباره أحد عناصر الشخصية الاعتبارية، حيث يوجب القانون على كل شخص اعتباري تبنيه ليميزه عن غيره. وهذا الاسم بالنسبة للشخص الاعتباري قد يكون اسماً مدنياً كما في حالة الجمعيات، والمؤسسات الأهلية، والأشخاص الاعتبارية غير الهادفة للربح. وقد يكون هذا الاسم تجارياً وهو ما يُنسب للشركات التجارية، وهو أحد عناصر المحل التجاري، ويُعد ذو قيمة مادية قابلة للتصرف فيها^١.

وسواءً كان اسم الشخص الاعتباري مدنياً أم تجارياً فإن الاعتداء عليه بأي شكل قد يؤدي إلى إصابة الشخص الاعتباري بأضرار أدبية، ويستوجب التعويض عنها. إلا أن تحقق الضرر الأدبي يكون أوضح في حالة كون الاسم مدنياً، إذ يغلب أن يتسبب الاعتداء على الاسم التجاري في أضرار مادية، ولكن ليس هناك ما يمنع من اجتماع الضررين المادي والأدبي معاً في حالة الاسم التجاري.

والاعتداء على الاسم يتحقق في عدة صور، أهمها:

- قد يتم عن طريق الانتحال. ويُقصد به أن ينسب الشخص لنفسه اسم أحد الأشخاص الاعتباريين، ويستعمله دون وجه حق^٢. وهذا الشكل من التعدي غالباً ما

^١ راجع: د. توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص ٢٤٨ - ٢٤٩.

^٢ انظر: د. ياسين يحيى، مرجع سابق، ص ٨١.

ينتج عنه ضرر أدبي يلحق بصاحب الاسم. ويحق للشخص الاعتباري المضرور وقف هذا الاعتداء والمطالبة بالتعويض.

- كما قد يقع الاعتداء على الاسم عن طريق المنازعة فيه^١. ويعني ذلك ادعاء الغير سبق ملكيته للاسم الذي اتخذته الشخص الاعتباري. فإن كانت هذه المنازعة بدون وجه حق، يخول القانون للشخص الاعتباري كذلك المطالبة بوقف الاعتداء عليه، والمطالبة بالتعويض.

- وقد يتمثل الاعتداء على الاسم في تشويهه. ومن ذلك السخرية منه، والتهكم عليه. ومثل هذا الاعتداء من صميم الضرر الأدبي.

٣. الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة:

يُعد الحق في حرمة الحياة الخاصة أحد أهم الحقوق للصيقة بالشخصية التي تكفلها الدساتير^٢. ويتمثل هذا الحق أساساً في حماية سرية وخصوصية الأوجه المختلفة للحياة الخاصة للشخص. وقد يبدو مثل هذا الحق غير قابل للتطبيق على الشخص الاعتباري، إلا أن الواقع قد أفرز لنا في العديد من التطبيقات القضائية نماذج تثبت الاعتراف به للأشخاص الاعتبارية.

^١ انظر: د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص ١٩٣.

^٢ وقد نص الدستور المصري الحالي الصادر سنة ٢٠١٩ على حماية الحق في سرية المراسلات في المادة ٥٧ منه، كما نص على حرمة المنازل في المادة ٥٨.

وقد يقع المساس بالحياة الخاصة للشخص من جوانب متعددة، فيما يلي نتناول أبرزها مع بيان مدى قابلية الشخص الاعتباري للتمتع بكل منها:

- سرية المراسلات: يكفل المشرع الدستوري محلياً ودولياً الحق في سرية المراسلات الخاصة أياً كانت الوسيلة المستخدمة في هذه المراسلات؛ بريدية كانت أو هاتفية أو إلكترونية أو غير ذلك. فلا يحق لأحد الاطلاع عليها أو مصادرتها أو مراقبتها أو نشرها إلا بأمر قضائي له ضوابط محددة. وعليه فإن الاعتداء على المراسلات الخاصة بالغير بأي من هذه الأساليب يُعد انتهاكاً لحقه في السرية والخصوصية ينتج عنه أضراراً أدبية تستوجب التعويض عنها.

ولا نرى ما يمنع من قابلية الشخص الاعتباري للتمتع بهذا الحق. فالمراسلات التي يجريها مع الغير من أجل تحقيق الأهداف التي نشأ للقيام بها، لا يجوز لأحد انتهاك سريتها. فإن وقع ذلك يحق للشخص الاعتباري المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي.

- سرية المحادثات الخصوصية: لا ريب أن المحادثات الشخصية التي تتم بين الأفراد أحد أهم جوانب الحياة الخاصة، وهي من ضمن عناصرها التي يوفر لها القانون الحماية. ومثل هذه المحادثات قد تتم بشكل مباشر وشخصي، كما قد تتم عن طريق وسائل التواصل المختلفة¹. وأياً كانت الوسيلة التي تتم عن طريقها،

¹ د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

من المحظور على الغير التتصت عليها أو تسجيلها أو نشرها، وإلا اعتُبر ذلك اعتداءً يُلحق ضرراً أدبياً بصاحب الحق يخوله الحق في المطالبة بالتعويض.

وهنا أيضاً يُمكن تصوّر وقوع مثل هذا الضرر الأدبي على الشخص الاعتباري كما الشخص الطبيعي. بل أن انتهاك مثل هذه المحادثات بالنسبة للشخص الاعتباري قد تؤدي في كثير من الفروض إلى أضرار مادية فادحة فضلاً عن الضرر الأدبي.

- حرمة المسكن: حرص المشرع الدستوري والجنائي على الحفاظ على خصوصية المكان الذي يعتبره الإنسان سكناً له، وكفل له الحماية ضد أي تعدي^١. ويُعتبر الحق في حرمة المسكن من أبرز وأهم جوانب حماية الحياة الخاصة للأشخاص^٢. وانتهاك حرمة المسكن الخاص سواء بدخوله عنوةً أو تفتيشه أو مراقبته أو التتصت عليه، مسوغاً لوقوع أضرار أدبية تقتضي دفع تعويض عنها.

إلا أن هذا الجانب لم يكن من المتصور تطبيقه فيما يخص الأشخاص الاعتبارية. ورغم ذلك أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حكماً بالتعويض عن الضرر الأدبي في عام ٢٠٠٢ لصالح سلسلة من الشركات الفرنسية ضد الحكومة الفرنسية لقيام الأخيرة بانتهاك حرمة المباني الخاصة بهذه الشركات، وذلك بالمخالفة للمادة

^١ تنص المادة ٥٨ من الدستور المصري الحالي على أنه: " للمنازل حرمة وفيما عدا حالات الخطر أو الاستغاثة لا يجوز دخولها ولا تفتيشها ولا مراقبتها أو التتصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب يحدد المكان والتوقيت والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها...".

^٢ انظر: د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ٥٦.

٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^١. وقد صار هذا الحكم حجر أساس تم الاعتراف بموجبه للأشخاص الاعتبارية بالحق في حرمة المسكن.

٤. صور أخرى متنوعة:

فضلاً عن الصور السابقة أظهرت أحكام القضاء - الدولي على وجه الخصوص - أشكالاً أخرى متفرقة للضرر الأدبي الذي يمكن أن يقع على الأشخاص الاعتبارية تخوله الحصول على تعويض. من أبرز هذه الأشكال التسبب في اضطراب أعمال الشخص الاعتباري، وقلق وانزعاج مجلس إدارته وتشوش قراراته^٢. وكذلك الأضرار الناجمة عن الإخلال بحق الشخص الاعتباري في نظر الدعوى في فترة زمنية

¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, STRASBOURG, CASE OF SOCIÉTÉ COLAS EST AND OTHERS v. FRANCE, Application no. 37971/97, 16 April 2002.

² See for example: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GRAND CHAMBER, CASE OF CENTRO EUROPA 7 S.R.L. AND DI STEFANO v. ITALY, Application no. 38433/09, 7 June 2012.

معقولة أو ما يسمى بالحق في محاكمة عادلة (due process)¹. ومنها أيضاً المساس بالحق في حرية التعبير عن الرأي².

وفيما يلي ننتقل إلى عرض أبرز التطبيقات القضائية التي يُمكن أن توضح كيفية تعامل القضاء مع المسألة محل البحث. فهذا العرض يهدف إلى التوصل إلى صور الضرر الأدبي التي يرى القضاء إمكانية تطبيقها على الأشخاص الاعتبارية، ونطاق التعويض المتاح للشخص الاعتباري عن هذا الضرر.

وسوف يجري تقسيم التطبيقات الواردة في هذا الفصل إلى طوائف. أولها تتناول الدعاوى الناشئة عن الإضرار بالحقوق اللصيقة بالشخصية الاعتبارية كتلك المتعلقة بالسمعة، والخصوصية. والثانية تتناول الدعاوى المتعلقة بالإضرار بالشق الأدبي لحقوق الملكية الفكرية الخاصة بالشخص الاعتباري، والتي غالباً ما تتمثل في العلامة التجارية. أما الطائفة الثالثة فتتناول أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المتصلة بتعويض الضرر الأدبي للأشخاص الاعتبارية بشكل عام.

¹ See: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF COMINGERSOLL S.A. v. PORTUGAL, Application no. 35382/97, 6 April 2000.

² See: Times Newspapers Ltd v. United Kingdom App. No. 6538/74 2 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 90, 1975. And: Sunday Times v. United Kingdom The Sunday Times Case App. No. 6538/74 30 European Court of Human Rights, 1979.

على ما سبق ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: التطبيقات المتصلة بالحقوق اللصيقة بالشخصية الاعتبارية.

المبحث الثاني: التطبيقات المتعلقة بالجانب الأدبي لحقوق الملكية الفكرية.

المبحث الثالث: أحكام التحكيم في منازعات الاستثمار.

المبحث الأول

التطبيقات المتصلة بالحقوق اللصيقة بالشخصية الاعتبارية

سبق أن وضحنا صور الضرر الأدبي المتعلقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية، والتي تتناسب مع طبيعة الشخص الاعتباري بحيث يكون متصوراً وقوعها عليه، واستحقاقه للتعويض عنها. وقد عُرضت على القضاء المحلي والدولي الكثير من الدعاوى المتعلقة بهذه الصور يُمكن أن يُستدل منها على اعترافه باستحقاق الأشخاص الاعتبارية للتعويض عن بعض أشكال الضرر الأدبي.

ومن أبرز التطبيقات المُشار إليها تلك التي تنجم عن الاعتداء على سمعة الشخص الاعتباري¹، وكذلك على حقه في السرية والخصوصية وحرمة المسكن. كما وُجدت تطبيقات متفرقة وقليلة للاعتداء على غير ذلك من حقوق لصيقة بالشخصية كالحق في حرية التعبير عن الرأي، والحق في نظر الدعوى خلال فترة معقولة، بل والتسبب في القلق والإزعاج.

ونورد في هذا المبحث من تلك التطبيقات بعض النماذج البارزة التي عُرضت على القضاء المصري، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، كل على حده في الفروع التالية.

¹ من الجدير بالملاحظة هنا فيما يتعلق بالإضرار بالسمعة في القانون الأمريكي فقد أرسى المشرع المبادئ المنظمة لهذا الشكل من الاعتداء في قانون خاص يسمى "قانون التشهير" Law of Defamation. والدعاوى التي تنتمي لهذه الطائفة، والتي عُرضت على القضاء الأمريكي يتم تأسيسها على مخالفة هذا القانون.

الفرع الأول

الضرر الأدبي الذي يمس الحقوق اللصيقة بالشخصية للشخص الاعتباري في القضاء المصري

(١) دعوى شركة IKEA^١:

وقائع الدعوى:

قام المُدعى عليه "عبد المطالب السعيد" بتقليد العلامة التجارية IKEA المملوكة للشركة المدعية بأن قام بتزوير وسيط إلكتروني بالاصطناع وأنشأ ملفاً على الموقع الإلكتروني "فيسبوك"، وقام بتقليد العلامة ووضعها على هذا الموقع^٢.

واستناداً إلى أن ما ارتكبه المدعى عليه يشكل جنحة تزوير، فقد قامت شركة Inter IKEA Systems بمقاضاته أمام محكمة الجناح الاقتصادية بالقاهرة بموجب محضر القيد رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠١٤. وصدر الحكم في هذه الدعوى بإدانة المدعى عليه وتغريمه مبلغ عشرين ألف جنيه، وبمبلغ عشرة آلاف جنيه وواحد تعويضاً

^١ غالبية التطبيقات القضائية الواردة في القضاء المصري تجمع بين الإضرار بالسمعة، والاعتداء على العلامة التجارية. لذا سوف نكتفي بإيراد هذه الدعوى هنا ونعرض للبقية في المبحث الخاص بانتهاك الجانب الأدبي لحقوق الملكية الفكرية.

^٢ محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الحادية عشر، جلسة ٢٠١٨/٣/٧، في الاستئنافات ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٥١، للسنة ٩ قضائية اقتصادية، القاهرة.

مدنياً مؤقتاً. وتم استئناف ذلك القضاء أمام محكمة جناح اقتصادي القاهرة مستأنف رقم ٦٢١ لسنة ٢٠١٦، وقضى فيها بتأييد الحكم^١.

ولا شك في أن الجنحة التي ارتكبتها المدعى عليه قد أضرت بالشركة المدعية أضراراً جسيمة متمثلة في التأثير على سمعتها، وسمعة جودة منتجاتها، وإدخال اللبس والخلط لدى المستهلك. لذا فقد قامت هذه الأخيرة دعوى أمام محكمة القاهرة الاقتصادية تطالب فيها بإلزام المدعى عليه بتعويض قيمته مليوني جنيه مصري مقابل الأضرار المادية والأدبية التي وقعت عليها من جراء فعل المدعى عليه الثابت بموجب الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠١٤ جناح اقتصادي القاهرة، والمؤيدة استئنافياً بالحكم الصادر في القضية رقم ٦٢١ لسنة ٢٠١٦ جناح مستأنف اقتصادي القاهرة.

حكم المحكمة:

وقد انتهت المحكمة إلى توافر أركان المسؤولية تجاه المدعى عليه من قيام بتقليد علامة الشركة المدعية، واستخدامها بما يُدخل الخلط واللبس لدى جمهور المستهلكين. وعليه اعتبرت طلب المدعي بإلزام المدعى عليه بالتعويض قد جاء على سند صحيح من الواقع والقانون، مما يتعين معه على المحكمة إجابته لطلباته.

^١ انظر: الدعوى رقم ١٣٠ لسنة ٢٠١٧، محكمة القاهرة الاقتصادية، دائرة أولى اقتصادي، ٢٠١٧/٦/١٨.

وقد أضافت المحكمة أن تقدير التعويض الجابر للضرر هو مما تستقل به محكمة الموضوع.

وبناءً عليه قررت المحكمة تقدير جملة التعويض النهائي شاملاً التعويض المؤقت عن الضرر الذي لحق المدعي بصفته بمبلغ مليون جنيه، وذلك عن كافة الأضرار.

إلا أن المدعى عليه لم يرتض هذا القضاء، وقام بالطعن عليه، وكذلك لم ترتض الشركة المدعية بالحكم وطعنت عليه مُطالبَةً بتعديل مبلغ التعويض المقضي به ليكون ٢ مليون جنيهاً^١، إذ أن الحكم لم يُفصح عن المعيار الذي استند إليه في تقدير الضرر. وقد قررت محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الاستئنافية^٢ ضم الاستئنافات المقدمة جميعاً ليصدر فيها حكماً واحداً. وانتهت هذه المحكمة إلى تأييد حكم محكمة الدائرة الأولى اقتصادي، وقررت اطمئنانها لما قرره في تقدير قيمة الضرر.

^١ محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الحادية عشر الاستئنافية، في الاستئنافات أرقام ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٥١، لسنة ٩ قضائية اقتصادية القاهرة، بجلسة ٢٠١٨/٣/٧.

^٢ وقد أورد الحكم أن هذه المحكمة ذات طابع خاص، وأن اختصاصها هنا هو ذات اختصاص محكمة النقض، إذ ليس لها أن تنتظر حكم محكمة أول درجة بوصفها محكمة استئنافية، ولا أن تتطرق لوقائع الدعوى.

٢) دعوى شركة المياه^١:

قامت إحدى شركات تعبئة المياه الطبيعية بمقاضاة إحدى الصحف وطالبتها بدفع تعويضات مادية وأدبية. ذلك أن الصحيفة المذكورة قد نشرت مقالاً صحفياً في نصف صفحة كاملة بعنوان " إنتاج أربعة عشر ألف عبوة ملوثة كي يشربها المصريون.. شركة حكومية تعبئ مياه الصرف الصحي في زجاجات مياه معدنية.. تحاليل وزارة الصحة تثبت أن المياه تصيب بالفشل الكلوي.. قرار وزاري بغلق الشركة".

وقد تبين للمحكمة عن طريق تقارير فنية متخصصة عدم صحة ما قامت الصحيفة بنشره. وبناءً على ذلك قضت المحكمة باستحقاق شركة المياه لتعويض مادي قدره مئة ألف جنيه، وآخر أدبي مقداره مئة ألف جنيه أيضاً.

وقد ذكرت المحكمة في أسبابها أن: "نشر أخبار غير صحيحة تجاه الشخص وتلويث سمعة الشركة.. يؤثر على السمعة، وهي عنصر من عناصر الاتصال بالعملاء حيث تكون وصمة تلاحقه وترتبط به.. ولا تقتصر السمعة على الشخص الطبيعي، وإنما تمتد إلى الشخص الاعتباري أيضاً"^٢.

^١ د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص ٣٣٤-٣٣٥.

^٢ محكمة استئناف القاهرة في ٢٩ ديسمبر ٢٠١٦، الدائرة ١٠٨ تعويضات، الاستئناف رقم ٨٩٦٨ لسنة ١٣٢ قضائية و٩١٥٥ لسنة ١٣٣ قضائية.

الفرع الثاني

الضرر الأدبي الذي يمس الحقوق الصيقة بالشخصية للشخص
الاعتباري في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

(١) CENTRO EUROPA V. ITALY¹:

وقائع الدعوى:

الطرف المدعي هنا يتمثل في شركة إيطالية ذات مسئولية محدودة تسمى
"Centro Europa 7 s.r.l" تعمل في قطاع البث التلفزيوني من خلال مكتبها
المسجل في روما.

وقد سعت الشركة إلى الحصول على ترخيص رسمي بامتلاك ترددات محلية يمكنها
من خلالها بث قنواتها التلفزيونية. وبالفعل حصلت شركة Centro Europa على
قرار وزاري بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٩٩ يرخص لها البث التلفزيوني الأرضي يغطي
كافة أنحاء البلاد، وذلك وفقاً للقانون رقم ١٩٩٧/٢٤٩. وقد حوّل هذا القرار
للشركة تثبيت وتشغيل شبكة تلفزيون تناظرية، كما حدد لها الترخيص ثلاث
ترددات تغطي ٨٠% من الإقليم الوطني.

¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GRAND CHAMBER,
CASE OF CENTRO EUROPA 7 S.R.L. AND DI STEFANO v. ITALY,
Application no. 38433/09, 7 June 2012.

ومن الجدير بالذكر أن توزيع الترددات قد تم وفقاً لما أُطلق عليه (الخطة الوطنية لتوزيع الترددات)، والتي تم اعتمادها في ٣٠ أكتوبر ١٩٩٨. وقد أشارت إلى أن توزيع الترددات طبقاً لهذه الخطة سوف يتم تطبيقه على المنشآت في خلال أربعة وعشرين شهراً.

إلا أنه، وحتى العام ٢٠٠٩، لم يتم تنفيذ الخطة المذكورة. وبرغم حصولها على ترخيص صادر بقرار وزاري لم تتمكن شركة Centro Europa من ممارسة البث التليفزيوني حتى يونيو ٢٠٠٩ إذ لم يتم تخصيص أية ترددات لها حتى ذلك الوقت.

بناءً على ما سبق قامت شركة Centro Europa برفع دعوى ضد الحكومة الإيطالية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مُدعيةً انتهاك حقها في حرية التعبير، وبشكل خاص الحرية في نقل المعلومات والأفكار. كما ادعت أن الحكومة قد امتنعت لمدة تقترب من عشر سنوات عن تخصيص أية ترددات للبث التليفزيوني الأرضي لها بما يتفق مع القرار الوزاري الصادر لها. ورأت الشركة المدعية أن هذا الامتناع، والاحتكار القائم في سوق التليفزيون الإيطالي يتعارض مع المادة ١٠/١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتنص هذه المادة على أنه: " لكل شخص الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق الحرية في إبداء الرأي، وفي استقبال ونقل المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطات العامة. إلا

أن هذا النص لا يمنع الدول من فرض تراخيص للبحث الإذاعي أو التليفزيوني أو السينمائي".

وقد اعتبرت المحكمة هذا الادعاء مقبولاً.

وأضافت الشركة المدعية أن ممارسات الحكومة تُعتبر مُصادرة لمليتها تخالف المادة (١) من البروتوكول الأول التابع للاتفاقية المذكورة. ذلك أنها تجاهلت دون وجه حق منحها الترددات الخاصة بها، كما رفضت تفعيل الترخيص الذي حصلت عليه بناءً على إجراءات قانونية سليمة. وتقضي المادة التي عوّلت عليها الشركة بأنه: "يحق لكل شخص طبيعي أو اعتباري التمتع السلمي بممتلكاته. ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا تحقيقاً للمصلحة العامة، وطبقاً للشروط التي يحددها القانون والمبادئ العامة للقانون الدولي..". وقد أفادت الشركة أنها لم تتمكن منذ ما يقرب من عشر سنوات من ممارسة حقوقها بموجب الترخيص الذي مُنح لها للبحث التليفزيوني الوطني. كما أوردت أن التعويض الذي حكمت لها به المحاكم الوطنية لا يمثل كامل قيمة ممتلكاتها.

وقد عمدت المحكمة بهذا الصدد إلى تقدير ما إذا كان الترخيص الذي حصلت عليه الشركة يُمكن اعتباره من ممتلكاتها وفقاً لما ورد في المادة (١) من البروتوكول المشار إليها. وانتهت إلى أن مصالح الشركة المتعلقة باستغلال الترخيص تُعتبر ملكية في مفهوم البروتوكول، وبالتالي تستوجب حماية المادة الأولى منه.

فضلاً عما سبق زعمت الشركة المدعية انتهاك حقها في محاكمة عادلة، واستندت في ذلك إلى المادة ١/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتتص الأجزاء ذات الصلة من هذه المادة على أنه: " في إطار تحديد الحقوق والواجبات، يكون لكل شخص الحق في محاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة ونزيهة...".

وهنا ردت الحكومة المُدعى عليها هذا الادعاء بأنه بيّن البطلان إذ أنه ليست من مهام المحكمة الأوروبية التعامل مع أخطاء الواقع أو القانون التي يزعم المدعي أنها ارتُكبت من قبل محكمة محلية تقوم بتفسير التشريعات الوطنية وتطبيقها.

وفي هذا الصدد اتفقت المحكمة مع دفاع المدعى عليه، ورأت أن هذا الادعاء يقع ضمن نطاق الادعاء الأول بمخالفة المادة (١٠) من الاتفاقية، وبالتالي لا حاجة لفحصه بشكل منفصل في ظل المادة (٦).

بناءً على كافة الأسس السابقة ادعت الشركة المدعية أن الممارسات المخالفة التي ارتكبتها المُدعى عليه قد ترتب عليها إصابتها بأضرار مادية وأدبية، ومن ثم طالبت المحكمة بأن تحكم لها بتعويض هذه الأضرار.

وفيما يتعلق بالأضرار الأدبية، طالبت الشركة بتعويضها بمبلغ عشرة ملايين يورو. وأفادت أن المحكمة ينبغي أن تأخذ في الاعتبار عدة عوامل عند تقدير التعويض؛ وهي:

- الفترة الزمنية الطويلة التي تم إهدارها.

- إصابة الشركة بالإحباط والقلق الناتجين عن كونها شاهداً سلبياً على تطور سوق البث التليفزيوني، دون أن تكون قادرة على المشاركة فيه، وبالتالي إمكانية فقدانها لقدرتها التنافسية، وللعديد من الفرص الواعدة.

- الإضرار بسمعة الشركة نتيجة توقفها عن العمل لفترة زمنية هائلة.

- الظروف المربكة التي اضطرت فيها الشركة المدعية إلى اتخاذ قرارات استراتيجية.

- الصعوبات والعقبات التي اضطرت إدارة الشركة إلى التغلب عليها.

حكم المحكمة:

انتهت المحكمة إلى أن المخالفات التي ثبتت في ذمة المدعى عليه للمادة (١٠) من الاتفاقية، والمادة (١) من البروتوكول التابع لها، قد تسببت للشركة المدعية بطبيعة الحال في اضطراب أعمالها لفترة زمنية طويلة، وهو ما نتج عنه الشعور بالعجز والإحباط.

وفي هذا الخصوص تؤكد المحكمة على إمكانية الحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لشركة تجارية. وأن الأضرار الأدبية التي تصيب مثل هذه الشركات يُمكن أن تشمل جوانب مثل سُمعة الشركة، والاضطراب في تخطيط قراراتها وفي أعمال الإدارة بشكل عام، وكذلك - وإن كان بدرجة أقل نسبياً- القلق والإزعاج الذي يصيب أعضاء إدارتها.

وبأخذ كافة العوامل المذكورة أعلاه في الاعتبار، وتقييمها على أساس منصف، ترى المحكمة أنه من المعقول منح الشركة المدعية مبلغاً إجمالياً قدره عشرة ملايين يورو تعويضاً عن كافة الأضرار المادية والأدبية.

٢) SOCIÉTÉ COLAS EST AND OTHERS v. FRANCE¹:

وقائع الدعوى:

بدأت وقائع هذه الدعوى عندما تقدمت النقابة الفرنسية الوطنية لمقاولي التشطيب بشكاوى تفيد أن هناك شركات بناء كبرى متورطة في ممارسات مخالفة للقانون. وبناءً عليه قامت سلطات الحكومة المركزية الفرنسية بتكليف مكتب التحريات الوطني بتنفيذ حملة تحريات واسعة النطاق على تعاملات بعض مقاولي الأشغال العامة.

في التاسع من أكتوبر ١٩٨٥ قام مكتب التحريات الوطني (وهو هيئة تابعة لإدارة المنافسة وشئون المستهلك ومنع الاحتيايل) بإعداد مذكرة تتضمن خطة التحريات عن سلوك مقاولي أعمال الطرق. وقد اشتملت هذه المذكرة على قائمة بالشركات التي سيجري فحصها، وكان من ضمن هذه الشركات الثلاث شركات المدعية في هذه الدعوى، وهي: Colas Est و Colas Sud-Ouest و Sacer.

¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, SECOND SECTION, CASE OF SOCIÉTÉ COLAS EST AND OTHERS v. FRANCE, Application no. 37971/97, 16/07/2002.

وفي عام ١٩٨٧ قام المفتشون التابعون لمكتب التحريات بموجب القرار رقم ٤٥-١٤٨٤، والصادر في ٣٠ يونيو ١٩٤٥ بالتهجم على مباني ومقرات الشركات الثلاث المدعية بدون تصريح من إدارات هذه الشركات، والاستيلاء على مئات من المستندات التي تتضمن أدلة على اتفاقات مخالفة للقانون.

بناءً على تلك المستندات أصدرت إدارة المنافسة قراراً في ٢٥/١٠/١٩٨٩ بتغريم الشركة الأولى بمبلغ ١٢ مليون فرنك فرنسي، والثانية بمبلغ أربعة ملايين، والثالثة بستة ملايين.

قامت الشركات المدعية بالطعن على هذا القرار أمام محكمة استئناف باريس، والتي أصدرت حكمها في ٤/٧/١٩٩٠ بتأييد القرار بما تضمنه من غرامات. فطعنت الشركات الثلاث بالنقض، فأصدر القسم التجاري لمحكمة النقض الفرنسية حكمه في ١٩٩٢ بإلغاء حكم محكمة الاستئناف على اعتبار أن تحديد مقدار الغرامات لم يتم على أساس قانوني، وأعاد الدعوى إلى محكمة الاستئناف لتعيد الفصل فيها.

وفي مرحلة إعادة المحاكمة في الاستئناف طعنت الشركات المدعية في شرعية عمليات التفتيش والضبط التي قام بها المفتشون مستندة في ذلك إلى المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. إلا أن محكمة الاستئناف قد أكدت أن أعمال التحريات قد تمت بما يتفق مع القرار الصادر عام ١٩٤٥، كما حكمت بتخفيض الغرامة المفروضة على الشركة الأولى لتصبح خمسة ملايين فرنك، وكذلك الثانية

لتصبح ثلاثة ملايين، بينما ظلت الغرامة المفروضة على الشركة الثالثة كما هي ستة ملايين.

أعدت الشركات المدعية الطعن بالنقض، فرفضت محكمة النقض ما استند إليه المدعي من مخالفة المادة ٨ من الاتفاقية، وقررت أن الإجراءات المتخذة لم ينتج عنها أية عمليات تفتيش أو إجراءات قسرية مخالفة للقانون.

بناءً على ما سبق، قررت الشركات المدعية الالتجاء إلى رفع دعوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد الحكومة الفرنسية. وفي دعواها تلك أكدت الشركات المدعية أن حملات التفتيش التي تم تنفيذها بواسطة المفتشين التابعين للحكومة بدون أية رقابة أو قيود، قد أدت إلى انتهاك حقها في احترام المسكن. وهو ما يخولها مطالبة الحكومة بتعويض عن الضرر الأدبي المترتب على هذا الانتهاك.

واستندت في دعواها إلى المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تنص على أنه:

"١. لكل شخص الحق في احترام منزله ومراسلاته.

٢. ولا يحق لأي سلطة عامة التدخل في ممارسة هذا الحق إلا بما يتوافق مع القانون، أو بما هو ضروري لمنع الجريمة أو لحماية حقوق وحرريات الآخرين".

وقد دفعت الحكومة الفرنسية هذا الادعاء بأن التدخل الذي قام به بعض ممثلي الحكومة قد تم بما يتفق مع القانون طبقاً للفقرة الثانية من المادة (٨) من الاتفاقية

المُشار إليها. ذلك أن التفتيش قد نُفِّدَ بغرض ضبط الممارسات المخالفة للقانون، وحفظ المصالح الاقتصادية للبلاد، ومنع الجرائم. كما استندت إلى أن لكل دولة سلطة تقديرية تخول لها تحديد ما إذا كان التدخل مناسباً.

ولعل أبرز ما أكدت عليه الحكومة في دفعها مما يتصل بموضوع البحث أنه طالما تعلق الأمر بالمباني الخاصة بأشخاص اعتبارية فإن حق الحكومة في دخوله وتفتيشه من المقبول أن يكون أوسع نطاقاً من المنازل الخاصة بالأشخاص الطبيعيين.

ارتكازاً على الدفع السابق، أكدت الحكومة أن ادعاء الشركات الثلاث لا أساس له من الصحة، إذ أن ما تم من إجراءات التفتيش جاء متفقاً مع القانون ولم ينتج عنه أي ضرر يُذكر. وعليه طالبت المحكمة برفض الادعاء.

هل ينطبق الحق في حرمة المسكن على مقر الشخص الاعتباري؟

بدأت المحكمة بالنظر إلى مدى تمتع الشخص الاعتباري بالحق في حرمة المسكن فيما يتعلق بمبانيه ومقراته. وتقرر أن المدعي شخص اعتباري يزعم وقوع انتهاك لحقه في احترام "المسكن" طبقاً للمادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وهنا تلاحظ المحكمة في البدء أن مصطلح "الموطن" يُعد أوسع نطاقاً، ويتناسب بشكل أفضل مع المقر الرسمي للشخص الاعتباري.

ومع ذلك اعتبرت المحكمة أن إجراء تفتيش في مقر الشركة الرسمي المسجل يُعد اعتداء على الحق في حرمة المسكن في مفهوم المادة (٨). كما أكدت أنه قد حان الوقت للإقرار بأنه في بعض الأحوال يُمكن توسيع نطاق تطبيق الضمانات والحقوق التي تقضي بها المادة (٨) لتشمل المكاتب المسجلة للشركات، وفروعها، وأي مبنى تابع لها.

وهو ما يبطل دفع الحكومة الفرنسية بأنه طالما وقع الاقتحام والتفتيش على موطن خاص بشخص اعتباري، فلها سلطة أوسع في تنفيذه مما لو كان الأمر متعلقاً بموطن خاص لأحد الأشخاص الطبيعيين.

كما اعتبرت المحكمة ممارسات مفتشي الحكومة مخافة لنص المادة ٨/٢، ولم تتم طبقاً للقانون. ذلك أن المفتشين في هذه الواقعة قد قاموا باقتحام المقرات الرئيسية للشركات وفروعها دون الحصول على إذن قضائي بغرض مصادرة مستندات تحوي أدلة على اتفاقات مخالفة للقانون. وبالتالي قضت باعتبار هذه الممارسات مخالفة للمادة (٨) من الاتفاقية.

حكم المحكمة:

أشارت المحكمة في البدء إلى أنها قد سبق لها أن حكمت لأشخاص اعتبارية بتعويض مالي عن أضرار معنوية، وقامت بتطبيق حكم المادة ٤١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على هذه الأشخاص. وتقضي هذه المادة بأنه: " إذا انتهت المحكمة إلى وقوع انتهاك للاتفاقية أو البروتوكولات الملحقة بها، وإن

كان القانون الداخلي للطرف المتعاقد المعني لا يسمح سوى بتعويض جزئي، فإن قرار المحكمة ينبغي أن يوفر تعويضاً عادلاً للطرف المضرور".

بناءً على ما سبق انتهت المحكمة إلى أن الشركات الثلاث المدعية قد وقع عليها أضرار أدبية نتيجة انتهاك حقها في حرمة المسكن طبقاً للمادة (٨) من الاتفاقية. ومن ثم حكمت لكل منها بتعويض عن هذه الأضرار يعادل خمس آلاف يورو، وذلك تطبيقاً للمادة (٤١) من الاتفاقية.

٣) COMINGERSOL V. PORTUGAL^١:

وقائع الدعوى:

الشركة المدعية Comingersoll S.A. هي شركة عامة مسجلة في البرتغال. وقد قامت شركة أخرى تدعى A. Lda باقتراض مبلغ يتجاوز الستة ملايين وثمان مئة ألف اسكودو^٢ من الشركة المدعية. وفي المقابل حصلت الأخيرة على ثمان كمبيالات من الشركة المقترضة ضماناً لحقها. وعندما لم تقم الأخيرة بالوفاء بالدين في موعد استحقاقه، شرعت Comingersoll في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد A.

¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF COMINGERSOLL S.A. v. PORTUGAL, Application no. 35382/97, 6 April 2000.

^٢ العملة الرسمية للبرتغال قبل إقرار اليورو عملة أوروبية موحدة.

Lda في محكمة لشبونة الابتدائية في ١١ أكتوبر ١٩٨٢ من أجل استرداد المبالغ المستحقة.

ومنذ ذلك الحين ظلت هذه الدعوى أمام المحاكم دون إصدار حكم نهائي فيها حتى عام ١٩٩٢. ويرجع ذلك إلى انتقالها بين درجات المحاكم بسبب القيام بإلغاء الحكم وإعادته إلى الدرجة الأدنى، وأيضاً بسبب تأجيل إصدار الحكم أمام ذات الدرجة^١.

بناءً على ذلك قامت شركة Comingersoll برفع دعوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد الحكومة البرتغالية شاكياً طول إجراءات التقاضي إلى درجة غير مقبولة، ومدعية قيام الأخيرة بانتهاك حقها في الفصل في الدعوى في وقت معقول طبقاً للمادة (١/٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتتص هذه المادة، وهي بعنوان (الحق في محاكمة عادلة) على أنه: " في تحديد حقوق الشخص والتزاماته، أو توجيه أي تهمة جنائية ضده، يحق لكل شخص الحصول على جلسة استماع عامة وعادلة في غضون فترة زمنية معقولة بواسطة محكمة محايدة ومستقلة تنشأ بموجب القانون...".

وبناءً على هذا الانتهاك طالبت الشركة المدعية بتعويض عن الضرر الأدبي - بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار المادية - مقداره خمسة ملايين اسكودو. وقد

^١ لتفصيل أكثر عن الخطوات الإجرائية التي مرت بها الدعوى، راجع:

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF
COMINGERSOLL S.A. v. PORTUGAL, op.cit, 7- 15.

أسست الشركة مطالبتها ذلك على المادة (٤١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تقرر حق الأعضاء في الحصول على تعويض في حال وقوع ضرر عليها.

وفي هذا الصدد أوردت الشركة المدعية أن الحق في الحصول على محاكمة عادلة في وقت معقول مما لا يجب التفرقة بشأنه بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، فهي بلا شك تتمتع به كشخص اعتباري. وأن الإخلال بحقها ذلك قد نتج عنه أضرار أدبية للشركة تمثلت في المساس بسمعتها، والشعور بالقلق نظراً للانتظار المطول لنتيجة الدعوى، واضطراب وضع الشركة وعدم استقراره لمدة طويلة.

وقد دفعت الحكومة المدعى عليها هذا الادعاء بالقول إن إجراءات هذه الدعوى كانت بالغة التعقيد، فضلاً عن أن المحاكم المختصة كانت تعاني من عبء عمل مفرط. كما ردت طلب التعويض الأدبي بأن مثل هذه الأضرار من الشعور بالقلق والاضطراب تقتصر على الأشخاص الطبيعية، ولا محل لوقوعها على الأشخاص الاعتبارية.

ورأت المحكمة أن تقديرها لمدى معقولية المدة التي استغرقها الفصل في الحكم لا بد وأن يأتي في ضوء عدة عوامل أهمها: ظروف الدعوى، والرجوع إلى السوابق القضائية المشابهة، ومدى تعقيد الدعوى، وسلوك المدعي والسلطات المختصة إزائها.

وتطبيقاً لذلك وجدت المحكمة أن بعض جوانب الدعوى على جانب من التعقيد بالفعل، إلا أن هذه الحقيقة لا تُعتبر مبرراً مقبولاً لطول الإجراءات إلى هذه الدرجة. ذلك أن تلك الإجراءات قد بدأت في عام ١٩٨٢ وهي مازالت معلقة إلى هذا الوقت (المقصود وقت نظرها أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عام ٢٠٠٠)، أي ما يزيد على سبعة عشر عاماً. كما لم تجد المحكمة في سلوك المدعي أي تقصير يببر مثل هذا التأخير. أما عن سلوك المحاكم الوطنية المختصة فقد وجدت المحكمة أن التأجيلات المتوالية في إصدار الأحكام، والبطء في إجراءات التقاضي قد استغرقت فترة زمنية لا تُعد "معقولة" في مفهوم المادة (٦) من الاتفاقية.

أما فيما يتعلق باستحقاق الشركة المدعية لتعويض عن الضرر الأدبي فقد أكدت المحكمة عدم وجود ما يمنع من الحكم لشركة تجارية بتعويض مالي عما يكون قد أصابها من أضرار معنوية كمبدأ عام، وأن قضاء هذه المحكمة مستقر على هذا الأمر. كما أردفت المحكمة أن تقرير الحكم بمثل هذا التعويض من عدمه يعتمد على ظروف كل دعوى على حده^١.

حكم المحكمة:

تطبيقاً للمبادئ السابقة على الدعوى محل النظر، رأت المحكمة أن ما توصلت إليه من أن إجراءات التقاضي قد طال أمدها فيما يجاوز ما يمكن اعتباره

¹ See: COMINGERSOLL S.A. v. PORTUGAL, op.cit, 35, 32.

مدة معقولة قد سبب لشركة Comingersoll، ومديريها، والمساهمين فيها اضطراباً هائلاً، وعدم استقرار في تسيير شؤون الشركة اليومية. كما قد حُرمت الشركة لفترة زمنية طويلة من إمكانية استرداد حقها على الكمبيالات المستحقة الأداء، وتركها في هذه الحالة من عدم اليقين إنما يبرر في نظر المحكمة منحها تعويضاً عما أصابها من أضرار أدبية.

وعلى ما تقدم حكمت المحكمة بمخالفة الحكومة المدّعى عليها للمادة (٦) من الاتفاقية. وبالتالي ألزمتها المحكمة بدفع تعويض للشركة المدّعية قدرته بمبلغ مليون وخمسمائة اسكودو لإصلاح ما حاق بها من أضرار أدبية ومادية.

FREEDOM AND DEMOCRACY PARTY (ÖZDEP) V. (٤
:TURKEY

وقائع الدعوى:

في أكتوبر عام ١٩٩٢ تم تأسيس حزب الحرية والديمقراطية (ÖZDEP) في تركيا، وتم اعتماد برنامجه من قبل وزارة الداخلية التركية.

¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, FREEDOM AND DEMOCRACY PARTY ÖZDEP v. TURKEY, Application no. 23885/94, 8 December 1999.

في التاسع والعشرين من يناير عام ١٩٩٣ تقدم رئيس مجلس الدولة بطلب إلى المحكمة الدستورية التركية بحل حزب الحرية والديمقراطية على أساس أنه ينتهك مبادئ الدستور، وكذا القانون الخاص بتنظيم الأحزاب السياسية. كما ادعى أن المحتوى والأهداف الواردة في برنامج الحزب تسعى إلى تفويض وحدة أراضي الدولة، وطابعها العلماني ووحدة الأمة^١. فقام رئيس المحكمة الدستورية العليا بدعوة رئيس الحزب لتقديم دفاعه. وتلخص هذا الدفاع في قيام الحزب على بما لا يخالف القانون، والمطالبة بحله تُعد مخالفة لعدة موثيق دولية من أهمها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^٢.

في الرابع عشر من يوليو عام ١٩٩٣ أصدرت المحكمة الدستورية حكمها بحل الحزب المذكور على اعتبار أن برنامجه يتعارض مع السلامة الإقليمية للدولة، ووحدها، كما أنه يخالف الدستور والمواد ٧٨ و ٨١ من قانون تنظيم الأحزاب التركي.

وتم نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٩٤.

¹ See: FREEDOM AND DEMOCRACY PARTY ÖZDEP v. TURKEY, op.cit, 9.

² Id, 11.

بناءً على ذلك قام ممثل الحزب برفع دعوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مارس ١٩٩٤ ضد الحكومة التركية، متهماً إياها بمخالفة المادة ٩ و ١٠ و ١١ و ١٤ من الاتفاقية.

فقد أكد الحزب على أن الحكم بحله، ومنع قادته من شغل مناصب مماثلة في أي حزب سياسي آخر يُعد تعدياً على حقهم في حرية تكوين الجمعيات، وهو الحق الذي قضت به المادة ١١/١ من الاتفاقية. وتنص هذه المادة على أنه: " لكل شخص الحق في حرية التجمع السلمي، وتكوين الجمعيات، بما في ذلك الحق في تكوين النقابات والانضمام إليها لحماية مصالحه".

وتبعاً لذلك طالب ممثل الحزب إلزام الحكومة التركية بدفع تعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن انتهاكها للحقوق المنصوص عليها في المادة ١١/١ من الاتفاقية يُقدَّر بمبلغ مائتي ألف فرنك فرنسي (فضلاً عن مطالبته بمبلغ ٥٠٠ ألف فرنك فرنسي تعويضاً عن الأضرار المادية). وذلك نظراً لما تسبب فيه قرار حل الحزب من اضطراب لأعضائه ومؤسسيه، وعدم استقرار وضعه، وأثر سلبي على سمعته.

وقد أسست الحكومة التركية دفاعها على الفقرة الثانية من المادة ١١ من الاتفاقية، والتي تنص على أنه: "لا يجوز فرض قيود على ممارسة هذه الحقوق بخلاف المنصوص عليها في القانون، أو تلك الضرورية من أجل قيام مجتمع ديمقراطي، أو لصالح الأمن القومي، أو الأمن العام أو لحماية الصحة والآداب والحقوق والحريات...".

كما دفعت الحكومة بأن مبلغ التعويض عن الضرر الأدبي الذي يطالب به المدعي مبالغ فيه.

ذهبت المحكمة إلى أن شكاوى الحزب المدعي تتعلق بشكل أساسي بالمادة ١١ من الاتفاقية، بما لا يستلزم معه تحليل مدى مخالفتها للمواد ٩ و ١٠ و ١٤. وقد عمدت المحكمة إلى فحص كافة العوامل التي عدتها الفقرة الثانية من المادة ١١، والنظر في مدى انطباقها في هذه الحالة؛ أي مدى مساس الحزب بأسس المجتمع الديمقراطي أو الأمن القومي أو حماية الصحة والآداب والحقوق والحريات. وهي عوامل إن توفر أي منها يُمكن أن يجعل قرار المحكمة بحل الحزب غير مخالف للاتفاقية^١.

حكم المحكمة:

توصلت المحكمة إلى أن الحكم بحل حزب (ÖZDEP) غير متناسب مع الهدف المنشود، وهو بالتالي غير ضروري لعدم مساسه بأية مصلحة عامة. وعليه وجدت المحكمة في هذا الحل انتهاكاً للمادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وفيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي فقد رأت المحكمة أن الحكم بحل الحزب لا بد أنه قد ترتب عليه إحباط شديد لمؤسسي الحزب وأعضائه. وعليه قررت استحقاق المدعي لتعويض قدرته بمبلغ ثلاثين ألف فرنك فرنسي مقابل الضرر

¹ For details see: FREEDOM AND DEMOCRACY PARTY ÖZDEP v. TURKEY, op.cit, 28-48.

الأدبي الواقع على مؤسسي الحزب وأعضائه من جراء مخالفة الحكومة التركية
للمادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

المبحث الثاني

التطبيقات المتعلقة بالجانب الأدبي لحقوق الملكية الفكرية

لقد صار من المقبول والمتعارف عليه أن تشكل حقوق الملكية الفكرية جزءاً جوهرياً من أصول الشركات بشكل خاص، والأشخاص الاعتبارية بشكل عام. فليس هناك ما يمنع - كما سبق أن أشرنا - من أن يمتلك الشخص الاعتباري حقوقاً للملكية الفكرية أياً كان شكلها؛ حق مؤلف، أو براءة اختراع، أو علامة تجارية، أو غير ذلك.

ومثل هذه الطائفة من الحقوق تشتمل على جانبين؛ أحدهما مادي والآخر أدبي. ولا ريب أن الاعتداء على الجانب الثاني يولّد أضراراً أدبية يحق بموجبها للشخص الاعتباري الحصول على تعويض.

وقد عرضت أمام القضاء المصري، والأمريكي العديد من التطبيقات التي تنطوي على ذلك الشكل من الاعتداء. وفيها اعترف القضاء للشخص الاعتباري بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي. وغالبية هذه التطبيقات تتعلق بانتهاك وتقليد العلامة التجارية الخاصة بالشخص الاعتباري، وما يترتب عليه من إساءة لسمعته، أو سمعة ما يقدمه من سلع أو خدمات.

وفيما يلي نعرض لأبرز هذا التطبيقات في القضاء المصري، ونظيره الأمريكي، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الضرر الأدبي الناتج عن المساس بالحقوق الذهنية للشخص الاعتباري في القضاء المصري

(١) دعوى شركة فالكون باك^١:

وقائع الدعوى:

الشركة المدعية تسمى "فالكون باك"، وهي تتخصص في تصنيع منتجات تغليف الأغذية، ويقع مقرها الرئيسي في دولة الإمارات العربية المتحدة، ولها فروع في الكثير من الدول ومن ضمنها مصر. وقد ادعت قيام الشركة المصرية "السفير فالكون باك" بتهريب للصناعة بتقليد العلامة التجارية الخاصة بها عن طريق استخدامها لاسم (فالكون باك)، واستخدام ذات الرسم الخاص بالشركة الطاعنة بالمخالفة لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية والمعاهدات الدولية المنظمة لها.

وقد قامت الشركة الطاعنة بتسجيل علامتها التجارية في العديد من دول العالم على منتجات الفئات ٥، ٦، ١٦، ٢١ والمستعملة في السوق المصري. إلا أنها فوجئت عند تقديم طلب لإدارة العلامات التجارية بتسجيل علامتها التجارية تحت رقم ٢٨٤٠٠٠ على منتجات الفئة ١٦ أن الإدارة رفضت قبول تسجيل تلك العلامة على سند من أن الشركة المطعون ضدها قامت بتسجيل علامة (السفير فالكون

^١ محكمة النقض، الدائرة التجارية والاقتصادية، طعن رقم ١١٤١٤ لسنة ٨٥ ق، جلسة ١٣ فبراير ٢٠١٨.

باك) تحت رقم ٢٣٣٣١٩ و ٢٧٤٧٣٣ على منتجات الفئة ١٦ مُستخدمةً اسم الشركة الطاعنة وهو (فالكون باك)، ومن ثم أقامت الدعوى.

وقد قدمت الشركة الطاعنة دليلاً قاطعاً على ثبوت ملكيتها للعلامة التجارية (فالكون باك)، وأنه سبق لها استعمالها في جمهورية مصر العربية على الفئة ١٦ عن طريق وكيلها؛ ويتمثل هذا الدليل في الحكم النهائي الصادر من دائرة المنازعات الاقتصادية بمحكمة القضاء الإداري بجلسة ٢٠١٠/٥/١٥.

كما استندت شركة "فالكون باك" إلى أنه من المقرر أن تقليد العلامة التجارية يقوم على محاكاة تتم بها المشابهة بين الأصل والتقليد، عن طريق اصطناع علامة مشابهة في مجموعها للعلامة الأصلية تشابهاً من شأنه تضليل الجمهور. كما أضافت أن العبرة في تقليد العلامة التجارية ليست بأوجه الاختلاف، وإنما بأوجه التشابه التي تحدث اللبس بينهما مما يؤدي إلى تضليل جمهور المستهلكين، وينطوي على اعتداء على ملكية العلامة.

بناءً على ما سبق طالبت الشركة الطاعنة بإبطال وشطب تسجيل العلامتين التجارييتين رقمي ٢٣٣٣١٩ و ٢٧٤٧٣٣ على منتجات الفئة ١٦ وما يرتبط بها من علامات لتسجيلهما دون وجه حق، مع إلزام الشركة المطعون ضدها بمبلغ ٥٠٠ ألف دولار كتعويض عما أصابها من أضرار مادية وأدبية. بالإضافة إلى مطالبتها بنشر الحكم على نفقتها في إحدى الجرائد اليومية.

حكم المحكمة:

أوردت المحكمة أنه من الاطلاع على العلامات التجارية قد تبين لها وجود تشابه بينهما من حيث الاسم، واستخدام ذات الرسم الخاص بالشركة الطاعنة على نحو يثير اللبس في أن منتجات الشركة المطعون ضدها تنتمي إلى الشركة الطاعنة. وبشكل خاص بالنسبة لمنتجات الفئة ١٦ حيث يؤدي التشابه إلى تضليل جمهور المستهلكين لهذه الفئة. وبالنظر إلى أن الشركة الطاعنة قد أثبتت ملكيتها للعلامة التجارية محل النزاع، وسبق استعمالها داخل مصر عن طريق وكيلها، مما لا يجوز معه للشركة المطعون ضدها تسجيل العلامتين سالفتي الذكر على منتجات الفئة ١٦ منعاً للخلط واللبس في ذهن جمهور المستهلكين.

وبالتالي تكون دعوى الطاعنة قد أقيمت على أساس صحيح من الواقع والقانون، فيتعين القضاء ببطلان وشطب تسجيل العلامتين التجاريتين رقمي ٢٣٣٣١٩ و ٢٧٤٧٣٣ على منتجات الفئة ١٦.

وفيما يتعلق بطلب التعويض عن الضرر الأدبي قررت المحكمة أن تقدير التعويض هنا يشمل الضرر الأدبي، والذي يتمثل في الإساءة إلى سمعة الشركة الطاعنة من جراء الاعتداء على علامتها التجارية. فقد استقر في يقين المحكمة أن الشركة المطعون ضدها قد أتت أفعالاً تُعد منافسة غير مشروعة على العلامة التجارية التي تمتلكها الشركة الطاعنة مما أصاب الأخيرة بأضرار أدبية تتمثل في ضعف الإقبال على منتجاتها نتيجة خداع الغير، وهو ما أثر سلباً على مبيعاتها، وأساء إلى سمعتها في جودة منتجاتها.

بناءً عليه قررت المحكمة إلزام الشركة المطعون ضدها أن تؤدي للشركة الطاعنة مبلغ يعادل مائة ألف دولار أمريكي بالجنيه المصري وفقاً للسعر المعلن من البنك المركزي المصري في تاريخ صدور الحكم تعويضاً نهائياً مادياً وأدبياً.

٢) دعوى شركة إيديال زانوسي^١:

وقائع الدعوى:

الشركة الطاعنة تسمى الدلتا الصناعية "إيديال"، وهي متخصصة في تصنيع وبيع وصيانة الأجهزة الكهربائية، وتمتلك الاسمين "إيديال" و"إيديال زانوسي" والعلامة التجارية الخاصة بهما. وهي تابعة للشركة العالمية "إلكترولوكس انترناشيونال".

قامت إحدى الشركات الناشئة بالاعتداء على الاسم والعلامة التجارية للملكين للشركة الطاعنة حيث عمدت إلى التسجيل باسم "إيديال زانوسي للاستيراد والتصدير والتوكيلات التجارية" مما تسبب في خلط لجمهور المستهلكين. كما قامت بالإعلان عن منتجاتها والترويج لها تحت هذا الاسم من خلال جريدة الأهرام. وقد تسببت هذه الممارسات في أضرار مادية وأدبية جسيمة أصابت الشركة الطاعنة. فقد تناقصت أرباح هذه الأخيرة بشكل كبير جراء المنافسة غير المشروعة، فضلاً عن الاعتداء على اسم الطاعنة وسمعتها التجارية.

^١ محكمة النقض، الدائرة التجارية والاقتصادية، طعن رقم ٨٦٨٠ لسنة ٨٢ ق، جلسة ٨ مايو

نتيجة على ذلك قامت شركة الدلتا الصناعية "إيديال" برفع دعوى جنائية وأخرى مدنية على كل من: شركة إيديال زانوسي للاستيراد والتصدير والتوكيلات التجارية، ورئيس مجلس إدارة مؤسسة الأهرام الصحفية القومية بصفته. وذلك على أساس قيامهما بتضليل جمهور المستهلكين، ومخالفة قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، وطالبتها بالتضامن بدفع تعويض قدره خمسة عشر مليون جنيه.

وقد قضت محكمة القاهرة الاقتصادية الاستئنافية^١ بتاريخ ٢٠١٢/٣/٢٨ بإلزام شركة إيديال زانوسي بأن تؤدي لشركة الدلتا الصناعية مبلغ أربعين ألف جنيه، وبرفض ما عدا ذلك من طلبات. وعليه قامت الشركة الطاعنة بالطعن على هذا الحكم بطريق النقض.

أما من الناحية الجنائية فقد أثبتت المحكمة الجنائية مسئولية المطعون ضدها الأولى (إيديال زانوسي) ومخالفتها لأحكام القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ ولائحته التنفيذية بما يترتب مسئوليتها عن الأضرار المطالب بقيمتها^٢. ذلك أنها أوقعت المستهلكين في الغلط والاعتقاد -على خلاف الحقيقة- بأنها صاحبة منتجات الطاعنة والمسئولة عن صيانة ما بعد البيع. كما قضت في الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية بتعويض مؤقت مقداره عشرة آلاف جنيه عن

^١ الدعوى رقم ٧٦٨ لسنة ١ ق القاهرة الاقتصادية الاستئنافية.

^٢ الدعوى رقم ٦٣ لسنة ٢٠٠٩ جنح مستأنف اقتصادي القاهرة.

الأضرار التي لحقتها جراء اعتداء المطعون ضدها الأولى على الاسم والعلامة التجارية الخاصة بها.

وعند عرض الأمر على محكمة النقض قامت بندب خبير. وقام الأخير بتقديم تقرير خلص فيه إلى أن المطعون ضدها الثانية (مؤسسة الأهرام) نشرت العديد من الإعلانات لصالح المطعون ضدها الأولى. وقد ترتب على ذلك إصابة الطاعنة بتناقص أرباحها السنوية بشكل كبير خلال السنوات من ٢٠٠٦ وحتى ٢٠٠٩ جراء المنافسة غير المشروعة على نحو ما يظهر من قوائمها المالية، بالإضافة إلى مصاريف الدعاية التي أنفقتها الطاعنة دون طائل. ذلك فضلاً عن الاعتداء على اسم الطاعنة وسمعتها التجارية. وأردف الخبير أن الإعلانات المنشورة بمعرفة المطعون ضدها الثانية كانت المساهم الأكبر في استمرار خسائر الطاعنة.

وبشأن مدى اشتراك المطعون ضدها الثانية في المسؤولية فقد ذكرت المحكمة أن استخلاص ذلك هو مما يستقل به قاضي الموضوع. وأشارت إلى أن الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الثانية قد تجاهلت إنذارات عديدة بشأن ما تتطوي عليه إعلانات المطعون ضدها الأولى من غش وتضليل للجمهور واعتداء على حقوق الطاعنة. كما يتبين من المستندات المقدّمة بالدعوى أن الشركة الطاعنة جاهدت في مطالبة المطعون ضدها الثانية بإيقاف الإعلانات تارة بالخطابات، وأخرى بالإنذارات دون مجيب. وقد خاطبتها بذات المضمون أيضاً مصلحة الرقابة

الصناعية، والشركة العالمية صاحبة العلامة "الكترولوكس إنترناشيونال" دون أن تلتفت المطعون ضدها الثانية إلى أي من ذلك.

تأسيساً على ما سبق من إصرار المطعون ضدها الثانية (مؤسسة الأهرام) على الاستمرار في نشر إعلانات المطعون ضدها الأولى رغم كل ما تم توجيهه إليها من إخطارات، قطعت المحكمة باشتراكها في المسؤولية عن الفعل الضار.

فضلاً عن ذلك أكدت المحكمة اطمئنانها إلى تقرير الخبرة المذكور، والذي انتهى إلى أن الإعلانات المذكورة تسببت في إيقاع جمهور المستهلكين في خلط وغلط بين الطاعنة والمطعون ضدها الأولى لما تتمتع به الطاعنة من شهرة واسعة الانتشار في إنتاج وصيانة الغسالة "إيديال زانوسي" والأجهزة الكهربائية بصفة عامة، وأن هناك أضرار قد ترتبت على ذلك.

حكم المحكمة:

قضت المحكمة أنها في مقام تقديرها للتعويض المستحق للطاعنة تضع في اعتبارها سلوك المطعون ضدها الأولى، والذي بلغ أعلى درجات الخطأ بعد أن ارتكب ممثلها القانوني خطأً تقصيرياً عمدياً استمر لعدة سنوات، وشكل جريمة جنائية على نحو ما أثبتته الحكم الجنائي البات آنف البيان.

وكذلك الحال بالنسبة إلى المطعون ضدها الثانية بعد أن انتهت هذه المحكمة إلى ثبوت خطئها التقصيري، والذي صار عمدياً بعد أن بلغ إلى علمها بشكل جازم

استغلال المطعون ضدها الأولى لجريدها لإدخال الغش على الجمهور، واستمرارها -رغم كل ذلك- في نشر الإعلانات المضللة فتكون قد أصرت على الاشتراك في الاعتداء على حقوق الطاعة.

كما اطمأنت المحكمة من واقع الأدلة المقدمة في الدعوى إلى وقوع أضرار مادية وأدبية للشركة الطاعة. وقد تمثلت الأدبية منها في الاعتداء على اسم الشركة الطاعة وعلى علامتها التجارية والإساءة إلى سمعتها التجارية.

وعليه حكمت المحكمة على المطعون ضدهما الأولى والثانية بالتضامن فيما بينهما أن تؤديا للطاعة مبلغ ثلاثة ملايين، وعشرة آلاف جنيه على أن يخصم منه عشرة آلاف جنيه قيمة التعويض المؤقت.

الفرع الثاني

الضرر الأدبي الناتج عن المساس بالحقوق الذهنية للشخص الاعتباري في القضاء الأمريكي

(١) John Walker & Sons, Ltd. v. Bethea¹ :

وقائع الدعوى:

المدعي هنا هو شركة John Walker & Sons والمعروفة باسم Johnnie Walker لإنتاج المشروبات الكحولية، والتي اكتسبت منتجاتها شهرة واسعة، وخاصة مشروب الويسكي الذي يتم توزيعه في العديد من البلدان. أما المدعي عليه فإنه يدير فندق صغير يتكون من عشرين وحدة في ولاية كارولينا الجنوبية، وقد أطلق عليه اسم Johny Walker Motel. بل وقد استخدم هذا الأخير في كتابة هذا الاسم نفس نوع الخط ولونه ولون الخلفية التي يستخدمها المدعي في علامته التجارية.

من هنا قام المدعي بمقاضاة المدعى عليه تأسيساً على انتهاكه لحق المدعي على علامته التجارية^٢، وارتكابه لمنافسة غير مشروعة^١. وتزعم الشركة المدعية أن قيام

¹ United States District Court for the District of South Carolina, Florence Division, 305 F. Supp. 1302; 1969 U.S. Dist. LEXIS 13164; 163 U.S.P.Q. BNA 365, Civ. A. No. 66-526, September 19, 1969.

^٢ بالمخالفة لنص المادة 1114 U.S.C, S.15، والذي يحظر تقليد العلامات التجارية المسجلة، ويفرض تعويضاً على من يقوم بتقليدها.

المدعى عليه بتقليد علامتها التجارية قد أنشأ خطأً في ذهن عامة المستهلكين يجعل الكثير منهم يعتقد أن الخدمات التي يقدمها الفندق تنتمي إلى الشركة المدعية، وهو الأمر الذي يمس بشهرة وسمعة الأخيرة.

وقد أكدت المحكمة بشأن انتهاك العلامة التجارية أن العبرة في وقوعه تكون بمدى ما تولده العلامة المُقلّدة من احتمال الخلط أو الالتباس لدى جمهور المستهلكين. كما أضافت أنه لتقرير وقوع تقليد غير مشروع للعلامة التجارية يمثل انتهاكاً لها، لا يُشترط إثبات وقوع خلط أو التباس فعلي. وإنما يكفي إثبات وجود قدر من التشابه بين العلامتين قد يدفع بعض المستهلكين إلى الاعتقاد بأن المنتجين من ذات المصدر، أو بينهما أي نوع من الارتباط.

تطبيقاً لذلك وجدت المحكمة أن إطلاق المدعى عليه الاسم (Johny Walker Motel) على الفندق الخاص به يرحح أن يؤدي إلى الالتباس والغلط والخداع. وأن هذا الاسم مماثل بشكل مخادع للعلامة التجارية للمدعي (Johnnie Walker) إذ أنه يؤدي إلى الاعتقاد بأن منتجات المدعي، وخدمات المدعى عليه لهما ذات المصدر، أو هناك ارتباط ما بينهما.

كما أكدت المحكمة أنها تضع في اعتبارها هنا مقدار ما استثمره المدعى من أموال للعمل على تطوير علامته التجارية، وكذلك تبنيه لهذه العلامة منذ زمن طويل وعمله الدؤوب على إكسابها شعبية حتى أصبحت ذات قيمة كبيرة. وأن كل هذه

¹ بالمخالفة لنص المادة. 15 U.S.C., S.1051 et sec.

العوامل تجعل المدعي مستحقاً لتعويض عما حاق به من أضرار مادية وأدبية جراء تقليد علامته التجارية^١.

حكم المحكمة:

تأسيساً على ما سبق قضت المحكمة باعتبار المدعى عليه مرتكباً لمنافسة غير مشروعة، ومنتهاكاً للعلامة التجارية الخاصة بالمدعي، وعليه قضت بمنع المدعى عليه من استخدام كلمتي Johnny Walker فيما يتعلق بالفندق الخاص به.

كما أمرت المحكمة بمنع وكلاء المدعى عليه وخدمه وموظفيه وكل من يشاركه في الأعمال الخاصة بالفندق من أي عمل يتضمن تعدياً على العلامة التجارية للمدعي أو تقليدها بأي شكل.

وكذا قررت المحكمة منح المدعي التعويض الذي يتلاءم مع ظروف الدعوى ويتفق مع العدالة.

(٢) Polo Fashions, Inc. v. Rabanne^٢:

وقائع الدعوى:

^١ انظر: د. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

^٢ Polo Fashions, Inc. v. Rabanne, United States District Court for the Southern District of Florida, Case Nos. 84-1763-CIV, 84-2991-CIV, 661 F. Supp. 89, September 9, 1986.

يتمثل المدعي في شركة الأزياء الشهيرة "Polo"، والتي يديرها مصمم الأزياء ذائع الصيت Ralph Lauren ومقرها مدينة نيويورك الأمريكية. ويقوم بيت الأزياء المذكور بإنتاج وتصنيع ملابس و سلع أخرى نسائية ورجالية تحمل العلامة التجارية "Polo"، والتي يتم تمثيلها في شكل لاعب بولو يمتطي حصاناً. وتقوم الشركة ببيع هذه المنتجات مباشرةً أو عن طريق وكلاء مرخص لهم.

أما المدعى عليه فهو ثلاث شركات لإنتاج الملابس تدعى "Pierre Rabanne" و "Tony's Joint Venture" و "County Line" تحت إدارة ذات الشخص ويدعى Jay Miller.

حصلت الشركة المدعية على عدد من العلامات التجارية، وقامت بتسجيلها في مكتب الولايات المتحدة لبراءات الاختراع والعلامات التجارية. فقد كانت الشركة تملك وقت إقامة الدعوى تسجيلاً لمجموعة من العلامات التجارية، من بينها: العلامة التجارية POLO BY RALPH LAUREN، وأخرى خاصة بالشعار الذي تضعه الشركة على ما تنتجه من ملابس، وثالثة للعلامة POLO BY RALPH LAUREN لبيع الملابس بالتجزئة¹.

وقد أشارت الشركة إلى أن العلامات المسجلة المشار إليها كانت نافذة وسارية المفعول في ذلك الوقت، وأن السمعة التجارية الطيبة التي ارتبطت بهذه العلامات لم تتنازل عنها الشركة قط، وهي مرخصة في جميع أنحاء الولايات المتحدة وفي

¹ أرقام تسجيل هذه العلامات التجارية على الترتيب هي: 978166، و984005، و990395.

أماكن أخرى حول العالم. كما أكدت الشركة أنها في سبيل الحفاظ على هذه السمعة
تعتمد إلى اتباع إجراءات رقابة صارمة على الجودة.

وقد اتهمت الشركة المدعية نظيرتها المدعى عليها بانتهاك حقها على العلامة
التجارية الخاصة بها "POLO BY RALPH LAUREN" والشعار الذي يمثل
العلامة (لاعب البولو ممتطياً حصاناً) حيث استعملتهما دون ترخيص في بيع
الملابس الرياضية التي تقوم بإنتاجها.

وأكدت أن مثل هذا السلوك قد أصابها بأضرار حقيقية حيث جعل المستهلك يخلط
بين منتجاتها الأصلية، وتلك المزيفة الموجودة في الأسواق. فعندما يشتري
المستهلك ولو لمرة واحدة الملابس المقلدة ذات النوعية الرديئة، ويعاني من عدم
الرضا فإنه لا يُحتمل أن يُقبل مرة ثانية على شراء ملابس بولو الأصلية¹.

تأكيداً لمزاعمها أوردت الشركة المدعية شهادة ما يزيد عن ثمانية من أصحاب
منافذ بيع ملابس التجزئة، والذين أكدوا أن ما دفعوه مقابل ملابس ماركة Polo قد
تم إيداعه في حساب بنكي باسم Tony's Joint Venture، أو County Line.

وتوضح المحكمة أن إمكانية الخلط أو الالتباس هو المعيار المستخدم لتحديد مدى
وجود تشابه كافٍ بين علامتين أو اسمين تجاريين بحيث يُمكن اعتبار الاستخدام
الثاني لها انتهاكاً وتعدياً على حقوق المالك الأصلي لها. وتطبيق هذا المعيار

¹ See: Polo Fashions, Inc. v. Rabanne, op.cit.

يتضمن الموازنة بين العديد من العوامل في ضوء الحقائق المحيطة بكل حالة على حده. ومن أبرز العوامل التي تؤخذ في الاعتبار في هذا الصدد هي: مدى قوة العلامة الخاصة بالمستخدم الأول، مدى التشابه بين العلامتين، مدى القرب بين منتجات كل من مستخدم العلامة الأول والثاني، مدى حسن نية المستخدم الثاني في تبنيه لهذه العلامة، وغير ذلك.

ومن ثم قامت المحكمة بتطبيق أبرز العوامل المحيطة بالمعيار المذكور من أجل تقرير مدى حدوث انتهاك للعلامة، فتوصلت إلى ما يلي:

- من حيث مدى قوة العلامة التجارية المنسوبة للشركة المدعية، وجدت المحكمة أن الأدلة المطروحة قد أثبتت أن علامة Polo by Ralph Lauren قد اكتسبت مع الوقت قوة هائلة مما يخولها نطاق واسع من الحماية¹.

- ومن حيث مدى التشابه بين العلامتين، فقد كان واضحاً بالنسبة للمحكمة وجود تطابق بين العلامة المملوكة للشركة المدعية، وتلك التي تبنتها الشركات المدّعى عليها. وهو التطابق الذي يدفع المستهلك عند رؤيته لمنتجات المدعى عليه إلى الخطأ، والاعتقاد بأنها مرخص بها من الشركة المدعية أو تابعة لها².

¹ See: Id.

² See: Id.

- من ناحية تشابه المنتجات، توصلت المحكمة إلى أنها متطابقة. فكل من المدعي والمدعى عليه يقوم بإنتاج قمصان وسترات رياضية. وعليه فإن استخدام المدعى عليه للعلامة Polo والشعار الخاص بها على مثل هذه المنتجات كفيل بتعريض المستهلك للوقوع في خطأ وخداع بشأن مصدر المنتجات التي تحمل هذه العلامة¹.

- من حيث مدى حسن نية المدعى عليه في استخدام العلامة، ترى المحكمة أن اختياره لعلامة مطابقة لتلك الخاصة بالمدعي، ولذات الشعار الذي ابتكره إنما هو قرينة على سوء نية المدعى عليه، وقصده استغلال بحسن سمعة وشهرة المدعي والمتاجرة بهما².

حكم المحكمة:

بناءً على التحليل السابق توصلت المحكمة إلى أن المدعى عليه قد انتهك العلامة التجارية الخاصة بالمدعي، في محاولته الواضحة القائمة على المنافسة غير المشروعة لنسبة منتجاته إلى الشركة المدعية. ومثل هذه الممارسات تشكل خداعاً للمستهلك، وسرقة لحقوق الملكية الفكرية للشركة المدعية. وجميعها أفعال يعاقب عليها القانون.

¹ See: Id.

² See: Id.

وتشير المحكمة إلى أن التطبيق الصارم للقوانين التي تحمي العلامات التجارية يتضمن اعتبارات تمس بالنظام العام. ذلك أن هذه القوانين قد شرعت لحماية رجل الأعمال الذي سعى بجد إلى اكتساب سمعة تجارية حسنة، وعمل على تطويرها لفترة طويلة من الزمن. كما شرعت من ناحية أخرى لحماية المستهلك من السلع الزائفة التي تستغل شهرة العلامات الأصلية بشكل غير مشروع.

تأسيساً على ما توصلت له المحكمة قررت أن شركة Polo تستحق الحصول على تعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناجمة عن انتهاك المدعى عليه لعلامتها التجارية طبقاً لقانون "لانهام"، وهو التشريع الفيدرالي الذي ينظم كافة ما يتعلق باستخدام وحماية العلامات التجارية في الولايات المتحدة¹. ووفقاً لهذا القانون فإن الانتهاك المتعمد للعلامة التجارية يخول المحكمة اختيار الجزاء الذي تراه رادعاً.

وفي هذا الصدد أشارت المحكمة إلى أن المدعي قد ساق من الأدلة ما برهن على أن المدعى عليه قد قام ببيع وتوزيع الملابس المقلدة بسوء نية، وبما يضر بسمعة المدعي وبعلامته التجارية بشكل متعمد. وتستطرد المحكمة أنه في حالة العمد والعلم بالتزييف، كما في الدعوى القائمة، يُحكم عادةً بثلاثة أضعاف التعويض المستحق إن لم توجد ظروف مخففة. وهنا لم تجد المحكمة ظروفاً تستدعي تخفيف هذه العقوبة، كما لم يقدم المدعى عليه أيّاً منها. فالحكم بثلاثة أضعاف التعويض

¹ https://www.law.cornell.edu/wex/lanham_act

Lanham Act ويُطلق عليه أيضاً؛ قانون العلامات التجارية. وقد صدر هذا القانون عام ١٩٤٦ برقم 15 U.S.C. في المادة ١١١٧ وما بعدها.

المستحق في نظر المحكمة يمثل رادعاً اقتصادياً قوياً لكل من يعتزم امتحان التزوير كحرفة مربحة.

انتهت المحكمة مما سبق بالحكم على المدعى عليه بما يلي:

- منعه من التعدي على العلامة التجارية والشعار المملوكين للمدعي.
- دفع تعويض للمدعي يتمثل في قيمة الأرباح التي حققها المدعى عليه من بيع المنتجات المقلدة والتي قدرتها المحكمة بمبلغ ٢٢٥ ألف دولار.
- دفع مبلغ يمثل ثلاثة أضعاف التعويض المستحق كتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي جراء الاعتداء عمداً وبسوء نية على علامته التجارية وسمعته والإضرار بهما. وقدرت المحكمة هذا التعويض بمبلغ ٦٧٥ ألف دولار.
- دفع مصروفات التقاضي وأتعاب المحاماة للمدعي. وطلبت من هذا الأخير إيداع مذكرة للمحكمة في خلال ٣٠ يوم بمقدار هذه المصروفات والأتعاب.

المبحث الثالث

أحكام التحكيم في منازعات الاستثمار

سبق أن عرضنا لمنازعات الاستثمار، وأشرنا إلى أنها تعتمد في تسويتها على التحكيم، وأنه قد نشأ خصيصاً من أجل هذا النوع من المنازعات هيئة تحكيم تابعة للبنك الدولي؛ وهي "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID".

كما سبق أن وضحنا أن مطالبات أطراف هذه المنازعات بالتعويض عما قد يصيبها من أضرار أدبية أمر شائع. وأن الأحكام الحديثة في هذا الصدد قد فتحت الباب للاعتراف بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي في هذا النوع من المنازعات.

وهنا نعرض إلى أبرز أحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات التي توضح هذا الاتجاه.

(١) Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen :

الأطراف ووقائع الدعوى:

المُدعي هنا هو شركة إنشاءات ذات مسئولية محدودة تسمى "Desert Line" تتبع سلطنة عمان. والمدعى عليه هو جمهورية اليمن.

في عام ١٩٩٩ قام رئيس جمهورية اليمن بتكليف الحكومة بمشروع لإنشاء وتطوير وصلات طرق أسفلتيه داخل البلاد، ومع بعض الدول المجاورة. وعرض الرئيس

على الشركة المدعية تنفيذ هذا المشروع، ووافقت هذه الأخيرة على العرض. وتم الاتفاق على البدء الفوري في تنفيذ المشروع، وتم ذلك قبل التوقيع على العقود، والتي تم التوقيع عليها في يونيو ١٩٩٩، ثم تلاها عقود أخرى مكملتها واتفاقات ضمان خلال الأعوام الثلاثة التالية.

وبحلول عام ٢٠٠٣ كانت الشركة المدعية قد أتمت غالبية الإنشاءات المنفق عليها. وفي يناير من العام ٢٠٠٤ راسلت الشركة وزير الأشغال العامة اليمني مطالبةً إياه بدفع المبالغ المستحقة لها تحت التهديد بوقف الأعمال. وفي مارس من ذات العام قام خمسة عشر فرداً مسلحاً بتوقيف الأعمال التي تقوم الشركة بتنفيذها، وقاموا بتهديد طاقم العاملين التابعين للشركة بالأسلحة لإجبارهم على التوقيع بالتنازل عن جزء من حقوقهم. وعلى إثر ذلك كاتبت الشركة المدعية الرئيس اليمني تطالبه بتوفير الأمن لحماية الأرواح.

بادرت الشركة المدعية إلى رفع دعوى ضد الحكومة اليمنية أمام المحكمة التجارية اليمنية مطالبةً إياها بدفع المبالغ المستحقة لها، وكذا سداد مبلغ التأمين المحتجز لديها. إلا أن هذه الخطوة لم تُجدِ في استرداد الشركة لحقوقها. بل وقامت قوات مسلحة تابعة لوزارة الداخلية اليمنية بمنع عملي الشركة من إجلاء معداتها من مواقع العمل. فضلاً عن ذلك قامت تلك القوات بإرغام الشركة تحت التهديد على التوقيع على اتفاق تسوية غير عادل بالمرة.

كنتيجة لتفاهم الأزمفة بفن أطراف النزاع على النحو السابق، قام المدعى (مُمثلاً في مدير الشركة)، والمدعى عليه (ويمثله وزير الأشغال العامة والطرق السريعة) بعقد اتفاق تحكيم لتسوية النزاع. وقد عهد الطرفان إلى الجهة المنوطة بالتحكيم بفحص الأعمال التي قامت الشركة المدعية بتنفيذها، وتقديرها، والفصل في المطالبات التي تقدمت بها هذه الأخيرة. وقد قضى هذا الاتفاق بأن يكون حكم التحكيم نهائياً، ولا يجوز لأي من الطرفين رفض تنفيذه.

في أغسطس من عام ٢٠٠٤ صدر حكم التحكيم بتقدير المبالغ المُستحقة للشركة المدعية مقابل أعمال الإنشاءات التي قامت بتنفيذها بالفعل بحوالي مئة مليون دولار بالإضافة إلى ثمانية ملايين دولار مصروفات أخرى. كما قضى الحكم بحجز مبلغ التأمين إلى أن تقوم الشركة المدعية بمعالجة العيوب الموجودة في إنشاءات المنطقة الشرقية، وتنفيذ أعمال الصيانة اللازمة.

بالرغم من ذلك رفضت الحكومة المدعى عليها تنفيذ حكم التحكيم، بل وتقدمت بطلب إلى المحاكم اليمنية بطلب إبطال قرار هيئة التحكيم. وقد أسست الحكومة اليمنية طلبها ذلك على بطلان اتفاقية التحكيم وانتهاك حقوق الإجراءات القانونية للمدعى عليه. وقد أجابت المحكمة الحكومة إلى طلبها، وقضت بإبطال حكم التحكيم.

ذلك فضلاً عن قيام قوات مسلحة يمنية بأعمال إزعاج وتهديد وسرقة ضد عمال الشركة المدعية.

بناءً على ما سبق، قامت شركة Desert Line في أغسطس من عام ٢٠٠٥ بتقديم طلباً للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وقد أسست هذا الطلب على قيام الحكومة المدعى عليها بمخالفة الاتفاق المبرم بينهما. وبناءً على ذلك طالبت الشركة المدعية بما يلي:

- دفع مقابل عادل لما قامت الشركة المدعية بتنفيذه من إنشاءات وفقاً للتعاقد المبرم بينهما.

- أداء تعويض عن الأضرار المادية التي أصابت الشركة من جراء انتهاكات المدعى عليه التي حرمت المدعي من حقوقه في استعمال واستغلال ونقل ما تملكه من معدات وآلات ومركبات.

- أداء تعويض مناسب عن الأضرار الأدبية التي لحقت بالشركة من خسارة فرص عمل، والإضرار بسمعتها نتيجة الانتهاكات التي مارسها المدعى عليه. فضلاً عن استخدام المدعى عليه للقوة المسلحة بشكل غير مشروع، وممارسة الإكراه المادي ضد المدعي.

لعل أكثر ما يهمننا في هذا المقام هو ذلك الطلب الأخير المتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي. فقد ذهبت الشركة المدعية إلى أنها قد عانت من أضرار أدبية واسعة النطاق نتيجة لمخالفة المدعى عليه لالتزاماته بموجب معاهدة الاستثمار المبرمة بينهما. فقد قاسى موظفو الشركة المدعية وعاملوها من القلق والضغط جراء تعرضهم للمضايقة والتهديد والاحتجاز من قبل القوات المسلحة التابعة للمدعى

عليه. كما تعرض مديري الشركة المدعية للتخويف والإكراه من جانب المدعى عليه فيما يتعلق بإبرام اتفاق تسوية.

تأسيساً على ذلك تدعي الشركة المدعية أنها قد أصيبت بأضرار بالغة في ائتمانها وسمعتها وفقدت مكانتها واعتبارها. ولذا فإنها، وبناءً على القانون الدولي، تطالب بمبلغ ٤٠ مليون ريال عماني تعويضاً عما أصابها من أضرار أدبية.

حكم هيئة التحكيم:

فيما يتعلق بمطالبة المدعي بالتعويض عن الضرر الأدبي، فقد تناول المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأمر بتعليق مفسر لمدى استحقاق الشخص الاعتباري للتعويض عن الضرر الأدبي في هذا النوع من المنازعات من وجهة نظره، ومن ثم قام بتطبيقه على النزاع محل النظر.

ترى هيئة التحكيم أنه برغم أن اتفاقات الاستثمار تهدف في المقام الأول إلى حماية القيم المادية، إلا أنها لا تستبعد من هذه الحماية أن يكون لأي من الطرفين المطالبة بتعويض عن الأضرار المعنوية. فمن المقبول عموماً في معظم النظم القانونية أن الأضرار الأدبية يُمكن كذلك التعويض عنها إلى جانب الأضرار المادية البحتة، ولا يوجد في الواقع ما يدعو لاستبعادها.

وتؤكد هيئة التحكيم أن الأضرار غير المادية قد تكون حقيقية إلى حد كبير، وأن مجرد صعوبة تقدير قيمتها بمعيار مالي لا يجب أن يحرم الطرف المضرور من الحصول على تعويض.

كما توضح أنه "من المُعترف به عموماً أن الشخص الاعتباري قد يُحكم له بتعويض عن الضرر الأدبي بما في ذلك فقدان السمعة".

وتطبيقاً لتلك المبادئ على الدعوى القائمة ترى هيئة التحكيم أن انتهاك المدعى عليه لاتفاق الاستثمار الثنائي، وبشكل خاص ما يتعلق بالإكراه البدني الذي قام الأخير بممارسته على موظفي المدعى، إنما يُشكّل مسؤولية قائمة على الخطأ. لذا يُعد المدعى عليه مسئولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالمدعي سواءً كان ذو طبيعة مادية أو أدبية.

وفي هذا الصدد تتفق هيئة التحكيم مع المدعي على أن الضرر الذي حاق به كان جوهرياً، ذلك أنه قد أثار على الصحة الجسدية والنفسية لمدراء وعمال الشركة المدعية، وعلى ما تتمتع به من سمعة وائتمان.

ومن اللافت في هذه الدعوى أن الهيئة قد اعتبرت ما لحق بممثليها من قلق وضغط عصبي نتيجة الاحتجاز والتهديد واستعمال العنف من قبل المدعى عليه، من قبيل الضرر الأدبي الذي أصاب الشركة كشخص اعتباري. وهو الأمر الذي اعتبره الفقه مُنقداً، إذ يخلط بين الشخصية القانونية للشخص الاعتباري والأشخاص الطبيعيين الممثلين له. ولكن الهيئة رأت أن أولئك الأشخاص

الطبيعيين ينوبون عن الشركة في إبرام التصرفات القانونية باسمها ولحسابها، وأن ما وقع عليهم من الضرر الأدبي قد تم في أثناء وبمناسبة ممارسة أعمال الشركة. كما رأت، فضلاً عن ذلك، أن ما أصابهم من ضرر أدبي على قدر من الجسامة بحيث ينبغي أخذه في الاعتبار عند تقدير التعويض.

وعلى الرغم من ذلك ترى هيئة التحكيم أن مبلغ التعويض الذي طالبت به الشركة المدعية مبالغاً فيه، ولا يُمكن الإقرار به بالكامل. وعلى ذلك تعتبر الهيئة، بناءً على البيانات المتوفرة والمبادئ العامة، أن مبلغ مليون دولار أمريكي مناسب للتعويض عن الأضرار الأدبية بما فيها الإضرار بالسمعة.

بناءً على ذلك انتهت الهيئة إلى الحكم لصالح المدعي بتعويض عن الأضرار المعنوية بما فيها الإضرار بالسمعة مقداره مليون دولار أمريكي بدون فوائد. ذلك على أن يقوم المدعي عليه بأداء هذا المبلغ في غضون ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بالحكم.

(٢) BENVENUTI & BONFANT V. CONGO¹ :

الأطراف ووقائع الدعوى:

¹ S.A.R.L. BENVENUTI & BONFANT V. PEOPLE'S REPUBLIC OF THE CONGO, ICSID Case No. ARB/77/2, 08 August 1980.

أحد طرفي النزاع هنا هو شركة إيطالية محدودة تدعى Benvenuti & Bonfant، ويُطلق عليها اختصاراً (B&B)، ويقع مكتبها المُسجل في روما. أما الطرف الثاني فهو حكومة جمهورية الكونغو الشعبية.

قرب نهاية عام ١٩٧٢ طلبت حكومة الكونغو من شركة B&B بعمل دراسة جدوى بناء وتشغيل مصنع في جمهورية الكونغو لصناعة الزجاجات البلاستيكية. اقترحت شركة B&B على حكومة الكونغو الاشتراك في تأسيس شركة أخرى لهذا الغرض بحيث تملك هذه الأخيرة على حصة ٦٠% منها، وتملك B&B النسبة الباقية. واتفق الطرفان على تكليف شركة إيطالية تسمى sodisca لتقوم ببناء المصنع، والتي وافقت على ذلك وطلبت دفعة مقدمة من تكاليف الإنشاء.

في إبريل من عام ١٩٧٣ قام الطرفان بتوقيع اتفاق تنص أبرز بنوده على ما يلي:

- إنشاء شركة مختلطة برأس مال رمزي مقداره ٥٥ مليون فرنك كونغولي؛ ٦٠% منه تملكه الحكومة، و ٤٠% لشركة B&B.

- يحق لحكومة الكونغو إعادة شراء أسهم B&B بعد خمس سنوات من إنشاء الشركة الجديدة. ويتم تحديد سعر شرائها بالاتفاق المشترك بين الطرفين.

- تتعهد الحكومة بتقديم كافة الضمانات الممكنة لتوفير التمويل الذي قد تحتاجه الشركة لتنفيذ برنامجها، ويمنح الشركة وضع ضريبي مميز.

- تتعهد B&B بتسويق منتجات الشركة التي يُزعم إنشاؤها.

بُناءً على هذا الاتفاق تم إنشاء شركة أسماها الطرفان PLASCO. وتقرر أن تتم إدارتها بواسطة مجلس إدارة يتألف من سبعة أعضاء على أن تقوم الحكومة بتعيين أربعة منهم على الأقل. ومن ثم قامت هذه الأخيرة (PLASCO) بتوقيع تعاقد مع Sodisco (الشركة الإيطالية المُكفَّة من قبل الطرفين ببناء المصنع) يقضي بتجهيز مصنع جاهز للعمل لإنتاج الزجاجات البلاستيكية الحرارية. وقد تم افتتاحه في فبراير من عام ١٩٧٥.

قام السيد Bonfant المدير العام لشركة PLASCO بتأسيس شركة توزيع تسمى EDICO لتمكنه من الوفاء بالتزام B&B بالتسويق لزجاجات المياه التي تقوم PLASCO بإنتاجها.

ومنذ بداية عمل المصنع ادعت B&B معاناتها من مخالفة حكومة الكونغو لغالبية التزاماتها التي نصت عليها الاتفاقية المبرمة بينهما، فضلاً عن قيامها بالعديد من الممارسات غير المشروعة. الأمر الذي دفع B&B إلى اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وطلب الفصل في النزاع القائم مع حكومة الكونغو.

وقد انطوت الشكوى التي تقدمت بها B&B ضد حكومة الكونغو على عدة ادعاءات تتلخص فيما يلي:

- لم تقم الحكومة بسداد نصيبها في رأس المال المُتفق عليه.

- تقوم الحكومة بتدخلات في أداء أجهزة شركة PLASCO بما يعوق حسن سير العمل فيها.

- لم تفِ الحكومة بالتزاماتها المالية المتعلقة بشركة PLASCO المنصوص عليها في الاتفاقية، ولاسيما فيما يتعلق بضمانات توفير التمويل لأنشطة تلك الشركة، ومنحها وضع ضريبي مُميّز.

- قيام الحكومة بقرار منفرد بتحديد سعر زجاجة المياه التي تنتجها الشركة، وهو ما يُخالف بنود الاتفاقية.

- قيام الحكومة بحل شركة EDICO للدعاية.

- استيلاء الحكومة على شركة PLASCO وجميع أنشطتها.

فضلاً عن ذلك فقد قامت الحكومة بممارسات تهدد أمن وسلامة مديري الشركة وموظفيها. ذلك أن أحد الممثلين الدبلوماسيين بالسفارة الإيطالية في العاصمة الكونغولية (برازافيل) قد أبلغ السيد Bonfant (مدير عام الشركة) بأن أمنهم الشخصي لم يعد مضموناً، وبأن اعتقاله قد بات وشيكاً. وعليه غادر هذا الأخير ومعظم الموظفين الإيطاليين الكونغو على عجل عملاً بنصيحة سفارتهم.

وقد ثبت أن الجيش الكونغولي قام باحتلال مكتب PLASCO المُسجّل. وأكدت الشركة المدعية أن الحكومة المدعى عليها عن طريق هذا السلوك قد حرمتها من حصتها في PLASCO وخصصتها لنفسها.

وعلى الرغم من إنكار المدعى عليه لهذا الأمر إلا أن الهيئة قد اعتبرت دفاعه غير مقبول إذ أنه لم ينجح في تقديم أي أدلة تثبت ادعاءه. كما رأت الهيئة أن إقامة الحكومة المدعى عليها إجراءات جنائية ضد السيد Bonfant لم تدعمها أي حجة قانونية سليمة.

بناءً على ما سبق، طالبت الشركة المدعية من هيئة التحكيم إلزام الحكومة المدعى عليها بدفع تعويضات عن الأضرار المادية التي أصابتها من جراء مخالفة هذه الأخيرة للاتفاقية المبرمة بينهما على النحو السابق توضيحه¹.

إلى جانب ذلك طالبت الشركة المدعية بإلزام الحكومة الكونغولية بتعويض عن الأضرار الأدبية التي حاققت بها يُقدَّر ب ٢٥٠ مليون فرنك. وقد أسست الشركة المدعية هذه المطالبة على أن مخالفات المدعى عليه قد تسببت لها في الأضرار التالية:

- فقدان الشركة المدعية لفرص عمل واستثمار في إيطاليا.
- عدم قدرتها على استئناف أنشطتها في إيطاليا بسبب نقص ما تملكه من رأس المال نظراً لأنها قامت باستثمار جميع مواردها المالية في الكونغو.

¹ لا نرى أنه من الضروري هنا التفصيل بشأن المبالغ المطلوبة للتعويض عن الأضرار المادية وقرار الهيئة بشأن كلٍ منها، إذ ما يهمنا التركيز عليه في هذا المجال هو التعويض عن الضرر الأدبي. وعلى ذلك فإن هذا الأخير هو ما سوف نقتصر على إلقاء الضوء عليه، ونعرض لتفاصيله، وقرار الهيئة بشأنه.

- خسارة الشركة لثقة وائتمان الموردين والبنوك فيها بعد أن توسطت لوضعهم على اتصال مع الحكومة الكونغولية، والتي بدورها تعثرت في السداد.

- خسارة الشركة للكثير من مديريها وفنييها إثر سوء المعاملة التي تلقوها من الحكومة المدعى عليها، والمغادرة القسرية التي أُجبروا عليها.

حكم هيئة التحكيم:

تفحصت الهيئة مطالبات وحجج الشركة المدعية بشأن التعويض عما تعرضت له من أضرار أدبية، ودفاع المدعى عليه. ومن ثم انتهت إلى أنها تضع في اعتبارها، إلى جانب الأضرار المادية التي أصابت المدعي، أن التدابير والانتهاكات التي مارستها الحكومة المدعى عليها قد نتج عنها بلا شك اضطراب وانزعاج للشركة المدعية وإدارتها وموظفيها.

وعليه ترى الهيئة أنه من الإنصاف أن تحكم لها بخمسة ملايين فرنك كونغولي كتعويض عن الخسائر غير الملموسة.

(٣) Helnan Hotels V. Egypt¹:

الأطراف ووقائع الدعوى:

¹ HELNAN INTERNATIONAL HOTELS A/S V. ARAB REPUBLIC OF EGYPT, ICSID Case No. ARB/05/19, 03 July 2008.

الطرف المُدَّعي هنا هو شركة HELNAN للإدارة والتطوير، والتي تملك سلسلة فنادق HELNAN العالمية الشهيرة. والمدعى عليه هو جمهورية مصر العربية، والتي مثلها أمام الهيئة عدة محامين.

قامت الشركة المدعية (وكانت تُعرف سابقاً باسم الشركة الاسكندنافية للإدارة) بإبرام عقد إدارة مع الشركة المصرية العامة للسياحة والفنادق (EGOTH) عام ١٩٨٦ تتولى بمقتضاه الشركة المُدعية إدارة فندق "شبيرد" المملوك لشركة EGOH والكائن في القاهرة. وقد كانت المدة المتفق عليها للإدارة هي ٢٦ سنة قابلة للمد.

وفي أكتوبر من العام ٢٠٠٢ أدخل الطرفان تعديلاً على بنود الاتفاق المُبرم بينهما يقضي بالسماح ل EGOH ببيع فندق "شبيرد". وقد أورد هذا التعديل أنه في حالة وقوع البيع إما أن تستمر إدارة HELNAN ل "شبيرد" أو تنتازل HELNAN عن حقوقها في مقابل تعويض عادل.

في يونيو من عام ١٩٩٩ تم عقد اتفاقية استثمار بين جمهورية مصر العربية ومملكة الدنمارك لحماية وتعزيز استثماراتها المتبادلة.

في سبتمبر ٢٠٠٣ وبعد عدة عمليات من قبل وزارة السياحة، قامت هذه الأخيرة بتخفيض تصنيف فندق "شبيرد" من فندق خمس نجوم ليصبح فندق أربع نجوم. وعلى إثر ذلك شرعت EGOH في إجراءات التحكيم في القاهرة مُطالبيةً فسخ التعاقد المُبرم مع HELNAN بسبب تخفيض تصنيف "شبيرد". في ديسمبر ٢٠٠٤ حكمت هيئة التحكيم بفسخ العقد نظراً لاستحالة تنفيذه. كما حكمت بإلزام

EGOTH بأداء اثنتي عشر ونصف مليون جنيه مصري إلى HELNAN كتسوية ودية للديون مقابل أداء الأخيرة لالتزامها بإدارة الفندق.

لم ترغب HELNAN في فسخ التعاقد، وبالتالي لم يكن حكم هيئة التحكيم مُرضياً لها فلجأت إلى القضاء المصري من أجل إلغائه إلا أن محكمة الاستئناف رفضت ذلك وأيدت حكم التحكيم في يونيو ٢٠٠٥، واتخذت ذات الموقف محكمة النقض في يوليو ٢٠٠٥.

وعلى ذلك قامت EGOH بأداء المبلغ الوارد في حكم التحكيم. وفي مارس ٢٠٠٦ تم إجلاء HELNAN من "شبيرد"، ومن ثم تولت EGOH إدارة الفندق.

بناءً على ما سبق تقدمت HELNAN في ٨ مارس ٢٠٠٥ بطلب للتحكيم ضد مصر أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID. كما أرفقت به طلباً باتخاذ تدابير وقائية بشأن طردها من إدارة فندق "شبيرد".

تدعي HELNAN أنها تعرضت إلى معاملة عنصرية وغير منصفة من قبل مصر. وتُرجع الشركة هذا الادعاء إلى سببين هما:

- أن HELNAN قد تقدمت بالعديد من الخطط لتجديد وتحديث "شبيرد"، والتي قوبلت بالرفض من جانب الحكومة المصرية. وتشير الشركة إلى أن هذا الرفض المتكرر من المدعى عليه يُعد تعسفياً، ويفتقر إلى الشفافية، حيث إن امتناع مصر

عن التواصل اللائق مع الشركة المدعية لإبداء أسباب الرفض هو انتهاك واضح لالتزامها بالمعاملة العادلة والمنصفة.

- أن سلوك مصر كان تمييزياً عندما استمرت في الاستثمار في مشروعات وفنادق مماثلة، في حين رفضت مقترحات التجديد المُقدّمة من HELNAN مما ترتب عليه تخفيض تصنيف فندق "شيبيرد" من خمس نجوم إلى أربعة. ذلك أن مصر مُلزّمة باتخاذ قراراتها الاستثمارية بشكل عادل، ودون تمييز.

كما تدعي HELNAN أن مصر قد اتخذت مجموعة من الإجراءات غير المعقولة، وغير المُبرّرة والتي أضرت بمصلحتها. وأوردت هذه الإجراءات كالآتي:
- حذف "شيبيرد" من قائمة الفنادق التاريخية.

- عدم استشارة HELNAN بشأن خطة مصر لبيع "شيبيرد".

- عرقلة مقترحات وخطط HELNAN لتجديد "شيبيرد".

- تخفيض تصنيف "شيبيرد" بعد عمليتي تفتيش فقط، ودون منح HELNAN فترة سماح لعلاج المخالفات المزعومة على خلاف ما فعلت مع العديد من الفنادق الأخرى.

- الشروع باتخاذ إجراءات التحكيم بغرض فسخ عقد الإدارة.

وعلى ذلك تؤكد الشركة المدعية أن مصر قد ارتكبت عدة انتهاكات لاتفاقية الاستثمار الثنائية التي أبرمتها مع الدنمارك. كما تؤكد أن مخالفة مصر لالتزاماتها بموجب المعاهدة يوجب عليها تحمل المسؤولية القانونية الكاملة عما يلي:

- عدم إمداد HELNAN واستثماراتها بمعاملة عادلة ومنصفة على النحو المنصوص عليه في المادة ٣ من الاتفاقية^١.

- عدم منح HELNAN واستثماراتها الحماية والأمن الكاملين، وفي كافة الأوقات، وكذلك إضعاف استخدام الشركة لاستثماراتها بواسطة تدابير تمييزية وغير مبررة بالمخالفة لما ورد في المادة ٢ من الاتفاقية^٢.

^١ عنوان هذه المادة معاملة الاستثمارات، وهي تقضي بما يلي:

" ١. يمنح كل من الطرفين المتعاقدين في إقليمه استثمارات الطرف المتعاقد الآخر معاملة عادلة ومنصفة والتي لا تقل أفضلية في أي حال عن تلك الممنوحة لمستثمريه، أو لمستثمري دولة تالته أيهما أكثر أفضلية من وجهة نظر المستثمر .

٢. يمنح كل من الطرفين المتعاقدين في إقليمه مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة عادلة ومنصفة والتي لا تقل أفضلية في أي حال عن تلك الممنوحة لمستثمريه، أو لمستثمري دولة تالته أيهما أكثر أفضلية من وجهة نظر المستثمر وذلك فيما يتعلق بإدارة استثماراتهم، وصيانتها واستخدامها، والتمتع بها أو التصرف فيها."

^٢ وتنص هذه المادة في فقرتها الثانية على ما يلي:

" تتمتع استثمارات مستثمري كل من طرفي التعاقد - في كافة الأوقات - بكامل الحماية والأمن في إقليم الطرف المتعاقد الآخر. ويمتتع على كل من طرفي التعاقد أن يتخذ في إقليمه إجراءات غير مبررة أو تمييزية من شأنها الإضرار بإدارة وصيانة واستخدام والتمتع ب أو التصرف في استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر الواقع في إقليمه."

- مصادرة استثمارات شركة HELNAN دون استيفاء الشروط التي تستلزمها المعاهدة في المادة ١٥.

وتدعي HELNAN أن عقد الإدارة الذي أبرمته مع EGOH كان بمثابة عقبة حقيقية أمام الحكومة المصرية تعوق رغبتها في خصخصة فندق "شبيرد" وبيعه مما دفعها إلى اللجوء إلى سلسلة من الإجراءات غير المشروعة للتخلص من تلك العقبة. فالحكومة المدعى عليها -بحسب ادعاءات الشركة المدعية- في سبيل ذلك قد استخدمت بسوء نية كل من وزارة السياحة، و EGOH من أجل إنقاص تصنيف الفندق، والحصول على حكم التحكيم وصولاً إلى طرد موظفي HELNAN من "شبيرد" نهائياً.

بناءً على ما سبق طالبت الشركة المدعية هيئة التحكيم بإلزام الحكومة المدعى عليها بما يلي:

- إعادة إدارة وتشغيل فندق "شبيرد" إلى الشركة المدعية.

- أداء تعويضات تبلغ حوالي ٣١ مليون يورو عن الأضرار المادية التي لحقت بالشركة المدعية نتيجة خسارة حصتها في إجمالي الأرباح التشغيلية لفندق "شبيرد"،

^١ وتقضي هذه المادة بعنوان نزع الملكية والتعويض بالآتي:

" لا تخضع استثمارات مستثمري كل من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو نزع الملكية في إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا تم ذلك لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض فوري وكافٍ وفعلي وفقاً لأسس غير تمييزية تتم طبقاً لإجراء قانوني سليم...".

وخسارة إدارة أعمالها في القاهرة، والمبالغ التي أنفقت على الدعاية، وتكاليف التحكيم.

- أداء تعويض مقداره ١٠ ملايين يورو عن الأضرار المعنوية.
- أداء تعويض مقداره حوالي تسعة ملايين يورو عن الأضرار التي أصابت سمعة الشركة المدعية.

أما عن موقف مصر من ادعاءات شركة HELNAN فقد دفعت باعتبارها غير مقبولة. وأكدت الحكومة المدعى عليها أن كافة المطالبات التي تقدمت بها الشركة المدعية، والمتعلقة بالالتزامات التعاقدية للأطراف بموجب اتفاق الإدارة بين HELNAN و EGOH قد تم الفصل فيها بموجب حكم التحكيم الذي تم في القاهرة. وبالتالي يرى المدعى عليه عدم اختصاص المركز بنظر هذه المطالبات، إذ تم الفصل فيها بموجب حكم تحكيم نهائي أثبت عدم وجود أي انتهاك لعقد الإدارة المذكور.

حكم هيئة التحكيم:

فيما يتعلق بالدفع الذي تقدمت به مصر فقد رفضته الهيئة. ذلك أنه لو كان النزاع يتعلق فقط بالإخلال بالتزامات تعاقدية، وقامت هيئة تحكيم محلية بالفصل فيها بحكم نهائي فلا يجوز للمركز نظرها حيث يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضي.

أما حيث يكون النزاع ناشئاً بشكل مباشر من اتفاق استثمار بين دولتين من الدول الموقعة على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد أدرج في هذا

الاتفاق ما يفيد عرض أي نزاع على المركز المذكور، فإنه يكون مختصاً بنظره. وهو ما قضت به المادة ٢٥ من الاتفاقية المنظمة لعمل المركز.

وقد تضمن عقد الاستثمار محل هذا النزاع شرط يقضي بإحالة أي نزاع ينشأ عنه إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد وافقت مصر ووقعت على ذلك. كما وجدت الهيئة أن المسائل المعروضة أمامها تعتبر متعلقة بالاستثمار. وعليه قررت الهيئة اختصاصها بنظر النزاع.

وفيما يخص الادعاءات التي قدمتها الشركة المدعية ضد الحكومة المدعى عليها فقد توصلت الهيئة بعد تنفيذها إلى عدم مخالفة أي فعل مما قامت به الحكومة المدعى عليها - أدى إلى تخفيض تصنيف فندق "شيبيرد"، وطرد HELNAN من إدارته - للاتفاقية.

وبناءً عليه حكمت الهيئة برفض كافة ادعاءات HELNAN ضد مصر.

كما رفضت الهيئة الحكم للشركة المدعية بأي من التعويضات التي طالبت بها. وفيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار الأدبية أشارت الهيئة أنه لا يكون مستحقاً إلا

في ظروف استثنائية كلجوء الدولة المدعى عليها للإكراه باستخدام القوة أو ما يشبه ذلك¹.

وقضت الهيئة أخيراً بأن يتحمل كل طرف نفقات التحكيم التي تكبدها.

¹ See: Matthew T. Parish, Annalise K. Nelson, and Charles B. Rosenberg, Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration, *op. cit.*, 235.

انظر أيضاً ذات النظر في دعوى أخرى:

Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARBAF/07/2.

الخاتمة

لقد رأينا عبر هذه الدراسة أن مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي بشكل عام قد مر بمراحل عدة من عدم الاعتراف به بالكلية إلى الإقرار به، وتنظيمه تشريعياً، وتواتر أحكام القضاء على الحكم به وتأصيله.

وفي مرحلة لاحقة بدأ التساؤل يثور بشأن مدى إمكان تطبيق هذا المبدأ في حال كان المضرور شخصاً اعتبارياً. وفي البدء لاقى المسألة معارضة عنيفة، إذ كان من العسير تصور إصابة الشخص الاعتباري بأضرار أدبية. ثم شرع بعض الفقه يسوق الحجج للتخفيف من حدة تلك المعارضة، والعمل على تقبل الفكرة في نطاق محدود، فتعددت الاتجاهات الفقهية في تناول المسألة، وأخذ كل اتجاه يعرض الأدلة على صحة رأيه. ومن ثم استمر نطاق الإقرار بفكرة تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي يتسع تدريجياً، ويجد صده في أحكام القضاء.

وفي الوقت الحالي نجد أن الأهمية العملية الهائلة التي اكتسبتها الأشخاص الاعتبارية، ودورها الحيوي والمؤثر الآخذ في التضخم في حياة المجتمعات قد حتمت رعاية مصالح هذه الأشخاص من كافة الجوانب. ومن أبرز هذه الجوانب التسليم بأحقيتها في التعويض عما قد يصيبها من ضرر أدبي متى كان له محل.

لذا قد عمدنا هنا إلى عرض الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة في شأن تعويض الأشخاص الاعتبارية عن الضرر الأدبي. فتناولنا ما وصل إليه القضاء المصري من تطور بشأن هذا المبدأ. كما أشرنا إلى كيفية معالجة الفقه والقضاء الأمريكيين

للمسألة. وكذلك على المستوى الدولي عرضنا إلى تعاطي كل من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مع الدعاوى المعروضة عليها والمتضمنة لمطالبة من قبل أحد الأشخاص الاعتبارية لتعويض عن الضرر الأدبي (بين مطالبات أخرى).

لعل الهدف من هذا العرض الكشف عما توصلت له التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والتحكيم الدولي بشأن المسألة محل البحث حتى يتسنى للمشرع والقضاء المصري الاستهداء بها في حدود ما تتيحه المعطيات المحلية. فعلى الرغم من أن القضاء المصري قد اتخذ خطأً جدياً وفارقة في تعويض الأشخاص الاعتبارية عن الضرر الأدبي، إلا أنه لا يزال يحاول تحديد الأمر في نطاق ضيق.

إن المنافع الاقتصادية والاستثمارية التي قد تنجم عن توفير حماية كاملة لمصالح الأشخاص الاعتبارية تمثل دافعاً قوياً لوضع مسألة تعويض هذه الأشخاص عن الأضرار الأدبية محل اعتبار. فلا شك أنه عندما تدرك الشركات أن مصالحها في دولة ما مؤمنة بحيث أن أي ضرر يوقعه بها الغير سواءً مادياً أو أدبياً سوف تتقاضى عنه التعويض الملائم، فإن ذلك سوف يمثل حافزاً قوياً لها للعمل في هذه الدولة والاستثمار على أراضيها.

قائمة المراجع

• المراجع باللغة العربية:

- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٥.
- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف ١٩٦٠.
- د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٨٠-١٩٨١.
- د. جلال العدوي، د. رمضان أبو السعود، المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- د. حسن حسين البراوي، تعويض الأشخاص الطبيعية والمعنوية عن الضرر المعنوي؛ دراسة تطبيقية لصور الضرر المعنوي الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب- إطلالة على قانون الاستثمار رقم ٢٠١٧/٧٢، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٢٠.
- د. راقية عبد الجبار علي، الضرر الأدبي؛ تأصيله القانوني وكيفية التعويض عنه، بحث منشور في مجلة الجامعة الأسمرية الإنسانية، العدد ١٠، سنة ٢٠٠٨.
- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨.

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، تنقيح المستشار أحمد المراغي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.

- د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية عشرة ٢٠١٦-٢٠١٧.

- د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة ٢٠٢٠

- د. محمد علي الشрман، د. جهاد محمد الجراح، أحكام تعويض الشخص الاعتباري عن الضرر الأدبي؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمّان، ٢٠١٩.

- د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني في حق الملكية، الجزء الأول، طبعة ٣، سنة ١٩٥٤.

- د. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٢.

- د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠١٠.

- د. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام (نظرية الحق)، دار
الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

- د. ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة
العربية، ١٩٩١.

- شهرزاد بوسطلة، الطبيعة القانونية والفقهية لجبر الضرر المعنوي: دراسة في
القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
بسكره، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، العدد ١٩، يونيو ٢٠١٠.

• المراجع باللغة الإنجليزية:

- Conway Blake, Moral Damages in Investment Arbitration: A
Role for Human Rights? J Int. Disp. Settlement (2012) 3(2):
371-407, 1 August 2012.

- INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY
ISSUES, Volume 1, UNITED NATIONS CONFERENCE ON
TRADE AND DEVELOPMENT, New York, and Geneva, 2004.

- J Bell, S Boyron and S Whittaker, Principles of French Law,
2nd edition, Oxford 2008.

- Jean-Sébastien Borghetti, Non-Pecuniary Damages in France, *Chin J Comp Law* (2015) 3(2): 268–288, 1 October 2015.
- Jorge A. Vargas, MORAL DAMAGES UNDER THE CIVIL LAW OF MEXICO. Are These Damages Equivalent to U.S. Punitive Damages? *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 35, No. 2 (Spring, 2004).
- LAURA A. HEYMAN, THE LAW OF REPUTATION AND THE INTEREST OF THE AUDIENCE, 52 *B.C. L. Rev.* 1341, September 2011.
- Louis J. Bloomfield, Defamation of Corporations, 1964, *Cleveland State Law Review*.
- Marius Emberland, PROTECTION AGAINST UNWARRANTED SEARCHES AND SEIZURES OF CORPORATE PREMISES UNDER ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: THE COLAS EST SA V. FRANCE APPROACH, 25 *Mich. J. Int'l L.* 77, Fall 2003.

- Matthew T. Parish, Annalise K. Nelson, and Charles B. Rosenberg, Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration, 29 Berkeley J. Int'l L. 225, 2011.
- Michel Cannarsa, Compensation for Personal Injury in France, Université Jean Moulin–Lyon 3 (France).
- Peter Jones, Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights, 21 HUM. RTS. Q. 80, 89 (1999).
- Shireen Peermohamed, Harbottle & Lewis, Protecting Brands Online: Jurisdictional Comparisons, First edition, 2012, Sweet & Maxwell.
- TURKULER ISIKSEL, THE ETHICS OF CORPORATE MORAL AGENCY: THE GEORGETOWN INSTITUTE FOR THE STUDY OF MARKETS AND ETHICS: APPLICATIONS OF CORPORATE MORAL AGENCY: Corporate Human Rights Claims Under the ECHR, 17 Geo. J.L. & Pub. Pol'y 979, Special Issue, 2019.

– Vanessa Wilcox, *A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss*, Cambridge University Press, 2016.

أبحاث في القانون العام

الوساطة فى المنازعات الإدارية
(دراسة لأحكام نظام الوساطة فى المرافعات الإدارية الفرنسية)

دكتور

محمد عبد العال إبراهيم

مدرس القانون العام

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

مقدمة

ماهية الوساطة كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات

١- لم تحظ الوسائل البديلة لتسوية المنازعات في فقه القانون العام بذات الاهتمام الذى حظيت به في فقه القانون الخاص. فقد أثر فقهاء القانون العام قصر جل حديثهم على المنازعة الإدارية باعتبارها منازعة من طبيعة خاصة، فهى وإن كانت تتفق مع نظيرتها المدنية فى بعض السمات والخصائص الجوهرية، إلا أن هذا التشابه لا ينفى افتراقهما فى موطنين أساسيين. أولهما موضوعى ويعنى تعلق المنازعة الإدارية كأصل عام بالصالح العام، بالدرجة التى يصدق معها القول بأن المنازعة الإدارية وإن كان ما يبديه ظاهر فحواها تعلقها بمصالح ذاتية للأطراف فيها، بحيث يصدر الحكم فيها مُغلباً مصلحة طرف على آخر، إلا أنها تستهدف بالمقام الأول الانتصار للمشروعية، وكذا لا يعدو الحكم الصادر فيها سوى أن يكون إعمالاً لمقتضيات تلك الأخيرة.^١ والآخر شكلى مؤداه تغاير أطراف الخصومة فى المنازعة الإدارية عنها فى نظيرتها العادية. فالمنازعة الإدارية تظهر فيها الإدارة كخصم بكل ما تتمتع به من سلطات وامتيازات استثنائية تميزها عما عداها من الخصوم العاديين.

^١ أ. د. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠١٠، ص. ٣٦.

وفق هذا التصوير، يمكن القول إن التردد في التحول عن الحل القضائي باعتباره الطريق التقليدي والمعتاد للفصل في المنازعات الإدارية والأخذ بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات مرجعه أمران. أولهما طبيعة الحق الذي تستهدف المنازعة الإدارية صونه وحمايته، والمتمثل في الصالح العام ومقتضيات مبدأ المشروعية، وهو ما يجب تغليبها على مصالح الخصوم الفردية. والآخر مرده التجاء الإدارة إلى تسوية نزاعاتها بالوسائل البديلة مع ما يستتبعه هذا من قبول الإدارة النزول عن ما ثبت لها باعتبارها سلطة عامة من امتيازات وسلطات استثنائية ومثلها في الخصومة على قدم المساواة مع الأفراد العاديين، وهو الأمر الذي قد يعيق قيامها بدورها الأساسي المتمثل في رعاية المصالح العامة. لعل هذه الاعتبارات هي ما حدث بالفقه والمشرع في فرنسا إلى الإحجام عن الاعتراف بأحد أهم وأشهر الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وهو التحكيم في مجال المنازعات الإدارية، إلا مؤخرًا¹ فقد نصت المادة ١/٢٠٦٠ من التقنين المدني الفرنسي على حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي يكون طرفها أحد الأشخاص الاعتبارية العامة. غير أن المادة ٢/٢٠٦٠ قد أجازت، على سبيل الاستثناء، تفويض بعض الأشخاص الاعتبارية العامة التي تمارس أنشطة صناعية وتجارية بمرسوم لتقديم نزاعاتها إلى التحكيم. وكذا نص المشرع الفرنسي في المادة ٦-٣١١ من قانون

¹ انظر باللغة الفرنسية

GAUDEMET Y., L'arbitrage de droit public au Maroc. Rev. arb., 2002, p. 885.

العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ فى ٤ مايو ٢٠٠٠، والذي دخل حيز النفاذ فى ١ يناير ٢٠٠١، على جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة بين الأشخاص الاعتبارية العامة والمتعاقدين معها المتعلقة بالتنفيذ المالى للأشغال العامة عقود التوريد للدولة والسلطات المحلية والمؤسسات العامة المحلية وفى الحالات الأخرى حيث يسمح القانون بذلك.^١

الواقع من الأمر أن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات قد ارتبطت نشأتها منذ عقود عديدة بمجالات القانون الخاص لا سيما منازعات العقود الخاصة، بحيث لم يطل هذه الوسائل التنظيم التشريعى فيما يتعلق بمنازعات القانون العام، وظل فقه القانون العام متردداً بين مؤيد لهذه الوسائل ومعارضاً لها، والأنظمة القانونية المتفاوتة بين أنجلوسكسونية ولاتينية سواء فى هذا الأمر. فى الولايات المتحدة الأمريكية وجدت

^١ وكذلك نص قانون العدالة الإدارية على جواز تخويل المؤسسات العامة ذات الطابع العلمى والتكنولوجى اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود البحث مع المنظمات الأجنبية بعد موافقة مجلس الإدارة، وذلك عملاً بنص المادة ٣٢١-٤ من تقنين البحث. كما تم الاعتراف للشركة الوطنية الفرنسية للسكك الحديدية بأهلية اللجوء للتحكيم وإبرام اتفاقات التحكيم المادة ٢١٠٢-٦ من تقنين المواصلات والمادة ٣١١-٦ قانون العدالة الإدارية. وأخيراً، نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٩٧٢ الصادر فى ١٩ أغسطس ١٩٨٦ بشأن الأحكام المتعلقة بالسلطات المحلية على أنه "مع عدم الإخلال بالمادة ٢٠٦٠ من التقنين المدنى، فإن الدولة والسلطات المحلية والمؤسسات العامة مخولة، فى حدود العقود التى تبرمها بالاشتراك مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية، بصياغة بنود التحكيم بهدف تسوية المنازعات الناشئة عن تلك العقود والمنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير هذه العقود، وذلك إذا لزم الأمر وبشكل نهائى."

الوسائل البديلة لتسوية المنازعات طريقها بسبب الاستياء العام من الإجراءات المتبعة في محاكمات منازعات القانون الخاص.^١ أما في فرنسا فقد لعبت طبيعة النظام القضائي المزدوج، بما يفرضه من وجود نظام منفصل للمحاكم الإدارية التي تختص حصراً بالفصل في المنازعات الإدارية،^٢ دوراً كبيراً في تقديم القانون الإداري باعتباره قانوناً على قدر عالٍ من التخصص، يُساهم في إدارته وتطويره القسم القضائي بمجلس الدولة الفرنسي وجملة من المحاكم الإدارية المتخصصة.^٣ وقد تأسس استبعاد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات من مجال القانون العام في فرنسا على أصل تقليدي مفاده أن خضوع الإدارة للاختصاص القضائي لأي جهة عدا القاضى الوطنى من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي تستهدف الإدارة بداءةً تحقيقها.^٤ وعليه، فإن كان العزوف عن طريق التقاضى التقليدى واللجوء إلى

^١ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Carrie Menkel-Meadow, Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the 'Semi-formal' in REGULATING DISPUTE RESOLUTION: ADR AND ACCESS TO JUSTICE AT THE CROSSROADS FELIX STEFFEK, HANNES UNBERATH, HAZEL GENN, REINHARD GREGER, CARRIE MENKEL-MEADOW EDS Oxford, Hart 2013 419, 422.

^٢ انظر باللغة الإنجليزية

HENRY WILLIAM RAWSON WADE, CHRISTOPHER F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 9-13 Oxford University Press, 2004.

^٣ المرجع السابق.

^٤ انظر باللغة الإنجليزية

الوسائل البديلة لتسوية المنازعات هو من عاديات الأمور في منازعات القانون الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك في المنازعات الإدارية. بيد أن ذلك الحال قد أخذ في التبدل تدريجياً، إذ وجدت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات طريقها إلى مجالات القانون العام.^١ فلم تعد مقتضيات صون وحماية المصلحة العامة تمثل في كثير من الأحيان عقبة في طريق تسوية المنازعات الإدارية بوسائل بديلة عن القضاء.

أولاً: ماهية الوساطة في النظام القانوني الأمريكي

٢- يرجع تاريخ بزوغ الوسائل البديلة لتسوية النزاعات في النظام القانوني الأمريكي إلى قانون إردمان لسنة ١٨٩٨ (Erdman Act 1898)، والذي أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات العمالية في قطاع السكة الحديد.^٢ وقد كرس المشرع

JOHN BELL, SOPHIE BOYRON, AND SIMON WHITTAKER, PRINCIPLES OF FRENCH LAW 52–54 Oxford University Press 2nd ed., 2008.

^١ انظر باللغة الإنجليزية

Gatis Litvins, Alternative Methods of Judicial Protection and Dispute Resolution in Administrative Law, 1 EUROPEAN SCIENTIFIC JOURNAL 371 2013.

^٢ تجدر الإشارة إلى أنه بموجب قانون إردمان يختار كل من صاحب العمل والعامل محكم من ثلاثة. وحال عدم تمكنهم من الاتفاق على المحكم الثالث، فيعهد للحكومة سلطة الاختيار. وقد حظر القانون على العامل الإضراب عن العمل أثناء عملية التحكيم، كما حظر على صاحب العمل فصل العامل أثناء عملية التحكيم، إلا لو كان إنهاء الخدمة متعلق بالإهمال في تأدية الواجبات أو مرده عدم الكفاءة.

الأمريكي وجود الوسائل البديلة لتسوية النزاعات في قانون إصلاح العدالة المدنية لسنة ١٩٩٠ (Civil Justice Reform Act 1990)، بإلزام المحاكم الفيدرالية الابتدائية بتحمل مسئولية تخفيض نفقات التقاضى وعلاج التأخير والبطء في الفصل في المنازعات القضائية.^١ وقد سارعت المحاكم الفيدرالية في النهوض بهذا الالتزام معتقدة أن القانون الجديد قد مثل خروجًا على المبدأ المستقر، والذي يفيد ضرورة أن النظر لقواعد المرافعات المدنية على أساس كونها قواعد فيدرالية يتوحد تطبيقها على مستوى الدولة ككل. وعليه، اتسع نطاق التفسيرات المعطاه من قبل المحاكم الفيدرالية لقانون إصلاح العدالة المدنية. فقد فسرت بعض المحاكم على أساس أن المشرع قصد به منحها سلطة تقديرية واسعة لاعتماد قواعد إجرائية تتعارض مع القواعد الفيدرالية المستقرة.^٢ في حين أن جانبًا آخر من المحاكم الفيدرالية قد نظر إلى القانون كونه محاولة لتخفيف العبء الواقع عليها، معتبرة إياه مدعاة للتخلي عن الاختصاص بنظر الدعاوى التي يمكن تسويتها بوسائل بديلة

وقد قضت المحكمة الأمريكية العليا بعدم دستورية البند العاشر من قانون إردمان والذي اعتبر من قبيل الجرائم الفيدرالية اشتراط شركات السكك الحديدية عدم الانضمام إلى أى نقابة كأحد شروط توظيف العمالة.

راجع حكم المحكمة في قضية

Adair v. United States, 208 U.S. 161 1908.

^١ انظر باللغة الإنجليزية

Lauren Robel, Fractured Procedure: The Civil Justice Reform Act of 1990, 46 STAN. L. REV. 1447, 1447 1994.

^٢ المرجع السابق، ص. ١٤٤٨.

عن القضاء التقليدي.^١ الواقع من الأمر أن التضارب الذى شاب تفسير المحاكم الفيدرالية لقانون إصلاح العدالة المدنية، والذى استتبع بالضرورة اختلافها حول فحوى الالتزام الواقع على كاهلها بضرورة تخفيض نفقات التقاضى وإيجاد حلول لمشكلة بطء عملية التقاضى وتأخير الفصل فى المنازعات، كان مرده عدم وضوح رؤية المشرع الأمريكى بشأن المقصود بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات. فقد أجازت القاعدة ١٦/ج (٧) من قانون إصلاح العدالة المدنية إمكانية استخدام إجراءات وآليات غير تلك المتبعة أمام القضاء لتسوية النزاعات، وذلك كجزء من واجب المحاكم فى إدارة العدالة المدنية بشكل أكثر فعالية والإستجابة للمستجدات والمتغيرات فى نظم التقاضى المتغير.^٢ فضلاً عن ذلك، فقد اشتمل التقنين الفيدرالى رقم ٢٨ بشأن نفقات العدالة المدنية وخطط الحد من التأخير فى التقاضى على تخويل المحاكم الفيدرالية سلطة تسوية الدعاوى التى تراها مناسبة بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات، كالوساطة والتسوية الجزئية، والتسوية عن طريق المحاكمة الصورية بهيئة محلفين، وذلك عبر إحالة تلك الدعاوى إلى لجان معينة داخل المحكمة.^٣

^١ المرجع السابق.

^٢ انظر باللغة الإنجليزية

Kim Dayton, The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, 76 IOWA L. REV. 889 1991.

^٣ التقنين الفيدرالى الأمريكى رقم ٢٨ البند أ ٦.

28 U.S. Code § 473.

بيد أن المشرع الفيدرالى الأمريكى أحجم عن تحديد المقصود بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات. ولئن كان وضع وصياغة التعريفات من المهام التى ينبوء المشرع والقضاء عن حملها، بحيث يتصدى لها الفقه، فالقول بأن المشرع قد أغفل تحديد قصده من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات لا يعنى إغفال وضع تعريف منضبط لتلك الوسائل، بل إغفال تحديده للحالات التى يجوز فيها اللجوء لفض المنازعات بتلك الوسائل وسلطة المحاكم والخصوم حيالها. فضلاً عن ذلك، فإن كانت الغاية الأساسية التى استهدف المشرع تحقيقها من قانون إصلاح العدالة المدنية تتمثل فى تقليل نفقات التقاضى والتغلب على بطء وتأخير الفصل فى الدعاوى القضائية، فقد خلا القانون من ثمة موجه تشريعى حول كيفية تحديد ما يُعد من قبيل النفقات العالية فى التقاضى والإجراءات والمدد التى من شأنها المساهمة فى بطء عملية التقاضى وتأخير الفصل فى المنازعات.¹ ويمضى على ذات الحال، قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٠ (Administrative Dispute Resolution Act 1990) حين آثر عدم تحديد ماهية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية والموجهات التشريعية الضابطة لحدود استخدامها، فسار سيرة سابقه المتعلق بإصلاح العدالة المدنية مكتفياً بالنص صراحة على تحويل

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Patrick Johnston, Civil Justice Reform: Juggling Between Politics and Perfection, 62 FORDHAM L. REV. 833, 850, 861-80 1994.

Lauren K. Robel, The Politics of Crisis in the Federal Courts, 7 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 115, 119-22 1991.

الجهات الإدارية سلطة واسعة لاستخدام وسائل بديلة لتسوية المنازعات الإدارية كالوساطة، والتحكيم، والمحاکمات المصغرة، والشراكة، وقواعد التسوية المتفاوض عليها.^١ وقد أوجب القانون على الجهات الإدارية الفيدرالية الالتزام بأحكامه وذلك باتخاذ الإجراءات التنفيذية اللازمة لوضعه موضع التطبيق، وتوفير قدر من الحماية بشأن سرية إجراءات تسوية المنازعات بالطرق البديلة.^٢ كما تطلب القانون

^١ وقد عرف المؤتمر الإدارى للولايات المتحدة الأمريكية بشأن تطوير تسوية الجهات الإدارية للمنازعات وتطبيق قانون تسوية المنازعات الإدارية الوساطة على أساس كونها آلية تتضمن استخدام طرف ثالث محايد مُدرَّب لمساعدة المتنازعين على التفاوض بشأن تسوية مقبولة للطرفين. فى حين أنه وفقاً للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات يتم تعيين طرف ثالث محايد لتحديد المسائل المتنازع عليها بعد الاستماع إلى الأدلة والحجج من الأطراف. وقد يكون قرار المحكم ملزم أو غير ملزم للأطراف، بناءً على اتفاقهم أو بمقتضى نص القانون. أما المحاکمات المصغرة فقد أورد المؤتمر ذكرها على أساس أنها عمليات تسوية منظمة يقدم فيها الأطراف المتعارضة ملخصاً موجزاً لمنازعتهم أمام كبار ممثلي كل طرف مفوض بتسوية المنازعة. وبالنسبة للشراكة فهى عملية، غالباً ما تستخدم فى التعاقد، وهى مصممة لتجنب النزاع. ففى المرحلة الأولى من المشروع التعاقدى، تسعى الأطراف إلى تحديد الأهداف المشتركة وإنشاء خطوط اتصال مفتوحة. وقد تتضمن عملية الشراكة ورش عمل مشتركة وكذلك اجتماعات متابعة ودورات تقييم يديرها ميسر محايد. وتتضمن اتفاقيات الشراكة عادةً التزاماً من جانب الأطراف باستخدام طرق التسويات البديلة فى حالة حدوث التعارض أثناء تنفيذ المشروع. أخيراً، تعد قواعد التسوية المتفاوض عليها بديل للإجراءات التقليدية لصياغة اللوائح المقترحة التى تجمع ممثلى الإدارة ومختلف الجماعات ذات المصلحة للتفاوض على نص القاعدة المقترحة.

انظر باللغة الإنجليزية

ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES, TOWARDS IMPROVED AGENCY DISPUTE RESOLUTION: IMPLEMENTING THE ADR ACT 1995.

^٢ راجع القانون الفيدرالى العام الصادر عن الكونجرس الأمريكى رقم ١٠١-٥٥٢.

أن تقوم كل جهة إدارية فيدرالية بوضع تصور كامل لبرامجها وأوجه نشاطاتها، وتحديد أنواع النزاعات التي قد تنشأ نتيجة تفعيل هذه البرامج وممارسة تلك الأنشطة، والنظر فيما إذا كان من الممكن استخدام أى وسيلة من وسائل تسوية المنازعات المنصوص عليها فى القانون.^١ على الرغم من ذلك، لم يشترط القانون على الجهات الإدارية اتخاذ ثمة إجراء فى أى حالة معينة بشأن اللجوء لتسوية المنازعات بالطرق البديلة، فضلاً عن أن القانون لم يتضمن ثمة موجه تشريعى من شأنه معاونة الجهة الإدارية على تقصى المنازعات التى يمكن تسويتها بالطرق البديلة.^٢ وبالرغم من أن رضاء الأطراف يمثل الشرط الأساسى للالتجاء لوسائل التسوية البديلة على النحو الوارد فى القانون، بيد أن مذكرة مجلس الشيوخ الأمريكى فى تعليقها وتوضيحها لفحوى مواد قانون تسوية المنازعات الإدارية ذكرت أن الكونجرس الأمريكى قد انصرفت نيته، فى صياغته للقانون المذكور، إلى حث الجهات الإدارية على الوصول إلى طرق وآليات من شأنها ضمان توظيف الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية على النحو الوارد فى القانون.^٣

Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2736.

^١ راجع القانون الفيدرالى العام الصادر عن الكونجرس الأمريكى رقم ١٠١-٥٥٢.

Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2736.

^٢ راجع القانون الفيدرالى العام الصادر عن الكونجرس الأمريكى رقم ١٠١-٥٥٢.

Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2736.

^٣ راجع مذكرة مجلس الشيوخ الأمريكى

S. Rep. No. 101-543, at 2 1990.

وبخلاف التجهيل الذى شاب مفهوم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات فى قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٠، على النحو السابق ذكره، فلم يخل القانون من عدة مثالب أخرى، لعل أهمها ما اشتمل عليه القانون من نصين رئيسيين. أولهما هو ما اصطلح على تسميته "بنص التحلل"، والذى أجاز للجهات الإدارية، دون الأطراف الخاصة، فترة زمنية معينة تقدر بثلاثين يوماً يجوز خلالها إلغاء قرارات التحكيم والتحلل من الالتزامات المفروضة بموجبها.^١ وعليه شكل هذا النص عبئاً غير مبرر على كاهل الأفراد المتعاقدين من الإدارة والخاضعين للتحكيم كآلية

^١ نص البند ٥٩٠ من القانون العام رقم ١٠١-٥٥٢ فى فقرته ج على أنه "يحق لرئيس أى جهة إدارية تكون طرفاً فى دعوى تحكيم، تجري بموجب هذا الباب الفرعى من قانون تسوية النزاعات الإدارية، إنهاء إجراءات التحكيم أو التحلل من أى قرار صادر بموجب الإجراء قبل أن يصبح القرار نهائياً، وذلك بتقديم إخطار كتابى بهذا المعنى إلى جميع الأطراف الأخرى. وفي هذه الحالة يكون الحكم لاغياً وباطلاً. ويجب تقديم الإخطار إلى جميع الأطراف الخاضعين لإجراءات التحكيم ... لا يجوز للموظف أو الوكيل المكلف بأداء وظائف التحقيق أو الملاحقة فى جهة إدارية ما، فى هذه الحالة أو فى الوقائع المتعلقة بها، تقديم المشورة فى قرار بموجب هذا الباب الفرعى لإنهاء إجراءات التحكيم أو التحلل من قرار تحكيم، باستثناء كشاهد أو محام فى الإجراءات العادية."

Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2743, § 590.

راجع باللغة الإنجليزية

Charles Pou, Jr., Federal ADR and Negotiated Rule making Acts Receive Permanent Reauthorization, 22 ADMIN. & REG. L. NEWS 4 1997.

Robin J. Evans, The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving the Use of Alternative Dispute Resolution Processes, 50 ADMIN. L. REV. 217, 227 1998.

لتسوية المنازعات، حيث اعتبر المسوغ لقرار أحادى الجانب يصدر عن الإدارة بغية التحلل من قرارات التحكيم الصادرة ضدها.^١ ثانيهما تمثل فى أنه بالرغم من أن القانون قد اشترط سرية المحادثات والمراسلات وجميع أوجه التواصل التى أجريت أثناء سير إجراءات التسوية، إلا أنه لم يستثن إمكانية الكشف عنها بموجب قانون حرية تداول المعلومات.^٢ وبناء على ذلك، أضحت سرية الوثائق الحساسة لطبيعتها وفحواها على المحك وعرضة للكشف عنها، خاصة ما كان منها بحوزة موظفى الحكومة الفيدرالية الذين يباشرون مهام وظيفتهم بشكل حياىى تحت مظلة قانون حرية تداول المعلومات. وهو الأمر الذى من شأنه تعريض عملية التسوية للفشل، خاصة إذا ما مثلت سرية الوثائق المقدمة فى النزاع شرطاً من شروط التسوية أو عنصراً مثيراً فيها. وعليه، حاول المشرع الفيدرالى الأمريكى تلافى العيوب التى شابته قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٠ وذلك بمقتضى التعديلات التى أدخلها عليه وصدرت بموجب قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٦ (Administrative Dispute Resolutions Act 1996). وقد التزم المشرع فى هذا القانون ذات النهج الذى التزمه فى قانون إصلاح العدالة المدنية وقانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٠ مفضلاً عدم تحديد ماهية الوسائل

^١ انظر باللغة الإنجليزية

Robin J. Evans, The Administrative Dispute Resolution Act of 1996

المرجع السابق.

^٢ راجع البند رقم ٥٨٤ من القانون العام رقم ١٠١-٥٥٢ بعنوان السرية.

Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2743, § 584.

البديلة لتسوية المنازعات الإدارية والموجهات التشريعية الضابطة لحدود استخدامها، مكتفياً بالنص على أن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية تتمثل في "أى إجراء يتم استخدامه لحل المسائل المتنازع عليها، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، التوفيق والتسهيل والوساطة وتقصى الحقائق والتسوية الجزئية والتسوية عن طريق المحاكمة الصورية والتحكيم واستخدام أمين المظالم، أو أية إجراءات تعتبر مزيجاً من الآليات السابقة."^١ وعليه تضحى هذه الوسائل هي المعتمدة بديلاً عن الإجراءات القضائية التقليدية المتعارف عليها في المنازعات الإدارية والتي أصبحت باهظة التكلفة وأكثر إهداراً للوقت. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن تعديلات ١٩٩٦ قد ألغت "نص التحلل" من القانون السابق،^٢ بحيث أنه لم يعد للجهات الإدارية الحق في اتخاذ قرار أحادي بإلغاء قرارات التحكيم.^٣ فكلما كان اللجوء للتحكيم مناسباً، تضحى الإدارة قادرة على تسوية منازعاتها بمقتضاه، وتلتزم بالقرار الصادر عن المحكمين.^٤ وقد حظرت تعديلات ١٩٩٦ الكشف عن الوثائق والإتصالات المتبادلة أثناء عملية التسوية مراعاة لسريتها. وكذا نصت التعديلات

^١ التقنين الفيدرالى الأمريكى رقم ٥ البند ٥٧١.٣.

ADRA, 5 U.S.C. 571.

^٢ راجع القانون العام رقم ١٠٤-٣٢٠، البندين ٨ و ١١٠.

Pub. L. No. 104-320, § 8, 110, Stat. 3870, 3872.

ADRA, 5 U.S.C.

^٣ راجع القانون السابق.

^٤ راجع القانون السابق

ADRA, 5 U.S.C. 571-583.

على بعض التدابير المنقحة التي من شأنها الحفاظ على سرية الاتصالات والوثائق المستعملة في تسوية النزاعات،^١ خاصة تلك التي تنشأ بطريقة حيادية وعن طريق شخص محايد، مثل المذكرات الافتتاحية ومذكرات التقييم وأعمال الخبرة ومقترحات التسوية.^٢

ثانياً: ماهية الوساطة في النظام القانوني الفرنسي

٣- في فرنسا، استندت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بصفة عامة على إرث كبير مرده التشريعات الوطنية والإقليمية المتعلقة بتوجيهات الاتحاد الأوروبي، وكذلك كتابات الفقهاء التي انحازت إلى تلك الوسائل كبديل عن سبيل التقاضي المعتاد.^٣ بالإضافة إلى ذلك، فقد وجدت الوساطة طريقها كوسيلة لتسوية المنازعات في بعض الممارسات القديمة نسبياً.^٤ وفيما يتعلق بالمنازعات الإدارية، فكما سبق

^١ راجع القانون العام رقم ١٠٤-٣٢٠، البند ٣ ج.

Pub. L. No. 104-320, § 3d codified as amended at 5 U.S.C. § 574j.

راجع كذلك باللغة الإنجليزية

ACUS Adopts Recommendations for Mediation of ADA Cases, 6 WORLD. ARB. & MEDIATION REP. 168 1999.

^٢ راجع القانون العام رقم ١٠٤-٣٢٠، البند ٣ ج.

Pub. L. No. 104-320, § 3d codified as amended at 5 U.S.C. § 574.

^٣ انظر باللغة الإنجليزية

E. Gaillard and J. Edelstein, Mediation in France, 55 DISP. RES. J. 1 2000.

^٤ المرجع السابق.

الذكر، لم تحظ الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بترحيب كبير في مجالات المنازعات الإدارية نظرًا لطبيعة النظام القضاء المزدوج الذي استتبع وجود قضاء إداري مستقل يختص حصراً بالمنازعات الإدارية، فضلاً عن التخوف من تخلى الإدارة عن امتيازاتها كسلطة عامة إذا ما قدرت الانصراف عن القضاء الإداري واللجوء إلى تسوية منازعاتها بالوسائل البديلة. ومع ذلك فقد أجازت المادة ٢/٢٠٦٠ من التقنين المدني الفرنسي، على سبيل الاستثناء، تفويض بعض الأشخاص الاعتبارية العامة التي تمارس أنشطة صناعية وتجارية بمرسوم للجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعاتها، وذلك قبل أن يخول قانون العدالة الإدارية للأشخاص الاعتبارية العامة والمتعاقدين معها اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالتنفيذ المالى للأشغال العامة عقود التوريد للدولة والسلطات المحلية والمؤسسات العامة المحلية.^١ وعلى النقيض من التحكيم، لم تصادف الوساطة، كوسيلة من

^١ المادة ٣١١-٦ من قانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ في ٤ مايو ٢٠٠٠، والذي دخل حيز النفاذ في ١ يناير ٢٠٠١.

تجدر الإشارة إلى أن التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات في فرنسا قد شهد تطورًا ملحوظًا بصدور المرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، والذي أدخل جملة من التعديلات على قانون التحكيم الفرنسي الصادر في ١٩٨٠ وفقًا لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي. فبمقتضى المرسوم الجديد تم تقنين العديد من المناشدات والآراء الفقهية في مسائل التحكيم، الأخذ في الاعتبار أفضل الممارسات الدولية في مجال التحكيم. ومن ضمن الأحكام الهامة التي أتت بها نصوص المرسوم الجديد صلاحيات المحكم في الأمر باتخاذ تدابير وقتية مؤقتة، وعدم اشتراط شكل معين لما يشكل اتفاقًا ملزمًا للتحكيم، وإنشاء قاضى فنى للدعم فيما يتعلق بإجراءات التحكيم Juge d'appui، وخفض المدة الزمنية المتاحة للطعن في قرار التحكيم، والتأكيد على فلسفة المشرع في زيادة اليقين لدى الأشخاص والجهات في إنفاذ القرارات.

الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، ذات الرواج، إذ لم يبرح تطبيقها مقام الممارسات غير المنظمة. ولعل هذا الأمر مرده نفس الأسباب التي مثلت الدافع وراء التردد فى إعتقاد التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات سواء العادية أو الإدارية. وقد غالى البعض، فيما ساقه من أسباب لتبرير عدم رواج الوسائل البديلة لتسوية المنازعات لا سيما الوساطة، بالقول إنه فى ظل أنظمة القانون اللاتينى، يُنظر إلى المحاكم باعتبارها ساحات للجدال وتقارع الحجج والأسانيد القانونية أكثر من كونها ملاذًا لتسوية النزاعات عن طريق تبارى الأطراف لنصرة الحق وإقرار العدل.^١ فى حين أرجع البعض الآخر التردد فى الأخذ بنظام الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات إلى اللبس والغموض الذى شاب مصطلح الوساطة فيما يتعلق بحقيقة استخدامه والهدف المنشود منه.^٢ على سبيل المثال، دائماً ما تشير إدارة مرفق خدمة القطارات الوطنية الفرنسى SNCF، إلى بعض الموظفين الذين يتمثل دورهم فى مساعدة الركاب وتوجيههم إلى طرق وخطوط السير المعتمدة وتنظيم مواقف سيارات الأجرة خارج محطات السكك الحديدية كوسطاء.^٣ بالرغم من هذه المعوقات، إلا أن التأثير

^١ راجع باللغة الإنجليزية

Alain Lempereur, Negotiation and mediation in France: the challenge of skill-based learning and interdisciplinary research in legal education, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 151 1998.

^٢ انظر باللغة الإنجليزية

Adena Altman, Alternative Dispute Resolution in France, Business Conflict Blog 10 2012.

^٣ المرجع السابق.

المتبادل بين النظامين الإنجليزي والفرنسي، لا سيما فيما يتعلق باستحداث وظيفة أمين المظالم البرلماني (Parliamentary Ombudsman) في إنجلترا، قد ساهم في التعريف بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات في فرنسا وخاصة نظام الوساطة.^١ فقد تمحورت وظيفة أمين المظالم البرلماني في إنجلترا حول التحقيق في شكاوى المواطنين بشأن سوء الإدارة في إدارات الحكومة المركزية.^٢ فضلاً عن ذلك، فقد تعهدت الحكومة البريطانية باللجوء إلى تسوية المنازعات، بشكل أساسي، عن طريق الوساطة إذا ما تم الطعن في قرارات الدوائر الحكومية من قبل المواطنين أولاً.^٣ وتحت تأثير النظام الإنجليزي، أنشئ نظام أمين المظالم في فرنسا أو كما اصطلح عليه وسيط الجمهورية (Le Médiateur de la République) عام

^١ انظر باللغة الإنجليزية

Sophie Boyron, *Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms*, 13 EUR. PUB. L. 263, 268 2007.

^٢ المرجع السابق.

^٣ ورد في تعهد الحكومة البريطانية أمام إدارة الشؤون الدستورية أن جميع الإدارات الحكومية تلتزم أن تأخذ في الإعتبار الوسائل البديلة لتسوية المنازعات كلما كانت الظروف مناسبة وفقاً لطبيعة المنازعة وحيثما يقبلها الطرف الآخر؛^٢ تقدم البنود المناسبة في عقود الشراء الخاصة بها بشأن استخدام الوسائل البديلة لتسوية منازعاتها. على أن يتم تصميم طريقة دقيقة لتسوية تفاصيل الحالات الفردية؛^٣ تصدر توجيهات بعد موافقة الحكومة المركزية فيما يتعلق بالوسائل البديلة المتاحة لتسوية المنازعات بشأن المشتريات الحكومية، وكيف يمكن نشرها على أفضل وجه في ظروف مختلفة؛^٤ تعمل على إبداء المرونة اللازمة فيما يتعلق بإمكانية التوصل إلى اتفاق بشأن التعويض المالي، بما في ذلك إمكانية الاحتكام إلى تقييم مستقل لرقم تسوية محتمل.

١٩٧٣. وعلى الرغم من مواطن الاتفاق العديدة بين نظام أمين المظالم البرلماني في بريطانيا ووسيط الجمهورية في فرنسا فيما يتعلق بالتنظيم والاختصاصات، إلا أن ذلك لم ينف افراقهما في عدة مواضع أخرى، افتراقاً كان مرده العدد المتزايد للمنازعات الإدارية في فرنسا.^٢ ولعل مواطن الافتراق كانت قد تمثلت في أمرين أساسيين: أولهما الحرص على إنشاء مكاتب إقليمية في المدن والمقاطعات الرئيسية بغية التيسير على المواطنين وتسهيل وصولهم إلى ديوان الوسيط.^٣ والآخر اللجوء بشكل متزايد إلى الوساطة كبديل لتوسية منازعات القانون الإداري بدلاً من السبيل القضائي المعتاد.^٤ وتجدر الإشارة إلى أن وسيط الجمهورية قد عهد له بممارسة

^١ انظر باللغة الفرنسية

DELEVOYE M. J-P, Le rôle du Médiateur de la République et son regard sur la Société française, PETIT-DÉJEUNER DÉBAT France-Amériques 31 mars 2010, p. 4.

انظر كذلك أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية في فرنسا: دراسة مقارنة مع لجان التوفيق المنشأة بالقانون ٧ لسنة ٢٠٠٠ في مصر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد رقم ٢٢، المجلد رقم ١١، ٢٠٠٢، ص. ١٣.

^٢ انظر باللغة الإنجليزية

Boyron, Mediation in Administrative Law

المرجع السابق، ص. ٢٦٩.

^٣ المرجع السابق، ص. ٢٦٩-٢٧٠.

^٤ المرجع السابق، ص. ٢٧٠.

ففي عام ١٩٩٨، تم إنشاء شبكة من الوسطاء في إدارة التعليم الحكومية برئاسة وسيط التعليم الوطني *Mediateur de l'Education Nationale*، حيث اقتص بالتعامل مع شكاوى

وظائف مختلفة، تضمنت تقديم مقترحات للإصلاحات الإدارية، واختصاصات معينة في مجال حقوق الإنسان.^١ غير أن الوساطة قد ظلت أحد أهم نشاطات وسيط الجمهورية، وذلك بهدف تحسين وتوطيد العلاقة بين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية الخاصة من جهة والإدارة ممثلة في الأشخاص الاعتبارية العامة من جهة أخرى.^٢ وبالرغم من تلك المحاولات، إلا أن التقرير الصادر من

المستخدمين والعاملين بمرفق التعليم العام على السواء. علاوة على ذلك، في عام ٢٠٠٢ تم إنشاء لجان توفيق خاصة بالمنازعات المتعلقة بالحوادث الطبية عام. وقد لاقت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية قبولاً، حيث اتسعت لتشمل المنازعات الخاصة بالمرافق العامة الأخرى، لا سيما مرفق كهرباء فرنسا Electricité de France.

انظر باللغة الفرنسية

MARTIN D., LE DISPOSITIF D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MRDICAUX MIS EN OEUVRE PAR LA LOI DU 4 MARS 2002, JCP Administrations et collectivités territoriales 2005 no. 1290.

^١ انظر باللغة الفرنسية

Médiateur de la République, Rapport annuel 2009 interactive.

انظر كذلك، أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية في فرنسا، المرجع السابق، ص. ٢١.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage. Conférence multilatérale, Lisbonne Portugal, 31 mai – 2 juin 1999. Allemagne: Editions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 127.

مجلس الدولة الفرنسي، والذي تم تبنيه بمقتضى التعميم الذى أصدره رئيس الوزراء
الفرنسى فى ٩ فبراير ١٩٩٥ بشأن إعادة النظر ومعالجة النظام المتعلق بالشكاوى
الموجهة ضد الإدارة كان بمثابة الحجر الذى حرك المياه الراكدة. فقد كشف تقرير
المجلس عن حقيقة أن الإدارة لا تعير الشكاوى الموجهة ضدها الاهتمام
المطلوب.^١ كما شدد التعميم الوزارى على أهمية فحص الشكاوى المقدمة فى
المرحلة التى تسبق تداولها أمام المحاكم، مشيرًا إلى أن هذه الشكاوى يمكن اعتبارها
سببًا للنظر بعناية فى الاعتبارات والظروف التى أثرت فى اعتماد التدبير المتخذ
من قبل الإدارة.^٢ وقد نظر الفقه الفرنسى إلى التقرير الصادر عن مجلس الدولة

لمزيد من المعلومات حول نظام وسيط الجمهورية فى فرنسا، يُراجع فى ذلك أ. د. محمد جمال
عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا، المرجع السابق، ص. ١١-١٦٦.

وباللغة الإنجليزية

Salvija Kavalnè and Ieva Saudargaitè, Mediation in Disputes between
Public Authorities and Private Parties: Comparative Aspects, 18
JURISPRUDENCE J. 251, 255 2011.

^١ انظر باللغة الفرنسية

Circulaire du 9 février 1995 du Premier ministre relative au traitement
des réclamations adressées à l'administration. JORF n°39 du 15 février
1995 page 2522.

وباللغة الإنجليزية

Kavalnè and Saudargaitè, Mediation in Disputes between Public
Authorities and Private Parties.

المرجع السابق، ص. ٢٥٤.

^٢ المرجع السابق، ص. ٢٥٤.

وكذا التعميم الوزاري على أساس أنهما بمثابة دعوة إلى الجنوح نحو استخدام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.¹

وفي أبريل ٢٠٠٤، تم توقيع ميثاق وسطاء المرافق العامة من قبل وسطاء الإدارة والمؤسسات العامة والخاصة المسئولة عن الخدمات المقدمة للجمهور. وقد استهدف الميثاق العمل كإطار مرجعي لعمل الوسطاء وفقاً لقواعد معينة تحكم كيفية ممارستهم لأنشطتهم تمت صياغتها من قبل نادي وسطاء الخدمة العامة (Le

¹ انظر باللغة الإنجليزية

J. BELL, S. BOYRON, S. WHITTAKER, PRINCIPLES OF FRENCH LAW 52-54, 2nd ed. Oxford University Press 2008.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية، متأثراً بالتقرير الصادر عن مجلس الدولة والتعميم الوزاري الصادر في ٩ فبراير ١٩٩٥، قد تم تعديله بمقتضى المرسوم رقم ٦٥٢-٩٦ الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٦ والمتعلق بالتوفيق والوساطة القضائية، حيث تم تنظيم الوساطة تشريعياً بمقتضى المواد من ١-١٣١ إلى ١٥-١٣١. وقد نص القانون على أنه يجوز للقاضي الذي ينظر في النزاع، بعد الحصول على موافقة الأطراف، تعيين شخص ثالث لسماع الأطراف ومقارنة وجهات نظرهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع بينهم المادة ١-١٣١. وكذلك شدد القانون على ضرورة ضمان استقلالية الوسيط ونزاهته وحيدته المادة ١٣١-٥.

انظر باللغة الفرنسية

CADIET L., Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits, in DELMAS-MARTY M., MUIR-WATT H. ET RUIZFABRI H., VARIATIONS AUTOUR D'UN DROIT COMMUN – PREMIÈRES RENCONTRES DE L'UMR DE DROIT COMPARÉ DE PARIS, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89-109.

(Club des Médiateurs du Service Public).¹ علاوة على ذلك، فقد صدر عن وزارة العدل والحرية الفرنسية المرسوم رقم ١٥٤٠-٢٠١١ في نوفمبر ٢٠١١، والذي بموجبه تم صياغة معايير واجبة الاتباع فيما يتعلق بإجراءات الخضوع لنظام الوساطة. وقد كان الدافع الأساسي لإصدار هذا المرسوم هو الخطاب الذي تلقتة الحكومة الفرنسية من الاتحاد الأوروبي والذي يفيد فشل فرنسا في تبني التوجيه رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن البرلمان الأوروبي في ٢١ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالتشجيع على الاحتكام للوساطة لتسهيل عملية تسوية المنازعات ذات الطبيعة الدولية وإيجاد نوع من التوافق بين أعضاء الاتحاد الأوروبي حول كيفية تطبيق اتفاقات الوساطة. بناء على ذلك، أصدرت الوزارة المرسوم رقم ١٥٤٠-٢٠١١ في محاولة لتوفيق الأوضاع في ظل توجيه البرلمان الأوروبي وكذلك بهدف تطوير الوسائل البديلة لتسوية المنازعات والتوعية بأهميتها. ويحسب الباحث أن من أهم ما اشتمل عليه المرسوم الوزاري هو تعريف الوساطة، حيث عرفها بأنها تلك العملية التي بمقتضاها

¹ وقد عرف الميثاق الوساطة أنها عملية منظمة من خلالها يحاول الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون طوعاً، بمساعدة الوسيط، التوصل إلى اتفاق ودي لتسوية نزاعاتهم. في حين أن الوسيط، وفقاً للميثاق، هو طرف ثالث مختص ومستقل، ليس طرفاً في النزاع. يستند في أخلاقياته المهنية إلى القيم الواردة في هذا الميثاق. يختص بتسوية المنازعات الموكلة إليه عن طريق الوساطة. ويقوم بتحديث وتحسين معرفته النظرية والعملية بنظام الوساطة من خلال التدريب المستمر. وقد نص الميثاق على ثلاث قيم لا بد أن يتحلى بها الوسيط تمثلت في الإستقلالية والحياد والنزاهة.

انظر ميثاق وسطاء المرافق العامة على الموقع الإلكتروني

<https://clubdesmediateurs.fr/qui-sommes-nous/la-charte/>

يحاول طرفان أو أكثر في النزاع حل مشاكلهم بطريقة ودية بمساعدة طرف ثالث.^١ وقد شدد المرسوم على أهمية جودة عملية الوساطة المقدمة وذلك حين اشترط أن يكون الوسيط شخصاً مختصاً محايداً ونزيهاً. وكذا نصه على ضرورة أن تكون إجراءات الوساطة سرية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.^٢ ومن الجدير بالذكر أن المرسوم قد جاء موافقاً لما ورد في قانون الإجراءات المدنية من حيث اشتراط ضرورة رضاء أطراف النزاع قبل تفعيل القاضى لسلطته فى إخضاعهم للوساطة.^٣

وقد كرسّ المشرع الفرنسى وجود نظام الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية. فقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٥٤٧-٢٠١٦ الصادر فى ١٨ نوفمبر ٢٠١٦ بشأن تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين، تحت عنوان "تفضيل الوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، على تضمين قانون العدالة الإدارية، الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر فى ٤ مايو ٢٠٠٠ والذى دخل حيز النفاذ فى ١ يناير ٢٠٠١، المواد من ٢١٣-١ إلى ٢١٣-١٠ والتي أضافت للباب الأول من القانون فصلاً ثالثاً بعنوان "الوساطة". وقد عرّف المشرع

^١ راجع المرسوم رقم ١٥٤٠-٢٠١١، المنشور فى الجريدة الرسمية رقم ٢٦٦ بتاريخ ١٧ نوفمبر ٢٠١١، ص. ١٩٢٨٣.

L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, Official Journal no. 0266 of 17 November 2011, p. 19283.

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

فى المادة ٢١٣-١ من قانون العدالة الإدارية الوساطة بأنها تعنى أى عملية منظمة، تحت أى مسمى، يحاول بها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق بهدف التسوية الودية لمنازعاتهم، وذلك عن طريق طرف ثالث يُسمى الوسيط يتم اختياره من قبلهم أو تعيينه المحكمة باتفاقهم. وقد اشترط المشرع ضرورة أن يتحلّى الوسيط بالحياد والكفاءة.^١ وتخضع عملية الوساطة لمبدأ سرية الإجراءات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.^٢ فلا يجوز الكشف عن النتائج والحقائق التى توصل إليها الوسيط ولا عن البيانات والمعلّزمات التى تم جمعها خلال عملية الوساطة لأى طرف ثالث أو الاحتجاج بها فى أية إجراءات قضائية أو تحكيمية دون موافقة الأطراف.^٣ وينقطع سريان مدد التقاضى وتقف جميع المواعيد أمام القضاء من الوقت الذى يتفق فيه أطراف النزاع على إحالة الأخير للتسوية عن طريق الوساطة حال ما إذا تم اشتراط ذلك كتابةً، أو اعتبارًا من تاريخ أول جلسة للوساطة فى حالة عدم الاشتراط.^٤ وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسى كان قد وقع اتفاقًا مع المجلس الوطنى للنقابات المحامين فى ١٣ ديسمبر ٢٠١٧ بهدف تشجيع استخدام الوساطة فى أوساط المحامين والقضاة والجهات العامة. وقد تضمن الاتفاق بعضًا

^١ انظر المادة ٢١٣-٢ من قانون العدالة الإدارية الفرنسى الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر فى ٤ مايو ٢٠٠٠.

^٢ انظر نص المادة السابقة.

^٣ انظر نص المادة السابقة.

^٤ المادة ٢١٣-٦ من قانون العدالة الإدارية الفرنسى الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر فى ٤ مايو ٢٠٠٠.

من الآليات بغية الوصول إلى إجراءات ميسرة للوساطة فى المسائل الإدارية بمبادرة من أطراف المنازعة الإدارية أو من المحكمة. أخيراً بقى أن نذكر أن قانون العدالة الإدارية قد نص فى مادته ١١٤-١) (الفصل الرابع بعنوان الوساطة من الباب الأول من الكتاب الأول) على أنه يجوز لمجلس الدولة الفرنسى، حال نظره لدعوى قضائية يختص بها اختصاصاً أصلياً ونهائياً، أن يأمر بإحالة المنازعة إلى الوساطة بعد موافقة الأطراف.

ثالثاً: ماهية الوساطة فى النظام القانونى المصرى

٤- أما بالنسبة للوسائل البديلة لتسوية المنازعات فى القانون المصرى فلم يكن للمسألة وجهٌ من التمييز عن ما سبق ذكره بشأن القانون الفرنسى. فعدم التمييز يعكس ما قد يتبدى من تشابه مرده تردد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين أصل مفاده عدم جواز اللجوء إليها فى المنازعات الإدارية، واستثناء مرده جواز تسوية المنازعات الإدارية بها فى حالات محددة وبشروط معينة. ولعل التردد فى الأخذ بالوسائل البديلة لحل المنازعات فى مجال منازعات القانون العام فى مصر مرجعه ذات الأسباب التى ساقها فقه القانون الإدارى فى فرنسا على النحو السابق الإشارة إليه. فالخشية من عدول الإدارة عن اللجوء للقضاء الوطنى والاستعاضة عنه بالوسائل البديلة لتسوية منازعاتها مع ما يستتبعه ذلك من تجريد الإدارة من امتيازاتها وسلطاتها الاستثنائية باعتبارها تمثل السلطة العامة فى النزاع كان الدافع وراء التردد فى الأخذ بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات فى مجال القانون العام. علاوة على ذلك، فطبيعة القضاء المزدوج فى مصر وكون أن هناك قضاءً إدارياً

مستقلاً قائماً على شأن المنازعات الإدارية على غرار الوضع في فرنسا قد مثل عقبة في طريق الأخذ بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية. وقد صاغت طبيعة المصالح المتعلقة بالمنازعة الإدارية سبيلاً للإحجام عن الأخذ بالوسائل البديلة لتسويتها بدلاً من الطريق القضائي المعتاد،^١ وذلك على سند من أن المنازعة الإدارية تتعلق بالنظام العام وتستهدف تحقيق المصلحة العامة،^٢ وبالتالي لا يجوز تسويتها بغير الطريق القضائي المعتاد. ولا يخلو هذا القول من وجهة مردها أن فكرة النظام العام تهيمن على قواعد القانون الإداري التي تعتبر من قبيل القواعد الآمرة التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها.^٣ بالإضافة إلى ذلك، يمكن القول إن التفاوت في المركز القانوني لأطراف المنازعة الإدارية قد أدى لصعوبة تسويتها بغير الطريق القضائي المعتاد، نظراً إلى أن المركز القانوني للإدارة يتباين عن المركز القانوني للأفراد بحيث لا تكون على قدم المساواه معهم حتى أمام القضاء حال ثارت منازعة بينهم. ولعل تلك الحجج التي صاغها المعارضون لتسوية المنازعات الإدارية بغير الطريق القضائي المعتاد لم تقنع البعض خاصة في ظل صراحة قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حين نص

^١ انظر باللغة الفرنسية

CAEN A. L., les mode alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, Vol. 49, N 02, Avril- Juin 1997, p. 421.

^٢ المرجع السابق، ص. ٤٢١.

^٣ المرجع السابق، ص. ٤٢١.

فى المادة ٥٠١ على جواز "الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين"، وذلك دون تحديد لنوع هذا العقد، وهو ما يستشف منه إمكانية اللجوء إلى التحكيم كاحدى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، نظرًا لكون النص عامًا لم يرد ما يخصه.^١ أما على الصعيد القضائى، فقد نحى مجلس الدولة المصرى منحى مغايرًا لما أورده المشرع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية حين ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم جواز التحكيم فيما يخص منازعات العقود الإدارية من دون وجود نص صريح يجيز التحكيم فى هذه العقود.^٢ بيد أن الجمعية العامة لقسمى الفتوى والتشريع قد عدلت عن موقفها السابق فى إحدى الفتاوى الصادرة عنها فى ١٧

^١ تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية كانت قد تبنت هذا الرأى حين قضت "أن التحكيم هو طريق استثنائى لفض الخصومة، وهو مقصور على ما تتصرف إليه إرادة المحكمتين فى عرضه على هيئة التحكيم يستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة خاصة أو يشمل جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين، ولا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تتصرف إرادة الطرفين إلى فض عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو يفض مع الفصل بينهما خلاف، وكان خروج المحكمتين عن نطاق مشاركة التحكيم أو امتداد نطاق التحكيم إلى غير ما اتفق عليه الطرفين أو الحكم فى نزاع معين دون قيام مشاركة تحكيم جديدة هو من الأسباب القانونية التى يخالفها واقع وكان الطاعن لم يتمسك بها أمام محكمة الاستئناف، ومن ثم لا يجوز له إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض". محكمة النقض، الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق. - جلسة ١٤ فبراير ١٩٨٨.

^٢ راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ملف رقم ١٦٣/٠٦/٨٦، جلسة ١٥ يناير ١٩٧٠، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص ٧٥٢.

مايو ١٩٨٩، وذلك حين أفتت بجواز اللجوء لتسوية النزاع الناشئ بموجب العقد المبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط.^١ وقد بررت الجمعية فتواها بأن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة المصرى فى فقرتها الثالثة - حين ألزمت أشخاص القانون العام بضرورة استفتاء الإدارة المختصة قبل اللجوء إلى التحكيم أو الصلح فى المواد التى تزيد عن خمسة آلاف جنيه - تقطع بجواز اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات فى مجال العقود الإدارية.^٢ فضلاً عن ذلك، فالتحكيم، وفقاً للجمعية العامة لقسمى الفتوى والتشريع، يقوم على ركنين، الأول يتمثل فى إرادة الأطراف، والثانى يتمثل فى إرادة المشرع. فطالما أن أطراف النزاع قد انصرفت إرادتهم إلى تسوية نزاعهم بالتحكيم وطالما أن المشرع لم يحظر اللجوء إلى التحكيم، فيضحى هذا الأخير جائزاً فى منازعات العقود الإدارية.^٣

^١ راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ملف رقم ١/٥٤/٢٦٥، جلسة ١٧ مايو ١٩٨٩.

^٢ راجع الفتوى السابق.

^٣ راجع الفتوى السابقة.

راجع كذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، التى أجازت بمقتضاها اللجوء إلى التحكيم بشرط إعمال القواعد الموضوعية المتعلقة الخاصة بالعقود الإدارية أثناء نظر المنازعة أمام هيئة التحكيم. فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ملف رقم ١/٥٤/٣٠٧، جلسة ٧ فبراير ١٩٩٣.

وبالنسبة للمحكمة الإدارية العليا فلم تكن أفضل حالاً من الجمعية العامة لقسمى الفتوى والتشريع فقد تردد قضاؤها بين إجازة اللجوء إلى التحكيم تارة وحظره تارة أخرى. فعلى سبيل المثال، كانت المحكمة الإدارية العليا قد قضت بعدم جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية استناداً إلى أن اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية إنما هو اختصاص تم منحه بمقتضى قانون موضوعى (نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢)، وكذا بنصوص الدستور المصرى حين نصت على أن مجلس الدولة هو هيئة قضائية مستقلة تختص بالفصل فى المنازعات الإدارية.^١ وعليه يضحى اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية من النظام العام لا يجوز الإتفاق على خلافه.^٢ على الجانب الآخر، أيدت المحكمة الإدارية العليا جواز اللجوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية، وذلك حين قضت أن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق اللجوء إلى القضاء بشرط أن تتطابق إرادة الخصوم فى شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم. ويقتصر هذا الأخير على ما اتفق بصدده

^١ انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق. جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠. مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة والثلاثون، العدد الأول ١٩٩٤، ص ١١٣٤.

^٢ انظر د. محمد عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإدارى، دار النهضة العربية: القاهرة الطبعة الأولى ٢٠٠١، ص ٥-٦.

من منازعات.^١ وذلك استناداً إلى المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، التي أجازت الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين.^٢ واللجوء للتحكيم كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية بغير الطريق القضائى، على النحو السابق بيانه، قد ظل متأرجحاً بين التأييد والإحجام حتى صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، حيث أجاز المشرع فى مادته الأولى تسوية منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم شريطة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة.^٣

^١ انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. جلسة ١٨ يناير ١٩٩٤. مجلس الدولة - المكتب الفنى لرئيس مجلس الدولة - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة والثلاثون - الجزء الأول من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٤، ص. ٦٩١.

^٢ انظر الحكم السابق.

^٣ نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أنه "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولايجوز التفويض فى ذلك". وفى حال إنتفاء موافقة الوزير المختص، يكون الاختصاص بالفصل فى منازعات العقود الإدارية لقضاء مجلس الدولة المصرى.

راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق. - جلسة ٢١ مايو ٢٠٠٥. مجموعة هيئة قضايا الدولة لأحكام المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، ص. ٣٧٩.

على خلاف هذه الحال، كان الوضع بالنسبة للوساطة فى المنازعات الإدارية، فى مصر. فلم تبرح الوساطة مقام الصياغات والتحليلات الفقهية دون أن تتل حظها من التقنين صراحة سواء فيما يتعلق بالمرافعات الإدارية أو نظيرتها المدنية. ففى معرض تنظيمه لاتقضاء الدعوى الإدارية بغير حكم قضائى، أجاز المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ لمفوض الدولة، خلال أجل يحدده، أن يعرض على أطراف النزاع تسويته وفقاً لما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا مبادئ فى أحكامها. ويتم إثبات تلك التسوية فى محضر رسمى وتستبعد القضية من جدول المحكمة لإنتفاء النزاع فيها.^١ وقد ذكر المشرع بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على المادة ٢٨ أنه "لتلافى ما يشوب نصوص القانون القائم من قصور إذ خولت للمفوض أن يعرض على طرفى المنازعة تسوية النزاع على أساس ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا ولم يجعل هذا من أثر إلا استبعاد القضية من الجدول وما يترتب على ذلك من إرهاب للمتقاضين إذا نكلت الجهة الإدارية فقد قضى المشروع بأنه إذا تمت التسوية أثبتت

^١ تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى قد عرف طريق تسوية المنازعة الإدارية بشكل ودى على غرار نظيره المصرى. فقد نص قانون العدالة الإدارية، الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ فى ٤ مايو ٢٠٠٠، والذى دخل حيز النفاذ فى ١ يناير ٢٠٠١، فى الفقرة الرابعة من المادة ٢١١ على اختصاص المحاكم الإدارية بعرض التسوية على الخصوم فى المنازعة الإدارية. وقد سبق القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٦ الصادر فى ٦ يناير ١٩٨٦ قانون العدالة الإدارية، حين منح المحاكم الإدارية ذات الاختصاص بمقتضى المادة الثانية والعشرين منه والتي أضافت فقرة ثالثة إلى المادة الثالثة من تقنين المحاكم الإدارية. راجع فى ذلك، أ. د. محمد باهى أبو يونس، التسليم بالطلبات والأحكام فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠١٩، ص. ٥٨.

فى محضر يوقع من الخصوم أو وكلائهم، وتكون للمحضر فى هذه الحالة قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقاً للقواعد المتبعة فى إعطاء صور الأحكام.^١ وفق هذا التصوير، فظاهر الأمر يقتضى القول بأن المشرع قد عهد إلى هيئة مفوضى الدولة، بجانب اختصاصها الأساسى بتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة، اختصاصاً آخر مفاده اقتراح تسوية المنازعة الإدارية بالسبل الودية على أساس المبادئ التى استقر عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا. على أن يثبت لها الحق فى الإتصال بذوى الشأن والحصول على المستندات والبيانات اللازمة لتسوية النزاع بالطريق الودى.^٢

بقى أن نذكر أنه فى إطار حرصه على تبسيط إجراءات فض المنازعات بين الجهاز الإدارى للدولة من جهة والأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة من جهة أخرى، أقر المشرع المصرى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن عمل لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، والصادر فى ٤ أبريل ٢٠٠٠، والذى دخل حيز النفاذ اعتباراً من أول أكتوبر

^١ مذكور عند إبراهيم سيد أحمد و شريف أحمد الطباخ، الوسيط الإدارى: شرح قانون مجلس الدولة، شركة ناس للطباعة: القاهرة الطبعة الأولى ٢٠١٤، ص. ٣٧١.

^٢ المرجع السابق.

راجع كذلك د. محمد جابر عبد العليم، مفوض الدولة فى القضاء الإدارى، دار الكتب القانونية: القاهرة ٢٠٠٧، ص. ٢٠٨.

٢٠٠٠^١. وقد استهدف المشرع من هذا القانون التخفيف قدر المستطاع من العبء الواقع على كاهل المحاكم فيما يستطاع التوفيق فيه من منازعات إدارية.^٢ كما تغيا المشرع التخفيف عن الأفراد بتبسيط إجراءات فض المنازعات بينهم وبين الإدارة وضماناً لسرعة الفصل فيها.^٣ وبالرغم من أن آلية التوفيق فى المنازعات الإدارية تختلف نوعاً ما عن الوساطة، على تفصيل يأتى تفصيله لاحقاً عند الحديث عن ذاتية الوساطة، إلا أن القانون يكشف عن توجه لمشرع المصرى نحو الاقتناع بأهمية تسوية المنازعات الإدارية بالوسائل الودية البديلة عن التقاضى المعتاد أمام المحاكم. فقد ذكرت وزارة العدل المصرية فى التقرير الصادر منها بشأن القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ أن لجان فض المنازعات تستهدف تسوية المنازعات بطرق التسوية الودية، "أى بوساطة التوفيق بين وجهات النظر المتعارضة لأطراف النزاع سواء الإدارة أو العاملون فيها أو المتعاملون معها." وقد استطرده التقرير مؤكداً على أن الوساطة قد صارت بديلاً حديثاً لفض المنازعات الإدارية بعيداً عن التقاضى أمام المحاكم، وقد أضحت العديد من الأنظمة القانونية المقارنة تعتمد عليها بغية سرعة

^١ منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ١٣ مكرر فى ٤ أبريل ٢٠٠٠.

^٢ أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا، المرجع السابق، ص. ٢٣.

^٣ المرجع السابق، ص. ٢٣.

الفصل فى المنازعات وتجنيب الخصوم الكثير من الأعباء القضائية المعتادة والتخفيف من لدد الخصومة.^١

طبيعة الوساطة

٥- إنعام النظر فى التعريفات والتصنيفات للوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، وخاصة الوساطة، وفق التنظيم التشريعى المقارن السابق الإشارة إليه،

^١ تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد سبق وقضت بأن لجان توفيق المنازعات ليس من شأنها إهدار مبدأ التقاضى ولجوء الفرد إلى قاضيه الطبيعى باعتباره من الحقوق الدستورية، "فلا ينال من حق التقاضى الإلزام بعرض الطلبات فى شأن بعض الحقوق على لجنة ينص على ها القانون وذلك قبل تقديمها إلى القضاء لطلبها، وإنما ييسر أداء الحقوق إلى أصحابها وقد يغنى عن الخصومة القضائية ويجنب أطراف النزاع حدة هذه الخصومة واحتدامها." راجع حكمها فى القضية رقم ١٤٥ لسنة ١٩ ق. - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا، بمناسبة نظرها لدستورية نصوص القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، "أن ما ينعاه المدعى من إخلال هذا القانون بحق التقاضى بوضعه قيلاً يحد من حريته فى اللجوء إلى قاضيه الطبيعى إلا إذا لجأ إلى لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تصدر توصية غير ملزمة واشترطه مرور فترة زمنية قبل عرضه النزاع على القاضى الطبيعى بما يصيب المتقاضى بأضرار بالغة فضلاً عن بعد مفاار اللجان عن محال إقامة المتقاضين إن ذلك مردود، وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، أولاً بأن أداء اللجان لا ينال من حق التقاضى سواء فى محتواه أو فى مقاصده ذلك أن نشاطها يمثل مرحلة أولية لفض النزاع حول حقوق يدعى ها نوو الشأن فإن استنفدت ها وكان قرارها فى شأن هذه الحقوق لا يرضى هم ظل طريق هم إلى الخصومة القضائية متاحاً ليفصل قضات ها فى الحقوق المدعى بها سواء بإثبات ها أو بنفى ها، ومردود ثانياً: بأن ضمانه سرعة الفصل فى القضايا المنصوص على ها فى الدستور غايتها أن يتم الفصل فى الخصومة القضائية بعد عرض ها على قضات ها خلال فترة زمنية لا تتجاوز." حكمها فى القضية رقم ١١ لسنة ٢٤ ق. - جلسة ٩ مايو ٢٠٠٤.

يكشف أن طبيعة الوساطة يمكن تحديدها بأمر أربعة: وضعها من حيث مصدر شرعيتها من ناحية، ومدى الزاميتها من ناحية ثانية، ووضعها من حيث حجية ما تم تقديمه من مستندات وبيانات فيها من ناحية ثالثة، وصلتها بمنظومة العدالة. تأسيساً على ذلك، ووفق هذا التصوير، يمكن القول بأن الوساطة: عمل رضائي، إجراء غير ملزم، عملية من طبيعة سرية، نظام يعكس العدالة الناجزة بصورة فعالة.

(أ) الوساطة عمل رضائي

٦- الوساطة، كوسيلة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، هي نوع من أنواع التفاوض ييسره طرف ثالث محايد (الوسيط)، وتستند إلى الموافقة الطوعية للأطراف المتنازعة. فالوساطة لا تهدف إلى استصدار حكم ملزم، ولكنها تسعى إلى الوصول لحل رضائي ودي تقبله الأطراف المتنازعة. وتؤكد النصوص التشريعية المنظمة للوساطة على طابعها الرضائي. فليس أدل على رضائية الوساطة مما أورده المشرع الفيدرالي الأمريكي في قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٦ حين نص على أن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الواردة في هذا القانون، ومن ضمنها الوساطة، هي وسائل رضائية وطوعية.^١ ولقد ساير المشرع الفرنسي سيرة نظيره الأمريكي، حين أجاز في المادة ١١٤-١ من قانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ لمجلس الدولة الفرنسي، حال نظره لدعوى قضائية

^١ راجع القانون العام رقم ١٠٤-٣٢٠، البندين ٨ و ١١٠.

Pub. L. No. 104-320, § 8, 110, Stat. 3870, 3872.

ADRA, 5 U.S.C.

يختص بها اختصاصاً أصلياً ونهائياً،^١ أن يأمر بإحالة المنازعة إلى الوساطة بعد موافقة الأطراف. يُستفاد من ذلك أن نفاذ أمر المجلس بالوساطة يظل مُرتهاناً بموافقة الأطراف فى النزاع على الاحتكام إلى الوساطة، وهو ما يقطع بالطابع الرضائى لعملية الوساطة. ويعتبر مثلاً آخر لرضائية الوساطة ما نصت عليه المادة ٢١٣-١ من قانون العدالة الإدارية حين ذكرت أن الوساطة لا تعدو أن تكون مجرد محاولة من الأطراف المتنازعة لتسوية نزاعهم ودياً، باختيارهم لوسيط أو بتعيينه من قبل المحكمة باتفاقهم. ولقد تبع المشرع المصرى ذات السبيل فى قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، بالنص فى المادة ٢٨ منه على جواز أن يعرض مفوض الدولة على أطراف النزاع تسويته وفقاً لما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا مبادئ فى أحكامها. فحصر المشرع لدور مفوض الدولة فى العرض على أطراف النزاع تسويته ودياً يقطع على الطابع الرضائى للوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية فى مصر، بما فى ذلك الوساطة. فإذا كان عرض المفوض

^١ وفقاً للمادة ٣١١-١ من قانون العدالة الإدارية، يختص مجلس الدولة الفرنسى اختصاصاً أصلياً ونهائياً أ بالطعون الموجهة ضد مراسيم رئيس الجمهورية والمراسيم؛ ب الطعون الموجهة ضد الإجراءات التنظيمية للوزراء والسلطات الأخرى ذات الولاية الوطنية وتعميماتهم وتعليمات النطاق العام؛ ج المنازعات المتعلقة بتعيين الموظفين العموميين المعينين بمرسوم من رئيس الجمهورية بموجب أحكام المادة ١٣ الفقرة الثالثة من الدستور والمادتين ١ و ٢ من المرسوم رقم ١١٣٦-٥٨، الصادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٨ بشأن القانون العضوى المتعلق بالتعيينات فى الوظائف المدنية والعسكرية للدولة؛ د الطعون الموجهة ضد القرارات التى تتخذها بعض السلطات الإدارية التى عددها القانون، كجزء من مهمتها الرقابية أو التنظيمية.

يمثل إيجاباً لتسوية النزاع الإدارى ودياً، فهذا الإيجاب ينبغي أن يصادفه قبول من أطراف النزاع.

(ب) الوساطة إجراء غير ملزم

٧- الواقع من الأمر أن البعض قد يرى فى الطبيعة الرضائية للوساطة ما يغنى عن محاولة إثبات عدم الزاميتها، باعتبار أن الطبيعة الغير الملزمة من الآثار الحتمية المترتبة على الطبيعة الرضائية. وعلى الرغم من أن هذا القول لا يخلو من وجهة، إلا أن الطابع الرضائى للوساطة، فى مقامنا هذا، ينشغل بمرحلة عرض الوساطة وقبولها. أما الحديث عن مدى إلزامية الوساطة فيأتى لاحقاً، وينشغل بالسؤال أولاً: حول مدى إلزامية الإستمرار فى عملية الوساطة بعد قبول الخضوع إليها، وثانياً: حول القيمة الإلزامية لقرار الوسيط. تأسيساً على ذلك، فالقول بأن الوساطة إجراء غير ملزم يستتبع التسليم بحقيقة أنه على الرغم من موافقة الأطراف على إخضاع نزاعهم الإدارى للوساطة، فإنهم ليسوا ملتزمين بمواصلة عملية الوساطة. وفق هذا التصوير، تظل أطراف النزاع مهيمنة ومسيطره دائماً على عملية الوساطة. فاستمرار تلك الأخيرة مرتين بقبول الأطراف المتنازعة لها قبولاً مستمراً. وقد عبر المشرع الفيدرالى الأمريكى عن الطبيعة غير الملزمة للوساطة فى قانون الإجراءات الإدارية، الصادر فى ١١ يونيو ١٩٤٦ بمقتضى القانون العام رقم ٧٩-٤٠٤، والمدرج بالعنوان الخامس من القانون الفيدرالى الأمريكى، حين نص فى البند ٥٧٣(ب) منه على أن الشخص المحايد الذى يقوم بدور الموفق أو

الميسر أو الوسيط يعمل دوماً وفقاً لإرادة الأطراف.^١ ويعتبر مثالاً آخر للطبيعة غير الملزمة للوساطة سلوك المشرع الفيدرالى الأمريكى فى قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٦ حين تخير التحكيم من بين الوسائل العديدة التى أوردها كبديل لتسوية المنازعات الإدارية بغير الطريق القضائى، ومن ضمنها الوساطة، ونعته بالإلزامى حال اتفاق جميع أطراف النزاع الإدارى على تسوية نزاعهم بمقتضاه.^٢

ومن منطلق آخر، تعكس حقيقة عدم جواز فرض التسوية الناتجة عن عملية الوساطة على أطراف النزاع الإدارى الطبيعية غير الملزمة للوساطة. فإذا كان رضاء الأطراف المتنازعة يُشترط بداءة للإحتكام إلى الوساطة، فهذا الرضاء يُعد أيضاً شرطاً لقبول التسوية الناتجة عن الوساطة. فعلى النقيض من القاضى والمحكم، لا يتعدى دور الوسيط مجرد مساعدة أطراف النزاع فى التوصل إلى قرار بشأن تسوية نزاعهم، دونما أى سلطة لفرض قرار أو تدبير على الطرفين. فرضاء أطراف النزاع طواعيةً واختياراً بالاحتكام إلى الوساطة، لا يستتبع تنازلهم عن حقهم الدستورى فى المثل أمام قاضيهما الطبيعى. ففشل عملية الوساطة أو عدم قبول

^١ البند ٥٧٣، الفقرة ب من قانون العدالة الإدارية الفيدرالى

The Administrative Procedure Act, Pub.L. 79-404, 60 Stat. 237.

5 U.S.C., § 573 b.

^٢ راجع القانون العام رقم ١٠٤-٣٢٠، البنود من ٥٧٥ إلى ٥٨٠.

Pub. L. No. 104-320, § 8, 110, Stat. 3870, 3872.

ADRA, 5 U.S.C. §574 : §580.

الأطراف لقرار الوسيط، يعنى فشل حل النزاع بالسبل الودية مع ما يستتبعه ذلك من ضرورة تسويته بالسبيل القضائي المعتاد.^١ تبقى نقطة هامة نود الإشارة إليها في مقامنا هذا وتتمثل في أن المشرع الفرنسي كان قد نص في المادة ٢١٣-٣ من قانون العدالة الإدارية، تحت عنوان أحكام عامة للوساطة، على أن الاتفاق الذي تم التوصل إليه بين طرفي النزاع ليس من شأنه التأثير على الحقوق التي لا يتمتعون بحرية إيزاءها،^٢ وهو ما يفيد - في رأينا - عدم الزامية الوساطة. فعمومية النص السابق تقتضى التسليم بأن مجرد الاتفاق على تسوية النزاع الإداري بالوساطة ليس من قبيل الإتفاقات الملزمة لأطراف النزاع، بحيث يمكن لأحدهم العدول عن الاحتكام للوساطة واختيار تسوية النزاع بالسبيل القضائي. وبالمثل ينصرف أثر النص على حالة عدم رضا الأطراف بما آلت إليه الوساطة من تسوية، فيحق لهم آنذاك اللجوء إلى القضاء، وذلك أيضاً لعدم الزامية الوساطة. ويعتبر اللجوء للقضاء، في عرف النص السابق، هو الحق الذي لا يتمتع أطراف النزاع بحرية

^١ على محمود الرشدان، الوساطة لتسوية النزاعات بين النظرية والتطبيق، دار اليازوري العلمية: الأردن ٢٠١٦، ص. ٦٠-٦١.

^٢ الحكم نفسه نجده منصوصاً عليه في المادة ٢١-٤ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم الولايات القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، المعدلة بموجب المرسوم رقم ١٥٤٠ لسنة ٢٠١١ الصادر في ١٦ نوفمبر ٢٠١١، بشأن نقل الأمر التوجيهي رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن مجلس البرلمان الأوروبي بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٠٨ بشأن بعض مسائل الوساطة في المسائل المدنية والتجارية.

إيزاءه. بمعنى أنه لا يسقط بقبول الاحتكام إلى الوساطة باعتباره من الحقوق الدستورية.

وقد نهج المشرع المصرى ذات النهج فى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، مؤكداً على أن لجان التوفيق فى المنازعات الإدارية إنما تصدر توصياتها فى المنازعة، على أن تعرض على السلطة المختصة لاعتمادها وعلى الطرف الآخر لقبولها.^١ فإن لم يقبل أحد الطرفين توصية اللجنة أو انقضت المدة المحددة قانوناً دون إبداء الطرفين قبولهما أو رفضهما للتوصية، جاز لهما اللجوء إلى المحكمة المختصة لتسوية النزاع بالطريق القضائى المعتاد.^٢

^١ نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، على أنه "تصدر اللجنة توصياتها فى المنازعة، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بمحضر وذلك فى ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها وتعرض التوصية - خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها - على السلطة المختصة والطرف الآخر فى النزاع، فإذا اعتمدتها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه فى محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها وتكون لها قوة السند التنفيذى، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه."

^٢ نصت المادة العاشرة من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، على أنه "إذا لم يقبل أحد طرفى النزاع توصية اللجنة خلال المدة المشار إليها فى المادة التاسعة من هذا القانون أو انقضت هذه المدة دون أن يبدي الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو الرفض، أو لم تصدر اللجنة

(ج) الوساطة عملية سرية

٨- فى سنن المرافعات الإدارية، مثلها فى ذلك مثل نظيرتها المدنية، قد تعن الحاجة إلى سرية الإجراءات المتخذة فيها. فعلى خلاف الأصل العام الذى المتمثل فى علانية المحاكمات، قد يأمر القاضى فى الدعوى من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم بأن تعقد بعض جلسات المحاكمة أو كلها بطريقة سرية، وذلك بغية الحفاظ على مصالح أولى بالرعاية كمراعاة النظام العام والآداب أو الحفاظ على مقتضيات الأمن القومى أو حماية الشهود. وتعتبر الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية والمدنية على السواء من قبيل الاستثناء على مبدأ علانية المحاكمات وإجراءات التقاضى. فلعل أحد أبرز الموجهات لطبيعة تلك الوسائل البديلة هى سريتها وخصوصيتها. ولا تعد الوساطة فى ذلك خروجًا عن هذا الأصل. وفق هذا التصوير، يمكن القول إن الوساطة هى عملية على قدر عال من الخصوصية، تتسم فيها الإجراءات بطابع السرية. وفى ذلك خدمة لمقتضيات النزاهة والشفافية وضمانة لأطراف النزاع بأن قبول مقترحات وعروض التسوية لن

توصيتها خلال ميعاد السنتين يومًا يكون لكل من طرفى النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة. ويرتّب على تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وقف المدد المقررة قانونًا لسقوط وتقادم الحقوق أو لرفع الدعوى بها، وذلك حتى انقضاء المواعيد المبينة بالفقرة السابقة. ويتولى قلم كتاب المحكمة التى ترفع إلىها الدعوى عن ذات النزاع ضم ملف التوفيق إلى أوراق الدعوى."

انظر كذلك فى الطبيعة الغير ملزمة للتوصيات الصادرة عن لجان التوفيق حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعان رقما ١٣١٩٤ و ١٦٠٤٠ لسنة ٥٣ ق. - جلسة ٢٥ فبراير ٢٠٠٩، مجلس الدولة - المكتب الفنى - مجموعة المبادئ التى قررتّها المحكمة الإدارية العليا، السنة الرابعة والخمسين - من أول أكتوبر ٢٠٠٨ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠٩، ص. ٣٢١.

يكون له أى تأثير من شأنه أن يتجاوز عملية الوساطة. وتأخذ الطبيعة السرية لإجراءات عملية الوساطة معنى عدم جواز الاحتجاج بما قدم فيها من مستندات وبيانات وأعمال الخبرة وما أفصح عنه الأطراف المتنازعة وما أدلى به الشهود من شهادات وما جمع فيها من أدلة أمام أى جهة ولو كانت قضائية، وذلك ما لم يتفق الأطراف المتنازعة على خلاف ذلك.

ولم يغفل المشرع الفرنسى التأكيد على الطابع السرى لعملية الوساطة حين نص فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣-٢ من قانون العدالة الإدارية على أن "تخضع الوساطة لمبدأ السرية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".^١ فلا يجوز الكشف عما توصل إليه الوسيط من نتائج ولا عن البيانات التى تم جمعها خلال عملية الوساطة إلى أى طرف ثالث. ولا يجوز الاحتجاج بها أو الإفصاح عنها فى أية إجراءات قضائية أو تحكيمية دون موافقة الطرفين". غير أن المشرع الفرنسى فى الفقرة الثالثة من نفس المادة قد قرر استثناءً الخروج على مقتضيات الطابع السرى

^١ تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى فى المادة ٢١-٣ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر فى ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم الولايات القضائية والإجراءات المدنية والجزائية والإدارية، المعدلة بموجب المرسوم رقم ١٥٤٠ لسنة ٢٠١١ الصادر فى ١٦ نوفمبر ٢٠١١، بشأن نقل الأمر التوجيهى رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن مجلس البرلمان الأوروبى بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٠٨ بشأن بعض مسائل الوساطة فى المسائل المدنية والتجارية، قد أكد على ضرورة احترام مقتضيات سرية وخصوصية عملية الوساطة بالنص على أنه "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، تخضع الوساطة لمبدأ السرية. ولا يجوز الكشف عن النتائج التى توصل إليها الوسيط والبيانات التى يتم جمعها أثناء عملية الوساطة إلى من لم يكن طرفاً فى تلك الأخيرة، أو الاحتجاج بها أو استخدامها فى ثمة إجراءات قضائية أو تحكيمية دون موافقة طرفى النزاع."

لعملية الوساطة على النحو الوارد في الفقرة الثانية من المادة. وقد حصر المشرع هذا الاستثناء في أمرين أساسيين. أولهما حال توافر أسباب مقنعة متعلقة بالنظام العام أو بحماية مصالح الطفل أو السلامة الجسدية أو النفسية للأفراد.^١ وثانيهما يتعلق بتنفيذ اتفاق الوساطة أو ما أسفرت عنه تلك الأخيرة من تسوية للنزاع الإداري. فإذا ما حالت مقتضيات السرية والخصوصية دون هذا التنفيذ، كان لزاماً على الأطراف الإفصاح عن اتفاق الوساطة أو الكشف عن ما تم الاتفاق عليه من تسوية للنزاع بموجب عملية الوساطة.^٢ وقد اتبع المشرع الفيدرالي الأمريكي ذات السبيل الذي اتبعه نظيره الفرنسي حين حرص على التأكيد على سرية وخصوصية جميع الإجراءات المتخذة أثناء التسوية الودية للمنازعات الإدارية بالطرق البديلة، بما فيها الوساطة. فقد نصت الفقرة (أ) من البند ٥٧٤ من قانون الإجراءات الإدارية الصادر في ١١ يونيو ١٩٤٦ بمقتضى القانون العام رقم ٧٩-٤٠٤ على أن يلتزم

^١ تم النص على ذات الاستثناء بموجب المادة ٢١-٣ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم الولايات القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، المعدلة بموجب المرسوم رقم ١٥٤٠ لسنة ٢٠١١ الصادر في ١٦ نوفمبر ٢٠١١، بشأن نقل الأمر التوجيهي رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن مجلس البرلمان الأوروبي بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٠٨ بشأن بعض مسائل الوساطة في المسائل المدنية والتجارية.

^٢ وبالمثل لم تشترط المادة ٢١-٣ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم الولايات القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، المعدلة بموجب المرسوم رقم ١٥٤٠ لسنة ٢٠١١ الصادر في ١٦ نوفمبر ٢٠١١، بشأن نقل الأمر التوجيهي رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن مجلس البرلمان الأوروبي بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٠٨ بشأن بعض مسائل الوساطة في المسائل المدنية والتجارية، الحفاظ على سرية الإجراءات المتخذة في عملية الوساطة إذا ما حال ذلك دون تنفيذ اتفاق الوساطة أو التسوية الناتجة عنها.

على الشخص المحايد (الوسيط) فى إجراءات تسوية النزاع بعدم الإفصاح طواعية عن أى وثيقة أو بيان يتعلق بتسوية النزاع كان قد تم تقديمه إليه وفقاً لمقتضيات الثقة والاعتبار كونه القائم على أمر التسوية، ولا يجوز كذلك إجباره على الإفصاح عن تلك الوثائق أو البيانات بمناسبة أية إجراءات قضائية.¹ وكذا ألزمت الفقرتان (أ) و(ب) من نفس البند أطراف النزاع الإدارى بالحفاظ على سرية عملية الوساطة وعدم الإفصاح عن أية وثائق أو مستندات تكون قد قدمت فيها. وقد ساير المشرع الفيدرالى الأمريكى نظيره الفرنسى مقررًا استثناءات على الطابع السرى لعملية الوساطة، حاصرًا اياها فى خمس حالات رئيسية. **أولاهما** حال موافقة الوسيط وجميع الأطراف فى عملية الوساطة على التنازل عن الطابع السرى للعملية. والحال نفسه يجرى إذا كان مقدم البيانات أو الوثائق شخصًا من الغير بالنسبة لعملية الوساطة، فموافقته الكتابية تعتبر لازمة للكشف عن تلك البيانات والوثائق. **ثانيًا:** إذا ما ثبت أن المراسلات والبيانات والوثائق التى قدمت أثناء تسوية النزاع قد أضحت متاحة للعامة. **ثالثًا:** إذا كان الكشف عن سرية المراسلات والبيانات والوثائق مشروطًا قانونًا. **رابعًا:** إذا ما قررت المحاكم أن الكشف عن البيانات والوثائق والمراسلات المقدمة أو الشهادات المبداه فى عملية الوساطة ضرورية لمنع ظلم ظاهر، أو للمساعدة فى إثبات مخالفة قانونية، أو لتجنب ضرر قد يلحق

¹ القانون العام رقم ١٠٤-٣٢٠، البند من ٥٧٤.

Pub. L. No. 104-320, § 8, 110, Stat. 3870, 3872.

ADRA, 5 U.S.C. §574.

بالصحة العامة أو السلامة العامة. وأخيراً أجازت الفقرة (ب) من البند ٥٧٤ التخلي عن خصوصية عملية الوساطة والطابع السرى لإجراءاتها إذا كانت الوثائق والبيانات المقدمة فى العملية قد تم إعدادها من قبل الطرف الراغب فى كشف سريتها.^١ وقد حرص المشرع المصرى على التأكيد على الطابع السرى للوسائل البديلة لحل المنازعات حين نص فى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، على ضرورة أن تكون جميع مداولات ومساجلات لجان التوفيق سرية.^٢

^١ تجدر الإشارة إلى أن الفقرة هـ من البند رقم ٥٧٤ قد نصت على أنه "إذا تم تقديم طلب للإفصاح، بمناسبة أعمال التحقيق أو بناء على أمر قضائى، إلى الوسيط محايد المنوط به تسوية النزاع الإدارى، فيلتزم هذا الأخير ببذل جهداً معقولاً لإخطار أطراف النزاع وأى شخص آخر من غير الأطراف قد تتأثر مصالحه بالكشف عن سرية الإجراءات المتخذة أو ما تم تقديمه من مستندات ووثائق أو شهادات. وإذا لم يبد الأطراف أو أى شخص آخر اعتراضه على كشف سرية المعلومات المطلوبة خلال ١٥ يوماً من تاريخ تلقيه للإخطار، فيعد هذا تنازلاً منه عن إبداء أوجه معارضته."

^٢ نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، على أنه "لا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضائها، وللجنة أن تستعين بمن تراه من أهل الخبرة، وتصدر توصياتها بأغلبية آراء أعضائها فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذى منه الرئيس، وتكون مداولات اللجنة سرية."

(د) الوساطة آلية تعكس العدالة الناجزة بصورة أكثر فاعلية

٩- يحسب الباحث أن استطراد التأمل في مبدأ رضائية الوساطة، بما يستتبعه ذلك من تمكين أطراف النزاع من السعى لإيجاد حل لنزاعهم، وذلك عن طريق اختيار شخص محايد (الوسيط) لتسويته، من شأنه المساهمة في تيسير الوصول إلى العدالة الموضوعية الناجزة. من نافلة القول إن سيادة القانون وشرعية النظام القانوني في دولة ما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتمكين الأفراد للوصول إلى مرفق العدالة وتزليل العقبات في طريق هذا الوصول.^١ والواقع من الأمر أن طول أمد التقاضي أمام المحاكم، وتعقيد الإجراءات الواجب استيفاؤها أمام القضاء، وارتفاع تكاليف التقاضي، وغلبة الروتين وتكدس ساحات المحاكم وتأخير الفصل في المنازعات، كلها من الأمور التي كانت بمثابة العائق الذي حال بين الأفراد وبين تمتعهم بحقهم في التقاضي. فلا محاجة أن العلاقة بين تمكين الأفراد من الوصول إلى مرفق العدالة ومبدأ سيادة القانون تبدو وثيقة وواضحة جلية، فعدم قدرة الأفراد على اقتضاء حقوقهم القانونية وإنفاذها إنما يترتب عليه نتيجة في غاية الخطورة، تتمثل في زعزعة ثقتهم الثقة في النظام القانوني وجرح شعورهم بالعدالة.^٢ على الرغم من تسليمنا بصعوبة وضع تعريف مانع جامع لمصطلح العدالة، إلا أنه يمكن القول إن

^١ انظر باللغة الإنجليزية

THOMAS BINGHAM, THE SIXTH SIR DAVID WILLIAMS LECTURE: THE RULE OF LAW 5 Cambridge University: Centre for Public Law, 2006.

^٢ المرجع السابق.

هذا الأخير يقتضى الموازنة بين جميع مصالح الخصوم المتعارضة بشكل صحيح، مع التأكيد على أن تلك الموازنة لا تتعكس آثارها على ما تم التوصل إليه من تسوية، بل تمتد لتشمل الإجراءات المتبعة للوصول إلى تلك التسوية.^١ وفق هذا التصوير، يمكن القول إن التسوية أو النتيجة التي تم التوصل إليها باتباع إجراءات التقاضى تمثل الجانب الموضوعى للعدالة.^٢ أما الموازنة الصحيحة للإجراءات المتبعة التي قادت إلى النتيجة، فتعكس العدالة فى شقها الإجرائى.^٣ تأسيساً على ذلك، يحسب الباحث أن العدالة الموضوعية تعنى ذلك السلوك أو تلك المعاملة المنصفة والمعقولة، والتي تنصب على الوسيلة التي يقيم بها القاضى العناصر القانونية والواقعية ذات الصلة بالنزاع بغية الوصول إلى تسوية تستقيم مع صحيح القانون والمنطق القويم.^٤ ومن ناحية ثانية، تعكس العدالة الإجرائية فكرة الإنصاف فى الإجراءات والمعايير التي يتبعها القاضى لتعيينه على تسوية النزاع. ولعل أبرز مظاهر العدالة الإجرائية هى تلك المتمثلة فى شفافية وعلائية الإجراءات، التمكين من الدفاع والاستماع إلى الدفوع ووجهات النظر، والحيدة فى اتخاذ القرار.

^١ انظر باللغة الإنجليزية

Vincent Luizzi, Balancing of Interests in Courts, 20 JURIMETRICS 373-404 1980.

^٢ المرجع السابق.

^٣ انظر باللغة الإنجليزية

Paul J. Stancil, Substantive Equality and Procedural Justice, 102 Iowa L. Rev. 1633, 1685 2017.

^٤ المرجع السابق، ص. ١٦٤٩.

صاغت العناصر السابقة معالم الوساطة كآلية من شأنها خدمة العدالة الإدارية بشكل أفضل كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية. فليس ثمة جدال في أن مناقب الوساطة تتجلى في كونها تمكن الخصوم من تقادى طول وبطء إجراءات التقاضى المعتادة. فضلاً عن أنها تخفف الكثير من العبء المالى الواقع على كاهلهم جراء تكبدهم لنفقات التقاضى، التى كثيراً ما تكون باهظة. علاوة على ذلك، فتحكم الخصوم فى مسار الوساطة عن طريق اختيارهم للوسيط واستئزام رضائهم بما آلت إليه التسوية من نتيجة، من شأنها مراعاة شعور العدالة الكامن فى نفوسهم. ولا أدل على وثاقة الصلة بين الوساطة وتحقيق مقتضيات العدالة من حرص التشريعات المقارنة على النص على مبدأ حياد الوسيط. على سبيل المثال، استلزم ميثاق وسطاء المرافق العامة الصادر فى فرنسا فى إبريل ٢٠٠٤ ضرورة أن يتحلى الوسيط الميثاق بثلاث قيم وهى الاستقلالية والحياد والنزاهة. وكذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٢١٣-٢ من قانون العدالة الإدارية الفرنسى، الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر فى ٤ مايو ٢٠٠٠، على ضرورة أن ينجز الوسيط مهمته فى تسوية النزاع الإدارى بحياد وكفاءة. وكذلك فعل المشرع الفيدرالى الأمريكى حين حرص فى البند ٥٧٣ من قانون الإجراءات الإدارية لسنة ١٩٤٦ على نعت الشخص القائم على أمر تسوية النزاع الإدارى بالسبل الودية، سواء كان وسيطاً أو محكماً، بالمحايد.

ذاتية الوساطة

١٠- تتعدد وسائل تسوية المنازعات الإدارية المعتمدة بديلاً عن الطريق القضائي المعتاد، تعددًا من شأنه أن يندر بالخلط بينها وبين آلية الوساطة، مع ما يستتبعه هذا الخلط من صعوبة التمييز بينهما. ويتجلى مبلغ الخلط بين الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية في مظهرين أساسيين. أولهما، يتعلق بشروط القبول. فالوساطة يجرى عليها ما يجرى على غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات من كونها يغلب عليها الطبيعة الرضائية، بحيث يُعد رضاء الأطراف المتنازعة شرطاً جوهرياً يُستلزم توافره للاحتكام إليها. وثانيهما، يتعلق بالأثر المترتب على تمام عملية الوساطة. فالوساطة تفضى إلى ذات الأثر الذى تفضى إليه غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات - أى تسوية النزاع بالطريق الودى دون الحاجة لطرق ساحات القضاء. بيد أن هذا التماثل ليس من شأنه طمس مواطن الإفتراق بين الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية. تأسيساً على ذلك، كان لزاماً تفادى شائبة الخلط بين الوساطة وغيرها من الطرق البديلة لتسوية المنازعات الإدارية من خلال بيان ذاتيتها المتميزة عما عداها من تلك الطرق البديلة الأخرى.

الوساطة والتحكيم

١١- من المعلوم، بداية، أن التحكيم بمثابة عقد رضائى، وإن تباينت المصطلحات الدالة عليه ما بين اتفاق التحكيم، أو بند التحكيم، أو شرط التحكيم، أو مشاركة

التحكيم. فالتحكيم عقد توافرت فيه أركان العقد القانونية من أهلية ورضاء ومحل ومشروعية.^١ وهو عقد ملزم لجانبيين يُرتب التزامات متبادلة بين أطرافه، وموضوعه حل النزاع بغير الطريق القضائي. وقد درج أغلب الفقه ومتواتر أحكام القضاء على الإحجام عن إضفاء الطبيعة التعاقدية على التحكيم. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا أن الفقه والقضاء قد اتفقا على أن "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة."^٢ ولعل تردد الفقه والقضاء في نعت التحكيم بالعقد مردّه أن الاتفاق على الالتجاء للتحكيم يرتبط وجوداً وعدمًا بوجود عقد قائم نشأ بصدده نزاعٌ، فتفق أطرافه على تسويته بالتحكيم، سواء ورد هذا الاتفاق كبند في العقد نفسه قبل نشوء النزاع، فيسمى شرط التحكيم، أو نشأ مستقلاً عن العقد الأصلي بعد حدوث النزاع حيث يُسمى مشاركة تحكيم.^٣ وقد ورد غير بعيد أن المادة ٣١١-٦ من قانون العدالة الإدارية الفرنسي الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ في ٤ مايو ٢٠٠٠، والذي دخل حيز النفاذ في ١

^١ أ. د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية اتفاق التحكيم - خصومة التحكيم - حكم المحكم وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠١١، ص. ٣٧-٤٣.

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. جلسة ١٨ يناير ١٩٩٤. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة والثلاثون - الجزء الأول من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٤، ص. ٦٩١.

^٣ راجع في ذلك أ. د. فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف: الإسكندرية ٢٠٠٧، ص. ١٣؛ د. محمود التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعى: الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٧٦ وما بعدها.

يناير ٢٠٠١، قد أجازت تسوية المنازعات الناشئة بين الأشخاص الاعتبارية العامة والمتعاقدين معها المتعلقة بالتنفيذ المالى للأشغال العامة وعقود التوريد للدولة والسلطات المحلية والمؤسسات العامة المحلية وفى الحالات الأخرى حيث يسمح القانون بذلك عن طريق التحكيم. وكذا على تخويل المؤسسات العامة ذات الطابع العلمى والتكنولوجى اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود البحث مع المنظمات الأجنبية بعد موافقة مجلس الإدارة. فضلاً عن ذلك، فكما سبق الذكر، متأثراً بالمادة ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، حين أجازت الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين، خول القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فى مادته الأولى تسوية منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم بعد موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة.

إنعام النظر فى فحوى التحكيم والوساطة، على النحو السابق ذكره، يكشف أنهما يتماثلان فى عدة نقاط أساسية، لعل أهمها هو ما تعلق منها أولاً بالغاية. فالوساطة تتشابه مع التحكيم فى أن كليهما يستهدف تسوية المنازعة، إدارية كانت أم مدنية، بغير الطريق القضائى. **ثانياً:** تشترك الوساطة مع التحكيم فى كونهما وسائل بديلة لتسوية المنازعات الإدارية مع ما يستتبعه ذلك من اتفاقهما فى سرية الإجراءات والرشادة الإجرائية وتوفير الوقت. **ثالثاً:** تتشابه الوساطة مع التحكيم فى الطبيعة الرضائية. فالاحتكام لهما يتطلب رضا الأطراف المتنازعة، وتلك طبيعة فرضتها

حقيقة أن كليهما يعتبر من الطرق الاستثنائية لتسوية المنازعات الإدارية. فالوساطة شأنها شأن التحكيم، تجد أساسها في اتفاق الأطراف المتنازعة على تسوية نزاعهم بطريق ودى وأقل رسمية من الطريق القضائي المعتاد. فالإرادة الخاصة للخصوم هي التي تتحكم في الالتجاء للتحكيم أو الوساطة بداءة، وكذلك في قبول حكم المُحكّم أو وساطة الوسيط.^١ علاوة على ذلك، فالإرادة الخاصة للخصوم تلعب دورًا كبيرًا في اختيار الإجراءات الواجب اتباعها خلال عملية التحكيم والوساطة.^٢ أخيرًا:

^١ انظر أ. د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية، المرجع السابق، ص. ٣٧-٣٨.

^٢ المرجع السابق، ص. ٣٨.

تجدر الإشارة إلى أن الإرادة الخاصة للخصوم أحيانًا ما ينحسر أثرها خاصة فيما يُعرف بالتحكيم الإلجباري، حيث يكون اللجوء للتحكيم لتسوية النزاع بقوة القانون. على سبيل المثال، اشتمل قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ على باب بعنوان التحكيم الإلجباري، حيث يتم تسوية المنازعات الناشئة بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وجهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى بواسطة التحكيم دون سواه. يُذكر أن الحكومة المصرية في عام ٢٠١٩ كانت قد تقدمت بمشروع قانون للبرلمان المصري لتعديل بعض أحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ لالغاء باب التحكيم الإلجباري والسماح لشركات القطاع العام والجهات الحكومية المركزية والمحلية والمؤسسات العامة بتسوية نزاعاتها بينها وبين بعض عن طريق اللجوء إلى القضاء أو الاتفاق على التحكيم. بقي أن نذكر أن القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته قد أحل نظام التحكيم الإلجباري محل التحكيم الإلجباري المنصوص عليه بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أن "المشروع قد أحل في المادة ٤٠ من قانون شركات قطاع الأعمال العام الجديد محل نظام التحكيم الإلجباري المنصوص عليه بالقانون رقم ٩٧/١٩٨٣ نظامًا جديدًا للتحكيم

تتفق الوساطة مع التحكيم فى نوعية المنازعات التى يجوز الاحتكام إلى كليهما لتسويتها. فالمسائل التى لا يجوز فيها الصلح كونها متعلقة بالنظام العام والأداب العامة أو المصلحة العامة من أمن قومى وخلافه، لا يجوز أن تكون محلًا للتسوية عن طريق التحكيم أو الوساطة. فكما سبق الذكر، فقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، معدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، على أنه "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك". وذلك بعد أن أكد المشرع فى المادة الحادية عشر من قانون التحكيم على أنه "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه، ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح." وفى نفس السياق، وبالرغم من عدم رؤيته النور، إلا أن مسودة قانون الوساطة لتسوية المنازعات التجارية والمدنية التى أعدتها وزارة العدل كانت قد نصت فى مادتها الأولى على

الاختيارى يخضع لأحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهو لا يتم اللجوء إليه طبقاً لصريح نص هذه المادة إلا باتفاق بين أطراف المنازعة على ذلك، ومن ثم فى غير حالة هذا الاتفاق فإن الاختصاص يكون حتمًا لجهة القضاء المختصة أصلاً بنظر المنازعة طبقاً للقواعد العامة فى توزيع الاختصاص القضائى وهى فى حالة الطعن فى قرار إدارى تكون لمحاكم مجلس الدولة باعتبارها إحدى المنازعات الإدارية. المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣١٦٤ لسنة ٣٢ ق. جلسة ٢٢ مارس ١٩٩٢. مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة والثلاثون - العدد الثانى من أول مارس سنة ١٩٩٢ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٢، ص. ١١٤٢.

أنه "لا يجوز اللجوء إلى نظام الوساطة الاتفاقية أو القضائية في كل ما لا يجوز الصلح فيه أو يخالف الآداب العامة أو النظام العام. ولا يجوز اللجوء إلى نظام الوساطة الاتفاقية أو القضائية في المنازعات الخاضعة لأحكام القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء محاكم الأسرة، وأحكام القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ بشأن قانون العمل، والمنازعات والدعاوى التي يختص بها مجلس الدولة وما استثنى من دعاوى على حسب الأحوال وفق أحكام هذا القانون."^١ الأمر نفسه نجد مألوفاً في القانون الفرنسي، فبعد أن صاغ المشرع الفرنسي في قانون العدالة الإدارية المبادئ التوجيهية الحاكمة لعملية الوساطة، موجزاً إياها في الطبيعة الرضائية والاستقلالية والحيادية والخصوصية والسرية، اجاز في المادة ٢١٣-٣ اللجوء إلى الوساطة في جميع المسائل والأحوال التي يثبت فيها للأشخاص حرية التصرف في حقوقهم. فلا مجال لإعمال الوساطة في المسائل المرتبطة بحقوق لا تتمتع حيالها الأطراف بحرية التصرف. يُستفاد من ذلك أن المسائل التي تتعلق

^١ تجدر الإشارة إلى أن المادة الرابعة من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها قد نصت على عدم جواز اللجوء إلى لجان التوفيق في المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها وكذلك المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية وتلك التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة، أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر المنظمات المتعلقة بها، عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئات تحكيم. فقد اعتبر المشرع الحالات السابقة من مسائل النظام العام التي تتعلق إما بمصالح الدولة العليا وأمنها القومي أو تتعلق بتغليب إرادة الخصوم في اختيار الوسيلة التي بها تتم تسوية نزاعاتهم القانونية.

بالنظام العام ومصلحة الدولة، باعتبارها تتضمن حقوق لا يتمتع الأفراد حيالها بحرية التصرف، يُمتنع فيها اللجوء للوساطة.^١

بيد أن مواطن الإتفاق السابقة بين الوساطة والتحكيم، لا تنفي بأى حال من الأحوال افتراقهما فى ثلاثة أمور أساسية. أولهما وصف الرسمية، فهو سمة فى التحكيم دون الوساطة. فالوساطة، فى سنن المرافعات الإدارية، تأخذ طابعاً غير رسمى إلى حد ما، فهى بمثابة إجراء ييسره وسيط، تتمثل مهمته فى التقريب بين وجهة نظر أطراف المنازعة الإدارية ومساعدتهم على التفاوض بغية الوصول إلى تسوية يرتضونها. فى حين أن التحكيم يأخذ الطابع الرسمى، وهو طابع يستمد من الدور المنوط به المحكم، حيث يُعهد إلى هذا الأخير تسوية المنازعة الإدارية بقرار صادر عنه، له ما للأحكام القضائية من حجية وواجبة النفاذ.^٢ ثانياً: ماهية الآلية المتبعة لتسوية النزاع. فالوساطة شأنها شأن التحكيم تتغيا تسوية النزاع خارج إطار عملية التقاضى المعتاد أمام المحاكم. بيد أنهما فى توخيهم تحقيق تلك الغاية تتباين

^١ بيد أنه وجب التنويه على أنه بالرغم من أن المنازعات الناشئة عن تدابير الضبط الإدارى مثل إغلاق المؤسسات والمنشآت أو حظر التجول لا تخضع كأصل عام للتسوية عن طريق الوساطة كونها تتعلق بالنظام العام والأمن العام، إلا أن الوساطة قد تجد طريقها إلى تلك المنازعات لا سيما إذا ما زاد التقدير الإدارى بصدد التصرفات والتدابير المتخذة من قبل الإدارة.

^٢ تنص المادة ٥٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أن " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون."

انظر فى ذلك، أ. د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية، المرجع السابق، ص. ١٢.

الآلية المتبعة. فالوساطة آلية غير ملزمة لتسوية النزاعات الإدارية، تدار عن طريق وسيط واحد، تكمن مهمته فى تيسير سبيل المناقشات وتقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، دونما أن يصدر عنه حكم يلزم به الأطراف. أما التحكيم عادةً ما يكون عملية ملزمة تحل محل عملية التقاضى المعتاد أمام المحاكم بأشخاص مختارين (المحكمين) يتم تنصيبهم كقضاه، ويصدر عنهم حكم ملزم لأطراف النزاع.¹ وأخيراً: تفترق الوساطة عن التحكيم من حيث الإجراءات المتبعة فى شأنهما. فالتحكيم يماثل إلى حد كبير المحاكمة المعتادة أمام القضاء. فلا تزال الأطراف المتنازعة تملك حق تقديم الأدلة والمستندات وطلب سماع الشهود والخبراء، وإن كان بإجراءات أقل رسمية من تلك المتبعة أمام القضاء. على الجانب الآخر، تحمل الوساطة، كآلية بديلة لتسوية المنازعات الإدارية، معنى المفاوضات التى يتم تيسيرها من قبل طرف ثالث محايد. ولا يتم اعتماد التسوية ما لم يقبلها جميع الأطراف.

الوساطة والتوفيق

١٢- من الفقهاء من غلب على ظنه أن الوساطة والتوفيق ينصرف كلاهما فى المعنى للآخر، فدفعه للقول بأن "التوفيق طريق ودى لفض المنازعات الناشئة بين

¹ انظر باللغة الفرنسية

الأطراف، عن طريقه يقوم الخصوم بأنفسهم أو بواسطة شخص من الغير بالاجتماع والتشاور للوصول إلى حل يُنهى النزاع ويرضى عنه الأطراف والوساطة لها نفس المعنى.^١ وبالرغم من أن الرأى السابق لا يخلو من وجهة، إلا أنه لا يصعب تفنيده. فإن كانت مواطن الاتفاق بين الوساطة والتوفيق متعددة، إلا أن هذا الاتفاق لا يعنى بالضرورة أن ثمة تلازماً بين الوساطة والتوفيق يفضى للقول بأن كليهما يُرادف الآخر فى المعنى. ولعل الفارق الجوهرى بين الوساطة والتوفيق مرده اختلاف الدور المنوط بالطرف الثالث تأديته فى كلا الوسييلتين. فإذا كان التوفيق يهدف إلى بلوغ أفضل الحلول الممكنة فيما يتعلق بموضوع النزاع، ومن ثم توجيه الأطراف المتنازعة نحو اتفاق مشترك مرض، وهو يماثل من هذه الوجهة الوساطة، إلا أن الموفق يلعب دوراً مباشراً فى تسوية النزاع، إما بعرضه على أطراف النزاع حلاً معيناً لهذا الأخير، أو عن طريق تقديمه لعدة حلول فيما يُعرف بمقترحات التسوية.^٢ فغالباً ما يقوم الموفق المحايد، وليس أطراف النزاع، بوضع شروط تسوية النزاع ومقترحات التسوية. وفق هذا التصوير، يختلف دور الموفق عن دور الوسيط. فالأخير يتمثل جل دوره فى محاولة التقريب بين الأطراف المتنازعة وتيسير المناقشات والمفاوضات بينهم، بحيث يهئ لهم الفرصة للوصول

^١ أ. د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية، المرجع السابق، ص.

١٢.

^٢ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Wang Wenying, The Role of Conciliation in Resolving Disputes: A P.R.C. Perspective, 20 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 421, 422 2005.

بأنفسهم إلى تسوية يرتضونها.^١ فالوسيط يعمل مع أطراف النزاع كشريك لمساعدتهم في إيجاد أفضل الحلول لتعزيز مصالحهم. فدائمًا ما تتمثل أولوية الوسيط في تسهيل سبيل النقاش بين الأطراف المتنازعة، وتمثيل مصالحهم الخاصة، وإرشادهم إلى حل مناسب خاص بهم، وهو حل مشترك عادل وقابل للتطبيق.^٢ تأسيسًا على ذلك، على خلاف التوفيق، تجد الأطراف المتنازعة مساحة أكبر في عملية الوساطة فيما يتعلق بتحديد المصالح المتعارضة واقتراح الحلول الممكنة واتخاذ القرارات المتعلقة بالمقترحات المقدمة وكيفية تبني احداها.^٣

وثمة مفارقة أخرى بين الوساطة والتوفيق، تتمثل في الأثر المفضى إليه كلاهما. إذ لو كان حقًا كلاهما سواء، لما افترق بينهما الأثر، ولترتب على أحدهما ذات النتائج والآثار المترتبة على الآخر. فالوساطة، في حدود ما ذكر سلفاً، مبتغاها تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة وتسهيل المناقشات والمساجلات بينهما. وبناء على ذلك، فالآثر الذي تفضى إليه عملية الوساطة يتمثل في تسوية النزاع

^١ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E.A. SANDER AND NANCY H. ROGERS, DISPUTE RESOLUTION NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES 123 3rd Ed. Aspine Law & Business, 1999.

^٢ انظر في هذا المعنى باللغة الإنجليزية

HENRY J. BROWN AND ARTHUR L. MARIOT, ADR PRINCIPLES AND PRACTICE 127 2nd Ed. Sweet & Maxwell, 1997.

^٣ المرجع السابق، ص. ١٢٧.

بواسطة حل معين مشترك توصل إليه أطراف النزاع بأنفسهم، بعد أن يسرت عملية الوساطة طريقهم إليه. أما التوفيق فيفضى أثره إلى صدور قرار من الموفق يحسم به النزاع المعروض عليه.^١ وليس أدل على هذا مما نص عليه المشرع المصرى فى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها فى المادة التاسعة على أن "تصدر اللجنة توصيتها فى المنازعة، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بمحضر وذلك فى ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إلى ها وتعرض التوصية - خلال سبعة أيام من تاريخ صدور ها - على السلطة المختصة والطرف الآخر فى النزاع، فإذا اعتمدت ها السلطة المختصة وقبل ها الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه فى محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها وتكون له قوة السند التنفيذى، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه." وعليه، كان المشرع المصرى واضحاً صريحاً فى أن المسار الطبيعى لعملية التوفيق يفضى إلى صدور قرار من لجنة التوفيق فى موضوع المنازعة الإدارية.^٢ ولا يقدح فى ذلك أن القرار إنما هو توصية غير ملزمة للأطراف المتنازعة، بحيث لا يتم اعتمادها ولا يجوز الاحتجاج بها إلا بقبولهم لها.^٣

^١ المرجع السابق، ص. ٤٢٢.

^٢ أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا، المرجع السابق، ص. ٦٩.

^٣ المرجع السابق، ص. ٦٩.

الوساطة والدعوى

١٣- وفق سنن المقارنة، نجد أن الدعوى القضائية تطابق الوساطة في مواضع، وتغايرها في أخرى. فمن الناحية الأولى، تماثل الدعوى القضائية الوساطة من زاويتين أساسيتين. أولهما الموضوع، المتمثل في النزاع. فموضوع الدعوى القضائية الإدارية وكذلك الوساطة هو النزاع الإداري. وجرياً على سنن المرافعات الإدارية، يكتسب النزاع صفة الإدارية بجماع عنصرين. أحدهما عضوى يخص أطراف النزاع. فلا يصدق وصف الإدارى على النزاع، إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام.^١ والآخر موضوعياً يتعلق بموضوع النزاع. فينبغى أن يكون موضوع النزاع إدارياً متعلقاً بإدارة الشخص العام لمرفق عام، سواء بما صدر عنه من أعمال وتصرفات أو بامتناعه عن القيام بعمل، مستخدماً في ذلك أساليب القانون العام.^٢ وثانيهما الغاية. فالدعوى القضائية تتفق مع الوساطة في الغاية من كل منهما. فإذا كان الخصوم تستهدف بالدعوى القضائية إقتضاء حقوقهم وحماية مصالحهم محل التنازع، فالأمر يجرى على ذات الحال فيما يتعلق بالوساطة. فالوساطة، على النحو الوارد سلفاً، يبتغى بها الخصوم توسيط طرف ثالث، يُعتبر من الغير بالنسبة للنزاع، لتقريب وجهات نظرهم وتسهيل التشاور والتداول بينهم بغية الوصول إلى حل مشترك يقبله الخصوم، وبمقتضاه يحصل كل

^١ أ. د. محمد باهى أبو يونس، إقتضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠٠٧، ص. ١٢-١٣.

^٢ المرجع السابق، ص. ١٣.

ذى حق على حقه وبه تتم تسوية النزاع. أما من الناحية الثانية، فالدعوى القضائية، وإن تشابهت مع الوساطة فى الموضوع والغاية، إلا أن مواطن التنافر والتضاد بينهما لا يغفلها المدقق المنصف. وبالرغم من تعدد مواطن الافتراق بين الدعوى والوساطة، إلا أننا نخص بالذكر أهمها. فالدعوى، أولاً، هى أشهر الطرق القضائية التى يعترف بها وينظمها القانون للأشخاص بغية اقتضاء حقوقهم وحماية مصالحهم. إذن، جرياً على ما تواتر عليه الفقه ونزولاً على ما هو مستقر فى سنن المرافعات الإدارية، فالدعوى وسيلة ينظمها القانون، يلج سبيلها الخصوم بغية حسم نزاعهم الإدارى بواسطة القاضى الإدارى. ولعل هذا هو ما حدا بجانب من الفقه للقول بأن الدعوى وحق اللجوء إلى القضاء فى هذا الشأن سواء يُرادف كلاهما الآخر.¹ فى حين نادى البعض بأن الدعوى إنما هى بمثابة الأثر المترتب على تفعيل الحق الدستورى فى الالتجاء إلى القضاء.² على خلاف ذلك، فالوساطة، من الوجهة المقابلة، هى إحدى السبل الودية لتسوية المنازعات الإدارية، وهى من هذه الزاوية تتشابه مع التوفيق والتحكيم. وإن كان هذا الأخير يُعرف بكونه سبيل شبه قضائى لتسوية المنازعات. تأسيساً على ذلك، فالدعوى تغاير الوساطة من جهة

¹ انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

DUGUIT L, Traité de droit constitutionnel, Paris. E. des Baccard, 3^e éd. 1972, Première Partie, p. 457.

² انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

VINCENT J. et GUINCHARD S., Procédure civile, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1994, p. 55.

الحماية الدستورية، ورسمية الإجراءات، ومدى احتدام النزاع. فمن ناحية أولى، عادةً ما يحرص المشرع الدستوري في أغلب الدساتير على كفالة حق الأفراد في التقاضى والمثول أمام قاضيهم الطبيعي باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية. والحق في التقاضى، على النحو السابق الإشارة إليه، وثيق الصلة بالدعوى القضائية، حيث تعتبر تلك الأخيرة بمثابة آلية تفعيله. ومن ناحية أخرى، يُعنى المشرع العادى بتنظيم الدعوى القضائية، فيصاغ لها من الأحكام والإجراءات والمواعيد ما تستقر به باعتبارها الإجراء الذى تُفتتح به الخصومة.¹ فضلاً عن ترتيب الجزاءات الإجرائية حال مخالفة تلك الأحكام والإجراءات والمواعيد. أخيراً، لئن كانت الدعوى، كما سبق الذكر، تعتبر سبيلاً قضائياً للتسوية، فلجوء أطراف النزاع لتسوية نزاعهم بها إنما ينم عن احتدام هذا النزاع وبلوغ أطرافه مبلغاً يصعب معه تقريب وجهات النظر والتحاور. فى حين أن اللجوء إلى الوساطة، كونها سبيلاً ودياً للتسوية، يعنى رغبة الأطراف المتنازعة فى تجنب الرسمية فى الإجراءات وحرصهم على الحفاظ على ودية العلاقات، وإيمانهم بإمكانية التحاور وبقدرتهم على الوصول إلى حل يرتضونه ويحافظ على مصالحهم الخاصة. ثانياً: تفترق

¹ انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٢٦٥ لسنة ٣٧ ق. - جلسة ١٦ يوليو ١٩٩٦، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الواحدة والأربعون - الجزء الثانى من أول إبريل سنة ١٩٩٦ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٦، ص. ١٤٨٥. راجع كذلك حكمها فى الطعن رقم ٣٥٤٩ لسنة ٤٠ ق. - جلسة ٤ سبتمبر ١٩٩٧، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية والأربعون - الجزء الثانى من أول مارس سنة ١٩٩٧ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٧، ص. ١٤٥٩.

الدعوى عن الوساطة فى الفلسفة التى يستند إليها النظامان. فالأولى بما تتطوى عليه من مظاهر الاختصام والتقاضى تحمل معانى الكسب والخسارة، وغالبًا ما يسعى المدعى فيها، فضلًا عن اقتضاء حقه وحماية مصالحه، إلى الانتقام من خصمه. على الجانب الآخر، تُعنى الوساطة، كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، بتلافى ظاهرة الاختصام وتقليل حدة النزاع، وذلك من خلال محاولة خلق مساحة من الحوار بين الأطراف المتنازعة وتقريب وجهات نظرهم بواسطة الوسيط، وذلك بغية تمكينهم من الوصول إلى تسوية مشتركة يرتضونها، على النحو السابق بيانه. تأسيسًا على ذلك، لا تتشغل الوساطة بمفهوم العقوبة وفلسفتها، ولكنها، بدلاً من ذلك، تركز على مساعدة الأطراف المتنازعة على إيجاد حلول مقبولة لهم. أخيرًا، تبقى نقطة هامة نود الإشارة إليها تتمثل فيما سبق وتم التنويه عنه من أن ليس كل المنازعات تقبل الوساطة فيها. فالوساطة تضحي خيارًا وديًا يمكن اللجوء إليه فى المنازعات التى تقبل الصلح، أما ماعدا ذلك من منازعات تتعلق بالنظام العام وأمن ومصلحة الدولة، فلا يكون لغير طريق الدعوى القضائية بديلاً.

خطة البحث

١٤- الواقع من الأمر أن إنعام النظر فى طبيعة وذاتية الوساطة الإدارية، فضلًا عن كنهها فى بعض الأنظمة القانونية المقارنة، على النحو السابق تحديده، يكشف عن أن تلك الآلية، وإن كانت قد بزغ نجمها واستقرت فى القانون الخاص،

باعتبارها وسيلة ودية لتسوية المنازعات المدنية، إلا أنها لا تزال تتلمس طريقها فى القانون العام، حديثة العهد بمنازعاته. بيد أن العديد من الأنظمة القانونية، وفى مقدمتها النظام القانونى الفرنسى، قد فطنت إلى أهمية تبنى آلية الوساطة كبديل عن الطريق القضائى لتسوية المنازعات الإدارية، بغية تحصيل جملة من المناقب. لعل أهم تلك المناقب يتمثل فى تحقيق مصلحة الخصوم فى سرعة الفصل فى نزاعاتهم والحفاظ على خصوصية وسرية أوجه النزاع، وما أبدى فيه من شهادات ودفع وما قدم فيه من مستندات وأدلة، من جهة. وإدراك مصلحة القاضى الإدارى فى التخفيف من عبء الدعاوى المنظورة أمامه، بما يستتبعه هذا من خدمة أفضل للعدالة، من جهة أخرى.

صاغت هذه المصالح معالم الوساطة الإدارية، كوسيلة ودية لتسوية المنازعات الإدارية بغير الطريق القضائى، فى النظام القانونى الفرنسى، بحيث تضافرت جهود المشرع والقضاء الإدارى لصياغة الأحكام القانونية المحددة لمسوغات استعمال الوساطة الإدارية، والمقررة لنطاقها. وفق هذا البيان، فالنهج الذى صادفه الباحث فى هذه الدراسة يتمثل أولاً فى تحديد النظام القانونى للوساطة الإدارية فى النظام القانونى الفرنسى، من حيث تشكيل لجان الوساطة، والتنظيم العضوى والوظيفى للوساطة الإدارية، وصور الوساطة الإدارية وإجراءاتها فى ضوء قانون العدالة الإدارية الفرنسى، وذلك فى فصل أول. يتبعه ثانياً حديث عن إحدى الصور المميزة للوساطة الإدارية فى النظام القانونى الفرنسى، والمتمثلة فى الوساطة الإدارية الإلزامية، من حيث ذاتيتها وطبيعتها ومدى جدواها، وذلك فى فصل ثان.

الفصل الأول

النظام القانونى للوساطة فى المنازعات الإدارية

تمهيد

١٥- للوساطة، كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، نظام قانونى يحكمها، صاغت معالمه القوانين المتعاقبة المنظمة لها. ذلك النظام القانونى يُلقى مزيداً من الضوء عن طبيعة نظام الوساطة والمركز الوظيفى للوسيط، من حيث مدى استقلاليته والاختصاصات التى يعهد القانون له ممارستها. وفق هذا التصوير، يمكن اختزال النظام القانونى للوساطة فى عنصرين أساسيين. أولهما: كيفية تشكيل لجان الوساطة، أو بالأحرى كيفية تعيين الوسيط. وثانيهما: اختصاصات لجان الوساطة.

المبحث الأول تشكيل لجان الوساطة

تمهيد

١٦- ورد غير بعيد أن الوساطة فى المنازعات الإدارية قد شهدت العديد من مراحل التطور لا سيما فى النظام القانونى الفرنسى، تحت وطأة نظام أمين المظالم البرلمانى فى انجلترا، وذلك قبل أن يفرده المشرع الفرنسى فى قانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ فى ٤ مايو ٢٠٠٠، فى الفصل الثالث من الباب الأول منه، تنظيمًا قانونيًا للوساطة فى المنازعات الإدارية. وقد نهج المشرع المصرى ذات النهج فى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، بشأن إنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفًا فيها، حين نص على كيفية تشكيل لجان التوفيق، والتى تعتبر فى نظر أغلب الفقه المصرى المعادل لوسيط الجمهورية فى فرنسا أو لنظام الوساطة بصفة عامة. وعلى النقيض من هذا، فقد أحجم المشرع الفيدرالى الأمريكى عن تحديد نظام قانونى معين بشأن كيفية تعيين الوسيط أو تشكيل لجان الوساطة سواء فى قانون الإجراءات الإدارية الصادر فى ١١ يونيو ١٩٤٦، أو قانون تسوية المنازعات الإدارية لسنة ١٩٩٦. تأسيسًا على ذلك، وجب تجلية هذا الأمر، بتحديد كيفية تشكيل لجان الوساطة فى كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، ولجان التوفيق فى النظام القانونى المصرى.

المطلب الأول

تشكيل لجان الوساطة فى النظام القانونى الفرنسى

١٧- على نحو ما ذُكر سلفاً، وجدت الوساطة، كأحد طرق التسوية البديلة للمنازعات الإدارية، طريقها فى النظام القانونى الفرنسى فى نظام وسيط الجمهورية (Le Médiateur de la République) والذى ظل مطبقاً لمدة ثمانية وثلاثين عاماً فى الفترة من عام ١٩٧٣ حتى عام ٢٠١١^١. وذلك قبل أن يتم إدراج نظام قانونى لها، بموجب القانون رقم ١٥٤٧ لسنة ٢٠١٦ الصادر فى ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، فى قانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ فى ٤ مايو ٢٠٠٠.

أولاً: التنظيم العضى لوسيط الجمهورية فى فرنسا

Médiateur de la République en France

١٨- أنشأت وظيفة وسيط الجمهورية فى فرنسا بمقتضى القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، المعدل بموجب القانون رقم ١٨-٨٩ الصادر فى ١٣ يناير ١٩٨٩. وقد كان إنشاء وسيط الجمهورية استجابة إلى الحاجة الداعية إلى

^١ انظر باللغة الفرنسية

BAUDOT P.-Y. et REVILLARD A., Le médiateur de la république: périmètre et autonomisation d'une institution, REVUE FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, 2011/3 n° 139, p. 339-352.

ربط المواطن الفرنسي بالإدارة بشكل أفضل، لتحسين جودة الخدمة المقدمة إليه من المرافق الإدارية بالدولة.^١ وقد حدد المشرع الفرنسي فى المادة الأولى من القانون رقم ٧٣-٦ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣ أن وسيط الجمهورية هو سلطة مستقلة،^٢ يتلقى، بموجب الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون، الشكاوى المتعلقة بشأن أداء إدارات الدولة والسلطات العامة المحلية والمؤسسات العامة، وأى هيئة أخرى لديها تقدم خدمة عامة، وعلاقتهم بالمواطنين. وإمعاناً فى التأكيد على استقلالية وسيط الجمهورية، فقد نصت المادة فى عجزها على أن الوسيط لا يتلقى ثمة أوامر أو توجيهات من أية سلطة أخرى من سلطات الدولة. بيد أن تلك الاستقلالية كادت أن تُطمس معالمها حين عهد فى المادة الثانية من القانون إلى السلطة التنفيذية منفردة سلطة تعيين وسيط الجمهورية لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد بواسطة مرسوم يصدر فى مجلس الوزراء. غير أنه، حفاظاً على استقلالية وسيط الجمهورية، حرص المشرع فى ذات المادة على النص على عدم جواز إنهاء مهامه قبل انتهاء مدته المُعينة بموجب القانون (ست سنوات)، ما لم يكن قادراً على القيام بمهام وظيفته وفقاً للشروط المحددة بموجب مرسوم يصدر ويوافق عليه مجلس

^١ انظر باللغة الفرنسية

LEGATTE P., Le Médiateur de la République: Situation Actuelle, LA
REVUE ADMINISTRATIVE, 1986/39e Année n° 233, p. 431-435.

^٢ وقد أكد مجلس الدولة الفرنسى استقلالية وسيط الجمهورية فى قرار جمعيته العامة قـم ٥١٣٠

الصادر فى ١٠ يوليو ١٩٨١

C.E., Ass., 10 juillet 1981, N° 05130 punlié au recueil Lebon, p. 303.

الدولة. علاوة على ذلك، فقد حظر القانون في المادة الثالثة منه مقاضاة وسيط الجمهورية أو تفتيشه أو توقيفه أو اعتقاله أو محاكمته بسبب آرائه أو ما يصدر عنه من أفعال وتصرفات بمناسبة ممارسته لمهام وظيفته.

صاغت النصوص السابقة الواردة في القانون رقم ٦-٧٣ الصادر في ٣ يناير ١٩٧٣، المعدل بموجب القانون رقم ١٨-٨٩ الصادر في ١٣ يناير ١٩٨٩، معالم التنظيم العضوى لوسيط الجمهورية من حيث كيفية التعيين والاستقلالية. ولئن كان ظاهر النصوص السابقة يكشف عن أن السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء، والذي يترأسه رئيس الجمهورية وفقاً للدستور الفرنسي الحالى لسنة ١٩٥٨^١، تتمتع بسلطة تقديرية تكاد تكون مطلقة في تعيين وسيط الجمهورية، إلا أن هذا التنظيم العضوى لم يكن محلاً لتوافق كبير قبل تبنيه تشريعياً. فقد تعددت الآراء في فرنسا بين مؤيد لضرورة انتخاب وسيط الجمهورية من قبل البرلمان، وآخر يرى أن يكون انتخابه من قبل السلطة القضائية ممثلة في الجمعية العامة لمجلس الدولة والجمعية العامة لمحكمة النقض^٢. ولكن يبدو أن الأمر قد استقر في النهاية إلى إيكال مهمة تعيين الوسيط إلى السلطة التنفيذية بغية ضمان استقلاله عن الأحزاب السياسية البرلمانية وكذلك السلطة القضائية.

^١ نصت المادة التاسعة من الدستور الفرنسي الحالى لسنة ١٩٥٨ على أنه "يترأس رئيس

الجمهورية مجلس الوزراء".

^٢ انظر أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية في فرنسا، المرجع السابق، ص.

والواقع من الأمر أن مظاهر السلطة التقديرية الواسعة التي أثبتتها المشرع الفرنسى للسلطة التنفيذية إزاء تعيين وسيط الجمهورية، لا تقف فقط عند حدود غياب السلطات أو الهيئات الأخرى التي كان من الممكن أن يُعهد لها بدور من شأنه أن يكبح جماح السلطة التنفيذية عن طريق مشاركتها اختيار الوسيط - إما بضرورة استطلاع رأيها قبل صدور مرسوم التعيين من قبل رئيس الجمهورية أو من خلال التصديق على اختيار مجلس الوزراء للوسيط - بل تتعدى تلك السلطة ذلك الحد لتذهب أبعد من ذلك. فالواقع من الأمر أن التأمل فى النصوص القانونية السابقة يُفصح عن أن المشرع الفرنسى فى القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣ لم يشترط ثمة شروط معينة يستلزم توافرها فى شخص الوسيط. فلم يتطلب القانون أن يكون وسيط الجمهورية منتمياً إلى الوسط القانونى، فلا يستلزم الأمر أن يكون أستاذاً فى القانون أو محام أو قاضى.^١ ولعل الحكمة من ذلك تكمن فى رغبة المشرع الفرنسى فى منح السلطة التنفيذية قدراً واسعاً من حرية التقدير بشأن اختيار شخص الوسيط بحيث يُراعى عند اختياره عدة عوامل أهمها قدرته على التواصل وعلاقاته بسلطات الدولة لا سيما البرلمان.

على الجانب الآخر، فيما يتعلق باستقلالية وسيط الجمهورية، فثمة سؤالان جديران بالطرح: أولهما موضوعى يتعلق بأى من المسائل تعتبر وثيقة الصلة بفكرة استقلالية عمل الوسيط؟ وثانيهما عضوى يتعلق بأى من السلطات والجهات يتمتع

^١ المرجع السابق، ص. ٣٠.

الوسيط فى مواجهتهم باستقلالية؟ فيما يتعلق بالسؤال الأول، تعتبر مسائل مثل شروط التعيين والجهة المنوط بها التعيين، ومدة التعيين ومدى إمكانية إعادة التعيين، وتجنب تضارب المصالح المحتمل من المسائل وثيقة الصلة باستقلالية عمل الوسيط.^١ وفق هذا التصوير، فاستقلالية الوسيط فى مقامنا هذا تعنى إمكانية قيامه بمهام وظيفته، مع ما يقتضيه هذا من استقصاءات وتحقيقات، بدون ضغوط أو تعليمات وتوجيهات خارجية.^٢ وكذلك تخويله الصلاحيات اللازمة لإجراء تحقيقات فعالة والتواصل مع الجهات والمؤسسات الإدارية المختلفة، مثل الحق فى الاطلاع على المستندات والحصول على الأدلة وسماع الأطراف المعنية.^٣ أما بالنسبة للتساؤل الثانى، فاستقلال وسيط الجمهورية عضوياً يعنى ضرورة تحرره من قيود وضغوط المؤسسات والجهات الذين تخضع أنشطتهم لرقابته. فضلاً عن ذلك، فالاستقلال العضوى لوسيط الجمهورية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعلاقته بالسلطة المختصة بتعيينه. على سبيل المثال، كثيراً ما يُحتفى بالأنظمة القانونية التى تعهد

^١ انظر باللغة الإنجليزية

ALAN DASHWOOD, JOHN SPENCER, ANGELA WARD, AND CHRISTOPHE HILLION
EDS., CAMBRIDGE YEARBOOK OF EUROPEAN LEGAL STUDIES 202 Vol. 3,
Hart Publishing 2001.

^٢ المرجع السابق، ص. ٢٠٢.

^٣ انظر باللغة الإنجليزية

R. Fernhout, Establishment of the Institution of Ombudsman, SPEECH TO
A CONFERENCE ON THE ROLE AND INSTITUTION OF OMBUDSMAN, Prague, 27-
28 April 2000.

إلى مجالسها التشريعية بسلطة تعيين الوسيط، لما فى ذلك من ضمانة أكثر لاستقلاليتة ونزاهته، كما هو الأمر فى دولتى الدانمارك والسويد.^١ والغرض من ذلك ليس خضوع الوسيط للسلطة التشريعية بل ضمان استقلاليتة عن السلطة التنفيذية. بيد أن بعض الأنظمة القانونية قد تخيرت أن يتم تعيين الوسيط من قبل السلطة التنفيذية على أن يتم ضمان استقلاليتهم بآليات أخرى. فوسيط الجمهورية الفرنسى يُعين من قبل رئيس الجمهورية فى مجلس الوزراء.^٢

فإن كان المشرع الفرنسى قد آثر إطلاق يد السلطة التنفيذية فى تعيين وسيط الجمهورية، بواسطة المرسوم الصادر عن رئيس الجمهورية فى مجلس الوزراء، فاستطرد التأمل فى القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣ بشأن إنشاء

^١ تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٤٧٣ الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٩٦ بشأن أمين المظالم الدانماركى الوسيط، والمعدل بموجب القانون الموحد رقم ٥٥٦ الصادر فى ٢٤ يونيو ٢٠٠٥، والقانون الموحد رقم ٥٠٢ الصادر فى ١٢ يونيو ٢٠٠٩، والقانون الموحد رقم ٥٦٨ الصادر فى ١٨ يونيو ٢٠١٢، والقانون الموحد رقم ٣٤٩ الصادر فى ٢٢ مارس ٢٠١٣، على أن "بعد كل انتخابات عامة وحال شغور المنصب، ينتخب الفولكتينغ البرلمان الدانماركى أميناً للمظالم."

وكذلك نصت المادة الثانية من قانون الريكسداج السويدى على أن "ينتخب المجلس التشريعى الريكسداج أمناء المظالم بموجب المادة السادسة من الفصل الثالث عشر من صك الحكومة للإشراف على تطبيق القوانين والتشريعات الأخرى المتعلقة بممارسة الأنشطة العامة."

^٢ تجدر الإشارة إلى أن قانون الوسيط البرلمانى البريطانى لسنة ١٩٦٧ قد نص فى مادته الأولى على أن "غرض إجراء التحقيقات وفقاً للأحكام التالية من هذا القانون، يتم تعيين مفوض وسيط يُعرف باسم المفوض البرلمانى للإدارة بواسطة التاج جلالة الملكة."

وظيفة وسيط الجمهورية يكشف عن حقيقة كونه يعج بالنصوص القانونية الضامنة لاستقلال الوسيط عن السلطة التنفيذية. فكما ورد غير بعيد، جاءت المادة الأولى من القانون رقم ٦-٧٣ صريحة في أن وسيط الجمهورية إنما هي مؤسسة مستقلة، وأن الوسيط، في حدود صلاحياته المخولة، لا يتلقى ثمة تعليمات أو توجيهات من أى سلطة من سلطات الدولة. وذلك قبل أن تضمن المادة الثانية من ذات القانون استقلالية الوسيط تجاه السلطة التنفيذية المختصة بتعيينه. فوفقاً للمادة الثانية يُعين الوسيط لمدة ست سنوات، ولا يجوز إنهاء خدمته خلال هذه المدة إلا بناء على مرسوم يوافق عليه مجلس الدولة الفرنسى حال ارتكابه أفعال معينة تتنافى مع مقتضيات صلاحيته لتولى منصب الوسيط. وإمعاناً في ضمان الاستقلالية وفي محاولة لحماية الوسيط من عسف سلطات الدولة، لا سيما التنفيذية، حظرت المادة الثالثة من القانون، فيما يُعرف بمادة التحصين، مقاضاة وسيط الجمهورية أو تفتيشه أو توقيفه أو اعتقاله أو محاكمته بسبب آرائه أو ما يصدر عنه من أفعال وتصرفات بمناسبة ممارسته لمهام وظيفته. أما على مستوى الاستقلال المالى، فقد أورده المشرع الفرنسى ذكراً في المادة الخامسة عشر من القانون حين نص على أن يتم تسجيل الاعتمادات المالية اللازمة لإنجاز مهمة وسيط الجمهورية في برنامج "توجيه عمل الحكومة" المتعلق بحماية الحقوق والحريات الأساسية. فضلاً عن أن القانون الصادر في ١٠ أغسطس ١٩٢٢ بشأن تنظيم مراقبة النفقات الحكومية المتكبدة لا يُعد منطبقاً على الاعتمادات المالية المخصصة لوظيفة وسيط الجمهورية، بما يتضمنه ذلك من استبعاد تقديم حسابات شهرية إلى وزير الاقتصاد

والمالية والوزراء المعنيين، وكذلك إلى اللجان المالية فى غرفتى المجلس التشريعى (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ).^١ ويجوز لوسيط الجمهورية تشكيل مجلس من معاونين من خلال تعيين واحد أو أكثر من الراغبين فى التعاون وإنهاء مهامهم دون معقب. كما يجوز له تعيين جملة من موظفى الخدمة المدنية والوكلاء الذين لا يشغلون وظيفة عامة.^٢

ثانيًا: التنظيم الوظيفى لوسيط الجمهورية فى فرنسا

١٩- من المعلوم، بداية، أنه لا خلاف فى الفقه الإدارى الفرنسى على أن وسيط الجمهورية إنما هو سلطة إدارية مستقلة.^٣ وهو ذات المبدأ الذى كرس القضاء الإدارى الفرنسى وجوده، حين قضى مجلس الدولة الفرنسى أنه "بالنظر إلى طريقة تعيين وسيط الجمهورية، فهو يُعتبر بمثابة سلطة إدارية مستقلة."^٤ ولئن كان الأصل فى الحديث عن السلطات الإدارية المستقلة لا يستقيم بغير بيان سند نشأتها وكيفية

^١ المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٠ أغسطس ١٩٢٢، معدلة بموجب المادة الثامنة عشر من المرسوم رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٥ الصادر فى ٢٧ يناير ٢٠٠٥، والداخل حيز النفاذ اعتبارًا من ١ يناير ٢٠٠٦.

^٢ المادة الخامسة عشر من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣ بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية.

^٣ انظر باللغة الفرنسية

Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, EDCE n°52, la Documentation française, Paris, 2001.

^٤ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى

CE., Ass., 10 juillet 1981, Retail, Rec. p. 302.

تشكيلها والتعيين فيها من جهة، واختصاصاتها وصلاحياتها الوظيفية من ناحية أخرى، فالحديث عن وظيفة وسيط الجمهورية لا يُعد استثناء عن هذا الأصل. وحيث أن الوساطة، كآلية بديلة لتسوية المنازعات الإدارية وفي إطار تناولها في ضوء وسيط الجمهورية الفرنسي، شأنها كشأن التحكيم والتوفيق، تقتض وجود طرفاً محايداً، يُعتبر من الغير بالنسبة للخصوم الأصليين، يُناب به تسوية النزاع أو على الأقل تقديم مقترحات وتوصيات التسوية، فالمنطق القانوني السليم يقتضى الوقوف على ماهية اختصاصات وصلاحيات الوسيط، وذلك بعد أن تناولنا فيما سبق كيفية تعيينه والجهة المنوط بها هذا التعيين.

وفق هذا التصوير، يحسب الباحث عدم المغالاة في ظنه بالقول إنه وفقاً للمفهوم النصي، يمكن اختزال اختصاصات الوسيط في أنه حين يمارس مهام وظيفته إنما يتحدث بلسان العدالة والإنصاف أكثر من كونه يتحدث بلسان القانون. ولعل ما أورده المشرع الفرنسي في القانون رقم ٦-٧٣ الصادر في ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، ما يدل على سلامة هذه الواجهة، وذلك حين نص في المادة التاسعة من القانون سالف الذكر على أنه إذا ما ظهر لوسيط الجمهورية الفرنسية، أثناء نظره القضية المعروضة عليه، أن تطبيق التدابير القانونية أو الإدارية سيؤدي إلى ظلم أو إجحاف، وحال كون الشكوى المقدمة لها ما يبررها، توجب عليه أن يُوصى بأى حل من شأنه أن يؤدي إلى تسوية عادلة للمدعى. استطراد التأمل فيما نص عليه المشرع الفرنسي، يكشف عن أن هذا الأخير قد انصرف قصده إلى التأكيد على أن اختصاصات وسيط الجمهورية ومهامه

الوظيفية، فى سياق الشكاوى التى يتلقاها، تتمحور حول تحقيق العدالة ، والتى هى فى الأساس فكرة مجردة تعتمد بشكل كبير على حدس القائمين على تطبيقها. وعليه يضحى وسيط الجمهورية غير ممثل للمواطنين ولا للإدارة على السواء.¹

تأسيساً على ذلك، فلازم الأمر، وفق التصوير السابق، يقتضى التسليم بأمر ثلاثة. أولهما: أن وسيط الجمهورية يُحظر عليه التدخل بتوصيات أو اقتراحات أو نصائح إلا حيث يتم إثبات الضرر الناتج عن عمل الإدارة بشكل واضح لا لبس فيه. ولعل ذلك هو ذات ما قصده الباحث سلفاً بالقول بضرورة أن تكون الشكوى المقدمة ضد الإدارة لها ما يبررها - أى مدعومة بأدلة من شأنها التأكيد على ثبوت الخطأ فى جانب الإدارة. ثانيهما: التوصية أو الاقتراح الصادر عن الوسيط باعتباره المعبر الحقيقى عن العدالة، لا يصح بأى حال من الأحوال اعتباره بمثابة رأى فقهى قانونى، أو كونه يخلق سابقة قضائية يجوز التعويل عليها فيما تشابه من وقائع ومنازعات مستقبلية. أخيراً: لئن كانت اختصاصات وسيط الجمهورية يمكن اختزالها فى سعيه لتحقيق العدالة، كما سبق الذكر، فما يقدمه من اقتراحات وتوصيات للتسوية، قد تفتقد المسوخ القانونى النصى ولكنها تحقق العدالة من وجهة نظره، يجب على ممثل الإدارة فى عملية الوساطة حال قبوله مقترح أو توصية

¹ انظر باللغة الفرنسية

CASTEIGTS M., Les paradoxes de l'équité territoriale, VERS UN NOUVEAU MODELE DE GOUVERNANCE, L'Harmattan, 2013, p. 2.

DELEVOYE J.-P., Du Médiateur de la République au Défenseur des droits, INFORMATIONS SOCIALES 2010/2 n° 158, p. 66.

التسوية مدعومًا من سلطته الإدارية الرئاسية وفقًا للتسلسل الهرمي للإدارة المعنية. بناء على ذلك، يمكن القول إن وسيط الجمهورية، وفقًا للدور الذى رسم حدوده المشرع الفرنسى والمتمثل أولاً وأخيراً فى محاولة تحقيق العدالة، يعتمد فى النهوض به بشكل كبير على تلمس نهج الحياة اليومية للمواطنين فى احتكاكهم بالإدارة، ووفقاً لظروف ووقائع كل حالة وشكوى على حدة.

الواقع من الأمر أن فكرة السعى لتحقيق العدالة بقدر الإمكان وبصرف النظر عن ظاهر النصوص القانونية قد صاغت معالم اختصاصات وصلاحيات وسيط الجمهورية الفرنسية فى القانون رقم ٦-٧٣، حيث عمد المشرع الفرنسى إلى وضع تعريف دقيق لسمات وسلطات الوسيط، وتخويله بعض الآليات القانونية التى من شأنها إعانته على إنجاز المهام الموكولة له. وعليه، رسم المشرع الفرنسى الطريق الذى به يتم منح وسيط الجمهورية الاختصاص بنظر الشكاوى التى يختصم فيها الأفراد جهات الإدارة. فوفقاً للمادة الأولى من قانون إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية رقم ٦-٧٣، يتمثل اختصاص وسيط الجمهورية فى تلقى الشكاوى المتعلقة بعلاقات الأفراد وإدارات الدولة والسلطات العامة المحلية والمؤسسات العامة و الجهات التى تؤدى خدمات عامة. يُستفاد من ذلك أن المشرع الفرنسى قد وضع اختصاصاً عاماً للوسيط يستغرق مجالات تطبيق وإعمال القانون العام، سواء ما تعلق بأنشطة المرافق العامة الإدارية والإقتصادية وإدارتها، وكذلك ما يتعلق بأنشطة الأشخاص

الاعتبارية الخاصة.^١ وذلك قبل أن ينص المشرع فى ذات القانون على أنه يجوز لأحد الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية بموجب شكوى فردية، إذا ما تراءى له، بمناسبة مسألة متعلقة به، أن إحدى إدارات الدولة أو السلطات العامة المحلية أو مؤسسة عامة أو أى جهة أخرى منوط بها أداء خدمة عامة، قد تتكبت وجه المصلحة العامة، أن يطلب عرض مظلته على وسيط الجمهورية.^٢ وفيما يتعلق بكيفية اتصال الوسيط بالشكوى المقدمة، فقد نص المشرع على أن تُوجه الشكوى إلى أحد أعضاء الجمعية الوطنية أو أحد أعضاء مجلس الشيوخ، بحيث يتم إرسالها إلى وسيط الجمهورية إذا بدا لهم أنها تستأهل تدخل من هذا الأخير وأن ما ورد بها يدخل ضمن اختصاصه.^٣

فضلاً عن ذلك، فقد أكد المشرع الفرنسى فى المادة السادسة من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، معدلة بموجب المادة السابعة من القانون رقم ١٥٤٥ لسنة ٢٠٠٧، الصادر فى ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٧، أن اختصاص وسيط الجمهورية قد ينعقد بناء على طلب يوجهه الوسيط الأوروبى أو أى نظير أجنبى آخر، إذا ما تراءى لهم أن ما ورد إليهم من

^١ أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا، المرجع السابق، ص. ٨٨.

^٢ المادة السادسة من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، معدلة بموجب المادة السابعة من القانون رقم ١٥٤٥ لسنة ٢٠٠٧، الصادر فى ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٧.

^٣ انظر المادة السابقة.

شكاوى يستأهل تدخل وسيط الجمهورية الفرنسى ويندرج ضمن صلاحياته. وبالمثل أقرت المادة بإمكانية انعقاد اختصاص وسيط الجمهورية بشأن المسائل والاستفسارات التى قد يرى أعضاء البرلمان الفرنسى أنها تتطلب تدخله. كما يجوز لرئيس الجمعية الوطنية أو لرئيس مجلس الشيوخ، بناءً على طلب إحدى اللجان الدائمة فى البرلمان، يجوز لرئيس مجلس الشيوخ أو رئيس الجمعية الوطنية أن يحيل إلى وسيط الجمهورية أى التماس أو عريضة أحيلت إليه. وأخيرًا يدخل ضمن اختصاصات وسيط الجمهورية، اختصاصه بتنظيم الهيكل الإدارى لمؤسسة الوسيط، حيث حوّل له المشرع سلطة تعيين واحد أو أكثر من معاونين، وكذلك تجنيد بعض من موظفى الخدمة المدنية والوكلاء بعقود خاصة لا تخضع لقواعد القانون العام، على أن يتمتع الوسيط بسلطة إنهاء عقودهم والاستغناء عن خدماتهم فى أى وقت يحدده.^١ والنص على هذا النحو من شأنه منح الوسيط قدر كبير من سلطة التقدير والمرونة فى توظيف من يتوسم فيهم قدرتهم على مساعدته على القيام باختصاصاته، لا سيما فيما يتعلق بإمكانية تفويضهم فى استدعاء المسؤولين بالمجالس البرلمانية وممثلى القطاعين العام والخاص والعاملين بهم بغية فحص وتمحيص الشكاوى المقدمة إليه والفصل فيها.^٢

^١ المادة الخامسة عشر من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، معدلة بموجب المادة ١٥٢ من القانون رقم ١٤٢٥ لسنة ٢٠٠٨، الصادر فى ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٨.

^٢ أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا، المرجع السابق، ص. ٧٢-٧٣.

من الوجهة المقابلة، كان المشرع الفرنسي حريصاً على النص على بعض الاختصاصات التي يُحظر على وسيط الجمهورية ممارستها. ويشمل هذا الحظر نوعين من الاختصاصات: أولهما فرضته طبيعة المنازعة الإدارية الناشئة. وثانيهما فرضته ضرورة الحفاظ على مقتضيات النظام القانوني السائد في الدولة من جهة، وطبيعة نظام الوساطة باعتبارها وسيلة بديلة أو إن شئنا قلنا استثنائية لتسوية المنازعات الإدارية. فمن الوجهة الأولى، أثر المشرع الفرنسي أن يخرج المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر في ٣ يناير ١٩٧٣، والمتمثلة في إدارات الدولة والسلطات العامة المحلية والمؤسسات العامة وأى هيئة أخرى لديها تقدم خدمة عامة.^١ والنص على النحو الذي أورده المشرع الفرنسي يفهم منه أن هذا الأخير قد استبعد من نطاق اختصاص وسيط الجمهورية المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة وبعضها البعض. ولعل الحكمة من استبعاد تلك المنازعات من اختصاص وسيط الجمهورية يكمن في رغبة المشرع في الحفاظ على الحد الفاصل بين مؤسسة الوسيط والقضاء الإداري الفرنسي، بحيث لا يتنازع كلاهما على اختصاص معين.^٢ فإذا كان وسيط الجمهورية وفقاً لنص المادة الأولى

^١ المادة الثامنة من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر في ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، معدلة بموجب المادة ٦٩ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٨٩، الصادر في ١٤ يناير ١٩٨٩.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

من القانون رقم ٦-٧٣ لسنة ١٩٧٣، يختص بالنظر فى الشكاوى المقدمة من الأفراد ضد الإدارة، سواء تمثلت فى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة، فالقضاء الإدارى يظل صاحب الاختصاص العام فى رقابة مشروعية أعمال الإدارة وملاءمتها، سواء فيما يتعلق بالمنازعات التى يختص بها وسيط الجمهورية، إذا ما آثر الأفراد أن يسلكوا مسلك التقاضى المعتاد، أو ما عداها من منازعات استبعدت من مجال اختصاص الوسيط بمقتضى القانون. فضلاً عن ذلك، يرى البعض من فقه القانون العام أن اختصاص وسيط الجمهورية، على النحو الوارد فى القانون رقم ٦-٧٣ لسنة ١٩٧٣، أوسع نطاقاً من اختصاص القضاء الإدارى كونه يشمل الرقابة على سوء أداء الإدارة وكيفية تحسين العلاقة بينها وبين الأفراد،^١ بما يستتبعه ذلك من بسط مجالات الرقابة لتشمل جميع أعمال وتصرفات الإدارة المتعلقة بحسن سير المرافق العامة وتحقيق مقتضيات العدالة والإنصاف.^٢ وفق هذا التصوير، يمكن القول إن المشرع الفرنسى قد فضل أن يمارس وسيط الجمهورية اختصاصات عن طريق الشكاوى المقدمة من قبل الأفراد ضد الإدارة.

DELAUNAY B., Le Mediateur de la Republique, Janiver presses universitaires de France, 1999, p. 65.

^١ أ. د. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا، المرجع السابق، ص. ١٠٣.

^٢ المرجع السابق، ص. ١٠٣.

بعبارة أخرى، ارتضى المشرع الفرنسى قصر اختصاصات الوسيط على المنازعات الناشئة عن علاقات الأفراد بالإدارة.^١

من الوجهة الثانية، حظر المشرع الفرنسى على وسيط الجمهورية أن يتدخل فى أى مسألة أو إجراء معروض أمام المحكمة المختصة ولأئياً، ولا أن يُشكك فى الأسس الموضوعية التى انعقد بناء عليها اختصاص المحكمة، ولا الأسس الموضوعية التى بنيت عليها تلك الأخيرة حكمها فى النزاع المعروض عليها.^٢ والواقع من الأمر أن المشرع الفرنسى كان موفقاً فى النص على هذا الأمر، وذلك رغبة منه فى تفادى التنازع بين مؤسسة الوسيط والقضاء الإداى على الاختصاصات. وغنى عن البيان أيضاً أن الحظر على النحو الذى صاغه المشرع الفرنسى يحمل فى طياته معنى الحفاظ على مقتضيات النظام القانونى السائد فى الدولة من جهة، بما يعنيه ذلك الأمر من ضرورة احترام ما فرضته طبيعة النظام القضائى المزدوج فى فرنسا، حيث أضحي القضاء الإدارى الفرنسى، مشكلاً من المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ومجلس الدولة، صاحب الاختصاص العام بنظر المنازعات الإدارية. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى حين حظر على وسيط الجمهورية

^١ انظر باللغة الفرنسية

DELAUNAY B., Le Mediateur de la Republique

المرجع السابق، ص. ٦٥.

^٢ المادة الحادية عشر من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، معدلة بموجب المادة ٦٩ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٨٩، الصادر فى ١٤ يناير ١٩٨٩.

التدخل فى الإجراءات القضائية أو التشكيك فى الأسس الموضوعية التى بنت عليها المحاكم قضائها، حرص على قصر جل اختصاصات وسيط الجمهورية أثناء نظر إحدى المنازعات أمام القضاء الإدارى على تقديم المقترحات والتوصيات إلى الإدارة محل المساءلة.^١

وتبقى نقطة أخيرة نود الإشارة إليها تتمثل فى أنه لئن كان الأصل أن الأحكام الإدارية هى أحكام نافذة وتصلح فى حد ذاتها سندًا تنفيذيًا، بحيث تعتبر واجبة التنفيذ بمجرد صدورها، إلا أن هذا الأصل لم يمنع من قيام إشكاليات عدم تنفيذ الأحكام الإدارية، لا سيما تلك الصادرة ضد الإدارة نظرًا لتقلت تلك الأخيرة من التزامها بالتنفيذ. هذا وإن كان المشرع الفرنسى قد حاول مواجهة تلك الظاهرة بآليات عدة لعل أهمها قد تمثل فى نظام الغرامة التهديدية والأوامر التنفيذية، وذلك بمقتضى الكتاب التاسع بعنوان تنفيذ الأحكام من قانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ فى ٤ مايو ٢٠٠٠ (المواد من ٩١١-١ إلى ٩٣١-٨)،^٢ إلا أنه قد صاغ أحد الحلول لمشكلة عدم تنفيذ الأحكام الإدارية فى القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية. فقد ورد فى نص المادة الحادية عشر من القانون سالف الذكر أنه يحق لوسيط الجمهورية، حال عدم الامتثال لحكم المحكمة بعد صيرورته نهائيًا، أن يوجه أمرًا

^١ المادة الحادية عشر من القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣.

^٢ لمزيد من المعلومات، راجع أ. د. محمد باهى أبو يونس، الغرامة التهديدية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠١٠، ص. ٤٠ وما بعدها.

إلى الجهة الإدارية الممتعة عن تنفيذ الحكم بتنفيذ هذا الأخير في غضون مهلة يحددها. فإذا لم يتم احترام هذا الأمر، يكون عدم تنفيذ الإدارة لقرار المحكمة موضوعاً لتقرير خاص يقدمه وسيط الجمهورية سنوياً إلى رئيس الجمهورية والبرلمان الفرنسي، ويُنشر في الجريدة الرسمية.¹ إنعام النظر في الحظر المفروض على وسيط الجمهورية بعدم التدخل في الإجراءات القضائية أو التشكيك فيما انتهى إليه القضاء من أحكام وقرارات من شأنه التأكيد على طبيعة نظام الوساطة باعتبارها وسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية. فلا تثريب على أطراف النزاع الإداري حيث اختاروا اللجوء إلى القضاء دون الوسيط. فهذا الاختيار إنما يُعبر عن الرغبة في تفعيل حقهم الدستوري في التقاضي والمثول أمام قاضيهم الطبيعي وسلوك الطريق الأصلي المقرر لإقتضاء الحقوق. علاوة على ذلك، فما أورده المشرع الفرنسي من أحكام تؤكد قصر جل اختصاص الوسيط على توجيه التوصيات والمقترحات إلى أطراف النزاع الإداري حال كون هذا الأخير معروضاً أمام القضاء، إنما يكشف عن الطبيعة الاستثنائية لنظام الوساطة إذا ما قُورن بإجراءات التقاضي المعتادة أمام القضاء الإداري. وقد صيغت معالم تلك الطبيعة الاستثنائية بالنصوص الواردة في قانون إنشاء الوسيط رقم ٦-٧٣ لسنة ١٩٧٣، حيث لا يعدو ما يصدر عن الوسيط أن يكون مجرد توصيات ومقترحات دونما أن

¹ جرى بالذكر أن المادة الرابعة عشر من قانون إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية رقم ٦-٧٣، الصادر في ٣ يناير ١٩٧٣، قد نصت على أن "يقدم وسيط الجمهورية إلى رئيس الجمهورية والبرلمان تقريراً سنوياً يُحدد فيه تقييم نشاطه. ويُنشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية، ويعتبر بمثابة البلاغ المقدم من وسيط الجمهورية لكل من المجلسين."

يكون لها طبيعة ملزمة أو ثمة أثر على أى نزاع معروض بالفعل أمام القضاء الإدارى أو قد يُعرض مستقبلاً.^١

الحقيقة أن النصوص التشريعية السابقة تقتضى قراءتها فى ضوء فلسفة المشرع الفرنسى فى قانون إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية والمتمثلة فى الاتجاه نحو رفع كفاءة الإدارة وخفض التكاليف وتحسين جودة الخدمة المقدمة للمواطنين، وهى كلها أهداف تعتبر وثيقة الصلة بشكل العلاقة بين الإدارة من جهة والأفراد من جهة أخرى.^٢ تأسيساً على ذلك، يمكن القول إن بعض الأهداف المرجو تحقيقها مثل مكافحة سوء الإدارة وتحسين العلاقات بين الإدارة وبين الأفراد، قد شكلت معالم اختصاصات وسيط الجمهورية الفرنسية، بحيث أضحت ما خوّل له من اختصاصات هدفه الأساسى تفادى تضليل الأفراد وتجنب الخطأ فى تطبيق القانون وتكثيف الوقائع، وبطء إجراءات التقاضى المعتاد.^٣

^١ انظر قرار مجلس الدولة الفرنسى

CE., 13 mars 1987, N° 51325, publié au recueil Lebon Mme ALEPEE X, p. 98.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

BAUDOT P.-Y. et REVILLARD A., Le médiateur de la république, p. 196.

^٣ انظر باللغة الفرنسية

GILLET S., Le médiateur de la République: inventions et formalisations, Thèse de doctorat en science politique, Université de Paris I, 1991.

المطلب الثانى

الوساطة فى المنازعات الإدارية فى ضوء قانون العدالة الإدارية

الفرنسى

٢٠- ورد غير بعيد أن القانون رقم ٦-٧٣ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٣، بشأن إنشاء وظيفة وسيط الجمهورية، كان بمثابة حجر الزاوية الذى عرف النظام القانونى الفرنسى بآلية الوساطة لتسوية المنازعات الإدارية بشكل مؤسسى. بيد أن القانون السابق قد تم إلغاؤه فى ٣١ مارس ٢٠١١ بمقتضى القانون رقم ٣٣٤ لسنة ٢٠١١ الصادر فى ٢٩ مارس ٢٠١١، والذى أنشأ وظيفة المدافع عن الحقوق *Défenseur des droits*، حيث حل هذا الأخير محل وسيط الجمهورية. ويتشابه المدافع عن الحقوق مع وسيط الجمهورية من حيث أن كليهما يتم تعيينه بواسطة رئيس الجمهورية لمدة ست سنوات بموجب مرسوم يصدر عنه فى مجلس الوزراء، ولا يجوز عزلهما إلا فى حالة عدم الصلاحية.^١ فضلاً عن ذلك، يُماتل المدافع عن الحقوق وسيط الجمهورية من حيث أن كليهما يعتبر سلطة دستورية وإدارية مستقلة، بمقتضاها لا يتلقى المدافع عن الحقوق أى تعليمات أو توجيهات من السلطات الأخرى.^٢ وبالرغم من أن اختصاصات وسيط الجمهورية قد انتقلت بالتبعية إلى المدافع عن الحقوق، غير أن هذا الأخير لم يعد مسئولاً عن الدفاع

^١ المادة الأولى من القانون رقم ٣٣٣ لسنة ٢٠١١ الصادر فى ٢٩ مارس ٢٠١١، بشأن إنشاء وظيفة المدافع عن الحقوق.

^٢ المادة الثانية من القانون رقم ٣٣٣ لسنة ٢٠١١ الصادر فى ٢٩ مارس ٢٠١١، بشأن إنشاء وظيفة المدافع عن الحقوق.

عن حقوق الأفراد فى مواجهة الإدارة فحسب،^١ بل ثبتت له صلاحيات أخرى تتعلق بتعزيز حقوق الطفل، ومكافحة التمييز، واحترام أخلاقيات الإدارة، ومراقبة أنشطة الأمن.^٢

بيد أن الباحث ينأى عن الخوض فى حديث مُفصل حول وظيفة المدافع عن الحقوق التى حلت محل مؤسسة وسيط الجمهورية، وهو الأمر الذى فرضته طبيعة الدراسة التى تُعنى فى المقام الأول بنظام الوساطة كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية. بناء على ذلك، سوف يقصر الباحث حديثه حول نظام الوساطة فى المنازعات الإدارية وفقاً لما أورده المشرع الفرنسى فى قانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ فى ٤ مايو ٢٠٠٠.

أولاً: الإطار القانونى للوساطة الإدارية فى قانون العدالة الإدارية

٢١- ورد ذات مرة أن الفضل يرجع إلى قانون تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين رقم ١٥٤٧ لسنة ٢٠١٦ فى تبنى قانون العدالة الإدارية الوساطة كآلية بديلة لتسوية المنازعات الإدارية. فبعد ما يقرب من أحد عشر عاماً من صدور القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر فى ٨ فبراير ١٩٩٥، بشأن تنظيم الولايات

^١ نصت المادة ١/٧١ من الدستور الفرنسى الحالى لسنة ١٩٥٨ على أن "يضمن المدافع عن الحقوق احترام الحقوق والحريات من قبل إدارات الدولة، والسلطات المحلية، والمؤسسات العامة، وكذلك من قبل أى جهة منوط بها أداء خدمة عامة، وفقاً لقانون الأساسى يحدد اختصاصاته."

^٢ انظر على سبيل المثال المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣٣ لسنة ٢٠١١ الصادر فى ٢٩ مارس ٢٠١١، بشأن إنشاء وظيفة المدافع عن الحقوق.

القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٥٤٧-٢٠١٦ الصادر في ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، بشأن تحديث العدالة في القرن الحادى والعشرين، وتحت عنوان "تفضيل الوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، على تضمين قانون العدالة الإدارية، الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر في ٤ مايو ٢٠٠٠، والداخل حيز النفاذ في ١ يناير ٢٠٠١، المواد من ٢١٣-١ إلى ٢١٣-١٠ والتي أضافت للباب الأول من القانون فصلاً ثالثاً بعنوان "الوساطة". وعليه، فقد أضحت الآن المواد ٢١٣-١ وحتى ٢١٣-١٠ من قانون العدالة الإدارية، الناشئة بموجب المرسوم رقم ٥٦٥ لسنة ٢٠١٧ الصادر في ١٨ أبريل ٢٠١٧، بشأن الوساطة في المنازعات المدرجة تحت اختصاص القاضى الإدارى، هي المؤسسة للوساطة الإدارية في فرنسا. وعلى النحو السالف بيانه، فقد مثلَّ التوجيه رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن البرلمان الأوروبى في ٢١ مايو ٢٠٠٨، بشأن التشجيع على الإحتكام للوساطة لتسهيل تسوية المنازعات ذات الطبيعة الدولية وإيجاد نوع من التوافق بين أعضاء الاتحاد الأوروبى حول كيفية تطبيق اتفاقات الوساطة، الدافع لدى وزارة العدل الفرنسية المرسوم رقم ١٥٤٠-٢٠١١ فى محاولة لتوفيق الأوضاع فى ظل توجيه البرلمان الأوروبى. وبإيعاز من توجيه البرلمان الأوروبى، تم استبدال مصطلح التوفيق من قانون العدالة الإدارية بمصطلح الوساطة.

وقد أورد المشرع الفرنسى مفهومه لعملية الوساطة الإدارية، فعرّفها فى المادة ٢١٣-١ من قانون العدالة الإدارية، فى مستهل حديثه عن الأحكام العامة لها،

بأنها أى عملية منظمة، تحت أى مسمى، يحاول بها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق بهدف التسوية الودية لمنازعاتهم، وذلك عن طريق طرف ثالث يُسمى الوسيط يتم اختياره من قبلهم أو تعيينه المحكمة باتفاقهم. وقد تشابه هذا التعريف مع تعريف التوجيه رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن البرلمان الأوروبي للوساطة.^١ ولعل أول ما يلفت النظر فى هذا التعريف ما أورده المشرع من وصف للوساطة الإدارية بأنها عملية منظمة. وعليه، يضحى لزاماً على الباحث محاولة استجلاء مقصود المشرع الفرنسى بالعملية المنظمة للوساطة الإدارية.

الواقع من الأمر أن الوقوف على حقيقة المقصود بالوساطة كعملية منظمة يقتضى الخوض فى حديث موجز عن أمرين أساسيتين: أولهما يتعلق بتتبع مسار التسوية الودية للمنازعات بشكل عام وفقاً للمشرع الإجراءى الفرنسى. وثانيهما يرتبط بالدور الذى اختار القاضى أو الوسيط أن يلتزم حدوده فى الدعوى المنظورة أمامه. فمن الناحية الأولى، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى فى الفصل الأول (المبادئ التوجيهية للمحاكمة) من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية، الصادر بمقتضى المرسوم رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ فى ٥ ديسمبر ١٩٧٥، قد أكد على أن التوفيق بين الأطراف المتنازعة يدخل ضمن المهام الموكلة إلى القاضى القيام

^١ انظر باللغة الفرنسية

NEVEJAHS N., L'ordonnance du 16 novembre 2011, Un encouragement au développement de la médiation, La Semaine juridique – Edition générale JCP G 2012, p. 264, 265-7.

بها.^١ تأسيساً على ذلك، يحسب الباحث عدم المغالاة في ظنه بالقول إن المشرع الإجراءى الفرنسى قد قصد الإعلاء من قيمة الحلول الودية البديلة عن إجراءات التقاضى المعتادة لتسوية المنازعات. ويحسب الباحث أن المشرع الفرنسى، فى إناطته للقاضى مهمة التوفيق بين الأطراف المتنازعة، إنما أطلق لفظ التوفيق قاصداً دلالاته اللغوية، دون الإصطلاح القانونى، كآلية فى حد ذاته لتسوية المنازعات. بعبارة أكثر وضوحاً، بحسب ما ورد فى قانون الإجراءات المدنية، يمكن القول إن نية المشرع الإجراءى الفرنسى قد انصرفت إلى الاعتراف بقيمة الحلول الودية البديلة لتسوية المنازعات وإلزام القاضى بتقصيها، لا سيما تلك الحلول التى تبرز المساعى فى تقريب وجهات نظر الخصوم بالقدر الذى من شأنه الإعانة على الوصول إلى تسوية ودية.^٢ علاوة على ذلك، يبدو أن المشرع الإجراءى الفرنسى قد رأى أن فى التوفيق والتقريب بين وجهات نظر الأطراف المتنازعة ما يمكن اعتباره وجهاً آخر للعدالة. فالعدالة الحقيقية، وفق هذا المنظور، تتمثل فى السعى نحو الحفاظ على الحياة المشتركة بين الأفراد وحفظ سمعتهم وكرامتهم.^٣ فظهور الوظيفة

^١ المادة الحادية والعشرون من قانون الإجراءات المدنية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ١١٢٣

لسنة ١٩٧٥ فى ٥ ديسمبر ١٩٧٥

^٢ انظر باللغة الفرنسية

FISCHER J., Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM, 2004.

^٣ انظر باللغة الفرنسية

التوفيقية للقاضي بمقتضى قانون الإجراءات المدنية، فى نظر الباحث، يمكن تفسيره على أساس أن المشرع الإجرائى الفرنسى قد ارتأى أن المحاكمة القضائية، بما تسفر عنه من حكم قضائى، قد لا تكون كافية بذاتها لتحقيق العدالة،^١ أو فى أقل تقدير يمكن تحقيق تلك الأخيرة بشكل أفضل عن طريق آليات التوفيق.^٢

BERNABÉ B., Les chemins de l'amicable résolution des différends, LES CAHIERS DE LA JUSTICE 2014/4 N° 4, 630, p. 633.

^١ انظر باللغة الفرنسية

POUMAREDE J., Conciliation, the unloved judges, LES CAHIERS DE LA JUSTICE, 2013/1, p.125.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

TIMSIT J., La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative, GAZETTE DU PALAIS, 2001, 319, p. 53.

جدير بالذكر أن ما ورد فى قانون الإجراءات المدنية من إيكال مهمة التوفيق بين الخصوم لقاضى الدعوى، إنما ينطوى على رغبة المشرع فى التحول عن الحلول البديلة للتسوية ذات الطبيعة الاتفاقية والجنوح نحو نظيرتها ذات الطبيعة القضائية. بيد أن ثمة نقطة هامة نود الإشارة إليها، وهى أن المادة ٢٤٠ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى قد حظرت على القاضى تحويل مهمة التوفيق بين الخصوم إلى أحد الخبراء. وقد يبدو لغير المدقق أن المادة ٢٤٠ قد غيبت مهمة التوفيق بين الخصوم أو أفرغتها من محتواها على أساس أن المنطق القانونى يستلزم التسليم بأن القاضى سوف يعهد بمهمة التوفيق إلى أحد الخبراء، حيث إنه من المتوقع أن ينأى عن الانخراط بنفسه للنهوض بتلك المهمة، نظراً لطبيعة دوره القضائى. بيد أن الواقع من الأمر أن هذا الحظر ليس من شأنه إعاقة إمكانية القيام بعملية التوفيق بين الخصوم، وذلك وفقاً لقانون الإجراءات المدنية نفسه. فقد نص المشرع الفرنسى فى المادة ٢٨١ من القانون الأخير على أنه "إذا توصل الطرفان إلى اتفاق، وجب على الخبير إخطار قاضى الدعوى بأن دوره قد انتهى ولم

من الوجهة الثانية، يعن التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات للتوفيق بين الأطراف المتنازعة، في ظل الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية وكذا قانون العدالة الإدارية الفرنسي. فكما سبق الذكر، عهد المشرع الإجرائي الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية إلى قاضى الدعوى اختصاص التوفيق بين أطراف النزاع المعروض أمامه، وذلك بالتزامن مع التأكيد على أهمية الوظيفة القضائية للقاضى وضرورة احترامها والعمل على تطويرها، وذلك فيما يتعلق بحسم المنازعات عن طريق ما يصدر عنه من أحكام. وقد أورد المشرع في ذات القانون تنظيمًا خاصًا للوساطة في المنازعات المدنية بمقتضى المواد من ١/١٣١ إلى ١٥/١٣١ فى البند الثالث من الفصل الأول تحت العنوان السادس الوارد فى الكتاب الأول من القانون. أما فى قانون العدالة الإدارية، فقد

يعد له محلاً يقع عليه." ولئن كان التحليل القانونى القويم يقتضى قراءة ما أورده المشرع من أحكام قراءة من شأنها نفي شبهة التعارض والتوفيق بين النصوص المختلفة، فذلك مما يستتبع القول بأن وظيفة القاضى التوفيقية يمكن أن تتناط بأحد الخبراء شريطة أن تتم جميع إجراءاتها تحت إشراف قاضى الدعوى ومتابعته. بعبارة أخرى، وفقاً للتنظيم التشريعى الذى أورده المشرع فى قانون الإجراءات المدنية، يمكن القول إن أعمال الخبرة فيما يتعلق بالتوفيق بين الأطراف المتنازعة إنما هى من قبيل الامتياز الممنوح لقاضى الدعوى، إن شاء استعمله وإن شاء طرحه جانباً باعتباره الخبير الأعلى فى الدعوى.

راجع فى هذا الشأن حكم محكمة النقض الفرنسية فى القضيتين

Cour de Cassation, Cass., 2^e civ., July 21, 1986, Bull. Civ. II, N^o. 131;

Cour de Cassation, Cass., 2^e civ., March 21, 1979, Bull. Civ. II, N^o.

91.

أفرد المشرع الإدارى الفرنسى تنظيمًا خاصًا للوساطة كوسائل بديلة لحل المنازعات الإدارية، وذلك بالتأكيد دون الإخلال باختصاصات القضاء الإدارى.

على هدى ذلك التنظيم التشريعى، تكمن الإجابة على التساؤل السابق طرحه فى تحديد تصور القاضى، سواء الإدارى أو العادى، لجوهر دوره القضائى فى النزاع المنظور أمامه. والقضاة فى هذا الشأن يمكن تصنيفهم إلى فريقين: قضاة ملتزمون بالحدود التقليدية لولايتهم القضائية، بالقدر الذى يمكن معه القول إن مهمتهم تقتصر على إصدار حكم فى الخصومة المعروضة أمامهم، دون ثمة محاولة للتوفيق بين أطرافها.¹ فمحاولة التوفيق أو الوساطة بين الخصوم، وفق تصور هذا الفريق، إنما يتعد بها القاضى حدود دوره مُنزلًا نحو القضاء بما لم يطلبه الخصوم.² والآخر فريق تتفاوت نظرتة لدوره القضائى بحسب مفهومه لفكرة العدالة التى يستهدف القاضى تحقيقها. فعلى نحو ما سلف البيان، قد يأخذ التحقيق الفعال للعدالة شكل الحفاظ على الحياة المشتركة بين الخصوم والسعى نحو تحقيق قدر من التعايش بين مصالحهم المتعارضة أو التوفيق بينها، وكذلك الحفاظ على

¹ انظر باللغة الإنجليزية

ROBERT FISHER AND WILLIAM URY, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 3, 19 1991.

² انظر باللغة الإنجليزية

ROBERT A. BUSH AND JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION 15-16 1994.

سمعتهم وكرامتهم. وفق هذا المنظور، قد تصادف حفنة من القضاة لا تتنازع في أن التوفيق بين الخصوم أو الوساطة بينهم مما يعتبر من عاديات الأمور التي تمتد إليها الولاية القضائية فتشملها.

المدقق في الاتجاهين السابقين يمكنه ملاحظة أنهما يقودان إلى نفس النتيجة المتمثلة في أهمية اللجوء إلى الوسائل التوفيقية بين الأطراف المتنازعة. ولئن كان، وفقاً لأغراض هذه الدراسة، تتمثل الوسائل التوفيقية بين أطراف النزاع الإداري في الوساطة الإدارية، فتلك الأخيرة يمكن تحقيقها بغض النظر عن أي من الاتجاهات القضائية السابقة أجدد بالإتباع. فإذا ما تأملنا التعريف المعطى من قبل المشرع الفرنسي في قانون العدالة الإدارية للوساطة، نجد أن هذه الأخيرة قد تم نعتها بأنها أي "عملية منظمة" بمقتضاها يتدخل طرف ثالث محايد في محاولة لمساعدة الأطراف المتنازعة في التوصل إلى تسوية مشتركة يرتضونها. وعليه، تضحي مهمة الطرف المحايد، أو إن شئنا قلنا الوسيط، مقتصرة على مساعدة أطراف النزاع على إيجاد حلول لتسوية نزاعهم بأنفسهم، وليس لفرض تسوية معينة عليهم.¹

وإن كانت الوساطة، كآلية بديلة لحل المنازعات وعلى النحو السالف ذكره، قد استقرت لدى المشرع الإجراءي الفرنسي في قانون العدالة الإدارية وقانون الإجراءات المدنية على أنها عملية منظمة يرتضى بمقتضاها الأطراف المتنازعة على توسط

¹ انظر باللغة الفرنسية

BERNABÉ B., Les chemins de l'amiable résolution des différends

المرجع السابق، ص. ٦٣٣.

طرفاً محايداً لجمع شتات وجهات نظرهم وتقريبها ومساعدتهم للوصول إلى تسوية يرتضونها، فجدير بالذكر أن المحاولات الدؤوبة للمحاكم الفرنسية لتعريف الوساطة، قد أسفرت عن تعريفاً مشابهاً، وذلك قبل ظهور الوساطة بموجب القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم الولايات القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، والمرسوم رقم ٦٥٢-٩٦ الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٦ والمتعلق بالتوفيق والوساطة القضائية، وقانون العدالة الإدارية الصادر بمقتضى المرسوم رقم ٣٨٧ في ٤ مايو ٢٠٠٠^١ وهو الأمر الذى يعنى أن المفهوم السابق للوساطة كان من ابتداع القضاء الفرنسى قبل أن يبناه المشرع الفرنسى بالتقنين لاحقاً^٢.

ثانياً: واجبات والتزامات الوسيط فى قانون العدالة الإدارية

٢٢- يمكن اختزال واجبات والتزامات الوسيط فى قانون العدالة الإدارية الفرنسى، وكما قدمنا سلفاً، فى التزامين أساسيين. الأول يأخذ طابع الالتزام الأخلاقى، ويتمثل

^١ راجع حكم محكمة النقض الفرنسية فى القضية

Cour de Cassation, Cass., 2^e civ., June 16, 1993, Bull. Civ. II, N^o. 211, 114; JPC 1993, I, 3723, n^o 3, obs. L. Cadiet.

^٢ انظر باللغة الإنجليزية

Katrin Deckert, Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences in KLAUS J. HOPT AND FELIX STEFFEK EDS., MEDIATION: PRINCIPLES AND REGULATION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 459 Oxford University Press, 2013.

فى القىام بمهام الوساطة بحداء وكفاءة واجتهاد. والباحت فى إضفائه للطابع الأءلاقى على هذا الاللزآم، لم ىنصرف قفده إلى لجرىده من قوامه كقاعدة قانونىة، بل جل مبنغاه اللأكد على أن حرص الوسىط على النهوض بمهام الوساطة بحداء وكفاءة واجتهاد إنما هو اللزآم ىمئل القواعد الأءلاقىة لممارسة عمل الوساطة. فى حىن الأءر، ىعكس اللزآم مهنىاً ىسغرق جمىع إءراءات عملىة الوساطة، وهو الاللزآم بالسرىة والءصوصىة. وفق هذا اللصوىر، كان لزام على الباحت أن ىعرض أولاً للاللزآمات الوسىط اللى فرضتها القواعد الأءلاقىة للوساطة، وذلك قبل اللطرق للءدىث عن طبقىة الاللزآمات المهنىة للوسىط.

(أ) القواعد الأءلاقىة للوساطة

٢٣- لئن كانت واجبات واللزآمات الوسىط، على النحو السالف بىانه، ىمكن إىجازها فى محاولة اللقرب بىن وءهات نظر الءصوم الملائزة ولقدم مقترحات لللوسىة بعىة مساعدهم فى الوصول إلى لسىوة وءىة ىرلضونها، ءىر أن القراءة الملائىة لقانون العءالة الإءارىة لقصء وبعق أن هذا الأءىر قد ءلت نصوصه من لمة أءام من شأنها لءدىد القواعد الأءلاقىة الواجب على الوسىط اللباعها عند قىامه بمهمة الوساطة بىن أطراف اللزاع.^١ بىد أن ءىاب اللصوص الملاءة بالقواعد

^١ انظر باللعة الإنءلىزىة

الأخلاقية الحاكمة لعمل الوسيط، ليس من شأنه إعفاء هذا الأخير من احترام المبادئ الأخلاقية العامة في العمل القانوني. فالواقع العملي يُفصح عن أن الوسيط يضحى ملتزمًا بقواعد الأخلاقيات المعمول بها في مختلف مراكز ومنظمات الوساطة.^١

وكالحال في القواعد الأخلاقية، كان الشأن في قواعد ممارسة عملية الوساطة وفقًا لقانون العدالة الإدارية. إذ أثر هذا الأخير التزام الصمت حيال الأساليب والآليات التي يمكن للوسيط الإستعانة بها للنهوض بمهمته. بعبارة أكثر وضوحًا، لم يقدم المشرع الفرنسي في قانون العدالة الإدارية ثمة تفاصيل عن كيفية ممارسة الوسيط لمهمة الوساطة، وذلك فيما يتعلق بالممارسات أو الإجراءات الواجب اتباعها في عملية الوساطة.^٢ والأمر كذلك، يمكن القول إن سكوت المشرع عن تنظيم مثل هذا الأمر قد فتح لأهل الاختصاص القانوني من الشراح والممارسين بابًا للاجتهد بشأن آليات وطرق ومناهج الوساطة التي يمكن ممارستها.^٣

وعلى نحو ما مضى الحديث، فإن كان المشرع الفرنسي في قانون العدالة الإدارية قد أحجم عن ذكر تفاصيل القواعد الأخلاقية الحاكمة لعمل الوسيط، إلا أن ذلك

^١ انظر المرجع السابق.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

FRICERO N., BUTRUILLE-CARDEW C., BENRAIS L., GORCHS-GELZER B. et PAYAN G., Le Guide des Modes Amiables de Résolution des Différends – 2014/2015, 101 Dalloz, 2014.

^٣ المرجع السابق، ص. ١٠١.

لم يقدح في حقيقة أنه قد أورد بعض من القواعد لم تبرح مقام الصياغات العامة، والتي تصلح أن تكون مبادئ أخلاقية عامة يخضع لها الوسيط في قيامه بعملية الوساطة. فقد فرضت المادة ٢١٣-٢ من قانون العدالة الإدارية الفرنسي، الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر في ٤ مايو ٢٠٠٠، التزاماً على الوسيط مقتضاه أن ينجز هذا الأخير مهمته في الوساطة بحيادية وكفاءة واجتهاد.^١ وحيث إن المشرع قد آثر السكوت حيال تحديد المقصود بمصطلحات الحياد والكفاءة والاجتهاد، فقد أضى هذا التحديد رهين التفسيرات الفقهية.

بيد أن تلك المصطلحات الضابطة للقواعد العامة الأخلاقية لعمل الوسيط قد طالتها التفسيرات القضائية. فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن مبدأ حياد الوسيط يركز على ثلاثة أمور رئيسية؛ أولهما: أن يتعامل الوسيط مع كل وجهة نظر يبديها الخصوم على قدم المساواة، وثانيهما: أن يمتنع الوسيط عن التعامل مع أطراف النزاع بصفة أخرى غير صفته كوسيط، وأخيراً: ألا يكون للوسيط ثمة مصلحة شخصية أو اقتصادية مشتركة مع الأطراف المتنازعة أو أى من أصحاب المصالح المشتركة في عملية الوساطة.^٢ وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة

^١ جدير بالذكر أن المادة ١٥٣٠ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، والمنشأة بموجب المادة الثانية من المرسوم رقم ٦٦ لسنة ٢٠١٢ الصادر في ٢٠ يناير ٢٠١٢، قد نصت على ذات الأمر فيما يتعلق بضرورة تحلى الوسيط بالحياد والكفاءة.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

الفرنسي كان قد قضى فى أحد أحكامه بعدم مشروعية بعض من نصوص المرسوم رقم ١٨٧٦ لسنة ٢٠١٦ الصادر فى ٢٧ ديسمبر ٢٠١٦، بشأن أحكام مختلفة المساعدة القانونية، والتي من شأنها جعل حصول الوسيط على أتعابه نظير وساطته مرتيناً بوصول الأطراف المتنازعة إلى اتفاق يرتضوه.^١ وقد ذهب المجلس

Justice et le Remboursement de l'Intégralité des Frais de Justice dans
ESPLUGUES C. ET MARQUIS L. EDS., NEW DEVELOPMENTS IN CIVIL AND
COMMERCIAL MEDIATION: GLOBAL COMPARATIVE PERSPECTIVES 609-610
Springer, 2015.

BELEM P. W., Le Principe de Conciliation dans les causes
matrimoniales: Étude du canon 1446 Ediciones Universidad San
Dámaso, p. 128.

وباللغة الإنجليزية

Delphine Wietek, France

المرجع السابق، بند ١٢٠٠٩.

جدير بالذكر أن الشراح فى تناولهم لمبدأ الحياد حين يتعلق بالقاضى فى الدعوى، تختلف رؤياهم بحسب نظرتهم لدور القاضى فى الدعوى، بحسب كونه يلعب دوراً سلبياً أم ايجابياً. بيد أن ما ذكرته محكمة النقض الفرنسية فى مفهوم مبدأ حياد الوسيط لم يختلف عما أورده الشراح فى متونهم فيما يتعلق بمبدأ حياد القاضى كقاعدة عامة. فالشراح على اتفاق أن مبدأ حياد القاضى إنما هو وثيق الصلة بكفالة حقوق الدفاع. فبمقتضى مبدأ الحياد، يتعين على القاضى ألا يكون قناعة معينة قبل سماعه للخصوم وتمكينهم من إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم. فالقاضى يقف بين الخصوم منزلة الحكم فى النزاع، فيزن حججهم بميزان العدالة دون محاباة. راجع أ. د. أحمد عوض هندی، سلطة الخصوم والمحكمة فى اختصاص الغير، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠٠٦، ص. ١٢٧ وما بعدها.

^١ انظر قرار مجلس الدولة الفرنسى

فى قضائه بعدم المشروعية إلى أن فى ربط حصول الوسيط على أتعاب وساطته ووصول الأطراف المتنازعة إلى إتفاق إهدار تهديد لمبدأ حياد الوسيط وإهدار للحق فى الأجر، كون أن التزام الوسيط بداية إنما هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.^١

ومن زاوية ثانية، يحسب الباحث عدم المغالاة فى ظنه بالقول إن ما أورده المشرع الفرنسى فى المادة ٢١٣-٢ من ضرورة أن يؤدى الوسيط مهمة الوساطة بكفاءة واجتهاد، إنما يمثل قاعدة عامة من القواعد الأخلاقية لعمل الوسيط، والتي تعتبر وثيقة الصلة بالقواعد المهنية والوظيفية للوساطة. فالواقع من الأمر أن الحد الفاصل بين الاعتبارات الأخلاقية والمهنية يتهاوى أمام متطلبات العمل بكفاءة واجتهاد،^٢ تلك المتطلبات التي تتمثل فى الحرص على التدريب والخبرة المكتسبة فى ضوء الدور التي يُتوقع من الوسيط القيام به والمسئوليات المرتبطة بهذا الدور. فالقول إن الشخص الذى لم يتلق تدريباً متطوراً ولم تتوافر فى شأنه الخبرة الكافية يثبت فيه المستوى المطلوب من المعرفة والمهارات، التي من شأنها جعلهم مؤهلين للقيام بمهمة الوساطة.

CE., 14 June 2018, N° 408265, 6ème et 5ème chambres réunies

JurisData n° 2018-010737.

^١ انظر قرار مجلس الدولة الفرنسى السابق.

^٢ انظر باللغة الإنجليزية

DANIEL E. WUESTE EDS., PROFESSIONAL ETHICS AND SOCIAL RESPONSIBILITY

1 Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1994.

من نافلة القول أن كون الشخص يتمتع بالقدرة على الاستماع إلى أطراف النزاع والقدرة على التواصل والتفاوض فحسب، ليس من شأنه الجزم بصلاحيته لتولى مهمة الوساطة بين أطراف متنازعة.^١ الواقع من الأمر أنه ليس ثمة جدال في أن نوعية وجودة المهارات الواجب توافرها في الوسيط ليس محل اتفاق بين الشراح أو الأنظمة القانونية.^٢ والأمر كذلك، فنوعية وجودة التدريب الخاضع له الوسيط ليست أيضاً من الأمور المحسومة دون اختلاف. والاختلاف على هذا النحو كان مدعاة لمحاولة الإجابة على العديد من الأسئلة الجديرة بال طرح، لعل أهمها يتمثل في (١) هل ينبغي أن يكون الوسيط مرخصاً له قانوناً بالوساطة مثله في ذلك مثل المحامي المترافع أمام المحاكم؟؛ (٢) وما جدوى برامج التدريب حين يتعلق الأمر بالوساطة؟ من الوجهة الأولى، تجدر الإشارة إلى أن بعض الأنظمة القانونية، كما هو الحال في الولايات المتحدة وكندا وأستراليا، لم تشترط أن يكون الوسيط مرخصاً له قانوناً بمزاولة مهنة الوساطة إذا ما تعلق الأمر بالوساطة الخاصة الغير منظمة - أي الوساطة التي لا تخذ طابع الرسمية والتي غالباً ما تتم بين العائلات أو الأفراد التي تربطهم علاقات وطيدة.^٣ وعليه، يكون الشخص صالحاً للقيام بعملية الوساطة إذا

^١ انظر باللغة الفرنسية

NOUGEIN H. J., REINHARD Y., ANCEL P., RIVIER MARIE C., BOYER A. ET
GENIN P., GUIDE PRATIQUE DE L'ARBITRAGE ET DE LA MEDIATION
COMMERCIALE, Paris, Litec., 2004, p. 197.

^٢ المرجع السابق، ص. ١٩٧.

^٣ انظر باللغة الإنجليزية

ما قبله الأطراف المتنازعة. على الجانب الآخر، أنشأت ولايات ومحاكم تلك الأنظمة برامج معينة للوساطة، مشترطة أن يخضع لها الشخص الراغب في احتراف الوساطة إذا ما رغب في أن يُدرج على قوائم الوسطاء الخاصة بتلك الولايات والمحاكم.^١ تلك البرامج تتضمن مجموعة من التدريبات والاختبارات التي يتعين على الشخص اجتيازها. وغالبًا ما تتنوع برامج التدريب والاختبارات بحسب طبيعة المنازعات.^٢ على سبيل المثال، تشترط بعض الولايات الأمريكية، مثل ولاية إنديانا، وفلوريدا، ومينيسوتا، أن يجتاز الشخص عدة اختبارات تتعلق بحسن الخلق وقوة الشخصية، وحصوله على درجة أكاديمية تتعلق بفض المنازعات الحكومية، وقضاء من عشرين إلى أربعين ساعة تدريب، وذلك كشروط متطلبة للإدراج على قوائم الوساطة المتعلقة بالمنازعات الإدارية.^٣ على أية حال، تتشكل قدرة الوسيط على القيام بمهام الوساطة بواسطة البرامج التدريبية التي خضع لها وكم الخبرة التي تراكمت لديه. وبصفة عامة ينبغي أن يثبت في حق الوسيط تمتعه ببعض السمات العامة الواجب توافرها في كافة الوسطاء، بالإضافة إلى بعض السمات والمهارات

OMER SHAPIRA, A THEORY OF MEDIATORS' ETHICS: FOUNDATIONS, RATIONALE, AND APPLICATION 163 Cambridge University Press, 2016.

^١ المرجع السابق، ص. ١٦٣.

^٢ المرجع السابق، ص. ١٦٤.

^٣ القاعدة رقم ٥/٢ من القواعد البديلة لتسوية المنازعات لولاية إنديانا؛ القاعدة رقم ١٠٠/١٠ من القواعد البديلة لتسوية المنازعات لولاية فلوريدا؛ القاعدة ١١٣/١١٤ أ القواعد البديلة لتسوية المنازعات لولاية مينيسوتا.

التي فرضتها طبيعة المنازعة.¹ فعلى سبيل المثال، اشترطت قواعد الوطاء الفيدراليين - الصادرة عن نقابة المحامين الأمريكية، وجمعية التحكيم الأمريكية، والجمعية الأمريكية حل المنازعات - أن يتوافر فى الوسيط الفيدرالى القائم على أمر الوساطة الإدارية التدريب الكافى والخبرة العملية والمهارات المتطلبة فى مجالات الوساطة الإدارية، وأن يكون قادرًا على إدراك الاختلافات الثقافية والبيئات القانونية المختلفة.² فضلًا عن ذلك، فقد وضعت قواعد الوطاء الفيدراليين موجهًا عامًا يتعلق بمدى كفاءة الوسيط يتمثل فى قدرته على تلبية طموحات الأطراف المتنازعة الساعين للوساطة بينهما.³ وفى كل الأحوال، وبصرف النظر عن طبيعة النزاع، إداريًا كان أم مدنيًا، ينبغى أن تهدف برامج التدريب إلى إكساب الوسيط مهارات التفاوض والتواصل الفعال، والقدرة على سماع الحجج المتباينة، والقدرة على تحليل أوجه وعناصر النزاع، والقدرة على خلق روح من التعاون بين أطراف النزاع وتجميع شتاتهم، ووضع وصياغة مقترحات التسوية.

¹ انظر باللغة الإنجليزية

MIRYANA NESIC AND LAURENCE BOULLE, MEDIATION: PRINCIPLES PROCESS PRACTICE 158-174 Gardners Books, 2001.

² انظر البند الرابع من قواعد الوطاء الفيدراليين.

³ تجدر الإشارة إلى أن البند الرابع من قواعد الوطاء الفيدراليين قد نص على أنه "إذا ما تراءى للوسيط، أثناء سير إجراءات الوساطة، أنه لا يمكنه إجراء الوساطة بكفاءة، وجب عليه مناقشة الأمر مع الأطراف المتنازعة فى أقرب وقت ممكن لاتخاذ الخطوات المناسبة لمعالجة الموقف، بما فى ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، الانسحاب من إجراءات الوساطة أو طلب المساعدة المناسبة."

(ب) القواعد المهنية للوساطة

٢٤- من المعلوم، بداية، أن الطرق البديلة لتسوية المنازعات الإدارية منها والمدنية، إنما تتوخى تحقيق قدر عال من الخصوصية والسرية بالنسبة لإجراءات عرض النزاع وتسويته. فالسرية تعتبر إحدى أهم العناصر الجوهرية لتسوية المنازعات بالطرق البديلة. فضمانات السرية التي تتطوى عليها الوسائل البديلة لتسوية المنازعات من شأنها أن تؤمن للأطراف النزاع حماية لما يبدي من أقوال وما يقدم من مستندات وأوراق وبيانات من أن تتكشف للغير.^١ والوساطة الإدارية لا تعد إستثناء من ذلك.^٢ ويمضى على ذات الحال المشرع الفرنسى فى قانون العدالة الإدارية حين نص فى المادة ٢١٣-٢ على أن "تخضع الوساطة لمبدأ السرية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. ولا يجوز الكشف عن نتائج الوسيط والبيانات المجمعة أثناء الوساطة لأطراف ثالثة أو الاحتجاج بها أو إنتاجها فى سياق إجراءات قضائية أو تحكيمية دون موافقة الأطراف."

^١ انظر باللغة الفرنسية

NOUGEIN H. J., GUIDE PRATIQUE DE L'ARBITRAGE ET DE LA MEDIATION
COMMERCIALE

المرجع السابق، ص. ١٥٥-٢١٦.

^٢ أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات: المفاوضات - الوساطة - التوفيق - الصلح بديلاً عن المعترك القضائى، دار النهضة العربية: القاهرة الطبعة الأولى ٢٠١٣.

يُستفاد من ذلك، أن المشرع الفرنسي كان حريصاً على التأكيد على أن إجراءات الوساطة تخضع لمبدأ السرية، بحيث يُحظر الكشف عن البيانات والمستندات المقدمة والدفع والأقوال المبداه أثناء عملية الوساطة لغير المشارك فيها. كان الوسطاء ملزمين بصرامة بأحكام السرية. ولا يمكن استدعاؤهم كشهود إذا انتقلت المسألة إلى منتدى آخر. طُلب من الطرفين احترام سرية قضايا واهتمامات كل منهما. فضلاً عن ذلك، فاستطرد التأمل فيما نصت عليه المادة ٢١٣-٢، السالف الإشارة إليها، يكشف عن أن مبدأ سرية الوساطة يتسع نطاق حمايته ليشمل عدم جواز الاحتجاج بما اتخذ في الوساطة من إجراءات وما قدم فيها من أدلة وما انتهت إليه من تسوية في أى إجراءات قضائية أمام المحاكم أو غير قضائية بمقتضى أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، كالتحكيم أو التوفيق أو الصلح. ويحسب الباحث أن التقرير بمبدأ سرية الوساطة إنما يهدف إلى الارتقاء بجودة تلك الأخيرة وزيادة فعاليتها في تحقيق التسوية الودية المطلوبة. فمبدأ سرية الوساطة، على النحو الذى يراه الباحث، من شأنه تشجيع الأطراف المتنازعة المحترمة للوساطة إلى الكشف الكامل والصريح عن ملامسات وأدلة النزاع المعروض.^١ وفق هذا التصوير، يمكن القول إن مبدأ سرية الوساطة يتشابه مع فكرة سرية الجلسات التى قد يلجأ إليها قاضى الدعوى حماية لمصالح معينة تتعلق بأشخاص الخصوم

^١ انظر باللغة الإنجليزية

Lawrence R. Freedman and Michael L. Prigoff, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, 2 J. DISP. RESOL. 37, 38 1986.

أو بما يُعرض في الدعوى من أدلة وما يُبدى فيها من أقوال. والأمر كذلك، يتمثل مبدأ سرية الوساطة مع مبدأ سرية المحاكمات من زاوية أنه إذا كان هذا الأخير لا يهدف إلى حماية قاضى الدعوى، فالأول كذلك ليس مقرراً لحماية الوسيط أو تحصيل أعماله وتصرفاته أثناء عملية الوساطة،^١ بل هو مبدأ غايته طمأنة الإدارة والأفراد وتدعيم ثقتهم فى آلية الوساطة لتسوية المنازعات الإدارية.^٢

بيد أن التأكيد على مبدأ سرية الوساطة فى قانون العدالة الإدارية لم يكن من شأنه أن يدفع المشرع الفرنسى إلى إغفال حقيقة أن ثمة ضرورات معينة قد تجعل التغاضى عن سرية إجراءات الوساطة مغتفراً. وعليه قرر المشرع الفرنسى فى المادة ٢١٣-٢ استثنائين على مبدأ سرية الوساطة. الاستثناء الأول فرضته مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة وعلى الحقوق الدستورية للأفراد، حيث أجاز المشرع الفرنسى التحلل من الالتزام بمبدأ سرية الوساطة حال وجود أسباب قاهرة تمثل تهديداً للنظام العام أو لأسباب تتعلق بحماية مصالح الطفل أو السلامة الجسدية أو النفسية للشخص. وغنى عن البيان أن مثل هذا الاستثناء له ما يبرره، فمقتضيات الحفاظ على النظام العام فى الدولة تغلب على مبدأ سرية الوساطة. كما أن التحلل من الالتزام بسرية الوساطة حين يكون ذلك ضرورياً لحماية مصالح

^١ انظر باللغة الإنجليزية

MICHAEL BROGAN AND DAVID SPENCER, MEDIATION LAW AND PRACTICE 85
Cambridge University Press, 2006.

^٢ المرجع السابق، ص. ٨٥.

الطفل أو السلامة الجسدية والنفسية للشخص، تبرره الالتزامات الدستورية التي تتقيد بها الدولة وفقاً للدستور الفرنسي الحالي لسنة ١٩٥٨. فقد حرص الدستور الفرنسي الحالي على تبنى ديباجة دستور ١٩٤٦ واعتبارها جزءاً لا يتجزء منه. وقد اشتملت تلك الديباجة على التزام الدولة بسلطاتها وكذلك الأمة كافة بضمان حماية ورعاية حقوق الطفل وكرامة الفرد وسبل تنميته.^١

أما عن الاستثناء الثاني فكان مرده فاعلية عملية الوساطة وجودتها. فقد قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢١٣-٢ من قانون العدالة الإدارية الخروج على مبدأ سرية الوساطة متى كان ذلك ضرورياً لتنفيذ ما آلت إليه عملية الوساطة من اتفاق للتسوية. بناء على ذلك، يمكن القول إن المحل الواقع عليه الإفصاح أو الكشف يتمثل في اتفاق التسوية الذي توصل إليه الأطراف المتنازعة بمساعدة الوسيط في عملية الوساطة. فالمدقق المنصف لا يسعه، في ضوء ما أورده المشرع الفرنسي من ألفاظ صاغت معالم الاستثناء الثاني على مبدأ سرية الوساطة، سوى التسليم بأن الإفصاح أو الكشف لا ينصب على ما اتخذ أثناء عملية الوساطة من إجراءات

^١ نص المشرع الدستوري الفرنسي في ديباجة دستور ١٩٤٦ الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ على أن "تهبئ الأمة للفرد وللأسرة الظروف اللازمة لتنميتها. وعليها أن تضمن لجميع المواطنين، وخاصة للأطفال والأمهات والعمال المسنين، حماية صحتهم، والأمن المادي، والراحة والترفيه. جميع الناس الذين، بحكم سنهم أو حالتهم البدنية أو العقلية أو وضعهم الاقتصادي، غير قادرين على العمل، لهم الحق في الحصول على وسائل مناسبة من المجتمع لوجودهم. وتضمن الأمة فرص متساوية للأطفال والكبار في التعليم والتدريب المهني والثقافة. ويعتبر توفير التعليم المجاني العام والعلماني على جميع المستويات هو واجب الدولة."

ولا على ما تم تقديمه فيها من أدلة ومستندات أو ما تم إيدائه فيها من أقوال ودفع، بل ينصب فحسب على ما تم التوصل إليه من اتفاق للتسوية، وذلك بغية تنفيذ هذا الأخير. وفق هذا التصوير، يضحى الاستثناء الثانى المقرر على مبدأ سرية الوساطة، كما سبق التنويه، لازماً لضمان فعالية عملية الوساطة وجودتها. فلئن كان اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة يشمل، كأصل عام، مبدأ السرية، إلا أن اعتبارات السرية تتهاوى إذا ما استلزم ما اسفرت عنه عملية الوساطة من اتفاق للتسوية الكشف والإفصاح عن هذا الأخير. وبحسب الباحث أن المشرع الفرنسى فى خروجه عن مبدأ سرية الوساطة فى هذا المقام إنما استهدف تدعيم ثقة الأفراد والإدارة على السواء فى جدوى اللجوء إلى الوساطة لتسوية المنازعات الإدارية. فليس ثمة جدال أن توافق أطراف النزاع الإدارى للخضوع إلى الوساطة مرده الوصول إلى تسوية ناجزة بعيداً عن إجراءات التقاضى المعتادة البطيئة والمعقدة. ولا شك أن تلك التسوية الناجزة ليس المقصود بها فحسب سرعة الإجراءات وبساطتها، بل كذلك سرعة اقتضاء الحقوق، وهو ما لا يتأتى بغير تنفيذ ما نتج عن عملية الوساطة من اتفاق التسوية تنفيذاً كاملاً وناجراً.¹

¹ جدير بالذكر أن المشرع الفيدرالى الأمريكى فى قانون الإجراءات الإدارية لسنة ١٩٤٦ كان حريصاً على التأكيد على أهمية سرية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، بصرف النظر عن نوع تلك الوسيلة - سواء كانت وساطة أم غيرها. وقد عبر المشرع فى البند رقم ٥٧١ من قانون الإجراءات الإدارية عن سرية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية بفكرة الثقة confidence. وقد ذكر المشرع الفيدرالى الأمريكى فى البند رقم ٥٧١ أن الثقة فى هذا المقام تعنى أن المعلومات المقدمة فى عملية تسوية النزاع الإدارى بالوسائل البديلة أ يحظر الكشف أو

الإفصاح عنها طالما كانت تلك هي رغبة مصدرها؛ ب أو أنه وفقاً لظروف الحال المعقولة والمنطقية، يمكن توقع أن مصدر المعلومات لم تنصرف نيته للكشف أو الإفصاح عن تلك الأخيرة.

فضلاً عن ذلك، فقد نص المشرع الفيدرالى الأمريكى فى البند ٥٧٤ من قانون الإجراءات الإدارية تحت عنوان السرية confidentiality، على أنه لا يجوز للشخص المحايد فى إجراءات حل النزاع الإدارى الكشف طوعاً أو من خلال الإجراءات القضائية عن أى اتصالات أو مراسلات أو مستندات أو أدلة تم استخدامها فى عملية التسوية المنازعات طالما تم تقديمها له بسرية ومراعاة لاعتبارات الثقة. بيد أن المشرع فى نفس البند قد قرر غض الطرف عن اعتبارات السرية حال تحقق ظروف معينة. فوفقاً لقانون الإجراءات الإدارية، يجوز الكشف عن ما اتخذ من إجراءات فى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، وما قدم فيها من أدلة ومستندات جميع الأطراف فى إجراءات حل النزاع والموافقة المحايدة كتابياً فى حالات معينة. أولهما، إذا ما وافق جميع أطراف فى إجراءات التسوية كتابةً على الكشف أو الإفصاح، وإذا ما كان ما تم تقديمه فى عملية التسوية من مستندات وأدلة قد ورد من طرف غير مشارك فى التسوية، وجب أيضاً موافقة هذا الأخير كتابةً قبل الكشف أو الإفصاح عن ما قدمه. ثانيهما، إذا ما أوضحت المراسلات والاتصالات والأدلة الخاصة بتسوية المنازعات الإدارية متاحة للعامة بالفعل. ثالثاً، حال اشتراط القانون أن يتم الإفصاح عن ما تم خلال عملية التسوية وما تم تقديمه فيها من مستندات وأدلة. غير أن الشخص المحايد المنوط به إدارة عملية التسوية يكون ملتزماً بالإفصاح فى حالة ما إذا تعذر وجود رابطة معقولة تربط أحد الأشخاص الآخرين بعملية الوساطة، وتلقى على عاتقه تحمل الالتزام بالإفصاح. أخيراً، إذا ما قررت إحدى المحاكم أن الكشف أو الإفصاح عن ما تم فى عملية التسوية ضرورى لمنع ظلم واضح، أو للمساعدة فى إثبات انتهاك للقانون، أو منع الإضرار بالصحة أو السلامة العامة. وقد حرص المشرع على وضع نفس القيود المتعلقة بالإفصاح عن ما تم فى عملية التسوية، إذا ما تعلق الأمر برغبة أحد الأطراف المتنازعة فى القيام بهذا الإفصاح. فيجب على الطرف الراغب فى الإفصاح أن يكون هو من أعد وقدم المعلومات والبيانات محل الإفصاح. كما يجب الحصول على موافقة جميع الأطراف الآخرين كتابةً قبل الإفصاح.

وتجدر الإشارة إلى أن الإفصاح أو الكشف عن ما آلت إليه عملية الوساطة من اتفاق تسوية، كأحد الاستثنائين الواردين على مبدأ سرية الوساطة، قد جاء مكملاً لما ورد في المادة ٢١٣-٤ من قانون العدالة الإدارية حين نصت على أنه يجوز للمحكمة، في جميع الحالات التي تم فيها بدء عملية الوساطة، الموافقة على ما أسفرت عنه من اتفاق للتسوية وإعطائه قوة التنفيذ. فالواقع من الأمر أن القراءة المنصفة للمادة ٢١٣-٤ في ضوء ما ورد في المادة ٢١٣-٢ من استثناء يتعلق بجواز كشف سرية اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة، تقتضى القول بأن المشرع الفرنسي في المادة ٢١٣-٤ قد خول للقاضي الإداري سلطة منح ما انفق عليه الأطراف المتنازعة من تسوية خاصة بنزاعهم الإداري أفضلية على حساب الاستمرار في إجراءات التقاضي المعتادة أمام المحاكم. تلك الأفضلية، على هدى من نص المادة السالف الإشارة إليها، تتمثل في تنفيذ اتفاق التسوية. فحالما يكون هذا التنفيذ مرتين بالإفصاح والكشف عن مضمون اتفاق التسوية، أضى هذا الإفصاح وذاك الكشف ضرورياً، دونما أن يقدر في ذلك التمسك بمقتضيات مبدأ سرية الوساطة الإدارية.

بقي أن نذكر أن المشرع الفيدرالي الأمريكي قد حرص على التأكيد على أنه إذا ما كان طلب الإفصاح عن إجراءات التسوية متعلق بإجراءات قضائية أمام إحدى المحاكم أو بأى إجراء قانونى آخر، يجب أن يبذل المحايد جهداً معقولاً لإخطار أطراف عملية التسوية، وأى شخص آخر من غير الأطراف يثبت تأثره بعملية الإفصاح. ويلتزم أطراف التسوية أو الأشخاص غير الأطراف والمتأثرة مصالحهم بعملية الإفصاح بتقديم اعتراضاتهم على تلك الأخير خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطارهم من قبل المحايد. فإن لم يعترضوا خلال هذه المدة سقط حقهم فى الاعتراض.

وثمة نقطة أخيرة جديرة بالذكر فرضتها الطبيعة الرضائية للوساطة الإدارية، وتتمثل فيما أورده المادة ٢١٣-٢ من قانون العدالة الإدارية من أن مبدأ سرية الوساطة يعد التزامًا واجب مراعاته ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. إذن، يمكن لأطراف عملية الوساطة الإدارية الاتفاق على استبعاد مبدأ سرية الوساطة، بحيث يضحى اتفاق التسوية الناتج عن تلك الأخيرة، وكذا ما قدم فيها من مستندات وأدلة متاحًا للكشف والاحتجاج به في أية إجراءات قضائية أخرى، أو حتى عند الخضوع لإجراءات أحد الوسائل الأخرى البديلة لتسوية المنازعات الإدارية. وليس ثمة جدال في أن تخويل الأطراف سلطة استبعاد الالتزام بمبدأ السرية إنما هو مظهر من مظاهر مبدأ رضائية الوساطة، فمثلما كان الاحتكام إلى الوساطة الإدارية مرده رضاء الأطراف المتنازعة، يكون الالتزام بإجراءاتها والمبادئ الضابطة أو استبعادها مرده كذلك رضاء الأطراف.

المبحث الثانى

إجراءات اللجوء إلى الوساطة الإدارية

تمهيد

٢٥- لئن كانت الوساطة الإدارية، على النحو السالف بيانه، تعتبر إحدى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الأفراد والإدارة، وذلك بدلاً من الطريق القضائى المعتاد، فثمة تساؤل حرى بالطرح، وهو متى يُتاح للوساطة الإدارية أن تبدأ؟ أو بالأحرى من صاحب الدعوة للوساطة وصاحب المبادرة فيها؟ قد يغرى موقع الوسيط فى الوساطة الإدارية، باعتباره شخصاً محايداً ومستقلاً تختاره الأطراف المتنازعة أو المحكمة لإدارة عملية التسوية، البعض للقول بأنه الداعى للوساطة وصاحب المبادرة فيها. بيد أن المشرع الفرنسى فى قانون العدالة الإدارية قد استبعد أن يكون للوسيط المحايد ثمة دور يلعبه فى بدأ عملية الوساطة الإدارية، راسماً طريقين أساسيين لذلك. أولهما يستقل به أطراف النزاع الإدارى. وثانيهما يستأثر به القاضى الإدارى. وفق هذا التصوير، يمكن القول إنه، على هدى من التنظيم التشريعى الوارد فى قانون العدالة الإدارية، قد يأخذ أطراف النزاع الإدارى زمام المبادرة لبدء إجراءات الوساطة، أو قد تأتى تلك المبادرة من عنديات القاضى الإدارى.

المطلب الأول

الوساطة الإدارية بمبادرة من أطراف النزاع

Médiation à l'initiative des parties

٢٦- من نافلة القول إن الوساطة الإدارية تلتقى مع غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية من زاويتين أساسيتين. أولهما: فى اعتبارهم آليات يحاول بمقتضاها الأطراف المتنازعة تسوية نزاعهم ودياً بمساعدة طرف محايد ومستقل. والأخرى، فى اعتبارهم آليات رضائية، تخضع لرغبة الأطراف المتنازعة ورضائهم الإحتكام إليهم. الواقع من الأمر أن فكرة رضائية الإحتكام للوساطة لتسوية النزاع الإدارى قد صاغت معالم التنظيم التشريعى للوساطة الإدارية فى قانون العدالة الإدارية لا سيما مسألة اقتراح التسوية عن طريق الوساطة أو إن شئنا قلنا المبادرة فى الوساطة. وفق هذا التصوير، نص المشرع الفرنسى فى المادة ٢١٣-٥ من قانون العدالة الإدارية على أنه يجوز للأطراف المتنازعة، خارج أى إجراء قضائى، تنظيم مهمة الوساطة وتعيين الشخص أو الأشخاص المسئولين عنها. بالرغم من أن ما ورد فى النص السابق يدعم فكرة الرضائية فى الوساطة، إلا أنه يُعد وبالقدر نفسه انعكاساً لصورة من صور الوساطة الإدارية الأيسر فى إجراءاتها والأقل فى طابعها الرسمى، وذلك إذا ما تمت مقارنتها بالصورة الأخرى المتمثلة فى الوساطة القضائية، على النحو الذى فصله لاحقاً.

تأسيساً على ما سبق، فإن كانت الوساطة الاتفاقية، كإحدى صور الوساطة الإدارية، تجد مصدرها فى اتفاق طرفى المنازعة الإدارية، الفرد والإدارة، فهذا

الاتفاق قد يجد مصدره فى العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، والذى بموجبه يرتضى الطرفان الاحتكام إلى الوساطة لتسوية أى نزاع قد ينشأ بمناسبة تنفيذ العقد. فضلاً عن ذلك، قد تتلمس الوساطة الإدارية الاتفاقية طريقاً للإعمال بدون عقد. على سبيل المثال، يجوز لمصدر القرار الإدارى الفردى أن يقترح على الفرد المخاطب بالقرار استعداده للإحتكام للوساطة حال تسبب القرار فى نزاع قانونى. فإذا ما صادف هذا الاقتراح قبول الفرد المخاطب بالقرار، أعتبر بمثابة اتفاق على تنظيم الوساطة.¹ وبالمثل يجوز للفرد أن يطلب بنفسه من الإدارة الاحتكام للوساطة بمجرد نشوب نزاع بينهما، وتلتزم الإدارة بالبت فى أقرب وقت ممكن على أى طلب للوساطة يقدم من الأفراد.²

وثمة نقطة هامة نود الإشارة إليها، وهى أن إلحاق وصف الاتفاقية بالوساطة الإدارية، إنما هو وصف يلحق بها، وبحسب رأى الباحث، لا لكون أن الاتفاق على تنظيمها قد خلا من تمثيل أى طرف ذات صفة قضائية، بل لكونها تُنظم بعيداً عن أى إجراءات قضائية تتم مباشرتها أمام المحاكم. فالواقع من الأمر أن نعت الوساطة الإدارية بأنها اتفاقية، إنما هو أمر يتعدى مبدأ رضائية الوساطة، فهذا الأخير من عاديات الأمور فى مألوف الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية

¹ المادة الثالثة من الاتفاقية الفرنسية لنموذج تنفيذ الوساطة المبرمة بين رئيس المحكمة الإدارية الإستئنافية ورئيس المحكمة الإدارية والسلطات الإدارية بشأن هيكل الوساطة المنظم بمقتضى قانون العدالة الإدارية.

² راجع المادة الثالثة من الاتفاقية الفرنسية لنموذج تنفيذ الوساطة.

قابلة. فصفة الاتفاقية فى مقامنا هذا تلحق بالوساطة الإدارية، وتتعدى فكرة الرضائية للتأكيد على انتفاء مظاهر الرسمية فى تنظيمها أو على الأقل التقليل من تلك المظاهر. والتغاضى عن الرسمية هنا يتجلى فى عدم ارتباط الوساطة وأمر تنظيمها بثمة إجراءات قضائية تتخذ أمام المحاكم الإدارية. ويدعم ذلك الرأى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣-٥ من قانون العدالة الإدارية الفرنسى حين أجازت لأطراف المنازعة الإدارية، بعيداً عن أى إجراء قضائى، أن يطلبوا من رئيس المحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية المختصة إقليمياً تنظيم أمر الوساطة وتعيين وسيط محايد أو أكثر، أو أن يطلب من رؤساء تلك المحاكم تعيين وسيط محايد لتولى أمر إدارة عملية الوساطة الإدارية التى نظمها بأنفسهم. يُستفاد من ذلك أن المشرع الفرنسى قد قنع بأن ظهور أحد العناصر القضائية فى عملية تنظيم الوساطة الإدارية، لا ينفى عن تلك الأخيرة صفة الاتفاقية طالما أنها قد تم تنظيمها وإدارتها دونما ارتباط بثمة إجراءات قضائية أمام المحاكم.^١

^١ غنى عن البيان أنه إذا ما عهد الأطراف المتنازعة إلى القاضى الإدارى أمر تنظيم الوساطة وتعيين الوسيط المحايد، فعليه أن يختار وسيطاً ممن تتوافر فيه قدر من الممارسة العملية الكافية والمؤهلات والخبرة المطلوبة التى من شأنها أن تعينه على تسوية النزاع بحسب طبيعته. ويلتزم الوسيط، على النحو السابق تفصيله، أن ينجز مهمة الوساطة بنزاهة وكفاءة واجتهاد، مع مراعاة التأكد من احترام مقتضيات مبدأ السرية أثناء الوساطة وبعد الانتهاء من مهمته. وبالتالي، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا يجوز الكشف عن نتائج الوسيط والبيانات التى تم جمعها أثناء الوساطة لأطراف ثالثة أو الاحتجاج بها أو إعادة طرحها فى سياق إجراءات قضائية أو تحكيمية.

وفق هذا البيان، يحسب الباحث أن الوساطة الإدارية الاتفاقية قد تأخذ صورتين: أولهما أن تكون منبئة الصلة بالقضاء سواء من حيث المبادرة إليها أو تنظيمها وإدارتها.¹ ففي مثل تلك الحالة يكون أحد أطراف النزاع هو صاحب مبادرة الدعوة إلى الوساطة. ويتم تنظيم تلك الأخيرة وإدارتها من قبل أطراف النزاع دون أن يكون للقاضي الإداري ثمة دور يلعبه في ذلك. وعليه، يضحى اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة منبئ الصلة بالقاضي الإداري سواء من حيث نشأته أو إجراءات تنفيذه.² وتلك الصورة من الوساطة الإدارية الاتفاقية، وفق التصوير السالف، تفتقر إلى أدنى درجات الرسمية. وثانيهما أن تكون الوساطة الإدارية الاتفاقية منظمة من قبل القاضي الإداري عن طريق تعيينه للوسيط المحايد، ولكنها منبئة الصلة بأى إجراءات قضائية أمامه. ووفق هذه الصورة من الوساطة الإدارية الاتفاقية، يكون أطراف النزاع أصحاب المبادرة فيها بالدعوة إليها، إلا أن الاتفاق قد جمعهم على إيكال أمر تنظيمها إلى القاضي الإداري.³ تأسيساً على ذلك، يحسب الباحث أن

¹ انظر باللغة الفرنسية

JARROSSON C., La notion d'arbitrage, LGDJ 1998, p. 182, n° 362.

² المرجع السابق، ص. ١٨٢.

³ راجع حكم محكمة باريس الإستئنافية في القضية

CAA de PARIS, 2 décembre 2019, N ° 19PA01967, 8ème chambre

Inédit au recueil Lebon.

ففي هذه القضية طلب المدعى من محكمة باريس الإستئنافية إلغاء حكم محكمة باريس الإدارية، والذي تم بمقتضاه رفض طلب التعويض المقدم منه ضد مستشفى باريس العام، والأمر بالاحتكام إلى الوساطة وتعيين وسيط محايد لإدارتها بغية التوصل لاتفاق للتسوية بينه وبين المستشفى

تلك الصورة من صور الوساطة الإدارية تتدرج تحت الوساطة الاتفاقية، فظهور عنصر قضائي فيها، المتمثل في القاضى الإدارى، إنما هو ظهور ينحسر أثره فى إضفاء قليل من الرسمية على عملية تنظيم الوساطة الإدارية.¹ فتحويل القاضى الإدارى مهمة تنظيم الوساطة بتعيين الوسيط ليس من شأنه تجريد الوساطة من صفتها الاتفاقية. وكون أن الباحث يسم الوساطة بالاتفاقية فى هذا المقام، إنما يعنى أن أطراف النزاع هم أصحاب المبادرة فى الدعوة إليها. فوصف الاتفاقية هنا لا ينصرف أثره لمبدأ الرضائية فى الوساطة - أى ضرورة رضاء أطراف النزاع للاحتكام إليها - فهذا، كما سبق وأوضحنا، مما هو معلوم بالضرورة لا يحتاج للنص عليه.² فما عناه الباحث وقصده يتلخص فى أن الوساطة تكون اتفاقية حين

المدعى عليه، بمقتضاه تلتزم الأخيرة بدفع مبلغ من التعويض. على أن يتم تحديد مقدار هذا التعويض من قبل المحكمة حال فشل عملية الوساطة.

¹ انظر باللغة الفرنسية

Charles JARROSSON, La notion d'arbitrage

المرجع السابق، ص. ١٨٢، بند رقم ٣٦٣.

انظر كذلك فى هذا المعنى باللغة الفرنسية

TERRE F., SIMLER PH. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, 7e éd., Précis Dalloz, 1999, n° 121.

² تجدر الإشارة إلى أن تصنيف الوساطة الإدارية كونها اتفاقية، على النحو السابق بيانه، إنما قصد منه التمييز بين صورتين من صور الوساطة الإدارية من زاوية من صاحب المبادرة فى الدعوة إليها. فإن بادر أحد طرفى النزاع بتلك الدعوة كانت الوساطة اتفاقية، وإن صدرت تلك المبادرة عن القاضى الإدارى كانت وساطة قضائية. بيد أن ثمة نقطة هامة نود الإشارة إليها، وهى أن الباحث فى ذكره أن الوساطة الإدارية التى لا يكون فيها للقاضى الإدارى ثمة دور يلعبه

تعتمد شروط تطبيقها وتنفيذها ونتائجها على الإرادة الوحيدة للأطراف المعنية دون أى رسميات أو شكليات معينة.^١ فالاتفاقية فى مقامنا هذا هى خير دليل على حرية التعبير عن الرضاء.^٢ وتتجلى مظاهر تلك الحرية فى أنه يمكن للأطراف المتنازعة

إنما هى تفتقر لأدنى مظاهر الرسمية، فى حين أن الوساطة الإدارية التى فيها يقوم القاضى الإدارى بتعيين الوسيط المحايد دونما ارتباط بأى إجراءات قضائية تتجلى فيها مظهر بسيط من مظاهر الرسمية، لا يقدح فى سلامة التصنيف المستقر للوساطة بين اتفاقية ومؤسسية بناء على تمتعها أو افتقارها لمظاهر الرسمية. بعبارة أكثر وضوحاً، قد يتم تصنيف الوساطة - سواء الإدارية أو المدنية - على أساس كونها اتفاقية إذا ما ارتأتى الأطراف المتنازعة تنظيمها وإدارتها بعيداً عن مراكز الوساطة المعتمدة. فى هذه الحالة يضحى الوسيط المختار متحرراً من أى قيد، يتعلق بكيفية ممارسة مهمة الوساطة، قد تفرضه عليه القواعد المتبعة فى مركز ما من مراكز الوساطة. على الجانب الآخر، نكون بصدد وساطة مؤسسية إذا ما قدرت الأطراف المتنازعة ضرورة تدخل مؤسسة متخصصة أو مركز متخصص لتولى إدارة وتنظيم عملية الوساطة. فلتلك المؤسسة ولذاك المركز مجموعة من القواعد الخاصة التى من شأنها توفير إطار معين لعملية للوساطة، سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية.

^١ انظر باللغة الفرنسية

CADIET L., Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à la conciliation, dans Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xxe siècle, Mélanges Cl. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 123 et s., spéc. p. 134, n° 19.

TERRE F., SIMLER PH. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations

المرجع السابق، ص. ١٢٧.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

TERRE F., SIMLER PH. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations

المرجع السابق، ص. ١٢٧، بند رقم ١٢١.

تقرير إما التفاوض مباشرة فيما بينهم لتسوية النزاع، أو اللجوء إلى طرف ثالث يتوسط بينهم للتسوية.^١ وفي هذه الحالة الأخيرة، يثبت للأطراف المتنازعة الحرية في تعيين شخص طبيعي أو شخص اعتباري، يُعهد إليه بمهمة الوساطة، وذلك بعد أن يحددوا شروط تلك الوساطة ومدتها.^٢

أخيراً، ثمة سؤال جدير بالطرح وهو ما مصير مواعيد الدعاوى القضائية الإدارية حال الاستقرار على الاحتكام إلى الوساطة الإدارية؟ تتجلى أهمية هذا التساؤل في حقيقة أن توافق الأطراف المتنازعة على الاحتكام للوساطة لتسوية نزاعهم الإداري، لا يستتبع البتة نزولهم عن حقوقهم الدستورية، ومن ضمنها الحق في التقاضي. فلا تزال لأطراف النزاع الإداري المحتكمين إلى الوساطة ثمة مصلحة في اللجوء إلى القضاء والمثول أمام القاضي الإداري ينبغي الحفاظ عليها، لا سيما حال فشل عملية الوساطة. وعليه كان من المنطقي أن يأتي المشرع الفرنسي مفضلاً الانخراط في عملية تسوية المنازعة الإدارية عن طريق الوساطة قبل اللجوء إلى طرق الطعن القضائية الطعن، وذلك بحسب ما جاء في المادة ٢١٣-٦ من قانون العدالة الإدارية. فقد نص المشرع الفرنسي في المادة سالفه الذكر على أنه تنقطع مواعيد التقاضي المتعلقة بالدعوى الإدارية، وتقف مدد التقادم من اليوم التالي لموافقة

^١ انظر باللغة الفرنسية

GUINCHARD S. et RAYNAUD P., Conciliation et médiation judiciaires, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 37, n° 29.

^٢ المرجع السابق، ص. ٣٧، بند رقم ٢٩.

أطراف النزاع، بعد نشأة هذا الأخير، على اللجوء إلى الوساطة الإدارية غير المرتبطة بأي إجراء قضائي، أو من يوم الجلسة الأولى للوساطة، حال تخلف الكتابة بالنسبة لما سبق.¹

¹ تستقيم هذه الرؤية مع حرص المشرع الفرنسي على المحافظة على مواعيد الدعوى الإدارية حال اللجوء إلى الوساطة مع المادة ٤١١-٢ من قانون تنظيم العلاقات بين العامة وبين الإدارة، والمنشأة بموجب المرسوم رقم ١٣٤١ لسنة ٢٠١٥ الصادر في ٢٣ أكتوبر ٢٠١٥، حين نصت على جواز "أن يكون أي قرار إداري، خلال الميعاد المسموح به للطعن عليه أمام القضاء، موضوعاً لتظلم يقدم مباشرة إلى مصدره أو لتظلم رئاسي يقطع سريان هذا الميعاد. وفي حال التظلم لمصدر القرار أو التظلم رئاسياً، فلا يعود ميعاد الطعن القضائي للسريان من جديد إلا بعد رفض كليهما". يُستفاد من ذلك أن المشرع الفرنسي قد رسم طريقين للتظلم من القرارات الإدارية قبل الطعن عليها أمام القضاء الإداري؛ **أولهما** ما اصطلح على تسميته بالتظلم الاختياري، والذي يوجهه الشخص المضرور إلى مصدر القرار نفسه. **وثانيهما** التظلم الرئاسي الذي يوجه إلى السلطة الأعلى من مصدر القرار. وبحسب الباحث أن المشرع الفرنسي في تقريره لآلية التظلم، إنما انصرف قصده إلى محاولة تسوية النزاعات الناشئة عن القرارات الإدارية بالسبل الودية قبل سلوك سبيل الطعن القضائي. والمشرع في تقريره بذلك كان حريصاً كل الحرص على الحفاظ على الحقوق الدستورية المتمثلة في كفالة حقوق الدفاع، وذلك عن طريق الاحتفاظ بمواعيد الطعن القضائي ووقفها حال تقديم التظلم.

انظر للتدليل على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في القضية

CE., 12 février 2020, N° 435498, 6ème et 5ème chambres réunies

Publié au recueil Lebon.

المطلب الثانى

الوساطة الإدارية بمبادرة من القاضى الإدارى

Médiation à l'initiative du juge

٢٧- ورد غير بعيد أن المشرع الفرنسى فى قانون العدالة الإدارية قد حَوَّل لأطراف النزاع الإدارى المبادرة للدعوة لتسوية نزاعهم عن طريق الوساطة، فيما يُعرف بالوساطة الإدارية الإتفاقية. بيد أن المشرع الفرنسى فى المادة ٢١٣-٧ من قانون العدالة الإدارية قد رسم طريقاً آخر رسمه المشرع الفرنسى لتسوية المنازعات الإدارية عبر الوساطة، أجاز فيه للقاضى الإدارى أن يأخذ بزمام المبادرة فى عملية الوساطة، فيما يطلق عليه الباحث الوساطة الإدارية القضائية. فبمقتضى المادة ٢١٣-٧، يجوز لرئيس المحكمة الإدارية ورئيس محكمة الإستئناف الإدارية أثناء النظر فى النزاع المعروض أمامهم وبعد الحصول على موافقة طرفى النزاع، أن يأمر بالوساطة فى محاولة للتوصل إلى اتفاق للتسوية بينهما.

على هدى التنظيم التشريعى الوارد فى المادة ٢١٣-٧، ثمة تساؤل هام يطرح نفسه، وهو لئن كان القاضى الإدارى هو صاحب المبادرة فى الأمر بالوساطة الإدارية القضائية، فهل يأمر بها من تلقاء نفسه أم بناء على طلب أحد الخصوم؟ استطراد التأمل فى نص المادة ٢١٣-٧ من قانون العدالة الإدارية السالف الإشارة إليها، يكشف وبحق عن أن المشرع الفرنسى لم يشأ أن يضع إجابة صريحة للتساؤل السابق طرحه. بيد أن حرص المشرع على النص على ضرورة حصول القاضى الإدارى على موافقة أطراف النزاع على الاحتكام للوساطة لتسوية النزاع

قبل إصداره الأمر بذلك، إنما يكشف عن أن للقاضي الإداري سلطة الأمر بالوساطة دون أن يكون ذلك الأمر قد صدر بناء على طلب قدمه أحد الخصوم.

على الجانب الآخر، لا يخفى على المدقق في المادة ٢١٣-٧ من قانون العدالة الإدارية أن ليس ثمة ما يمنع أن يبادر القاضي الإداري بالأمر بالوساطة بناء على طلب قدم له من أحد الخصوم في الدعوى، وذلك بالطبع بعد استصدار موافقة الخصم الآخر. وبحسب الباحث أن في الصورتين السابقتين للوساطة الإدارية القضائية من مزايا ما قد يغري القاضي الإداري الفرنسي بتفضيل إحداها على الأخرى. فمن الزاوية الأولى، قد يرى القاضي الإداري الفرنسي أن في تغليب فكرة الأمر بالوساطة من تلقاء نفسه دون انتظار لطلب الخصوم نفع يُرجى. ذلك النفع قد يتمثل في التخفيف من عبء الدعاوى الملقى على عاتق محكمته، والحفاظ على العلاقة بين الخصوم عن طريق التسوية الودية بعيداً عن إجراءات الاختصاص القضائي، لا سيما وأن في تطلب موافقة الخصوم على الخضوع للوساطة ما يخفف من حدة أمره بالوساطة من تلقاء نفسه. يدعم ذلك ما ذهبت إليه محكمة بورديو الإستئنافية الإدارية في نظرها لإحدى الدعاوى المرفوعة أمامها في نوفمبر ٢٠١٩ - والتي طلب المدعى فيها إلغاء حكم محكمة غوادلوب الإدارية الصادر برفض دعوى إلغاء قرار اللجنة الطبية للرقابة على الملاحة الجوية باعتباره غير صالح لممارسة مهنة مراقب الحركة الجوية - من أمرها بالوساطة الإدارية. حيث ذكرت المحكمة أنه، وبموجب خطاب مؤرخ في ٥ أكتوبر ٢٠١٨، قد تم "إبلاغ الطرفين

أنه من المناسب محاولة الوساطة بينهما، على أساس المادة ٢١٣-٧ من قانون العدالة الإدارية، بهدف التوصل إلى تسوية نهائية لهذا النزاع.^١

ومن زاوية ثانية، قد يجد القاضى الإدارى أن مبادرته بالأمر بالوساطة بناء على الطلب المقدم إليه من أحد الخصوم تعتبر بمثابة الملاذ الآمن إذا ما قورنت بمبادرته بالأمر بالوساطة من تلقاء نفسه، لا سيما إذا ما قنع القاضى أنه يلعب دوراً سلبياً فى الخصومة، والتزم بعدم القضاء بما لم يطلبه الخصوم.^٢ مثل ذلك ما قضت به محكمة ليون الاستئنافية الإدارية بالأمر بالوساطة الإدارية بناء على مسلك المدعى (بلدية جرونوبل) فى الدعوى المنظورة أمامها فى سبتمبر ٢٠١٩ - حين طلب أصلياً إلغاء حكم محكمة جرونوبل الإدارية برفض الزام المدعى عليه (إحدى شركات المساهمة البسيطة) بسداد رسوم مؤقتة قدرها ٢٥٠٠ يورو شهرياً بداية من ١ يونيو ٢٠١٧ حتى تاريخ إخلاء المبانى التى تشغلها، بالإضافة إلى سداد مبلغ وقدره ٧٧٦٤.٥٩ يورو قيمة استهلاكها للوقود من ١ يونيو إلى ٣١

^١ انظر حكم محكمة بوردو الإستئنافية فى القضية

CAA de BORDEAUX, 26 novembre 2019, N° 17BX02494, 3ème chambre Inédit au recueil Lebon.

^٢ لمزيد من التفصيل حول دور القاضى الإدارى السلبى والإبداعى، راجع أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الدور الإنشائى للقضاء الإدارى بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية فى القانون، مجلة القانون والإقتصاد، السنة الثانية والثلاثون، العدد الأول، مطبعة جامعة القاهرة مارس ١٩٦٢، ص. ٤٢٨-٤٧٨.

ديسمبر ٢٠١٧، واحتياطياً الأمر بالوساطة الإدارية فى النزاع - وذلك بعد موافقة المدعى عليه.^١

تبقى نقطة أخيرة نود الإشارة إليها، وهى أن نظام الوساطة القضائية قد وجد له نظيراً فى قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وذلك عن طريق ما ثبت لمفوض الدولة من سلطة عرض التسوية على أطراف النزاع. فقد نص المشرع المصرى فى المادة ٢٧ من قانون مجلس الدولة على أن تتولى هيئة مفوضى الدولة تحضير الدعوى وتهيتها للمرافعة ويودع المفوض - بعد إتمام تهيئة الدعوى - تقريراً يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التى يثيرها النزاع، ويبدى رأيه مسبباً، ويجوز لذوى الشأن أن يطلعوا على تقرير المفوض بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم. وذلك قبل أن ينص فى المادة ٢٨ على أنه "لمفوض الدولة أن يعرض على الطرفين تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التى ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا خلال أجل يحدده فان تمت التسوية أثبتت فى محضر يوقع من الخصوم أو وكلائهم وتكون للمحضر فى هذه الحالة قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لأعطاء صور الأحكام، وتستبعد القضية من الجدول لانتهاه النزاع فيها". استطراد التأمل فى نص المادتين السابقتين يكشف عن أن المشرع المصرى قد منح مفوض الدولة اختصاصاً عاماً

^١ انظر حكم محكمة بوردو الإستئنافية فى القضية

بتحضير الدعوى الإدارية وتهيئتها للمرافعة، بحيث كان من مقتضى هذا الاختصاص العام أن يعهد إلى مفوض الدولة عرض تسوية النزاع على أطرافه، وذلك خلال الأجل الذى يحدده.

الواقع من الأمر أن اختصاص مفوض الدولة بعرض تسوية النزاع على أطرافه، هو اختصاص ولائى ثابت للمفوض بنص المادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة المصرى. بيد أن هذا الاختصاص تلحقه صفة العمل القضائى أيضاً. فبالرغم من أن جانب من الفقه قد ذهب إلى اعتبار اختصاص مفوض الدولة بعرض التسوية من قبيل الأعمال الولائية، منكرًا عليه صفة العمل القضائى على سند من أن المفوض لا يقوم بمقتضاه بالفصل فى الخصومة الإدارية المنعقدة، بل جل مهمته لا تعدو أن تكون مجرد عرض التسوية على أطرافه، ثم إثبات اتفاق التسوية الذى توصل إليه الخصوم،^١ إلا أن هذا الرأى بنطوى على تجاهل واضح بطبيعة اختصاص المفوض والآثار المترتبة عليه. فالواقع من الأمر أن أنصار الرأى السابق قد أغفلوا حقيقة أن دور مفوض الدولة فى إثبات التسوية، حال تمامها، فى محضر رسمى يكون له قوة السند التنفيذى، إنما هو اختصاص لا يتوقف أثره على مجرد توثيق المفوض للتسوية التى توصل إليها الأطراف المتنازعة، بل يمتد ليشمل

^١ انظر المستشار حمدى ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية والإثبات فى قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثالث: سير الخصومة الإدارية أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف: الإسكندرية، ص. ٩٢٥؛ د. محمد جابر عبد العليم، مفوض الدولة فى القضاء الإدارى: نشأة نظام مفوض الدولة - تحضير الدعوى - تصحيح شكل الدعوى، دار الكتب القانونية: المحلة ٢٠٠٧، ص. ١٩١.

إنهاء الخصومة الإدارية نفسها.^١ وتجدر الإشارة في هذه المقام إلى أن المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة قد قيد اختصاص مفوض الدولة بشأن عرض تسوية النزاع على أطرافه، من زاوية أن ذلك العرض وتلك التسوية ينبغي أن يتوافقا مع المبادئ القانونية التى ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا، وذلك سواء فيما يتعلق بالمبادئ العامة المستقرة فى قضاء المحكمة أو بالمبادئ القانونية التى تخص طائفة معينة من المنازعات. يُستفاد من ذلك، أن اختصاص مفوض الدولة بإثبات التسوية فى محضر رسمى يتعدى حدود مجرد توثيق التسوية.^٢ فالمفوض بمقتضى المحضر المثبت فيه التسوية، يفصل فى الخصومة الإدارية القائمة،^٣ وينزل عليها حكم القانون فى ضوء ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا من مبادئ قانونية.^٤

ووفقاً للمادة ٢٩ من قانون مجلس الدولة المصرى، فقد ألزم المشرع هيئة مفوضى الدولة أن تقوم خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع التقرير المشار إليه فى المادة (٢٧)

^١ انظر فى تفصيل هذا الرأى، أ. د. محمد باهى أبو يونس، التسليم بالطلبات والأحكام فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ٦٢-٦٣.

^٢ راجع باللغة الفرنسية

CHAPUS R., Droit du contentieux administratif, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 910.

^٣ المرجع السابق، ص. ٩١٠.

^٤ انظر أ. د. محمد باهى أبو يونس، التسليم بالطلبات والأحكام فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ٦٣.

بعرض ملف الأوراق على رئيس المحكمة لتعيين تاريخ الجلسة التي تنتظر فيها الدعوى. وغنى عن البيان، أن هذا التقرير ينبغي أن يشتمل على ما يفيد إعمال مفوض الدولة لاختصاصه بعرض تسوية النزاع على أطرافه من عدمه، وما آلت إليه هذه التسوية، حال الخضوع لإجراءاتها. ويعتبر إيداع هيئة مفوضى الدولة للتقرير المنصوص عليه بالمادة ٢٩ من قانون مجلس الدولة، يُعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام. وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أن "إيداع تقرير هيئة مفوضى الدولة قبل نظر موضوع الدعوى هو إجراء جوهرى من النظام العام لأن من شأن إيداع هذا التقرير أن تتاح الفرصة لطرفى الخصومة القضائية فى أن يعقبا على ما ورد به من وقائع ومن رأى قانونى بما من شأنه أن تستجلى المحكمة بصورة أدق مختلف عناصر المنازعة من جانبها الواقعى والقانونى الأمر الذى يجعل من إيداع تقرير هيئة مفوضى الدولة أمراً تفرضه طبيعة المنازعات الإدارية التى تختص بها محاكم مجلس الدولة ويعد من الأسس التنظيمية الرئيسية التى يقوم عليها قواعد إجراءات نظر الدعاوى المذكورة والفصل فيها وهى أمور كلها من النظام العام للقضاء الإدارى."^١

^١ المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٣٧٣ لسنة ٣٣ ق. - جلسة ١ ديسمبر ١٩٩٠ - مجلس الدولة - المكتب الفنى - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السادسة والثلاثون - العدد الأول من أول أكتوبر سنة ١٩٩٠ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩١، ص. ٢٢٣.

وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه، بخلاف كون أن إيداع هيئة مفوضى الدولة لتقريرها المحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التى يثيرها النزاع، ورأيها القانونى المسبب، فثمة

أخيراً بقي أن نذكر أنه لئن كان من المعلوم أن آلية عرض مفوض الدولة لتسوية النزاع على أطرافه وفقاً للمادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة المصري، على النحو السابق بيانه، تتماثل مع نظام الوساطة الإدارية، باعتبارهما آليات لتسوية المنازعات الإدارية بطريقة ودية بعيداً عن الطريق القضائي المعتاد، بيد أن ما ورد في المادة ٢٨ من عرض التسوية عن طريق مفوض الدولة تعتبر أوثق صلة بصورة معينة من الوساطة الإدارية، وهي الوساطة الإدارية القضائية. فنظام عرض مفوض الدولة لتسوية يتشابه مع نظام الوساطة الإدارية القضائية في بعض المواطن. فمن الوجهة الأولى، تلتقى الوساطة الإدارية القضائية مع نظام عرض التسوية من قبل مفوض الدولة في أن كليهما يُفضى، حال تمامه، إلى إنهاء الخصومة القضائية، حيث يتم حسمها في موضوعها. وهو أثر من شأنه أن يحول بين أطراف التسوية أو الوساطة وبين إعادة رفع دعوى قضائية بذات الموضوع

مصلحة أخرى مرجوة من إيداع هذا التقرير. تلك المصلحة تتمثل في الحفاظ على حق الخصوم في الدعوى للتعقيب على مراحل تحضير الدعوى وإبداء ملاحظاتهم ودفعهم القانونية في هذا الشأن. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق، "فضلاً عن أن الالتزام بها غايته توفير ضمانة جوهرية لصالح طرفي المنازعة القضائية أمام القضاء الإداري لتحقيق مرحلة لتحضيرها وتهيئتها للفصل فيها بعد إيداع التقرير في ذلك النزاع المتعلقة بالواقع أو القانون يعقب عليه كل من هذين الطرفين أمام المحكمة التي تختص بالفصل في النزاع قبل صدور حكمها يترتب على القضاء في موضوع النزاع دون توافرها بطلان الحكم لإهداره حق الدفاع لطرفي الخصومة فضلاً عن مخالفته للنظام العام القضائي".

الذى حسمته التسوية أو الوساطة.^١ وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "إن اتفاق الطرفين على تسوية النزاع بينهما ودياً على أساس المبادئ التي ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا مؤداه انتهاء المنازعة قضائياً وتطبيق المبدأ القانونى وفقاً لما قضت به المحكمة العليا على الواقعة التي كانت موضوع الدعوى ولا تبقى بعد هذه التسوية منازعة تعمل فيها المحكمة سلطتها وينصب عليها قضاؤها".^٢

ومن الوجهة المقابلة، فالتسوية بعرض من مفوض الدولة كالوساطة الإدارية القضائية من حيث طبيعتها، حيث تثبت لهما صفة العمل الإجرائى. فلئن كان اختصاص مفوض الدولة، وفقاً لقانون مجلس الدولة المصرى، يتمثل فى عرض تسوية النزاع على الخصوم، وإيداع المحكمة تقرير بوقائع النزاع والرأى القانونى، ولئن كانت الوساطة الإدارية القضائية تتم بمبادرة من القاضى الإدارى أثناء نظره للنزاع، فهذا يعنى أنه من غير المتصور وجود عرض من مفوض الدولة تسوية النزاع على أطرافه، أو وساطة إدارية قضائية بدون خصومة قضائية. بعبارة أكثر وضوحاً، وصف الوساطة الإدارية القضائية، وكذا عرض التسوية المقدم من مفوض الدولة بالعمل الإجرائى، إنما هو وصف فرضه منطق الأشياء. فلا تسوية

^١ انظر أ. د. محمد باهى أبو يونس، التسليم بالطلبات والأحكام فى المرافعات الإدارية، المرجع السابق، ص. ٦١.

^٢ المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٩٦ لسنة ٥ ق. - جلسة ٣١ ديسمبر ١٩٦٠ - مجلس الدولة - المكتب الفنى - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السادسة - العدد الأول من أول أكتوبر سنة ١٩٦٠ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٦٠، ص. ٤٥١.

للنزاع بناء على عرض مفوض الدولة تسبق انعقاد الخصومة، ولا وساطة بناء على مبادرة من القاضى تسبق فى نشأتها نشأة الخصومة القضائية نفسها. وعليه، يتوقف وجود التسوية المستندة إلى عرض مفوض الدولة، أو التسوية المستندة إلى الوساطة الإدارية القضائية على وجود الخصومة الإدارية ومرتهنة بها. ويترتب على اعتبار عرض مفوض الدولة التسوية على أطراف النزاع، ومبادرة القاضى الإدارى بعرض الخضوع للوساطة من الأعمال الإجرائية، خضوعهما للقواعد الإجرائية فى القانون الإدارى، لا سيما تلك المتعلقة بالمواعيد الإجرائية الحتمية والتنظيمية المتعلقة بقبول العرض أو المبادرة.¹

¹ تجدر الإشارة إلى أن خضوع عرض مفوض الدولة للتسوية، ومبادرة القاضى الإدارى بعرض الوساطة، بصفتها من الأعمال الإجرائية، للقواعد الإجرائية للقانون الإدارى، لا ينفى حقيقة خضوعهما أيضاً للقواعد الإجرائية العامة الموجودة فى قوانين المرافعات المدنية، حال غياب النص الإجرائى الخاص فى القوانين الإدارية.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لاتفاق الوساطة وللاتفاق الناتج عن الوساطة

أولاً: الطبيعة القانونية لاتفاق الوساطة

٢٨- إذا كانت الوساطة الإدارية، وفقاً للعرض السابق، لا يصح التسليم بترتيب آثرها المفضى إلى محاولة تسوية النزاع بطريق ودى بدلاً من إجراءات التقاضى المعتادة، إلا بعد اتفاق الأطراف المتنازعة بالخضوع لها ورضائهم بذلك، فالسؤال الذى يطرح نفسه الآن هو ما الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق؟ يحسب الباحث أنه قبل التطرق للإجابة على هذا السؤال، فثمة نقطة هامة ينبغى الإشارة إليها، وهى أن المشرع الفرنسى فى حديثه عن اتفاق أطراف النزاع الإدارى على الاحتكام للوساطة، قد تناوله من زاويتين، أحجم فى كليهما عن تحديد طبيعته القانونية. فمن الزاوية الأولى، تناول المشرع الفرنسى اتفاق الوساطة من ناحية تأثيره على الحقوق الدستورية المرتبطة بها، وذلك حين نص فى المادة ١/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، فى معرض ترسيخه للأحكام العامة للوساطة الإدارية، على أن اتفاق الأطراف المتنازعة على تسوية نزاعهم عن طريق الوساطة ليس من شأنه أن يؤثر على الحقوق التى لا يتمتعون إزاءها بحرية. وكما ذكر من قبل، فالنص السابق يمكن تأويله على أساس أن المشرع الفرنسى قد حرص على التأكيد على أن الاتفاق على التسوية عن طريق الوساطة، ليس من شأنه أن يسقط حق الأطراف المتنازعة فى التقاضى باعتباره من الحقوق التى كرس وجودها بمقتضى الدستور، ولا يجوز التنازل عنه. أما من الزاوية الثانية، فقد كان حديث المشرع الفرنسى عن اتفاق على

الوساطة موجهاً إلى القاضى الإدارى. فقد ذكر المشرع فى المادة ٤/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية أنه ينبغى على القاضى الإدارى الاعتراف بما توصل إليه أطراف النزاع من اتفاق على التسوية عبر الوساطة، وذلك فى المنازعات التى يجوز تسويتها بهذه الأخيرة، وكذلك الاعتراف بما اسفرت عنه عملية الوساطة من نتائج للتسوية وإعطائها قوة التنفيذ.

وبالعودة إلى التساؤل السابق طرحه حول تجلية الطبيعة القانونية لاتفاق الوساطة، يمكن القول إن تلك الطبيعة تجد أساسها فى فكرة أن اتفاق الوساطة يخضع لمنطق عملية الوساطة وجوهر الغرض المرجو منها. فاتفاق الوساطة يحكمه، كما ذهب البعض، المبدأ القانونى اللاتينى *Sui generis* - أى أنه من جنس عمله.^١ بعبارة أكثر وضوحاً، إذا كانت الوساطة تستهدف فى الأساس حل الأطراف المتنازعة على الوصول إلى تسوية يرتضونها لنزاعهم القائم بمساعدة الوسيط المحايد، فالاتفاق الذى جمعهم للخضوع للوساطة لا يشذ عن مبدأ الرضاء المتبادل. فاتفاق أطراف النزاع على الوساطة يُعد انعكاساً لما ارتضاه هؤلاء الأطراف فى شأن محتوى عملية الوساطة، فيما يتعلق بكيفية تعيين الوسيط المحايد، مدة الوساطة،

^١ راجع فى ذلك باللغة الفرنسية

RENTERS D. et BOMBOIS T. "La médiation en droit public" in PAUL RENSON P. La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?, Ottignies-Louvain-la-Neuve: Anthemis, 2008, p. 191.

GORCHS B. "La conciliation comme «enjeu» dans la transformation du système judiciaire", Droit et Société 2006/1 n° 62, p. 249.

مدى إمكانية الاستعانة بأعمال الخبرة والمساعدة القانونية، والخيارات المتاحة للتسوية. وفق هذا التصوير، يضحى اتفاق الوساطة اتفاقاً قانونياً خاصاً يخضع لمبدأ رضا الأطراف، ويتحدد إطاره وفقاً للاشتراطات التي قنع الأطراف بجدواها في تحقيق الهدف المرجو من عملية الوساطة.^١ وغنى عن البيان أن الوسيط يُعد ملتزماً بما ورد في اتفاق الوساطة من إشتراطات ومسئولاً عن تنفيذها بمجرد موافقته على تولى مهام الوساطة بين الطرفين المتنازعين.^٢

^١ راجع في ذلك باللغة الفرنسية

CARLOT J.-F., "La redaction des accords de médiation", 2018. Disponible sur: <http://www.jurilis.fr/mard/mediacor.pdf> consulté le 25 avril 2020.

DESPAX M.-C., Les accords de médiation, construction et devenir, Diplôme d'Etat de Médiateur Familial Promotion: Institute des etudes de la famille de Toulouse, 2009.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

AUFIERE P., HOUSTY F. et SCHIELLINO E. "L' écrit des accords en médiation familiale: de l'intention à l'action" Actualité Juridique Famille Dalloz mensuel 2003 n° 5, p. 177.

لعل هذا الأمر هو ما يُبرر ضرورة ألا ينزلق الوسيط في صياغة اتفاق الوساطة أو المشاركة في صياغته، كون أن هذا الاتفاق يُعتبر اتفاقاً قانونياً يخص أطراف النزاع، فمشاركة الوسيط في عملية كتابة وصياغة اتفاق الوساطة قد تلقى بالعديد من الشبهات التي تعصف بحياده ونزاهته. تأسيساً على ذلك، يجب أن يتخذ اتفاق الوساطة شكلاً مناسباً بمجرد أن يقرر أطراف النزاع

ثانياً: الطبيعة القانونية للاتفاق الناتج عن الوساطة

٢٩- هذا ولئن كان الاتفاق على الاحتكام إلى الوساطة يأخذ طابع الاتفاق القانوني الخاص بين الأطراف المتنازعة يخضع لمبدأ الرضائية، ويتحدد إطاره وفحواه بمحتوى عملية الوساطة والغرض المستهدف تحقيقه منها، فثمة تساؤل آخر فرضته طبيعة الدراسة، وهو ماذا عن التكيف القانوني للاتفاق الناتج عن الوساطة، أو بالأحرى اتفاق التسوية؟ الواقع من الأمر أن الإجابة على هذا التساؤل تمثل أهمية كبرى بالنسبة لمسألة تنفيذ ما نتج عن الوساطة من اتفاق للتسوية، وحدود ما يكفله له القانون من قوة تنفيذية مباشرة أو غير مباشرة. فضلاً عن ذلك، فالتساؤل السابق حرى بالانشغال به من زاوية الدور الذي يلعبه القاضى الإدارى فى إعطاء اتفاق التسوية قوة التنفيذ. والنهج الذى يصادفه الباحث فى الإجابة على التساؤل السابق وتحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية يتمثل فى تحليل المسألة فى ضوء بعض الوقائع التى نظرها القضاء الإدارى الفرنسى.

للاحتكام للوساطة، وكما يجب أن تتم كتابة وصياغة مثل هذا الاتفاق قبل المهنيين القانونيين المختصين.

راجع أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص. ٢٢٣-٢٢٤.

(أ) موقف المحاكم الإدارية الفرنسية

٣٠- فى إحدى الدعاوى التى نظرتها محكمة ليون الإدارية فى ٣ أبريل ٢٠١٩،
والتى تمثلت فى الطعن الذى أقامه أحد عمال البلديات ناعياً على قرار السلطة
الإدارية بإحالته للاستيداع الإجارى نظراً لظروفه الصحية التى تجلعه غير صالح
للعمل، عدم مشروعيته لإساءة استعمال السلطة، حيث لم يتم منحه فرصة تقديم
تظلم لإعادة فحص حالته وتصنيفها. وأثناء تداول وقائع النزاع أمام المحكمة، توافق
أطرافه على الاحتكام للوساطة والبدء فى إجراءاتها، وذلك بمبادرة من العامل
المدعى. وقد أسفرت عملية الوساطة عن التوصل إلى اتفاق تسوية بمقتضاه تلتزم
إدارة البلدية بإعادة ترتيب أوضاع العامل ومهام وظيفته بما يتفق مع القيود
المفروضة على صحته، بحيث يتم تكليفه ببعض خدمات الصيانة والنظافة للأبنية
المدرسية، وفقاً للرأى المقدم من اللجنة الطبية. ومن جانب آخر، اشتمل اتفاق
التسوية على تعهد العامل بعدم موالاة الإجراءات القضائية الخاصة بالطعن على
قرار البلدية أمام المحكمة الإدارية. وفق هذا البيان، يبرز التساؤل حول مصير
اتفاق التسوية الذى تم التوصل إليه بموجب الخضوع لإجراءات الوساطة، وهو
مصير، فى نظر الباحث، تتحكم فى تحديده الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق.

المتأمل المدقق للقانون المدنى الفرنسى يلحظ وبحق أن فى نصوصه تكمن الإجابة
على التساؤل السابق، حيث نصت المادة ٢٠٤٤ على أن الاتفاق الذى بموجبه
يقوم الأطراف، عن طريق الامتيازات والتنازلات المتبادلة، بتسوية نزاع قائم، أو

توقى نزاع لم ينشأ بعد، على أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً. ويجرى نفس الحال على نص المادة ٢٠٥٢ من القانون المدنى الفرنسى، حين ذكرت أن الاتفاق المنصوص عليه بمقتضى المادة ٢٠٤٤ يُعتبر بمثابة العائق القانونى الذى يُحيل دون إقامة دعوى قضائية تتعلق بموضوع الاتفاق أو الاستمرار فى الدعوى القائمة. القراءة المتأنية لنص المادتين السابقتين تفضى للقول بأن الاتفاق الذى يجمع شتات أطراف النزاع وبمقتضاه يتم تسوية النزاع القائم بينهم أو توقى حدوث هذا الأخير، إنما هو اتفاق يجد أساسه فى تقديم الأطراف لامتيازات وتنازلات متبادلة.^١ يُستفاد من ذلك، أن المشرع المدنى الفرنسى قد أضفى على الاتفاق الذى به تتم تسوية النزاع القائم أو توقى حدوث النزاع طابع المعاملة (الصفقة)، التى يتوصل إليها أطرافها عن طريق تقديم امتيازات وتنازلات متبادلة.^٢ فضلاً عن ذلك فقد نصت

^١ انظر باللغة الفرنسية

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, Bruylant, n° 500, p. 498.

LAUTIER G., *Vos droits, vos obligations lors de la transaction de licenciement, de mise à la retraite, et en cas de départ négocié*, Maxima: Paris, p. 62.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

TILLEMANN B., "Des transactions", dans "Bicentenaire du Code Civil", J.T., 2004, n° 2, p. 336.

DE PAGE P., SINDIC B. et MARR C., *Droit des contrats*, Anthemis: Ottignies-Louvain-la-Neuve, 2008, n° 45, p. 88.

المادة ١/٤٢٣ من قانون تنظيم العلاقات بين الجمهور والإدارة على جواز اعتبار اتفاق المعاملة (الصفقة) على أساس أنه يحسم المنازعات القائمة بين الإدارة والأفراد، بشرط أن يتضمن امتيازات وتنازلات متبادلة، وأن يتم إفراغه فى شكل العقد المكتوب. وفق هذا التصوير، وبإنزال أحكام القانون المدنى الفرنسى على اتفاق الوساطة الإدارية، يتضح أن نصوص ذلك القانون المدنى تكشف عن أمرين هامين: أولهما أن اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية، كونه يسوى نزاعًا قضائيًا قائمًا أو يحول دون قيام النزاع، يأخذ طابع المعاملة (الصفقة) ذات الصبغة التجارية، التى يتم إبرامها نتيجة لامتيازات وتنازلات متبادلة يقدمها الأطراف - أى أن اتفاق التسوية لا يظهر فيه أحد أطراف النزاع كونه الرابح الوحيد، فى حين يظهر الطرف الآخر كخاسر وحيد. وثانيهما أنه ليست ثمة حاجة للجوء إلى القاضى الإدارى للإعتراف بقيمة اتفاق التسوية، على سند من أن هذا الأخير، طالما تم توقيعه من قبل أطرافه، تثبت له قوة الأمر المقضى فيه، وبالتالي يحوز القيمة القانونية، ويُعد بذاته سندًا تنفيذيًا.

بيد أن الإدارة وعامل البلدية، أطراف المنازعة الإدارية السابق الإشارة إليها، قرروا اللجوء إلى القاضى الإدارى بمحكمة ليون الإدارية ملتجئين منه الاعتراف القضائى بما توصلوا إليه من اتفاق تسوية، وإعطائه قوة التنفيذ. وعليه، تحددت المسألة القانونية أمام محكمة ليون الإدارية فى السؤال الآتى: هل يجوز لأطراف النزاع اللجوء إلى القاضى الإدارى للاعتراف باتفاق التسوية وتسجيله قضائيًا حتى يتسنى لهم تنفيذه، فى ظل نصوص القانون المدنى التى تعترف لاتفاق التسوية بصلاحيته

كسند تنفيذى دون الحاجة لتدخل قضائى؟ وقد أجابت المحكمة على هذه المسألة بأنه يجوز للطرفين طلب موافقة المحكمة على اتفاق التسوية الودى الناتج عن الوساطة ومن ثم الاعتراف به قانوناً وجعله قابلاً للتنفيذ، وسواء كان هذا الاتفاق قد نتج عن عملية وساطة بدأت قبل بدء الإجراءات القضائية أو أثناءها.¹ يُفهم من ذلك أن المحكمة الإدارية قد ارتأت تأويل نصوص القانون المدنى الفرنسى على أساس أنها ليست من شأنها أن تحول بين أطراف الوساطة الإدارية وبين اللجوء إلى القضاء الإدارى للاعتراف بما أسفرت عنه الوساطة من اتفاق تسوية كسند تنفيذى.

وفى معرض تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية، ذكرت محكمة ليون الإدارية فى معرض قضائها، مستخدمة مصطلحات المشرع المدنى الفرنسى، إن مهمة القاضى الإدارى فى منحه الاعتراف القضائى لاتفاق التسوية كسند تنفيذى، حال كون هذا لم يأخذ صورة المعاملة (الصفقة) التى فيها يقدم الأطراف امتيازات وتنازلات متبادلة، إنما تنحصر فى التحقق من أن رضاء أطراف الاتفاق قد شمل جل ما ورد فيه، وأنه قد خلا من ثمة تعارض مع قواعد السياسة العامة، بما فى ذلك تلك المتعلقة بحظر التعدى على الحقوق التى لا يتمتع الأفراد بحرية التصرف بإزاءها.² أما فى حالة ما إذا ثبت لدى القاضى الإدارى أن اتفاق التسوية المعروض يغلب عليه شكل المعاملة (الصفقة)، فعليه التحقق من أن ما اشتمل

¹TA de Lyon, élargie, 3 avril 2019, M. B., N° 1704535.

² انظر قرار محكمة ليون الإدارية السابق.

عليه من امتيازات وتنازلات قد جاءت متبادلة ومتوازنة.¹ إذن لم تجد محكمة ليون الإدارية ثمة ما يحول قانوناً بينها وبين الإقرار بصحة ما أسفرت عنه عملية الوساطة الإدارية من اتفاق تسوية، وذلك بغض النظر عن كون هذا الاتفاق قد ثبتت له طبيعة المعاملة (الصفقة) أم انتفت عنه. بعبارة أخرى، وفقاً لقرار المحكمة، ليس لطبيعة اتفاق التسوية كونه صفقة أم غير ذلك ثمة تأثير على اعتراف المحكمة به واعطائه قوة التنفيذ، بل يتأثر ذلك الاعتراف القضائي بفحوى ما ورد في الاتفاق ومدى رضا أطرافه عنه. فاتفاق التسوية الثابت في فحواه وجود بعض الامتيازات والتنازلات المقدمة، يلحقه الاعتراف القضائي كسند تنفيذي حال التيقن من أن تلك الامتيازات والتنازلات كانت متبادلة ومتعادلة بين الطرفين. أما اتفاق التسوية الذي لا يبدو من فحواه اشتماله على امتيازات وتنازلات مقدمة، فيلحق به الاعتراف القضائي كسند تنفيذي حال التيقن من موافقة الطرفين على جل ما ورد فيه من شروط والتزامات.

وفى نفس السياق، وفى إحدى الدعاوى الحديثة نسبياً، نظرت محكمة بواتييه الإدارية فى ٢٨ يونيو ٢٠١٨ أحد الطعون التى أقامها المدعون ضد المرسوم الصادر عن عمدة بلدية مارسيلى بإدارة شارينت البحرية بجنوب غرب فرنسا، على سند من أن هذا المرسوم قد وجه بتشديد شريط بواقع تسعة أمتار، والذى نتج عن المساحة المشجرة وفقاً للمخطط الحضرى المحلى، على الأرض التى يمتلكونها. وقد وجه رئيس المحكمة، بعد الحصول على موافقة الأطراف، الأمر بالخضوع إلى

¹ انظر قرار محكمة ليون الإدارية السابق.

الوساطة فى محاولة لتسوية النزاع وديًا. وقد أسفرت الوساطة بالفعل عن توصل الأطراف إلى اتفاق للتسوية، وهو ما حدا بهم إلى التنازل عن جميع طلباتهم المقدمة إلى المحكمة الإدارية، وذلك قبل أن يطلبوا من تلك الأخيرة اعتماد اتفاق التسوية وإعطائه قوة التنفيذ.

وفى معرض ردها على الطلب، افتتحت محكمة بواتيه الإدارية قرارها بالتنكير بأنه، وفقاً للمادة ٤/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، يُعتبر اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة سندًا تنفيذيًا فى حد ذاته، ولا يعوق طريق تنفيذه أية قواعد قانونية، لا سيما تلك المتعلقة بقواعد المالية العامة. ومع ذلك، يجوز للأطراف التى خضعت للوساطة وأبرمت اتفاق التسوية أن يلتسوا من القاضى الإدارى اعتماد هذا الاتفاق ومنحه قوة التنفيذ مثله مثل الحكم القضائى، إذا ما تراءى لهم أن ثمة نفع يُرجى من ذلك، لا سيما إذا كان من المحتمل أن يواجه تنفيذ الاتفاق صعوبات خاصة، وذلك أيضًا بحسب ما ورد فى المادة ٤/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية.^١ الواقع من الأمر أن استحضار محكمة بواتيه الإدارية لنص المادة ٤/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية لم يكن سوى محاولة من جانبها لترديد الأساس القانونى الناظم لشروط قبول طلبات الاعتراف القضائى باتفاقات التسوية الناتجة عن عمليات الوساطة الإدارية ومنحها قوة التنفيذ.

^١ انظر قرار محكمة بواتيه الإدارية

ولئن كانت المادة ٤/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية قد حددت شرطاً موضوعياً معيناً لقبول القضاء الإدارى نظر طلبات الاعتراف باتفاقات التسوية واعتمادها قضائياً، وهو أن يثبت أن اتفاق التسوية قد صادفه بعض العقبات التى من شأنها عرقلة وضعه موضع التنفيذ، إلا أنها قد أحجمت عن ذكر تلك العقبات وما إذا كانت من طبيعة قانونية أم مادية. بيد أنه تجدر الإشارة إلى أنه ثمة شروط أخرى أوردتها محكمة بواتيه الإدارية فى قرارها فيما يتعلق بمدى قبول أو رفض الطلب المقدم من الناحية الموضوعية. فقد ذكرت المحكمة أنه يجب على القاضى الإدارى، قبل الموافقة على اعتماد اتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ، التحقق أولاً من أن طرفى النزاع يوافقان بالفعل على اتفاق التسوية؛ وثانياً أن موضوع الاتفاق مشروع؛ وثالثاً أن الاتفاق لا ينتهك أى من الحقوق الثابتة لأطرافه، والتى لا يملكون إزاءها حرية التصرف الحر؛ وأخيراً ألا يُخالط الاتفاق ما يمكن تأويله على أساس أنه تبرع أو هبة من قبل الإدارة لخصمها، أو ما يُعد تجاهلاً لقواعد النظام العام.^١

ومن نافلة القول إن موافقة أطراف عملية الوساطة على ما ورد فى فحوى اتفاق التسوية إنما هو شرط واجب توافره لحظة إبرام الاتفاق واستمراره لحين الاعتراف به من قبل القاضى الإدارى، بحيث أن انتفاء رضاء أحد الطرفين عن اتفاق التسوية، أو بالأحرى إنسحابه منه، يُفضى بالضرورة إلى أن ترى المحكمة أنه ليست ثمة

^١ انظر قرار محكمة بواتيه الإدارية السابق.

مصلحة من الاستمرار في نظر الطلب المقدم للاعتراف به قضائياً ومنحه قوة التنفيذ.^١ وغنى عن البيان أنه طالما أفضى غياب الموافقة على اتفاق التسوية أو سحبها إلى بطلان هذا الأخير، فاستمرار المضى قدماً في الإجراءات القضائية يُعتبر حقاً ثابتاً للأطراف.^٢ فرفض أحد الأطراف لما أسفرت عنه عملية الوساطة من اتفاق تسوية، أو سحبه للموافقة التي كان قد سبق وأبداها بشأن هذا الأخير، يفضى إلى فشل عملية الوساطة برمتها وبطلان اتفاق التسوية الناتج عنها، والاستمرار في الإجراءات القضائية المعتادة في هذه الحالة يُعد متفقاً مع ما أورده المادة ٣/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية من أن ما توصل إليه الأطراف من اتفاق ليس له ثمة تأثير على الحقوق الثابتة لهم والتي لا يتمتعون بحرية التصرف إزاءها. ولا ريب أن الحق في التقاضي يندرج ضمن هذه الطائفة من الحقوق. فلئن كان التوصل إلى اتفاق للتسوية ليس من شأنه التأثير على حق أطرافه في التقاضي، فالأدعى أن فشل التوصل إلى مثل هذا الاتفاق، إما لعدم موافقة أحد الأطراف أو لسحب موافقته لاحقاً، لا يخل بما هو ثابت للأطراف من حق في التقاضي والمثول أمام قاضيهم الطبيعي.^٣

^١ انظر قرار محكمة بواتيه الإدارية السابق.

^٢ انظر قرار محكمة بواتيه الإدارية السابق.

^٣ جدير بالذكر أن المدقق المنصف في نص المادة ٣/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية يلحظ ثمة تعارض بينه وبين نص المادة ٢٠٥٢ من القانون المدني، حيث ذكر المشرع في الأول أن اتفاق التسوية ليس من شأنه التأثير على الحقوق التي لا يتمتع الأطراف بحرية إزاءها، في حين أنه قد ذكر في الثاني أن التوصل إلى اتفاق تسوية من شأنه أن يحول دون إقامة دعوى بشأن نفس

أخيراً، تضمن قرار محكمة بواتييه الفرنسية نقطة هامة نود الإشارة إليها، وهي تتعلق بشكل مباشر بتحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية. فقد ذكرت المحكمة أن اتفاق التسوية، الذي يُشكل محل الطلب المقدم للقاضي الإداري للإقراره قضائياً وإعطائه ما للأحكام القضائية من قوة تنفيذ، ليس بالضروري أن يُصنف على أساس كونه اتفاق معاملة أو بالأحرى صفقة، تتضمن امتيازات وتنازلات متبادلة من الأطراف. يُفهم من ذلك أن محكمة بواتييه الإدارية قد مضت على نفس الحال الذي سبق ومضت عليه محكمة ليون الإدارية،

الموضوع الذي حُسم بمقتضى اتفاق الوساطة، أو الاستمرار في دعوى مقامة بالفعل. تأسيساً على ذلك، يبرز مبلغ التعارض في أنه وفقاً للمادة ٣/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية لا يكون لاتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة أى أثر من شأنه أن يحول بين أطرافه وبين اللجوء إلى القضاء وعرض النزاع عليه. أما وفقاً للمادة ٢٠٥٢ من القانون المدني، فالتوصل إلى اتفاق للتسوية عبر الوساطة من شأنه أن يحول بين الأطراف وبين رفع دعوى قضائية بشأن نفس النزاع الذي تمت تسويته باتفاق التسوية، أو حتى الاستمرار في دعوى قضائية مرفوعة بالفعل عن نفس النزاع. إذن، ليس ثمة جدال أن نص المادة ٢٠٥٢ من القانون المدني الفرنسي قد أثر سلباً على حق أطرافه في التقاضى، الذى من المعلوم أنه من الحقوق التى لا يُتَمَتع إزاءها بحرية التصرف. وفق هذا التصوير، يمكن القول أن رفع شبهة التعارض بين المادتين السابق ذكرهما يتحقق باعتبار أن المشرع الفرنسي فى المادة ٣/٣١٤ من قانون العدالة الإدارية قد قصد أحد أمرين: ١ إما الاتفاق على الوساطة دون اتفاق التسوية، بحيث أن الحق فى التقاضى يظل ثابتاً للأطراف حتى بعد الاتفاق على الوساطة وقبل الوصول إلى اتفاق التسوية؛ ٢ أو أنه قصد التعبير عن حالة ما إذا كان مصير عملية الوساطة الفشل، حيث لم تسفر عن أى اتفاق للتسوية، فيثبت بذلك للأطراف حرية اللجوء إلى القضاء. أما فى حالة ما تم التوصل إلى اتفاق للتسوية وارتضاه الأطراف، فذلك الأخير من شأنه أن يحول بينهم وبين رفع دعوى قضائية عن ذات موضوع النزاع، أو الاستمرار فى دعوى قائمة.

حيث لم تجد المحكمتان ثمة ما يحول قانوناً بين القاضى الإدارى وبين الاعتراف بما آلت إليه عملية الوساطة من اتفاق تسوية، لمجرد أن هذا الأخير لا يمكن نعته بالصفقة، حيث خلا مما يمكن تفسيره على أساس أنها امتيازات وتنازلات متبادلة ومتوازنة من أطرافه. فضلاً عن ذلك، فقرار محكمة بواتييه لم يشر إلى إلى العنصر المعتبر الذى يُحدد القاضى فى ضوءه ما إذا كان اتفاق التسوية جديراً بإضفاء الاعتراف القضائى عليه ومنحه قوة التنفيذ، وهو الأمر الذى جاء على خلافه قرار محكمة ليون الإدارية، حيث ذهب هذا الأخير إلى أن فحوى اتفاق التسوية هو ما ينبغى أخذه بعين الاعتبار. فإذا بدا للقاضى الإدارى أن فحوى الاتفاق يشير إلى أن هذا الأخير قد اشتمل على امتيازات وتنازلات معينة - أى أنه قد أخذ شكل المعاملة أو الصفقة بين أطرافه - فعليه التأكيد من أن تلك الامتيازات والتنازلات قد جاءت متبادلة ومتوازنة بين الأطراف، وذلك كشرط أساسى لمنحه قوة التنفيذ. أما إذا ما ثبت لدى القاضى الإدارى من فحوى اتفاق التسوية المقدم إليه أن هذا الأخير لم يأخذ طابع المعاملة أو الصفقة، فعليه أن يتأكد من أن رضاء الأطراف قد شمل كل ما ورد فيه من شروط والتزامات حددتها بنوده، على النحو السابق الإشارة إليه.

الواقع من الأمر أن قرار محكمة بواتييه الإدارية لم يستبعد تماماً إمكانية أن يأخذ اتفاق التسوية طابع اتفاق المعاملة أو الصفقة بين أطرافه، ويدعم هذا الفهم ما ورد فى القرار من عبارة أنه "ليس من الضرورى أن يُصنف اتفاق التسوية على أساس كونه معاملة أو صفقة اشتمل على امتيازات وتنازلات متبادلة" ليكون حرياً

بالاعتراف القضائي به ومنحه قوة التنفيذ. بيد أن محكمة بواتيه الإدارية قد أغفلت التصريح بالمعايير التي ينبغي على القاضى الإدارى الارتكان إليها بغية تحديد ما إذا كان اتفاق التسوية جديرًا بمنحه قوة التنفيذ القضائي من عدمه، وذلك على النقيض من محكمة ليون الإدارية التي أفصحت صراحة عن اتخاذها من فحوى اتفاق التسوية معيارًا لتحديد مدى جدارة هذا الاتفاق بالاعتراف به قضائيًا ومنحه قوة التنفيذ، على النحو السابق بيانه. بالرغم من ذلك، وإزاء حقيقة أن قرار محكمة بواتيه لم يُصدر على إمكانية أن يأتي اتفاق الوساطة مفرغًا فى قالب المعاملة أو الصفقة، فيحسب الباحث عدم الافتتات بالقول إن إحجام محكمة بواتيه الإدارية عن التصريح بضرورة تيقن القاضى من أن الامتيازات والتنازلات التي تضمنها اتفاق التسوية قد متبادلة ومتوازنة بين الطرفين، حال أخذ هذا الاتفاق طابع المعاملة أو الصفقة، إنما هو امتناع عن التصريح بما هو معلوم بالضرورة.

(ب) موقف مجلس الدولة الفرنسى

٣١- تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسى، ممثلًا فى جمعيته العامة، كان قد أصدر قرارًا فى ٦ ديسمبر ٢٠٠٢، فى معرض تحديده للنظام القانونى لاتفاق المعاملات المبرم بين شخص عام وطرف آخر، مفاده أن القاضى الإدارى يملك سلطة قبول الطلب المقدم للاعتراف باتفاق المعاملة (اتفاق التسوية)، الذى تم التوصل إليه خارج أية إجراءات قضائية، وذلك بهدف تحقيق "الصالح العام، متى كان الغرض من إبرام المعاملة الإصلاح والتعويض عن الوضع الذى أوجده إجراء

الإلغاء، أو الذى نشأ جراء اكتشاف حالة من حالات عدم المشروعية، التى يصعب تسويتها بمحاولة التوافق مع الأحكام والمعايير القانونية، أو حين يواجه تنفيذ تلك المعاملة صعوبات معينة.¹ وقد استطرده المجلس مؤكداً، فى إطار تحديد النظام القانونى لاتفاق المعاملات، أنه بمقتضى المادة ٢٠٥٢ من القانون المدنى، فإن عقد المعاملة الذى ينهى الأطراف بموجبه نزاعاً قائماً أو يحول دون نشوء النزاع، تثبت له قوة الأمر المقضى فيه بين أطرافه، ويقبل التنفيذ بقوة القانون، دون أن تعطله قواعد المالية العامة.

استطراد التأمل فيما ورد بقرار مجلس الدولة الفرنسى، ممثلاً فى جمعيته العامة، يفضى بالتسليم بأن الطلب المقدم للقاضى الإدارى لإجازة المعاملة (الصفقة) المبرمة بين أطراف النزاع الإدارى، والتى بها تمت تسوية ذلك الأخير، ليس منه ثمة نفع يُرجى، وتتنفى فيه شرط المصلحة، وهو الأمر الذى يكون معه حرى بعدم القبول، وذلك فى ضوء ما أورده المشرع الفرنسى من أحكام فى قانون تنظيم

¹ انظر قرار الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسى

CE., Assemblée, 6 décembre 2002, N^o 249153 publié au recueil Lebon.

"La recevabilité d'une telle demande d'homologation doit toutefois être admise, dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public."

العلاقات بين الجمهور والإدارة والقانون المدنى. بيد أن القراءة المنصفة لقرار مجلس الدولة، السالف الإشارة إليه، تقتضى التوقف ملياً عند الجملة الإعتراضية التى صاغها المجلس فى معرض قراره، حين ذكر أنه يجوز للقاضى الإدارى الاعتراف باتفاق المعاملة "الذى تم التوصل إليه خارج أية إجراءات قضائية". إذن، بمفهوم المخالفة، يمكن القول إن اعتراف القاضى الإدارى الفرنسى باتفاق المعاملة يضحى ذات مغزى وأهمية فى منح ذلك الأخير قوة التنفيذ، إذا ما كان النزاع الإدارى قد عُرض عليه من قبل - أى حال ما نكون بصدد إجراءات قضائية سارية بالفعل.^١ فضلاً عن ذلك، تفضى القراءة المنصفة لقرار المجلس للقول بأن القاضى الإدارى قد يجد نفسه مطالباً بمنح اتفاق المعاملة الاعتراف القضائى، بالرغم من أن هذا الأخير قد تم التوصل إليه خارج أية إجراءات قضائية، حين يكون الهدف من إبرام هذا الاتفاق، أو إن شئنا قلنا الصفقة، إصلاح وضع نشأ جراء الإلغاء أو بسبب حالة من حالات عدم المشروعية، التى لا يمكن تلافيتها، أو عندما يواجه تنفيذ هذا الاتفاق صعوبات معينة خاصة فى مسائل العقود العامة وتفويضات الخدمة العامة.^٢

^١ انظر باللغة الفرنسية

FRANÇOIS B., "Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication", LEGICOM, 2004/2 N° 31, p. 111.

^٢ انظر المرجع السابق، ص. ١١١.

وفق هذا التصوير، يمكن القول إن مجلس الدولة الفرنسى، فيما يتعلق بمدى جدوى اعتراف القضاء الإدارى باتفاق المعاملة (اتفاق التسوية) الناتج عن عملية الوساطة، قد ارتكن إلى أصل قانونى مقررًا عليه استثناءين. أما عن الأصل فقد استلهمه مجلس الدولة الفرنسى من نصوص القانون المدنى، حيث أنه ليست ثمة حاجة للانتجاء إلى القاضى الإدارى للاعتراف باتفاق التسوية، طالما لم يكن النزاع محلاً لخصومة قضائية من الأساس. أما عن الاستثناءين، فيتعلقان بجواز منح القاضى الإدارى سلطة الاعتراف باتفاق التسوية وتسجيله قضائياً فى حالتين: أولهما إذا كان النزاع محل اتفاق التسوية قد كان معروضاً أمام القاضى الإدارى بالفعل، حيث أن هذا الفرض يثير حالة ما إذا انعقدت عملية الوساطة بمبادرة من القاضى (الوساطة القضائية) أثناء نظره للنزاع. وثانيهما مرده خدمة مقتضيات المصلحة العامة، لا سيما حين يستهدف اتفاق التسوية التعويض عن الأوضاع المتضرر منها والتي نشأت نتيجة فعل الإلغاء، أو كنتيجة لعدم إمكانية تلافى ما ثبت من عيوب المشروعية، أو إذا ما اعترض طريق تنفيذ اتفاق التسوية عقبات خاصة فى مسائل العقود العامة وتفويضات الخدمة العامة. وثمة نقطة هامة جدية بالذكر، وهى تتمثل فيما أورده مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بحدود دور القاضى الإدارى حين تُحتم عليه طبيعة النزاع المعروض عليه أو مقتضيات حماية المصلحة العامة قبول طلب الاعتراف باتفاق التسوية (المعاملة) وتسجيل هذا الأخير قضائياً. فقد قضى المجلس أن على القاضى الإدارى المقدم إليه اتفاق التسوية (المعاملة) التحقق من أمور أربعة، تحت طائلة عدم القبول - أولاً: أن

أطراف الاتفاق قد وافقوا فعليًا على ما ورد في فحواه؛ ثانيًا: أن يكون محل هذا الاتفاق مشروعًا؛ ثالثًا: ألا يشكل الاتفاق (المعاملة) تبرعًا من جانب الإدارة المعنية؛ وأخيرًا: ألا يتجاهل الاتفاق (المعاملة) قواعد النظام العام.^١

ثمة نقطة هامة أخيرة نود الإشارة إليها في مقامنا هذا، مفادها أنه لئن كان الحديث عن مدى جدوى تقديم اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية للقاضي الإداري بغية الإعراف به ومنحه قوة التنفيذ له ما يبرره في قانون العدالة الإدارية الفرنسي، نظرًا لخلو هذا الأخير من الأحكام التي من شأنها تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية على نحو قاطع وحاسم، فالحال نفسه لا يجرى حين يتعلق الأمر باتفاق التسوية الناتج عن خضوع أطراف النزاع لعملية التسوية المعروضة عليهم من قبل مفوض الدولة، وفقًا للمادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. فالواقع من الأمر أن ما أورده المشرع المصري في المادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة بالنص على التزام مفوض الدولة بتحرير محضر رسمي يوقعه الخصوم، ويثبت فيه التسوية التي تم التوصل، من شأنه أن يُسبغ على المحضر الرسمي، بما احتواه من اتفاق تسوية، وصف الحكم الاتفاقي.^٢ ويدعم هذا الفهم ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة المصري من أنه يكون للمحضر

^١ انظر قرار الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي

CE., Assemblée, 6 décembre 2002, N° 249153 publié au recueil Lebon.

^٢ أ. د. محمد باهى أبو يونس، التسليم بالطلبات والأحكام فى المرافعات الإدارية، المرجع

السابق، ص. ٦٣.

المحرر بواسطة مفوض الدولة والموقع من الخصوم، والمتضمن اتفاق التسوية قوة السند التنفيذي، بحيث تُعطى منه صورة وفقاً لذات القواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام القضائية. تأسيساً على ذلك، يمكن القول إن محضر التسوية المحرر بواسطة مفوض الدولة والمشمول على ما توصل إليه الأطراف من تسوية لنزاعهم، تثبت له ما للأحكام القضائية من حجية الأمر المقضى فيه، ويضحي بذاته صالحاً للاحتجاج به كسند تنفيذي.¹ ولعل هذا هو ما حدا بالباحث إلى إسباغ وصف العمل القضائي على اختصاص مفوض الدولة بعرض التسوية وتحرير محضر رسمي بها، حال تمامها، على النحو السابق تفصيله. فلتن كان إسباغ وصف العمل القضائي على اختصاص المفوض بعرض التسوية وتحرير محضر بها، إنما هو نتيجة منطقية لكون أن هذا المحضر، بما تضمنه من اتفاق تسوية، يُنهى النزاع في موضوعه، بحيث تنقضي به الدعوى، فمن الأولى إذاً الاعتراف لهذا المحضر وذاك الاتفاق بما للأحكام القضائية من حجية الأمر المقضى فيه.

(ج) رأى الباحث

٣٢- بالنظر إلى حقيقة أن الوساطة، كآلية ودية لتسوية النزاعات، يتم استخدامها على نطاق واسع اليوم في منازعات القانون الخاص، وأن تلك الآلية قد طالها التنظيم التشريعي في مجالات المنازعات الإدارية، على النحو السابق عرضه، أضحي التساؤل حول الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة

¹ المرجع السابق، ص. ٦٣.

يمثل أهمية خاصة لأهل الاختصاص القانوني. وفي ضوء موقف المحاكم الإدارية ومجلس الدولة في فرنسا، يمكن القول بأن ما يصدر عن القضاء الإداري من أحكام يمكن أن يُعين بشكل كبير على تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة.

من المعلوم براءة أن الوساطة الإدارية حال البدء في إجراءاتها، مثلها في ذلك مثل نظيرتها المدنية، تنقضى إما بنجاح أطرافها في الوصول إلى اتفاق لتسوية النزاع القائم بينهما، وإما بفشل أطرافها في الوصول إلى اتفاق للتسوية. وحال كون الوساطة الإدارية تنتمي لما أسماه الوساطة القضائية، والتي فيها يبادر القاضى الإدارى بعرض التسوية الودية بمناسبة نظره لنزاع إدارى. وعليه، يكون الوسيط ملتزمًا بإبلاغ القاضى الإدارى فى نهاية عملية الوساطة بما أسفرت عنه من نتائج - أى ما إذا كانت عملية الوساطة قد حالفها النجاح وتوصل أطرافها لاتفاق لتسوية نزاعهم، أم كان مصيرها الفشل - وذلك بتقرير مكتوب يسلمه للقاضى، إعمالاً لمقتضى الأحكام الواردة فى قانون العدالة الإدارية.¹

¹ نصت المادة ٩/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، الواردة ضمن الأحكام المنظمة للوساطة بمبادرة من القاضى الإدارى، على أن يلتزم "الوسيط بإبلاغ القاضى عن ما إذا كان الطرفان قد توصلا إلى اتفاق للتسوية من عدمه". وهو نفس ما تم النص عليه فى المادة ١١/١٣١ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى. انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Katrin Deckert, Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences

المرجع السابق.

وبحسب الباحث أن استطراد التأمل فى أحكام المحاكم الإدارية الفرنسية وموقف مجلس الدولة الفرنسى، يكشف عن جملة من الحقائق التى تحكم مسألة تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية، ومدى جواز الالتجاء إلى القاضى الإدارى للاعتراف بهذا الاتفاق ومنحه ما للأحكام القضائية من قوة تنفيذية. أولهما أن اتفاق التسوية الذى توصل إليه الأطراف عبر الخضوع لعملية وساطة اتفاقية خارج أية إجراءات قضائية، يعتبر بمثابة العقد المبرم بين أطرافه، بحيث تجرى عليه ما يجرى على العقد من قواعد قانونية عامة. وبالتالي، يضحى اتفاق التسوية هذا ملزماً بين أطرافه. ويكفى لتنفيذ هذا الاتفاق أن يتقدم الأطراف المعنية بطلب إلى رئيس المحكمة العليا الإقليمية *tribunal de grande instance*، والتى تم استبدالها فى يناير ٢٠٢٠ بمحكمة العدل، لتنفيذ اتفاق التسوية، وذلك بمقتضى المادة ٤/١٤٤١ من قانون المرافعات المدنية، المعدلة بموجب المادة الثامنة من المرسوم رقم ٩٦٦ لسنة ٢٠١٩ الصادر فى ١٨ سبتمبر ٢٠١٩^١. وفى هذه الحالة يتمتع القاضى بسلطة تقديرية حيال منح اتفاق التسوية قوة التنفيذ فيما يتعلق بمدى انطباق القواعد العامة للعقد، ومدى توافقه مع مقتضيات النظام العام والقواعد القانونية الملزمة فى الدولة. وفق هذا التصوير، يجوز لأطراف الوساطة الإدارية التقدم بطلب للمحكمة الإدارية للاعتراف باتفاق

^١ انظر باللغة الفرنسية

TAORMINA G., Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 NCPC, D. 2002. Chron. 2353.

التسوية، حال كونه قد نتج عن عملية وساطة سبقت البدء فى أى إجراءات قضائية، بغية حسم النزاع ودياً واعتبار هذا الاتفاق قابل للتنفيذ. والأمر هنا متروك للقاضى الإدارى للتحقق من أن أطراف اتفاق التسوية قد شمل رضاهم كل ما ورد فى الاتفاق من شروط والالتزامات، وأن الاتفاق لا يتضمن ما يُعد تنكّباً لقواعد السياسة العامة فى الدولة ومقتضيات النظام العام، بما فى ذلك تلك المتعلقة بحظر التعدى على الحقوق التى ليس للأفراد حرية التصرف إزاءها.

ثانياً: يتبدى من استطراد التأمل فى أحكام القضاء الإدارى الفرنسى السابقة أنه يجوز لأطراف الوساطة الإدارية التقدم إلى المحكمة الإدارية المختصة للاعتراف بما نتج عن عملية الوساطة من اتفاق تسوية ومنحه قوة التنفيذ، وذلك حال كون هذا الأخير قد نتج عن الخضوع للوساطة الإدارية القضائية - أى بعد الشروع بالفعل فى إجراءات الدعوى الإدارية. والفرض هنا أن اتفاق التسوية لم يأخذ طابع اتفاق المعاملة أو الصفقة، فتضحى مهمة القاضى الإدارى متماثلة مع مهمته حال كون اتفاق التسوية قد نتج عن عملية وساطة قبل البدء فى الإجراءات القضائية، حيث يتحقق من توافر رضاء الأطراف على ما ورد فى الاتفاق، وعدم مخالفته لمقتضيات النظام العام والحقوق التى لا يتمتع إزاءها بحرية التصرف.

ثالثاً: حال ما إذا غلب على اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية طابع اتفاق المعاملة أو الصفقة المبرمة بين أطرافه، فليست ثمة حاجة للجوء إلى القاضى الإدارى لمنح ذلك الاتفاق قوة التنفيذ، وذلك تماشياً مع نص المادة ١/٤٢٣

من قانون تنظيم العلاقات بين الجمهور والإدارة والمادة ٢٠٤٤ من القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبرت المادتان أن اتفاق المعاملة (الصفقة) له قوة العقد بين الطرفين وواجب التنفيذ، لا سيما إذا كان قد تم التوصل إليه خارج أية إجراءات قضائية. بيد أنه وفقاً لقرار مجلس الدولة الفرنسي، السالف الإشارة إليه، قد تفرض مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة على القاضى الإدارى قبول طلب الاعتراف باتفاق المعاملة (الصفقة) الناتج عن الوساطة الإدارية ومنح قوة التنفيذ، خاصة إذا كان هذا الاتفاق يستهدف إصلاح وضع نشأ جراء الإلغاء أو بسبب حالة من حالات عدم المشروعية، التى لا يمكن تلافيتها، أو عندما يواجه تنفيذ هذا الاتفاق صعوبات معينة خاصة فى مسائل العقود العامة وتفويضات الخدمة العامة.^١

رابعاً: يجوز لأطراف عملية الوساطة الإدارية القضائية، التى بدأت بعد بدء السير فى الإجراءات القضائية، أن يطلبوا إلى القاضى الإدارى الاعتراف باتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ، إذا ما أخذ هذا الأخير طابع اتفاق المعاملة أو الصفقة. وفى تلك الحالة، يضحى لزاماً على القاضى الإدارى التأكيد من أن موافقة الأطراف ورضاهم التام عما ورد فى فحوى اتفاق التسوية، وأن هذا الاتفاق قد جاء محله

^١ انظر باللغة الفرنسية

FRANÇOIS B., Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication

المرجع السابق، ص. ١١١.

مشروعاً، وأنه قد خلا مما يمكن اعتباره تبرعاً من جانب الإدارة الطرف فيه، وأنه قد جاء متوافقاً مع قواعد النظام العام.

خامساً: تتماثل أحكام القضاء الإدارى الفرنسى السابق عرضها من حيث اتفاقها على أنه لا يجوز بأى حال من الأحوال أن يتضمن اتفاق التسوية ما يمكن اعتباره تبرعاً من جانب الإدارة، لا سيما إذا ما حمل هذا الاتفاق طابع المعاملة أو الصفقة. فقد ورد غير بعيد أنه حين يكون لاتفاق التسوية طابع المعاملة أو الصفقة بين أطرافه، فى مفهوم المادة ١/٤٢٣ من قانون تنظيم العلاقات بين الجمهور والإدارة والمادة ٢٠٤٤ من القانون المدنى الفرنسى، فإن الأمر متروك للقاضى الإدارى للتحقق من أنه احتوى على امتيازات وتنازلات متبادلة ومتوازنة.^١ بالتالى لا يكون اتفاق التسوية المتسم بطابع المعاملة أو الصفقة جديراً باعتراف القاضى الإدارى به ومنحه قوة التنفيذ إذا ما تضمن ما يمكن اعتباره تنازلاً أو تبرعاً من جانب الإدارة دون أن يُقابله امتيازات أخرى تتحصل عليها وتنازلات أبادها الطرف الآخر فى الاتفاق.

سادساً: لئن كان أساس نطاق رقابة القاضى الإدارى على اتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية، حال لحق به طابع اتفاق المعاملة أو الصفقة، يتمثل فى ضرورة التيقن من أن اتفاق التسوية لم ينطو على تجاهل لقواعد النظام العام، وأنه

^١ انظر باللغة الفرنسية

لم يتضمن ما يُعد تبرعاً من جانب الإدارة، غير أن ثمة أمراً آخر جوهرياً يتحكم فى تحديد نطاق الرقابة القضائية على اتفاق التسوية ذى طابع المعاملة أو الصفقة. ويتمثل هذا الأمر فيما أرساه مجلس الدولة الفرنسى من مبدأ عام مفاده أنه يُحظر على أى شخص عام الموافقة على دفع مبلغ لا يدين به. ففى إحدى الدعاوى التى نظرها مجلس الدولة الفرنسى، قضى هذا الأخير أنه إذا ما عرضت السلطة العامة، بمناسبة نزاع قائم، تعويض الطرف المضرور، وتم قبول هذه التسوية، فيجوز للطرفين عرض هذه التسوية على القاضى الإدارى المختص. ويملك القاضى الإدارى، إزاء ذلك، الاعتراف باتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ بشرط ألا يتضمن ما يُعد تجاهلاً لقواعد النظام العام.¹ وقد استطرد المجلس لاحقاً ليؤكد أن التزام الشخص العام، بمقتضى اتفاق التسوية، على دفع مبلغ مالى لا يدين به، يُعتبر من قبيل الشرط المجافية لقواعد النظام العام، ومن ثم يضحى الطلب المقدم لمنح اتفاق التسوية قوة التنفيذ، على هذا النحو، حرياً بالرفض.² ولعل صرامة هذا المبدأ، فى نظر بعض الشراح، هو ما يُفسر تردد الأفراد فى الدخول مع الإدارة فى محاولات للتسوية الودية أو على الأقل فى صياغة اتفاق التسوية فى شكل اتفاق المعاملة أو الصفقة التى تتضمن امتيازات وتنازلات متبادلة.³ فالمبدأ، على النحو الذى أورده

¹ انظر قرار مجلس الدولة الفرنسى

CE., 19 mars 1971, N° 79962 Publié au recueil Lebon.

² انظر قرار مجلس الدولة الفرنسى السابق.

³ انظر باللغة الفرنسية

مجلس الدولة الفرنسي، يُفضى، كما سبق القول، برفض طلب الاعتراف باتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ، لحين قيام أطرافه بتعديلات جوهرية على جوهر الامتيازات والتنازلات التي قدموها، بحيث تبدو متبادلة ومتوازنة، وخالية مما يُعد مخالفة لقواعد النظام العام، لا سيما موافقة الإدارة على دفع مبلغ مالى لا يمثل أصلاً ديناً عليها. الواقع من الأمر أن مجلس الدولة الفرنسي كان قد قصد من المبدأ الذى قرره فى قضائه السابق، أن العلاقات التى تجمع بين أشخاص القانون العام والأفراد تأخذ قدرًا من الخصوصية بغية إضفاء قدر من الحماية على الأموال العامة. فمفاد قضاء مجلس الدولة أنه يحظر على الإدارة أن تدفع للأفراد تعويضًا ماليًا حال انتفى الضرر من الأساس، أو أن تدفع للمضرور تعويضًا يفوق حجم الضرر الذى لحق به، حال ثبوت هذا الأخير. والحظر، على هذا النحو، لا يقدر فى رضاء الإدارة بدفع المبلغ غير المستحق عليها. ويدعم هذا الفهم ما ورد بقضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه لا تثريب على الإدارة أن تكون طرفًا فى اتفاق تسوية، تلتزم بمقتضاه بدفع مبلغ مالى معين على سبيل التعويض، إذا كان هذا المبلغ المخصص يتوافق مع الضرر الحادث.¹ أما إذا كان هذا الضرر لا وجود له أو لم

JARROSSON Ch., Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, Rev. Arb. 1995. 435 et suiv., spéc. p. 437 et suiv.

¹ انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي

CE., 19 mars 1971, N° 79962 Publié au recueil Lebon.

تتسبب الإدارة بتصرفها فيه، فلا مجال لإثارة مسئولية السلطات العامة.^١ فلا يملك القاضى الإدارى الاعتراف بمديونية الإدارة بمبلغ مالى ثبت أنه غير مستحق، حتى ولو صاحب ذلك موافقة الإدارة.

سابعًا: القراءة المتأنية للنصوص المنظمة للوساطة الإدارية فى قانون العدالة الإدارية الفرنسى المتعلقة تفصح عن أن هذا الأخير قد خلا من ثمة أحكام محددة لمدى جواز الطعن على القرار الصادر من القاضى الإدارى فى شأن الطلب المقدم إليه للاعتراف باتفاق التسوية الناتج عن الخضوع لعملية الوساطة الإدارية ومنحه قوة التنفيذ. وتجدر الإشارة فى هذا المقام أن المشرع الفرنسى فى قانون المرافعات المدنية الفرنسى قد ارتأى أن مسألة الاعتراف باتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ إنما هى مسألة من مسائل الاختصاص الرجائى، التى لا تتعلق بإجراءات اختصاصية *la matière gracieuse*^٢، وذلك فيما يتعلق بالوساطة فى المنازعات المدنية

^١ انظر قرار مجلس الدولة الفرنسى السابق.

^٢ تجدر الإشارة إلى أن المادة ٢٥ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى قد نصت على سلطة القاضى فى الفصل فى الطلبات المقدمة بشأن المسائل القانونية غير الخلافية، وفى غياب الإجراءات القضائية، وذلك عندما يتطلب القانون ذلك بسبب طبيعة المسألة أو صفة مقدم الطلب. إذن يختص القاضى بالفصل فى هذه المسائل بمقتضى سلطته الولائية، وبذلك يتشابه هذا النظام، من هذه الزاوية، مع نظام الأوامر على عرائض فى القانون المصرى. ووفقاً لقانون المرافعات المدنية الفرنسى يفصل القاضى المدنى فى هذه الطلبات دون مرافعة، ويحق له أن يستدعى مقدم الطلب أو أى طرف آخر لسماعه. وفى هذه الحالة تكون جلسة الاستماع مغلقة. راجع فى ذلك بيار اميل طويبا، اشكالية القرارات الفاصلة بطلبات وقف التنفيذ، مجلة العدل، العدد الثانى ٢٠١١، ص. ٦٢٠.

والتجارية.^١ فبمقتضى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٢/١٣١ من قانون المرافعات المدنية، يُعتبر الطلب المقدم من أطراف اتفاق التسوية، للاعتراف بهذا الأخير ومنحه قوة التنفيذ من قبيل الطلبات الرجائية، التي تصدر في المسائل التي يوجب القانون اخضاعها لرقابة القضاء بالنظر لطبيعتها أو لصفة مقدمها، والتي يتم الفصل فيها دون مرافعة، إلا لو رأى القاضى مقتضى لسماع الأطراف المعنية. والحكم نفسه يجرى سواء كانت الوساطة التي نتج عنها اتفاق التسوية، وساطة اتفاقية أو قضائية. وعليه، قرر المشرع الفرنسى فى المادة ٣/١٥٦٦ من قانون المرافعات المدنية أن طبيعة الطلب المقدم للاعتراف باتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ، باعتباره من المسائل القانونية الرجائية الغير متعلقة بإجراءات الاختصاص، قد فرضت اعتبار أن القرار الصادر من القاضى برفض الطلب، هو من قبيل القرارات التي تصدر دون خصومة، يقبل الطعن عليه أمام المحكمة الاستئنافية، على أن يُقدم هذا الطعن ويُفصل فيه بنفس الإجراءات المتعارف عليها بشأن المسائل الخاضعة للاختصاص الطوعى والتي لا تتعلق بإجراءات اختصاصية. وفق هذا البيان، وفى ظل غياب النصوص المنظمة فى قانون العدالة الإدارية، لا يسع

^١ انظر باللغة الفرنسية

HÉRON J., Droit Judiciaire Prive, 2eme edition, Montchrestien 2002, p.225.

MARTIN R., Matière gracieuse et ordonnance sur requête unilatérale, JCP. 1976, I, 2787.

BERGEL J.-L., La juridiction gracieuse en droit français, D. 1983, Chr. 153 et 165.

الباحث سوى القول بأن الأصل الوارد فى قانون المرافعات المدنية يسرى على القرار الصادر برفض الاعتراف باتفاق التسوية الناتج عن عملية الوساطة الإدارية ومنحه قوة التنفيذ. فالطلب المقدم من أطراف الوساطة الإدارية للقاضى الإدارى بغية الاعتراف باتفاق التسوية ومنحه قوة التنفيذ، يُعد من قبيل الطلبات الرجائية الغير متعلقة بإجراءات اختصاصية. وبالمثل يُعتبر القرار الصادر من القاضى الإدارى برفض الطلب المقدم له لمنح قوة التنفيذ لاتفاق الوساطة، من قبيل القرارات القضائية التى تصدر دون خصومة، والتى تقبل الطعن عليها أمام المحكمة الإدارية الأعلى.

الفصل الثانى

الوساطة الإدارية الإلزامية

تمهيد

٣٣- ورد ذات مرة أن الوساطة الإدارية هي آلية تسمح لأطراف المنازعة الإدارية بتسوية ودية، كلية أو جزئية، لمنازعتهم، وذلك عن طريق تدخل طرف ثالث يُسمى الوسيط ويتمتع بالحياد والاستقلال ومشهود له بالكفاءة والنزاهة. وعليه، ينحصر دور الوسيط، على النحو السابق بيانه، فى سماع أطراف النزاع الإدارى وتمكينهم من إبداء أوجه دفعهم وتقديم أدلتهم، وذلك قبل محاولة تقريب وجهات نظرهم ومساعدتهم على إيجاد تسوية مرضية لنزاعهم. صاغت معالم هذه الفكرة توجه المشرع الفرنسى فى تنظيمه للوساطة الإدارية، الاتفاقية والقضائية على السواء. بيد أن المشرع الفرنسى قد ارتأى أن ثمة ضرورة ملحة، فرضتها الطبيعة الخاصة لبعض المنازعات الإدارية، لإلزام أطراف الخصومة الإدارية على الخضوع للوساطة.^١

^١ انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

DENIZOT A., Médiation obligatoire avant saisine de la justice administrative: une expérimentation écourtée?, RTDCiv.: Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2018, p. 500.

AKRICH M., Les formes de la médiation technique, Réseaux: La Découverte, 1993, p. 94.

المبحث الأول التنظيم التشريعي للوساطة الإدارية الإلزامية

تمهيد

٣٤- فى ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، صدر القانون رقم ١٥٤٧-٢٠١٦ بشأن تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين ، والمعدل بموجب القانون رقم ٢٠١٩-٢٢٢ الصادر فى ٢٣ مارس ٢٠١٩ بشأن برمجة ٢٠١٨-٢٠٢٢ والإصلاح من أجل العدالة، حيث نصت المادة ٣/٥ منه على تضمين قانون العدالة الإدارية المواد من ٢١٣-١ إلى ٢١٣-١٠، والتي أضافت للباب الأول من القانون فصلاً ثالثاً بعنوان "الوساطة". وذلك قبل أن تنص الفقرة الرابعة من ذات المادة على جواز خضوع الطعون المرفوعة من ممثلى السلطات المحلية والمؤسسات العامة، الخاضعون لأحكام القانون رقم ٨٣-٦٣٤ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٨٣ بشأن حقوق والتزامات الموظفين المدنيين، المتعلقة بوضعهم الشخصى وطلباتهم المتعلقة بالمزايا أو البدلات أو الحقوق المخصصة كمساعدة أو عمل أو سكن أو لصالح العمال المحرومين من العمل، لوساطة إلزامية مسبقة بموجب الشروط التى يصدر بها قرار من مجلس الدولة. وقد اشترطت المشرع الفرنسى أن يكون الخضوع لتلك الوساطة الإلزامية على سبيل التجربة وفى موعد أقصاه حتى ٣١ ديسمبر ٢٠٢١.

وبناء على ذلك، أصدر رئيس الوزراء الفرنسى، بعد موافقة مجلس الدولة، المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ فى ١٦ فبراير ٢٠١٨، والذي دخل حيز النفاذ اعتباراً من

١ أبريل ٢٠١٨، حيث بمقتضاه تم فرض إجراءات وساطة مسبقة وإلزامية، على أساس تجريبي، تتعلق بمنازعات الخدمة المدنية وبعض منازعات الحقوق الاجتماعية.^١ وتجدر الإشارة إلى أن صفة الإلزامية في هذه الصورة من صور الوساطة الإدارية قد تجلت في المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، حين نص ذلك الأخير على جزاء إجرائي يتمثل في عدم قبول الطعون الموجهة ضد بعض القرارات الإدارية في حالة عدم احترام الخضوع لتلك الوساطة. وعليه، إذا ما تبين للمحكمة الإدارية أن الدعوى المنظورة أمامها لم يُراع فيها احترام الوساطة الإلزامية، توجب عليها الحكم برفضها، ولا يقدر في ذلك مراعاة الخصوم إقامتها في الميعاد المحدد قانونًا لذلك.^٢

^١ جدير بالذكر أن المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ لم يكن أولى المحاولات لتبني مبدأ الخضوع لتسوية إلزامية مسبقة قبل الطعن القضائي. فالواقع من الأمر أن أولى تلك المحاولات كانت بمقتضى المرسوم رقم ٧٦٥ لسنة ٢٠١٢ الصادر في ١٠ مايو ٢٠١٢ بشأن التظلم الاستئناف الإداري الإلزامي فيما يتعلق بمنازعات الحالة الشخصية لموظفي الخدمة المدنية في الدولة. فموجب هذا المرسوم، اشترط المشرع الفرنسي، على أساس تجريبي، الخضوع لإجراءات التظلم الإداري الوجوبي كشرط لقبول الطعون القضائية المتعلقة بمنازعات الحالة الشخصية لموظفي الخدمة المدنية في الدولة. بيد أن المرسوم رقم ٧٦٥ لسنة ٢٠١٢ لم يكتب له الاستمرار كونه لم يفلح في تحقيق النتائج المرجوة منه.

La circulaire du 5 octobre 2012 relative à l'application du décret du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de RAPO aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'État avait alors pu en préciser le cadre.

^٢ المادة الأولى من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ الصادر في ١٦ فبراير ٢٠١٨.

المطلب الأول

المنازعات الإدارية الخاضعة لإجراءات الوساطة الإلزامية

٣٥- يحسب الباحث أن بإنعام النظر فى المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ يمكن القول بأن هذا الأخير قد صنف المنازعات الإدارية التى ينبغى أن تخضع للوساطة الإلزامية إلى طائفتين أساسيتين: أولهما منازعات تتعلق بالخدمة المدنية أو بالأحرى منازعات المرافق العامة. وثانيهما منازعات تتعلق بالحقوق الاجتماعية. فأما عن الطائفة الأولى، فقد حصرت المادة ١/١ من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ المنازعات المتعلقة بالخدمة المدنية أو المرافق العامة، والتى تستوجب الخضوع للوساطة الإلزامية، فى الطعون الموجهة إلى جملة من القرارات الإدارية والتى جاءت على النحو التالى:

١. القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالانتقاص بأحد عناصر التعويض المذكورة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من القانون رقم ٦٣٤ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٨٣ بشأن حقوق والتزامات الموظفين المدنيين (الراتب، بدل الإقامة، علاوة راتب الأسرة، والمكافآت والبدلات المحددة بموجب نص فى قانون أو لائحة).
٢. القرارات الإدارية الصادرة برفض الإعارة، أو الإحالة على الاستيداع حال توافر البديل، أو الإجازة غير مدفوعة الأجر للموظفين التعاقديين فى المواد ١٥ و ١٧ و ١ و ٢/٣٥ من المرسوم رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٨ الصادر فى ١٥ فبراير

١٩٨٨ بشأن تطبيق المادة ١٣٦ من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤ الصادر فى ٢٦ يناير ١٩٨٤ المتضمن أحكاماً قانونية تتعلق بالخدمة العامة الإقليمية.

٣. القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالمساس بالإعادة إلى الوظيفة بعد إنقاص مدة الإعارة، أو الإحالة على الاستيداع حال توافر البديل، أو إجازة الأبوة والأمومة أو بإعادة توظيف الموظف المتعاقد بعد إنقضاء مدة الإجازة غير المدفوعة الأجر المذكورة فى البند السابق.

٤. القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالانتقاص من تقييم الموظف أو درجة الترقية، أو تلك المتعلقة بالتغيير فى إطار الوظائف التى تولاها الموظف عن طريق الترقية الداخلية.

٥. القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالانتقاص من التدريب المهنى فى جميع مراحل الحياة الوظيفية.

٦. القرارات الإدارية الفردية المتضرر منها، والتى تتعلق بالتدابير المناسبة التى اتخذها أصحاب العمل بشأن العاملين من ذوى الإعاقة تطبيقاً للمادة ٦/د من القانون رقم ٨٣-٦٣٤ لسنة ١٩٨٣ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٨٣ بشأن حقوق والتزامات العاملين المدنيين، والمعدلة بمقتضى المادة ٩٢ من القانون رقم ٨٢٨ لسنة ٢٠١٩ الصادر فى ٦ أغسطس ٢٠١٩ بشأن تطوير الخدمة المدنية.

٧. القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بتعديل ظروف العمل لموظفي الخدمة المدنية الذين أصبحوا غير قادرين على ممارسة وظائفهم بموجب الشروط المنصوص عليها في المادة ١ من المرسوم رقم ١٠٥١ لسنة ١٩٨٤ الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٨٤ بشأن تطبيق المادة ٦٣ من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٨٤ الصادر في ١١ يناير ١٩٨٤ المتضمن أحكاماً قانونية تتعلق بالخدمة العامة، والرسوم رقم ١٠٥٤ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٨٥ بشأن إعادة تصنيف وتقييم الموظفين الإقليميين الغير صالحين لممارسة وظائفهم.

وتجدر الإشارة في مقامنا هذا إلى أن المشرع الفرنسي في المادة ٢/١ من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، قد حدد الموظفين المعنيين بمنازعات الخدمة المدنية أو المرافق العامة المذكورة أعلاه في المادة ١/١ من المرسوم، على النحو السابق بيانه، حاصراً إياهم في:

١. موظفي الدولة المدنيين المشتغلين بإدارات الوزارة المسئولة عن الشؤون الخارجية.

٢. موظفي الخدمة العامة للدولة العاملين بالخدمات الأكاديمية والإدارية، وفي الحضانات والمدارس الابتدائية والمؤسسات التعليمية العامة المحلية، الخاضعة لاختصاص المؤسسات الأكاديمية المحددة بموجب مرسوم من حارس الأختام (وزير العدل) والوزير المكلف بالتعليم الوطني.

٣. موظفي الخدمة العامة الإقليمية العاملين في السلطات الإقليمية والمؤسسات العامة المحلية الموجودة في عدد محدود من المقاطعات، يتم اختيارهم على أساس تنوع الخلفيات والبيئات التي يمثلونها. ويتم تحديد قوائمهم بمرسوم مشترك يصدر عن حارس الأختام (وزير العدل)، والوزير المسئول عن السلطات المحلية والإقليمية. وقد أبرم هؤلاء الموظفون، قبل ١ سبتمبر ٢٠١٨، مع مركز إدارة الخدمة العامة الإقليمية الخاضعون له اتفاق يلتزمون بموجبه بالخضوع لوساطة إدارية إلزامية مسبقة في حالة نشوء نزاع قضائي بينهم وبين وكلائهم أو المتعاملين معهم.^١

أما عن الطائفة الثانية المتعلقة بمنازعات الحقوق الاجتماعية المستوجب خضوعها للوساطة الإلزامية، فقد عددها المشرع الفرنسي على سبيل الحصر في المادة ١/٢

^١ وقد نص المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، تبعًا للنزاعات المذكورة أعلاه، على إسناد مهمة الوساطة الإلزامية إلى بعض السلطات المعنية. فقد حددت المادة ٣/١ من المرسوم في البند أولاً أن يختص وسيط الشؤون الخارجية بالمنازعات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، إذا ما تعلقت بموظفي الدولة المدنيين المشتغلون بإدارات الوزارة المسئولة عن الشؤون الخارجية. وثانيًا، يُعهد إلى الوسيط الإقليمي للشؤون الأكاديمية إدارة عملية الوساطة الخاصة بالمنازعات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، إذا ما تعلقت بموظفي الخدمة العامة للدولة العاملين بالخدمات الأكاديمية والإدارية، وفي الحضانات والمدارس الابتدائية والمؤسسات التعليمية العامة المحلية، الخاضعة لاختصاص المؤسسات الأكاديمية. أخيرًا، يُعهد إلى مركز إدارة الخدمة المدنية الإقليمية تولى مهمة الوساطة الإلزامية الخاصة بالمنازعات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، إذا ما تعلقت بموظفي الخدمة العامة الإقليمية العاملين في السلطات الإقليمية والمؤسسات العامة المحلية الموجودة في عدد محدود من المقاطعات.

من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨. وقد رسم المشرع الفرنسي في المادة ١/٢ من المرسوم المرسوم إطارًا جغرافيًا إداريًا، يشمل دوائر الإدارات في أربع مناطق على الأكثر، تُدرج في قائمة تصدر بمرسوم مشترك يوقعه وزير العدل والوزراء المعنيين بعد موافقة السلطات المختصة إقليميًا. وقد وردت منازعات الحقوق الاجتماعية الواجب خضوعها للوساطة الإلزامية، وفقًا للمادة ١/٢ من المرسوم، متمثلة في الطعون المرفوعة ضد:

١. القرارات الإدارية المتعلقة بدخل التضامن النشط، المنصوص عليها في المادة ١/٢٦٢ من قانون العمل والأسرة، بما في القرار الإداري الصادرة بالرفض الكلي أو الجزئي لمنح الإكramيات.

٢. القرارات الإدارية المتعلقة بالمساعدة الاستثنائية التي قد تمنحها الدولة في نهاية السنة للمستفيدين من دخل التضامن النشط، وفقًا للمادة ٧/١٢١ من قانون العمل والأسرة.

٣. القرارات الإدارية المتعلقة بمساعدات وإعانات السكن، المنصوص عليها في المادة ١/٣٥١ من قانون البناء والإسكان.

٤. القرارات الإدارية المتعلقة ببديل التضامن المحدد، المنصوص عليها في المواد ١/٥٤٢٣ وما يليها من قانون العمل، والصادرة عن الإدارة الحكومية لتسجيل العاطلين في فرنسا Pôle emploi.

٥. القرارات الإدارية المتعلقة بشطب قائمة الباحثين عن عمل، المنصوص عليها في المادتين ١/٥٤١٢ و ٢/٥٤١٢ من قانون العمل، الصادرة عن المدير الإقليمي الإدارة الحكومية لتسجيل العاطلين في فرنسا Pôle emploi^١.

^١ تجدر الإشارة إلى أن المادة ٢/٢ من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، قد عهدت إلى مؤسسة المدافع عن الحقوق Défenseur des droits، التي حلت محل مؤسسة وسيط الجمهورية، بالقيام بمهام الوساطة الإلزامية في المنازعات الواردة في البنود ١، ٢، ٣ من الفقرة الأولى للمادة. أما بالنسبة للمنازعات الواردة في البندين الرابع والخامس من المادة ١/٢ من المرسوم، فقد نصت ذات المادة في فقرتها الثانية على أن يتولى وسيط الإدارة الحكومية لتسجيل العاطلين، وفقاً للاختصاص الإقليمي، مهام الوساطة الإلزامية بصددها.

المطلب الثانى

المواعيد الإجرائية للوساطة الإلزامية المسبقة

٣٦- ذكرت المادة ١/٣ من المرسوم رقم ٢٠١٨-١٠١ أن الوساطة الإدارية الإلزامية التى تسبق إجراءات التقاضى العادية أمام المحاكم الإدارية يجب أن تبدأ خلال ميعاد الشهرين المحدد للطعن على القرارات الإدارية، وذلك على النحو المنصوص عليه فى المادة ١/٤٢١ من قانون العدالة الإدارية.^١ إذن ارتأى المشرع الفرنسى أن تبدأ إجراءات الخضوع للوساطة الإدارية الإلزامية خلال شهرين، وهو نفس الميعاد المعين سلفاً للطعن على القرارات الإدارية. وعليه، تبدأ مدة سريان

^١ "تُمارس الوساطة الإلزامية المسبقة المحددة فى المادتين ١ و ٢ بموجب الشروط المنصوص عليها فى القسم الأول من الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثانى من قانون العدالة الإدارية، مع مراعاة أحكام هذا المرسوم. ويجب أن تبدأ الوساطة الإلزامية المسبقة خلال فترة الشهرين المحددة للطعن على القرارات الإدارية، وفقاً لما هو منصوص عليه فى المادة ١/٤٢١ من قانون العدالة الإدارية، والمادة ٧/٤٢١ من نفس القانون." الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨.

"حين يُعرض الطلب على إحدى المحاكم الإدارية التى تتخذ من متروبوليتان فرنسا مقرّاً لها أو قبل صدور قرار مجلس الدولة باعتباره محكمة أول وآخر درجة، يتم زيادة المدة الزمنية المقررة للطعن المنصوص عليها فى المادة ١/٤٢١ بمقدار شهر واحد بالنسبة للأشخاص المقيمين فى غوادلوب، غيانا، مارتينيك، لاريونيون، سانت بارتيليمى، سانت مارتين، مايوت، سانت بيار إت ميكلون، بولينيزيا الفرنسية، جزر واليس وفوتونا، كاليدونيا الجديدة، وفى الجنوب الفرنسى والأراضى القطبية الجنوبية." المادة ٧/٤٢١ من قانون العدالة الإدارية المعدلة بموجب المادة ٧ من المرسوم رقم ١١٤٥ لسنة ٢٠١٥ الصادر فى ١٥ سبتمبر ٢٠١٥.

ميعاد الشهرين فيما يتعلق بالخضوع لإجراءات الوساطة الإدارية الإلزامية من تاريخ الإخطار بالقرار الطعين أو من تاريخ نشره.^١

وفق هذا التصوير، يضحى لزامًا على الجهات الإدارية المعنية بإصدار القرارات الإدارية الوارد تعدادها في المادتين ١/١ و ١/٢ من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، على النحو السالف بيانه، مراعاة ذكر ضرورة الخضوع إلى الوساطة الإلزامية المسبقة والجهة المختصة بالقيام بمهمة الوساطة، إذا ما أثارت تلك القرارات نزاعًا قانونيًا. فضلًا عن ذلك، تلتزم الجهات الإدارية أن تنوه في القرارات الإدارية المعنية عن الميعاد الواجب اللجوء إلى الوساطة الإلزامية خلاله (ميعاد الشهرين المقرر للطعن القضائي)، بحيث أن إغفالها ذكر هذا الميعاد يعنى عدم بدأ سريان ميعاد الطعن القضائي.^٢

وحرى بالذكر أن التصور السابق، فيما يتعلق بالوساطة الإلزامية المسبقة، يستقيم مع ما ذكره المشرع الفرنسى فى المادة ٦/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، معدلة بموجب المرسوم رقم ٥٦٦ لسنة ٢٠١٧ الصادر فى ١٨ أبريل ٢٠١٧، حين نص

^١ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ من قانون العدالة الإدارية، المعدلة بموجب المادة ٧ من المرسوم رقم ١٥٠٢ لسنة ٢٠١٩ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ٢٠١٩، على أنه "لا تتصل المحكمة بالدعوى الإدارية إلا عن طريق الطعن ضد القرار الإدارى، وذلك فى غضون شهرين من الإخطار أو نشر القرار المطعون فيه".

^٢ "تتضمن الإحالة إلى الوسيط خطاب من الجهة المعنية، يحتوى على نسخة من القرار المطعون فيه، حال كون هذا الأخير صريحًا، أو نسخة من الطلبات والأسباب المؤدية للقرار، حال كونه قد صدر ضمنيًا". المادة ٢/٣ من المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨.

على ضرورة أن يتضمن قرار الإحالة للوساطة أربعة أمور رئيسية: أولهما اتفاق الأطراف. وثانيهما تعيين الوسيط. وثالثهما حدود مهمة الوساطة. وأخيراً مكافأة الوسيط، حيثما يكون ذلك منطبقاً. ولم يغفل المشرع النص على ضرورة أن يُخطر الوسيط وأطراف النزاع بهذا القرار. وبحسب الباحث أن ليس ثمة ما يمنع من القول بأن المادة ٦/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، على النحو السابق بيانه، تنطبق على الوساطة الإلزامية المسبقة، سواء فيما يتعلق بفحوى القرار الصادر بالإحالة إلى الوساطة، أو من زاوية أن اتصال علم أطراف النزاع بهذا القرار عن طريق الإخطار من شأنه قطع سريان ميعاد رفع الدعوى الإدارية - أى مدة الشهرين المخصصة للطعن على القرارات الإدارية،^١ على النحو السابق تفصيله.

أخيراً، ثمة نقطة هامة جديرة بالإشارة إليها تتمثل فيما أورده المشرع الفرنسي في المادة ٤/٢١٣ الواردة في الفصل الثالث من الكتاب الثاني في الجزء التنظيمي من قانون العدالة الإدارية، حين نص على أنه "على سبيل الاستثناء من المادة ٢/٤١١ من قانون العلاقات بين الجمهور والإدارة، إذا ما تم قطع ميعاد الطعن القضائي بسبب تنظيم عملية الوساطة، وذلك بمناسبة أعمال مقتضى المادة ٦/٢١٣ من هذا القانون، فإن تقديم تظلم إداري ولائى أو رئاسى ليس من شأنه قطع الميعاد مرة أخرى، إلا إذا كان هذا التظلم يُشكل شرطاً إلزامياً لإقامة الطعن القضائي أمام القاضى الإداري". وفقاً لهذه المادة، يحسب الباحث أن المشرع الفرنسي قد رغب في

^١ راجع قرار الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي

الجمع بين مزايا الوساطة، المتمثلة في قطع ميعاد الطعن القضائي، مع الوسائل القانونية الأخرى، لا سيما التظلم الولائي والرئاسي، التي من شأنها أن تفضي لنفس الأثر وهو قطع الميعاد.¹ استطراد التأمل في المادة السابقة، يُجزم بتفضيل المشرع الفرنسي للوساطة الإدارية على آلية التظلم الولائي أو الرئاسي، والتي غالباً ما تكون شرطاً مسبقاً لازم الاستيفاء قبل إقامة الطعن القضائي، وذلك في محاولة لتلافي مواجهة الإدارة قضائياً بشكل سريع. فلئن كان التظلم الإداري، ولاتياً كان أم رئاسياً،

¹ تجدر الإشارة إلى أن الأمر نفسه نجده مستقراً في القانون المصري، حيث ينسحب أثر التظلم الإداري لقطع ميعاد دعوى الإلغاء. فضلاً عن ذلك، فإذا كان المشرع الفرنسي حريصاً على عدم اتخاذ التظلم الإداري مطية لإطالة أمد رفع الدعوى الإدارية، لا سيما حال الخضوع للوساطة، بنصه على عدم جواز قطع الميعاد مرة أخرى بتقديم التظلم الإداري، إذا كان قد قطع سابقاً بالخضوع للوساطة، إلا إذا كان هذا التظلم يمثل شرطاً من شروط قبول الدعوى، فقد حرص القضاء الإداري المصري كذلك على ألا يتخذ من التظلم الإداري وسيلة لإطالة أمد الدعوى، وذلك بالتأكيد على أنه لن يتم الاعتداد إلا بأول تظلم قدم في الميعاد المحدد قانوناً. وتدليلاً على ذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية إن "ميعاد رفع دعوى الإلغاء ينقطع بالتظلم الذي يقدم خلال السنتين يوماً المقررة لسريان ميعاد دعوى الإلغاء إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية، ويبدأ ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخ إخطار صاحب الشأن برفض تظلمه أو من تاريخ الرفض الضمني بمضي ستين يوماً على تقديم التظلم دون البت فيه أي الأجلين أسبق. هذا وإذا كرر المتظلم تظلماته فالعبرة في حساب المواعيد، على مقتضى ما تقدم، هي بأول تظلم يقدم في الميعاد دون اعتداد بما يعقبه من تظلمات مكررة لاحقة باعتبار أن الميعاد لا ينقطع إلا مرة واحدة وإلا اتخذ من تكرار التظلمات وسيلة للاسترسال في إطالة ميعاد رفع الدعوى". المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الحادية عشر، الطعن رقم ١٥٩٤٠ لسنة ٥٥ قضائية عليا - جلسة ٢٤/٦/٢٠١٨.

انظر كذلك أ. د. محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري: القاهرة ١٩٧٩، ص. ١٧٩؛ أ. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف: الإسكندرية ١٩٨٧، ص. ٣١٢.

من شأنه قطع ميعاد الطعن القضائي لمدة شهرين، بحيث يبدأ سريان ميعاد الطعن بعد فوات مدة الشهرين وبصرف النظر عن نتيجة التظلم، فالوساطة الإدارية غير مرتبطة بأى ميعاد معين فيما يتعلق بمعاودة سريان ميعاد الطعن القضائي. بعبارة أكثر وضوحاً، حال الخضوع للوساطة الإدارية، ينقطع ميعاد الطعن القضائي، ولا يبدأ من جديد فى السريان إلا بعد إعلان إنقضاء الوساطة عن طريق الأطراف المتنازعة أو الوسيط نفسه. والواقع من الأمر أن الوساطة الإدارية الإلزامية ليست باستثناء عن ذلك الأصل، فإذا كان المشرع الفرنسى، على النحو السابق بيانه، قد نص على أن ميعاد الخضوع لإجراءات الوساطة الإدارية الإلزامية شهران يبدأ من تاريخ الإخطار بالقرار المتضرر منه أو من تاريخ نشر هذا الأخير، وهو ما يعنى أن ميعاد الطعن القضائي على هذه القرارات ينقطع بمجرد بدء إجراءات الوساطة، ولا يبدأ من جديد فى السريان إلا بعد إعلان انتهاء الوساطة، سواء بالوصول إلى تسوية أو دون تسوية.

المطلب الثالث

الرسوم المالية للوساطة الإلزامية المسبقة

٣٧- من المعلوم، بداية، أنه ليس ثمة خلاف على أن الوساطة الإدارية الاتفاقية المفتقرة لأبسط مظاهر الرسمية، والتي فيها يتولى أطراف النزاع أمر تنظيمها وإدارتها وتعيين الوسيط فيها، إنما تتحدد الرسوم المقررة لها بناء على الاتفاق الذى يجمع أطراف النزاع والوسيط المُعين. ولعل وضوح هذا الأمر وكونه معلوماً بالضرورة هو ما حدا بالمشرع الفرنسى للإحجام عن التصريح به فى قانون العدالة الإدارية لسنة ٢٠٠٠. بيد أن المشرع الفرنسى قد تطرق فى المادة ٥/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية للحديث صراحة عن الرسوم المقررة للوساطة الاتفاقية والجهة المنوط بها تحديدها، وذلك فى سياق تنظيمه للوساطة الإدارية الاتفاقية حال اتفاق أطراف النزاع على تعيين الوسيط بواسطة القاضى الإدارى، على النحو السابق تفصيله. فقد ذكر المشرع الفرنسى فى المادة السابقة أنه، حال يعهد أطراف المنازعة الإدارية إلى القاضى الإدارى تنظيم عملية الوساطة الاتفاقية وتعيين الوسيط، يختص القاضى الإدارى (رئيس المحكمة المختصة بنظر المنازعة الإدارية) بتحديد رسوم عملية الوساطة والمكافأة المستحقة للوسيط، سواء تولى بنفسه عملية الوساطة وتعيين الوسيط، أو فوض أحد أعوانه من داخل المحكمة أو أحد الأشخاص من خارجها للقيام بهذه المهمة.

ويمضى الحال نفسه فى شأن الوساطة الإدارية القضائية، وذلك حين يستصدر القاضى الإدارى المختص موافقة أطراف المنازعة الإدارية المنظورة أمامه على

إحالة تلك الأخيرة إلى الوساطة الإدارية، على النحو السالف بيانه. فقد أورد المشرع الفرنسي فى المادة ٨/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية تنظيمًا تشريعيًا لرسوم عملية الوساطة مع بيان الأشخاص الذين يقع على عاتقهم تبعة تحمل تلك الرسوم، وذلك فى خمس نقاط رئيسية. أولهما يختص القاضى الإدارى بتحديد المبلغ المالى المقرر أدائه للوسيط، وذلك حال ما إذا عُهد بمهمة الوساطة الإدارية إلى شخص من خارج الولاية القضائية. ثانيهما يثبت لأطراف المنازعة الإدارية حرية توزيع تكاليف الوساطة، وذلك حال تحملها لتبعة أداء تلك التكاليف. ثالثهما أن يتم تقسيم تكاليف الوساطة بالتساوى، فى حالة عدم وجود اتفاق بين أطراف المنازعة الإدارية، وذلك ما لم يعتبر القاضى أن هذا التوزيع غير عادل فى ضوء الوضع الإقتصادى للأطراف. رابعهما أن يتم تقسيم تكاليف الوساطة بالتساوى، إذا ما تم تقديم مساعدة قانونية لأحد أطراف المنازعة الإدارية. وتحمل الدولة تكاليف تلك المساعدة. ويجوز للقاضى إعادة توزيع تكاليف الوساطة إذا ما تراءى له أن تقسيمها بالتساوى بين أطراف النزاع غير عادل بالنظر إلى ظروفهم الإقتصادية. أخيرًا، فى غير الأحوال السابقة، يختص القاضى الإدارى بتحديد مقدار التعويض المالى المستحق للوسيط نظير قيامه بمهام الوساطة الإدارية، ويعين الطرف أو الأطراف المنوط بهم أداء هذا التعويض، وذلك خلال مدة زمنية يحددها.

وبالعودة إلى الوساطة الإدارية الإلزامية المسبقة، فبالرغم من أن المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ قد جاء صامتًا عن أمر تنظيم مسألة رسوم الوساطة الإلزامية، بيد أن قانون العدالة الإدارية قد حسم تلك المسألة بنصه فى البند الخامس من المادة

٥/٢١٣، المعدلة بموجب المادة ٥/٥ من القانون رقم ١٥٤٧ لسنة ٢٠١٦ الصادر في ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، على أن تكون الوساطة الإدارية مجانية معفاة من الرسوم، إذا ما شكلت شرطاً إلزامياً للتقاضي بمقتضى نص في القانون أو اللائحة. وبحسب الباحث أن ما حدا بالمشرع الفرنسي لجعل الوساطة الإدارية الإلزامية مجانية، هو الحرص على عدم تقديم الوساطة في صورة العائق الذي قد يحيل بين أطراف النزاع وبين حقهم في التقاضي. فالوساطة الإلزامية، كما سبق الذكر، إنما ابتدعتها المشرع الفرنسي كمحاولة للوصول إلى تسوية ودية لأنواع معينة من المنازعات الإدارية محددة على سبيل الحصر بحسب طبيعتها. والطابع الإلزامي الذي تحمله تلك الوساطة إنما ينصرف أثره لتقديمها في ثوب الشرط الواجب إستيفاؤه قبل اللجوء إلى التقاضي المعتاد. فرفع الدعوى الإدارية المتعلقة بطوائف المنازعات المشترط فيها الوساطة قبل الخضوع لهذه الأخيرة فعلياً، يعنى ببساطة أن الدعوى تغدو غير مقبولة أمام القاضى الإدارى. والأمر كذلك، فقد آثر المشرع الفرنسي إعفاء أطراف المنازعة الإدارية من رسوم الخضوع لهذه الوساطة الإلزامية فى محاولة لتفادى أن يتم تأويل الأمر على أساس كون أن الوساطة قد مثلت عائق أمام الخصوم لممارسة حقهم الدستورى فى التقاضى.^١ فضلاً عن ذلك، يحسب الباحث أن توجه

^١ من الشراح من ذهب للقول أن فى إغفال مبدأ مجانية الوساطة الإدارية الإلزامية إهداراً لإلتزامات فرنسا الدولية. فتكبيد الخصوم رسوم الخضوع للوساطة الإلزامية يتعارض مع المادة ١/٦ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بحق الأفراد فى التقاضى والمثول أمام قاضيهام الطبيعية.

انظر باللغة الفرنسية

المشرع الفرنسى لجعل الوساطة الإدارية الإلزامية مجانية يتفق مع فكرة أن المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ قد عهد بمهمة الوساطة الإلزامية إلى السلطات الإدارية.

MIROUSE V., La médiation administrative: Vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques spécificités, intérêt et actualité, Journal Spécial des Sociétés, N° 52, 2018, p. 11.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل للاتحاد الأوروبي كانت قد قضت فى أحد الأحكام الصادرة عنها فى ١٤ يونيو ٢٠١٧، أنه يمكن للدول أن تعترف بالوساطة الإجبارية كشرط مسبق واجب الاستيفاء قبل اللجوء إلى القضاء، وذلك إذا ما تم استيفاء شروط معينة. وفرض رسوم معينة للخضوع لتلك الوساطة تمثل تشكل دون شك قيداً غير مبرر للحق فى التقاضى. راجع حكم محكمة العدل للاتحاد الأوروبي فى القضية

CJUE 14 juin 2017, Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli, n° C-75/16.

المبحث الثانى

تقييم الوساطة الإدارية الإلزامية

تمهيد

٣٨- الواقع من الأمر أن استطراد التأمل فى المواد من ٢١٣-١ إلى ٢١٣-١٠ من قانون العدالة الإدارية، المضافة بموجب المادة الخامسة من قانون تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين رقم ١٥٤٧ لسنة ٢٠١٦، الصادر فى ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، والتي بدورها أضافت للباب الأول من قانون العدالة الإدارية فصلاً ثالثاً بعنوان "الوساطة"، يكشف عن المشرع الفرنسى قد صاغ معالم الوساطة، كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية بطريقة ودية، فى ثلاث صور منفصلة، وذلك بعد أن عرفت المادة ١/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية الوساطة الإدارية على أساس أنها تعنى أى عملية منظمة، تحت أى مسمى، يحاول بها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق يهدف التسوية الودية لمنازعاتهم، وذلك عن طريق طرف ثالث يُسمى الوسيط يتم اختياره من قبلهم أو تعيينه المحكمة باتفاقهم.

المطلب الأول

تمييز الوساطة الإدارية الإلزامية عن الوساطة الإدارية التقليدية

٣٩- من الزاوية الأولى، يمكن القول إن الوساطة الإدارية، كما عرفها المشرع الفرنسي فى المادة ١/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، يمكن تقسيمها إلى صورتين أساسيتين. أولهما هى الوساطة الإدارية التى تم تدوين أحكامها فى المواد من ٥/٢١٣ إلى ٦/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، التى تتطلب موافقة الأطراف المتنازعة على محاولة تسوية نزاعهم عن طريق الوساطة قبل اللجوء إلى طريق التقاضى المعتاد. وبالرغم من أن تلك الصورة من صور الوساطة الإدارية قد تستتبع تدخل من القاضى الإدارى لتعيين الوسيط بناء على طلب الأطراف المتنازعة، إلا أنها تظل، كما أسماها الباحث وساطة اتفاقية، أو كما أطلق عليها المشرع الفرنسى فى قانون العدالة الإدارية، الوساطة بمبادرة أطراف النزاع. وثانيهما هى الوساطة الإدارية التى تم تدوين أحكامها فى المواد من ٧/٢١٣ إلى ١٠/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية، والتى تفترض أن ثمة دعوى قضائية منظورة بالفعل أمام المحكمة الإدارية. وعليه تتم الوساطة الإدارية بناءً على مبادرة من قاضى الدعوى، هو ما يُعرف بالوساطة القضائية أو الوساطة بمبادرة من القاضى الإدارى.

ومن زاوية ثانية، تبرز صورة جديدة وفريدة من الوساطة الإدارية، وهى الوساطة الإلزامية المسبقة. تلك الصورة كانت من ابتداع المشرع الفرنسى بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين رقم

١٥٤٧ السنة ٢٠١٦، الصادر في ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، حين نص على ضرورة الخضوع، على أساس تجريبي، إلى وساطة إدارية إلزامية مسبقة في المنازعات الإدارية المتعلقة بشئون الخدمة العامة في مرافق الدولة والحقوق الاجتماعية. وقد تم التأكيد على تلك الصورة للوساطة الإدارية في المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، والذي عدد المنازعات المتعلقة بالخدمة العامة والحقوق الاجتماعية، وحدد الجهات الإدارية القائمة بعملية الوساطة الإلزامية، على النحو السابق تفصيله.

وفق هذا التصوير، تتجلى مواطن الافتراق بين الوساطة الإدارية الإلزامية عن الوساطة بمعناها التقليدي في موطنين أساسيتين. فمن الناحية الأولى، تمثل أن الوساطة الإدارية الإلزامية إجراء مسبق إلزامي يشبه إلى حد كبير التنظيم الإداري الجوبي.^١ فالوساطة الإلزامية، وفق التنظيم الذي أفرده المشرع الفرنسي، تعتبر شرطاً من شروط قبول الدعوى الإدارية. فالخضوع لتلك الوساطة في المنازعات المحددة من قبل المشرع الفرنسي يعتبر شرطاً مسبقاً واجب الاستيفاء قبل انفتاح مجال التقاضي أمام الخصوم، بحيث أن إغفالها يترتب جزاءً إجرائياً يتمثل في كون أن الدعوى الإدارية تغدو غير مقبولة أمام القاضي الإداري. أما الوساطة الإدارية في مفهومها التقليدي، الاتفاقية منها والإدارية على السواء، يحكمها مبدأ رضائية أطراف النزاع. فالوساطة الاتفاقية، كما سبق البيان، يتفق فيها الخصوم على

^١ انظر باللغة الفرنسية

محاولة تسوية نزاعهم الإدارى بطريقة ودية عن طريق تعيينهم لطرف ثالث محايد لوساطة بينهم، أو اتفاقهم على تولية القاضى الإدارى مهمة تعيين الوسيط المحايد، وذلك خارج أى نزاع قضائى. والحال نفسه يجرى فى مألوف الوساطة القضائية، والتي يلجأ فيها القاضى الإدارى بمناسبة نظره لدعوى قضائية أمامه لمحاولة تسوية النزاع بطريقة ودية عن طريق تعيين وسيط محايد، بعد أخذ موافقة أطراف النزاع.

من ناحية أخرى، تتباعد الوساطة الإدارية الإلزامية عن الوساطة الإدارية فى مفهومها التقليدى، من زاوية أن الأولى لا تتطلب مرحلة تحضيرية قبل الخضوع لها. فكما سبق البيان، حدد المشرع الفرنسى فى المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ المنازعات الإدارية المستوجب خضوعها للوساطة كشرط مسبق قبل رفع الدعوى الإدارية، وكذلك الجهات الإدارية المنوط بها القيام بمهمة الوساطة تبعاً لطبيعة ونوعية المنازعة. على النقيض من ذلك، ساهم مبدأ الرضائية وغياب الطبيعة الإلزامية فى الوساطة الاتفاقية المستندة إلى مبادرة أطراف النزاع ونظيرتها القضائية المستندة إلى مبادرة القاضى الإدارى إلى ضرورة تطلب أن يسبقهما مرحلة تحضيرية لضمان كفاءتهما.^١ بعبارة أكثر وضوحاً، افتقار الوساطة الإدارية سواء القائمة على مبادرة من أطراف النزاع أو على مبادرة من القاضى الإدارى لعنصر

^١ راجع باللغة الفرنسية

BENARD-VINCENT G., La médiation obligatoire en matière administrative, Journal du Droit Administratif JDA, 2017; chronique administrative 04; Art. 129.

الإلزام يعنى افتقارها بالتبعية إلى التنظيم المحدد سلفاً. وفق هذا البيان، يفترض المنطق القانونى القويم التسليم بضرورة وجود مرحلة تحضيرية قبل الخضوع لهذه الصورة من الوساطة. تلك المرحلة التحضيرية تتضمن الحصول على موافقة أطراف النزاع للخضوع للوساطة، وتعيين الوسيط المحايد. الواقع من الأمر أن أهمية تلك المرحلة التحضيرية تبرز خصوصاً حال الاتفاق على اللجوء إلى مراكز الوساطة المعتمدة لتعيين أحد الوسطاء المدرجين على قوائمهم. فليس بخاف أن الاستقرار على مركز الوساطة واختيار الوسيط، والتعريف بقواعد الوساطة المتبناه من قبل المركز لأطراف النزاع والقاضى الإدارى، هى كلها من المسائل التى تتطلب أعمالاً تحضيرية قبل الخضوع فعلياً لمحاول التسوية عن طريق الوساطة.

أخيراً، لئن كانت الوساطة الإدارية، كأصل عام، هى آلية توافقية لتسوية المنازعات الإدارية - سواء تمت بمبادرة من الأطراف المتنازعة أو بمبادرة من القاضى الإدارى، فموافقة أطراف النزاع على تسوية نزاعهم عن طريق الوساطة، يُعد أمراً ضرورياً للاحتكام إلى تلك الأخيرة. وإذا كانت الوساطة، وفقاً لوصف المشرع الفرنسى لها، هى "عملية منظمة"، فالاحتجاج بهذا الوصف يستتبع التسليم بأنه يحمل فى طياته موافقة أطراف النزاع المسبقة للخضوع لإجراءات التسوية عن طريق الوساطة. ولعل هذا هو ما حدا بمنظمات وجمعيات الوساطة العاملة فى فرنسا للنص فى القانون الوطنى لأخلاقيات الوسيط Code National de

Déontologie du Médiateur على ضرورة حصول الوسيط على الموافقة الحرة

والمستتيرة لأطراف النزاع قبل خضوعهم لعملية الوساطة.^١

^١ يُذكر أن القانون الوطنى لأخلاقيات الوسيط Code National de Déontologie du Médiateur كان قد تم إعداده بواسطة منظمات الوساطة فى فرنسا، وقُدّم إلى البرلمان الفرنسى الجمعية الوطنية فى ٥ فبراير ٢٠٠٩. لمزيد من التفاصيل حول القانون الوطنى لأخلاقيات الوسيط، راجع باللغة الإنجليزية

Joe Tirado and Elisa Vicente Maravall, Codes of Conduct for Commercial and Investment Mediators: Striving for Consistency and a Common Global Approach, in CATHARINE TITI AND KATIA FACH GÓMEZ EDS., MEDIATION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL AND INVESTMENT DISPUTES 345–346 Oxford University Press, 2009.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن الطابع الرضائى للوساطة وضرورة الحصول على موافقة أطراف النزاع قبل الخضوع لها يتفق مع أحكام التوجيه رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن البرلمان الأوروبى فى ٢١ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالتشجيع على الإحتكام للوساطة لتسهيل عملية تسوية المنازعات ذات الطبيعة الدولية وإيجاد نوع من التوافق بين أعضاء الاتحاد الأوروبى حول كيفية تطبيق اتفاقات الوساطة.

المطلب الثاني

الحكمة من إلحاق وصف الإلزام بالوساطة الإدارية

٤٠- ثمة تساؤل جدير بالطرح يتمثل في أنه لئن كانت الوساطة الإدارية هي بطبيعتها رضائية تتطلب موافقة مسبقة من الأطراف المعنية للخضوع لها، فما هي الأسباب التي يُحتج بها لإضفاء الطابع الإلزامي على الوساطة في المنازعات الإدارية؟ الواقع من الأمر أن أهمية هذا التساؤل تكمن في فكرة أن فرض الخضوع للوساطة كشرط واجب الاستيفاء قبل الطعن القضائي إنما ينطوي على تعارض ظاهر مع طبيعة الوساطة من حيث أنها آلية رضائية توافقية لتسوية المنازعات بطريقة ودية. تأسيساً على ذلك، تكتسب مسألة بحث هذا التعارض أهمية خاصة في مألوف المرافعات الإدارية من ناحيتين. فمن ناحية أولى، قد يقودنا بحث هذا التعارض إلى إزالة شبهته، ومن ثم التأكيد على أن الوساطة الإدارية الإلزامية ليست من قبيل الآليات الشاذة التي تفتقر للمنطق القانوني المبرر لها. ومن ناحية أخرى، وبالقدر نفسه من الأهمية، قد ينتهي بحثنا لهذه المسألة إلى إثبات التعارض، مع ما يستتبه هذا الإثبات من التسليم بأن الوساطة الإدارية الإلزامية إنما هي صورة دخيلة على منظومة الوساطة الإدارية، تتجافى مع مقومات تلك الأخيرة.

وبالعودة إلى التساؤل السابق طرحه، يمكن القول إن الطابع الإلزامي للوساطة قد فرض نفسه على مجال المنازعات الإدارية، بحسب نظر الباحث، لسببين أساسيين: أولهما يتعلق بالواقع العملي أكثر من تعلقه بالنظريات الفقهية القانونية. من هذا المنطلق، يمكن القول إن الحاجة العملية الداعية للتخفيف من العبء الواقع على

عائق القاضى، لا سيما تكس الدعوى المنظورة أمامه، والتخفيف من عبء طول إجراءات التقاضى وبطنها الواقع على الخصوم، هى من جعلت الوساطة الإدارية الإلزامية تتلمس طريقها فى المرافعات الإدارية الفرنسية. ومن الفقهاء من ذهب إلى إنكار فكرة أن الوساطة آلية قانونية تستهدف التخفيف من العبء المثقل به عائق القاضى الإدارى والخصوم على السواء، وذلك على سند من أن هذا القول إنما ينطوى على تقليل من شأن الوساطة وأهميتها.^١ فالوساطة، فى نظر أصحاب هذا القول، لا يقع عليها الاختيار كونها مرجوة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية تتساوى مع غيرها من الوسائل، بل فى حقيقة الأمر هى مقصودة لذاتها. فالوساطة من هذه الزاوية، تتميز بصفات معينة تجعلها تستجيب لاحتياجات على درجة عالية من الخصوصية سواء بالنسبة للقاضى الإدارى أو الخصوم.^٢ وعليه، تلبى الوساطة ما يعجز غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، كالتحكيم والتوفيق، عن تلبيته كونها تتميز عن الوسائل البديلة الأخرى فى أنها خير مثال للعدالة المؤسسية بعيداً عن مرفق القضاء.^٣

والواقع من الأمر، أن فى رأى السابق تجاهلاً للأساس القانونى للوساطة الإدارية، ونكراناً لأثر اعتبارها آلية تخدم اعتبارات الواقع العملى، الذى تدعو الحاجة فيه

^١ راجع باللغة الفرنسية

GUILLAUME-HOFNUNG M., La médiation: des textes à la pratique –
Propos conclusifs, Gaz.Pal 2013, n°358, p. 1.

^٢ المرجع السابق، ص. ١.

^٣ المرجع السابق، ص. ١.

للتخفيف من تكسب الدعاوى الإدارية، وتسهيل عملية إقتضاء الحقوق بعيداً عن بطء عملية التقاضى. فضلاً عن ذلك، فقد انزلق أنصار هذا الرأى فى شائبة الخط بين أساس نشأة الوساطة، والغاية التى تستهدف تحقيقها. فإن كانت الوساطة تعتبر وجهاً آخر للعدالة المؤسسية، فهو أمر يتعلق بأساس نشأتها. فليس ثمة جدال، أن الوساطة قد نشأت ووجدت طريقها فى العديد من الأنظمة القانونية كبديل للطريق القضائى لتسوية المنازعات وتحقيق العدالة. بيد أنه لو كانت الغاية من الوساطة تحقيق العدالة، فما الحاجة الداعية للتعويل عليها فى ظل وجود مرفق للقضاء بالدولة يستهدف نفس الغاية؟! الحقيقة أن فكرة تحقيق العدالة، بمفهومها العام من القضاء بالحق لصاحبه، إنما هى الغاية البعيدة المستهدفة من الوساطة أو أى آلية أخرى بديلة لتسوية المنازعات. أما الغاية القريبة للوساطة فتترواح بين عدة اعتبارات، من ضمنها تحقيق صورة معينة من العدالة، تتمثل فى العدالة الناجزة. فلئن كانت الوساطة، كما ذكر من قبل، تستهدف المحافظة على العلاقات بين الخصوم، والمحافظة على سرية الأدلة والمستندات المقدمة¹، فهى وبالقدر نفسه تتغيا إقتضاء الحقوق بطريقة ناجزة متلافية بطء إجراءات التقاضى المعتاد وتعقيدها. بالإضافة إلى ما سبق، جانب التوفيق أنصار الرأى السابق فى وصفهم العدالة المنشودة من الاحتكام للوساطة بالعدالة المؤسسية، ذلك على سند من أن

¹ انظر باللغة الفرنسية

GUILLAUME-HOFNUNG M., La médiation, PUF, 2012, 6e éd. V. aussi, médiation et éthique, in Communication publique, sept. 2009.

الوساطة أحيانًا ما تفتقد الطابع الرسمي، خاصة حين يخضع أمر تنظيمها وإدارتها من قبل أطراف النزاع. فكما سبق القول، فى الوساطة الاتفاقية التى يتولى فيها الأطراف المتنازعة تعيين الوسيط المحايد، قد يكون هذا الأخير غير مدرج على قوائم أى من مراكز ومؤسسات الوساطة المعترف بها، حيث يضحى ملتزمًا فقط بما يمليه عليه الأطراف المتنازعة من قواعد تتعلق بإدارة عملية التسوية. بناء على ذلك، لا يمكن القول إن العدالة المنشود تحقيقها من خلال هذه الصورة من صور الوساطة الإدارية هى عدالة مؤسسية بالمعنى الدقيق للاصطلاح. أخيرًا، انطوى الرأى السابق على تحامل على ما دون الوساطة من وسائل أخرى بديلة لتسوية المنازعات، كالتحكيم والتوفيق. فقد فات قائله إنه بالرغم من مواطن الإفتراق بين الوساطة والتحكيم والتوفيق، غير أن ذلك لا ينفى اتفاقهم فى عدة مواطن أخرى، أبرزها كونهم جميعًا وسائل بديلة عن سبيل التقاضى المعتاد، غايتهم تحقيق عدالة ناجزة، والحفاظ على علاقات ومصالح الخصوم.

صفوة القول إذن إنه إن كانت الوساطة الإدارية تخدم مصالح الخصوم فى تحقيق العدالة الناجزة السريعة والحفاظ على مقتضيات السرية، فهى وبالقدر نفسه تخدم القاضى الإدارى، حين ترفع عن كاهله وزر تكس الدعوى الإدارية، مع ما يستتبعه ذلك من إمكانية تحميله مسئولية تعطيل سير المرافق العامة، ومن ثم فشل الإدارة. فالوساطة، اتفاقية كانت أو إلزامية، كغيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، لا تعنى بأى حال من الأحوال التضييق على الحق الدستورى فى التقاضى أو مصادرته، بل جل شأنها الدعوة لحل النزاع بطريقة ودية، بحيث

يكون الالتجاء إلى القاضى الإدارى فى أضيق الحدود حال يكون تدخله ملحاً
وضرورياً لاحتدام النزاع أو للطبيعة الخاصة لهذا الأخير.^١

أما عن ثانى الأسباب التى دعت إلى ظهور الوساطة الإدارية الإلزامية، فنحسبه
متعلقاً باعتبارات حماية مصالح الإدارة والفرد على السواء. فبالنسبة للفرد، تساهم
الوساطة فى تنميته وتطويره. فكما ذهب الأستاذ جان فرانسوا فى مؤلفه "ديناميات
الوساطة"، يتمثل جوهر عملية الوساطة فى وساطة المواطن médiation
"citoyenne".^٢ بعبارة أكثر وضوحاً، تتجلى فلسفة وجود الوساطة الإدارية فى
حقيقة أن الطريق لإقامة الدعوى الإدارية والمثول أمام القاضى الإدارى ليس طريقاً
نظامياً ممهّداً، بل يعج بالعديد من العوائق الإجرائية والمادية، المتمثلة فى المواعيد
الواجب مراعاتها، ومظاهر الشكلية المستلزم استيفائها، والرسوم المالية المطلوب
أداؤها. فضلاً عن أن طول إجراءات التقاضى المعتاد وبطنها قد تعرض حقوق
الخصوم للضياع. ناهيك عن أنه حتى حال نجاح أحد الخصوم فى استصدار حكم
لصالحه، فقد يعترى طريق تنفيذ هذا الحكم العديد من العقبات القانونية والمادية

^١ انظر فى هذا المعنى باللغة الفرنسية

BENARD-VINCENT G., La médiation obligatoire en matière
administrative

المرجع السابق.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

SIX J. F., Dynamique de la médiation, Desclée de Brouwer, novembre
1995, p. 288.

على السواء. وفق هذا البيان، تساهم الوساطة في تمكين الأفراد من تسوية نزاعاتهم بنفسهم، متلافين بذلك سلبيات وعقبات عملية التقاضي المعتاد.¹ وعليه، قد يكون في إضفاء الطابع الإلزامي على الوساطة وسيلة لحث الأفراد على المشاركة الفعالة في حل نزاعاتهم عن طريق وصولهم بأنفسهم إلى تسوية يرتضونها، دون أن تُفرض عليهم.² أما بالنسبة للإدارة، فقد تبرز الحكمة من الوساطة الإلزامية في طبيعة المنازعات المحددة من قبل المشرع الفرنسي على سبيل الحصر. فكما سبق الذكر، حصر المشرع الفرنسي في المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ المنازعات الإدارية الواجب خضوعها للوساطة الإلزامية قبل السير في إجراءات التقاضي المعتادة في جملة من القرارات الإدارية المتضرر منها والمتعلقة بالخدمة المدنية والحقوق الاجتماعية. ولعل الحكمة التي ارتأها المشرع الفرنسي في ذلك تتمثل في أن هذه المنازعات تشكل أهمية كبرى بالنسبة لنشاط الإدارة ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهو الأمر الذي يبرر خضوعها للوساطة الإلزامية توفيراً للوقت والجهد، وحفاظاً على مقتضيات السرية وحسن العلاقات بين الإدارة وموظفيها. ويدعم هذا الرأي ما ساقه المشرع الفرنسي في المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ من

¹ انظر في هذا المعنى باللغة الفرنسية

BENARD-VINCENT G., La médiation obligatoire en matière administrative

المرجع السابق.

² انظر في هذا المعنى باللغة الفرنسية

FAGET J., Médiation et post-modernité: Légitimation ou transformation de l'action publique?, *Négociations* 2006/2 n° 6, pp 51-62, p. 59-60.

تحديد للجهات الإدارية المسؤولة عن إدارة عملية الوساطة الإلزامية. فنطاق الإلزام للوساطة فى تلك المنازعات الإدارية لا تقتصر فقط على ضرورة الخضوع للوساطة كشرط مسبق قبل اللجوء إلى القضاء، بل تمتد لتشمل كذلك ضرورة تنظيم وإدارة عملية الوساطة من خلال الجهات الإدارية التى حددها المشرع.

المطلب الثالث

موقع الوساطة الإلزامية فى المنظومة الودية لتسوية المنازعات الإدارية

٤١- بقت مسألة أخيرة جديرة بالتدبر تتعلق بالمنطق القانونى للوساطة الإدارية الإلزامية. الواقع من الأمر أن فى النظام القانونى الفرنسى، تُعد فكرة عرض الخضوع للوساطة قبل إقامة الدعوى القضائية من الأفكار المستقرة فى القانون الخاص، حيث يعرض أحد أطراف النزاع على الطرف الآخر تسوية النزاع عن طريق الوساطة بدلاً من تسويته بالطريق القضائى المعتاد. وتكمن الخصوصية فى هذه الحالة فى كون أن ذلك العرض يقره وينظمه القانون.^١ أما بالنسبة للمنازعات

^١ على سبيل المثال، مستهدياً بأحكام التوجيه رقم ٢٠٠٨/٥٢ الصادر عن البرلمان الأوروبى فى ٢١ مايو ٢٠٠٨، المتعلق بالتشجيع على الإحتكام للوساطة لتسهيل عملية تسوية المنازعات ذات الطبيعة الدولية وإيجاد نوع من التوافق بين أعضاء الاتحاد الأوروبى حول كيفية تطبيق اتفاقات الوساطة، صدر المرسوم رقم ١٣٨٢ لسنة ٢٠١٥ فى ٣٠ أكتوبر ٢٠١٥، مستهدفاً أصحاب العمل والمستهلكين، ومتضمناً النص على ضرورة عرض أصحاب الأعمال على المستهلكين للوساطة بشأن منازعات المستهلكين بغية الوصول إلى تسوية ودية بدلاً من اللجوء إلى القضاء. وبمقتضى المرسوم، تم إنشاء مؤسسة وسيط المستهلك، وتحديد القواعد المتعلقة بعملية وساطة المستهلك، ومتطلبات الاستقلال أو الحياد المرتبطة بوضع وسيط المستهلك، ومقتضيات سرية المعلومات والاتصالات الواجب مراعاتها من قبل الوسيط. كما تضمن المرسوم تفاصيل تكوين وتنظيم وأساليب عمل لجنة تقييم وساطة المستهلك، وموارد ها المتاحة وأساليب عمل لجنة تقييم وساطة المستهلك. وقد نص المشرع الفرنسى فى المرسوم على أن الوساطة فى نزاعات المستهلكين تقى بالمتطلبات التالية: أ سهولة إتاحتها لجميع الأطراف، المستهلكين وأصحاب الأعمال، سواء إلكترونياً أو عن خدمة البريد؛ ب توفير النفقات كونها مجانية للمستهلك، باستثناء التكاليف المتعلقة بالمساعدة القضائية. إذ يجوز للأطراف، على نفقتهم الخاصة، أن يتم تمثيلهم بمحام أو أن يطلبوا مساعدة شخص من اختيارهم فى جميع مراحل الوساطة. كما يُستثنى من

الإدارية، فمع اتفاقنا على وجود فكرة أن يعرض أحد الخصوم أو القاضى تسوية النزاع عن طريق الوساطة، فقد تأخذ تلك الأخيرة طابع إلزامى، بحيث يضحى أفراد النزاع مجبرين على الخضوع لها كمحاولة للتسوية قد تغنى عن الدعوى القضائية الإدارية. فوفقاً لإحدى الدراسات المُعدة من قبل مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٩ مايو ٢٠٠٨ بعنوان "الانتصاف الإدارى الإلزامى المسبق" قد تم تحديد أكثر من ١٤٠ إجراء يمكن تصنيفه على أساس كونه نوعاً من أنواع التظلم الإدارى السابق على رفع الدعوى الإدارية،^١ والذي يعتبر شرطاً من شروط قبول تلك الأخيرة.^٢ بناء على

مبدأ المجانية نفقات أعمال الخبرة. إذ يجوز لكل طرف طلب رأى خبير يتحمل تكاليفه. وفى حالة كون طلب الحصول على أعمال الخبرة مشتركاً، يتم تقاسم النفقات بين الطرفين.

Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, JORF n°0253 du 31 octobre 2015, page 20408, texte n° 42.

^١ انظر الدراسة التى اعدھا مجلس الدولة الفرنسى بعنوان "الانتصاف الإدارى الإلزامى المسبق"، ص. ١٥. الدراسة منشورة على موقع المجلس بتاريخ ٢٩ مايو ٢٠٠٨.

Conseil d'état, Les recours administratifs préalables obligatoires Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008.

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/les-recours-administratifs-prealables-obligatoires-rapo>

^٢ تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسى فى الدراسة التى اعدھا قد أورد أن سبل الإنتصاف الإدارى الأولية الإلزامية والمسبق تتنوع أولاً: بحسب نطاقها؛ وثانياً: بحسب النظام القانونى الحاكم لها؛ وثالثاً: بحسب أهميتها وجدواها. فمن حيث النطاق، تمتد الطعون والتظلمات الإدارية الأولية الإلزامية لتشمل مجموعة متنوعة من المنازعات، مثل المطالبات العامة، والانتخابات الإدارية، والخدمة المدنية العسكرية، والصحة العامة، وتخطيط المدن، والاستئنافات ضد القرارات

ذلك، يصدق القول إن القانون يخول للإدارة منظومة ودية لتسوية منازعاتها، تتباين فى وسائلها وصورها، وتحمل فى طياتها طابع الإلزام والإجبار، والوساطة الإدارية الإلزامية ليست باستثناء عن تلك المنظومة.

بيد أنه بالرغم من تسليمنا أن الوساطة الإدارية الإلزامية تندرج تحت الوسائل الودية لتسوية المنازعات الإدارية من خلال ما تخلقه من حالة حوار ديمقراطى بين الإدارة والأفراد فى محاولة لتجنب الإحالة إلى القاضى القاضى، إلا أن الطابع الإلزامى المهيمن على هذا النوع من الوساطة الإدارية، من شأنه أن يُخرج الوساطة الإلزامية عن المعنى القانونى لمصطلح الوساطة، وذلك بسبب الغياب التام للوسيط المحايد. فوفقاً للمرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، على النحو السالف ذكره، تتولى بعض

المتعلقة برفض التأشير، والقرارات المتعلقة بمسائل الزراعة والرياضة. أما من زاوية النظام القانونى الحاكم لسبل الإنتصاف الإدارى الأولية الإلزامية، فهى ترتبط فى المقام الأول بطبيعة الجهة أو الهيئة المنوط بها إدارة تلك السبل وفحص وتمحيص الاستئناف المقدم. فغالبًا ما تكون الطعون أو التظلمات الإدارية الإلزامية المسبقة هى طعون أو تظلمات رئاسية، توجه إلى المسئول المختص الأعلى من الموظف مُصدر القرار، بحسب التدرج الوظيفى المتبع. بيد أنه أحيانًا ما توجه تلك الطعون والتظلمات إلى نفس المسئول الذى سبق وأصدر القرار الإدارى المتظلم منه. أخيرًا، من حيث درجة أهمية سبل الإنتصاف الأولية الإلزامية المقررة ومدى جدواها، فكما كشفت الدراسة أنه نادرًا ما يتم الالتجاء إلى الطعون أو التظلمات الإلزامية تجاه قرارات معينة صادرة عن مسئول إدارى معين. فعلى سبيل المثال، لفتت الدراسة النظر إلى أن تظلم واحد فقط قد ورد ضد قرار إدارى فى ٢٠٠٧، صادر عن مدير إحدى المستشفيات الإقليمية بشأن تعليق ترخيص مزاوله مهنة الطب فى مستشفيات القطاع الخاص بالنسبة للعاملين فى المستشفيات العامة.

انظر دراسة مجلس الدولة الفرنسى، المرجع السابق، ص. ١٥-١٦.

الجهات التابعة للإدارة لعب دور الوسيط فى عملية الوساطة الإلزامية. وبالرغم من أن تلك الجهات قد اعترف لها المشرع بالاستقلال والحياد، لا سيما مؤسسة المدافع عن الحقوق، إلا أن تبعية باقى الجهات للإدارة من شأنها أن تلقى العديد من شبهات الشك والريبة حول نزاهة وحياد عملية الوساطة الإلزامية.

استطرد التأمل فى الفكرة السابقة يؤكد أن الوساطة الإلزامية تتقارب مع التظلم الإدارى الوجوبى من حيث غياب الطرف الثالث المحايد المنوط به إدارة عملية الوساطة أو فحص التظلم. فعلى سبيل المثال، حين يُنشئ القانون مجلس الاستئناف العسكرى وزير ويعهد له سلطة فحص وتمحيص التظلمات والطعون المقدمة من المسؤولين العسكريين، والمتعلقة بالأوضاع الخاصة بهم، باستثناء منازعات التجنيد والانضباط، وذلك بغية محاولة الوصول إلى تسوية ودية لتلك المنازعات، تفادياً لعرضها على القاضى الإدارى،¹ فالحال نفسه يجرى حين يعهد

¹ راجع أحكام المرسوم رقم ٤٠٧ لسنة ٢٠٠١، الصادر فى ٧ مايو ٢٠٠١، بشأن تنظيم إجراءات التظلم الإدارى قبل الطعن القضائى الإدارى فيما يتعلق بمنازعات الحالة الشخصية للمسؤولين العسكريين.

Décret n°2001-407 du 7 mai 2001 organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires, JORF of May 11, 2001, p. 7786 NOR: DEFP0101359D.

راجع باللغة الفرنسية

TRUCHET D., Recours administratif, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de contentieux administratif, II, octobre 2000: actualisation janvier 2015.

المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ إلى وسيط الإدارة الحكومية لتسجيل العاطلين بمهمة الوساطة الإلزامية بشأن القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة الحكومية لتسجيل العاطلين والمتعلقة بالبدلات وشطب قوائم الباحثين عن عمل. مستهدياً بالمثال السابق، يحسب الباحث عدم المغالاة في ظنه بالقول إن الوساطة الإدارية الإلزامية تتشابه مع التظلم الإداري من عدة مواطن، لعل أبرزها: أن الوساطة الإدارية الإلزامية تتقارب مع التظلم الإداري أولاً من حيث الغاية المرجوة من كليهما. فالوساطة الإدارية الإلزامية، كما أسلفنا، مثلها مثل التظلم الإداري تستهدف تسوية النزاع القائم ودياً، كمحاولة قد تغنى عن اللجوء إلى القاضي الإداري.^١ ومن ناحية أخرى، فالوساطة الإدارية الإلزامية وكذلك التظلم الإداري يستهدفاً تنقية

^١ يدعم هذه الوجهة ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٣ من قانون إصلاح القضاء الإداري على أن يختص مجلس الدولة بتحديد الشروط التي تخضع بموجبها المنازعات التعاقدية المتعلقة بالدولة والسلطات المحلية ومؤسساتها العامة، وكذلك الإجراءات التي تنطوي على مسؤوليتها خارج العقد، وذلك قبل أي البدء في أي إجراءات تتعلق بتحكيم أو طعون قضائية، للتظلم الإداري المسبق أو للتسوية الودية التوافقية.

Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif 1 NOR: JUST8700055L.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٣ من قانون إصلاح القضاء الإداري قد تم إلغاؤها بمقتضى المادة السادسة من المرسوم رقم ١٣٤١ لسنة ٢٠١٥ الصادر في ٢٣ أكتوبر ٢٠١٥، بشأن الأحكام التشريعية لكود العلاقات بين الجمهور والإدارة. بيد أن المادة السادسة من هذا المرسوم الأخير قد نصت على نفس ما سبق ونصت عليه المادة ١٣ من قانون إصلاح القضاء.

Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

الشكاوى والتظلمات المقدمة، بحيث لا تعرف تلك الشكاوى والتظلمات طريقاً إلى القاضى الإدارى فى صورة الطعن القضائى إلا من كان منهم يستحق ذلك.^١ ثانياً: تماثل الوساطة الإدارية الإلزامية، وفق التنظيم الذى أفرده لها المشرع الفرنسى بموجب المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨، التظلم الإدارى من زاوية أن كليهما يناط أمرهم بالسلطة الإدارية. فالتظلم الإدارى، سواء كان ولائياً مقدماً إلى مصدر القرار نفسه أو رئاسياً مقدماً إلى السلطة الرئاسية لمن صدر عنه القرار، أو قُدم إلى اللجان الإدارية التى يشكلها القانون لهذا الغرض، تختص الإدارة بفحصه والرد عليه.^٢ والأمر نفس ينطبق على الوساطة الإلزامية فى المنازعات الإدارية.^٣ فكما سبقت الإشارة، اختص المشرع الفرنسى فى المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ بعض الجهات الإدارية المعينة بالقيام بمهمة الوساطة. ولعل هذا الأمر هو ما يجعل الوساطة الإدارية الإلزامية مفتقرة لأحد أهم مقومات الوساطة، نظراً لغياب الوسيط

^١ انظر باللغة الفرنسية

BRISSON J.-F., Problèmes de procédure administrative non contentieuse, Table ronde organisée par La Chaire "Mutations de l'Action Publique et du Droit Public", Sciences Po 2009, p. 2.

^٢ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى

CE., 8 janvier 1997, N° 171807, 8 / 9 SSR, Sté des grands magasins de l'ouest Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

^٣ انظر باللغة الفرنسية

TRUCHET D., Recours administratif

المرجع السابق، الفصل رقم ٣، العنوان رقم ١.

المحايد. فغياب الوسيط المحايد، الذي يُعتبر من الغير بالنسبة لأطراف الخصومة، وتولى الإدارة مهام الوساطة الإلزامية، من شأنه أن يُنصب الإدارة كخصم وحكم فى آن واحد، وهو ما قد يصم عملية الوساطة كلها بالمحاباه وعدم النزاهة.^١

ولئن كان ما سبق يُمثل أبرز مواطن الاتفاق بين الوساطة الإدارية الإلزامية والتظلم الإدارى، ففعل أهم ما يفترقان فيه يتمثل فى جوهر طبيعتهما. فبالرغم من تسليمنا بتقارب الغاية المنشودة من الوساطة الإلزامية والتظلم الإدارى، حيث يستهدف كل منهما توفى وصول الأطراف المتنازعة إلى القاضى الإدارى، بما تحمله هذه الغاية من خدمة لمصلحة الخصوم والقاضى، على النحو السالف بيانه، إلا أن اتفاقهما فى الغاية لم ينف افتراقهما فى الطبيعة. فالتظلم الإدارى، فى منحه للإدارة الفرصة لتعديل قرارها المتظلم منه أو سحبه، يُعتبر من طبيعة وقائية وإصلاحية.^٢ فالتظلم الإدارى، الولائى منه والرئاسى، يهذب سلوك الإدارة إذ يمنحها فرصة أخرى لمراجعة سياستها وتدبر القرار محل التظلم من زاوية أخرى، عليها تكتشف ما فاتها من اعتبارات القانونية أو إنسانية تبرر سحب القرار أو على الأقل تعديله. أما بالنسبة للوساطة الإدارية الإلزامية، فطابع الإلزام فيها وإن أخرجها عن المفهوم التقليدى للوساطة باعتبارها تخضع لمبدأ الرضائية، فليس ثمة خلاف على أنها لم

^١ المرجع السابق.

^٢ انظر فى هذا المعنى باللغة الفرنسية

BENARD-VINCENT G., La médiation obligatoire en matière administrative

المرجع السابق.

تزل وسيلة ودية لتسوية المنازعات الإدارية. من هذا المنطلق، يمكن القول أن الوساطة الإدارية الإلزامية هي من طبيعة علاجية،^١ كونها تستهدف تسوية نزاع إداري قائم بالفعل، وذلك بدلاً من تسويته بالطريق القضائي المعتاد.^٢ فالوساطة الإدارية المفترقة لطابع الإلزام، حال نجاحها، إنما تحسم النزاع الإداري عن طريق التسوية التي يتوصل إليها الأطراف بمساعدة الوسيط. ويمضى الحال نفسه على الوساطة الإدارية الإلزامية.^٣ فما أورده المشرع الفرنسي في المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ من ضرورة الخضوع للوساطة الإلزامية في بعض المنازعات المتعلقة بفئات معينة من القرارات الإدارية المتضرر منها، لا ينصرف أثره لمنح الإدارة فرصة أخرى لمراجعة تلك القرارات، ومن ثم سحبها أو تعديلها. وبافتراض أن التسوية التي انتهت إليها الإدارة مع خصمها تمثلت في سحب القرار المتضرر منه أو تعديله، فمثل هذا السحب أو التعديل لم ينتج عن تظلم إداري، ولم يكن مستنداً إلى مبادرة من الإدارة بإرادتها الحرة، بل استند إلى تدخل من طرف ثالث محايد (الوسيط)

^١ انظر في هذا المعنى، المرجع السابق.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

HUVER E., Penser la médiation dans une perspective diversitaire,
Recherches en didactique des langues et des cultures En ligne, 15-2 |
2018, n^o 12.

SIX J. F., Le temps des médiations, 1ère éd: 1990, Paris: Seuil.

^٣ انظر في هذا المعنى باللغة الفرنسية

BELORGEY J. M., Deux RAPO pour le prix d'un, AJDA 2016, p. 2185.

تلخصت مهمته في تقريب وجهات النظر بين الإدارة وخصمها للوصول إلى تسوية يرتضونها.^١

^١ الواقع من الأمر أن أهمية مسألة قطع وسريان ميعاد الطعن القضائي تفرض نفسها خاصة في ظل تعدد وتداخل إجراءات الإنصاف القانوني قبل اللجوء إلى القضاء في المرافعات الإدارية الفرنسية. على سبيل المثال، نص القانون رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ٥ مارس ٢٠٠٧، بشأن ترسيخ الحق في السكن واتخاذ تدابير مختلفة لصالح التماسك والترابط الاجتماعي، في المادة السابعة منه على إنشاء لجنة وساطة للبت في الطلبات المقدمة من الأشخاص الذين استوفوا الشروط التنظيمية للحصول على سكن اجتماعي بالإيجار، ولم يتلقوا بعد أي عرض مناسب استجابةً لطلب السكن الخاص بهم في غضون المهلة المنصوص عليها في المادة ٤٤١/٤ من قانون البناء والسكن. فبالرغم من أن المشرع قد نعت اللجنة المنشأة بأنها لجنة للوساطة، إلا أنها في حقيقة الأمر لا تعدو أن تكون لجنة مخصصة لتلقي التظلمات والبت فيها. وليس أدل على صحة هذا القول من أن المشرع في القانون رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠٠٧ قد نص على أن يتم تعيين رئيس اللجنة من قبل الإدارة، وحصر مهمتها في تحديد ما إذا كان طلب الإسكان المقدم، والمتظلم بشأنه بسبب عدم رد الإدارة عليه، يستحق أخذه في الاعتبار وإعطائه الأولوية، وفقاً لمعايير محددة سلفاً.

Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement
opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale,
JORF n°55 du 6 mars 2007 page 4190, texte n°4 NOR:
SOCX0600231L.

على الجانب الآخر، نص المشرع الفرنسي في المرسوم رقم ٧٦٥ لسنة ٢٠١٢ الصادر في ١٠ مايو ٢٠١٢، بشأن تجريب إجراء الاستئناف الإداري قبل الاستئناف القضائي المرفوعة ضد الأفعال المتعلقة بالمسائل الشخصية للموظفين المدنيين في الدولة، على أن التظلم المقدم من صاحب الشأن المضرور إلى مصدر القرار الإداري المتضرر منه، يقطع ميعاد الطعن للتقاضى. ويجوز لصاحب التظلم أن يطلب الإحالة إلى "طرف ثالث محايد" يتم تقديم التظلم إليه بصفة استشارية، وذلك قبل أن يبت المسؤول مصدر القرار في التظلم المقدم إليه. وليس بخاف على

أخيرًا، ينبغي التأكيد على أنه، بطبيعة الحال، إذا كانت أحد المناقب الأساسية للوساطة الإدارية، قضائية كانت أم إلزامية، تتمثل في المعالجة الناجزة للنزاع الإداري، فلن يكون لهذه الميزة نفع يُرجى إذا ما تم التراخي في إحالة النزاع إلى الوساطة. تأسيسًا على ذلك، لا يتأتى تحصيل هذه الميزة إلا إذا ما تم تحديد الدعوى التي يُحتمل أن يتبع فيها طريقة التسوية بالوساطة، حال كانت هذه الأخيرة قضائية عُرضت بمبادرة من القاضى، وكذلك تحديد الإدعاءات والتظلمات المستلزم خضوعها للوساطة الإلزامية فى أقرب وقت ممكن بعد رفع الدعوى أو تقديم التظلم. ولعل هذا هو ما حدا بالمحكمة الإدارية فى مدينة بواتييه بفرنسا إلى إنشاء هيئة أو غرفة خاصة لتمحيص الطلبات القضائية الجديدة الواردة للمحكمة، وإبداء الرأى بشأنها فيما يتعلق باقتراح إمكانية تسويتها عن طريق الإحالة للوساطة.^١ وفى خطوة

المدقق المنصف أن مثل هذا الاتجاه أقرب إلى الوساطة منه إلى التظلم الإدارى، نظرًا لوجود الطرف الثالث المحايد.

Décret n°2012-765 du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat, JORF n°0110 du 11 mai 2012, texte n°6 NOR: MFPP1210008D.

^١ انظر المذكرة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسى بشأن المسائل المتعلقة بمهام مجلس الدولة والمحكمة الوطنية لحق اللجوء والعاملين المشتغلين بإدارات الدولة تحت إشراف مجلس الدولة والمحكمة الوطنية لحق اللجوء

ثانية يثبت لرئيس المحكمة سلطة الأخذ باقتراح الوساطة الذي سبق واقترحته الغرفة الخاصة، أو أخذ زمام المبادرة والدعوة إلى الوساطة إن رأى لها مقتضى^١. وتجدر الإشارة إلى أنه قد تبرز المصلحة في الوساطة في سياق السير في إجراءات الخصومة وأثناء عملية التداعى. وعليه، يملك الخصوم والقاضى الإدارى على سواء الحق في المبادرة بالدعوة للوساطة بعد تمام إنعقاد الخصومة وأثناء عملية التداعى القضائى^٢.

Conseil d'Etat, Concours interne de recrutement d'attachés
d'administration de l'Etat relevant des services du Conseil d'Etat et de
la Cour nationale du droit d'asile au titre de l'année 2019, p. 12-13.

^١ انظر مذكرة مجلس الدولة الفرنسى، المرجع السابق، ص. ١٣.

^٢ انظر مذكرة مجلس الدولة الفرنسى، المرجع السابق، ص. ١٣.

الخاتمة

٤١- لم يكن فهم الفقهاء للوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية على أنها أحد أهم الآليات التي بها تستحيل العدالة الإدارية الناجزة والفاعلة من مجرد مناقشات وآمال إلى واقع عملي ملموس،^١ إلا فضيلة من فضائل الاعتراف بالحق والإقرار به. ولم يكن كذلك قول الفقهاء إن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية آلية من شأنها تمكين الخصوم أطراف النزاع من المشاركة الفاعلة في حل نزاعهم،^٢ إلا إقرار بواقع الحال ووصف لطبيعة المآل. والوساطة الإدارية، باعتبارها أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، ليست باستثناء عن ذلك.

استطرد التأمل في جوهر عملية الوساطة، إدارية كانت أم مدنية، يكشف عن كونها وسيلة لتسوية المنازعات تستند إلى مفهوم غير تقليدي لفكرة العدالة. ولعل هذا هو ما يدفع الباحث للظن بعدم المغالاة في القول بأن جميع الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وإن اتحدت في مبناها حول فكرة العدالة، إلا أن الوساطة تبرز لتختلف مع غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات حول معنى العدالة. فالفلسفة التي تتخذ منها الوساطة أساساً لها، والمتمثلة في إشراك أطراف النزاع في تسوية نزاعهم

^١ انظر باللغة الفرنسية

LEVIS O., Conclusions sur C.E., 23 Juin 1989 – Vériter Publié au recueil, p. 146.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

FAGET J., Médiation et post-modernité

المرجع السابق، ص. ٥٩-٦٠.

بطريقة أكثر وضوحًا وفعالية، من شأنها أن تُضفي على مفهوم العدالة بُعدًا متميزًا. فإن كانت العدالة المنشودة في ساحات القضاء تعتمد على احترام الشرعية القانونية وقواعد الإنصاف، فالعدالة من منظور الوساطة تأخذ شكلًا ومعنى مغايرًا.

فالوساطة تستهدف في العدالة جانبًا معينًا من شأنه توفير حماية أفضل لمصالح وكرامة الخصوم أكثر من تلك المتوفرة داخل أروقة القضاء. فكما ذكر رئيس محكمة النقض الفرنسية "تقوم الوساطة على مفهوم جديد للعدالة، العدالة التي من شأنها الحث على التفاوض والأخذ في الاعتبار مقتضيات وأعباء التنفيذ، والتي تحمي العلاقات المستقبلية بين الأطراف وتحافظ على النسيج الاجتماعي".¹ وفق هذا البيان، تضحى الوساطة أحد وسائل تسوية المنازعات التي تحافظ على العلاقات بين أطراف النزاع، وتضمن لهم مشاركة حقيقية وفعالة في تسوية نزاعهم، فضلًا عن كونها تعمل على تخفيف وطأة العبء الواقع على الجهاز القضائي في الدولة.

والواقع من الأمر أنه لئن كانت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات قد أثبتت كفاءتها في مجالات القانون الخاص، فتلك الوسائل، لا سيما الوساطة، قد أضحت من عاديات الأمور في مألوف المنازعات الإدارية، نظرًا لمساهمتها في حل تلك المنازعات بطريق أكثر فعالية، وكذلك حمايتها لجملة من المصالح الأولى بالرعاية.

¹ انظر باللغة الفرنسية

BLOHORN-BRENNEUR B., La médiation prud'homale, Revue Projet, 2008/6 n° 30760, p. 17.

فعلى سبيل المثال، قد تجد الإدارة فى الوساطة ملاذًا آمنًا لتسوية منازعات معينة مع موظفيها والمتعاملين معها فى أقرب وقت ممكن وبتكلفة أقل، وذلك بمراعاة قواعد المشروعية واعتبارات النظام العام، ومقتضيات الإدارة الرشيدة. وبالمثل قد تساعد الوساطة موظفى الإدارة على الوصول إلى تسوية تفاوضية ومقبولة وعادلة لنزاعاتهم مع الإدارة، وذلك بطريقة أكثر مرونة وأكثر سرعة. وغنى عن البيان، أن الوساطة الإدارية، شأنها شأن سائر الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، تخدم مصالح المحاكم الإدارية، وذلك عن طريق التقليل من عبء الدعاوى المنظورة أمام تلك الأخيرة.

تكشف الوساطة عن وجه آخر للعدالة يتمثل فى القيمة التى يُضيفها تدخل طرف ثالث فى النزاع الحادث. فكما سبق الذكر، يلتزم الوسيط بالتحلى بالحياد والكفاءة والنزاهة، وهى ذات السمات الأساسية التى يتحلى بها قاضى الدعوى. فضلاً عن ذلك، فالوسيط يقع على عاتقه التزام بضرورة احترام مقتضيات سرية عملية الوساطة، بما قدم فيها من أدلة ومستندات وما تم التوصل إليه من اتفاق للتسوية. ولعل هذا هو ما حدا بالبعض للقول إن "ثمة صلة طبيعية تربط بين القاضى والوسيط".^١ وقد ذهب بعض الشراح للقول بأنه لئن كانت الوساطة فى معناها

^١ انظر باللغة الفرنسية

BERNABÉ B., Les chemins de l'amiable résolution des différends

المرجع السابق، ص. ٦٤٢.

الواسع تتصرف إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة والتي تتناسب مع الواقعة المعروضة، بمقتضى ما ثبت من سلطة، وذلك بُغية تنقية ما شاب المعيار من خطأ أو لبس، وتصحيح المسار بما يتماشى مع القواعد المعمول بها،^١ فالقاضي، شأنه في ذلك شأن الوسيط، تنطوي وظيفته القضائية على القيام بقدر ما من الوساطة.^٢

وفق هذا التصوير، إن كانت الوساطة في معناها الواسع تعنى أن يُعهد إلى أحد الأشخاص المحايدين، بمقتضى ما ثبت له من سلطة، مهمة اتخاذ الإجراءات والتدابير المتناسبة مع الواقعة المعروضة، فثمة سؤال جدير بالطرح مفاده، لئن كان الحديث عن توافر قدر من السلطة لدى القاضي هو حديث مستساغ ومتصور بمقتضى القانون، فما مسوغ سلطة الوسيط؟ الواقع من الأمر أن الوسيط يستمد سلطته من رضاء الأطراف المتنازعة على الاحتكام إلى إجراءات الوساطة لتسوية نزاعهم، وتوافقهم على شخص الوسيط المحايد لإدارة عملية الوساطة. هذا الرضاء

GARBIT P., magistrat honoraire, médiateur, session de formation continue ENM, 7-10 avril 2014.

^١ انظر باللغة الفرنسية

BENVENISTE É., Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes, Paris, Minuit, 1969, vol. II: "Pouvoir, droit, religion", chapitre 4: "med-et la notion de mesure", p. 129.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

CORNU G., Les modes alternatifs de règlement des conflits, RIDC, 1997, 2, rééd. dans L'art du droit en quête de sagesse, Paris, PUF, 1998, p. 198.

وذلك التوافق إنما ينبع من قناعة أطراف النزاع أولاً بجدوى الوساطة، وقناعتهم ثانياً بمعرفة ومهارة وخبرة وحياد وحسن سمعة الوسيط.^١ فضلاً عن ذلك، قد يستمد الوسيط سلطته من النصوص القانونية مباشرة، لا سيما فى المنازعات التى يُلزم القانون أطرافها بالخضوع لوساطة إجبارية قبل إقامة دعوى قضائية. وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أنه لئن كان القاضى، بمقتضى ما له من سلطة على وقائع الدعوى، يفرض على أطراف النزاع الحل الذى يتوافق وصحيح القانون، إلا أن الهدف من سلطة الوسيط ليس فرض اتفاق أو تسوية معينة، بل محاولة جمع شتات أطراف النزاع وتقريب وجهات نظرهم، وإدارة حوار سلمى بينهم بغية تمكينهم من الوصول إلى تسوية يرتضونها.^٢

ولعل الباحث لا يغلو قولاً بأن ما أفصحت عنه القاضية بياتريس بلوهورن-برينور الرئيسة السابقة لدائرة العمل والشئون الإجتماعية بمحكمة استئناف جرونوبل من أن

^١ انظر باللغة الفرنسية

BERNABÉ B., "Une vision historique de la médiation judiciaire", La médiation en matière civile et commerciale, F. Osman dir., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-29.

BERNABÉ B., L'autorité du juge et la recherche de l'adhésion, Les Cahiers de la Justice, 2013/2 N° 2, p. 151-159.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

MIRIMANOFF J., "Pour un Guide sur la Médiation dans les pays de l'Union pour la Méditerranée ?", La médiation en matière civile et commerciale, F. Osman dir., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 251-264.

"التطبيق الصارم لحكم القانون لا يسمح دائماً بتجاوز حالة الاستثناء وإزالة سوء الفهم واستعادة الحوار. فتطبيق حكم القانون، بمفهومه العام والمجرد، فى حالات معينة قد يكون غير مناسب"،^١ هو ما يدعم أهمية الوساطة ومدى ضرورة أن يرتدى القاضى عباءة الوسيط فى حالات معينة. فكثيراً ما يؤدى التقاضى المعتاد أمام المحاكم إلى مزيد من الضرر للعلاقات الخاصة وتشويه السمعة. على سبيل المثال، فى التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، غالباً ما يشعر كلا الطرفين، أو أحدهما، بالذنب والخجل وضياع الهوية والقيمة. والحال نفسه يجرى على المنازعات الإدارية، حيث كثيراً ما يمثل خصم الإدارة أمام القضاء وقد فقد مكانته الاجتماعية وأجره وعلاقات عمله، وأحياناً عائلته ومحل إقامته. وبالقدر نفسه، كثيراً ما تضر عملية التقاضى بالإدارة، لا سيما حين تفشل فى الحفاظ على سرية معاملاتها ومستنداتها، فضلاً عما يحمله التقاضى من مخاطر تشويه السمعة. فكيف للعدالة أن تراعى الحفاظ على تلك المصالح المتعارضة؟ قد نجد الإجابة على هذا السؤال فى تطبيق المحاكم لحكم القانون بالقضاء لصاحب الحق والتعويض إن كان له مقتضى. بيد أنه فى أحيان أخرى، قد يلجأ القاضى أو

^١ انظر باللغة الفرنسية

BLOHORN-BRENNEUR B., La médiation prud'homale

انظر المرجع السابق، ص. ١٣.

الخصوم أنفسهم إلى تحقيق العدالة بآلية أخرى وضعها المشرع، وهى الوساطة. فالوساطة تعتبر آلية قانونية معادلة للحكم القضائي.¹

بناء على ذلك، وإيماناً بمناقب الوساطة، فقد حرص المشرع الفرنسى فى القانون رقم ١٥٤٧ لسنة ٢٠١٦ الصادر فى ١٨ نوفمبر ٢٠١٦ بشأن تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين على إدخال عدة تعديلات هامة بغية تطوير عملية التقاضى الإدارى، حيث تم النص على الدعاوى الإدارية الجماعية ودعاوى الاعتراف بالحقوق الفردية أمام القاضى الإدارى. فضلاً عن ذلك، وعلى النحو الذى احتوته صفحات هذه الدراسة، فقد اشتمل هذا القانون على رؤية المشرع الفرنسى حول الأساليب البديلة لتسوية المنازعات، وذلك عن طريق النص على الإطار القانونى للوساطة فى المنازعات الإدارية. فكما سبقت الإشارة، نصت المادة الخامسة من تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين، تحت عنوان "تفضيل الوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، على تضمين قانون العدالة الإدارية، الصادر بموجب المرسوم رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ الصادر فى ٤ مايو ٢٠٠٠ والذى دخل حيز النفاذ فى ١ يناير ٢٠٠١، المواد من ٢١٣-١ إلى ٢١٣-١٠ والتي أضافت للباب الأول من القانون فصلاً ثالثاً بعنوان "الوساطة".

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسى قد سبق المشرع الفرنسى فى محاولات إدراج الوساطة، كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية. ففي عام ١٩٩٣، أصدر

^١ انظر المرجع السابق، ص. ١٤.

المجلس تقريرًا حول الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، ذكر فيه أنه قد آن الوقت للقضاء الإداري لينظر بعين الاعتبار لتلك الوسائل، ومن بينها الوساطة.^١ وكذلك فعل عام ١٩٩٩، حين أصدر دليلًا للمحاكم الإدارية لتشجيعها على اللجوء إلى آليات التوفيق والوساطة.^٢ وفي عام ٢٠١٠، أجرى مجلس الدولة دراسة بهدف الوقوف على إمكانية تطبيق التوجيه الصادر عن الأوروبي في ٢١ مايو ٢٠٠٨، المتعلق بالوساطة في المسائل المدنية والتجارية، على المسائل الإدارية.^٣

أخيرًا لو شئنا أن نضع نظام الوساطة الإدارية، وفقًا للتنظيم التشريعي والقضائي في فرنسا، في ميزان التقييم، وهي مسألة تفرضها طبيعة خواتيم الدراسات الأكاديمية باعتبارها تحمل تلخيصًا لما وقر في قناعة الباحث حول الظاهرة أو المسألة محل البحث ومدى جدواها وأهميتها، لو شئنا ذلك، فلا يسعنا سوى التسليم بداءة بأن الوساطة، من حيث الأصل العام، هي عملية اختيارية تتطلب موافقة أطراف النزاع على الاحتكام لها، سواء كانت بمبادرة من المتنازعين أو من القاضي أو حتى من

^١ انظر باللغة الفرنسية

C.E., Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Doc. fr., 1993.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

MINET-LELEU A., La médiation administrative, Revue du droit public, 2017 n°5, p. 1191.

^٣ انظر باللغة الفرنسية

C.E., Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Doc. fr., 2010.

الخبير فى الدعوى. بالرغم من ذلك، وبموجب تدخل تشريعى، أوجد القانون رقم ١٥٤٧ لسنة ٢٠١٦ الصادر فى ١٨ نوفمبر ٢٠١٦، بشأن تحديث العدالة فى القرن الحادى والعشرين، ومن بعده المرسوم رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٨ الصادر عن رئيس الوزراء الفرنسى فى ١٦ فبراير ٢٠١٨ وساطة إدارية إلزامية، على أساس تجريبى، فى قطاعى التقاضى فى مسائل الخدمة المدنية والتقاضى المتعلق بمنازعات الحقوق الاجتماعية (المزايا أو العلاوات أو الحقوق الممنوحة كمساعدة أو العمل الاجتماعى أو السكن).

وبخلاف ما فرضته مقتضيات الواقع العملى من تكس الدعوى وبطء إجراءات التقاضى، وكذلك ما فرضته اعتبارات حماية مصالح الأفراد وتمكينهم من المشاركة فى حل نزاعاتهم بطريقة فعالة، على النحو السابق تفصيله، يحسب الباحث عدم المغالاة بالقول إن موقف المشرع الفرنسى من تقرير الوساطة الإلزامية كان مرده أمرين: أولهما يتعلق بأهمية منازعات الخدمة المدنية ومنازعات الحقوق الاجتماعية، بحيث ارتأى المشرع ضرورة خضوعها إلى وساطة إلزامية قبل السير فى إجراءات الدعوى الإدارية المعتادة بشأنها. فربما قدر المشرع الفرنسى أن ثمة حاجة ملحة لاختصاص أطراف تلك المنازعات لوساطة إدارية إلزامية، تتمثل فى حماية الإدارة، لا سيما فيما يتعلق بالحفاظ على سمعتها، وعلاقتها بموظفيها، وسرية معاملاتها ومستنداتها. وثانيهما يتمثل فى الخشية المبررة من إخفاق الوساطة الإدارية، كآلية اختيارية لتسوية المنازعات وفقاً للأصل العام، فى تحقيق

النجاح المأمول، لا سيما فى المسائل الإدارية التى تزداد المنازعات القضائية بشأنها.^١

صاغت هذه الاعتبارات، فى نظر الباحث، معالم تطوير عملية التقاضى الإدارى لدى المشرع الفرنسى، فدفعتة إلى اشتراط الخضوع لوساطة إدارية إلزامية بصدد منازعات معينة، حتى وإن تعارض ذلك مع المبدأ العام للوساطة، باعتبارها وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات. بيد أن نبل مقصد المشرع الفرنسى فى اشتراطه للوساطة الإلزامية لم يشفع له عند جانب من فقه القانون الإدارى الذى وجه له وبحق سهام نقده. فلتن كان البين من هذه الدراسة، أن المشرع الفرنسى فى اشتراطه الخضوع لإجراءات الوساطة الإلزامية فى شأن بعض المنازعات الإدارية المتعلقة بطائفة معينة من الموظفين العموميين، قد غلبت لديه اعتبارات حماية الإدارة وخصوصية تلك المنازعات، فقد غلب لدى جانب من فقه القانون الإدارى اعتبارات الحفاظ على الأصل العام والمبدأ الحاكم للوساطة الإدارية، بحيث لا يتم إفراغها عمداً من مضمونها. وعليه، يحسب بعض الفقهاء أن المشرع الفرنسى لم يكن موفقاً فى استحداثه للوساطة الإلزامية فى بعض المنازعات الإدارية، على سند من أن عنصر الإلزام فى الوساطة من شأنه أن يُهدر الأساس الذى تستند عليه تلك

^١ انظر باللغة الفرنسية

DOMINO X., Innovations: la médiation et l'action collective en droit administratif, RFDA 2017, spéc. p. 20.

الأخيرة، بحسبانها وسيلة اختيارية للتسوية.^١ فضلاً عن ذلك، فالمشرع الفرنسي، كما سبق الذكر، فى تنظيمه للوساطة الإدارية الإلزامية تخلى تماماً عن الوسيط المحايد، مستبدلاً إياه بالإدارة نفسها التى تتولى إدارة وتنظيم عملية الوساطة، وهو الأمر الذى من شأنه أن يطعن فى حيادية عملية التسوية، ويعصف بأحد الأصول المكونة لجوهر الوساطة، وهو وجود طرف ثالث محايد (الوسيط المحايد). ولعل هذا هو ما حدا بالبعض للقول بأنه كان حرياً بالمشرع الفرنسى، حال أراد تمييز طائفة معينة من المنازعات الإدارية لاعتبارات معينة، أن يخص تلك المنازعات وأطرافها بإجراءات معينة من إجراءات الانتصاف الإدارى، لا سيما آلية التظلم الوجوبى المسبق، سواء كان ولأئياً أو رئاسياً، مثلما هو الحال فى منازعات الخدمة العامة العسكرية فى القانون الفرنسى.^٢

أوضحت جوانب تلك الدراسة أن تفعيل آلية الوساطة الإدارية بشكل فعال، بحيث تؤتى ثمارها فى تسوية المنازعة الإدارية بغير الطريق القضائى، تعتمد بشكل كبير وقبل أى شىء على رغبة الأطراف المتنازعة فى الخضوع لإجراءات الوساطة ومدى تعاونهم فى تسوية نزاعهم بهذه الآلية من جهة، ودور الوسيط نفسه - وهو

^١ انظر باللغة الفرنسية

MINET-LELEU A., La médiation administrative

المرجع السابق، ص. ١١٩٣.

^٢ انظر باللغة الفرنسية

LE GARS J.-M., La juridiction administrative saisie par la médiation?,

AJDA 2016, spéc. p. 2277.

الطرف الثالث المحايد فى عملية الوساطة - من جهة أخرى. فالواقع من الأمر، أن ما اشترطه المشرع الفرنسى من ضرورة تمتع الوسيط بالحيادية والنزاهة والكفاءة، إنما هو اشتراط فرضته أهمية ودقة الدور المنوط بالوسيط، لا سيما ما تعلق منه بضرورة التوفيق بين مصالح الخصوم المتعارضة أو على الأقل تحقيق قدر من التعايش بينها، ومراعاة ألا ينزلق فى شائبة التنافس مع القاضى الإدارى والتزام معه على الاختصاصات. ولعل تلك الصفات الواجب على الوسيط التحلى بها من حياد ونزاهة وكفاءة، قد ساهمت فى طرح العديد من الأسئلة حول جودة عملية الوساطة الإدارية، لا سيما حال تعلق الأمر بتضارب مصالح الوسيط نفسه. وتتجلى تلك المشكلات بشكل عملى وأكثر واقعية حال الخضوع للوساطة الإدارية المؤسسية، حيث يتولى أمر إدارة وتنظيم عملية الوساطة وسيطاً مؤسسياً، والحال نفسه يجرى على الوساطة الإدارية الإلزامية - حيث يكون الوسيط المحايد تابع لإحدى الجهات الإدارية، على النحو السابق بيانه.

بيد أنه، وبالرغم من تلك الملاحظات المشروعة حول جودة عملية الوساطة الإدارية، يحسب الباحث أنه يبين من هذه الدراسة أن القضاء الإدارى الفرنسى، على هدى من التنظيم الذى صاغ معالمه المشرع الإدارى الفرنسى، قد استقر على الاعتراف بالوساطة، كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية، وذلك اقتناعاً بمراميتها، وعلى أمل أن تكشف التجربة عن عيوبها التى يمكن تلافيتها. ويدعم وجهة النظر هذه ما نص عليه المشرع الفرنسى من تطبيق نظام الوساطة الإدارية الإلزامية على نحو تجريبى.

أخيراً، بقى أن نذكر أن تلك الدراسة قد تساهم فى إلقاء الضوء على الوساطة، كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية، بالنسبة للمشرع الإدارى المصرى. فضلاً عن أنها قد تمثل نواة لدراسات قانونية أخرى حول جدوى تبنى القانون الإدارى المصرى لتلك الوسيلة فى مجال المنازعات الإدارية، لا سيما وأن المشرع المصرى قد ولى شطره نحو وسائل بديلة لتسوية المنازعات الإدارية مثل التحكيم، بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، والتوفيق، بمقتضى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق فى بعض المنازعات التى تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها.^١

^١ راجع فى ذلك بشكل عام، أ. د. جابر جاد نصار، التوفيق فى بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية: القاهرة ٢٠٠٢.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية

١. أحمد كمال أبو المجد، الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية في القانون، مجلة القانون والإقتصاد، السنة الثانية والثلاثون، العدد الأول، مطبعة جامعة القاهرة (مارس ١٩٦٢).
٢. إبراهيم سيد أحمد و شريف أحمد الطباخ، الوسيط الإداري: شرح قانون مجلس الدولة، شركة ناس للطباعة: القاهرة (الطبعة الأولى ٢٠١٤).
٣. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات: المفاوضات - الوساطة - التوفيق - الصلح بديلاً عن المعتك القضاى، دار النهضة العربية: القاهرة (الطبعة الأولى ٢٠١٣).
٤. جابر جاد نصار، التوفيق فى بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية: القاهرة (٢٠٠٢).
٥. فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف: الإسكندرية (٢٠٠٧).
٦. على محمود الرشدان، الوساطة لتسوية النزاعات بين النظرية والتطبيق، دار اليازورى العلمية: الأردن (٢٠١٦).

٧. ماجد راغب الحلو، القضاء الإدارى، منشأة المعارف: الإسكندرية (١٩٨٧).
٨. محمد باهى أبو يونس، التسليم بالطلبات والأحكام فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١٩).
٩. محمد باهى أبو يونس، الغرامة التهديدية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١٠).
١٠. محمد باهى أبو يونس، إنقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠٠٧).
١١. محمد باهى أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإدارى من محكمة الطعن فى المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١٠).
١٢. محمد جابر عبد العليم، مفوض الدولة فى القضاء الإدارى، دار الكتب القانونية: القاهرة (٢٠٠٧).
١٣. محمد جمال عثمان جبريل، وسيط الجمهورية فى فرنسا: دراسة مقارنة مع لجان التوفيق المنشأة بالقانون ٧ لسنة ٢٠٠٠ فى مصر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد رقم ٢٢، المجلد رقم ١١ (٢٠٠٢).
١٤. محمد سليمان الطماوى، القضاء الإدارى: القاهرة (١٩٧٩).

١٥. محمد عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتقرد للعقد الإدارى، دار النهضة العربية: القاهرة (الطبعة الأولى ٢٠٠١).

١٦. محمود التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعى: الإسكندرية (٢٠٠٧).

١٧. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية (اتفاق التحكيم- خصومة التحكيم - حكم المحكم وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية)، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (٢٠١١).

ثانياً: مراجع باللغة الانجليزية

1. ACUS Adopts Recommendations for Mediation of ADA Cases, 6 WORLD. ARB. & MEDIATION REP. 168 (1999).
2. Adena Altman, Alternative Dispute Resolution in France, Business Conflict Blog 10 (2012).
3. Alain Lempereur, Negotiation and mediation in France: the challenge of skill-based learning and interdisciplinary research in legal education, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 151 (1998).

4. ALAN DASHWOOD, JOHN SPENCER, ANGELA WARD, AND CHRISTOPHE HILLION (EDS.), CAMBRIDGE YEARBOOK OF EUROPEAN LEGAL STUDIES 202 (Vol. 3, Hart Publishing 2001).
5. Carrie Menkel-Meadow, Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the 'Semi-formal' in REGULATING DISPUTE RESOLUTION: ADR AND ACCESS TO JUSTICE AT THE CROSSROADS (FELIX STEFFEK, HANNES UNBERATH, HAZEL GENN, REINHARD GREGER, CARRIE MENKEL-MEADOW EDS) (Oxford, Hart 2013).
6. Charles Pou, Jr., Federal ADR and Negotiated Rule making Acts Receive Permanent Reauthorization, 22 ADMIN. & REG. L. NEWS 4 (1997).
7. DANIEL E. WUESTE (EDS.), PROFESSIONAL ETHICS AND SOCIAL RESPONSIBILITY (Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1994).
8. Delphine Wietek, France in NADJA ALEXANDER, SABINE WALSH AND MARTIN SVATOS (EDS), EU MEDIATION LAW

HANDBOOK: REGULATORY ROBUSTNESS RATINGS FOR MEDIATION §
12.09 (2017).

9. E. Gaillard and J. Edelstein, *Mediation in France*, 55
DISP. RES. J. 1 (2000).

10. Gatis Litvins, *Alternative Methods of Judicial Protection
and Dispute Resolution in Administrative Law*, 1 EUROPEAN
SCIENTIFIC JOURNAL 371 (2013).

11. HENRY J. BROWN AND ARTHUR L. MARIOT, *ADR
PRINCIPLES AND PRACTICE* (2nd Ed. Sweet & Maxwell, 1997).

12. HENRY WILLIAM RAWSON WADE, CHRISTOPHER F.
FORSYTH, *ADMINISTRATIVE LAW* (Oxford University Press, 2004).

13. J. BELL, S. BOYRON, S. WHITTAKER, *PRINCIPLES OF
FRENCH LAW* (2nd ed. Oxford University Press 2008).

14. Joe Tirado and Elisa Vicente Maravall, *Codes of
Conduct for Commercial and Investment Mediators: Striving
for Consistency and a Common Global Approach*, in
CATHARINE TITI AND KATIA FACH GÓMEZ (EDS.), *MEDIATION IN*

INTERNATIONAL COMMERCIAL AND INVESTMENT DISPUTES (Oxford University Press, 2009).

15. JOHN BELL, SOPHIE BOYRON, AND SIMON WHITTAKER, PRINCIPLES OF FRENCH LAW (Oxford University Press 2nd ed., 2008).

16. Katrin Deckert, Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences in KLAUS J. HOPT AND FELIX STEFFEK (EDS.), MEDIATION: PRINCIPLES AND REGULATION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (Oxford University Press, 2013).

17. Kim Dayton, The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, 76 IOWA L. REV. 889 (1991).

18. Lauren Robel, Fractured Procedure: The Civil Justice Reform Act of 1990, 46 STAN. L. REV. 1447 (1994).

19. Lauren K. Robel, The Politics of Crisis in the Federal Courts, 7 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 115 (1991).

20. Lawrence R. Freedman and Michael L. Prigoff, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, 2 J. DISP. RESOL. 37 (1986).
21. MICHAEL BROGAN AND DAVID SPENCER, MEDIATION LAW AND PRACTICE (Cambridge University Press, 2006).
22. MIRYANA NESIC AND LAURENCE BOULLE, MEDIATION: PRINCIPLES PROCESS PRACTICE (Gardners Books, 2001).
23. OMER SHAPIRA, A THEORY OF MEDIATORS' ETHICS: FOUNDATIONS, RATIONALE, AND APPLICATION (Cambridge University Press, 2016).
24. Patrick Johnston, Civil Justice Reform: Juggling Between Politics and Perfection, 62 FORDHAM L. REV. 833 (1994).
25. Paul J. Stancil, Substantive Equality and Procedural Justice, 102 Iowa L. Rev. 1633 (2017).

26. R. Fernhout, Establishment of the Institution of Ombudsman, SPEECH TO A CONFERENCE ON THE ROLE AND INSTITUTION OF OMBUDSMAN, Prague, 27–28 April 2000.
27. ROBERT A. BUSH AND JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION (1994).
28. ROBERT FISHER AND WILLIAM URY, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 3 (1991).
29. Robin J. Evans, The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving the Use of Alternative Dispute Resolution Processes, 50 ADMIN. L. REV. 217 (1998).
30. Salvija Kavalnė and Ieva Saudargaitė, Mediation in Disputes between Public Authorities and Private Parties: Comparative Aspects, 18 JURISPRUDENCE J. 251 (2011).
31. Sophie Boyron, Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms, 13 EUR. PUB. L. 263 (2007).

32. STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E.A. SANDER AND NANCY H. ROGERS, DISPUTE RESOLUTION (NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES) (3rd Ed. Aspine Law & Business, 1999).
33. THOMAS BINGHAM, THE SIXTH SIR DAVID WILLIAMS LECTURE: THE RULE OF LAW 5 (Cambridge University: Centre for Public Law, 2006).
34. Vincent Luizzi, Balancing of Interests in Courts, 20 JURIMETRICS 373 (1980).
35. Wang Wenying, The Role of Conciliation in Resolving Disputes: A P.R.C. Perspective, 20 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 421 (2005).

ثالثاً: مراجع باللغة الفرنسية

1. AKRICH M., Les formes de la médiation technique, Réseaux: La Découverte, 1993.
2. AUFIERE P., HOUSTY F. et SCHIELLINO E. "L' écrit des accords en médiation familiale: de l'intention à l'action" Actualité Juridique Famille Dalloz mensuel 2003 (n° 5).

3. BAUDOT P.-Y. et REVILLARD A., Le médiateur de la république: périmètre et autonomisation d'une institution, REVUE FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, 2011/3 (n° 139).
4. BELEM P. W., Le Principe de Conciliation dans les causes matrimoniales: Étude du canon 1446 (Ediciones Universidad San Dámaso).
5. BELORGEY J. M., Deux RAPO pour le prix d'un, AJDA 2016.
6. BENVENISTE É., Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes, Paris, Minuit, 1969, vol. II: "Pouvoir, droit, religion", chapitre 4: "med-et la notion de mesure".
7. BERGEL J.-L., La juridiction gracieuse en droit français, D. 1983.
8. BERNABÉ B., L'autorité du juge et la recherche de l'adhésion, Les Cahiers de la Justice, 2013/2 (N° 2).
9. BERNABÉ B., Les chemins de l'amicable résolution des différends, LES CAHIERS DE LA JUSTICE 2014/4 (N° 4).

10. BERNABÉ B., "Une vision historique de la médiation judiciaire", La médiation en matière civile et commerciale, F. Osman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012.
11. BENARD-VINCENT G., La médiation obligatoire en matière administrative, Journal du Droit Administratif (JDA), 2017; chronique administrative 04; Art. 129.
12. BLOHORN-BRENNEUR B., La médiation prud'homale, Revue Projet, 2008/6 (n° 30760).
13. BRISSON J.-F., Problèmes de procédure administrative non contentieuse, Table ronde organisée par La Chaire "Mutations de l'Action Publique et du Droit Public", Sciences Po (2009).
14. CADIET L., Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits, in DELMAS-MARTY M., MUIR-WATT H. ET RUIZFABRI H., VARIATIONS AUTOUR D'UN DROIT COMMUN – PREMIERES RENCONTRES DE L'UMR DE DROIT COMPARE DE PARIS, Paris, Société de législation comparée, 2002.

15. CADIET L., Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à la conciliation, dans Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xxe siècle, Mélanges Cl. CHAMPAUD, Dalloz, 1997
16. CAEN A. L., les mode alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE, Vol. 49, N 02, Avril- Juin 1997.
17. CARLOT J.-F., "La redaction des accords de médiation", 2018. Disponible sur: <http://www.jurilis.fr/mard/mediacor.pdf> (consulté le 25 avril 2020).
18. CASTEIGTS M., Les paradoxes de l'équité territoriale, VERS UN NOUVEAU MODELE DE GOUVERNANCE, L'Harmattan, 2013.
19. CHAMBON M., L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes, CIVITAS EUROPA 2013/2 (N° 31).

20. CHAPUS R., Droit du contentieux administratif, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1998.
21. Conseil d'Etat, Concours interne de recrutement d'attachés d'administration de l'Etat relevant des services du Conseil d'Etat et de la Cour nationale du droit d'asile au titre de l'année 2019.
22. Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Doc. fr., 2010.
23. Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, EDCE n°52, la Documentation française, Paris, 2001.
24. Conseil d'état, Les recours administratifs préalables obligatoires (Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008).
25. Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Doc. fr., 1993.

26. CORNU G., Les modes alternatifs de règlement des conflits, RIDC, 1997, 2, rééd. dans L'art du droit en quête de sagesse, Paris, PUF, 1998.
27. DELAUNAY B., Le Mediateur de la Republique, Janiver presses universitaires de France, 1999.
28. DELEVOYE J.-P., Du Médiateur de la République au Défenseur des droits, INFORMATIONS SOCIALES 2010/2 (n° 158).
29. DENIZOT A., Médiation obligatoire avant saisine de la justice administrative: une expérimentation écourtée?, RTDCiv.: Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2018.
30. DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil belge, t. VIII, Bruylant, n° 500.
31. DE PAGE P., SINDIC B. et MARR C., Droit des contrats, Anthemis: Ottignies-Louvain-la-Neuve, 2008, n° 45.

32. DESPAX M.-C., Les accords de médiation, construction et devenir, Diplôme d'Etat de Médiateur Familial Promotion: Institute des etudes de la famille de Toulouse, 2009.
33. DOMINO X., Innovations: la médiation et l'action collective en droit administratif, RFDA 2017.
34. DUGUIT L, Traité de droit constitutionnel, Paris. E. des Baccard, 3^e éd. (1972).
35. FAGET J., Médiation et post-modernité: Légitimation ou transformation de l'action publique?, Négociations 2006/2 (n^o 6).
36. FISCHER J., Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM, 2004.
37. FRANÇOIS B., "Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication", LEGICOM, 2004/2 (N^o 31).
38. FRICERO N., BUTRUILLE-CARDEW C., BENRAIS L., GORCHS-GELZER B. et PAYAN G., Le Guide des Modes

Amiables de Résolution des Différends – 2014/2015, 101
(Dalloz, 2014).

39. GARBIT P., magistrat honoraire, médiateur, session de formation continue ENM, 7–10 avril 2014.

40. GAUDEMET Y., L'arbitrage de droit public au Maroc. Rev. arb., 2002.

41. GILLET S., Le médiateur de la République: inventions et formalisations, Thèse de doctorat en science politique, Université de Paris I, 1991.

42. GORCHS B. "La conciliation comme «enjeu» dans la transformation du système judiciaire", Droit et Société 2006/1 (n° 62).

43. GUILLAUME–HOFNUNG M., La médiation: des textes à la pratique – Propos conclusifs, Gaz.Pal 2013, n°358.

44. GUILLAUME–HOFNUNG M., La médiation, PUF, 2012, 6e éd. V. aussi, médiation et éthique, in Communication publique, sept. 2009.

45. HÉRON J., Droit Judiciaire Prive, 2eme edition, Montchrestien 2002.
46. HUVER E., Penser la médiation dans une perspective diversitaire, Recherches en didactique des langues et des cultures En ligne, 15-2 | 2018, n^o 12.
47. JARROSSON C., La notion d'arbitrage, (LGDJ 1998), p. 182, n^o 362.
48. JARROSSON Ch., Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, Rev. Arb. 1995. 435 et suiv., spéc. p. 437 et suiv.
49. LAUTIER G., Vos droits, vos obligations lors de la transaction de licenciement, de mise à la retraite, et en cas de départ négocié, Maxima: Paris.
50. LE GARS J.-M., La juridiction administrative saisie par la médiation?, AJDA 2016.

51. LEGATTE P., Le Médiateur de la République: Situation Actuelle, LA REVUE ADMINISTRATIVE, 1986/39e Année (n° 233).
52. Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage. Conférence multilatérale, Lisbonne (Portugal), 31 mai – 2 juin 1999. Allemagne: Editions du Conseil de l'Europe, 2000.
53. LEVIS O., Conclusions sur C.E., 23 Juin 1989 – Vériter (Publié au recueil).
54. MARTIN D., LE DISPOSITIF D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MRDICAUX MIS EN OEUVRE PAR LA LOI DU 4 MARS 2002, JCP (Administrations et collectivités territoriales) (2005).
55. MARTIN R., Matière gracieuse et ordonnance sur requête unilatérale, JCP. 1976, I, 2787.
56. MINET-LELEU A., La médiation administrative, Revue du droit public, 2017 (n°5).

57. MIRIMANOFF J., "Pour un Guide sur la Médiation dans les pays de l'Union pour la Méditerranée ?", La médiation en matière civile et commerciale, F. Osman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012.
58. MIROUSE V., La médiation administrative: Vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques (spécificités, intérêt et actualité), Journal Spécial des Sociétés, N° 52, 2018.
59. NEVEJAHS N., L'ordonnance du 16 novembre 2011, Un encouragement au développement de la médiation, La Semaine juridique – Edition générale (JCP G) 2012.
60. NOUGEIN H. J., REINHARD Y., ANCEL P., RIVIER MARIE C., BOYER A. ET GENIN P., GUIDE PRATIQUE DE L'ARBITRAGE ET DE LA MEDIATION COMMERCIALE, Paris, Litec., 2004.
61. POUMAREDE J., Conciliation, the unloved judges, LES CAHIERS DE LA JUSTICE, 2013/1.

62. RENDERS D. et BOMBOIS T. "La médiation en droit public" in PAUL RENSON P. La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?, Ottignies–Louvain–la–Neuve: Anthemis, 2008.

63. ȘANDRU D.–M. et CĂLIN D.–A., La Médiation en Roumanie la Médiation entre l'Habitude d'Avoir Recours au Système Traditionnel de Justice et le Remboursement de l'Intégralité des Frais de Justice dans ESPLUGUES C. ET MARQUIS L. (EDS.), NEW DEVELOPMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION: GLOBAL COMPARATIVE PERSPECTIVES 609–610 (Springer, 2015).

64. SIX J. F., Dynamique de la médiation, Desclée de Brouwer, novembre 1995.

65. SIX J. F., Le temps des médiations, 1ère éd: 1990, Paris: Seuil.

66. TAORMINA G., Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure

d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 NCPC, D.
2002. Chron. 2353.

67. TERRE F., SIMLER PH. et LEQUETTE Y., Droit civil,
Les obligations, 7e éd., Précis Dalloz, 1999, n° 121.

68. TILLEMANN B., "Des transactions", dans "Bicentenaire du
Code Civil", J.T., 2004, n° 2.

69. TIMSIT J., La médiation: une alternative à la justice et
non une justice alternative, GAZETTE DU PALAIS, 2001.

70. TRUCHET D., Recours administratif, Encyclopédie
Dalloz, Répertoire de contentieux administratif, II, octobre
2000: (actualisation janvier 2015).

71. VINCENT J. et GUINCHARD S., Procédure civile,
Paris, Dalloz, 2^e éd. (1994).

أثر سياسات التخطيط العمراني التشريعية على دور الإدارة
المحلية في تحقيق التنمية العمرانية المستدامة

دراسة مقارنة

د. أميرة عبد الله السيد بدر

المدرس بقسم القانون العام

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

مقدمة

يرتبط تحقيق عمليات التنمية المستدامة، بشكل عام، بالإدارة العامة بمختلف مستوياتها، بدءاً بالمستوى المحلي - الإدارة المحلية - صعوداً إلى المستوى الوطني - إدارة الدولة - إذ تعمل الإدارة في ضوء التشريعات النافذة على استثمار وتوجيه الموارد المادية والبشرية بصورة منظمة لإشباع حاجات ورغبات المجتمع، آخذة بنظر الاعتبار وضع أولويات لعملية التنمية بحسب طبيعة وظرف المرحلة التنموية، للحصول على أكبر المنافع بأقل التكاليف.

ومن هذا المفهوم فإن مسؤولية نظم الإدارة المحلية هي تنمية وتطوير المجتمع المحلي من خلال استثمار الموارد الموجودة فيه ونجاحها في ذلك يتوقف على مدى الإدراك بالتوجهات التنموية أولاً، وإصلاح وتطوير الإدارة المحلية واستخدام أدوات وآليات متنوعة لتحقيق تلك الأهداف.

ويعد التخطيط العمراني أحد تلك الأدوات التي تستخدمها الإدارة في الوقت الحالي، فهو مظهر من مظاهر الحضارة العالمية، إلا أنه يعترضه العديد من الصعوبات والمشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والإدارية التي تؤثر على حالة الترابط والتكامل والتنسيق المتوازن في العمل السليم، حيث إن خطة الدولة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة، تتحول عند تنفيذها إلى منشآت وأبنية خرسانية لا تحقق الأهداف التي من أجلها نشأت.

وتعد التنمية العمرانية المستدامة هدفاً تسعى السلطات التنفيذية في كل بلد إلى تحقيقه، انطلاقاً من غاية أسمى تتمثل في تحسين مستوى معيشة السكان في مناطق إقامتهم الأصلية، وتحقيق استقرار اجتماعي في مختلف المناطق. ويعد التخطيط العمراني، في ضوء السياسات التشريعية المنظمة له وسيلة من أجل الوصول إلى هذه التنمية، ولكن تحديد الإطار المكاني لهذا التخطيط يجب أن يرتبط بالتقسيمات الإدارية التي تعكس مستويات الإدارة التنفيذية لمشاريع التنمية، ولذلك فإن سلامة الإدارة والتخطيط للتنمية يرتبطان بصلاحيات التقسيمات الإدارية ومدى تطابقها كمكونات مع حدود.

وهنا تبرز أهمية اللامركزية في إدارة التنمية العمرانية تحقيقاً للاستدامة، حيث اعتبرت اللامركزية في الإدارة هي الأسلوب الأقدر على إدارة المدن حيث الاهتمام بتدعيم دور المحليات في اتخاذ والعمل على رفع كفاءتها وربطها بالمدينة حيث السلطة المستقلة وحق الإدارة والتمويل. كما تركز اللامركزية على تدعيم الاتصال الرأسي بين المدينة والدولة وتؤكد على آلية الحوار وطرح الحلول والمواجهات والعلاقات التبادلية بين ممثلي الدولة وممثلي المجتمع.

وهذه الإجراءات، تدعم المشاركة الشعبية في عملية اتخاذ القرار وهو أحد أهم أهداف الاستدامة. كما تركز على المشكلات العمرانية، وخاصة المرتبطة بالنمو العمراني غير المصحوب بنمو اقتصادي مناسب ومشاكل خلخلة الكثافات والنمو السكاني السريع فضلاً عن مراقبة معدلات التلوث والارتقاء بالمناطق العشوائية.

أهمية موضوع البحث:

تكمن مشكلة معظم المدن الكبرى في النمو المخطط وأحيانا غير المخطط بشكل يؤثر على الموارد، مما يعوق الاستدامة التي تهدف إلى حماية البيئة والموارد وتوفير الاحتياجات المعيشية المناسبة، ومن ثم فإن الإدارة هي الركيزة الأساسية التي تستند عليها التنمية المستدامة حيث يتوقف على مدي كفاءتها تحقيق الأهداف المرجوة والتوازن بين الأهداف. فإدارة الحاجة والطلب للسكان تحدث التوازن بين الأهداف الاجتماعية والاقتصادية حيث أن ترشيد الطلب ووضع الأولويات يؤدي إلى تحقيق المنفعة الاقتصادية دون تأثير سلبي على المساواة والعدالة الاجتماعية، كما أن الإدارة السليمة لاستخدام الموارد من شأنها الحفاظ عليها دون إهدارها وتوفير البيئة المنتجة الدائمة.

ومن ثم، يبرز دور الإدارة كعنصر فاعل وداعم لتحقيق الأهداف العمرانية والاجتماعية والاقتصادية والعمل على متابعتها وتدعيم استدامتها. وقد تبنت معظم الدول المتقدمة، ممثلة في أجهزة التخطيط العمراني، مجموعة من الرؤى والمفاهيم، والتي تكاد أن تتطابق مع ما تم الاتفاق عليه عالمياً في مجالات التنمية المستدامة في ذلك الخصوص مثل مراعاة الضوابط الخاصة بأعمال التشييد والتعمير، والبناء،

١ د. محمد أمين على، دور القاعدة الاقتصادية في التنمية العمرانية بالمدن الجديدة، المؤتمر الدولي السادس، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، سبتمبر ٢٠٠٠، ص ٥.

وذلك من خلال تشريعاتها النافذة لتكون الأخيرة نبراساً تهتدي به إدارتها المحلية في تحقيق هدف التنمية المستدامة.

ومفهوم التنمية المستدامة مصطلح يعني ضرورة الحفاظ على الموارد الطبيعية للأجيال الحالية والمستقبلية، ولن يتم ذلك إلا من خلال المعايير والاشتراطات البيئية للحفاظ على الموارد الطبيعية الجديدة والمتجددة ، ومن هنا جاءت فلسفة التخطيط العمراني المتوافق مع أهداف التنمية المستدامة.

هذا وتعد التنمية المستدامة هدفاً تسعى السلطات التنفيذية إلى تحقيقه انطلاقاً من غاية أسمى تتمثل في تحسين مستوى معيشة السكان في مناطق إقامتهم الأصلية، وتحقيق استقرار اجتماعي وديمقراطي في مختلف المناطق. وبعد التخطيط العمراني وسيلة من أجل الوصول إلى هذه التنمية، ولكن تحديد الإطار المكاني لهذا التخطيط يجب أن يرتبط بالتقسيمات الإدارية التي تعكس مستويات الإدارة التنفيذية لمشاريع التنمية، ولذلك فإن سلامة الإدارة والتخطيط للتنمية يرتبطان بصلاحية التقسيمات الإدارية ومدى تطابقها كمكونات مع حدود الأقاليم التخطيطية.

وترجع المحاولات الأولى للتخطيط العمراني إلى مجهودات الاقتصاديين الذين حاولوا الربط بين التطورات الاقتصادية وموارد الثروة في البلاد، وذلك على وجه خاص بعد الثورة الصناعية وتعرض بعض المناطق الزراعية لخطر التجريف والتصحر والزحف العمراني وتحولها إلى مجتمعات صناعية، وهجرة عمال الزراعة من الريف إلى المدن، وهو الأمر الذي أدى إلى تركيز عدد كبير من السكان في

مناطق صغيرة محدودة المساحة وبالتالي سوء توزيع السكان بالنسبة لتلك المساحات، وما يستتبع ذلك من حدوث تلويث للماء والهواء والتربة في تلك المناطق، هذا بالإضافة إلى الآثار السلبية الأخرى من سوء الإسكان وقلة العناية الصحية ونقص الخدمات بأنواعها المختلفة، وما ترتب على ذلك من انخفاض مستوي المعيشة، واستنزاف الموارد الطبيعية ونضوب الموارد الاقتصادية.

وقد اجتمعت هذه الأسباب السابقة جنباً إلى جنب لتؤثر سلباً على الموارد الطبيعية وعمليات التنمية المستدامة، وأيضاً يمتد تأثيرها على البيئة وصحة الإنسان، وهو ما كان سبباً رئيساً في اتجاه الكثير من الهيئات التنظيمية والجهات الإدارية في العديد من دول العالم المختلفة نحو التخطيط العمراني للحد من التلوث، وذلك كأثر للارتباط الوثيق بينه وبين الموضوعات المتعلقة باستنزاف الأراضي^١، فقد ثبت أن التخطيط إذا كان مستنداً إلى معرفة صلاحيات وسلطات السيطرة على التلوث، فإنه أقدر من غيره على رأب الصدع بين قوانين حماية البيئة من جهة، والحيلولة دون حدوث التلوث من جهة أخرى، وذلك لاعتباره أحد وسائل الوقاية من المخاطر والكوارث البيئية لمنعها قبل حدوثها^٢.

١ يقصد باستنزاف الأراضي تلك الأراضي التي تضررت بسبب التنمية الصناعية لدرجة أن أصبحت غير صالحة للاستخدام المفيد إلا بعد استصلاحها.

٢ التخطيط لغة: من الفعل خطط، وخطط المكان، قسمه وهياً للعمارة، والتخطيط: التسطير والتهذيب. ويقال خطط الأرض والبلاد: جعل لها خطوطاً وحدوداً. انظر في ذلك ابن منظور، لسان العرب، باب الخاء، ص ١١٩٨. وإذا كانت المعاني اللغوية السابقة للتخطيط تميل ناحية

وإذا كان التخطيط هو أحد العمليات الإدارية التي تقوم بها جهة الإدارة لتحقيق أهداف معينة في زمن محدد لمنع عدم إمكانية مواجهة متغيرات المستقبل والاقتصاد في الجهد والنفقات، وتحقيق التناسق بين الهيئات وبين الجهات المنفذة، فإن هذا التخطيط قد تم الاستفادة منه في حماية التنمية المستدامة من خلال التخطيط العمراني^١.

التخطيط العمراني، باعتباره يهدف إلى تخطيط وتقسيم وتهيئة جهة معينة بهدف تعميمها، إلا أن التخطيط في مفهوم الإدارة العامة، في المجال القانوني، له معنى آخر. فالتخطيط في مفهوم الإدارة العامة: هو أحد الأنشطة الأساسية التي تضطلع بها الدولة ومؤسساتها المختلفة بغية رسم برنامج عمل للمستقبل، وتكون أداة إصدار إما القانون كالخطة العامة للدولة، وإما القرار الإداري كتلك الخطط التي توضع للمنظمات والمؤسسات المختلفة، على أن تستهدف عملية التخطيط تحقيق أهداف وغايات محددة سلفاً. وكذا هو برنامج مستقل، لتحقيق أهداف معينة، خلال مدة محددة، عن طريق حصر الإمكانيات المتاحة وتكريسها لوضع هذه الأهداف موضع التنفيذ. هذا وقد ذهب أيضاً جانب من الفقه إلى أن التخطيط هو التنبؤ بالمستقبل والاستعداد له، ومن ثم نخلص إلى أن التخطيط هو: وضع السياسات والآليات لتحقيق الأهداف والغايات خلال فترة زمنية محددة. د. صلاح الدين فوزي، الإدارة العامة من المحيط العالمي إلى المركز المحلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٨٤، ٨٥؛ د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٩٩.

١ يمكن التمييز بين عدة أنواع من التخطيط، تبعاً للمعيار المستخدم في تقسيم تلك الأنواع. فمن حيث درجة شمول التخطيط، ينقسم التخطيط إلى تخطيط عام أو شامل، وتخطيط جزئي أو محدود. والتخطيط الشامل أو العام: يتعلق بمختلف أنشطة الدولة ويتناول قطاعاتها المختلفة، ويهدف إلى رفع المستوى العام للحياة في الدولة. أما التخطيط الجزئي: فإنه يتعلق بنشاط محدود معين في أحد القطاعات. ومن حيث مدى المجال الزمني: ينقسم التخطيط إلى تخطيط طويل الأجل وآخر قصير الأجل. والتخطيط طويل الأجل تمتد فيه مدة تنفيذه إلى بضع سنين، ويقتصر

وقديماً، كان التعمير والبناء يتم بصورة ارتجالية، لا يمكن أن تطابق المقتضيات المدنية الحديثة^١. فما تعانیه المدن والقرى من تخلف وعشوائية الآن، يرجع في المقام الأول إلى فقدان الأسس التخطيطية السليمة عند تعمير هذه المدن والقرى، وهو ما أدى إلى ظهور كثافة سكانية في كثير من المناطق، وتداخل المناطق الصناعية والمناطق التجارية في المناطق السكنية^٢، وغيرها من المشكلات التي أثرت بالسلب على التنمية المستدامة. ومن هنا لجأت الدولة بما لها من أجهزة إدارية إلى التخطيط العمراني بهدف التحكم في النشاط العمراني في منطقة معينة.

وتظهر أهمية التخطيط العمراني فيما يهدف إليه نحو السعي إلى إجراء توازن بين المدن / والمناطق الريفية بناءً على ظروفها الجغرافية وخصائصها المميزة عند

هذا التخطيط على تحديد الأهداف العامة والرئيسية دون التطرق إلى تفصيلات، وهو يختلف عن التخطيط قصير الأجل الذي يمتد إلى فترة زمنية قصيرة تكون عادة سنة فأقل. أما من حيث النطاق المكاني، فهناك التخطيط القومي National planning والتخطيط المحلي أو ما يعرف بالتخطيط الإقليمي Regional planning، والفرق بين النوعين أن الأول يكون على مستوى الدولة كلها فهو مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمركزية، أما الثاني فيتعلق بمنطقة جغرافية داخل الدولة فهو يرتبط إلى حد كبير بالحكم المحلي واللامركزية، إذ إن التخطيط الإقليمي يعد في جوهره جزء من التخطيط القومي ولا تعارض بينهما إلا في ما يتعلق بتلك الجزئية. د. فؤاد محمد الصقار، التخطيط الإقليمي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ١٤، ١٦، ١٧؛ د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣١٣.

١ د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١٨٩.

٢ د. محسن العبودي، التخطيط العمراني بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥.

القيام بعملية التنمية، مع ضمان قيمة الثروة الطبيعية والثقافية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تظهر أهميته في مواجهة المشاكل المتعلقة بالسيطرة الشاملة على التلوث، وكذلك النقص في وحدة المناطق الجغرافية التي تدار من قبل السلطات المحلية للسيطرة على التلوث، فتمارس سلطات التخطيط سيطرتها في مختلف مراحل عملية التلوث.

ويعد الإجراء الأكثر فاعلية هو ما تقوم به سلطات التخطيط المحلي، كمرحلة أولى، في تحديد طبيعة ومكان التنمية الجديدة أو إعادة التنمية، استناداً إلى أن التلوث هو في الأصل ناتج عن النفايات الصلبة والسائلة المتولدة عن النشاطات الإنتاجية والاستهلاكية، لذا فإن أساس وجوه السيطرة على التلوث في هذا الشأن يتقرر حقيقية بتحديد موقع هذه النشاطات. وبعبارة أخرى تحديد المكان الجغرافي الذي يتولد فيه مثل تلك النفايات، لما لهذه السلطات من تأثير متميز على كلاً من التوزيع الجغرافي أو المكاني لتلك النشاطات وبالتالي تحديد مستوي أو معدل التلوث الصادر.

منهج البحث:

تختلف المعالجة التشريعية لآلية التخطيط العمراني من دولة إلى أخرى ومن إقليم إلى إقليم ومن مجتمع إلى آخر. فالدول شديدة التخلف قلما تهتم بمثل هذا الموضوع، إذ إنها لا تشعر بأية ضرورة له، لعدم تفهم أفراد المجتمع القائمين به أهمية هذا الموضوع، وكذلك بسبب أن توجهاتها الاقتصادية وحياتها الاجتماعية

إلى الاعتماد على عوامل طارئة ومؤقتة دون أي تنظيم أو تخطيط بل ويسيطر على مجتمعاتها مبدأ الانغلاق الاقتصادي، واقتصار إنتاجها على ما يكفي سكانها من بعض السلع الغذائية دون أي اهتمام بالبيئة .

أما الدول المتطورة والمتقدمة فتولي تشريعاتها موضوعات التخطيط العمراني للمدن والقرى عنايتها الأولى، وتتولي تنظيمها من خلال وزارات أو هيئات عليا تتمتع بصلاحيات واسعة تجعلها تشرف وتتابع وتراقب عمليات التخطيط على المستويان الإقليمي والقومي. فتهتم كثيرًا باختيار مواقع الصناعة وتطوير المواصلات.

وبناء على ما سبق، فإن موضوع البحث سيرتكز الأساس على المنهج التحليلي المقارن؛ حيث سيتم تناول دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة من خلال تحليل النصوص القانونية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا والمملكة المتحدة وجمهورية مصر العربية، لذا فإنه سيكون حريًا بنا أن نتطرق إلى موقف التشريعات المقارنة من التخطيط العمراني مع إبراز الدور الذي تمارسه الجهات أو الهيئات المعنية بالتخطيط العمراني وسلطات التخطيط المحلي في تلك الدول في تحقيق أهداف التنمية المستدامة والحفاظ على الموارد الطبيعية، وذلك مع الإشارة إلى الموقف القضائي لتلك الدول في تنظيم التوازن بين التخطيط العمراني والملائمة البيئية من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة، وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى ما يلي:

مبحث تمهيدي: التعريف بالإدارة المحلية.

الفصل الأول: دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في المملكة المتحدة

الفصل الثاني: دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في فرنسا

الفصل الثالث: دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في الولايات المتحدة الأمريكية

الفصل الرابع: دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في جمهورية مصر العربية

مبحث تمهيدي التعريف بالإدارة المحلية

اتجهت العديد من دول العالم المتقدمة منها والنامية منذ النصف الثاني من القرن العشرين للأخذ بنظام نظام الإدارة المحلية، وظهرت في حركة طبيعية لأن النصف الثاني من هذا القرن شهد طفرة نوعية في تحسين الخدمة العمومية المحلية، وكل ما يخص الشأن المحلي عمومًا في الأقطار التي منحت حيزًا من حرية التصرف ومزيدًا من الاستقلالية للإدارة المحلية.

وتبعًا لذلك فإن الإدارة المحلية تعتبر تنظيم إداري محلي خاضع لقوانين وأنظمة وتعليمات وتوجيهات صادرة عن الحكومة المركزية ممثلة بوزاراتها المختلفة في الدولة، أي أنها تابعة تنظيميًا إلى التنظيم الإداري للدولة، كما تبنت غالبية الدول المتقدمة في نفس الفترة طريق التقدم المتنامي في العلم والتقنية، وأساليب الإنتاج مما أدى إلى بروز ما أصبح يعرف بمجتمع المعلومات أو المجتمع ما بعد الصناعي الذي لم يعد يعتمد على نشاط الأفراد ولا على المجتمع ككل بقدر اعتماده على فرضية قدرة البشر على السيطرة على ذلك التقدم.

وعليه سنتولى من خلال ذلك المبحث تناول مفهوم الإدارة المحلية ومقوماتها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مفهوم الإدارة المحلية

تعتبر الإدارة المحلية من الفروع الرئيسية للإدارة العامة، فقد عرفت في بريطانيا كصورة من صور التنظيم الإداري اللامركزي أوائل القرن التاسع عشر، مع أن بذورها الأولى قد تطورت بتطور المجتمعات الإنسانية التي أدركت حاجتها للتضامن وتظافر الجهود لإشباع احتياجاتها. وبذلك تكون قد سبقت الدولة وجودها.

فالإدارة المحلية هي تنظيم إداري تخضع فيه السلطات المحلية لتوجيهات وتعليمات الحكومة المركزية حول كيفية إدارة شئون منطقة محددة جغرافياً وهي تبعاً لذلك تعتبر جزء من الهيكل الإداري للدولة، حيث تستطيع الحكومة المركزية زيادة صلاحيات الوحدات المحلية أو إلغاؤها أو تعديلها حسب ما تراه مناسباً. إذ هي تعد في حقيقة الأمر امتداداً للإدارة المركزية.

وقد عرفها جانب من الفقه بأنها نقل سلطة إصدار قرارات إدارية إلى مجالس محلية منتخبة أو معينة أو مزيج من كليهما لإدارة شئون منطقة معينة تحت رقابة وإشراف الحكومة المركزية من المعنيين^١. وعرفها جانب آخر بأنها ذلك الجزء من الدولة الذي يختص بالمسائل التي تهتم سكان منطقة معينة، إضافة للأمور التي يرى

١ د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة،

البرلمان أنها من الملائم أن تديرها سلطات محلية منتخبة أو معينة تكمل الحكومة المركزية^١.

وبذات المعنى ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفها بأن مفهوم الإدارة المحلية يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية وهيئات محلية تباشر اختصاصها تحت إشراف الحكومة ورقابتها^٢.

كما عرفها جانب آخر من الفقه، بالهيئات التي تتمتع بنوع من الاستقلال اتجاه السلطة المركزية في الدولة والتي يتسع اختصاصها ليشمل كل أقاليم الدولة ويتمثل استقلال تلك الهيئات عن السلطة المركزية في تمتعها بالشخصية المعنوية المستقلة وفي عدم ارتباطها بالسلطة المركزية بتبعية مطلقة وإنما تخضع لنوع من الرقابة أو الوصاية الإدارية^٣.

من التعاريف السابقة يمكن تعريف الإدارة المحلية على أنها توزيع للوظيفة الإدارية فيما بين الحكومة المركزية وبين هيئات محلية منتخبة أو معينة تعمل تحت رقابة الحكومة المركزية، وبشكل عام فإن هناك أسلوبين رئيسيين للإدارة نجدهما اليوم مطبقين في مختلف دول العالم وهما الأسلوب المركزي والأسلوب اللامركزي، حيث

١ د. سمير محمد عبد الوهاب، الإدارة المحلية والبلديات في الوطن العربي، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٧، ص ٢.

٢ د. فؤاد العطار، مبادئ في القانون الإداري، ١٩٥٥، القاهرة، ص ٤. ١٧.

٣ د. محمود عاطف البناء، نظم الإدارة المحلية، القاهرة، مكتبة القاهرة المدنية، ١٩٦٨، ص ١٢.

يعتبر الأخير محور حديثنا في ذلك الصدد باعتبار أن موضوع الإدارة المحلية يندرج تحت مظلة اللامركزية الإدارية التي تقوم على توزيع الوظيفة الإدارية بين السلطة المركزية في العاصمة وهيئات عامة مرفقية وإقليمية مستقلة إدارياً ومالياً عن الحكومة المركزية.

وقد كانت مصر من أوائل الدول التي تبنت نظام البلديات؛ الذي نشأ من خلال المرسوم الذي أصدره الخديوي إسماعيل عام ١٨٦٦^١، الخاص مجلس نيابي للبلاد، وإنشاء مجالس للمديريات، مما يعد نواة حقيقية لنظام إدارة محلية. ثم صدر بعد ذلك عام ١٨٨٣ القانون النظامي المصري الخاص بإنشاء مجالس المديريات^٢ المعدل بالقانون ٢٢ لسنة ١٩٠٩^٣، والذي اعترف بالشخصية المعنوية لمجالس المديريات وتصريف أمورها بنفسها وحدد اختصاصاتها وحققها في فرض رسوم مؤقتة بل وحققها في إبداء الرأي التي تهم المديرية وسكانها.

وفي عام ١٩١٣ صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩١٣ لينظم عمليات انتخابات المجالس البلدية، ومع صدور دستور ١٩٢٣ اتخذت المجالس البلدية مكانها

١ راجع: حدود ونظامانما نظامانما تعني اللائحة النظامية وهي كلمة تركية مجلس شورى النواب الصادر في ١٢ جمادى الثانية ١٢٨٣ هجرية، ٢٢ أكتوبر ١٨٦٦.

٢ القانون النظامي المصري الصادر في ٢٤ جمادى الثاني ١٣٠٠ هجرية، ١ مايو ١٨٨٣ بإنشاء مجالس المديريات ومجلس شورى القوانين والجمعية العمومية ومجلس شورى الحكومة.

٣ قانون رقم ٢٢ الصادر في ٢٨ شعبان سنة ١٣٢٧ هجرية، ١٣ سبتمبر ١٩٠٩ بتعديل القانون النظامي لسنة ١٨٨٣ فيما يتعلق باختصاص مجالس المديريات وكيفية تشكيلها وإجراءاتها.

الدستوري وما يسمى بالحماية الدستورية حيث نظام دستور ١٩٢٣م اختصاصات هذه المجالس كما نص على المبادئ الواجب إتباعها في القوانين التي تنظم عملها وانتخاب أعضائها^١. ثم جاءت ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ بتطوير تجربة النظام المحلي والعناية بالمجتمعات المحلية، وتوسيع قاعدة الخدمات المحلية، وأفصح الدستور المؤقت سنة ١٩٥٦م عن اهتمامه بالأداء المحلي، واكتملت الخطوة بصدور القانون ١٢٤ لسنة ١٩٦٠م والذي نص صراحة على مسمى الإدارة المحلية كنظام عمل قانوني لإدارة المجتمعات المحلية^٢.

ومع صدور دستور ١٩٧١ جاء التأكيد نظام الإدارة المحلية ضمن السلطة التنفيذية وفي ظله صدر قانون الإدارة المحلية رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١، وكان بداية فصل التكوين التنفيذي عن الشعبي، حيث أوجد لجنة شعبية برئاسة أمين عام الاتحاد الاشتراكي ولجنة تنفيذية برئاسة المحافظ، ثم وصدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ ليصبح نقلة نوعية كبيرة وخطوة واسعة في تجربة الإدارة المحلية المصرية، فهو أول قانون يفصل بين المجالس المحلية واللجان التنفيذية، ونظم انتخابات المجالس

١ تم تنظيم مجالس المديرية والمجالس البلدية في المادتين ١٣٢ و ١٣٣ من الدستور.

٢ بمقتضى هذا القانون نقلت إدارة المديرية من وزارة الداخلية وكذا الإدارة العامة للبلديات من وزارة الشؤون الاجتماعية ليكونا نواة الهيكل الوظيفي لوزارة الإدارة المحلية، وهذا القانون كان بداية تحديد هيكل الإدارة المحلية بثلاثة مستويات: المحافظة- المدينة- القرية، وتشكيل مجلس مشترك من التنفيذيين والشعبيين يرأسه رئيس معين ووكيل المجلس من الشعبيين يحل محل الرئيس ويمارس اختصاصاته في أثناء غيابه، وتحديد اختصاصات ومهام محددة لتلك المجالس. راجع القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون نظام الإدارة المحلية.

المحلية على كافة المستويات، وحدد اختصاصات لكل من المجالس المحلية واللجان التنفيذية أكثر وضوحًا عن ذي قبل.

ثم صدر قانون ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وما تلاه من تعديلات وقد تميز بالآتي: استبدل بتسمية المجالس المحلية مسمى المجالس الشعبية المحلية بما يتفق وأحكام دستور ١٩٧١، واستبدل القانون باللجان التنفيذية لوحدات الإدارة المحلية بالمجالس التنفيذية، وأعطى وحدات الإدارة المحلية الاختصاص الأصلي في إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة في دائرتها.

وبعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، صدر دستور ٢٠١٢م، ونص على نظام الإدارة المحلية في الفصل الرابع من الباب الثالث "السلطات العامة"، ونصت المادة ١٨٣ منه على أن "تقسم الدولة إلى وحدات إدارية محلية، تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتشمل المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى، بما يكفل دعم اللامركزية، وتمكين الوحدات الإدارية من توفير المرافق والخدمات المحلية، والنهوض بها. وأخيرا فإنه في دستور عام ٢٠١٤ نصت المادة ١٧٥ على أنه تقسم الدولة إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، منها المحافظات، والمدن، والقرى، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. ويراعى عند إنشاء أو تعديل أو إلغاء الحدود بين الوحدات المحلية، الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون.

المطلب الثاني

مقومات الإدارة المحلية

إن فهم نظام الإدارة المحلية يتطلب التعرف على مقومات ومستويات هذا النظام التي قضت بتطبيقه أصلاً. حيث تعتبر الإدارة المحلية تنظيمًا إداريًا يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية فيما بين الحكومة المركزية وبين الهيئات المحلية المنتخبة أو المعينة، وفي هذا المطلب سوف يتم التطرق إلى وظائف الإدارة المحلية؟ ومستوياتها؟

وتعتبر الإدارة المحلية تنظيمًا إداريًا يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية فيما بينها وبين الحكومة المركزية وتحت إشرافها وهي تتركز على ثلاث أسس:

أولاً: وحدات محلية تتمتع بالشخصية المعنوية:

يرتكز نظام الإدارة المحلية بالدرجة الأولى على وجود وحدات إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية ضمن نظام جغرافي معين من أقاليم الدولة، وهذه الوحدات تعتبر مستقلة عن أشخاص منشئها وممثلها، وبروزها بهذا الشكل القانوني الموحد هو حل للإشكالات الناجمة عن قيامها بنشاطاتها، واعتبرت تلك النشاطات وكأنها صادرة عن الشخص الذي اعتبر أهلاً للالتزام، وأصبح قادرًا على مباشرة التصرفات القانونية، بما تمنحه من حقوق وما تفرضه من التزامات، وهذا الأمر تتبعه ذمة مالية مستقلة للأشخاص المعنوية، بما يسمح لها القيام باختصاصاتها، ومن الأمثلة على تلك الأشخاص المعنوية المحافظات والبلديات، إن اعتراف المشرع للوحدات

المحلية بالشخصية المعنوية العامة يترتب عليه الاستقلال المالي، والأهلية القانونية، والحق في التقاضي، والمواطن المستقل، والممثل الشخص ي للوحدة المحلية، وممارسة السلطة العامة والتمتع بامتيازاتها.

ثانيًا: قيام هيئات محلية منتخبة أو معينة تؤمن المصالح المحلية:

تختلف الطريقة التي يتم بها شغل مقاعد المجالس المحلية، فبعض الأنظمة القانونية تسلك طريق الانتخابات المباشرة والبعض الآخر يسلط طريق التعيين والبعض الآخر يمزج بين الطريقتين فيكون عدد من أعضاء المجالس المحلية يتم اختيارهم بواسطة الانتخاب الحر المباشر والبعض الآخر تعينهم الحكومة.

هذا، ويعد اعتراف المشرع بوجود مصالح محلية تختلف عن المصالح القومية يستلزم أن تتولاها هيئات محلية يستوي في ذلك أن تكون منتخبة أو معينة، تتوب عن السكان المحليين في إدارتها باعتبار هؤلاء ممثلين عن أبناء المنطقة المحلية، مدركين لمشاكلها واحتياجات سكانها ويرغبون في خدمتها وحل مشكلاتها.

ثالثًا: إشراف ورقابة السلطة المركزية:

إن نظام الإدارة المحلية لا يلغي وجود السلطات المركزية في الدولة التي تبقى مسؤولة عن مباشرة النشاطات الحيوية، لدرء الخطورة التي قد يتعدى أثرها الأقاليم إلى سائر أنحاء الدولة، لتبقى بذلك رقيباً ساهرة على حماية المصلحة العامة للدولة وشعبها، ليكن من حقها التأكد من سير مجالسها المحلية نحو اتجاه لا يتعارض مع

المصلحة العامة دون أن تفرض سيطرتها على النحو الذي يهدر استقلالها، فوحدات الإدارة المحلية لا تخضع لرئاسة الحكومة المركزية ولكنها تخضع لوصايتها في نطاق المشروعية^١.

١ د. حسن عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٦.

الفصل الأول

دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في المملكة المتحدة

اهتمت المملكة المتحدة بالتخطيط الحضري باعتباره من أهم العمليات التي بموجبها يتم النهوض والارتقاء بالمدينة ايكولوجيا واجتماعيا واقتصاديا، وذلك عن طريق تحقيق تنمية حضرية مستدامة، والتي تجعل التخطيط يتم بشكل مستديم أخذين بعين الاعتبار حق الأجيال القادمة فيما يمكن أن تحتاجه عملية التنمية من موارد طبيعية وغيرها. وقد شهدت تشريعات التخطيط العمراني في المملكة المتحدة تطوراً كبيراً ساهم في تحقيق أهداف التنمية المستدامة وكذلك ساهم القضاء الوطني في المملكة المتحدة في ترسيخ تلك الأهداف من خلال رقابته على مشروعية القرارات الصادرة بشأن آلية التخطيط العمراني المستخدمة من قبل الجهات الإدارية في المملكة المتحدة، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

المبحث الأول

التطور التشريعي للتخطيط العمراني في المملكة المتحدة

شهدت البدايات الأولى لأنظمة تخطيط المدن والقرى في المملكة المتحدة، والتي نشأت في السنوات التي أعقبت الحرب العالمية الأولى والثانية، الكثير من المخاوف، وعلى وجه خاص تلك المتعلقة بحدوث التلوث والزحف العمراني وذلك على مدار النصف الأول من القرن الماضي، كأثر مباشر للقيام بعمليات التصنيع والإنتاج وازدياد التحضر والتحديث والبناء. وهو الأمر الذي دفع السلطة التشريعية في المملكة المتحدة^١، إلي خلق العديد من القوانين التي تنظم أعمال التخطيط والبناء.

١ تجدر الإشارة في ذلك الشأن إلي أنه وخلال الفترة الحالية تمتلك كل دولة من دول المملكة المتحدة - إيرلندا الشمالية، إسكتلندا، وويلز - نظام تخطيط خاص بها مسئول عن وضع التخطيط للمدن والقرى التابعة لها.

- ففي إنجلترا وويلز، توحدت التشريعات المتعلقة بالتخطيط وذلك من خلال قانون تخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠ والذي ينظم تنمية الأراضي في إنجلترا وويلز، ارتبطت بذلك القانون الأساسي ثلاث قوانين متتالية لتنظيم التخطيط العمراني عرفت باسم قوانين التخطيط .Planning Acts

- وفي إيرلندا الشمالية تعتبر أوامر التخطيط الصادرة عام ١٩٩١ هي القانون الأساسي للتخطيط في إيرلندا الشمالية.

The basic planning law of Northern Ireland is contained in the Planning Northern Ireland Order 1991.

وعلى الرغم من أن البدايات الأولى لأنظمة تخطيط المدن والقرى في المملكة المتحدة قد بدأت عقب انتهاء الحربين العالميتين الأولى والثانية، إلا أن ذلك لا يعني غياب أي تنظيم تشريعي للتخطيط الحضري في الفترة ما قبل إندلاعهما، حيث يعتبر قانون التخطيط للمدن والإسكان الصادر عام ١٩٠٩ Housing and Town Planning Act، هو القانون المنظم للتخطيط الحضري في المملكة قبل اندلاع الحرب العالمية الأولى، وهو أول قانون صدر - في هذا الصدد - والذي منع إقامة أو تشييد المنازل على أساس ما يعرف بـ "back-to-back houses".^١

- وفي إسكتلندا يعتبر كلا من قانوني إسكتلندا للتخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٧ Town and Country Planning Scotland Act 1997 و قانون التخطيط الصادر عام ٢٠٠٦ هما القانونين الأساسيين في إسكتلندا & Planning Scotland Act 2006.

The Town and Country Planning Scotland Act 1997 is the principal Act which governs planning in Scotland. It is supported by various other pieces of primary and secondary legislation, including: Planning Listed Buildings and Conservation Areas Scotland Act 1997 and the Planning Hazardous Substances Scotland Act 1997. More recently, the Planning etc. Scotland Act 2006 was passed by the Scottish Parliament This Act paves the way for significant planning reform in Scotland. The 2006 Act does not replace the 1997. Act; however does modify and amend many of its provisions. See: Town and Country Planning Scotland Act 1997.

١ اشتهر إقامة ذلك النوع من المنازل "back-to-back" houses في المناطق الداخلية للمدينة فيكتوريا الإنجليزية مثل - Manchester, Leeds, Salford, Birmingham - وهي منازل عادة ما تكون ذات نوعية Liverpool, Bradford and Nottingham

وقد أعقب ذلك القانون، صدور العديد من القوانين الأخرى مثل قانون تخطيط المدينة والإسكان الصادر عام ١٩١٩، والذي نظم بناء منازل جديدة بعد الحرب العالمية الأولى، وكذلك نجد أيضًا قانون تخطيط المدينة Town Planning Act، الصادر عام ١٩٢٥ وقانون تخطيط المدينة والريف Town Country Planning Act and الصادر عام ١٩٣٢.

كما برز، في أعقاب فترة الحرب العالمية الثانية، دور العديد من اللجان التي حُول لها، من خلال ذلك المجال، سلطة نظر كافة الإشكاليات والموضوعات التي تنثور بشأن التخطيط الحضري والتحكم في التنمية، حيث كان لها العديد من الإسهامات في وضع أسس وقواعد التخطيط الحضري^١ في غضون تلك الفترة، إذ مر في ضوئها التخطيط الحضري في مجال تشييد المدن الجديدة، بثلاثة أجيال رئيسية شهد خلالها التطوير العمراني تطورًا كبيرًا مواكبا للنهضة الواسعة التي شهدتها

منخفضة التكلفة تتكون عادة من غرفتين فقط، أو من غرفة واحدة في كل طابق، إذ إنها بنيت لأناس من الطبقة العاملة وقد أطلق عليها هذا المسمى وذلك لأن ثلاث من الجدران الأربعة من كل منزل تشترك مع المباني الأخرى، وبالتالي لا ترد فيها أبواب أو نوافذ، وتتميز تلك المنازل بسوء الإضاءة والتهوية والمرافق الصحية سيئة.

H. David, The Oxford companion to local and family history. Oxford university press, 1996, p. 32.

١ من تلك اللجان نذكر منها ما يلي:

١- لجنة Barlow لتوزيع سكن العمال وذلك في عام ١٩٤٠.

٢- لجنة Scott لتنظيم استخدامات الأراضي في المناطق الريفية وذلك في عام ١٩٤١.

٣- لجنة Uthwatt لتحسين جودة الأراضي والتعويض عنها الصادر عام ١٩٤٢.

بريطانيا في المجالات المختلفة وما يتبعها من نهضة شاملة للتنمية أخذت عدة مسارات، منها مسار النهضة العمرانية الآخذ بالانتساع لتشمل إقامة المجمعات السكنية والتجارية، ومسار آخر شمل البنية التحتية باعتبارها العمود الفقري للتنمية التي سعت إليها بريطانيا في أعقاب فترة الحرب العالمية الثانية^١.

١ يمكن إيجاز تلك الأجيال على النحو الآتي:

١- الجيل الأول من المدن الجديدة:

حيث أنشئت المدن الجديدة في هذه المرحلة لاستيعاب الزيادة السكانية لمدينة لندن، وتم الإشارة إليها في مخطط أعد من طرف Patruck Abercromrbie سنة 1944، والذي صيغ انطلاقاً من توصيات التقرير Borlow في سنة 1941، وشيدت هذه المدن بضواحي لندن بقدره استيعابية تجاوز ثلاث مائة ألف نسمة. وفي سنة 1946، صادقت الحكومة البريطانية على قانون New Town Act من أجل الشروع في تنفيذ مخطط Abercromrbie ، الذي اقترح فكرة الأحزمة الخضراء Green Builts حول مدينة لندن، وتكون بداخلها المدن الجديد. وفي الفترة الممتدة ما بين أعوام 1946-1951، تم إنشاء حوالي 14 مدينة جديدة، توزعت حول التجمعات الحضرية الكبرى في بريطانيا، حيث تم إنشاء ثمانية مدن جديدة بضواحي لندن لوحدها، تبعد عنها بمسافة 51 كلم وبقدرة استيعابية ما بين ٢٠ - ٦٠ ألف نسمة.

٢-الجيل الثاني من المدن الجديدة:

وقد أنشئت المدن الجديدة في هذه المرحلة من منظور اقتصادي، وفق رؤية إستراتيجية لخلق التوازن بين الأقاليم الحضرية في بريطانيا، ففي ستينات من القرن الماض تم إدراج إقامة المدن الجديدة ضمن المخططات الإقليمية، مع استمرار هيمنة نموذج مدينة الحديقة ازوارد. وأقيمت المدن الجديدة بالقرب من مدينة لندن، وكانت صغيرة الحجم إذ لا يتجاوز حجمها الثمانين ألف نسمة، وكان الهدف منها إعطاء نفس وحيوية لمدينة لندن، كعاصمة سياسية واقتصادية.

٣-الجيل الثالث من المدن الجديدة:

وفي أعقاب انتهاء الحرب العالمية الثانية، ازدادت المخاوف الناشئة عن الزحف العمراني والتلوث البيئي، فبدأ المفكرين بالتخطيط الحضري بإعداد جانب من الخطط والتقارير في ضوء ما تبناه من نظريات قائمة عليها، والتي من بينها خطة

بعد تسهيل بعض الصعوبات والمعوقات في إنشاء المدن في الفترة السابقة، تم في سنة 1965، استحداث مؤسسة تحت مسمى المجلس الوطني للتخطيط، رغبة من السلطات العمومية البريطانية في تجاوز الأخطاء التي ارتكبت في السابق، وتم التفكير في إنشاء المدن الجديدة من منظور التهيئة الإقليمية الشاملة، وفي سنة 1968، تم إنشاء مدن جديدة تبعد عن لندن بحوالي 111 كلم، وبقدرة استيعابية تقدر بحوالي 251111 نسمة. ومن النماذج المثالية في هذه الفترة مدينة Miton Keynes، التي أقيمت بعد مصادقة مجلس العموم البريطاني على إنشائها، في سنة 1967، وعرفت مركزها نمو حضارياً سريعاً، بسبب النمو الاقتصادي السريع الذي شهدته، ويعمل حوالي 75% من ساكنيها في قطاع الخدماتالصحة والتعليم، والبرمجيات، والتكنولوجيا الحديثة... الخ.

١ ومن تلك النظريات نظرية المدينة الحدائقية، للمفكر "E.Howard"، حيث فكر في إنشاء مدينة خالية من المشكلات الحضرية، تسعى إلى تقديم مختلف الخدمات للإنسان الحضري المعاصر، حيث كان الاعتقاد سائداً انه لكي يحيا الإنسان حياة هادئة فعليه أن يلجا إلى الريف ويترك المدينة، ومن هذا المنطلق، سعى وارد إلى إنشاء مدينة تجمع بين مقومات الحياة الحضرية المعاصرة، ومقومات الحياة الريف الهادئة.واقترح هوارد تخطيط كل مدينة على حدى، بحيث تكون مجتمعا حضريا متكامل اجتماعيا واقتصاديا وثقافياً، وأن تحوي كل الخدمات الأساسية الضرورية وأن تكون الأرض ملكية جماعية بين ساكنيها، وأطلق عليه اسم مدينة الغد الحدائقية. والمدينة الحدائقية هي مدينة، دائرية الشكل تتخللها أحزمة خضراء، وتتكون من مركز تتجمع حوله المباني ثم تتطلق من المركز ستة شوارع شعاعية تقسم المدينة إلى ستة أجزاء مخروطية.تم تطبيق هذه النظرية على مدينة ولمن في بريطانيا، عام 1921 وهي تطوير لمدينة لثسورث، وتقع شرق انجلترا، يزورها اليوم الملايين من السياح للاستمتاع بحزمها الخضراء التي تصل إلى العمران بين جنبتيها. ومن النظريات الأخرى، نظرية المدينة التابعة.اقترح هذه النظرية المهندس المعماري البريطاني كيبيل بعد الحرب العالمية الثانية، وتقوم الفكرة الأساسية لنظريته على أن

لإعادة إعمار لندن إلى مدينة جديدة، حيث أدت جهود المفكرين إلى المساهمة في وضع الملامح الأساسية لقانون تخطيط المدن والريف عام ١٩٤٧.

وعلى الرغم من ذلك التدفق المستمر لقوانين التخطيط والبناء في المملكة المتحدة خلال تلك الفترة، إلا أن صدور قانون التخطيط للمدينة والريف عام ١٩٤٧ Town and Country Planning Act، كان له عظيم الأثر في خلق إطار قانوني موحد لنظام التخطيط لاستخدام أراضي المدينة والريف في المملكة المتحدة system land use planning، كنظام قائم بذاته يصبو نحو تحقيق التوازن بين التنمية الاقتصادية والمحافظة على البيئة.

ويعتبر نظام التخطيط للمدن والقرى الصادر عام ١٩٤٧، أول نظام شامل للتخطيط العمراني في المملكة المتحدة والمناطق التابعة لها، والذي تم بموجبه وضع المعايير التي تحدد نوعية التنمية التي تطلب الإذن والتصريح للتخطيط من قبل سلطات التخطيط المحلية وهي المجلس البلدي للمقاطعات في بريطانيا العظمى، حيث تضمن النظام تعريف للتنمية ومتطلباتها التخطيطية، وبالتالي ما إذا

تتسع المدينة لكثافة سكانية تقدر بستون ألف نسمة، وتقسّم المدينة إلى عدة شرائط إشعاعية تقام عليها الملاعب الرياضية والمدارس، وتتخذ المدينة الشكل الدائري، ويقع في مركزها المؤسسات التجارية والهيئات الإدارية والمعاهد الدراسية وتحاط منطقة مركز المدينة بطريق دائري عام تتفرع منه طرق رئيسية نحو المركز. وتقسّم المدينة إلى أربع قطاعات تخصص إحداها للأغراض الصناعية أما البقية فتخصص للأراضي السكنية، وتتألف المنطقة السكنية من منطقتين تستوعب كل منهما عشرة آلاف نسمة، ويوجد في كل منطقة مركز تجاري. د. صبري فارس الهيتي، مبادئ وأسس التخطيط الحضري، دار اليازوري العلمية، ٢٠٠٩، ص ١١٩.

كانت تلك التنمية بحاجة إلى تصريح تخطيطي أم لا، كما شمل نظام التحكم بتنمية كافة المباني وأية تغييرات في المواد المستخدمة فيها.

فموجب هذا القانون تم تخويل السلطات المحلية مسؤولية تخطيط المدن والأرياف، في كل من إنجلترا وأيرلندا الشمالية وأسكتلندا ومقاطعة ويلز. كما عني هذا القانون بإعادة تنظيم السلطات المحلية بالمملكة المتحدة على مستوى الولايات الأربع، لتشهد المملكة المتحدة انخفاض تدريجي في عدد الإدارات المحلية، لتصبح ١٤٠ إدارة محلية بدلا من ١٤٠٠ ، وذلك في إطار خطة استهدفت إعادة إصلاح هيكل الحكومة المحلية ودعم نظام الحكم اللامركزي في بريطانيا العظمى، حيث أوكل إليهم مهمة إعداد خطة محلية للتنمية الشاملة، تتضمن وضع سياسات ومقترحات مفصلة لاستخدام الأراضي وتطويرها في حدود الاختصاص الإقليمي لكل منهم.

وفي سبيل تحقيق ذلك، فقد منح القانون سالف الذكر للسلطات المحلية سلطات واسعة تخولهم الموافقة على اقتراحات التخطيط للقيام بكافة الأعمال اللازمة لإعادة تطوير الأراضي ذاتها، وإصدار أوامر للشراء الإلزامي للأراضي compulsory purchase orders ، ومن ثم نزع ملكيتها من أجل المنفعة العامة، وكذلك تخويلهم سلطة تأجير الأراضي للمطورين من القطاع الخاص، وغير ذلك من صلاحيات تكفل لهم المحافظة على الغابات أو المباني ذات الأهمية المعمارية / التراثية. هذا من ناحية.

1 Town and Country Planning Act 1947.

ومن ناحية أخرى، فقد خول ذلك القانون لوحدات الحكومية المحلية سلطة وضع خطة لتلبية احتياجات المجتمع مع الحفاظ على الموارد الطبيعية، وتحقيقاً لهذه الغاية فقد أجرت السلطات المحلية تقييم منهجي لإمكانيات الأراضي والمياه، وكذا إجراء تقييم للظروف الاقتصادية والاجتماعية من أجل تحديد واعتماد أفضل الخيارات لاستخدام الأراضي سواء لأغراض عمرانية أم زراعية بل وتحديد بدائل لاستخدامها للحفاظ على ما أنشئته الطبيعة من غابات ومسطحات مائية بهدف حفظ التنوع البيولوجي فيهما.

هذا، ويعد الحصول على ترخيص أو إذن التخطيط لتنمية الأرض Planning permission¹، من أهم متطلبات ذلك القانون، فلم تعد الملكية وحدها تكفي لتنمية الأرض، إذ تطلب المشرع بموجب ذلك القانون، من أجل ضمان تحقيق مبعثه، ضرورة الحصول على موافقة الإدارة المحلية قبل استخدام الأرض.

وعليه، فقد اعتمدت الإدارات المحلية على هذا القانون كأساس تشريعي لها يخولها سلطة إعادة التوازن بين التنمية الاقتصادية والجودة البيئية، لتسعى بموجبه، إلى

١ إذن التخطيط أو الموافقة على التخطيط Planning permission or planning consent هو إذن تتطلبه حكومة المملكة المتحدة من أجل السماح بالقيام بأي من عمليات التنمية سواء اشتملت تلك الأخيرة على القيام بعمليات بناء أو القيام بأي عمليات هندسية أو تعدين على الأرض أو عند إجراء تعديل أو تغيير جوهري لاستخدام الأرض أو البناء؛ فلا تقل أهمية الحصول على إذن للتخطيط عن الحصول على الملكية.

<https://www.gov.uk/planning-permission-england-wales>.

ترتيب وتنظيم استخدام الأراضي بطريقة فعالة وأخلاقية من أجل إدارة تنمية الأراضي الخاضعة لولايتها القضائية وبالتالي منع الصراعات التي كانت قائمة عليها.

وبالمثل، فقد منح قانون National park and access to the countryside act الصادر عام ١٩٤٩ لسلطات التخطيط المحلية، سلطة استصلاح الأراضي الخالية أو المهملة والمهجورة، وذلك إما من خلال نزع ملكيتها للمنفعة العامة أو عن طريق الاتفاق مع مالكيها^١.

كما نجد أن قانون الريف Countryside act الصادر عام ١٩٦٨، قد تضمن فرض واجبات على سلطات التخطيط المحلية بهدف تنمية الريف، ويهدف ذلك القانون إلي الحد من الأضرار التي قد تلحق بالبيئة من حيث تلوث الأرض والماء والهواء كما ألزم كل سلطة محلية مسؤولة في حدود اختصاصها الإقليمي عن صيانة جمال البيئة في الريف^٢ وكذلك حماية المياه السطحية والباطنية والمستثمرة من قبل الإنسان، حالياً ومستقبلاً من التلوث^٣.

1 National park and access to the countryside act, 1949 s . 89 2.

2 Countryside act,1968 s . 11.

3 Countryside act,1968 s .38..

كما تطلب قانون تخطيط المدينة والريف لسنة ١٩٧١ Town and Country Planning Act¹ من السلطات المحلية القيام بمسح شامل لأي منطقة قبل وضع الخطة الهيكلية لمشروعات التنمية، كما نص ذلك القانون على ضرورة أن تشتمل الخطة على بيان مكتوب يمثل سياسة سلطة التخطيط المحلية ومقترحاتها العامة بشأن تنمية واستخدامات الأرض، وذلك على أن يتضمنها عمليات المسح لتطوير البيئة العمرانية مع تنظيم المرور².

كما اعتبر ذلك القانون أن العمليات المتعلقة بدفن النفايات والسيطرة على التلوث، هي جزء لا يتجزأ من عملية المسح الكلي للبيئة العمرانية المنصوص عليها في الخطة الهيكلية لتحسين البيئة العمرانية. وهو ما أكدته المذكرة التفسيرية لذلك القانون والتي طالبت سلطات التخطيط المحلية، بضرورة الالتزام بالمعني الواسع لعبارة تحسين البيئة العمرانية، وذلك عند وضعها للمقترحات الخاصة بالخطة المحلية بهدف مكافحة التلوث أو الحيلولة دون حدوثه.

ولتعزيز صلاحيات سلطات التخطيط المحلية، منح لها القانون السابق سلطة إصدار الأوامر والنشرات والتعليمات شريطة أن تكون مناسبة وملائمة للمناطق التي تخضع لسيطرتها بما في ذلك سلطة إصدار الأوامر المعنية بجمال البيئة

1Town and Country Planning Act 1971, s.7.

2Town and Country Planning Act 1971,s. 51

Amenity^١، طالما كان الهدف منها الحد من انبعاثات الهواء الملوثة مثل الغبار والدخان وكذلك الضوضاء والتي تعد الهدف الرئيسي لقوانين التخطيط بوجه عام وقانون ١٩٧١ لتخطيط المدن والريف بوجه خاص، ويفضل تلك الأوامر أصبحت بعض أنواع التلوث تحت السيطرة^٢.

وبالفعل، صدرت العديد من الأوامر والنشرات والتي وضعت لتنفيذ قانون تخطيط المدن والريف لسنة ١٩٧١، وكانت تهدف وبوجه خاص إلي السيطرة على التلوث، فبيما يتعلق بالأوامر، نذكر الأمر الصادر بضرورة الأخذ في الاعتبار عند منح التراخيص الخاصة بصدد ممارسة الأنشطة الصناعية المختلفة، الاختلاف بين مباني الصناعات الخفيفة وما خلفها من صناعات وذلك فيما يتعلق بانبعثات الضوضاء وتلوث الهواء الصادر عن مختلف الاستعمالات الصناعية. فمباني الصناعات الخفيفة يمكنها مزاوله أنشطتها في أي حي سكني دون أن تؤدي إلي حدوث ضرر للواقع الجمالي من حيث الضوضاء أو الدخان والرماد أو الغبار، أما غيرها من المباني التي تسبب التلوث فيمكن توزيعها على مواقع غير سكنية وذلك

1Town and Country Planning Act 1971,s,117.

2 Town and Country Planning order, use classes order 1972,SI 1972, No . 1385.

بحسب الضرر الذي يمكن أن تحدثه نتيجة العملية الإنتاجية من أجل ضمان سيطرة سلطات التخطيط المحلي على أي تغيير أو تلوث يمكن أن يحدث^١.

أما فيما يتعلق بالنشرات فقد صدرت العديد من النشرات في ضوء القوانين السابقة لتوضيح سلطة واختصاصات هيئات التخطيط المحلية، والتي يتمحور مجملها حول ضرورة الأخذ بالاعتبار كافة الموضوعات المتعلقة بتلوث الهواء والمياه والضوضاء والأراضي عند اتخاذ قراراتها المتعلقة بوضع الخطط والاستراتيجيات اللازمة للسيطرة على التنمية أو منح الإذن بالتنمية وذلك على أن تراعي دائمًا وفي جميع الحالات ضرورة إتباع إجراءات العدالة الطبيعية أو الإجرائية فيما تتضمنه من ضرورة التشاور المسبق مع الجمهور سواء عند وضعها الخطط والاستراتيجيات

-
- ١ ومن الأوامر الأخرى والتي وضعت لتنفيذ قانون تخطيط المدن والريف الصادر عام ١٩٧١، يمكن ذكر أمر التنمية The general development order والذي يشمل الاستعدادات الخاصة بتلوث المياه إذ كانت هذه التنمية تشمل:
- الأعمال التي تقام على النهر أو على ضفافه.
 - عمليات البناء أو الإنشاء أو غيرها من استخدامات الأرض للأغراض التنقيية أو لتخزين زيوت المعادن ومشتقاتها.
 - استخدام الأرض لرمي أي نوع من الفضلات أو النفايات.
 - المباني أو الأعمال أو الاستخدام الأرض لحجز أو معاملة أو إلقاء النفايات.
- وتجتمع سلطات التخطيط المحلي مع سلطات المياه من أجل تطبيق الأوامر في المنطقة التي ستنم فيها التنمية.

See: The general development order, 1973 SI 1973 . No. 31. Town and Country Planning.

الخاصة بتنفيذ مشروع مقترح أو عند منحها أو رفضها منح الإذن بالتخطيط، لتعزيز مفهوم المشاركة العامة في صنع القرار الخاص بعملية التخطيط لتضمن بذلك الحكومة المحلية حقوق الجمهور في تقييم ورصد السياسات العامة^١.

ومن أمثلة تلك النشرات نذكر منها على سبيل المثال، النشرة الرئيسية المتعلقة بتحضير الخطة الخامسة من الخطة الهيكلية للتنمية والتعمير، فقد تضمنت النص على التزام سلطة التخطيط عند دراسة موضوع يتضمن تنمية رئيسية جديدة ضرورة تتدارس الأمر مع سلطات الأنهار ومجالس المجاري وسلطات الري ومصادر المياه والتي قد تتأثر مصالحها بالتنمية كما تطلبت من جميع سلطات التخطيط، إعلام سلطات المياه عند دراسة أي مقترح للتنمية يكون ذا أثر في زيادة التلوث وذلك خوفاً من أي تسرب للمواد السامة أو للسوائل الملوثة وذلك عند مد أنابيب عبر الأرض^٢.

1 Department of the environment 1972 implementing the report of the urban motorways committee circular roads 56 / 72, DoE, London.

٢ ومن النشرات الأخرى في ذلك الشأن يمكن أن نذكر أيضاً النشرات الخاصة بالتخطيط والضوضاء - والتي تطلبت ضرورة اعتبار الجدران العازلة للصوت احدي شروط إجازة التنمية الصناعية لتقليل اثر الضوضاء.

- Department of the environment 1973 planning and noise circular 10/73, HMSO, London.

كما تطلبت أيضا تلك النشرات عند التخطيط للإعداد طرق جديدة ضرورة أن تأخذ سلطات التخطيط المحلية في الاعتبار حجم الضوضاء المتوقعة فيما إذا كانت ضمن المستوى المقبول أم لا ؟

وكذلك الأمر عند البحث عن أي تنمية إسكانية جديدة؛ بمعنى وضع مجال بين المساكن والطرق ذات الضوضاء العالية. كذلك الاهتمام بتصميم المخرج Layout بحيث تقلل اثر الضوضاء وخصوصًا بالنسبة للمدارس أو المستشفيات أو المباني أو المنشآت الحساسة. والجدير بالذكر أن تلك النشرة تطلبت ضرورة التشاور مع سلطات الطرق الخارجية بحيث لا يتجاوز مستوى الضوضاء عند المناطق السكنية 70DdBa وذلك خلال مدة زمنية لا تزيد عن خمس عشر سنة.

أما في حالة ضوضاء الطائرات، فإن النشرة تؤكد على ضرورة الأخذ بخطوط الضوضاء المتساوية Noise contours عند دراسة أي موضوع لتنمية إذ من المهم جدا عدم استخدام المناطق السكنية التي تتأثر بالضوضاء العالية والتي تكون ذات حساسية من هذا النوع من التلوث. الجدير بالذكر أن ذات النشرة قررت أن الضوضاء الصادرة عن الطائرات لا تثير القلق عند مستوى اقل من 40 NNI، ومع هذا يجب ألا تتعرض المنازل للأكثر من مسوي 50 NNI، هذا كما تؤكد النشرة على ضرورة إجراء المشاورات بين سلطات التخطيط وسلطات المطارات حول موضوع الضوضاء وذلك خلال الخمس عشرة سنة القادمة.

أما فيما يخص تلوث الهواء فقد أوجبت نشرة التخطيط والهواء النقي على سلطات التخطيط المحلي عند الموافقة على بناء مباني شاهقة إلي عدم تعرض المباني إلي الانبعاثات الصادرة عن مداخن المصانع والمنشآت القائمة.

See: Ministry of housing and local government clean air 1965 tall buildings and industrial emissions circular 69/65, HMSO, London.

وفيما يتعلق بنشرة الإدارة عن رمي ودفن النفايات فقد منحت تلك الأخيرة سلطات التخطيط المحلي الصلاحية لوضع الدليل العلمي Code of practice للاستخدام الأرض لدفن النفايات واعتبار هذا الدليل مكملا لشروط الموافقة على التخطيط، كما أوجبت، كما اشترنا سلفاً، ضرورة التشاور مع سلطات المياه الإقليمية.

وتجدر الإشارة في ذلك الشأن، إلي أنه ومنذ أواخر القرن التاسع عشر، اتجهت القوانين المنظمة للتخطيط العمراني في المملكة المتحدة إلي وضع مجموعة من البرامج تسعى إلي تجديد المناطق العمرانية، أطلق عليها برامج التجديد العمراني urban renewal programs، وهي برامج تهدف إلي إعادة تطوير المناطق العمرانية لتشمل كلاً من المناطق ذات الكثافة السكانية المعتدلة والمناطق العمرانية ذات الكثافة السكانية المرتفعة، كما تهدف أيضاً تلك البرامج إلي إعادة توطين الأعمال والمشروعات أو الأشخاص وقيام الحكومات بشراء الممتلكات الخاصة من أجل المنفعة العامة باعتبارها أداة قانونية تستخدمها الحكومة للاستمرار في استكمال مشاريع التنمية التي بدأتها الدولة¹.

– Department of the environment 1971 report of the working party on refuse disposal circular 26/71, HMSO, London.

– Department of the environment 1971 report of the working party on refuse disposal, HMSO, London .

1 Urban renewal is a program of land redevelopment in areas of moderate to high density urban land use. Renewal has had both successes and failures. Its modern incarnation began in the late 19th century in developed nations and experienced an intense phase in the late 1940s – under the rubric of reconstruction. The process has had a major impact on many urban landscapes, and has played an important role in the history and demographics of cities around the world. Urban renewal may involve relocation of businesses, the demolition of structures, the relocation of people, and the use of eminent domain

ولقد ألغى قانون تخطيط المدن والريف لسنة ١٩٧١، كافة القوانين السابقة على صدوره كقانون تخطيط المدينة والإسكان الصادر عام ١٩١٩ وقانون تخطيط المدينة Town Planning Act الصادر عام ١٩٢٥ وقانون تخطيط المدينة والريف Town and Country Planning Act الصادر عام ١٩٣٢، في حين ظل قانون التخطيط للمدينة والريف الصادر عام ١٩٤٧ Town and Country Planning Act قائماً إلى أن تم إلغاؤه بموجب قانون تخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠.

فموجب قانون تخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠، توحدت التشريعات المتعلقة بالتخطيط في إنجلترا وويلز، والتي تولت مهمة وضع الضوابط الخاصة بتنظيم تنمية الأراضي في كل منهم، كما اعترف ذلك القانون بالشخصية القانونية لسلطات التخطيط المحلية كسلطة عامة تتمثل مهمتها في تنفيذ وظائف التخطيط على المستوى المحلي، فبدلاً من ترك سلطة تنظيم التخطيط المحلي إلى السلطة العامة للإدارة المحلية عموماً، فقد حرص ذلك القانون على الاعتراف بالشخصية القانونية المستقلة لسلطة التخطيط المحلية والتي تمارس نشاطها في تنفيذ وظائف التخطيط من خلال تنظيم استخدام وإشغال الأراضي في منطقة معينة ومنح الإذن بالبناء ووضع الخطط المحلية للتنمية في ضوء متطلبات ذلك القانون.

government purchase of property for public use as a legal instrument to take private property for city-initiated development projects.

وكما عني قانون ١٩٩٠، بإنشاء سلطة محلية تقتصر مهمتها على أمور التخطيط المحلي في المنطقة الإقليمية التي تدخل في اختصاصها، حرص كذلك على تحديد خطط التنمية ومستوياتها المحلية، ووضع تصنيف لاستعمالات المناطق والأراضي، كما اشتمل ذلك القانون على فصل خاص لتنظيم موضوع تملك الأراضي لأغراض التنمية وتحديد الأضرار التي قد تنجم عنها وأحكام التعويض عنها، فضلاً عن الكثير من القضايا التخطيطية الرئيسية والفرعية.

كما منح القسم ١٠٢ من قانون ١٩٩٠، للسلطة المحلية، سلطة إصدار إشعار لمالك أي أرض أو مبنى يخرطه فيه بضرورة التوقف عن استخدام مواد أو ملحقات خطيرة أو إزالة جدران أو أسوار متهاكلة أو متساقطة أو مركبات مهجورة بما في ذلك إزالة المباني أو المنشآت، أو التخلص من النفايات خطيرة، أو تغيير ما يلزم لتوفير بيئة آمنة وبوجه عام يكون لسلطة التخطيط المحلية (LPA) سلطة إصدار إشعار، إذا ما قرروا أنه يحقق مصلحة مشروعة لصالح التخطيط السليم في المنطقة الإقليمية المحددة.

وبذلك، يتجسد الهدف من ذلك الإشعار في المساهمة في المحافظة على جودة البيئة وتحسينها، والمساعدة في معالجة أي تقصير في استخدام الأراضي والحفاظ عليها بطريقة منتجة وكذلك المساهمة في تجديد المنطقة والاستجابة بشكل إيجابي للمخاوف العامة.

ويحدد الإشعار ما يجب القيام به لتصحيح المخالفة التي تضمنها الإخطار خلال فترة زمنية محددة، ويترتب على عدم الالتزام بالإشعار خلال الفترة المحددة، فرض غرامة مالية على المخالفين. وفي حال استمرار المخالف في رفضه في تنفيذ ما تضمنه الإخطار، فإنه يمكن للمجلس البلدي استخدام القوة المادية المباشرة من خلال الدخول إلى الأرض لتنفيذ الأعمال المحددة في الإخطار وذلك على نفقة مالك الأرض.

كما منح القسم ١٠٦ من القانون سالف الذكر، لهيئة التخطيط المحلية سلطة وضع اتفاقات بين السلطة المحلية للتخطيط والمطور، تنطوي على فرض التزامات للتخطيط العمراني على عاتق ذلك الأخير عند القيام بالمشروع محل الاتفاق، حيث يتعهد المطورين بموجب هذا الاتفاق بالوفاء بها من أجل الحصول على إذن التخطيط. وبذلك، تساعد التزامات التخطيط في إطار سياسة التخطيط الوطني على الحد من تأثير التطوير غير المقبول، لجعله مقبولاً عند إعداد التخطيط.

وبالمثل وفي ضوء تلك المادة، تطالب سلطة التخطيط المحلية من المطورين تقديم مساهماتهم في مجال إعداد مشروعات البنية التحتية أو تشييد المساكن الاجتماعية بالمنطقة المزمع القيام فيها بالمشروع المقترح، وذلك من خلال المساهمة في رسوم البنية التحتية المجتمعية، وهي رسوم ثابتة تفرض على التطوير الجديد لتمويل البنية

التحتية أو تفرض على المطورين من أجل تحمل جزء من التكاليف الاجتماعية المخصصة للسكن الاجتماعي^١.

وبذلك يتجسد الهدف من المادة ١٠٦ من تقنين التخطيط العمراني في تعويض التكاليف الاجتماعية، والبنية التحتية، والاقتصادية، وما إلى ذلك من تكاليف ناشئة عن التطوير المستمر. والتي يمكن أن يخصص جزء منها في توفير المساكن الاجتماعية أو المساهمة في توفير بنية تحتية محلية أفضل لخلق مناخ أكثر جاذبية وازدهارا لهذا القطاع الحيوي والهام.

كما نظمت المواد ٢٢٦-٢٤٦ من قانون ١٩٩٠ الصلاحيات المخولة لسلطة التخطيط المحلية عند اتخاذ قرارها بنزع ملكية الأراضي الداخلة في نطاق اختصاصها الإقليمي لتحقيق أغراض عامة وتخطيطية^٢، وذلك إذا ارتأت السلطة المحلية أن عملية الاستحواذ ضرورية لتسهيل عملية تنفيذ التنمية أو إعادة التطوير أو لتحسين الأرض من أجل التخطيط السليم لمنطقة تقع فيها الأرض .

ومن ثم، فإنه يحظر على السلطة المحلية ممارسة صلاحيتها بموجب الفقرة (أ) من القسم الفرعي (1) ما لم تعتقد السلطة المحلية أن التطوير أو إعادة التطوير أو التجديد من المحتمل أن يساهم في تحقيق واحد أو أكثر مما يلي:

^١ <https://www.gov.uk/guidance/planning-obligations>.

^٢ https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Town_and_Country_Planning_Act.

١- تعزيز أو تحسين الرفاهية الاقتصادية لمنطقتهم؛

٢- تعزيز أو تحسين الرفاه الاجتماعي لمنطقتهم؛

٣- تعزيز أو تحسين الرفاهية البيئية لمنطقتهم.

هذا، ويتم اتخاذ القرارات بشأن طلبات الحصول على تراخيص البناء للمشروعات الصغيرة أو المتوسطة، وذلك بموجب الصلاحيات المفوضة لموظفي التخطيط. أما فيما يتعلق بالطلبات الأكثر أهمية أو إثارة للجدل كما هو الحال بالنسبة للمشروعات الضخمة فإنه يتم اتخاذها من قبل لجنة التخطيط المحلية، حيث تتخذ قرارها بشأن تحديد طلبات التخطيط والإذن بالبناء، وذلك بعد التشاور مع ممثلي المجتمعات المحلية والمستشارين القانونيين.

ويثور التساؤل في هذا الصدد، بشأن هل يعني منح سلطات التخطيط المحلية local planning authority (LPA) ، سلطة الموافقة على تنظيم الخطط الخاصة باستخدامات الأراضي ومنح تصاريح البناء بصدها، انعدام سلطة الإدارة المركزية في ذلك الشأن؟

الإجابة بالقطع هي النفي، حيث خولت المادة ٧٧ الفقرة (١) من قانون التخطيط والمدن لعام ١٩٩٠، لوزير الدولة للمجتمعات والحكومة المحلية السلطة المطلقة ولأي سبب من الأسباب في استدعاء طلب التخطيط Calling-in-planning applications المقدم إلى أي سلطة محلية من أجل الحصول على الترخيص بالبناء،

للنظر فيه¹، وذلك في أي وقت طالما لم يصدر قرار من السلطة المحلية بمنح الإذن بالتخطيط وإصدار الموافقة بشأنه من عدمه. ومن ثم، يتوقف تدخل الوزير في نظر طلبات التراخيص المقدمة إلى أي سلطة محلية، على عدم صدور قرار بالموافقة من قبل الأخيرة على مشروعات التخطيط المقترحة ومنح الإذن بالبناء بصدها.

ويتضح من ذلك، تمتع وزير الدولة للمجتمعات والحكومة المحلية بسلطة اتخاذ القرار بشأن طلبات التخطيط المقدمة إلى سلطات التخطيط المحلية (LPA) عن طريق استدعائه من قبلها لاتخاذ القرار بشأنه. حيث يمكنه اتخاذ ذلك الإجراء في أي وقت أثناء عملية تقديم الطلبات للتخطيط، وتتعدم سلطته في ذلك عند النقطة التي تتخذ فيها سلطات التخطيط المحلية القرار بشأنه.

وفي ضوء قانون ١٩٩٠ ، يملك وزير الدولة للمجتمعات والحكومة المحلية سلطة إصدار التوجيهات إلى سلطات التخطيط المحلية تتضمن طلب إعادة النظر في طلبات الحصول على الإذن بالتخطيط، وسلطة التصديق على الأوامر الصادرة من سلطات التخطيط محلية بشأن عمليات التخطيط للمشروعات التطويرية في الحالات التي يتطلب فيها القانون ذلك، كما يمكن لوزير الدولة إصدار الأوامر الخاصة

1 G. G. Grimwood and C. Barton, Planning: change of use, briefing paper, House of Common, UK, Number 01301, 9 May 2019, p. 5.

بالموافقة على إجراء عمليات التخطيط للمشروعات التطويرية بدلا من التوجه إلى سلطات التخطيط محلية.

بالإضافة إلى ذلك، يمكن لوزير الدولة للمجتمعات والحكومة المحلية أن يؤخر منح إذن التخطيط حتى يقرر ما إذا كان سيتم استدعاء الطلب للنظر فيه من عدمه، ويجوز لوزير الدولة أن يصدر توجيهاته والتي من شأنها أن تقيد سلطة هيئة التخطيط المحلية في منح الإذن، إما إلى أجل غير مسمى أو خلال فترة زمنية معينة تحددها التوجيهات، وذلك فيما يتعلق بأي مشروعات تطويرية.

وإذا ما تم استدعاء طلب التخطيط من قبل وزير الدولة، سيكون هناك تحقيق عام برئاسة مفتش التخطيط، أو المحامي، الذي سيقدم توصيته إلى وزير الدولة، الذي يتخذ القرار النهائي في ضوء ما تسفر عنه نتيجة التحقيق.

هذا ومن ناحية أخرى، فإنه من أجل تنظيم سلطة السلطة المحلية في استخدام صلاحيتها في استخدام سلطتها في نزع الملكية للمنفعة العامة، فقد أحدث قانون التخطيط والشراء الإجمالي Planning and Compulsory Purchase Act تعديلاً عام ٢٠٠٤ في قانون تخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠، وذلك بعد حصوله على الموافقة الملكية في ١٣ مايو ٢٠٠٤، حيث أجري ذلك الأخير إصلاحات واسعة النطاق في أنظمة تخطيط المدن والأنظمة القائمة على عمليات الشراء الإجمالي للأراضي من قبل الدولة في المملكة المتحدة، وألغى الخطط والهياكل المحلية وأدخل بدلاً منها أطر جديدة للتنمية المحلية A local development

framework، والتي شكلت فيما بعد الاستراتيجية الرئيسية للتخطيط المكاني spatial planning strategy^١ في كل من إنجلترا وويلز.

فموجب الجزء الثامن من هذا القانون، يجوز للسلطة الإدارية المختصة إجراء اتصال مباشر مع مالكي الأراضي والدخول في مفاوضات مباشرة للحصول على الأرض محل أمر الشراء الإجمالي (CPO) Compulsory purchase order، بالاتفاق والتراضي فيما بينهم، فإذا لم تتمكن السلطة الإدارية المعنية من التوصل إلى اتفاق للشراء، أو إذا كان من غير العملي التوصل إلى مثل ذلك النوع من الاتفاق، فيمكنها في هذه الحالة الشروع في إجراءات الشراء الإجمالي بنزع ملكية الأرض للمنفعة العامة.

ويشترط أن يتضمن القرار الرسمي الصادر عن السلطة المعنية بالشراء الإجمالي للأرض التي سيتم اقتناؤها ما يفيد صلاحيتها للاستخدام المنشود من ورائها، وذلك مع ضرورة تحديد الغرض من وراء ذلك الشراء وأسباب طلب نزع الملكية، كما ينبغي أن يتضمن أمر الشراء الإجمالي نفسه تفاصيل لعملية الشراء، والقانون الذي

١ يشير التخطيط المكاني إلى الأساليب المستخدمة من قبل القطاع العام من أجل التأثير على توزيع السكان والأنشطة في مساحات من المقاييس المختلفة. وتتوزع الأنظمة التي يمكن أن ينصرف إليها ذلك النوع من التخطيط إذ يمكن أن تشمل تخطيط استخدام الأراضي والتخطيط الحضري والتخطيط الإقليمي والتخطيط والنقل والتخطيط البيئي، وكذلك المجالات الأخرى ذات الصلة بما في ذلك التخطيط الاقتصادي والتخطيط المجتمعي، ويجري التخطيط المكاني على المستويات المحلية والإقليمية والوطنية والقومية المشتركة.

تم بموجبه منح السلطة للجهة الإدارية المختصة، وخريطة للأرض المراد نزع ملكيتها، والأشخاص الذين لديهم حقوق عليها.

هذا، ويتعين على السلطة الحائزة أن تنشر للعامّة إشعاراً يتضمن تفاصيل لأمر الشراء لمدة أسبوعين قبل تقديم أمر الشراء الإلزامي إلى الوزير المختص لتأكيد الأمر. كما يتعين على السلطة المختصة كذلك تقديم الإشعار إلى كل شخص قد يكون له حقوق على الأرض أو غيرهم من الأشخاص الذين قد يتم تخفيض قيمة أراضيهم نتيجة للأمر .

ويتولى الوزير المختص بعد ذلك النظر في الأمر، فضلاً عن النظر بذاته أو من خلال تفويض مكتوب من جانبه إلى ممثل عنه لنظر في أي اعتراضات مقدمة بخصوص الإجراء المقترح. وقد يقرر الوزير المعني ضرورة إجراء تحقيق عام، على أن يتم إعداد تقرير من قبل مفتش يعينه الوزير، وعلى أثر نتيجة هذا التقرير، يقرر الوزير المعني إما تأكيد الأمر أو تعديله أو رفضه .

هذا، وفي جميع الأحوال يشترط لنزع ملكية العقار للمنفعة العامة، تعويض الأفراد تعويضاً عادلاً. ويخضع تقييم التعويضات للأراضي المنزوع ملكيتها إلى قانون تعويض الأراضي الصادر عام 1961، والذي نص في ضوء المادة 5 منه على ضرورة الأخذ في الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض، المبلغ المتوقع تحقيقه، إذا تم بيع الأرض في السوق المفتوح هذا ولا يأخذ في عين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض مدى ملاءمة الأرض وصلاحيتها للتكيف لتحقيق أي غرض من

الأغراض، إذا كان هذا الغرض غرضًا لا يمكن تحقيقه إلا وفق السلطات السيادية الممنوحة للدولة.

وفي عام ٢٠٠٨، تم تعديل قانون ١٩٩٠ بموجب قانون التخطيط لعام ٢٠٠٨، ليضع أليات للتحكم الفعال بتخطيط المدن والأرياف خاصة فيما يتعلق بمشاريع البنية التحتية الجديدة الكبرى، ليولي بذلك اهتمام خاص بالأبعاد البيئية لتلك المشاريع الكبرى، ولتمنح تسهيلات خاصة للمشروعات التنموية التي تحرص على المحافظة على مصادر الطاقة وتعتمد في تشغيلها على نظم للطاقة البديلة والمتجددة وذلك بمنحها تسهيلات خاصة فيما يتعلق بالتصاريح التخطيطية اللازمة لتنفيذها.

كما أنشأ بموجب قانون ٢٠٠٨، لجنة مركزية لتخطيط البنية التحتية Infrastructure Planning Commission (IPC) والتي خول لها ذلك القانون سلطة اتخاذ القرارات ذات الصلة بمشاريع البنية التحتية الجديدة الكبرى مثل المطارات والطرق والموانئ ومنشآت الطاقة كالطاقة النووية ومرافق النفايات.

كما خول القسم 206 من قانون 2008 لسلطة التخطيط المحلية عمومًا (سلطة فرض رسوم البنية التحتية المجتمعية (CIL) community infrastructure levy ، وهي رسوم يمكن للسلطات المحلية أن تقرر فرضها على التطورات الجديدة لتمويل البنية التحتية المحلية مثل، بناء السدود لمواجهة خطر الفيضانات والمستشفيات والمدارس، وتشبيد المساحات الخضراء ، وما إلى ذلك.

وفي عام ٢٠١١، صدر قانون المحليات localism act ، والذي أدخل تغييرات واسعة النطاق على نظام التخطيط في إنجلترا. فكان الهدف من إصداره هو منح صلاحيات أوسع للمجالس والمجتمعات المحلية بخصوص قرارات الإسكان والتخطيط، للحد من سيطرة الحكومة المركزية ونقلها إلى الأفراد والمجتمعات المحلية من خلال الدعوة إلى إجراء استفتاءات محلية لانتخاب رؤساء البلديات، ليجمع بذلك نظام الإدارة المحلية بجناحية الشعبي والتنفيذي.

ومن ثم، فقد تم تمثيل المجتمعات المحلية من خلال مجالس مستقلة منتخبة ديمقراطياً تتفاوض نيابة عنهم مع إدارات الحكومة المركزية ومقدمي الخدمات الرئيسيين والمطورين على النحو الذي يضمن نقل عملية اتخاذ القرارات من المستوى المركزي إلى المستويات الإدارية الدنيا من خلال مجالس محلية منتخبة أو معينة تتمتع بالاستقلال المالي والفني والإداري في إطار نظام الوصايا الإدارية والذي يتيح لهم الحرية المناسبة والكافية في إدارة شئونهم المحلية دون أن تمارس الرقابة من قبل الحكومة المركزية إلى الحد الذي يهدر استقلالهم.

ويتعلق ذلك الأمر بوظائف التخطيط الرئيسية كتخطيط استخدام الأراضي والتجديد الحضري وتخطيط المدن ونظام تصاريح البناء والتخطيط لمناطق محددة مثل الإسكان والمناطق الساحلية والسياحية والخضراء وإقامة مشاريع البنية التحتية الضخمة، وذلك في حدود الاختصاص الإقليمي للمجالس المحلية. ليتم في ضوء

ذلك دعم نظام الحكم الذاتي والذي يتمتع بالتححرر الكبير من الرقابة الحكومية للحكومة المركزية مع إقرار مبدأ المسؤولية المحلية.

هذا وقد أكد قانون المحليات الصادر عام ٢٠١١ على مفهوم المشاركة العامة Public participation والتشاور consultation مع ذوي الشأن، باعتبارها من صميم عملية التخطيط القانوني، حيث استلزم بموجب المادة ١٢٢ من قانون ٢٠١١، على المطورين المحتملين ضرورة استيفاء متطلبات الأمر الصادر بالتطوير من حيث التشاور المسبق مع المجتمعات المحلية قبل تقديم طلبات تخص إجراء تطورات معينة من خلال تطبيقات معينة يتم خلالها إعلانهم عن الطلب المقترح للحصول على إذن بالتخطيط من أجل لفت انتباه أغلبية الأشخاص المقيمين أو العاملين في أماكن بالقرب من المنطقة المزمع إجراء المشروع المقترح بها من أجل ضمان تحقيق متطلبات العدالة الإجرائية. لتضمن بذلك الحكومة المحلية حقوق الجمهور في تقييم ورصد السياسات العامة.

وعلى الجانب الآخر، يلتزم المطور المقترح والذي رمز إليه قانون ٢٠١١ بالرمز ("P") باستشارة الأشخاص المحددين في أمر التطوير والتزامه كذلك بتحديد سبل التواصل مع الأشخاص الذين يرغبون في التعليق على ("P") أو الراغبون في التعاون معه بشأن تصميمات مشروع التطوير المقترح. كما يجب أن يتضمن الإعلان المتضمن هذه المعلومات، الجدول الزمني المقترح لإجراء المشورة الكافية،

لضمان أن الأشخاص الذين يرغبون في التعليق على مشروع التطوير المقترح، يمكنهم القيام بذلك في الوقت المناسب.

وفي جميع الأحوال، فقد ألزمت المادة ٦١ (7) من قانون تخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠ بضرورة أن يأخذ أي شخص يخضع لواجب التشاور بعين الاعتبار أي مشورة تقدمها سلطة التخطيط المحلية ذاتها فيما يتعلق بالممارسة المحلية الجيدة¹.

وبذلك يلتزم المطور المقترح عند إعداده لمشروع التطوير المقترح أن يضع نصب أعينه المقترحات المقدمة من قبل الجمهور والأشخاص المحددين في أمر التخطيط وبالطبع المشورة المقدمة من قبل سلطة التخطيط المحلية وذلك كقيد يتوقف عليه الحصول على الإذن بمباشرة النشاط المزمع إجراءه، فإما أن يأخذ بها أو أن يقدم مبررات قوية تشفع له عدم استيفائها.

وفي ٢٧ مارس ٢٠١٢، تم نشر سياسة التخطيط الوطني National Planning Policy Framework (NPPF) لأول مرة من قبل وزارة الإسكان والمجتمعات والحكم المحلي (MHCLG)، حيث جاء نشر هذه السياسة من قبل الإدارة المركزية تنفيذًا للالتزام الذي تم التعهد به بموجب اتفاقية الائتلاف لعام ٢٠١٠، والذي تم في ضوءها نشر

1 <https://www.landmarkchambers.co.uk/wpcontent/uploads/2018/07/SL-Consultation.pdf>, last accessed 25/4/2019.

وتقديم إطار تخطيطي وطني يغطي جميع أشكال التنمية العمرانية ويحدد الأولويات الاقتصادية والبيئية والاجتماعية الوطنية على مستوى الإدارات المحلية.

ولعل أهم ما جاء في هذه السياسة، البيان السياسي رقم ١٢، والمعني بخلق مجتمعات قوية وآمنة ومزدهرة من خلال إجراء تخطيط عمراني، فهي تهدف إلي تحسين الأوضاع عن طريق استبدال الخطط المحلية القديمة بوثائق حديثة للتنمية المحلية Local development documents^١.

وتشمل مسؤوليات سلطات التخطيط المحلية؛ بموجب السياسة التي تم وضعها من قبل الإدارة المركزية، في وضع خطط محلية على مستوى الإدارات المحلية بما يتناسب معها، وذلك في إطار التطوير المستقبلي لمنطقة تحدد بها سياساتها الاستراتيجية للتنمية، ووضع إطار لخطط تنمية الأحياء، وتخصيص الأراضي وتحديد استخداماتها، وبيان احتياجات الإسكان من متطلبات البنية التحتية، وتحديد

١ وثائق التنمية المحلية Local development documents هي مجموعة من الوثائق المحددة في قانون التخطيط للمملكة المتحدة والتي تصدرها سلطة التخطيط المحلية، لوصف سياستها الاستراتيجية للتنمية وكيفية استخدام الأراضي في المناطق الخاضعة لسلطتها. وقد أنشئت تلك الوثائق كجزء من قانون التخطيط والشراء الإجمالي الصادر عام ٢٠٠٤، ويجب أن تشمل وثائق التنمية المحلية على كافة السياسات التي تتبعها السلطة المحلية وبوجه خاص تلك المتعلقة بتطوير واستخدام الأراضي في منطقتهم. وفي حالة تتضمن تلك الوثائق أنظمة ومخططات لتنمية المعادن والنفائيات، فإنها يتعين أن تشمل أيضاً على سياسات السلطة المحلية المتعلقة بتنمية المعادن والنفائيات.

متطلبات حماية البيئة، ووضع التدابير اللازمة للتكيف مع تغير المناخ وما إلى ذلك).

ففي ضوء هذه السياسة، تعتبر خطة التنمية المحلية بمثابة الإطار التنظيمي الذي يتم في ضوءه اتخاذ القرار من قبل إدارة التخطيط المحلية بشأن الموافقة على طلبات التخطيط من عدمه. أما في حالة عدم وجود خطة محلية، وطُلب الإذن بالبناء فإنه يتعين في ضوء تلك السياسة، على سلطة التخطيط المحلية منح الإذن بالبناء، ما لم تكن هناك أسباب مهمة ولموسة لعدم منح ذلك الإذن .

وختاماً للتطور التشريعي لقوانين التخطيط والبناء في المملكة المتحدة صدر قانون البنية التحتية لعام 2015 (Infrastructure Act) ، حيث قدم هذا القانون تدابير جديدة تهدف إلى تسهيل عمليات البناء في بريطانيا بشكل أسهل وأسرع، إذ سهل هذا القانون من إجراءات بيع الأراضي الفائضة والمملوكة للدولة للمطورين من أجل بناء منازل جديدة.

ومن ناحية أخرى، فقد حظر ذلك القانون من التأخير المفرط من قبل إدارة التخطيط المحلية في منح الإذن أو الترخيص بإقامة المشاريع التطويرية، وذلك من خلال الاعتراف بإجراء جديد في القانون يحقق مصالح المطورين الراغبين في الحصول على إذن للترخيص من أجل مزاولة النشاط المقترح وهو ما يعرف ب"براءة الذمة" deemed discharge المطورين بخصوص استيفاء بعض البنود التي يتطلبها القانون، وذلك بعد مضي فترة زمنية معينة لم تصدر الإدارة المحلية قراراً بصددها.

إذ يشير هذا الإجراء إلى إعفاء صاحب المشروع المقترح من بعض شروط التخطيط في حالة عدم إخطار هيئة التخطيط المحلية المطور بقرارها خلال فترة زمنية محددة. فعدم رد الأخيرة خلال فترة زمنية معينة يعني ضمناً موافقتها على توافر شروط الترخيص بهدف معالجة التأخير غير المبرر في منح إذن الترخيص وإعاققة التطور للمشروعات التنموية.

حيث رأت الحكومة أنه ينبغي اتخاذ تدابير جديدة لإعطاء قدر أكبر من اليقين لجميع الأطراف حول الوقت الذي يمكن فيه توقع القرارات. وفي جميع الأحوال، لن يستفيد مقدم طلب الترخيص من إجراء الإعفاء إلا في حالة قيامه بتقديم إشعار إلى سلطة التخطيط المحلية يخطر فيها عن عزمه تفعيل إجراء براءة الذمة وذلك بعد مضي ٦ أسابيع من تقديم الإخطار. وبذلك فإنه يمكن لمقدم الطلب التعامل مع بعض الشروط على أنها مفرغة أو مستوفاه (deemed discharge) إذا لم تتجح سلطة التخطيط المحلية في التوصل إلى قرار بشأنها في الإطار الزمني المطلوب.

وعلى الرغم من سريان ذلك الإعفاء على بعض البنود التي يتطلبها الإذن بالترخيص إلا أنه يستثنى من ذلك بعض البنود، والتي تخرج عن ذلك القيد الزمني، فلا يعتبر عدم رد سلطة التخطيط المحلية على مقدم طلب الترخيص خلال فترة زمنية معينة بشأن مدى استيفائها من عدمه، سبباً يعفيه من استيفائها. ويمكن إجمال هذه الشروط المستثناة فيما يلي:

- ١- الشروط المرتبطة بالتطوير والتي تخضع لدراسات تقييم الأثر البيئي .
- ٢- الشروط التي يتعين توافرها في المشروع المقترح لإدارة مخاطر الفيضان .
- ٣- الشروط التي تتطلب اتفاقا بموجب المادة ١٠٦ من قانون تخطيط المدن والبلاد لعام ١٩٩٠ (التزامات التخطيط) أو المادة ٢٧٨ من قانون الطرق السريعة).
- ٤- الشروط المتعلقة بمعالجة التربة والأراضي الملوثة .
- ٥- الشروط المتعلقة بسلامة الطرق السريعة .
- ٦- الشروط المتعلقة بالمواقع ذات الأهمية العلمية والأثرية .

ومن ناحية أخرى، فقد سمح قانون ٢٠١٥ للهيئة المختصة بتسجيل الأراضي بإنشاء سجل رقمي للتسجيل الإلكتروني من أجل استحقاق الرسوم المحلية وتحسين الوصول إلى البيانات وتوحيد الرسوم المستحقة.

ولدواعي دمج متطلبات التنمية المستدامة مع أسس التخطيط العمراني، فقد تم منح المجتمعات المحلية سلطة تشييد مشاريع البنية التحتية القائمة على الطاقة المتجددة، وتحسين أمن الطاقة والنمو الاقتصادي عن طريق استخراج الغاز الصخري المحلي، وتحسين نظم البنية التحتية ذات الأهمية الوطنية عن طريق إجراء تحسينات إدارية على قانون التخطيط لعام ٢٠٠٨، بما في ذلك السماح

بإنشاء نظام يضمن توفير وسيلة فعالة من حيث التكلفة لبناء منازل خالية من الكربون (المنازل المستدامة) باعتباره أحد أهم الغازات المسببة للاحتباس الحراري.

وهو ما أكدته الفقرة ٥٤ من مشروع قانون البناء والإسكان (Housing and Planning Act)، الصادر عام ٢٠١٦ ، والذي تم تعديله لإدراج الفقرة التالية والتي جاء نصها على النحو الآتي: "معيار الامتثال لمنازل خالية من الكربون" (١) يجب على وزير الدولة خلال ٦ أشهر من إقرار هذا القانون وضع اللوائح بموجب القسم ١ (١) من قانون البناء لعام ١٩٨٤ لغرض التأكد من أن جميع المنازل الجديدة في إنجلترا التي تم بناؤها اعتباراً من ١ أبريل ٢٠١٨ تحقق معيار الامتثال للكربون، (2) لأغراض تحقيق القسم الفرعي (١)، يعني "معيار الامتثال للكربون" حدوث تحسن في معدل انبعاث ثاني أكسيد الكربون المستهدف، على النحو المبين في لوائح البناء لعام ٢٠٠٦، من (أ) ٦٠ ٪ في حالة المنازل المستقلة؛ (ب) ٥٦ ٪ في حالة المنازل المشتركة؛ (ج) ٤٤ ٪ في حالة الشقق^١ .

ويتمثل الجزء الرئيسي من هذا المشروع بقانون في إنشاء الطرق السريعة في إنجلترا ، والتي ستستخدم لأول مرة تمويلاً مستداماً طويل الأجل لتقديم استراتيجية الحكومة لاستثمار الطرق.

1 E. Ares, Zero Carbon Homes, briefing paper, House of Common, UK, Number 6678, 27 April 2016, p. 8.

وفي ضوء ذلك، فقد أكدت الحكومة البريطانية أنه بحلول عام ٢٠١٦ ، ستكون جميع المباني الجديدة المستقبلية "خالية من الكربون" وتعمل بشكل كامل على الطاقة المتجددة لتحد بذلك من انبعاث الغازات الدفيئة وكل الممارسات التي تسبب هذه الانبعاثات، من خلال إحلال الطاقة البديلة في المباني السكنية كتلك القائمة على مصادر الطاقة الشمسية، بواسطة تركيب الألواح الضوئية الشمسية، محل مصادر الطاقة غير المتجددة لتصبح المنفذ الوحيد للطاقة.

كما تتميز هذه المباني بتطبيق تكنولوجيا متطورة في التبريد والإضاءة تخفض من استهلاك الطاقة لتستهلك هذه المباني أقل من ٨٠ % من الطاقة المخصصة للمباني الحالية حيث يكون التركيز على الطاقة المتجددة بما فيها الطاقة الشمسية وطاقة الرياح على النحو الذي يساهم في إقامة المباني الخضراء فضلاً عن التشجيع على استخدام وسائل النقل النظيف وكفالة المزايا التصميمية لمدينة محاطة بمنطقة زراعية ضخمة تساعد على التخلص من ثاني أكسيد الكربون على النحو الذي يساهم في إقامة مدينة خضراء^١.

١ ويأتي التنظيم القانوني لهذه المسألة استجابة لما تضمنه قانون تغير المناخ في المملكة المتحدة الصادر عام ٢٠٠٨، حيث وضع هدفاً لخفض انبعاثات الكربون بنسبة ٨٠٪ مقارنة بمستويات عام ١٩٩٠ بحلول عام 2050، مع انخفاض بنسبة ٣٤٪ على الأقل بحلول عام ٢٠٢٠. وهو ما تضمنته الاستراتيجية التي وضعتها الحكومة والتي حددت آليات وسبل تحقيق ذلك، والتي شملتها خطة الكربون المنشورة في ديسمبر ٢٠١١. في ديسمبر / كانون الأول ٢٠٠٦، التزمت حكومة حزب العمال بأن تكون جميع المنازل الجديدة اعتباراً من عام ٢٠١٦، "الكربون صفر"، وقد أدخلت "قانون المنازل المستدامة"، والذي يمكن من خلاله تقييم استدامة

ومن أجل دعم استراتيجية منازل خالية من الكربون، تم الإقرار بموجب سياسة الحكومة البريطانية، على عدة بدائل تدعم فاعلية هذه الآلية وتعد بديلاً عن السيارات أو الحافلات التي تستخدم الغاز الطبيعي أو الغاز النفطي المسال، ومنها تعديل أولوية المواصلات من خلال تشجيع السير على الأقدام، وركوب الدرجات وتصنيع بعض نماذج الحافلات لكي تعمل باستخدام طاقة أقل تلويناً (مثل الاعتماد على الكهرباء بواسطة البطاريات التي توجد في السيارات الكهربائية أو الحافلات الإلكترونية، وتُعد أيضاً مشاركة المركبات، واحدة من أفضل الممارسات والتي تحظى بتشجيع متزايد.

وفي عام ٢٠١٦، صدر قانون الإسكان والتخطيط (Housing and Planning Act) والذي تضمن توسيع صلاحيات الحكومة المركزية من خلال منح صلاحيات أكبر لوزارة الإسكان والمجتمعات والحكم المحلي (MHCLG). مثل على سبيل المثال، منع السلطات المحلية من تعيين مسؤولين في مجالس جمعيات الإسكان، وتخويل وزير الإسكان صلاحية تحديد الحد الأعلى للقيمة الذي يجب على المجالس أن تلتزم بها

المنازل الجديدة. وقد تم التأكيد على هذا الالتزام في بناء مستقبل أكثر اخضراراً: بيان السياسة في عام ٢٠٠٧ الذي اقترح تشديداً تدريجياً على قوانين البناء لتحقيق هذا هدف عام ٢٠١٦، أولاً بنسبة ٢٥٪ في عام ٢٠١٠ ثم بنسبة ٤٤٪ في عام ٢٠١٣.

<https://ara.cosummitconstruction.com/zero-carbon-homes-93687>

عند بيع المنازل والأراضي الواقعة في منطقتها الإقليمية، وكذلك سلطة تقرير مقدار الإيجار الإضافي الذي سيدفعه المستأجرون من ذوي الدخل المرتفع.

ومن ناحية أخرى، فقد فرض قانون التخطيط والإسكان عدة واجبات على سلطات التخطيط المحلية لتعزيز تطوير ما يعرف ب Starter Homes أو منازل المبتدئين حيث تعتبر تلك الأخيرة أول ما حرص على كفالاته القانون الصادر، ومنازل المبتدئين للمشتريين لأول مرة هي منازل تباع بخصم ٢٠ ٪ أقل من القيمة السوقية بالنسبة للمشتريين لأول مرة للمنازل في بريطانيا والذين لا يقل أعمارهم عن ٢٣ سنة ولا يزيد عن ٤٠'. حيث ستقوم الحكومة مباشرة بالتعاون مع الإدارات المحلية

١ ففي مؤتمر حزب المحافظين في تشرين الأول / أكتوبر ٢٠١٤، أعلن رئيس الوزراء ديفيد كاميرون أنه إذا فاز المحافظون في الانتخابات المقبلة، فإنهم سيضمنون بناء ١٠٠٠٠٠٠ منزل جديد على أرض برية وإتاحتها للمشتريين لأول مرة في إنجلترا تحت سن الأربعين مع خصم ٢٠ ٪ في المائة بنسبة أقل من القيمة السوقية. وقال كاميرون: "أريد من الشباب الذين يعملون بجد، أن يكونوا قادرين على شراء منزل خاص بهم. لذلك سيتم بيع هذه المنازل المبتدئية بنسبة ٢٠ ٪ أقل من القيمة السوقية. وهذه المنازل لا يمكن شراؤها من قبل الأجانب ، حيث يقتصر شراؤها على الأشخاص الذين يثبت عملهم الجاد دون سن الأربعين". كما أعفى كاميرون هذه المنازل أيضا من رسوم البنية التحتية المجتمعية المادة ١٠٦ من الالتزامات لبناء السكن الاجتماعي. وفي ١٥ ديسمبر ٢٠١٤، أعلن كاميرون عن المزيد من التفاصيل حول 'Starter Home Initiative' ، وخصم ٢٠ ٪ على المنزل الأولي لمن هم دون ٤٠ عام، وأطلق عملية تشاور لمدة ٨ أسابيع. وكان من بين العناصر الرئيسية في المقترحات إدخال تغييرات على نظام التخطيط لجعل الأراضي خالية من تكاليف التخطيط مقابل سعر بيع أقل من القيمة السوقية. وقال ستيوارت باسيلي، الرئيس التنفيذي لاتحاد بناء المنازل: "تقديم المزيد من الأراضي لبناء المنازل، مع تمكين المزيد من المشتريين لأول مرة من تحقيق طموحهم في ملكية المنازل، سيكون خطوة إيجابية أخرى

بناء الآلاف من المنازل الجديدة بأسعار معقولة على الأراضي المملوكة ملكية عامة.

ولضمان جودة المنازل الجديدة، تم إنشاء مخطط تصميمي من قبل لجنة مركزية أطلق عليها لجنة الاستشارات التصميمية، تضم عدد من المهندسين المعماريين تشتمل على عدد من الممثلين من المعهد الملكي للمهندسين المعماريين البريطانيين (RIBA)، ومعهد تخطيط المدن الملكية (RTPI)، وممثلين عن مجلس التصميم وتخطيط الطرق والشوارع. حيث سلطت هذه اللجنة الضوء على أهمية الحاجة إلى المزيد من التخطيط الاستباقي عند معالجة أزمة السكن، مع إعطاء أولوية أعلى جذرياً للمناظر الطبيعية والاستدامة البيئية، مؤكدة على أن قدرتها على تصميم بيئة مبنية مستدامة يطمح إليها الجميع، إنما يتوقف على ضرورة تعاون اللجنة المركزية مع المجتمعات المحلية عند إعداد التخطيط والتصميم المسبق للمجتمعات السكنية في كل من القرى والبلدات والمدن.

على طريق معالجة مشكلة قلة المساكن في بريطانيا العظمى. وبالمثل في خطابه إلى مؤتمر حزب المحافظين في أكتوبر ٢٠١٥، قال رئيس الوزراء ديفيد كامبرون: " لسنوات، كان السياسيون يتحدثون عن بناء ما يسمونه" المنازل بأسعار معقولة " - لكن العبارة كانت خادعة. حيث كانت هذه المنازل تعني في الأساس المنازل المتوفرة بأسعار معقولة للإيجار فقط، غير أن ما يريده الناس في الواقع هو منازل يستطيعون امتلاكها بالفعل. فإذا كانت القواعد فيما سبق تسمح للمطورين: ببناء المنازل على المواقع، شريطة أن يكون الهدف من بنائها هو إتاحتها للسكان بأسعار معقولة للإيجار. فنحن نستبدلهم بقواعد جديدة. يمكنك البناء هنا، ويمكن توفير هذه المنازل بأسعار معقولة للشراء وليس للإيجار."

وفي ٢٧ مارس ٢٠١٥، نشرت لجنة الاستشارات التصميمية مجموعة من تصاميم المنازل المبدئية المثالية لإتاحة النقاش بشأنها وتقديم معيار لتصميم منازل المبتدئين. وفي ٢٠ أغسطس ٢٠١٥، نشرت الحكومة خطتها السكنية للمناطق الريفية، والتي تضمنت عدد من التدابير للسماح ببناء منازل المبتدئين بأسعار معقولة في المواقع الريفية، على النحو الذي يسمح للمناطق المحلية بتخصيص المزيد من المواقع لبناء منازل المبتدئين خصيصاً للأشخاص الذين يعيشون بالفعل في المنطقة، أو لديهم اتصال حالي بالعائلة أو أماكن عمل بالمنطقة .

وفي سبتمبر ٢٠١٦، اقترح وزير الإسكان والتخطيط ضرورة اتساع مفهوم منازل المبتدئين ليشمل كذلك المنازل المستأجرة. وفي يناير ٢٠١٧، أعطت الحكومة البريطانية الضوء الأخضر إلى ٣٠ سلطة محلية للبدء في بناء الموجة الأولى من منازل المبتدئين. وهو ما تم من خلال تعاقد السلطات المحلية مع عدد من شركات القطاع العام والخاص المسجلين في السجلات الخاصة بها والمشهود لهم بسرعة وجودة إنجاز الأعمال وذلك بتمويل ودعم من صندوق منازل المبتدئين Starter Homes Land Fund بقيمة ١.٢ مليار جنيه إسترليني. وبدعم من هيئة المنازل والمجتمعات (HCA) ، سيبدأ البناء في وقت لاحق في عام ٢٠١٧.

وبموجب القسمين ١٥٨ و ١٥٩ من قانون الإسكان والتخطيط يملك وزير الدولة للإسكان سلطة وضع لوائح تفرض قيوداً أو شروطاً فيما يتعلق بتوفير (أ) الإسكان الميسور؛ أو (ب) تحديد أوصاف الإسكان الميسر.

كما يكفل ذلك القانون، ضمان أن كل منطقة لديها خطة محلية فضلاً عن ما يرمي إليه ذلك القانون إلى تبسيط وتسريع إجراءات تخطيط الحي، والزام المستأجرين الاجتماعيين ذوي الدخل الأعلى بدفع إيجارات أكثر عدالة. وفرض واجب على عاتق السلطات المحلية في النظر في بيع أصول الإسكان ذات القيمة الأعلى عندما تصبح شاغرة^١.

وبموجب قانون الإسكان والتخطيط تم إجراء عدد من التغييرات على نظام التخطيط في إنجلترا وأهم التغييرات التي شهدتها ذلك القانون هو تخطيط الحي Neighbourhood Planning، وذلك بموجب الجزء ٦ من ذلك القانون، والذي يتعين في ضوءه على سلطات التخطيط المحلية عقب إجراء الاستفتاء إصدار أوامر لتطوير الأحياء "في أقرب وقت ممكن عملياً وذلك في إجراء هدفه منع سلطات التخطيط المحلية من التباطؤ في اتخاذ قرارات التطوير.

حيث تتضمن قانون الإسكان والتخطيط الاعتراف بما يعرف "بالإذن المبدئي" ("PIP") permission in principle، والذي يهدف إلى تحقيق الغرض من

١ في ذلك الشأن ذهب وزير الإسكان والتخطيط براندون لويس الى ما يلي: "سيساعد قانون الإسكان والتخطيط المميز لدينا أي شخص يطمح في امتلاك منزله على تحقيق حلمه. وسيزيد من المعروف من المساكن إلى جانب بناء ملكية المنازل في أكبر برنامج لبناء مساكن بأسعار معقولة منذ سبعينيات القرن الماضي. سيسهم القانون في تحويل إيجار الجبل إلى شراء الجبل، مما يساعدنا في تحقيق طموحنا في توفير ١ مليون منزل جديد.

التطوير الذي تقوده وزارة الإسكان والمجتمعات والحكم المحلي (MHCLG)، والذي سيزود المطورين بمزيد من اليقين من الحصول على موافقة السلطة المحلية في مرحلة مبكرة من التطوير، وذلك شريطة أن يكون الهدف من التطوير هو إقامة المشروعات السكنية. إذ سيتم منح PIP عند تقديم طلب إلى هيئة تخطيط محلية بهدف التسريع في عملية التخطيط والإنشاء عن طريق منح إذن تلقائي في ضوء التفاصيل المختلفة للمنازل (مثل الموقع والاستخدامات وما إلى ذلك) والمسجلة في سجل هيئة تخطيط محلية.

ومن خلال العرض السابق، يظهر حرص التشريعات في المملكة المتحدة على منح السلطات المحلية القائمة على التخطيط سلطة إصدار الترخيص أو إذن التخطيط لتنمية الأرض وكذلك سلطة وضع الخطط بما تضمنه من بيانات مكتوبة تمثل سياسة سلطة التخطيط المحلية ومقترحاتها العامة لاستخدامات الأرض من أجل تحسين البيئة العمرانية وكذا مقترحاتها، عند وضعها الخطط المتعلقة باستراتيجية التنمية المحلية، بشأن التدابير الوقائية التي يتعين اتخاذها لمكافحة التلوث والحيلولة دون حدوثه، ووضع الخطط التي تتضمن تحديدًا للبدائل المحتملة لاستخدام الأراضي في الحالات التي تتطلب ذلك، وإتباع إجراءات العدالة الطبيعية أو الإجرائية فيما تتضمنه من ضرورة التشاور مع العامة.

كما حرصت سلطات التخطيط المحلية في ضوء قانون تخطيط المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠ على دمج التخطيط المتعلق باستخدام الأراضي وتخطيط النقل

(Transportation planning)، والذي يهدف إلى تحديد وتصميم وتقييم مرافق النقل (الشوارع عمومًا والطرق السريعة وممرات المشاة وممرات الدراجات وخطوط النقل العام)، من أجل تطوير البناء والاقتصاد والبيئة الاجتماعية للمجتمعات.

وبوجه عام، فقد اعتبرت سلطات التخطيط المحلية مسئولة عن استصلاح الأراضي المستنزفة، كما استطاعت أن تفرض سيطرتها على العمليات المتعلقة بإنتاج ودفن النفايات وذلك من خلال إتاحة مواقع لدفن النفايات الصلبة والسائلة، كما أن لهذه السلطات صوت مسموع في تعزيز البنية التحتية للطرق الجديدة وتنظيم والسيطرة على الطرق المنشأة، هذا بالإضافة إلى سلطتها في تحديد الاشتراطات اللازمة عند بناء أو تشييد المباني بهدف السيطرة على التلوث والحد من انبعاثات الضوضاء؛ مثل على سبيل المثال بناء جدران عازلة للصوت، وهو ما يجبر صاحب المشروع المقترح إلى اللجوء إلى أحد الخيارين إما تغيير النشاط المقترح أو بناء جدران عازلة للصوت داخل المبني أو المشروع المقترح.

ومن كل ما سبق، يتضح امتلاك سلطات التخطيط المحلية في المملكة المتحدة القدرة على المشاركة الصريحة والضمنية في السيطرة على مختلف مراحل عملية التلوث بداية من اتخاذ التدابير الوقائية عند وضعها أو مصادقتها على الخطط المتعلقة باستخدامات الأرض وانتهاء من سلطتها في تحديد الاشتراطات اللازمة لبناء أو تشييد المباني سواء كان ذلك هدفًا حقيقيًا لها أم لا، وهو ما يؤدي إلى تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

المبحث الثاني

التخطيط العمراني والقضاء الوطني في المملكة المتحدة

ومن مجمل السلطات التي تتمتع بها سلطات التخطيط المحلية، فقد حسم قضاء المحكمة العليا في كلاً من إنجلترا وويلز العديد من الأمور فيما يتعلق بالسلطات الممنوحة لسلطات التخطيط المحلية، منها ما يتعلق بمنح الجهة الإدارية السلطة التقديرية في تحديد أو عدم تحديد البدائل المحتملة لموقع المشروع المقترح وذلك في حدود الضوابط التي وضعتها المحكمة العليا ببريطانيا، وسلطاتها في تعديل خطة استخدام الأرض، والقيود التي تفرض على سلطتها التقديرية عند منح أو رفض منح الإذن بالتخطيط أو تعديله وكذلك فيما يتعلق بمدى ضرورة مراعاتها لمتطلبات العدالة الإجرائية قبل إصدار قرارها بمنح أو برفض منح الترخيص.

ففيما يتعلق بسلطة الجهة الإدارية في تحديد البدائل المحتملة للموقع، ذهبت دائرة المنازعات الإدارية بالمحكمة العليا في إنجلترا وويلز، في دعوي تتلخص وقائعها في قيام كلاً من مجلس مقاطعة بلدة Derbyshire Dales وسلطة إدارة منتزه Peak National Park، برفع دعوي قضائية في مواجهة وزارة الدولة للمجتمعات المحلية Secretary of State for Communities and Local Government، بخصوص القرار الصادر منها بمنح الترخيص بالتخطيط لإنشاء أربع توربينات للرياح بمنطقة المنتزه المذكور أعلاه، بعد أخذها في الاعتبار القرار الصادر من المفتش، التابع للوزارة، عند إعداد خطة التنمية للمشروع المقترح بعدم الحاجة، في ضوء قانون المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠، إلي النظر إلي المواقع البديلة للمشروع

المقترح تأسيساً على أن إنشاء المشروع المقترح في إحدى المناطق دون غيرها سوف يكون له قيمة في المساهمة في تحقيق الأهداف الاستراتيجية المتعلقة بتوليد الطاقة المتجددة في تلك المنطقة.

واحتج المدعين بأن إقرار المفتش بأن بناء المشروع المقترح في منطقة بعينها دون النظر إلى المواقع البديلة لبناء المشروع المقترح، قد يتعارض في بعض النواحي مع خطة التنمية المحلية التي تستهدفها إدارتها المحلية وعلى وجه الخصوص المحافظة على المناظر الطبيعية المحيطة بمنتزه Peak National Park وما به من مسطحات مائية، مؤكداً كذلك على أن بناء أربع توربينات للرياح سوف يضر بشكل غير مقبول بوضع الحديقة الوطنية وسيعوق الهدف من إنشاؤها، خاصة فيما يتعلق بتمتع السكان المحليين بتلك المناظر الطبيعية والوسائل الترفيهية القائمة بالمنطقة كما يحد بشكل غير مقبول من زيارات السياح لتلك المنطقة بهدف التمتع بها، وهو ما قد يترتب عليه آثار سلبية غير مقبولة على الاقتصاد المحلي للمنطقة المحلية.

ومن ثم، فقد اعتبر المدعون بأن القرار الصادر من وزير الإسكان بشأن عدم الحاجة إلى تحديد مواقع بديلة للمشروع المقترح إنما هو أمر قائم على خطأ جوهري

في تطبيق القانون منذ أنه يخالف ما تضمنته نص المادة ٧٨ من قانون المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠.

وفي قضائها في تلك المسألة، ذهبت المحكمة العليا إلي ضرورة التفرقة بين الحالات التي يكون فيها تحديد البدائل المحتملة للموقع من قبل الجهة الإدارية ذو صلة غير ضرورية بالمسألة المطروحة أمامها، والحالات التي يعتبر فيها تحديد البدائل المحتملة للموقع من قبل تلك الأخيرة ذو صلة ضرورية بالمسألة المطروحة أمامها، ففي الحالة الأولى فإن الجهة الإدارية لم ترتكب أي خطأ واضح في تطبيق القانون عند إصدار قرارها بمنح الترخيص دون الاعتداد بتحديد المواقع البديلة للموقع وذلك على خلاف الحالة الثانية والذي يعتبر عدم مراعاة ذلك التحديد من قبل الجهة الإدارية خطأً جوهرياً في تطبيق القانون.

وتقدير الصلة الضرورية وغير الضرورية بقرار الجهة الإدارية بتحديد البدائل المحتملة للموقع، إنما يتوقف على مدى أهمية إقامة المشروع المقترح في منطقة بعينها في تقديم الفائدة المرجوة من إنشاؤه من عدمه، وذلك بعد موازنة المنافع المرجوة منه والأضرار المحتملة من إنشاؤه فإذا كانت المنافع المرجوة من إنشاؤه تفوق الضرر المحتمل من عدم إنشاؤه في تلك المنطقة. في هذه الحالة يعد قرار الجهة الإدارية ببناء المشروع في تلك المنطقة دون تحديد البدائل المحتملة للموقع

1 Derbyshire Dales District Council v Secretary of State for Communities and Local Government, 2009 EWHC 1729 Admin.

أمرًا قد وافق صحيح القانون، طالما كان مبتغاها في ذلك هو تحقيق الأهداف الإقليمية والوطنية في توليد الطاقة المتجددة والحد من انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكربون.

وفي جميع الحالات فإنه يستلزم حتى يتم الاعتداد بوجود الخطأ من عدمه، ضرورة وجود المبرر أو الأساس القانوني الذي يلزم سلطة الجهة الإدارية المختصة بتحديد المواقع البديلة، هذا ولما كان نص المادة ٧٨ من قانون المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠ لم يتطلب من المفتش صراحةً أو ضمناً النظر في المواقع البديلة، فإنه ليس ثمة خطأ ينسب إلي ذلك الأخير وإنما هو أمر يخضع لتقدير الجهة الإدارية وذلك مع مراعاة الضوابط التي حددتها المحكمة.

وكذلك وفيما يتعلق بالسلطة التقديرية التي تتمتع بها الجهة الإدارية عند منح أو رفض منح التصريح، نجد أنها ليست مطلقة من أي قيد بل هي مقيدة بما تضمنته نصوص القوانين صراحةً أو ضمناً بضرورة أخذها في الاعتبار التوازن بين متطلبات التخطيط العمراني والملائمة البيئية وذلك عند إصدارها لقرارها بمنح أو رفض منح التصريح.

ففي دعوى Harrison v Secretary of State انتهت دائرة المنازعات الإدارية بالمحكمة العليا في إنجلترا وويلز إلي تأييد القرار الصادر من الجهة الإدارية بعد أخذ رأي المفتش، التابع لها، بعدم منح الترخيص بالتخطيط ببناء مصنع لما يترتب على إنشائه من حدوث أضرار بالغة كأثر لتصادد الغبار الناتج عن المعالجة الصناعية

لمخلفات الحيوانات الضارة بالبيئة المحيطة وبرفاهية وصحة السكان المحليين في تلك المنطقة، استنادا إلى أن المزايا التي تعود على المجتمع المحلي الذي يغلب عليه الطابع الزراعي من تنمية الموقع من خلال بناء المصنع باعتباره آلية لإدارة النفايات غير كافية، لتجاوز الضرر الذي يلحق برفاهية وصحة السكان المحليين الناشئ عن عملية المعالجة الصناعية للنفايات. ومن أجل ذلك قضت المحكمة بأن اتخاذ الجهة الإدارية للتدابير الوقائية برفضها منح الترخيص للحد من التلوث لا يتعارض مع مقتضيات تطبيق قانون المدينة والريف الصادر عام ١٩٩١^١.

ودعمًا لقضائها السابق، فقد ذهب قضاء دائرة المنازعات الإدارية بالمحكمة العليا لإنجلترا وويلز عند مراقبتها لعنصر الملائمة في القرارات الإدارية لمواجهة القرارات الإدارية التحكيمية وللحد من السلطة التقديرية التي تتمتع بها جهة الإدارة عند منح أو رفض منح الترخيص، إلى أن القرار الصادر بمنح الترخيص لتنفيذ الأعمال المتعلقة بمد وتوسعة بناء مصنع يقع بنائه الرئيسي خارج خط الحزام الأخضر بحيث تتخطى عمليات تمديد وتوسعة البناء الحزام الأخضر، رغم عدم ملائمة التنمية في تلك المنطقة لما تحمله من آثار سلبية تؤثر على الطابع الريفي، إنما هو قرار قائم على الخطأ في تطبيق القانون^٢.

1 Harrison v Secretary of State for Communities and Local Government, 2009 EWHC 2823 Admin. EWHC 3382 Admin 2009.

2 SB Herba Foods Ltd v Secretary of State for Communities & Local Government and South Cambridgeshire DC. 2008 EWHC 3046.

وفيما يتعلق بضرورة مراعاة الجهة الإدارية لمتطلبات العدالة الإجرائية قبل إصدار قرارها بمنح أو برفض منح الترخيص، نجد أنه وفي قضية تتلخص وقائعها في رفض الجهة الإدارية منح الترخيص لشركة للبناء على أرضها وذلك بعد أن انتهى المفتش التابع لها إلي أن مشروع التنموي المقترح سوف يكون له آثار مستقبلية غير مقبولة على السكان المجاورين بسبب الضوضاء الخارجية التي يمكن أن تنتج عن التنمية وكان قرار المفتش قد صدر دون التشاور مع مقدم المشروع المقترح والذي أثبت تقديم كل ما يفيد من اتخاذه كافة التدابير الوقائية اللازمة للحد من آثار الضوضاء، وعلى الرغم من القرار الصادر ذهبت دائرة المنازعات الإدارية بالمحكمة العليا لأنجلترا وويلز أن المفتش لم يتبع الإجراءات العادلة للوصول إلي النتيجة التي توصل إليها لعدم إعطاء الشركة الفرصة الكافية للرد على ادعائه وأن متطلبات العدالة الطبيعية أو الإجرائية قد تم خرقها¹.

وفي ذلك الخصوص، قضت المحكمة العليا بأن التوقع المشروع a legitimate expectation - للجهة الإدارية بتوفير الحماية من خلال الأنظمة والخطط التي تتبناها لا يغني عن تلبية مقتضيات العدالة الإجرائية والتي تتطلب من الجهة الإدارية ضرورة التشاور consultation المسبق لاتخاذ القرار مع المجتمعات المحلية والأشخاص المعنيين بالمشروع المقترح على النحو الذي يكفل مشاركة العامة

1 Gates Hydraulics Limited v Secretary of State for Communities and Local Government 2009 EWHC 2187 Admin.

Public participation في صنع القرار السياسي والذي يعتبر من صميم عملية التخطيط القانوني.

ففي دعوي تتلخص وقائعها في القرار الصادر من المحكمة دائرة المنازعات الإدارية بالمحكمة العليا لإنجلترا وويلز في الفصل في طلب المراجعة القضائية للقرار الصادر من الجهة الإدارية بعدم الاعتداد، في أعقاب صدور قانون Planning and Compulsory Purchase Act، بما تضمنته الخطة المحلية بخصوص السياسة المتعلقة بتوفير الحماية saving of a safeguarding policy، والتي يترتب على العمل بها رفض الترخيص بالتخطيط لأي مشروعات تنموية يمكن أن تضر أو تعرقل إنشاء طرق جديدة، واتخاذها ذلك القرار بدون التشاور مع المدعيين والذين يمثلوا أحد الجمعيات الفردية المسؤولة عن رقي وتنمية الأعمال والسياحة في المنطقة المحلية وكذلك باعتبارهم ممثلين عن الهيئات المختلفة والشركات المعنية بمواجهة المشاكل التي تثارها وسائل النقل المحلية، إذ استندت الجهة الإدارية في قرارها إلي ما آل إليه توقعها المشروع من خلال مجموع الأنظمة التي تتبناها، والتي تهدف جميعها إلي تنظيم الطرق السريعة وإدارة النقل ووضع الخطط اللازمة للحد من المشاكل المتعددة التي تواجهها وسائل النقل، بعدم الاعتداد بالسياسة المقدمة إليها من قبل المدعيين.

وفي قضائها أيدت المحكمة ما ذهب إليه المدعيين من أن التوقع المشروع - a - legitimate expectation، غير كافي لتوفير الحماية وأنه كان يتعين على الجهة

الإدارية أن تتشاور مع العامة قبل أن تصدر قرارها باستبعاد إدراج السياسة القائمة على توفير الحماية من خلال الخطة المحلية^١.

وفيما يتعلق بسلطة الجهة الإدارية في تعديل خطة استخدام الأرض نجد أنه وفي قضية *Howells v Secretary of State for Communities and Local Government*، قضت المحكمة العليا دائرة المنازعات الإدارية في كلاً من إنجلترا وويلز على أن موافقة الجهة الإدارية (وزارة الدولة للمجتمعات والحكومات المحلية) على منح الترخيص بالتخطيط على الرغم من قيام المفتش الخاص بها من إصدار الإذن بتعديل خطة استخدام الأرض من أرض زراعية إلي مخزن لوضع وتخزين مواد النفايات الخاملة يتوافق وصحيح القانون طالما أن ذلك التعديل لا يسبب إجحاف لكلاً من الطرفين. واستندت المحكمة في ذلك إلي أن السلطة التي مُنحت للمفتش بموجب نص المادة (1)176 من قانون المدينة والريف الصادر عام ١٩٩٠، في منح الإذن بتنفيذ الأعمال المتعلقة بمد وتوسعة استخدامات الأرض، تنطوي ضمناً على منح السلطة للمفتش في تعديل رخصة استخدام الأرض طالما أن ذلك التعديل لا يسبب إجحاف أو ظلم لكلاً من الطرفين^٢.

١ RStamford Chamber of Trade & Commerce and FH Gilman&Cov
Secretary of State for Communities and Local government and South
Kesteven District Council. 2009EWHC719

٢ 2009 EWHC 2757.

وهو ما أكده قضاء المحكمة العليا كذلك في دعوى Ioannou v Secretary of State for Communities and Local Government، اختصم فيها المدعي كل من وزير الدولة للمجتمعات والحكومة، والسلطة المحلية المختصة لإصدارهما إخطار للتنفيذ An enforcement notice، مفاده إخلال المدعي بشروط التصريح المنفق عليها وإلزامه بضرورة اتخاذ ما يلزم من إجراءات (وقف وإزالة الإنشاءات التي قام بها المدعي) من أجل إصلاح الضرر المرتكب والمدة الزمنية التي يتعين عليه التنفيذ خلالها. وذلك لقيامه بتحويل منزل مخصص للأغراض السكنية لعائلة واحدة إلى خمس شقق قائمة بذاتها دون الحصول على إذن التخطيط اللازم من قبل السلطة المحلية المختصة.

هذا وعلى أثر تمسك المدعي بادعائه أمام الجهة الإدارية بأنه في حالة إجباره على التخلي عن استخدامه الحالي للعقار كمنزل سكني وإزالة الشقق المخالفة، فإنه لن يحتاج إلى إذن للتخطيط، لإعادة استخدام المنزل للسكن كمنزل لعائلة واحد، حيث سيقوم بتغيير الغرض من بناء المنزل لاستخدامه في مهن متعددة، وعلى أثر هذا الادعاء قام مفتش السلطة المحلية لتفادي ذلك بإصدار قراره بتعديل إخطار التنفيذ بدلاً من إزالة الخمس شقق سكنية إلى الاكتفاء بإزالة بثلاث شقق سكنية^١.

^١ Ioannou v Secretary of State for Communities and Local Government
2013 EWHC 3945.

حيث ذهبت المحكمة إلى مشروعية الإجراء المتخذ على سند من القول أن ما تضمنه إخطار التنفيذ الأولى والمتعلق بإزالة المبني السكني يتجاوز ما هو مقبول لإصلاح الضرر إلى الحد غير المقبول لما يترتب عليه من فقدان الغرض من البناء كمبنى سكني، وأن ما استتبع ذلك من إجراء للتعديل على ذلك الإخطار من قبل المفتش العام، يتفق ودرجة المعقولية لمعالجة الضرر.

هذا ومن أجل تسريع البت في القضايا الخاصة بالتخطيط من قبل قضاء متخصصين وبهدف تحقيق العدالة الناجزة، جاء تدشين قضاء متخصص للنظر في تلك القضايا دون غيرها، وذلك بموجب تعديل في قانون الإجراءات المدنية عام ٢٠١٤، والذي أنشأ بموجبه محكمة إدارية متخصصة بالنظر في الطعون المقدمة بصدد سياسات التخطيط المحلية في المملكة المتحدة وأذن التراخيص ذات الصلة بها.

حيث جاءت المادة ٥٤ من قانون الإجراءات المدنية بموجب الفقرات (١ - ٢٦)، لتنظم أحكامها، لتتولى النظر من خلال قضاة متخصصين من ذوي الخبرة كافة الدعاوى الخاصة بقرارات التخطيط الصادرة من سلطات التخطيط والتي تشمل على سبيل المثال تصاريح البناء وإنشاءات الطرق وقرارات أوامر الشراء الإجبارية بما في ذلك المراجعة القضائية لسياسات التخطيط التشريعية؛ الإقليمية أو المحلية التي تضعها السلطات المختصة.

وبموجب هذا القانون يتعين رفع الدعوى بصدد المراجعة القضائية لسياسات التخطيط التشريعية أو قرارات التخطيط وطلبات الإذن بالترخيص خلال ٣ أسابيع من تاريخ العلم بالإجراء المطعون ضده، وفيما يخص طلبات الإذن بالترخيص فقد قيد قانون الإجراءات المدنية سلطة المحكمة في الفصل في تلك الدعاوى بمدة زمنية معينة يتعين ألا تتجاوزها وذلك بهدف التعامل بسرعة أكبر مع قضايا التخطيط. ففي ضوء تلك المدة تملك المحكمة المختصة سلطة الفصل في تلك الدعاوى خلال مدة لا تزيد عن شهر من تاريخ رفع الدعوى، في المقابل فقد أتاح التعديل الجديد للمحكمة المختصة الوقت الكاف لإجراء المراجعة القضائية للتشريعات المتعلقة برسم سياسات التخطيط وذلك بمنحها مدة زمنية لا تزيد عن ٦ أشهر من تاريخ تقديم الطلب من أجل البت في الطعون المقدمة بصددها^١.

¹<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part54#11> ,
Last accessed on 13/5/2019.

الفصل الثاني

دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في فرنسا

يعد التخطيط العمراني في فرنسا من أكثر أنواع التخطيط تطوراً خاصة بعد صدور مدونة التخطيط العمراني في فرنسا وما لحقها من تعديلات تشريعية أضفت قيمة كبيرة على هذا المجال، ولعل أهم ما أنت به مدونة التخطيط الحضري وثائق التخطيط والتي أدخل عليها كل من قانون التضامن والتجديد الحضري "la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains" (loi SRU) الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠ وقانون Grenelle II الصادر في ١٢ يوليو ٢٠١٠ تعديلاته عليها لتعني في المقام الأول بحماية البيئة المستدامة.

وتساهم تلك المخططات في إيجاد نوع من التوازن بين توفير أفضل الفرص لممارسة النشاطات المختلفة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والتجارية وبين الاستغلال الأمثل للأراضي من خلال المحافظة على المناطق الزراعية والطبيعية والأثرية. هذا، وتخضع القرارات المتعلقة بمخططات التنظيم في فرنسا إلى نوعين من الرقابة وهم الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء الإداري والرقابة الإدارية التي يمارسها ممثل الدولة. وفي ضوء ما سبق، نتولى تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول

التطور التشريعي للتخطيط العمراني في فرنسا

ارتبط التخطيط العمراني في فرنسا منذ عدة عقود بالحكم المحلي أو النظام اللامركزي أو الإقليمي La régionalisation et ou la décentralisation، فبعد أن فشلت كافة المحاولات، منذ عام ١٩٦٩ لدعم النظام اللامركزي، صدرت العديد من القوانين، وذلك منذ عام ١٩٨٠، والتي تدعم فكرة اللامركزية الإدارية التي بموجبها تم نقل الاختصاصات من الدولة إلى البلديات وإداراتها المحلية، ولاشك أن التخطيط العمراني بما في ذلك تخطيط النقل والسكن يدخل ضمن تلك الاختصاصات، فالأقاليم أو الوحدات اللامركزية بحكم تخصصها تدرّك أكثر من غيرها الموارد الموجودة فيها، كما أنها أدري بالمشاكل والصعوبات التي تواجه ممارستها في التطبيق.

فقبل بداية الثمانيات، كان التطوير العمراني مشتركاً بين الحكومة المركزية والإدارة المحلية على الرغم من الأفضلية التي كانت تتمتع بها الأولى بموجب تقنين التعمير الفرنسي من الناحية العملية في تقرير الأمور التنظيمية مقارنة بالإدارات المحلية والبلديات، إذ كانت الخدمات المحلية الحكومية في الأصل تابعة إلى وزارة الأشغال العامة والنقل والإسكان، حيث كانت تتولى إحدى الإدارات لديها، التابعة لتلك الوزارة DDE، directions departementales de l'équipement، بشكل أساسي المهام المتعلقة بدراسة ووضع خطط التخطيط المحلية والاستراتيجية، وذلك بالتعاون مع السلطات المحلية.

واستمر ذلك الأمر على ذلك النحو إلى أن صدرت قوانين اللامركزية عام ١٩٨٣، حيث تم نقل المهام المتعلقة بالتخطيط للسلطات المحلية ومنحت الأخيرة صلاحيات واسعة في هذا المجال، لتصبح هي المسؤولة عن جميع جوانب التنظيم داخل حدود اختصاصها الإقليمي بالاشتراك مع البلديات المجاورة وممثل عن السلطة المركزية ليقترن دور ممثل السلطة المركزية في التأكد من مراعاة المصلحة العامة في مخططات التنظيم الخاصة بالبلديات^١.

وعليه، فإنه ومنذ أن صدرت قوانين اللامركزية عام ١٩٨٣، تم منح صلاحيات واسعة للبلديات الفرنسية في مجال التعمير، حيث أصبحت الأخيرة تحتكر صلاحيات إعداد مخططات شغل الأراضي وتنظيم استخداماتها ومنح التراخيص بصدد، وذلك تحت إشراف الحكومة المركزية.

ومن ثم، فقد كان الاتجاه القائم هو دعم نظام اللامركزية الإدارية لما يترتب عليه من زيادة وكفاءة تقديم الخدمات العامة المحلية تحت إشراف الحكومة المركزية، ومن ثم كانت المقترحات المتعلقة بالتخطيط وكذلك التنفيذ الحقيقي لها من

1 2009 EWHC 2757 Admin.

اختصاص السلطات اللامركزية باعتبارها أقدر من غيرها على وضع وتنظيم كافة المسائل المتعلقة بالتخطيط العمراني ومن ثم تحقيق أهداف التنمية المستدامة^١.

وفي واقع الأمر تعتبر فرنسا، من أوائل الدول في أوروبا الغربية التي أخذت بمبدأ التخطيط كوسيلة لإعادة التعمير وتنمية الموارد الاقتصادية وذلك بعد الحرب العالمية الثانية^٢. ولم يؤثر اهتمام فرنسا خلال الفترة ما بين الحرب العالمية الأولى

١ A. De laubadere, J. Claude Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administrative, 11e éd, Revue internationale de droit comparé, Année 1991, p. 941.

٢ تم البدء بالتخطيط العمراني بعد الحرب مباشرة تحت إشراف جان مونييه "Jean Monnet"، رئيس مكتب التخطيط في ذلك الحين والذي وضع، بهدف تحديث فرنسا وزيادة الاستثمار، مشروعاً أطلق عليه مشروع مونييه وأشرف على تنفيذه، ويقوم ذلك المشروع في الأساس على استغلال كل من المعونة الأمريكية والمدخرات المحلية للنهوض بالصناعات التحويلية وخاصة الصناعات الأساسية كصناعة الحديد والصلب وصناعة الطاقة والنقل وما إليها، كما يهدف إلي إنشاء وحدات إنتاجية ضخمة، يختار لها أصلح المناطق مع إعطاء القليل من الاهتمام بالوحدات الإنتاجية الصغيرة. وقد نفذ هذا المشروع بين عامي ١٩٤٦ - ١٩٥٠، ثم تبع ذلك المشروع، مشروع السنوات الخمس الثانية ١٩٥١ - ١٩٥٥ ثم مشروع السنوات الخمس الثالثة بين عامي ١٩٥٦ - ١٩٦٠ ثم تخطيط خاص لعام ١٩٦١، ثم مشروع السنوات الخمس الرابع لينفذ بين عامي ١٩٦٢ - ١٩٦٥. وكان من نتيجة هذه الخطة زيادة الإنتاج الصناعي، وما ترتب عليه من زيادة إنتاج الفحم والكهرباء والاسمنت والصلب والصناعات الإستخراجية والصناعات الاستهلاكية مثل السكر والكحول والقطن. وبالإضافة إلي زيادة الإنتاج فقد استهدفت خطط التنمية استغلال الإمكانيات المحلية استغلالاً جيداً، وكذلك تنمية الموارد المحلية إلي أقصى حد ممكن، وقامت الحكومة الفرنسية بمساعدة القطاع الخاص عن طريق التمويل المباشر، وتقديم المعونات المالية والإعفاءات الضريبية مما جعل القطاع الخاص يسير طواعية على النهج

والثانية بالتنمية الاقتصادية على اهتمامها بالتنمية العمرانية وذلك وعلى وجه خاص بعد أن أيقنت فرنسا أن التخطيط العمراني من شأنه أن يسرع بزيادة معدل التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ففي مجال التنمية العمرانية، تزايدت أهمية الجانب القانوني في تخطيط المدن وتعميرها خلال تلك الفترة في فرنسا. ففي الفترة ما بين عامي ١٩١٩ و ١٩٤٣، كانت القواعد الأولى المتعلقة بالتخطيط العمراني في فرنسا تهتم أكثر بتنظيم كافة المسائل المتعلقة بالعقارات بما في ذلك الحصول على التراخيص لتنمية الأرض المراد بنائها وتوفير كافة الخدمات المتعلقة بإمدادات المياه والكهرباء وإنشاء شبكات الصرف الصحي، وإنشاء الطرق المرصوفة، ومن أجل ذلك فقد أصدرت الحكومة الفرنسية عدة وثائق تتضمن وضع خطط للتنمية العمرانية، مثل الخطط الإنمائية للتجميل والتوسع *Plans d'aménagement d'embellissement et d'extension*، وكذلك خطط التجزئة العقارية *Plans d'urbanisme de detail*^١، ومع ذلك فقد أغفلت الخطط

المرسوم، كما أعطي للحكومة نوعاً من الإشراف والتوجيه على المشروعات التي قام بها القطاع الخاص، فاهتمت الحكومة الفرنسية بوضع خطط لتحسين الإسكان فشجعت عمليات البناء ووجهت عناية خاصة إلى تعمير المناطق التي أصابها التخريب أكثر من غيرها.

١ لقد تعددت الدراسات الفقهية التي حاولت تعريف التجزئة العقارية، فقد عرفها الفقيه دولوبادير بكونها "تلك العملية التي تستهدف التقسيم الإداري للملكية عقارية عن طريق البيع والإيجار، لخلق مساكن وحدائق أو مؤسسات صناعية وتجارية، وقد عرفها R. Savy بأنها "تقسيم ملكية عقارية إلى قطع صغيرة يتم بيعها إلى أشخاص يرغبون في تشييد بنايات فوقها، وقد اعتبر البعض التجزئة، وفقاً لـ *Henri Jacqnot* و *François Priet*، تلك العملية الرامية إلى تقسيم الملكية العقارية إلى عدة بقع لإقامة أبنية عليها، إذ تعتبر تجزئة الأرض وفقاً لذلك الاتجاه من

سألقة الذكر العءىء من الأمور واللى انعكس أثارها على البىئة اللى لم تحظى باهتام كبىر فى فرنسا ءلال تلك الفءرة.

وبعد انهاء الحرب العالمة الئانىة؁ شهد ءطور الءطلىط العمرانى فى فرنسا المزىء من الزءم واكءسب قوة وءلك بعد أن شهد ءراءعاً اسءءنائياً ءلال الفءرة اللى طالت

ءصائص ءق الملكىة؁ بل إن عملىة الءءزئة العقارىة ءعد فى أصلها عملىة ءصاة ءنلء لمالءها ءرىة الءصرف. إلا أن هءه الممارسة قء أفرزت بعد الحرب العالمة الأولى على عدة ءجاوزاء ءمءلء فى بىع المءزئ للبقع ءون ءهبلزها؁ الأمر الذى اسءءب ءءءل المشرء. وىظل أول قانون فى فرنسا فى هءا الباب هو قانون "كورنوءى Cornudet" المؤء فى ٠٤ مارس ١٩١٩ الذى نص على ضرورة أن ءعطى الءءزءاء شأنها فى ذلك شأن سكان الجماعات بءصامىم للءهىئة أو للءمىة العمرانىة؁ إلا أن مقءضىاء ذلك القانون ظلت ءبراً على ورق لءىاب الءزاء؁ وبقى قانون ١٢ ءولىو ١٩٢٤ أول ءءظىم ءقى للءءزءاء العقارىة؁ ءلء أءزم المءزئ لأول مره بضرورة الءصول على ءرءىص إءارى مسبق للءأكد من ءهه من كون مشروع المعد للءءزئة العقارىة ىنءرء ضمن مشارىع ءنمىة الءءمع العمرانى وبأن البقع المقءرءة من قبل المءزئ مءهزة ومعدة للبناء وءلك قبل عرضها للبىع.

H. Jacquot, F. Priet, droit de l'urbanisme. 3ème ed., Dalloz, 2000, p. 415.

هءا؁ وبعء قانون الءعمىر المؤء فى ١٥ ءونىو ١٩٤٣ من أهم إلاءلءاء الصاءرة فى ذلك الشأن؁ ءلء نسخ القوانىن السابقة وبلن نطاق ءبلىق قانون الءءزءاء العقارىة مءءداً مضمونها. كما ىءءبر ما ءاء بقانون ٣١ ءىسمبر ١٩٧٦؁ بمءابة رء الاءءار للءءزئة العقارىة بعد الإلاءلءاء اللى ءاء بها فى هءا الشأن مءءبراً إىاها عملىة ءعمىرىة ءصاة ءم ءء مءارءة السلءاء المءلىة؁ كما عمل كلا من قانونى ٠٧ ىناىر ١٩٨٣ ومرسوم ٢٩ مارس ١٩٨٤ على لا مءكزىة ءسلىم رءصه الءءزئة.

H. Jacquot, F. Priet, op. cit., p. 416.

الحروب، فعلى الرغم من المجهودات التي بُذلت خلال تلك الفترة للتعمير والإصلاح، إلا أن كان للدمار الذي خلفته الحروب ونزوح الكثيرين من الريف إلى المدن هذا بالإضافة إلى عودة السكان والمواطنين الأصليين إلى دولهم والرغبة في استقبال الأجانب وتشجيع الاستثمار والحاجة الملحة للبناء والتعمير وغيرها من الأسباب، دافعاً للمشرع الفرنسي لإصدار، عام ١٩٥٤، تقنين التخطيط الحضري أو تنظيم المدن Code de urbanisme والذي مازال سارياً حتى الآن على الرغم من العديد من التعديلات التي أدخلت عليه في السنوات اللاحقة لإصداره بموجب قانون التضامن والتجديد الحضري la "loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains" (loi SRU) الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠، وقانوني «loi Grenelle I» عام ٢٠٠٩ و«loi Grenelle II» عام ٢٠١٠.

وملاحقاً لهذا التطور التاريخي والذي بدأ فعلياً بصور تقنين التخطيط الحضري عام ١٩٥٤، أصدر المشرع الفرنسي في ٣١ ديسمبر ١٩٥٨ مرسوم بقانون رقم Le décret N°58-1464، والذي سمح بمقتضاه ببناء المجتمعات السكنية باعتبارها الوسيلة الوحيدة للخروج من الأزمة التي سببتها المستوطنات السكنية التي كانت معروفة حين ذاك وذلك في ضوء الضوابط والأحكام التي تضمنها تقنين التخطيط الحضري^١.

1 Décret n° 58-1464 relatif aux zones à urbaniser en priorité 31 décembre 1958.

كما استحدث النظام القانوني الفرنسي في ٣٠ ديسمبر ١٩٦٧ القانون رقم 67-1253، والذي أطلق عليه قانون توجيه الأرض (LOF)، la loi d'orientation foncière، والذي ألغي فيما بعد بموجب قانون التضامن وتجديد المناطق الحضرية (loi SRU) relative à la solidarité et au renouvellement urbains الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠، من أجل إستدراك ما أغفله القانون الأول من تطورات تهدف إلى تحقيق آمال التنمية المستدامة.

وقد كان الهدف من صدور قانون توجيه الأرض، هو وضع خطة إستراتيجية تتولى السلطات المحلية من خلالها تنظيم التخطيط الحضري والتنمية العمرانية للمناطق السكنية فحسب، فضلاً عن تنظيم وتنمية المساحات الفضاء¹، من خلال إنشاء المخطط التوجيهي أو ما يعرف بمخطط التنظيم الهيكلي (SD) Schéma Directeur والذي كان يعد الوثيقة الرئيسية للتخطيط والمخطط التنظيمي للتنمية في فرنسا وذلك قبل إلغائها كذلك بموجب قانون (loi SRU).

وقد عمل مخطط التنظيم الهيكلي كوثيقة رئيسية للتنمية من خلال عدة مخططات نص عليها قانون (LOF) كأداة للتخطيط المحلي، مثل الخطة المحلية لإشغال الأراضي (POS) plan d'occupation des sols، والتي تعتبر أحد وثائق التخطيط

1 Loi n°67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière Version consolidée au 29 juillet 2005.

الرئيسية والتي نص عليها قانون توجيه الأرض الصادر عام ١٩٦٧، حيث ساهمت هذه الأخيرة إلى جانب مخطط التنظيم الهيكلي للتنمية (SD) في تنظيم

١ تعتبر الخطة المحلية لإشغال الأراضي POS أحد وثائق التخطيط الرئيسية والتي تضمن قانون سياسة الأرض الصادر عام ١٩٦٧ النص عليها، إلا أنها ألغيت من قبل القانون التضامن وتجديد المناطق الحضرية الصادر ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠، والذي احل محلها الخطط المحلية للتعمر الجديدة PLU وتشتمل على تنظيم القواعد العامة المتعلقة بحقوق استخدام الأراضي وحقوق البناء وحقوق الارتفاق وتنظيم منح تراخيص البناء والتراخيص الأخرى المتعلقة باستخدام الأراضي والصادرة من المجلس البلدي، ويجب أن تشتمل كل خطة محلية للاستخدام الأراضي، وهو جزء أساسي من جميع وثائق التخطيط، على أولاً: عرض تقرير *Le rapport de présentation* يساعد على تفسير السبب المنطقي وراء النص على مختلف القواعد والأنظمة الواردة في الرسم البياني للوثيقة، ويحدد مدى توافقها مع الأهداف التي تخدم المصلحة العامة والتي يسعى واضعي مشروع الوثيقة إلى تحقيقها، ثانياً: وثيقة جغرافية *Le document graphique* وهي وثيقة تقدم في شكل خريطة مدرج فيها الكيفية التي يتم فيها تقسيم الأرض التابعة للمجلس البلدي في المنطقة الحضرية والتي هي في الأساس مناطق أهلة بالسكان، ثالثاً: الأنظمة المعمول بها *Le règlement* ويتضمن تحديد ووصف القواعد المحددة لكل منطقة في وثيقة الرسم البياني، واللوائح المعمول بها. وهو يشمل ١٥ مادة، تم النص عليها بموجب المادة 9-123.R من مدونة التعمر نذكر منها على سبيل المثال المادة العاشرة والتي تضمنت النص على الحد الأقصى للارتفاع المباني وتنفيذ هياكل من المسارات وللشريط الفاصل وشبكات للمياه والصرف الصحي والكهرباء وتحديد أماكن وقوف السيارات، وعلى الرغم من إلغاء الخطة المحلية للاستخدام الأراضي، إلا إنها ومع ذلك ظلت، كما سبق وان اشرنا، جزء أساسي من جميع وثائق التخطيط؛ بما في ذلك خطة الوقاية من المخاطر الطبيعية أو التكنولوجية، وكذلك الضوضاء خطط للحد من التعرض للضوضاء في المطارات وغيرها من مناطق الأكثر عرضة للتعرض للضوضاء مثل الطرق والسكك الحديدية.

Extrait de l'article L 123-1 du Code de l'urbanisme, dans sa rédaction –
initiale.

إشغالات الأرض في فرنسا لمدة ٤٠ عام، وذلك إلى جانب عدد من الخطط الأخرى كالمخطط التنظيمي وإدارة التنمية و directeur d'aménagement et d'urbanisme (SDAU) وخطة التطوير المتضافرة (ZAC) Zone d'aménagement concerté حيث يظهر المخطط الأخير تنظيمًا لمناطق الأنشطة الصناعية والتجارية وكيفيه دمجها في إطار المناطق الحضرية والمراكز السكنية^٢.

Code de l'urbanisme, art L 123-1 dans sa rédaction issue de la Loi - N°76-1285 du 31 décembre 1976.

. Article R 123-18 ancien du Code de l'urbanisme-

١ تشمل الخطة الرئيسية للتنمية الحضرية على قواعد للتخطيط تتجاوز الحدود المحلية، فتشمل تحديد التوجهات الإستراتيجية للأراضي المعنية، وتحديد الغرض العام للاستخدام التربة والمدى الزمني لها.

Institué par la la Loi d'orientation foncière N° 67-1253 du 30 décembre 1967 LOF, les Schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme ont été remplacés par les Schémas directeurs par la Loi du 7 janvier 1983 décentralisation du droit de l'urbanisme.

٢ الخطة الرئيسية للمناطق التعمير المشتركة، أنشئت تلك الخطة بموجب قانون سياسة الأراضي رقم ٦٧-١٩٦٧ وقد حلت محلها خطة التنمية ذات الأولوية zone à urbaniser en priorité ZUP، ونفذت تلك الخطة بداية من عام ١٩٧٠ وتشتمل تلك الخطة على عمليات التخطيط المكاني للقطاعات العامة التي تمتلكها الدولة بما في ذلك المرافق والمنشآت العامة بهدف تحقيق أغراض عامة مثل إعداد خطة للصرف الصحي وخطة للمياه الصالحة للشرب وإنشاء المدارس والمنازل، كما تهدف تلك الخطة إلي تيسير الحوار بين القطاعين العام والخاص للمطورين الذين أظهروا ممانعة كبيرة لـ ZUP

وفي ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ صدر القانون رقم ٧٥-١٣٢٨، والذي منح المجتمعات المحلية الأدوات اللازمة للتدخل عن طريق منح المواطنين الأراضي وفقاً للإجراءات القانونية المتبعة والمنبثقة عن حق الشفعة *preemption*، حيث أجاز ذلك القانون للمجالس البلدية وهي بصدد تنفيذ الخطة المحلية لإشغال الأراضي *plan d'occupation des sols (POS)*، وذلك قبل إلغائها، تقرير حق الشفعة في أي مدينة أو جزء من المناطق الحضرية أو في أي منطقة من مناطق التوسع العمراني في المستقبل كرخصة تعطي للشريك في العقار حق تملكه بذات شروط التعاقد وبها يحل محل المشتري بذات الالتزامات والحقوق حيث تخصيص المناطق وتنظيمها وتقسيمها من حيث الخرائط دون وضع طريقة منهجية أو تخطيط موضوعي للتنمية الشاملة لذلك التنظيم، ودون الاهتمام بالقضايا البيئية ومن ثم أغفل ذلك القانون تحقيق أهداف التنمية المستدامة. حيث بقيت أغلب المدن الفرنسية خلال عقدين دون خطط استراتيجية واضحة أو سياسات للتنمية الحضرية قائمة على مبادئ تصبو نحو تحقيق سياسة التنمية المتواصلة.

هذا، وقد أصدر البرلمان الفرنسي في ٤ فبراير ١٩٩٥ قانون يهدف إلى خلق نوع جديد من الخطة الإستراتيجية تعرف بتوجيهات التنمية أو التهيئة الإقليمية عرف

لتنفيذ الخطة الرئيسية للتعمير، هذا بالإضافة إلى ما سبق فإنها تدعم أيضاً تنفيذ اللامركزية الإدارية لضمان سيطرة الدولة على عمليات التنمية الحضرية وتوحيد تلك العمليات.

art L. 311-1 et L 314-1 du code de l'urbanisme.

بقانون التخطيط الإقليمي (DTA) directives territoriale d'aménagement¹، كأحد السياسات التشريعية لقانون توجيه الأرض، حيث تم إجراء اختبار على سبع مناطق تم اختيارهم لإخضاعهم للقانون سالف الذكر وهما على النحو الآتي: المنطقتان العمرانيتين (Lyon, Marseille) ومنطقتان لمصبات الأنهار (Seine, Loire) والمنطقة الساحلية (French Riviera) والمنطقة الجبلية، (northern Alps) ومنطقة الصناعة والتعدين (region Lorraine) .

حيث عني هذا التخطيط بوصف الشبكات الوطنية للنقل ووضع الضوابط الخاصة بحماية البيئة والمناظر الطبيعية آخذاً بالاعتبار كل الخطط المحلية الواردة في قانون توجيه الأرض (LOF)؛ ليتفادى بذلك القانون (DTA) مسالب قانون (LOF) في إغفالة ضوابط حماية البيئة كجزاً لا يتجزأ من توجيهات التخطيط الإقليمي، ليكمل بأحكامه ذلك الأخير.

ولفرض قواعد أكثر صرامة في توفير الحماية الأمثل للتنمية المستدامة، وفي تطور غير مسبوق، عدل ذلك القانون الأخير - directives territoriale d'aménagement - بموجب قانون توجيه التخطيط والتنمية المستدامة للأراضي la loi d'orientation

1 la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire n°95-115 du 4 février 1995.

l'aménagement et le développement durable du territoire (LOADDT) pour
الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٩٩، والذي عرف بإسم "قانون Voynet .

فمن ناحية، أعطي هذا القانون أولية دائماً لمبادئ التنمية المستدامة عند وضع
خطط التنمية المحلية، ومن ناحية أخرى فقد جاء هذا القانون لتعزيز فكرة
اللامركزية الإقليمية والشراكة المجتمعية عند وضع تلك الخطط.

والشراكة المجتمعية هنا تعني في المقام الأول الشراكة والتعاون بين المدن الصغيرة
والأرياف في وضع خطط التنمية المحلية من جانب والمدن المتوسطة، والكبرى في
وضع تلك الخطط من جانب آخر، هذا ولا يتوقف ما يصبو إليه المفهوم التشريعي
للشراكة عند هذا الحد بل يتعين في ضوء قانون Voynet، إشراك السكان المقيمين
بصورة دائمة في كل من المناطق الإقليمية سالفه الذكر، وذلك عند وضع خطط
التنمية المحلية لإحداث نوع من التضامن الإقليمي في إحداث التنمية المحلية التي
لم تعد محلية بل أصبحت إقليمية.

ومن ثم، فإن خطط التنمية المحلية لن يتم وضعها في ضوء قانون Voynet من قبل
السلطات المحلية للمدن الصغيرة والأرياف من جانب أو المدن المتوسطة، والكبرى
من جانب آخر، إلا عن طريق الشراكة والتعاون فيما بينهم وبين السكان المقيمين
بها بصورة دائمة.

1 la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable
du territoire n° 99-533 du 25 juin 1999.

وبذلك فقد عزز هذا القانون كذلك من الخدمات الجماعية للمجتمعات المحلية الصغيرة والكبيرة على حد سواء والتي تروى إلى تحقيق المصلحة العامة، والقائمة على مبدئين وهما مبدأ المساواة الإقليمية بين تلك المجتمعات المحلية ومبدأ المشاركة المجتمعية للسكان المقيمين بصورة دائمة في المنطقة الإقليمية من خلال تعاونهم وإتاحة الفرصة لهم لمشاركة المجالس المحلية للبلديات والقرى من جانب وشراكة المدن المتوسطة، والكبرى من جانب آخر، بأرائهم وتصوراتهم عند وضع خطط التنمية المحلية في المجالات الآتية : الإسكان ،البيئة، التعليم العالي والبحث، الثقافة، المعلومات والاتصالات، الصحة، الطاقة، نقل المسافرين ونقل البضائع، المساحات الطبيعية والريفية.

ويتضح من ذلك، دور ذلك القانون في تعزيز الشراكة المجتمعية للمجتمعات المحلية عند وضع خطط التنمية المحلية في المجالات المختلفة والتي تضع ضمن أولويتها مبادئ التنمية المستدامة. فبموجب هذا القانون ثم إدماج مشاريع التنمية المحلية في وثائق التخطيط تحت المسؤولية المشتركة للمجالس المحلية. حيث تهدف هذه المشروعات أساساً إلى تعزيز التضامن بين المدن الصغيرة والأرياف والمتوسطة والكبرى. وتحدد توجهاتها في مجالات التنمية والانسجام الاجتماعي والعمران والنقل والإسكان والبيئة.

فالاستراتيجية المعتمدة بعد مناقشات طويلة في البرلمان في مايو، ١٩٩٠ اتخذت لنفسها أربعة أهداف رئيسية: وهي تعزيز المناطق الريفية بجعلها أكثر تضامناً

وتتظيمها إن أمكن حول البلدات والمدن الصغيرة، وتشجيع إشراك التجمعات السكانية، وتطوير شراكة المدن المتوسطة، والكبرى وهو ما ينعكس بالإيجاب على التخطيط الإقليمي لفرنسا. ففي ضوء هذا القانون أصبحت التنمية المحلية هي تنمية إقليمية تضامنية شاملة للدولة بأكملها.

وقد توالى بعد ذلك العديد من القوانين التي تنحو نحو دمج أهداف التنمية المستدامة ضمن مخططات التهيئة العمرانية، وعلى الرغم من عدم إنكارنا لفاعلية القوانين سألنا الذكر في توجيه السلطات المحلية في فرنسا نحو تأطير سياسات التخطيط الحضري ووضع معالمها في ضوء مبادئ التنمية المستدامة، إلا أننا نرى أن البداية الحقيقية للتنمية الحضرية في فرنسا قد تزامنت مع صدور قانون التضامن والتجديد الحضري "la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains" (loi SRU) الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠، والذي فنن حزمة من الأدوات وأساليب التخطيط والتجديد الحضري والتي كان لها العديد من الإسهامات في تنظيم وتطوير مجالات التخطيط العمراني في إطار مبادئ التنمية المستدامة^١.

فإلى جانب قانون Voynet، جاء قانون (loi SRU)، لتعزيز تنظيم أدوار اللامركزية الإقليمية والخدمات المحلية للدولة على مستوى جميع مناطقها الإقليمية، ولينشأ أول وكالة وطنية للتجديد الحضري Agence Nationale pour la Rénovation Urbaine

1 la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains n°2000-1208 du 13 décembre 2000.

(ANRU)، باعتبارها مؤسسة عمومية ذات صبغة اقتصادية، تتولى تقديم المعلومات ومنح المساعدات المرتبطة بتنفيذ برامج التجديد والتضامن الحضري.

ويهتم ذلك القانون بتنظيم الشبكات الوطنية لتنمية النقل والمرافق الوطنية العامة وحماية المناظر الطبيعية والبيئة، كما يحدد أيضاً العناصر التي يتعين على السلطات المحلية أخذها في الاعتبار عند وضع كافة الخطط المحلية.

فضلاً عما سبق، فقد كان لصدور ذلك القانون عظيم الأثر في تعديل تقنين التخطيط الحضري Code de urbanisme الصادر عام ١٩٥٤، وتعديل ما سبق وأن أسلفناه من وثائق التخطيط، ليضع بدلاً منها الوثائق الخاصة بالتهيئة العمرانية، على النحو المبين لاحقاً في المطلب الثاني من ذلك المبحث¹.

فكما سبق وأن أسلفناه، فإنه على الرغم من العديد من التعديلات التي أدخلت على تقنين التخطيط الحضري، إلا أنها مازالت سارية حتي الآن، فهي تعد من أبرز القوانين الصادرة بشأن تخطيط المدن وتعميرها، فقد أرست تلك المدونة مجموعة من القواعد التنظيمية لاستخدام الأراضي، كما تطرقت إلى العديد من المسائل ذات الصلة مثل وضع معايير للبناء والإسكان، ووضع أنظمة وخطط للتنمية المحلية، كما عُنيت بتنظيم عملية منح التراخيص للأراضي المعدة للبناء والإنشاء، هذا فضلاً عن اهتمامها بوضع معايير للصحة العامة لتنظيم الأنواع المختلفة من

1 J.-F. Guet, French urban planning tools and methods renewal, ISoCaRP congress 2005, p.2.

الأنظمة الصحية، كما عُنيت بإدراج نصوص لقانون البيئة تهدف إلى تحقيق التوازن بين متطلبات التخطيط العمراني والملائمة البيئية¹.

وتعتبر المادة L.110 من تقنين التخطيط الحضري من أهم نصوص تلك المدونة، إذ تضمنت النص، وذلك قبل تعديلها في يناير ٢٠٠٩، على أن: "الأراضي الفرنسية هي التراث المشترك للأمة وتتولى كل وحدة عامة إدارته وضمانه في حدود اختصاصها الإقليمي من أجل تنظيم مجالات الحياة، لضمان ظروف أفضل لحماية الأجيال الحاضرة والمستقبلية دون تمييز، وتوفير العمالة والخدمات وتطوير وسائل النقل لمواجهة الاحتياجات المتنوعة وتعزيز الموارد، وإدارة الأراضي بطريقة اقتصادية، تضمن حماية البيئات الطبيعية والمناظر الطبيعية فضلاً عن الأمن والسلامة العامة وتعزيز التوازن بين السكان الذين يعيشون في المناطق الحضرية والريفية"².

١ حظيت البيئة باهتمام كبير في فرنسا مع بداية التخطيط والتنمية الحضرية، فعلى الرغم من أن أول قانون متعلق بالبيئة صدر في فرنسا يرجع إلى عام ١٩٧٦، إلا أنه ومع ذلك كان هناك ارتباطاً وثيقاً بالقوانين المتعلقة بالتخطيط والتنمية الحضرية وحماية البيئة وعلى وجه خاص تلك النصوص المتعلقة بحماية المواقع والتراث التاريخي، غير أنه وبعد حوالي عشرين سنة مضت وبصدور إعلان ريو دي جانيرو، راعت كافة التشريعات الصادرة بما في ذلك تشريعات التخطيط العمراني المبادئ الرئيسية للتنمية المستدامة.

.J.-F. Guet, op. cit., p.2

2 Code de l'urbanisme, .article L.110: "Le territoire français est le patrimoine commun de la Nation. Chaque collectivité publique en est le

وحدثاً، فقد عدلت المادة سالفة الذكر من قبل قانون « Loi Grenelle I » الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٩، تم استكمال الجزء الثاني منه في ١٢ يوليو ٢٠١٠ بالقانون la loi dite Grenelle II¹، ليكون مكملاً لتقنين التخطيط الحضري، حيث أضاف الجزء الأول من ذلك القانون على المادة السابقة من تقنين التخطيط الحضري عدة أمور ليتسع نطاقها لتشمل الموضوعات المتعلقة بحماية البيئة وتمييتها المتواصلة، إذ تضمنت النص على ما يلي:

"الأراضي الفرنسية هي التراث المشترك للأمة وتتولى كل وحدة عامة إدارته وضمانه في حدود اختصاصها الإقليمي من أجل تنظيم مجالات الحياة، لضمان ظروف أفضل لحماية الأجيال الحاضرة والمستقبلية دون تمييز، وتوفير العمالة

gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace".

1 Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

والخدمات وتطوير وسائل النقل لمواجهة الاحتياجات المتنوعة وتعزيز الموارد، والإدارة الفعالة للأراضي، والحد من انبعاثات الغازات المسببة للاحتباس الحراري، وكذلك الحد من استهلاك الطاقة، وتوفير الموارد الحفرية لضمان حماية البيئات والمناظر الطبيعية، والمحافظة على التنوع البيولوجي، وتعزيز التنمية المستدامة والأمن والسلامة العامة والمحافظة على التوازن بين السكان القاطنين في المناطق الحضرية والريفية، وترشيد حركة تغيير الأماكن والإقامة والتنسيق مع الإدارات العامة في نطاق الاحترام المتبادل لاستقلالها وتوقعاتها وقدراتها المتعلقة باستغلال أراضيها¹.

1 Article L.110, Code de l'urbanisme, En savoir plus sur cet article...
Modifié par LOI n°2009-9 67 du 3 août 2009 – art. 8: "Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, de réduire les émissions de gaz à effet de serre, de réduire les consommations d'énergie, d'économiser les ressources fossiles d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la biodiversité notamment par la conservation, la restauration et la création de continuités écologiques, ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones

على هذا النحو، فإن قانون غرونيل الأول - loi Grenelle I - يسعى إلى تعزيز تكامل أفضل لتخطيط السياسات العامة كأداة للتنمية والإدارة المستدامة للأراضي لتطوير الأعمال التجارية، والنقل والإسكان بما يكفل تحقيق الحماية الفعالة للتنمية المستدامة، حيث يضع أحكامًا مكملًا لوثائق التخطيط documents d'urbanisme والتي ورد النص عليها في تقنين التخطيط الحضري le code de l'urbanisme، للنظر في الأمور المتعلقة بالبيئة، وأهمها:

- مكافحة ظاهرة الاحتباس الحراري.

- الحد من انبعاثات الغازات الدفينة.

- مكافحة الزحف العمراني.

- الكفاءة في إدارة المساحات الفضاء والموارد.

- المحافظة على التنوع البيولوجي وضمان الاستمرارية البيئية.

urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace. Leur action en matière d'urbanisme contribue à la lutte contre le changement climatique et à l'adaptation à ce changement".
<http://www.senat.fr/leg/pjl08-155.pdf>.

ومما سبق يتضح، أنه وفي ضوء التعديل التشريعي الذي أدخل على نص المادة L.110 من تقنين التخطيط الحضري بموجب قانون Grenelle I، تمتلك سلطات التخطيط المحلية في فرنسا القدرة على المشاركة الفعالة في حماية البيئة والسيطرة على التلوث معتمدة في ذلك على سلطات التخطيط التي منحت لها بموجب نص المادة السابقة.

كما تلتزم السلطات المحلية، وفقاً لتقنين التخطيط الحضري، بتنفيذ وثائق التخطيط العمراني - documents d'urbanisme¹ - التي تضمنها ذلك الأخير، كمخططات الترابط الإقليمي ومخططات الإعمار المحلية والى ما ذلك من مخططات البلديات، حيث عهد القانون إلى السلطات المحلية بمهمة وضع تلك المخططات موضع التنفيذ، على أن تلتزم وهي بصدد تنفيذها لتلك المخططات بمراعاة كافة الضوابط والأحكام العامة المشتركة والتي يتعين أن يشملها أي مخطط تم ذكره بموجب تقنين التخطيط الحضري.

وهو ما يتوافق مع نص المادة ٤ من قانون loi Grenelle II ، والذي تضمن النص على ضرورة تثبيت معدات أو مواد لتوليد الطاقة المتجددة من خلال تركيب أسطح

1 les documents d'urbanismes sont des documents publics, plans, schémas, programmes et cartes qui cadrent l'aménagement et l'urbanisme à l'échelle d'un territoire ou d'un pays.

خضراء فيما يعرف بالبناء الأخضر^١، لتجنب انبعاثات الغازات المسببة للاحتباس الحراري، فتعزيز العمل في مجال التخطيط العمراني يساهم في مكافحة تغير المناخ والتأقلم مع التغيرات المناخية التي قد تحدث.

كما حرصت المادة الخامسة من القانون السابق على التأكيد على أهمية القيام بمشروعات النفع العام (PIG) de projet d'intérêt général وتنفيذ المباني والأشغال، والمرافق اللازمة لتحقيق هذا في ضوء مبادئ التنمية المستدامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنفيذ توجيهات التخطيط الإقليمي والتنمية المستدامة، والتي تهدف في الأساس إلي حماية البيئة الطبيعية والزراعية وأراضي الفضاء المعرضة للمخاطر.

١ مصطلح البناء الأخضر green building يشير إلي بناء صُمم وشُيد بطريقة مستدامة وفعالة. وتوجد بعض المعايير الدولية التي تُمنح من المؤسسات المختصة لقياس مدى توافق المبني مع البيئة وإمكانية تصنيفه ضمن المباني الخضراء. والمباني الخضراء تعتمد على تقنيات البناء التي تراعي البيئة واستهلاك الطاقة والاستدامة في المواد المستخدمة. ومنها ما يعتمد على المواد الأولية في البناء ويحرص على استخدام ما هو في محيط بيئة المكان مثل البناء بالترية المدكوكة أو الأكياس الرملية، ومنها ما يعتمد على تقنيات حديثة للحفاظ على الطاقة وتوليدها وإعادة تدويرها باستخدام حلول متقدمة تعتمد على الطاقة الشمسية، والمياه المستصلحة، ومصادر الطاقة المتجددة. وهدف تلك المباني هو التقليل إلى درجة كبيرة أو الحد من الأثر السلبي للمباني على البيئة وعلى شاغلي المبني.

For more information about Green Building review : **F. Ching, Ian M. Shapiro**, Green Building Illustrated, 1st. ed., Wiley press, 2014, p.103.

المبحث الثاني

وثائق التخطيط والتعمير في فرنسا

تعد مخططات التعمير في فرنسا أحد أهم أدوات التنمية الحضرية المستدامة لمواجهة آثار التحضر المتزايدة على المستوى الإقليمي والمحلي. وتتنوع مخططات التنظيم والتي تم وضعها بموجب التشريعات الحالية وفق ما تتطلبه معايير الاستدامة على المستوى الحضري وذلك حسب الهدف من إنشائها والنطاق الجغرافي الذي تغطيه هذه المخططات على المستوى المحلي والإقليمي أو القومي، وهذا ما يدل على إدراك أهمية ومدى الوعي تجاه مفهوم التنمية الحضرية المستدامة والمخطط المستدام.

ويمكن تعريف مخططات التنظيم بأنها المخططات الصادرة عن السلطات العامة المختصة التي تتضمن الشروط الخاصة بتنظيم الأراضي وكيفية استخدامها والسياسات العامة والمحلية المتعلقة بالنشاطات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والزراعية وأمور السير والاسكان وأماكن التنزه والسياحة والمرافق العامة ومكافحة التلوث وصيانة وحماية الأبنية والأماكن الطبيعية والأثرية والطبيعية. ويمكن إجمال تلك الأدوات على النحو الآتي:

أولاً: مخطط الترابط الإقليمي (SCOT) les schemas de coherence tertitoriale :

فيصدر قانون التضامن والتجديد الحضري، تم استبدال مخطط التنظيم الهيكلي (SD)، والذي تم النص عليه بموجب قانون توجيه الأرض (LOF) الملغي، بمخطط

الترباط الإقليمي (SCOT) Schéma de Cohérence Territoriale، المنظم للإتجاهات الرئيسية للتجديد الحضري في فرنسا. وهو المخطط المعتمدة حاليًا في فرنسا كوثيقة تخطيط لا مركزية معتمدة على مستوى كل مدينة من مدن فرنسا. على النحو الذي يعتبر معه ذلك المخطط المرجع الأساسي لكافة وثائق التخطيط العمراني المحلية الصادرة عن البلديات المختلفة سواء على مستوى البلدية الواحدة أو مجموع البلديات ضمن النطاق الإداري للمدينة الواحدة، كما يتضمن مخطط الترباط الإقليمي (SCOT) دليل إرشادي (PADD) قابل للتطبيق على الاستخدامات المستدامة للأرض والتنمية الرئيسية، فضلاً عن المشروعات الخاضعة للترخيص من أجل الاستغلال الاقتصادي والتجاري والصناعي.

وبذلك، يعتبر هذا المخطط أداة تصميم وتنفيذ للتخطيط الاستراتيجي طويل الأجل (حوالي ٢٠ عاماً) بين البلديات، يضع أسسه وضوابطه في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة، يتم وضعه من قبل ممثلين منتخبين من قبل البلديات، والمسؤولين عن إعداد الوثيقة والموافقة عليها إلى جانب ممثلين عن الحكومة المركزية والمجالس الإقليمية، يتم وضع ذلك المخطط بالتشاور مع الإدارات العامة المختصة ذات الصلة بالتخطيط الاستراتيجي كإدارات النقل والصحة والبيئة والاتصالات والطرق والمياه والكهرباء والطاقة وما إلى ذلك. وذلك مع تعزيز دور المشاركة الشعبية للسكان المحليين في ابتداء اقتراحاتهم بشأن مخطط الترباط

الإقليمي، كأساس لمبدأ الشفافية والحوار والمسائلة. وينشر المخطط بعد الموافقة عليه في الجرائد الرسمية¹.

ويحدد تقنين التخطيط الحضري، المعدل بموجب قانون التضامن والتجديد الحضري، مخطط (SCOT) وذلك بموجب المواد 1- R.141 وما يليها. وقد صمم هذا المخطط للحد من الانتشار الحضري غير المستدام إذ يحدد على مستوى عدد من البلديات أو تجمعات البلديات المشروعات الإقليمية المتوقعة المزمع إجرائها على ذات المستوى الإقليمي لمجموع البلديات الخاضعة لخطة الترابط الإقليمي بالاتفاق فيما بينهم لغاية الجمع بين جميع السياسات القطاعية لاسيما الإسكان والتنمية التجارية والنقل وتنسيق المناطق الخضراء والتنوع البيولوجي وتشجيع التصميم الحضري المستدام والحث على استعمال الطاقات المتجددة المحلية.

ففي ضوء المادة 1- L.122 من تقنين التخطيط الحضري المعدلة بموجب قانون التضامن وتجديد المناطق الحضرية الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠، توضح مخططات الترابط الإقليمي الحلول الضرورية واللازمة لمواجهة التوقعات الاقتصادية والسكانية المحتملة وبيان الإحتياجات المتطلبة في مجال تطوير الإقتصاد والبيئة وتحقيق التوازن الاجتماعي في الإقليم وتنظيم وسائل النقل وحركة نقل البضائع وتنفيذ البنية التحتية وتقديم الخدمات العامة.

1 <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/le-scot-un-projet-strategique-partage-pour-le-developpement-de-lamenagement-dun-territoire> , Last accessed 28/2/2019.

فمن أجل وضع مشروعات قائمة على التنمية المتواصلة، تسعى مخططات الترابط الإقليمي إلى احترام المبادئ التي حددتها المواد L.121 و L.110 من تقنين التخطيط الحضري، وهي مبدأ التوازن والتجديد الحضري والذي يهدف إلى تحقيق أكبر قدر من المواءمة بين المناطق الحضرية والعمرانية بما في ذلك التجارية والحرفية والمناطق الطبيعية والزراعية، ومبدأ التنوع الاجتماعي والذي يهدف إلى تحقيق التوافق الاجتماعي للسكان وبناء المساكن التي تتلاءم مع مختلف الطبقات السكانية، وأخيراً مبدأ الحفاظ على البيئة المستدامة والذي يهدف إلى حماية المناظر الطبيعية وتلافي المخاطر التي تهددها. من خلال تنظيم وإعادة تنظيم المناطق الحضرية، وتحديد الآثار المتوقعة لهذه التوجهات على البيئة وسبل الحد من أثارها.

كما أشارت المادة L.122-1 من تقنين التخطيط الحضري إلى ضرورة أن تأخذ مخططات الترابط الإقليمي في الاعتبار مشروعات البنية التحتية الخاصة بالدولة والوحدات المحلية والمؤسسات والخدمات العامة. كما اشترطت المادة سالفه الذكر ضرورة انسجام مخططات وبرامج خدمات التنمية الحضرية مثل برنامج الإسكان المحلي (PLH) Programme Local de l'Habitat ، ومخطط التنقل والحركة Plan de déplacements urbains (PDU) ومخطط الطاقة للإقليم المناخي (PCET) le plan climat-énergie territorial، وخطط التراث المعماري Val le plan de gestion du site de Loire inscrit au patrimoine mondial de l'UNESCO، ومخططات التعلية العقارية وخطط إدارة مخاطر الفيضانات والزراعة المستدامة مع مخططات الترابط الإقليمي

المكملة لها وذلك في ضوء المواد L.121-2 و L.123-1-9 و L.123-1-10 -1 من تقنين التخطيط الحضري.

ومن ثم، ومن كل ما سبق يظهر وبجلاء دور قانون التضامن والتجديد الحضري والذي ساعد على ترسيخ قواعد وأدوات للتخطيط ترمي جميعاً إلي وقاية البيئة من حدوث الضرر، إذ يهدف ذلك القانون - وبوجه عام - إلي تحقيق الأهداف الآتية:

الهدف الأول: التخطيط لسياسات أكثر تناسقاً وتجديد الأدوات وأساليب التخطيط بما يتلاءم مع متطلبات حماية البيئة وتنمية وتطوير المجتمع وهو ما يعد في واقع الأمر الهدف الرئيسي من قانون التضامن والتجديد الحضري.

الهدف الثاني: هدف الإسكان، إذ يهدف القانون السابق إلي تحقيق المزيد من التضامن في المناطق السكنية، ومن ثم فقد حدد قانون التضامن والتجديد الحضري نسبة ٢٥ % من المناطق المحلية لكل مشترك من الإدارة المحلية تخصص هذه النسبة للسكن الاجتماعي.

الهدف الثالث: حماية وتنمية سياسات النقل الحضري والمرتبطة بشكل أفضل وواضح مع سياسات التخطيط، فالتقليل أو الحد من الزحف العمراني من خلال تطوير وسائل النقل العامة هو هدف مشترك أيضاً وذلك باعتبار أن تطوير التنمية الحضرية ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة مع دعم وتبني تطوير وسائل النقل العامة.

وبذلك، يعتبر مخطط الترابط الإقليمي في ضوء هذا القانون أداة تصميم وتنفيذ للتخطيط الاستراتيجي المشترك لتوجيه تطور البلاد كجزء من مشروع التطوير والتنمية المستدامة كما يشكل بالمقابل إطار للسياسات القطاعية المختلفة سالفه الذكر، كما أنه يضمن بالتالي عملية التكامل والانسجام للوثائق المشتركة بين القطاعات المختلفة والخطط المحلية أو خرائط التخطيط البلدي، وذلك كله في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة، ويتضمن هذا المخطط ما يلي من وثائق:

١ - وثيقة للمبادئ التوجيهية العامة:

إذ يشتمل هذا المخطط على مجموعة من المبادئ التوجيهية العامة التي تهدف إلى تنظيم وإعادة هيكلة المساحات الحضرية الخاضعة لها وتحقيق التوازن العام بين المناطق الحضرية والمناطق الطبيعية والزراعية والغابات على مستوى البلديات الخاضعة لمخطط الترابط الإقليمي، بما في ذلك تحديد المساحات المقررة للمناطق الطبيعية والزراعية والحضرية وعلى وجه الخصوص تحديد أهداف التوازن الاجتماعي للإسكان الاجتماعي، وتحقيق التوازن بين التوسع العمراني وإنشاء خدمات النقل العام والمعدات والحرف التجارية، واختيار المواقع المفضلة للمحلات التجارية، وحماية المناظر الطبيعية عند تطوير مداخل المدينة مع الإشارة إلى التدابير اللازمة للوقاية من المخاطر.

٢ - وثائق تخطيط وإدارة المشاريع للتنمية المستدامة *Projet d'aménagement*

et de développement durable (PADD).

وتعد وثائق تخطيط وإدارة المشاريع للتنمية المستدامة (PADD) أداة متميزة لتعزيز النمو الاقتصادي، بل وأكثر من ذلك فقد اعتبرها البعض أفضل ما أتى به قانون التضامن والتجديد الحضري المعدل لأحكام تقنين التخطيط الحضري. وترمي هذه الوثائق إلى رسم التوجهات الرئيسية التي يتعين أن تلتزم بها البلديات كدليل استراتيجي وسياسي فهي مخصصة للحد من الانتشار الحضري من خلال التنسيق بين التنمية والنقل وتنسيق المناطق الخضراء والتنوع البيولوجي وتشجيع التصميم الحضري المستدام واستعمال الطاقات المتجددة المحلية.

ففي ضوء المادتين L.123-1-3 ، R.123-3 من تقنين التخطيط الحضري، تعد PADD آلية هامة جداً لتحسين وتطوير طرق جديدة للتخطيط العمراني من أجل القيام بالأعمال والمشروعات التي تتلاءم مع متطلبات تحقيق التنمية المستدامة، وغالبًا ما يتم إجراء مشاورات أو إجراء المنافسات لاختيار الشركات الأكثر تخطيطاً لإعداد خطط عمل تلك مشروعات، وتجري المنافسة في الأساس على أساس المقارنة بين الأساليب والطرق المقترحة لتنفيذ تلك الخطط في ضوء أهداف تحقيق التنمية المتواصلة.

٣- تخطيط التنقل في المناطق الحضرية Plan de déplacements urbains

(PDU):

نشير في البداية إلى أن تنظيم هذا المخطط إنما جاء بموجب المادة 1-1214.L وما يليها من قانون النقل الذي عني، في إطار محيط النقل الحضري، بكل ما هو ذو صلة بتنظيم نقل الركاب، والبضائع، وحركة المرور ومواقف السيارات¹.

هذا، وقد تضمن قانون Grenelle II لعام ٢٠١٠، المعدل لأحكام تقنين التخطيط الحضري، النص على PDU، كجزء من الخطط أو المستندات التي يجب أن تكون -إن أمكن - متوافقة قانونياً والأهداف الخاصة بمخطط الترابط الإقليمي^٢.

ففي ضوء مخطط الترابط الإقليمي، يعتبر التنقل الحضري المستدام هو الهدف الرئيسي من ذلك التخطيط، والذي يصبو نحو تقليص العبء البيئي الذي تتحمله الدولة بسبب النقل والمواصلات، من خلال الحد من حركة السيارات والبحث عن وسائل بديلة للنقل.

وقد وضع قانون التضامن والتجديد الحضري في سبيل تحقيق ذلك خطة لتنظيم حركة نقل الركاب والبضائع، والالتزام بمواصفات وسائل النقل البري والبحري لضمان السلامة.

1 L'article L.1214-1 du Code des transports

2 Voir Art. L. 122-1-15. du code de l'urbanisme, créé par l'article 17 de la loi Grenelle II sur Légifrance.

وهو ما استوجب وضع بدائل وأساليب وطرق جديدة لشبكات التنقل، وعلى وجه خاص تحديد وتنظيم المسارات والطرق المخصصة لركوب الدرجات، هذا فضلاً عن تنظيم مسارات للمشبي، وتنظيم أماكن انتظار السيارات، وتنظيم أماكن مرور شاحنات النقل الكبيرة، والحث على ضرورة تعاون السلطات المحلية مع شركات القطاع الخاص لمواجهة المسالب التي يواجهها تنظيم النقل والتنقل في المناطق الخاضعة لاختصاصها الإقليمي.

٤- برنامج الإسكان المحلي (PLH), Programme local de l'Habitat :

يعد برنامج الإسكان المحلي (PLH) ، في فرنسا، الأداة الرئيسية لتنظيم سياسة الإسكان على المستوى المحلي والمحددة بموجب المواد من L302-1 إلى L.302-9-2 من قانون البناء والإسكان Code de la construction et de l'habitation¹.

وكما هو الحال في تخطيط التنقل في المناطق الحضرية فقد تضمن قانون Grenelle II الصادر عام ٢٠١٠، والمعدل لأحكام تقنين التخطيط الحضري بموجب المادة 14 -1-122 L. منه، النص على هذا البرنامج، كجزء لا يتجزأ من مخطط الترابط الإقليمي.

1 Article L302-1 , Code de la construction et de l'habitation , Modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 – art. 148 Modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 – art. 183

ويهدف هذا البرنامج في ضوء مخطط الترابط الإقليمي les schemas de coherence tertitoriale (SCOT)، إلى وضع برنامج مفصل للإسكان المحلي، يسري لمدة ست سنوات، يتم وضعه من قبل رؤساء البلديات أو ممثلوهم، يرمي إلى تحديد الأهداف والسياسات المطلوبة لتلبية احتياجات الإسكان والسكان، وتشجيع التجديد الحضري وتحسين أداء الطاقة المتجددة في مجال الإسكان وتيسير إمكانية وصول الأشخاص ذوي الإعاقة إلى البيئة العمرانية وضمان توزيع متوازن ومتنوع لإمدادات الإسكان والسكن الاجتماعي بين البلديات والأحياء في نفس البلدية.

ويشمل البرنامج كذلك تشخيصاً لأداء أسواق وحالة الإسكان، الخاص والاجتماعي، الفردي والجماعي. كما يشمل كذلك تصنيفاً للمساكن التي سيتم بناؤها في ضوء تقييم الوضع الاقتصادي والاجتماعي للسكان الحاليين والمستقبليين. على أن يحدد هذا التصنيف بشكل خاص المعروض من مساكن الإيجار الاجتماعي استجابة للاحتياجات الخاصة للأشخاص الذين يعانون من ظروف اقتصادية سيئة.

كما يتضمن هذا البرنامج تحديداً لإجراءات إعادة تأهيل الأحياء القديمة المتدهورة. وتنفيذ وتقييم إجراءات التجديد الحضري ومراقبة استخدامات الأراضي، لا سيما الحد من التحضر وآثاره السلبية من حيث استهلاك المناطق الزراعية والطبيعية، تجريف التربة، وتشويه المناظر الطبيعية، والحد من انبعاثات الغازات الدفيئة، وفقاً لأهداف PDDA.

وتأخذ هذه الأهداف والمبادئ في الاعتبار التطورات الجغرافية والاقتصادية، وتقييم احتياجات السكان الحاليين والمستقبليين، وخدمات النقل والمرافق العامة، والحاجة إلى مكافحة الزحف الحضري، وخيارات التنمية المستدامة التي يحددها مخطط التماسك الإقليمي، بالإضافة إلى خطة عمل للإدارات المعنية بسكن وإقامة الفئات الأكثر احتياجا من الفقراء وذوي الإعاقة وكبار السن، ومخطط الإدارات لاستقبال المسافرين.

ومن ضمن آليات تنفيذ هذا البرنامج هو وضع برنامج زمني في صورة تعاقد، مدته ست سنوات، بين الدولة وبين السلطة المحلية ممثلة في البلدية، لتمويل مباني المساكن الاجتماعية، تعاونها في ذلك شركات القطاع الخاص مثلها في ذلك مثل شركات القطاع العام. على أنه لا يتعين في جميع الأحوال ألا تزيد نسبة المساكن الاجتماعية عن ٢٥ % من المخطط الإقليمي الحضري للبلدية.

وبذلك، يحدد Programme local de l'Habitat, (PLH) بشكل خاص الأراضي، التي يتعين من خلالها تنفيذ برنامج الإسكان المحلي، عدد وأنواع المساكن التي سيتم بناؤها؛ الجدول الزمني المتوقع لبناء المساكن وإطلاق مشاريع إدارة المجتمع؛ المبادئ التوجيهية المتعلقة بتطبيق أحكام قانون تخطيط المدن، لصالح بناء المساكن. إجراءات وعمليات التجديد الحضري مثل هدم وإعادة بناء المساكن الاجتماعية، والتدخلات التي يتعين تقديمها في الوحدات السكنية المتدهورة، وخطة

لإعادة ترميم التراث العمراني، والتدابير الضرورية التي يتعين اتخاذها لتحسين الجودة الحضرية للأحياء المعنية والخدمات المقدمة للسكان.

٥- مخطط الطاقة للإقليم الجوي المناخي le plan climat-énergie territorial (PCET):

تضمن المرسوم رقم ٢٠١٦-٨٤٩ الصادر في ٢٨ يونيو ٢٠١٦، النص على إنشاء هذا المخطط، والذي فرض التزاما على عاتق كافة السلطات المحلية والإقليمية بضرورة وضع هذا المخطط بعين الاعتبار عند رسم سياسة التخطيط والتجديد الحضري. وبوجه خاص عند إعداد مخططي الترابط الإقليمي (SCOT)، والخطة المحلية للتعمير (PLU).

والهدف من هذا المخطط الموحد هو تعزيز دور السلطات المحلية والإقليمية في مكافحة تغير المناخ عند إعداد مخططات التنمية الحضرية، لاسيما دمج تلك المخططات بمخطط الطاقة للإقليم الجوي والمناخي.

وفي ضوء هذا المخطط تلتزم كل بلدية بتنفيذ تلك الخطة المناخية على نطاق أراضيها، من أجل ضمان جودة الطاقة والهواء والمناخ. والحد من انبعاثات الغازات الدفيئة، والتحكم في استهلاك الطاقة، والحث على استخدام الطاقة المتجددة، مع تشجيع التكيف على تغير المناخ على المدى القصير والمتوسط والطويل.

ويرمي هذا المخطط إلى بناء نهج تشاركي بين صناع القرار، وجميع خدمات السلطات المحلية وجميع الجهات الفاعلة في الإقليم (المجتمعات والجهات الفاعلة الاجتماعية والاقتصادية والجمعيات والشركات والجامعات والسكان¹).

ثانياً- مخططات التخطيط المحلية²:

وبالنظر إلى أهمية ذلك النوع من المخططات باعتباره أداة للتخطيط المحلي على مستوى البلديات، جاءت دراستنا لذلك النوع من المخططات من خلال تناول إجراءات إصداره والوثائق التي يتعين أن تتضمنها، وذلك على النحو الآتي³:

١-أنواع مخططات التخطيط المحلية:

تنقسم مخططات التخطيط المحلية إلى نوعين وهما الخطط المحلية للتعمير (PLU) Plans locaux d'urbanisme والتي تسري على المستوى الإقليمي للبلدية الواحدة، وما يعرف بالخطط المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات Les Plans locaux intercommunaux (PLUI) ، والتي تسري على المستوى الإقليمي لمجموعة من

1 F. Bertrand et M. Amalric, L'élaboration des politiques climatiques locales : usage et portée d'un dispositif de concertation, Vol. 8, n°2, Juillet 2017, p. 12.

2 Articles L.121-1 et suivants, L.123-1 et suivants, R.121-1 et suivants et R.123-1 et suivants du Code de l'Urbanisme.

3 Articles L.121-1 et suivants, L.123-1 et suivants, R.121-1 et suivants et R.123-1 et suivants du Code de l'Urbanisme.

البلديات، فبعد أن كان التخطيط يجري على المستوى الإقليمي للبلدية الواحدة، أصبح التخطيط الحضري يجري على قدم وساق على المستوى الإقليمي لمجموعة من البلديات في إطار تنظيمي خاص، لتصبح الأخيرة بديلاً عن الأولى وذلك بعد انتهاء المدة الزمنية لنفاذ الأولى، بهدف توحيد ودمج على مستوى النطاق الإقليمي المشترك لعدد كبير من البلديات، الخطط المحلية للتخطيط الحضري والتي لن يكون وضعها، إلا في ضوء تحقيق أهداف ومبادئ التنمية المستدامة، ليساهم بذلك التخطيط الحضري المستدام في تكريس التواصل بين المجتمعات المحلية في المنطقة المشتركة. وهو ما يمكن تناوله على النحو الآتي:

أ- الخطط المحلية للتعمير (PLU) *Plans locaux d'urbanisme*

ففي ضوء قانون التضامن والتجديد الحضري الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠، والمعدل لأحكام تقنين التخطيط الحضري، حلت الخطة المحلية للتعمير محل الخطة المحلية لإشغال الأراضي (POS) *plan d'occupation des sols*.

وتعد هذه الوثيقة، وثيقة التخطيط الرئيسية على المستوي المحلي؛ حيث تغطي مساحة كبيرة نسبياً على مستوى الاختصاص الإقليمي للبلدية، لتتولى في ضوئها وضمن نطاق اختصاصها، ممارسة الصلاحيات التي يخولها إياها القانون سواء في تنفيذ متطلبات المنفعة العامة الواردة في الخطة أو في منح التراخيص المتعلقة بتنفيذ المشروعات الواردة بها والخاضعة لسلطانها.

وفي الواقع، لا تتبع البلدية سياسة السلطة المطلقة في وضع تلك الخطة، فسلطاتها في ذلك مقيدة بضرورة مراعاة الضوابط التي حددتها الخطة الاستراتيجية للترابط الإقليمي SCOT ، وبالمثل القيود التي أحدثتها التطورات التشريعية التي تم إدخالها على تقنين التخطيط الحضري على وجه الخصوص بموجب كل من « loi Grenelle I »^١، وقانون «loi Grenelle II» والتي أصبحت كذلك جزء لا يتجزأ من الخطة الاستراتيجية للترابط الإقليمي SCOT.

ومن ثم، أدى وضع الخطة المحلية للتعمير في ضوء الخطة الإستراتيجية للترابط الإقليمي SCOT إلى تعزيز لتخطيط الشامل والمتكامل للتنمية الاستراتيجية المتكاملة والذي يتضمن عناصر التكامل الأفقي والإجراءات التشاركية لمجالس التنمية المحلية.

وبذلك، تحدد مخططات التعمير المحلية الاحتياجات الخاصة بالمناطق الإقليمية للبلديات من مجالات الإسكان والعمل والصحة الحالية منها والمستقبلية، بما في ذلك الخدمات العامة الأخرى كالنقل والكهرباء والاتصالات والصرف الصحي واحتياجاتها من الطاقة المتجددة وشبكات المياه، مع الأخذ في الاعتبار الاستخدامات الزراعية للأراضي في مجالات القطاع الزراعي والأراضي ذات الجودة العالية في مجال إنتاج المواد الغذائية، وتحديد المناطق التي تصلح

١ بشأن التطورات التي أدخلها قانون « Loi Grenelle I » على تقنين التخطيط الحضري راجع ص من ذلك البحث.

للاستخدام التجاري والصناعي وكذلك المناطق المعرضة للكوارث الطبيعية المتوقعة، والتجهيزات الأولية لمواجهتها.

وكذلك، تلتزم البلدية بالأحكام العامة الواردة في تقنين التخطيط الحضري ولاسيما المادة 1-121. L، وما يليها^١، والتي تشترط مراعاة كافة الشروط التي تكفل تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

وعليه، فقد نصت المادة 1-121. L من تقنين التخطيط الحضري على أن تحدد المخططات المذكورة الضوابط اللازمة لتأكيد ما يلي^٢:

١ بشأن المادة 1-121. L من تقنين التخطيط الحضري راجع ص من ذلك البحث.

2 "L'ensemble des documents de planification doivent respecter les prescriptions générales définies à l'article L. 121-1 du Code de l'urbanisme, qui leur imposent de déterminer les conditions permettant d'assurer: L'équilibre entre le renouvellement urbain, un développement urbain maîtrisé, le développement de l'espace rural, d'une part, et la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des espaces naturels et des paysages, d'autre part, en respectant les objectifs du développement durable ; La diversité des fonctions urbaines et la mixité sociale dans l'habitat urbain et dans l'habitat rural, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, notamment commerciales, d'activités sportives ou culturelles et d'intérêt

أولاً: التوازن بين تطوير المناطق الحضرية ومراقبة وإدارة التنمية الحضرية، وتطوير المناطق الريفية من جهة، والمحافظة على المساحات المخصصة للزراعة والغابات وصون المناطق الطبيعية والأثرية، واحترام أهداف التنمية المستدامة من جهة أخرى.

ثانياً: التنوع في الوظائف الحضرية والاجتماعية من خلال مزج المساكن الحضرية والمساكن الريفية، وإعادة تأهيلها وبناء القدرات لتلبية، من دون تمييز، احتياجات الأجيال الحالية والمستقبلية وذلك فيما يتعلق بالسكن والأنشطة الاقتصادية، بما في ذلك الأنشطة التجارية والرياضية والثقافية وحماية المصلحة العامة والمرافق العامة، وذلك مع ضرورة مراعاة التوازن بين العمل والسكن ووسائل النقل وشبكات المياه.

général ainsi que d'équipements publics, en tenant compte en particulier de l'équilibre entre emploi et habitat ainsi que des moyens de transport et de la gestion des eaux ; Une utilisation économe et équilibrée des espaces naturels, urbains, périurbains et ruraux, la maîtrise des besoins de déplacement et de la circulation automobile, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des écosystèmes, des espaces verts, des milieux, sites et paysages naturels ou urbains, la réduction des nuisances sonores, la sauvegarde des ensembles urbains remarquables et du Patrimoine bâti, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature". Droit de l'urbanisme en France.

ثالثاً: الاستخدام الأمثل والفعال والمتوازن للموارد الطبيعية، والمناطق الحضرية والضواحي والمناطق الريفية، وحركة المرور ووسائل النقل البرية والجوية، والحد من انبعاثات الغازات الدفيئة، والسيطرة على إنتاج الطاقة والحث على استخدام مصادر الطاقة المتجددة. والمحافظة على الهواء النقي والماء والتربة وباطن الأرض، والمحافظة على النظم الإيكولوجية، والمساحات الخضراء، والبيئات والمواقع والمناظر الطبيعية أو الحضرية، والحد من التلوث الضوضائي، والحفاظ على التراث العمراني المتميز، والوقاية من الكوارث الطبيعية المتوقعة، والمخاطر التكنولوجية.

ومن ناحية أخرى، فقد خولت المادة 1-121.L للدولة حق مراقبة احترام المبادئ الواردة في تقنين التخطيط الحضري ومراعاة المشاريع المتعلقة بالمصلحة الوطنية وأوجبت على المحافظ تبليغ البلديات ومؤسساتها بالمعلومات الضرورية والدراسات الفنية التي تملكها الدولة في مجال توقع المخاطر وحماية البيئة لممارسة صلاحياتها في مجال التخطيط والتنظيم.

ومن التطبيقات القضائية التي تؤكد ضرورة تضمين الخطط المحلية للتعمير لمتطلبات المادة 1-121.L من تقنين التخطيط الحضري، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي، في دعوى ضد بلدية Commune of Porto-Vecchio، بضرورة توافق خطة (PLU) التابعة لبلدية Porto-Vecchio مع الأحكام السارية في المادة 1-121.L من تقنين التخطيط الحضري، والتي تنص على ضرورة أن تحدد كل من خطة الترابط

الإقليمي (SCOT)، وخطة التعمير المحلية (PLU) وغير ذلك من خرائط مجتمعية، الشروط اللازمة لضمان تحقيق التوازن بين التجديد الحضري والتنمية الحضرية، وتنمية الأراضي الريفية، من ناحية، والحفاظ على المناطق المخصصة للأنشطة الزراعية والحرجية وحماية المساحات الطبيعية والمناظر الطبيعية، من ناحية أخرى، وذلك كله في ضوء احترام أهداف التنمية المستدامة.

ففي ضوء رقابته على الخطأ الواضح في التقدير، خلص قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى انتهاك بلدية Porto-Vecchio لضوابط هذه المادة عند وضعها خطة التعمير المحلية (PLU)، لا سيما بعدما سمحت تلك الخطة بإمكانية التركيز الحضري والنمو السكاني عالي المستوى والمستمر على طول ساحل Porto-Vecchio، بأكمله وذلك على حساب المناطق النائية، فلم تراعي تلك الخطة التوازن بين التنمية الحضرية للبلدية والحفاظ على المساحات والمناظر الطبيعية، ليصبح الخلل الذي اعترى الخطة المحلية (PLU) للبلدية واسع النطاق لدرجة أنه قوض المتطلبات الناتجة عن أحكام المادة 1-121 L. من تقنين التخطيط الحضري. ليصبح حجم الخلل الناشئ عن هذا الانتهاك، كافياً للقضاء بعدم مشروعية الخطة المحلية لبلدية Porto-Vecchio للتعمير، لانتهاكها الأهداف المحددة في المادة 1-121 L. من التقنين¹.

1 Conseil d'État, 6ème - 1ère SSR, 09/11/2015, 372531, Publié au recueil Lebon.

واستنادا إلى الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي ذهب جانب من الفقه، إلى ضرورة توافق خطة PLU مع الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها أحكام المادة L.121-1، من أجل ضمان التوازن بين التجديد والتنمية الحضرية الخاضعة للرقابة، وإعادة هيكلة المساحات الحضرية، وتنشيط المراكز الحضرية والريفية، وذلك من جانب، والاستخدام الاقتصادي للمساحات الطبيعية، والحفاظ على المناطق المتأثرة بالأنشطة الزراعية والحرجية، وحماية المواقع والبيئات والمناظر الطبيعية من جانب آخر¹.

وأخيرا، فقد أكد ذلك الجانب من الفقه على ضرورة أن تتضمن خطة PLU الشروط اللازمة للحفاظ على المجتمعات الحضرية الرائعة والمباني التراثية، بالإضافة إلى توفير احتياجات التنقل دون إغفال جودة المناطق الحضرية والمعمارية والمناظر الطبيعية، لا سيما مداخل المدينة. وفي جميع الأحوال، يجب أن يؤول المغزى من تنفيذ هذه الأهداف إلى تحقيق التنمية المستدامة للأراضي المعنية.

ب-الخطة المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات Les Plans locaux intercommunaux (PLUI):

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00003146660>

[1http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/02/14/cercle_151796.htm#FpvmFVPdvK WR03Q.99](http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/02/14/cercle_151796.htm#FpvmFVPdvK WR03Q.99). Last accessed 14/8/2019.

إلى جانب الخطة المحلية للتعمير (PLU) Plans locaux d'urbanisme السارية على المستوى الإقليمي لكل بلدية، فقد أدخل قانون Grenelle II الصادر في ١٢ يوليو ٢٠١٠ تعديلاً على تقنين التخطيط الحضري لينص كذلك على الخطة المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات Les Plans locaux intercommunaux (PLUI)، ففي ضوء المادة L.123-1-1-1 من تقنين التخطيط الحضري، يتم وضع تلك الخطة المشتركة على المستوى الإقليمي لمجموعة من البلديات. على أن يقع تنظيمها على عاتق المؤسسة العامة للتعاون بين البلديات والتي يتضمن تشكيلها ممثلين من المجالس المحلية للبلديات المختلفة المشتركة في الخطة المحلية حيث تتم الموافقة على الخطط المحلية من قبلهم.

وبذلك، تمتلك المؤسسة العامة للتعاون بين البلديات اختصاصها بإعداد مخطط للتنظيم الحضري بين البلديات، حيث هناك مخطط مشترك من الخطط الحضرية المحلية، والذي يشكل الخطة المشتركة بين البلديات، تتضمن هذه الخطة تحديداً لقواعد إشغال الأراضي الخاضعة للإقليم المشترك، والتي على أساسها سيتم إصدار تصاريح لاستخدام الأراضي من قبل رؤساء البلديات، وذلك بعد اعتماد الخطة من قبل المؤسسة العامة للتعاون بين البلديات.

وعلى الرغم من إبقاء قانون Grenelle II على الخطط المحلية الفردية للبلديات الصادرة قبل نفاذ هذا القانون أو تلك التي تم اعتمادها حتى ١ يناير ٢٠١٦، حيث أبقى على سريانها حتى ذلك التاريخ، إلا أنه وبموجب هذا التعديل فإنه يتعين، وبعد

ذلك التاريخ، أن يتم وضع الخطط الحضرية المحلية، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 1-123 L. من تقنين التخطيط الحضري، من قبل مؤسسة التعاون بين البلديات العامة بحيث لا تنفذ هذه الخطط بدون موافقة ممثلي البلديات بتلك المؤسسة. من أجل توحيد ودمج على مستوى النطاق الإقليمي المشترك لعدد كبير من البلديات، الخطط المحلية للتخطيط الحضري والتي لن يكون وضعها، إلا في ضوء تحقيق أهداف ومبادئ التنمية المستدامة.

ومثل خطة التعمير المحلية، فإنه يتعين أن يُراعى عند وضع الخطة المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات وذلك على مستوى الإقليمي المشترك فيما بينهم، الأحكام العامة الواردة في المادة 1-121 L.، من تقنين التخطيط الحضري، والتي تصبو إلى تعزيز المحافظة على المناطق الزراعية في المنطقة المشتركة، والطابع الريفي للإقليم المشترك وتعزيز حماية التراث الطبيعي والأثري وجودة الحياة والمناظر والمناطق الطبيعية الرئيسية، بما في ذلك ضمان الإستدامة البيئية، وذلك فيما يخص جميع الأراضي الرطبة الواقعة في المنطقة المشتركة.

كما يتعين أن تتضمن الخطة المحلية المشتركة تحديداً لحدود تطور التمدن عن طريق الحفاظ على المساحات الزراعية والطبيعية والمناظر الطبيعية في المناطق الإقليمية الخاضعة للخطة المشتركة والحد من استهلاك المساحات الخضراء، وتشجيع التجديد الحضري في الإقليم المشترك من خلال إعادة بناء المساحات المبنية بالفعل وتنظيم التكتيف الحضري بالنسبة لتلك المساحات.

وبالمثل، ومع مراعاة ما تضمنته المادة 1-121.L، من تقنين التخطيط الحضري، فإنه يتعين أن تعمل خطة التعمير المشتركة على تعزيز المراكز الحضرية من خلال توفير السكن الملائم الذي يمكن الوصول إليه بيسر، وتوفير مرافق الخدمة الاقتصادية، السياحية، الصناعية، التجارية، والزراعية من أجل مواكبة النمو بشكل مستدام ولخدمة المراكز الحضرية، وربطها مع المباني السكنية بشبكة من خطوط النقل العام.

وأخيراً، تراعي خطة التعمير المشتركة مدى ملائمة التطوير الحضري مع مخطط شبكات المياه والصرف الصحي، والكهرباء وتحديد المحاور الرئيسية للنقل وتوفير البنية التحتية للطرق لتيسير حركة الإقليم في المنطقة المشتركة، وتحديد مناطق وقوف السيارات، وشبكة النقل العام (السكك الحديدية، أو الحافلات)، وتحديد طرق للمشاة وركوب الدرجات، وتعزيز النشاط الاقتصادي بالتوافق مع تعزيز الحضري والنمو السكاني، وتعزيز جاذبية القطاعات الاقتصادية المختلفة للإقليم (الزراعة، الحرف، التجارة، الصناعة، السياحة...) في تكامل الأقطاب المجاورة. وبذلك يساهم التخطيط الحضري المستدام في تكريس التواصل بين المجتمعات المحلية في المنطقة المشتركة.

وفي سبيل تحقيق ذلك، فإنه يتعين أن تخضع الخطة المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات (PLUI)، بما في ذلك الخطة المحلية للتعمير PLU، وذلك في ضوء المادة 9-1-123.L من قانون التخطيط الحضري، إلى التسلسل الهرمي للخطط لضمان

تكامل أفضل بين السياسات العامة للحضارة والنقل والإسكان، وبالتالي يجب أن يتوافق ذلك النوع من الخطط المحلية مع الوثائق الأعلى منها، مثل: مخطط الترابط الإقليمي (SCOT) ، وما يتضمنه من مخططات ووثائق مثل مخطط التنقل والحركة (PDU)، وبرنامج الإسكان المحلي (PLH) ، والمخطط العام لإدارة المياه وإدارتها، ومخطط الطاقة للإقليم الجوي المناخي (PCET) le plan climat-énergie territorial، ومخططات التراث المعماري¹.

1 De plus, conformément à l'article L.123-1-9 du code de l'urbanisme, le PLU est assujéti à la hiérarchie des normes et doit ainsi être compatible, avec les documents supra-communaux, comme :

- le Schéma de Cohérence Territoriale SCOT,
- le Plan de Déplacements Urbains PDU,
- le Programme Local de l'Habitat PLH,
- le schéma directeur et le schéma d'aménagement et de gestion des eaux, SDAGE Loire-Bretagne 2010-2015
- le schéma régional de cohérence écologique élaboré à l'échelle régionale avant le 13 juillet 2011
- le plan climat-énergie territorial élaboré avant le 31 décembre 2012
- le schéma départemental d'accueil des gens du voyage
- le plan de gestion du site Val de Loire inscrit au patrimoine mondial de l'UNESCO..

وبالإضافة إلى الخطط سالفة الذكر، تعتبر وثائق تخطيط وإدارة المشاريع للتنمية المستدامة (PADD) *Projet d'aménagement et de développement durable* هي الحجر الأساسي في التطبيق العملي لمخططات التعمير المحلية، مثلها في ذلك مثل خطة الترابط الإقليمي وما سلف من برامج ومخططات، إذ يتجسد دورها في رسم التوجهات الرئيسية التي يتعين أن تلتزم بها البلديات كدليل استراتيجي وسياسي، فهي مخصصة للحد من الانتشار الحضري من خلال التنسيق بين التنمية والنقل وتنسيق المناطق الخضراء والتنوع البيولوجي وتشجيع التصميم الحضري المستدام واستعمال الطاقات المتجددة المحلية.

٢- إجراءات إصدار الخطط المحلية للتعمير:

في جميع الأحوال، يتم إعداد مخطط التعمير المحلي من قبل مجلس البلدية تحت إشراف رئيس البلدية حيث لا يتم بدأ العمل بما تضمنته إلا بعد موافقته عليها، أو من قبل مدير مؤسسة التعاون فيما بين البلديات إذا كانت البلدية قد أوكلت إليه ذلك، وذلك فيما يخص الخطة المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات، وفي مثل هذه الحالة الأخيرة تنتقل صلاحية رئيس البلدية للموافقة على الخطة إلى مدير مؤسسة التعاون فيما بين البلديات، بينما تنتقل صلاحيات المجلس البلدي لاعتماد الخطة إلى مؤسسة التعاون فيما بين البلديات.

وبحسب نص المادة 15-123 R من تقنين التخطيط الحضري، وما يليها فإن إعداد المخطط المحلي للتعمير يبدأ بقرار يصدر من المجلس البلدي يحدد بموجبه طريقة

تعاون الأشخاص العامة غير الدولة في إعداد المخطط ويعلن هذا القرار لمدة شهر في البلدية أو في مركز المؤسسة التعاونية فيما بين البلديات وفي البلدية المعنية إذا كان صاحب الصلاحية هو مؤسسة التعاون فيما بين البلديات مع التتويه على ذلك بصورة بارزة في جريدتان رسميتين توزعان في الإقليم.

وفي ضوء المادة 3-112 L. من تقنين التخطيط الحضري، فإنه لا يمكن الموافقة على الخطة المحلية للتعمير إلا بعد أخذ رأي غرفة الزراعة، وعند الاقتضاء، المؤسسة الوطنية لمراقبة الجودة والمركز الإقليمي لملكية الغابات خاصة عندما يتوقع تخفيض المناطق الزراعية أو مناطق الغابات لحساب التوسع العمراني، وذلك دون إغفال المشاركة الشعبية للسكان المحليين في إبداء آراءهم بشأن الخطة المقترحة.

هذا، ويحال قرار المجلس البلدي فيما يتعلق بمخطط التعمير المحلي أو قرار مؤسسة التعاون فيما بين البلديات وذلك فيما يتعلق بالخطة المحلية للتنمية المشتركة بين البلديات، والمتضمن إنشاء مخططات التخطيط الحضري على المستوى المحلي إلى مفوض الحكومة الذي يحدد بدوره مع رئيس البلدية أو رئيس مؤسسة التعاون فيما بين البلديات كيفية تعاون مؤسسات المواصلات العامة وما إلى ذلك من مؤسسات عامة معنية بالطرق والكهرباء والمياه مع المجلس البلدي، ويكلف مفوض الحكومة مدير مكتب الدولة المعني بالإعمار والتنظيم بتأكيد المعلومات الواردة في القرار وتوزيع الملحقات الضرورية إلى مؤسسات الدولة

المعنية في الأماكن التي سينفذ فيها مخطط تنمية الأراضي لبدأ العمل بالمخطط ووضعه موضع التنفيذ.

كما أن على مفوض الحكومة، في ضوء المادة 1-126 L من تقنين التخطيط الحضري، أن يبلغ رئيس البلدية أو رئيس مؤسسة التعاون فيما بين البلديات خلال ٣ شهور من تاريخ إحالة قرار المجلس البلدي أو تلك المؤسسة بإنشاء الخطط المحلية للتعمير، عن التوجهات الإقليمية في التنظيم وقوانين التنظيم والإعمار وارتفاقات المصلحة العامة المطبقة في الإقليم ومشروعات النفع العام الأخرى، كما يبلغه عن الحد الأدنى من المشروعات المنتظرة في مجال السياسة المحلية للإسكان أخذاً في الاعتبار البرنامج المحلي للإسكان، إذا كان موجوداً.

هذا، وبعد مضي سنة واحدة من تاريخ الموافقة على الخطة الفردية، أو الجماعية، واعتمادها، فإنه يتعين في ضوء المادة 1-126 L من تقنين التخطيط الحضري، نشر الخطة ذاتها فضلاً عن ما تضمنته من مرفقات مرفقة بالخطة على البوابة الوطنية لتخطيط المدن المنصوص عليها في المادة 1-129 L من التقنين¹.

1. Article L126-19, Modifié par Ordonnance n°2013-1184 du 19 décembre 2013 – art. 1 Modifié par LOI n°2014-366 du 24 mars 2014 – art. 133 V .

٣- وثائق خطط التعمير المحلية:

بحسب نص المادة R.123-1 وما يليها من تقنين التعمير الفرنسي، فإن مخططات التعمير المحلية المقدمة من قبل البلدية أو مؤسسة التعاون فيما بين البلديات يجب أن تشمل على تقرير عرض، يوضح المشروع الحضري التنموي وأثره على التنمية المستدامة بالإضافة إلى وثائق أخرى تشمل رسومات للتنفيذ وإرشادات لتخطيط الأحياء ووسائل النقل والقطاعات الصناعية والتجارية، عند الاقتضاء، بالإضافة إلى ملاحق تبين مجمل ما سبق من مخططات¹.

وعليه، فقد تضمنت مخططات التعمير المحلية في ضوء أحكام تقنين التخطيط الحضري النص على عدة وثائق رئيسة يتعين أن تشملها وهي: تقرير عرض، الأنظمة واللوائح المتعلقة بها، مخططات توضيحية. إذ يتعين أن يشمل كل منهم على الوثائق ذات الصلة والمحددة بموجب تقنين التخطيط الحضري. ويمكن توضيح هذه المرفقات وذلك على النحو الآتي:

(أ): فيما يتعلق بتقرير العرض للخطة المحلية للتعمير: فإنه ينبغي أن يتضمن في ضوء تقنين التخطيط الحضري على ما يلي:

1 Article R123-1 En savoir plus sur cet article. Modifié par Décret n°2006-1683 du 22 décembre 2006 – art. 1 JORF 28 décembre 2006 en vigueur le 1er février 2007.

- ١- تحليل الحالة الأولية للبيئة وآفاق تطورها من خلال الكشف، عن خصائص المناطق التي من المحتمل أن تتأثر بشكل كبير بتنفيذ الخطة، وأثر وضع المخطط موضع التنفيذ على تطورها والإجراءات المتخذة لتحقيق ذلك.
- ٢- شرح للتطورات البشرية والاقتصادية والاجتماعية والسكانية والعمالية والبنية التحتية والخدمات العامة ووسائل النقل.
- ٣- تضمين المخطط لمختلف مساحات الأراضي المراد إشغالها للأغراض العمرانية وغيرها من مساحات الأراضي المخصصة للأغراض الطبيعية والزراعية وغيرها.
- ٤- تحديد الخيارات التي اتخذت لإنشاء مشروع التخطيط الحضري وترسيم الحدود وتحقيق أهداف التنمية المستدامة، وشرح أسباب اختيار المناطق المقترحة.
- ٥- تحليل الآثار الجسيمة المتوقعة عند تنفيذ الخطة البيئية والعواقب المحتملة لاعتماد الخطة لحماية المناطق ذات الأهمية الخاصة بالبيئة.
- ٦- تحديد الإجراءات اللازمة لتطوير النواحي العمرانية في حدود الاختصاص الإقليمي للبلدية والشروط التي تمكن البلدية من السيطرة على النواحي العمرانية في المستقبل.

٧- التأكيد على أن مضمون المخطط يحترم الاتفاقات المتعلقة بالمصلحة العامة ولا يتناقض مع مشروعات النفع العام الجاري تنفيذها، ومتفق مع التوجهات العامة للتنظيم ومع القوانين المتعلقة بالإعمار والتنظيم.

٨- ما يفيد خضوع الخطة الحضرية المحلية لدراسات تقييم الأثر البيئي وفقاً للمواد L. 121-10 وما بعدها. فيقيم على أثارها تأثير توجهات الخطة المحلية على البيئة ويكشف عن السبل التي يتعين أخذها في الاعتبار عند وضع الخطة للاهتمام بصون البيئة وتطويرها على النحو الذي يكفل تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

فبالنظر إلى أهمية إجراء هذه الدراسات في تعزيز سبل الحماية إلى التنمية المستدامة فقد أجرى قانون Grenelle ، تعديلاً وذلك بموجب المادة الثامنة منه على نص المادة L. 121-10 من تقنين التخطيط الحضري، التي تضمنت النص على الخطط المحلية للتعمير، فبموجب ذلك النص لا يمكن إجراء التخطيط والتنمية المستدامة دون أن يسبقه إجراء دراسات لتقييم الأثر البيئي d'une évaluation d'environnementale، وهو ما يضمن وبلا شك تحقيق أفضل حماية للبيئة، من

1 Cet article procède à une modification de l'article L. 121-10 en prévoyant que les plans locaux d'urbanisme qui intègrent les dispositions des plans de déplacement urbains et les directives territoriales d'aménagement et de développement durable ne peuvent être adoptés sans avoir été précédés d'une évaluation

خلال وضع أهداف حماية البيئة ضمن أهداف خطط التعمير والتنمية. وهو ما حرص القضاء الوطني الفرنسي على تأكيده.

ففي دعوي قضائية يتلخص مجملها في الطلب المقدم من المجلس المحلي لبلدة D'OUDEZEELE إلى المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٨ يوليو ٢٠٠٦، بإلغاء الحكم الصادر من المحكمة الإدارية، بناء على الطلب المقدم من رابطة نحو حياة أفضل في بلدة Oudezeele « Bien Vivre à Oudezeele »، وذلك بشأن إلغاء ترخيص البناء الصادر من المجلس المحلي وتعديل الترخيص الصادر منه في ذلك الخصوص في ٥ نوفمبر ٢٠٠٢ و ٤ سبتمبر ٢٠٠٣ إلى منشأة EARL Staelen، بإقامة حظيرة للدواجن لإصداره الترخيص دون استيفاء المنشأة المذكورة للمتطلب الخاص بإجراء دراسة لتقييم الأثر البيئي.

حيث ذهب المجلس المحلي في ادعاؤه إلى أنه على الرغم من أن تلك المنشأة لم ترفق بطلب منح الترخيص المقدم إليه ما يفيد القيام بإجراء دراسة لتقييم الأثر

environnementale. PROJET DE LOI URGENCE DÉCLARÉE, portant engagement national pour l'environnement, PRÉSENTÉ au nom de M. François FILLON, Premier ministre Par M. Jean-Louis BORLOO, ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire Annexe au procès-verbal de la séance du 12 janvier 2009.

<https://cms.law/fr/FRA/Publication/Grenelle-II-Quels-changements-apportés-au-plan-local-d-urbanisme-PLU>, last accessed 16/3/2019.

البيئي لبناء حظيرة الدواجن، إلا أنها بدلاً من ذلك قد أرفقت ما يفيد القيام بتلك الدراسة، عند تقديمها للمجلس المحلي، خطة إشغال الأرض plan d'occupation des sols، وهو ما استتبع صدور الأمر بتشغيل المنشأة المذكورة من قبله.

ومن ثم، فإنه وفقاً لادعاء المجلس المحلي، فإنه ليس هناك من ضرورة لإرفاق هذه الدراسة بطلب منح الترخيص، رغم ما تتطلبه المادة 2-421 R. من تقنين التخطيط الحضري من ضرورة القيام بتلك الدراسات قبل منح الترخيص للمنشأة بالبناء، طالما تم تقديمها خلال فترة لاحقة كجزء من أحد أهم متطلبات التصريح بالبناء (خطة إشغال الأرض) ولهذا فمن غير المناسب، وفقاً لادعاء المجلس المحلي رفض منح الترخيص لبناء منشأة هامة للإهمال في القيام بدراسات تم تقديمها فيما بعد إلى الجهة الإدارية¹.

وفي دفاعها ذهبت رابطة « Bien Vivre à Oudezeele » إلى أن ما ذهب إليه المجلس المحلي من تبرير بأنه لا يؤثر على شرعية رخصة البناء عدم قيام منشأة EARL Staelen¹ بإجراء دراسات لتقييم الأثر البيئي طالما تم إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون تخطيط المدن في فترة لاحقة، إنما هو أمر غير مقبول منذ أن كان طلب الحصول على ترخيص بناء منشأة مصنفة للجمهور، وفقاً لما

1 Cour administrative d'appel de Douai, 1re chambre – formation à 3 ter, 12/04/2007, 06DA01023, Inédit au recueil Lebon.

تتطلبه المادة 1-122 R. 1، من قانون البيئة يتعين أن يسبقه أولاً القيام بإجراء دراسات لتقييم الأثر البيئي ولو قبل المجلس المحلي بإرفاق تلك الدراسات كجزء من خطة إشغال الأرض أو جعلها متاحة للجمهور.

فالإجراءات اللاحقة المتخذة من قبل المنشأة للحفاظ على البيئة، والتي كان يتعين اتخاذها جميعها في وقت سابق على استصدار رخصة البناء، لا يمكن أن تكمل النقص الذي ارتكبته منشأة EARL Staelen من عدم الوفاء بالمتطلب الخاص بضرورة القيام بدراسات تقييم الأثر البيئي أو الإهمال المنسوب إلي المجلس المحلي بعدم المطالبة بالقيام بمثل تلك الإجراءات قبل منح الترخيص، وذلك على وجه خاص بعدما أعربت إدارات خدمات الإطفاء والإنقاذ (SDIS) عن تحفظها بممارسة تلك الأنشطة لتخوفها من المخاطر التي قد تتعرض لها السلامة العامة.

وينظر تلك الدعوي ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى ما يلي:

أولاً: أنه بالنظر إلي المادة 2-421 R. من تقنين التخطيط الحضري فإنه يتعين أن يتضمن الملف المرفق بطلب تصريح البناء، إجراء دراسة لتقييم الأثر البيئي للنشاط المزمع إجراءه كلما تطلب الأمر ذلك.

1 Code de l'environnement, Art. R. 122-1 Décr. no 2011-2019 du 29 déc. 2011, art. 1er Les études d'impact préalables à la réalisation de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements prescrites par la présente section sont réalisées sous la responsabilité du pétitionnaire ou du maître d'ouvrage.

ثانيًا: أنه ووفقًا للمادة الثالثة من المرسوم رقم ١١٣٣-٧٧ الصادر في ٢١ سبتمبر عام ١٩٧٧، فإنه يتعين أن يرتبط مضمون دراسة تقييم الأثر البيئي ببيان لأهمية المنشأة المقترحة وآثارها المتوقعة على البيئة، كما إنه من أجل حماية المصالح المشار إليها في المواد L. 511-1, L. 211-1 من تقنين البيئة فإنه يتعين أن تشمل أي دراسة لتقييم الأثر البيئي، في ضوء المادتين السابقتين، على متطلبات مهمة أغفلت المنشأة المعنية ذكرها في التقرير المقدم منها^١.

١ بخصوص متطلب دراسة التأثير على البيئة، فهي كما حددتها المادة الثالثة من المرسوم رقم ١١٣٣-٧٧ الصادر في ٢١ سبتمبر عام ١٩٧٧ والمواد L. 511-1, L. 211-1، Art. R. 5-122 من تقنين البيئة الفرنسي، يتعين أن تستوفي المتطلبات الآتية:

١- إجراء تقييم أولى للموقع والبيئة المحيطة به متضمنًا الموارد الطبيعية والطبيعة الزراعية، والغابات، وأماكن الصيد والمناطق الترفيهية، فضلاً عن الأصول المادية والتراث الثقافي والتي يمكن أن تتأثر جميعها بالمشاريع المزمع إقامتها.

٢- تقييم الآثار المباشرة وغير المباشرة، المؤقتة والدائمة، على المدى القصير والمتوسط والطويل، لممارسة المشروعات المقترحة على البيئة وخصوصًا في المواقع المتضمنة للمناظر الطبيعية والحياة البرية والنباتات والتوازن البيولوجي، بما في ذلك الأضرار المتعلقة بالضوضاء والاهتزاز، والرائحة، وانبعاثات الضوء، والزراعة والصحة العامة والأمن العام والسلامة الصحية وحماية الممتلكات والتراث الثقافي، وتحليل الآثار التراكمية للضرر وكذلك إجراء تحليل دقيق حول طبيعة ومصدر ومدى خطورة تلوث المياه والهواء والتربة، وحجم وطبيعة التلوث من النفايات، ومستويات الضوضاء المنبعثة من الطائرات وما يمكن أن تسببه من اهتزازات، وطريقة وشروط إمدادات المياه واستخدامها.

٣- عرض موجز للبدائل الرئيسية التي يتعين على مقترح المشروع اتخاذها من أجل التقليل أو الحد من الأضرار الناتجة عنها.

وبالنظر إلى الطلب المقدم من منشأة EARL Staelen، للحصول على الترخيص لإقامة حظيرة للدواجن، فقد ذهبت المحكمة إلى عدم مراعاة المنشأة المذكورة ما تطلبه المرسوم من ضرورة تضمين دراسة تقييم الأثر البيئي في الملف المرفق بطلب ترخيص البناء. ومن ثم، فإن غياب دراسات تقييم الأثر البيئي في الطلب المقدم للحصول على تصريح البناء يترتب عليه عدم مشروعية إجراءات إصدار تصريح البناء من قبل المجلس المحلي، على النحو الذي يستوجب إلغائه.

وفي ضوء ما سبق، ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى عدم وجود ما يبرر ادعاء المجلس المحلي لبلدة D'OUDEZEELE في منحه للترخيص، لتقضي المحكمة

٤- الأسباب، ولاسيما من حيث الاهتمامات البيئية التي من أجلها اختار المشروع المقترح أحد البدائل من بين البدائل المتعددة.

٥- التدابير المتوخاة من قبل مقدم الطلب للقضاء أو للحد من الآثار السلبية للمرفق والتعويض عنها كلما كان ذلك ممكناً، وتقدير النفقات.

٦- الإشارة إلى الأداء المتوقع، خاصة فيما يتعلق بحماية المياه الجوفية، وكيفية معالجة والتخلص من مياه الصرف الصحي والانبعاثات الغازية، ورصدها، والتخلص من النفايات وتدويرها، وتركيب المعدات اللازمة لمزيد من المعالجة، والاستخدام الرشيد للطاقة، وأخيراً إتاحة المعلومات للعامة من أجل الاطلاع عليها.

بل وأكثر من ذلك يمكن للجهة الإدارية أن تتطلب من المنشأة وفقاً للمادة ٥١٢-٣٣ R. من تقنين البيئة، القيام من جديد بتقديم طلب للتصريح، متضمناً إجراء مثل تلك الدراسات عند نقل موقع المنشأة إلى مكان آخر أو إدخال أي تعديل في المنشأة من المحتمل أن يسبب خطر بالبيئة أو بصحة الإنسان أو حتى عندما تتجاوز الملوثات الصادرة عنها مستويات التلوث المسموح بها.

Code de l'environnement, Art. R. 512-33 Décr. no 2009-1541 du 11 déc. 2009.

يرفض الطلب المقدم من قبل المجلس المحلي بشأن إلغاء الحكم الصادر من المحكمة الادارية بشأن إلغاء الترخيص الصادر من قبله بإقامة حظيرة للدواجن. وأيدت الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بتعديل الترخيص بالبناء الصادر في ذلك الخصوص من قبل المجلس المحلي في ٥ نوفمبر ٢٠٠٢ و ٤ سبتمبر ٢٠٠٣ إلى منشأة EARL Staelen¹.

ولتفادي هذه الثغرة التشريعية بشأن ضرورة إرفاق متطلب دراسة تقييم الأثر البيئي ضمن طلب الحصول على الترخيص اللازم لمزاولة النشاط، فقد حرص المشرع الفرنسي على النص صراحة على ضرورة ذلك الإلحاق، وذلك بموجب المادة R. 431-16 من تقنين التخطيط الحضري، المعدلة بموجب المرسوم الصادر في ١١ أغسطس ٢٠١٦ بشأن تعديل القواعد المطبقة على تقييم الأثر البيئي للمشاريع، المزمع إنشائها ضمن الخطط والبرامج الإنمائية، حيث نص على: "ضرورة أن يشمل الملف المرفق بطلب الحصول على تصريح البناء، حسب الاقتضاء، ما يلي: أ) دراسة تقييم الأثر البيئي أو قرار من السلطة البيئية المختصة يفيد باستيفاء المشروع المقترح لدراسات تقييم الأثر البيئي، وذلك بالنسبة للمشروعات والأنشطة المدرجة في الجدول المرفق بالمادة 2-122 R. من قانون البيئة¹.

1 l'article R. 431-16 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue du décret du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, applicable au présent litige : " Le dossier joint à la demande de permis

(ب) فيما يتعلق بالأنظمة واللوائح المتعلقة بالخطة المحلية للتعمير:

فيتعين أن تشتمل على ملف معتمد تضعه البلديات بالتعاون فيما بينهم، في ضوء ضوابط تقنين التخطيط الحضري، يحدد ما يلي:

١- المبادئ التوجيهية العامة التي يتعين اتباعها عند إجراء التخطيط الحضري في تنفيذ مشروعات الإسكان والنقل والتنقل، تطوير الاتصالات الرقمية، القيام بالإنشاءات التجارية، والتنمية الاقتصادية والترفيهية، والصحية، فضلاً عن تحديد التوجهات العامة لسياسات التخطيط المستقبلية، والآليات المستخدمة لتحقيقها، والتدابير اللازمة لحماية المناطق الطبيعية، بما في ذلك المناطق الزراعية والغابات والمسطحات المائية، والمحافظة عليها لتحقيق أهداف التنمية المتواصلة.

٢- اللوائح الخاصة بالمناطق الحضرية ويرمز إليها بالمناطق (zones U)، وتلك الخاصة بالمناطق الزراعية ويرمز إليها بالمناطق (zones A) أو الخاصة بالمناطق الطبيعية والغابات ويرمز إليها بالمناطق (zones N)، فبعد أن يتم ترسيم الحدود فإنه يتعين في ضوء تلك اللوائح أن يتم تحديد، من خلال مخططات توضيحية، تلك المناطق، وتحديد القواعد المطبقة على كل منها.

de construire comprend en outre, selon les cas : / a L'étude d'impact ou la décision de l'autorité environnementale dispensant le projet d'évaluation environnementale lorsque le projet relève du tableau annexé à l'article R. 122-2 du code de l'environnement.

نذكر من تلك الضوابط على سبيل المثال: ضوابط الحصول على تراخيص البناء أو الهدم، المهن والأنشطة المحظور مزاولتها في جميعهم أو تلك الخاضعة لشروط خاصة والأماكن المسموح بمزاولتها، التدابير المتخذة لتنظيم عمل الأنشطة العامة مثل تحديد أماكن الطرق العامة أو الخاصة كطرق المشاة المقررة لاستخدامات الجمهور والإشارات الضوئية وأماكن الشبكات العامة المقررة لتقديم الخدمات العامة من المياه والكهرباء والصرف الصحي وضوابطه، تنظيم وضع حد أدنى من إشغال مساحة الأرض المقررة للبناء، وفقاً لقيود فنية تكفل توفير الحماية للمناظر الطبيعية بالمنطقة الحضرية، تحديد مواقع المباني فيما يتعلق بأماكن الطرق العامة ومرور المشاة، تحديد الحدود النسبية للمباني المزمع إنشاؤها فيما يتعلق بالمباني الأخرى للعقارات المجاورة، وتحديد أقصى ارتفاع لها والمظهر الخارجي الذي يجب أن تكون عليه. (ج) المخططات التوضيحية:

وتستخدم المخططات التوضيحية من أجل وضع التصاميم التوضيحية للمناطق الحضرية والأحياء والمناطق الزراعية والطبيعية والغابات ومناطق الآثار وأي مناطق أخرى يجب حمايتها أو تعزيزها ووقايتها من أي أخطار مؤكدة أو محتملة إما لأسباب ثقافية أو تاريخية أو بيئية.

علاوة على ذلك، فإن تلك المخططات يمكن أن تكشف، من خلال تصميماتها إذا لزم الأمر، عن تحديد للمناطق ذات الأهمية الخاصة في كل من المناطق سالفة الذكر: كالمناطق التي تتطلب ضرورة القيام بإنشاءات وبنى تحتية محلية لتشغيل

الخدمات العامة في ميادين الصحة والتربية والتعليم والنقل لتلبية احتياجات المجتمع المحلي بما في ذلك الكشف عن أماكن شبكة الاتصالات والمواصلات بين البلدة و/أو البلدات والمدن والمراكز الخارجية.

ومن ناحية أخرى، يتعين أن تكشف تصميمات مخططات الخطة المحلية للتعمير عن مخططات للمناطق الطبيعية والتي تبرز المناطق التي يتعين صون مكتسباتها الطبيعية للمحافظة على الموارد الطبيعية بها، ومن ثم حظر القيام بإنشاءات عليها وكذلك يتعين أن تكشف تلك التصميمات عن المخططات اللازمة للوقاية من المخاطر الطبيعية والتي تبرز المناطق المصنفة بأنها كوارث طبيعية ذات درجة عالية من الخطر، كالفيضانات وحرائق الغابات، على النحو الذي يبرر حظر القيام بأي إنشاءات عليها من أي نوع أو يخضع إنشاؤها لضوابط ومعايير خاصة.

وفي ذلك الشأن، فقد تعددت التطبيقات القضائية التي تظهر أهمية الاعتداد بالبعد البيئي عند وضع سياسات التخطيط العمراني والتي يعتبر أحد جوانبها تحديد المناطق المعرضة للأخطار الطبيعية عند رسم الخطط التي تعكس سياسات التخطيط العمراني، والتي تدخل ضمن قيود التخطيط.

ففي دعوى قضائية، يتلخص وقائعها حول قيام السيد M. Gérard B بالطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بتاريخ ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٨، برفض الطلب المقدم منه بإعادة النظر في الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بشأن رفض إلغاء القرار الصادر من المحافظ Neuilly-sur-Seine

الصادر في ٢٤ أغسطس ٢٠٠٧، برفض إصدار تصريح لبناء مبني سكني وتعلية مبني قائم فوق مستوي الأرض بما يشكل تجاوزًا لاستعمال الأخير لسلطاته التي منحت له بموجب القانون¹.

واستندت المحاكم الأدنى درجة في تأييدها للقرار الصادر من المحافظ برفض إصدار تصريح لبناء مبني سكني إلي تعارض منح الترخيص مع الضوابط المحددة بالخطة الوقائية المتعلقة بمنع مخاطر الفيضانات لنهر (le plan de prévention des risques d'inondation de la Seine) la Seine الصادر بموجب أمر من قطاع المحافظات في ٩ يناير ٢٠٠٤ على أساس أن تسوية الأرض تقع في المنطقة الحمراء من الخطة ويحظر إقامة أي تشييد أو تمديد لمباني سكنية إلا في حدود ٢٠ % قدمًا من خط الشاطئ.

هذا، وقد استند الطاعن في ادعائه بعدم مشروعية الأمر الصادر من المحافظ في ٩ يناير ٢٠٠٤، بالتصديق على خطة الوقاية من مخاطر فيضان نهر la Seine، إلى غياب الأساس القانوني لوضع الخطة لعدم وجود تشاور مسبق مع المجلس المحلي للبلدة أو الإخطار المسبق للعامة بشأنها، كما احتج المدعي بأن الأرض المزمع إجراء المشروع عليها لا تقع ضمن معدل المنطقة المغمورة والتي تتجاوز المعدل المشار إليه في الخطة برفض صحتها أو الحد الأقصى الذي يمكن أن

1 Conseil d'État Formation: 6ème et 1ère sous-sections réunies Date de la décision: vendredi 30 décembre 2011 N°: 324310 Mentionné au recueil Lebon.

يصل إليه منسوب المياه، كالحذ الذي وصل إليه منسوب المياه منذ فيضان عام ١٩١٠.

وأخيرًا، فقد استند الطاعن في طعنه إلى أن قانون التضامن والتجديد الحضري عندما ألغى خطط إشغال الأرض (POS) وأحل محلها الخطط المحلية للتعمير (PLU)، لم يتضمن النص على ضرورة أن تحتوي الخطة الجديدة على مثل ذلك النوع من الخطط. ومن ثم فإن عدم تضمن الخطة المحلية لخطة الوقاية من مخاطر فيضان النهر، لا يستوجب إبطال الخطة المحلية لعدم ورود نص بشأنها في القانون الجديد.

وفي قضائه، قضى مجلس الدولة في فرنسا بمشروعية المرسوم الصادر من المحافظ مستندًا في ذلك إلى نص المادة 1-600 L من تقنين التخطيط الحضري، فيما تضمنه من أنه لا يمكن التمسك بوجود أي عيب أو خلل في الشكل أو الإجراء يمس الشرعية القانونية لمخططات التنظيم الهيكلي d'un schéma directeur أو مخططات الترابط الإقليمي d'un schéma de cohérence territoriale أو مخططات إشغال الأرض d'un plan d'occupation des sols أو المخططات المحلية للتعمير d'un plan local d'urbanisme وذلك بعد مضي ٦ أشهر من تاريخ نفاذ الوثيقة المعنية، على أن يطبق الأمر ذاته على كل مخطط يتطلب تطوير أو تعديل أو إنشاء منطقة للتنمية الحضرية. ولا يعمل بأحكام تلك المادة إذا كان عيب الشكل ذا صلة بوجود عيب أو خلل جوهري يتعلق بما يلي:

١- حالة عدم وضع مخطط التنظيم الهيكلي تحت تصرف الجمهور حسب نص المادة 2-1-122.L.

٢- حالة المخالفة الجوهرية للقواعد المتعلقة بالتحقيق العام حول مخططات الترابط الإقليمي أو المخططات المحلية للتنظيم.

٣- حالة عدم وجود تقرير يعرض المخططات التوضيحية، أو في حالة غياب الوثائق التخطيطية أو إغفالها تمامًا.

1 Article L600-1: Modifié par ORDONNANCE n°2015-1174 du 23 septembre 2015 - art. 8: "L'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables à l'acte prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté.

Les deux alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque le vice de forme concerne :

-soit la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales ; -soit l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques".

فموجب هذه المادة، إذا كانت وثيقة التخطيط تتحصن من الإلغاء بمرور ٦ أشهر من تاريخ نفاذها للمحافظة على الحقوق المكتسبة مادام قد فات على الإدارة فرصه تصحيحها أو فات على الغير طلب إلغائها أو تعديلها، إلا أن ذلك لا يسري إلا على العيب أو الخطأ الشكلي البسيط أما إذا كان العيب أو الخلل يرجع إلى أسباب موضوعية جوهرية تشير إلى عدم القيام بدراسة إستقصائية شاملة لمختلف أنماط الخطط أو غياب وثائق تخطيطية لا يمكن إغفالها أو تجاهلها، فإن ذلك لا يمنع من طلب إبطال أو تعديل الخطط الواردة أنفاً في أي وقت، ولا تتحصن في ضوء ذلك من الطعن القضائي بإلغائها.

وفي ذات السياق، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه وفي إطار النظر إلى المادة L. 562-1 من قانون البيئة، بصيغتها المعدلة، فإنه يتطلب من الدولة:

أولاً: مراعاة ضرورة وضع وتنفيذ الخطط اللازمة للوقاية من الكوارث الطبيعية المتوقعة مثل الفيضانات والانهيارات الأرضية والانهيارات الثلجية وحرائق الغابات والزلازل والثورات البركانية والعواصف أو الأعاصير (يطلق عليها المناطق الحمراء أو الخطرة)، حيث تهدف هذه الخطط إلى تحديد المناطق المعرضة للمخاطر، وذلك مع الأخذ في الاعتبار طبيعة وشدة الخطر، لغرض منع أي بناء أو إنشاء أي مشروع، أو القيام بأي عمليات متعلقة بالتنمية أو الزراعة، أو ممارسة أي حرفة

أو تجارة أو أي أعمال أخرى باستثناء الحالات التي تستوفي المتطلبات التي ينص عليها القانون.

ثانياً: مراعاة ضرورة أن تتضمن الخطة تحديداً للمناطق التي يتعين فيها توخي الحذر، (يطلق عليها المناطق التحذيرية)، أي المناطق التي لا يترتب على القيام بأي ممارسات فيها ضرراً مباشراً، ولكن قد تسبب إقامة المباني أو الهياكل أو المرافق أو المزارع، أو ممارسة التجارة أو الصناعة إلي تفاقم الأوضاع وحدوث الضرر.

ثالثاً: تحديد التدابير الوقائية والتحوطية اللازمة لتوفير الحماية والوقاية في كلاً من المنطقتين الأتيتين:

المنطقة الأولى: (وهي المناطق الحمراء أو الخطرة) والتي يتعين اتخاذ التدابير الوقائية بشأنها لتوافر اليقين العلمي القاطع بشأن أضرارها المؤكدة استناداً إلى مبدأ المنع أو الحظر (prevention principle)،

المنطقة الثانية: (وهي المناطق التحذيرية) والتي يتعين اتخاذ التدابير التحوطية بشأنها على الرغم من عدم توافر اليقين العلمي القاطع بشأن أضرارها المحتملة استناداً إلى مبدأ الحيطة أو الحظر (precautionary principle). وذلك في ضوء الواجبات والسلطات الملقاة على عاتق السلطة العامة مثلها في ذلك مثل الواجبات الملقاة على عاتق الأفراد.

رابعًا: تطوير التدابير المتعلقة بالتنمية واستخدام أو تشغيل المباني والهياكل والمرافق أو الشبكات المدعومة بالتدابير في المناطق الحمراء والتحذيرية والتي تهدف على سبيل المثال إلى تسهيل اتخاذ إجراءات الإخلاء أو عملية التدخل لتقديم خدمات الإنقاذ، بما في ذلك تطوير التدابير التي يتعين إتباعها في المناطق التي سوف يتم زراعتها أو المناطق المزروعة حاليًا، وذلك بدءًا من تاريخ الموافقة على الخطة، والتي يتعين اتخاذها من قبل المشغلين والمالكين أو المستخدمين.

ووفقًا للمادة 4-562 L. من قانون البيئة، فإنه ينبغي التصديق على خطة الوقاية من المخاطر الطبيعية المتوقعة من قبل الجهة الإدارية المختصة، على أن تلحق تلك الخطة بالخطة المحلية للتعمير، والتي حلت محل خطة إشغال الأرض (POS) بموجب قانون التضامن والتجديد الحضري الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠.

ومن ثم، وفيما يتعلق بمدي مشروعية الأمر الصادر من المحافظ في ٩ يناير ٢٠٠٤ بالتصديق على خطة للوقاية من مخاطر فيضان نهر la Seine، فإنه يتضح من نص المادتين السابقتين، المادة 1-600 L. من تقنين التخطيط الحضري والمادة 4-562 L. من قانون البيئة، أن خطط الوقاية من المخاطر الطبيعية، هي في واقع الأمر أحد وثائق التخطيط القائمة على التوقع والتنبؤ تم وضعها بناء على مبادرة من الدولة، الأمر الذي يستتبع إلحاقها بالخطة المحلية للتعمير منذ أن تم إلحاقها بخطة إشغال الأرض كأحد ملحقات الخطة، فلا يعني إلغاء هذه الأخيرة وحلول الخطة المحلية محلها، الاستغناء عن مرفقات الخطة الملغاة لعدم تضمن

الخطط المحلية للتعمير لذلك المخطط يعد في ضوء المادة 1-600 L. من تقنين التخطيط الحضري، خطأً جوهرياً يستوجب القضاء بعدم مشروعية الخطة المحلية.

ولا يحتج في ذلك بحلول الخطة المحلية للتعمير محل خطة إشغال الأرض، فكل ما كان يلزم للاعتداد بمشروعية خطة إشغال الأرض يظل سارياً كمرفات للخطة المحلية للتعمير والتي من بينها خطة الوقاية من المخاطر الطبيعية، بهدف تحديد المناطق المعرضة للأخطار الطبيعية والتي تدخل ضمن قيود التخطيط؛ فمن الأهمية بمكان في ضوء المادة 4-562 L. من قانون البيئة تحديد مدى تأثير التوقعات بحدوث الخطر أو الضرر، وتحديد القواعد التي تنطبق على الأشخاص الخاضعين للخطط، العامة أو الخاصة من أجل إصدار التراخيص اللازمة لاستخدام الأراضي.

ومن أجل ذلك، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلي أن خطة الوقاية من المخاطر المتوقعة المتنازع عليها والصادر بها أمر من المحافظ تحمي الدولة على ضفاف النهر والجزر على حد سواء، من مخاطر الفيضانات التي تواجهها؛ سواء للمحافظة على المناطق المعرضة لها أم لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتخزين مياه الفيضانات.

ومن ثم، فإنه ومن أجل تحقيق ذلك الغرض تتولي السلطة العامة تقسيم الخطة المحلية للتعمير في تلك المنطقة إلي خطط للوقاية من المخاطر الطبيعية المتوقعة والمؤكدة (المنطقة الحمراء أو الخطرة) وتعرف هنا بمنطقة الخطر الكبير، ومنطقة

لحفظ الطاقة التخزينية من الفيضانات (المنطقة الإحترازية)، بغض النظر عن مستوى المخاطر، بهدف تغطية المناطق التي لم يتم تعميمها بعد وإدراجها في النسيج الحضري.

وعليه، فإنه وفي ضوء ذلك التقسيم، فإنه يحظر في المنطقة الحمراء إقامة مباني جديدة للاستخدام السكني أو تمديد المباني القائمة، كما يحظر إقامة أي بناء، إلا في حدود ٢٠ قدمًا من خط الشاطئ.

ليستطرد في ضوء ذلك، قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه بالنظر إلى أن أرض الطاعن تقع على ضفاف نهر la Jatte، والتي تقع على أرض المخزون النهري، كما هو موضح في الخطة المرفقة بملف الدعوى، فإنه وعلى الرغم من أن مثل تلك المنطقة لم يتم غمرها بالمياه منذ فيضان عام ١٩١٠، إلا أنه في المقابل قد تم غمر مناطق كل من الجنوب والشمال الغربيين بأكثر من ٢ متر من المياه.

ومن ثم، فإن الخطر مازال قائمًا، الأمر الذي يستتبع ضرورة اتخاذ كل من التدابير الوقائية في مواجهة الأضرار المؤكدة في المنطقة المزدوجة المحددة في الخطة، المنطقة الحمراء أو منطقة الخطر، والتدابير التحوطية لمواجهة المخاطر المحتملة في المنطقة الإحترازية، امتثالاً لنطاق تطبيق المادة L. 562-1 من قانون البيئة، الأمر الذي يستوجب القضاء بمشروعية القرار الصادر برفض منح الترخيص ببناء المشروع السكني عليها.

وعليه، فإنه ومن مجمل ما سبق، فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي قضاءه برفض الطعن المقدم من المدعي على الحكم الصادر من المحكمة الإدارية الاستئنافية وألزمه مجلس الدولة بدفع مبلغ ٢٠٠٠ يورو على سبيل التعويض.

ويتضح من الحكم السابق، مدى حرص القضاء الفرنسي على التأكيد على ضرورة قيام التخطيط العمراني وما يتضمنه من خطط على مبادئ حماية البيئة كمبدأ الوقاية الذي يحظر منح تراخيص البناء في المناطق المؤكد أضرارها بالبيئة، وكذلك تلك القائمة على مبدأ الحيطة والذي يفرض بموجبه على الإدارة التزاما بعدم منح تراخيص البناء في المناطق المحتمل مخاطرها على البيئة.

حيث جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي على الرغم من عدم تضمن تقنين التخطيط الحضري للمبدأ التحوطي، وذلك بعد أن اكتفى التشريع الأخير بالنص على مبدأ الوقاية من الأضرار المؤكدة؛ كمبدأ يفرض التزام على عاتق الجهات الإدارية بأخذه بعين الاعتبار عند وضع خطط التعمير المحلية، وذلك دون أن يتضمن تقنين التخطيط الحضري النص على النهج التحوطي، ليطبق القضاء الفرنسي ذلك النهج الأخير من خلال الرجوع في قضاءه إلى نص تشريعي آخر تضمنه تشريع آخر، ألا وهو نص المادة 4-562 L. من تقنين البيئة الفرنسي.

وفي خطوة تبين حرص المشرع الفرنسي على ضمان توفير الحماية الأمثل للتنمية المستدامة من خلال آلية التخطيط العمراني، جاء النص بموجب المادة 2-111 R. من مدونة التخطيط العمراني على فرض التزام على عاتق السلطة العامة، برفض

طلب الترخيص المقدم من قبل المشروع المقترح أو سحبه بالنسبة للنشاط المُزاول، وذلك في الحالات التي من المحتمل أن يترتب على ممارسه النشاط أو الاستمرار في ممارسته، حدوث أضرار قد تقوض الأمن أو السلامة العامة، إما لأسباب ترجع إلي موقع أو حجم تلك الأنشطة أو لطبيعتها أو لقرب موقعها من المرافق الأخرى. وذلك استنادًا إلى مبدأ الحيطة والحذر.

فمبدأ الحيطة في ضوء المادة 1-200 Art. L. من تقنين البيئة: يعني أن غياب اليقين العلمي مع توافر المعرفة العلمية والفنية خلال لحظة معينة لا يجب أن يؤخر اتخاذ الاحتياطات والتدابير الكفيلة بتوقي أضرار بيئية جسيمة محتمل وقوعها بتكلفة مقبولة اقتصاديا، كي لا تستعصي هذه الأضرار على العلاج حال حدوثها مستقبلاً¹. وهو ما أخذ به تقنين البيئة بعد ذلك من خلال ما تضمنه في نص المادة 1-100 L. منه، ليؤكد على ضرورة تطبيق المبدأ².

1 "le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable". Loi n 95-101 du 2 février 1995. relative au renforcement de la protection de l'environnement. loi BARNIER – legifrance.gouv.fr.

2 Art. L. 110-1 1o du code de l'environnement "Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des

فتطبيقاً للمبدأ التحوطي، يجوز للسلطة المختصة في ضوء متطلبات التخطيط الحضري أن ترفض منح إذن الترخيص أو أن توقف منحه على ضرورة استيفاء النشاط المقترح لبعض المواصفات أو المتطلبات التي يستلزمها مواجهة الخطر غير المؤكد، لا سيما على أساس المادة 15-111.R من قانون التخطيط الحضري ، والتي تشترط ضرورة إحترام رخصة البناء للمتطلبات المحددة في المادة 1-110.L من قانون البيئة.

وذلك على الرغم من الصعوبات التي يواجهها تطبيق المبدأ التحوطي والتي يدور مجملها حول كيفية تحديد درجة المخاطر وتقييم وجودها ودرجة خطورتها، وأهمية التدابير المتوخاة من قبل السلطة الإدارية للحد من الآثار المترتبة عليها حيث يتعين من أجل اتخاذ تلك التدابير المتمثلة في تطبيق النهج التحوطي، توافر درجة معقولة من الخطر فلا يمكن الاستناد إلى المبدأ التحوطي في حالة عدم وجود دليل على وجود خطر يبرر اتخاذ مثل هذا القرار.

ولرئيس البلدية في سبيل ذلك، في ضوء المادة 2-111.R من تقنين التخطيط الحضري، رفض منح تراخيص البناء، إذا كان يري أن المشروع المقترح من شأنه

connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable".

أن يعرض السلامة العامة للخطر حتى ولو كانت البلدية مشمولة بالخطة المحلية للتعمير ولم تتضمن أحكامها ذلك الخطر.

وعملًا بمضمون المادة 2-111 R. ، فقد تعاقبت أحكام القضاء الإداري في فرنسا، لتؤكد ما تضمنته من حيث التزام الجهات المحلية بعدم منح التراخيص إذا كان من شأن مزاولة النشاط محل طلب الترخيص إلحاق أضرار بالبيئة حتى ولو كانت هذه الأضرار غير مؤكدة، شريطة توافر درجة معقولة من اليقين العلمي بشأن هذا الخطر تبرر هذا الرفض وهو ما أكده قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وذلك في دعوى "Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »¹ ، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فقد أكد القضاء الإداري في فرنسا على التزام الجهات المحلية برفض منح الترخيص حتى ولو لم تشمل خطة التعمير المحلية على موانع لأنشطة مماثلة قد يترتب على منح الترخيص بمزاولتها أضرار جسيمة يتعذر تداركها حال حدوثها على هذا الأساس أيضًا، فقد ألغى محافظ Vendée رخصة بناء في بلدة-Faute-sur-Mer².

فبالإضافة، الى التزام الجهات المحلية برفض منح الترخيص حتى ولو لم تشمل خطة التعمير المحلية على موانع لأنشطة مماثلة قد يترتب على منح الترخيص

1 CE, 19 juillet 2010, Association du quartier « Les Hauts de Choiseul », n°328687.

2 Tribunal administratif de Nantes, 30 mars 2010, Préfet de la Vendée, req. n° 081045.

بمزاوتها أضرار جسيمة يتعذر تداركها حال حدوثها، فقد منح تقنين التخطيط العمراني للسلطة المحلية المختصة سلطة رفض الإذن بالتخطيط في حالة عدم تضمن الملف المقدم لعناصر مفصلة توضح على سبيل المثال، المعرفة العلمية، والمخاطر، ولو كانت غير مؤكدة، والتي من المحتمل أن تبرر هذا الرفض، مستندة في ذلك إلى مبدأ الحيطة والحذر.

ومن التطبيقات العملية على ذلك، ومن أجل مواجهة ضرورات التخطيط العمراني في منح التصاريح ببناء مشروعات يحتمل أن يترتب عنها آثار لا يمكن تداركها فيما بعد، وذلك فيما يتعلق بتوفير الحماية اللازمة لبيئة مستدامة، فقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لذلك الأمر، وذلك بخصوص القرار الصادر من عمدة مدينة d'Amboise ، بالترخيص ببناء محطة لتقوية الهواتف المحمولة في المناطق العمرانية.

ففي دعوي تتلخص وقائعها في قيام رابطة حي تشويسبول في ٢٧ أغسطس ٢٠٠٩ بالطعن على الحكم الصادر من المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة الفرنسي برفض إلغاء القرار الصادر من عمدة مدينة d'Amboise في ٢٠ يناير ٢٠٠٦، بمنح الترخيص اللازم لإنشاء محطة هوائية لتقوية الهواتف المحمولة، استنادا إلي أن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بعدم إمكانية تطبيق مبدأ الحيطة من قبل الجهة الإدارية على الحالة المطروحة أمامها وان اكتفائها بتوافر التناظر بين شروط

الترخيص المتطلبة ونصوص القوانين الواردة في تشريع التخطيط العمراني، إنما هو حكماً قد شابه خطأ في تطبيق القانون¹.

ومع ذلك، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلي أنه وعلى الرغم من تأكيدته على أن مبدأ الحيطة المنصوص عليه في المادة الخامسة من ميثاق البيئة الفرنسي يعد مبدأً ملزماً للحكومات والسلطات العامة كلاً في مكان تخصصهم، بمعنى أنه يتعين على العمدة أن يأخذ تطبيق المبدأ في الاعتبار، في حال توافر شروطه، عند إصدار قراره بمنح تراخيص البناء دون الاكتفاء فقط بالنظر بشأن مدي تطابق شروط الترخيص مع نصوص القوانين الواردة في تشريع التخطيط العمراني، إلا انه ومع ذلك قد خلص إلي أنه وفي مثل تلك الحالة فانه وفي ضوء المعرفة العلمية المتاحة فان رئيس البلدية لم يرتكب أي خطأ واضح في تقييم المخاطر عندما أصدر قراره بمنح الترخيص لإنشاء محطة هوائية لتقوية الهواتف المحمولة باعتباره قد أجري التقييم في ضوء المعرفة العلمية المتاحة لديه عن المخاطر الناجمة عن تعرض العامة للمجالات الكهرومغناطيسية المنبثقة عن تلك الأخيرة.

كما أنه وفي ضوء المادة 2-111 R. من مدونة التخطيط العمراني التي تتطلب من السلطة العامة سحب الترخيص من المنشأة في الحالات التي يترتب على ممارستها

1 CE, 19 juillet 2010, Association du quartier « Les Hauts de Choiseul » ;
CE, 16 avril 2010, Association Alcaly et autres, n°320667.

لنشاطها، إما لأسباب ترجع إلى موقعها أو إلى حجمها، حدوث أضرار تمس الأمن أو السلامة العامة، وكذلك يتعين على السلطة العامة رفض منح الترخيص للمشروع المقترح في الحالات التي يترتب على منح الترخيص احتمال حدوث أضرار قد تمس الأمن أو السلامة العامة.

فقد أكدت المحكمة العليا في فرنسا على ضرورة أن تأخذ الجهة الإدارية في اعتبارها عند وضعها الخطط والرسومات تحديد الأثر والغرض من ممارسة النشاط في المناطق المعرضة للمخاطر الطبيعية، وهو ما يعد قيداً تلتزم به أشخاص القانون العام والخاص ويتوقف على أساسه منح أو رفض الترخيص للاستغلال أو استخدام الأراضي.

هذا، وقد تكشف الوثائق التوضيحية أيضاً عن أسس ومعايير تصميم المباني وفقاً للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 9- R.123 من تقنين التخطيط الحضري، حيث تختلف تصميمات المباني بحسب الغرض من استخدامها؛ أي سواء كانت مخصصة للسكن أو الإقامة الفندقية أو مكاتب أو مراكز تجارية أو صناعات يدوية أو مستودعات. كما قد تنطبق قواعد معينة على المباني والمنشآت اللازمة لتوفير الخدمات العامة أو ذات النفع العام¹.

1 Code de l'urbanisme et notamment l'article R.123-9 . Décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015 relatif à la partie réglementaire du

كما يتعين أن تشمل الوثائق التخطيطية في ضوء المادة R.123-14 من تقنين التخطيط الحضري كذلك، على المخططات الخاصة بتحديد المواقع المختارة لشبكات المياه والصرف الصحي، مع تحديد المواقع المختارة لجمع ومعالجة وتخزين المياه المخصصة للاستهلاك، ومحطات معالجة مياه الصرف الصحي وتخزين ومعالجة النفايات¹.

وذلك مع ضرورة مراعاة الوثائق التخطيطية، للمتطلبات الخاصة بالعزل الصوتي والمنصوص عليها في المواد L. 571-9 و L. 571-10 من قانون البيئة، وذلك بالنسبة للقطاعات الواقعة بالقرب من البنية التحتية كالنقل البري، والتي تتأثر بالضوضاء، وكذلك وضع التصاميم اللازمة للحد من ضوضاء المطارات.

ثالثاً: مناطق التنظيم المتفق عليها:

المقصود بمناطق التنظيم المتفق عليها المناطق التي تقرر إدارة عامة أو مؤسسة عامة التدخل فيها من أجل تنظيمها وتجهيزها بقصد تملكها واستغلالها بصورة مباشرة أو أن تعهد بها في وقت لاحق لأحد الأشخاص العامة أو الخاصة من أجل استغلالها. ويحدد نطاق مناطق التنظيم ومجالات استخدامها بقرار من المجلس

livre Ier du code de l'urbanisme et à la modernisation du contenu du plan local d'urbanisme.

¹Article R*123-14 Code de l'urbanisme , Modifié par Ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010 – art. 1 :Abrogé par Décret n°2015-1783 du 28 décembre 2015 – art. 10 .

البلدي أو المؤسسة العامة للتعاون فيما بين البلديات وذلك بمبادرة من الدولة أو الإقليم أو المحافظة أو مؤسساتها العامة أو أصحاب الامتياز ويقع عادة جزء منها أو كلها داخل نطاق الأعمال المتعلقة بالمصلحة العامة وفي المناطق المغطاة بمخططات إشغال الأراضي، ويمكن إنشاء مناطق تنظيم متفق عليها في أماكن تعود إلى أكثر من إقليم.

المبحث الثالث

ضوابط الرقابة القضائية والإدارية على مخططات التنظيم

تخضع القرارات المتعلقة بمخططات التنظيم في فرنسا إلى نوعين من الرقابة وهم الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء الإداري والرقابة الإدارية التي يمارسها ممثل الدولة، ويمكن إيجاز نوعي الرقابة وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الرقابة القضائية والإدارية على مخططات التنظيم:

وتتم الرقابة الإدارية من قبل ممثل السلطة المركزية وهو المحافظ وهذه الرقابة قد تكون مباشرة وتلقائية وقد تكون بناء على طلب يقدم للمحافظ من الأشخاص المشمولين بمخططات التنظيم حيث تتم الرقابة على النحو الآتي:

١ - الرقابة المباشرة والتلقائية:

حيث أجاز تقنين التخطيط الحضري للمحافظ أن يتدخل في إعداد مخططات التنظيم وفي تعديلها حيث أجازت المادة L.122-1-3 من مدونة التخطيط الحضري للمحافظ أن يطلب من المؤسسة العامة للتعاون بين البلديات خلال ١٥ يوم من تاريخ استلامه لنسخة المخطط إجراء التعديلات الضرورية على مخطط التنظيم الهيكلي نظراً لكونه يتعارض مع التوجهات الإقليمية للتنظيم أو مع تقنين التخطيط الحضري، إذا كان يعيق تنفيذ مشروعات النفع العام الخاصة في الدولة أو الإقليم أو المحافظة حيث تمنح المؤسسة في هذه الحالة مدة ٦ أشهر اعتباراً من تاريخ

انتهاء مدة السنتين يوم حتى تصادق على المخطط الهيكلي مع التعديلات المقترحة من المحافظ.

وبعكس ذلك، يملك المحافظ ويقرر منه اعتبار المخطط الهيكلي واجب النفاذ ويتم وضعه تحت تصرف الجمهور في مركز المؤسسة العامة للتعاون فيما بين البلديات وفي مراكز البلديات المنضمة لهذه المؤسسة المعنية بالمخطط ، كما يملك المحافظ صلاحية الطلب من المؤسسة العامة للتعاون فيما بين البلديات إعداد مشروع مخطط تنظيم هيكلي وإجراء تعديلات على المخطط القائم وذلك عندما يكون هناك ضرورة بسبب تطبيق التوجهات العامة للتنظيم في الإقليم أو لإنجاز مشروعات النفع العام العائدة للدولة أو للإقليم أو للمحافظة، وفي حالة عدم استجابة المؤسسة لذلك خلال مدة سنتين من تاريخ الطلب، يجوز لممثل الدولة في الإقليم أن يقرر ويقرر مسبب إعداد المخطط أو التعديل المطلوب حسب الإجراءات الواردة في مدونة التخطيط الحضري ويتم ذلك تحت إشراف المحافظ. ويمارس المحافظ نفس الصلاحيات حيال مخططات الترابط الإقليمي من طلب التعديل أو اقتراح إنشاء مخططات أو تعديل القائم منها.

٢- تدخل المحافظ بناء على طلب الأشخاص العامة المشمولين بالمخططات:

أجازت المادة 3-1-122.L لأي مجلس بلدي مشمول في مخطط التنظيم الهيكلي أن يطلب من المحافظ خلال ١٥ يوم من تاريخ تبليغه بمخطط التنظيم الهيكلي إجراء التعديلات الضرورية على المخطط، نظرًا لكون المخطط يتجاهل المصالح

الأساسية للبلدية، حيث يقوم المحافظ بالطلب من المؤسسة العامة للتعاون فيما بين البلديات بإجراء التعديلات التي يطلبها المجلس البلدي، وإذا لم تقم المؤسسة بإجراء التعديلات المطلوبة خلال ٦ شهور من تاريخ استلامها للطلب فيجوز للمجلس البلدي في هذه الحالة أن يطلب من المحافظ خلال ١٥ يوم من تاريخ انتهاء مدة ٦ اشهر الموافقة على سحبه من المؤسسة العامة للتعاون فيما بين البلديات وينحصر دور المحافظ في هذه الحالة بالتأكد من انسحاب المجلس البلدي من المؤسسة وعدم شموله بمخطط التنظيم الهيكلي.

ثانياً: الرقابة القضائية على مخططات التنظيم:

يمارس القضاء الإداري في فرنسا رقابته على أعمال السلطات الإدارية ويعتبر الأساس القانوني لهذه الرقابة هو المادة ٢٣ من المرسوم رقم ١٧٠٨/٤٥، الصادر في ١٣ تموز ١٩٤٥ (٤٦) وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه أوجه الإلغاء وهي ركن الاختصاص وركن السبب وركن الشكل والإجراءات وركن الغاية وركن المحل.

- الرقابة القضائية على مخططات التنظيم:

وتخضع مخططات التنظيم وإجراءات إعدادها إلى مبدأ المشروعية كبقية الإجراءات الإدارية الأخرى في القانون الفرنسي، وقد حدد المرسوم الصادر في ٢٥ أكتوبر ١٩٨٤ المتعلق برقابة المشروعية على وثائق التخطيط لإجراءات الرقابة على هذه

الوثائق وأشار إلى أن عدم مراعاة المشروعية يمكن أن ينتج من الخطأ الواضح في التقدير، ويعود للقاضي الإداري تأكيد وجود هذا الخطأ من عدمه.

وكما أسلفنا في المطالب السابق، فقد حدد تقنين التخطيط الحضري طرق الرقابة على مخططات التنظيم حيث نصت المادة 1-600.L من تقنين التخطيط الحضري على أن عدم المشروعية بسبب عيب في الشكل أو في الإجراءات في مخططات التنظيم الهيكلي ومخططات الترابط الإقليمي ومخططات إشغال الأراضي والمخططات المحلية للتنظيم، لا يمكن إثارته بصفة استثنائية بعد انقضاء مدة ستة أشهر اعتباراً من تاريخ وضع هذه الوثائق موضع التنفيذ، كما تطبق هذه القاعدة على قرارات إنشاء مخططات تنظيم المناطق المحمية وتعديلها واستثنت المادة من ذلك عيب الشكل إذا كان يتعلق فيما يلي :

١- حالة عدم وضع مخطط التنظيم الهيكلي تحت تصرف الجمهور حسب نص المادة 2-1-122.L.

٢- حالة المخالفة الجوهرية للقواعد المتعلقة بالتحقيق العام حول مخططات الترابط الإقليمي أو المخططات المحلية للتنظيم.

٣- حالة عدم وجود تقرير يعرض المخططات التوضيحية.

كما أشارت المادة 2-600.L من تقنين التخطيط الحضري على أنه إذا كان رفض طلب الحصول على إذن بإشغال أو استعمال الأراضي أو معارضة إعلان الأعمال

الحكومية بتقنين التخطيط الحضري موضوعاً للإلغاء من قبل القضاء فإن طلب الإذن أو الإعلان الذي يؤكد عن طريق المعنى لا يمكن أن يكون مكاناً أو نصاً جديداً من قبل السلطة المختصة أو موضوعاً لتعديلات لاحقة تطراً على قواعد التنظيم التي تأتي لاحقة على صدور قرار الإلغاء شريطة أن يكون الطلب أو الإعلان التأكيدي مقدماً خلال مدة ستة شهور من تاريخ تبليغ المعنى بقرار الإلغاء.

كما أجازت المادة 1-4-600 من تقنين التخطيط الحضري لذوي الشأن طلب وقف التنفيذ حيث أجازت للقاضي أن يقرر وقف التنفيذ شريطة أن يشير في قراره إلى الوسائل ذات الطبيعة الجدية التي تبرر إلغاء القرار المطعون فيه، فعندما يقرر القاضي الإداري إلغاء أو وقف تنفيذ قرار في موضوعات التنظيم فإنه يملك بسط رقابته على جميع الوسائل التي يعتقد أنها قابلة لتأسيس حكم الإلغاء أو وقف التنفيذ من واقع ملف الدعوى.

ويمكن أن ترفع دعوى الإلغاء أو وقف التنفيذ إلى القضاء الإداري عن طريق المحافظ أو عن طريق الأشخاص العامة أو الخاصة ذات المصلحة إلا أن ذلك مشروط بإبلاغ المدعي عليه عن طريق المدعي، حيث تنص المادة 1-600 R من تقنين التخطيط على أنه في حالة لجوء المحافظ إلى القضاء أو رفع دعوى ضد وثائق التنظيم أو القرارات المتعلقة بإشغال أو استعمال الأراضي المحكوم بقانون التنظيم ، فعلى المحافظ أو رافع الدعوى أن يلتزم تحت طائلة عدم القبول أن يبلغ

دعواه إلى مصدر القرار، وهذا ينطبق أيضًا في حالة رفع دعوى لإلغاء قرار قضائي صادر بخصوص وثائق التنظيم أو القرارات المتعلقة باستعمال أو استغلال الأراضي وهذا التبليغ أو الإعلان يجب أن يتم بواسطة رسالة مسجلة بعلم الوصول خلال ١٥ يوم من تاريخ إيداع طلب الإلغاء لدى المحكمة.

ويملك القاضي الإداري النظر في هذه الطلبات ويقرر إلغاء القرار الذي يعتبر غير مشروع كما أن مجلس الدولة يمارس رقابة دقيقة على قرارات مخططات التنظيم الهيكلي أو مخططات الترابط الإقليمي ومخططات إشغال الأراضي.

الفصل الثالث

دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في الولايات المتحدة الأمريكية

لم تتبع الولايات المتحدة مثلها في ذلك مثل غيرها من دول الاقتصاد الحر، ودول أوروبا الغربية، نظام التخطيط القومي الشامل^١، وإنما كانت تعتمد في الأساس على التخطيط الاقتصادي، فلم يكن التخطيط العمراني هدفاً في حد ذاته بل ارتبط التخطيط بهدف تنمية المكاسب والمنافع الاقتصادية، إلا أنه ومع ذلك فقد أدى تطور الأوضاع العامة وتعدد المشاكل الاقتصادية والبيئية في العصر الحديث إلي

١ إن التخطيط القومي الشامل لا يخرج عن كونه خطوطاً وسياسات عريضة، يجب أن تسير عليها الدولة في مختلف مجالاتها، فهو يحدد السياسة الزراعية والصناعية والتجارية والتعليمية والصحية وغيرها، لأهداف يُرجى تحقيقها، آخذة بعين الاعتبار موضوع الأفضلية. في حين يترجم التخطيط الإقليمي هذه الأهداف إلى حقائق ومشروعات، بعد القيام بأعمال المسح والتحليل والتخطيط اللازمة. ومن ثم، فإن التخطيط الإقليمي الذي لا يركز على خطة قومية فإنه يفقر للتوجيه، وقد يتعارض مع المصلحة العامة، ولذلك فلا بد من الترابط والتنسيق الدائم بين التخطيط الإقليمي والتخطيط القومي الشامل. وينضح مما سبق، أن التخطيط الإقليمي يمر بمرحلتين، أو يكون على مستويين: الأول على المستوى الإقليمي القومي، والثاني على المستوى الإقليمي المحلي. أما النوع الأول، فهدفه الرئيسي إيجاد نوع من «التوازن الإقليمي» والتخلص من «الاختلال الإقليمي»، عن طريق تضييق الفجوات بين المناطق المتقدمة والمناطق المتخلفة، كما يقصد به ربط كل إقليم بالخطة القومية، والتنسيق بين الأقاليم المختلفة. أما النوع الثاني من التخطيط الإقليمي، فيهتم بالتخطيط داخل الإقليم نفسه، عن طريق حسن توزيع الموارد والانتفاع بها. مقال متاح على الموقع الإلكتروني الآتي:

www.arab-ency.com/_/details.php?full=1&nid=15342.

الأخذ بالتخطيط الجزئي القائم على تبني فكرة اللامركزية الإدارية والأخذ بمبادئ الحكم المحلي الذي أعطى للمقاطعات أو الولايات الكثير من الاستقلالية مما حقق الكثير من الإنجازات، وبخاصةً من ناحية تحقق التمويل الذاتي للوحدات المحلية والتخلص من تركيز السلطة بيد الدولة الفيدرالية والقيود المفروضة من قبلها في النواحي الاقتصادية والسياسية والاجتماعية. هذا بالإضافة إلى إتباع بعض أساليب التخطيط غير المباشر على المستوى الشامل.

والمتتبع لحركة التشريع في الولايات المتحدة الأميركية يلحظ وبجلاء، اهتمام المشرع الأميركي بتحديث قوانين التخطيط العمراني، وكذلك حرصه البالغ على معالجة كافة الجوانب المتعلقة به بما في ذلك إنشاء الإدارات التي تتولى القيام بالمهام الموكلة إليها بموجب القوانين من أجل الاستعداد للمستقبل بإعداد المشروعات المناسبة له والتحكم في توجيه النشاط الذي يقوم بتعمير منطقة في جهة معينة بقصد تحقيق مستوى أفضل لتحقيق الأداء عند تعمير المدن والقرى أو تطويرها ورفع مستوى العمران فيها، وهو بما لا شك ينعكس إيجاباً على حماية البيئة ومن ثم تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

ففي ضوء التعديل العاشر من الدستور الأميركي والذي كفل مبدأ الدولة الفيدرالية وكرس حقوق الولايات المختلفة، حيث نص على الاختصاص الحصري للدولة الفيدرالية وما دون ذلك يدخل في اختصاصات الولايات، فحول للولايات المنفردة

سلطة ممارسة جميع الصلاحيات غير المفوضة إلى الحكومة الاتحادية، فأصبحت الولايات الأعضاء طبقاً للدستور الفيدرالي هي صاحبة الاختصاص الأصيل بكل ما لا تختص به السلطات الاتحادية وبذلك فإنه وبموجب الدستور يكون لحكومات الولايات المنفردة صلاحية التخطيط العمراني ومن ثم صلاحية إصدار القوانين المتعلقة بالتخطيط العمراني ضمن اختصاص ولايتها.

فمنذ عام ١٩٠٩، بدأت حكومات الولايات المحلية بإصدار مراسيم تتضمن تنفيذ خطط لفصل الأحياء السكنية عن الأنواع الأخرى من استخدامات الأرض، وقد كانت لوس أنجلوس أول ولاية تصدر مرسومًا خاصًا بفصل المناطق السكنية عن

١ نص التعديل العاشر من دستور الولايات المتحدة الأمريكية على ما يلي: أن السلطات التي لا يوليها الدستور للولايات المتحدة ولا يحجبها عن الولايات المنفردة تحفظ لكل من هذه الولايات أو للشعب.

The Tenth Amendment Amendment X to the United States Constitution, which is part of the Bill of Rights, was ratified on December 15, 1791.1 It expresses the principle of federalism and states' rights, which strictly supports the entire plan of the original Constitution for the United States of America, by stating that the federal government possesses only those powers delegated to it by the United States Constitution. All remaining powers are reserved for the states or the people.

المناطق الصناعية بل وتنقسم تلك الأخيرة إلى مناطق للصناعات الثقيلة وأخرى للصناعات الخفيفة.

هذا، وتعتبر البداية الحقيقية للتشريعات العمرانية في الولايات المتحدة منذ بداية القرن العشرين، حيث تم وضع القوانين العمرانية من أجل تنظيم مواقع الأنشطة التجارية والصناعية، ففي عام ١٩١٦، اعتمدت مدينة نيويورك أول قانون شامل بشأن العمران يتحكم بتقسيم المناطق وتصنيف استعمالاتها بعد ما كانت اللوائح الأولية التي وضعت في وقت مبكر تتعلق بحماية الملكية والحفاظ على الخصائص المتعلقة بالإضاءة والتهوية.

وبموجب التشريعات العمرانية الحديثة في نيويورك صنف استعمالات الأراضي إلى ثلاثة أنواع السكنية والتجارية والصناعية وكل نوع من هذه الاستعمالات يحتوي على جوانب أكثر تحديداً وفقاً لنوع التنمية مثل نوعية المباني وارتفاعاتها ونسبة التغطية البنائية واعتبرت بذلك التشريعات العمرانية إحدى الأدوات الهامة للحفاظ على الطابع العمراني للمدينة.

وكانت القرارات القضائية المتعلقة بالاعتبارات التخطيطية تتحول من اجتهادات ومبادئ قضائية إلى نصوص قانونية كما ارتبط تطور قوانين تقسيم واستعمالات الأراضي بالقضايا ذات الصبغة التخطيطية التي تنظر أمام المحكمة العليا مثل قضية قرية Euclid بمنطقة كليفلاند بولاية أوهايو ضد شركة أميلر العقارية عام

١٩٢٦، والتي جعلت التشريعات وقوانين استعمالات الأراضي تتطور لتصل إلى وضع ضوابط ومعايير للمناطق التجميلية.

وبذلك تعد قضية Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co^١، أول وأهم قضية تاريخية في الممارسات المتعلقة بتقسيم الأراضي والتي كان لها دور هام في دعم القوانين المتعلقة باستخدامات الأراضي وتقسيمها سواء على مستوى الصعيد الوطني في الولايات المتحدة أو في الدول المختلفة المجاورة لها مثل كندا.

وتتلخص وقائع تلك القضية في قيام احدي الشركات العقارية والتي تمتلك ٦٨ فدانا في قرية Euclid، وهي أحد ضواحي مدينة كليفلاند، برفع دعوي قضائية في مواجهة لجنة تخطيط المدينة لإصدارها مرسوم يقسم القرية إلى عدة مناطق بهدف منع الشركة المدعية من ممارسة أنشطتها الصناعية باعتبار أن مثل تلك الممارسات ستؤدي حتماً إلى إحداث تغيير في الطبيعة الزراعية للقرية.

حيث احتجت الشركة المدعية بأن مرسوم تقسيم المناطق الصادر بصدد القرية، أدى إلى تقسيم ملكيتها إلى ثلاث مناطق لاستخدام الأراضي وإشغالها، وهو الأمر الذي ترتب عليه حدوث انخفاض كبير في قيمة الأرض التي تمتلكها الشركة المدعية، ومن ثم اتجهت الشركة المدعية إلى القضاء للطعن على هذا المرسوم لأسباب ترجع ليس فحسب لتقييد حريه الشركة في استخدامها لأراضي تمتلكها ووضع قيود على ممارسة نشاطها الصناعي عليها، وإنما لما وصل إليه ذلك القيد

1Village of Euclid v. Ambler Realty Co. , 272 U.S. 365 1926.

إلى الحد الذي سلب حرية الشركة في استخدام ممتلكاتها دون إتباع الإجراءات القانونية الواجبة وذلك فيما يخص إخطارهم المسبق بالإجراء الذي شكل اعتداءً على ملكيتهم، بما في ذلك حقهم في الدخول في مفاوضات ومناقشات مع الطرف الآخر قبل اتخاذ السلطة المختصة القرار بإصدار ذلك الأمر، على النحو الذي يتعارض مع ما جاء بالتعديل الرابع عشر الوارد بالدستور الأميركي والمتعلق بضرورة إتباع الإجراءات القانونية الواجبة (Due Process of Law) في الحالات التي قد يترتب عليها تقييداً لملكية أو حرية الأفراد^١.

١ يتضمن التعديل الرابع عشر الفقرة الأولى الحقوق المدنية من الدستور الأميركي النص على " أن جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو المتجنسين بجنسيتها والخاضعين لسلطانها يعتبرون من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة، كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين". هذا، وقد اهتمت المحكمة الفيدرالية العليا في الولايات المتحدة بتفسير هذا البند والذي يكفل أربع أنواع أمن الحماية وهي: ١ ضرورة إتباع الإجراءات القانونية الإجرائية في الدعاوى المدنية والجنائية من خلال ضمان المحاكمة العادلة الإجرائية، ٢ حظر غموض القوانين ٣ كفالة الحماية القانونية للحقوق الموضوعية الواردة بذات التعديل من خلال توفير الحماية للحقوق الأساسية للأفراد التي شملها التعديل الدستوري العدالة الموضوعية، ٤ المساواة بين جميع المواطنين^١. ووفقاً لتفسير المحكمة الاتحادية العليا فإن إتباع الإجراءات القانونية الواجبة في أبسط صورها - الإجراءات القانونية الإجرائية العادلة الإجرائية -، بالإضافة إلى حقه الأصيل في الدفاع عن حقوقه ومصالحه ومنحه وقت ملائم يسمح له بإبداء كافة أوجه دفاعه، على أن يترك للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد الإجراء أو الطريقة الواجب إتباعها والتي لها تأثير في القضية المطروحة أمامها.

وعلى الرغم من القرار الصادر من محكمة أول درجة بعدم مشروعية الأمر الصادر إلا أن المحكمة العليا الأمريكية قد رفضت الاعتداد بالقرار الصادر من محكمة أول درجة وأيدت على العكس من ذلك مشروعية الأوامر الصادرة بتقسيم القرية إلى مناطق سكنية وتجارية وصناعية وذهبت في ذلك إلى عدم وجود تعسف في استعمال السلطة من جانب القرية بشأن إصدارها لمثل تلك الأوامر، مستندة في ذلك إلى عدم تقديم الشركة المدعية دليلاً يبين مدى تأثير الأوامر الصادرة على قيمة الممتلكات وأن ما قدمته الشركة المدعية من أدلة يشير في الواقع إلى الآثار

The Fifth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution contain a due process clause. Due process deals with the administration of justice and thus the due process clause acts as a safeguard from arbitrary denial of life, liberty, or property by the Government outside the sanction of law. The Supreme Court of the United States interprets the clauses more broadly because these clauses provide four protections: procedural due process in civil and criminal proceedings, substantive due process, a prohibition against vague laws, and as the vehicle for the incorporation of the Bill of Rights. Due process ensures the rights and equality of all citizens. See : Fourteenth amendment—rights guaranteed: privileges and immunities of citizenship, due process, and equal protection. The U.S. Government Publishing Office GPO, P. 1638. available at,

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-10-15.pdf>.

التي سببها المرسوم الصادر بالتقسيم من انخفاض قيمة المضاربة على تلك الممتلكات فحسب.

وفي ٢٧ يونيو عام ١٩٣٧، صدر قانون الإسكان الوطني National Housing Act والذي أنشأ الإدارة الفيدرالية للإسكان Federal Housing Administration والتي ساعدت على توفير التأمين على الرهن العقاري على القروض التي وافقت عليها الجهات المقرضة. غير أن تلك الإدارة قد ساهمت في دعم التمييز العنصري من خلال منح الغالبية العظمى من قروض الرهن العقاري إلى مشتري المنازل من السكان البيض ومنح القليل من تلك القروض إلى ما دونهم من مشتري المنازل من السكان غير البيض (الزنج).).

وفي ١ سبتمبر عام ١٩٣٧، صدر قانون ١٩٣٧ الذي أنشأ هيئة الإسكان في الولايات المتحدة United States Housing Authority، من أجل المساعدة على تفعيل مشاريع إزالة مساكن الأحياء الفقيرة وبناء مساكن منخفضة الإيجار.

وفي ٣ فبراير عام ١٩٣٨، أدخل على قانون الإسكان الوطني تعديلاً هاماً لينشأ الجمعية الوطنية الفيدرالية للرهن العقاري Federal National Mortgage Association (FNMA)، والذي وفر سوقاً سنوياً لإدارة مساكن الإسكان الفيدرالية.

وفي ٢٧ يوليو عام ١٩٤٧، تم تأسيس وكالة لتنمية الإسكان والمنازل Housing and Home Finance Agency من خلال الخطة رقم ٣ (Plan Number 3)، لإعادة تنظيم الإسكان Reorganization of Housing.

وفي ١٥ يوليو عام ١٩٤٩، تم سن قانون للإسكان The Housing Act، من أجل المساعدة على القضاء على الأحياء الفقيرة وتعزيز التنمية المجتمعية ووضع برامج لإعادة البناء والتنمية^١.

وفي ٢ أغسطس عام ١٩٥٤، تم إصدار قانون الإسكان Housing Act، والذي ساعد على تفعيل برامج الإسكان من أجل تحقيق التخطيط الشامل^٢.

وتعتبر قضية Berman v. Parker من أهم القضايا البارزة والتي فسرت شرط الاستيلاء من أجل تحقيق المنفعة العامة الوارد في التعديل الخامس والذي لا يجوز بمقتضاه حرمان أي فرد من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون إتباع الإجراءات القانونية الأصولية كما لا يجوز نزع أية ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل تحقيق المنفعة العامة بدون تعويض عادل^٣، ولقد وضعت تلك القضية حجر الأساس بالنسبة لجميع القضايا الواردة إلى المحكمة بشأن الاستخدام العام.

1 Housing Act, 1949 – Pub.L. 81-171.

2 Housing Act, 1954 – Pub.L. 83-560.

3 The Fifth Amendment of the U.S. Constitution provides, "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor

ففي قضية Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis، تتلخص وقائعها في رفض المحكمة العليا الطعن على دستورية المادتين الرابعة والسادسة من التشريع الصادر في ولاية بنسلفانيا الذي يرمي إلى تقييد الممارسات المتعلقة باستخراج الفحم والتنقيب عنه عبر عمليات يتم فيها انخساف أو هبوط الأرض بهدف الوقاية من المخاطر المتولدة عنها مثل تصدع الأرض وما تسببه من أضرار للمؤسسات القائمة عليها وازدياد الفجوات الموجودة بالصخور وخسائر بالمياه الجوفية¹.

وتفصيلاً لذلك، فقد رفضت المحكمة ادعاء المدعي بتعارض المادتين الرابعة والسادسة من القانون الصادر والتي تمنح إدارة الموارد البيئية في بنسلفانيا (DER) سلطة اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لمنع الممارسات المتعلقة باستخراج الفحم والتنقيب عنه والتي تسبب انخساف أو هبوط للأرض في المناطق المتضمنة لثلاث أنواع من الأبنية (المباني العامة، المباني غير التجارية والمستخدمة للإسكان البشري، والمقابر)، مع ما ورد بالتعديل الخامس والرابع عشر من الدستور الأمريكي من عدم جواز نزع أية

be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

1 Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 1987.

ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل تحقيق المنفعة العامة بدون تعويض عادل^١، استنادا إلي أن القانون الصادر قد ترتب على تطبيقه تقييداً لحقوق المدعين في استخدام أراضيهم من اجل ممارسة عمليات التنقيب عن الفحم وفقدانهم وفقاً لادعائهم ما يقرب من ٢٧ مليون طن من الفحم وهو ما يتعارض مع ما ورد بالتعديل الخامس والرابع عشر من الدستور الأميركي فيما تضمنه من عدم جواز نزع أية ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل تحقيق المنفعة العامة بدون تعويض عادل^٢.

Section 1 of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution provides that “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

٢ ففيما يتعلق بالطعن المقدم من المدعين على المادة الرابعة من التشريع والتي تمنع الممارسات المتعلقة باستخراج الفحم والتنقيب عنه والتي تسبب انخساف أو هبوط للأرض في المناطق المتضمنة لثلاث أنواع من الأبنية المباني العامة، والمباني الغير تجارية والمستخدمه للإسكان البشري، المقابر، وكذلك تقدم المدعون بالطعن على المادة السادسة والتي تسمح للسلطة المحلية بإلغاء التصريح الصادر من تلك الأخيرة باستخراج الفحم في حالة ما إذا سببت الممارسات المتعلقة باستخراج الفحم الإضرار بأي هيكل من الهياكل التي شملتها المادة الرابعة من القانون السابق بالحماية طالما لم يتم المدعي خلال ستة أشهر بإصلاح الضرر الذي سببه أو إيداعه لمبلغ يساوي التكلفة المعقولة للإصلاح الضرر.

وفي قضائها استندت المحكمة العليا إلى أن الهدف من تطبيق القانون هو تحقيق النفع العام بينما الهدف من الطعن هو تحقيق مصالح خاصة للطاعنين، ومن أجل ذلك فقد أكدت المحكمة مشروعية الإجراءات والتدابير التي اتخذت من قبل إدارة الموارد البيئية في بنسلفانيا بهدف الوقاية من المخاطر التي تهدد ليس فقط البيئة بل أيضًا الصحة والرفاهية العامة للمجتمع Department of Environmental Resources (DER) عند استخدام سلطتها الضبطية الممنوحة لها بموجب القانون وكذلك أكدت على عدم مخالفة التشريع الصادر للتعديل الخامس والرابع عشر الوارد في الدستور الأمريكي. فتدخل الدولة من أجل حماية المصالح العامة تفوق حماية المصالح الخاصة لبعض الأفراد بهدف حماية المباني والبنية التحتية وخطوط الأنابيب وتجنب حدوث إصابات أو وفيات.

وفي قضية Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency، تتلخص وقائعها في قيام مجموعة من الأفراد بالطعن على الأمرين الصادرين من وكالة Tahoe للتحطيط الإقليمي بالوقف المؤقت لكافة عمليات البناء والتشييد^١، في المنطقة إلى حين الانتهاء من إعداد خطة تنموية شاملة لاستخدام الأرض باعتبار أن الأوامر الصادرة قد أضرت بحقهم في البناء على أراضيهم وإعاقتهم عن استخدامها لتحقيق أغراض اقتصادية حتى ولو كان ذلك خلال فترة زمنية مؤقتة وهو ما يعد من قبيل الاستيلاء على المال العام الوارد في التعديل

١ حيث تتضمن الأمر الأول الوقف المؤقت لكافة عمليات البناء والتشييد لمدة ٢٤ شهر بينما تتضمن الأمر الثاني الوقف المؤقت لكافة عمليات البناء والتشييد لمدة ٨ أشهر.

الدستور الأميركي الخامس والرابع عشر ومن ثم انه يتعين وفقاً لدعواهم الحصول على تعويض عادل^١.

وعلى الرغم من تلك الادعاءات قضت المحكمة العليا بالولايات المتحدة بدستورية الأوامر الصادرة من وكالة Tahoei للتخطيط الإقليمي بالوقف المؤقت لعمليات البناء والتشييد استناداً إلى أن الأوامر الصادرة إنما هي أوامر مؤقتة لا تندرج تحت بند الاستيلاء على المال العام الذي يتعين التعويض عنه وفقاً لما ورد النص عليه في التعديل الخامس والرابع عشر من الدستور الأميركي ومن ثم فلا يجوز الحكم بالتعويض.

فإجراء الوقف في حد ذاته، لا يعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة، معلة ذلك بأن هناك فارق جوهري بين نزع الملكية للاستخدام العام وتنظيم الملكية للاستخدام الخاص. وفي مثل هذه الحالة فإن الأوامر الصادرة بالوقف تعد بمثابة تنظيم للملكية لغرض الاستخدام الخاص، ومن ثم لا تلتزم الهيئة التنظيمية بدفع مبلغ التعويض^٢.

١ Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency.

2 Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 2002.

ومن حيث سلطة الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة وبوجه خاص لتحقيق أغراض تكفل حماية التنمية المستدامة، فقد أكد قضاء المحكمة العليا في قضية Rindge Co. v. County of Los Angeles، أحقية السلطة العامة في استخدام سلطتها التي يكفلها لها الدستور الأمريكي لنزع ملكية أرض من أحد ملاك الأراضي من أجل المحافظة على المناظر الطبيعية الخلابة على الطريق السريع (a scenic highway) والتي تعكس رونق الطريق في إطلالته على المحيط من جهة، وعلى سلسلة الجبال من جهة أخرى لما يمثله ذلك من أهمية خاصة تكفل حماية الصحة العامة وتحقيق الرفاهية للمجتمع¹.

واستكمالاً للتطور التاريخي للتشريعات الصادرة في الولايات المتحدة في مجال التخطيط العمراني فقد صدر في ٢٣ سبتمبر ١٩٥٠ قانون الإسكان Housing Act لعام ١٩٥٩ والذي سمح بإنشاء صناديق لتمويل مساكن للكبار السن^٢.

وفي ٢ سبتمبر عام ١٩٦٤، تم إصدار قانون الإسكان Housing Act، لعام ١٩٦٤ والذي يتيح للدولة منح القروض من أجل إعادة تأهيل وتطوير المنازل.

وفي ٩ سبتمبر عام ١٩٦٥، تم إصدار قانون خاص لإدارة الإسكان والتنمية الحضرية Department of Housing and Urban Development Act والذي أنشأ إدارة للإسكان والتنمية الحضرية United States Department of Housing and Urban

1 Rindge Co. v. County of Los Angeles, 262 U.S. 700 1923.

2 Housing Act, 1959 – Pub.L. 86-372.

Development¹، والتي تمثل الإدارة الرئيسية للفرع التنفيذي للحكومة الفيدرالية في الولايات المتحدة، وعلى الرغم من تولي تلك الإدارة في بداية عملها وظيفتها، كوكالة لتمويل المنازل والإسكان إلا أنها ومع ذلك ومنذ عام ١٩٦٥ احتفظت حتى الآن بوظيفتها كإدارة للإسكان والتنمية الحضرية والتي عهد إليها وبصورة رئيسية بمهمة وضع وتنفيذ سياسات الإسكان والمدن الكبرى بما يتلاءم مع تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

ومن ناحية أخرى، فقد كان لصدور قانون Williamson عام ١٩٦٥ بولاية كاليفورنيا، والذي نص على إعفاء أصحاب الأراضي الزراعية من ضريبة الأملاك وذلك في مقابل اتفاق مدته عشر سنوات يتفق بموجبه أطراف العقد على عدم تطوير الأرض أو تحويلها بطريقة أو بأخرى إلى أي استخدام آخر وحصر استخداماتها نحو تحقيق أغراض زراعية. فقد كان الدافع من وراء صدور قانون ويليامسون هو تعزيز الحفظ الطوعي للأراضي، وخاصة فيما يتعلق بحفظ الأراضي الزراعية.

ليرمي ذلك القانون إلى توفير الحماية الأمثل لمساحات واسعة من الأراضي لمواجهة مخاطر الزحف العمراني urban sprawl، من خلال المحافظة على الحد الأقصى من العرض المتوفر من الأراضي الزراعية للمحافظة ليس فحسب على الموارد الاقتصادية للدولة، كهدف تسعى إليه الدولة من أجل المحافظة على

1 Housing and Urban Development Act, 1965 – Pub.L. 89–117.

اقتصادها الزراعي، ولكن أيضًا لضمان توفير الغذاء الكافي والصحي للسكان في المستقبل وما هو يؤول حتمًا نحو تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

وعلى أثر صدور ذلك التشريع، عقدت الولاية المذكورة العديد من الاتفاقات مع مالكي الأراضي من أجل تخصيص استخدامات الأراضي لتحقيق أغراض زراعية وذلك خلال مدة زمنية تقدر بنحو عشر سنوات في مقابل إعفائهم من الضرائب. ومن بين هذه الاتفاقات؛ الاتفاق المبرم بين مجلس مدينة Hayward وشركة Soda، والتي تمتلك مزرعة للماشية مقامة على مساحة قدرها ٢٣٠٠ فدان في سفوح التلال التي ترتفع على طول الحافة الشرقية لمدينة Hayward.

وحتى عام ١٩٧٩، تم تخصيص ما يقرب من ٦٠٠ فدان من تلك الأراضي التي تمتلكها الشركة كجزء من محمية زراعية تم أنشأها في عام ١٩٦٩ بموجب اتفاق بين الشركة المذكورة ومجلس مدينة Hayward، وذلك بموجب قانون ويليامسون، والذي حصر استخدام تلك الأراضي على الاستخدام الزراعي لمدة ١٠ سنوات، مع الأخذ في الاعتبار أنه ومع انتهاء المدة الزمنية المحددة بالعقد، فإنه وبموجب ذلك القانون سيتم تجديد العقد تلقائيًا ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في التجديد. حيث يجوز لمالك الأرض إنهاء عقده بعد انتهاء مدته في أي وقت عن طريق إرسال إشعار للجهة الحكومية المتعاقدة، بعدم رغبته في التجديد، وبمجرد إشعار الحكومة المتعاقدة بعدم الرغبة في تجديد العقد وبعد موافقة الجهة الحكومية

على ذلك، فإن الضرائب على الممتلكات تعود تدريجياً إلى مستوى الضرائب المفروضة على ممتلكات مماثلة.

وفي يناير ١٩٧٨، ومع انتهاء المدة الزمنية المحددة بالعقد، وبتجديد العقد تلقائياً بين كل من مجلس مدينة Hayward وشركة Soda ، وذلك بخصوص تخصيص المنطقة سالفة الذكر (٦٠٠ فدان) والتي تمتلكها الشركة كمحمية زراعية استناداً إلى قانون ويليامسون، تقدمت الشركة المعنية، بطلب التماس إلى مجلس المدينة لإلغاء اتفاقية الحفاظ على الأراضي الخاصة بها، مطالبة بإعادة تقسيم تلك المنطقة وتخصيص مساحه قدرها ٩٣ فداناً وتحويل استخدامها من غرض "زراعي" إلى "غرض آخر للتطوير مخطط له"، وهو غرض آخر تنموي يهدف إلى تمكين الشركة مقدمة الالتماس من بناء مباني سكنية لمتوسطي الدخل.

هذا، وبعد عقد مجلس مدينة Hayward جلسة استماع لنظر الالتماس المقدم من قبل ممثلي الشركة المعنية، استناداً الى المادة ٥ من قانون (Gov. Code, § 51284)، والتي تنص على عدم جواز إلغاء أي عقد إلا بعد قيام المدينة أو المقاطعة بإخطار، الأطراف المعنية بالعقد، بعقد جلسة استماع عامة بشأن استخدامات الأرض محل الالتماس والنظر في الطلبات والدوافع المقدمة بشأنها. وينظر الالتماس المقدم، أقر مجلس المدينة بالإلغاء الجزئي للعقد وتخصيص مساحة قدرها ٣٠ فدان بخلاف المساحة المشمولة في طلب الالتماس (٩٣ فدان)

لاستخدامها لأغراض سكنية ومنح الإذن بتغيير تقسيم المناطق المعنية، وتمهيد الطريق للتقسيم الفرعي السكني المقترح من قبل الشركة المعنية.

وفي تبرير قراره أقر المجلس بعدم تعارض الإلغاء الجزئي لاتفاقية الحفاظ على الأراضي مع مقاصد قانون حماية الأراضي لكاليفورنيا الصادر عام ١٩٦٥ في تحقيق المصلحة العامة، طالما لن يؤدي إزالة هذه المساحة الصغيرة نسبياً من المحمية الزراعية إلى تعريض استمرار استخدام الأراضي المتبقية في المحمية لأغراض زراعية للخطر. هذا فضلاً عن أن التحويل المحتمل لاستخدام المنطقة وتطويرها لتحقيق أغراض سكنية سيحقق فائدة أعظم لسكان المدينة الذين يحتاجون إلى منطقة سكنية قريبة للمجتمعات الزراعية كتوسع منظم وامتداد للتقسيمات الفرعية السكنية المتجاورة، كما اعتبر المجلس المحلي إن اختزال المساحة المتضمنة في طلب الالتماس من ٩٣ فدان إلى ٣٠ فدان يعد كافياً، لخلق مساحة مفتوحة للمنطقة، على النحو الذي سيساهم في تنمية البيئة الجمالية وتعزيز رفاة أصحاب الممتلكات المجاورة والمدينة ككل.

وعلى أثر هذا الإلغاء الجزئي للعقد تقدمت SIERRA CLUB وهي منظمة معنية بالقضايا البيئية في الولايات المتحدة، بطلب أمام المحكمة العليا للقضاء بعدم مشروعية الأمر الصادر من المجلس بالإلغاء الجزئي للاتفاق المبرم بين مجلس مدينة Hayward وشركة Soda ، لمخالفته لأهداف قانون كاليفورنيا الصادر عام ١٩٦٥.

وينظر الدعوى أمام قضاء المحكمة العليا بولاية كاليفورنيا، قضت المحكمة إلي أن القضاء بمدى مشروعية قرار المجلس المحلي بإلغاء الاتفاق المبرم بين مجلس المدينة وشركة Soda وفقاً لقانون ويليامسون، لن يكون إلا اذا توافرت أي حالة من الحالات الأتية: (أ) إذا كان إلغاء الاتفاق لا يتعارض مع الهدف من صدور القانون؛ و(ب) إذا كان من شأن هذا الإلغاء تحقيق المصلحة العامة(ج) توافر أرض بديلة من أجل تحقيق الغرض المقترح (د) عدم توافر أسباب معقولة لاستخدام الأرض محل النزاع لتحقيق الأغراض المخصصة للزراعة.

لتخلص المحكمة في قضائها إلى مشروعية القرار الصادر من مجلس المدينة بإلغاء الجزئي للاتفاق، والى عدم تعارض هذا الإلغاء، ومقاصد قانون ويليامسون والذي لا يخل بدواعي حماية المصلحة العامة، خاصة وأن المقصد من الهيئة التشريعية عند إصدارها للقانون المعني هو في المقام الأول المحافظة على ديموميه وجود أرض فضاء مفتوحة ترمي إلى خلق تنمية منظمة للمناطق الحضرية، وبافتراض أن التطوير التنموي المحدود للمنطقة السكنية لا يعرض الاستخدام الزراعية القريبة منه للخطر، الأمر الذي ينتفي معه أي إساءة لاستخدام السلطة التقديرية لمجلس المدينة¹.

1 SIERRA CLUB et al., Plaintiffs and Appellants, v. CITY OF HAYWARD, Defendant and Respondent; Y. Charles SODA et al., Real Parties in Interest and Respondents.

وفي إبريل عام ١٩٦٨، تم إصدار قانون للمساواة والعدالة في الإسكان Fair Housing Act لحظر التمييز العنصري في مجال الإسكان. فموجب هذا القانون تم حظر التمييز فيما يتعلق ببيع وتأجير وتمويل الإسكان على أساس العرق أو الدين أو الأصل القومي أو الجنس. فعلى الرغم من ما شهده موضوع مناقشة مشروع ذلك القانون من نقاش مثير للجدل في مجلس الشيوخ، إلا أن مجلس النواب قد وافق على تمريره مباشرة دون تردد وذلك في الأيام التي تلت اغتيال زعيم الحقوق المدنية مارتن لوثر كينغ، حيث اعتبروا أن إجازة مشروع القانون وإقراره بمثابة تكريم مناسب لنضال زعيم الحقوق المدنية وإرثه، حيث تم تمريره قبل جنازة كينج في أتلانتا، ويعتبر صدور قانون الإسكان العادل بمثابة الإنجاز التشريعي الكبير والأخير لحركة الحقوق المدنية والتي انتهت بصدور قانون الحقوق المدنية عام ١٩٦٨.^١

١ كانت حركة الحقوق المدنية المعروفة أيضاً باسم حركة الحقوق المدنية الأمريكية الأفريقية في الولايات المتحدة الأمريكية حركةً مستمرةً لعقود بهدف ضمان الحقوق القانونية للأمريكيين الأفارقة التي قد تحفظ عليها أمريكيون آخرون . مع بزوغ جذورها في عصر إعادة الإعمار أواخر القرن التاسع عشر، أدت الحركة إلى أكبر الآثار التشريعية بعد الإجراءات المباشرة والاحتجاجات الشعبية التي نُظِّمت من منتصف الخمسينات حتى عام ١٩٦٨ . شملت الاستراتيجيات والجماعات المختلفة والحركات الاجتماعية المنظمة لتحقيق أهداف إنهاء الفصل والتمييز العنصري القانوني في الولايات المتحدة، وحصلت الحركة باستخدام الحملات اللاعنافية الكبرى في نهاية المطاف على اعتراف حديث في القانون الفيدرالي والحماية الفيدرالية لجميع الأمريكيين . بعد انتهاء الحرب الأهلية الأمريكية وإلغاء العبودية في ستينيات القرن التاسع عشر، سعت تعديلات إعادة الإعمار لدستور الولايات المتحدة إلى ضمان حقوق الأمريكيين الأفارقة. وبالرغم

من حصول الأمريكيين الأفارقة على حق التصويت لفترة قصيرة وأصبحوا يشغلون مناصب سياسية، فإنهم سرعان ما حُرِّموا من الحقوق المدنية غالباً بموجب قوانين جيم كرو، وتعرَّضوا للتمييز والعنف المتواصل. بذل الأمريكيون الأفارقة خلال القرن التالي العديد من الجهود لتأمين حقوقهم الشرعية. ما بين عامي ١٩٥٥ و ١٩٦٨، أدت أعمال الاحتجاج اللاعنفي والعصيان المدني إلى الوصول لحالات حرجة وحوارات مثمرة بين الناشطين والسلطات الحكومية. كان على الحكومات والمجتمعات الفيدرالية والمحلية وحكومة الولاية، أن تستجيب على الفور لهذه الحالات، ما سلَّط الضوء على أوجه عدم المساواة التي يواجهها الأمريكيون الأفارقة. وقد أدى إعدام الشاب إيميت تيل والاستجابة العميقة لقرار والدته بإجراء مراسم جنازة مفتوحة إلى تعبئة المجتمع الأمريكي الأفريقي في جميع أنحاء البلاد. شملت أشكال الاحتجاج و/أو العصيان المدني المقاطعة مثل النجاح في مقاطعة الحافلات في مونتغمري 1956-1955 في ألاباما؛ بالإضافة إلى الاعتصام مثل اعتصامات غرينزبورو المؤثرة ١٩٦٠ في كارولينا الشمالية واعتصامات ناشفيل الناجحة في تينيسي، والمسيرات مثل حملة برمنجهام عام ١٩٦٣ والمسيرة من سلمى إلى مونتغمري عام ١٩٦٥ في ولاية ألاباما، مع مجموعة واسعة من الأنشطة اللاعنفية الأخرى. عمل المعتدلون من الحركة مع الكونغرس لإقرار عدّة قوانين هامة من التشريعات الفيدرالية التي تُسقط الممارسات التمييزية. إذ حظر قانون الحقوق المدنية لعام 1964 بصريح العبارة التمييز على أساس العرق أو اللون أو الدين أو الجنس أو الأصل القومي في ممارسات التوظيف، إضافةً إلى إنهاء التطبيق غير المتكافئ لمتطلبات تسجيل الناخبين ومنع الفصل العنصري في المدارس ومقرّات العمل وفي الأماكن العامة. أعاد قانون حق التصويت لعام ١٩٦٥ حقوق الأقليات بالتصويت وحماها من خلال تفويض الإشراف الفيدرالي على التسجيل والانتخابات في المناطق التي تُقَصَّ فيها التمثيل التاريخي للأقليات كناخبين. كما حظر قانون الإسكان العادل لعام ١٩٦٨ التمييز في بيع أو استئجار المساكن. عاد الأمريكيون الأفارقة إلى الحياة السياسية في الجنوب، وألهم الشباب في جميع أنحاء البلاد لاتخاذ الإجراءات. أدت موجة من أعمال الشغب وقعت بين عامي ١٩٦٤ و ١٩٧٠ داخل المدن في المجتمعات ذات العرق الأسود إلى تفويض الدعم من الطبقة الوسطى البيضاء، ولكن مع تزايد الدعم من المؤسسات الخاصة كما شجع ظهور "حركة القوة السوداء" والتي استمرت بين عامي ١٩٦٥ و ١٩٧٥، القيادة السوداء الثابتة على موقفها التعاوني وعدم ممارستها العنف، وبدلاً من ذلك

وفي دعمها للإسكان المفتوح لجميع الأفراد دون تمييز على أساس اللون، ودعمها لحركة الكفاح الذي شهده المجتمع الأمريكي من أجل الإسكان العادل. القائم على حظر التمييز العنصري، فقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص التي تقسم المناطق على أساس التمييز العرقي أو الجنسي لتعارضه مع مبدأ المساواة الذي يكفله الدستور الأمريكي¹.

طالبات بناء الاكتفاء الذاتي الاقتصادي في مجتمع السود، بالإضافة إلى القوانين الجديدة المكتسبة من خلال الحركة اللاعنفية .

V. R. Newkirk, How 'The Blood of Emmett Till' Still Stains America

Today, The Atlantic, February 16, 2017

. <https://www.theatlantic.com/entertainment/archive/2017/02/how-the-blood-of-emmett-till-still-stains-america-today/516891>. Last accessed 8/2/2019; **M. J. Horwitz**, The warren court and the pursuit of justice, Washington and Lee Law Review, Volume 50 | Issue 1 Article 4, Winter 1-1-1993, p . 6.

تمحورت العديد من التجليات الشعبية للحركة في القيادة الساحرة والحكمة التي تمتع بها مارتن لوثر كنج الابن، والذي حاز لدوره فيها على جائزة نوبل للسلام عام ١٩٦٤. وبالرغم من ذلك، كتب بعض الباحثون أن الحركة اتسمت بالتنوع الغالب بحيث لا يمكن نسبها لأي شخص أو منظمة أو إستراتيجية واحدة.

1 Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U.S. 409 1968

وفي أغسطس ١٩٦٩ تم إجراء تعديل على القانون سالف الذكر (قانون الإسكان العادل) ليشمل فرض حظر على الأسر محدودة الدخل بدفع أكثر من ٢٥ % من قيمة الدخل للإيجار.

وفي عام ١٩٧٠، تم إنشاء جمعية المهنيين البيئية The Association of Environmental Professionals (AEP)، والتي تعتبر أول جمعية غير ربحية في الولايات المتحدة الأمريكية تشتمل على مجموعة من المهنيين من مختلف التخصصات بما في ذلك كافة التخصصات المتعلقة بعلم البيئة؛ فهي تحتوي على إدارة لتنظيم الموارد، هذا بالإضافة إلى دورها الأساسي في التخطيط البيئي وكذلك العديد من التخصصات المرتبطة بذلك المجال.

وفي أغسطس عام ١٩٧٤، صدر قانون الإسكان والتنمية الاجتماعية Housing and Community Development Act، والذي تضمن النص على التزام الحكومة الفيدرالية بتقديم منح ذات أغراض محددة a block grant للحكومات المحلية تحدد بمقتضاها أوجه إنفاقها من أجل ضمان الإمتثال بتنفيذ أحكام ذلك القانون، غير إن ما يميز تلك المنح هو أنها تمنح للحكومات المحلية الحق في استخدام أساليب وتجارب جديدة من أجل تحقيق ذات الهدف^١.

1 Housing and Urban Development Act, 1974 – Pub.L. 93–383.

وفي أكتوبر عام ١٩٧٧، صدر قانون الإسكان والمجتمع Housing and Community Act ، والذي وضع حجر الأساس لتقديم المنح للتنمية الحضرية وأكد على ضرورة وأهمية تقديم تلك المنح للمعاقين وكبار السن.

وفي يوليو عام ١٩٨٧، صدر قانون The Stewart B. McKinney Homeless Assistance Act والذي نص على ضرورة تقديم المساعدة للمجتمعات المحلية من أجل التعامل مع الأشخاص الذين لا مأوى لهم، كما تضمن النص على إنشاء مجلس للتنسيق المشترك بين الولايات بشأن الأشخاص الذين لا مأوى لهم the United States Interagency Council on Homelessness .

وفي عام ١٩٨٨، تم إصدار قانون Anti-Drug Abuse Act والذي منح السلطات العامة التي تخضع لها المساكن الشعبية المستأجرة، السلطة التقديرية التي تمكنها من استخدام كافة الأدوات اللازمة لإجلاء وطرد السكان المقيمين في تلك المناطق والذين قد يعرضوا السكان الأخرين للخطر سواء بسبب سلوكهم الإجرامي أو بسبب تعاطي المخدرات^١.

1 Section:1437dl6 unambiguously requires lease terms that vest local public housing authorities with the discretion to evict tenants for the drug- related activity of household members and guests whether or not the tenant knew, or should have known, about the activity.” “. Anti-Drug Abuse Act of 1988 Pub.L. 100-690, 102 Stat. 4181, enacted November 18, 1988, H.R. 5210.

ففي حكم حديث قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة بمشروعية الأمر الصادر من السلطة العامة المحلية بطرد أحد المستأجرين المقيمين في منطقة سكنية العامة، وانتفاء إساءة سلطتها التقديرية في ذلك، وذلك على سند من القول بأن التشريع سالف الذكر يتطلب بأن يكون من ضمن بنود عقد الشقة المؤجرة بنذاً يمكن السلطة العامة من استخدام قوتها المادية المباشرة وطرد مستأجر العقار، إذا كان هو أو أحد أفراد أسرته يمارس أي أنشطة جنائية تتعلق بالمتاجرة بالمخدرات سواء كان المستأجر يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم بشأن ممارسة مثل ذلك النشاط، استناداً إلي أن النشاط الإجرامي يهدد حق الفرد في التمتع الآمن والسلامة الصحية بالنسبة للأماكن الأخرى^١.

وفي أكتوبر عام ١٩٩٢، صدر قانون الإسكان والتنمية المجتمعية Housing and Community Development Act، والذي قنن قانون المؤسسات الفيدرالية للإسكان والسلامة المالية والصحة العامة ١٩٩٢ Federal Housing Enterprises Financial Safety and Soundness Act، وإنشأ مكتب لمراقبة مشروعات الإسكان على المستوي الفيدرالي Office of Federal Housing Enterprise Oversight.

١ DEPARTMENT OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT v. RUCKER. 122 S. Ct. 1230 U.S. Sup. Ct. 2002.

وفي أكتوبر عام ١٩٩٨، وضعت الحكومة العديد من مشروعات القوانين التي تسمح لسلطات الإسكان المحلية بإنشاء المزيد من المساكن الاجتماعية العامة لأفراد الطبقة المتوسطة.

وفي نوفمبر عام ٢٠٠٧، بادرت وزارة الإسكان والتنمية الحضرية في الولايات المتحدة الأميركية بتقديم برامج تتضمن توفير امتيازات لراغبي الشراء في حالة شراء أي منزل من منازل وزارة الإسكان والتنمية الحضرية.

وحدثاً أصدر الكونجرس الأميركي، في فبراير ٢٠٠٩ قانون American Recovery and Reinvestment Act والذي تتضمن النص على وضع حزمة من الحوافز الاقتصادية، قدرت التكلفة التقريبية لها بمبلغ ٧٨٧ مليار دولار، تدفع للوزارات والجهات الإدارية والوكالات المختلفة بهدف الحد من الركود الاقتصادي والاستثمار والإنفاق المباشر في البنية التحتية وقد كان من أهم أهداف ذلك القانون تضمين قانون الإنفاق المباشر في الإسكان والبنية التحتية للمشروعات التنموية، والتعليم، والصحة، والطاقة الخضراء^١.

ففيما يتعلق بخطة الإسكان، خصص القانون السابق مبلغ مالي يقدر بنحو ٧,٤ مليار دولار تدفع إلي الوكالات والوزارات والجهات الإدارية لدعم عمليات التنمية والإصلاح وتحديث المباني والمنازل خلال خطة زمنية محددة، هذا بالإضافة إلي ميزانية تقدر بنحو ١٨ مليار دولار في مجال حماية البيئة والمياه والصرف

1 PUBLIC LAW 111-5—FEB. 17, 2009.

الصحي، خصص جزء كبير منها من أجل إجراء تحسينات ودعم مشروعات البنية التحتية الأساسية للمحافظة على البيئة والموارد الطبيعية.

كما أصدرت الولايات المتحدة العديد من القوانين في مجال الطاقة¹ تهدف جميعها إلى تشجيع مختلف القطاعات على تحسين كفاءة استخدام معظم مصادر الطاقة المتجددة مثل الإشعاعات الشمسية وتشجيع تطويرها بما يلاءم حماية البيئة وصحة الإنسان. ووضع خطة استراتيجية لتطوير بعض الصناعات التي تهدف إلى تقليص اعتماد أميركا على المنتجات البترولية وهو ما ساهم في خلق فرص العمل، ومن ثم انتعاش الاقتصاد الوطني².

1 Energy Policy Act of 2005, Energy Independence and Security Act of 2007, and Emergency Economic Stabilization Act of 2008.

٢ وفي مارس ٢٠٠٩ ، تم وضع خطط لاستثمار ٣.٢ مليار دولار في مجال كفاءة الطاقة ولمشاريع الحفاظ على الطاقة في الولايات المتحدة، وتوفير المنح للمشاريع التي تقلل من إجمالي استخدام الطاقة وانبعاثات الوقود الحفري، وتحسين كفاءة استخدام الطاقة في البلاد. وقد أصدرت وزارة الطاقة ووكالة حماية البيئة الأميركية EPA نسخة محدثة في إطار خطة عمل وطنية لمبادرة كفاءة الطاقة "رؤية لعام ٢٠٢٥: إطار عمل من أجل التغيير" ، الذي يرسم كفاءة استخدام الطاقة في خطة عمل المقترحة لصانعي سياسة الدولة. بحيث يترتب على تنفيذ تلك الخطة من قبل جميع الدول، انخفاض الطلب على الطاقة في أنحاء البلاد بنسبة ٥٠ ٪، وتحقيق أكثر من ٥٠٠ مليار دولار في صافي المدخرات على مدى السنوات ال ٢٠ المقبلة، والحد من الانبعاثات السنوية لغازات الدفيئة المنبعثة من ٩٠ مليون سيارة.، وقد تم تحديث خطة العمل من أجل التشجيع على الاستثمار في برامج الطاقة ذات التكلفة المنخفضة والكفاءة في استخدام الطاقة، وترفق الخطة بتقرير يبين التقدم الذي تبذله الدول نحو تحقيق أهدافها، مع تحديد المجالات التي تحتاج إلى تحقيق مزيد من التقدم، ويصاحب التقرير اثنتين من الوثائق التي تقدم

المساعدة التقنية وتظهر مردودية اختبارات برامج كفاءة استخدام الطاقة الأقل تكلفة والأكثر فاعلية.

In March 2009, Vice President Joe Biden announced plans to invest \$3.2 billion in energy efficiency and energy conservation projects in the United States. The Energy Efficiency and Conservation Block Grants program, funded by President Obama's American Recovery and Reinvestment Act, will provide grants for projects that reduce total energy use and fossil fuel emissions, and improve energy efficiency nationwide. DOE and the U.S. Environmental Protection Agency EPA have released an updated version of the National Action Plan for Energy Efficiency "Vision for 2025: A Framework for Change", which lays out a proposed energy efficiency action plan for state policy makers. If implemented by all states, the plan could lower energy demand across the country by 50%, achieve more than \$500 billion in net savings over the next 20 years, and reduce annual greenhouse gas emissions equivalent to those from 90 million vehicles. The report, which was released under the National Action Plan for Energy Efficiency initiative, was produced by more than 60 energy, environmental, and state policy leaders from across the country. The updated action plan encourages investment in low-cost energy efficiency programs and shows the progress that the states are making toward their goals, while identifying areas for additional progress. The report is accompanied by two technical assistance documents that offer cost-effectiveness tests for energy efficiency programs and best practices for providing data to businesses. Wikipedians United States Economy in come human development science, technology, transportation, and energy. p. 170

ومن التطبيقات المتعلقة باستخدام الطاقة الشمسية في المناطق السكنية بما يتلاءم مع أغراض حماية البيئة، توقف إعداد التصميمات المعمارية على إدراجها لنظم للتسخين والتبريد تعتمد على استغلال الطاقة الشمسية، والحصول على الماء الصالح للشرب من خلال عمليات التقطير والتطهير، واستغلال ضوء النهار، والماء الساخن، والطاقة الحرارية في الطهو، واستخدام درجات الحرارة المرتفعة في أغراض صناعية.

وبشكل عام تتسم الوسائل التكنولوجية التي تعتمد على الطاقة الشمسية بأنها إما أن تشكل نظم للطاقة الشمسية السلبية أو أن تشكل نظم للطاقة الشمسية الإيجابية وذلك وفقاً للطريقة التي يتم استغلال وتحويل وتوزيع ضوء الشمس من خلالها، وتشمل التقنيات التي تعتمد على استغلال الطاقة الشمسية الإيجابية استخدام اللوحات الفولتوضوئية والمجمع الحراري الشمسي، مع المعدات الميكانيكية والكهربائية، لتحويل ضوء الشمس إلى مصادر أخرى مفيدة للطاقة. هذا، في حين تتضمن التقنيات التي تعتمد على استغلال الطاقة الشمسية السلبية توجيه أحد المباني ناحية الشمس واختيار المواد ذات الكتلة الحرارية المناسبة أو خصائص تشتيت الأشعة الضوئية، وتصميم المساحات التي تعمل على تدوير الهواء بصورة طبيعية.

وبوجه عام يتعامل المخططين البيئيين environmental planners بالنسبة لأي مشروع، مع مجموعه واسعة ومتكاملة من اللوائح البيئية وذلك سواء على المستوي

الفيدرالي أو على مستوى الولايات أو على مستوى المدن، يتم تنفيذها وإدارتها جميعها على المستوى الفيدرالي من قبل وكالة حماية البيئة Environmental Protection Agency والتي تحض على القيام بالعمليات البيئية لدراسة الآثار المترتبة عن إقامة أو تشييد تلك المشروعات والتخفيف من الآثار المحتملة المترتبة عليها والتي تتم عادة من خلال ما يعرف بعملية تقييم الأثر البيئي Environmental Impact Statement (EIS) ، أو التقييم البيئي Environmental Assessment (EA) أو من خلال إتباع الإجراءات والمبادئ التوجيهية التي تتضمنها قانون السياسة البيئية الوطنية (NEPA) Act National Environmental Policy ، وكذلك قانون مراجعة الجودة

١ عملية تقييم الأثر البيئي Environmental Impact Statement EIS تعد بمثابة آلية تنفيذية لضمان التزام الحكومة الفيدرالية بتحقيق الأهداف والسياسات الواردة في قانون السياسة البيئية الوطنية. بعبارة أخرى هي أداة أو وسيلة تستخدم لصنع القرارات المؤثرة في البيئة تتولى من خلالها الجهات المعنية بحماية البيئة، وكالة حماية البيئة، وصف الآثار البيئية الإيجابية والسلبية للمشروع المقترح، كما تتولى عادة وضع بديل أو أكثر عن الإجراء المقترح العمل به في المشروع. ويتعين القيام بذلك الإجراء في اقرب وقت مناسب من قيام الوكالة بإجراء تخطيط التنمية أو قبل أن ترد على الاقتراح المتعلق بمشروعات التنمية على أن تتبع الوكالة في سبيل تحقيق ذلك نهج متعدد التخصصات وذلك لكي تتولى بدقة، تقييم كلا من الآثار الاجتماعية والمادية للمشروعات التنموية المقترحة.

J. R. Formby, The Environmental Impact Statement: Problems and Alternatives Centre for Resource and Environmental Studies, Australian National University, 1977, p. 3

البيئية للولاية (SEQRA) State Environmental Quality Review Act أو قانون مراجعة

الجودة البيئية للمدينة (CEQR) City Environmental Quality Review .¹

1 Section 1022C, of National Environmental Policy Act stipulates that an EIS shall be "included in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment...". The CEQ regulations begin by calling for agencies to integrate NEPA regulations and requirements with other various planning requirements at the earliest possible time to ensure that all decisions are reflective of environmental values, avoid potential delays in the future and eliminate potential future conflicts. NEPA's action-forcing provision.

الفصل الرابع

دور التخطيط العمراني في تحقيق التنمية المستدامة في جمهورية مصر العربية

مر التنظيم التشريعي للتخطيط العمراني في مصر بعدة مراحل زمنية من خلال عدة قوانين متعاقبة، ينسخ فيها اللاحق ما سبقه من تشريعات. فإذا كان جوهر التخطيط هو تحديد الأهداف ووضوحها بهدف تحديد أنسب الوسائل لتحقيقها، فإن التخطيط العمراني في التشريعات قد افتقد إلى التخطيط، فكانت التشريعات المنظمة للعمران تتسم بالعشوائية وعدم الانضباط، والتضارب في بعض الأحيان، حيث اكتفت، على استحياء، بالنص على التخطيط العمراني، تدريجياً، إلى أن نُظم صراحة في قانون غايته الأساسية التخطيط العمراني وقد عرف هذا القانون باسم قانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨. وفي ضوء ما سبق سنتولى تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول

التطور التشريعي للتخطيط العمراني في جمهورية مصر العربية

نتناول في هذا المبحث، المراحل التشريعية التي مر بها التخطيط العمراني وذلك على النحو الآتي:

١- التخطيط العمراني في قوانين البناء والتعمير:

يقصد بقوانين البناء: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم إقامة أعمال البناء المختلفة وأعمال الهدم، والإجراءات الخاصة بالحصول على التراخيص بإقامة أعمال البناء أو الهدم وتحديد شروطها وضوابطها".

وقد مرت تشريعات البناء في مصر بالعديد من المراحل والتطورات بداية من الأمر العالي الصادر في ٢٦ أغسطس ١٨٨٩، حيث يعد هذا الأمر العالي أول تدخل تشريعي من جانب الدولة لتنظيم أعمال البناء، وكان يهدف هذا الأمر إلى تنظيم أعمال البناء في المدن والقرى التي يوجد بها مصلحة التنظيم أو التي ستشكل فيها المصلحة، حيث يمتنع القيام ببناء أي عمارات أو منازل أو أسوار أو بلكنات أو

١ د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء من الوجهة الجنائية والمدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣.

٢ جريدة الوقائع المصرية، العدد ٩٩، ٢ سبتمبر ١٨٨٩.

سلام خارجية وغيرهم، دون الحصول على الترخيص وخطة التنظيم من مصلحة التنظيم^١.

وظل الأمر العالي السابق ساريًا بمفرده، إلى أن صدرت القوانين رقم ٥١ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتنظيم المباني^٢، والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء، فأصبح هذان القانونان مكملان لما أكتتف الأمر العالي من نقص وثغرات.

فقد كانت تقتصر أحكام الأمر العالي الصادر عام ١٨٨٩ ولائحته التنفيذية على الترخيص بأعمال البناء المقامة على الطرق العامة فقط، فأتى القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٤٠ لتنظيم أعمال البناء على الطرق سواء كانت عامة أو خاصة^٣. ويلاحظ على هذا القانون اقتصاره على أعمال البناء والمتمثلة في تنظيم ارتفاعات المباني وارتفاعات كل دور وغيرها من الأمور التي لا تمس مباشرة التخطيط العمراني.

أما القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ فقد عني بمسألة التخطيط العمراني من خلال تنظيم عملية تقسيم الأراضي المعدة للبناء وذلك باعتبارها من العمليات الجديرة بكل

١ المادة الأولى من الأمر العالي الصادر في ٢٦ أغسطس ١٨٨٩.

٢ منشور بتاريخ ١٦ يونيو ١٩٤٠.

٣ المادة الأولى من القانون: "لا يجوز لأحد أن ينشئ بناء على حافة طريق عام أو خاص أو في داخل الأرض أو أن يوسعه أو يعليه أو يعدل فيه إلا بعد الحصول على رخصة بالبناء من السلطة القائمة على أعمال التنظيم....".

تشجيع فهي تؤدي إلى اتساع المدن وتخفيف الضغط على مناطق الوسط المتزاخمة بالسكان، كما أنها تهيئ لجانب من أهل المدن للإقامة في الضواحي والاستمتاع بأسباب المعيشة الصحية^١. وعلى الرغم من أن التقسيم يمثل مرحلة أخيرة من مراحل التخطيط العام للمدن والقرى، إلا أن هذا التشريع قد اكتفي بهذه المرحلة دون تنظيم لما يسبقها أو يلحقها من مراحل^٢.

وقد كان تقسيم مساحات الأراضي الكبيرة إلى أنصبة مختلفة، يعتبر فيما مضى داخلًا في نطاق استعمال حق الملكية، بحيث لا يجوز أن يكون محلاً لقيود خاصة ودون ضوابط من تخطيط أو أسس للتقسيم، بحيث أن ترك المقسم وشأنه والذي يجهل- بسبب عدم خبرته- شئون العمران قد يؤدي إلى قيامه بتقسيم الأراضي بصورة لا تنفق وما تتطلبه معالجة أخطاء الماضي، أو إصلاح التقسيمات القائمة بقوانين خاصة^٣.

وفي سياق تنظيم هذا القانون لعملية التخطيط العمراني، ألزم القانون المقسم بأن يخصص ثلث إجمالي مساحة الأرض المعدة للبناء للطرق والميادين والحدائق

١ راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠.

٢ المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢.

٣ في ذات المعنى راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠.

والمنتزهات العامة^١. فضلاً عن أنه لا يجوز أن تزيد النسبة التي تشغلها المباني عن ٦٠% من مساحة القطعة التي تقام عليها.

وفي عام ١٩٤٩ صدر القانون رقم ٢٨ بإجازة تحديد مناطق صناعية في المدن ومجاوراتها التي يصدر بتعيينها مرسوم، ولم يوضع هذا القانون- من الناحية العملية- موضع التطبيق، وظل إنشاء المناطق الصناعية لا يقوم على أسس علمية متطورة. وبمناسبة صدور قانون المساكن الشعبية رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٥١^٢، تم تضمينه باباً عن إعادة تخطيط المدن والقرى^٣.

وبعد صدور القانونين السابقين وفيما يقارب من ثماني سنوات، صدر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم المباني^٤، لاغياً أحكام القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٤٠ وكافة أحكام القوانين واللوائح المعمول بها إذا تعارضت مع أحكامه^٥.

وفي خصوص أسباب صدور هذا القانون، ذهب الفقه إلى أنه كان لتغير الظروف الاجتماعية والسياسية التي كانت تمر بها البلاد ونشوب الحرب العالمية الثانية

١ المادة الخامسة من قانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠.

٢ ورد على هذا القانون العديد من التعديلات التشريعية، حيث عدل بالقانون رقم ٢١٣ لسنة ١٩٥٤، المنشور بالوقائع المصرية في ١٠ إبريل ١٩٥٤، العدد ٢٨ مكرر، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٠ والمنشور بالجريدة الرسمية في ١٦ فبراير ١٩٦٠، العدد ٤٠.

٣ تم تنظيم إعادة تخطيط المدن والقرى، في الباب الثاني، في المواد من ١٠ إلى ١٥.

٤ منشور بالوقائع المصرية، العدد ٩٠، ١ يولييه ١٩٤٨.

٥ المادة ٢٢ من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٤٨.

وكذلك القصور والمثالب التي ظهرت مع تطبيق القانون ٥١ لسنة ١٩٤٠، دافعاً لتبني المشرع المصري القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٤٨^١، لتلافي ما وقع فيه سلفه من أخطاء^٢.

وكغيره من القوانين التي تختص في الأساس بأعمال البناء، ابتعد القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٤٨ عن تنظيم أعمال التخطيط العمراني. إلا أنه اختص بتنظيم عمليات البناء والتشييد للمباني، حيث نظم ارتفاعات المباني، وارتفاعات الأدوار داخل كل مبنى، وكذا نظم إصدار تراخيص البناء والسلطة المختصة بذلك مع إجازة القانون للسلطة القائمة على أعمال التنظيم أن تقوم بتحديد طراز البناء ولون الطلاء، فيما يعد تأكيداً لسلطة جهة الإدارة في الحفاظ على جمال الرونق. وقد اشترط هذا القانون أن يتوافر لكل بناء المرافق الصحية طبقاً لما تقرره اللائحة التنفيذية، بما يعكس اهتمام المشرع بالحفاظ على الصحة العامة للمواطنين، وهو نص مستحدث لم يوجد في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٤٠.

وبعد صدور القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٤٨ الذي اختص أساساً بتنظيم المباني، سن المشرع المصري القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٩^٣. في شأن إجازة تحديد مناطق صناعية في المدن ومجاوراتها. وقد تعلق هذا القانون بصورة أساسية بتنظيم عملية

١ بدأت الحرب العالمية الثانية عام ١٩٣٩، وانتهت عام ١٩٤٥.

٢ د. محمد أحمد فتح الباب، النظام القانوني لأحكام البناء في مصر، ١٩٩٧، ص ١٠ وما بعدها.

٣ صدر هذا القانون بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٤٩، ونشر بتاريخ ٢٨ فبراير ١٩٤٩.

التخطيط العمراني؛ حيث سمح القانون بتحديد منطقة أو أكثر تخصص دون غيرها لما ينشأ أو يدار من المصانع والمعامل والورش وغير ذلك من المجالات الضارة بالصحة أو المقلقة للراحة أو الخطرة. وتتولى السلطة القائمة على أعمال التنظيم تحديد المنطقة أو المناطق التي تخصص بصفة عامة للممارسة الأنشطة السابقة.

ويجوز اختيار المناطق الصناعية سالفه الذكر من الأراضي المملوكة للحكومة أو مجالس المديرية أو المجالس البلدية أو القروية، كما يجوز اختيارها من الأراضي المملوكة لغير هذه الهيئات. وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز نزع ملكيتها طبقاً لأحكام قانون نزع الملكية للمنفعة العامة^١، وتباع هذه الأراضي أو تؤجر لمن يرغبون في إنشاء المحال التي تخصص لها هذه المناطق.

وبعد ثورة يوليو ١٩٥٢، بدأ الاهتمام بأعمال التشييد والبناء، حيث صدر القانون رقم ٦٥٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن تنظيم المباني، ثم القانون رقم ٧١٢ لسنة ١٩٥٤ والذي كان يمس عملية التخطيط العمراني ولكن ليس لمصلحة المباني العامة والخاصة، وإنما من أجل المصانع الحربية؛ حيث حظر القانون إقامة مبان أو منشآت في الأماكن المجاورة للمصانع الحربية^٢.

١ جدير بالذكر، أن أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة التي كانت سارية في هذا الوقت كانت منظمة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٦ بشأن نزع الملكية أمام المحاكم المختلطة، والقانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧، بشأن نزع الملكية أمام المحاكم الأهلية، والمرسوم بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣١ الخاص بإدخال أحكام جديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

٢ المادة الأولى من القانون رقم ٧١٢ لسنة ١٩٥٤.

ويحدد مجلس إدارة المصانع الحربية^١ ومصانع الطائرات، الأماكن المجاورة للمصانع المحظور إقامة مباني أو منشآت بالنسبة لكل مصنع على ألا تقل مسافة هذه الأماكن عن خمسين مترًا أو تزيد على خمسمائة متر من أسواره الخارجية.

وبعد مرور عامين، ولأعمال التخطيط العمراني، صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٦ في شأن نزع ملكية الأحياء لإعادة تخطيطها وتعميرها- وقد أجاز هذا القانون نزع ملكية الأحياء من أجل إعادة تخطيطها وتعميرها وذلك بقرار من مجلس الوزراء، وتتطلب القانون السابق نشر القرار المقرر للمنفعة العامة مع بيان عن المشروع ورسم بالتخطيط الإجمالي له في الجريدة الرسمية.

وقد كان الهدف من هذا القانون- كما ورد بالمذكرة الإيضاحية- هو إعادة تخطيط الأحياء التي يسكنها ذوي الدخل المحدود في مختلف البلاد، حيث أن حالة المباني في تلك الأحياء سيئة للغاية، لذا اتجهت الحكومة إلى العناية بدراسة مشروعات إعادة تخطيط هذه الأحياء وتعميرها.

ومنذ عام ١٩٥٦ وحتى عام ١٩٧٩ مع صدور القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩^٢ في شأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة، مرت مصر بالعديد من المراحل التشريعية التي تعلق بتتظيم عمليات البناء، حيث صدر القانون رقم ٣٤٤ لسنة

١ أنشأ مجلس إدارة المصانع الحربية بالقانون رقم ٦١٩ لسنة ١٩٥٣.

٢ منشور بالجريدة الرسمية في ٢٩ نوفمبر ١٩٧٩، العدد ٤٨.

١٩٥٦ في شأن تنظيم وتوجيه أعمال البناء والهدم، والذي تم إلغاؤه بالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦١ في شأن تنظيم هدم المباني.

وفي عام ١٩٦٤ أصدر رئيس الجمهورية قرارًا بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٤^١ في شأن أسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية وأعمال البناء، ثم صدر القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء^٢.

وفي عام ١٩٧٩، صدر قانون إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩، والذي يعد بداية حقيقية لعمليات التخطيط العمراني، فقد أثبت تعداد السكان في مصر أن هناك تفاقم في عدد السكان وزيادة مضطردة أعقبها وجود توسع عشوائي حول المدن، وخلق مجتمعات عشوائية لاستيعاب هذا التزايد وذلك دون تخطيط مدروس أو أسس سليمة، مما أثر على كفاءة المرافق العامة على اختلاف أنواعها، وأدى إلى حدوث تلوث شديد للبيئة، وعدم استغلال أمثل لمساحات أراضي البيئة^٣.

وقد وضع هذا القانون تعريفًا للمجتمعات العمرانية الجديدة، حيث عرفها بأنها: "كل تجمع بشري متكامل يستهدف خلق مراكز حضارية جديدة، تحقق الاستقرار الاجتماعي والرخاء الاقتصادي (الصناعي والزراعي والتجاري وغير ذلك

١ منشور بالجريدة الرسمية في ٦ يناير ١٩٦٤، العدد ٥.

٢ منشور بالجريدة الرسمية في ٩ سبتمبر ١٩٧٦، العدد ٣٧.

٣ د. محسن العبودي، مرجع سابق، ص ٥٥.

من الأغراض) بقصد إعادة توزيع السكان عن طريق إعداد مناطق جذب مستحدثة خارج نطاق المدن والقرى القائمة". وكي لا تخرج تلك المجتمعات العمرانية الجديدة عن دائرة التنظيم والتخطيط، أنشأ القانون هيئة تنمية المجتمعات العمرانية الجديدة تكون - دون غيرها- جهاز الدولة المسئول عن إنشاء هذه المجتمعات العمرانية.

وقد قام المشرع بوضع العديد من القيود، رغبة في حسن التنظيم وتحقيق القانون لأهدافه، ومن تلك القيود: حظر إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة، في الأراضي الزراعية، ووجوب المحافظة على ما قد يكون بالأرض التي يقع عليها الاختبار من ثروات معدنية أو بترولية أو ما تحويه من آثار أو تراث تاريخي وفقاً لما هو معمول به من قبل التشريعات.

ومن كل ما سبق، يظهر أن إنشاء قانون المجتمعات العمرانية يعد بداية تشريعية للتخطيط العمراني السليم، وذلك بعد أن باءت كل المحاولات التشريعية لتحقيق تخطيط عمراني يكفل حماية البيئة من التلوث، ويعالج المشكلات الناجمة عن الزيادة السكانية، بالفشل، وذلك بسبب العشوائية التي صاحبت تخطيط المدن منذ البداية والتي أدت إلى إحداث خلل في التوزيع السكاني في المدن والقرى.

٢- قانون التخطيط العمراني رقم ٣ لسنة ١٩٨٢:

١ منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٨٢.

يعد القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ هو أول تشريع شامل ينظم مختلف شئون التخطيط العمراني، في مصر، والذي اعتبر التخطيط- كما ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون- أساساً لتنظيم المدن والقرى وتطوير نموها العمراني، لتغلب على ما تعانيه المدن والقرى المصرية من تخلف عمراني يرجع في المقام الأول إلى أن نموها وامتدادها لا يستند إلى أسس تخطيطية سليمة.

وتناول القانون سالف الذكر الأحكام الخاصة لإعداد التخطيطات العامة للمدن والقرى والتخطيطات التفصيلية^١ وقواعد تقسيم الأراضي للأغراض السكنية والصناعية^٢ وتناول الأحكام الخاصة بتجديد الأحياء، كما تناول الأحكام الخاصة بتقرير المنفعة العامة ونزع ملكية العقارات لأغراض التخطيط العمراني^٣ كما كفل الاشتراك بين جهة متخصصة وهي الهيئة العامة للتخطيط العمراني والوحدات المحلية، وتناول تنظيم الأحكام العام التي تحكم أعمال البناء أو الإنشاء أو التقسيم في المناطق الداخلة في نطاق المدن والحيز العمراني للقرى.

- قانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨:

ألغي قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ قانون التخطيط العمراني رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ لتحل نصوصه محل القانون الأخير.

١ المواد من ١ إلى ٦ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢.

٢ المواد من ١١ إلى ٢٦ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢.

٣ المواد من ٤٢ إلى ٥٣ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢.

وقد أنشأ هذا القانون ولأول مرة مجلس أعلى للتخطيط والتنمية العمرانية يتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة، ويتولى إقرار السياسات والأهداف العامة للتخطيط والتنمية العمرانية والتنسيق الحضاري على المستوى القومي، والتنسيق بين الوزارات والجهات المعنية بالتنمية العمرانية واستخدامات الأراضي، وكذا اقتراح وإبداء الرأي في مشروعات القوانين ذات الصلة بالتنمية العمرانية، وغيرها من الاختصاصات التي نص عليها القانون واللائحة التنفيذية^١.

أما بالنسبة للهيئة العامة للتخطيط العمراني، فيلاحظ أن القرار الجمهوري رقم ١٠٩٣ لسنة ١٩٧٣ الخاص بإنشائها قد نص على مسئولية الهيئة، ولكنها كانت مجرد مسئوليات عامة دون تحديد دقيق، إلا أن القانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ قد نص على اختصاصات تفصيلية للهيئة، ومنها، وضع البرنامج القومي لإعداد المخططات الاستراتيجية للتنمية العمرانية بمختلف مستوياتها، وإعداد المخططات الاستراتيجية للتنمية العمرانية على المستوى القومي والإقليمي والمحافظه، وإعداد البحوث والدراسات القطاعية المتخصصة لأعمال التخطيط والتنمية العمرانية، وتنظيم ممارسة أعمال التخطيط والتنمية العمرانية، وتطوير آليات تنفيذ المخططات

١ ويشكل المجلس الأعلى للتخطيط برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وعضوية الوزراء المختصين، ورؤساء الجهات المعنية بالتنمية العمرانية واستخدامات أراضي الدولة، وعشرة من المختصين في المسائل ذات الصلة نصفهم على الأقل من غير العاملين في الحكومة ووحدات الإدارة المحلية يرشحهم الوزير المختص، ويصدر قرار من رئيس الجمهورية بتشكيل المجلس ونظامه الأساسي.

الاستراتيجية، وتطوير وتنمية قدرات إدارات التخطيط العمراني بالوحدات المحلية، وغيرها من الاختصاصات الأخرى.

وقد سعى القانون لتطبيق اللامركزية الإدارية في مجال التخطيط والتنمية العمرانية وذلك للاستفادة من مميزات تطبيق اللامركزية الإدارية، حيث نص على أنه يكون بكل إقليم اقتصادي مركز إقليمي للتخطيط والتنمية العمرانية يتبع الهيئة العامة للتخطيط العمراني، ويباشر اختصاصات هذه الهيئة بالأقاليم كما يتولى الدعم الفني للإدارات العامة للتخطيط والتنمية العمرانية بمحافظات الإقليم، ومتابعة إعداد وتنفيذ مخططات مدن وقرى تلك المحافظات.

وفي ذات السياق تجدر الإشارة إلي أن وزارة الإسكان ممثلة في هيئة التخطيط العمراني، كانت قد انتهت مؤخرًا من إعداد المشروع الابتدائي لمخطط تنمية مصر، مصر ٢٠٥٢، والذي يستهدف تخطيط تنمية جمهورية مصر بالكامل على مدار الأربعين سنة المقبلة، حيث تضمن المخطط وضع أولويات لمناطق مصر المستهدف تنميتها، ومن أهم هذه المناطق كانت سيناء والعلمين ومنخفض القطارة وخليج السويس وغيرها من المناطق ذات الثروات المتعددة بمصر، والتي سيتم الاستفادة منها وتنميتها خلال السنوات القليلة المقبلة كمناطق أولية، وذلك لزيادة المعمور والاستيعاب الزيادة السكانية المتوقعة^١.

١ أكد رئيس الهيئة العامة للتخطيط العمراني بوزارة الإسكان، أن المخطط الاستراتيجي للتنمية العمرانية "مصر ٢٠٥٢"، يتضمن إنشاء ٣١ مجتمعًا عمرانيًا جديدًا، من بينهم ٥ مدن مليونية،

- دور التخطيط العمراني في حماية التنمية المستدامة في مصر:

لقد أدت العشوائية التي مر بها التنظيم التشريعي للعمران في مصر إلى ظهور الكثير من المشكلات في تنظيم البناء وظهور العشوائيات، وقد زاد من تلك المشكلات أن التشريعات المنظمة للعمران قد سنت منبئة الصلة عن البيئة، فكان المشرع لا يبتغي من تشريع معين ينظم البناء سوى حل مشكلة معينة ظهرت بسبب الفراغ التشريعي أو بسبب قصور تنظيمي في تشريع سابق، فكانت معظم قوانين العمران يرجع سبب ظهورها الأساسي في الرغبة إلى علاج مشكلات قائمة.

فغياب الرؤية الشاملة والمستقبلية لدى المشرع فيما يتعلق بتنظيم العمران في مصر، والتي تهدف إلى التخطيط للعمران على أسس علمية سليمة، وكذلك عدم الانفصال بين تشريعات البناء والعمران والبيئة، أدى إلى حدوث تدهور شديد في البيئة بسبب الاختلال في توزيع السكان، وزيادة الضغط على البنية التحتية

وذلك ضمن أحد أهداف مخطط تنمية مصر، سيتم تنفيذها في إطار المخطط الاستراتيجي ككل لتنمية مصر بأكملها عمرانياً خلال الأربعين عاما المقبلة، وليس كمدن أو مشروعات منفصلة. وأضاف رئيس هيئة التخطيط العمراني، أن المخطط يشمل أيضا تطوير ٣٢ تجمعاً قائماً بجانب التجمعات الجديدة، بالإضافة إلى إقامة ١١٧ تجمعاً ريفياً جديداً رئيسياً وثانويًا، وتطوير ١٥ تجمعاً قائماً، موضحاً أن إجمالي المساحات المطلوبة لاستيعاب الزيادة السكانية وأنشطتها - في هذه التجمعات العمرانية الجديدة بما تتضمنها من مدن مليونية وغيرها- خلال مدة تنفيذ المخطط "٤٠ عاما"، تقدر بنحو ١٢ مليون فدان بزيادة قدرها ٥%، لتصل نسبة المعمور إلى ١١% بجانب النسبة الحالية والبالغة ٦%. مقال منشور في جريدة اليوم السابع، يوم السبت، ٨ أكتوبر ٢٠١١.

الأساسية للمدن، وزيادة حجم النفايات في المناطق السكنية، واندماج المناطق الصناعية مع المناطق السكنية، وتدهور البيئة الحضرية والريفية بسبب تغير استعمالات الأراضي.

وعلى الرغم من صدور قانون التخطيط العمراني رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ والذي كان من المفترض أن يكون بداية الإصلاح لما أسدته تشريعات تنظيم البناء، إلا أنه وبسبب غياب الاستراتيجية القومية للتخطيط العمراني، والفساد الذي اكتنف تطبيق مواد القانون، ظلت مشكلة عشوائية العمران كما هي وامتدت لتؤثر على البيئة.

وإذا كان التخطيط العمراني في مصر لم يحقق أهدافه المرجوة في فترة من الفترات، فإنه لا يزال يعد وسيلة هامة لحماية البيئة في المستقبل إذا ما تم على أسس ودراسات علمية وكان مدعوماً برؤية قومية واضحة ورغبة في الإصلاح.

فالتخطيط العمراني الصحيح يقوم على دراسة كل مساحة في الدولة وتحديد الاستعمال الأمثل لها، فإذا كان العمران يمثل كافة الأنشطة التي يقوم بها الإنسان في مساحة معينة من الأرض، فإن التخطيط العمراني يجب أن يهدف في الأساس إلى تنظيم وتقنين تلك الأنشطة وتوجيهها بالصورة المثلى التي تحقق ليس مجرد المنفعة من ممارسة النشاط، وإنما، فضلاً عن ذلك، عدم الإضرار بالبيئة وتلويثها. فقد أدت نشاطات الإنسان الضارة بالبيئة إلى ظهور العديد من التحديات كعقبة كئود أمام التخطيط العمراني، ومن تلك التحديات:

١- زيادة تلوث الهواء في المناطق العمرانية السكانية نتيجة الانبعاثات الصادرة عن المنشآت الصناعية الموجودة داخل الكتل السكانية.

٢- زيادة تراكم المخلفات مع فشل الإدارات المحلية في التقليل منها.

٣- انحسار الرقعة الزراعية نتيجة التعدي عليها وتبويرها والبناء عليها، وعدم وجود آليات فاعلة لردع المخالفين.

ولكي يتحقق الربط بين التخطيط العمراني وحماية البيئة عند إنشاء مدينة عمرانية جديدة، أو عند التوسع في المدن القائمة بالفعل فإنه يتعين مراعاة الأمور الآتية:

١- المناطق السكنية: حيث يلزم مراعاة توفير متطلبات الحفاظ على الصحة العامة، حيث يلزم أن تكون المناطق السكنية مقامة في بيئة صحية وسليمة، وبعيدة عن مصادر التلوث، وأن يتم إنشاء أحزمة خضراء حول تلك المناطق، وأن تكون بعيدة عن المناطق الزراعية حتى لا يؤدي التوسع العمراني إلى القضاء على الأراضي الزراعية.

٢- المناطق الصناعية: لابد من اختيار المناطق الصناعية بعد دراسة تفصيلية لجميع أنواع الملوثات التي تنتجها الصناعات المحتمل إقامتها، ومدى تأثيرها على حياة السكان والبيئة المحيطة، ويجب أن تقسم المناطق الصناعية إلى أقسام تبعاً للنشاطات التي ستجري فيها ومدى التلوث الناشئ عنها. ويجب أن تكون تلك

المناطق بعيدة عن المناطق المأهولة بالسكان، وأن يراعى عند إنشائها اتجاه حركة الرياح حتى لا تنقل الانبعاثات إلى المناطق السكانية.

- حماية التنمية المستدامة في قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨:

سبق وأن ذكرنا، أن المشرع المصري عندما كان يسن قوانين تنظيم العمران كان يتولى وضع أحكام البناء والتعمير بعيداً عن الاهتمام بحماية البيئة، غير أنه في قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨، وبخاصة في اللائحة التنفيذية للقانون والصادرة وفقاً للقرار الوزاري رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٩، بدأ المشرع ينحو منحى جديد في التنظيم، من خلال الربط بين مخططات التخطيط العمراني المختلفة والبيئة. ففي عملية التخطيط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية، يجب أن يراعى عند إعداد مشروع المخطط الاستراتيجي القيام بدراسات الوضع الراهن والتي تتضمن المؤسسات العمرانية، والدراسات الاقتصادية، ودراسات البيئة الأساسية، وأن يتم حماية البيئة العمرانية وما تتضمن من جوانب مختلفة، وتحديد الأثر البيئي لهذه القطاعات على السكان.

كذلك عند إعداد المخطط العمراني لأي مدينة أو قرية يلزم صياغة رؤية مستقبلية لها عمرانياً واجتماعياً واقتصادياً وبيئياً^١.

١ المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون البناء الجديد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨.

وقد نص المشرع على أنه عند إعداد مخطط تفصيلي يجب أن يهدف هذا المخطط في الأساس إلى تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية والعمرانية بالمدينة أو القرية وتوفير بيئة صحية وآمنة، ويكون ضمن مكونات هذا المخطط التفصيلي الخرائط والتقارير الخاصة لشبكات الشوارع والنقل والمواصلات وشبكات المرافق العامة، وتوزيع الخدمات والمساحات الخضراء والفراغات ومراكز العمالة والمناطق السكنية وغيرها^١.

ويتم إعداد المخطط التفصيلي على أساس الدراسات البيئية، وبخاصة ما يعلن من المتطلبات البيئية ومعالجتها من حيث طبيعة الموقع والضوضاء والتلوث وغيرها^٢.

وقد راعى القانون عندما نظم الاشتراطات الخاصة بالمناطق المختلفة، كالمناطق السكنية والمناطق التجارية والصناعية والحرفية وغيرها، النص على معايير حماية البيئة كأحد الاشتراطات والمقومات التي يلزم مراعاتها عند إنشاء أي منطقة وذلك على النحو الآتي:

١- المناطق السكنية المتكاملة- التجمع السكاني: نص القانون على أن المخططات التفصيلية للتجمعات السكنية يجب أن تحدد على الأقل ما يلي:

١ المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية السابقة.

٢ المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية السابقة.

- المحددات البيئية للمنطقة السكنية ومنها على الأخص تحديد طبيعة الأرض، طبوغرافية المنطقة، مع دراسة المحددات المناخية وتأثيرها على تخطيط المنطقة.
- خطة الإسكان، ويتم تحديد عناصرها من خلال تحديد مساحة المنطقة المخصصة للإسكان - الكثافة البنائية - عدد الوحدات السكنية - المساحة الإجمالية للخدمات - متوسط حجم الأسرة.
- خطة الخدمات، ويتم تحديد احتياجات المنطقة السكنية من الخدمات بنوعياتها وبمستوياتها المختلفة^١.
- ٢- المناطق الحرفية: حيث يراعى عند إعداد المخطط التفصيلي للمناطق الحرفية على الأقل ما يلي:
 - تحديد الأثر البيئي للأنشطة والصناعات الحرفية على المدينة وآليات تخفيف أي آثار سلبية متوقعة.
 - تحديد مساحات وأبعاد قطع الأراضي المناسبة لكل نوع من أنواع الأنشطة الحرفية.

١ المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية السابقة.

- تقسيم الأراضي المقترح لمركز الأنشطة الحرفية (توزيع استعمالات الأراضي- توزيع الخدمات- تخطيط شبكة الطرق للمشاة والسيارات وأماكن الانتظار والتفريغ والشحن).

- مراعاة الشروط المتعلقة بالحفاظ على البيئة الداخلية للورش والمصانع الصغيرة، بما لا ينعكس سلباً على البيئة الخارجية للمنطقة الحرفية.

وتفادياً لحدوث عشوائية داخل المنطقة الحرفية بما يضر بالبيئة الداخلية داخل تلك المنطقة، ومنعاً لحدوث أي اندماج بين المنطقة الحرفية والمنطقة السكنية فقد وضع القانون بعض الاشتراطات الخاصة بالتخطيط العمراني لهذه المنطقة وذلك على النحو الآتي:

- مساحة قطع الأراضي: يكون الحد الأدنى للمساحة اللازمة لكل حرفة لا تقل عن ١٠٠م، والمصنع الصغير عن ٥٠٠م.

- عروض الطرق: الحد الأدنى لعروض القطع ١٠م ولا يزيد العمق على ضعف عرض واجهة القطعة، وألا يزيد البناء على ٦٥% من إجمالي مساحة قطعة الأرض.

- ألا تقل المساحة الفاصلة بين المناطق الحرفية والمناطق السكنية المتاخمة عن ٢٠ مترًا.

٣- المناطق الصناعية: حيث يراعى عند تحديد استعمالات الأرضي الصناعية داخل المنطقة الصناعية، أن يتم تجميع الصناعات الواحدة في منطقة واحدة، والمتشابهة النشاط في مناطق متجاورة، وأن يراعى في تحديد نوعية النشاط الصناعي إحاطة كل نشاط ملوث للبيئة ووفقاً لاتجاه الرياح السائدة بالتشجير الكثيف حولها بما يوفر الهواء النقي بالمنطقة، وعدم إقامة الصناعات الملوثة للبيئة بجوار مناطق الصناعات الغذائية، الإلكترونية أو الدوائية.

المبحث الثاني

التخطيط العمراني والقضاء الوطني في جمهورية مصر العربية

لقد كان للقضاء الإداري في مصر دورًا بارزًا في مجال الحفاظ على البيئة والتنمية العمرانية فبسط من خلال أحكامه رقابته على سبب القرار الإداري بشكل أوسع، فرقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري من الضمانات الأساسية لاحترام الإدارة لمبدأ المشروعية في قراراتها الإدارية، لان القرارات الصادرة من الإدارة يجب ألا تصدر عن الهوى والتحكم.

والسبب في القرار الإداري هو مجموعة من العناصر القانونية والواقعية التي تدفع بالإدارة إلى التدخل. فالإدارة حين تصدر قرارها تستند إلى قاعدة قانونية أو مركز واقعي، فتكون أسباب القرار إما قانونية أو واقعية؛ ويكون القرار غير مشروعًا إذا صدر معيبيًا في احد هذه العناصر ومن ذلك^١:

- أن يصدر القرار خارج نطاق تطبيق القانون، فلا يكفي أن نكون بصدد تطبيق خاطئ للقانون، وإنما عدم قابلية القانون للتطبيق.

- أن يصدر القرار فاقداً للسند القانوني، وقد يكون هذا السند التشريع أو مبدأ قانوني عام أو لائحة أو حكم قضائي

١ د. محمد عبد اللطيف، قضية سوق روض الفرج، دراسة نقدية تحليلية لحكم المحكمة الإدارية العليا في ١١ إبريل ١٩٩٣، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٣٠ وما بعدها.

- أن يصدر القرار مشوباً بخطأ في القانون. وذلك حين تقوم الإدارة بتفسير أو تطبيق خاطئ للسند القانوني.

وقد تكون عناصر القرار واقعية، ويراقب القاضي العناصر الواقعية كما يراقب العناصر القانونية. ويراقب القاضي الوجود المادي للوقائع التي يستند عليها القرار وكذلك التكييف القانوني لهذه الوقائع وتحديد سبب القرار على هذا النحو على قدر من الأهمية لأنه يمكننا من تحديد سبب القرار الصادر بإلغاء التراخيص.

ولما كان الأصل والقاعدة العامة هي اقتصار القاضي الإداري على البحث على الجوانب الشرعية في القرار الإداري فلا يتطرق إلي فكرة الملائمة، فالإدارة هي التي تقدر عنصر الملائمة. غير انه ولاإساءة الإدارة استخدام سلطاتها التقديرية في الكثير من الأحيان كان لابد من تدخل القضاء من خلال استخدام عدة أساليب لرقابة عنصر الملائمة في القرارات الإدارية وذلك لمواجهة القرارات التحكيمية للإدارة. ومن أهم الأساليب التي لجأ إليها القاضي الإداري للحد من السلطة التقديرية للإدارة: مبدأ التناسب، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ونظرية الخطأ البين في التقدير.

والمقصود بمبدأ التناسب تحقيق نوع من التناسب بين سبب القرار ومحلّه، ويقوم القضاء حين يمارس رقابة التناسب بتقدير أهمية الوقائع وجسامتها الإجراء ومن أشهر المجالات التي يطبق فيها القاضي مبدأ التناسب هو التأديب في الوظيفة العامة وهو ما ليس مجال حديثنا في هذه الدراسة.

ووفقاً لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فإن القاضي يقوم بإجراء موازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار، فإذا كان نتيجة الموازنة هي ترجيح المزايا فإن القاضي يرفض إلغاء القرار أي الحكم بمشروعيته، أما إذا كانت نتيجة الموازنة ترجيح الأضرار فإن القاضي يحكم بإلغاء القرار. وفي ذلك الشأن يختلف مبدأ التناسب عن نظرية التوازن بين المنافع والأضرار، فإذا كان مقتضى مبدأ التناسب هو وجود قدر من التناسب بين محل القرار وسببه، فإن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار لا تتعلق سوي بمحل القرار فقط أي تقدير المنافع والأضرار الناشئة عن محل القرار.

أما فيما يتعلق بنظرية الخطأ البين في التقدير أو الإساءة في استعمال السلطة، ففي الحالات التي لا يقوم فيها القاضي الإداري بالرقابة على تكييف الوقائع التي يستند إليها القرار الإداري، فإن القاضي الإداري يخضع هذا التقدير لرقابته في حالة ما إذا كان هناك خطأ ظاهر في التقدير، أي وجود خطأ في تقدير الوقائع يتسم بالوضوح البالغ لدرجة لا تحتاج إلي متخصص لتقريره وتأكيدده، ومن ثم فإن نظرية الخطأ البين في التقدير تتصل بالرقابة على سبب القرار، وخصوصاً فيما يتعلق بالتكييف القانوني للوقائع، وهي بذلك تختلف عن نظرية الموازنة التي تتعلق بالآثار الناشئة عن مضمون القرار، سواء المنافع أو الأضرار. هذا في حين أن نظرية التناسب تتعلق بالعلاقة بين محل وسبب القرار.

واتجه إلي الحكم بعدم مشروعية الإجراء الذي اختارته جهة الإدارة شريطة أن تكون الأضرار المترتبة على تنفيذ القرار تفوق المنافع التي يمكن أن تحققها.

وبالنظر إلي تطبيق النظريات السابقة على موضوع دراستنا في ذلك المبحث التخطيط العمراني وما يقتضيه ذلك التنظيم من متطلبات نزع الملكية للمنفعة العامة فإننا نجد أن القضاء المصري ومثله المقارن قد طبق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار عند مراقبته لعنصر الملائمة في القرارات الإدارية لمواجهة القرارات الإدارية والتحكيمية وللمحد من السلطة التقديرية للإدارة عند إصدار قراراتها المتعلقة بالتنظيم أو التخطيط العمراني أو عند إصدار قرارها بنزع ملكية عامة في سبيل تحقيق منفعة عامة باعتبارها أحد الضرورات المتطلبية في سبيل تحقيق التنمية العمرانية.

أما فيما يتعلق بنظرية الخطأ البين في التقدير أو الإساءة في استعمال السلطة فأننا نجد أن القضاء المقارن قد حرص على تطبيق هذه النظرية في العديد من المجالات والتي من بينها أيضًا المجالات المتعلقة بنزع الملكية وقرارات منح تصاريح البناء والتي تدخل جميعًا ضمن منظومة التخطيط العمراني، وذلك على خلاف وضع القضاء المصري والذي لم يمارس رقابته من خلال تطبيق نظرية الخطأ البين في التقدير إلا في بعض الحالات، القرارات الصادرة بفصل الموظفين

من الخدمة وتقارير الكفاية^١، البعيدة عن المجالات المتعلقة بالتنمية العمرانية أو حماية البيئة بوجه عام.

أولاً: ففيما يتعلق بأحكام القضاء الإداري في مصر فإنه وفيما يتعلق بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، فإنه يتعين علينا في ذلك الشأن التمييز بين الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة القرارات الإدارية والتي تفوق فيها الأضرار المترتبة عن تنفيذ القرار على المنافع العامة المتعلقة بحماية البيئة وصحة الإنسان وبين الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة القرارات الإدارية والتي تفوق فيها الأضرار المترتبة على تنفيذ القرار على المنافع العامة المتعلقة بحماية مصالح الأفراد.

ثانياً: فيما يتعلق بالأحكام القضائية الصادرة في مواجهة القرارات الصادرة من قبل جهة الإدارة والتي تفوق فيها الأضرار المترتبة عن تنفيذ القرار على المنافع المتعلقة بحماية البيئة وصحة الإنسان، نجد الحكم القضائي الصادر من محكمة القضاء الإداري بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بوقف تنفيذ القرار الصادر من محافظ الإسكندرية بالترخيص لأحدهم بإدارة واستغلال منطقة حدائق الشلالات وما يترتب على ذلك من آثار، واستندت المحكمة في أسباب حكمها إلي توافر شرط المصلحة للمدعين وأن مفاد دعواهم المحافظة على الأوضاع الجمالية والتاريخية لحديقة الشلالات. وأن المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٦٠٣ لسنة ١٩٩٦ قد حظرت على وزارات الحكومة ومصالحها وأجهزتها ووحدات الإدارة

١ د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٤ (وما بعدها).

المحلية والهيئات والمؤسسات العامة، إنشاء مبان أو إقامة أعمال في الأراضي الزراعية والحدائق والبساتين وسائر المساحات الخضراء المملوكة أو المخصصة لها أو التي في حيازتها بأي صفة كما حظرت توسيع أو تعليية أية مبان أو أعمال قائمة بالفعل على الأراضي والمساحات المشار إليها. ولا يجوز للجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم إصدار أي ترخيص بشيء مما ذكر^١.

ويتضح من الحكم السابق أن المحكمة قد قضت بتوافر شرط المصلحة للمدعين حتي وإن كان مفاد دعواهم مجرد المحافظة على الأوضاع الجمالية والتاريخية للمنطقة وهو ما يؤكد حرص القضاء الإداري المصري واهتمامه على التنمية الحضارية والعمرانية حتي ولو كان الاعتداء عليها قد يمس فقط النواحي الجمالية للمنطقة.

وفي دعوي قضائية أخرى طالب فيها بعض سكان منطقة سموحة بالإسكندرية محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ قرار محافظ الإسكندرية بتحويل المنطقتين (ك & هـ) المخصصتين مكاناً لانتظار السيارات لقاطني الوحدات السكنية الراقية وحديقة عامة إلي موقف سيارات الأقاليم خارج المدينة، وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار، واستند المدعين في دعواهم إلي " أن المحافظة قد أعدت تخطيط عام ١٩٨٤ روعي فيه أن يكون ثلثا المساحة شوارع وميادين خضراء، وخصصت القطعة (ك) بهذا التخطيط والتقسيم مكاناً لانتظار سيارات قاطني الوحدات السكنية،

١ محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٤٤٣٦ ، سنة ٥٨ق، جلسة ٢٢ أغسطس ٢٠٠٠.

والقطعة (هـ) حديقة عامة ومنتزهاً لأطفال المدينة، وبين القطعتين شارع مستجد بعرض ١٥ متراً، وأن المحافظ قد قرر تحويل القطعتين المشار إليهما إلى موقف سيارات خارج المدينة وما قد يصاحب ذلك من تلوث وتعرض السكنية العامة والأمن العام في هذه المنطقة للخطر، وهي المنطقة التي تجاورها المناطق الأثرية الخضراء وما يترتب على القرار من ضرر بالغ للسكان ."

وفي تلك الدعوي قضت المحكمة بقبول الدعوي شكلاً، وفي الموضوع بوقف تنفيذ قرار المحافظ بنقل موقف السيارات، وأسست المحكمة قضاءها على أن " الثابت أن المنطقة قد قسمت كمنطقة سكنية متميزة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وأن هذا التخطيط قد اعتمد قانوناً كما اعتمد من محافظ الإسكندرية عام ١٩٨٢ وأن القرار المطعون فيه وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحافظ الإسكندرية لتحقيق مصلحة عامة من نقل الموقف إلي موقع يتوسط المدينة إلا أن هذه المصلحة لا ترقى إلي مستوي المصلحة التي سبق من أجلها تخصيص هذا الموقع إلي حديقة عامة ومكان انتظار للسيارات بحسبانها منطقة هادئة ومتميزة، حفاظاً على صحة المواطنين وحماية البيئة المحيطة بهم من التلوث^١.

ويتضح من الحكم السابق أن تصرف الإدارة وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية للجهة لتحقيق مصلحة عامة من نقل الموقف إلي موقع يتوسط المدينة إلا

١ حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بالإسكندرية في الدعويين رقمي ٧٩٢ لسنة ٤٧ق ، ١٥٩٢ لسنة ٤٨ق ، جلسة ٢ يونيو ١٩٩٤.

أن هذه المصلحة لا ترقى إلي مستوى تلك المصلحة التي سبق من أجلها تخصيص هذا الموقع إلي حديقة عامة ومكان انتظار للسيارات بحسبانها منطقة هادئة ومتميزة، حفاظاً على صحة المواطنين وحماية للبيئة المحيطة بهم من التلوث.

وفي دعوى قضائية أخرى، قضت محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ قرار المحافظ بالموافقة على تنفيذ مشروع توسعات مبني المكتب الإقليمي بمنظمة الصحة العالمية على أرض الشارع وشروع الأجهزة المختصة بالمحافظة في ضم مساحة الشارع إلي مكتب المنظمة رغم أن الشارع يعد ضمن الأموال العامة التي لا يجوز التصرف فيها. وذكرت المحكمة في أسباب حكمها " أن الشارع محل القرار المطعون فيه من الأموال العامة التي أسبغ الدستور عليها حصانة تحول دون انتهاك حرمتها، وحظر القانون التصرف فيها إلا بمراعاة المنفعة العامة التي خصص من أجلها أصلاً الشارع كطريق من الطرق العامة بالمدينة^١ .

ويتضح من الحكم السابق أن الشارع الذي يعد جزءاً من التخطيط العمراني المتعلق بالشكل الجمالي للمدينة وجزءاً هاماً من البيئة يعد من الأموال العامة التي أسبغ الدستور عليها حصانة تحول دون انتهاك حرمتها، وحظر القانون التصرف فيها إلا بمراعاة المنفعة العامة .

١ حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بالإسكندرية في الدعوى رقم ١٠١٧ لسنة ١٩٩٩ ق ،

جلسة ٧ مايو ١٩٩٢

ومن الأحكام القضائية السابقة يلاحظ أن القضاء الإداري قد ارسى من خلال أحكامه الأسس والقواعد القانونية السابقة على صدور قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ لحمايتها من أي افتتات عليها ولو كان صادرًا من قبل جهة الإدارة. وعلى خلاف الأحكام السابقة اتجه القضاء الإداري أيضًا ومن خلال رقابته على محل القرار الإداري إلى الحكم بعدم مشروعية الإجراء الذي اختارته جهة الإدارة إذا كانت الأضرار التي تترتبت عليه تفوق المنافع التي حققتها.

ثانيًا: فيما يتعلق بالأحكام القضائية الصادرة في مواجهة القرارات الإدارية والتي تفوق فيها الأضرار المترتبة على تنفيذ القرار على المنافع العامة المتعلقة بحماية مصالح الأفراد، نجد الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٩ مارس ١٩٩١، والذي أيدت فيه حكم محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة بإزالة مباني أقامها عدد كبير من المواطنين على أرض عزية خير الله بمنطقة دار السلام، وتضمنت عدواناً على أرض مملوكة للدولة ملكية خاصة. وأسست المحكمة قضاءها على أن المنفعة العامة التي من شأنها أن تتحقق من قرار الإزالة لا تتوازى مع الأضرار التي سوف تنتج حتمًا عن تنفيذ هذا القرار، وهي تتمثل في فقدان آلاف الأسر لمساكنها، خاصة وأن جهة الإدارة ذاتها قد أسهمت في استفحال هذا الوضع لأنها لم توقفه من قبل ذلك وتغاضت عنه لمدة عشرين عاماً حتى وصل الوضع إلى ما هو عليه الآن^١.

١ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٨٧٥، جلسة ٩ مارس ١٩٩١، س ٣٠ ق، ص ٧٢٤.

كما طبقت المحكمة الإدارية العليا النظرية ذاتها في حكم حديث بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٠، الصادر بوقف تنفيذ قرار الهيئة العامة لمشروعات التعمير والهيئة العامة للإصلاح الزراعي بعدم تجديد عقود تأجير الأراضي الزراعية في جزيرة القرصاية، والتي تعتبر محمية طبيعية، وإخلاء الأرض من واضعي اليد عليها، وذلك تمهيداً لاستغلال هذه الجزيرة في أنشطة سياحية واستثمارية. ولم تسأير المحكمة دفاع الجهة الإدارية من وجود رغبة في تطوير الجزيرة سياحياً، بحسبان أن كل تطوير محكوم بالمحافظة على البيئة الزراعية للجزيرة، ولا يتنافى معه العمل على استقرار سكان الجزيرة بوضعهم الحالي والذين يمارسون مهنتهم الأصلية بزراعة الأرض وصيد الأسماك وغير ذلك من المهن التجارية البسيطة، التي كانت تحت م نظر الحكومة عند إصدار قرارها بإنشاء المحمية ضمن الإطار العام الذي يرتبط وصف تلك المحمية ببقائه. وقد وازنت المحكمة في هذا الحكم بين هدف المحافظة على الطابع الحالي للجزيرة بوصفها محمية طبيعية يتمثل النشاط الأساسي فيها في الزراعة والصيد، والإجراء الذي اختارته جهة الإدارة والذي يتمثل في إقامة مشروع سياحي مع تدبير مساكن بديلة للسكان، ورجحت المحكمة الأمر الأول لأنه هو الذي يتفق مع المشروعية وقضت بناء على ذلك بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه^١.

١ المحكمة الإدارية العليا، غير منشور، الطعن رقم ٥٧٣٠، جلسة ٦ فبراير ٢٠١٠، س ٥٥ ق.

ومن ناحية أخرى، فقد أرسى قضاء المحكمة الإدارية العليا العديد من المبادئ في مجال التخطيط العمراني، والتي من بينه أن الالتزام بأحكام قانونين التخطيط العمراني رقم ٣ لسنة ١٩٨٢، والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء وتعديلاته، ينبغي أن يتم بترتيب زمني وفق التسلسل الذي رسمه المشرع والذي يبدأ باتخاذ إجراءات تقسيم الأراضي الوارد تفصيلاً بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ المشار إليه ، ثم الحصول على ترخيص البناء وفقاً للإجراءات المحددة بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء وتعديلاته.

وبذلك، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في تلك الدعوى بما يلي أنه: "من حيث إن قضاء دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠١/٦/٧ في الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤١ ق عليا، قد استقر على أن لكل من قانون التخطيط العمراني الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء وتعديلاته مجال أعمال ونطاق تطبيق بغير تداخل أو تصادم بين أحكام كل منهما وأنه يتعين الالتزام بأحكام القانونين بترتيب زمني وفق التسلسل الذي رسمه المشرع والذي يبدأ باتخاذ إجراءات تقسيم الأراضي الوارد تفصيلاً بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ المشار إليه ، ثم الحصول على ترخيص البناء وفقاً للإجراءات المحددة في القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ سالف الذكر. وقد وضع المشرع تنظيماً خاصاً لإزالة المباني المخالفة لأحكام كل من القانونين المذكورين بحيث يتعين الالتزام بتطبيق أحكام كل منهما

بمراعاة مجال أعماله دون أن يصح القول بتداخل أحكامهما بحيث يسريان معا لحكم واقعة محددة أو تنظيم واقع معين لأنه يتأبى على صحيح فهم القانون بحسبان أن مقتضيات التفسير وأصوله تؤدي إلى ترتيب هذه النتيجة ، أن يتعين دائما أن يصدر التفسير على أصل ثابت قوامه تحقيق النتائج والاتساق بين التشريعات تنزيها للمشرع عن شبهة الخلط أو الخطأ، فإذا كان ذلك وكان لكل من القانونين المشار إليهما نطاق أعماله ، ومجال تطبيقه فإنه يتعين أعمال أحكام أي منهما حسبما يترأى لجهة الإدارة، إذ في هذا القول إحلال إرادة الجهة الإدارية محل إرادة المشرع، الأمر الذي يتعين معه أن ينهض قاضي المشروعية لتقويمه إعلاء لكلمة القانون وقالة الحق في صحيح تطبيق أحكامه. وعليه خلصت دائرة توحيد المبادئ إلى أنه في حالة البناء على ارض غير مقسمة أو غير معتمدة التقسيم وبدون الحصول على ترخيص بناء فإن قانون التخطيط العمراني الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ يكون وحده الواجب التطبيق.

واستطردت المحكمة قضائها في تلك الدعوى إلى القول، بأنه وحيث أن المشرع قد اقتص في الباب الثالث من قانون التخطيط العمراني المشار إليه في الأحكام العامة حيث أفرد المواد من ٥٤ حتى ٦٦ منه لبيان الإجراءات والقواعد الواجب إتباعها في حالة البناء أو الإنشاء أو التقسيم لأحكام هذا القانون في النطاق الزمني والمكاني لسريانها . وحيث إنه بإعمال ما تقدم فإنه ولما كان الثابت من أوراق الطعن المائل أن المطعون ضده قد قام ببناء أعمدة الدور الأرضي بالعقار الكائن بحارة من شارع بحي التبين بمحافظة القاهرة

وهذه المنطقة غير معتمدة التقسيم كما ورد بكتاب منطقة الإسكان المقدم بحافظة مستندات المطعون ضده أمام محكمة القضاء الإداري بجلسة ٢٠٠٤/٦/٨، ومن ثم فإن قانون التخطيط العمراني الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ يكون وحده الواجب التطبيق في هذه الحالة، الأمر الذي كان يتعين معه على الجهة الإدارية الطاعنة - قبل إصدار قرار الإزالة المطعون فيه رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٣، اتخاذ قرارها طبقاً لأحكام قانون التخطيط العمراني وإجراءاته، وإذ صدر القرار الطعين ارتكانا إلى الإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم ١٠٦ سالف الإشارة فإنه يكون قد صدر مخالفاً للقانون، مما يتعين معه الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٣ مع ما يترتب على ذلك من آثار. ولا ينال مما تقدم ما أثاره الطاعنون بصحيفة الطعن من أن القرار المطعون فيه قد انبنى على تعدى المطعون ضده على خط التنظيم، وهذا لا يتصور إلا حيث يوجد تقسيم معتمد وخضوع المنطقة للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ المشار إليه فذلك مخالف الثابت بالأوراق وخاصة الشهادة الصادرة من حي التبين - الجهة الإدارية المختصة - وما تضمنه من أن المنطقة الكائن بها عقار التداعي غير معتمدة التقسيم، وإذ صدر القرار المطعون فيه استناداً إلى أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فإنه يكون قد صدر على خلاف صحيح القانون^١.

١ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٥٩٧٩، س ٥٥ ق، جلسة ٢٢ ديسمبر ٢٠١٧.

وتأكيداً لقضائها على حظر إقامة أية مبانٍ أو إنشاء أعمال في الأماكن الخاضعة لأحكام قانون التخطيط العمراني المشار إليه إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قبل الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم وإلا كان لجهة الإدارة إيقاف تلك الأعمال وإزالتها بقرار يصدر من قبلها بعد عرض الأمر على اللجنة المشار إليها في المادة ٥٩ من القانون، وموافقتها على الإزالة.

وتفصيلاً لذلك، ففي دعوى تتلخص وقائعها في نعي المدعى شارحاً لدعواه بأنه يمتلك منزلاً بناحية أهوة مركز بنى سويف التابعة للوحدة المحلية لقرية باروط وهو مقام منذ زمن بعيد ومكتمل المرافق، إلا أنه فوجئ بصدور القرار المطعون فيه متضمناً إزالته بمقولة تعديه على خط التنظيم بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢، وينعى المدعى على هذا القرار بالبطلان لأنه خالف القانون حيث يقضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بعدم سريان قواعده على القرى، كما صدر من غير ذي صفة لأنه يتعين إصداره من المحافظ وليس له أن يفوض غيره في إصداره، كما أن نزع ملكية الأجزاء البارزة عن خط التنظيم تستلزم صدور قرار باعتماد تلك الخطوط مع التعويض.

ومن حيث أنه عن الموضوع فإن قانون التخطيط العمراني الصادر به القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ تضمن في الباب الثالث منه أحكاماً عامة أوردتها المواد من ٥٤ حتى ٦٥ ومقتضاها أنه يشترط في أعمال البناء أو الإنشاء أو التقسيم في المواقع الخاضعة لأحكامه أن تكون بترخيص من الجهات المختصة بشئون التخطيط

بالوحدة المحلية كما أنه يشترط قبل منح الترخيص موافقة الجهة المذكورة على صلاحية الموقع من الناحية التخطيطية " مادة ٥٤ " ثم أشارت المادة " ٥٥ " إلى أحكام الرسوم المقررة في هذا الشأن، كما نصت المادتان ٥٦ ، ٥٧ ما يتبع في شأن تلك الرسوم بعد استحقاقها وتضمنت المادة ٥٨ النص على الأشخاص الذين لهم صفة الضبطية القضائية في شأن تنفيذ أحكام القانون المشار إليه والذين لهم صفة الضبطية القضائية في شأن تنفيذ أحكام القانون المشار إليه والذين لهم حق دخول الأماكن الخاضعة لأحكامه وإثبات المخالفات التي تقع بها واتخاذ الإجراءات المقررة في شأنها، وتضمنت المادة ٥٩ أحكام التظلم من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم واللجنة المختصة بنظرها وتشكيل وإجراءات تلك اللجنة.

إذ قضت المادة ٦٠ بأن "يكون للجهة المختصة بشئون التخطيط والتنظيم بقرار مسبب يصدر بعد موافقة اللجنة المنصوص عليها في المادة ٥٩ أن تقوم بإزالة الأعمال المخالفة التي تقع بعد العمل بالقانون المشار إليه" ، وتضمنت المادة ٦١ أحكام إيقاف الأعمال المخالفة بالطريق الإداري، كما أوضحت المادة ٦٢ أن تحيل الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم الى اللجنة المشار إليها في المادة ٥٩ موضوع الأعمال المخالفة التي تقتضى الإزالة أو التصحيح وتصدر اللجنة قرارا بإزالة أو تصحيح أو استئناف الأعمال، وأشارت المادة ٦٣ الى كيفية الاعتراض على قرارات اللجنة المنصوص عليها في المادة ٥٩ وحددت اللجنة المنوط بها الفصل في تلك الاعتراضات كما أشارت المادة ٦٤ الى ضرورة المبادرة الى تنفيذ

القرار الصادر بالإزالة أو التصحيح خلال المدة التي تحددها الجهة الإدارية المشار إليها وإلا كان لها التنفيذ على نفقة المخالف وأوردت المادة ٦٥ أحكام الإعفاء من إعمالاً لأحكام القانون المشار إليه. ومن حيث أنه في ضوء ما تقدم فإنه يحظر إقامة أية مبان أو إنشاء أعمال في الأماكن الخاضعة لأحكام قانون التخطيط العمراني المشار إليه إلا بعد الحصول على ترخيص في ذلك من قبل الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم وإلا كان لجهة الإدارة المذكورة إيقاف تلك الأعمال وإزالتها بقرار يصدر بعد عرض الأمر على اللجنة المشار إليها في المادة ٥٩ المنوه عنها، وموافقتها على الإزالة.

ومن حيث انه على هدى ما تقدم ولما كان الثابت من الأوراق أن محافظ بنى سويف اصدر القرار رقم ٧٢٨ لسنة ١٩٩٨ باعتماد خطوط التخطيط العمراني بالقرى والتابع التي تم تخطيطها عمرانيا بالمحافظة ثم اصدر القرار رقم ٣٣٧ لسنة ١٩٩٩ بتشكيل لجان التظلمات طبقاً لأحكام المادة ٥٩ المشار إليها ثم أصدر القرار رقم ٣٣٨ لسنة ١٩٩٩ بتعديل بعض أحكام القرار رقم ٧٢٨ لسنة ١٩٩٨، والثابت أيضاً أن المدعى قد تعدى على خط التنظيم بناحية قرية أهوة التابعة للوحدة المحلية لقرية باروط مركز بنى سويف، فحررت الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط مذكرة عرض بموجبها الأمر على اللجنة المنصوص عليها في المادة ٥٩ سالفه الذكر والتي وافقت على إزالته فصدر القرار المطعون فيه من رئيس الوحدة المحلة لمركز ومدينة بنى سويف المفوض من محافظ بنى سويف

بالقرار رقم ٤٦٠ لسنة ١٩٩٨ بإزالة تلك التعديت بالطريق الإداري، ومن ثم يكون هذا القرار متفقاً وصحيحاً حكم القانون مما يتعين معه القضاء برفض الدعوى^١.

وفي دعوى قضائية أخرى تدور وقاعها في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ١١٤٦ لسنة ٥٧ ق المطعون على حكمها أمام محكمة القضاء الإداري/ الدائرة الحادية عشرة بالقاهرة، طالباً الحكم بوقف تنفيذ ثم إلغاء القرار السلبي بامتناع جهة الإدارة عن تسلم طلب الترخيص بتعليق البناء على قطعة الأرض رقم ٨/ب/ ٣ تقسيم اللاسلكي بارتفاع مرة ونصف عرض الشارع، وبجلسة ٢١/ ٣/ ٢٠٠٤ أصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها الطعين بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وشيدت المحكمة قضاءها على أن امتناع جهة الإدارة عن إصدار الترخيص جاء استناداً إلى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٩٨ الذي حدد الارتفاع الكلي للبناء في منطقة المعادي والبساتين بثلاثة أدوار فوق الأرض أو مثل عرض الطريق أيهما أقل، وقد ألغي هذا القرار بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٢٥ لسنة ٢٠٠٠، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد أصبح مخالفاً - لحسب الظاهر من الأوراق - لأحكام القانون لزوال السند القانوني الذي بني عليه، ولا ينال من ذلك ما ورد بقرار وزير الإسكان رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون توجيه وتنظيم أعمال البناء، من تحديد الحد الأقصى لارتفاع

١ محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٦٢٠، س ٢ ق، جلسة ٧ ديسمبر ٢٠٠٤.

المباني على النحو الوارد بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٩٨، لأن
المشروع لم يخول وزير الإسكان هذه السلطة .

بيد أن الحكم المذكور لم يصادف قبولاً من الجهة الإدارية المدعى عليها، فأقامت
طعنها المائل تنعى فيه على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه
وتأويله، وذلك على سند من القول بأن قرار وزير الإسكان رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩٨،
المشار إليه صدر مقتضى التفويض التشريعي الممنوح له بالمادة ٣٤ من القانون
رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء، وقد تضمنت اللائحة
التفوضية للقانون المذكور - بعد تعديلها - ذات الضوابط المنصوص عليها بقراري
رئيس مجلس الوزراء رقمي ٦٦٥ لسنة ١٩٩٨ و ٩٢٥ لسنة ٢٠٠٠، ولذا رؤى
الإكتفاء بما ورد بتلك اللائحة منعاً للتكرار، كما أن جميع هذه القرارات قد صدرت
بناء على تفويض تشريعي، ومن ثم فهي ليست في مرتبة أدنى من الشروط البنائية
للتقسيم.

ومن حيث إن مقطع النزاع في الطعن المائل ينحصر في تحديد القيمة القانونية
للشروط البنائية الخاصة بمشروعات تقسيم الأراضي المعدة للبناء داخل نطاق
المدن، والسلطة المختصة بتعديل قيود الارتفاع واشتراطات المباني داخل التقسيم .
ومن حيث إن الفصل الثالث من الباب الأول من قانون التخطيط العمراني الصادر
بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ حدد القواعد التي تحكم تقسيم الأراضي، ونص في
المادة ١٢ على أنه "لا يجوز تنفيذ مشروع تقسيم أو إدخال تعديل في تقسيم معتمد

أو قائم إلا بعد اعتماده وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية. كما نص في المادة ١٣ على أن "تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون المعدلات التخطيطية والقواعد والشروط والأوضاع الواجب توافرها في تقسيم الأراضي وعلى الأخص في المجالات الآتية: (أ) .. (ب) عروض الشوارع.... (ج) لا يجوز في تقسيم أن تشغل المباني مساحة تزيد على ٦٠% من مساحة القطعة التي تقام عليها... (د) الاشتراطات الأخرى المتعلقة بالارتدادات وارتفاعات المباني وكثافتها السكانية والبنائية وعدد الوحدات وعرض الواجهات وغير ذلك من الأوضاع التي تكفل طابعاً معمارياً مميزاً لكل تقسيم". وتتص المادة ٢٣ من القانون المذكور على أنه: "يجب أن يذكر في عقود التعامل على قطع التقسيم القرار الصادر باعتماد التقسيم وقائمة الشروط الخاصة به.... وتعتبر قائمة الشروط المشار إليها جزءاً من قرار التقسيم"......

وتتص المادة ٢٤ على أن: "تعتبر الشروط الواردة بالقائمة المنصوص عليها بالمادة السابقة شروطاً بنائية تأتي في مرتبة الأحكام الواردة بقوانين ولوائح المباني، وتسري على مناطق التقسيم التي تتناولها".... وتتص المادة ٢٦ على أنه: "يجوز بقرار من الوزير المختص بالتعمير بعد أخذ رأي المحافظ المختص وموافقة الوحدة المحلية تعديل الشروط الخاصة بالتقسيم التي تم اعتمادها".

وقد صدر قرار وزير التعمير والدولة للإسكان رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٨٢ باللائحة التنفيذية لقانون التخطيط العمراني المشار إليه وحدد الشروط والقواعد التي تنظم

تقسيم الأراضي، ونص في المادة ٤٦ على أن: "يحدد مشروع التقسيم الشروط البنائية على قطع أراضي التقسيم من حيث الاستعمال والمساحة المبنية والمناور الأمامية والخلفية والجانبية وارتفاع المباني".

ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن قانون التخطيط العمراني ولائحته التنفيذية قد تكفلا بتحديد القواعد التي تحكم تقسيم الأراضي وبصفة خاصة مساحة المباني وعروض الشوارع والارتدادات والارتفاعات وعدد الوحدات وعرض الواجهات وغيرها من الأوضاع التي تكفل طابعاً متميزاً لكل تقسيم، واعتبر المشرع قائمة الشروط الخاصة بالتقسيم شروطاً بنائية تأتي في مرتبة الأحكام الواردة بقوانين ولوائح المباني، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بجلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ في الدعوى رقم ٥٥ لسنة ١٨ القضائية دستورية، الذي قضت فيه بدستورية نص المادة ٢٤ من قانون التخطيط العمراني المشار إليه، وبأن الشروط التي تضمنتها قائمة التقسيم تأخذ حكم القيود القانونية التي نصت عليها قوانين المباني، ومن ثم يتعين احترام هذه الشروط وعدم المساس بها إلا بتعديلها وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التخطيط العمراني، أو بتدخل من السلطة التشريعية المختصة بسن القوانين، فالنص القانوني وما يصدر في حكمه لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بنص قانوني لاحق له ذات المرتبة في تدرج القواعد القانونية .

ومن حيث إن قيود الارتفاع المنصوص عليها في القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ولائحته التنفيذية لا تسري على الاشتراطات البنائية لمناطق التقسيم المعتمدة طبقاً

لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ بشأن التخطيط العمراني ولائحته التنفيذية، فكل منهما نطاقه ومجال أعماله المستقل . ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه قد استند إلى قيود الارتفاع المنصوص عليها في قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٩٨ الملغى بالقرار رقم ٩٢٥ لسنة ٢٠٠٠، كما استند إلى القرار رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩٨ بتعديل اللائحة التنفيذية لقانون توجيه وتنظيم أعمال البناء، في حين يقع العقار موضوع النزاع بمنطقة تقسيم معتمدة ويخضع لقيود الارتفاع الواردة بقائمة الشروط الخاصة بالاشتراطات البنائية للتقسيم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام القانون بحسب الظاهر من الأوراق ومرجح الإلغاء عند نظر الموضوع، وهو ما يتحقق به ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه، فضلاً عن توافر ركن الاستعجال لأن من شأن تنفيذ هذا القرار حدوث نتائج يتعذر تداركها، من أهمها حرمان صاحب العقار من الانتفاع بملكه دون سند من القانون .ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد خلص إلى هذه النتيجة - ولكن لأسباب مغايرة - فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون، مما يضحى معه الطعن المائل غير قائم على أساس من القانون خليفاً بالرفض^١.

١ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم : ٩٦٣٧، س ٥٠ ق، جلسة ٢٦ يناير ٢٠٠٨.

الخاتمة

تعتبر الإدارة المحلية أحد أنظمة الإدارة العامة وأداة من أدوات التنمية، والتي تهدف إلى زيادة كفاءة الأداء الإداري في الدولة ومساعدتها على أداء رسالتها بصورة أكثر فاعلية، ويتم بمقتضاها إعطاء المحليات الاختصاصات والصلاحيات التي تساعد على سرعة وسهولة اتخاذ القرار بعيدا عن السيطرة المركزية، مع ارتباط هذا القرار بتحقيق السياسات والأهداف التنموية للدولة، وهي تعبر عن اللامركزية الإقليمية كأسلوب من أساليب التنظيم الإداري للدولة، أي أن الإدارة المحلية تؤدي إلى نقل بعض السلطات إلى الوحدات المحلية. ومن خلال هذا البحث تناولنا موضوع أثر سياسات التخطيط العمراني التشريعية على دور الإدارة المحلية في تحقيق التنمية العمرانية المستدامة، وذلك من خلال دراسة مقارنة بين العديد من الدول ومنها المملكة المتحدة وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية ومصر.

وقد ظهر أن موضوع تخطيط المدن بالنسبة للغالبية الأعم من دول العالم أيا كان النظام الاقتصادي والاجتماعي لهذه الدول، ومهما كانت درجة تطوره، أصبح أمراً ضرورياً في وقتنا الحاضر، فالتخطيط بات ضرورة ملحة بالنسبة للدول النامية؛ فهو الذي يعين ويحدد اتجاه النشاط الاجتماعي والاقتصادي، وعليه يقع العبء الأكبر في حل المشكلات، ليس فقط المشكلات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، وإنما أيضاً المشكلات والمخاطر التي تؤثر على التنمية المستدامة، والتي تمثل كمحور البحث.

أولاً: النتائج:

من خلال البحث أمكن التوصل إلى النتائج التالية:

١- خولت الدول المختلفة بموجب تشريعاتها لهيئات عليا أو وزارات الصلاحيات اللازمة التي تمكنها من الإشراف ومتابعة عمليات التخطيط في كل إقليم وفي كل قطاع في سبيل تحقيق أهدافها، تتعاون معها في ذلك سلطات التخطيط المحلي والتي وإن كانت تمتلك صلاحيات محدودة في ذلك الشأن، إلا أن أحد لا ينكر دورها المتميز في مجال التخطيط العمراني والسيطرة على التلوث.

٢- حرص المشرع الإنجليزي على منح السلطات المحلية القائمة على التخطيط سلطة إصدار الترخيص أو إذن التخطيط لتنمية الأرض وكذلك سلطة وضع الخطط بما تضمنه من بيانات مكتوبة تمثل سياسة سلطة التخطيط المحلية ومقترحاتها العامة لاستخدامات الأرض من أجل تحسين البيئة العمرانية وكذا مقترحاتها، عند وضعها الخطط المتعلقة باستراتيجية التنمية المحلية، بشأن التدابير الوقائية التي يتعين اتخاذها لمكافحة التلوث والحيلولة دون حدوثه، ووضع الخطط التي تتضمن تحديد البدائل المحتملة لاستخدام الأراضي في الحالات التي تتطلب ذلك، وإتباع إجراءات العدالة الطبيعية أو الإجرائية فيما تتضمنه من ضرورة التشاور مع العامة.

٣- حرصت سلطات التخطيط المحلية في المملكة المتحدة على دمج التخطيط المتعلق باستخدام الأراضي وتخطيط النقل، والذي يهدف إلي تحديد وتصميم وتقييم

مرافق النقل (الشوارع عمومًا والطرق السريعة وممرات المشاة وممرات الدراجات وخطوط النقل العام)، من أجل تطوير البناء والاقتصاد والبيئة الاجتماعية للمجتمعات.

٤- اعتبر القضاء الإنجليزي أن سلطة الجهة الإدارية ليست مطلقة من أي قيد عند منح أو رفض منح التصريح، بل هي مقيدة بما تضمنته نصوص القوانين صراحة أو ضمناً بضرورة أخذها في الاعتبار التوازن بين متطلبات التخطيط العمراني والملائمة البيئية وذلك عند إصدارها لقرارها بمنح أو رفض التصريح.

٥- تعتبر فرنسا، من أوائل الدول في أوروبا الغربية التي أخذت بمبدأ التخطيط كوسيلة لإعادة التعمير وتنمية الموارد الاقتصادية وذلك بعد الحرب العالمية الثانية وذلك بعد أن أيقنت فرنسا أن التخطيط العمراني من شأنه أن يسرع بزيادة معدل التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

٦- أخذ القضاء الفرنسي بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار والتي فيها يقوم القاضي بإجراء موازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار، فإذا كان نتيجة الموازنة هي ترجيح المزايا فان القاضي يرفض إلغاء القرار أي الحكم بمشروعيته، أما إذا كانت نتيجة الموازنة ترجيح الأضرار فان القاضي يحكم بإلغاء القرار. ولهذا قضت بإلغاء قرار بنزع ملكية قطعة أرض مقام عليها حديقة تابعة لمستشفى خاص للطب النفسي لصالح مشروع توسيع الطريق العام، نظراً لأن الضرر الذي سوف يصيب المرضى يفوق المنفعة العامة من توسيع الطريق.

٧-اهتم المشرع الأميركي بتحديث قوانين التخطيط العمراني، وكذلك حرصه البالغ على معالجة كافة الجوانب المتعلقة به بما في ذلك إنشاء الإدارات والوزارات التي تتولى القيام بالمهام الموكولة إليها بموجب القوانين من أجل الاستعداد للمستقبل بإعداد المشروعات المناسبة له والتحكم في توجيه النشاط الذي يقوم بتعمير منطقة في جهة معينة وقصد به تحقيق مستوي أفضل لتحقيق الأداء عند تعمير المدن والقرى أو تطويرها ورفع مستوي العمران فيها، وهو بما لا شك ينعكس إيجاباً على تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

٨-مر التنظيم التشريعي للتخطيط العمراني في مصر بعدة مراحل زمنية من خلال عدة قوانين متعاقبة، ينسخ فيها اللاحق ما سبقه من تشريعات. وإذا كان جوهر التخطيط هو تحديد الأهداف ووضوحها بهدف تحديد أنسب الوسائل لتحقيقها، فإن التخطيط العمراني في التشريعات قد افتقد إلى التخطيط، فكانت التشريعات المنظمة للعمران تتسم بالعشوائية وعدم الانضباط، والتضارب في بعض الأحيان، حيث اكتفت، على استحياء، بالنص على التخطيط العمراني، تدريجياً، إلى أن نُظِم صراحة في قانون غايته الأساسية التخطيط العمراني.

٩- كان للقضاء الإداري في مصر دوراً بارزاً في مجال الحفاظ على البيئة والتنمية العمرانية فبسط من خلال أحكامه رقابته على سبب القرار الإداري بشكل أوسع، فرقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري من الضمانات الأساسية لاحترام الإدارة لمبدأ المشروعية في قراراتها الإدارية، لان القرارات الصادرة من الإدارة يجب

ألا تصدر عن الهوى والتحكم. حيث راقب قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة مطبقاً نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار عند مراقبته لعنصر الملائمة في القرارات الإدارية لمواجهة القرارات الإدارية والتحكيمية وللحد من السلطة التقديرية للإدارة عند إصدار قراراتها المتعلقة بالتنظيم أو التخطيط العمراني أو عند إصدار قرارها بنزع ملكية عامة في سبيل تحقيق منفعة عامة باعتبارها احد الضرورات المطلوبة في سبيل تحقيق التنمية العمرانية.

ثانياً: التوصيات:

بناء على كل ما ذكرناه في البحث، نورد بعض التوصيات التي خلصنا إليها من خلال الدراسة:

١- فرض التزم على عاتق الإدارة المحلية على غرار المشرع الفرنسي وذلك في ضوء الاستراتيجية العامة المحددة من قبل الإدارة المركزية بوضع مخططات تتناسب مع الأغراض المختلفة لحماية التنمية المستدامة دون الاقتصار على أحدهم، وبوجه خاص مخططات لتنظيم المناطق العمرانية ومخططات لتنظيم المناطق الطبيعية أو الأثرية أو السياحية أو مخططات لتنظيم المناطق الزراعي ومخططات لتنظيم الطرق واستخدامات الأراضي، ومخططات لتنظيم شبكات المياه وتصريف المجاري ومخططات لتحديد المساحات المزروعة بين الأبنية.

٢- إنشاء دوائر قضائية متخصصة للنظر في القضايا الخاصة بالتخطيط والتعمير من قبل قضاة متخصصين بهدف تحقيق العدالة الناجزة، للنظر في الطعون المقدمة بصدد سياسات التخطيط المحلية وأذن التراخيص ذات الصلة بها.

٣- ضرورة فصل المناطق الصناعية عن المناطق السكنية للحد من مشكلة التلوث التي تعد خطراً كبيراً يترتب بالمجمعات السكنية والاهتمام بالمناطق ذات السكن العشوائي وإدراجها ضمن خطط التنمية الحضرية للدولة، مع وضع القوانين اللازمة لتلافي ظهور السكن العشوائي.

٤- ضرورة أخذ مخططات التنظيم في الاعتبار التوقعات المستقبلية للتوسع العمراني والسكاني والبنية التحتية وغيره من الأنشطة المختلفة بما يساهم في تجنب المشكلات المستقبلية ويحد من الإنفاق العام وبوجه خاص مسائل البنية التحتية التي تشكل عبئاً على ميزانية الوحدات الإدارية المحلي والتي تلجأ إلى التوسع في الوحدات والبنى التحتية المحلية بصفة دائمة ومستمرة كلما اتسع العمران وزادت النشاطات في مناطق التنظيم المختلفة.

٥- تحقيق التوازن بين تجديد المناطق الحضرية وبين مراقبة وإدارة التنمية الحضرية، وتطوير المناطق الريفية من جهة، والمحافظة على المساحات المخصصة للزراعة والغابات وحماية المناطق الطبيعية والمناظر الطبيعية واحترام أهداف التنمية المستدامة من جهة أخرى.

٦- أن تقوم الإدارات المحلية بإعداد خطط محلية للتعمير والتي تسري على المستوى الإقليمي للمحافظة الواحدة، وكذلك وضع منظومة لإعداد خطط محلية للتنمية المشتركة بين البلديات، والتي تسري على المستوى الإقليمي لمجموعة من المدن والمحافظات، وذلك في إطار تنظيمي خاص، بهدف توحيد ودمج على مستوى النطاق الإقليمي المشترك لعدد كبير من البلديات، والتي لن يكون وضعها، إلا في ضوء تحقيق أهداف ومبادئ التنمية المستدامة، ليساهم بذلك التخطيط الحضري المستدام في تكريس التواصل بين المجتمعات المحلية في المنطقة المشتركة.

٧- أن تتعاون الإدارات المحلية فيما بينهم في إعداد مخططات التنظيم والاعتراف بالشخصية القانونية لمؤسسة التعاون فيما بين المدن والمحافظات على النحو الذي يكفل نوع من التوافق والانسجام بين المصالح المشتركة لهذه البلديات ومراعاة ذلك أثناء إعداد المخططات، على النحو الذي يسمح للمجالس المحلية المشتركة بالتعاون فيما بينهم في مسائل التنظيم لتشجيع التعاون في المجالات المختلفة وعلى وجه خاص المشاريع المشتركة في المدن الحرفية والتجارية والصناعية والزراعية وهو ما يساهم في حل العديد من المشكلات التي تواجهها ويخفف العبء المالي بما ينعكس إيجاباً على تنمية الدولة.

٨- إلزام الجهات الإدارية بضرورة مراعاة مقتضيات العدالة الإجرائية والتي تتطلب من الجهة الإدارية ضرورة التشاور المسبق لاتخاذ القرار مع المجتمعات المحلية

والأشخاص المعنيين بالمشروع المقترح بما في ذلك الأشخاص المقيمين أو العاملين في أماكن بالقرب من المنطقة المزمع إجراء المشروع المقترح بها من أجل ضمان متطلبات العدالة الإجرائية على النحو الذي يكفل مشاركة العامة في صنع القرار السياسي والذي يعتبر من صميم عملية التخطيط القانوني.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

- د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء من الوجهة الجنائية والمدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. حسن عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣.
- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.
- د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
- د. سمير محمد عبد الوهاب، الإدارة المحلية والبلديات في الوطن العربي، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٧ .
- د. صبري فارس الهيتي، مبادئ وأسس التخطيط الحضري، دار اليازوري العلمية، ٢٠٠٩.

- د. صلاح الدين فوزي، الإدارة العامة من المحيط العالمي إلى المركز المحلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. فؤاد العطار، مبادئ في القانون الإداري، ١٩٥٥.
- د. فؤاد محمد الصقار، التخطيط الإقليمي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧.
- د. ماجد راغب الحلوى، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. محسن العبودي، التخطيط العمراني بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- د. محمد أحمد فتح الباب، النظام القانوني لأحكام البناء في مصر، ١٩٩٧.
- د. محمد أمين على، دور القاعدة الاقتصادية في التنمية العمرانية بالمدن الجديدة، المؤتمر الدولي السادس، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، سبتمبر ٢٠٠٠.
- د. محمد عبد اللطيف، قضية سوق روض الفرج، دراسة نقدية تحليلية لحكم المحكمة الإدارية العليا في ١١ إبريل ١٩٩٣، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

- د. محمود عاطف البنا، نظم الادارة المحلية، القاهرة، مكتبة القاهرة المدنية، ١٩٦٨.

ثانيًا: مراجع باللغة الأجنبية:

- **De laubadere, J. Claude Venezia, Y. Gaudemet**, Traité de droit administrative, 11e éd, Revue internationale de droit comparé, Année 1991
- **E. Ares**, Zero Carbon Homes, briefing paper, House of Common, UK, Number 6678, 27 April 2016.
- **F. Bertrand et M. Amalric**, L'élaboration des politiques climatiques locales : usage et portée d'un dispositif de concertation, Vol. 8, n°2, Juillet 2017.
- **F. Ching and Ian M. Shapiro**, Green Building Illustrated, 1st. ed., Wiley press, 2014.
- **G. G. Grimwood and C. Barton**, Planning: change of use, briefing paper, House of Common, UK, Number 01301, 9 May 2019.
- **H. David**, The Oxford companion to local and family history. Oxford university press, 1996.
- **H. Jacquot, F. Priet**, droit de l'urbanisme. 3ème ed., Dalloz, 2000.
- **J.-F. Guet**, French urban planning tools and methods renewal, ISoCaRP congress 2005.

- **J. R. Formby**, The Environmental Impact Statement: Problems and Alternatives Centre for Resource and Environmental Studies, Australian National University, 1977.
- **M. J. Horwitz**, The warren court and the pursuit of justice, Washington and Lee Law Review, Volume 50 | Issue 1 Article 4, Winter 1-1-1993.
- **V. R. Newkirk**, How 'The Blood of Emmett Till' Still Stains America Today, The Atlantic, February 16, 2017.
<https://www.theatlantic.com/entertainment/archive/2017/02/how-the-blood-of-emmett-till-still-stains-america-today/516891>.

أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية

النقض الاستثنائي

وظيفة محكمة النقض كمحكمة تنازع أحكام مدنية لمخالفة الحجية

د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانونى

وكيل كلية الحقوق جامعة أسوان

محام بالنقض ومحكم دولى ووسيط قانونى

١ - فلسفة وجود محكمة عليا على قمة الهرم القضائي

يتطلب تحقيق الأمن والأمان القانوني والقضائي في المجتمع فاعلية العدالة، وحسن تطبيق وتفسير القانون، واحترام مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، وعدم اختلاف تطبيق القانون وتفسيره باختلاف المحاكم. وهو الأمر الذي يحتم معه وجود محكمة عليا واحدة علي قمة الهرم القضائي تختص بتوحيد القضاء ومراقبة صحة تطبيق القانون وتفسيره لتحقيق العدالة عن طريق توحيد تطبيق القانون، وضبط صحة الأحكام القضائية بتطهيرها من عوارها بنقض الأحكام المخالفة للقانون، ورفع الضرر الذي تلحقه الأحكام المخالفة للقانون بمصالح المتقاضين، فهي صمام الأمن في مواجهة أي تحكم أو خطأ في تطبيق القانون، وتكون أحكامها محل اعتبار من كافة المحاكم لتفادي حدوث أي تناقض أو تعارض بين الأحكام القضائية، وبذلك تصان وحدة أحكام القضاء، ووحدة تطبيق القانون وتفسيره، وإرساء المبادئ القانونية، ويستقر القضاء، ويأمن الناس شر الاختلاف في تطبيق القانون وتفسيره، ويؤدي ذلك إلى تطوير القانون.^١

^١ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٣٧م، بند ١ ومابعده، ص ٣ ومابعدها. د. أحمد مليجي موسى، تصدى

محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية الشريعة والقانون/ جامعة الامارات، ع ١، مايو ١٩٨٧م، ص ٣٢٧.

وتسمى المحكمة العليا فى مصر وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا بمحكمة النقض La coure de cassation، وفى يوغسلافيا وألمانيا وسويسرا بالمحكمة الفيدرالية La Tribunal Fédéra، وفى انجلترا بمجلس اللوردات منعقد بهيئة قضائية The House of Lords ، وفى السعودية وليبيا وهولندا وكندا واليابان والسويد والنرويج وروسيا وأمريكا بالمحكمة العليا La coure suprême، وفى العراق والكويت والأردن وسوريا ولبنان بمحكمة التمييز، وفى الامارات العربية المتحدة بالمحكمة الاتحادية العليا.^١

–Ernest **Faye**; La cour de cassation; Paris; 1970; N. 1; P. 2.

–Roger **Perrot**; Institutions Judiciaires; 7.éd.; Montchrestien–Delta; Paris; 1996; N.211; P. 190.

–André **Perdriau**; Reflexions désabusées sur le contrôle de la cour de cassation en matière civile; J.C.P.; éd. G. ; 1991 ; doct. ; N. 3538 ; P. 361.

^١ أمين أنيس باشا، محكمة النقض والإبرام فى مصر، الكتاب الذهبى للمحاكم الأهلية ١٨٨٣-١٩٣٣م، ط٢، نادى القضاة ١٩٩٠م، ص ١٨٥. د. مصطفى كامل كيره، تطور محكمة النقض، مجلة القانون والإقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، عدد خاص بمناسبة العيد المئوى لكلية حقوق القاهرة ١٩٨٣م، ص٢٤٧ ومابعدها.

–Jean Paul **Calon**; Mission de la cour de cassation; Ency. Dalloz ; Fasc. 760-3 ; 1992 ; N. 8 ; P. 3.

–Yves **Chartier**; la cour de cassation et l'évolution du droit; Gaz. Pal. 1994 ; 1; P. 650

هذا وقد تباينت دول العالم في الأخذ بنظام المحكمة العليا؛ إذ أن بعضاً منها يأخذ بنظام الاستئناف، ففي إنجلترا يحتفظ مجلس اللوردات البريطاني بسلطة المحكمة العليا كمحكمة استئناف عليا وحيدة في المملكة المتحدة (النموذج البريطاني)، وفيه تختص المحكمة العليا بمراقبة الواقع، والقانون معاً، وتعد درجة عالية من درجات التقاضي، وتتنظر الدعوي لآخر مرة، وتفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون، وتصدر حكماً في موضوعها، وتحقق وحدة القضاء باتباع نظام السوابق القضائية في الحالات المتشابهة، وقد أخذت أمريكا، وكندا، وسويسرا، وهولندا، والسويد، ولبنان، والكويت... بالنموذج البريطاني.¹

¹ د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، ط ٣، دار الشروق، القاهرة ٢٠١١م، بند ٦ ومابعده، ص ١٧ ومابعدها. د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض علي قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م، بند ١-٢، ص ٥-٧. د. عبد العزيز خليل بديوي، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس ١٩٦٩م، ص ٣-٤. د. محمد علي الكيك، رقابة النقض علي تسبيب الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، حقوق اسكندرية ١٩٨٨م، ص ٥٤.

-Andr **Tunc**; La cour judiciaire suprême; Rév. Int. dr. Comp. 1978; N. 1; V.Synthèse.

-Erwin, N. **Griswéld**; La cour suprême des Etats – Unis; Rév. Int. dr. Comp. 1978; N.1; P. 97 ets.

-Lord **Wilberforce**; La chambre des Lords; Rév. Int. dr. Comp.1978; N. 1; P. 85 ets.

فى حين أن بعض الدول الأخرى قد اتبعت نظام النقض (النموذج الفرنسي)، وفيه تختص المحكمة العليا بمراقبة حسن تطبيق وتفسير القانون (الموضوعي، والإجرائى) فقط، وذلك بنقض أحكام محكمة الموضوع المخالفة للقانون دون أن تملك التعرض للواقع، وتكتفى بنقض الحكم المطعون فيه المخالف للقانون ثم الإحالة لمحكمة الإحالة - محكمة الموضوع - التي تكون من نفس درجة وطبقة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض؛ لتحكم في القضية من جديد بهيئة جديدة بحكم جديد، ويعود الخصوم، والخصومة إلي الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه بالنقض، وتقتصر مهمة محكمة النقض على الدور الرقابي فقط دون القضائي ولا تعد درجة الثالثة من درجات التقاضي، بل تكون خارجة عن سلم درجات التقاضي، وقد أخذت مصر والامارات وبلجيكا وإيطاليا وألمانيا (من الشرائع الجرمانية)... بالنموذج الفرنسي.¹

¹ د. مصطفى كيره، النقض المدني، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٢م، ص ٥١. د. أحمد مليحي موسى، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م، ص ٣٦-٣٧ الهامش. د. أحمد علي السيد خليل، التقاضي علي درجة واحدة وعلى درجات ثلاث في القانون اللبناني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية، ١٩٩٤م، ع ١، بند ٦، ص ٢٣-٢٤، هامش ٢٣، ٢٤؛ بند ٨١، ص ١١٩-١٢٠. د. حمدى عبدالمنعم، المرجع فى شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة، أبوظبى ١٩٨١م، ص ١٨.

ولا شك أن تقويم الأحكام القضائية علي منهاج قواعد موحدة تضعها محكمة عليا واحدة في الدولة هو بمثابة تقنين للعدل ذاته، وتوحيد لصفاته، وبيان لعناصره، وكشف عن جوهره، وتسمو به الأحكام القضائية عن هوة الخلاف أو التناقض أو التعارض أو التنافر الذي لا تتعادل به حقوق الخصوم وهوة الخلاف الذي قد يجرد صاحب الحق حقه فكان حتماً مقضياً علي الأنظمة المتطلعة إلي تحقيق العدل أن تسعى جاهدة إلي إنشاء محكمة عليا لتوحيد مفهوم وتطبيق القانون بتقنين المختلف عليه أو المتشابه فيه علي منهاج موحد ليستقيم العدل وتتساوي موازينه لدي القضاة حتى لو اختلفت مشاربهم أو تباينت نزعاتهم ومنهجهم. ولاتضع محكمة النقض قانوناً، وإنما تقرر قواعد ومبادئ قانونية ليس لها صفة الإلزام القانوني مهما كان تواترها، فلا تعد تشريعاً، بل مصدراً من مصادر القاعدة القانونية (أحكام القضاء). بدليل أنها قد تعدل عن مبدأ قانوني سابق قررته هي بنفسها في أحكام سابقة، وذلك بعرض الأمر علي الهيئة العامة المختصة سواء أكانت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية أم الهيئة العامة للمواد الجنائية أم علي الهيئتين المدنية والجنائية معاً، بهدف تجنب تناقض وتعارض الأحكام بين دوائر محكمة النقض. وتقتضى وظيفة محكمة النقض الاستقرار والثبات علي المبادئ القانونية التي وضعتها، وألا تعدل عنها إلا بقدر الضرورة.¹

¹ د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٤م، بند ٣-٤، ص ٣. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية، ط١، ١٩٩٦م، ص ٣، ٩.

هذا وقد أنشئت محكمة النقض الفرنسية بقانون في عام ١٧٩٠م، بينما أنشئت محكمة النقض المصرية بمدينة القاهرة تحت اسم محكمة النقض والإبرام بصدور المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١م وتم تغييره إلي محكمة النقض بصدور قانون المرافعات الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م. وتحتل محكمة النقض المصرية كمحكمة عليا قمة القضاء العادي لمراقبة محاكم الموضوع للاستيثاق من سلامة وصحة تطبيق القانون وتفسيره حتى لا تصدر أحكام قضائية متناقضة أو متعارضة في المسألة الواحدة صوتاً لحسن سير العدالة؛ إذ ليس أضر علي العدالة من أن يختلف تطبيق القانون في المسألة ذاتها تبعاً لاختلاف فهم قضاة الموضوع لمعاني ومفهوم القانون؛ لأن تفاوت القضاة في فهم القانون علي قدر تفاوتهم في العلم والخبرة قد يؤدي إلي تناقض وتعارض الأحكام القضائية في المسألة الواحدة، ولحسن تطبيق القانون وتحقيق العدالة يجب عرضها علي المحكمة العليا لتقول فيها كلمتها، وتضع حداً لتضارب الأحكام القضائية وإرساء المبادئ القانونية الصحيحة.^١

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 211 est ; P. 190 ets.

-A.Bénabent; Pour la cour de cassation aussi, mais autrement; D.1989; chron.;P. 222.

-J. Voulet; L'étendue de la cassation en matière civile; J.C.P.; éd. G. 1977; 1 ; doct.; N. 2877.

^١ أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧م، ص ١٨ - ١٩. محمد كمال عبد العزيز، لمحة

بمعني أن وظيفتها الأساسية تعيد القواعد، وجلاء الغامض، وتمييز الراجح من المرجوح، ورفع الخلاف في تفسير وتأويل القانون الذي قد يؤدي إلي تناقض وتعارض وتضارب الأحكام القضائية، فهي تقوم بالإشراف والرقابة علي توحيد تطبيق القانون وتفسيره وجمع كلمة القضاة علي كلمة واحدة فيما يختلفون فيه من مسائل مراعاة للمصلحة العامة بما يحتم عليها أن يكون لها قضاء ثابت مستقر.^١

ويضطلع بوظيفة المحكمة العليا في كل دول العالم محكمة نقض أو تمييز واحدة بما فيها كل من مصر وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا...، فلا يجوز أن تتعدد محاكم النقض أو التمييز داخل الدولة الواحدة (مبدأ وحدانية محكمة النقض أو التمييز)؛ لأن ذلك سيؤدي إلي اختلاف القضاء إذ يكون لكل محكمة من محاكم النقض أو التمييز - علي فرض جواز تعددها - قضاؤها الخاص بها مما يسفر عنه اختلاف الحلول القانونية في المسألة الواحدة، ويقضي علي وحدة القضاء في

تاريخية عن محكمة النقض المصرية، بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات، مركز السنهوري للدراسات القانونية ١٩٩٣م، ص ٢٠.

-Faye; La cour de cassation; P. 12.

-J. Vincent, G. Montagnier et A.Varinard; La Justice et institutions; 3^e éd; Dalloz; 1991; N. 936; P. 718.

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 213; P. 191.

^١ الإشارة السابقة .

البلد الواحد، ولا يحقق الوحدة المنشودة بين المبادئ القانونية وطرق التفسير
والتطبيق الصحيح للقانون.^١،^٢

^١ د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند ١٢-١٣، ص ٣٢ ومابعدھا. د. أحمد السيد
صاوی، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠٠٠م، بند ٥٦٦-٥٦٧، ص ٩٢٣ ومابعدھا.

-Jacques **Boré**; cour de cassation; Encyc. Dalloz; janv.1994; N. 1-3; P.
2.

-**Cadiet**; Droit Judiciaire ; N. 259; P. 121.

-**Perrot**; Institutions Judiciaires; N. 211 ets.; P. 190 ets.

-Peter **Neu**; Le Pouvoir de Contrôle de la cour suprême; 1956; N. 14;
P. 21.

^٢ غير أنه في بعض الدول يوجد محكمتين للنقض أو للتمييز : ففي الإمارات العربية المتحدة
يوجد محكمتين للنقض، الأولى في إمارة أبو ظبي المحكمة الاتحادية العليا، والثانية في إمارة
دبي محكمة التمييز. راجع : د. أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات، ط١-
١٩٩٩م، ص ٤٨٢.

وأما في المملكة العربية السعودية في عام ١٣٨١هـ - فقد صدرت تعليمات هيئة التمييز، ثم
عدلت بلائحة " تعليمات تمييز الأحكام الشرعية " الصادرة بموافقة صاحب الجلالة رئيس مجلس
الوزراء رقم ٢٤٨٣٦ في ٢٩/١٠/١٣٨٦هـ، وتم إنشاء هئتين للتمييز تترعان بالتساوي فيما
بينهما على قمة التنظيم القضائي السعودي إحداهما للمنطقة الغربية ومقرها العاصمة الدينية مكة
المكرمة، والثانية للمنطقة الوسطى والشرقية والشمالية ومقرها العاصمة السياسية مدينة الرياض،
ثم صدر بعد ذلك نظام القضاء سنة ١٣٩٥هـ حيث نص في م ١٢ منه على أن: " يكون مقر
محكمة التمييز مدينة الرياض. ويجوز بقرار من هيئتها العامة أن تعقد بعض دوائر المحكمة
جلساتها كلها أو بعضها في مدينة أخرى، أو أن تنشأ فروع لها في مدن أخرى، إذا اقتضت
المصلحة ذلك ". وأخيراً صدر نظام القضاء الجديد ١٤٢٨هـ ونص في م ١/١٠ منه على أن: "

وللتغلب على مشكلة كثرة عدد الطعون بالنقض وتتنوعها يجب التوسع في الأخذ بنظام تعدد وتخصص دوائر محكمة النقض، وتوسيع نشاط المكتب الفني بها، وإنشاء وحدة لتوثيق الأحكام بالحاسب الآلي، وإنشاء سجل مفهرس لتبويب كافة الأحكام ... لأن سهو القضاة في معرفة السوابق القضائية قد يؤدي إلي تضارب وتنازع الأحكام القضائية في المسألة الواحدة سواء في ذلك الأحكام الصادرة عن دوائر محكمة النقض أو الصادرة عن محاكم أخرى.¹

وتعتبر محكمة النقض هي العمود الفقري للنظام القضائي، والحارسة لتطبيق وتفسير القانون حيث تكفل ضمان توحيد القضاء عن طريق حسن تطبيق القانون، ووحدة تطبيقه، وتفسيره تفسيراً صحيحاً. فهي محكمة قانون وليست محكمة وقائع أو موضوع؛ لأنها لا تحكم في النزاع لإصلاح الأخطاء الواقعية والقانونية كما تفعل محكمة الاستئناف، بل تقتصر مهمتها على مراقبة الحكم المطعون فيه لتطبيق القانون وتفسيره، وهذا ما أدى إلي التفرقة بين الواقع والقانون، فهي لا تجرى

يكون مقر محكمة المحكمة العليا مدينة الرياض". و مع صراحة تلك النصوص إلا أن الوضع الفعلي مازال على ما هو عليه قبل نظام القضاء، فما زال بالسعودية هيئة للتمييز بالرياض، وهيئة للتمييز بمكة المكرمة، بل يوجد تفكير بإنشاء هيئات تمييز أخرى في أماكن أخرى بالسعودية. راجع بتفصيل أكثر: د. محمد محمود إبراهيم، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية بمعهد الإدارة العامة بالرياض ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، بند ٧، ص ٤٢ وما بعدها. وكذلك د. عبد المنعم عبدالعظيم جيرة، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة ١٤١٠هـ، ص ١٥١.

¹ د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند ١٢-١٣، ص ٣٢ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوي، الوسيط، بند ٥٦٦-٥٦٧، ص ٩٢٣ وما بعدها.

تحقيقاً، ولا تقوم بإجراءات إثبات للوقائع، بل تتناول الوقائع كما أثبتتها قاضي الموضوع، وتبحث عما إذا كان تم تطبيق القانون على الوقائع تطبيقاً صحيحاً أم لا، وليست جهة إفتاء بل هيئة قضائية تتقيد بمبدأ الطلب في قانون المرافعات.^١

ولا تنظر محكمة النقض إلا في الطعون المرفوعة أمامها من الخصوم أصحاب الصفة والمصلحة في الطعن بالنقض بإجراءات ومواعيد قانونية سليمة، وهي ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي؛ لأنها لا تنظر الوقائع، وإذا نقضت الحكم المطعون فيه امتنع عليها كقاعدة عامة التصدي للفصل في الموضوع، بل يتعين عليها إحالة القضية إلي محكمة الإحالة التي تكون من نفس درجة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض لإعادة الفصل فيها من جديد بدائرة جديدة. فهي تنقض الأحكام المخالفة للقانون وتقبل وقائع النزاع كما هي ثابتة في الحكم المطعون فيه بالنقض، وتلتزم بأجزاء الحكم التي انصب عليها الطعن فقط، ولا تقبل أي طلبات جديدة أمام النقض من الطاعن أو المطعون ضده.^٢

^١ د. وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء المدني، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٧٨٩.

–Perrot; Institutions Judiciaires; N. 211 ets.; P. 190 ets.

–Herve Croze; Le Procès Civil; Dalloz; Paris; 1997; P. 119.

–Pierre Drai; Pour la cour de cassation; J.C.P. ; éd. G. 1989 ; doct. ; No. 3374.

^٢ د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ١٩٩٨م، بند ١، ص ٣ وما بعدها. د. حلمي محمد الحجار، القانون القضائي الخاص، ج ٢،

٢- فكرة الطعن بالنقض وطبيعته

الطعن بالنقض طريق طعن غير عادي من طرق الطعن في الأحكام القضائية لا يجوز ولوجه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر بنص (م ٢٤٨، ٢٤٩ مرافعات)، كما أن له طبيعة خاصة كطريق لرقابة الحكم، فهو ليس طريقاً من طرق إصلاح الحكم (الاستئناف) أو سحبه (التماس إعادة النظر)، بل طريق طعن غيرعادي لا يلجأ إليه إلا بعد استفاد طرق الطعن العادية، أي يكون بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة عن محكمة الاستئناف العالي كقاعدة عامة بهدف محاكمة الحكم المخالف للقانون دون محاكمة الموضوع، أي لإلغاء الحكم المطعون فيه المخالف للقانون بعد البحث في مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون الموضوعي والإجرائي الواجب التطبيق، فيبدو موجهاً إلى القاضي الذي خالف القانون، بهدف توحيد القضاء فهماً وتفسيراً وتطبيقاً بما يجعل للعدالة وجه واحد، وهو أمر ضروري ليقوم العدل بدونه.^١

بيروت، بند ٩١٩، ص ٣٩١. د.مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن/ عمان ١٩٨٨م، ص ٣٧٠.

^١ د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٧م، بند ٢-١، ص ٥ ومابعدھا؛ أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، ٢٠٠٩م، ص ٨٣٢-٨٣٣.

-Gérard **Couchez**, Jean-Pierre **Langlade** et Daniel **Lebeau**; Procédure civile; Dalloz; Paris ; 1998; N. 1534-1535;P. 570-571.

-Cass. Soc. 15 Févr. 2006; D. 2006; inf. rep.; P. 745.

-Cass. Soc. 26 janv. 2005; Bull. Civ. 2002; V; N. 22; P. 18.

وليس للطعن بالنقض أثر ناقل مثل الاستئناف، كما أنه ليس له أثر موقف لتنفيذ الحكم المطعون فيه إلا في حالات استثنائية، ولا يجيزه القانون إلا في حالات محددة، ولأسباب نص عليها القانون علي سبيل الحصر، وتتحدد سلطة محكمة النقض إما بتأييد الحكم المطعون فيه كلياً ورفض الطعن، أو بتأييد الحكم المطعون فيه جزئياً ونقض الجزء الآخر، وإما بنقض الحكم المطعون فيه كلياً وقبول الطعن.¹

والأصل أنه لا يجوز الطعن بالنقض إلا في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف العالي، سواء صدرت في الطعون الموجهة ضد الأحكام الابتدائية الصادرة من المحكمة الابتدائية أو الصادرة من محكمة الاستئناف كمحكمة التماس إعادة نظر، وأيا كان نوع القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه مدنية كانت أو تجارية، عادية كانت أو مستعجلة، ولذا يجب أن يتوافر سبب الطعن بالنقض في حكم الاستئناف، وليس في حكم أول درجة؛ لأن العبرة تكون بحكم الاستئناف ذاته... إلا أن المشرع الإجرائي أجاز - استثناءً - للخصوم الحق في أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - أي كانت المحكمة التي

-Cass. Civ. 3^e; 27 mai 2003; Bull. Civ. 2003;III ; N. 114; P. 103.

-Cass. Soc. 17 déc. 2002; Bull. Civ. 2002; V; N. 395; P. 390.

¹ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠٩م، بند ٣٦٨، ص ٧٠٦.

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 217 ets.; P. 193 ets.

-Gérard Couchez; Procédure Civile ; 15 .éd; Sirey; Paris 2008; N. 449; P. 470.

أصدرته ولو كانت محكمة جزئية - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي (م ٢٤٩ مرافعات) سواء دفع بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع أو لم يدفع به. كما أجاز قانون المرافعات الفرنسي الجديد لمحكمة النقض الفرنسية بسط رقابتها على القرارات الولائية بمقتضى (art. 610).^١

وقد عبرت محكمة النقض في بعض أحكامها عن نطاق وظيفتها بقولها: " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالنقض طريق غير عادي لم يجزه القانون للطعن في الأحكام الانتهائية إلا في أحوال بينها بيان حصر في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ من قانون المرافعات، وترجع كلها إما إلى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إلى وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر فيه ويقصد به في واقع الأمر مخاصمة الحكم النهائي الذي يطعن عليه بهذا الطريق، بما يستوجب اللجوء بصدده إلى محكمة مغايرة لتلك التي أصدرته، على أن تكون أعلي منها، حددها الشارع أنها محكمة النقض التي تعتبر قمة السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم... والطعن بالنقض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلى محكمة

^١ د. نبيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦م، بند ١١١٥، ص ١٢٦٤-١٢٦٥.

-J. Largier et Ph. Conte; Procédure Civile; Droit Judiciaire Privé ; éd. 14; 1995 ;
.P. 130-131

النقض، بل هو طعن لم يجزه القانون فى الأحكام الانتهائية إلا فى أحوال بينها بيان حصر. ولا تتظر محكمة النقض إلا فى الأسباب التى ذكرها الطاعن فى تقرير - صحيفة - الطعن مما يتعلق بهذه الوجوه من المسائل القانونية البحتة، ومن ثم فالأمر الذى يعرض على محكمة النقض ليس الخصومة التى كانت مرددة بين الطرفين أمام محكمة الموضوع، وإنما هو فى الواقع مخاصمة الحكم النهائى الذى صدر فيها، ولذلك فإن النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ماتناولته منه أسباب الطعن التى حكم بقبولها وبنى النقض على أساسها، وليست المحكمة ملزمة ببحت جميع أسباب الطعن إذا ما رأت فى أحد الأسباب ما يكفى لنقض الحكم".^١

ويجب على النيابة العامة أن تتدخل تدخلاً وجوبياً كطرف منضم لإبداء الرأى - وهو رأى محايد واستشارى للمحكمة - بمذكرة فى جميع الطعون والطلبات أمام محكمة النقض وإلا كان الحكم باطلا (م ٨٨ / ٢ مرافعات). وتنشأ لدى محكمة النقض نيابة عامة مستقلة عن جهاز النيابة العامة الذى يترأسه النائب العام، وتكون لها شخصيتها المتميزة المستقلة بحيث لا يجوز لغير أعضاء نيابة

^١ نقض مدنى ٢٢/٤/١٩٨٩م، طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ١٨٨، ص ١٦٨.

نقض مدنى ٢٢/٦/١٩٨٩م، طعن رقم ٢٧٤٥ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ٢٧٤، ص ٦٦٣.

نقض مدنى ١٩/٤/١٩٧٢م، طعن رقم ١٤ لسنة ٤٠ ق، مج، س ٢٣، ج ٢، ق ١١٦، ص ٧٣٩.

النقض أداء وظيفتها لدى محكمة النقض؛ لتقوم بأداء وظيفة النيابة العامة لدى محكمة النقض (نيابة النقض)، ويكون لها بناءً على طلب محكمة النقض حضور المداولات دون أن يكون لممثلها صوت معدود في المداولات (م ٢٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ م معدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ م)^١.

ميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذي يرفعه النائب العام لمصلحة القانون (م ٢٥٢ مرافعات)، بينما في القانون الفرنسي شهران (art. 612). ونظراً لأن وظيفة محكمة النقض هي ضمان توحيد أحكام القضاء، وحسن تطبيق القانون وتفسيره؛ فإن المشرع الإجرائي قد خص خصومة الطعن بالنقض ببعض الأحكام الخاصة التي تتلاءم مع طبيعتها، إلي جانب القواعد العامة للخصومة القضائية.

تصدر محكمة النقض باعتبارها خاتمة المطاف أحكاماً باتة قاطعة لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، وتتمتع بالحجية النسبية من حيث الأشخاص والموضوع، كما أنها تتمتع بقيمة أدبية ويكون لها قوة الإلزام الأدبي، وتتبعها كافة المحاكم خشية أن تتعرض أحكامها للنقض نتيجة اعتقادهم بسلامتها لسعة العلم، ودقة الملاحظة، وسلامة التقدير، وسداد الرأي،

^١ حامد فهمي، و د. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٤٣، ص ٥٤-٥٥. د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٤ م، بند ١٠، ص ١٥-١٦. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، نادي القضاة ٢٠٠٠ م، ص ٩٨-٩٩.

وعمق الخبرة لدي مستشاري محكمة النقض. وتحتل أحكام محكمة النقض أعظم اهتمام لدي الفقه والقضاء، وتعد الركيزة الأساسية التي تدور عليها مؤلفات الفقهاء، والمنهل الأساسي لقضاة المحاكم الأدنى، لدرجة أن بعض الفقهاء قد ذهب إلى القول بأنها: إذا حكمت فقد عدلت، وإذا اجتهدت فقد أصابت، وإذا استحدثت فقد أبدعت.^١

^١ د. مصطفى كبره، النقض المدني، ١٩٩٢م، ص ٦. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، ٢٠٠٩م، ص ٨٣٢-٨٣٣. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، ص ٩. -Cass. Soc.; 5 juin 1985; D. 1986; Inf. rap.; P. 222; obs. P. **Julien**, Rév. huiss. 1986; P. 1597; Note. **Lescaillon**.

٣- تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية القطعية يخالف الحجية (مشكلة البحث)

إذا كان الحكم القضائي عنوان الحقيقة والصحة، فأى حقيقة أو صحة هذه التي قد تتعدد بتعدد الأحكام المتناقضة أو المتعارضة أو المتنافرة، وأى منها سيقدم للتنفيذ الجبرى، وبأى منطق يقبل هذا، وأى العدالتين نستند إليها فى حياتنا؟؟؟؟!!! فالعدالة تأبى ذلك وتوجب حل المشكلة برفع التناقض أوالتعارض أوالتنافر بين الأحكام بآليات قانونية كالنقض الاستثنائى(م ٢٤٩مرافعات - art. 617 et 618)...؛ لأن ذلك سيؤدى إلى انعدام ثقة المتقاضين فى عدالة القانون والقضاء بما قد يتضمنه من نسبة الحق لغير صاحبه، نتيجة تعدد وتكرار رفع الدعوى الواحدة ذاتها أكثر من مرة أمام القضاء، واختلاف وجهات النظر والسلطة التقديرية بين قاض وآخر، بل ولدى القاضي نفسه من وقت لآخر، واختلاف ما قد يقدم فى إحدى الدعويين من أدلة ودفوع ودفاع عما يقدم فى الدعوى الأخرى. كما يؤدى عرض الدعوى نفسها على محكمتين أو دائرتين فى آن واحد إلى زيادة العبء على القضاة دون مبرر، وتكرار الإجراءات، ومضاعفة الوقت والجهد والنفقات...

ومبدأ عدم جواز تناقض الأحكام القضائية يحقق وظائف القانون والاستقرار فى المجتمع، ويؤيده العقل، وروح القانون، ويعد من مبادئ القانون الطبيعى والمبادئ العامة فى القانون الإجرائى لاحترام الأحكام... ويسرى على الأحكام القضائية القطعية الصادرة فى الموضوع أياً كان نوعها، أى سواء أكانت أحكاماً

مدنية أو جنائية أو إدارية. والغاية منه هي ضمان نفاذ الأحكام القضائية التي يستوجب المشرع عدم جواز المساس بها من خلال خصومة جديدة.^١

ويمكن أن يوجد تناقض أو تعارض في الأعمال القضائية، كالتناقض بين منطوق حكمين قضائيين، والتناقض بين أجزاء منطوق الحكم الواحد، والتناقض بين أدلة الإثبات، والتناقض بين أقوال الشهود، والتناقض بين تقارير الخبرة، والتناقض بين منطوق الحكم وأسبابه، والتناقض بين أسباب الحكم... والتناقض يجعل أمرين في حكم المتضادين ينفي أحدهما الآخر ولا يجتمعان لاستحالة أن يجتمع الأمر ونقيضه معاً في آن واحد على نفس الشيء.^٢

ومن أمثلة ذلك: الحكم برفض دعوى المدعى بالملكية، وحكم آخر مناقض للحكم الأول بتعويض مدعى الملكية عن الإعتداء عليها. والحكم ببراءة ذمة المدعى عليه من الدين، وحكم آخر مناقض للحكم الأول بإلزام المدعى عليه بهذا

^١ د. أحمد السيد صاوى، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧١م، بند ١، ص ٧. د. أحمد محمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، ١٩٩٧م، بند ١ وما بعده، ص ٥ وما بعدها. نقض مدني ٤/١٠ / ١٩٩٩م، طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٨ق، مج، س ٥٠، ج ٢، ق ١٩٩، ص ١٠١٩.

-Maurice Loisel; Du pourvoi en cassation en cas de contrariété de jugements; J.C.P.; éd. G. 1945; 1 ; P. 486.

^٢ د. أحمد خليل، التعارض بين الأحكام القضائية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٨م، بند ١-٢، ص ٣-٤. د. رمضان إبراهيم علام، التناقض الإجرائي، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية ٢٠١٠م، بند ٢، ص ١٢.

الدين. والحكم بإلزام المدعى عليه بدفع التعويض، وحكم آخر مناقض للحكم الأول بسقوط دعوى التعويض بالتقادم. والحكم على شركة تأمين بدفع التعويض، وحكم آخر لصالحها بسقوط دعوى التأمين بالتقادم. والحكم في دعوى رفعها الورثة دون علمهم بسبق رفعها والحكم فيها في مواجهة مورثهم. والحكم في دعوى رفعها وكيل الدائنين، مع سبق رفعها والحكم فيها من المفلس قبل الحكم بشهر إفلاسه. والحكم بصحة الدين، يتناقض مع حكم آخر ببطلانه...

ويؤدى التناقض أو التعارض في العمل القضائي إلى تعييبه وفقدان مصداقيته، وإنكار العدالة، وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وضياح هيبة القضاء، وذبذبة مفهوم العدالة، والعصف بالثقة العامة للمواطنين في القضاء، واضطراب النظام القانوني في الدولة، وصعوبة التنفيذ الجبري للأحكام القضائية وهدر قيمتها عندما يتمسك كل محكوم له بحكم له مناقض لحجية حكم آخر صادر في نفس المسألة المحكوم فيها ويتعذر تنفيذهما معاً، ويجعل الحكمين متضادين بحيث ينفي ويلاشى أحدهما الآخر ولايجتمعان. فالدعوى المتناقضة قد لاتصلح محلاً للعمل القضائي، وتمنع سماع ادعاءات المدعى المتناقضة، ويحكم بعدم قبولها إذا لم يستطع المدعى تصحيح الطلب الأصلي أو تعديله فى وقت مناسب. وقد يترتب على التناقض فى الدليل عدم الأخذ به، وإلا كان الحكم معيباً لأخذه بدليل متناقض، كما أن التناقض فى أسباب الحكم يعد عيباً فى التسبيب قد يؤدى إلى تماحيها أو تساقطها أو انعدامها أو تهانتها، والتناقض فى منطوق الحكم القضائي يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر... ونظراً لشناعة ظاهرة التناقض

بين الأحكام القضائية كان حتماً مقضياً ضرورة تجنبه قبل حدوثه، ورفعته بعد وقوعه، بأدوات قانونية، وبعد تناقض أو تنازع الأحكام القضائية مخالفة قانونية، فلا يجوز تناقض الأحكام القضائية في ذاتها، ولا مع بعضها، ولا مع غيرها.^١

وهو الأمر الذي دفع المشرع الإجماعي إلى وضع الكثير من القواعد الإجرائية كضمانات وقائية من مشكلة تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام، والتخلص من أسباب ظهورها، والحيلولة دون ظهور مشكلة تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية التي تصدر في دعوى واحدة عند تكرار الفصل فيها، وإذا لم تجدي الضمانات التشريعية الوقائية من تناقض الأحكام، فيمكن حل التناقض أو التعارض بين الأحكام المدنية عن طريق الضمانات العلاجية... واعتبار مشكلة التناقض أو التعارض أو التنافر بين الأحكام القضائية سبباً مستقلاً قائماً بذاته للطعن بالنقض الاستثنائي لمخالفة حكم سابق حاز قوة الأمر المقضى (م ٢٤٩ مرافعات).^٢

وقد اعتبر بعض الفقه حالة التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية (مخالفة حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم به) وجه من أوجه الطعن بالنقض

^١ د. أحمد خليل، التعارض بين الأحكام القضائية، بند ١-٢، ص ٣-٤. د. رمضان إبراهيم علام، التناقض الإجرائي، بند ٢، ص ١٢.

-Maurice Loisel; Du pourvoi en cassation en cas de contrariété de jugements; J.C.P. ; éd. G. 1945; 1; P. 486.

^٢ د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ٣٠-٣١، ص ٤٤ وما بعدها.

لمخالفة القانون بمعناه الواسع بمخالفته القواعد القانونية التي توجب احترام الحجية، فالحكم القضائي إذا حاز قوة الشيء المحكوم به أصبح عنواناً للحقيقة وقرينة لا تقبل إثبات العكس، ويكون بمثابة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق سواء بسواء مادام قطعياً، فلا يعد سبباً أوعيباً قائماً بذاته للطعن بالنقض.^١

إلا أن هذا الرأي مخالف للقانون المصري، فقد اعتبر التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية (مخالفة حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم به) سبباً مستقلاً قائماً بذاته للطعن بالاستئناف الاستثنائي (م ٢٢٢ مرافعات)، وسبباً مستقلاً قائماً بذاته للطعن بالنقض الاستثنائي (م ٢٤٩ مرافعات) سواء أكانت صادرة عن محكمة واحدة أم عن محكمتين مختلفتين تتبعان نفس جهة القضاء العادي اعتبره، وسبباً مستقلاً قائماً بذاته للطعن بالتماس إعادة النظر في حالة التناقض بين ذات منطوق الحكم الواحد (م ٢٤١ / ٦ مرافعات)، وذلك إلى جانب كونه سبباً للطعن بالنقض العادي للتناقض بين أسباب الحكم ومنطوقه أو بين الأسباب وبعضها البعض في الحكم الواحد لمخالفة القانون (م ٢٤٨ مرافعات)...

^١ د. عبدالعزيز خليل بديوى، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، ص ٣٨، ١٤٧، ٢٠٩.

^٢ وعلى نفس منهاج القانون المصري بعبارة مرادفة: قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة ١٩٥٣م في م ٣٣٩، م ٦/٣٢٨، وقانون الإجراءات المدنية الاتحادى الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م في م ١٧٣ / د، م ٥/١٦٩، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم

٢٩ لسنة ٢٠٠٢م في م ٢٣٢ / ز، و م ٢٤٠ ، والقانون البحريني في م ٩ من قانون محكمة التمييز رقم ٨ لسنة ١٩٨٩م، م ٢٢٩ / د من قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٧١م ، وقانون المرافعات الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨١م في م ٢٤٨ ، م ٢٥٢ ، وقانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣م في م ٢٤١ ، م ٢٥٠ ، وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨م في م ١٩٨ ، م ٢١٣ ، وقانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م في م ٣٠٤ / ٨ ، م ٢٩٢ / ٤ ، ...

وإذا كان هذا الحال في تلك التشريعات فإن هناك تشريعات أخرى قد أدمجت حالة الطعن بالتماس إعادة النظر بسبب تناقض منطوق الحكم الواحد مع الطعن بالنقض الاستثنائي بسبب التناقض، ومنها: قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد المعدل في art. 617 et 618 ، وقانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المعدل في م ٢٠٣ / ٤ ، ٥ ، ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية لسنة ١٩٥٩م في م ١٧٥ / ٥ ، ٦ ، وقانون المسطرة المدنية المغربي لسنة ١٩٧٤م في الفصل ٤٠٢ / ٥ ، ٦ ، وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في م ٧٠٨ / ٣ ، ٨ ، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة ٢٠٠٨م جمع كل حالات التناقض أو التعارض وجعلها سبباً للطعن بالنقض في م ٣٥٨ / ١١ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ بقولها: " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأتية ... ١١ - تناقض التسبب مع المنطوق ... ١٣ - تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول... ١٤ - تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي. في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة ٣٥٤ أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً... ١٥ - وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار... ".

وهناك تشريعات لم تنص على اعتبار التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية سبباً للطعن بالنقض الاستثنائي، وبالتالي فقد أدرجته ضمن السبب العام للطعن بالنقض وهو سبب مخالفة

وتم التركيز على دراسة موضوع خصوصية الطعن بالنقض الاستثنائي بسبب تناقض أو تعارض أو تنازع أو تنافر الأحكام القضائية الصادرة في المواد المدنية والتجارية، لجلي جوانبه وثير غوره نظراً لأهميته العلمية والعملية، والذي يثير عدة تساؤلات: ماهو المعيار المتبع في الترجيح بين الأحكام القضائية المتعارضة أو المتناقضة أو المتنافرة، أم أن الأمر هو ترجيح بلا مرجح، وماهو مفهوم النقض بسبب تناقض أو تنازع أو تنافر الأحكام المدنية، وماهي طبيعته، ونطاقه، وتطبيقاته، وشروطه، وماهي الإجراءات الواجبة الإلتباع في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي بسبب تناقض و تنازع و تنافر الأحكام المدنية، و ما هي حدود وظيفة وسلطة محكمة النقض عند نقض الحكم المطعون فيه بسبب تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام وأثاره، وماهو مصير القضية المنقوضة بعد قبول الطعن بالنقض الاستثنائي ونقض الحكم المطعون فيه بسبب تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام المدنية،... تتم الإجابة عن كل هذه الأسئلة خلال هذا البحث، وذلك باتباع المنهج التحليلي التطبيقي المقارن بين التشريعات، وأحكام القضاء، والآراء الفقهية المختلفة بهدف التوصل إلى أفضل الحلول الممكنة والترجيح بينها، من أجل تطوير أحكام القانون الوطني، وسد ثغرة موجودة بالمكتبة

القانون، ومن تلك التشريعات: قانون الإجراءات المدنية الصومالي لسنة ١٩٧٤ م في م ٢٤٦ ، وقانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م في م ١٨٩ ، وكذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي لسنة ١٤٣٥هـ في م ١٩٣ / ١ يدرج تناقض الأحكام تحت سبب مخالفة القانون، وجعل تناقض منطوق الحكم القضائي الواحد سبباً لالتماس إعادة النظر في م ٢٠٠ / هـ ، ...

القانونية العربية في موضوع الطعن بالنقض الاستثنائي وهي في أشد الحاجة الماسة الضرورية إليه، وليكون هادياً ومعيناً لكل مشتغل بالقانون والقضاء.

و بناء على ذلك نتناول موضوع خصوصية الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض الأحكام المدنية في فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي، وشروطه، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي.

المبحث الثاني: شروط تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي.

الفصل الثاني: خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: إجراءات خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي.

المبحث الثاني: سلطة محكمة النقض في الحكم في الطعن بالنقض الاستثنائي.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

الفصل الأول

مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي وشروطه

٤ - تمهيد وتقسيم

يقتضي احترام الأحكام القضائية أن يكون الحكم واحداً في أي مسألة متنازع عليها أمام القضاء، فلا يكون لها أكثر من حكم قضائي واحد، أي لا يجوز أن يصدر حكمان في قضيتين الدعوى فيهما واحدة. بمعنى أنه لا يجوز تكرار الدعوى؛ لأنه لا يجوز تكرار الحكم في المسألة المقضي فيها، فالحكم الأول يحوز حجية الأمر المقضي التي تحول دون إعادة نظر الدعوى، ويمتنع القاضي عن الفصل في الدعوى الجديدة التي سبق الفصل فيها احتراماً لحجية الحكم السابق، ويحكم بعدم قبولها لسبق الفصل فيها، فلا يجوز تكرار الدعوى أو إعادة الفصل فيها؛ لأنه لا يجوز تكرار الحكم فيها. فيحظر على الخصوم تكرار الدعوى في المسألة المقضي فيها، سواء أكانت أمام محكمة أول درجة أو محكمة طعن، فلا يجوز تكرار المعارضة أو الاستئناف أو التماس إعادة النظر أو النقض، ولا يجوز تكرار الحكم عن طريق العدول عنه أو التعديل فيه من جانب المحكمة التي أصدرته ولو باتفاق الخصوم، فينبغي أن يكون الحكم القضائي واحداً لا يتكرر ولا

يتناقض؛ لأنه لا يجوز تكراره؛ لكي لا يتناقض، ولتحقيق المساواة أمام القانون والقضاء.^١

ويعتبر تناقض أو تعارض الأحكام القضائية سبباً قليل الحدوث، وخصوصاً، واستثنائياً، وقائماً بذاته، ومتميزاً في حقيقته عن غيره من أسباب الطعن بالنقض. والحكم القطعي هو الحكم الذي يحسم النزاع في الموضوع أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه، ويخرج النزاع من ولاية المحكمة وتستند به المحكمة ولايتها، ولا يجوز المساس به، ويخضع الحكم القطعي الصادر في موضوع النزاع لظاهرة تناقض أو تعارض الأحكام القضائية، ولذا يقع التناقض بين حكمين موضوعيين في طلب أو دفع موضوعي سواء أكان الحكم صادراً بإجابة الطلب أو الدفع أم برفضه، وسواء أكان حكماً تقريرياً كالحكم ببطان عقد أو بصحته، أم كان حكماً منشئاً كالحكم بشهر الإفلاس أو بالتطبيق أو بالشفعة أم كان حكماً بإلزام كالحكم بدفع مبلغ نقدي أو بتسليم منقول أو عقار.^٢

^١ د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، ص ١٥٨ وما بعدها. د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ٤٢، ص ٧٥ وما بعدها؛ بند ٦٤، ص ١٠٦.

^٢ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٢٠٦، ص ٤٦٨. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٢١١-٢١٢. د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ١٨، ص ٢٣ وما بعدها.

وقد اعتبر بعض الفقهاء تناقض أو تعارض الأحكام القضائية مخالفة قانونية في خصوص قاعدة حجية الأمر المقضي التي تثبت للأحكام التي فصلت في الحقوق، حيث يعتبر صدور حكم على خلاف حكم سابق مخالفة قانونية لحجية الأمر المقضي للحكم الأول، أي يعد مخالفة لنصوص (م ١٠١ إثبات - art. 1350 et 1351, C.C.F.). وهذا الإعتبار لا يمكن الأخذ به في مصر حيث أن نظام تناقض الأحكام نظام قائم ومستقل بذاته عن مخالفة قاعدة حجية الأمر المقضي؛ لأن القانون المصري لا يشترط لقبول الطعن بالنقض لتناقض الأحكام تمسك الطاعن بحجية الحكم السابق أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المناقض ولكن دون جدوى، ومع ذلك تعتبر قاعدة الحجية معياراً وضابطاً وأداة لكشف المناقضة بين الأحكام؛ لأنها تتضمن الحدود الشخصية والموضوعية للقوة الملزمة للحكم القضائي، والمطلوبة لكشف تكرار الأحكام وتناقضها، والحكم القضائي يحوز حجية الأمر المقضي حتى لو كان متعارضاً أو متناقضاً أو متنافراً مع حكم آخر،

-André **Perdriau**; Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement; J.C.P.; éd. G. 1997; N. 2; doct.; 3990; N. 1; P. 15; N. 29; P. 18.

-Y.**Capron**; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ.; Fasc. 783; N. 12.

-M.-N.**Jobbard-Bachelier** et X.**Bachelier**; La technique de cassation; Dalloz; 2^e éd.; 1991; P. 104 et 105.

ولايجوز المساس بتلك الحجية إلا من خلال طرق الطعن في الأحكام كقاعدة عامة.^١

و بناءً على ذلك نتناول مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي وشروطه في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي.

المبحث الثاني: شروط تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي.

و ذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

^١ حامد فهمي، و د. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٢٠٦، ص ٤٦٨-٤٦٩. د. أحمد صاوي، الشروط الموضوعية، بند ١، ص ٧. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ١٦١-١٦٢. د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ١١، ص ١٣ وما بعدها؛ بند ٣٨، ص ٦١ وما بعدها.

نقض مدني ١٠/٥/١٩٨١م، طعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٩ ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٢٥٦، ص ١٤١٤.

-E. **Glasson** et **Albert Tissier**; *Traité Théorique et Pratique d'organisation Judiciaire de Compétence et de Procédure Civile* ; T. 3; Recueil sirey; 1929; N. 722; P. 93.

المبحث الأول

مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي

٥- تعريف تناقض أو تعارض أو تنافر أو تضارب الأحكام

(أ) في اللغة

ورد في المعاجم اللغوية العربية تعريف: **الحكم**: القضاء مطلقاً أو القضاء بالعدل أو قطع وحسم الحاكم المنازعة... و هو مصدر للفعل **حَكَمَ يَحْكُمُ** (بضم الحاء، وفتحها)، **فالحُكْمُ بالضم**: القضاء، يقال **حَكَمَ** بينهم **يَحْكُمُ** أي قضي، وحكم وفصل بين المتنازعين بحكم أي قضي بينهم، ويقال حكم له وحكم عليه.

وتناقض: يتناقض، تناقضاً، فهو **متناقض**. **تتأقضان** أقوالهما: **تخالفن**، **تعارضن**، **تباينن**، تنافرن. ويقال: في كلامه **تناقض**: بعضه يقتضي إبطال بعض. و**تتأقضان** القولان: **تخالفا** و**تعارضنا** و**تبايناً**. مبدأ **التناقض**: هو القول: بأن الشيء نفسه لا يمكن أن يكون حقاً وباطلاً معاً، وهو (في الفقه) **تقابل الدليلين المتساويين** على نحو لا يمكن الجمع بينهما.

أما **تعارض**: يتعارض، **تعارضاً**، فهو **متعارض**، و**تعارضت** الأقوال: تقاطعت، وتضاربت ولم تتطابق. **بيئهما تعارض** في الآراء: أي **تباين**، و**اختلف**، و**تعارض الأدلة**: إثبات أحدها ما نفاه الآخر. **تعارض البيئات**: أن تشهد إحداها بما

نفته الأخرى أو العكس، وتعارض الخصمان أمام القاضي: عارض كلُّ منهما الآخر، واعترض عليه: أنكر قوله أو فعله.

وأما **تَنَافَرٌ**: يتنافر، تنافراً، فهو مُتَنَافِرٌ. تَنَافَرَ الأولادُ: تجافوا وتَخَاصَمُوا، وَكَرِهَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، يَفْتَرُونَ بِالْأَجْسَادِ وَيَتَنَافَرُونَ بِالرُّوحِ، وتنافرا قُطْبَا المغناطيس: تباعدا ولم يتجاذبا، وتَنَافَرُ الألوانُ: تَعَارَضُهَا، وتَنَافَرُ الأصواتُ: نَشَأُهَا، وَعَدَمَ تَنَاسُفِهَا وَأَنْسِجَامِهَا.

وتضارب: تضاربت الآراء والإتجاهات: تباينت واختلقت وتعارضت وتنافرت، وتضارب الأدلة: تعارضها وعدم اتفاقها إلى درجة يصبح من العسير إيجاد حل.¹

(ب) في الإصطلاح

الحكم القضائي هو القرار الصادر عن محكمة قضائية مشكلة تشكياً صحيحاً في منازعة معروضة عليها بإجراءات خصومة منعقدة أمامها في موضوع الخصومة برمته، أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه. والحكم القطعي هو

¹ وراجع بتفصيل أكثر في معاني الحكم، تناقض، تعارض، تنافر، تضارب: أحمد الفيومي، المصباح المنير، تحقيق د. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف ١٩٧٧م. ابن الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط ٢، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٩٧١م. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف. طاهر أحمد الزاوي، ترتيب قاموس المحيط، ط ١، مطبعة الإستقامة بالقاهرة ١٩٥٩م. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط ٣، مطابع الأوقست بشركة الإعلانات الشرقية ١٩٨٥م.

الحكم الذى يحسم موضوع النزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه، بحكم يحوز حجية الأمر المقضى، و لا يجوز للمحكمة الرجوع فيه أو العدول عنه أو إعادة النظر فيه، وتستنفد المحكمة به ولاية الفصل فيه، ولا يسقط بسقوط الخصومة أو بإنقضائها بالتقادم، وينهى الخصومة فى شأنه، كالحكم بطلبات المدعى أو برفضها...^١

ومعنى التعارض أو التنافر *la contrariété / inconciliable* بين الأحكام القضائية فى الإصطلاح القانوني لا يختلف عن معناه اللغوي، فتناقض الأحكام هو تخالف وتضاد وتنافر وتباين واختلاف وتضارب وتعارض بين حكمين أو أكثر صادرين بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة نفسها المحكوم فيها، بحيث يكون التوفيق بينها غير ممكن ويتعذر ويستحيل تنفيذهما معاً في آن واحد بما قد يؤدي إلى شل القوة التنفيذية للأحكام القضائية فتصبح أمراً نظرياً غير قابل للتحقيق من الناحية العملية.^٢ ويتحقق ذلك بأن يكون من شأن الحكم الثاني

^١ د.أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩ف، بند١١، ص٣٤. د.أحمد السيد صاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، بند٤٤٣-٤٤٤، ص ٧٠٥ ومابعدها. د.محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص١٣ ومابعدها.

^٢ د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ط ١٠، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١ م، بند ١٥١ مكرر، ص٣٤٧. د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ج٤، م ٢٤٩، ص ٥٠٧. د. عيد محمد القصاص، تناقض الأحكام

اللاحق الأحدث في التاريخ إزالة الحقوق والمراكز القانونية التي أنشأها الحكم الأول السابق بإقرار وجود حق بعد تقرير عدم وجوده، أو بنفي وجود حق سبق تقرير وجوده. بمعنى أن يشتمل كل منهما على ما ينافي الآخر أو أن يقتضى أحدهما غير ما يقتضى الآخر.¹

وتنشأ مشكلة تناقض أو تعارض أو تنافر أو تنازع الأحكام القضائية نتيجة رفع الدعوى الواحدة ذاتها أكثر من مرة أمام القضاء، فعندئذ يمكن أن تتعدد الأحكام في المسألة نفسها المحكوم فيها بين الخصوم أنفسهم بصفاتهم فيها، ويحدث ذلك نتيجة جهل أحد الخصوم أو كلاهما بتكرار رفع الدعوى وسبق الفصل فيها؛ كأن يتوفى المحكوم له في إحدى الدعاوى ولا يعلم ورثته بالحكم، ثم يتعمد المحكوم عليه رفع الدعوى ذاتها في مواجهة ورثة المحكوم له، أو أن يكون

الصادرة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧ م، بند ٥، ص ١١-١٢.

نقض مدني ١٠/١١/١٩٩٨م، طعن رقم ١٠٣٧٥ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٥٥، ص ٦٤٠.

–René **Morél**; Traité élémentaire de Procédure Civile; 2^e éd; Recueil Sirey; 1949; N. 648; P. 504.

–Maurice **Loisel**; du Pourvoi en cassation pour contrariété des jugements; J.C.P.éd. G. 1945; 1; P. 486.

¹ –Cass.Civ.2^e; 12 Janv. 1994; J.C.P. 1995; II; 22435; Not. **Puigelier**.

–Cass.civ. 1^{re}; 12 Nov. 1985; Bull. civ. 1985; 1 ; N. 295; P. 263.

–Cass.Civ.1^{re}; 16 Fév. 1972; J.C.P. 1973; II; 17347; Not. **Besson**.

المحكوم له شخصاً معنوياً ويتغير ممثله القانوني دون أن ينتبه الممثل الجديد إلى سبق الفصل في النزاع عندما يتكرر رفع الدعوى ذاتها، أو أن يتوفى المحكوم له والمحكوم عليه دون علم ورثتهما بسبق الفصل في الدعوى، ويتكرر رفع الدعوى ذاتها من ورثة أحدهما ضد ورثة الآخر، أو نتيجة خطأ أو إهمال أحد الخصوم في التمسك بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين كدفع شكلي في الوقت المناسب، أو نتيجة خطأ المحكمة برفضها الدفع بسبق الفصل في النزاع والحكم فيه مرة أخرى، أو نتيجة تردد وجهل المدعى بالمحكمة المختصة ورفع دعواه أمام أكثر من محكمة في وقت متزامن، أو قيام المدعى برفع دعواه أمام محكمة معينة ثم يقوم المدعى عليه برفعها مرة ثانية أمام محكمة أخرى، فيكون كلاهما مدعياً ومدعياً عليه في آن واحد من خلال خصومتين أمام محكمتين، أو أن يتوفى المدعى بعد قفل باب المرافعة في القضية الأولى ثم يرفعها ورثته من جديد أمام محكمة مختصة بها دون علم منهم بالقضية الأولى...¹

والحكم المناقض لآخر هو الحكم اللاحق الثاني الأحدث في التاريخ الذي يصدر بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة نفسها المحكوم فيها، ويكون منطوقه مناقضاً

¹ –Cass. Civ. 1^{Re}; 18 Oct. 1983; Gaz. Pal. 1984; I; Pan.; P. 69; obs.

S. Guinchard.

–Cass.Civ.1^{Re}; 16 Fév. 1972; J.C.P. 1973; II; 17347; Not. **Besson.**

–Cass.Civ.1^{Re}; 15 Fév. 1972; J.C.P. 1972; II; 17147; Not. **Brière de l'Isle.**

لمنطوق الحكم الأول السابق الصادر بإجراءات مستقلة، بحيث يتعذر تنفيذهما معاً سواء أكان الحكمان صادرين من محكمتين مختلفتين أو من محكمة واحدة، فإذا صدر حكمان متناقضان في المسألة المحكوم فيها نفسها بين الخصوم أنفسهم فالحكم اللاحق أو الثاني أو الأحدث في التاريخ هو الحكم المناقض للحكم الأول الأسبق في تاريخ صدوره، ويكون للمحكوم عليه صاحب المصلحة، الطعن في الحكم المناقض بالنقض حتى لو كان حكماً انتهائياً، وأياً كانت المحكمة التي أصدرته (م ٢٤٩ مرافعات). والعبارة بالتناقض الحقيقي وليس بالتناقض الظاهري. فإذا كانا غير متحدين في النطاق الشخصي والموضوعي للمسألة المحكوم فيها بحيث يكون الحكمان حلقتين متصلتين لا تتصلان عن بعضهما البعض كاشفين عن مجموع الآثار القانونية التي رتبها القانون على واقعة معينة فلا تناقض.^١

٦- معيار الترجيح بين الأحكام القضائية المتناقضة أو المتعارضة أو المتنافرة استقر الفقه والقضاء على أن المعيار المتبع في الترجيح بين الأحكام القضائية المتناقضة أو المتعارضة أو المتنافرة أو المتضاربة هو معيار تفضيل حكم المحكمة الأعلى درجة عند تناقضه أو تنازعه مع حكم محكمة أدنى درجة، وتفضيل الحكم الأسبق تاريخاً عند صدور حكيمين متناقضين عن المحكمة نفسها أو عن محاكم مختلفة متساوية في الدرجة، وبعد استفاد كل طرق الطعن لا ينفذ إلا حكم المحكمة الأعلى درجة، وعند تساوى درجة المحكمة يكون الحكم الأسبق

^١ د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ٨٣، ص ١٣٦. دستورية عليا ١٢/٣/١٩٩٤ م، قضية رقم ٤ لسنة ١٥ ق تنازع، مجلة هيئة قضايا الدولة ١٩٩٥ م، س ٣٩، ع ١، ص ٧٤-٧٥.

تاريخاً في إصداره، أي تاريخ سبق الفصل في الدعوى (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618).^١

بمعنى ترجيح الحكم القضائي الأول السابق في تاريخ صدوره على الحكم القضائي الثاني اللاحق الأحدث في تاريخ صدوره؛ لأن من شروط قبول الدعوى شرط عدم سبق الفصل فيها، ولأنه بصدور الحكم الأول السابق حائزاً لحجية الأمر المقضي يحول دون إصدار الحكم الثاني لسبق الفصل في الدعوى بالحكم الأول بين الخصوم أنفسهم (وحدة الخصوم) وفي المسألة نفسها المحكوم فيها (وحدة السبب والمحل)، ويكون الحكم الثاني معدوماً لا محل له لصدوره في غير خصومة حق متنازع فيه؛ لأنه يكون قد فصل في خصومة منقضية بصدور الحكم

^١ حامد فهمي، ود.محمد حامد فهمي، النقض، بند ٢٠٩، ص ٤٧١ وما بعدها. د.أحمد صاوي، الوسيط، بند ٦٠٣، ص ٩٦٠. د.نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٠٨، ص ٢٥٧ وما بعدها. د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، ج ٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨ م، م ١١٦، ص ٥٣١ وما بعدها. د. عبد الحكم فوده، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧ م، ص ٣٧٩ وما بعدها. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٣٧٩، ص ٣٦٤. نقض مدني ١٠/١١/١٩٩٨م، طعن رقم ١٠٣٧٥ السنة ٦٦ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٥٥، ص ٦٤٠.

نقض مدني ١٨/٢/١٩٩٦م، طعن رقم ٣٩٢٥ السنة ٦٠ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٧٣، ص ٣٥١.

نقض مدني ٢٣/٤/١٩٩٥م، طعن رقم ١٩٠٩ السنة ٦٤ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ١٣٧، ص ٦٩٢.

نقض مدني ٦/١١/١٩٩٤م، طعن رقم ٣٢٢ السنة ٦٠ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ٢٥٢، ص ١٣٤٣.

الأول. ويمنع الخصوم من معاودة طرح النزاع الذي فصل فيه الحكم السابق على القضاء من جديد، وإن فعلوا ذلك وجب القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، بمعنى أنه لا يجوز إعادة النظر في تلك الدعوى مرة أخرى حتى لا يكون صدور الحكم في الدعوى الجديدة تكراراً للحكم السابق أو معارضاً له.¹

ومعيار الحكم الأسبق في تاريخ صدوره، أي سبق الفصل في الدعوى مرتبط بحجية الأمر المقضي؛ لأن الأحكام القضائية لا تصدر من المحاكم القضائية أياً كانت درجتها إلا بعد سماع ادعاءات الخصوم ودفوعهم ودفاعهم، فالحكم يحسم النزاع بينهم ويعتبر عنواناً للحقيقة والصحة، ويجوز حجية الأمر المقضي في أي نزاع لاحق، وملزم لطرفي الدعوى منذ صدوره، ولا يجوز رفع دعوى جديدة أمام القضاء وإلا كانت غير مقبولة لسابقة الفصل فيها، وتقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها (م ١١٥ / ١، م ١١٦ مرافعات - م ١٠١ إثبات ؛ art. (122, 123 et 124, N.C.P.C.F. - art. 1350 et 1351, C.C.F.

¹ د. على عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٤م، بند ٩٦، ص ١٢٤ وما بعدها. د. ياسر باسم نون السباعي، ود. اجياد ثامر الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠١٤م، ص ٥٤-٥٥.

نقض مدني ١٩٩٦/٤/٧م، طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١١٨، ص ٦٣٣.

نقض مدني ١٩٩٥/٣/٣٠م، طعن رقم ٣٩٧٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ١١٥، ص ٥٧٨.

لمنع إعادة الفصل في موضوع الدعوى ذاته الذي سبق الفصل فيه، وكذلك الحال إذا تم الفصل في النزاع بحكم تحكيم فإنه يحوز الحجية بمجرد صدوره (م ٥٥ تحكيم مصري).^١

ونظراً لارتباط الحكم الأسبق في تاريخ إصداره، أي سبق الفصل في الدعوى - كمعيار للترجيح بين الأحكام المتناقضة أو المتعارضة - بحجية الأمر المقضي، فبالتالي لا يجوز لأي محكمة أن تعيد النظر في النزاع مجدداً؛ لأنه لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الحكم السابق لاستقرار حقيقة النزاع بالفصل فيه في منطوقه أو في أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً. ويمنع الخصوم والمحكمة من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها في أي دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية جديدة أو أثرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها؛ لأن كل حكم قطعي تثبت له حجية الأمر المقضي من يوم صدوره حتى لو كان قابلاً للطعن فيه، فالدعوى لا تنتظر إلا مرة واحدة حتى لا تتأبد المنازعات أمام القضاء وضماناً لاستقرار الحقوق، وذلك حتى لا يصدر في ذات الدعوى الواحدة إلا حكم واحد، والحكم الثاني إما أن يكون قد قضى مثل الحكم الأول فلا تكون ثمة فائدة مرجوة

^١ د. أحمد هندي، التعليق، ج ٢، م ١١٦، ص ٥٣١ وما بعدها. د. عبد الحكم فوده، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، ص ٣٧٩. د. على عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، بند ٩٦، ص ١٢٤.

نقض مدني ١٠/١١/١٩٩٨م، طعن رقم ١٠٣٧٥ لسنة ٦٦ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٥٥، ص ٦٤٠.

منه ويكون تكرر للدعوى، أو أن يكون قد قضى على خلاف الحكم الأول السابق وفي ذلك إنكار لحجية الأمر المقضي ومخالفة لنصوص (م ١٠١ إثبات - م ١١٦ مرافعات) التي تهدف إلى الحيلولة دون صدور أحكام قضائية متناقضة أو متعارضة أو متضاربة؛ ولأن ما قضى به لا يجوز إعادة طرحه أمام القضاء مرة أخرى إلا بطريق من طرق الطعن في الأحكام.^١

وقضت محكمة النقض المصرية - وهذا هو اتجاه القضاء المصري المستقر عليه حديثاً - في هذا الشأن بأن: "... تناقض حكمين وعرض النزاع لمرة ثالثة على قاضي آخر فلا يجوز له؛ إلقاء لتأبيد الخصومات أن يتصدى للفصل في النزاع مجدداً، بل عليه أن ينفذ الحكم الأول وحده و يلتزم بحجتيه ولا يعتد بالتالي... ".^٢ وعلى ذلك يرجح الحكم الأول السابق في تاريخ صدوره على الحكم

١. د. أحمد هندي، التعليق، ج ٢، م ١١٦، ص ٥٣١ وما بعدها.

نقض مدني ١٩٩٦/٢/١٨م، طعن رقم ٣٩٢٥ لسنة ٦٠ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٧٣، ص ٣٥١.

نقض مدني ١٩٩٥/٤/٢٣م، طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٦٤ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ١٣٧، ص ٦٩٢.

^٢ نقض مدني ٢٠١٣/٤/٧م، طعن رقم ٩١٠٦ لسنة ٨١ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٢ - سبتمبر ٢٠١٣م، ق ٧٩، ص ١٠٩. وفي نفس الاتجاه: نقض مدني ٢٠١٣/٣/٢٠م، طعن رقم ١٠١٤٠ لسنة ٧٦ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٢ - سبتمبر ٢٠١٣م، ق ٧٧، ص ١٠٧، و نقض تجاري ٢٠١١/٣/٢٢م، طعن رقم ١٨٢٦٩ لسنة ٧٦ ق، وكذلك نقض مدني ٢٠١٠/٥/٢٥م، طعن رقم ١١ لسنة ٧٩ ق دائرة طلبات رجال القضاء . منشور على موقع محكمة النقض.

الثاني اللاحق عليه؛ لأنه بصدور الحكم الأول السابق حائزا لحجية الأمر المقضي يحول دون صدور الحكم الثاني اللاحق لسبق الفصل في الدعوى بالحكم الأول السابق؛ لأن من شروط قبول الدعوى شرط عدم سبق الفصل فيها؛ ويكون الحكم الثاني معدوماً لا محل له لصدوره في غير خصومة حق متنازع فيه؛ لأنه يكون قد فصل في خصومة منقضية بالحكم الأول السابق، ويمنع الخصوم من إعادة طرح النزاع على القضاء من جديد إلا بطرق الطعن في الأحكام، وإن فعلوا ذلك وجب القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، لما في ذلك من إنكار لحجية الأمر المقضي ومخالفة لنصوص (م ١٠١ إثبات - م ١١٦ مرافعات)

ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى عدم تقييد محكمة الموضوع حال فصلها في الخصومة بحجية أي من الحكمين المتناقضين الصادرين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم، وتسترد كامل سلطتها في الفصل في النزاع بحسب ما يقدم إليها من أدلة دون التقييد بأي منهما، فقضت بأن: "...صدور حكيمين متناقضين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم أثره

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

و نقض مدنى ٢٠٠٥/٨/١م، طعن رقم ٦٦٢، ٦٦١ لسنة ٧٢ق، مج، س٥٦، ق١٣٠، ص ٧٤٥.

و نقض مدنى ٢٠٠٣/١/٢٨م، طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٦٨قأحوال شخصية، مج، س٥٤، ج١، ق٥١، ص٢٨٩. و نقض مدنى ٢٠٠٢/٥/١٢م، طعن رقم ١٠٩٥ لسنة ٦١ق، مج، س٥٣، ج٢، ق١٢١، ص٦٢٥.

تساقطهما وتماحيهما... وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية ومؤداها إذا سقط الأصل يُصَار إلى البدل ولاحجية مع تناقض ، فإذا تناقض متساويان تساقطا وتماحيا ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها فى الفصل فى النزاع على هدى من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقيد بأى من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأى الذى يعتد بالحكم الأسبق بمقولة إنه الأولى لأنه لم يخالف غيره، ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه فى السابق بل الأولى هو إطراحهما والعودة للأصل بأن يتحرى القاضى وجه الحق فى الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة... الأمر الذى يوجب على المحكمة ألا تعتد بحجية أى منهما وتسترد كامل سلطتها فى الفصل فى النزاع بحسب ما يقدم إليها من أدلة دون التقيد بأى منهما ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه ذلك وعول على أحدهما دون الآخر فإنه يكون معيباً (بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال)..."¹.

وعليه نهيى بمحكمة النقض المصرية التدخل عاجلاً بهيئة مدنية عامة لحسم هذا الخلاف فى أحكام محكمة النقض فى شأن حالة تناقض أو تعارض أو تنافر حكمين وعرض النزاع لمرة ثالثة على قاضٍ آخر، وذلك بوضع جواب على

¹ نقض مدني ١٠/٩/٢٠٠٧م، طعن رقم ٢٢٠٤ لسنة ٧٦ ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠٠٦- سبتمبر ٢٠٠٧م، ص ٦٢-٦٥. وكذلك نقض مدني ١/١١/١٩٩٢م، الطعن رقم ٧٤٠٣ لسنة ٦١ ق غير منشور .

السؤال: هل يجوز للقاضى فى المرة الثالثة أن يتصدى للفصل فى النزاع مجدداً ويتحرى وجه الحق فى الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة عليه، أم يلتزم بحجية الحكم الأول الأسبق فى تاريخ صدوره فقط كما هو اتجاه القضاء المصرى المستقر عليه حديثاً؟؟؟.

وقد نصت (م ٦٢٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللباني على أنه: " إذا صدرت أحكام متناقضة عن محاكم مختلفة وأصبحت مبرمة فلا يعتد إلا بالحكم الصادر عن أعلى محكمة منها. أما إذا صدرت عن نفس المحكمة أو عن محاكم متساوية في الدرجة فلا ينفذ إلا أحدث الأحكام تاريخاً ". وبناءً على هذا النص فإنه إذا اكتشف الخصوم التناقض بين الحكم السابق والحكم اللاحق عند التنفيذ، وبعد استنفاد طرق الطعن العادية وغيرالعادية، وفوات ميعاد الطعن بالنقض، فينفذ حكم المحكمة الأعلى درجة وعند تساوى الدرجة ينفذ الحكم الأحدث تاريخاً بحجة أن تقاعس الخصوم عن تثبيت حجية الحكم الأول السابق - عن طريق الطعن بالحكم الثاني اللاحق والتمسك بالدفع بعدم القبول المُسند لحجية الأمر المقضي أو لسبق الفصل فى الدعوى - يعتبر تنازلاً ضمناً عن الحكم الأول السابق، وأنهم توافقوا على الرضوخ للحكم الثاني باعتبار أن اللاحق ينسخ

السابق، وأن التناقض الموجود بين الحكمين يفترض ضمناً إلغاء الحكم الأول بالحكم الثاني، والذي يفترض أن الخصوم توافقوا ضمناً عليه.^١

هذا الحل المقرر تشريعياً في القانون اللبناني قد يتسق مع عدم تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام في القانون اللبناني، ولكن لا يتصور صحته في مصر؛ لأنه لا يتصور افتراض تنازل الخصوم تنازلاً ضمناً عن الحكم الأول السابق مع تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام في مصر، ولذا لا يجوز الاتفاق على استصدار حكم ثانٍ في منازعة سبق الفصل فيها (م ١٠١ إثبات - م ١١٦ مرافعات). كما أن اعتداد المشرع اللبناني بمعيار أحدث الأحكام في تاريخ صدور قد يغرى المحكوم عليه في الحكم الأول السابق برفع الدعوى ذاتها مرة ثانية واستصدار حكم لاحق فيها في غفلة من خصمه ويستفيد من الحكم الأحدث تاريخاً.^٢

^١ د. حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب بطرابلس / لبنان ٢٠٠٤ م، بند ٣٥٧، ص ٢٥٣ ومابعدها؛ القانون القضائي الخاص، ج ٢، بند ٩٣٦، ص ٤١٢.

-Maurice **Loisel**; du Pourvoi en cassation pour contrariété des jugements; J.C.P. éd. G. 1945; 1; P. 486.

^٢ د. أحمد خليل، التعارض، ص ١٩٦ هامش ١١.

٧- الضمانات الوقائية لمنع تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية

نظراً لشناعة واستتكار التناقض والتنازع بين الأحكام القضائية، وضع المشرع الإجرائي الكثير من القواعد الإجرائية كضمانات وقائية تكون بمثابة خطوط دفاع لمواجهة مشكلة تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام وذلك بالتخلص من أسباب ظهورها بمنع إصدار قضاء جديد في الدعوى نفسها أياً كان مضمونه، ووأدها في مهدها، ومنع تكرار الدعوى، وبالتالي منع صدور أحكام قضائية متناقضة أو لا توافق بينها، أي بالحيلولة دون ظهور مشكلة تناقض أو تعارض الأحكام القضائية التي تصدر في قضيتين الدعوى فيهما واحدة عند تكرار الفصل فيها. ومما يؤسف له أن المشرع المصري وكذلك الفرنسي جعل بعض تلك الضمانات غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي أضعف سلطة القاضى بشأنها حيث لا يجوز للقاضى إثارتها من تلقاء نفسه، مما ترتب على ذلك عدم فعالية بعضها فى منع تناقض وتنازع الأحكام القضائية، ولذا نهيب بالمشرع المصرى وكذلك الفرنسى جعل تلك الضمانات الوقائية التشريعية لمنع تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية المتعلقة بالنظام العام، وإمكانية إثارة القاضى لها من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب من أحد الخصوم حتى تنتج آثارها فى منع تناقض الأحكام القضائية. ومن تلك الضمانات: ^١

^١ د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ٣٠-٣١، ص ٤٤ ومابعدها.

أ - عدم جواز رفع الدعوى أمام أكثر من محكمة أو هيئة (الدفع بالإحالة للارتباط، وضم الدعوى للارتباط)

يقوم الارتباط بين دعويين إذا كانت بينهما صلة قوية وثيقة تجعل من الحكم في إحداها يؤثر على الحكم في الأخرى، لذا يكون من حسن سير العدالة - لمنع تقطيع أوصال القضية وتفادى صدور أحكام متناقضة - نظرهما والحكم فيهما معاً من هيئة قضائية واحدة. كدعوى طلاق ودعوى طاعة، ودعوى نفقة ودعوى طاعة... فعندما ترفع الدعوى ذاتها مرتين أمام محكمتين مختلفتين من درجة واحدة تابعتين لجهة قضائية واحدة في وقت واحد مختصتين بنفس الدعوى فيكون لصاحب المصلحة التمسك بالدفع بالإحالة للارتباط أمام أي محكمة منهما لتخلي إحداها عن اختصاصها بنظر الدعوى التي أمامها وليتم نظرها أمام المحكمة الأخرى، وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها (م ٢،٣/١١٢ مرافعات - art. 100 ets.)^١.

^١ د. وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء، ص ٣٦٤. د. نبيل إسماعيل عمر، الارتباط الإجرائى في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٤ م، بند ٥، ص ١٤. نقض مدني ١٩٧٣ /٦/٢٨ م، طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٤، ج ٢، ق ١٧٢، ص ٩٩٦.

نقض مدني ١٩٧٢ /٥/١٦ م، طعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٣، ج ٢، ق ١٤٤، ص ٩٢٦.

-Cass. Civ. 2^e; 17 mai. 2001; Bull. Civ. 2001; II; N. 98; P. 66.

-Cass.Com. ; 3 avril. 1978; Bull. Civ. 1978; IV ; N. 105; P. 87.

وعندما ترفع الدعوى ذاتها مرتين أمام نفس المحكمة سواء أكانت أمام الدائرة نفسها أم أمام دائرتين كأثر لقيام ذات النزاع ولمصلحة حسن سير القضاء ومنع تقطيع أوصال القضية وتفادي صدور أحكام متناقضة نظرهما والحكم فيهما معاً من هيئة قضائية واحدة فتقوم المحكمة بالضم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم في أي حال تكون عليها الدعوى كإجراء من إجراءات الإدارة القضائية ليتم تحقيقهما ونظرهما معاً، وسواء أكان ذلك أمام محكمة أول درجة أم أمام محكمة الاستئناف، وذلك بهدف جمع الدعويين أمام دائرة واحدة تسهياً للإجراءات، ولمنع تكرار الدعوى وحتى يصدر فيهما حكم واحد، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو لا توافق بينها، وذلك عندما ترفع الدعوى مرة تلو الأخرى أمام نفس المحكمة، وسواء أمام ذات الدائرة أم أمام دائرتين، أي يتحقق ذلك عند عرض الدعوى نفسها على دائرتين مختلفتين أو دائرة واحدة في آن واحد. وبالضم تظل كل دعوى محتفظة باستقلالها الإجرائي متى كان موضوعها مختلفاً ما لم يشمل الطلبان على الدعوى ذاتها أشخاصاً ومحللاً وسبباً فالأمر يتعلق بدعوى واحدة ويندمج الطلبان بضمهما ليكونا طلباً واحداً، لتسهيل تحقيق الدعاوى والفصل فيها. وعلى

-Cass.Civ. 3 ; 22 Janv. 1971; Bull. Civ. 1971; III; N. 105; P. 87.

الرغم من أنه لم يرد نص خاص بأحكام الضم في قانون المرافعات المصري، إلا أن قانون المرافعات الفرنسي نص عليه في (art. 367 al. 1).^١

وقد نظم المشرع الإيطالي في (م ٣٩ / ٢ مرافعات) فكرة قيام ذات النزاع جزئياً في حال استغراق محل إحدى الدعويين محل الدعوى الأخرى وأطلق عليها فكرة " احتواء الدعوى " وجعل الأثر المترتب عليها هو الإحالة لصالح القاضي المعروض عليه الدعوى أولاً بشرط أن يكون مختص بكلتا الدعويين، وإلا يطبق معيار "الاستغراق" الذي مؤداه اختصاص القاضي المعروض عليه الدعوى الكبرى بنظر الدعويين معاً بصرف النظر عن عرض عليه النزاع أولاً؛ لأن الدعوى ذات المحتوى الأكبر (الدعوى المحتوية) تجذب الدعوى ذات المحتوى الأصغر (الدعوى المحتواة)، فالإحتواء يفترض وحدة العنصر الشخصي وعنصر موضوعي، كدعوى المشتري بتخفيض الثمن لظهور عيوب بالمبيع، ودعوى البائع لمطالبة المشتري بسداد باقي ثمن المبيع.^٢

^١ د. أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٥م، بند ٦٩ وما بعده، ص ٢٠٩ وما بعدها. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ١١٢، ص ٧٠٦.

نقض مدنى ٢٧/٢/١٩٩٧م، طعن رقم ٢٢٦٨ لسنة ٦٣ق، مج، س ٤٨، ج ١، ق ٧٥، ص ٣٨٠.
نقض مدنى ١٣/١٢/١٩٩٠م، طعن رقم ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٣١٢، ص ٨٦٨.

^٢ د. أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات، ص ٧٣ وما بعدها.

ب - منع تكرار الدعوى

لا يجوز للخصوم ولو باتفاقهم تكرار الدعوى أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الطعن، وسواء أكان ذلك قبل أم بعد الفصل فيها حتى لو بنيت الدعوى الثانية الجديدة على أدلة واقعية أو قانونية لم يسبق تقديمها فى الدعوى الأولى أو قدمت ولم تبحثها محكمة الدعوى الأولى، فلا يجوز تكرار الاستئناف أو المعارضة أو الائتماس أو النقض؛ لأن تمتع الحكم بحجية الأمر المقضى يمنع من إعادة رفع الدعوى ذاتها مرة أخرى أمام القضاء بإجراءات مبتدئة للفصل فيها من جديد، وللاقتصاد فى الإجراءات، وتوفير جهد المحكمة. والهدف من ذلك هو تحقيق الاستقرار واليقين القانونى ومنع صدور أحكام متعارضة أو متناقضة. وإذا رفع ذات النزاع أمام محكمتين مختصتين تابعتين لنفس الجهة القضائية فى ذات الوقت وجب إبداء الدفع بإحالة الدعوى لقيام ذات النزاع أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه (م ١١٢/١، و م ١٠٨/١ مرافعات - art. 100- 102). وذلك بهدف جمع الدعويين أمام محكمة واحدة ومنع تكرار الدعوى ليصدر فيهما حكم واحد؛ لأن في بقاء دعوى واحدة منظورة أمام محكمتين من شأنه أن يؤدي إلى احتمال صدور أحكام متعارضة أو متناقضة أو لا توافق بينها.^١

^١ د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، ط ٩، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١م، ص ٢٥٧. د. رمزى سيف، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٨، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٨/١٩٦٩م، بند ٦٢٨، ص ٨٦٠.

-Morel; Traité; N. 579; P. 450.

وتلتزم المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً والمُحال إليها الدعوى بنظرها لتجنب صدور أحكام متناقضة في دعوى واحدة تكرر رفعها في وقت واحد أمام محكمتين مختصتين تابعتين لنفس الجهة القضائية. أي أنه يشترط لذلك تعلق الأمر بدعوى واحدة في جميع عناصرها (الخصوم والموضوع والسبب)، وأن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمتين مختصتين بها وتابعتين لجهة قضائية واحدة، ويكون الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً، ويجب عليها إحالة الدعوى إلى المحكمة التي رفعت أمامها أولاً، وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها (م ١١٢ / ٣ مرافعات). والغريب أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى لا يتعلق بالنظام العام في مصر، في حين أن الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أو الدفع بالحجية متعلق بالنظام العام في مصر (م ١١٦ مرافعات، م ١٠١ إثبات) على الرغم من أن هدفهما واحد وهو منع صدور أحكام متناقضة أو متعارضة^١.

-J. **Vaitte**; À propos de la litispendance; Gaz. Pal. 1976; 1 ; doct. ; P. 354.

^١ د. وجدى راغب مبادئ القضاء، ص ٧٦١. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، ج ١، ط ٣، ١٩٩٥م، م ١١٢، ص ٧٠٦.

ج - منع تكرار الحكم

وسيلة ذلك هي الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها (م ١١٦ مرافعات)، أو الدفع بحجية الأمر المقضي (م ١٠١ إثبات - art. 1350 C.C.F. et 1351) المتعلق بالنظام العام في مصر، وغير متعلق بالنظام العام في فرنسا. فالحكم القضائي هو قرار صادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً بموجب سلطتها القضائية في منازعة عرضت عليها بإجراءات خصومة عرضت عليها وفق أحكام قانون المرافعات في الموضوع برمته أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه لإزالة التجهيل القانوني حول مسألة معينة. وأية مسألة متنازع عليها أمام القضاء لا يكون لها أكثر من حكم قضائي واحد، ويتمتع الحكم القطعي بمجرد صدوره بحجية الأمر المقضي، ويصبح عنوان الحقيقة متى صدر في حدود الولاية القضائية للمحكمة التي أصدرته، فلا يجوز للمحكمة التي أصدرته أن ترجع فيه، ولا لمحكمة أخرى غيرها من نفس درجتها أن تعيد النظر فيما قضى به، ويمنع الخصوم من إعادة رفع النزاع ذاته مرة ثانية من جديدة بادعاءات تناقض ما قضى به هذا الحكم، وإن حدث يحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، كما يلتزم القاضي باحترام حجية الحكم السابق ولا يجوز له مخالفتها ولو برضاء الخصوم لمنع تكرار الدعوى بالمسألة المحكوم فيها نفسها، وتجنب صدور أحكام متناقضة أو متعارضة أو متنازعة.^١

^١ د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٢٣٩ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ط ٢، بند ٦٤، ص ٩٧. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج

ويكون منعدماً لا حجية له الحكم الثانى اللاحق المناقض للحكم الأول السابق فى الدعوى ذاتها والمردد بين الخصوم أنفسهم والحائز لحجية الأمر المقضى فى المسألة المحكوم فيها بين الخصوم أنفسهم، ويمنعهم من التنازع بطريق الدعوى أو الدفع فى شأن حق يتوقف على ثبوت أوانتفاء المسألة المحكوم فيها ذاتها.^١

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأنه: "إن مبدأ حجية الأحكام هو أحد المبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام القضائي وقد حرص المشرع على الإلتزام بهذا المبدأ الذى قوامه قرينة الصحة فى الأحكام القضائية، وهى ليست قرينه حتمية فما أعوز القضاة للعصمة، بيد أن المشرع أطلقها رعاية لحسن سير العدالة واتقاءً لتأبيد الخصومات وتجنباً لتضارب الأحكام القضائية بما يخل بالثقة

٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠م، بند ٣٩٤، ص ٢٨٨. د. أحمد صدقي محمود، الوجيز فى قانون المرافعات، ط ٦، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م، ص ٤٩٤ ومابعدها.

118 ; P. 129 -133.--Faye; La cour de cassation; N. 115

-R. Perrot et N. Fricero; Autorité de la chose jugée; Juris. Class. Proc. Civ.; Fasc. 554; N. 2.

-Raymond Martin; Les contradictions de la chose jugée; J.C.P. éd. G. 1979; 1; doct. 2938; N. 1 et 2.

^١ نقض تجارى ٢٢/٣/ ٢٠١١ م، طعن رقم ١٨٢٦٩ لسنة ٧٦ ق. منشور على موقع محكمة النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_C ases.aspx

العامّة في أحكام القضاء، وفي سبيل ذلك وإدراكاً له فقد حال المشرع في المادة (١٠١) من قانون الإثبات بين صدور قضاء جديد مخالف لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضى عن ذات الحق وبين الخصوم أنفسهم. كما استهدف الحيلولة دون استقرار أى قضاء جديد يصدر بالمخالفة لحجية حكم سابق بأن أجاز في المادة (٢٤٩) من قانون المرافعات الطعن بالنقض لهذا السبب على أى حكم انتهائى أياً كانت المحكمة التى أصدرته بما مفاده أنه يترتب على صدور حكم سابق نهائى وحائز على قوة الأمر المقضى إنكار لسطة أية محكمة بعد ذلك في إعادة نظر النزاع لتعلق ذلك بالنظام العام، فإذا ما تجاوزت المحكمة حدود سلطتها وتصدت لنظر النزاع وقضت فيه على خلاف الحكم السابق فإن حكمها يكون صادراً في خصومه قد انتهى محلها وسببها، مفتقداً بذلك لأحد أركانه الأساسية التى قوامها صدوره من قاضٍ له ولاية الفصل في خصومة مستكملة المقومات أطرافاً ومحللاً وسبباً وفقاً للقانون، بما يجرده من مقومات صحته ويفقده كيانه وصفته للحكم ويطيح بما له من حصانة وينحدر به إلى درجة الإنعدام".^١

^١ نقض مدنى ٧ / ٤ / ٢٠١٣ م ، طعن رقم ٩١٠٦ لسنة ٨١ ق ، ونقض مدنى ٢٠ / ٣ / ٢٠١٣ م ، طعن رقم ١٠١٤٠ لسنة ٧٦ ق ، وكذلك نقض مدنى ٢٥ / ٥ / ٢٠١٠ م ، طعن رقم ١١ لسنة ٧٩ ق دائرة طلبات رجال القضاء . منشور على موقع محكمة النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

نقض مدنى ٨ / ١٢ / ١٩٨٦ م ، طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٤٧ ق ، مج ، س ٣٧ ، ج ٢ ، ق ١٩٤ ، ص ٩٥٢ .

كما قضت محكمة النقض بأنه: " إذ كان الثابت أن الطاعنين سبق وأن أقاموا الدعوى... لسنة ٢٠٠١ مدنى كلى طنطا على المطعون ضدهم عدا الثانى بطلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن ذات الحادث الذى نجم عنه وفاة مورثهم إلا أنه قضى فيها برفضها بتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٢م وتأييد هذا الحكم استئنافيا بتاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٢م على سند من انتفاء الخطأ في جانب قائد السيارة المؤمن من مخاطرها لدى شركة التأمين الأهلية . المطعون ضدها الثالثة . وإذا كان قد صدر حكما من المحكمة المدنية تاليا للحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية وفى ذات الموضوع وبين ذات الخصوم مناقضا له إذ قضى بثبوت المسؤولية عن التعويض في حين أن الحكم اللاحق الصادر من المحكمة المدنية نفى مسؤولية قائد السيارة المؤمن عليها لدى شركة التأمين سالفه البيان، ومن ثم فإن الحكم الصادر في الدعوى المدنية يكون معدوم الحجية ولا تكون له حرمة أو قوة الأمر المقضى ولا يلزم الطعن فيه أو رفع دعوى أصلية ببطلانه، بل يكفى إنكاره والتمسك بعدم وجوده في أى دعوى يراد التمسك فيها بحجية هذا الحكم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، واعتد بحجية الحكم الصادر في الدعوى رقم ... لسنة ٢٠٠١ مدنى كلى طنطا، وقضى بعدم جواز نظر الدعوى المطروحة لسابقة الفصل فيها بالدعوى السالفة، وحجب نفسه بذلك عن بحث طلبات الطاعنين بخصوص استكمال التعويض الذى أرساه الحكم الصادر في الدعوى المدنية بالتعويض المؤقت وتعين

مقداره فإنه يكون فضلاً عن مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه مشوباً بالقصور في التسبب".^١

وقد حرص القانون على ضرورة احترام الحكم الصادر أولاً في النزاع بمنع قبول الدعوى التي ترفع مرة ثانية بعد سبق الفصل فيها، كما منع قبول دليل ينقض حجبيته. وقصر محل الطعن بالنقض لتناقض الأحكام على الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المناقض للحكم الأول فقط. فالأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولا يجوز المساس بالحكم الحائز على حجية الأمر المقضي إلا بطرق الطعن التي ينظمها قانوناً تقديراً لحجبيته (art. 460)، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بالحق ذاته محلاً وسبباً (م ١٠١ إثبات - art. 1351, C.C.F.).^٢

^١ نقض مدني ٢٠١٣/٣/٢٠ م، طعن رقم ١٠١٤٠ لسنة ٧٦ ق، منشور على موقع محكمة النقض المصرية

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

^٢ د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٨ م، بند ٣٨٤، ص ٧٢٢ وما بعدها. د. مصطفى كيره، النقض المدني، ص ٦٣٣ هامش .٣

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض نظراً لتعلقها بالنظام العام، وذلك بهدف منع تكرار الدعوى، وبالتالي منع صدور أحكام قضائية متناقضة؛ وذلك لأن الأعم الأغلب من حالات التناقض أو التعارض أوالتنافر بين الأحكام القضائية ينجم أساساً عن تكرار الفصل في دعوى واحدة رفعت مرتين، أي نتيجة تكرار الحكم في دعوى واحدة تكرر رفعها.^١

ويحوز الحكم القضائي حجية الأمر المقضى متى صدر من جهة قضائية في حدود ولايتها القضائية حتى لو كان متناقضاً مع حكم آخر، ولايجوز المساس به إلا من خلال طرق الطعن المقررة في القانون كأصل عام، فلا تهدر حجية الحكم القضائي إلا بواسطة حكم قضائي آخر صادر من محكمة الطعن. وإذا طرح النزاع ذاته في خصومة قضائية جديدة بإجراءات مبتدئة، تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل في موضوعها بقضاء حاز حجية الأمر المقضي، ولذا يمكن توقي التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية إذا لم يكن للشخص مكنة اللجوء

-Jean **Vincent** et Serge **Guinchard**; Procédure civile; 24 éd.; Dalloz. 1996; N. 185 ets ; P. 173 ets.

١ د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠ م، بند ٦٨، ص ١٢٩-١٣٠؛ الحجية الموقوفة، بند ٧٢، ص ١٠٧.

نقض مدنى ١٩٨٣/٢/٧ م، طعن رقم ١٢١٩ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٤، ج ١، ق ٩٥، ص ٤٣٥.

إلى القضاء للفصل في الدعوى الواحدة إلا مرة واحدة، وبعدها يتمتع على القاضي النظر في هذه الدعوى التي سبق الفصل فيها مرة أخرى عملاً بقاعدة استنفاد ولاية القاضي، أي بعدم جواز رفع الدعوى نفسها من خلال خصومة جديدة بعد الفصل فيها لعدم جواز تكرارها، ولعدم جواز إصدار حكم جديد أياً كان مضمونه فيما قضى فيه وحاز الحجية، لضمان احترام الحكم الأول السابق عند صدور حكم ثانٍ لاحق يخالفه. وذلك يعنى أن سبق الفصل في النزاع يقضى على حق الدعوى بصدده بحيث يتمتع الحكم فيه مرة ثانية وإلا وجب إلغاء الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ احتراماً لحجية الحكم الأول السابق.^١

وقضت محكمة النقض بأن: " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن رفض الدعوى بحالتها، هو تعبير عن امتناع المحكمة عن حسم موضوع النزاع المطروح عليها ، لنقص في موجبات الفصل فيه ، وبالتالي لا يمنع من معاودة رفع ذات الدعوى من جديد".^٢

^١ د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي، بند ٦٨، ص ١٢٩-١٣٠؛ الحجية الموقوفة، بند ٧٢، ص ١٠٧.

^٢ نقض مدنى ١٧/١٢/٢٠١١ م، طعن رقم ٦٣٥ لسنة ٧١ ق، منشور على موقع محكمة النقض

ونظم القانون الإجرائى وسيلة إعمال حجية الأمر المقضى فجعلها متعلقة بالنظام العام في القانون المصري (م ١٠١ إثبات، و م ١١٦ مرافعات) وللمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسها. كما جعل مخالفة القاضي لحجية حكم سابق سبباً استثنائياً للطعن في حكمه في غير الحالات التي يجوز الطعن فيها طبقاً للقواعد العامة فأجاز استئناف جميع الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهاى إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى، وفي هذه الحال يعتبر الحكم السابق مستأنفاً بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائياً عند رفع الاستئناف (م ٢٢٢ مرافعات)، وكما أجاز أيضاً للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - أياً كانت المحكمة التي أصدرته وأياً كان نوع المسألة التي صدر فيها - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى سواء أذفع بهذا أم لم يدفع (م ٢٤٩ مرافعات)^١.

د - اختصاص محكمة واحدة بالنظر في جميع المسائل المتعلقة بموضوع معين
اختصاصاً نوعياً

تختص محكمة موقع العقار بجميع الدعاوى العينية العقارية المتعلقة به... وذلك بهدف جمع شتات النزاع الواحد أمام محكمة واحدة ، وتيسيراً للفصل فيه،

^١ د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣٨٣، ص ٧٢١-٧٢٢. د. أحمد صاوى، الشروط الموضوعية، بند ١، ص ٨-٩. د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ١٦١-١٦٢.

ومنع تكرار الدعوى بشأنه، ولتحقيق العدالة وحسن سير القضاء، وبالتالي منع صدور أحكام قضائية متناقضة أو لا توافق بينها. وكذلك كانت - قبل صدور القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية - ترفع دعوى إشهار الإفلاس وجميع المنازعات الناشئة عن التفليسة ضد التاجر المدين إذا توقف عن سداد ديونه للمحكمة الكلية (اختصاص نوعى شامل) التي حكمت بالإفلاس حتى لو تعلقت بحق عيني عقارى (م ٥٤ مرافعات)، وهى المحكمة الكلية التى يقع بدائرتها موطن الأعمال الرئيسى للتاجر المدين (م ٤١ مدنى - م ٥٥٩ تجارى جديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م)، سواء أرفعت من أو على أمين التفليسة أو الدائن أو الغير... أما بعد صدور القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية انتقل اختصاص دعوى شهر الإفلاس والصلح الواقى منه إلى المحاكم الاقتصادية، اختصاص نوعى ومكانى شامل مقرر بنص قانون خاص يقيد قانون المرافعات كقانون عام (م ١/٦-٦، م ٢/٦ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية). وعلى ذلك إذا رفعت دعوى إفلاس أمام المحكمة الكلية، فيجب عليها أن تقضى بعدم الاختصاص و الإحالة إلى المحكمة الاقتصادية المختصة بدعوى الإفلاس و الصلح الواقى منه، وجميع المنازعات الناشئة عن التفليسة.^١

^١ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م ٥٤، ص ٣٥٣. د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٧٨م، بند ٢٦١، ص ٢٧٩. د. أحمد هندى، التعليق، ج ١، م ٥٤، ص

هـ - الوقف التعليقي للخصومة

كلما رأَت المحكمة أن الفصل في المسألة الأصلية يستلزم الفصل أولاً في مسألة أولية فرعية مرتبطة بالمسألة الأصلية من اختصاص محكمة أخرى - لأن قواعد الولاية أو الاختصاص لا تسمح بامتداد اختصاص المحكمة إلى تلك المسألة الأولية - فحينئذٍ يجوز للمحكمة وقف الخصومة الأصلية بحكم قطعي لايجوز العدول عنه في ظل ثبات ظروف الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية من محكمة أخرى مختصة بها، وإذا صدر حكم في المسألة الأولية استأنفت خصومة الدعوى الأصلية سيرها (م ١٢٩ مرافعات، و م ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا). وذلك بهدف منع تكرار الدعوى، وبالتالي منع صدور أحكام قضائية متناقضة أو لا توافق بينها، مثل وقف الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة جنائية والمرفوعة أمام المحكمة المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية المرفوعة قبلها أو أثناء سيرها من المحكمة الجنائية، وهو وقف قانوني إجباري متعلق بالنظام العام، وذلك بهدف منع وجود تناقض أو عدم توافق بين الحكم الجنائي والحكم المدني، وكذلك وقف الدعوى المدنية بالتعويض لحين الفصل في الدعوى الإدارية ببطان

١٠٦٢-١٠٦٣. د. سحر عبدالستار إمام يوسف: المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م، بند ٢٢، ص ٥١ وما بعدها.

قرار إداري (م ١٦ من قانون السلطة القضائية)، ووقف دعوى القسمة لحين الفصل في دعوى الملكية (م ٨٣٨ مدني) ...^١

و - تقييد سلطة المحكمة عند مراجعة حكمها بغير طعن

يتمتع الحكم القضائي بمجرد صدوره بحجية الأمر المقضي التي تحول دون المساس به إلا من خلال طرق الطعن في الأحكام المحددة بالقانون، كما يتمتع على المحكمة التي أصدرته المساس به بالتعديل فيه أو بالعدول عنه ولو باتفاق الخصوم مالم ينص القانون على غير ذلك لاستنفاد ولايتها المتعلقة بالنظام العام (art. 481). إلا أن المشرع أجاز الرجوع لنفس المحكمة التي أصدرت الحكم لتصحيح ما به من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية فقط، أو لتفسير ما في منطوقة من غموض وإبهام، أو لاستكمال ما أغفل الفصل فيه من طلبات موضوعية قدمت إليها، وذلك في (م ١٩١ - ١٩٣ مرافعات - art. et 481

^١ د. أحمد هندی، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٩م، بند ١٣، ص ١٢٤ وما بعدها. د. عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ٣٩٧.
نقض مدني ١٩٩٠/٥/٣١م، طعن رقم ٨٨٤ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢١٥، ص ٢٤٢.

-Henery **Solus** et Roger **Perrot**; Droit judiciaire privé; T. 3; sirey 1991; N. 1109 ets; P. 936 ets.

-**Vincent** et **Guinchard**; Procédure civile; N. 1039; P. 654.

-Cass. Civ. 2; 5 déc. 2002; Bull.Civ. 2002; II; N. 274; P. 217.

463, 461)، وذلك بهدف منع تكرار الدعوى بإجراءات دعوى جديدة أمام المحكمة نفسها؛ لأن القاضى لا يباشر وظيفته القضائية إلا مرة واحدة لاستنفاد ولايته، واحتراماً لحجية الأمر المقضى.¹

وقد أورد المشرع قيوداً على سلطة المحكمة حتى لا تتحرف بسلطتها وتبتدع طريقاً للطعن لم يسمح به القانون عند قيامها بمراجعة حكمها بغير طعن فيه عن طريق التصحيح أو التفسير أو الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات، وحتى لا تتخذ المحكمة من سلطتها فى مراجعة حكمها بغير طعن ذريعة لتعديل حكمها أو الحذف منه أو إضافة إليه أو الرجوع عنه أو التغيير فى منطوقه بالزيادة أو بالنقصان فى حقوق الخصوم الثابتة بالحكم أو تمس حجيته. والهدف من ذلك هو عدم اتخاذ المحكمة مراجعة حكمها وسيلة للتوسع فيه بما قد يؤدى إلى إصدار أحكام متناقضة أو متنافرة أو تنقض حجية حكم سابق، ويمكن أن يفرض

¹ د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند ٣٧٤، ص ٦٩٣-٦٩٥. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى، ج٢، بند ٣٩٧ ومابعده، ص ٢٩٨ ومابعدها.

-**Vincent et Guinchard**; Procédure civile; N. 185 ets ; P. 173 ets.

-Jacques et Louis **Boré**; Pourvoi en cassation; Ency. Dalloz, Septembre 2008; Mise à jour, octobre. 2013 ; N. 426 .

-Cass. Civ. 2^e ; 6 avril. 1995; J.C.P. éd. G. 1995; IV; 1384.

-Cass. ass. Plén.; 1 avril. 1994; J.C.P. 1994; éd. G. ; II; 22256.

-Cass. Civ. 2^e ; 23 mars. 1994; Bull. Civ. 1994; II; N. 105; P. 60.

-Cass.Civ. 2^e ; 5 mai. 1993; Bull. Civ. 1993; II; N. 169; P. 88.

التناقض أو التنافر بين الأحكام عن طريق طلب التصحيح أو التفسير أو الفصل فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه إن كان بسيطاً، وإلا تم اللجوء إلى طريق الطعن المناسب قانوناً.^١

ز - وجوب تقييد القاضي المدني بالحكم الجنائي:

يجب تقييد القاضي المدني بما فصل فيه بالحكم الجنائي من وقائع وكان فصله فيها ضرورياً للبراءة أو الإدانة مالم تكن البراءة مبنية على عدم العقاب على الفعل (م ١٠٢ إثبات، و م ٤٥٦ إجراءات جنائية)، وذلك بهدف منع وجود تناقض أو عدم توافق بين الحكم الجنائي والحكم المدني عن نفس الوقائع.^٢

^١ د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، القاهرة ١٩٩٣م، بند ٦ ومابعده، ص ١٣ ومابعدها.

-S. Carré; La délicate interprétaion des jugements en présence d'une ambiguïté ; Gaz. Pal. 1995; I; doct.; P. 571.

-A. Perdriau; Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement; J.C.P. éd. G. 1997; 1; 3990. N. 20; P. 17.

-A. Dorsner-Dolivet; À propos des recours en rectification; Rév. Trim. dr. Civ. 1989; P. 222.

-Cass. Civ. 2^e; 13 mars 1996; D. 1996; Somm.; P. 355; Obs. Julien.

^٢ د. عبدالحكم فودة، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، بند ٣٩٥، ص ٣٩٠-٣٩١.

-Cass. Com.; 13 Févr. 1996; Gaz. Pal. 1996; 2; Somm. ; P. 397; Not. Perdriau.

ح - التدخل في الخصومة

أجاز المشرع في (م ١٢٦ مرافعات) لكل ذي مصلحة من الغير أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم (التدخل الإنضمامي) أو للتمسك بحقه أو مركزه القانوني طالباً الحكم لنفسه (التدخل الهجومي أو الاختصاصي) بطلب مرتبط بالدعوى، ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفياً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة. وإذا تم التدخل في الخصومة من الغير هجوماً أو انضمامياً، أصبح الغير طرفاً في الخصومة، والحكم الصادر فيها يكون حجة له أو عليه، وذلك بهدف منع تكرار الدعوي، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو لا توافق بينها.^١

ط - حل تنازع الاختصاص بالطعن أو بالدفع بعدم الاختصاص

عندما تقام نفس الدعوى أمام محكمتين تابعتين لجهة قضائية واحدة، وتستمر كل منهما في نظر الدعوى أمامها وتصدر حكماً فيها، يكون فض التنازع في تلك الحالة باتباع طرق الطعن في الأحكام لإلغاء الحكم الصادر خطأ

^١ د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٥٨٤. د. أحمد هندی، التعليق، ج ٣، م ١٢٦، ص ٩٠ وما بعدها.

نقض مدني ٦/٢٢ / ١٩٩٥ م، طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٦، ج ٢، ق ١٧٧، ص ٩٠٧.

بالاختصاص من المحكمة غير المختصة بسبب صدوره بالمخالفة لقواعد الاختصاص (م ١/٢٢١ /مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م)، ويكون ذلك بالطعن بالاستئناف الاستثنائي خلال ميعاد الاستئناف لمخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام كالقيمي أو النوعي أو الولاية، كما قد يكون ذلك عن طريق الدفع بعدم الاختصاص الذي يقدمه أحد ذوى الشأن للمحكمة غير المختصة. و ذلك بهدف منع تكرار الدعوى، وبالتالي منع صدور أحكام قضائية متناقضة أو لا توافق بينها.^١

ى - تبعية الحق الثابت بالحكم القضائي للحكم نفسه عند التنازل عنه

النزول عن الحكم يستتبع بقوة القانون النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه، فلا يجوز الاتفاق على التنازل عن الحكم دون الحق الثابت فيه لتعلقه بالنظام العام، وسواء أنص على ذلك فى ورقة التنازل أم لا (م ١٤٥ مرافعات). ويجب توافر أهلية التصرف فى المتنازل عن الحكم، ويجب أن يكون النزول عن الحكم صريحاً، ولا يجوز النزول عن الحكم إذا تعلق موضوعه بالنظام العام، ولا يجوز للأم التنازل عن حكم ثبوت نسب الصغير لتعلقه بحق الصغير وحق الله. ويجوز النزول عن الحكم كله أو عن جزء منه أو عن أحد

^١ د. أحمد هندی، التعليق، ج ٤، م ٢٢١، ص ٢١٥ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م ٢٢١، ص ١٤١١ وما بعدها.
نقض مدنى ١٥/٦/١٩٩٤م، طعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ١٩١، ص ١٠٠٣.

المحكوم عليهم دون الآخر، ولا تمنع حجية الأمر المقضى التنازل عن الحق الثابت بالحكم، وإذا تم التنازل عن الحكم تتقضى الخصومة التي صدر فيها، ولا تجوز المطالبة بالحق الثابت في الحكم المتنازل عنه مرة ثانية، وإن فعل المتنازل ذلك كان لخصمه الدفع بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق المتنازل عنه، وهو دفع متعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وإذا طعن في الحكم المتنازل عنه فيكون الطعن غير مقبول. وذلك بهدف منع تكرار الدعوى، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو لا توافق بينها في الدعوى الواحدة.^١

ك - الطلبات العارضة

أجاز المشرع تقديم الطلبات العارضة من المدعى أو من المدعى عليه إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها أو بإبدائه في مذكرة بشرط اطلاع الخصم عليها وتمكينه من الرد عليها (م ١٢٣ مرافعات)، وتقدم الطلبات العارضة أثناء سير الدعوى من المدعى في شكل طلبات إضافية (م ١٢٤ مرافعات)، ومن المدعى عليه في شكل طلبات مقابلة كوسيلة هجوم (م ١٢٥ مرافعات) بشرط أن يكون الطلب العارض مرتبطاً بالطلب الأصلي، وأن يقدم أثناء نظر الخصومة حتى قفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم، وألا يؤدي إلى تأخير

^١ د. أحمد هندی، التعليق، ج ٣، م ١٤٥، ص ٢٥٣ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م ١٤٥، ص ٨٧١.

الفصل فى الدعوى الأصلية. والهدف من إتاحة الفرصة لكل من طرفى الخصومة تقديم طلبات عارضة الإقتصاد فى الوقت والإجراءات والنفقات، ومنع تكرار الدعوى وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو متعارضة أو لا توافق بينها.^١

ل - اختصاص الغير:

أجاز المشرع للخصم - بطلب - أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة كدعوى وليس كطلب عارض (م ١١٧ مرافعات)، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة التى تنتظر الدعوى الأصلية وإعلانها للشخص المطلوب اختصاصه، وإيداع صور منها بقدر عدد المطلوب اختصاصهم وتقيدها برقم جديد مغاير للدعوى الأصلية فضلاً عن صورتين لقلم الكتاب (م ٦٥ مرافعات)، مع وجوب مراعاة مواعيد الحضور المنصوص عليها فى (م ٦٦ مرافعات)، ويعتبر الغير خصماً حقيقياً فى الدعوى إذا تم اختصاصه فيها، ويكون الحكم فيها حجة له أو عليه، ولا

^١ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، ج ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م، بند ٢٤٨، ص ٦١٩. د. أحمد هندى، التعليق، ج ٣، م ١٢٣ - ١٢٥، ص ٤٥ ومابعدها .
نقض مدنى ١١/١٨/١٩٩٦م، طعن رقم ٨٤٩٧ لسنة ٦٥ق، مج، س ٤٧، ج ٢، ق ٢٤٠، ص ١٣١٤.

نقض مدنى ١١/٣٠/١٩٩٥م، طعن رقم ٨٦٥ لسنة ٤٦ ق، مج، س ٤٦، ج ٢، ق ٢٥٠، ص ١٢٨٠.

-Cass. Civ. 3^e; 4 avril. 2002 ; Bull. Civ. 2002 ; III ; N. 79 ; P. 69.

يجوز اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية حتى لا تفوت درجة من درجات التقاضى على الغير المختصم، والمناطق فى تحديد صفة الخصم فى الدعوى هو توجيه الطلبات منه أو إليه فلا يكفى مجرد مثوله أمام المحكمة فقط.^١

كما أجاز المشرع للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر أحد أطراف الخصومة صاحب المصلحة بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة (م ١١٨ مرافعات) أمام محكمة الدرجة الأولى احتراماً لمبدأ التقاضى على درجتين، ويكون ذلك بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة التى تنتظر الدعوى الأصلية من أصل وصور منها بقدر عدد المطلوب إدخالهم، وإعلانها للمطلوب إدخالهم، وتقييدها بالجدول فضلاً عن صورتين لقلم الكتاب (م ٦٥ مرافعات) ، فلا يكفى لاختصاص الغير مجرد إعلانه بالطلب الأصلي. والهدف من إتاحة الفرصة لكل من الخصوم والمحكمة فى اختصاص الغير هو منع تكرار الدعوى بحسم النزاع من كافة جوانبه بدعوى واحدة، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو متعارضة أو لا توافق بينها وذلك فى القضايا ذات العناصر المشتركة فى النزاع الواحد.^٢

^١ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى، ج ١، بند ٢٤٤، ص ٦٠٠-٦٠١.

نقض مدنى ١٩٩٤/٦/٣٠م، طعن رقم ١٠٠١ لسنة ٥٥ ق، مج، س، ٤٥، ج ٢، ق ٢١٥، ص ١١٣٦.

نقض مدنى ١٩٩٣/٦/٧م، طعن رقم ١٩٠٥ لسنة ٥٦ ق، مج، س، ٤٤، ج ٢، ق ٢٣٠، ص ٥٧٥.

^٢ د. أحمد هندى، التعليق، ج ٣، م ١١٧-١١٨، ص ٣ وما بعدها.

م - منع الطعن المباشر فى الأحكام غير المنهية للخصومة:

منع المشرع الطعن المباشر على استقلال فى الأحكام غير المنهية للخصومة التى تصدر أثناء سير الدعوى إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة (م ٢١٢ مرافعات) لتجميع عناصر النزاع وتركيز الخصومة ومنع تكرار الطعن فى القضايا ذات العناصر المشتركة فى النزاع الواحد، أى لمنع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم، وحتى لا يربك سير الخصومة الأصلية، وجمعاً لشتات النزاع تيسيراً للفصل فيه جملة واحدة، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو متعارضة أو لا توافق بينها. وقاعدة منع الطعن المباشر العادى (الاستئناف) أو الطعن غير العادى (التماس إعادة النظر و النقض) فى الأحكام الفرعية غير المنهية للخصومة فى تاريخ الطعن متعلقة بالنظام العام.^١

نقض مدنى ١٦/٦/١٩٩٦م، طعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٧، ج ٢، ق ١٧٦، ص ٩٣٣.

^١ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، بند ٥٣٥، ص ٧٢٨ وما بعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٧٤٢. د. أحمد هندى، التعليق، ج ٤، م ٢١٢، ص ٤٩ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م ٢١٢، ص ١٢٩٧ وما بعدها.

ن - استئناف جميع الأحكام الصادرة فى القضية مع الحكم المنهى للخصومة كلها:

أوجب المشرع استئناف جميع الأحكام التى سبق صدورها فى القضية بمجرد استئناف الحكم المنهى للخصومة كلها بقوة القانون ما لم تكن قد قبلت صراحة، كما أوجب المشرع أيضاً استئناف الحكم الصادر فى الطلب الأسمى بمجرد استئناف الحكم الصادر فى الطلب الإحتياطى مع وجوب اختصاص المحكوم له فى الطلب الأسمى ولو بعد فوات الميعاد (م ٢٢٩ مرافعات)، والطلب الإحتياطى هو طلب لا تلتزم المحكمة بالفصل فيه إلا فى حال رفض الطلب الأسمى شكلاً أو موضوعاً. كما يجوز الطعن بالاستئناف فى الأحكام الفرعية ولولم يطعن فى الحكم المنهى للخصومة كلها أو كان الحكم المنهى للخصومة غير قابل للطعن فيه بشرط مراعاة ميعاد الطعن بالاستئناف، وذلك بهدف منع تكرار الطعن، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو لا توافق بينها. ويلاحظ أن حكم نص (م ٢٢٩ مرافعات) هو نص خاص بالطعن بالاستئناف، فلا مجال لإعماله على الطعن بالنقض، ولاعلى الطعن بالتماس إعادة النظر، ولاعلى الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا.^١

^١ د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، بند ٤٤٩-٤٥٠، ص ٨٤١ ومابعدها. د. أحمد هندى، التعليق، ج٤، م٢٢٩، ص ٢٧٣ ومابعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م ٢٢٩، ص ١٤٥٩ ومابعدها.

٨- الضمانات العلاجية لتناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية:

إذا لم تجد الضمانات الوقائية بالحد من ظاهرة تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية، فيمكن حل التناقض أو التعارض أو التنافر بين الأحكام القضائية بالضمانات العلاجية التي تخصص لمواجهته بعد وقوعه، وهي الطعن في الحكم الثاني أو اللاحق أو الأحدث في التاريخ المناقض للحكم الأول الأسبق في التاريخ عن طريق الطعن بالنقض (م ٢٤٩ مرافعات، و م ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ م)، أو الطعن بالاستئناف (م ٢٢٢ مرافعات)، أو عن طريق الطعن بالتماس إعادة النظر (م ٢٤٢ / ٦ مرافعات، و م ٤٤١ / ٢ إجراءات جنائية، و م ٥١ / ١ من قانون مجلس الدولة) أو عن طريق طلب حل التنازع بين الأحكام من المحكمة الدستورية العليا أو عن طريق منع صدور الأمر بتنفيذ حكم أجنبي مناقض لحكم وطني... مع مراعاة أن لكل وسيلة علاجية شروط وإجراءات وأحكام خاصة بها.

نقض مدني ١٩٩٩/٤/٤ م، طعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٥٠، ج ١، ق ٩٢، ص ٤٧٤.

نقض مدني ١٩٩٩/٢/٤ م، طعن رقم ٢٠٣٤ لسنة ٦٢ ق، مج، س ٥٠، ج ١، ق ٣٣، ص ١٨٢.

أ - الطعن بالاستئناف الاستثنائي في الحكم المناقض:

الاستئناف طريق طعن عادى هدفه كقاعدة إصلاح الحكم المطعون فيه تطبيقاً لمبدأ التقاضى على درجتين، ومبدأ تدرج المحاكم وتبعية المحاكم بعضها لبعض دون تسلط قضاء على قضاء، بحيث لا يراقب الحكم من قاضى فى نفس درجة القاضى الذى أصدره، بل يراقب من قاضٍ أعلى درجة منه. إلا أن المشرع قد يسمح استثناءً بالاستئناف كطريق احتياطي لإبطال ومهاجمة الحكم الانتهائى المعيب بعيب جسيم لعدم صحته أو عدم عدالته - كاشتراك قاضٍ فى المداولة لم يسمع المرافعة، وعدم تسبب الحكم، وعدم النطق بالحكم فى جلسة علنية، وعدم التوقيع على الحكم... - ، كضمانة تشريعية للمحكوم عليه فى حالات محددة، باعتباره الملاذ الأخير للتخلص من العيوب الجسيمة فى الحكم الانتهائى، وحتى لا ينفذ حكم معيب بعيب جسيم مرجح إغائه، وليس جديراً بأن يحوز حجية الأمر المقضى. وأجاز المشرع بنص (م ٢٢١ مرافعات) استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان فى الحكم، أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم. ويمتد الاستئناف كطريق احتياطي لإبطال الحكم لكل النزاع برمته، أى لكامل الحكم المطعون فيه، وذلك سواء أكان ذلك الحكم باطلاً بسبب عيب فى الموضوع أو مبنياً على إجراء باطل، أى بسبب عيب فى الإجراءات (art. 562). وإذا لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بنظر الموضوع لأنها لم تقل كلمتها فيه، فلا تملك

المحكمة الاستئنافية التصدى للفصل في الموضوع، نظراً لما يترتب عليه من تقويت لدرجة من درجات التفاضل.^١

والحكم الصادر بصفة انتهائية هو الحكم الصادر غير القابل للطعن فيه بالاستئناف لصدوره في حدود النصاب الانتهائي، أو لأن القانون مَنَعَ الطعن فيه بالاستئناف. وإذا صدر حكم من محكمة الدرجة الأولى - سواء أكانت المحكمة الجزئية أم الابتدائية في حدود نصابها الانتهائي - أو اتفق الخصوم على انتهائيته قبل رفع الدعوى (م ٢١٩ / ٢ مرافعات) فيكون هذا الحكم كقاعدة عامة غير قابل للطعن فيه بالاستئناف العادي كطريق إصلاح لأنه انتهائي، إنما يجوز الطعن فيه بالاستئناف الاستثنائي كطريق للإبطال. ولا يعتبر حكماً إنتهائياً الحكم الصادر

^١ د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٠م، بند ١٢٩، ص ٢٨٦. د. على عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، بند ١١٩-١٢٠، ص ٢٦٣-٢٦٤. عبد المنعم حسني، الاستئناف في الأحكام المدنية والتجارية، ملحق مجلة المحاماة، ع ٩-١٠، نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٨م، بند ٥٤، ص ١٠٩.

-Cass.Civ. 2^e; 10 mars.1982; D. 1983; inf. rap.; P. 421; obs. **Julien**.

-Cass.Civ. 2^e; 10 mars.1982; Rév. Trim. dr. Civ. 1984; P. 777; Not.

Roger **Perrot**.

بما يزيد عن حدود النصاب الانتهائي ثم فات ميعاد الطعن فيه دون رفع الاستئناف عنه؛ لأنه صدر حكماً ابتدائياً.^١

كما أن المشرع منح المحكوم عليه ضماناً وأجاز له - استثناءً - استئناف جميع الأحكام الانتهائية الصادرة من محكمة الدرجة الأولى إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي. وفي هذه الحالة يعتبر الحكم السابق مستأنفاً بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائياً عند رفع الاستئناف (م ٢٢٢ مرافعات)، ويعتبر ذلك استثناءً من قاعدة أن نطاق الأثر الناقل للاستئناف يتحدد بما رفع عنه الاستئناف بتوسع قانوني لنطاق الأثر الناقل للاستئناف عن طريق توسيع نطاق خصومة الاستئناف، كما يمثل ذلك إهداراً لإرادة الأطراف التي قصرت نطاق الاستئناف على الحكم الثاني اللاحق فقط، وفي هذه الحال يوجد لدينا تعدد صوري في الدعاوى، وتعدد حقيقي في الأحكام.^٢

^١ د. محمد نور عبد الهادي شحاتة، الاستئناف الاستثنائي دراسة تحليلية لشروط وآثار الاستئناف كطريق لإبطال الحكم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٥م، ص ٤٤ ومابعدھا؛ نطاق النزاع في الاستئناف، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٨م، ص ٢٦٣ ومابعدھا. محمد نصر الدين كامل، الاستئناف في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م، بند ٣٢١، ص ٤٨٤ ومابعدھا.

^٢ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م، ص ٢٤٩م، ص ٩٧٠. د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٩م، بند ٣٣٥، ص ٨٣١-٨٣٢؛ الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٠٣، ص ٢٥٠.

ويشترط لقبول الاستئناف الاستثنائي عدة شروط هي:

أولاً: أن يكون الحكمان صادرين بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة الواحدة المحكوم فيها نفسها، ولا ينال من ذلك أن تكون الأدلة القانونية والواقعية في الدعوى الثانية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها، كما لا ينال منه أيضاً اختلاف الطلبات في الدعويين مادامت تلك الطلبات متصلة ببعضها اتصالاً عالياً، ومن ذلك أن علة الحكم بصحة العقد عدم بطلانه ومن ثم فالحكم ببطلان عقد يناقض ويعارض الحكم بصحة العقد ذاته.^١

ثانياً: أن يكون الحكم الأول السابق لم يحز قوة الأمر المقضي بصيرورته نهائياً وقت صدور الحكم الثاني، أي مازال يقبل الطعن فيه بأي من طرق الطعن العادية أو يكون قد طعن فيه بالفعل بأي من الطرق العادية ولم يفصل فيه بعد، فإن لم يكن كذلك وقد صار نهائياً أي غير قابل للطعن فيه بأي من الطرق العادية فيكون سبيل الطعن فيه هو الطعن بالنقض عملاً بنص (م ٢٤٩).^٢

^١ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م ٢٤٩، ص ٩٧٠. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٠٣، ص ٢٥٠؛ الوسيط في الطعن بالاستئناف، بند ١٣٢، ص ٢٨٩. عبدالمنعم حسني، الاستئناف، بند ٥٦، ص ١٠٩.

-Nabil Omar; La Cause de la demande en Justice; Thèse Bordeaux 1977; P.100 ets.

^٢ د. نبيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، بند ٣٣٥، ٨٣١-٨٣٢. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج ٤، ط ١١، نادي القضاة ٢٠١٢/٢٠١١

ثالثاً: أن يكون الحكم الثاني اللاحق قد صدر انتهائياً من محكمة الدرجة الأولى جزئية كانت أو كلية وسواء أصدر في حدود نصابها الانتهايي أم صدر غير قابل للطعن فيه بالاستئناف بنص القانون. أما إذا كان الحكم الثاني اللاحق قد صدر ابتدائياً من محكمة الدرجة الأولى جزئية كانت أو كلية قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ولكنه صار غير قابل لذلك بقبول المحكوم عليه للحكم بعد صدوره أو فوت على نفسه ميعاد الاستئناف فلا ينطبق حكم (م ٢٢٢) مرافعات على تلك الحال، ولكن إذا كان الحكم الثاني اللاحق قد صدر من محكمة الدرجة الثانية فلا يجوز الطعن فيه بالاستئناف ويكون سبيل الطعن فيه هو النقض عملاً بنص (م ٢٤٩) مرافعات.^١

رابعاً: أن يكون الحكم الثاني المراد استئنافه قد صدر على خلاف الحكم السابق أي وقع بينهما تعارض أو تناقض أو تنافر بحيث يصعب التوفيق بينهما،

م، م ٢٢٢، ص ٦٩٨ وما بعدها. د. أحمد هندی، التعليق، ج ٤، م ٢٢٢، ص ٢٢٧ وما بعدها. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ٢٢٢، ص ١٤٢١. محمد نصر الدين كامل، الاستئناف، بند ٣٢١، ص ٤٨٥.

^١ د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، بند ١٣١، ص ٢٨٨.. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، م ٢٢٢، ص ٦٩٨ وما بعدها. د. أحمد هندی، التعليق، ج ٤، م ٢٢٢، ص ٢٢٧ وما بعدها. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ٢٢٢، ص ١٤٢١.

ولا يمكن تنفيذهما معاً، وسواء أصدرت من محكمة واحدة أو من محكمتين مختلفتين يتبعان نفس جهة القضاء العادي.^١

وعلى ذلك فتعارض أو تناقض الأحكام القضائية يجعل الحكم الانتهائي قابلاً للطعن فيه بالاستئناف خلافاً للقاعدة العامة - الاستئناف الاستثنائي - والتي قصرت الطعن بالاستئناف على الحكم الابتدائي؛ لأن الحكمة التي من أجلها قصر المشرع الإجرائي النقاضي في الدعاوى قليلة القيمة على درجة واحدة هي أنها عادة تكون دعاوى بسيطة لا تحتاج إلى عناية في الكشف عن حقيقة الواقع فيها، وقليلة

^١ محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ٢، مكتبة الآداب بالقاهرة ١٩٥٧م، بند ١٣٠٦، ص ٨٥٢. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، بند ١٣٣، ص ٢٩٠. د. أحمد هندی، التعليق، ج ٤، م ٢٢٢، ص ٢٢٧ وما بعدها. عبد المنعم حسنى، الاستئناف، بند ٥٧، ص ١١٠. محمد نصر الدين كامل، الاستئناف، بند ٣٢١، ص ٤٨٦.

نقض مدني ١٩٩٩/١٠/٤ م، طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٥٠، ج ٢، ق ١٩٩، ص ١٠١٩.

نقض مدني ١٩٨٣/٢/٦ م، طعن رقم ٨٤٩ لسنة ٤٩ ق، مج، س ٣٤، ج ١، ق ٨٩، ص ٤٠٤.

نقض مدني ١٩٧٠/٢/٢٤ م، طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢١، ج ١، ق ٤٨، ص ٢٩٥.

القيمة بما لا تتناسب مع نفقات الاستئناف بالنسبة للخصوم والدولة، تتنفي في حالة التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية.^١

وإذا طعن بالاستئناف في الحكم الثاني اللاحق بالأحدث في التاريخ والمناقض والمعارض للحكم الأول السابق، فإن نطاق القضية في الاستئناف يمتد بقوة القانون إلى الحكم الأول السابق إذا لم يكن قد حاز قوة الأمر المقضي عند رفع الاستئناف أي وقت إيداع صحيفة الطعن بالاستئناف في الحكم الثاني بقلم كتاب المحكمة المختصة، أي دون حاجة إلى رفع استئناف عن الحكم الأول، ويمتد نطاق الاستئناف إلى الحكمين المتعارضين أو المتناقضين معاً لمنع تقطيع أوصال المسألة الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم سداً لأي ذريعة قد تؤدي إلى قيام تناقض الأحكام، ولتدارك مخاطر صدور أحكام متناقضة في المسألة ذاتها أو الدعوى نفسها، فيهتز مفهوم العدالة وتعصف بالثقة العامة في القضاء.^٢

^١ د. محمد نور عبد الهادي شحاتة، الاستئناف الاستثنائي، ص ٤٤ ومابعدھا. د. على عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، بند ١١٩-١٢٠، ص ٢٦٣-٢٦٤. عبد المنعم حسنى، طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية، ج ١، ط ٢، مدونة التشريع والقضاء بالقاهرة ١٩٨٣ م، م ٢٢٢، بند ٤٧٢ ومابعدھ، ص ٤١٦ ومابعدھا. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م ٢٢٢، ص ١٤٢١.

^٢ د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٨، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٨/١٩٦٩ م، ص ٨٢٣. د. أحمد هندي، التعليق، ج ٤، م ٢٢٢، ص ٢٢٧ ومابعدھا. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، م ٢٢٢، ص ٦٩٨ ومابعدھا. محمد كمال

وهذا هو ما دفع المشرع بنص (م ٢٢٢ مرافعات) إلى مد ولاية محكمة الاستئناف إلى غير ما رفع عنه الاستئناف، وجعل الطاعن يضار بطعنه - خلافاً للأصل - بأن يستأنف الحكم الصادر لصالحه بقوة القانون رغماً عنه ورغم إرادة المحكوم عليه؛ إذ أنه يطعن في الحكم الثاني اللاحق الصادر ضده فيفاجأ بأن المحكمة قد ألغت أو عدلت الحكم الأول السابق الصادر لصالحه لأنه يعتبر مستأنفاً بقوة القانون. ولمحكمة الاستئناف السلطة الكاملة في نظر الحكيم معاً، بل لها أن تعيد النظر في الحكيم غير متقيدة بأيهما، فقد تلغى الحكم السابق وتؤيد اللاحق أو العكس، أي تؤيد أيهما رأته صحيحاً حقاً، كما أن لها أن تصدر حكماً جديداً بما تراه.^١

غير أن رأياً آخر ذهب إلى القول بأنه يتعين على محكمة الاستئناف في هذه الحال أن تقضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها؛ لأن حجية

عبدالعزیز، تقنین المرافعات، م ٢٢٢، ص ١٤٢١. عبدالمنعم حسنی، الاستئناف، بند ٥٨، ص ١١١-١١٢. محمد نصر الدين كامل، الاستئناف، بند ٣٢٢، ص ٤٨٦-٤٨٧.

نقض مدني ١٩٩٩/١٠/٤ م، طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٥٠، ج ٢، ق ١٩٩، ص ١٠١٩.

نقض مدني ١٩٨٣/٢/٦ م، طعن رقم ٨٤٩ لسنة ٤٩ ق، مج، س ٣٤، ج ١، ق ٨٩، ص ٤٠٤.

^١ الإشارة السابقة.

الأمر المقضى أصبحت في القانون المصري (م ١٠١ إثبات، م ١١٦ مرافعات) من النظام العام، ويجب على المحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها.^١

أما إذا كان الحكم الأول السابق قد حاز قوة الأمر المقضي عند رفع الاستئناف عن الحكم الثاني الأحدث في التاريخ المناقض له - سواء أكان الحكم قد صدر انتهائياً أم ابتدائياً - فإن نطاق القضية في الاستئناف يقتصر على الحكم الثاني اللاحق المناقض أو المعارض للحكم الأول فقط، ولا يمتد نطاق الاستئناف إلى الحكم الأول السابق؛ لأنه عند رفع الاستئناف قد صار انتهائياً وحاز قوة الأمر المقضي التي يجب احترامها ولا تجوز مخالفتها، فلا يعرض الحكم الأول السابق على محكمة الاستئناف، وتتحصّر سلطة محكمة الاستئناف في تعديل الحكم الثاني المطعون فيه بالاستئناف المناقض للحكم الأول لرفع التناقض بينهما، ودون أن يكون الحكم الأول السابق مطروحاً أمامها، فهي تعيد النظر في الحكم الثاني فقط بالتعديل أو بإلغاء على نحو لا يخالف فيه الحكم الأول وبما يتفق معه لرفع التعارض أو التناقض بينهما.^٢

^١ عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج ٣، ط ١٣، م ٢٢٢، ص ٣٨٣.

^٢ محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، بند ٥٢٨، ص ٧٤٠ وما بعدها. د. على عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، بند ١١٩-١٢٠، ص ٢٦٣-٢٦٤. محمد نصر الدين كامل، الاستئناف، بند ٣٢٢، ص ٤٨٧.

وذهب رأي آخر إلى القول بأنه إذا كان الحكم الأول قد صار حكماً حائزاً لقوة الأمر المقضي لحظة رفع الطعن بالاستئناف عن الحكم الثاني اللاحق أي عند تقديم صحيفته إلى قلم الكتاب وبصرف النظر عن وقت صدوره، فإن الاستئناف يكون غير مقبول لخروج تلك الحالة من نطاق تطبيق (م ٢٢٢ مرافعات)، ولا يكون هناك مجال إلا الطعن بالنقض (م ٢٤٩ مرافعات).^١

ويرفع الاستئناف عن الحكم اللاحق المناقض، ويكون استئناف حكم أول درجة أمام محكمة الدرجة الثانية التي تعلق مباشرة المحكمة التي أصدرت الحكم الثاني المطعون فيه، فإذا كان الحكم الثاني المناقض صادراً من المحكمة الجزئية فتختص به المحكمة الكلية بهيئة استئنافية التي تقع في دائرتها المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم المطعون فيه. أما إذا كان الحكم المناقض صادراً من المحكمة الابتدائية فتختص به محكمة الاستئناف العالي التي تقع في دائرتها المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ويجب على المحكمة الكلية بهيئة استئنافية كمحكمة درجة ثانية إحالة قضية الاستئناف برمتها عند نظرها الاستئنافيين إلى محكمة الاستئناف العالي إذا كان أحد الحكامين صادراً من المحكمة الابتدائية كمحكمة درجة أولى، ويكون لمحكمة الدرجة الثانية سلطة على النزاع من حيث الواقع والقانون، وينتقل إليها برتمته في حدود ما رفع إليها من طعن بالاستئناف. فالأثر الناقل للاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها أمام محكمة الدرجة

^١ د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، بند ١٣٨، ص ٢٩٤ وما بعدها.

الأولى من طلبات ودفع ودفاع وأدلة... وللمحكمة الاستثنائية إعادة الفصل في النزاع من جديد بحكم جديد على ضوء ما قدمه الخصوم من وقائع وطلبات ودفع ودفاع وأدلة جديدة...^١

ونظراً لأن الطعن بالاستئناف العادي أو الاستثنائي مقيد بميعاد الطعن بالاستئناف، وأنه يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام، فعلي ذلك نهيب بالمشروع المصري النص على جعل ميعاد الطعن بالاستئناف الاستثنائي (م ٢٢٢ مرافعات) أربعين يوماً ولا يسرى إلا من يوم العلم بواقعة التناقض بين الأحكام القضائية، وذلك بإضافة فقرة جديدة تكميلية لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مرافعات يكون نصها : "... ولايسرى هذا الميعاد على الطعن بالاستئناف الاستثنائي بسبب تناقض الأحكام وفقاً لحكم المادة (٢٢٢) إلا من اليوم الذي علم فيه الخصم بالتناقض " كضمانة تشريعية للمحكوم عليه الذي لا يعلم بالتناقض أو التعارض إلا عند التنفيذ وبعد فوات ميعاد الطعن، وحتى لا تتأذى العدالة من بقاء أحكام متناقضة أو متعارضة بحجة فوات ميعاد الطعن.

^١ محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، ج٢، بند ١٢٠٦، ص ٨٥٢. د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص ١٤٥ الهامش. د. على عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، بند ١١٩، ص ٢٦٣.

ب - الطعن بالتماس إعادة النظر بسبب تناقض المنطوق:

الإلتماس هو طريق طعن غير عادي في الأحكام الانتهائية التي لا تقبل الطعن عليها بالاستئناف أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وقد يكون أمام نفس القضاة الذين أصدروا الحكم الملتمس فيه إذا توافر أحد أسباب الإلتماس. ويجوز للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض بحيث يتعذر تنفيذه أو يستحيل التوفيق بين أجزائه (م ٦/٢٤١ مرافعات، و م ٥١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، و م ٢/٤٤١ إجراءات جنائية) سواء أكان الحكم صادراً من محكمة أول درجة - جزئية أو ابتدائية - أم من محكمة ثاني درجة - محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية - ومنطوق الحكم هو ذلك الجزء من الحكم الذي يأتي في نهاية الحكم بعد عبارة " ولهذه الأسباب حكمت المحكمة... " متضمناً حل النزاع ورد المحكمة على ادعاءات الخصوم، وهذا الجزء فقط هو الذي يتمتع بحجية الأمر المقضي سواء أورد بالمنطوق أم بالأسباب المرتبطة بالمنطوق، ويقتصر نطاق التماس إعادة النظر على الشق الملتمس إعادة النظر فيه فقط؛ لأن الشق الآخر قد صدر حائزاً لقوة الأمر المقضي مالم يكن الملتمس ضده قدم التماساً مقابلاً لإعادة النظر فيه بالشروط القانونية.^١

^١ د. نبيل عمر، الطعن بالتماس إعادة النظر، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٣ م، بند ٢٥٠، ص ٣١٢ وما بعدها. د. أحمد صدقي محمود، الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠ م، ص ١٢٤ وما بعدها.

والتناقض بين عبارات منطوق الحكم الواحد الموجب للطعن بالتماس إعادة النظر هو التناظر وعدم التوافق بين أجزاء منطوق الحكم الواحد بما يجعل الخصوم في حيرة وشك من حقيقة المحكوم به ويستحيل معه تنفيذ الحكم. أي أن الحكم المتناقض هو حكم لا تستقيم أجزاء منطوقه مع بعضها البعض بحيث يتعذر التوفيق بينها ويستحيل تنفيذها. وإذا كانت عبارات منطوق الحكم غامضة وتحتل التناقض فإنه يجوز طلب تفسير الحكم طبقاً لنص (م ١٩٢ مرافعات) لا التماس إعادة النظر، ويجب أن يكون التناقض تناقضاً حقيقياً واقعاً بين أجزاء منطوق الحكم الواحد فيما قضت به المحكمة من طلبات كانت مطروحة عليها. ولمحكمة الإلتماس سلطة في تقدير وجود تناقض في ذات عبارات منطوق الحكم الواحد المطعون عليه بالإلتماس بحيث يجعل التنفيذ مستحيلاً، ونتيجة قبول الإلتماس المبني على سبب التناقض هو إلغاء الحكم النهائي وإعادة النظر في الدعوى للحكم فيها من جديد؛ لأن الغاية التي يستهدفها الملتمس من سلوكه طريق الإلتماس هي

نقض مدني ١٩٨٧/٣/٢٦ م، طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ ق، مج، س ٣٨، ج ١، ق ٩٨، ص ٤٣٩.

نقض مدني ١٩٨٤/٣/١٥ م، طعن رقم ١٦٩٦ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١٣٠، ص ٦٨٧.

نقض مدني ١٩٨١ /٥/١٠ م، طعن رقم ١٦٨٤ لسنة ٤٩ ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٢٥٦، ص ١٤١٤.

محو الحكم الملتمس فيه ليعود مركزه في الخصومة إلى ماكان عليه قبل صدوره حتى يتمكن من مواجهة النزاع والفصل فيه من جديد.^١

نصت (art. 34) من الباب الخامس والثلاثين من الأمر الملكي الصادر في عام ١٦٦٧م على جواز الطعن في الحكم بطريق التماس إعادة النظر إذا خالف حكماً آخر له قوة الأمر المقضى متى كان الحكمان صادرين من محكمة واحدة، ثم جاء قانون المرافعات الفرنسي القديم لسنة ١٨٠٦م الذي كان يجيز الطعن بالتماس إعادة النظر عند وجود حكمين انتهائيين متعارضين أو متناقضين صادرين من محكمة واحدة بين نفس الخصوم وفي نفس موضوع الدعوى وعن نفس السبب بمقتضى (art. 480 al. 6 et 7, anc. C.P.C.F.) لإلغاء الحكم الثاني اللاحق بالأحدث في التاريخ المناقض والمعارض لحجية الأمر المقضى التي يتمتع بها الحكم الأول السابق.^٢

^١ د.أحمد صدقي محمود، الواقعة المنشئة، ص١٢٤ ومابعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م٢٤١، ص١٦٢٧. عزالدين الدناصورى، ود.عبدالحميد الشواربى، طرق الطعن في الأحكام المدنية، ص٣١٦. نقض مدني١٠/١/١٩٩١م، طعن رقم٢٨٦٣ لسنة ٥٧ق، مج، س٤٢، ج١، ق٢٩، ص١٥٦.

2 –René **Morél**; Traité Élémentaire de Procédure Civile; 2^e éd.; Recueil Sirey; 1949; N. 664; P. 512.

–Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; 4. éd; Dalloz; Paris. 2008; N. 75.09; P. 397.

إلا أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٧٥م، ألغى نص (art. 480, anc. C.P.C.F.) ، ولم ينص في (art. 595) على حالة وجود حكمين انتهائيين متعارضين أو متناقضين صادرين عن محكمة واحدة ضمن حالات الطعن بالتماس إعادة النظر، وقد اعتبرها قانون المرافعات الفرنسي الجديد ضمن حالات الطعن بالنقض الاستثنائي في (art. 617 et 618).^١

ويلاحظ أنه إذا شاب منطوق الحكم غموض أو إبهام فيجوز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة التي أصدرته تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م ١٩٢ مرافعات - art. 461) دون اللجوء إلى الطعن بالتماس إعادة النظر في مصر وبالنقض في فرنسا، وكذلك إذا شاب منطوق الحكم القضائي خطأ مادي فيجوز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة تصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة،

١ وقد سار على نفس نهج القانون الفرنسي كل من: قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المعدل، ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية لسنة ١٩٥٩م، وقانون المسطرة المدنية المغربي لسنة ١٩٧٤م، وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣م، وقانون الإجراءات المدنية الموريتاني رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٩م، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة ٢٠٠٨م.

-Serge **Guinchard** et Frédérique **Ferrand**; Procédure Civile, Droit interne et droit Communautaire; 28 éd.; Dalloz; Paris; 2006; N. 1810; P. 1274.

-Jacques et Louis **Boré**; La cassation; N. 75.09; P. 397.

ويجوز كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة (م ١/١٩١ مرافعات - art. 462)، وذلك دون اللجوء إلى الطعن بالتماس إعادة النظر في مصر وبالنقض في فرنسا.^١

ج - فض تنازع تنفيذ حكمين متعارضين أو متناقضين من المحكمة الدستورية العليا:

تختص بفض التنازع بين حكمين صادرين من جهة قضائية واحدة المحكمة التي تمثل قمة الهرم القضائي في كل جهة قضائية، وهي محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي، والمحكمة الإدارية العليا بالنسبة للقضاء الإداري، وذلك عن طريق الطعون التي ترفع إلى كل منهما. أما إذا كان التناقض قائماً بين حكم موضوعي أو مستعجل صادر من جهة القضاء العادي الوطني وحكم آخر موضوعي أو مستعجل صادر من جهة القضاء الإداري الوطني مثلاً فتختص المحكمة الدستورية العليا وظيفياً دون غيرها بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين أحدهما صادر من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى (م ٢٥ / ثالثاً من قانون

^١ محمود عبد الرحمن، قوة الشيء المحكوم فيه، ص ٦٣.

-Faye; La cour de Cassation; N. 67; P. 94.

-André Pédriau; les recours contre les dispositions contradictoires d'un Jugement; J.C.P. éd. G. 1997; doct. ; 3990.

-Cass. Civ.2^e; 27 mars 2003; Bull. Civ. 2003; II; N. 83; P. 71.

المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م). وتقوم بنفس تلك المهمة في فرنسا محكمة النزاع الفرنسية والتي يكون من سلطتها الفصل في موضوع النزاع بمقتضى قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢م. وتتسأ تلك المشكلة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، على العكس في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد فلا تثار لديها تلك المشكلة إطلاقاً^١.

أي أن المحكمة الدستورية العليا في مصر تختص وظيفياً بفض النزاع بشأن تنفيذ حكمين وطنيين نهائيين متناقضين صادرين من محكمتين مختلفتين وظيفياً تابعتين لجهتين قضائيتين مختلفتين من جهات القضاء الوطنى في موضوع واحد كمحكمة تنازع تنفيذ أحكام وطنية. ويشترط لقبول دعوى التنازع بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متعارضين صدرا من جهات القضاء الوطنية: أن يكون الحكمان

١ د. رمزى سيف، الوسيط، بند ١٦٢، ص ٢٠٣. د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد، بند ٢٥٨، ص ٥٢٥. د. عيد القصاص، تناقض الأحكام، بند ٥٣، ص ١١٦ وما بعدها.

دستورية عليا ٢٠٠٥/٥/٨ م، دعوى رقم ١٠ لسنة ٢٦ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٦.

دستورية عليا ٢٠٠٢/٤/١٤ م، دعوى رقم ١٠ لسنة ٢٢ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٣.

دستورية عليا ٢٠٠١/٦/٢ م، دعوى رقم ١٤ لسنة ٢١ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٤.

دستورية عليا ١٩٩٨/١١/٧ م، دعوى رقم ٩ لسنة ١٩ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٤.

دستورية عليا ١٩٩٢/١/٤ م، دعوى رقم ٢ لسنة ١٢ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٦.

-Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; N. 75.14; P. 399.

-Andre **Pouille**; Le Pouvoir judiciaire et Tribunaux; 1985; P. 45 ets.

نهائيين حاسمين للنزاع في موضوعه حسماً نهائياً حتى توجد مصلحة لإلغاء الحكم المخالف بطريق آخر خارج طرق الطعن المقررة له قانوناً، وأن يكون الحكمان متناقضين تناقضاً من شأنه أن يجعل تنفيذهما معاً أمراً متعذراً بحيث يمتنع التوفيق بينهما، ولا يتيسر تنفيذ أحدهما إلا بإهدار حجية الآخر، ومقتضى ذلك ألا يكون الحكمان أو أحدهما قد نفذ، فإذا تم تنفيذ أحدهما انتفي التنازع بينهما. ومعيار المفاضلة بين الحكامين هو أن كل منهما قد صدر من جهة مختصة، ويقتصر دور المحكمة الدستورية العليا في مصر - تصدر حكمها من سبعة مستشارين بأغلبية الآراء - على تحديد أي من الحكامين المتناقضين يكون صادراً من محكمة الجهة القضائية المختصة صاحبة الولاية بالفصل في النزاع، وبالتالي يكون هو الحكم الواجب التنفيذ من بين الحكامين المتناقضين ويعتبر الحكم الآخر كأن لم يكن، ودون أن تتعدى ذلك لتفصل في موضوع الدعوى؛ وذلك لأنها ليست جهة طعن لتلك الأحكام المتناقضة. وحكم المحكمة الدستورية لا يقبل الطعن بأى طريق (م ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م). فى حين أن القانون الفرنسى يتيح لمحكمة التنازع الفرنسية التصدى لموضوع الدعوى فى حالة تناقض الأحكام المتعذر حله والذى ينتج عنه إنكار للعدالة.^١

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٤٢٥-٤٢٦، ص ٨٣٤ ومابعدھا. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤ م، بند ١٦٠، ص ٣٩٠. د. أحمد ماهر زغلول، الموجز في أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص، ١٩٩١ م، بند ٢٤٥ ومابعدھ. د. أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية بأنه لا يعد أحكاماً نهائية في دعوى فض تنازع الأحكام- بما يتعين معه عدم قبول دعوى فض التنازع - كل من: التقرير برأى محكمة النقض في شأن الطعون الانتخابية المحالة إليها من مجلس الشعب؛ لأن ولاية محكمة النقض في هذا الرأي ليست ولاية قضاء في خصومة^١، والفتاوى بإبداء الرأي من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة (م ٦٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ م)^٢، وقرارات النيابة العامة بحفظ التحقيق؛ لأنه لا يتوافر بشأنها خصائص ومقومات الأحكام القضائية.^٣

التنفيذ ومحاكم الطعن، الدار الجامعية ببيروت ١٩٩٤ م، بند ١٣ ومابعده. محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب ١٩٨٩ م، بند ١٠٤ ومابعده، ص ٣٨٥ ومابعدها. دستورية عليا ٢/٧ / ١٩٩٤ م، دعوى رقم ٦ لسنة ١٤ ق تنازع، مجلة هيئة قضايا الدولة، ١٩٩٥ م، ع ١، ص ٧٨.

دستورية عليا ٢٠٠٤/١١/٧ م، دعوى رقم ١١ لسنة ٢٥ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٢. دستورية عليا ١٩٩٧/١٠/٤ م، دعوى رقم ٧ لسنة ١٨ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٩. دستورية عليا ١٩٨٧/٣/٧ م، دعوى رقم ١ لسنة ٧ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٧.

-**Pouille**; Le Pouvoir judiciaire et Tribunaux; P. 45 ets.

-T. Conflits; 14 Fév. 2002; Bull. Civ. 2002; N. 2; P. 2.

^١ دستورية عليا ٢٠٠٥/٥/١٣ م، دعوى رقم ٨ لسنة ٢٦ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٠.

^٢ دستورية عليا ١٩٨١ / ١/ ١٧ م، دعوى رقم ١٥ لسنة ١٥ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠١.

^٣ دستورية عليا ١٩٩٩/٢/٦ م، دعوى رقم ٢ لسنة ٢٠ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٤.

كما تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن التنازع بين حكّمين صادرين بالاختصاص الوظيفي أو الولائي (تنازع إيجابي على الولاية) أو بعدم الاختصاص الوظيفي (تنازع سلبي على الولاية)، وتعيّن الجهة القضائية المختصة وظيفياً بنظر الدعوى، وتحديد أى الحكّمين أحق بالتنفيذ (م ٢٥ / ثانياً من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م). بمعنى أنه عندما تقام نفس الدعوى أمام محكمتين تابعتين لجهتين قضائيتين مختلفتين من القضاء الوطني، فقد تحكّم كلا منهما باختصاصها وتستمر في نظر الدعوى (تنازع إيجابي)، أو تحكّم كلّ منهما بعدم اختصاصها (تنازع سلبي) فيقوم أحد ذوى الشأن بتقديم طلب فض تنازع الولاية - الإيجابي أو السلبي - إلى المحكمة الدستورية العليا (م ٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م)، وذلك بهدف منع تكرار الدعوى، وبالتالي منع صدور أحكام متناقضة أو متعارضة أو لا توافق بينها.^١

^١ محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، بند ١٠٤ ومابعده، ص ٣٨٥ ومابعدها.

دستورية عليا ١٩٩٥/١/٢١ م، دعوى رقم ٤ لسنة ١٤ ق تنازع ، مج دستورية، ص ١٢١٥.

دستورية عليا ١٩٩٢/٧/٤ م، دعوى رقم ١ لسنة ١٣ ق تنازع ، مج دستورية، ص ١٢١٥.

-**Pouille**; Le Pouvoir judiciaire et Tribunaux; P. 45 ets.

-T. Conflits; 7 Juin 1999; Bull. Civ. 1999; N. 12; P. 13.

وترفع دعوى تنازع تنفيذ حكمين قضائيين وطنيين نهائيين متناقضين فى موضوع واحد من أى من كان طرفاً فى أى من الدعويين، وذلك بصحيفة دعوى موقعة من محامٍ مقبول للمرافعة أمام المحكمة الدستورية العليا تودع قلم كتابها، ومرفقاً بها صورة رسمية لكل من الحكمين اللذين وقع فى شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول (م ٣٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا)، ودون التقييد بميعاد معين لأن قانون المحكمة الدستورية لم يحدد ميعاداً معيناً يتم التقييد به عند رفع الطلب إليها، ولا تمتد ولاية المحكمة الدستورية إلى النزاع بين الأحكام الصادرة من المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة.^١

ويجوز لرئيس المحكمة الدستورية العليا بناءً على طلب أحد ذوى الشأن الأمر بوقف تنفيذ الحكمين المتنازعين أو أحدهما حتى يتم الفصل فى النزاع (م

-T. Conflits; 25 Janv. 1993; Bull. Civ. 1993; N. 1; P. 1.

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٤٢٥-٤٢٦، ص ٨٣٤ وما بعدها. عزيز أنيس ميخائيل، دعاوى تنازع الاختصاص ومنازعات التنفيذ، مجلة هيئة قضايا الدولة، س ٣٩، ع ١، يناير/ مارس ١٩٩٥م، ص ٦٠ وما بعدها.

دستورية عليا ١١/٧/٢٠٠٤م، دعوى رقم ١١ لسنة ٢٥ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٢.

دستورية عليا ٥/٥/٢٠٠١م، دعوى رقم ١٦ لسنة ٢١ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٣.

دستورية عليا ٨/٥/٢٠٠١م، دعوى رقم ١٠ لسنة ٢٦ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٦.

دستورية عليا ٢١/١/١٩٩٥م، دعوى رقم ٤ لسنة ١٤ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢١٥.

دستورية عليا ٤/٧/١٩٩٢م، دعوى رقم ١ لسنة ١٣ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢١٥.

دستورية عليا ٧/٣/١٩٨٧م، دعوى رقم ١ لسنة ٧ ق تنازع، مج دستورية، ص ١٢٠٧.

٣/٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا)، وذلك لتجنب مخاطر الخضوع لتنفيذ معرض للإلغاء، واستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه.^١

د - منع صدور أمر بتنفيذ حكم أجنبي مناقض لحكم وطني :

الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه (م ٢٩٦ مرافعات) أي وجوب تحقق شرط المعاملة بالمثل، ويقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية (اختصاص نوعي) التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م ٢٩٧ مرافعات) أي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، وليس قلم كتاب محكمة التنفيذ، وذلك أيأ كانت قيمة الحق الثابت بالحكم الأجنبي.^٢

ولا يجوز إصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن الحكم الأجنبي لا يتعارض أو لا يتناقض مع حكم سبق صدوره من محاكم الجمهورية، ولا يتضمن ما

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٢٥-٤٢٦، ص ٨٣٤ وما بعدها.

^٢ د. فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ٢، ١٩٩٢ م، بند ٣٩٣، ص ٤٧٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية ١٩٨٤ م، بند ٤٢٦، ص ٤٨٨. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية في التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨ م، بند ٨٤، ص ١٠٧ وما بعدها. د. نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام القضائية وأثره على التنفيذ في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، س ٢٩، ع ٤٤، ديسمبر ٢٠٠٥ م، ص ٢٢٧ وما بعدها.

يخالف النظام العام أو الآداب فيها (م ٢٩٨/٤ مرافعات). وعلى ذلك لا يجوز إصدار أمر بتنفيذ حكم أجنبي إذا كان مناقضاً أو متعارضاً مع حكم وطني حتى لو كان الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الأمر المقضي في حين أن الحكم الوطني لم يحز تلك القوة. وتقتصر ولاية القاضي المصري على رفض إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي المناقض لحكم وطني ورفض تذييله بالصيغة التنفيذية دون أن يمتد عمله إلى الحكم بالبطلان، إذ القول بغير ذلك مؤداه مد ولاية القاضي المصري على أحكام المحاكم الأجنبية وهو ما لا يجوز.^١

^١ د.أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية في التنفيذ الجبري ، بند ٨٤، ص ١٠٧ وما بعدها.

نقض مدني ٢٥ / ٥ / ١٩٩٣م، طعن رقم ٦٢ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٤، ج ١، ق ٢٢٣، ص ٥٢٨.

-Cass. Civ.1^{Re}; 20 juin. 2006; Rév. Trim. dr. Civ. 2007; P. 172; Not. Philippe **Thery**.

-Cass. Civ.1^{Re}; 3 oct. 2000; Rév.Crit .dr. inter. Privé. 2001; P. 519; obs. **Bertrand Ancel**.

-Versailles; 29 juin 1995; Rév. Arb. 1995; P. 639; Not. Charles **Jarros**son.

-Cass. Civ. 1^{Re}; 23 mars 1994; Rév. Arb. 1994; P. 327; Not. Charles **Jarros**son.

-Cass. Civ. 1^{Re}; 23 mars 1994; Rév.Crit .dr. inter. Privé. 1995; P. 356; Not. **B.oppetit**.

هـ - الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون Le Pourvoi en

Cassation du Procureur Général dans l'intérêt de la loi : ي

حق للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية - أياً كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، وذلك في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها، والأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن، ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام، وتنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم، ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن (م ٢٥٠ مرافعات)^١.

وعلى ذلك يكون للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون والعدالة لإرساء المبادئ القانونية الصحيحة على أساس سليم، وذلك في الأحكام الانتهائية - أياً كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في: الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها، والأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن. والهدف من هذا الطعن مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل وتؤدي إلى تعارض وتناقض الأحكام القضائية في المسألة الواحدة مما يحسن معه

^١ د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م ٢٥٠، ص ٩٧١ وما بعدها. د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٩٧، ص ٧٧٥.

أن تقول محكمة النقض - محكمة عليا - كلمتها فيها لتضع حداً لتضارب وتنازع الأحكام القضائية، وإزالة البلبلة والشك والإضطراب لإرساء المبادئ القانونية الصحيحة على أساس سليم، وتوحد أحكام القضاء بعد إزالة قوة الحكم الذى نقض كسابقة يهتدى بها القضاء.^١

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام بنفسه شخصياً، وفي حالة غيابه أو خلو منصبه أو قيام مانع لديه يوقعها المحامى العام الأول الذى يلي النائب العام طبقاً للتبعية التدريجية، وتتنظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم، حتى يخلص لوجه القانون (م ٢٥٠ مرافعات).^٢

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٩٧، ص ٧٧٥ ومابعدها. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١٤٥، ص ١٢٩٩-١٣٠٠؛ الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١١٠ ومابعده، ص ٢٦٤ ومابعدها. د. أحمد هندى، التعليق، م ٢٥٠، ص ٥٢٣. نقض مدني ٢٣/٢/٢٠١٣م، طعن رقم ١٠٥٨٤ لسنة ٨٠ ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٢ - سبتمبر ٢٠١٣م، ق ١٣٩، ص ١٦٨-١٦٩.

نقض مدني ٢٩/١١/١٩٩٠م، طعن رقم ٢١٩٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٣٠٤، ص ٨٢٧.

نقض مدني ٣٠/٥/١٩٧٩م، طعن رقم ٤٣ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٣٠، ج ٢، ق ٢٧٤، ص ٤٨٣.

^٢ د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م ٢٥٠، ص ٩٧١ ومابعدها. د.نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١١٠ ومابعده، ص ٢٦٤ ومابعدها. د. أحمد هندى، التعليق، ج ٤م، ٢٥٠، ص ٥٢٦ ومابعدها.

والخصم الحقيقي فى هذا الطعن هو الحكم المطعون فيه. ولا تعلن صحيفة الطعن إلى أى من أطراف الحكم، ولا يتقيد بأى ميعاد؛ لأن سبب النقض لا يظهر غالباً إلا بعد فوات ميعاد الطعن. وحكم النقض فى الطعن - سواء أكان بالرفض أو بعدم القبول أو بالنقض - لا يؤثر فى حقوق الخصوم أو مراكزهم القانونية، أى يبقى الحكم المطعون فيه رغم نقضه منتجاً لآثاره كاملة بين الخصوم، وهذا الطعن لا يفيد ولا يضر الخصوم، ولا تنتظر محكمة النقض الموضوع بل تكتفى بنقض الحكم حتى لو كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، كما أنها لا تحيل الموضوع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه كمحكمة إحالة ، والمصلحة فى هذا الطعن هى مصلحة مثالية نظرية بحتة لتتبيه المحاكم إلى الخطأ الذى شاب الحكم المطعون فيه كسابقة قضائية.^١

وفى فرنسا يجوز للنائب العام - من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى طلب - الطعن بالنقض لمصلحة القانون فى أى حكم مخالف للقانون أو الإجراءات حتى ولو كان قد تم تنفيذه، وتعلن النيابة العامة لدى المحكمة التى أصدرت الحكم

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٩٧، ص ٧٧٥ ومابعدها. د.نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١١٠ ومابعده، ص ٢٦٤ ومابعدها. د. أحمد هندى، التعليق، ج ٤، م ٢٥٠، ص ٥٢٦ ومابعدها.

نقض مدنى ٢٤/٥/٢٠٠٨ م، طعن رقم ١٨١٠ لسنة ٧٨ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٦٦، ص ٢٥٤.

المطعون فيه الأطراف عن طريق قلم الكتاب بخطاب موسى عليه بعلم وصول)
1-618 art.).¹

ونهيّب بالمشرع المصرى حذف وإلغاء الفقرة الثالثة من (م ٢٥٠
مرافعات)؛ لأنه من غير المنطقى أن يصدر حكم من محكمة النقض بإلغاء الحكم
المطعون فيه بالنقض لمخالفته للقانون ثم نتركه ينفذ فى الواقع بين أطرافه تنفيذاً
جبرياً - وهو ما فعله المشرع الفرنسى بتعديل (1-618 art.) بمقتضى
(Décr. N° 81-500 du 12 mai 1981, art. 28) - بحجة عبارة المشرع
المصرى فى الفقرة الثالثة (ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن)، فهل من المعقول
أن ينفذ حكم بين أطرافه تنفيذاً جبرياً ثم تحكم محكمة النقض بنقضه لمصلحة

¹ -**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 452; P. 511.

-**Héron**; Droit Judiciaire Privé; N. 868; P. 701-702.

-**Couchez**; Procédure Civile ; N. 452; P. 475.

-**Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N. 1538-1539; P.
571-572.

-Serge **Guinchard**; Droit et Pratique de la Procédure Civile; **Dalloz**
Action; 1998; N. 6310; P. 1274-1275, N.6422; P.
1322.; Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris 2004; N.
553.13; P. 1131.

-Jean-Paul **Calon**; Pourvoi Dans l'intérêt de la loi; Juris. Calss. Proc.
Civ.; Fasc.775; N. 5, 8, 9 et 10 ets.

-Cass. Com.14 Juin 1971; J.C.P.1971; éd.G; II; 16868.

القانون والعدالة بعد طعن النائب العام عليه بالنقض، فأى عدالة يحملها الحكم الذى نفذ تنفيذاً جبرياً بين أطرافه، وأى العدالتين نستند إليها فى حياتنا ؟؟؟ !!! فما الذى يضير المشرع المصرى لو استفاد الخصوم من نتيجة حكم الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، وكان هذا الحكم هو السند التنفيذى للتنفيذ العكسى بين الخصوم، لو تم التنفيذ من قبل ؟؟؟ فالرجوع للحق خير من التماذى فى الباطل.

المبحث الثاني

شروط تناقض الأحكام المدنية كسبب للطعن بالنقض الاستثنائي

٩ - مجال الطعن بالنقض الاستثنائي:

يعتبر الطعن بالنقض طريق طعن غير عادي ضد الأحكام القضائية النهائية الصادرة من محكمة الاستئناف العالي (م ٢٤٨ مرافعات - art. 605 N.C.P.C.F. et art. L.411-2 C.O.J.F.) ، وذلك مالم ينص القانون على غير ذلك مثل نص (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618). فمؤدى نص المادة ٢٤٨ و ٢٤٩ من قانون المرافعات أن يقتصر الطعن بطريق النقض من الخصوم على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف سواء بتأييدها أو بإلغائها أو بتعديلها، والأحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التي أصدرتها إذا صدرت على خلاف حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي. وعلى ذلك تفرض محكمة النقض المصرية رقابتها وسلطانها على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف العالي بالقضاء العادي، وعليه يجوز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف العالي فى دعاوى بطلان أحكام التحكيم. كما تفرض محكمة النقض المصرية رقابتها وسلطانها على الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم

بذات أسباب الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف وبنفس إجراءات قانون المرافعات، وذلك بعد تعديل قانون إنشائها بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧م.^١

^١ د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢، ص ١٠. نقض مدني ٢٠١٣/٤/٣ م، طعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٧٢ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٢- سبتمبر ٢٠١٣ م، ق ١٤٠، ص ١٦٩.

نقض مدني ٢٠٠٥/٣/٢٢ م، طعن رقم ٢٤١٤ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٤٨، ص ٢٨٦.

نقض مدني ٢٠٠٥/٨/١ م، الطعان رقما ٦٦١، ٦٦٢ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ١٣٠، ص ٧٤٥.

نقض مدني ١٩٨٢/١/٢٥ م، طعان رقما ٤١١، ٤١٢ لسنة ٤٠ق، مج، س ٣٣، ج ١، ق ٣٢، ص ١٧٦.

-**Couchez et Langlade**; Procédure civile; N. 448-449; P. 505 ets.

-**Delage**; décisions avant dire droit et pourvoi en cassation; Rév. Huiss. 1986; P. 1516.

-Cass. Civ. 2^e; 14 sept. 2006; Rév. huiss. 2007; P. 27; obs. **Bazin**.

-Cass. Ch. Mixte; 28 janv. 2005; Rév. huiss. 2005; P. 324; obs.

Douchy-Oudot.

-Cass.Civ. 1^{Re}; 2 mars 2004; Rév. Trim. dr. Civ. 2005; P. 635; obs.

Perrot.

-Cass.Civ. 2^e; 9 juill. 1997; D. 1997; inf. rap. ; P. 205.

-Cass. ass. Plén. ; 2 Nov. 1990 ; Rév. Trim. dr. Civ. 1991; P. 173;

obs. **Perrot**.

والفصل في نزاع على خلاف حكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي كسبب للطعن بالنقض الاستثنائي في أي حكم انتهائي صادر من أي محكمة وأياً كانت نوع المسألة التي صدر فيها مدنية كانت أم تجارية ... يعتبر مخالفة للقانون باعتباره مخالفة للقاعدة القانونية المنصوص عليها في (م ١٠١ إثبات ، م ١١٦ مرافعات)، وخطأً في الإجراء على أساس أن المحكمة ليست لها ولاية الفصل في نزاع سبق الفصل فيه؛ إذ يترتب على صدور الحكم الأول السابق إنكار سلطة أي محكمة بعد ذلك في إعادة نظر النزاع الذي فصل فيه الحكم الأول السابق، ويرد الطعن بالنقض الاستثنائي للتعارض وأللتناقض على الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ.^١

ويحق للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - أياً كانت المحكمة التي أصدرته وأياً كان نوع المسألة التي صدر فيها مدنية كانت أم تجارية... - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي (م ٢٤٩ مرافعات، و م ٣/٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ م). ويمتد نطاق تطبيق هذا النص إلى أي حكم انتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته، ولا ينطبق على أحكام محكمة النقض؛ لأن أحكامها بآلة قاطعة لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير

^١ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م، بند ٦٤٠، ص ٩٤٧. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠٩ م، بند ٣٧٤، ص ٧٢٠.

العادية، ولا ينطبق على أحكام المحكمة الدستورية العليا (م ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م)، ولا على أحكام المحكمة الإدارية العليا، ولا يجوز الطعن بالنقض لتناقض أو لتعارض الأحكام إلا إذا صدر الحكمان من القضاء العادي، فيجوز الطعن بالنقض في حكم موضوعي مناقض لحكم موضوعي آخر، وفي حكم مستعجل مناقض لحكم مستعجل آخر... وانتهائية الحكم درجة في قوته الإجرائية تعنى عدم قابليته للطعن بالاستئناف، أما حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي فتعنى عدم قابليته لطرق الطعن العادية (المعارضة و الاستئناف)^١.

وعلى ذلك فتعارض أو تناقض أو تنافر الأحكام القضائية يجعل الحكم الانتهائي - أيا كانت المحكمة التي أصدرته من جهة القضاء العادي، سواء أكان صادراً من محكمة الدرجة الثانية أي محكمة الاستئناف أم المحكمة الكلية بهيئة استئنافية أم كان صادراً من محكمة الدرجة الأولى (محكمة جزئية أو ابتدائية) - بصفة انتهائية قابلاً للطعن فيه بالنقض خلافاً للقاعدة العامة التي تقصر الطعن

^١ د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٢ م، بند ٨. د. أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز، بند ٣١، ص ٥٠ وما بعدها. د. أحمد خليل، التعارض، ص ١١٩، ١٦٨.

-Y. Capron; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 783; N. 21.

-Cass. Soc. ; 5 juin 1985; D. 1986; Inf. rap. ; P. 222; obs. P. Julien ; Rév. huiss. 1986; P. 1597; Note Lescaillon.

بالنقض على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف. ولذلك فمحل الطعن بالنقض لتناقض الأحكام يكون الحكم الانتهائي اللاحق الثاني الأحدث في التاريخ، وليس الحكم الأول السابق الحائز لقوة الأمرالمقضي عند صدور الحكم الثاني اللاحق الأحدث تاريخاً، سواء أكان الحكم الأول السابق حائزاً لقوة الأمر المقضي منذ صدوره أم في وقت لاحق، وسواء أكان الحكم السابق صادراً من محكمة الدرجة الثانية أي من محكمة الاستئناف أو من المحكمة الكلية بهيئة استئنافية أم كان صادراً من محكمة الدرجة الأولى أي من المحكمة الجزئية أو من المحكمة الابتدائية أو حتى من محكمة النقض كمحكمة موضوع. بمعنى أن الحكم القضائي الأول السابق لن يكون محلاً للطعن بالنقض، وسيقتصر محل الطعن بالنقض على الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ.¹

١٠ - التنظيم التشريعي الفرنسي لشروط التناقض أو التنافر كسبب للطعن بالنقض الاستثنائي:

نصت (art. 34) من الباب الخامس والثلاثين من الأمر الملكي الصادر في عام ١٦٦٧م على جواز الطعن في الحكم للمجلس الأعلى الذي حلت محله محكمة النقض إذا كان الحكمان صادرين من محكمتين مختلفتين، ثم بعد ذلك أجاز قانون المرافعات الفرنسي القديم لسنة ١٨٠٦م الطعن بالنقض عند وجود

¹ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات، بند ٦٤٠، ص ٩٤٧. محمد أحمد عابدين، الوسيط في الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٤ م، ص ٣٠٧.

حكيم انتهائيين متعارضين أو متناقضين صادرين عن محكمتين مختلفتين بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة نفسها المحكوم فيها بمقتضى نص (art. 504, anc. C.P.C.F.) لإلغاء الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المناقض والمعارض لحجية الأمر المقضي التي يتمتع بها الحكم الأول، إلا أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٧٥ م ألغى نص (art. 504, anc. C.P.C.F.) واستعاض عنه بنص (art. 605) الذي جعل حالة وجود حكيم انتهائيين متعارضين أو متناقضين في جميع الأحوال - سواء أكانا صادرين عن محكمة واحدة أم محكمتين مختلفتين - ضمن حالات الطعن بالنقض لإلغاء الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المناقض والمعارض لحجية الأمر المقضي التي يتمتع بها الحكم الأول السابق، وجعل ميعاد الطعن بالنقض للتناقض شهرين من تاريخ تحقق علم الطاعن بتوافر حالة التناقض، وتقوم محكمة النقض بنقض الحكم الثاني اللاحق لصالح الحكم الأول السابق، ويكون النقض بدون إحالة Cassation sans renvoi. وفي تعديل عام ١٩٧٩ م ألغى المشرع الفرنسي نص (art. 605) وأحل محلها نص المادتين (art. 617 et 618) لتنظيم حالات الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو لتعارض أو لتنافر أو عدم توافق الأحكام القضائية، وهما يختلفان في أحكامهما عن نص (art. 605) الملغاة بتعديل ١٩٧٩ م.^١

1 -Faye; La cour de cassation; N. 115 -118 ; P. 129 -133., N. 240 ; P. 272-273.

وبمقتضى نص (art. 617) جعل المشرع الفرنسي حالة تعارض أو تناقض الأحكام en dernier ressort الانتهائية de Jugements La Contrariété الصادرة بين الخصوم أنفسهم، وفي المسألة نفسها المحكوم فيها - سواء أكانت صادرة عن محكمة واحدة أم محكمتين مختلفتين - ضمن حالات الطعن بالنقض الاستثنائي؛ لإلغاء الحكم الثاني اللاحق للأحدث في التاريخ المطعون فيه المناقض والمعارض لحجية الأمر المقضي التي يتمتع بها الحكم الأول السابق، مثل الحكم بصحة عقد والحكم ببطلانه. ويرفع الطعن بالنقض الاستثنائي ضد الحكم الثاني اللاحق فقط خلال ميعاد الطعن بالنقض - شهرين - المنصوص عليه في (art. 612) من تاريخ إعلان الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه بمقتضى نص (art. 528)، وذلك بشرط سبق تمسك المحكوم له في الحكم الأول السابق بحججته أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه بالنقض، ولكن دون جدوى، أي رفضت محكمة الحكم الثاني الدفع بعدم القبول المستمد من حجية الأمر المقضي؛ لأن حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام في فرنسا، ولمحكمة

-Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; N. 75.09; P. 397.

-Jacques **Mauro**; Contrariete de Jugements et inconciliabilite de Jugements Code de Procedure et Convention de Bruxelles; Gaz. Pal. 1980;1; doct.; P. 144.

-Gérard **Couchez**et Xavier **Lagarde**; Procédure civile; 16 éd.; Sirey; Paris; 2011; N. 4; P. 509-510.

النقض إلغاء ونقض الحكم الثاني المطعون فيه دون إحالة Cassation sans renvoi، والقضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، ويبقى الحكم الأول قائماً مرتباً لآثاره حائزاً قوة الأمر المقضي منظماً للعلاقة بين الخصوم؛ لأنه كان يجب عدم صدور الحكم الثاني لسبق الفصل في النزاع بالحكم الأول السابق. ويجب على محكمة النقض نقض الحكم الثاني اللاحق بدون إحالته إلى محكمة الموضوع؛ لأن خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي لم يعد فيها ما يقتضى الفصل فيه بعد النقض، فلا يوجد بعد النقض ما يستلزم الفصل فيه من جديد وبالتالي لا مجال للإحالة (art. 627 al. 1).¹

وبمقتضى نص (art. 618) جعل المشرع الفرنسي حالة تضارب أو تنافر أو عدم توافق الأحكام de Jugement L'inconciliabilité الانتهائية غير القابلة للطعن العادي، والصادرة في نفس المسألة المحكوم فيها، ولكن بتقييم مختلف للوقائع من قضاة الموضوع بشكل يؤدي إلى عدم المعقولية وإنكار للعدالة، سواء أكانت صادرة عن محكمة واحدة أم محكمتين مختلفتين ضمن حالات الطعن بالنقض الاستثنائي، بهدف علاج تضارب تنفيذ حكيم inconciliables «

¹ –**Vincent et Guinchard**; Procédure civile; N. 1570; P. 950.

–**Couchez**; Procédure Civile ; N. 451; P. 473.

–Emmanuel **Blanc** et Jean **Viatte**; Nouveau Code de Procédure Civile;
Commenté dans L'ordre des articles; Paris; 1991; art. 617; P.
3761.

–**Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N. 1544; P. 573.

« dans leur exécution » متتافرين أو غير متوافقين في وقت متعاصر أو متزامن بحيث يؤدي إلى إنكار العدالة، أى استحالة التنفيذ الجبرى القضائى لهما فى نفس الوقت. *une impossibilité juridique d'exécution*، وذلك مثل صدور حكم لصالح التاجر بصلح واقى من الإفلاس يتنافر مع حكم آخر بإشهار إفلاسه وتصفية ممتلكاته. وصدور حكم بالطلاق بين الزوجين لخطأ أو لزنا الزوجة يتنافر مع حكم آخر بإلغافصال الجسمانى لخطأ الزوج. وحكم بنقل عامل من الشركة يتضارب مع حكم آخر بعدم نقل نفس العامل. وصدور حكم بوجوب هدم مبنى لتجاوزه مساحة البناء القانونية لا يتوافق مع حكم آخر بعدم هدم نفس المبنى للالتزام بمساحة البناء القانونية. والحكم بملكية عقار ملكية مشتركة يتنافر مع حكم آخر بملكية نفس العقار ملكية خاصة فردية... فنكون بصدد تضارب أو تنافر أو عدم توافق بين حكمين صحيحين يؤدي إلى استحالة تنفيذهما معاً فى نفس الوقت. والطعن بالنقض الاستثنائى بسبب هذا التنافر بين الأحكام القضائية الصحيحة لا يقوم بشكل مباشر على أساس مخالفة القانون، ولا على أساس مخالفة حجية الأمر المقضى، وإنما على أساس استحالة التنفيذ فى وقت واحد بشكل يؤدي إلى إنكار العدالة.¹

¹ –Jacques Héron; Droit Judiciaire Privé; 3 éd.; 2006; N. 865–866; P. 698–700.

–Gérard Couchez; Procédure Civile ; N.451; P.473.

ويرفع الطعن بالنقض ضد الحكمين المتنافرين السابق واللاحق معاً - سيُحكّم بعدم قبول الطعن إذا رُفِعَ عن حكم واحد منهما فقط - وفي أى وقت حتى لو بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض - شهرين - المنصوص عليه في (art. 612)، فلا يشترط رفعه خلال ميعاد محدد خاص، وهو أمر منتقد من جانب الفقه حيث يؤدي ذلك إلى زعزعة وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية للطعن بالنقض الاستثنائي في أى وقت في حكم تم تنفيذه لمجرد صدور حكم آخر مناقض له ولو بعد سنوات عدة حتى تقادم الحق المحكوم فيه بمضى ثلاثون عاماً في فرنسا وتبقى مشكلة تنافر الأحكام دون حل. كما لا يشترط سبق الدفع بحجية الأمر المقضي من المحكوم له في الحكم الأول السابق أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم الثاني اللاحق، كما لا يشترط وحدة الخصوم في الحكمين، فيجوز الطعن حتى لو اختلف الخصوم، بل تكفي مجرد وجود علاقة للخصوم بين الحكمين بعناصر مشتركة بينهما. ولمحكمة النقض سلطة تقديرية في اختيار الحل الملائم إما

-Jacques et Louis **Boré**; Pourvoi en cassation; Ency. Dalloz, Septembre Mise à jour, octobre 2013; N. 422-423. 2008;

-Cass. Civ. 2^e; janv. 2004; Gaz. Pal. 13-15 mars 2005; P. 16; obs. du

Rusquec.

-Cass.Com. ; 12 Janv. 1988; Bull. Civ.; IV; N. 10; P. 8.

-Cass. Civ. 2^e; 17 Nov. 1982; Gaz. Pal. 1983; Pan.; P. 100; obs. S.

Guinchard.

-Cass. Civ. 3^e; 6 Janv.1982; Gaz. Pal. 1982; Juris.; P. 388-389; Not.

J. Viatte.

بمحاولة التقريب بين الحكمين المتنافرين، وإما بإلغاء ونقض أحد الحكمين دون الآخر بلا إحالة Cassation sans renvoi ليظل الحكم الآخر قائماً مرتباً لآثاره حائزاً قوة الأمر المقضي منظماً للعلاقة بين الخصوم، وإما أن تقضى محكمة النقض بنقض الحكمين معاً وإحالة القضية Cassation avec renvoi لمحكمة إحالة واحدة تحدها، وذلك بهدف حسم النزاع في مجمل القضية بحكم واحد جديد من حيث الواقع والقانون en fait et en droit بعد أن نقضت محكمة النقض الحكمين معاً، وذلك لتجنب ظهور التنافر بين تلك الأحكام مرة ثانية من جديد. ١

١ وقد نقل المشرع الجزائري نفس أحكام القانون الفرنسي الواردة في art. 617 et 618 ترجمة حرفية إلى نص م ٣٥٨ / ١٣، ١٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٨-٠٩ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ ف. وقريب منها المشرع المغربي في الفصل ٣٩٠ مسطرة مدنية.

-Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; N. 75.09 ets; P. 397 ets.

-**Couchez**; Procédure Civile ; N. 451; P. 473.

-A. **Perdriau**; Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement; J.C.P. éd. G. 1997; 1; 3990. N. 29; P. 18.

-Y.**Capron**; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur.Clas. Proc. Civ.; Fasc. 783; N. 51.

-**Guinchard**; Droit et Pratique; N. 553.482; P. 1159- 1160.

-Cass. Com.; 18 juin. 2013; Rév. Trim. dr. Civ.2013; P. 668; Not.

Roger **Perrot**.

-Cass. Ch. Mixte.; 11 déc. 2009; J.C.P. 2009; P. 583; Obs. **Cholet**.

–Cass.Com.; 17 Nov. 2009; Procédures 2010; Com.; N. 19; obs.

Roland.

–Cass. Soc.; 13 sept. 2005, D. 2006. ; Jur. 279, Note **Devers**.

–Cass. Civ. 2^e ; 14 Oct. 2004; Bull. Civ. 2004; II; N. 456; P. 387.

–Cass. Civ. 2^e ; 22 janv. 2004; D. 2004; somm.; P. 1202; Obs. **Julien**.

–Cass. Civ. 2^e ; 11 déc. 2003; Bull. Civ. 2003; II; N. 377; P. 310.

–Cass. Civ. 1^{re} ; 3 oct. 2000; Rév.Crit .dr. inter. Privé. 2001; P. 519;
Obs. **B.A.**

–Cass. Civ. 1^{re} ; 13 oct. 1998; Bull. Civ. 1998; I; N. 292; P. 202.

–Cass. Civ. 1^{re} ; 13 Janv.1998; Bull. Civ. 1998; I ; N. 9; P. 6.

–Cass. Civ.2^e; 12 Janv. 1994; J.C.P. éd. G. 1995; II ; 22435; Not. C.

Puigelier.

–Cass. Civ.2^e; 7 Nov. 1994; Justices. 1995; 2; 279; Not. **Héron**.

–Cass.Civ. 2^e; 12 janv. 1994; J.C.P. 1995; II; 22435; P. 198; Not.

Cattherin **Puigelier.**

–Cass.Civ. 2^e; 23 janv. 1991; J.C.P. 1991; IV; P. 106.

–Cass. Civ. 1^{re} ; 3 mai. 1988; Bull. Civ. 1988; I; N. 122; P. 85.

–Cass.Soc. 25 avr.1985; J.C.P. 1985; IV; P. 233.

–Cass.Soc. 12 Févr. 1985; J.C.P. 1985; IV; P. 152.

–Cass. Civ. 3^e ; 6 Janv.1982; Rév. Trim. dr. Civ. 1982; N. 4; P. 790–
791; Not. **Perrot**.

–Cass. Civ. 2^e ; 17 Nov. 1982; Bull. Civ.1982; II; N. 144; P. 104.

–Cass. Civ. ; 10 Févr. 1953; J.C.P. 1953; II; 7636; Not. **Perrot**.

١١ - الشروط الخاصة لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي:

وإذا كان القانون الإجرائي قد أجاز للخصوم أن يطعنوا بالنقض في أي حكم انتهائي - أيًا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618) باعتباره خطأ في الإجراء على أساس أن المحكمة ليس لها ولاية الفصل في نزاع سبق الفصل فيه؛ إذ يترتب على صدور حكم سابق إنكار سلطة أي محكمة بعد ذلك في إعادة نظر النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم. ويرد الطعن بالنقض على الحكم اللاحق على أساس صدوره مناقضاً للحكم الأول السابق، ولا مصلحة للطاعن في إلغاء الحكم الثاني إذا لم يكن مناقضاً ومتعارضاً مع الحكم الأول، ويشترط لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تنافر الأحكام القضائية توافر شرطان في الحكم الأول السابق هما (حيازته لقوة الأمر المقضي، وصدوره بين الخصوم أنفسهم)، وتوافر شرطان في الحكم الثاني اللاحق هما (الانتهائية والتناقض). ويقع على عاتق الطاعن بالنقض الاستثنائي عبء إثبات صدور حكم سابق في الطعن بالنقض الاستثنائي بتقديم صورة رسمية منه وإلا كان طعنه عارياً من الدليل ومردوداً يتعين رفضه، وكذلك يقع على عاتق

الطاعن بالنقض الاستثنائي عبء إثبات توافر الشروط الأربعة المطلوبة (م ٢٤٩ مرافعات)، وإليك تفصيل القول في هذه الشروط^١

١ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات، بند ٦٣٩، ص ٩٤٦-٩٤٧. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٦٨، ص ٧٠٦؛ بند ٣٧٤، ص ٧٢٠. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ٤١، ص ٧٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضى، ص ٨٣٢-٨٣٣. نقض مدنى ٣/٢٠/٢٠١٣م، طعن رقم ١٠١٤٠ لسنة ٧٦ ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٢- سبتمبر ٢٠١٣م، ق ٧٧، ص ١٠٦-١٠٧.

نقض مدنى ١٢/٥/٢٠٠٢ م، طعن رقم ١٠٩٥ لسنة ٦١ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٢١، ص ٦٢٥.

نقض مدنى ٣٠/٦/٢٠٠٢ م، طعن رقم ٧٢١٩ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٧٥، ص ٨٩٨.

نقض مدنى ١٧/١٢/١٩٩١ م، طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٦١ق، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٩٩، ص ١٩٠٠.

نقض مدنى ٢/٥/١٩٩٠ م، طعن رقم ١٤٩ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤١، ج ٢، ق ١٧٧، ص ٤٣.

نقض مدنى ٢٩/٣/١٩٨٨ م، طعن رقم ٨٧ لسنة ٥٦قأحوال

شخصية، مج، س ٣٩، ج ١، ق ١٠٩، ص ٥٤٨.

نقض مدنى ٢٢/٣/١٩٨٤ م، طعن رقم ٤٢٧ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١٥٠، ص ٧٩٠.

نقض مدنى ٢١/٤/١٩٨٠ م، طعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤١ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ٢٢٢، ص ١١٥٤.

نقض مدنى ١٠/٣/١٩٧٩ م، طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٠، ج ١، ق ١٤٠، ص ٧٧١.

١٢- الشرط الأول: أن يكون الحكم الأول السابق حائزاً لقوة الأمر المقضي وقت صدور الحكم الثاني اللاحق:

بمعنى أن يكون الحكم الأول السابق حائزاً لقوة الأمر المقضي *autorité de la chose jugée* غير قابل للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية المعارضة أو الاستئناف وقت صدور الحكم الثاني اللاحق، حتى لو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية التماس إعادة النظر والنقض أو أن يكون مطعوناً فيه بالفعل بأي من هذين الطريقين. أي يكون الحكم الأول السابق انتهائياً عند صدور الحكم الثاني اللاحق، فلا ينظر إلى وقت رفع الدعوى الثانية بل إلى وقت صدور الحكم الثاني، كما لا ينظر إلى وقت صدور الحكم الأول، سواء أكان الحكم الأول السابق قد صدر بصفة انتهائية أم صدر ابتدائياً ثم صار انتهائياً بفوات ميعاد الطعن أو بقبول الحكم من المحكوم عليه، وأياً كانت المحكمة المختصة التي صدر منها الحكم السابق سواء أكانت محكمة أول درجة أو محكمة

نقض مدني ١٩٧٧/٢/٢ م، طعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق، مج، س ٢٨، ج ١، ق ٧١، ص ٣٥٩.

نقض مدني ١٩٧٣/١/٣ م، طعن رقم ٥ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية، مج، س ٢٤، ج ١، ق ٥، ص ١٨.

استثنائية أو محكمة الإلتماس أو محكمة النقض ذاتها أو نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الثاني اللاحق.^١

ويستوي أن يكون الحكم صادراً من محكمة مدنية أو من محكمة جنائية في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجنائية، حتى لو كان الحكم السابق قد صدر مخطئاً أو مخالفاً لقوة الأمر المقضى لحكم سابق عليه أو لقاعدة قانونية ولو كانت متعلقة بالنظام العام؛ لأن قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام، وأن يكون حكماً صادراً من جهة منحها القانون ولاية الفصل في موضوع النزاع بقضاء قطعي حاسم لارجوع فيه من جانب المحكمة المختصة التي أصدرته، فإذا صدر من جهة قضائية غير مختصة بنظر النزاع فلا يكون له حجية الأمر المقضي أمام المحاكم العادية. ومن أمثلة ذلك الحكم بصورية عقد بيع رغم سبق القضاء بصحته ونفاذه، والحكم بالزام المشتري ببيع العين المبيعة بوصفه غاصباً رغم سبق القضاء

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢٠-٧٢١. د. أحمد هندي، التعليق، م ٢٤٩، ص ٥١٦-٥١٧. هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧ م، ص ١٣٩. نقض مدني ٢٠٠١/٢/١٠ م، طعن رقم ٦٦ لسنة ٦٥ ق أحوال شخصية، مج، س ٥٢، ج ١، ق ٥٩، ص ٢٨٤.

نقض مدني ١٩٧٢/١/٢٠ م، طعن رقم ٧٩ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٣، ج ١، ق ١٥، ص ٩٧. نقض مدني ١٩٦٨/٤/١٨ م، طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٤ ق، مج، س ١٩، ج ٢، ق ١١٥، ص ٧٩٥.

نقض مدني ١٩٥٢/٦/٥ م، طعن رقم ١٢٩ لسنة ٢٠ ق، مج ٥٠ عاماً، ج ٤، ق ٨٧٢، ص ٤٥٩٩.

بصحة ونفاذ عقد البيع له، والحكم بفسخ عقد بيع لعدم سداد الثمن رغم سبق القضاء بصحة ونفاذ عقد البيع لسداد الثمن كاملاً.^١

والعبرة في توافر وصف حائز لقوة الأمر المقضي تكون وقت صدور الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه، ولو قبل الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر في تاريخ لاحق على ذلك، ودون اعتداد بما قد يطرأ عليه بعد ذلك من فقدته لهذا الوصف عن طريق نقضه من خلال الطعن عليه بالنقض؛ إذ لا يغير ذلك من حقيقة أنه كان حائزاً لقوة الأمر المقضي عند صدور الحكم الثاني اللاحق، وما كان للحكم الثاني اللاحق أن يخالفه ويجيء على خلافه.^٢

كما يستوي أن يكون الحكم السابق صحيحاً أو خارجاً في قضائه على صحيح القانون أو خالف قاعدة قانونية أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام؛ لأن

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢٠-٧٢١. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ٤١، ص ٧٤ وما بعدها؛ بند ١٠٢، ص ٢٤٩؛ بند ١٠٨، ص ٢٥٧ وما بعدها. د. أحمد هندي، التعليق، م ٢٤٩، ص ٥١٦-٥١٧. نقض مدني ١٠/١١/٢٠٠١ م، طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٦٥ ق أحوال شخصية، مج، س ٥٢، ج ٢، ق ٢١١، ص ١٠٨٦.

نقض مدني ١٩٨٩/٢/٧ م، طعن رقم ١٣٧ لسنة ٥٥ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٧٧، ص ٤١٢.

^٢ د. مصطفى كيره، النقض المدني، بند ٥٣٤، ص ٤٨٣-٤٨٤. هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧ م، ص ١٣٩. نقض مدني ٢٨/١/٢٠٠٣ م، طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٦٨ ق أحوال شخصية، مج، س ٥٤، ج ١، ق ٥١، ص ٢٨٩. نقض مدني ١٠/٣/١٩٩٦ م، طعن رقم ١١٩٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٤٣٩.

قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام وتغطي الخطأ في تطبيق القانون، وإذا لم يكن الحكم الأول السابق قد حاز قوة الأمر المقضي فإن الحكم الثاني اللاحق لا يطعن فيه إلا وفق القواعد العامة، أي بالاستئناف إن كان صادراً من محكمة الدرجة الأولى، وبالنقض إن كان صادراً من محكمة الدرجة الثانية، وذلك على اعتبار أن القضاء على خلاف حكم سابق- فيه إنكار لحجية الأمر المقضي للحكم الأول السابق- هو مخالفة للقانون.^١

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن: " قضاء محكمة النقض بنقض الحكم الأول في ذات اليوم الذي قضت فيه في الطعن في الحكم الأخير الذي جاء على نقيضه لا يغير من حقيقة أن الحكم الأول كان حائزاً لقوة الأمر المقضي فما كان يجوز أن الحكم الأخير على خلافه. إذن فنقض الحكم الأول لا يحول دون القضاء بنقض الحكم الأخير، ولا يصح القول بأن الطاعن في هذا الحكم لم تعد له مصلحة من الطعن عليه بعد نقض الحكم الأول الذي هو أساس طعنه، فالعبرة في تحرى هذه المصلحة هي بوقت صدور الحكم المطعون فيه ".^٢

^١ الإشارة السابقة .

^٢ نقض مدني ١٩٩٥/١/٢٥م، طعن رقم ١٤٠٧ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ٤٧، ص ٢٣٨.

نقض مدني ١٩٩٣/٢/٤ م، طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٤، ج ١، ق ٨٣، ص ٤٩٧.

ويجب لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تناقض الأحكام أن تكون بصدد حكمين قضائيين على الأقل صادرين من نفس جهة القضاء العادي لها اختصاص بالفصل في موضوع النزاع. أي يجب أن يكون العمل السابق حكماً حتى يحوز قوة الأمر المقضي، ولذا لا يعتبر قضاءً: الفتوى أو القرار الإداري أو العمل الولائي ... وعليه فلا ينقض حكم قضائي لاحق لمناقضته فتوى أو قرار إداري أو أمر ولائي سابق، ولا يجوز الطعن بالنقض الاستثنائي للتعارض أو للتناقض إذا كان الحكم الأول السابق حكماً إدارياً صادراً من جهة القضاء الإداري، والحكم الثاني اللاحق صادر من جهة القضاء العادي، إنما يجوز الطعن فيهما أمام المحكمة الدستورية العليا وليس أمام محكمة النقض بالنقض الاستثنائي.¹

١٣- الشرط الثاني: أن يكون الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه قد صدر
انتهائياً:

يجب لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض الأحكام القضائية أن يكون الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المطعون فيه بالنقض الاستثنائي للتناقض أو التعارض حكماً انتهائياً Jugement en dernier (resort)، وصادراً من جهة قضائية مختصة ومنهياً للخصومة كلها أو لكونه من

نقض مدني ١٩٤٧/٤/٢٤ م، طعن رقم ٨٠ لسنة ١٦ ق، مجموعة الربع قرن، ص ١١٣٣.
١ د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٨٣٣. محمد أحمد عابدين، الوسيط في الطعن، ص ٣٠٨.

الأحكام التي يجوز الطعن فيها مباشرة على استقلال ولو صدرت قبل الحكم المنهي للخصومة كلها وفقاً لما تقتضيه (م ٢١٢ مرافعات مصري) أي كان صدوره انتهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، وأياً كان مصدر انتهائيته لحظة صدوره، وأياً كانت المحكمة التي أصدرته، سواء أكان صادراً من محكمة الدرجة الأولى في حدود نصابها الانتهائي كالمحكمة الجزئية أو الابتدائية باعتبارها محكمة أول درجة أم كان صادراً من محكمة الدرجة الثانية كالمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أو محكمة الاستئناف العالی أم كان صادراً من محكمة الدرجة الثانية كمحكمة التماس إعادة النظر، فالحكم الصادر في الإلتماس من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أو من محكمة الاستئناف العالی يقبل الطعن فيه بالنقض للتعارض أو التناقض. وسواء أكان صادراً من نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الأول السابق أم من محكمة أخرى. (م ٢٤٩ مرافعات - art. 605, 617 et 618).^١

والأحكام الانتهائية هي الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، ولا تكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف إما لصدورها في حدود قيمة النصاب الانتهائي - سواء أكانت المحكمة الجزئية (م ١/٤٢ مرافعات) أم الابتدائية (م ١/٤٧

^١ د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١١٨، ص ١٢٦٧؛ بند ١١٣٢، ص ١٢٨٢-١٢٨٣؛ الوسيط في الطعن بالنقض، بند ٤١، ص ٧٤؛ بند ١٠٦، ص ٢٥٣-٢٥٤. د. مصطفى كيره، النقض المدني، بند ٥٣٥، ص ٤٨٥-٤٨٦. د. محمود السيد التحيوي، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٧ م، ص ١١٥. أحمد جلال الدين هلالی، قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧ م، بند ٣٨٢، ص ٣٦٦-٣٦٧.

مرافعات) - أو بإتفاق الخصوم ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم أول درجة انتهائياً (م ٢/٢١٩ مرافعات)، أو صدر انتهائياً بنص القانون المانع من الطعن فيه بالاستئناف، أو صار انتهائياً لفوات ميعاد استئنافه، أو صار انتهائياً بانقضاء خصومة الاستئناف بغير حكم فى موضوعها لعدم موالاة السير فيها.^١

وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن المقصود بالحكم الانتهاى فى الطعن بالنقض الاستثنائى لتناقض أو تعارض الأحكام هو الحكم الذى صدر انتهائياً، أى أن العبرة بصدوره انتهائياً وليس بصيرورته انتهائياً فى وقت لاحق بعد صدوره، وذلك تمشياً مع الأصل العام الذى يقضى بعدم جواز الطعن بطرق الطعن غير العادية فى أحكام محاكم الدرجة الأولى حتى لو كانت مواعيد الطعن فيها بالطرق العادية قد انقضت؛ لأن الحق فى الطعن بطريق طعن غير عادى رهين باستنفاد طرق الطعن العادية؛ ولأن المنع من الطعن بالاستئناف كطريق طعن عادى يمنع من الطعن بالنقض كطريق طعن غير عادى.^٢

^١ د. أحمد صاوى، الوسيط، بند ٤٤٥، ص ٧٠٨. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ٢٦، ص ٣٦-٣٧؛ بند ١٠٦، ص ٢٥٣-٢٥٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضى، ص ٨٣٩ وما بعدها. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١٨٣ وما بعدها.

- **Guinchard**; Droit et Pratique; N.553.41 ets. ; P. 1133 ets.

^٢ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م ٢٤٩، ص ٩٧٠-٩٧١. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٦٨، ص ٧٠٦؛ بند ٣٧٤، ص ٧٢١. د. أحمد صاوى، الوسيط، بند ٦٠٣، ص ٩٥٩. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ٤١، ص ٧٥؛ بند ١٠٦، ص ٢٥٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضى، ص ٨٣٢-٨٣٣. د. محمد نور شحاتة، الوسيط فى قانون المرافعات المدنية

وعليه فلا يجوز الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض الأحكام في الحكم الثانی اللاحق للأحدث في التاريخ الذي اكتسب صفة الانتهائية في وقت لاحق بعد صدوره، أي الذي صار انتهائياً بعد أن كان قد صدر ابتدائياً قابلاً للطعن فيه بالاستئناف، ثم صار انتهائياً لقبوله من المحكوم عليه أو لفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف أو نزل عنه، أو إذا صار انتهائياً بعد ذلك لسقوط حق الطعن فيه؛ لعدم موالاة سير خصومة الطعن فيه بالاستئناف وانقضاؤها بغير حكم في الموضوع لسقوطها أو لانقضائها بمضى المدة أو لاعتبارها كأن لم تكن... فلا يجوز الطعن في كل تلك الأحكام بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض الأحكام حتى ولو توافر أحد أسبابه؛ لأن الحق في الطعن في الحكم بطريق طعن غير عادي رهين باستنفاد طرق الطعن العادية، حتى لو خالف حجية حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي، وهي نتيجة يجب التوجس منها خيفة؛ لبقاء التناقض والتعارض

والتجارية، ٢٠٠٧ م، ص ٩٢٧. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، م ٢٤٩، بند ٦٨٨، ص ٣٤٦. د. محمود السيد عمر التحيوي، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٧ م، ص ١١٥. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٨٠٢ ومابعدھا. عبدالمنعم حسني، طرق الطعن، ج ٢، م ٢٤٩، بند ١٠١٩، ص ٩٣٣ ومابعدھا. نقض مدني ٢٠٠٢/٥/١٢م، طعن ١٠٩٥ لسنة ٦١ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٢١، ص ٦٢٥. نقض مدني ٢٠٠٢/٦/٣٠م، طعن ٧٢١٩ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٧٥، ص ٨٩٨. نقض مدني ١٩٩٥/٢/٩م، طعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥١ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ٧٠، ص ٣٦٣. نقض مدني ١٩٦٩/٥/٢٧ م، طعن رقم ٢٩٥ لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢٠، ج ١، ق ١٢٩، ص ٨١٧.

بين تلك الأحكام القضائية مشكلة مستعصية دون حل عملي بأى طريق من طرق الطعن، خاصة بعد استغلاق طريق الطعن بالاستئناف الاستثنائي، وبالتالي استغلاق طريق الطعن بالنقض الاستثنائي أيضاً.^١

وهذا هو ما دفع بعض الفقهاء بحق - وهو الرأى الذى ننضم إليه وننادى به - إلى تفضيل إجازة الطعن بالنقض لتناقض الأحكام في الحكم الثانى اللاحق سواء أكان قد صدر انتهائياً أم صار انتهائياً لعدم التضييق من نطاق هذا الطعن بالنقض. وباعتبار أن المحكمة الاستئنافية لا تملك إهدار قوة الأمر المقضي للحكم الثانى اللاحق والذي صار انتهائياً بحجة مخالفته لحكم سابق في الحالة التي يكون فيها الحكم الأول قد حاز قوة الأمر المقضي، فنكون بصدد حكم

^١ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢١-٧٢٢. عبد المنعم حسنى، طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية، ج ٢، ط ٢، مدونة التشريع والقضاء بالقاهرة ١٩٨٣م، م ٢٤٩، بند ١٠١٩، ص ٩٣٢.

نقض مدني ١٩٩٥/٢/٩ م، طعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥١ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ٧٠، ص ٣٦٣.

نقض مدني ١٩٩٣/٤/٤ م، طعن رقم ٤٧٧ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٤، ج ٢، ق ١٤٧، ص ٢٥.
نقض مدني ١٩٩٢/١٢/٣١ م، طعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤٣، ج ٢، ق ٣٠١، ص ١٤٨٥.

نقض مدني ١٩٧٧/١/١١ م، طعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٣ ق، مج، س ٢٨، ج ١، ق ٤٧، ص ٢٠٧.

نقض مدني ١٩٦٩/٥/٢٧ م، طعن رقم ٢٩٥ لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢٠، ج ١، ق ١٢٩، ص ٨١٧.

سابق حاز قوة الأمر المقضي وحكم لاحق حاز تلك القوة ولا يمكن الطعن فيه لا بالاستئناف (م ٢٢٢ مرافعات) ولا بالنقض (م ٢٤٩ مرافعات). والمفهوم الصريح لنص (م ٢٤٩ مرافعات) لا يعارض ذلك الفهم بعبارة (... في أي حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التي أصدرته...) الواردة باللفظ العام المطلق، وإلا اكتفي المشرع بدخول صورة التناقض أو التعارض بين الأحكام في عموم نص (م ٢٤٨ مرافعات) لما ينطوى عليه من مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، ولأننا بصدد طعن بالنقض الاستثنائى هدفه منع تعارض أو تناقض الأحكام فيكون منطق المشرع هو التحلل من حكم القواعد العامة لرفع التناقض، فالطعن بالنقض هنا هو الوسيلة الوحيدة لإزالة التعارض بين حكم لاحق انتهائى وحكم سابق حاز قوة الأمر المقضي بين الخصوم أنفسهم وعن المسألة المحكوم فيها ذاتها، كما أن صدور أحكام متناقضة أو متعارضة في دعوى واحدة أمر يستوجب التصحيح وإلا ظل وجود لحالات تناقض أو تعارض بدون تصحيح. فماذا يكون الحل إذا وجد تناقض بين حكيمين ولم ينتبه الخصوم - غالباً - إلى وجود هذا التناقض إلا في مرحلة التنفيذ وبعد انقضاء مواعيد الطعن بالنقض بكلا الحكيمين؟ وما هي وسيلة إزالة هذا التناقض؟ وأي حكم هو الذى ينفذ؟^١

^١ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م، م ٢٤٩، ص ٩٧١. د. أحمد هندی، التعليق، م ٢٤٩، ص ٥١٨-٥١٩. د. أحمد خليل، التعارض، ص ١٦٤-١٦٦. نقض مدني ٢٦/٣/١٩٥٣ م، طعن رقم ٤٣٥ لسنة ٢١ ق، مج، س ٤، ج ٢، ق ١١٥، ص ٧٨١.

وعليه نهيب بمحكمة النقض المصرية حسم هذا الخلاف الفقهي بأحكام قضائية متواترة تسمح بالطعن بالنقض الاستثنائي للتناقض في الحكم الثانى اللاحق سواء أكان قد صدر انتهائياً أم صار انتهائياً في وقت لاحق بعد صدوره، وذلك عملاً بالصياغة المرنة والمفهوم الصريح لعبارة نص المادة ٢٤٩ مرافعات: "...في أي حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التي أصدرته..." الواردة باللفظ العام المطلق، وذلك لعدم التضييق من نطاق الطعن بالنقض للتناقض، وحتى لا تظل مشكلة التناقض أو التعارض في الأحكام القضائية - مشكلة غير مرغوب فيها - التي اكتسبت صفة الانتهائية في وقت لاحق بعد صدورها وصارت انتهائية، مشكلة مستعصية دون حل عملي بأى طريق من طرق الطعن، وخاصة بعد استغلاق طريق الطعن بالاستئناف الاستثنائي، وبالتالي استغلاق طريق الطعن بالنقض الاستثنائي أيضاً. ولأننا بصدد طعن بالنقض الاستثنائي هدفه منع تعارض أو تناقض الأحكام فيكون منطق المشرع هو التحلل من حكم القواعد العامة لرفع التناقض، فالطعن بالنقض الاستثنائي هو الوسيلة الوحيدة لإزالة التناقض أو التعارض بين حكم لاحق صار انتهائياً في وقت لاحق بعد صدوره وحكم سابق حاز قوة الأمر المقضي بين الخصوم أنفسهم وعن ذات المسألة المحكوم فيها. كما أن صدور أحكام متناقضة أو متعارضة في دعوى واحدة أمر يستوجب التصحيح وإلا ظلت مشكلة التناقض أو التعارض بدون تصحيح. فماذا يكون الحل إذا وجد تناقض بين حكمين ولم ينتبه الخصوم - غالباً - إلى وجود هذا التناقض إلا في

مرحلة التنفيذ وبعد انقضاء مواعيد الطعن بالنقض بكلا الحكمين ؟ فما هي وسيلة إزالة هذا التناقض ؟ وأي حكم منهما هو الذي سينفذ؟

ولا يشترط للطعن بالنقض الاستثنائي بسبب تناقض أو تعارض الأحكام سبق التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى الثانية أمام محكمة الموضوع لسابقة الفصل فيها بالحكم الأول أو باستنفاد ولايتها، أو ثبوت أن جميع العناصر الواقعية اللازمة لقبول هذا الدفع كانت مطروحة على تلك المحكمة، أي يقبل الطعن بالنقض الاستثنائي بسبب التعارض أو التناقض سواء أُدفع بهذا الدفع لدى محكمة الموضوع أم لم يدفع به، وسواء أكانت عناصر الدفع الواقعية تحت نظر تلك المحكمة أو لم تكن مطروحة عليها. ولا يشترط أن يكون الطاعن بالنقض لتناقض الأحكام قد دفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الثاني اللاحق بحجية الأمر المقضي للحكم الأول السابق.¹

¹ نقض مدني ١٢/٥/٢٠٠٢م، طعن ١٠٩٥ لسنة ٦١ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٢١، ص ٦٢٥.

نقض مدني ٣٠/٦/٢٠٠٢م، طعن ٧٢١٩ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٧٥، ص ٨٩٨.

نقض مدني ١٢/١٢/١٩٩٦م، طعن رقم ٣٠٩٩ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ٢، ق ٢٩٣، ص ١٦٠٠.

نقض مدني ٩/٢/١٩٩٥ م، طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ٧٣، ص ٣٧٥.

غير أن محكمة النقض قد ذهبت في بعض أحكامها إلى أنه لا يجوز الطعن بالنقض طبقاً للمادة ٢٤٩ مرافعات ما لم يثبت أن جميع العناصر الواقعية التي تسمح بالوقوف على ذلك الدفع والإمام به كانت مطروحة على محكمة الموضوع، وأن الحكم السابق كان مقدماً إليها حتى يتسنى لها أن تقف منه على ما تلتزم بالتقييد به من الوقائع المرددة بين الخصوم بصفاتهم نفسها والتي تناقشوا فيها واستقرت حقيقتها بينهم بمقتضاه استقراراً جامعاً مانعاً.^١

نقض مدني ١٩٩٤/١١/٦ م، طعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ٢٥٢، ص ١٣٤٣.

نقض مدني ١٩٨٠/٤/٢١ م، طعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤٠ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ٢٢٢، ص ١١٥٤.

١ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م، بند ٦٣٩، ص ٩٤٧، هامش ٢. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٨١٤.

نقض مدني ١٩٩٦/٣/١٠ م، طعن رقم ١١٩٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٤٣٩.

نقض مدني ١٩٨٦/١٢/٧ م، طعن رقم ٦٧٣ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣، ج ٢، ق ١٩٣، ص ٩٤٦.

نقض مدني ١٩٨٠/٤/١٢ م، طعن رقم ٥١٩ لسنة ٤٦ ق، و ٩٨٣ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ٢٠٦، ص ١٠٦٩.

وإذا استؤنف الحكم الثاني اللاحق الصادر انتهائياً خطأ فقضت محكمة الدرجة الثانية في الموضوع، فإن الطعن بالنقض يكون في الحكم الاستثنائي لأنه يكون قد حل محل الحكم المستأنف.^١

ولا يجوز الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام في كل من: الأحكام الصادرة من محكمة النقض؛ لأن أحكامها باتة لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن (م ٢٧٢ مرفعات) أو الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا أو الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا؛ لأن أحكامها نهائية غير قابلة للطعن (م ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م) ... بدعوى مخالفتها لحكم أول سابق حائزاً لقوة الأمر المقضي.^٢

١٤- الشرط الثالث: صدور الحكمين السابق واللاحق من نفس الجهة القضائية بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة المحكوم فيها ذاتها:

يشترط للطعن بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تناقض الأحكام وجوب توافر شروط الدفع بعدم قبول الدعوى أو الدفع بحجية الأمر المقضي في قضاء الحكم السابق بالنسبة إلى قضاء الحكم اللاحق وفقاً لحكم (م ١٠١ إثبات)،

^١ د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٠٨، ص ٢٥٩.

^٢ نقض مدني ١٩٨٦/٤/٣ م، طعن رقم ١٩٤٥ لسنة ٥٢ ق، مج، س ٣٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٣٩٥.

بمعنى ضرورة وجود حكمين قضائيين على الأقل، ويتمتع كل منهما بقوة الأمر المقضي وصادرين في المسألة المحكوم فيها نفسها (وحدة المحل والسبب)، وبين الخصوم أنفسهم (وحدة الأشخاص)، (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618) أى ألا يكون للمحكمة التى أصدرت الحكم الثانى اللاحق سلطة إصداره لعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الأول السابق الحائز على قوة الأمر المقضى والتى تسمو على قواعد النظام العام. ولم يشترط القانون المصرى ضرورة تمسك الخصوم بحجية الحكم الأول السابق أمام المحكمة التى أصدرت الحكم الثانى اللاحق، بينما اشترط القانون الفرنسى الدفع بحجية الحكم الأول السابق أمام المحكمة التى أصدرت الحكم الثانى اللاحق فى حالة التتافر بين الأحكام القضائية فقط المنصوص عليها فى (art. 618).^١

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢٢. د. وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء المدنى، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠ م، ص ٨٠١. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٠٧، ص ٢٥٤ وما بعدها؛ الطعن بالاستئناف، بند ١٣٢، ص ١٨٣. د. محمد نور شحاتة، الوسيط، ص ٩٢٧. نقض مدنى ٧/٤/٢٠١٣م، طعن رقم ٩١٠٦ لسنة ٨١ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٢ - سبتمبر ٢٠١٣م، ق ٧٨، ص ١٠٨ - ١٠٩. نقض مدنى ١٢/٥/٢٠٠٢م، طعن ١٠٩٥ لسنة ٦١ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٢١، ص ٦٢٥. نقض مدنى ٣٠/٦/٢٠٠٢م، طعن ٧٢١٩ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٧٥، ص ٨٩٨. نقض مدنى ١٧/١٢/١٩٩١م، طعن رقم ٢٠ لسنة ٥٩ق أحوال شخصية، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٩٦، ص ١٨٨٤.

-Raymond **Martin**; Les contradictions de la chose jugée; J.C.P. éd. G. 1979; 1; doct. 2938; N. 1 et. 2.

ولذا يرد التناقض أو التعارض على الأحكام القطعية الحائزة لحجية الأمر المقضى التي تحول دون رفع دعوى جديدة وتستنفد بها المحكمة التي أصدرتها ولايتها بشأن المسألة المحكوم فيها، ولا يجوز للمحكمة العدول عنها أو تعديلها ولو باتفاق الخصوم، وتستهدف تحقيق اليقين القانوني للمراكز القانونية، ولا تزول بزوال أو بسقوط الخصومة التي صدرت فيها، أى يرد التنازع على الأحكام التي تضع حداً للنزاع فى جملة أو فى جزء من المسألة الأساسية أو فى مسألة متفرعة بقضاء حاسم قاطع لا رجوع فيه من المحكمة التي أصدرته باستنفاد ولايتها بشأنه. (art. 1.1 (480).¹

وعلى ذلك لا يجوز الطعن بالنقض لتعارض أو تناقض الأحكام إذا اختلف الموضوع أو السبب أو الخصوم فى الدعوى التي صدر فيها الحكم الأول السابق وتلك التي صدر فيها الحكم الثانى اللاحق. بمعنى أنه يلزم أن يتوافر فى الحكم الأول السابق شروط حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى ما قضى به الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض، وتتحدد عناصر الدعوى القضائية بأشخاصها ومحلها وسببها، وإذا اتحدت تلك العناصر فتعتبر دعوى واحدة وإن تكرر رفعها أمام القضاء، ويتحقق التناقض أو التعارض بين حكمين عند صدور أحدهما فى

¹ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢٢. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائى، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، بند ٧٧-٧٨، ص ٧٩ وما بعدها.

-Cass. civ. 2^e; 10 Juill. 2003; Gaz. Pal. 9-10 juill. 2004; P. 9 ; obs.

du Rusquec.

ذات النزاع الذي صدر فيه الحكم الآخر أشخاصاً ومحلاً وسبباً، و لا يتحقق التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية إذا حدثت مغايرة كلية أو جزئية في أي من تلك العناصر، والعبرة في وحدة المحل بوحدة النزاع دون نظر لوحدة الطلبات أو أدلة الإثبات.^١

وإذا صدر حكم من جهة قضائية أخرى خارج حدود ولايتها ثم صدر بعد ذلك حكم من جهة القضاء العادى وفصل في النزاع على خلاف الحكم الأول السابق فلا يجوز الطعن بالنقض الاستثنائى على الحكم الثانى اللاحق بحجة صدوره على خلاف حكم سابق بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة المحكوم فيها نفسها لأن الحكم الأول السابق يكون معدوم الحجية أمام جهة القضاء العادى، وبالتالي لا يجوز الطعن بالنقض الاستثنائى على حكم صادر من القضاء العادى مناقض لحكم آخر صادر من القضاء الإدارى، بل يفض التنازع بين هذين الحكمين عن طريق المحكمة الدستورية العليا وليس عن طريق الطعن بالنقض

^١ د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م، بند ٥٢٨، ص ٧٢٠. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها، ط ٢، ١٩٩٩ م، بند ١٨٢، ص ٣٤٢. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، ج ٢، منشأة المعارف بالإسكندرية، بند ٣٧٠، ص ٢٠٠. نقض مدنى ١٩٩٤/٦/٢١م، طعن رقما ٢٧٥١، ٢٧٥٠ لسنة ٥٧ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ٢٠٤، ص ١٠٧٣. نقض مدنى ١٩٨١/١٢/٢م، طعن رقم ٨٩٣ لسنة ٥٠ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٣٩٨، ص ٢١٩٠.

الاستثنائي. في حين أن الحكم الصادر من المحكمة المدنية بالتعويض عن حادث يناقض ويعارض حكم المحكمة الجنائية برفض دعوى مدنية تبعية بالتعويض عن نفس الحادث نظراً لأن القضاء المدني والقضاء الجنائي يدخلان تحت مظلة القضاء العادي.^١

ويتحقق التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية إذا صدر الحكم الأول في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم (وحدة الخصوم الحقيقيين) في الحكم الثاني ودون أن تتغير صفاتهم، مع وحدة المسألة المحكوم فيها نظراً لاتحاد نطاق الحكمين الشخصي والموضوعي، ولا يغير من ذلك أن تكون المسألة المقضي فيها مسألة كلية أو مسألة أصلية أساسية. أما إذا صدر الحكم الأول بين أشخاص مغايرين لأشخاص الحكم الثاني مع وحدة المسألة المحكوم فيها فلا يتحقق التناقض أو التعارض لاختلاف النطاق الشخصي للحكمين. و يعتبر خصماً في الدعوى التي صدر فيها الحكم وتمتد إليه حجبه إلى كل من المدعى، والمدعى عليه، وكل من أدخل، أو تدخل فيها، ومن يعتبر ممثلاً في الخصومة بواسطة سلفه كالخلف العام والخاص... فأثار الحكم لا تمتد إلا إلى أطرافه، فما قضى به الحكم لا يكون حجة إلا فيما بين أطرافه، فلا يستفيد به إلا المحكوم له، ولا يحتج به إلا

^١ د. حلمى محمد الحجار، القانون القضائي الخاص، ج ٢، بند ٩٣٦، ٤١٢. عز الدين الدناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج ٣، ط ١٢، م ٢٤٩، ص ٧٦٠، ٧٩٢.

-Cass. Soc. ; 9 déc. 1985; J.C.P. 1986; éd. G. ; IV; P. 68.

على المحكوم عليه (م ١٠١ إثبات). ويعتبر من الغير من لم يكن طرفاً في الحكم حتى لو كان موضوع الحكم غير قابل للتجزئة، ولا يكون الحكم حجة على خصم أدخل في الدعوى ولم توجه إليه طلبات، ولا يعتبر الممثل القانونى للخصم كالولى أو الوصى أو القيم طرفاً في الخصومة لاختلاف الصفة، ويرجع ذلك إلى قاعدة نسبية آثار الأحكام أو نسبية حجية الأمر المقضى. فالحكم الصادر لصالح المشتري بصحة العقد تجاه البائع يناقض ويعارض الحكم ببطان العقد ذاته لصالح البائع تجاه المشتري نفسه. والحكم في دعوى الشركة ضد النقابة لا يناقض الحكم في دعوى الشركة ضد الأعضاء.^١

أما إذا صدر الحكم الأول في مسألة مغايرة للمسألة المحكوم فيها بالحكم الثانى حتى لو مع وحدة الخصوم فيهما فلا يتحقق التناقض أو التعارض لاختلاف النطاق الموضوعى للحكمين، فلا بد من تحقق شرط وحدة المسألة المحكوم فيها (وحدة السبب والمحل في الدعويين). ووحدة السبب في الدعويين تعنى وحدة

١ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢٢-٧٢٣. د. أحمد السيد صاوى، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٩ م، بند ٤ ومابعده، ص ١٠ ومابعدها. نقض مدنى ١٩٩٦/٣/١٠ م، طعن رقم ١١٩٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٤٣٩.

نقض مدنى ١٩٦٩/٢/١٣ م، الطعن رقم ٢٦ لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢٠، ج ١، ق ٥٣، ص ٣٣٣.

نقض مدنى ١٩٦٧/٣/٣٠ م، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٣٣ ق، مج، س ١٨، ج ١، ق ١١١، ص ٧٩٩.

الأساس القانوني للطلب في الدعيين أو مجموع الوقائع التي يستند إليها الخصم لتأييد طلباته في الدعيين. فالحكم بملكية عقار بسبب عقد بيع لا يناقض الحكم بملكية نفس العقار بسبب الميراث نظراً لاختلاف السبب في الدعيين المحكوم فيهما. والحكم بالزام المستأجر بدفع الأجرة لا يناقض الحكم بإنهاء عقد الإيجار لانتهاء مدته نظراً لاختلاف الأساس في الدعيين.¹

واختلاف الموضوع الصادر في كل من الحكمين مانع من قبول التناقض أو التعارض كسبب للطعن بالنقض. وإذا كان الحكم السابق قد قضى في مسألة أساسية أو كلية شاملة وحاز هذا القضاء قوة الأمر المقضي فإن ذلك يمنع الخصوم من التنازع في شأن أي حق متوقف ثبوته أو إنتفائه على ثبوت تلك

¹ د.عزمى عبد الفتاح، أساس الإدعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١ م، ص ٥٥.

نقض مدني ٣١/١٠/١٩٩٣م، طعن رقم ٢٠١٨ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٤٤، ج ٣، ق ٣١٢، ص ١٢٤.

نقض مدني ١٥/٥/١٩٨٤م، طعن رقم ٦ لسنة ٥٢ قأحوال شخصية، مج، س ٣٥، ج ١، ق ٢٥١، ص ١٣١٧. نقض مدني ٢/٢/١٩٧٧ م، طعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق، مج، س ٢٨، ج ١، ق ٧١، ص ٣٥٩.

نقض مدني ٨/٦/١٩٧٢ م، طعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٣، ج ٢، ق ١٧١، ص ١٠٩٣.

–**Vincent et Guinchard**; Procédure Civile ; N. 518; P. 385.

–**Solus et Perrot**; Droit Judiciaire Privé; T. 3 ; Sirey ; Paris 1991; N. 70; P. 66.

المسألة أو انتقائها حتى لو اختلفت الطلبات في الدعويين طالما أن المسألة الأساسية فيها واحدة. فالحكم بصورية عقد بيع يناقض الحكم بصحته ونفاذه، والحكم بإلزام المشتري ببيع المبيع بوصفه غاصباً يناقض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه، والحكم بفسخ عقد بيع لعدم سداد المشتري الثمن يناقض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع لوفاء المشتري بالثمن كاملاً... بينما الحكم الصادر بصحة توقيع عقد بيع لا يناقض الحكم الصادر بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية بين الخصوم أنفسهم. و الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد بيع لا يناقض الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد صلح بين نفس الخصوم. والحكم السابق في دعوى حيازة لا يناقض الحكم اللاحق في دعوى ملكية أو ريع... لاختلاف موضوع الدعويين عن الآخر.¹

¹ محمود عبد الرحمن، قوة الشيء المحكوم فيه، ص ٧٦. د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية، ص ٢٦٣ وما بعدها.

نقض مدني ١٩٩٦/٤/٧ م، طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١١٨، ص ٦٣٣.

نقض مدني ١٩٨٤/١١/٦ م، طعن رقم ١٥٧ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٥، ج ٢، ق ٣٤٠، ص ١٧٩٥.

نقض مدني ١٩٧٤/١٢/٢١ م، طعن رقم ٤٧٣ لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٥، ج ٢، ق ٢٥١، ص ١٤٨٢.

-Raymond **Martin**; Le fait et le droit, ou les parties et le juge; J.C.P. éd. G. 1974; doct. ; 2625; N. 13.

فإذا طرح النزاع ذاته من جديد ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها من قبل في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها، فيحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل في موضوعها بحكم حاز حجية الأمر المقضي. والعبرة في وحدة الموضوع ووحدة النزاع حتى لو اختلفت الطلبات في الدعويين بأن كانا وجهين لشيء واحد ومتصلين اتصالاً عالياً. والحكم الموضوعي يمكن أن يتعارض مع حكم موضوعي آخر، فالحكم الصادر بفسخ عقد البيع لعدم سداد الثمن يناقض الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع تأسيساً على وفاء المشتري بكامل الثمن للبائع، والحكم بصحة العقد يناقض الحكم ببطلانه؛ لأن القضاء بصحة العقد يتضمن حتماً القضاء بأنه غير باطل.¹

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن المنع من إعادة طرح النزاع في المسألة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة في الدعويين وهي تكون كذلك إذا كانت هذه المسألة المقضى فيها نهائياً أساسية لا تتغير، وأن يكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى

¹ نقض مدني ١٩٩٦/٤/٧م، طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١١٨، ص ٦٣٣.

نقض مدني ١٩٩٦/٣/١٠م، طعن رقم ١١٩٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٤٣٩.

-**Vincent et Guinchard**; Procédure Civile ; N. 1199; P. 638.

-**Gérard Couchez**; Procédure Civile; 9 .éd.; Sirey; 1996; N. 398; P.

302.

الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جامعاً مانعاً، وأن تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعى به في الدعوى الثانية بين نفس الخصوم... ويتعين لكي يكون للحكم السابق حجية في الدعوى اللاحقة أن يتوافر وحده السبب في كل من الدعويين فلا يكفي وحدة الخصوم والموضوع".^١

ويتمتع الحكم المستعجل - سواء أكان صادراً من قاضي الأمور المستعجلة أم من قاضي التنفيذ بصفته قاضياً للأمر المستعجلة في منازعات التنفيذ أم من محكمة الموضوع في الطلبات المستعجلة التابعة للموضوع المعروض عليها - بحجية مؤقتة تحول دون المساس به مرهونة بشرط بقاء الظروف التي صدر بها على حالها دون تغيير، باعتباره حكماً مشروطاً بعدم تغيير الظروف. ولا يجوز إعادة نظر الدعوى المستعجلة مرة ثانية طالما بقيت ظروفها على حالها دون تغيير، ولذلك يمكن أن يتناقض الحكم المستعجل مع حكم مستعجل آخر صدر في نفس الدعوى دون أن تتغير الظروف، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية. أما إذا تغيرت الظروف التي صدر بها الحكم المستعجل الأول فيجوز رفع الدعوى المستعجلة مرة ثانية من جديد ليصدر فيها حكم جديد يزيل حصانة الحكم

^١ نقض تجارى ٢٣/١/٢٠١٤م، طعن رقم ١١٢٧٤ لسنة ٨٢ ق. منشور على موقع محكمة

النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

المستعجل الأول ويلغيه ويحل محله؛ لأن تغيير الظروف يكشف عن تغيير السبب مما يعنى تخلف شرط من شروط الدفع بالحجية.¹

¹ د. وجدى راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س ١٥، ١٩٧٣م، ع ١، ص ٢٣٠ ومابعدها. نقض مدني ١٩٩٨/١١/٢٤م، طعن رقم ١٦٥٨٢، ٨٥٥ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٦١، ص ٦٦٥.

نقض مدني ١٩٩٦/٥/١٥م، طعن رقم ١٨٦٠ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١٤٨، ص ٧٩٤.

نقض مدني ١٩٩٥/١/٢٥م، طعن رقم ١٤٠٧ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ٤٧، ص ٢٣٨.

نقض مدني ١٩٩١/١٢/١٧م، طعن رقم ٢٠ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٩٦، ص ١٨٨٤.

نقض مدني ١٩٨٤/٣/٢٢م، طعن رقم ٤٢٧ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١٥٠، ص ٧٩٠.

نقض مدني ١٩٨٤/٣/٧م، طعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١١٩، ص ٦٣٠.

نقض مدني ١٩٨١/٥/١٦م، طعن رقم ٩٤ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٢٧٠، ص ١٤٩٨.

–**Solus et Perrot**; Droit Judiciaire; T. 3; N. 1346; P. 1144.

–**Couchez**; Procédure civile; N. 60; P. 47.

–Cass. Civ.2^e; 7 Nov.1994; Justices.1995; N. 2; P. 279; Not. Jacques

Héron.

ولا يوجد تناقض أو تعارض بين حكم مستعجل وحكم موضوعي؛ لأن الحكم المستعجل ليس له حجية بالنسبة لأصل النزاع (art. 488)، نظراً لاختلاف موضوع وسبب الدعاوى التي يفصل فيها كل منهما. فالحكم المستعجل لا يحوز الحجية أمام محكمة الموضوع، فتستطيع المحكمة الفصل في الموضوع بما يناقضه. فموضوع الدعوى المستعجلة تدبير وقتي كإثبات حالة أو تعيين حارس... بينما موضوع دعوى الحكم الموضوعي حق موضوعي كحق ملكية... فالأحكام المستعجلة ليس لها حجية بالنسبة للموضوع، كما أن الحكم المستعجل يمنح حماية وقتية تزول بمجرد صدور الحكم الموضوعي. بمعنى أنه بصدور الحكم الموضوعي الثاني اللاحق يزول الحكم المستعجل الأول السابق، وإذا رفعت دعوى مستعجلة بعد صدور الحكم الموضوعي يحكم بعدم قبولها لعدم توافر شرطي الإستعجال ورجحان وجود الحق، أما إذا صدر رغم ذلك حكم مستعجل فيتم إلغاؤه بطرق الطعن المناسبة.¹

¹ د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء، بند ١٢٥.

نقض مدني ١٩٩٨/١١/٢٤م، طعن رقم ١٦٥٨، ١٦٥٨ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٦١، ص ٦٦٥.

نقض مدني ١٩٩٦/٣/١٠م، طعن رقم ١١٩٧ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٨٥، ص ٤٣٩.

-Cass. Soc.; 26 Mars 1997; Procédures. 1997; P. 208; obs.

Sportouch.

وعلى ذلك يجوز أن يكون الحكم الأول السابق حكماً وقتياً أو مستعجلاً متى كان الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض الاستثنائى وقتياً أو مستعجلاً ولم تتغير الظروف الواقعية أو المراكز القانونية التي صدر في ظلها الحكم السابق في ذات المسألة المحكوم فيها بين الخصوم أنفسهم، فالحكم المستعجل لا يمكن تعديله أو إعادة طرحه على القضاء إلا إذ استجدت وتغيرت الظروف (art. 488 al. 2).¹

ولا يوجد تناقض أو تعارض بين حكم إجرائى وحكم موضوعى؛ لأن الحكم الإجرائى لا يحوز حجية الأمر المقضى وبالتالي ليس له حجية بالنسبة لأصل النزاع، نظراً لاختلاف موضوع وسبب الدعاوى التي يفصل فيها كل منهما؛ لأن الحكم الإجرائى يفصل فى إجراءات الخصومة دون التطرق إلى موضوع الدعوى. وتترتب فاعلية الحكم الإجرائى بمقتضى مبدأ استنفاد ولاية المحكمة التي أصدرته (art. 481) وليس بحجية الأمر المقضى، فالحكم الصادر ببطلان صحيفة

¹ نقض مدني ١٠/٢/١٩٩٤م، طعن رقم ٣١٣٢ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٥، ج ١، ق ٧٠، ص ٢٢٣.

نقض مدني ٧/٣/١٩٨٤م، طعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١١٩، ص ٦٣٠.

نقض مدني ١٦/٦/١٩٨١م، طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٣٣١، ص ١٨٣٩.

افتتاح الدعوى لعدم توقيعها من محامٍ أو بعدم الاختصاص أو بسقوط الخصومة أو بترك الخصومة... لا يناقض الحكم بصحة ونفاذ عقد بيع.^١

ولا يوجد تناقض أو تعارض بين أمر على عريضة وحكم قضائي نظراً لعدم تمتع الأمر على عريضة بحجية الأمر المقضى في مواجهة الحكم القضائي، فصدور حكم قضائي لاحق على خلاف أمر على عريضة سابق لا يمثل نوعاً من التناقض أو التعارض بينهما، ولا تثريب على القاضي أن يصدر أمراً على عريضة لاحقاً مناقضاً ومخالف لأمر على عريضة سابق بشرط تغير الظروف وضرورة تسبب الأمر الثاني.^٢

كما لا يوجد تناقض بين حكم قضائي قطعي، وحكم قضائي آخر غير قطعي كالأحكام التمهيديّة أو التحضيرية المتعلقة بسير الخصومة أو بأدلة الإثبات فيها...؛ نظراً لعدم تمتع الأحكام غير القطعية بحجية الأمر المقضى، كما أنها لا تستنفد ولاية المحكمة التي أصدرتها.^٣

^١ د. وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٢٢٥. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي، بند ٧٩ ومابعده، ص ١٤٤ ومابعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، دارالنهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨ م، ص ٤٦٨.

^٢ د. عزمى عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة، ط ١، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٣ م، ص ١٢١ - ١٢٥.

^٣ د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩ م، ص ٥٣٧.

ويرد التناقض أو التعارض على أوامر الأداء؛ لأنها تتمتع بحجية الأمر المقضي فيما فصل فيه بقضاء قطعي له ما للأحكام من قوة، فهي عمل قضائي قطعي يصدر في شكل أمر على عريضة بالزام المدين بأداء معين، ولذا لا يجوز إعادة عرض موضوع أمر الأداء على القضاء من جديد سواء أكان ذلك في شكل دعوى أو عريضة، فإذا رفعت دعوى قضائية من جديد عن ذات المسألة الصادر فيها أمر أداء ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها من قبل أو أثرت ولم تبحث، فيحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها (م ١١٦ مرافعات مصري)، وعلى ذلك يكون الحكم القضائي اللاحق مناقضاً لأمر أداء سابق^١.

١٥- الشرط الرابع : أن يكون الحكم اللاحق المطعون فيه متناقضاً أو متعارضاً أو متنافراً عند صدوره مع الحكم السابق:

بمعنى أنه يشترط للطعن بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تناقض أو تنافر الأحكام القضائية، أن يكون قضاء الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه متناقضاً أو متنافراً مع قضاء الحكم الأول السابق (Jugement contredit ou)

^١ د. عبد الباسط جميعي، الاستئناف المباشر لأوامر الأداء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، ١٩٦١ م، ع ٢، ص ٣٧٨. د. أمينة النمر، أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية، ط ٣، ١٩٨٩ م، بند ٢٠، ص ٤٧؛ بند ١٩٩، ص ٣٤٥ - ٣٤٦. د. وجدى راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٦٥٩.

نقض مدني ١٣/٢/١٩٨٠ م، طعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ١٠٠، ص ٨٠٥.

(*inconciliable*) بسبب وحدة الطلب فيهما، أو أن المسألة الأساسية فيهما واحدة، أو فصلا في مسألة كلية شاملة ثار حولها النزاع بين طرفي الخصومة واستقرت حقيقتها بينهما بالفصل في الحكم الأول السابق الذي حاز قوة الأمر المقضى. أى يكون من شأن الحكم الثانى اللاحق إزالة الحقوق أو المراكز القانونية التي أنشأها الحكم الأول السابق بإقرار وجود حق بعد تقرير عدم وجوده أو بنفي وجود حق سبق تقرير وجوده (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618).^١

ويتحقق ذلك بأن يكون الحكم الثانى اللاحق قد فصل في النزاع خلافا للحكم الأول السابق الذي صدر بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة المحكوم فيها

^١ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٧٤، ص ٧٢٣. د. مصطفى كبره، النقض المدني، بند ٣٩، ص ٤٩٠.

نقض مدني ٢٠٠٢/٥/١٢م، طعن ١٠٩٥ لسنة ٦١ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٢١، ص ٦٢٥.

نقض مدني ٢٠٠٢/٦/٣٠م، طعن ٧٢١٩ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٧٥، ص ٨٩٨.

نقض مدني ١٩٩٨/١١/١٠م، طعن رقم ١٠٣٧٥ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٥٥، ص ٦٤٠.

نقض مدني ١٩٨٩/٤/١٨م، طعن رقم ٦٣٧ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ١٨٢، ص ١٣٠.

-R. **Perrot** et N. **Fricero**; Autorité de la chose jugée; Juris. Class. Proc. Civ.; Fasc. 554; N. 13.

-Cass. Civ. 3; 6 Janv. 1982; Gaz. Pal. 1982; Juris. ; P. 388-389;

Not. J.**Viatte**.

نفسها والتي استقرت حقيقتها بالفصل فيها بالحكم السابق، كأن تتعارض أو تتنافر تقديراتهما الواقعية أو القانونية، أو يؤدي تطبيقهما المعاصر في وقت واحد إلى إنكار العدالة، أو يستحيل التنفيذ الجبري لهما معاً في آن واحد نتيجة استحالة إثبات الشيء المقضي فيه ونفيه في نفس الوقت. ومقتضى ذلك ألا يكون الحكمان أو أحدهما قد نفذ، فإذا تم تنفيذ أحدهما انتفي التنازع والتناقض بينهما. كما أن تكرار الحكم في المسألة المحكوم فيها نفسها يشكل مخالفة قانونية لحجية الأمر المقضي التي تحظر إصدار حكم جديد أياً كان مضمونه فيما سبق الفصل فيه. سواء أكان الحكمان صادرين عن محكمة واحدة أو عن محكمتين مختلفتين تتبعان جهة القضاء العادي.¹

ويوجد تناقض بين الأحكام القضائية إذا أثبت الحكم الأول شيء نفاه الحكم الثاني، أو إذا نفي الحكم الأول شيء أثبته الحكم الثاني. وقد يكون التناقض كلياً أو جزئياً، صريحاً أو ضمناً. كما لو قضى الحكم السابق بصحة ونفاذ عقد بينما قضى الحكم اللاحق ببطالانه، وكذلك لو قضى الحكم الأول بثبوت صفة المصفي بينما قضى الحكم الثاني بنفي تلك الصفة، وقضاء الحكم الأول بنفي الخطأ كركن

¹ نقض مدني ١١/٦ / ١٩٨٤ م، طعن رقم ١٥٧ لسنة ٥١ ق، مج، س ٣٥، ج ٢، ق ٣٤٠، ص ١٧٩٥.

–Y. Capron; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ.; Fasc. 783; N. 15.

–Cass.Civ.2; 12 Janv. 1994; J.C.P. 1995; II; 22435; Not. Puigelier.

للمسؤولية المدنية، بينما قضى الحكم الثانى بالتعويض عن المسؤولية، وأيضاً لو قضى الحكم الأول بدفع فوائد الدين بينما قضى الحكم الثانى بنفي الدين، وقضاء الحكم الأول بنفي صفة الأبوة والبنوة بينما قضى الحكم الثانى بنفقة للابن، وقضاء الحكم الأول على شركة التأمين بدفع التعويض بينما قضى الحكم الثانى بسقوط دعوى التأمين بالتقادم، وكذلك الحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية من المحكمة الجنائية إذا ناقض حكماً من المحكمة المدنية...^١

ولا يشترط لوقوع التعارض أو التناقض بين الحكمين السابق واللاحق أن تكون الطلبات في إحدى الدعويين هي نفسها الطلبات في الدعوى الأخرى، ولا يشترط كذلك أن يكون منطوق الحكم في إحداها هو نفسه ذات المنطوق في الأخرى، فطلب صحة ونفاذ العقد، وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد، والقضاء بصحة العقد يتضمن حتماً القضاء بأنه غير باطل.^٢

^١ نقض مدني ٢٤/١١/١٩٩٨م، طعن رقم ٨٥٥، ١٦٥٨٢ لسنة ٦٨ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٦١، ص ٦٥٤. نقض مدني ٢٠/١/١٩٧٢ م، طعن رقم ٧٩ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٣، ج ١، ق ١٥، ص ٩٧.

^٢ د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ط ٨، نادى القضاة ٢٠١٠م، م ٢٤٩، بند ٦٨٦، ص ٣٤٥.

نقض مدني ٢٣/٤/١٩٩٥م، طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٦٤ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ١٣٧، ص ٦٩٢.

نقض مدني ١٨/٤/١٩٨٩م، طعن رقم ٦٣٧ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ١٨٢، ص ١٣٠.

ويتحقق وجود التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية حتى لو قدم أحد الخصوم أدلة جديدة؛ لأن حيازة الحكم السابق لقوة الأمر المقضي تعد مانعة للخصوم من إعادة مناقشة المسألة المحكوم فيها بأي دعوى جديدة ولو قدمت أدلة قانونية أو واقعية جديدة لم يسبق إثارتها أو أثيرت ولم يبحثها الحكم السابق. كما أن اختلاف الطلبات في الدعويين لا يمنع من تحقق التعارض إذا كانا وجهان لشيء واحد، كطلب صحة عقد وطلب بطلانه. ويتحقق التعارض أو التناقض حتى لو أضفت المحكمة على ذات الدعوى تكييفاً قانونياً مغايراً للتكييف الأول، كتكييف الحكم السابق للدعوى بأنه منازعة في استعمال حائط مشترك بين شريكين، وتكييف الحكم اللاحق باعتباره دعوى قسمة حائط مشترك. كما يتحقق التناقض إذا كان الحكم اللاحق صادراً في مادة مستعجلة أو بإجراء وقتي على خلاف حكم مستعجل سابق دون أن تتغير الظروف الواقعية أو المراكز القانونية التي صدر في ظلها الحكم السابق.¹

ولا يوجد تناقض أو تعارض أو تنافر بين الأحكام القضائية إذا كان الحكم اللاحق قد صدر موافقاً للحكم السابق أو تطابق معه وليس مخالفاً له، كأن يكون قد صدر بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، أو يكون الحكم الثاني

¹ على وحسين مجموع، الطعن بالنقض المدني في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٠ م، ص ٣٣٠ وما بعدها.

نقض مدني ٢٠/٢/١٩٨٠م، طعن رقم ١٢٥٠ لسنة ٤٩ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ١١٠، ص ٥٦٤.

اللاحق قد صدر مفسراً للحكم الأول السابق وموضحاً لأغراضه ومراميه. كما لا يوجد تناقض أو تعارض إذا كان التناقض غير حقيقي أي ظاهرياً لا يتعلق بالحقائق القانونية أو تغيير أحد الخصوم بصفاتهم. ولا يوجد تناقض أو تعارض إذا كان القضاء في الدعوى الثانية لا يعدو أن يكون تكرر للقضاء في الدعوى الأولى فإنه يكون موافقاً له ولا يسرى بشأنه حكم (م ٢٤٩ مرافعات)؛ إذ هو يوافقه ولا يعارضه، وكذلك لا يوجد تناقض بين حكم موضوعي وآخر مستعجل أو بإجراء وقتي، كما لا يوجد تناقض بين حكم صادر في دعوى تعيين الحدود وآخر صادر في دعوى حيازة.^١

وإذا حدث تعارض أو تناقض بين حكمين، فإنه يتم الطعن بالنقض الاستثنائي في الحكم الثاني اللاحق بالأحدث في التاريخ لمناقضته لقضاء الحكم

^١ نقض مدني ١٠/١١/١٩٩٨م، طعن رقم ١٠٣٧٥ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٥٥، ص ٦٤٠. نقض مدني ٣٠/٣/١٩٩٥ م، طعن رقم ٣٩٧٦ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ١١٥، ص ٥٧٨.

نقض مدني ٢٨/٢/١٩٨٤ م، طعن رقم ١٢٣٠ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١١١، ص ٥٩١.

نقض مدني ١٧/٥/١٩٨٠ م، طعن رقم ٣٢١ لسنة ٤٥ ق، مج، س ٣١، ج ٢، ق ٢٦٤، ص ١٣٩٠.

-Cass. Civ. 1^{Re}; 3 oct. 2000; Rév.Crit .dr. inter. Privé. 2001; P. 519; obs. **B.A.**

-Cass.Civ.2^e; 12 janv. 1994; J.C.P. 1995; II; 22435; Not. Catherine **Puigelier.**

الأول السابق. وللتحقق من وجود التناقض أو التعارض تجب المقارنة بين المنطوق والأسباب المرتبطة بالمنطوق لكل الأحكام القضائية للوقوف على وجود أو عدم وجود تناقض أو تعارض أو تنافر بينها، مع الأخذ في الاعتبار أن المنطوق قد يكون صريحاً أو ضمناً سواء أكان قد تم التمسك بالدفع بسبق الفصل في الدعوى أمام محكمة الموضوع التي نظرت النزاع للمرة الثانية أم لم يتم التمسك به، وسواء أكانت عناصره الواقعية مطروحة عليها أم لا. بمعنى أنه لا يشترط أن يكون الخصوم قد تمسكوا بقوة الأمر المقضي أمام المحكمة التي تنظر النزاع للمرة الثانية، فيستوى في ذلك أن يكونوا قد تمسكوا بذلك ولم تجبهم المحكمة، أو لم تثير المحكمة هذه المسألة من تلقاء نفسها.^١

ويجب على الطاعن بالنقض لتناقض أو لتعارض الأحكام تقديم صورة رسمية من الحكم الأول السابق الحائز لقوة الأمر المقضي والذي قام سبب النعى

^١ نقض مدني ١٩٩٨/١١/٢٤ م، طعن رقم ١٦٥٨، لسنة ١٦٨٨ ق، مج، س ٤٩، ج ٢، ق ١٦١، ص ٦٦٥.

نقض مدني ١٩٩٥/٢/٩ م، طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ٢، ق ٧٣، ص ٣٧٥.

نقض مدني ١٩٩٤/١١/٦ م، طعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ٢٥٢، ص ١٣٤٣.

نقض مدني ١٩٨٩/٧/٢٥ م، طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ٢٩٣، ص ٧٧٦.

نقض مدني ١٩٨١/١٢/٢ م، طعن رقم ٨٩٣ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٢، ج ٢، ق ٣٩٨، ص ٢١٩٠.

بمخالفة الحكم المطعون فيه له، وإلا كان النعى عارياً من الدليل؛ وذلك لأن عبء الإثبات يقع على عاتق الطاعن المدعى. ولا يجوز للطاعن التذرع بأنه قدم صورة رسمية من الحكم الأول السابق في طعن آخر حتى لو كان منظوراً بنفس الجلسة؛ لأن لكل طعن كياناً مستقلاً قائماً بذاته. كما لا يجوز الإحتجاج بأن الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه قد أشار إلى الحكم السابق أو أورد تلخيصاً عنه، لأن ذلك يمنع إحاطة محكمة النقض بجميع أسباب هذا الحكم أو إبراز حجيته في ذلك.^١

والعبرة في تحقق شرط التناقض أو التعارض بين الأحكام إنما يكون بلحظة صدور الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض الاستثنائى، ويجب أن يكون الحكم الأول السابق قائماً حائزاً قوة الأمر المقضى وقت صدور الحكم المطعون فيه حتى لو أُلغى بعد ذلك بالطعن فيه.^٢

ونهيىب بالمشرع المصرى النص على جعل ميعاد الطعن بالنقض الاستثنائى (م ٢٤٩ مرافعات) ستين يوماً، ولا يسرى إلا من يوم العلم بواقعة

^١ على وحسين مجموع، الطعن بالنقض المدنى، ص ٣٣٥.

نقض مدنى ١٩٧٦/١١/٦ م، طعن رقم ٥٣٤ لسنة ٤٠ ق، مج، س ٢٧، ج ١، ق ٢٨٧، ص ١٥٢٥.

^٢ د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٠٨، ص ٢٦١.

نقض مدنى ١٩٨٩/٤/٢٤ م، طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ١٨٨، ص ١٦٨.

نقض مدنى ١٩٨٧/١/٢٠ م، طعن رقم ٢١ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٣٨، ج ١، ق ٣٣، ص ١٣٩.

التناقض بين الأحكام القضائية. وذلك بإضافة فقرة جديدة تالفة لنص المادة ٢٥٢ يكون نصها: " ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن بالنقض الاستثنائي بسبب تناقض الأحكام وفقا لحكم المادة (٢٤٩) إلا من اليوم الذي علم فيه الخصم بالتناقض".

١٦- أثر تناقض الأحكام الجنائية على الدعوى المدنية:

يتمتع الحكم الجنائي السابق بحجية الأمر المقضي، ويتقيد به الحكم المدني اللاحق عليه فيما فصل فيه فصلاً لازماً في أمر يتعلق بوقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية. ويترتب على قاعدة (الجنائي يوقف المدني)، تمتع الحكم الجنائي بحجية الأمر المقضي أمام القضاء المدني، ويتقيد القاضي المدني بما فصل فيه بالحكم الجنائي من وقائع، وكان فصله فيه ضرورياً للبراءة أو الإدانة ما لم تكن البراءة مبنية على عدم العقاب على الفعل (م ١٠٢ إثبات، وم ٤٥٦ إجراءات جنائية). وذلك بهدف منع وجود تنافر أو عدم توافق بين الحكم الجنائي والحكم المدني، وعليه فلا يجوز لمحكمة مدنية أن تمنح نفسها سلطة إلغاء حكم صادر من محكمة جنائية في مسألة جنائية، ولذلك يكون من غير الملائم تطبيق أحكام نص (art. 618 N.C.P.C.F.) بشأن التنافر بين الأحكام القضائية على الأحكام الجنائية بدون نص يجيز ذلك. ومع ذلك إذا حدث تنافر أو عدم توافق بين حكم مدني وحكم جنائي فإن محكمة النقض الفرنسية تقض هذا التنافر بعرض الحكمين المدني والجنائي معاً على هيئة المجلس

الكامل أو الدائرة المختلطة حسب الأحوال لنقضهما؛ لأن التنافر يؤدي إلى إنكار العدالة.^١

وإذا ارتكب اثنان من المتهمين معاً جريمة واحدة فقضت محكمة بإدانة أحدهما، وقضت محكمة أخرى ببراءة الآخر رغم وحدة الجريمة في الحالتين، أى صدر حكمان جنائيان في مسألة واحدة بينهما تعارض فأيهما ستكون له الحجية أمام القضاء المدني؟ أى بأيهما سيتقيد القاضى المدني؟. ونظراً لأن قانون الإجراءات الجنائية لم يتضمن نصوصاً تعالج مشكلة تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام الجنائية، ففى رأى بعض الفقهاء تطبيق القاعد العامة بجعل الأولوية للحكم

^١ د. عبدالحكم فودة، الدفع بعدم جواز الدعوى لسابقة الفصل فيها، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧ م، ص ٣٩٠-٣٩١.

-Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; N. 75.14; P. 399.

-Serge **Guinchard** et Frédérique **Ferrand**; Procédure Civile, Droit interne et droit Communautaire; 28 éd.; Dalloz; Paris; 2006; N. 1810; P. 1274.

-Y. **Capron**; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 783; N. 22.

-Cass. Ass. Plén. ; 29 Nov. 1996; J.C.P.; éd. G. 1997; II; 22807; Not.Thierry **Le Bars**.

-Csss. com. ; 13 Févr. 1996, Cass. Soc.; 6 Févr. 1996, Cass. Soc.; 9 janv. 1996; Gaz. Pal. 1996; 2; Somm.; P. 397; Not. **Perdriau**.

-Cass. Ch. Mixte ; 11 déc. 2009; D. 2010; P. 19. Not. C. **Girault**

الأول الأسبق في تاريخ صدور على اعتبار أن الحكم الثانى اللاحق يُعدّ معدوم الحجية؛ لأنه قد صدر في غير خصومة حيث أنه فصل في خصومة منقضية بسبق الفصل فيها بالحكم الأول السابق الحائز لحجية الأمر المقضي، بمعنى أنه يجب على محكمة النقض إلغاء الحكم الثانى اللاحق الذي انتهك حجية الأمر المقضي للحكم الأول السابق، وهذا هو اتجاه أحكام محكمة النقض.^١

وذهب رأى آخر إلى أنه يجب التقيد بحكم البراءة؛ إذ الأصل فى الإنسان البراءة حتى تثبت إدانته، وحكم البراءة يطبق هذا الأصل، والشك يفسر لمصلحة المدين، وعلى القاضى المدنى أن يطبق هذا الأصل بالنسبة للشك المدنى.^٢ ومع

١ د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، ط١، دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٨٠م، ص ١٢٥١. د. هشام رشاد هيكل، انعدام الحكم القضائى، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٠ م، ص ٢١٧. أنور طلبية، بطلان الأحكام وانعدامها، المكتب الجامعى الحديث بالإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ٦٢٦-٦٢٧.

نقض مدنى ٧ / ٤ / ٢٠١٣م، طعن رقم ٩١٠٦ لسنة ٨١ ق. منشور على موقع محكمة النقض المصرية

نقض مدنى ٢٠ / ٣ / ٢٠١٣م، طعن رقم ٠١٤٠ لسنة ٧٦ ق، منشور على موقع محكمة النقض المصرية

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

نقض مدنى ٢٠ / ١١ / ١٩٧٩م، طعن رقم ٤١ لسنة ٤٣ ق، مج، س ٣٠، ج ٢، ق ٣٤٥، ص ٤١.

٢ د. عبد الحكم فودة، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، بند ٤٠٤، ص ٣٩٩-٤٠٠.

ذلك فقد ذهب رأى آخر فى الفقه إلى القول بعدم تقيد القاضى المدنى بأى منهما، وللقاضى المدنى أن يمضى فى طريقه للوقوف على أمرالفعل ومدى ثبوته.^١

وبهذا الرأى حكمت محكمة النقض فى أحد أحكامها بإهدار حجية كل من الحكمين الجنائيين المتناقضين عند الإحتجاج بهما فى الدعوى المدنية، وقضت بأنه: " إذا ما تبين أن هناك تناقضاً واقعاً لا محالة بين حكم جنائي وحكم جنائي آخر سبقه أو أعقبه بأن قضى أحدهما ما أثبتته الآخر أو خالف ما قرره بقضاء صار فيهما باتاً وكان لازماً وضرورياً للفصل فى موضوع الدعوى المدنية المطروحة على المحكمة المدنية، فإن هذا التناقض من شأنه أن يستطيل ولا مناص إلى الحكم الذي تصدره المحكمة المدنية فى هذه الحالة اذا ما التزمت بقاعدة حجية الأحكام الجنائية؛ إذ يستحيل عليها أن تجمع بين ما قام عليه كل من الحكمين على خلاف الآخر وألا تكون قد جمعت بين الشيء وضده، مما يجعل أسباب حكمها متهاثرة متساقطة يهدر بعضها بعضاً بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم ويحمله، كما أن أخذ المحكمة بحجية أحد الحكمين دون الآخر يفضي إلى تناقض حكمها مع الحكم الآخر الذي أعرضت عنه، وإهدار لحجيتها، وهو ما ينطوي على مخالفة الحجية المتعلقة بالنظام العام، مما لا يجوز؛ إذ متى كانت العلة فى تقرير حجية الأحكام الجنائية بالنسبة إلى الدعوى المدنية المتعلق موضوعها بها هي تقادي التعارض الذي تغياه المشرع على الوجه الذي تقدم ذكره

^١ د. محمد عبداللطيف، قانون الإثبات، ١٩٧٠ م، بند ٢٥٢، ص ٢١٩.

فإن العلة تكون منتفية إذا ما شاب التناقض حكمان جنائيان فصلاً لازماً وضرورياً للحكم في الدعوى المدنية، وبانتفاء هذه العلة مع خلو نصوص القانون من حكم يتبعه القاضي في هذه الحالة فليس أمامه من سبيل إلا أن يلتجئ إلى ما يؤدي إليه النظر والإجتهد وذلك استمداداً من مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور والمرجع الأصيل للقاضي عند غياب النص وعدم وجود العرف حسبما يقضي بذلك نص المادة الأولى من القانون المدني، ووفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة يجب على القاضي أن يرجع فيها إلى الكتاب والسنة فإن لم يجد فيهما لقضائه حكماً كان له أن يجتهد رأيه. وبناء على ما تقدم فإن النظر السديد يهدي إلى القول، بأنه إذا ما وقع تناقض بين حكمين جنائيين فلا تتعد لهما على السواء حجية مانعة، بما مقتضاه أليعدت القاضي المدني بحجبتها معاً وأن يسترد كامل حريته ومطلق سلطانه عند الفصل في موضوع الدعوى المدنية دون أن يتقيد في تقدير الأدلة وتكوين عقيدته فيها بما قام عليه قضاء الحكمين الجنائيين المتناقضين؛ لأن من شأن ما لايسهما من تناقض أن تضحى قاعدة حجية الأحكام في هذه الحالة عديمة الجدوى حابطة الأثر قانوناً، و إذ لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له فلا جناح على القاضي إن أعرض ونأي بجانبه عن حجية لا فائدة منها".^١

^١ نقض مدني ١١/١/١٩٩٢ م، الطعن رقم ٧٤٠٣ لسنة ٦١ ق غير منشور .

١٧- أثر التناقض بين الحكم القضائي وحكم التحكيم:

فى فرنسا ذهب الفقه والقضاء إلى القول بعدم جواز تطبيق نص (art. 618) الخاص بحالة تنافر أو عدم توافق الأحكام القضائية على أحكام التحكيم.^١

وذهب رأي فى الفقه المصرى إلى القول بأنه على الرغم من أنه لا يجوز الطعن بالنقض فى حكم التحكيم، إلا أن حكم القضاء الصادر على خلاف حكم التحكيم يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض للتناقض أو التعارض. بمعنى أنه إذا كان الحكم الأول السابق هو حكم تحكيم، والحكم الثانى اللاحق الأحدث فى التاريخ هو حكم قضائى، فإن الحكم القضائى الصادر على خلاف حكم التحكيم السابق يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض لتناقض الأحكام عملاً بالمادة ٢٤٩ مرافعات.^٢

وعلى ذلك إذا كان الحكم الأول السابق حكماً قضائياً، والحكم الثانى اللاحق الأحدث فى التاريخ حكم تحكيم، فإن حكم التحكيم اللاحق الصادر على خلاف

١ -Serge **Guinchard**, Frédérique **Ferrand** et Cécile **Chainais**;

2^e éd.; Paris; 2011; N. 50; P. 585. Procédure Civile;

.-**Guinchard** et **Ferrand**; Procédure Civile; N. 1810; P. 1274

-**Guinchard**; Dalloz Action; N. 6323; P. 1283-1284.

-Versailles; 29 juin 1995; Rév. Arb. 1995; P. 639 ets ; Not. Charles

Jarrosson.

^٢ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، ط٣، بند ١٢٨. هشام الطويل، شروط قبول

الطعن، ص ١٤١. عز الدين الدناصورى، وعبد الحميد الشواربى، طرق الطعن فى الأحكام

المدنية، ص ٤٢٦.

الحكم القضائي السابق لا يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض لتناقض الأحكام؛ لأن حكم التحكيم لا يقبل الطعن فيه بالنقض في القانون المصري، ويظل التناقض بينهما قائماً دون حل ما لم يطعن في حكم التحكيم بالبطلان لأي سبب من أسباب بطلان حكم التحكيم (م ٥٣ تحكيم مصري) والتي ليس من بينها سبب التناقض أو التعارض أو التنافر.

ولا يوجد في مصر ولا في فرنسا نص في نصوص قانون التحكيم يفيد الإحالة على نص (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618) الخاص بالطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تنافر الأحكام القضائية، وحيث أنه لا توجد إحالة بدون نص، فيستنتج من ذلك عدم إمكانية تطبيق نظام الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تنافر الأحكام القضائية على أحكام التحكيم، كما أن نص (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618) نص خاص لا يمكن إعتبره ضمن القواعد العامة في المرافعات التي يمكن تطبيقها على التحكيم، كما أن قضاء محكمة النقض استقر على وجوب اشتراط صدور الأحكام المتناقضة أو المتنافرة من جهة قضائية واحدة، وأحكام التحكيم ليست صادرة عن جهة القضاء العادي، وأيضاً لا يمكن الطعن بالنقض على أحكام التحكيم، لذا نجد أن أحكام التحكيم تكون خارج نطاق تطبيق نص (م ٢٤٩ مرافعات - art. 617 et 618).^١

١ -Roger Perrot; L'application à l'arbitrage de procédure civile; Rév.

P. 642- 643. arb. 1980;

وفى هذا الصدد ذهب بعض الفقه الفرنسى إلى إمكانية الاقتراح بتوسيع نطاق تطبيق أحكام المواد (art. 617, 618 et 1484) على حالات التناقض أو التنافر بين الأحكام القضائية وأحكام التحكيم، وكذلك أيضاً فيما يتعلق بحالات التناقض أو التنافر بين أحكام القضاء العادى وأحكام القضاء الإدارى.^١ وذهب رأى فى الفقه المصرى إلى القول بأنه يمكن عرض حكم التحكيم على محكمة النقض إذا صدر حكم التحكيم مخالفاً لحكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم، وذلك بالطعن فيه بالنقض مباشرة إعمالاً لنص (م ٢٤٩مرافعات) متى أصبح حكم التحكيم انتهائياً؛ وذلك لأن جهة التحكيم من جهات القضاء التى نظمها القانون.^٢

ويجوز للمحكمة الدستورية العليا بناءً على طلب أحد ذوى الشأن الفصل فى طلب فض النزاع بين حكم تحكيم وحكم قضائى مما يتعذر معه تنفيذهما معاً فى وقت واحد. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن بأنه : " وحيث إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التحكيم وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل فى نزاع بناء علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزة اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم تبعاً لذلك بإسناد من الدولة، ومن ثم

-Versailles ; 29 juin 1995; Rév. arb. 1995; P. 639; Not. Charles

Jarrosion.

^١ -Y. Capron; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 783; N. 24 et 25.

^٢ طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، ص ٢٠٥.

يعتبر التحكيم نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان. بما مؤداه وعلى ماجرى به نص البند (٢) من المادة ٥٨ من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق من أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع. ذلك أن الأمر بالتنفيذ الذى يصدره القاضى المختص وفقاً لأحكام قانون التحكيم لا يعد مجرد إجراء عادى بحت يتمثل فى وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع. وذلك إعمالاً لحجية الأحكام القضائية حيث إن مناط قبول طلب الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين طبقاً للبند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون الحكمين الصادرين من جهتين مختلفتين من جهات القضاء قد حسموا موضوع النزاع فى جوانبه كلها أو بعضها، وتناقضاً بحيث يتعذر تنفيذهما معاً. وتكون المفاضلة التى تجريها المحكمة الدستورية العليا بين حكمين متناقضين على أساس ما قرره المشرع من قواعد لتوزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة... وحيث إنه لما كان ما تقدم وكانت المنازعات المتعلقة بالأموال والملكية والحيازة - ومنها المنازعة موضوع الحكمين- هى ما يدخل الفصل فيه فى اختصاص جهة القضاء العادى، وقد تم حسم ذلك النزاع المعروض بالحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم...لسنة...ق والقاضى بعدم قبول الدعوى

الابتدائية المرفوعة بطلب الإخلاء وهو قضاء نهائى مؤداه استمرار حيازة المدعى عليه الثالث للعين المؤجرة بما لازمه أن قضاء هيئة التحكيم فى النزاع ذاته، وإن كان قد صدر قبل حكم الاستئناف، إلا أن هذا القضاء لا يكون واجب التنفيذ إلا بعد صدور الأمر بذلك من قاضى التنفيذ الذى يتعين عليه قبل إصدار ذلك الأمر التأكد من عدم تعارض ذلك القضاء، مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى النزاع ذاته. أما وقد صدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمة بتاريخ... بعد صدور حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ...، فإنه لا يتعين الاعتداد به لسبق وجوب تنفيذ حكم محكمة الاستئناف المشار إليه قبله... فل هذه الأسباب حكمت المحكمة : بالاعتداد بالحكم النهائى الصادر من محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم... لسنة... قضائية دون حكم هيئة التحكيم الصادر فى التحكيم... لسنة... محكمة شمال القاهرة." ¹

¹ دستورية عليا ٢٠١١/٢/٦م، دعوى رقم ١١ لسنة ٢٧ ق تنازع ، غير منشور.

الفصل الثاني

خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض الأحكام المدنية

١٨. تمهيد وتقسيم:

خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي هي مجموعة الإجراءات التي تبدأ بإيداع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض، أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه حتى حين صدور حكم في موضوعها أو انقضائها بغير حكم في الموضوع وفقاً لأحكام قانون المرافعات الواردة في (م ٢٤٨ - ٢٧٣) بالإضافة إلى القواعد العامة في المرافعات. وهي تمر بأربع مراحل: المرحلة الافتتاحية التي يتم فيها رفع الطعن وقيده وإعلانه، والمرحلة التحضيرية التي يتم فيها إيداع المذكرات من الخصوم والنيابة، ثم مرحلة فحص الطعن التي تتم في غرفة المشورة، وأخيراً مرحلة نظر الطعن في الجلسة وتنتهي بالحكم في الطعن.

ويكون النقض الاستثنائي هو وسيلة فض التعارض أو التناقض بين الأحكام القضائية عند وجود حكم صادر بصفة انتهائية - أي كانت المحكمة التي أصدرته - بالمخالفة لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي (م ٢٤٩ مرافعات). ويتولد حق الطعن بالنقض - كحق من الحقوق الإجرائية - لتناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية في الحكم الثاني اللاحق للأحدث في التاريخ منذ صدوره لصاحب الصفة والمصلحة الذي أصابه ضرر من الحكم الثاني المطعون عليه المناقض للحكم الأول السابق الحائز لقوة الأمر المقضي، وتطبق القواعد العامة

للطعن بالنقض على الطعن بالنقض الاستثنائي من حيث كيفية رفعه، وميعاده، والإجراءات التي تمر بها خصومة النقض من حيث تحضيرها وإجراءات الفصل فيها... ما لم يرد نص خاص بأحكام خاصة في هذا الشأن، كما هو الحال في (art. 617 et 618, N.C.P.C.F.).

ونظراً لأن محكمة النقض هي محكمة وحيدة في الدولة، فتكون هي المختصة بنظر الطعن بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تناقض أو تنافر الأحكام القضائية، ويقتصر الطعن بالنقض الاستثنائي على سبب التناقض أو التعارض أو التنافر بين الأحكام، كما يقتصر نطاق خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي على الحكم اللاحق الثاني الأحدث في التاريخ دون أن يتسع هذا النطاق ليشمل الحكم الأول السابق (م ٢٤٩ مرافعات)، وتقتصر سلطة محكمة النقض على الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه فقط دون المساس بالحكم الأول السابق، وعلى سبب التناقض أو التعارض أو التنافر فقط، أي أن نطاق الطعن بالنقض الاستثنائي يقتصر على النظر في مخالفة الحكم اللاحق المطعون فيه لحجية الحكم السابق وفقاً لنص (م ١٠١ إثبات)، فإذا رأت محكمة النقض عدم تحقق المخالفة قضت برفض الطعن أو عدم جوازه؛ إذ أن مدار الطعن يدور حول مخالفة حجية الأمر المقضي التي تعلق على اعتبارات النظام العام.¹

¹ د.مصطفى كبره، النقض المدني، ص ٧٩٠. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ٢٤٩، ص ١٧٦٠.

وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الطعن بالنقض الاستثنائي يطرح على محكمة النقض الحكيم السابق واللاحق بالمنطق وبقوة القانون، وقياساً على حكم (م ٢٢٢ مرافعات) التي تنظم الطعن بالاستئناف الاستثنائي، ويكون لمحكمة النقض سلطة القضاء بنقض أحدهما أو هما معاً.^١

وهذا الرأي مردود عليه بخلو عبارة نص (م ٢٤٩ مرافعات) من النص على اعتبار الحكم السابق مطروحاً على محكمة النقض بخلاف العبارة الصريحة لنص (م ٢٢٢ مرافعات) بشأن الاستئناف الاستثنائي، كما أنه قياس في غير محله؛ إذ لا يجوز استعمال القياس على نص استثنائي وهو نص (م ٢٢٢ مرافعات) الخاص بالاستئناف الاستثنائي نظراً لوجود نص خاص بالنقض الاستثنائي، فلكل نص شروط خاصة ومجال تطبيق مختلف.

والإدعاء الذي يطرح على محكمة النقض هو مخالفة الحكم اللاحق الثاني الأحدث في التاريخ لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة المحكوم فيها نفسها وحاز قوة الأمر المقضي، فإذا ثبتت المخالفة نقضت محكمة

نقض مدني ٢٨ / ٢ / ١٩٨٤ م، طعن رقم ١٢٣٠ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ١١١، ص ٥٩١.

نقض مدني ١٠ / ٣ / ١٩٧٩ م، طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣٠، ج ١، ق ١٤٠، ص ٧٧١.

^١ د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٠٩، ص ٢٦٣. د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠١٣ م، بند ٣٢١، ص ٦٢٢.

النقض الحكم المطعون فيه، ولا تمتد سلطة محكمة النقض إلى الحكم الأول السابق الحائز على قوة الأمر المقضي حتى لو خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو وقع باطلاً أو بنى على إجراء باطل طالما صدر من جهة قضاء لها ولاية إصداره؛ لأن قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام. وفي القانون الفرنسي يكون الطعن بالنقض الاستثنائي في حالة تناقض الأحكام الانتهائية بدون إحالة إذا ما تم نقض الحكم المطعون فيه.^١

ويجب على قاضي التنفيذ عند تقديم طلب تنفيذ حكمين متناقضين أو متعارضين وقف تنفيذ الحكمين لحين البت في مسألة التناقض أو التعارض من محكمة الطعن سواء أكانت محكمة الاستئناف أم النقض، وتحديد أحد الحكمين يكون هو الواجب التنفيذ من محكمة الطعن؛ لأن التحقيق في قيام التناقض أو التعارض بين حكمين قضائيين يخرج عن اختصاص قاضي التنفيذ.^٢

و بناءً على ذلك نتناول خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض الأحكام المدنية في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: إجراءات خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي.

^١ د. الانصاري حسن النيداني، النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٢ م، بند ١٠، ص ١٦ وما بعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٨١٤. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ١٢٥، ص ١٦١.

^٢ د. عيد القصاص، تناقض الأحكام، ص ١٣١.

المبحث الثاني: سلطة محكمة النقض فى الطعن بالنقض الاستثنائى.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالى.

المبحث الأول

إجراءات خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي

١٩- التزامات الطاعن بالنقض الاستثنائي:

تخضع محكمة النقض للمبدأ العام الذي يحكم سائر المحاكم القضائية في الدولة إلا وهو مبدأ الطلب، فهي لا تختص بالطعن بالنقض من تلقاء نفسها، بل لابد من أن يرفع إليها بإجراءات قانونية سليمة خلال الميعاد القانوني من صاحب الصفة والمصلحة في الطعن بالنقض الاستثنائي، لذا يقع التزام قانوني على عاتق الطاعن صاحب الصفة والمصلحة في الطعن برفع الطعن بالنقض الاستثنائي بصحيفة طعن موقعة من محامٍ مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض وإيداعها قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه خلال ميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً (م ٢٥٢ مرافعات)^١.

ولذا يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي الالتزام بمراعاة شروط قبول الطعن بالنقض حيث يشترط لقبوله: أن يكون محل الطعن حكماً قضائياً انتهائياً قابلاً للطعن المباشر، وأن تتوافر للطاعن مصلحة في الطعن، وأن تتوافر الصفة في كُُلِّ من الطاعن والمطعون ضده، وألا يكون الطاعن قد قبل الحكم صراحة أو ضمناً، كما يلزم رفع الطعن خلال ميعاد النقض، وأن يكون مبنى الطعن أحد

^١ د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص ٧٩٠. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١١٥، ص ١٢٦٥.

أسباب الطعن بالنقض المحددة على سبيل الحصر في (م ٢٤٨ ، ٢٤٩ مرافعات). ويجوز للطاعن أن يبني طعنه بالنقض على الحكم على أكثر من سبب... ويرفع الطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام بنفس الشكل والإجراءات التي يرفع بها الطعن بالنقض كقاعدة عامة، وتسير خصومة الطعن بالنقض لتعارض أو تناقض الأحكام وفقاً للقواعد التي تحكم خصومة الطعن بالنقض كقاعدة عامة؛ لأن القانون المصري لم يفرق بين الطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام وبين الطعن بالنقض بسبب غيره من أسباب الطعن بالنقض لعدم احتواء نص (م ٢٤٩ مرافعات) أو غيرها على إجراءات خاصة لخصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، على خلاف القانون الفرنسي الذي خص الطعن بالنقض لتعارض أو تناقض أو تنافر الأحكام ببعض القواعد الخاصة نظراً لما له من خصوصية في القانون الفرنسي (art. 617 et 618).^١

^١ د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص ٧٩٠. د. محمد نور شحاتة، الوسيط، ص ٩١٩. د. أحمد خليل، التعارض، ص ١٩٧ - ١٩٨.

نقض مدني ١٩٨٤/٤/٢٦م، طعن رقم ٦٧٢ السنة ٤٩ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ٢٠٨، ص ١٠٩٥.

نقض مدني ١٩٨٤/٢/١٣م، طعن رقم ١٨٩ السنة ٤٩ق، مج، س ٣٥، ج ١، ق ٩٠، ص ٤٧٣.

-Y. Capron; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ.; Fasc. 783; N. 37 et 46.

والطعن بالنقض طريق طعن غير عادي من طرق الطعن في الأحكام لا يجوز ولوجه إلا بعد استفاد طرق الطعن العادية، في أحكام قضائية معينة وفي حالات محددة على سبيل الحصر بنص (م ٢٤٨ - ٢٤٩ مرافعات)، أي يقتصر على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف، سواء بتأييدها أو بالغائها أو بتعديلها، وعلى الأحكام الانتهاية أيا كانت المحكمة التي أصدرتها إذا صدرت على خلاف حكم سابق. فلا تكفي مجرد خسارة الطاعن بالنقض الاستثنائي، بل يجب عليه أن يبنى طعنه على سبب تناقض أو تعارض حكيم نهائيين، ولا تكفي الإشارة إليه بشكل عام بل يجب تحديده في الحكم المطعون فيه وتقديم الدليل على التناقض أو التعارض. أي يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي منذ لحظة إيداع صحيفة الطعن بالنقض تقديم الدليل على ما يتمسك به من أوجه الطعن بالنقض التي نص عليها القانون في المواعيد المحددة قانوناً، كما يجب عليه أن يبين أوجه طعنه بياناً كاملاً واضحاً بصورة جلية وكاشفاً على وجه اليقين والتحديد عن المقصود منها ووافياً نافياً للغموض والجهالة، وتقديم المستندات المؤيدة لطحنه وإلا كان طعنه عارياً من الدليل... وإذا قررت محكمة النقض في غرفة المشورة عدم قبول طعنه وألزمته بالمصاريف ومصادرة الكفالة، ولا يجوز الطعن في قرار غرفة المشورة بأي طريق من طرق الطعن.^١

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٦٨، ص ٧٠٥ - ٧٠٦. د. وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص ٧٩٣. د. أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة، بند ١، ص ٧ وما بعدها.

كما يجب على الطاعن بالنقض مراعاة النصاب القيمي للطعن بالنقض المنصوص عليه في (م ٢٤٨ مرافعات) إذا تمسك بأحد أسباب الطعن الواردة في (م ٢٤٨)، والتي نصت على أنه: " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز مائة ألف جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة، وذلك في الأحوال الآتية:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

٢ - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ."

نقض مدنى ٢٠٠٥/٨/١م، الطعانان رقما ٦٦٢،٦٦١ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ١٣٠، ص ٧٤٥.

نقض مدنى ١٩٩١/٢/٢٥م، طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤٢، ج ١، ق ٩٣، ص ٥٨١.

نقض مدنى ١٩٩١/١/٢٣ م، طعن رقم ٨٢٢ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٢، ج ١، ق ٤٧، ص ٢٧٩.

نقض مدنى ١٩٨٧/١٢/٢٠م، طعن رقم ١٦٧ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٣٨، ج ٢، ق ٢٣٦، ص ١١٢٢.

نقض مدنى ١٩٨٧ /٦/٤ م، طعن رقم ٦٧٥ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٣٨، ج ٢، ق ١٦٣، ص ٧٦٨.

نقض مدنى ١٩٨٧/٢/١٦ م، طعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٨، ج ١، ق ٥٩، ص ٢٥٥.

وقد حدد المشرع المصري نصاب قيمي للطعن بالنقض في حالات (م ٢٤٨ مرافعات) فقط، دون حالة الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض الأحكام الواردة في (م ٢٤٩ مرافعات)، وحسناً ما فعله المشرع المصري، وذلك لإزالة حالة التناقض والتعارض بين الأحكام القضائية مهما كانت قيمتها إحتراماً لحجيتها.^١

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه: " لما كان الأصل في القانون أن الحكم يخضع من حيث جواز الطعن فيه للقانون الساري وقت صدوره، وأن قوانين الإجراءات تسرى من يوم نفاذها على الإجراءات التي لم تكن قد تمت ولو كانت متعلقة بجرائم وقعت قبل نفاذها وذلك إعمالاً لقاعدة الأثر الفوري للقواعد الإجرائية، وكانت المادة ٣٠ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م بشأن حالات

^١ وعلى نفس منوال القانون المصري: م ٧٠٨، م ٧٠٩ أصول محاكمات مدنية لبناني . غير أن هناك تشريعات أخرى كالمشرع الإماراتي حدد نصاب قيمي لحالات الطعن بالنقض وأدرج من بينها حالة الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض الأحكام، وذلك في م ١/١٧٣- د من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ م التي نصت على أنه: " ١- للخصوم أن يطعنوا بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز مائتي ألف درهم أو كانت غير مقدره القيمة وذلك في الأحوال الأتية:- أ-... ب-... ج-... د- إذا فصل في النزاع على خلاف حكم آخر صدر في ذات الموضوع بين نفس الخصوم وحاز قوة الأمر المقضى به. " . و يعاب على هذا النص أن حالات التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية التي قيمتها أقل من النصاب القيمي للطعن بالنقض مائتي ألف درهم ستبقى دون حل، أى ستبقى مشكلة التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية قائمة دون حل !!! فأى من الحكامين المتعارضين أو المتناقضين من الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف سيقدم للتنفيذ الجبري، وأيهما هو الذى ينفذ؟؟؟. سؤال يجيب عنه المشرع الإماراتي نفسه. وحدد المشرع الأردني النصاب القيمي للطعن بالتمييز بعشرة آلاف دينار أردني م ١٩١ أصول محاكمات مدنية.

وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض المستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م لا تجيز الطعن فيما يتعلق بالدعوى المدنية وحدها إذا كانت التعويضات المطلوبة لا تتجاوز نصاب الطعن بالنقض المنصوص عليه في المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات وهو مائة ألف جنيه، وكان الطاعن قد ادعى مدنياً بمبلغ ٥٠٠٥ جنيه تعويضاً مدنياً مؤقتاً وصدر الحكم المطعون فيه بتاريخ ١٧ ديسمبر ٢٠٠٩ م وهو بهذه المثابة لا يتجاوز نصاب الطعن بالنقض المارّ بيانه، ومن ثم فإن الطعن المائل يكون غير جائز الطعن فيه بطريق النقض مما يفصح عن عدم قبوله مع مصادرة الكفالة وتغريم الطاعن مبلغاً مساوياً لها... لعدم تجاوز قيمة الدعوى النصاب المحدد قانوناً وقت صدور الحكم المطعون فيه دون تاريخ إقامة الدعوى".^١

كما يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي تقديم صحيفة الطعن بالنقض محتوية على أسباب الطعن كاملة صحيحة سليمة مبرأة وخالية من كافة العيوب،

^١ جنح النقض ٢٦/٩/٢٠١٣ م، طعن رقم ١٠٢٣٢ لسنة ٤ ق، منشور على موقع محكمة النقض.

نقض مدنى ٢١/١٢/٢٠١٠ م، طعن رقم ١٣٠٠٩ لسنة ٧٨ ق، منشور على موقع محكمة النقض.

نقض تجارى ٢٨/١٢/٢٠٠٩ م، طعن رقم ٦٤٢ لسنة ٦٩ ق، منشور على موقع محكمة النقض.

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

نقض مدنى ١٢/٥/٢٠٠٩ م، طعن رقم ٣٧٧٣ لسنة ٧٨ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٦٧، ص ٢٥٤-٢٥٥.

وخالية من أسباب الطعن غير المقبولة أمام محكمة النقض، كالسبب المجهل، أو السبب الجديد، أو السبب العارى عن الدليل، أو السبب غير المنتج، أو السبب الموضوعي للطعن أو أي جدل متعلق بالشق الموضوعي من الحكم المطعون فيه ... ؛ لأن محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة موضوع فهي تحاكم الحكم المطعون فيه في شقه القانوني دون شقه الموضوعي، ولا تعيد بحث أو إثبات الوقائع بل تسلم بالوقائع كما أثبتها الحكم المطعون فيه، وتقتصر مهمتها على مراقبة ما إذا كان قاضى الموضوع قد مسخها أو رتب عليها ما لا تنتجه عقلاً^١.

ولذلك ينفصل الشق الواقعي للحكم المطعون فيه أمام محكمة النقض عن شقه القانوني لتقوم محكمة النقض بمحاكمة الحكم المطعون فيه في شقه القانوني دون شقه الواقعي للتأكد من صحته ومطابقته للقانون. فهي لا تختص إلا بتقويم المعوج من جهة القانون ليس إلا، وهي كذلك مكلفة بأن تأخذ ما أثبتته قاضى الموضوع قضية مسلمة وأن تبحث فيها بالرقابة على عدم مخالفة القانون، أي أن

^١ د. أحمد السيد صاوى، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م، بند ٧٢ ومابعده، ص ١٢٣ ومابعدها؛ الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م، بند ١، ص ٥. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٩٠٧ ومابعدها. على وحسين مجموع، الطعن بالنقض المدني، ص ٣٤٦.

نقض مدنى ٢٦/٤/٢٠٠٦ م، طعن رقم ٥٨٢٠، ٦٥٥٢ لسنة ٧٤ ق، مج، س ٥٧، ق ٨١، ص ٣٩٧.

نقض مدنى ١٠/١/٢٠٠٥ م، طعن رقم ٦٠٤٩ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ١٦، ص ١٠٠.

الطعن أمام محكمة النقض يمثل مخاصمة للحكم المطعون فيه في الجانب القانوني دون الجانب الموضوعي، كما أن قضاة محكمة النقض قضاة قانون لا قضاة وقائع، ولا تنظر محكمة النقض إلا في الأسباب التي ذكرها الطاعن في صحيفة الطعن مما يتعلق بهذه الوجوه من المسائل القانونية البحتة.^١

ويجب على الطاعن بالنقض أن يورد سبب النعي على محل في قضاء الحكم المطعون فيه وليس على حكم أول درجة، فالنعي الموجه إلى الحكم الابتدائي ولا يصادف محلاً في قضاء الحكم الاستئنافي غير مقبول، باعتبار أن مرمى الطعن بالنقض هو مخاصمة الحكم النهائي الصادر من محكمة الاستئناف، بل يجب النعي على الأسباب التي أخذ بها الحكم المطعون فيه. كما لا يجوز أن يكون وجه النعي منصباً على حكم أول درجة والذي لم يكن محل طعن بالاستئناف، ويجب أن يكون وجه النعي منصباً على الجزء من الحكم المطعون فيه الذي يريد الطاعن إلغائه بالطعن فيه، وإلا كان النعي غير مقبول لوروده على غير محل في الحكم المطعون فيه.^٢

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه: " إن المشرع أفصح في البند أولاً من المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م عن وجوب الحكم بعدم القبول إذا لم يودع (الطاعن بالنقض) وقت تقديم

^١ الإشارة السابقة .

^٢ على وحسين مجموع، الطعن بالنقض المدني، ص ٣٧٦ وما بعدها.

صحيفة الطعن بالنقض صورة رسمية أو معلنة من الحكم المطعون فيه فيكون لكل
ذى مصلحة أن يطلب توقيعه وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها باعتبار أن
إجراءات الطعن من النظام العام".¹

ولذا يجب على الطاعن أن يودع حافظة مستندات المرافقة لصحيفة الطعن
صورة رسمية للحكم الأول الذي يدعى سبق صدوره وتعارضه أو تناقضه مع الحكم
الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المطعون فيه بالنقض كدليل إثبات للاستدلال
بها على ما يدعيه - وليس كمحل للطعن - إلا كان طعنه عارياً من الدليل
ومردوداً، ولا يجوز تقديمها أثناء نظر الطعن أو بعد انقضاء ميعاده أو حتى بعد
إيداع صحيفة الطعن، ولا يكفي إيداعها بصحيفة طعن آخر عن نفس الحكم
أوبصحيفة طعن عن حكم آخر منظور في نفس الجلسة أو في جلسة أخرى، حتى
لو اطلعت عليها نيابة النقض؛ لأن لكل طعن كيانه المستقل، وذلك حتى يتسنى
لمحكمة النقض التحقق من وجود التناقض أو التعارض كسبب للطعن بالنقض
الاستثنائي، وممارسة رقابتها على وجه صحيح. فقد نصت (م ٢٥٣ مرافعات)
على أنه: "... وإذا أبدى الطاعن سبباً للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق على

¹ نقض مدنى ١٠/١٠/٢٠١١م، طعن رقم ٩٩٣ لسنة ٨٠ ق، منشور بموقع محكمة النقض

صدور الحكم المطعون فيه في ذات الدعوى اعتبر الطعن شاملاً للحكم السابق ما لم يكن قد قبل صراحة".^١

وإذا قدم الطاعن صورة غير رسمية من الحكم الأول السابق فإنها لا تكفي للاستدلال على ما يدعيه من تناقض أو تعارض، كما لا يكفي إيراد الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه تليخياً لأسباب الحكم الأول السابق؛ لأن ذلك يمنع إحاطة محكمة النقض بنقض جميع أسباب هذا الحكم أو إبراز حجيته في ذلك. وتقوم محكمة النقض بنقض وإلغاء الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المطعون عليه بالنقض دون إحالة بعد التحقق من وجود التناقض أو التعارض، وذلك لمخالفته لحجية الأمر المقضي التي حازها الحكم الأول السابق؛ إذ أن حجية الأمر المقضي تسمو على النظام العام في مصر، ويبقى الحكم الأول السابق منظم للعلاقة بين الخصوم، ومصرحاً بأن الحكم الأول هو الواجب النفاذ. ونقض الحكم الثاني اللاحق دون إحالة يرجع إلى أنه حكم ما كان يجب صدوره أصلاً من

^١ د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي، بند ٧٠، ص ٨٤. د. رمضان إبراهيم علام، التناقض الإجرائي، بند ٣٦٥، ص ٥٧٥-٥٧٦. أنور طلبه، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥ م، ص ٢٧٢. هشام الطويل، شروط قبول الطعن، بند ١٠، ص ٤٤٧.

نقض مدني ١٩٨٦/٥/٧ م، طعن رقم ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق، مج، س ٣٧، ج ١، ق ١٠٩، ص ٥٢٣.

نقض مدني ١٩٧٦/١١/٦ م، طعن رقم ٥٣٤ لسنة ٤٠ ق، مج، س ٢٧، ج ١، ق ٢٨٧، ص ١٥٢٥.

محكمة الموضوع لسبق الفصل في النزاع، وبالتالي لا يوجد مبرر للحكم في موضوعه من جديد بأي وجه من الوجوه. وبزوال الحكم الثاني اللاحق يزول التناقض لزوال أحد الحكمين المتناقضين.^١

كما يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي التأكد من اتحاد الحكمين (السابق واللاحق) في الخصوم والمسألة المحكوم فيها (الموضوع والسبب)، بحيث إن كان الخصم الطاعن قد دفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم اللاحق المطعون فيه بالنقض الاستثنائي بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لقضى بذلك تطبيقاً لنص (م ١٠١ إثبات)، مع ضرورة مراعاة أنه لا يشترط لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي لمخالفة حكم سابق أن يكون الطاعن قد دفع بحجية الحكم السابق أمام المحكمة التي أصدرت الحكم اللاحق؛ لأنه لو تمسك به ما صدر الحكم اللاحق، وإن تمسك به ورفضته المحكمة كان حكمها مخالفاً للقانون.^٢

ويجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي التأكد من انتفاء شروط الاستئناف الاستثنائي الواردة بالمادتين ٢٢١، ٢٢٢ مرافعات، وإلا حكمت محكمة النقض بعدم

^١ د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي، بند ٧٠، ص ٨٤. د. رمضان إبراهيم علام، التناقض الإجرائي، بند ٣٦٥، ص ٥٧٥-٥٧٦. أنور طلبية، الطعن بالنقض، ص ٢٧٢. هشام الطويل، شروط قبول الطعن، بند ١٠، ص ٤٤٧.

^٢ د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، م ٢٤٩، بند ٧٠٤، ص ٣٥٣. هشام الطويل، شروط قبول الطعن، ص ١٤٣. أنور طلبية، الطعن بالنقض، ص ٢٥٣.

جواز الطعن بالنقض إذا كان طريق الطعن فيه بالاستئناف مفتوحاً، فالطعن بالنقض طريق طعن غير عادي لا يجوز ولوجه إلا بعد استفاد طرق الطعن العادية.^١

كما يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي احترام النطاق الشخصي والموضوعي لخصومة الطعن بالنقض، حيث يتحدد نطاقها الشخصي بالطاعن والمطعون ضده سواء أكانوا منفردين أم متعددين، ويتحدد نطاقها الموضوعي بالحكم الثاني اللاحق الأحدث في تاريخ صدور المطعون فيه والمناقض للحكم الأول السابق، وبسبب التناقض أو التعارض بينهما.^٢

^١ أنور طلبية، الطعن بالنقض، ص ٢٥٢.

^٢ د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١٣٤، ص ١٢٨٨.

٢٠- النطاق الشخصي لخصومة الطعن بالنقض الاستثنائي:

يتحدد نطاق خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي بأشخاص الحكم المطعون فيه، من طاعن ومطعون ضده سواء أكانوا منفردين أم متعددين، فيجوز الطعن من كل من كان طرفاً في الخصومة حتى صدور الحكم ضده سواء كان مدعى أو مدعى عليه خصماً أصلياً أو ضامناً لخصم أصلي أو مدخلاً في الدعوى أو متدخلاً فيها للاختصاص أو الإنضمام لأحد طرفي الخصومة فيها. و يجب أن تتوافر في حقهم الشروط العامة - الإيجابية والسلبية - لرفع الدعوى القضائية، وخاصة شروط: الأهلية، والصفة، والمصلحة (art. 609).^١

^١ نقض مدني ٢٠٠٥/١/١٠ م، طعن رقم ٦٠٤٩ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ١٦، ص ١٠٠.

نقض مدني ٢٠٠٥/٥/٢٣ م، طعن رقم ٨٨٩ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٩٢، ص ٥٣١.

نقض مدني ٢٠٠٤/٣/٢٤ م، طعن ٣٧٥٩ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٥، ج ١، ق ٦١، ص ٣٣٠.

نقض مدني ٢٠٠٣/٢/٢٥ م، طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٦٤ ق، س ٥٤، ج ١، ق ٢٧، ص ١٦٤.

نقض مدني ٢٠٠٢/١/١٥ م، طعن رقم ٤٧٨٥ لسنة ٦٣ ق، س ٥٣، ج ١، ق ٢٧، ص ١٥٤.

نقض مدني ٢٠٠٢/١٢/١٩ م، طعن رقم ٧٠٨ لسنة ٦٦ ق، س ٥٣، ج ٢، ق ٢٢٥، ص ١٢١٥.

-**Couchez et Langlade** ; Procédure civile; N. 450; P. 508.

-**Guinchard**; Droit et Pratique; N.553.111 ets. ; P. 1139 ets.

-Cass. Civ. 2 ; 11 Févr. 2009; Procédures 2009; Com. N. 141.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر - في قضاء محكمة النقض- أنه يجوز الطعن في الأحكام من الخلف العام أو الخاص أو من الدائن باسم مدينه ولو لم يكن أى منهم طرفاً في الخصومة الصادرة فيها وذلك في الأحوال وبالشروط المقررة قانوناً . " ولا يجوز الطعن فى الأحكام إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم أو ممن قضى له بكل طلباته ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ٢١١ مرافعات).^١

-Cass.Civ.1^{Re}; 9 juill. 2008; Procédures 2008; Com.; N. 274; Not.

Douchy-Oudot.

-Cass. Civ. 2^e; 1 Févr. 2006; Gaz. Pal. 6-7 juill. 2007; P. 20; obs. du

Rusquec.

-Cass. Civ. 2^e; 24 juin 2004; Rév. Trim. dr. Civ. 2004; P. 555; obs.

Perrot., J.C.P. 2004; éd. G.; II; 10141; Not. **Croze.**

-Cass. Soc. ; 21 janv. 2003; D. 2003; Somm.; P. 1399; obs. **Julien.**

-Cass. Soc. ; 6 Nov. 2001; Gaz. Pal. 9-10 oct. 2002; P. 38; obs.

Perdriau.

^١ نقض مدنى ٢٠٠٦/٥/٢٧ م، طعن رقم ٢٣٩٦ لسنة ٦٥ق، مج، س ٥٧، ق ١٠٣، ص ٥٢٨.

نقض مدنى ٢٠٠٦/٦/٢٤ م، طعن رقم ٢٥١٧ لسنة ٦٥ق، مج، س ٥٧، ق ١١٧، ص ٦١٣.

نقض مدنى ١٩٨٣/٣/١٧ م، طعن رقم ١١٧٨ لسنة ٤٩ ق، مج، س ٣٤، ج ١، ق ١٤٦، ص ٦٩٤.

نقض مدنى ١٩٧٩/١٢/١٢ م، طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٤٥ ق، مج، س ٣٠، ج ٣، ق ٣٨٥، ص ٢٥٣.

ويشترط لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي أن يكون لدى الطاعن الأهلية الإجرائية أو السلطة لمباشرة الطعن، وأن يكون الطاعن طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض بشخصه أو بمن يمثله، وأن يرفع الطاعن طعنه بنفس الصفة التى اتصف بها فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض بأن يكون خصماً حقيقياً فى خصومة الحكم المطعون فيه بالنقض، وذلك بأن يُوجّه أو يُوجّه منه أو إليه طلبات أو دفعات أو دفاع فيها، وأن يكون للطاعن وقت صدور الحكم المطعون فيه مصلحة - المنفعة والفائدة المادية أو الأدبية التى تعود على الطاعن بالنقض من جراء نقض الحكم المطعون فيه - شخصية، ومباشرة، وقائمة يقرها القانون؛ لأن المصلحة هى مناط الحق فى الطعن، وألا يكون الطاعن قد قبل صراحة أو ضمناً الحكم المطعون فيه كلياً أو جزئياً ودون أى تحفظات، وإلا حكم بعدم قبول الطعن بالنقض الاستثنائي. ويجوز رفع الطعن بالنقض الاستثنائي من كل من كان طرفاً فى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه سواء كان مدعياً أو مدعياً عليه، خصماً أصلياً أو وضامناً لخصم أصلى أو مدخلاً فى الدعوى أو متدخللاً فيها للاختصاص أو للائتمام لأحد طرفى الخصومة فيها.^١

^١ د. أحمد فتحى سرور، النقض الجنائي، بند ٤٥ ومابعده، ص ٧٨ ومابعدها. د. أحمد مسلم، اصول المرافعات، ص ٦٨٩. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٨. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١١٦ ومابعده، ص ٢٧٢ ومابعدها. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٢٦١ ومابعده، ص ٢٦٣ ومابعدها. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى،

فيشترط لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي كون المطعون ضده خصماً حقيقياً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض بشخصه أو بمن يمثله، والخصومة في الطعن أمام محكمة النقض لا تكون إلا ممن كانوا خصوماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، وأن الخصم الذي لم يطلب سوى الحكم في مواجهته ولم يقض له أو عليه بشئ ليس خصماً حقيقياً. فليس لشخص الطعن في حكم هو ليس طرفاً فيه، أي أن يكون خصماً حقيقياً يُوَجَّه أو يُوجَّه منه أو إليه طلبات أو دَفُوع أو دَفَاع فيها، وليس لشخص واحد صفة الطاعن والمطعون ضده في طعن واحد في نفس الوقت.¹

ص ٨٢٠ ومابعدھا. عزالدین الدناصوری، وعبد الحمید الشواربی، طرق الطعن في الأحكام المدنية، ص ١١٢ ومابعدھا.

نقض مدنی ٢٤/٢/٢٠٠٥م، طعن رقم ٦٤٢٥ لسنة ٧٣ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٣٨، ص ٢١٩.

نقض مدنی ٣٠/٥/٢٠٠٠م، طعن رقم ٢١٣ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٥١، ج ٢، ق ١٤١، ص ٧٥٣.

نقض مدنی ١/١/١٩٨٩م، طعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ١٤، ص ٥٠.

^١ د. نبیل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٢٨ ومابعدھ، ص ٣٠٣ ومابعدھا. عز الدین الدناصوری، وعبد الحمید الشواربی، طرق الطعن في الأحكام المدنية، ص ١١٨.

نقض مدنی ٢٢/٥/٢٠٠٦م، طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٦٨ ق، مج، س ٥٧، ق ٩٣، ص ٤٧٩.

نقض مدنی ١٢/٤/٢٠٠٦م، طعن رقم ٧٦٨٤ لسنة ٧٥ ق، مج، س ٥٧، ق ٧٤، ص ٣٦٤.

نقض مدنی ١٧/٢/٢٠٠٤م، طعن ٣٧٧٨ لسنة ٦٤ ق، مج، س ٥٥، ج ١، ق ٣٨، ص ١٩٥.

فلا يقبل الطعن ضد من لم تتعد خصومة الحكم المطعون فيه بالنسبة له انعقاداً حقيقياً، ولا ضد من لم يقض له أو عليه فيها. كما يشترط أن يكون

نقض مدني ١٢/١ / ١٩٩١ م، طعن رقم ١٦٤١ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٧٣، ص ١٧٤٢.

نقض مدني ٣/٧ / ١٩٩٠ م، طعن رقم ٩١٣ لسنة ٥٥ ق، مج، س ٤١، ج ١، ق ١١٦، ص ٦٩٦.

نقض مدني ١/٢ / ١٩٨٩ م، طعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ١٥، ص ٥٦.

نقض مدني ٥/٢٣ / ١٩٨٨ م، طعن رقم ٥٨٢ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٣٩، ج ٢، ق ١٥٧، ص ٩٦٧.

نقض مدني ٢/١٣ / ١٩٨٠ م، طعن رقم ٩٩ لسنة ٤٥ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ٩٤، ص ٤٨٧.

نقض مدني ٣/٢ / ١٩٧٤ م، طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٥، ج ١، ق ٧٤، ص ٤٥٩.

-**Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N. 1536-1537; P. 571.7

-Cass. Com. ; 25 mars. 2003; Gaz. Pal. 8-10 Févr. 2004; P. 22; obs. du **Rusquec**.

-Cass. Soc. ; 9 juill. 1987; D. 1987; Somm. P. 123; obs. **Julien**.

-Cass. Ass. Plén. ; 15 Nov. 1985; J.C.P. 1986; IV; P. 38.

-Cass.Civ. 2^e; 23 Nov. 1983; Gaz. Pal. 1984; I; P. 151; obs.

Guinchard.

-Cass. Civ. 1^{Re}; 26 juill.1980; Rév. Trim. dr. Civ. 1981; P. 453; obs.

Perrot.

المطعون ضده محكوماً له مستفيداً من الحكم المطعون فيه، ويكون له مصلحة في الدفاع عن الحكم المطعون فيه حين صدوره. وألا يكون المطعون ضده قد تنازل عن الحكم المطعون فيه نزولاً كلياً أو جزئياً، وإلا حكم بعدم قبول الطعن بالنقض الاستثنائي...

والقاعدة في ذلك هي حرية الطاعن بالنقض الاستثنائي في إختصاص من يشاء من أشخاص في خصومة الطعن بالنقض ما دام القانون يجيز ذلك. ويشترط أن يكونوا خصوماً بعضهم لبعض بنفس الصفة أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ولا يكفي اختصاصهم أمام محكمة أول درجة فقط دون اختصاصهم في الاستئناف، ولا يجوز الطعن بالنقض ممن يتعداه أثر الحكم المطعون فيه بالنقض ولا من النيابة إذا كانت خصماً منضماً، كما أن حكم النقض يكون ذو أثر نسبي حيث يقتصر على أطراف خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، ولا يجوز للغير أن يتدخل أو يختصم في خصومة الطعن بالنقض، وإنما يجوز ذلك استثناءً في بعض الحالات فقط لمن كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يكن قد رفع الطعن بالنقض أو وجه إليه، أي أنه قد أجاز المشرع استثناءً التعدد الإجباري للخصوم والإدخال والتدخل لتفادي الأضرار التي

قد تلحق الخصوم في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائي، وتحقيقاً لاستقرار الحقوق، ومنع تعارض الأحكام.¹

وعملاً بمبدأ نسبية الإجراءات، فلا يفيد من الطعن إلا من رفعه، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، إلا أنه استثناءً من قاعدة نسبية أثر الطعن أوجب القانون على محكمة الطعن في حالات: عدم التجزئة، والتضامن، والضمان، والتعدد الإجباري للخصوم، اختصاص بقية الخصوم الذين لم يدخلوا أو يتدخلوا في خصومة الطعن، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن (م ٢١٨ مرافعات - art. 324). وكذلك أيضاً في القانون الفرنسي، حيث ينصرف أثر الطعن بالنقض في حال عدم التجزئة إلى المحكوم عليهم الآخرين ولو لم ينضموا إلى خصومة الطعن؛ فحكم النقض ينتج آثاره على الجميع بقوة القانون؛ لأن مصالحهم غير قابلة

¹ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٨. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٢٦١ ومابعده، ص ٢٦٣ ومابعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٨٢٠ ومابعدها. عز الدين الدناصورى، وعبد الحميد الشواربي، طرق الطعن في الأحكام المدنية، ص ١١٩ ومابعدها .

نقض مدنى ٢٢/٥/٢٠٠٣ م، طعن رقم ٧٦٧ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ١٤٥، ص ٨٤١.

نقض مدنى ٢٧/١١/٢٠٠٢م، طعن رقم ٢٧٣٦ لسنة ٧١ ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ٢١٥، ص ١١١٨.

للتجزئة ولا يمكن تنفيذ الحكم جزئياً طالما أن له طابع عدم التجزئة (art. 615).

١

ويعنى ذلك أنه إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة، أو في التزام بالتضامن، أو بالضمان، أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين كدعوى الشفعة أو دعوى استرداد المنقولات المحجوزة أو دعوى قسمة المال الشائع أو الدعوى غير المباشرة ... ، فيتمدد نطاق الطعن، ويجوز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته، فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن. وإذا رفع الطعن على أحد

^١ حامد فهمي، ومحمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، بند ٢٧٦، ص ٥٦٤ وما بعدها. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٦، ص ٧٣١. د. أحمد صاوى، أثر الأحكام، ص ٧ وما بعدها. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٣٧، ص ٣٢٠ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند ٩٣ وما بعده، ص ١٤١ وما بعدها. نقض مدنى ٢٠١٢/٣/٦م، طعن رقم ١٩٧٨ لسنة ٧٠ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢م، ق ٢٦٤، ص ٢٥٢.

–Olivier Renard–**Payen** ; Effets et suites des arrêt de la cour de cassation; Juris. Class.Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 147 ets.

–Herve **Croze** et Christian **Morel** ; Procédure Civile; Paris; 1988; N. 356; P. 340.

–Cass. Soc. ; 15 janv. 2002; Gaz. Pal. 14-16 janv. 2003; P. 29; obs.

Perdriau.

المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقيين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم، وإذا رفع طعن علي الضامن أو طالب الضمان جاز اختصام الآخر فيه (م ٢١٨ /٢ مرافعات)... وإلا تعين عدم قبول الطعن بالنسبة للكافة، وذلك لمنع صدور أحكام متناقضة أو متعارضة في موضوع واحد لا يحتمل الفصل فيه إلا حلاً واحداً بعينه في النزاع كله سارياً على الجميع، فيجب أن يبقى الحكم أو يُلغى أو يعدل عن طريق الطعن بالنسبة لجميع الخصوم على السواء.^١

وفي غير تلك الحالات السابقة يكتسب الحكم المطعون فيه بالنقض قوة الأمر المقضى تجاه من لم يطعن عليه أو لم يتدخل أو يُدخّل في خصومة الطعن النقض، ولا يكون حكم النقض حجة في مواجهته لأنه ليس طرفاً في خصومة الطعن بالنقض كما أن آثار الطعن بالنقض شخصية فلا يفيد منه إلا من رفعه، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه.^٢

^١ د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٨، ص ١١٢ وما بعدها. د. إلتصاري حسن النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، رسالة دكتوراة، حقوق المنوفية ١٩٩٦م، ص ٥٣ وما بعدها. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ٢١٨، ص ١٣٥٧ وما بعدها.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٨. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٣٨، ص ٣٢٠ وما بعدها. د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٨، ص ١١٢ وما بعدها.

نقض مدنى ٣٠/٦/١٩٧٩م، طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٤٦ ق، مج، س ٣٠، ج ٢، ق ٣٣٥، ص ٧٩٢.

كما أنه يجوز لمن كان خصماً في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يختصم في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي أن يتدخل في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي إذا كانت له مصلحة في ذلك بالإنضمام إلى جانب المطعون ضده لطلب الحكم برفض الطعن. ويكون التدخل بإيداع المتدخل مذكرة بدفاعه قلم كتاب محكمة النقض مشفوعة بالمستندات وسند توكيل المحامي الموقع عليها وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ آخر إعلان لصحيفة الطعن لأحد المطعون ضدهم مضافاً إليه ميعاد مسافة (م ٢٦٠ مرافعات). ويترتب على قبول طلب التدخل في خصومة الطعن بالنقض بعد توافر المصلحة والصفة والأهلية أن يصبح المتدخل طرفاً في خصومة النقض، ولا يجوز التدخل الإنضمامي في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي إلى جانب الطاعن لطلب نقض الحكم المطعون فيه؛ لأنه يكون من شخص فوت على نفسه ميعاد الطعن بالنقض الاستثنائي ويحاول التدخل لتدارك مافاته.^١

-Cass. Civ. 2^e ; 26 mai 1992; J.C.P. 1992; éd. G.; IV; 2111.

-Cass. Civ.1^{Re}; 5 juin 1985; Gaz. Pal.1985; I; Pan.; P. 196; obs.

Guinchard et Moussa

^١ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، بند ٢٧٦، ص ٥٦٤. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٩، ص ٧٤١-٧٤٢.

نقض مدني ٢٨/٥/٢٠٠٣م، طعن رقم ٣١٤٨ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ١٥٩، ص ٩١٥.

ويجوز للمطعون ضده صاحب المصلحة أن يُدخِل في الطعن بالنقض الاستثنائي أي طرف في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يكن قد وجه إليه الطعن، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من إعلان صحيفة الطعن بالنقض إليه مضافاً إليها ميعاد مسافة. ويكون الإدخال عن طريق إعلان المطلوب إدخاله بصحيفة الطعن (م ٢٥٩ / ١ مرافعات). ويترتب على قبول طلب الإدخال في خصومة الطعن بالنقض بعد توافر المصلحة والصفة والأهلية أن يصبح المُدخل طرفاً في خصومة النقض. وفي هذه الحالة يجوز لمن تم إدخاله في الطعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض مذكرة بدفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى تقديمها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه بالصحيفة، وحينئذ يُوَجَّل بدء سريان ميعاد مذكرات الرد ثم ميعاد مذكرات ملاحظات الرد إلى حين انقضاء الخمسة عشر يوماً المذكورة (م ٢/٢٥٩ مرافعات)، ولم يتطلب المشرع في هذا النص إيداع سند توكيل المحامي الموكل عنه.^١

ولا يجوز للطاعن إدخال من لم يختصمهم في صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي إلا بطعن جديد خلال ميعاد الطعن إذا ظل مفتوحاً، ولم يكن الحكم قد قُبِلَ بالنسبة لهم، وألا تكون محكمة النقض قد فصلت في موضوع الطعن الأول، ثم يضم الطعنيين الأول والثاني معاً بناءً على طلب الطاعن أو نيابة النقض أو المحكمة ليتم الفصل فيهما معاً. بمعنى أنه لا يجوز للطاعن بعد إيداع صحيفة

^١ د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٣٤، ص ٣١٤-٣١٥. أحمد جلال الدين هلالى، النقض، بند ٤٥٣، ص ٤٤٢.

الطعن أن يدخل غير الخصوم الوارد أسماؤهم فى صحيفة الطعن بالنقض، فإن رغب فى إدخال خصوم جدد لم يختصمهم فى صحيفة الطعن فليس أمامه من سبيل إلا أن يرفع طعناً جديداً إذا كان ميعاد الطعن لازال قائماً ويضم الطعن الجديد إلى الطعن السابق.^١

ويلاحظ هنا أننا لسنا بصدد نظام التدخل أو الاختصام، بل بصدد إعادة تجميع ولم شمل أطراف خصومة الحكم المطعون فيه لمنع تناقض الأحكام واستحالة التنفيذ المتعاصر لها؛ لأن من يراد إدخاله ليس من الغير ولا تتوافر فيه صفة الغير فى أى مرحلة من مراحل التقاضى، بل هو خصم سابق فى خصومة الحكم المطعون فيه. كما أنه لا يجوز التدخل ولا الإدخال من الغير لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها محكمة قانون.^٢

١ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، الطعن بالنقض، بند ٢٧٦، ص ٥٦٣-٥٦٤. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٩، ص ٧٤١-٧٤٢. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٣٨، ص ٣٢٠. أحمد جلال الدين هلالى، النقض، بند ٤٥٣، ص ٤٤٢. وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ٨٧٤.

نقض مدنى ١٩٩١/١٢/٢٢م، س ٤٢، ج ٢، ق ٣٠٧، ص ١٩٥١، الفهرس العشرى الخامس، ج ٣، ق ١٤٩٢٤، ص ٤٠٥٦.

نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٢٥م، الطعان رقما ١٩٩٥ و ٢٠٦٠ لسنة ٥٤ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ٢٢٦، ص ٤٠٠.

٢ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٩، ص ٧٤١. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١٤، ص ١٢٨٩؛ الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٣٧، ص ٣١٨-٣١٩. محمد أحمد عابدين،

ونظراً لما للطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام من خصوصية فنهيب بالمشرع المصرى النص على استثناء حالة الطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام من قاعدة نسبية النطاق الشخصى للطعن بالنقض بوجوب إختصاص جميع الخصوم الذين لم يدخلوا أو يتدخلوا فى خصومة الطعن بالنقض، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن بالإضافة إلى حالات (م ٢١٨ مرافعات) حتى يكون له أثر مطلق تجاه كافة الخصوم فى خصومة الحكم الأول السابق وخصومة الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض، وذلك لصيانة الحقوق وتفادى الأضرار التى قد تلحق ببعض الخصوم الذين لم يدخلوا أو يتدخلوا فى خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى.

٢١- النطاق الموضوعى لخصومة الطعن بالنقض الاستثنائى:

يتحدد نطاق خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى بالحكم المطعون فيه وبالأسباب التى بنى عليها الطعن، ولا تنطبق فى خصومة النقض القاعدة الواردة فى (م ٢٢٩ مرافعات) بأن استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التى سبق صدورها فى القضية؛ لأنها خاصة بالاستئناف. وقد نصت (م ٤/٢٥٣ مرافعات) على أنه: " وإذا أبدى الطاعن سبباً للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق على صدور الحكم المطعون فيه فى ذات الدعوى

طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكرالجامعى بالإسكندرية ١٩٩٤م، م ٢٥٩، ص ٣٥٦.

اعتبر الطعن شاملاً للحكم السابق ما لم يكن قد قبل صراحة ". وهكذا يعتبر
المشرع إبداء أسباب للطعن في حكم سابق طعنًا ضمنيًا في هذا الحكم ما لم يكن
قد قبله الطاعن صراحة مما ينفي فكرة الطعن الضمني. ويقتصر نطاق الطعن
على الجزء المطعون فيه من الحكم دون غيره، فإذا تضمن الحكم الفصل في طلبين
واقصر الطعن على ما فصل فيه في أحد الطلبين فلا تبحث المحكمة سواء، ولو
تضمن الجزء الآخر من الحكم عيوب متعلقة بالنظام العام؛ وذلك لأنه من
المفترض إثارة هذه العيوب من تلقاء المحكمة أن تكون بشأن طعن قائم أمامها.¹

وإذا طعن الطاعن في الحكم المطعون فيه بصفة عامة دون تحديد جزء
معين منه، وكان الحكم يتضمن جزءاً لصالح الطاعن، فإنه لا يكون محلاً للطعن،
ولا يجوز للمطعون ضده أن يتمسك بعيوب هذا الجزء ما لم يكن المطعون ضده قد
طعن بدوره على هذا الجزء طعنًا مقابلاً بالنقض خلال ميعاد الطعن، ولا يجوز رفع
طعن فرعي بالنقض بعد الميعاد لعدم وجود نص خاص بذلك. وإذا قصر الطاعن
طعنه على الحكم في الموضوع دون ما قضى به الحكم الاستئنافي بالنسبة
للإجراءات فإن نطاق الطعن ينحصر في الموضوع فقط، ولا يجوز تقديم طلبات
جديدة أمام محكمة النقض غير التي فصل فيها الحكم المطعون فيه؛ لأنها ليست

¹ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨٥، ص ٧٥٢-٧٥٣. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص
٨١٦. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١٣٤، ص ١٢٨٨.

نقض مدنى ٢٤/٢/٢٠٠٥م، طعن رقم ٦٤٢٥ لسنة ٧٣ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق
٣٨، ص ٢١٩.

محكمة موضوع. و إذا كان من غير الجائر تقديم طلبات جديدة في الاستئناف، فان هذا غير جائز من باب أولى في الطعن بالنقض.¹

وليس للطعن بالنقض الاستثنائي أثر ناقل كالأستئناف؛ لأن محكمة النقض محكمة قانون فقط لا محكمة واقع تقتصر مهمتها على بحث الأسباب التي تمسك بها الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض فقط مالم تكن أسباب قانونية بحتة أو أسباب متعلقة بالنظام العام وبشرط أن لا يخالفها واقع، أو تكون ناشئة عن الحكم المطعون فيه ذاته. وعلى ذلك لا يجوز التمسك بمسألة جديدة يخالفها واقع سواء أكانت إجرائية أم موضوعية، بشرط أن تكون متعلقة بالحكم أو بجزء من الحكم المطعون فيه، وعلى محكمة النقض التسليم بالوقائع كما قررتها محكمة الموضوع.²

¹ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٨٥، ص ٧٥٢-٧٥٣. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١٣٥، ص ١٢٨٩. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٢١، ص ٤٦٦-٤٦٧. نقض مدني ١٧/١/٢٠١١ م، طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٨٠ ق، منشور بموقع محكمة النقض.

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

² حامد فهمي، و د. محمد حامد فهمي، النقض، بند ١٢٠ وما بعدها، ص ٣٣٦ وما بعدها. د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند ٢٣٣، ص ٤٧١. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٠ وما بعده، ص ٥١ وما بعدها. نقض مدني ٢٨/٣/٢٠٠٥ م، طعن رقم ٤٦٤١ لسنة ٦٢ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٥٣، ص ٣١٤. نقض مدني ٢/٨/٢٠٠٥ م، طعن رقم ٥١٨٧ لسنة ٧٤ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ١٣١، ص ٧٥٥.

-Cass. Civ. 3 ; 31 mars. 2005; J.C.P. 2005; éd. G.; IV; 2129.

-Cass. Ass. Plén. ; 18 Févr. 1994; Gaz. Pal. 22-23 avr. 1994; P. 14.

والقاعدة المستقرة في مصر دون نص، وفي فرنسا بنص (art. 619)
هي عدم قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض، سواء أكان سبباً واقعياً أو
سبباً قانونياً يخالطه واقع أو سبب قانوني يقوم على واقع أو سبب موضوعي أو
سبب يتضمن واقعاً، فلا يجوز للخصوم التمسك أمام محكمة النقض بمسائل لم
يسبق لهم طرحها والتحدى بها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.
والسبب الجديد هو كل طلب أو دفع يختلف عن الطلبات أو الدفوع التي أبدت أمام
محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه من حيث موضوعها أو سببها
أو خصومها بصفاتهم. ويقبل فقط الطعن بالنقض بناءً على أسباب واقعية جديدة
إذا كانت هذه الأسباب ناتجة عن الحكم المطعون فيه ذاته، مثل فصل الحكم في
نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر
المقضى، والتمسك ببطلان الحكم المطعون فيه ذاته لصدوره أثناء انقطاع
الخصومة أو النطق به في جلسة سرية، لعدم حضور كاتب الجلسة، وعدم تسيبته،
وعدم توقيعه من القاضى الذى أصدره؛ لأنه لم يكن ممكناً التمسك بها أمام
المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.¹

–Cass. Civ.2^e; 5 déc.1985; Gaz. Pal. 1986; II; Somm.; P. 324; obs.

Guinchard et Moussa.

¹ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٨٦، ص ٧٥٥. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند
١٨٢ ومابعده، ص ٤١٢ ومابعدها. د. فكرى عبدالحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة، ص ٢٢
ومابعدها.

ولا يجوز قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض من الطاعن أو المطعون ضده أو من الغير مالم تكن أسباب متعلقة بالنظام العام، أو أسباب قانونية بحته كانت عناصرها الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع، أو أسباب ناتجة عن الحكم المطعون فيه ذاته وكان من غير الممكن إثارتها أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه (م ٢٤٨ مرافعات - art. 604 et 619).^١

نقض مدنى ١٩٨٩/٢/٨ م، طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٧٨، ص ٤١٦.

نقض مدنى ١٩٩٤/٣/١٧ م، طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٥، ج ١، ق ١٠١، ص ٤٩٤.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 453; P. 512-513.

-**J. Voulet**; L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassations; J.C.P. 1973; I; 2544.

-Cass. Civ. 2^e; 3 mai 2001; D. 2001; inf. rap. P. 1667.

-Cass. Civ. 2^e; 9 mars. 1994; J.C.P. 1994; IV; P. 1380.

-Cass. Com.; 7 Nov.1989; D.1989; inf. rap.; P. 320.

-Cass. Soc.; 26 Fév. 1981; J.C.P. 1981; IV; P. 168.

-Cass. Soc.; 25 Nov.1948; Rév.Crit .dr. inter. Privé. 1948; P. 208;

Not. **Monneray**.

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٦، ص ٧٥٥ ومابعدها. د. أحمد فتحى سرور، النقض الجنائى، بند ٢٣٣، ص ٤٧١ - ٤٧٢. د. أحمد صاوى، الأسباب الجديدة، بند ٤٠، ص ٥٢ ومابعدها.

ومع ذلك يجوز للطاعن أن يتمسك بأسانيد أو حجج قانونية جديدة لم يسبق له التمسك بها أمام محكمة الموضوع لبيان العيب الذي تمسك به في صحيفة الطعن بالنقض، كما يجوز للمطعون ضده أن يدفع الطعن بأسانيد أو حجج قانونية جديدة لم يتمسك بها أمام محكمة الموضوع ولم يستند إليها الحكم المطعون فيه في أسبابه. والسند هو الدليل الموضوعي أو القانوني الذي يقدمه الخصم لإثبات صحة الطلب أو الدفع المقدم منه. فالسبب يعتمد على السند، والسند دعامة للسبب. ويجب لقبول السند الجديد أن يكون محض دليل قانوني لا يداخله أى عنصر واقعي جديد، أو يكون دليلاً موضوعياً ثابتاً فى مدونات الحكم المطعون فيه ولا يحتاج إلى إجراء تحقيق موضوعي.¹

وإذا طعن في الحكم على أساس فصل الحكم في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، فلا يجوز للطاعن

نقض مدنى ٢٠٠٥/٣/٢٨، طعن رقم ٤٦٤١ لسنة ٦٢ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٥٣، ص ٣١٤.
نقض مدنى ٢٠٠٥/٤/٢٤م، طعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٥٩ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٧٢، ص ٤٠٦.

-Cass. Com.; 8 déc. 1998; Gaz. Pal. 1999; II; Somm. P. 694; obs.

Perdriau.

-Cass. Com.; 26 oct. 1983; Gaz. Pal. 1984; I; Pan.; P. 70; obs.

Guinchard.

¹ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٦، ص ٧٥٥ ومابعدها. د. أحمد فتحى سرور، النقض الجنائى، بند ٢٣٣، ص ٤٧٢. د. أحمد صاوى، الأسباب الجديدة، بند ٤٠، ص ٥٢ ومابعدها.

بعد ذلك أن يتمسك في مذكراته أو مرافعته الشفوية بسبب آخر مثل بطلان الحكم أو مخالفة القانون. ويلاحظ أن هذا النعى لا يعتبر سبباً جديداً أمام محكمة النقض إن لم يكن المحكوم عليه قد دفع بحجية الحكم الأول السابق أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الثانى اللاحق عملاً بنص (م ٢٤٩ مرافعات). ولا يشترط أن يذكر الطاعن صراحة في صحيفة الطعن بالنقض أنه يستند في طعنه إلى نص (م ٢٤٩ مرافعات) أو أن يورد نص تلك المادة، بل يكفي أن تتضمن صحيفة الطعن مايفيد ذلك، إلا أن خلو أسباب الطعن الواردة بصحيفة الطعن من النعى عليه بمخالفة حكم سابق يتمتع معه الطعن عليه بالنقض.^١

ونهيىب بالمشرع المصرى النص على استثناء حالة الطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام من قاعدة نسبية النطاق الموضوعى للطعن بالنقض بوجوب امتداد النطاق الموضوعى للطعن بحيث يشمل جميع الأحكام المتناقضة أو المتعارضة وفى جميع أجزائها، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وذلك حتى يكون له أثر مطلق تجاه كافة موضوعات خصومة الحكم الأول السابق وخصومة الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض، وذلك صيانة لحقوق الخصوم ولتفادى الأضرار التى قد تلحق بهم نتيجة قصر الطعن بالنقض على جزء فقط من الحكم المطعون فيه.

^١ الإشارة السابقة.

٢٢- وجوب رفع الطعن بالنقض الاستثنائي خلال ميعاد الطعن:

ميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً، ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذي

يرفعه النائب العام لمصلحة القانون (م ٢٥٢ مرافعات).^١

ويشترط إيداع صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي خلال ميعاد الطعن ستين

يوماً. ويسري على كافة الأحكام القابلة للطعن بالنقض دون تفرقة بين أحكام

محكمة الاستئناف (العالي) وأي حكم آخر جائز الطعن فيه بالنقض بسبب

التعارض أو التناقض أو التنافر، وسواء كان الحكم المطعون فيه مستعجلاً أو

موضوعياً، وسواء أكان صادراً في مسألة مدنية أم تجارية أم أحوال شخصية عملاً

بنص (م ٢/٥٦ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م الخاص بإجراءات التقاضي في

مسائل الأحوال الشخصية). وللطاعن رفع طعن آخر بالنقض عن ذات الحكم

^١ وميعاد الطعن بالنقض كذلك شهران في لبنان م ٧١٠ أصول محاكمات مدنية . وقللت بعض التشريعات ميعاد الطعن بالنقض، فالقانون العُماني جعله أربعين يوماً م ٢٤٢ إجراءات مدنية وتجارية، وثلاثون يوماً في القانون السعودي م ١٩٤ من نظام المرافعات الشرعية لسنة ١٤٣٥ هـ ، والقانون الليبي م ٣٤١ مرافعات ، والقانون الأردني م ١٩١ أصول محاكمات مدنية ، والقانون الكويتي م ١٥٣ مرافعات، في حين أنه عشرون يوماً في القانون التونسي الفصل ١٩٥ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية منقح بالقانون عدد ٨٧ لسنة ١٩٨٦ ف... و يفضل تحديد المشرع لميعاد الطعن بالنقض بالأيام عن تحديده بالشهور؛ لأن هناك من الشهور ما هو ٢٨ أو ٢٩ أو ٣٠ أو ٣١ يوماً.

المطعون فيه بالنقض ليستدرك ما فاته في الطعن الأول شريطة أن يكون ذلك خلال ميعاد الطعن بالنقض، وقبل الفصل في الطعن الأول.¹

ويضاف إلى ميعاد النقض ميعاد مسافة على أساس المسافة بين موطن الطاعن ومقر المحكمة التي أودع الطاعن صحيفة الطعن بقلم كتابها سواء أكانت محكمة النقض بالقاهرة أم المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ويخضع ميعاد النقض للقواعد العامة في بدايته وحسابه وامتداده ووقفه، ويتعلق ميعاد الطعن بالنقض بالنظام العام، والجزاء على عدم احترامه أو مخالفته يكون بسقوط الحق في الطعن بالنقض أى رفضه وعدم قبوله، فهو يبدأ - كقاعدة - من تاريخ صدور الحكم، ولكن يبدأ في حالات (م ٢١٣ مرافعات) من تاريخ إعلانه إلى شخص المحكوم عليه أوفي موطنه الأصلي، ويجوز في هذه الحالات الطعن في الحكم قبل إعلانه. أما الأحكام غير المنهية للخصومة فلا يبدأ ميعاد الطعن فيها إلا بصور الحكم المنهية للخصومة أو بإعلانها حسب الظروف. وذلك فيما عدا الأحكام المستثناة من هذه القاعدة، وهي: الأحكام الوقفية، والأحكام الصادرة بوقف الخصومة، والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص

¹ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م ٢٥٢، ص ٩٨١-٩٨٢. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٤. د. وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء، ص ٨٠٤.

والإحالة إلى المحكمة المختصة، فيبدأ ميعاد الطعن فيها منذ صدورها أو إعلانها حسب الأحوال.^١

ويقف ميعاد الطعن بالنقض بسبب القوة القاهرة كالثورات والزلازل ... -
وفى أعقاب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١م أصدرت وزارة العدل المصرية الكتاب الدورى رقم ٥ لسنة ٢٠١١م باعتبار المدة من ٢٦/١/٢٠١١م حتى ٧/٢/٢٠١١م قوة القاهرة، وعدم احتسابها ضمن مواعيد الطعن -، كما يقف بسبب وفاة المحكوم عليه أو فقد أهليته للتقاضي أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه وذلك حتى يعلن الورثة أو من يقوم مقام الخصم بالحكم.^٢

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بأن: "المقرر- فى قضاء هذه المحكمة. أن الميعاد الذى حدده القانون للطعن بطريق النقض هو ميعاد واجب المراعاة فى جميع الأحوال ، ويترتب على تقويته سقوط الحق فيه حتماً ، وعلى المحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها عملاً بالمادة ٢١٥ من قانون المرافعات ، وإذا كان المشرع قد خالف الأصل الذى يقوم عليه هذا النص فى خصوص الاستئناف الفرعى ، إذ أجاز للمستأنف عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً بعد مضى ميعاد الاستئناف ، فإن ذلك إنما جاء على سبيل إستثناءً وبنص

^١ د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند ١١٣٣، ص ١٢٨٤؛ الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٤٠، ص ٣٢٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضى، ص ٨٤٢-٨٤٣.

^٢ نقض مدني ٢٠١٢/٥/٣م، طعن رقم ١٢٠٧٩ لسنة ٨١ ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١١- سبتمبر ٢٠١٢م، ق ١٣٩، ص ١٥٦.

صريح في القانون ، مما لا يجوز معه القياس في حالة الطعن بطريق النقض،
ومما يؤكد أن المشرع قصد عدم إجازة الطعن الفرعى أمام محكمة النقض، ما أورده
في المذكرة الإيضاحية لمشروع المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ بإنشاء
محكمة النقض إذ جاء فيها " ولم ينص في المشرع على النقض الفرعى إذ رؤى أنه
ليس من المرغوب فيه أن يسهل للخصم الذى لم يرى لزوماً في الطعن في الحكم
من تلقاء نفسه طريقة الطعن فيه بصفة فرعية بمناسبة طعن رفعه غيره " ولم يرد
في قانون المرافعات الجديد ما يغير هذا النظر، وإذ كان الحكم المطعون فيه
صادرًا بتاريخ ١٨/١١/١٩٩٨م ، ومذكرة المطعون ضده الثانى قدمت بتاريخ
١٤/٢/١٩٩٩م ، ومن ثم يكون الطعن المبدى منه غير مقبول شكلاً لفوات
ميعاده".^١

وفى القانون الفرنسى يخضع الطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام
القضائية المنصوص عليه فى (art. 617) للقاعدة العامة لميعاد رفع الطعن
بالنقض المنصوص عليها فى (art. 612) وهى شهران من تاريخ إعلان الحكم
للمحكوم عليه - مالم يوجد نص على غير ذلك - و إلا حكمت المحكمة بعدم
قبول الطعن. بينما الطعن بالنقض الاستثنائى لتنافر أو تضارب الأحكام القضائية
المنصوص عليه فى (art. 618) لا يخضع للقاعدة العامة - شهران من تاريخ

^١ نقض مدنى ١٧/١/٢٠١١م، طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٨٠ ق. منشور على موقع محكمة النقض

إعلان الحكم للمحكوم عليه - لميعاد الطعن بالنقض المنصوص عليها في (art. 612) بل يجوز استعماله في أى وقت دون التقييد بأى ميعاد حتى سقوط الحكم القضائى المطعون فيه بثلاثين عاماً.^١

٢٣- بيانات صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائى:

يتم رفع الطعن بالنقض الاستثنائى بتقرير أو بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض (art. 974) أو قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون

-
- Vincent et Guinchard**; Procédure civile; N. 1570; P. 950.^١
 - Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; N. 75.09 ets; P. 397 ets.
 - Guinchard**; Droit et Pratique; N. 553.482; P. 1159 – 1160.
 - Guinchard**; Dalloz Action; N. 6312; P. 1275.
 - Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 452; P. 511.
 - Couchez**; Procédure Civile ; N.452; P.474.
 - Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N. 1544; P. 573.
 - Cass.Civ. 1^{Re} ; 14 avr. 2010; Procédures 2010; N. 217; Not. **Perrot**.
 - Cass. Civ. 2^e .; 11 Juin 2008; Procédures 2008; Comm.; N. 261; Not. **Perrot**.
 - Cass. Com. ; 30 janv 2007; Procédures 2007; Comm.; N. 74; Not. **Perrot**.
 - Cass. Civ. 2^e ; 30 mai 2002; J.C.P. 2003; éd. G ; II; 10015; Not. Pal. 25-28 déc. 2002; P. 11; Not. **Étienne et Perdriau. Fradin.**, Gaz.

فيه، والخيار فى ذلك متروك للطاعن (م ١/٢٥٣ مرافعات). ويجب توقيعها من محامٍ مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض لحظة التوقيع عليها مما يوجب أن يكون قبوله أمام محكمة النقض سابقاً لتاريخ الطعن بتوقيع واضح ومقروء فى نهاية الصحيفة ليفيد نسبتها إليه واعتماده لها ولو لم تكن محررة بخطه.^١

ويجب أن يكشف توقيع المحامى عن اسمه بوضوح فلا يكفى التوقيع بخط غير مقروء أو التوقيع بالفورمة، سواء أكان المحامى الموقع على صحيفة الطعن موكلأ من الطاعن أو منابأ من وكيله؛ وذلك لضمان جدية الطعن وكتابة أسبابه على الوجه الذى يتطلبه القانون من محام بالنقض، وإذا كان الطعن مرفوعاً من النيابة العامة وجب أن يوقع صحيفته رئيس نيابة على الأقل، وإلا كان الطعن غير مقبول.^٢

^١ محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، بند ١٣٤٤، ص ٩٦٨. د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م ٢٥٣، ص ٩٨٥ ومابعدها. د. محمد محمود إبراهيم، أصول صحف الدعاوى والطعون، دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٨٦م، ص ٢٠٢ ومابعدها.

نقض مدنى ٢٠١٢/٦/١٢م، طعن رقم ٢٠ لسنة ٨٢ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٥١، ص ٢٤٢.

^٢ نقض مدنى ٢٠٠٥/٢/٢٤ م، طعن رقم ٦٤٢٥ لسنة ٧٣ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٣٨، ص ٢١٩.

نقض مدنى ٢٠٠٢/٦/١٢ م، طعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٧١ ق، مج، س ٥٣، ج ٢، ق ١٥٣، ص ٧٨١.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 454; P. 513.

ولا يغنى عن التوقيع على صحيفة الطعن ثبوت إيداع صحيفة الطعن من أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض، فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه، وذلك بقصد تيسير الإجراءات حتى لا يتجشم المحامي مشقة الانتقال بنفسه إلى قلم الكتاب للتقرير بالطعن بنفسه، فاستحسن المشرع الحالي في (م ١/٢٥٣ مرافعات) استعمال عبارة " يرفع الطعن بصحيفة " بدلاً من عبارة " يحصل الطعن بالنقض بتقرير" الواردة في (م ٤٢٩ مرافعات مصرى قديم). وإذا رفع الطعن بالنقض الاستثنائي بتقرير في قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لاصحيفة طعن فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلانه طالما توافرت البيانات القانونية المطلوبة بما يتحقق معها الغاية من الإجراء.^١

ويجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي احترام حكم المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات والتي أوجبت أن يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ويوقعها محامٍ مقبول أمام محكمة النقض، إلا أنها لم تشترط شكلاً معيناً لهذا التوقيع، حيث إن الأصل بالنسبة للتوقيع هو افتراض صدوره ممن نسب إليه حتى يثبت العكس، ويبين من صحيفة

–Cass. Civ. 1^{Re}; 10 mai 2000; D.2000; Juris.; P. 649; Not. **Fricero**.

–Cass. Civ. 1^{Re}; 2 Févr. 1999; D.1999; Somm.; P. 214; obs. **Julien**

^١ د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٨٠٥. د. مصطفى كيرة، النقض المدني، بند ٧٥٥، ص ٦٧٠. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٨٩٢ وما بعدها.

الطعن أنها صدرت عن الأستاذ... المحامى المقبول أمام محكمة النقض بصفته
وكيلاً عن الطاعن بموجب التوكيل رقم... لسنة... المودع ملف الطعن، فإن
التوقيع المذيل به صحيفة الطعن يكون منسوباً إليه ومفترضاً صدوره منه حتى
يثبت العكس.^١

ويجب أن تشمل صحيفة أو تقرير الطعن بالنقض الاستثنائى على
البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم، وإلا كان الطعن
باطلاً، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (م ٢/٢٥٣ مرافعات - art. 975)،
وذلك بما ليس من شأنه التشكيك فى حقيقة صفتهم كخصوم وإتصالهم بخصومة
النقض، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، طاعناً أم مطعوناً ضده، بهدف
إعلام ذوى الشأن بمن رفع الطعن من خصومهم فى الدعوى وصفته وموطنه
إعلاماً كافياً، لتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، وإتاحة الفرصة لاستعمال حق
الدفاع فى مواجهة الطرف الآخر، وإمكانية إتمام الإعلان.^٢

^١ نقض مدني ١٧/١١/٢٠١٣ م، طعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٧١ ق، منشور على موقع محكمة
النقض.

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

^٢ د. عزمى عبد الفتاح، واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق
الدفاع، مجلة المحامى الكويتية، س ١٠، ع ٣، ١٩٨٧ م، ص ٤٤. د. محمد محمود ابراهيم،
أصول صحف الدعاوى، ص ٢٠٣. د. حمدى عبدالمنعم، المرجع فى شرح، ص ١٦٤ وما بعدها.
هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض، بند ٥، ص ٣٤٠.

ويجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي ذاتها على: بيان الحكم المطعون فيه للوقوف على مدى قابليته للطعن فيه أم لا، وتاريخه لمعرفة ما إذا كان باب الطعن عليه مازال مفتوحاً أم لا. وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن بياناً كافياً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها نافياً عنها الغموض والجهالة، وبيان العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه وأثره في قضاءه، ولا تكفى الأسباب العامة ولا العبارات الدارجة غير المحددة، وذلك لتمكين المطعون ضده من الوقوف على وجوه الطعن وتحضير دفاعه وإعداد مستنداته وإظهار عيوب الحكم المطعون فيه، وأسباب الطعن بالنقض محددة على سبيل الحصر في نصوص (م ٢٤٨ - ٢٤٩ مرافعات). وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه: " المقرر - في قضاء محكمة النقض - إن العبرة في بيان أسباب الطعن بالنقض هي بما اشتملت عليه صحيفة الطعن وحدها ولا يغنى عنه الإحالة في هذا البيان إلى أوراق أخرى... يجب طبقاً للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات أن تشتمل الصحيفة ذاتها على بيان هذه الأسباب بياناً دقيقاً كاشفاً عن المقصود منها كشافاً وافياً نافياً عنه الغموض والجهالة بحيث يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه وأثره في قضاؤه. لما كان ذلك، وكان الطاعنون لم يبينوا أوجه دفاعهم ومستنداتهم التي يعزوا منها إلى الحكم المطعون فيه إغفاله الرد عليها

نقض مدني ١٠/١٢/٢٠٠٣م، طعن رقم ٣٣٦٤ لسنة ٦٣ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ٢٣٥، ص ١٣٢٩.

-Cass. Civ. 2^e; 13 mai. 1985; Gaz. Pal. 1985; Pan. ; P. 265; obs.

Guinchard et Moussa. , D. 1985; inf. rap. ; P. 468; obs. **Julien.**

ولا يغنى عن ذلك إحالتهم في هذا الشأن إلى ما ورد بمذكرة دفاعهم المقدمة بالجلسة التي أشاروا إليها، فإن نعيمهم بهذا السبب يكون مجهلاً وغير كافٍ...^١ .

وقاعدة عدم جواز إبداء أسباب جديدة - لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه بحيث لم تكن هذه المحكمة ملزمة بإثارته وتطبيقه على النزاع المطروح أمامها - أمام محكمة النقض قاعدة عامة تسرى في مواجهة الكافة بما في ذلك الطاعن أو المطعون ضده، أو نيابة النقض، أو محكمة النقض، وسواء أتعلقت بأصل الحق أم بوسائل الدفاع أم بإجراء من إجراءات الخصومة أم بإجراءات الإثبات ... ؛ لأن محكمة النقض محكمة قانون لمحاكمة الحكم المطعون فيه، وليست محكمة واقع، وليست درجة ثالثة من درجات التقاضي.^٢

وإذا كانت هذه القاعدة السابقة فقه ثابت وقضاء مستقر فإنه لم يرد بها نص في القانون المصري، بينما ورد النص عليها في القانون الفرنسي في (art.

^١ نقض مدنى ٢٠١٣/١٢/٢٦ م، طعن رقم ١٣٥٤٤ لسنة ٨١ ق، منشور بموقع محكمة النقض http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

نقض مدنى ٢٠٠٥/١/١٠ م، طعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٧٣، ص ١٠٩ .
^٢ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ١١٩، ص ٣٣٥. د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٧. د. أحمد صاوى، الأسباب الجديدة، بند ١٧ ومابعده، ص ٢٥ ومابعدها؛ الوسيط، بند ٦٢١، ص ٩٨١ ومابعدها. د. مصطفى كيره، النقض المدنى، بند ٦٣٥ ومابعده، ص ٥٧٩ ومابعدها .

619)، وهى قاعدة يرد عليها استثناءات: الأسباب المتعلقة بالنظام العام باعتبارها كانت مطروحة على محكمة الموضوع التى أصدرت الحكم المطعون فيه بحيث أنه كان يجب على هذه المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها. والأسباب القانونية البحتة التى كانت عناصرها الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع (م ٢٥٣ مرافعات)، وهى الأسباب المستمدة من مخالفة قاعدة قانونية كان القاضى ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه بالنظر إلى موضوع النزاع والوقائع المطروحة أمامه. والأسباب التى كان من غير الممكن التمسك بها أمام محكمة الموضوع التى أصدرت الحكم المطعون فيه، وتشمل كلا من الأسباب الناتجة عن ذات الحكم المطعون فيه، وتلك المبنية على واقعة لاحقة على صدور هذا الحكم. والسبب الجديد هو وجه النعى الذى يقوم على عناصر واقعية لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع أو ما اختلط فيه الواقع والقانون بحيث يقتضى فحصاً وتحقيقاً موضوعياً من محكمة النقض حتى تعمل فيه رأياً بالموازنة والتقدير بما يتنافى مع وظيفة محكمة النقض كمحكمة قانون.^١

^١ د. عبدالعزيز خليل بديوى، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، ص ٢٩. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٧٩ ومابعده، ص ٤٠٦ ومابعدها. د. فكرى عبدالحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة فى النقض المدنى، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣ م، ص ٢٢ ومابعدها.

نقض مدنى ١٧/٣/١٩٩٤ م، طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٦ ق، س ٤٥، ج ١، ق ١٠١، ص ٤٩٤.

ويجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي أن يبين بصحيفة الطعن ذاتها أسباب الطعن بياناً دقيقاً كاشفاً عن المقصود منها كشفاً وافياً نافياً عنه الغموض والجهالة بحيث يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه وأثره في قضائه، كما يجب على الطاعن أن يبين أوجه دفاعه ومستنداته التي يعزو منها إلى الحكم المطعون فيه، ولا يغنى عن ذلك إحالته في هذا الشأن إلى ما ورد بمذكرة دفاعه المقدمة بالجلسة؛ وذلك لأن العبرة في بيان أسباب الطعن بالنقض هي بما اشتملت عليه صحيفة الطعن وحدها بما لا يغنى عنه الإحالة في هذا البيان إلى أوراق أخرى.^١

والمقرر في قضاء محكمة النقض أن (م ٢٥٣ مرافعات) أوجبت أن تشمل صحيفة الطعن بالنقض على بيان الأسباب التي بني عليها الطعن وإلا كان باطلاً، فقصدت بهذا البيان أن تحدد أسباب الطعن تحديداً دقيقاً وتعرفه تعريفاً واضحاً كاشفاً عن المقصود منه كشفاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة، بحيث يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم المطعون فيه وموضعه وأثره في

نقض مدنى ١٩٨٩ / ٢ / ٨ م، طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٧٨، ص ٤١٦.

نقض مدنى ١٩٧٣ / ٤ / ٢١ م، طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢٤، ج ٢، ق ١١٥، ص ٦٤٩.

^١ محمد وليد الجارحي، النقض المدنى، ص ٩١٤ وما بعدها.

قضائه، ولما كان ذلك وكان الطاعنان لم يبينوا مواطن التناقض الذي وقع فيه الحكم وموضعه وأثر ذلك في قضائه، فإن النعي يكون مجهلاً وبالتالي غير مقبول.^١

كما يجب على الطاعن عدم تقديم أى طلب أو دفع أو دفاع يختلف من حيث الموضوع أوالسبب أوالخصوم بصحيفة الطعن بالنقض ولم يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع حيث لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، وبيان طلباته حتى يتبين منها ما إذا كان الطاعن بالنقض يطعن في الحكم المطعون فيه بأكمله أو في جزء منه فقط (م ٢/٢٥٣ مرافعات)، والطعن بالنقض قد يكون طعنًا كلياً أو طعنًا جزئياً، وقد يشمل حكم أول وثانى درجة فى الدعوى ذاتها. وإذا أبدى الطاعن سبباً للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق (حكم أول درجة) على صدور الحكم المطعون فيه (حكم ثانى درجة) فى الدعوى ذاتها اعتبر الطعن شاملاً للحكم السابق ما لم يكن قد قبل صراحة (م ٢٥٣ /أخيرة مرافعات).^٢

^١ نقض مدني ٢٠١٣/١٢/٢٦ م، طعن رقم ١٣٥٤٤ لسنة ٨١ ق، منشور على موقع محكمة النقض.

نقض مدني ٢٠١٣/١٢/٢ م، طعن رقم ٤٦٦٣ لسنة ٧٠ ق، منشور على موقع محكمة النقض.
نقض مدني ٢٠١٢/١٠/٢٣ م، طعن رقم ٩٧٤٠ لسنة ٧٥ ق، منشور على موقع محكمة النقض.

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

^٢ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٩.

ولمحكمة النقض سلطة بشأن ضم ملفى الدعوى الابتدائى والاستئنافى لملف الطعن بالنقض، وقد قضت محكمة النقض بذلك بقولها: " لئن كان من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا يقبل تقديم الخصوم أى مستندات تؤيد طعنهم أو دفاعهم بعد انقضاء المواعيد التى حددها القانون، إلا أنه لما كانت م ٢٥٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م، وقد أجازت للمحكمة ضم الملفين الابتدائى والاستئنافى إذا ما رأت فى ذلك ما يحقق العدالة المنشودة ولتقضى بما يطمئن إليه وجدانها فإن لازم ذلك أنه يجوز للمحكمة قبول أى مستند رسمى يقدمه أى من الخصوم بعد المواعيد المحددة متى تيقنت إنه كان متداولاً بينهم فى أى من الدعويين الابتدائية أو الاستئنافية ويغنيها عن ضم أى منهما، ومن ثم فإن المحكمة تقبل الصورة الرسمية من تقرير مكتب الخبراء الذى قدمه الطاعن والذى كان متداولاً أمام محكمة أول درجة".^١

٢٤ - إيداع صحيفة الطعن بالنقض الاستئنائى وقيدها وضم ملف القضية:

وإذا كان الطعن يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (م ٢٥٣ / ١ مرافعات)، فيكون للطاعن

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٩.

نقض عمالى ١٦/١٠/٢٠١١ م، طعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٨١ ق، منشور على موقع محكمة النقض .

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

بالنقض الاستثنائي حق اختيار إيداع صحيفة الطعن في قلم كتاب محكمة النقض بالقاهرة أو قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه سواء أكانت محكمة أم مأمورية تابعة لها، وإن كان صادراً من مأمورية جاز إيداعه قلم كتاب تلك المأمورية أو قلم كتاب المحكمة التابعة لها أياً كانت جزئية أو ابتدائية أو ابتدائية بهيئة استئنافية أو استئناف عالي، وحسناً فعل المشرع المصري ذلك للتيسير على المتقاضين، وحتى لا يتجشم المتقاضون مشقة السفر إلى مقر محكمة النقض بالقاهرة.^١،^٢

^١ د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م ٢٥٣، ص ٩٨٢ وما بعدها. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٤-٧٢٥. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٤٩، ص ٣٤٠-٣٤١. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضى، ص ٨٤٣.

^٢ وعلى نفس منوال القانون المصرى م ٢٩٥ مرافعات يمنى ، و الفصل ٣٥٦ مسطرة مدنية مغربى . وقدّم المشرع العراقى ضمانته تشريعية للطاعن بالنقض الاستثنائى لتفعيل ضمانات حق التقاضى بتقريب جهات القضاء للمتقاضين، حيث جعل للطاعن بالنقض الاستثنائى حق اختيار إيداع صحيفة الطعن فى قلم كتاب محكمة التمييز أو فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو قلم كتاب محكمة محل إقامة طالب التمييز م ٢٠٥ مرافعات عراقى . بينما هناك بعض التشريعات التى جعلت إيداع صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائى فى مكان واحد فقط هو قلم كتاب محكمة النقض، منها: م ٣٤٢ = مرافعات ليببى ، و م ١٥٣ مرافعات كويتى ، و م ١٧٧ إجراءات مدنية إماراتى ، و م ٢٤٣ إجراءات مدنية وتجارية عُمانى . وهناك تشريعات أخرى جعلت إيداع صحيفة الطعن بالنقض فى مكان واحد فقط هو قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه، منها: م ١٩٥ من نظام المرافعات = الشرعية السعودى لسنة ١٤٣٥هـ ، و الفصل ١٨٢ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية منقح بالقانون عدد ١٨ لسنة ٢٠٠٧ ف المؤرخ فى ٢٢ مارس ٢٠٠٧ ف ، و كذلك أيضاً المشرع الأردنى لترفعه مع

ويعتبر الطعن بالنقض الاستثنائي مرفوعاً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن بالنقض قلم كتاب محكمة النقض بالقاهرة أو قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه على حسب الأحوال، وليس من تاريخ قيد الطعن فى السجل المعد لذلك بمحكمة النقض، ولا من تاريخ إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي إلى المطعون ضده، فالعبرة فى رفع الطعن بإيداع صحيفة الطعن (م ٢٥٣ / ١ مرافعات)، ولا يؤثر فى رفع الطعن خلال الميعاد التراخى فى القيد أو الإعلان إلى مابعد فوات ميعاد الطعن؛ نظراً لانفصال كل إجراء من الإجراءات الثلاثة عن الآخر. وتجوز إنابة المحامى الموكل فى الطعن لغيره فى إيداع صحيفة الطعن الاستثنائي، ولا يشترط أن يتسع توكيل المحامى لإجازة هذا الإجراء، وإنما يشترط ألا يمنع التوكيل هذه الإنابة، فلا يشترط إيداع صحيفة الطعن بالنقض من محامٍ مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض، بل يشترط توقيعها منه.^١

ويجب على قلم كتاب محكمة النقض قيد الطعن بالنقض الاستثنائي فى يوم تقديم صحيفة الطعن أو وصولها إليه من قلم كتاب المحكمة التي أصدرت

أوراق الدعوى إلى محكمة التمييز بعد إجراء التبليغات م ١٩١ أصول محاكمات مدنية ... وحتى لا يتجشم المتقاضون مشقة السفر إلى مقر محكمة النقض بالعاصمة.

^١ د. محمد المنجى، الطعن بالنقض المدنى، بند ١٥١، ص ٤٢٧ وما بعدها. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١٠٧٢. على وحسين مجموع، الطعن بالنقض المدنى، ص ٧٧-٧٨.

نقض مدنى ١٩٧٧/٥/١٦م، طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٤ ق، مج، س ٢٨، ج ٢، ق ٢١١، ص ١٢٢٥.

الحكم المطعون فيه بالنقض فى السجل الخاص بذلك وإعطائه رقماً مسلسلًا بالجدول العام للطعون حسب ترتيب تقديمه والسنة القضائية المقيد فيها، وملخص بياناته من حيث أطرافه وموضوعه وتاريخ الجلسة التى ستتحدد له فيما بعد. ١

ويعتبر الطعن بالنقض الاستثنائى مرفوعاً من تاريخ إيداع صحيفته قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه، لا من تاريخ قيده؛ لأن دور الطاعن ينتهى بالإيداع، ويكون القيد فى السجل المخصص لذلك من مهمة الموظف المختص بقيد الطعون فى ذاك السجل المخصص لذلك، ويكون الموظف المختص بقلم الكتاب محلاً للمساءلة القانونية عن إهماله وتأخيره فى قيد الطعن فى السجل المخصص لذلك، بالإضافة إلى سلطة محكمة النقض فى الحكم بغرامة لا تقل عن ثلاثين جنيهاً ولا تجاوز مائتى جنية على من يتخلف من العاملين بأقلام الكتاب أو المحضرين عن القيام بأى إجراء من الإجراءات المقررة فى المادتين السابقتين فى المواعيد المحددة لها (م ٢٥٧ مرافعات). ٢

ويجوز لمحكمة النقض أن تأمر بضم ملف القضية الصادر فيها الحكم المطعون فيه، إذا كانت صحيفة الطعن قد أودعت قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه فيجب على قلم كتابها إرسال جميع أوراق الطعن إلى محكمة

١ د. عبدالباسط جميعى، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٨٠ م، ص ٤١٠. د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، بند ٤٧٦، ص ٥٠٢. د. عبدالعزيز خليل بديوى، بحوث فى قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام، دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٧٨ م، ص ٥٢٨.

٢ الإشارة السابقة .

النقض فى اليوم التالى لإيداع الصحفة (م ٣/٢٥٥ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م).

٢٥ - مرافات صحفة الطعن بالنقض الاستثنائى:

ويجب على الطاعن بالنقض الاستثنائى إيداع مرافات صحفة الطعن بالنقض الاستثنائى طبقاً لأحكام (م ٢٥٥ مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م). وعلى ذلك يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائى أن يودع فى قلم كتاب المحكمة - سواء أكان قلم كتاب محكمة النقض بالقاهرة أو قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه وقت تقديم صحفة الطعن بالنقض الاستثنائى - صوراً منها مطابقة لأصلها بقدر عدد المطعون ضدهم لإعلانهم بها، ولا يلزم توقيع محامى الطاعن على صور الصحفة اكتفاءً بتوقيعه على أصلها، بالإضافة إلى صورة لقلم الكتاب ليفرد بها ملفاً للطعن (م ٢٥٥ / ١ مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م)، ويفضل إضافة صورة أخرى تسلم لنيابة النقض حتى يظل ملف الطعن بمحكمة النقض.^١

كما يجب على الطاعن إيداع سند رسمى بتوكيل المحامى بالنقض الموكل فى الطعن الذى وقع على صحفته منذ رفع الطعن وحتى حجز الطعن للحكم وإلا كان الطعن غير مقبول شكلاً؛ لرفعه من غير ذى صفة، وتقضى به المحكمة من

^١ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٠٩، ص ٦١٧. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٥. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٥٧، ص ٤٤٤.

تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام. فإذا تم إيداع سند التوكيل عند رفع الطعن ثم سحبه الطاعن أو وكيله فيجب عليه إعادته قبل الفصل في الطعن وإلا حكم ببطلان الطعن، ولا يشترط أن يكون التوكيل سابقاً في صدوره على رفع الطعن. وإذا كان المحامي موكلاً من وكيل الطاعن - ولو لم يكن محامياً - وليس من الطاعن مباشرة، فإنه يجب أن يودع كذلك التوكيل الصادر من الطاعن إلى وكيله الذي وكل المحامي، للتحقق من صحة توكيل المحامي الذي بأشْر إجراءات الطعن، وذلك بالتأكد من التصريح له في التوكيل بتوكيل محامين للطعن بالنقض نيابة عن الطاعن (م ٢٥٥ / ١ مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م). ولا يلزم تقديم سند لوكالة المحامي بالنقض الذي وقع صحيفة الطعن عن محامي الطاعن طالما أن توكيل هذا الأخير لا يحظر عليه إنابه غيره من المحامين، فالمحامي الذي ينوب عن زميله ليس في حاجة إلى توكيل خاص (م ٥٦ من قانون المحاماه رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ م)، أي لا يلزم صدور توكيل مباشر من الطاعن إلى المحامي الذي وقع صحيفة الطعن، ولا يشترط في المحامي المنيب أن يكون محامياً بالنقض فهذا شرط في المحامي الذي يوقع على صحيفة الطعن، ولا يلزم إيداع سند توكيل المحامي إذا كان الطاعن محامياً بالنقض.^١

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٥، ص ٧٢٥-٧٢٦. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٤٩، ص ٣٤١ ومابعدها. د. أحمد ماهر زغلول، الدفاع المعاون، ج ٢، مكتبة سيد وهبة بالقاهرة ١٩٨٦ م، ص ٢٤٩. د. مصطفى كبره، النقض المدنى، بند ٧٦٧، ص ٦٨٨.

ولا يشترط في التوكيل صيغة خاصة، بل يكفي أن تتسع عباراته لتشمل الطعن بالنقض، وإذا تعدد المحامون الموكلون بالطعن بالنقض جاز لأحدهم الإنفرد بالطعن ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص صريح في التوكيل (م ٧٧ مرافعات). ويجب إيداع سند التوكيل ذاته حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود الوكالة، ولا يغنى عن ذلك تقديم صورة ضوئية منه، ولا ذكر رقمه في صحيفة الطعن، ولا الإشارة إلى أنه مودع في طعن آخر غير منضم لهذا الطعن، ولا يلزم حصول المحامي الموقع على صحيفة الطعن على إذن من نقابة المحامين للحضور ضد المحامي المطعون ضده، ولا يشترط أن يكون التوكيل حديثاً طالما لم يثبت إلغاؤه. ويجب تحرير التوكيل الصادر لأحد المحامين في مصر من الخصم المقيم في الخارج بدولة أجنبية في القنصلية المصرية بها مصدقاً عليه من وزارة الخارجية.^١

ويجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي إيداع صورة رسمية مطابقة لأصل الحكم المطعون فيه، أو صورته المعلنة، وأخرى من الحكم الابتدائي إذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال إليه في أسبابه، وإلا حكم بعدم قبول الطعن بناءً على طلب كل ذي مصلحة، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها بإعتبار أن إجراءات الطعن من النظام العام (م ٢٥٥ / ٢ مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م

^١ أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٠٣، ص ٣٩٧. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ٨٨٠ ومابعدها. على وحسين مجموع، الطعن بالنقض المدنى، ص ٣٢ ومابعدها. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٣٣، ص ٣٧٦.

- art. 979; mod. par Décr. 22 mai 2008). ويقصد بمطابقة صورة الحكم لأصله أن تكون صورة رسمية مستخرجة من قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ولا يعتد بالصورة الضوئية العرفية التي يقرر الخصم أنها مطابقة للأصل.^١

كما يجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي إيداع جميع المستندات والمرفقات التي تؤيد طعنه وقت تقديم الصحيفة في نفس قلم كتاب المحكمة التي تم إيداع صحيفة الطعن بها، سواء كان قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه؛ لأنه لا يجوز الفصل بين إيداع صحيفة الطعن وإيداع المستندات، وذلك بهدف تمكين المحكمة من فحص الطعن وتحقيق الأسباب التي بنى عليها الطعن وإلا كان طعنه عارياً من الدليل ويتعين رفضه والمستندات المؤيدة للطعن هي كل ما يلزم لتمكين المحكمة من تحقيق الأسباب التي بنى عليها الطعن.^٢

^١ أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٢٣، ص ٤١٤.

نقض مدنى ٢٠١١/١/١٠ م، طعن رقم ٩٩٣ لسنة ٨٠ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٥٢، ص ٢٤٣.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 454; P. 514.

^٢ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٠٩، ص ٦١٧. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٧، ص ٧٣٦ وما بعدها. هشام الطويل، شروط قبول، ص ٤٢٧.

نقض مدنى ٢٠١١/١/٢٦ م، طعن رقم ١٥٧١٩ لسنة ٧٩ ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٠ - سبتمبر ٢٠١١ م، ق ١٠٣، ص ١٢٣. نقض مدنى ٢٠١١/١/١٠ م، طعن رقم

وإذا كانت تلك المستندات المؤيدة للطعن مقدمة في طعن آخر فيكفي أن يقدم الطاعن ما يدل على ذلك، وللمحكمة أن تتخذ ما تراه في سبيل الاطلاع على هذه المستندات، وعلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو الحكم الابتدائي بحسب الأحوال أن يسلم دون المطالبة برسوم لمن يشاء من الخصوم خلال سبعة أيام على الأكثر ما يطلبه من صور الأحكام أو المستندات أو الأوراق مذيلة بعبارة " صورة لتقديمها إلى محكمة النقض " وذلك دون إخلال بحق قلم الكتاب في المطالبة بعد ذلك بما يكون مستحقاً على القضية أو على أصل الأوراق من رسوم (م ٢٥٥ / ٣ مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م).

١

ولا يترتب على الطعن بالنقض اعتبار الأحكام الصادرة قبل الحكم المطعون فيه مطروحة بقوة القانون على محكمة النقض - الأثر الناقل - حيث لا يوجد نص يجيز ذلك كما هو الحال في الاستئناف (م ١/٢٢٩ مرافعات). ويجب على الطاعن إيداع صورة رسمية للحكم الأول الذي يدعى سبق صدوره وتعارضه أو تناقضه مع الحكم الثاني اللاحق الأحدث في التاريخ المطعون فيه بالنقض كدليل إثبات للاستدلال بها على ما يدعيه - وليس كمحل للطعن - وإلا كان طعنه

٩٩٣ لسنة ٨٠ ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر ٢٠١٠ - سبتمبر ٢٠١١ م، ق ١٠٦، ص ١٢٥. نقض مدني ٢٦/١/٢٠١١ م، طعن رقم ١٥٧١٩ لسنة ٧٩ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٥٣، ص ٢٤٣-٢٤٤.

^١ الإشارة السابقة .

عاريًا من الدليل مردوداً، وذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض التحقق من وجود التناقض أو التعارض أو التنافر كسبب للطعن بالنقض الاستثنائي، وممارسة رقابتها على وجه صحيح.^١

ويجوز لمحكمة النقض أن تأمر بضم ملف القضية الصادر فيها الحكم المطعون فيه بجميع مفرداتها إذا ما رأت في ذلك ما يحقق العدالة المنشودة لتقضى بما يطمئن إليه وجدانها، وإذا كانت صحيفة الطعن قد أودعت قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم، فيجب على قلم كتابها إرسال جميع أوراق الطعن إلى محكمة النقض في اليوم التالي لإيداع صحيفة الطعن بالنقض (م ٢٥٥ / أخيرة مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م). ويجوز للمحكمة قبول أى مستند رسمى قدمه أى من الخصوم بعد المواعيد المحددة متى تيقنت أنه كان متداولاً بينهم فى أى الدعويين الابتدائية أو الاستئنافية.^٢

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٧، ص ٧٣٥. د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٩م، بند ٣٥٣، ص ٨٧٢. د. رمضان إبراهيم علام، التناقض الإجرائى، بند ٣٦٥، ص ٥٧٥-٥٧٦. أنور طلبه، الطعن بالنقض، ص ٢٧٢.

نقض مدني ١٩٧٦/١١/٦م، طعن رقم ٥٣٤ لسنة ٤٠ ق، مج، س ٢٧، ج ٢، ق ٢٨٧، ص ١٥٢٥.

^٢ نقض مدني ٢٠١١/١٠/١٦م، طعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٨١ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢م، ق ٢٥٥، ص ٢٤٥.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن (م ٢٥٥ مرافعات) قبل استبدالها بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م كانت توجب على الطاعن بالنقض أن يودع قلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة الطعن بالنقض مذكرة شارحة لأسباب طعنه، والمذكرة الشارحة هي ورقة من أوراق المرافعات تتيح للطاعن توضيح وإظهار وتفصيل ما تم إجماله من أسباب الطعن الواردة في صحيفة الطعن، ولا يجوز أن تحل المذكرة الشارحة محل صحيفة الطعن، فلا طعن من دون صحيفة، ويصح وجود صحيفة طعن دون مذكرة شارحة اكتفاءً بما ورد في صحيفة الطعن، ويجب إلا ترد في المذكرة الشارحة أسباب غير تلك الواردة في صحيفة الطعن، ما لم تكن متعلقة بالنظام العام، ويترتب على عدم تقديم هذه المذكرة عدم جواز حضور الطاعن أو محاميه جلسة المرافعة أمام المحكمة، إلا أن التعديل المستحدث لنص (م ٢٥٥ مرافعات مستبدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م) ألغى إلزام الطاعن بمذكرة شارحة لأسباب الطعن لعدم الحاجة إليها حسبما أسفر عنه التطبيق العملي ولتسهيلاً لمهمة محكمة النقض وعملها والتخفيف عنها.^١

ويجب على الطاعن بالنقض الاستثنائي أن يورد ويودع الكفالة خزانة المحكمة التي أودع قلم كتابها صحيفة الطعن بالنقض سواء أكانت محكمة النقض أم المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه خلال ميعاد الطعن بالنقض، ولا يغنى عنه إيداع جزء منه فقط خلال ميعاد الطعن، ولا يكفي تأشير قلم الكتاب على

^١ د. أحمد هندی، التعليق، ج ٤، م ٢٥٥، ص ٧٣٩-٧٤١.

أوراق الطعن خلال ميعاد الطعن بقبول توريدها، ومبلغ الكفالة هو مائتان وخمسون جنيها إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة استئناف، أو مائة وخمسون جنيها إذا كان صادراً من محكمة ابتدائية أو جزئية؛ وذلك لضمان جدية الطعن وتجنب الرعونة والكيد والإنتقام والنكاية برفع طعون واهية دون تروى. (م ١/٢٥٤ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م، ثم بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م، وبالإستدراك المنشور فى الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧ فى ٢٠٠٨/٧/٣ م)، وذلك فى الطعون ضد الأحكام بسبب من أسباب الطعن بالنقض المنصوص عليها فى (م ٢٤٨ - ٢٤٩ مرافعات) فقط، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن لتعلق إجراءات التقاضى بالنظام العام، ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا الإيداع، ولذا تعد من شروط قبول الطعن.^١

هذا وقد عدلت قيمة الكفالة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م ثم وضعت الكفالة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م، ولذلك إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو رفضه أو بعدم جواز نظره حكمت على رافعه بالمصاريف فضلا عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها ضد الطاعن المتعسف. وإذا رأت أن الطعن

^١ حامد فهمى، ود.محمد حامد فهمى، النقض، بند ٢٨٤-٢٨٥، ص ٥٧٩ وما بعدها. محمد وعبدالوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، بند ١٣٤، ص ٩٧١. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤١٨، ص ٤١٠.

نقض مدنى ١٦/٥/٢٠١٠م، الطعون أرقام ٥٢ و ٧١ و ٧٢ لسنة ٧٨٨ق "هيئة عامة"، مج، س ٥٤، ج ١، ص ٧. نقض مدنى ١١/٥/٢٠٠٥م، طعن رقم ٤١٨٧ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٨٢، ص ٤٧٣.

بالنقض أريد به الكيد فلها أن تحكم بالتعويض للمدعى عليه في الطعن(م ٢٧٠ مرافعات). وتتعدد الكفالة بتعدد صحف الطعون وليس بتعدد الطاعنين، فيكفي إيداع أمانة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن (م ٢/٢٥٤ مرافعات) وإذا تعددت الأحكام المطعون فيها وكانت صادرة في خصومة واحدة بين الخصوم أنفسهم وطعن فيها بصحيفة طعن واحدة كانت الكفالة واحدة، أما إذا تعددت الأحكام المطعون فيها وكانت صادرة في خصومات مختلفة بين خصوم مختلفين وطعن فيها بصحف طعن مختلفة فتتعدد الكفالة بتعدد صحف الطعون. ويعفى من أداء الكفالة من يعفى من أداء الرسوم القضائية سواء أكان الإعفاء مقررًا بنص قانوني أم بحكم قضائي، كالدولة ومن تقررت له المساعدة القضائية... والأصل أن الكفالة ليست جزءاً من الرسوم القضائية، إلا أن المشرع قرن بينهما في (م ٣/٢٥٤ مرافعات) لاتحاد العلة، وقد ألغيت الكفالة في فرنسا بموجب (Loi N. 77-1468 du 30 déc 1977) بعد أن كانت موجودة قبل هذا التاريخ.^١

وإذا كان الأصل هو أنه لا يترتب على الطعن بالنقض الاستثنائي وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، بمعنى أن الطعن بالنقض الاستثنائي طريق طعن غير عادي ليس له أثر موقف لتنفيذ الحكم المطعون عليه كقاعدة عامة. إلا أنه قد

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٧٧، ص ٧٣٢. د. مصطفى كيره، النقض المدني، بند ٧٨٧ ومابعده، ص ٧٠٤ ومابعدها. د. حمدي عبد المنعم، المرجع في شرح قانون، ص ١٧٧ ومابعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١٠٦٦ ومابعدها.

يكون للطعن بالنقض الاستثنائي أثر موقف لتنفيذ الحكم المطعون فيه بنصوص خاصة في حالات محددة مثل: مسائل الطلاق والتفريق الجسماني (art.1086,1087 et 1129)، ومسائل الجنسية (art.1045)، وحالة إعلان الفقد أو الغياب (art. 1069 al. 3)، ومسائل البنوة (art. 1150)، والتبني (art. 1178-1).

ويجوز طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تناقض الأحكام بإشكال في التنفيذ من قاضي التنفيذ، كما يجوز للطاعن بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تناقض الأحكام طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض من محكمة النقض في صحيفة الطعن بالنقض ذاتها إذا خشي من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه إذا تم تنفيذ الحكم قبل الفصل في الطعن. والحكم بقبول أو رفض طلب وقف التنفيذ حكم وقتي لا يقيد محكمة النقض عند الفصل في الطعن، ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن.^٢

^١ -Couchez et Lagarrde; Procédure civile; N. 453; P. 511-512.

-Cass.com. ; 12 avr.1983; Rév. Trim. dr. Civ. 1983; P. 796; obs.

Perrot.

-Cass.Civ. 3^e; 15 févr. 1977; D. 1977. inf. rap. P. 263; obs. **Julien.** ,
dr. Civ. 1977; P. 833; obs. **Perrot.** Rév. Trim.

^٢ د. أحمد هندی، التعليق، م ٢٥١، ص ٥٣٦. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١١٠٤ ومابعدها. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٠٨ ومابعده، ص ٤٥١ ومابعدها.

ويعين رئيس المحكمة - بناء على عريضة من الطاعن - جلسة لنظر هذا الطلب يعلن الطاعن خصمه بها وبصحيفة الطعن وتبلغ للنيابة، ويجوز للمحكمة اعتبار الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم إعلان الخصم بالجلسة المحددة وكان ذلك راجعاً إلى فعل الطاعن، كما يجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المطعون عليه وينسحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه تاريخ طلب وقف التنفيذ، وإذا رفض الطلب أو اعتبر كأن لم يكن ألزم الطاعن بمصروفاته. وعلى المحكمة إذا أمرت بوقف التنفيذ أن تحدد جلسة لنظر الطعن أمامها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، وإحالة ملف الطعن إلى النيابة لتودع مذكرة برأيها خلال الأجل الذي تحدده لها (م ٢٥١ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م).^١

٢٦- إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي:

نظراً لأن خصومة الطعن بالنقض لا تنعقد إلا بإعلان صحيفة الطعن إلى المطعون ضده، فيجب على قلم كتاب محكمة النقض في اليوم التالي على الأكثر من قيد صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب، وعلى قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي إلى المطعون ضده خلال ثلاثين يوماً

^١ الإشارة السابقة.

على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه، ولا يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان إعلان صحيفة الطعن (م ٢٥٦ / ٢، ٣ مرافعات)؛ لأنه ميعاد تنظيمي لا يترتب عليه سوي الحكم بغرامة من ثلاثين إلى مائتي جنيه على من تسبب في عدم مراعاته من الموظفين في قلم الكتاب أو المحضرين فضلاً عن المساءلة القانونية إن كان لها وجه (م ٢٥٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م). وذلك بهدف إخبار المطعون ضده بمضمون صحيفة الطعن بالنقض، ولتمكينه من إبداء دفاعه في الطعن وإيداعه مذكرة بالرد على أسباب الطعن خلال الميعاد القانوني، ولا يقوم قلم كتاب محكمة النقض بتحديد تاريخ الجلسة عند قيده لصحيفة الطعن كما هو الحال عند رفع دعوى أو استئناف أو التماس؛ نظراً لخصوصية إجراءات الطعن بالنقض، فإن محكمة النقض هي التي تحدد جلسة نظر الطعن وليس قلم الكتاب كما هو الحال في الخصومة العادية.^١

ويخضع إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي للقواعد العامة في إعلان الطعن الواردة في (م ٢١٤ مرافعات)، فيكون إعلان الطعن لشخص الخصم أو في موطنه ويجوز إعلانه في الموطن المختار في ورقة إعلان الحكم. وإذا كان المطعون ضده هو المدعى، ولم يكن قد بين في صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلي، جاز إعلانه بالطعن في موطنه المختار المبين في صحيفة الطعن

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٧٨، ص ٧٣٩-٧٤٠. د. وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء، بند ٣، ص ٨٠٩. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٥٩-١٦٠، ص ٣٧٤ ومابعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضى، ص ٨٤٨.

بالنقض، بالإضافة إلى الأحكام العامة للإعلان القضائي الواردة في (م ٦ - ١٤ مرافعات)، ولا يجوز إعلان الطعن بالنقض الاستثنائي في الموطن المختار أمام محكمة الموضوع.^١

وفي القانون الفرنسي بمقتضى نص (art. 611-1) - والتي تم إضافتها بمقتضى (Décr. N° 99-131 du 26 février 1999) مع إعادة تعديل صياغتها بمقتضى (Décr. N° 2008-484 du 22 mai 2008, art.) (2) - فإن يُكلف قلم الكتاب بإعلان الطعن للمطعون عليه وإلا حكم بعدم قبول الطعن، أي أنه إذا لم يتم إعلان الطعن للمطعون ضده حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن. وفي الطعن بطريق التمثيل الإجباري يقوم قلم كتاب محكمة النقض - وليس الطاعن - بإعلان المطعون ضده بصحيفة الطعن بالنقض بخطاب عادي، وعند رد الخطاب وعودته دون استلام يسلمه قلم الكتاب لمحامي الطاعن ليقوم بإعلانه عن طريق المحضرين (art. 977 et 978)، وفي الطعن بدون التمثيل الإجباري يقوم قلم كتاب المحكمة - وليس الطاعن - بإعلان المطعون ضده بصحيفة الطعن بالنقض بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول (art. 984)،

^١ د. عاشور ميروك، النظام الإجرائي، بند ٨٦ ومابعده، ص ١٠٠ ومابعدها. د. مصطفى كبيره، النقض المدني، بند ٧٩٢ ومابعده، ص ٧٠٨ ومابعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١٠٧٢ ومابعدها.

وأما الطعن فى المواد الانتخابية فيقوم قلم الكتاب بإعلان المطعون ضده بخطاب
مسجل مصحوب بعلم الوصول وليس الطاعن (art. 1002).¹

ويخضع بطلان إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائى لأحكام القواعد
العامة فى بطلان العمل الإجرائى، وليس من الضرورى تكليف المطعون ضده
بالحضور فى ورقة إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائى نظراً لخصوصية
خصومة الطعن بالنقض. ويجب إعلان صورة مطابقة لأصل صحيفة الطعن
بالنقض الاستثنائى إلى جميع المطعون ضدهم الذين وجه إليهم الطعن. وإذا كان

1 –**Héron**; Droit Judiciaire; N. 838; P. 676.

–**Guinchard**; Droit et Pratique; N. 553.201 ets. ; P. 1142 ets.

–Hervé **Croze**, Christian **Morel** et Olivier **Fradin**; Procédure Civile; Litec;
Paris; 2001; N.1136; P.343 , N. 1143; P. 344.

–**Couchez**; Procédure Civile; N. 449 bis; P. 471.

–**Boré**; cour de cassation; N. 167; P. 19.

–**Couchez et Langlade**; Procédure civile; N.449 bis; P.507–508., N.
454; P. 514.

–Cass. ass. Plén. ; 23 Nov. 2007; Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P. 160 ;
obs. **Perrot.**, J.C.P. ; éd. G. ; 2007 ; II; 10204; Not. Chauvin., J.C.P.;
éd. G. ; 2008 ; I; P.138; obs. Amrani–Mekki., Rév. Huiss. 2008; P. 93;
obs. **Leborgne.**, Procédures 2008; comm. N. 15; Not.**Douchy–Oudot.**

–Cass. Soc. 11 oct. 2006; D.2006; inf. rap. ; P. 2688.

–Cass. Civ. 3^e ; 13 avr.2005; Bull. Civ. 2005; III; N. 90; P. 85.

إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي يخضع للقواعد العامة للإعلان القضائي فإنه لا يترتب على بطلانه أي أثر بالنسبة للإجراءات السابقة عليه، وأهمها إجراء رفع الطعن، فلا يترتب على بطلان الإعلان أثر على رفع الطعن الذي تم صحيحاً في ذاته كعمل إجرائي مستقل، وإنما ينحصر أثره في وجوب إعادة الإعلان أو تصحيحه على نحو صحيح لسريان مواعيد الإجراءات اللاحقة التي تبدأ من تاريخ الإعلان، ويكون التمسك ببطلان إعلان الطعن لمن شرع الشكل المخالف لمصلحته فقط دون غيره حتى لو كان موضوع الطعن غير قابل للتجزئه، ويصح الإعلان ولا يحكم ببطلانه إذا تحققت الغاية من البيان المعيب.^١

ولا يتطلب القانون إعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي خلال ثلاثة أشهر، وإلا جاز اعتبار الطعن كأن لم يكن كجزاء إجرائي يوقع ضد الطاعن المهمل المتعاسس سىء النية (م ٧٠ مرافعات)؛ نظراً لخصوصية خصومة الطعن بالنقض، وعدم توافر شروط تطبيق (م ٧٠ مرافعات) على الطعن بالنقض الاستثنائي، ولأن ميعاد الطعن بالنقض ميعاد تنظيمي، وأيضاً لأن عبء إعلان الطعن يقع على عاتق قلم الكتاب والمحضرين وليس على عاتق الطاعن؛ ولأن محكمة النقض هي التي تحدد جلسة نظر الطعن وليس قلم الكتاب كما هو الحال

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٧٨، ص ٧٣٩-٧٤٠. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٨٤٨. نقض مدني ١١/٤/١٩٩٦ م، طعن رقم ٣٤٨٢ لسنة ٥٨ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١٢٢، ص ٦٥٥.

فى الخصومة العادية، كما لا توجد إحالة على (م ٧٠٠ مرافعات) من قواعد الطعن بالنقض الاستثنائى.^١

٢٧- تبادل المذكرات فى خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى:

يتم تحضير قضية الطعن بالنقض الاستثنائى عن طريق السماح للخصوم بتقديم مذكراتهم، وإبداء النيابة العامة رأيها فى القضية بمذكرة مكتوبة. ويعتبر المطعون ضده فى الطعن بالنقض الاستثنائى قد حضر أمام محكمة النقض بتمام إيداعه لمذكرة الدفاع والمستندات المؤيدة لأوجه دفاعه بقلم كتاب محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه بصحيفة الطعن بالنقض الاستثنائى، وإلا سقط حقه فى إيداع مذكرة الدفاع والمستندات المؤيدة لذلك؛ لأنه ميعاد حتمى يضاف إليه ميعاد مسافة. ويجب أن تكون تلك المذكرات موقعة من محامٍ موكل عنه ومقبول للمرافعة أمام محكمة النقض وإلا كان الطعن باطلاً بطلاناً مطلقاً من النظام العام، وتكون مصحوبة بسند توكيل المحامى الموكل عنه وبالمستندات الأخرى التى يرى تقديمها، حتى لو لم يتضمن إعلانه تكليفه بذلك. وفى فرنسا يكون ميعاد إيداع المطعون ضده لتلك المذكرة وإعلانها لمحامى الطاعن خلال شهرين (art. 982 mod. Par Décr. 22 mai 2008)، وإلا حكمت

^١ د. مصطفى كبره، النقض المدنى، بند ٧٩٢ ومابعده، ص ٧٠٨ ومابعدها. د. أحمد هندى، التعليق، م ٢٥٣، ص ٥٩٦.

نقض مدنى ١٩٩٨/٤/١٩ م، طعن رقم ٥١٤ لسنة ٦٢ ق، مج، س ٤٩، ج ١، ق ٨٤، ص ٣٣٤.

المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وذلك بعد أن كانت مدة الميعاد ثلاثة أشهر قبل التعديل الجديد.^١

ويجوز للطاعن - في حالة تقديم المطعون ضده مذكرة دفاع - أن يودع قلم كتاب المحكمة مذكرة بالرد على الدفاع المقدم من المطعون ضده، مرفقاً بها المستندات المؤيدة لهذا الرد، وذلك خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانقضاء ميعاد إيداع مذكرة الدفاع من المطعون ضده، وليس من تاريخ إيداع المطعون ضده مذكرة دفاعه، وإلا سقط حقه في إيداع مذكرة الرد والمستندات المؤيدة لذلك؛ لأنه ميعاد حتمى ولا يضاف إليه ميعاد مسافة (م ٢٥٨/٢ مرفعات مصرى)، ويجب أن تكون مستندات الرد جديدة مؤيدة للرد لا مؤيدة للطعن.^٢

وإذا تعدد المطعون ضدهم، فإنه يجوز لكل منهم أن يقدم مذكرة بالرد على دفاع المطعون ضده الآخر، يودعها قلم كتاب المحكمة خلال الميعاد السابق

^١ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٠٥ ومابعده، ص ٦١٢ ومابعدها. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦٣، ص ٣٨٤. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٤٢ ومابعده، ص ٤٣٥ ومابعدها .

-**Couchez et Langlade**; Procédure civile; N. 454; P. 514.

-Cass.Civ.2^e; 2 déc. 1987; J.C.P. 1988; IV; P. 52.

-Cass.Civ.2^e; 28 mai. 1986; J.C.P. 1986; IV; P. 224.

^٢ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٠٧، ص ٦١٦. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦٢، ص ٣٨٣. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٤٦، ص ٤٣٧.

مصحوبة بسند توكيل المحامى الموقع عليها، إذا لم يكن قد قدمه من قبل (م ٢٥٨ / ٣ مرافعات).

ويجوز للمطعون ضده أن يودع خلال الخمسة عشر يوماً - التالية لانقضاء ميعاد مذكرة الرد على الدفاع - مذكرة بملاحظاته على الرد، وإلا سقط حقه فى إيداع مذكرة بملاحظاته على الرد والمستندات المؤيدة لذلك لأنه ميعاد حتمى ولا يضاف إليه ميعاد مسافة، وذلك تطبيقاً للقاعدة التى تقول: " إن المدعي عليه هو آخر من يتكلم " (م ٢٥٨ / ٤ مرافعات)^١.

ويجب أن تكون المذكرات وحوافظ المستندات من أصل وصور بقدر عدد الخصوم، وأن تكون موقعة من محاميه المقبول للمرافعة أمام محكمة النقض (م ٢٦١ مرافعات)، ولا يجوز لقلم الكتاب لأي سبب أن يقبل مذكراتٍ أو أوراقاً بعد انقضاء المواعيد المحددة لها، وإنما يجب عليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة واسم من قدمها وصفتها وسبب عدم قبولها (م ٢٦٢ مرافعات)؛ وذلك حتى يتسنى للمحكمة الفصل في قبولها بعد ذلك إذا رأت موجباً لذلك، كما لو قدرت

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٠، ص ٧٤٣. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦١، ص ٣٨٠ وما بعدها. د. مصطفى كيره، النقض المدنى، بند ٨٠٤، ص ٧١٨.

أن إعلان صحيفة الطعن بالنقض وقع باطلاً، مما يعنى انفتاح ميعد مذكرة الدفاع إلى ما بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان الصحيح.^١

ويجب على قلم كتاب محكمة النقض فى أسرع وقت ممكن - لم يحدد المشرع ميعد معين لقلم الكتاب - بعد انقضاء مواعيد تحضير الطعن أن يرسل ملف الطعن بالنقض الاستثنائى إلى نيابة النقض (م ١/٢٦٣ مرافعات)، ويجب على نيابة النقض أن تودع مذكرة مكتوبة بالرأى القانونى المحايد فى الطعن بوصفها خصماً متدخلأً تدخلاً وجوبياً فى الطعن بالنقض فى أقرب وقت ممكن - لم يحدد المشرع ميعد معين لنيابة النقض - مراعية فى ذلك ترتيب الطعون فى السجل، ما لم تر الجمعية العمومية لمحكمة النقض تقديم نظر أنواع من الطعون قبل دورها (م ٢٦٣ / ٢ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م) ٢٠

ويجب عليها حضور جلسات المرافعة إن كان لها وجه، لإبداء ملاحظاتها وتقديم طلباتها المتعلقة بالنظام العام، كما يكون لها بناءً على طلب محكمة النقض حضور المداولة دون أن يكون لممثليها صوت معدود فيها (م ٢٤ من قانون السلطة القضائية)؛ وذلك لأن الطعون بالنقض تمس الصالح العام، ولتقديم العون والمساعدة لمحكمة النقض فى المسائل القانونية أمامها. ويترب على تأخير نيابة

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٠، ص ٧٤٣. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦٦، ص ٣٨٦. د. مصطفى كيره، النقض المدنى، بند ٨٠٨، ص ٧١٨.

^٢ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣١٠، ص ٦١٩. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦٦، ص ٣٨٦. د. مصطفى كيره، النقض المدنى، بند ٨٠٩، ص ٧١٩.

النقض فى إيداع مذكراتها تعطيل السير فى خصومة النقض، حيث لاتعيين للمستشار المقرر، ولا عرض للطعن على المحكمة فى غرفة المشورة إلا بعد إيداع النيابة مذكراتها.^١

وبعد أن تودع نيابة النقض مذكرة مكتوبة برأيها يعين رئيس المحكمة أحد مستشاري الدائرة مستشاراً مقررأ (م ٣/٢٦٣ مرفعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م) ليقوم بإعداد تقريراً عن الطعن بالنقض الاستثنائى، يلخص فيه أسباب الطعن بالنقض الاستثنائى وردود الخصوم عليها ونقاط الخلاف بينهم دون إبداء الرأي فيها (م ٢٦٥ مرفعات)، ولم يحدد القانون المصرى ميعاداً معيناً لإلزام المستشار المقرر بإيداع تقريره خلاله وإلا كان محلاً للمساءلة القانونية. ونأمل من المشرع المصرى تحديد ميعاد للمستشار المقرر لسرعة الإجراءات.^٢

^١ الإشارة السابقة.

^٢ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٠، ص ٧٤٤. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦٦، ص ٣٨٦. د. مصطفى كيره، النقض المدنى، بند ٨٠٩، ص ٧١٩.

المبحث الثاني

سلطة محكمة النقض في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي

٢٨- فحص الطعن بالنقض الاستثنائي في غرفة المشورة:

من أجل تخفيف العبء عن كاهل محكمة النقض- بعدم نظرها لطعون غير جديرة بالعرض عليها وتبدو غير مقبولة أو ظاهرة الرفض أو الاستبعاد، وتوفيراً لجهودها ومراجعة الطعون وتصفيتها لتركيز العمل بالبحث والدراسة على الطعون الجديرة بالنظر، وذلك بعمل فحص مبدئي للطعون- يتم تحديد جلسة لفحص الطعن في غرفة المشورة بقرار من رئيس محكمة النقض، ويعرض الطعن على المحكمة في غرفة المشورة لفحص الطعن مبدئياً على ضوء الأوراق المودعة بملف الطعن في مرحلة تحضيره دون إعلان للخصوم وبغير حضورهم إلا إذا رأت دائرة فحص الطعن في غرفة المشورة ضرورة سماع الخصوم، فتحدد جلسة لنظر الطعن أمامها بالطريق العادي دون الفحص المبدئي، أي ينتقل الطعن من مرحلة تحضيره إلى مرحلة نظره دون المرور بمرحلة الفحص المبدئي^١.

بمعنى أنه بعد انقضاء مواعيد تحضير الطعن وتقديم مذكرة برأى نيابة النقض، يعرض الطعن بالنقض الاستثنائي على الدائرة المختصة بالموضوع بأكملها

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨١، ص ٧٤٤. د. وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١١-٨١٢. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٦٧، ص ٣٨٦ وما بعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١١٢٤ وما بعدها.

-**Couchez et Langlade**; Procédure civile; N. 454; P. 514.

مشكلة من خمسة مستشارين (م ٢/٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م) ومنعقدة في غرفة المشورة بدون حضور كاتب المحكمة، ولا يجوز أن يمثل الخصوم فيها بوكلائهم، ولا أن تحضر نيابة النقض بممثل لها، وبالتالي لا يلزم إعلان الخصوم أو حضورهم أو إخطار نيابة النقض؛ وذلك لفحص الطعن مبدئياً لتقرير قبول نظره أو عدم قبوله على ضوء الأوراق التي يشتمل عليها ملف الطعن بالنقض الاستثنائي (بأسباب موجزة)، وتصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة للآراء بعد التأكد من استكمال الطعن بالنقض الاستثنائي شكله وسلامته القانونية.^١

وإذا رأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن غير جائز أو غير مقبول لسقوطه، أو لبطلان إجراءاته، أو لإقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين ٢٤٨، ٢٤٩، أو على أسباب تخالف ما استقر عليه قضاؤها، أو غير مستوفٍ أوضاعه الشكلية ... أمرت بعدم قبوله لكونه غير جدير بالنظر.^٢

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨١، ص ٧٤٤ وما بعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١١-٨١٢. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٦٧، ص ٣٨٨. د. محمد المنجي، الطعن بالنقض المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١١ م، بند ٣٢٢، ص ٨١٠.

^٢ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨١، ص ٧٤٤ وما بعدها .

-Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; J.C.P. 2007; éd. G.; II; 10204; Not. **Chauvin.** , Procédures. 2008; Comm.; N. 15. Not. **Douchy- Oudot.** , J.C.P. 2008; éd. G.; I; P. 138; Not. **Amrani-Mekki.** , Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P. 160; obs. **Perrot.**

ويكون ذلك بقرار يصدر بأغلبية الآراء ويجوز قوة الأمر المقضى ويثبت في محضرالجلسة مع إشارة موجزة لسببه، وإلزم الطاعن بالمصروفات فضلا عن مصادرة الكفالة (م ٢٦٣ / ٣ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م - art. 620)، وهذا القرار هو بمثابة حكم قضائي قطعي حاسم ينهي النزاع أمام محكمة النقض، شأنه شأن الحكم الصادر منها، ولا يجوز الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن.^١

أما إذا رأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر حددت جلسة لنظره، وبذلك ينتقل الطعن من مرحلة الفحص المبدئي إلى مرحلة نظره، ويجوز لها في هذه الحالة أن تستبعد من الطعن ما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، وأن تقصر نظره على باقى الأسباب مع إشارة موجزة إلى سبب الاستبعاد (م ٤/٢٦٣ مرافعات). وفي جميع الأحوال لا يجوز الطعن فى القرار

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨١، ص ٧٤٤ ومابعدها.

-Cass. Civ. 2^e; 4 déc. 2003; Gaz. Pal. 29-30 oct. 2004; P. 18; obs.

du Rusquec.

-Cass. Soc.; 5 juin 1985; D. 1986; inf. rap.; P. 222; obs. **Julien.**

.-Cass. Civ. 1^{Re}; 25 mai 1982; D. 1984; P. 273; Not. **Prieur**

الصادر من محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام (م ٢٦٣ / ٥ مرافعات).^١

وعلى ذلك فإنه إذا رأت المحكمة بطلان إجراءات رفع الطعن بالنقض الاستثنائى أو عدم توافر شرط من شروطه - كسقوط الحق فى الطعن بفوات الميعاد، أو قبول الحكم، أو قيامه على سبب غير الأسباب التى يجوز الطعن بالنقض بناء عليها - أصدرت بما لها من سلطة قضائية بأسباب مختصرة أمراً بعدم قبول الطعن لسقوطه، أو لبطلان إجراءاته، أو لبنائه على غير الأسباب المبينة فى (م ٢٤٨ - ٢٤٩ مرافعات)، أو لعدم جدارته بالنظر فى جلسة علنية...^٢

ويصدر الأمر بالأغلبية المطلقة للآراء، فإذا لم تتوفر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين، وجب أن ينضم الفريق الأقل عدداً أو الفريق الذى يضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الصادرين من الفريق الأكثر عدداً، وذلك بعد أخذ الآراء

^١ د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٦٧، ص ٣٨٨؛ بند ١٩٢، ص ٤٣٠ ومابعدھا. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١١٢٤ ومابعدھا. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٦٧، ص ٤٥١. نقض مدنى ١٩٩٦/٢/٢٥ م، طعن رقم ٣٩٤٩ لسنة ٢٠٠١، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٧١، ص ٣٦٠.

^٢ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨١، ص ٧٤٤ ومابعدھا. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٢. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٦٧، ص ٤٥١. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١١٢٩. د. محمد المنجى، الطعن بالنقض المدنى، بند ٣٢٣، ص ٨١١ ومابعدھا. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٩٢-٣٩٣، ص ٤٤٠-٤٤١.

مرة ثانية (م ١٦٩ مرافعات)، ويوقع عليه من جميع أعضاء الدائرة ولا يكفي توقيع رئيس الدائرة وحده، ولا يأخذ هذا الأمر شكل الحكم أو يشتمل على بياناته، وإنما يكفي ثبوته في محضر الجلسة مع إشارة موجزة إلى سببه (تسبب موجز)؛ لأنه لا يصدر في جلسة علنية، ولا تراعى فيه قواعد التسبب، ولا يلزم فيه سرد الوقائع ولا أوجه دفاع الخصوم ولا رأى نيابة النقض، ولا تلاوة منطوقه في جلسة علنية.^١

ويؤدي هذا الأمر إلى انقضاء الخصومة القضائية أمام محكمة النقض ويصبح الحكم المطعون فيه باتاً، وتلزم المحكمة الطاعن بالمصروفات فضلاً عن مصادرة الكفالة، ويتمتع بقوة الأمر المقضى، ولا يجوز الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن، فلا يجوز للطاعن أن يطعن في الحكم بالنقض من جديد حتى لو كان ميعاد الطعن ممتداً ولو لأسباب جديدة. ولا يجوز للدائرة المختصة بالموضوع منعقدةً في غرفة المشورة إحالة الطعن بالنقض إلى الهيئة العامة لمحكمة النقض للنظر في العدول عن مبدأ قانونى سابق؛ لأن هذا الحق قاصر على الدائرة المختصة بالموضوع منعقدةً بجلاسة علنية لنظر الطعن، فلا يجوز لغرفة المشورة مصادرة هذا الحق أو التعدي عليه.^٢

^١ الإشارة السابقة.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٢. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٦٧، ص ٤٥١. محمد وليد الجارجى، النقض المدنى، ص ١١٢٩. د. محمد المنجى، الطعن بالنقض المدنى، بند ٣٢٣، ص ٨١١ وما بعدها.

وفى فرنسا تشكل دائرة فحص الطعن من ثلاثة قضاة، وتقوم بفحص الطعن بالنقض بعد الإنتهاء من إيداع المذكرات المتبادلة، وذلك بهدف فرز وفلترة الطعون غير الجديرة بالنظر عن طريق قرارات عدم القبول (art. 431-1,) C.O.J.F.- art.1014, N.C.P.C.F. Réd. Décr. 2 juin 2008, art. () 1. (567-1-1, C. P. Pén. F.)

أما إذا تحققت من صحة الإجراءات وتوافر شروط الطعن فإنها تأمر بتحدد جلسة لنظر الطعن أمامها لجدارة الطعن بالنظر فى جلسة علنية، وذلك لتصدر حكماً فيه بأسباب كاملة. ويجوز لها - فى هذه الحالة - إذا اشتملت صحيفة الطعن على أسباب لا تقبل الطعن بالنقض مع أسباب أخرى مقبولة أن تستبعد الأسباب الأولى مع إشارة موجزة لسبب الإستبعاد، وأن تقصر نظرها على باقى الأسباب، وفى جميع الأحوال لا يجوز الطعن فى القرار الصادر من المحكمة بأي طريق من طرق الطعن (م ٢٦٣ مرافعات). ومع ذلك يجوز للمحكمة إذا رأت

¹-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 454; P. 514-515.

-Cass. Com.; 8 janv. 2003; J.C.P. 2004; II; 10096; Not. **Descoros-Delcère.**, Rév.Trim. dr. Civ. 2004; P. 778; obs. **Perrot.**

-Cass. ch. mixte; 12 avr. 2002; J.C.P. 2002; II; 10100; Not.

Billiau.

أنها لا تستطيع أن تصدر قرارها إلا بعد سماع الخصوم أن تحدد جلسة مباشرة
لنظر الطعن دون حاجة إلى فحصه مبدئياً في غرفة المشورة.^١

ونظراً لخصوصية الطعن بالنقض في منازعات المحاكم الاقتصادية فقد تم
إستحداث دائرة أو أكثر لفحص الطعون بالنقض المرفوعة أمام الدائرة الاقتصادية
بمحكمة النقض لتخفيف العبء عن كاهل محكمة النقض بعدم نظرها لطعون غير
جديرة بالعرض عليها وتبدو غير مقبولة أو ظاهرة الرفض أو الاستبعاد، لتوفير
جهودها ومراجعة الطعون وتصفيتها بهدف فرز وفلترة الطعون غير الجديرة
بالنظر عن طريق قرارات عدم القبول المسببة تسبباً موجزاً؛ لتركيز العمل بالبحث
والدراسة على الطعون الجديرة بالنظر فقط. فدور دائرة فحص الطعون قاصر على
بحث الأسباب الشكلية فقط دون تناول موضوع الطعن... وفي جميع الأحوال لا
يجوز الطعن في القرار الصادر من دائرة فحص الطعون بأى طريق من طرق
الطعن (م ١٢ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن المحاكم الاقتصادية).

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: " النص في الفقرتين
الثانية والثالثة من المادة ١٢ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن المحاكم
الاقتصادية على أن: (كما تنشأ محكمة النقض دائرة أو أكثر لفحص تلك الطعون،
تتكون كل منها من ثلاثة من قضاة المحكمة بدرجة نائب رئيس على الأقل -

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨١، ص ٧٤٦. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٢.
د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ١٦٨، ص ٣٨٩. محمد وليد الجارحي، النقض
المدنى، ص ١١٢٨. د. محمد المنجى، الطعن بالنقض المدنى، بند ٣٢٩، ص ٨٢٦.

لتوفير قدر من الخبرة -، لتفصل منعقدة في غرفة المشورة، فيما يفصح من الطعون عن عدم جوازه أو عن عدم قبوله لسقوطه أو لبطان إجراءاته. ويعرض الطعن، فور إيداع نيابة النقض مذكرة برأيها، على دائرة فحص الطعون، فإذا رأت أن الطعن غير جائز أو غير مقبول للأسباب الواردة في الفقرة السابقة، أمرت بعدم قبوله بقرار مسبب تسببياً موجزاً، وألزمت الطاعن المصروفات فضلاً عن مصادرة الكفالة إن كان لذلك مقتضى، وإذا رأت أن الطعن جدير بالنظر أحواله إلى الدائرة المختصة مع تحديد جلسة لنظره). مفاده أن المشرع ولرغبته في تشجيع الإستثمار في البلاد فقد رأى أعمال الوسائل المناسبة لجذب رعوس الأموال إلى مصر، وذلك بزيادة الطمأنينة لدى المستثمرين ابتداءً من سرعة إجراءات إصدار التراخيص اللازمة وكذلك سرعة إنهاء كافة المنازعات التي قد تنشأ عن مباشرة النشاط، وذلك حتى تستقر المراكز القانونية والتي من شأنها استمرار هذا النشاط وازدياده، ولهذا الغرض فقد صدر القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م المشار إليه وقصر اختصاص المحاكم الاقتصادية على المنازعات الناشئة عن تطبيق قوانين أوردها على سبيل الحصر لما لها من ارتباط بالمنازعات الاقتصادية على وجه العموم، وفي سبيل ذات الغرض فقد أنشأ المشرع هيئة حدد اختصاصها ببحث الطعون التي تعرض على الدوائر الاقتصادية بمحكمة النقض جعل تشكيلها على مستوى متميز من الكفاءة، وذلك بأن تشكل من ثلاثة أعضاء بدرجة نائب رئيس محكمة النقض وحصر اختصاصها على بحث ما تفصح عنه الطعون المطروحة من ناحية جوازها أو قبولها، وكان رائده في ذلك أن تتفرغ المحكمة بتشكيلها المعتاد لبحث موضوع

الطعن وفق ما سلف ذكره بعد أن استقر أمر جواز الطعن وقبوله بموجب القرار الصادر عن هيئة فحص الطعون... وأن قرار هيئة فحص الطعون لا شأن له بموضوع الطعن، بل إنه منبت الصلة به، بما لازمه ومقتضاه أنه لا يجوز هذا القرار ثمة حجية قبل موضوع الطعن حال نظره أمام الدائرة الاقتصادية بمحكمة النقض، وترتيباً على ما تقدم فإن القرار الصادر من الهيئة سالفة الذكر لا يمثل إبداءً للرأى في موضوع الطعن من قبل أعضاء الهيئة المشار إليها يحول دون اشتراكهم في نظر الموضوع حال طرحه أمام الدائرة الاقتصادية".¹

٢٩- جلسة نظر الطعن بالنقض الاستثنائي:

تقوم الدائرة المختصة بالموضوع والتي فحصت الطعن بالنقض الاستثنائي في غرفة المشورة بتحديد تاريخ جلسة لنظر الطعن أمامها إذا قررت أن الطعن جدير بالنظر، ويقوم قلم كتاب محكمة النقض بإخطار محامي الخصوم الذين أودعوا مذكراتهم الكتابية في المواعيد القانونية فقط - دون الذين لم يودعوا مذكراتهم لأنه ليس لهم حق حضور جلسة المرافعة الشفوية بجلسة نظر الطعن - بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الطعن بالنقض الاستثنائي قبل انعقادها بخمسة عشر يوماً على الأقل، وذلك بخطاب موصي عليه؛ وذلك لأن الخصوم لا يعلمون بميعاد جلسة نظر الطعن بالنقض

¹ نقض تجارى ٢٤/٣/٢٠١٤م، طعن رقم ١٠٠٢٩ لسنة ٨٣ ق، منشور على موقع محكمة

النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

الاستثنائي لأن دائرة فحص الطعن في غرفة المشورة هي التي تحدده بقرار في وقت لاحق بعد الإنتهاء من مرحلتى تحضير وفحص الطعن، وليس قلم الكتاب لحظة إيداع صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي كما هو الحال في الخصومة القضائية العادية؛ لأن خصومة النقض خصومة غير عادية، ولذلك أوجب القانون على قلم كتاب محكمة النقض ضرورة إعلان الخصوم بميعاد جلسة نظر الطعن. و يقوم قلم كتاب محكمة النقض بإدراج قضية الطعن في جدول الجلسة المحددة، ويعلق هذا الجدول في قلم كتاب محكمة النقض قبل الجلسة بخمسة عشر يوماً على الأقل، ويظل معلقاً طوال المدة المذكورة (م ٢٦٤ مرافعات).^١

ويبدأ نظر الطعن بالنقض الاستثنائي في الجلسة المحددة لذلك بتلاوة المستشار المقرر *conseiller rapporteur* لتقريره الذي لخص فيه أسباب الطعن ورد الخصوم عليها، وحصر نقاط الخلاف التي تتازعها الخصوم دون إبداء رأيه فيها (م ٢٦٥ مرافعات) في الجلسة، وإثبات تلك التلاوة في محضر الجلسة وفي الحكم ذاته وإيداعه بملف الطعن. والهدف من ذلك إعطاء باقى أعضاء المحكمة، وممثل نيابة النقض، والمحامين، والخصوم الحضور فكرة مختصرة عن أوجه الطعن بالنقض الاستثنائي والرد عليها للإلمام بمجمل الطعن بالنقض وظروفه، وإذا تم تغيير أحد أعضاء الدائرة بعد تلاوة التقرير فإنه يجب إعادة تلاوته من جديد

^١ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٨٢، ص ٧٤٨. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٩٥ ومابعده، ص ٤٤٣ ومابعدها. د. حمدى عبدالمنعم، المرجع فى شرح، ص ١٩١-١٩٢.

لإلزام العضو الجديد بمضمونه، ولا يلزم وضع تقرير تلخيص جديد من المستشار المقرر كلما استجد جديد أثناء نظر الطعن بالنقض الاستثنائي.^١

ونظراً لخصوصية خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، فالأصل في المرافعة فيها أن تكون مكتوبة إلا إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فيكون لها سماع محامى الخصوم ونيابة النقض، بمعنى أن المرافعة الكتابية هي الأصل ما لم تر المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية، فينظر الطعن بغير مرافعة شفوية اكتفاءً بما قدمه الخصوم من مذكرات مكتوبة إلا إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فإنها تأذن بها لمحامي الطرفين والنيابة العامة؛ نظراً لأن ما يثيره الطعن بالنقض من مسائل قانونية يكون بحثها والتعليق عليها في مذكرات مكتوبة أجدى وأنفع من سماعها شفاهة في جلسة المرافعة لنظر الطعن.^٢

ولا يؤذن للخصوم - في هذه الحالة - أن يحضروا ويترافعوا بأنفسهم، وإنما يكون الحضور والمرافعة أمام محكمة النقض بواسطة محامين موكلين عنهم ومقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض، ولا يشترط أن يكون هو نفسه المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي. وليس للخصوم الذين لم يودعوا باسمهم مذكرات الحق في الحضور أو إنابة محامين عنهم في جلسة المرافعة

^١ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣١١، ص ٦٢٢-٦٢٣. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٢، ص ٧٤٨. د. حمدى عبد المنعم، المرجع فى شرح، ص ١٩١-١٩٢.

^٢ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٢، ص ٧٤٩. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائى، بند ١٧٠، ص ١٨٣. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٩٥ ومابعده، ص ٤٤٣ ومابعدها.

الشفوية؛ لأن حق الحضور والمرافعة في جلسة المرافعة الشفوية المحددة لنظر الطعن بالنقض الاستثنائي يكون قاصراً على الخصم الذي أودع مذكرة بدفاعه.^١

وتقتصر المرافعة الشفوية على توافر أو عدم توافر شروط قبول الطعن بالنقض الاستثنائي شكلاً وعلى أسباب الطعن بالنقض الاستثنائي الواردة في صحيفة الطعن، ولا يجوز إبداء أسباب شفوية جديدة في الجلسة غير الأسباب الواردة في صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي سواء أكانت أسباب مؤيداً للطعن أم لدفعه، ما لم تكن متعلقة بالنظام العام، حيث يمكن التمسك بها في أى وقت وتأخذ بها المحكمة من تلقاء نفسها، كالدفع بحجية الأمر المقضى أو بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بشرط أن يكون وارداً على الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائي. (م ٢٦٦، م ٢٥٣ / ٣ مرافعات).^٢

والأصل أنه لا يجوز للخصوم تقديم مذكرات جديدة بعد فوات مواعيدها في المرحلة التحضيرية للطعن. ومع ذلك يجوز لمحكمة النقض - استثناءً - أن تأذن لمحامي الخصوم وللنيابة العامة إيداع مذكرات تكميلية إذا رأت ضرورة لذلك بعد اطلاعها على قضية الطعن بالنقض الاستثنائي، وحينئذ تؤجل القضية لجلسة أخرى وتحدد مواعيد لإيداع تلك المذكرات التكميلية فيها (م ٢٦٧ مرافعات) كأن تسمح

^١ د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي، بند ١٧٠، ص ١٨٣. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٩٥ ومابعده، ص ٤٤٣ ومابعدها.

^٢ الإشارة السابقة .

للخصوم بتقديم مذكرات بالرد على مذكرة النيابة العامة من دفع متعلقة بالنظام العام لم يسبق لهم تناولها في مذكراتهم السابقة، وذلك سواء أكانت المحكمة قد أذنت بالمرافعة الشفوية أو لم تأذن بذلك.^١

وتتمتع محكمة النقض عند نظرها للطعن بالنقض الاستثنائي بالنسبة لإجراءات خصومة النقض بسلطة شاملة، مثل سلطة محكمة الموضوع تماماً على إجراءات خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي المنظورة أمامها. فهي تراقب صحة تلك الإجراءات من جهة الواقع والقانون لأنها قاضية هذه الإجراءات القضائية، وتمارس تلك السلطة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى تمسك أحد الخصوم بها لأن القاعدة هي تعلق إجراءات الطعن بالنقض بالنظام العام. ونظراً لأن قضية موضوع الطعن بالنقض الاستثنائي هي إلغاء الحكم المطعون فيه لما يشوبه من عيوب قانونية، ولذا فتتخصص سلطة محكمة النقض إزاءه في نطاق معين إلا وهو البحث في العيوب القانونية التي بني عليها الطعن في الحكم دون غيرها من العيوب.^٢

وتسرى على الطعن بالنقض الاستثنائي أمام محكمة النقض القواعد والإجراءات الخاصة بنظام الجلسات، وعلى ذلك تكون جلسات نظر الطعن بالنقض الاستثنائي علانية، والإستثناء هو السرية إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً

^١ حامد فهمي، و د. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣١٠، ص ٦٢١ هامش ٢. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٢، ص ٧٤٩.

^٢ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٢، ص ٧٤٩. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٥.

على طلب أحد الخصوم إجرائها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة (م ١٠١ مرافعات). ويجوز لمحكمة النقض سماع أقوال الخصوم حال المرافعة الشفوية، وتكون النيابة العامة آخر من يتكلم لتدخلها الوجوبى فى خصومة النقض (م ٢/٩٥ مرافعات). وتوجد بعض أنواع الدفوع التى لا يمكن تصور إبدئها أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة عليا وحيدة فى الدولة: كالدفع بعدم اختصاص محكمة النقض بنظر مايرفع إليها من طعون بالنقض، والدفع بطلب إحالة القضية إلى محكمة نقض أخرى، والدفع بطلب ميعاد للاطلاع...^١

ويجوز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه صلحاً فى محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم، فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه، ويكون لمحضر الجلسة فى الحالتين قوة السند التنفيذى، وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام (م ١٠٣ مرافعات)، هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الصلح أمام محكمة النقض نظراً لتعارضه مع وظيفة محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون وليست درجة ثالثة من درجات التقاضى.^٢

^١ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٨٢، ص ٧٤٩. حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣١٢، ص ٦٢٤-٦٢٥. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٩٥ ومابعده، ص ٤٤٣ ومابعدها. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٩٩، ص ٤٦٨.

^٢ محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١١٣٩-١١٤٠.

وتجرى الجلسات علانية، ما لم تر المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم جعلها سرية للمحافظة على النظام العام والآداب العامة، ومحضر الجلسة ورقة رسمية، وضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها، وله في سبيل ذلك ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة أن يُخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها، فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربع وعشرين ساعة أو بتغريمه مائة جنيهاً ويكون حكمها بذلك نهائياً، فإذا كان الإخلال قد وقع ممن يؤديون وظيفة في المحكمة كان لها أن توقع أثناء انعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقيعه من الجزاءات التأديبية، ويجوز للمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم الذي أصدرته بشأن ضبط الجلسة وإدارتها (م ١٠٤ مرافعات)، كما أن لمحكمة النقض ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للآداب أو النظام العام من أي ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات (م ١٠٥ مرافعات)^١.

ولمحكمة النقض أيضاً مع مراعاة أحكام قانون المحاماة أن يأمر رئيس الجلسة بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقادها وبما يرى اتخاذه من إجراءات التحقيق، ثم يأمر بإحالة الأوراق إلى النيابة العامة لإجراء ما يلزم فيها، فإذا كانت الجريمة التي وقعت جنائية أو جنحة كان لها إذا اقتضت الحال أن تأمر بالقبض على من وقعت منه (م ١٠٦ مرافعات). ومع مراعاة أحكام قانون

^١ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣١٢، ص ٦٢٤. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي، بند ١٧٠، ص ١٨٣.

المحامية، للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء انعقادها جنحة تُعَدُّ على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً بالعقوبة، وللمحكمة أيضاً أن تحاكم من شهد زوراً بالجلسة وتحكم عليه بالعقوبة المقررة لشهادة الزور (م ١٠٧ مرافعات)، كما تسرى القواعد الخاصة بالأحكام بما لا يتعارض مع نصوص الطعن بالنقض (م ٢٧٣ مرافعات).^١

وكذلك في القانون الفرنسي إذا قررت المحكمة إحالة الطعن لجلسة نظره، يقوم رئيس الدائرة بتعيين المستشار المقرر لإعداد تقرير عن الطعن (art. 1012)، وتحديد جلسة لنظره وإخطار الأطراف بها (art. 1015 R d. Décr.)، وفي الجلسة يقوم المستشار المقرر بتلاوة تقريره، ثم لإستماع إلى محامي الخصوم والأطراف إذا سمحت لهم المحكمة بذلك (art. 1016,) (art. 1017 et 1018)، وتقدم النيابة العامة رأيها (art. 1019).^٢

^١ أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٩١، ص ٤٦٠.

^٢ -Perdriau; Les avis entre chambres de la Cour de Cassation; J.C.P.  d. G. ; 1999; I ; P. 190.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 454; P. 515.

٣٠- عوارض خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي:

لاتخضع خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي للقواعد العامة في الخصومة القضائية فيما يتعلق بعوارض سير الخصومة القضائية، كالشطب، والوقف، والانقطاع، وذلك لتعارض تلك القواعد مع طبيعتها الخاصة باعتبارها خصومة قانون بحت لمحاكمة الحكم المطعون فيه.^١

شطب الدعوى هو استبعادها من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة وعدم الفصل فيها مع بقاءها وبقاء كافة آثارها كجزاء إجرائى على عدم حضور المدعى والمدعى عليه وعدم صلاحية الدعوى للحكم فيها، لتفادى تراكم القضايا أمام المحاكم، ولا تنظر إلا بعد تعجيلها خلال ستين يوماً من تاريخ الشطب بإعلان أحد الخصوم للخصم الآخر بالحضور للجلسة أمام المحكمة (م ٨٢ مرافعات). فلا وجه ولا مجال للشطب في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي؛ لأن العبرة بحضور الخصوم وغيابهم أمام محكمة النقض تكون بإيداع المذكرات والمستندات المؤيدة في مواعيدها القانونية المحددة، والقاعدة هي أن محكمة النقض تنظر الطعن بغير مرافعة ودون حاجة إلى حضور الخصوم، كما أن هذا الجزاء لا يتفق

^١ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٤.

مع نظام تحضير الطعن بالنقض الاستثنائي والغاية منه وهى محاكمة الحكم المطعون فيه.^١

وقف الخصومة هو ركودها أو عدم السير فيها إذا طرأ عليها أثناء سيرها سبباً من أسباب الوقف بنص القانون (وقف قانونى كالوقف لرد القاضى أو للفصل فى الدعوى الجنائية) أو بحكم المحكمة (وقف قضائى جزائى أو تعليقى للفصل فى مسألة أولية) أو باتفاق الخصوم (وقف اتفاقى للمصلح أو للتحكيم). وتظل الخصومة الموقوفة قائمة أمام القضاء، فتبقى صحيفة الدعوى منتجة لآثارها، وتبقى جميع إجراءاتها قبل الوقف صحيحة، ولا يجوز اتخاذ أى إجراء فيها خلال مدة الوقف وإلا كان باطلاً. ويزول الوقف بزوال سببه، وتستأنف الخصومة سيرها من النقطة التى وقفت عندها، بتعجيل الخصم صاحب المصلحة لها بإعلان خصمه بتاريخ الجلسة التى ستنتظر فيها القضية، فلا وجه ولا مجال للحكم بوقف خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى لعدم توافر شروط الحكم بالوقف، ولا تنطبق قواعد الوقف الاتفاقى على خصومة النقض لتعلق قواعد سيرها بالنظام العام الذى ليس محلاً لاتفاق الخصوم عليه، كما لا يجوز وقفها وقفاً قضائياً جزائياً أو تعليقاً لعدم تعلقها بالموضوع فهى خصومة قانون فقط، إنما تقف بقوة القانون إذا قدم طلب برد

^١ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٤. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٣٩٩، ص ٤٤٦. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٩٣، ص ٤٦٣.

أحد مستشارى الدائرة أو أكثر التي تنظر قضية الطعن بالنقض، أى يرد عليها
الوقف إذا تعلق بشخص القاضى.^١

انقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بقوة القانون لتصدع ركنها
الشخصى بوفاة أحد الخصوم أو فقده لأهلية التقاضى أو زوال صفة نائبه القانونى،
إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها، وتعتبر الدعوى مهياً للحكم
فى موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة
المرافعة قبل الوفاة، أو فقد أهلية الخصومة، أو زوال الصفة. ويترتب على انقطاع
الخصومة ركودها واعتبارها قائمة ووقف جميع مواعيد المرافعات التى كانت جارية
فى حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التى تحصل أثناء الانقطاع، فالانقطاع
يؤدى إلى استحالة نظرالدعوى والفصل فيها فى مواجهة شخص غير ممثل فيها؛
لأن الدعوى تفترض وجود خصمين بينهما نزاع، وتستأنف الخصومة سيرها من
آخر إجراء صحيح تم فيها بالحضور أو بتكليف بالحضور يُعلن إلى من يقوم مقام
الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته، بناء على طلب الطرف
الآخر (م ١٣٠ - ١٣٣ مرافعات). ويمكن تطبيق القواعد العامة لانقطاع
الخصومة القضائية على خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى متى توافرت شروطه،
احتراماً لحقوق الدفاع، طالما أن باب المرافعة ما زال مفتوحاً سواء أكان ذلك عن

^١ د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٨٣، ص ٧٥٠. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٤.
طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٠٠، ص ٤٤٦. محمد وليد الجارحي، النقض المدنى،
ص ١١٤٠.

طريق المذكرات أو صرحت المحكمة بالمرافعة الشفوية أو إذا انقضت المرحلة التحضيرية دون أن يقدم الخصم الذي قام به سبب الانقطاع مذكرة بدفاعه.^١

٣١- الانقضاء الإجرائي المبتسر لخصومة الطعن بالنقض الاستثنائي:

الانقضاء المبتسر للخصومة القضائية هو إنقضاؤها بغير حكم فى موضوعها بسبب إجرائى أو موضوعى، ولا تخضع خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى لأحكام القواعد العامة فى الانقضاء المبتسر للخصومة القضائية عن طريق الانقضاء أو السقوط أو الترك أو اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وذلك لتعارض تلك القواعد مع طبيعتها الخاصة باعتبارها خصومة قانون بحت.^٢

انقضاء أو تقادم الخصومة هوجزاء إجرائى يؤدى إلى زوالها وإلغاء جميع إجراءاتها وآثارها مع بقاء أصل الحق الموضوعى لعدم السير فيها مدة تزيد على سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها أيا كان سبب وقفها أو انقطاعها وأيا كان المتسبب فى عدم سيرها. وفى جميع أحوال تنقضى الخصومة القضائية العادية بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها كجزاء إجرائى يوقع على الخصم المهمل فى متابعة إجراءات سير الخصومة؛ نظراً لأن السير فيها يعتمد على نشاط

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٣، ص ٧٥٠. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٤. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٠١، ص ٤٤٦. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١١٤١.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٥.

الخصوم فيها، وذلك بهدف وضع حد نهائى لتراكم القضايا وتعليقها أمام المحاكم، وتتقاضى الخصومة بقوة القانون، ولا تحكم به المحكمة إلا بعد التمسك به من المدعى أو المدعى عليه عن طريق رفع دعوى للمحكمة المرفوع أمامها الدعوى المطلوب الحكم فيها بانقضائها بالتقادم أو عن طريق الدفع إذا عجلت الخصومة بعد مضى سنتين.¹

إلا أن هذا الحكم لا يسرى على خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى؛ لأن سير خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى لا يعتمد على نشاط الخصوم، بل يعتمد على نشاط قلم الكتاب والمحكمة وترتيب دور الطعن فى جدول جلسة نظر الطعون، وبالتالي لا يسوغ أن يضار الخصوم من تأخير لا يد لهم فيه نظراً لكثرة الطعون وقلة عدد دوائر محكمة النقض. وعلى ذلك لا يجوز الدفع بانقضاء خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى بمرضى المدة نظراً لعدم خضوع خصومة الطعن بالنقض كخصومة طعن غير عادية للإنقضاء بمرضى المدة متى وقف السير فيها مدة تزيد على سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها. أى أن خصومة الطعن بالنقض

¹ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٣، ص ٧٥١. د. أحمد مسلم، التأصيل المنطقى لأحوال إنقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق عين شمس، س٢، ١٩٦٠م، ع١، ص ٩٣. د. إبراهيم أمين النفاوى، مسئولية الخصم عن الإجراءات، ط ١، ١٩٩١م، ص ٨٥٦.

الاستثنائي لا تخضع للانقضاء بمضي سنتين (م ١٤٠ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م).^١

سقوط الخصومة هو جزء إجرائي يؤدي إلى زوالها واعتبارها كأن لم تكن لعدم السير فيها بفعل المدعى - ومن في حكمه كالمستأنف - المهمل أو امتناعه لمدة ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها من إجراءات التقاضي، وذلك حتى لا تبقى الخصومة وسيلة تهديدية بغرض الكيد لخصمه لعدم استقرار مركزه القانوني، ولذا تؤسس فكرة سقوط الخصومة على رعاية مصلحة المدعى عليه. ويكون لكل ذي مصلحة من المدعى عليه من الخصوم ومن في حكمه كالمتمدخل انضمامياً للمدعى عليه والمختصم فيها طلب الحكم بسقوط الخصومة إلى المحكمة المقام أمامها الدعوى المطلوب إسقاط الخصومة فيها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، أو في صورة دفع إذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء مدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح فيها، وذلك ضد جميع المدعيين وإلا كان الطلب أو الدفع غير مقبول (م ١٣٤ - ١٣٩ مرافعات - art. 386 á 393).^٢

^١ أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٩٨، ص ٤٦٨. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٠٥، ص ٤٤٩. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١١٤٣.

^٢ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٣، ص ٧٥٠ - ٧٥١. د. طلعت محمد دويدار، سقوط الخصومة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراة، حقوق إسكندرية ١٩٩٢م، ص ٢٧ وما بعدها. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٠٣، ص ٤٤٨. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١١٤٢.

غير أن هذا الحكم لا يسرى على الطعن بالنقض الاستثنائي؛ لأن سير خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي لا يعتمد على نشاط الخصوم، وإنما يعتمد على نشاط قلم الكتاب والمحكمة وترتيب دور الطعن في جدول جلسة نظر الطعون، وبالتالي لا يسوغ أن يضار الخصوم من تأخير لايد لهم فيه، وعلى ذلك لا يجوز الدفع بسقوط خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي بمضى ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها نظراً لعدم خضوع خصومة النقض كخصومة طعن غير عادية للسقوط بمضى ستة أشهر متى وقف السير فيها مدة تزيد على ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها (م ١٣٤مرافعات معدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م) أى أن خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي لا تخضع للسقوط؛ لأن سير إجراءاتها لا يعتمد على نشاط الطاعن وإنما على عائق قلم الكتاب والمحكمة. وتسقط خصومة الطعن بالنقض أمام محكمة الإحالة إذا لم يتم تعجيلها خلال ستة أشهر من تاريخ صدور حكم النقض بالنقض والإحالة باعتباره آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى؛ لإهمال صاحب المصلحة فى التعجيل. كما يمكن أن تسقط خصومة الطعن بالنقض عندما يكون للخصوم دور فى تسيير الخصومة كما لو انقطعت أو أوقفت وفقاً قانونياً أو قضائياً عند تصديها للفصل فى الموضوع مدة السقوط الستة أشهر^١.

^١ د. أحمد صاوى، الوسيط، بند ٣٩٢ ومابعده، ص ٦٢٨ ومابعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٤. د. طلعت محمد دويدار، سقوط الخصومة، ص ٤٥٣ ومابعدها.

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن: " سقوط الخصومة وفقا لنص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات هو جزاء فرضه الشارع على المدعي الذي يتسبب فى عدم السير فى الدعوى بفعله أو امتناعه مدة سنة - أصبحت ستة أشهر بموجب نص (م ١٣٤ / ٢ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م) - فمناطق أعمال الجزاء هو الإهمال أو التراخي أو الإمتناع من جانب المدعي عن السير بالخصومة، حين لا يحول دون السير بها حائل وتسري أحكام سقوط الخصومة أمام محكمة أول درجة، كما تسري على خصومة الطعن بالاستئناف تطبيقا لنص المادة ٢٤٠ من ذلك القانون، ولما كان الطعن بطريق النقض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلى محكمة النقض كما هو الشأن فى الاستئناف، إذ هو طريق غير عادي لم يجزه قانون المرافعات فى الأحكام النهائية إلا لأسباب أوردها على سبيل الحصر فقد خلا الفصل الذي ينظم نصوص هذا الطعن من نص يقضي بالإحالة إلى حكم المادة ١٣٤ على غرار النص الوارد فى الاستئناف، بل ان هذه النصوص تضمنت إجراءات اعداد الطعن وتجهيزه، ثم رسمت سبيل اتصال المحكمة به ونظره وهي إجراءات تتوالى فى مجموعها دون تداخل من الطاعن أو غيره من الخصوم، ومن ثم فكون خصومة الطعن بالنقض ذات طبيعة خاصة تفترق عن الخصومة فى مرحلتها الابتدائية أو خصومة الاستئناف، فلا تقبل أن يرد عليها نظام السقوط ".^١

^١ نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦م، طعن رقم ٣١١ لسنة ٥٢ ق و ٢٦٢٤ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٦١، ص ٣٠١. نقض مدنى ١٩٨٨/٤/١٩ م، طعن رقم ٤٢ لسنة ٥٥ ق

ترك الخصومة هو نزول الطاعن عن الخصومة مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه، بما يؤدي إلى زوالها وإلغاء جميع إجراءاتها وآثارها، ويعيد الخصوم إلى الحال التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى. ويجوز للطاعن بالنقض الاستثنائي في أي حال كان عليها الطعن أن يتنازل عن الطعن بترك خصومة النقض وقبول الحكم المطعون فيه ما لم يكن قد تعلق لخصمه حق بهذا الطعن. ويشترط في الترك أن يكون صريحاً واضحاً غير معلق على شرط وبدون تحفظ وإلا كان غير مقبول، فهو لا يؤخذ بالظن ولا يقبل التأويل، ولا يشترط في التارك أهلية التصرف في الحق المرفوع به الطعن بل تكفي أهلية التقاضي؛ لأن الترك لا يؤثر على الحق المرفوع به الطعن. وقد يحدث الترك بتقرير مستقل يودع ملف الطعن، أو بكتابته في المذكرات، أو بإبدائه شفويّاً في جلسة نظر الطعن وإثباته في محضرها، أو بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر، أو بأي وسيلة أخرى. وإذا ترك الطاعن خصومة الطعن بعد فوات ميعاد الطعن فيعد ذلك نزولاً من الطاعن عن الحق في الطعن.¹

احوال شخصية، مج، س ٣٩، ج ١، ق ١٣٢، ص ٦٧٤.

¹ محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، بند ٨٩٧، ص ٤٤٥. د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨٣، ص ٧٥١. د. أحمد صاوي، الوسيط، بند ٣٩٧ ومابعده، ص ٦٤٠ ومابعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٥. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند ٤٠٢، ص ٤٤٧-٤٤٨. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١١٤٤ ومابعدها.

نقض مدني ٢٠٠٩/٤/٩ م، طعن رقم ٣٨٠ لسنة ٧٠ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٧٨، ص ٢٦٣.

اعتبار الخصومة كأن لم تكن هو جزء لإهمال وعدم موالاة المدعى السير في الخصومة، ويتم التمسك به في صورة طلب أو دفع شكلى قبل التعرض للموضوع من صاحب المصلحة في ذلك، ويترتب عليه زوال الدعوى واعتبارها كأن لم ترفع وتلغى إجراءات الدعوى وصحيفتها ويزول آثارها في قطع التقادم. ولا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي كأن لم تكن لعدم توافر شروط تطبيقها؛ لأن العبرة بحضور الخصوم وغيابهم أمام محكمة النقض تكون بإيداع المذكرات والمستندات المؤيدة في مواعيدها القانونية المحددة، كما أن القاعدة هي نظر محكمة النقض للطعن بالنقض الاستثنائي بغير مرافعة ودون حاجة إلى حضور الخصوم.^١

ولا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي كأن لم تكن بتطبيق (م ٧٠ مرافعات)؛ وذلك لأن ميعاد إعلان الطعن بالنقض ميعاد تنظيمي (م ٢٥٦ مرافعات)، وعبء إعلان الطعن بالنقض يقع على عاتق قلم الكتاب وقلم المحضرين وليس على عاتق الطاعن، كما أنه لا توجد إحالة لتطبيق (م ٧٠ مرافعات) على الطعن بالنقض. وأيضاً لا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي كأن لم تكن بتطبيق (م ٨٢ مرافعات) وذلك لأنه لا مجال لشطب خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي الذي يعتبر مقدمة ضرورية للحكم باعتبارها

^١ د. أحمد صاوى، الوسيط، بند ٦٠٩، ص ٩٧٤. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨١٤. نقض مدنى ١٩٨٨/٤/١٩ م، طعن رقم ١٣٢ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية، مج، س ٤٢، ج ١، ق ١٣٢، ص ٦٨٤.

كأن لم تكن. وكذلك لامجال لا اعتبار خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي كأن لم تكن بتطبيق (م ٩٩ مرافعات)؛ وذلك لأنه لا مجال لوقف خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي الذي يعتبر مقدمة ضرورية للحكم باعتبارها كأن لم تكن.^١

٣٢- قواعد إصدار حكم محكمة النقض في الطعن بالنقض الاستثنائي:

يخضع حكم محكمة النقض في الطعن بالنقض الاستثنائي - سواء أكان صادراً لصالح الطاعن أو لغير لصالحه - من حيث إجراءات وقواعد إصداره وشكله للقواعد العامة لإصدار الأحكام القضائية الواردة في (م ١٦٦ - ١٨٣ مرافعات) فيما لا يتعارض مع نصوص الطعن بالنقض (م ٢٧٣ مرافعات)، ويجب أن يصدر حكم النقض مسبباً، فأحكام محكمة النقض تخضع لقواعد تسبب الأحكام القضائية (art. 455).^٢

وعلى ذلك يجب أن تكون المداولة في حكم النقض الاستثنائي سراً بين القضاة مجتمعين في أى مكان بمقر المحكمة أو خارجها، ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً، كما لا يجوز للمحكمة

^١ د. أحمد هندی، التعليق، م ٢٥٦، ص ٦٠٠. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي، بند ١٧٨، ص ١٩٠.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢١.

-Perdriau; Les rapats d'arrêt de la Cour de Cassation; J.C.P. 1994; éd. G.; I; 3735.

-Couchez et Lagarde; Procédure civile; N. 456; P. 517; Not. 2.

أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً، ويصدرالحكم بأغلبية الآراء وينسب إلى هيئة المحكمة بأكملها دون ذكر الرأى المخالف ودون ذكر صدوره بالأغلبية أو بالإجماع.^١

ويجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا فى المداولة لتلاوة الحكم، وإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم، ويجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم فى الجلسة، فالحكم لا يعد موجوداً إلا من لحظة النطق به، ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحددها، وإذا اقتضى الحال تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك فى الجلسة مع تعيين اليوم الذى يكون فيه النطق به وبيان أسباب التأجيل فى محضر الجلسة، وينطق القاضى بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به فى جلسة علانية وإلا كان الحكم باطلاً. ويجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً، ويكون المتسبب فى البطلان ملزماً بالتعويضات إن كان لها وجه، ويجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التى بنى عليها وإلا كان باطلاً.^٢

^١ د. أحمد صاوى، الوسيط، بند ٤٤٧، ص ٧١٠ ومابعدها. د. أمال الفزائرى، المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م، بند ١٩.

^٢ الإشارة السابقة .

ويجوز للخصوم الإطلاع على مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه بالملف إلى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية، ويحتفظ بمسودة الحكم ونسخته الأصلية بملف القضية ولا يعطى منها صوراً للخصوم، ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن في الدعوى موقعاً عليها من كاتب المحكمة وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م ١٨٠ مرافعات)، كما يسوغ تسليم صورة تنفيذية للمحكوم له من نسخة الحكم الأصلية إذا كان الحكم جائزاً تنفيذيه مختومة بخاتم المحكمة وموقعة من الكاتب ومزيلة بالصيغة التنفيذية بعد دفع الرسوم المستحقة.^١

وتتولى محكمة النقض في غرفة المشورة تصحيح ما يقع من حكمها الصادر في الطعن بالنقض الاستثنائي من أخطاء قلم مادية بحتة، كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب نيابة النقض أو أحد الخصوم من غير مرافعة، ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة، وذلك في أى وقت مادام حكم النقض المطلوب تصحيحه قائماً لم يسقط (م ١٩١ مرافعات - art. 462). ولا يلزم أن يقوم بالتصحيح نفس القضاة الذين أصدروا الحكم محل التصحيح، ولا يجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح من محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن، ويجب على محكمة النقض ألا تتخذ من التصحيح المادى لحكمها ذريعة للرجوع

^١ د.أحمد صاوى، الوسيط، بند ٤٤٧، ص ٧١٠ وما بعدها. د.أحمد هندی، التعليق، ج ٣، م ١٨٠، ص ٤٩٢.

عن الحكم في الطعن بالنقض الاستثنائي لما فيه من مساس بحجية الأمر المقضى.^١،^٢

ويجوز لصاحب المصلحة أن يطلب من محكمة النقض تفسير ما وقع في منطوق حكمها الصادر في النقض الاستثنائي قبل تنفيذه من غموض أو إبهام حقيقي (م ١٩٢ مرافعات - art. 461) ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الطعن بالنقض، في أي وقت مادام الحكم المطلوب تفسيره قائماً لم يسقط، ولا يمر طلب التفسير بمرحلة تحضير الطعن في قلم الكتاب، بل يتم تحديد جلسة لنظره بطلب يقدم لرئيس المحكمة. ولا يلزم أن يقوم بالتفسير نفس القضاة الذين أصدروا

^١ محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، بند ١١٠٤، ص ٧٢٧. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. د. أحمد ماهر زغول، مراجعة الأحكام، ص ١٥٢ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، ج ٢، ص ٣٠٤. د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٣٢، ص ٢٤٧ وما بعدها.

–Olivier Renard– **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation. Juris. Class.Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 39 ets.

–Cass.civ. 2^e; 4 Nov. 1992; J.C.P.éd. G. 1993; II; 22086. Not. E. de **Risquec**.

–J. **Fossereau**, J. **Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 18 ets.

^٢ إلا أن المشرع العراقي لم يطلق طلب التصحيح في أي وقت، بل قيده بسبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغ القرار التمييزي، وتنتهي المدة في جميع الأحوال بانقضاء ستة أشهر على صدور القرار المراد تصحيحه م ٢٢١ مرافعات عراقى ، وذلك حتى لا يظل طلب التصحيح مطلقاً من قيد الميعاد.

الحكم محل التفسير، ويعتبر الحكم بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذى يفسره وليس مستقلاً عنه، ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر بالتفسير من محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن، ويجب على محكمة النقض ألا تتخذ من تفسير حكمها ذريعة للرجوع عن الحكم الصادر فى الطعن بالنقض الاستثنائى لما فيه من مساس بحجية الأمر المقضى.^١

وإذا أغفلت محكمة النقض الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية فى الطعن بالنقض الاستثنائى عن سهو أو خطأ وليس عن عمد وقصد جاز لنيابة النقض أو لصاحب المصلحة أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب لاستكمال الحكم فيه (م ١٩٣ مرافعات)، أى بنفس الإجراءات المقررة للطعن بالنقض فى أى وقت مادام الطاعن قد تقدم بهذا الطلب فى صحيفة الطعن بالنقض خلال ميعاد الطعن. وفى فرنسا يجب أن يقدم طلب الاستكمال خلال مدة

^١ محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، بند ١١٠٧، ص ٧٣٠. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٣٢، ص ٢٥١ ومابعدها. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٦٣، ص ٥١٩.

–Olivier Renard– Payen; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation. Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 50 ets.

–Cass. Civ. 2^e; 4 Nov. 1992; J.C.P.éd. G. 1993; II; 22086. Not.; E.

de Risquec.

–Cass. Comm.; 3 Janv. 1989; D. 1989; inf. rap; P. 276. Obs. **Julien.**

–J. **Fossereau, J. Voulet;** Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris.Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 18 ets.

سنة من حيازة الحكم لقوة الأمر المقضى طبقاً لقواعد (art. 463)، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالاستكمال من محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن. ويجب على محكمة النقض ألا تتخذ من استكمال حكمها ذريعة للرجوع عن الحكم الصادر في الطعن بالنقض الاستثنائي لما فيه من مساس بحجية الأمر المقضى.¹

٣٣- عدم جواز الطعن في حكم محكمة النقض الصادر في الطعن بالنقض الاستثنائي:

لايجوز الطعن في أحكام محكمة النقض - باعتبارها خاتمة المطاف القضائي - الصادرة في الطعن بالنقض الاستثنائي بأي طريق من طرق الطعن؛ لأنها أحكام باته (م ٢٧٢ مرافعات)، أي أن أحكام محكمة النقض لا معقب عليها ولاسبيل إلى الطعن عليها أمام أي محكمة من المحاكم بأي طريق من طرق

¹ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام، ص ٢٨١ هامش ٢. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٣٢، ص ٢٤٩ ومابعدها .

-Olivier Renard- Payen; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 46 ets.

-Cass. Civ. 2^e; 4 Nov. 1992; J.C.P.éd. G. 1993; II; 22086. Not.; E. de Risquec.

-J. Fossereau, J. Voulet; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 18 ets.

-Cass. Com.; 28 avril. 1987; Gaz. Pal. 1987; Pano. ; P. 165.

الطعن في الأحكام سواء العادية كالمعارضة والاستئناف أو غير العادية كالتماس إعادة النظر والنقض، وهذه قاعدة عامة تسرى على كافة أحكام محكمة النقض أياً كانت سواء بالرفض أو بالنقض، وسواء أصدرت عنها بغرفة المشورة أو بجلسة نظر الطعن أو بالهيئة العامة أو بالدوائر المجتمعة لمحكمة النقض. كما تكتسب أحكام محكمة النقض قوة الأمر المقضى، ولا يجوز المساس بحجيتها.¹

وفي فرنسا لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن، فلا يجوز الرجوع في حكم النقض، ولا يجوز قبول الطعن فيه من جديد (art. 621 et 622) باستثناء تلك الحالة المنصوص عليها في (art. 618) الخاصة بحالة تنافر أو تنازع الأحكام القضائية، حيث يجوز الطعن في حالة تنافر الأحكام القضائية حتى لو كان أحد الحكمين قد طعن فيه من قبل أمام محكمة النقض وحكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن فيه. ويرجع ذلك إلى مكانة

¹ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٩٦، ص ٧٧٤-٧٧٥. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٦٥، ص ٥٢١.

نقض مدنى ١٥/٣/٢٠٠٤م، طعن رقم ٥٠٦ لسنة ٦٦ قأحوال شخصية، مج، س ٥٥، ج ١، ق ٥٧، ص ٣٠١.

نقض مدنى ٢٦/٦/١٩٩٠م، طعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق أحوال شخصية، مج، س ٤١، ج ٢، ق ٢٣٢، ص ٣٥٢. نقض مدنى ١١/٦/١٩٧٠م، طعن رقم ٣٠٣، لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢١، ج ٢، ق ١٦٥، ص ١٠٣١.

-J. Fossereau, J. Voulet; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 6 ets. cassation;

-Herve Crozeet Christian Morel; Procédure Civile; N. 351; P. 336.

محكمة النقض باعتبارها المحكمة العليا فى التنظيم القضائى فلا يجوز أن تراقبها محكمة أخرى.^١

ومع ذلك يجوز طلب إلغاء أو بطلان الحكم الصادر من محكمة النقض فى الطعن بالنقض الاستثنائى إذا قام بأحد القضاة - دون الهيئة بكاملها - الذين أصدره سبب من أسباب عدم الصلاحية التى يكون القاضى فيها غير صالح لنظر الدعوى وممنوعاً من سماعها ولو لم يردده أحد من الخصوم، ويقع عمل القاضى أو قضاؤه باطلاً حتى لو تم باتفاق الخصوم (م ١٤٦ - ١٤٧ مرافعات)، وذلك زيادة فى الإحتياط والتحوط لسمعة القضاء. وعليه يكون لمحكمة النقض الرجوع عن قضائها وسحب حكمها وإصدار حكم جديد من دائرة أخرى بسبب خطأ إجرائى مؤثر على الفصل فى النزاع، خارج عن ارادة الخصوم ولا يد لهم فيه بأن تكون محكمة النقض هى المتسببه فيه.^٢

1 - **Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 456; P. 517.

- **Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N.1556; P. 577.

-Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; Rév. Huiss. 2008; P. 93; obs.

Trim. dr. Civ. 2008; P.160; obs. **Perrot. Leborgne.** , Rév.

-Cass. Civ. 2^e ; 4 déc. 2003; Gaz. Pal. 29-30 Oct. 2004; P. 18; obs.

du Rusquec.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند

٣٢، ص ٢٤٣ وما بعدها. د. محمد حسام لطفى، سحب أحكام محكمة النقض، دار النهضة

وعلى ذلك يجوز رفع دعوى بطلان أصلية ضد حكم محكمة النقض الصادر فى الطعن بالنقض الاستثنائى عند توافر حالة من حالات عدم صلاحية أحد القضاة لنظر الدعوى الواردة فى (م ٤٦٦ مرافعات) على سبيل الحصر، وترفع دعوى البطلان الأصلية لحكم محكمة النقض الصادرة فى الطعن بالنقض الاستثنائى فى أى وقت؛ لأنها لا تخضع لأى ميعاد أمام نفس الدائرة التى أصدرته لأنها لم تستنفذ ولايتها بحكم معدوم، لتقوم نفس الدائرة التى أصدرت الحكم المطعون فيه بمحكمة النقض بسحب وإلغاء حكمها، ثم إحالة الطعن الذى صدر فيه الحكم الباطل إلى دائرة أخرى لنظره من جديد. ويمكن التمسك بانعدام الحكم القضائى عن طريق دعوى البطلان الأصلية أو عن طريق الدفع بانعدامه أو عن طريق المنازعة فى تنفيذه.^١

العربية بالقاهرة ٢٠٠٤، ص ٢٨ وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م، بند ٦٢، ص ١٣٥

–Olivier Renard– Payen; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 23 ets.

–Cass. Civ. 3^e; 3 Fév. 1988.; Gaz. Pal. 1988; Pan.; P. 101.

–Cass. Civ. 3^e; 19 Nov. 1986; J.C.P. 1987; éd.G.; IV; P. 182.

^١ محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، بند ١١٣٢، ص ٧٥٩. د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٩٦، ص ٧٧٥. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٦٥، ص ٥٢١. د. محمد حسام لطفى، سحب أحكام محكمة النقض، ص ٢٨ وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة، بند ٦٢، ص ١٣٥.

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن: " النص في المادة ١٤٧ من قانون المرافعات على أنه " يقع باطلاً عمل القاضى أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم، وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى. " وفى المادة ٢٧٢ من ذات القانون على أنه " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن " يدل على أن أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأى وجه من الوجوه، فهى واجبة لإحترام على الدوام باعتبار مرحلة النقض هى خاتمة المطاف في مراحل التقاضى وأحكامها باتة لا سبيل إلى الطعن فيها، وأن المشرع اغتنى عن النص على منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن العادية أو غير عادية لعدم إمكان قصور الطعن بها على أحكام هذه المحكمة ولم يستثن المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده في نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من قانون المرافعات من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاة الذين أصدره سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من هذا القانون، وذلك زيادة في الإلصطيان والتحوط لسمعة القضاء. وسبيل الخصم إلى الطعن ببطلان حكم النقض طبقاً لهذا النص يكون بطلب - لا يعد طعنًا بطريق النقض وإنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية - يقدم لمحكمة النقض التى اختصها المشرع بنظره،

نقض مدنى ٢٢/٦/١٩٨٩ م، طعن رقم ٢٧٤٥ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ٢٧٤، ص ٦٦٣.

فإذا ثبت لمحكمة النقض أن الطلب قد توافرت فيه موجبات قبوله ألغت الحكم الصادر منها في الطعن وأعدت نظره أمام دائرة أخرى، وإن تبين لها أن الطلب لم يكن كذلك حكمت بعدم قبوله.^١

وذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم قبول رفع دعوى أصلية ببطان حكم محكمة النقض مهما كانت هذه الأحكام خاطئة حتى لو أخلت بالمبادئ الأساسية للنقاضي كحق الدفاع، ومبدأ المواجهة، على أساس أنه لا يتصور أن محكمة النقض تصدر أحكاماً معيبة بعبء يُجيز رفع دعوى بطلان أصلية ضد حكمها، بالإضافة إلى عدم وجود محكمة أعلى من محكمة النقض يمكن رفع دعوى البطلان أمامها.^٢

بينما يذهب أغلب الفقهاء - وهو الرأي الجدير بالتأييد - والقضاء المصرى والفرنسى إلى جواز رفع دعوى أصلية ببطان حكم محكمة النقض الصادرة فى الطعن بالنقض الاستثنائى إذا فقد أحد مقوماته الأساسية، كما لو صدر من دائرة مشكلة من قاضيين فقط، أو صدر فى طعن مرفوع ضد شخص

^١ نقض تجارى ٢٤/٣/٢٠١٤ م، طعن رقم ١٠٠٢٩ لسنة ٨٣ ق، منشور على موقع محكمة النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

^٢ د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٣٢، ص ٢٤١-٢٤٢.

متوفى أو كان الحكم خالياً من المنطوق... لأننا نكون في الواقع إزاء حالة انعدام حكم قضائي.^١

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن: " النص في المادتان ١٤٧ و ٢٧٢ مرافعات يدل على أن أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه فهي واجبة الاحترام على الدوام باعتبار مرحلة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي وأحكامها باتة لا سبيل إلى الطعن فيها، وأن المشرع اغتني عن النص على منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن العادية أو غير عادية لعدم امكان تصور الطعن على أحكام هذه المحكمة، ولم يستثن المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده في نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مرافعات من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاء الذين أصدره سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة ١٤٦ مرافعات، وذلك زيادة في الإصطيان والتحوط لسمعة القضاء، وسبيل الخصم إلى الطعن ببطلان حكم النقض يكون بطلب يقدمه لمحكمة النقض التي

^١ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٩٦، ص ٧٧٥. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ٢٧٢، ص ٢٠٤١؛ م ١٤٧، ص ٨٨٨. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة، بند ٦٢، ص ١٣٥ وما بعدها.

–Olivier Renard– **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 19 ets.

–Cass. Civ.3; 19 Nov. 1986; J.C.P. 1987; éd. G.; IV; P. 182.

–Cass. Civ.3; 3 Fév. 1988.; Gaz. Pal. 1988; Pan.; P. 101.

اختصها المشرع بنظره غير مقيد فيه بميعاد حتى أخطأ بعموم النص واطلاقه ولا يسوغ القول بخضوع هذا الطلب لميعاد الستين يوماً المقرر للطعن طبقاً لنص المادة ٢٥٢ مرفعات، كما ذهب إلى ذلك المدعي عليه في دفعه، لأنه لا يعد طعناً بطريق النقض وإنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية، ومن ثم فلا يجري عليه الميعاد المقرر للطعن طبقاً لهذا النص فإذا ثبت لمحكمة النقض أن الطلب قد توافرت فيه موجبات قبوله ألغت الحكم الصادر منها في الطعن وأعدت نظر الطعن أمام دائرة أخرى، وإن تبين لها أن الطلب لم يكن كذلك حكمت بعدم قبوله "١، ٢

^١ نقض مدنى ٣/٢٢ / ١٩٩٠ م، طعن رقم ٢٣٥٣ لسنة ٥٥ ق، مح، س ٤١، ج ١، ق ١٣٧، ص ٨١٩.

^٢ والجدير بالذكر أن المشرع السوداني قد ذهب إلى أبعد من ذلك فأجاز لرئيس المحكمة العليا تشكيل دائرة لمراجعة أى حكم صادر منها موضوعياً، فنصت م ١٩٧ من قانون الإجراءات المدنية السوداني على أنه: " ١- لا تخضع أحكام المحكمة القومية العليا للمراجعة، على أنه يجوز لرئيسها أن يشكل دائرة تتكون من خمسة من قضاتها لمراجعة أي حكم صادر منها موضوعياً إذا تبين له أن ذلك الحكم ربما انطوى على مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ويصدر قرار الدائرة بأغلبية الأعضاء. ٢- وتشكل دائرة المراجعة من قضاة أغلبيتهم ممن لم يشاركوا في إصدار الحكم موضوع المراجعة. ٣- ميعاد المراجعة ستون يوماً تسري وفق حساب الميعاد المنصوص عليها في المادة ١٥٩ ". وجعل المشرع السوداني بهذا النص ميعاد مراجعة حكم النقض موضوعياً ستون يوماً بالرغم من أن ميعاد الطعن بالنقض خمسة عشر يوماً بنص م ١٩٠ منه، بمعنى أنه جعل ميعاد المراجعة أكبر من ميعاد الطعن بالنقض بهدف إتاحة فرصة زمنية أوسع للمراجعة.

٣٤- الحكم بعدم قبول الطعن بالنقض الاستثنائي شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه:

قد يصدر الحكم فى الطعن بالنقض الاستثنائى لغير صالح الطاعن بعدم قبول الطعن شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه؛ لأن أسبابه على غير أساس وتوافرت موجبات لذلك، فإذا رأت المحكمة أن الطعن غير جائز أو غير مقبول لسقوطه، أو لبطلان إجراءاته، أو لإقامته على غير الأسباب المبينة فى المادتين (٢٤٨، ٢٤٩) أو على أسباب تخالف ما استقر عليه قضاؤها أمرت بعدم قبوله بقرار يثبت فى محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه... (م ٢٦٣ / ٢ مرفعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م).^١

وتحكم محكمة النقض فى الطعن بالنقض الاستثنائى بعدم قبول الطعن شكلاً أو بعدم جواز نظره فى حالة بطلان إجراءاته مثل بطلان صحيفة الطعن، أو عدم توافر أحد شروطه مثل عدم توافر المصلحة أو الصفة، أو عدم قابلية الحكم للطعن فيه، أو قيام الطعن على سبب لا يجوز الطعن بالنقض من أجله، أو كان الطعن عارياً من الدليل أو بنى على سبب غير منتج أو بسبب قبول الطاعن للحكم المطعون فيه، أو لعدم توقيع صحيفة الطعن من محامٍ بالنقض، أو فوات ميعاد الطعن أو لعدم توافر الأهلية القانونية، أو رفع الطعن ممن هو ممنوع من التقاضى

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٨٩، ص ٧٦٠-٧٦١. د. محمد على الكيك، رقابة محكمة النقض، ص ٢٥٦ هامش ١. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، م ٢٤٨، ص ١٧٠١.

كالخاضع للحراسة والمحكوم بإشهار إفلاسه، أو لعدم إيداع الكفالة كاملة خلال ميعاد الطعن، أو لعدم تقديم سند الوكالة إلى ما قبل حجز الطعن للحكم... وذلك سواء أصدر هذا الحكم في غرفة المشورة أم بعد جلسة نظر الطعن؛ لأن قرار محكمة النقض في غرفة المشورة بتحديد جلسة لنظر الطعن لا يمنع محكمة النقض من الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً، أو بعدم جواز نظره، أو برفضه متى توافر موجب لذلك، فهذا القرار يعنى فقط أن الطعن جدير بالنظر والعرض على المحكمة، ولا يعنى أن الطعن مقبول شكلاً أو أن إجراءاته صحيحة وسليمة.¹

وتحكم محكمة النقض في النقض الاستثنائي برفض الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صحيحاً سليماً خالياً من العيوب التي بنى عليها الطعن. أو أيضاً إذا كان منطوق الحكم صحيحاً وشاب أسبابه القانونية خطأ، فإنها ترفض الطعن وتستبدل السبب القانوني الخاطيء بسبب آخر (art. 620)، وكذلك إذا أصبح الطعن بالنقض غير ذي موضوع كوفاة الزوج في خصومة طلاق أو سحب الحكم المطعون فيه بالنقض من محكمة التماس إعادة النظر فيصبح الطعن بالنقض بلا محل. ويكون حكم النقض دون إحالة حيث لم يترك النقض شيئاً للفصل فيه.²

¹ د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٨٩، ص ٧٦٠-٧٦١. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٢. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١١٥٤ وما بعدها.

-Herve **Croze**; Le Procès Civil; P. 125.

² د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٣.

-Cass. Civ. 1^{Re}; 25 mai 1982; D. 1984; P. 273; Not. **Prieur**.

ويكون حكم النقض بالقبول أو بالرفض باتاً، ولا يجوز إعادة رفع طعن بالنقض ضد نفس الحكم المطعون فيه بالنقض سابقاً وصدر فيه حكم من محكمة النقض بالقبول أو بالرفض حتى لو قام الطعن الثانى على أسباب أخرى غير التى قام عليها الطعن الأول، فلا يجوز رفع طعن ثان بعد الفصل فى الطعن الأول، فلا طعن بعد الطعن؛ لأن ذلك قد يؤدى إلى صدور حكمين متعارضين أو متناقضين من محكمة النقض فى طعن على حكم واحد، واحتراماً لحجية الأمر المقضى التى يتمتع بها حكم محكمة النقض، ولاستقرار المراكز القانونية للخصوم.¹

ويترتب على الحكم فى الطعن بالنقض الاستثنائى بعدم قبوله شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه كأثر أصلى انقضاء خصومة النقض بأثر نسبي من حيث أشخاصه ومحلّه، ويصبح الحكم المطعون فيه باتاً لا يقبل المراجعة أو الطعن بأى طريق، حيث يستنفد بهذا طريق الطعن بالنقض وتستقر حجيتة نهائياً وتستنفد محكمة النقض ولايتها بشأنه، فأحكام محكمة النقض باتة لا يجوز الطعن عليها بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام حتى لو خالفت أحكاماً سابقة باعتبارها أعلى سلطة قضائية. وفى فرنسا لا يجوز الطعن فى أحكام محكمة النقض بأى طريق من طريق الطعن (art. 621 et 622) إلا فى حال تنافر وتنازع وتضارب الأحكام المنصوص عليها فى (art. 618) حتى لو كان أحد

¹ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٢٥، ص ٦٤٤ وما بعدها. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١١٥٦. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ١٢٧٧ وما بعدها.

الحكمين قد طعن فيه بالنقض من قبل وحكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن فيه.^١

ويتضمن الحكم برفض الطعن بالنقض الاستثنائي تأييداً للحكم المطعون فيه وإبقائه بشكل نهائي وتأكيد تنفيذه الذي تم، أما إذا لم يكن قد تم تنفيذه أو قد تم وقف تنفيذه فيصبح قابلاً للتنفيذ الجبري من يوم صدور حكم الرفض، فلم يعد يعيق تنفيذه أى عائق، ويختص قاضى التنفيذ بمنازعات تنفيذه. ولكن مما يؤسف له تنفيذ هذا الحكم بعد حكم النقض بالرفض رغم تناقضه مع حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى، وذلك لتبقى حالة التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية قائمة دون حل؟؟؟ إنها القوانين!!!^٢

^١ د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٠، ص ٤٣ وما بعدها.

-**Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N.1556; P.577.

-**Perrot**; Institutions Judiciaires; N. 217 ; P. 193 -194.

-Herve **Croze**; Le Procès Civil; P. 125.

-Cass. Soc. ; 16 juin 2004; D. inf. rap. ; 2411.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٣.

-J. Fossereau, J. Voulet; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 13.

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 64 ets.

ويرى بعض الفقهاء جواز رفع طعن جديد إذا حكم في الطعن بالنقض بعدم قبول الطعن شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه، بمعنى أنه يجوز للطاعن أن يقدم طعناً ثانياً فيه ليستدرك ما فاتته من إجراءات طالما أن ميعاد الطعن بالنقض مازال مفتوحاً ومتاحاً أمامه، بحيث يستطيع الطاعن تدارك مافاتته في الميعاد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وهذا الرأي ليس له محل تطبيق من الناحية العملية في مصر حيث أن ميعاد الطعن بالنقض الاستثنائي - ستون يوماً - يسرى من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه وليس من تاريخ إعلانه، ومحكمة النقض لا تنظر الطعن ولا تحدد جلسة لنظره إلا بعد مرور عدة سنوات نظراً لكثرة عدد الطعون أمامها.¹

كما يترتب على الحكم في الطعن بالنقض الاستثنائي بعدم قبول الطعن شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه كأثر تبعي إلزام الطاعن الخاسر بالمصاريف التي تطلبها رفع الطعن وسير خصومته والحكم فيها، وهي مجموع الرسوم والمصاريف القضائية الرسمية وأتعاب المحاماة... وتحكم المحكمة بالمصاريف بناءً على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها لأن التزام الخاسر بالمصاريف مصدره القانون (م ٢٧٠، ١٨٤ مرافعات - art. 700)، ويعفى من المصاريف من يعفى من الرسوم القضائية. وللمحكمة سلطة تقديرية بإلزام كل خاسر بجزء من

¹ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣٢٥، ص ٦٤٥. محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، بند ١٣٩٢، ص ١٠١٢. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٦٦، ص ٥٢٢.

المصاريف، ولا يلزم الخاسرون بالتضامن في المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين في أصل الحق. ولا تختص محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة موضوع بنظر المنازعة الموضوعية التي تثور بين المحامي الذي حضر أمامها وموكله بشأن أتعابه.^١

كما يترتب أيضاً على الحكم في الطعن بالنقض الاستثنائي بعدم قبول الطعن شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه كأثر تبعي مصادرة الكفالة كلها أو بعضها حسبما يظهر للمحكمة من جدية الطاعن ووجاهة طعنه، ولا تصدر الكفالة في حالة التنازل عن الطعن أو الصلح فيه أو ترك الخصومة، وتصدر كفالة واحدة عن كل مصلحة واحدة في الطعن، كما تصدر كفالة واحدة عن كل صحيفة طعن

^١ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣٢٨، ص ٦٤٧. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٣٧، ص ٤٩٨.

–André **Perdriau**; Les consequences pécuniaires s'attachant aux pourvois civils; J.C.P. 1997; éd. G. ; I; N.4014.

–Martine **Fabre**; La Cassation Sans Renvoi en matière civile; J.C.P. éd. G. 2001; doct. ; I; 347; N. 34; P. 1720.

–Cass. Civ. 2^e; 15 déc.2005; Bull. Civ.; II; N.326; P.287, Rév. Trim. dr. Civ. 2006 ; P. 158; Obs. R. **Perrot**.

–Cass. Com.; 6 Fév. 2001; J.C.P. 2001; éd. G. ; II; 10587; Not. **Perdriau**.

واحدة، ويعفى من الكفالة من يعفى من الرسوم القضائية؛ لأن الكفالة تأخذ حكم الرسوم القضائية.^١

هذا وقد فرض المشرع الفرنسى غرامة مدنية فى حدود ثلاثة آلاف يورو - عشرين ألف فرنك - على الطعن الكيدى التعسفى، وعليه نهيب بالمشرع المصرى إضافة فقرة جديدة لنص (م ٢٧٠/٣ مرافعات) تنص على أنه: " وإذا رأت المحكمة تعسفاً فى استعمال الحق فى الطعن بالنقض بقصد الكيد والعنت واللدن فى الخصومة من أحد الخصوم حكمت عليه بغرامة مدنية لاتقل عن عشرة آلاف جنيه " وذلك لمنع سيول الطعون الكيدية، وحفاظاً على وقت محكمة النقض باعتبارها محكمة عليا وحيدة، وقد فعل المشرع المصرى ذلك فى حال رفض التماس إعادة النظر (م ٢٤٦ مرافعات)، ورفض المخاصمة (م ١/٤٩٩ مرافعات)، وكذلك فعل المشرع الفرنسى فى (art. 628 -Décr. N° 2004-836 du 20 août 2004) حيث أجاز لمحكمة النقض الحكم بغرامة مدنية يمكن أن تصل إلى مبلغ ثلاثة آلاف يورو - عشرين ألف فرنك - عن الطعن الكيدى التعسفى، مع دفع تعويض للمطعون ضده.

^١ حامد فهمى، ود. محمدحامد فهمى، النقض، بند ٣٢٩ ومابعده، ص ٦٤٨ ومابعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٣. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٥٣٩ ومابعده، ص ٥٠٠ ومابعدها. د. إبراهيم أمين النفاوى، مسئولية الخصم، ص ٤٢٢. نقض مدنى ١٢/٣/١٩٩٥ م، طعن رقم ٩٦٤ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٦، ج ١، ق ٩٢، ص ٤٦٥.

ويترتب كذلك على الحكم فى الطعن بالنقض الاستثنائى بعدم قبول الطعن شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه كأثر تبعى الحكم بالتعويض عن الطعن الكيدى التعسفى التسويفى لإساءة استعمال حق التقاضى، بالإضافة إلى الغرامة المدنية والمصاريف (art. 581)، فيجوز لمحكمة النقض الحكم للمطعون ضده بناء على طلبه بالتعويض إذا قدرت المحكمة أن الطعن أريد به الكيد (م ٢٧٠ مرافعات - art. 628 et 629) ولا تكفى الخسارة وحدها للحكم بالتعويض، بل يجب على المطعون ضده إثبات قصد الطاعن الأضرار به والكيد والعنت واللد في الخصومة وهو أمر متروك للمحكمة^١.

وطلب التعويض يكون عن الضرر المادى والمعنوى، وإذا تعدد الطاعنون فى الطعن الكيدى التعسفى التسويفى كانوا متضامنين فى التعويض عملاً بحكم (م ١٦٩ مدنى). وللمطعون ضده رفع طلب التعويض عن الطعن الكيدى أمام

١ د.أحمد هدى، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١١، ص ٥٠ وما بعدها.

-Jacques **Boré**; cour de cassation; N. 287-288; P. 31-32 , N.313; P. 34.

-Lôic **Cadiet**; Droit Judiciaire ; N. 1977; P. 833.

-J. Fossereau, J. Voulet; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 12.

- **Guinchard**; Droit et Pratique; N.553.821,831et 841; P. 1180.

-Cass. Com.; 6 Fév. 2001; J.C.P. 2001; éd. G. ; II; 10587; Not.

Perdriau.

محكمة النقض كرخصة باختصاص إضافي أو أمام المحكمة المختصة أصلاً
بنظر طلب التعويض طبقاً للقواعد العامة. وبالرغم من أن تحديد مقدار التعويض
يترك لسلطة المحكمة إلا أن نص (art. 628) حدد مقدار التعويض بحدود
مقدار الغرامة بما لا يجاوز ثلاثة آلاف يورو بعد أن كانت عشرين ألف فرنك.^١

وإذا كان لا يترتب على الطعن بالنقض الاستثنائي لتعارض أو تنافر
الأحكام وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض ما لم يطلبه الطاعن في صحيفة
الطعن بالنقض (م ١/٢٥١ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م)،
وبالتالي فلا عجلة ولا رعونه من قبل طالب التنفيذ حتى يكون محلاً للمساءلة
القانونية في حال نقض الحكم المطعون فيه بالنقض السند التنفيذي الذي استند
عليه في التنفيذ الجبري قبل صدور حكم النقض، مالم يكن متعسفاً في استعمال
حقه في التنفيذ الجبري كحق إجرائي (م ٥ مدني، م ١٨٨ مرافعات، م ٢٣٥ /
أخيرة مرافعات).^٢

^١ الإشارة السابقة .

^٢ د. إبراهيم النفاوي، مسؤولية الخصم، ص ٤٢٧. د. حمدي عبدالمنعم، المرجع في شرح، ص
٢٠٨.

–**Guinchard**; Dalloz Action; N. 6357; P. 1299.

–Olivier Renard– **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de
cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 139.

–J. **Largier** et Ph. **Conte**; Procédure Civile; Droit Judiciaire ; P. 134.

٣٥- الحكم بقبول الطعن بالنقض الاستثنائي ونقض الحكم المطعون فيه:

قد يصدر الحكم فى الطعن بالنقض الاستثنائى لصالح الطاعن بقبول الطعن وإلغاء ونقض الحكم المطعون فيه، وتقضى به المحكمة إذا تحققت من وجود أحد العيوب التي يقوم عليها الطعن دون بحث بقية أسباب الطعن. ويترتب على نقض الحكم زواله واعتباره كأن لم يكن وزوال كافة آثاره ونتائجه، وزوال حجبيته، والحقوق التي أقرها أو منحها بجميع أجزائه وآثاره، وإلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة له المبنية عليه، وعدم الاعتداد بما تم من أعمال وإجراءات تنفيذه لزوال قوته التنفيذية وبالتالي لا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً، ويعود الخصوم إلى الحال التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض، وكذلك تعود الخصومة والخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدور الحكم المنقوض (art. 625)^١

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 456; P. 518.

^١ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٣٦ وما بعده، ص ٦٥٧ وما بعدها. د. فتحي والى، الوسيط، بند ٣٩٠، ص ٧٦١ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، آثار الغاء الأحكام، بند ٨٦-٨٧، ص ١٣٠-١٣١. د. محمد على الكيك، رقابة محكمة النقض، ص ٢٥٩. نقض مدنى ١٢/٢/٢٠٠٨ م، طعن رقم ١٧٤٩٩ لسنة ٧٥ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٨٣، ص ٢٦٧. نقض مدنى ٢٧/٦/٢٠٠٦ م، طعون أرقام ٨٠٢٣، ٨٠٠٥ لسنة ٧٤ ق؛ و ٥٨، ٩١٠ لسنة ٧٥ ق، مج، س ٥٧، ق ١٢٢، ص ٦٤٠.

نقض مدنى ١٠/٣/٢٠٠٥ م، طعن رقم ٢١٥٦ لسنة ٥٣ ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ٤٣، ص ٢٤٦.

وإذا بنى على الحكم المنقوض حكم آخر وجب نقضه أيضاً، فالنقض لا يتناول من الحكم إلا ما تناولته أسباب الطعن المقبولة، أما ما عدا ذلك منه فإنه يحوز قوة الأمر المقضى، فإذا كان الحكم لم ينقض إلا فى جزء منه بقى نافذا فيما يتعلق بالأجزاء الأخرى ما لم تكن مترتبة على الجزء المنقوض (م ٢٧١ مرافعات).^١

وتطبيقاً لمبدأ نسبية آثار الأحكام فإن الحكم الصادر من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لا يفيد إلا من طلب نقضه ولا يحتج به إلا فى مواجهة أطرافه ممن صح اختصامهم فى الطعن، وذلك ما لم يكن الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة، أو فى التزام بالتضامن أو الضمان، أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، أو كان هناك ارتباط ضرورى وتبعية حتمية فى

نقض مدنى ٢٥/١١/١٩٩١م، طعن رقم ٢٥٦٤ لسنة ٥٧ ق، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٦٦، ص ١٦٩١.

–**Cadiet**; Droit Judiciaire ; N.1983; P. 836.

–**J. Fossereau, J. Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 49 ets.

–**Olivier Renard– Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 97, 127 ets.

–**Herve Croze et Christian Morel**; Procédure Civile; Paris,1988;N. 356; P. 340.

–Cass. Civ. 2^e; 21 déc. 2006; J.C.P. 2007; éd. G. ; IV; 1206.

^١ الإشارة السابقة .

المراكز القانونية الماثلة أمام القضاء...، ففي تلك الحالات لا تتقضى محكمة النقض الحكم بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر بل تتقضه بالنسبة للجميع، فيمتد النقض إلى الجميع (art. 615 et 624).^١

وإذا كان الحكم متعدد الأجزاء وكان لكل جزء موضوع وسبب قائم بذاته ومستقل عن الأجزاء الأخرى، فيكون النقض جزئياً إذا تم توجيه الطعن إلى بعض أجزاء الحكم فقط دون البعض أو لأنه قد تم قبول بعض أسباب الطعن دون البعض من محكمة النقض أو رفع الطعن من كل أو بعض المحكوم عليهم دون البعض الآخر ولكن نقض بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر. وقد يطلب الطاعن في صحيفة الطعن نقض الحكم جزئياً أو نقضه كلياً وتقضى محكمة النقض بنقضه جزئياً وترفض إلغاء الأجزاء الأخرى.^٢

^١ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣٣٤-٣٣٥، ص ٦٥١ وما بعدها. د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٩٠، ص ٧٦١ وما بعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٣ هامش ٣ .

-J. **Fossereau**, J. **Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 50.

-**Croze et Morel**; Procédure Civile;N. 356; P. 340.

-Cass. Ass. Plén. ; 27 oct. 2006; J.C.P. 2007; éd. G. ; II; 10019; Not. **Leveneur**.

-Cass. Civ. 2^e; 13 Juill. 2006; Gaz.Pal. 1-2 Fév. 2008; P. 19; Not. **du Rusquec**.

والنقض الجزئي: هو الطعن بالنقض لإلغاء جزء أو أكثر من أجزاء الحكم المطعون فيه بناءً على طلب الطاعن المحكوم عليه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو النيابة العامة أو من النائب العام أو من تلقاء محكمة النقض نفسها. ويمكن الرجوع إلى صحيفة الطعن بالنقض أو إلى حكم النقض لمعرفة ما إذا كان الحكم المطعون فيه منقوضاً نقضاً جزئياً أم كلياً.¹

والطعن بالنقض الكلي قد يتحول إلى نقض جزئي، وقد يتحول الطعن بالنقض الجزئي إلى نقض كلي بطريق اللزوم من حيث الأشخاص، وذلك عندما يتعدد خصوم متحدين في المركز القانوني ويرفع الطعن من أحدهم فيمتد الطعن إلى الآخرين، وقد يحدث العكس بأن يتحول النقض الجزئي إلى نقض كلي بطريق

-Cass. Comm.; 15 oct. 2002; Gaz.Pal. 30 mars -1^{Re} avr. 2003; P. 26;
obs. du Rusquec.

¹ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٩٠، ص ٧٦١ وما بعدها. د. أحمد فتحى سرور، النقض الجنائي، بند ٢٦٨ وما بعده، ص ٥٣٢ وما بعدها. د. مصطفى كيره، النقض المدني، بند ٨٦٧، ص ٧٦٥. د.سيد أحمد محمود، النقض الجزئي، ص ٣١-٣٢؛ ص ٦١ هامش ٤. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، ص ٤٦٦.

-**Vincent et Guinchard**; Procédure civile; N. 1561; P. 944.

-**Guinchard**; Dalloz Action; N. 6360 - 6361; P. 1300.

-**Croze et Morel**; Procédure Civile; N. 356; P. 340.

-Cass. Civ. 2^e; 3 déc. 1997; J.C.P. 1998; éd. G.; IV; 1117.

-Cass.Civ. 3^e; 10 Janv. 1984; Gaz.Pal.1984; Pan.; P. 149; Obs.

Guinchard.

اللزوم من حيث الموضوع، وذلك عندما يكون القضاء فى الشق غير المطعون عليه مؤسساً على القضاء فى الشق المحكوم بنقضه.^١

وبعنى ذلك أن الطعن بالنقض الاستثنائى قد يوجه إلى الحكم المطعون فيه كله، أو إلى جزء منه فقط، وقد يوجه من أو ضد بعض الخصوم دون آخرين، ولذلك يكون نقض الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائى نقضاً كلياً أو نقضاً جزئياً حسب تعلق أسباب الطعن التى حُكِمَ بقبولها بالحكم كله أو بجزء منه فقط. فإذا انصب الطعن بالنقض على جزء من الحكم (النقض الجزئى) فإن هذا الجزء وحده هو الذى يلغى ويبقى باقى الحكم نافذاً بالنسبة لأجزائه الأخرى مالم تكن هذه الأجزاء مترتبة على الجزء الملغى (م ٢٧١ / ٢ مرافعات). بمعنى أنه إذا كان الحكم المطعون فيه لم ينقض إلا فى جزء منه فقط، فإنه يبقى نافذاً فيما يتعلق

^١ د.سيد أحمد محمود، النقض الجزئى، ص ٣١-٣٢؛ ص ٦١ هامش ٤. د. أحمد هندى، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٥، ص ٦٨ ومابعدها. د. محمد على الكيك، رقابة محكمة النقض، ص ٢٥٩.

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 105 ets.

-J.**Voulet**; L'etendue de la cassation en matiere civile; J.C.P. 1977; I; doct.; 2877; N. 2. , L'interpretation des arrêts de la cour de cassation; J.C.P.; éd. G. 1977;1 ; doct.; 2305; N. 30.

بالأجزاء الأخرى ما لم تكن مرتبطة ومرتتبة على الجزء المنقوض (art. 625).

١

ويعتقد بعض الفقهاء بأن الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تعارض أو تنافر أو تنازع الأحكام القضائية هو صورة من صور النقض الجزئي للأحكام، حيث تقوم محكمة النقض بنقض الحكم الثاني اللاحق المطعون فيه بالنقض (نقض جزئي) لصالح الحكم الأول السابق الحائز لقوة الأمر المقضى ويبقى الحكم الأول

^١ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣٣٨، ص ٦٦١. محمد وعبد الوهاب العشاوي، قواعد المرافعات، بند ١٣٨٩، ص ١٠١١. د. فتحي والي، الوسيط، بند ٣٩٠، ص ٧٦١ وما بعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٣-٨٢٤. د. محمد محمود إبراهيم، نظام الطعن بالتمييز، ص ٣٢٨ وما بعدها. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض، بند ٤٨٢، ص ٤٥٦.

نقض مدنى ١٢/١٢/١٩٩١م، طعن رقم ٧٠٠ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٨٨، ص ١٨٣٥.

-**Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N. 1558; P. 577.

-**Cadjet**; Droit Judiciaire ; N. 1984; P. 836.

-**Croze**; Le Procès Civil; P. 126.

-**J. Fossereau, J. Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 52.

السابق الحائز لقوة الأمر المقضى لينظم العلاقة بين الخصوم، وليس كليهما وإن كانت تملك ذلك.^١

وفى النقض الجزئي يقتصر إلغاء الحكم وزوال آثاره على الجزء القابل للانفصال المنقوض فقط، وتظل الأجزاء الأخرى قائمة صحيحة نافذة مالم تكن التجزئة غير ممكنة كحالات عدم التجزئة أو التبعية الحتمية الضرورية، فيتحول النقض الجزئي إلى نقض كلي، وقد يمتد نطاق النقض الجزئي إلى أجزاء أخرى أو إلى أشخاص آخرين.^٢

^١ د. وجدى راغب، ود. سيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، ط ١، مؤسسة دار الكتب بالكويت ١٩٩٤ م، ص ٥٤٤. د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي، ص ١١٩؛ أصول التقاضى، ص ٨٤١.

^٢ حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند ٣٣٦، ص ٦٥٧. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ١٩٨ ومابعده، ص ٤٣٨ ومابعدها؛ أصول المرافعات، بند ١١٤٤، ص ١٢٩٦. د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، ص ٣١-٣٢. أنور طلبية، الطعن بالنقض، ص ٨٤٣.

-**Vincent et Guinchard**; Procédure civile; N. 1561; P. 944.

-**Croze et Morel**; Procédure Civile; N. 356; P. 340.

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 105 ets. cassation; Juris. Class.

-Cass.Civ. 3^e; 10 Janv. 1984; Gaz.Pal.1984; Pan.; P. 149; obs.

Guinchard.

وُستنتج رابطة التبعية أو عدم التجزئة من وجود رابطة منطقية أو زمنية بين الأجزاء التي تم الفصل فيها كمسألة تابعة لأخرى أو كمقدمة ضرورية لها، وقد تقوم رابطة التبعية أو عدم التجزئة بين أجزاء الحكم الواحد أو بين أحكام متعددة، فنقض الجزء الرئيسى من الحكم كالحكم بالدين يؤدي إلى نقض الأجزاء التابعة كالحكم بالفوائد. وإذا اقتصر النقض الجزئي على بعض الخصوم دون البعض الآخر فإن نطاقه وآثاره تقتصر فقط على رفعه ومن رفع عليه، مالم يكن موضوع الجزء المنقوض غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو بالضمان، فيمتد نطاق النقض الجزئي وآثاره إلى البعض الآخر. كما يحدد مجال النقض الجزئي نطاق سلطة محكمة الإحالة وكذلك محكمة النقض عند نظر موضوع النقض الجزئي (art.623, 624 et 625).¹

كما يؤدي نقض الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائي من محكمة النقض إلى إلغاء جميع الأحكام التابعة له تبعية حتمية أيا كانت الجهة التي أصدرتها، وزوال كافة الأعمال والإجراءات والأحكام اللاحقة التالية للحكم المنقوض متى كان أساساً لها، وهي نتيجة ضرورية له ومبنية عليه، ويتم ذلك بقوة القانون كأثر لحكم محكمة النقض ودون حاجة إلى حكم آخر يقضي بذلك صراحة، سواء

¹ د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي، ص ٣١-٣٢. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٥، ص ٦٨ وما بعدها. د. محمد على الكيك، رقابة محكمة النقض، ص ٢٥٩.

-**Vincent et Guinchard**; Procédure civile; N. 1561; P. 944.

-**Croze et Morel**; Procédure Civile; N. 356; P. 340.

أصرح بذلك حكم النقض أم لا، وسواء أكانت هذه الإجراءات اللاحقة عبارة عن أحكام قضائية مبنية عليه أو إجراءات تنفيذية، فيزوال الحكم المنقوض تزول الأحكام التابعة له والمرتبطة به، وسواء أصدرت في ذات الدعوى أم في دعوى أخرى، وذلك مالم يتم قبولها أو التنازل عنها من الخصوم. (م ١/٢٧١ مرافعات - art. 625).^١

وإذا كان الشق الثاني من الحكم مترتباً على شقه الأول فإنه يترتب على إلغاء الشق الأول إلغاء الشق الثاني، كما إذا حكم بالملكية والريع كنتيجة للحكم بالملكية، أو حكم بإلغاء الحجز والتسليم، ونقض الحكم المطلوب تفسيره يترتب عليه

^١ محمد وعبد الوهاب العشموي، قواعد المرافعات، بند ١٣٩٠، ص ١٠١٢. د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند ٢٧١، ص ٥٣٦ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغول، آثار إلغاء الأحكام، بند ٨٩، ص ١٣٣. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي، بند ٢٣٢، ص ٢٥٣-٢٥٤.

نقض مدني ٢٠٠٥/٨/١م، طعن رقم ٦٦١، ٦٦٢ لسنة ٧٢ق، مج، س ٥٦، ج ١، ق ١٣٠، ص ٧٤٥. نقض مدني ١١/١٥ / ١٩٩٤م، طعن رقم ٢٨٣٩ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٥، ج ٢، ق ٢٦١، ص ١٣٨٠.

نقض مدني ١٩٩٣/٤/٢٩ م، طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ ق، مج، س ٤٤، ج ٢، ق ١٨٧، ص ٢٩٣.

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 120 ets. cassation; Juris. Class

-Cass. Civ. 3; 31 Oct. 2001; Gaz. Pal. 9-20 oct. 2002; P. 32; obs. Perdriau.

-Cass. Com. ; 11 Juin. 1991;Gaz.Pal. 1992; Pan.; P. 5.

إلغاء الحكم الصادر فى طلب التفسير، وإذا أُلغى الشق الأول من الحكم لصدوره على خلاف حكم آخر حاز قوة الأمر المقضى به فإن الشق الثانى المترتب عليه يتعين نقضه هو الآخر كأثر من آثار الشق الأول.^١

وأيضاً يؤدي نقض وإلغاء الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائى من محكمة النقض إلى زواله واعتباره كأن لم يكن، وزوال كافة آثاره، وإلغاء جميع إجراءات تنفيذه تنفيذاً جبرياً بأثر رجعى كالتكليف بالوفاء وإجراءات حجز التحفظى والتنفيذى وإجراءات نزع الملكية، ودفع مبالغ مالية... حتى لو كان فى مصلحة الطاعن نفسه؛ وذلك لأنه بنقض الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائى أصبح تنفيذ الحكم المنقوض تنفيذاً جبرياً على غير أساس - لإنعدام السند التنفيذى المبرر لإجرائه - وبلا سند تنفيذى، وبالتالي تصبح جميع إجراءات تنفيذه تنفيذاً جبرياً باطلة (م ٢٧١/١مرافعات -625 art.). ويكون حكم محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائى هو السند التنفيذى للتنفيذ الجبرى العكسى اللازم لإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التنفيذ، وذلك بأثر رجعى استناداً لقاعدة إلالتزام برد غير المستحق (م ١٨١ - ١٨٢ مدنى) بعد إعلانه بحكم النقض

^١ د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئى، ص ١٧٤ هامش ١.

نقض عمالى ٢٠١٣/١١/١٧ م، طعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٧١ ق، منشور بموقع محكمة النقض المصرية

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_C

Cass. Civ.2 ; 23 mai 1984; Gaz. Pal. 1984; Pan.; P. 293; ases.aspx

obs. S. Guinchard.

وإنذاره بالرد، ودون حاجة لإستصدار حكم جديد بالرد، بل ودون حاجة أيضاً إلى تصريح حكم النقض بالتنفيذ العكسي بإعادة الحال إلى ماكان عليه؛ لأن حكم النقض يشتمل على قضاء ضمنى بإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل صدور الحكم المنقوض، وبظل حكم النقض قائماً حتى يحل محله حكم محكمة الإحالة ويصبح هو السند التنفيذي.¹

إلا أن ذلك مرهون باختصاص جميع أطراف الخصومة أمام محكمة النقض ولصاحب المصلحة الحق فى القيام باتخاذ مقدمات وإجراءات التنفيذ الجبرى العكسى وفقاً للقواعد العامة فى التنفيذ الجبرى، حيث ينفذ نفاذاً عادياً وليس نفاذاً معجلاً لأنه حكم نهائى وبات، فلا يُشمل بالنفاذ المعجل. وليس لمن نقض الحكم

¹ حامد فهمى، ود. محمدحامد فهمى، النقض، بند ٣٤٥ ومابعده، ص ٦٧٠ ومابعدها. محمد وعبدالوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، بند ١٣٩٠، ص ١٠١٢. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند ٣٣ ومابعده، ص ٤٧ ومابعدها. د. عزمى عبدالفتاح عطية، نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس ١٩٧٨ م، ص ٣٠ ومابعدها. د. أحمد هندى، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٧، ص ٩٧ ومابعدها. د. أسامة أحمد شوقى المليجى، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبرى، بند ٩١، ص ١١٦-١١٧.

-J. **Fossereau, J. Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 56 ets.

-Cass. Civ. 31 oct. 2001; Gaz. Pal. 12- 14 Janv. 2003; P. 32; obs.

Perdriau.

-Cass. Soc. ; 3 juill. 2001; J.C.P. 2002; éd. G. ; II; 10076; Not.

Perdriau.

المنقوض لصالحه حق فى التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة قيام طالب التنفيذ بتنفيذ الحكم المنقوض قبل صدور حكم محكمة النقض إلا على أساس الإثراء بلا سبب إن كان لها وجه وبشروطها؛ لأنه يجوز طبقاً للقواعد العامة فى التنفيذ الجبرى تنفيذ الأحكام القابلة للطعن بالنقض، وبالتالي لا ينسب الخطأ لطالب التنفيذ بتطبيق القانون حتى يكون محلاً للمساءلة القانونية، وذلك مالم يكن متعسفاً فى استعمال الحق فى التنفيذ الجبرى.^١

ويختص قاضى التنفيذ بجميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقئية أيا كانت قيمتها، فلا نعود لمحكمة النقض ولا نذهب لمحكمة الإحالة، وكذلك يختص

^١ د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٨ م، بند ٨٩، ص ١١٧. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند ٣٣ ومابعده، ص ٤٧ ومابعدها. د. أسامة أحمد شوقى المليجى، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبرى، بند ٩١، ص ١١٦-١١٧.

نقض مدنى ٢٢/٤/٢٠٠٣ م، طعن رقم ٢٩١١ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٤، ج ١، ق ١٢٣، ص ٧٢٢.

-J. Fossereau, J.Voulet; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 56 ets. cassation; Juris

-Olivier Renard- Payen; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 141.

بها قاضى التنفيذ فى فرنسا (م ٢٧٥ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م - art. 811).^١

٣٦- مصير القضية المنقوضة بعد نقض الحكم المطعون فيه بالنقض
الاستثنائى:

إذا كان الأصل هو أن يكون مع النقض إحالة لموضوع القضية المنقوضة لمحكمة الإحالة التى أصدرت الحكم المطعون فيه للفصل فيها من جديد بحكم جديد من هيئة أخرى جديدة، فهناك بعض الحالات التى يتم فيها نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة للقضية المنقوضة إلى محكمة الإحالة أو تصدى محكمة النقض للفصل فيها، فيكون من غير المنطقى إحالة القضية المنقوضة والخصوم إلى محكمة الإحالة أو حتى التصدى من محكمة النقض للفصل فى الموضوع، إذ لم يبقَ شئ فى الموضوع بعد النقض يستحق الفصل فيه بعد أن حقق حكم النقض غايته وهدفه كاملاً بمجرد النطق به، فيقف الأمر عند حد النقض دون إحالة أو تصدى.^٢

^١ د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ١٧، ص ٩٧ وما بعدها. د. أسامة أحمد شوقى المليجى، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبرى، بند ٩١، ص ١١٦-١١٧.

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 141.

^٢ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص ٨٢٥. د. أحمد مليجى، تصدى محكمة النقض، ص ٣٤٧-٣٤٨. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٥، ص ٢٠٢ وما بعدها.

ففي حالات معينة ينهى الحكم المنقوض الصادر من محكمة النقض في الطعن بالنقض الخصومة المنقوضة ويضع نهاية لها بدون إحالة إلى محكمة الإحالة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فيترتب على نقض الحكم حسم النزاع بصفة نهائية بحيث لم يبقَ بعد النقض شيئاً يستحق الفصل فيه، لا من محكمة النقض، ولا من محكمة الإحالة، أي تقف محكمة النقض عند حد النقض دون إحالة إلى محكمة الإحالة، كما لا يوجد تصدى من محكمة النقض للفصل في موضوع القضية المنقوضة بعد حكم محكمة النقض. ويتحقق ذلك عندما يكون قضاء محكمة النقض في المسألة القانونية حاسماً للنزاع بحيث لا يتبقى بعد الفصل فيها مسائل قانونية أخرى أو مسائل تتعلق بالوقائع تحتاج للفصل فيها. ومن أمثلة تلك الحالات: صدور الحكم المنقوض مخالفاً لحكم سابق حائز قوة الأمر المقضى إذ تقضى محكمة النقض بنقض الحكم وعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها، أو

-**Perrot**; Institutions Judiciaires; N. 221; P. 198.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 456; P. 518.

-A. **Perdriau**; aspects actuels de la cassation sans renvoi; J.C.P. 1985; éd. G. ; doct.; 3180; N. 14 ets. N. 52.

-Cass. Ass. Plén. ; 26 oct. 2001; Rév. Trim. dr. Civ. 2002; P. 148; obs. **Perrot**.

-Cass. Civ.1^{re} ; 23 Juin 1982; J.C.P. 1982; éd. G. ; IV; P. 313.

-Cass.Soc.; 14 oct. 1981; J.C.P. 1982; éd. G. ; IV; P. 3.

كان يقضى الحكم المنقوض بعدم سقوط الحق ورأت محكمة النقض سقوطه، أو أن يقضى الحكم المنقوض خطأ بقبول استئناف رفع بعد الميعاد...¹

بمعنى أن القضية المنقوضة تتقضي بصدور الحكم المنقوض عند عدم وجود مجال أو محل لنظر موضوع القضية المنقوضة بعد حكم النقض بنقض الحكم المطعون فيه، كما لو نقض الحكم لصدوره في دعوى خارج الحدود العامة للولاية القضائية كأعمال السيادة، أو لأن الاستئناف غير مقبول شكلاً أو كان الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، أو صدر الحكم المطعون فيه بالمخالفة لقواعد الاختصاص، أو كان سبب الطعن هو التعارض أو التناقض أو التنازع بين حكيمين، فنقوم المحكمة بنقض الحكم الثانى اللاحق لمخالفته لحجية الأمر المقضى للحكم الأول السابق؛ لأن قوة الأمر المقضى التى يتمتع بها الحكم الأول السابق تعتبر مانعة من بقاء شىء فى موضوع القضية المنقوضة يمكن الفصل فيه... وفى تلك الحالات - يضع حكم محكمة النقض - بنقض الحكم المطعون فيه حداً ونهاية للخصومة المنقوضة المعروضة أمام محكمة النقض دون حاجة لإجراء آخر، أى بلا إحالة وبلا تصدى (art. 627, N.C.P.C.F. et

¹ د. أحمد مليجى، تصدى محكمة النقض، ص ٣٤٧ - ٣٤٨. د. أحمد هندى، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٥، ص ٢٠٢ وما بعدها. د. الأنصارى حسن النيدانى، النظام القانونى للخصومة، بند ٥ وما بعده، ص ١٢ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م ٢٦٩، ص ١٩٩٠.

art. L.131-5, C.O.J.F. est devenu l'art. L.411-3, du même
(13) .code Par l'ord. N° 2006 - 673 du 8 juin 2006, art. 13)

وفى الطعن بالنقض الاستثنائى لتعارض وتناقض الأحكام القضائية تقضى
محكمة النقض بنقض الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه المخالف لحجية الأمر
المقضى، ويبقى الحكم الأول السابق قائماً منتجاً لجميع آثاره القانونية وحائزاً لقوة
الأمر المقضى، ويكون النقض دون إحالة ودون تصدى؛ وذلك لأن الحكم الثانى
اللاحق المطعون فيه بالنقض الاستثنائى ما كان يجب صدوره أصلاً من محكمة
الموضوع لسبق الفصل فى النزاع بحكم يحوز قوة الأمر المقضى، وبالتالي ليس

–**Croze, Morel et Fradin**; Procédure Civile; N.1185; P.355.¹

–**Fabre**; La Cassation Sans renvoi; J.C.P. 2001; éd. G. ; doct.; I ; 347;
N. 21; P.1719.

–**Luxembourg**; Cassation Sans renvoi; D. 2006; Chron.; P.
2359.

–**Perdriau**; Cassation Sans renvoi; J.C.P.1985; éd. G. ; I; 3180.
, J.C.P. 2001; éd. G. ; I; 334.

–Cass. Soc.; 18 juill 2001; Gaz. Pal. 9 – 10 oct. 2002; P. 34;
obs. **Perdriau**.

هناك محل لصدور حكم جديد فى موضوعه، وبنقض الحكم الثانى لم يعد قائماً سوى الحكم الأول فقط، ويصبح هو الأساس القانونى لتنظيم العلاقة بين الخصوم^١.

وتقضى محكمة النقض بعد نقض الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض الاستثنائى المخالف لحجية الحكم الأول السابق بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها، والتقدير بأن المعول عليه فى العلاقة بين الخصوم هو الحكم الأول السابق؛ وذلك لأن قوة الأمر المقضى التى يتمتع بها الحكم الأول السابق المعول عليه فى العلاقة بين الخصوم تعتبر مانعة من بقاء شىء فى موضوع القضية المنقوضة يمكن الفصل فيه. ولذلك لا تمتد سلطة محكمة النقض إلى الحكم الأول السابق الحائز لقوة الأمر المقضى حتى لو خالف القانون، أو أخطأ فى تطبيقه أو تأويله، أو وقع باطلاً أو بنى على إجراء باطل طالما أنه قد صدر من جهة قضاء لها ولاية إصداره؛ لأن قوة الأمر المقضى التى يتمتع بها الحكم الأول تعلق على كل الإعتبارات بما فيها اعتبارات النظام العام^٢.

^١ د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند ١٠٣، ص ١٥٥ هامش ١. د. أحمد خليل، التعارض، ص ١٦٥ ومابعدھا. د. مصطفى كيره، النقض المدنى، ص ٧٩٠. محمد وليد الجارى، النقض المدنى، ص ٨١٤.

^٢ نقض مدنى ١٩٨٩ / ٢/٧ م، طعن رقم ١٣٧ لسنة ٥٥ق، مج، س ٤٠، ج ١، ق ٧٧، ص ٤١٢.

نقض مدنى ١٩٦٣ / ٣/٧ م، طعن رقم ١٦ لسنة ٢٨ ق، مج، س ١٤، ج ١، ق ٤٣، ص ٢٨٨.

وفى فرنسا تقوم محكمة النقض الفرنسية فى حالة التنازع أو التناقض بين حكمين بنقض الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه فقط لصالح الحكم الأول السابق لمخالفته لحكم سابق حاز قوة الأمر المقضى، ويكون النقض دون إحالة ويبقى الحكم الأول لتنظيم العلاقة بين الخصوم (art. 617)، وبذلك يضع حكم محكمة النقض - بنقض الحكم المطعون فيه - حداً ونهاية للخصومة المعروضة أمام محكمة النقض دون حاجة لإجراء آخر. بمعنى أنه يكون لمحكمة النقض إلغاء ونقض الحكم الثانى المطعون فيه دون إحالة Cassation sans renvoi، والقضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، ويبقى الحكم الأول قائماً مرتباً لآثاره حائزاً قوة الأمر المقضى منظماً للعلاقة بين الخصوم؛ لأنه ما كان يجب صدور الحكم الثانى لسبق الفصل فى النزاع بالحكم الأول السابق، ويجب على محكمة النقض نقض الحكم الثانى اللاحق بدون إحالته إلى محكمة الموضوع؛ لأن خصومة الطعن بالنقض الاستثنائى لم يعد فيها ما يقتضى الفصل فيه (art. 627 al. 1).¹

نقض مدنى ١٩٣٥/٥/٢ م، مجلة القانون والإقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س ٥، ق ٥٧، ص ٢١٠.

-Y. Capron; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte de . juridique; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc.783; N. 28 ets

-Vincent et Guinchard; Procédure civile; N. 1570; P. 950.¹

- Guinchard et Ferrand; Procédure Civile; N. 1860; P. 1302-1303.

في حين أنه في حالة التنافر بين حكمين يُطعن في الحكمين معاً بالنقض الاستثنائي، وتقوم محكمة النقض الفرنسية في هذه الحالة بنقض أحد الحكمين: الحكم الأول أو الحكم الثاني أو بنقض الحكمين معاً إذا رأت ذلك في حالة تنافر الأحكام القضائية (art. 618). بمعنى أنه يكون لمحكمة النقض سلطة تقديرية في اختيار الحل الملائم إما بمحاولة التقريب بين الحكمين المتنافرين، وإما بإلغاء ونقض أحد الحكمين دون الآخر بلا إحالة (نقض دون إحالة) Cassation sans renvoi ليظل الحكم الآخر قائماً مرتباً لآثاره حائزاً قوة الأمر المقضي نظماً للعلاقة بين الخصوم، وإما أن تقضى محكمة النقض بنقض الحكمين معاً وإحالة القضية (نقض مع إحالة) Cassation avec renvoi لمحكمة إحالة واحدة تحدها، وذلك بهدف حسم النزاع في مجمل القضية بحكم واحد جديد من حيث الواقع والقانون en fait et en droit بعد أن نقضت محكمة النقض الحكمين معاً، وذلك لتجنب ظهور التنافر بين تلك الأحكام مرة ثانية من جديد.¹

–Emmanuel **Blanc** et Jean **Viatte**; Nouveau Code de Procédure Civile; Commenté dans L'ordre des articles; Paris; 1991; art. 617; P. 3761.

–Gérard **Couchez**, Jean–Pierre **Langlade** et Daniel **Lebeau**; Procédure Dalloz ; 1998 ; N. 1544 ; P. 573. civile ;

–Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; N. 75.09 ets ;¹

–Serge **Guinchard**; Droit et Pratique de la Procédure P. 397 ets.
P. 1159– 1160. civile; 2004; N. 553.482;

وإذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفته قواعد الاختصاص الوظيفي أو النوعي أو المحلي فتقتصر محكمة النقض على الفصل في مسألة الاختصاص دون إحالة، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعى إليها بإجراءات جديدة. (م ١/٢٦٩ مرافعات)؛ لأن سبب هذا الطعن هو مخالفة الحكم المطعون فيه بالنقض لقواعد الاختصاص؛ حيث يجب على كل محكمة التأكد من توافر شروط اختصاصها وإلا حكمت بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.^١

–Y. **Capron**; Cas d’ouverture. Contrariété de jugements, perte de Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 783; N. 50 ets. juridique; Jur.

–Cass. Com.; 18 juin 2013; Rév. Trim. dr. Civ. 2013; P. 668; Not. Roger **Perrot**.

–Cass.Com. ; 17 Nov. 2009 ; Procédures 2010; Com.; 19 ; obs.

Roland.

–Cass. Civ. 2^e ; 14 oct. 2004; Bull. Civ. 2004; II; N. 456; P. 387.

–Cass. Civ. 2^e ; 22 janv. 2004; D. 2004; somm.; 1202; Obs. **Julien**.

–Cass. Civ. 2^e ; 11 déc 2003; Bull.civ. 2003; II; N. 377; P. 310.

–Cass. Civ. 1^{re} ; 3 oct. 2000; Rév.Crit .dr. inter. Privé. 2001; P. 519;

Obs. **B.A.**

–Cass. Civ. 1^{re} ; 13 oct. 1998; Bull. Civ. 1998 ; I ; N. 292; P. 202.

^١ نقض عمالي ١٢/١٠/٢٠٠٦م، طعن رقم ٩٢٥٠ لسنة ٧٥ ق، مج، س ٥٧، ق ١٣١، ص

٧٠١.

وبعد نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص لا يجوز لمحكمة النقض التصدي للفصل في الموضوع إذا كان صالحاً للفصل فيه؛ لأن التصدي في تلك الحالة لا يتفق مع المفهوم الصحيح لتصدي محكمة النقض للموضوع، كما لا يتصور تصدي محكمة النقض لدعوى لم تنتظر بعد من محكمة الموضوع المختصة واستندت ولايتها بشأنها. وحكم النقض بتعيين المحكمة المختصة لا يعتبر إحالة إليها، كما أنه لا يحرك الدعوى أمامها، ولكن يجب على

نقض مدني ٢٦/١١/٢٠٠٥م، طعن رقم ٣٦١ لسنة ٦٥ق، مج، س٥٦، ج ١، ق ١٤٣، ص ٨١٤.

نقض مدني ٢٥/٩/٢٠٠٥م، طعن رقم ٤٧٣٧ لسنة ٧٢ق، مج، س٥٦، ج ١، ق ١٣٦، ص ٧٨٠.

نقض مدني ٢٨/١/١٩٩٦م، طعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ٤٩، ص ٢٣٣.

نقض مدني ٥/٦/١٩٩٥م، طعن رقم ٦٥١ لسنة ٦١ ق، مج، س ٤٦، ج ٢، ق ١٦٤، ص ٨٣٥.

-André **Perdriau**; Le Contrôle de la cour de cassation en matière de référé; J.C.P. 1985; éd. G. ; doct. ; 3365 ; N. 43 et 44.

-**Croze et Morel**; Procédure Civile ; N. 357; P. 340.

الخصم صاحب المصلحة القيام بإجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بحكم النقض إذا كان هناك وجه لنظر الموضوع بعد نقض الحكم المطعون فيه.^١

ولأن محكمة النقض لا تعد درجة الثالثة من درجات التقاضى بل هى محكمة قانون وليست محكمة موضوع، فإنه يتعين على محكمة النقض بمجرد نقضها للحكم المطعون فيه أن تقرر إحالة خصومة الحكم المنقوض إلى محكمة الإحالة، وقرار محكمة النقض بالإحالة ليس حكماً بل عملاً من أعمال الإدارة القضائية، فيجوز للمحكمة العدول عنه أو سحبه أو تعديله فى أى وقت، وذلك لتحكم فيها من جديد فى الواقع والقانون بعد تعجيلها من الركود ليتابع الخصوم السير فى الخصومة الأصلية أمام محكمة الإحالة، وذلك بإيداع أحد الخصوم صاحب المصلحة صحيفة التعجيل قلم كتاب محكمة الإحالة وإعلانها لخصمه بعد تحديد ميعاد جلسة لنظرها بواسطة قلم الكتاب وتكليف الخصم الآخر بالحضور إليها.^٢

^١ حامد فهمى، ود. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٥٧، ص ٦٨٧ وما بعدها. محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، بند ١٣٨٩، ص ١٠١٠. د. أحمد مليجى موسى، تصدى محكمة النقض، ص ٣٤٣ وما بعدها.

^٢ د. أحمد فتحى سرور، النقض الجنائى، بند ٢٨٠، ص ٥٥٠. د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ٢٣١-٢٣٢، ص ٤٨٩ وما بعدها. د. أحمد خليل، التقاضى على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات، ص ١٢١ وما بعدها. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٠، ص ١٤٣ وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئى، ص ١٤٥ وما بعدها. د. الانصارى حسن النيدانى، النظام القانونى للخصومة، بند ٥١، ص ٨٤-٨٥؛ بند ١٦٠، ص

وفى فرنسا يتم التعجيل بتقريرفى قلم كتاب المحكمة متضمناً بيانات صحيفة الدعوى خلال أربعة أشهر من تاريخ إعلان حكم النقض مرفقاً به صورة حكم النقض (art. 1032 à 1037). وتسقط الخصومة أمام محكمة الإحالة بقوة القانون إذا لم تعجل خلال ستة أشهرفى مصر (م ١٣٤ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م)، وخلال سنتين فى فرنسا من تاريخ حكم النقض (art. 386).^١

٢٤٦ ومابعدها. نقض مدنى ٢٨/٩/٢٠٠٩ م، طعن رقم ١٧٣٠ لسنة ٦٦ ق، مستحدث الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير٢٠٠٣- ديسمبر٢٠١٢ م، ق٢٦١، ص ٢٥٠. نقض مدنى ١٧/١/١٩٩١ م، طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٥ ق، مج، س٤٢، ج٢، ق٢٢٤، ص ١٤٥١.

- **Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 457; P. 519-520.^١
- **Guinchard**; Droit et Pratique; N.553.760 ets.; P. 1173 ets. , Dalloz 6366 ets; P. 1302. Action; N.
- **Croze, Morel et Fradin**; Procédure Civile; N. 1186 ets.; P. 355 ets.
- Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 158, 188, cassation; Juris. 197 ets.
- Cass. Civ. 2; 3 avr. 2003; Rév. Huiss. 2003; P. 298; obs. **Vinckel**.
- Cass. Civ. 2; 16 mars. 2000; Rév. Trim. dr. Civ. 2000; P. 402; obs. **Perrot**.
- Cass. Civ.3; 8 avril 1987; Gaz. Pal. 1987; Pan.; P. 149.
- Toulouse ; 5 Nov. 1984; Gaz. Pal. 1985; Somm.; P. 101.
- Cass. Soc.; 14 oct. 1982; Gaz. Pal. 1983; Pan.; P. 39; Not. S.G.

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض بأنه : "... إذ نقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف وأحالت القضية إلى المحكمة التي أصدرته، فإنه يتحتم على المحكمة الأخيرة أن تتبع الحكم الناقض في المسألة القانونية التي فصل فيها، والمقصود بالمسألة القانونية في هذا المجال هو الواقعة التي تكون قد طرحت على محكمة النقض وأدلت برأيها فيها عن قصد وبصيرة فيحوز حكمها - في هذا الخصوص - حجية الشيء المحكوم فيه في حدود ما تكون قد بنت فيه بحيث يتمتع على المحكمة المحال إليها عند إعادة نظرها الدعوى أن تمس هذه الحجية ويتعين عليها أن تقصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق ما أشار إليه الحكم الناقض".^١

ومحكمة الإحالة في مصر هي نفسها المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض سواء كانت محكمة ثاني أو أول درجة. فإذا كان الحكم المطعون فيه بالنقض صادراً من محكمة أول درجة فتكون محكمة الإحالة هي محكمة أول درجة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض، أما إذا كان الحكم

-Cass. Soc.; 10 déc. 1981; J.C.P. 1981; éd. G.; IV; P. 76.

^١ نقض تجارى ٢٠١٤/٢/١٣ م، طعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ ق. منشور على موقع محكمة النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

نقض مدنى ١٩٩١/٧/١٧ م، طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٥ ق، مج، س ٤٢، ج ٢، ق ٢٢٤، ص ١٤٥١.

المطعون فيه بالنقض صادراً من محكمة الدرجة الثانية فتكون محكمة الإحالة هي محكمة الدرجة الثانية التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض مالم تستتفد محكمة الدرجة الأولى سلطتها في نظر الموضوع فإنه يتعين على محكمة النقض إحالة القضية المنقوضة إلى محكمة أول درجة مباشرة. ويجب ألا يكون من بين أعضاء المحكمة التي أحيلت إليها القضية أحد القضاة الذين أشتروا في إصدار الحكم المطعون فيه.¹

بينما في فرنسا محكمة الإحالة هي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض بقضاة آخرين أو محكمة أخرى من نفس طبقتها ودرجتها، وتتعقد محكمة الإحالة أيا كانت في جلسات خاصة بتشكيل خاص وتتكون من خمسة قضاة ينتمون إلى دائرتين مختلفتين تتبعان نفس المحكمة ويرأسها رئيس المحكمة الأول مالم يوجد مانع قانوني يحول دون رئاسته لتلك الدائرة، وإلا كان حكمها باطلاً. (art. 626, N.C.P.C.F. et art. L.131- 4, C.O.J.F. est -
devenu l'art. L.431- 4, du même code Par l'ord. N° 2006 -
673 du 8 juin 2006, art.13

¹ د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي، ص ٢٢٤ وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، النظام القانوني للخصومة، بند ٥٥، ص ٩١.
نقض مدني ٢٧/٤/٢٠٠٤ م، طعن رقم ٢٨١٤ لسنة ٦٤ق، مج، س ٥٥، ج ١، ق ٨٤، ص ٤٦٠.

² -Luxembourg; Cassation Sans renvoi; D. 2006; Chron.; P. 2359.

هذا ويترتب على نقض الحكم زواله وعودة الخصومة والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض - سواء أصرح حكم النقض بذلك أم لا - وأن ماصدر من أحكام وما اتخذ من إجراءات قبل صدور الحكم المنقوض يبقى صحيحاً منتجاً كافة آثاره القانونية طالما لم يشملته حكم النقض. أى يعود الخصوم والخصومة إلى محكمة الإحالة بالحالة الأولى التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض، ويكون لهم نفس مراكزهم القانونية وسلطاتهم، ولكن في حدود الشق الخاص بالمسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة النقض.¹

-**Fabre**; Cassation Sans renvoi; J.C.P. 2001; éd. G. ; I ; 347.

-**Perdriau**; Cassation Sans renvoi; J.C.P. 1985; éd. G. ; I ; 3180. ,
éd. G. ; I ; 334. J.C.P. 2001;

¹ د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند ١٨، ص ٣٨ وما بعدها؛ بند ٢٨١، ص ٥٥٢. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند ٢٣١-٢٣٢، ص ٤٨٩ وما بعدها. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٠، ص ١٤٣ وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي، ص ١٤٥.

نقض مدني ٢٠٠٤/١/١٣ م، طعون أرقام ١٨٩، ١٩١ لسنة ٧١ ق، و٥٦٦ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٥، ج١، ق ٨٦، ص ٤٧١.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 457; P. 519-520.

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 158, 188, 197
ets.

ويعنى ذلك أن الخصومة المنقوضة تتحدد أمام محكمة الإحالة بأطراف الحكم المنقوض وبالواقعة التي فصل فيها الحكم المنقوض، أى أن نطاق الخصومة يقتصر أمام محكمة الإحالة على الجزء المنقوض من الحكم دون باقى الأجزاء الأخرى، فلا تعود القضية في حالة النقض الجزئي إلا في حدود الجزء محل النقض فقط، فلا يجوز أن تعيد النظر فيما لم ينقض من الحكم المطعون فيه وحاز قوة الأمر المقضى ما لم يترتب على النقض طرح الموضوع بأكمله. وإذا لم تعجل الخصومة أمام محكمة الإحالة خلال ستة أشهر من صدور حكم النقض سقطت الخصومة إذا كان ذلك راجعا لإهمال المدعي (م ١٣٤ مرافعات)، وإلا انقضت الخصومة بمضى سنتين من صدور حكم النقض (م ١٤٠ / ١ مرافعات)^١.

وفى مصر يجب على محكمة الإحالة الفصل في القضية المنقوضة من جديد بهيئة جديدة متبعة حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التي فصلت فيها المحكمة، بشرط عدم جواز إضرار الطاعن بطعنه؛ لأنه لا يسوغ أن ينقلب طعن المرء وبالأعلى عليه؛ وذلك لأن حكم محكمة النقض يحوز حجية الأمر المقضى، فلا يجوز لمحكمة الإحالة المساس بها. ويجب ألا يكون من بين أعضاء المحكمة التي أحييت إليها القضية أحد القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المطعون فيه (م ٢٦٩ / ٢، ٣ مرافعات)، لعدم صلاحيته المطلقة لنظر الدعوى وإن لم يرده أحد الخصوم (م ١٤٦ / ٥ مرافعات). والحكم الصادر من محكمة الإحالة يحل محل

^١ الإشارة السابقة.

حكم النقض بالنقض والإحالة، ويقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً في الأحكام الصادرة من محكمة الإحالة التي أصدرته.¹

أما في فرنسا فلا تلتزم محكمة الإحالة بحكم محكمة النقض في المسائل القانونية إلا إذا كان صادراً من الجمعية المكتملة أو المجلس الكامل لمحكمة النقض (جمعية ممثلى الدوائر) سواء أكان صادراً في طعن للمرة الأولى أم للمرة الثانية في حكم محكمة الإحالة , 4 - 131 art. , N.C.P.C.F. et art. 626) الثانية (C.O.J.F. est devenu l'art. L.431 - 4, du même code Par) 13 art. , 2006 - 673 du 8 juin 2006, l'ord. N° 2006 - 673 du 8 juin 2006, art. 13) وعدم التزام محكمة الإحالة في فرنسا بالمبدأ القانونى الذى قرره محكمة النقض الفرنسية يضعف ويقال من أداء وظيفة محكمة النقض الفرنسية فى ضمان حسن تطبيق المحاكم للقانون. وحسناً ما فعله المشرع المصرى بإلزام محكمة الإحالة بالمبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية.²

¹ د. نبيل عمر، الوسيط فى الطعن بالنقض، بند ٢٣١-٢٣٢، ص ٤٨٩ ومابعدها. د. أحمد هندی، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٠، ص ١٤٣ ومابعدها. د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئى، ص ١٤٥ ومابعدها. نقض مدنى ٢٢/١/٢٠٠٨ م، الطعانان رقما ٥٥٦،٣٥٨٢ لسنة ٧٥ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٨٦، ص ٢٦٨-٢٦٩.

² -**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 457; P. 519-520.

-**Couchez, Langlade et Lebeau**; Procédure civile; N. 1562; P. 578.

ومن أجل التيسير على المتقاضين والإقتصاد في الوقت والنفقات وسرعة الإجراءات والتعجيل بالبت في النزاع وحتى لا تكون إحالة القضية المنقوضة لمحكمة الإحالة مضيعة للوقت والمال دون جدوى، فإنه إذا حكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، فيجب على محكمة النقض أياً كان سبب النقض التصدى للفصل في موضوع الخصومة المنقوضة، وذلك إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، أو كان الطعن بالنقض للمرة الثانية (م ٢٦٩ / ٤ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م).

وإذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه ولو في شق منه فقط بعد حكم محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، سواء أكان الطعن بالنقض للمرة الأولى أم للمرة الثانية، وسواء أكان النقض كلياً أم جزئياً، فيجب على محكمة النقض المصرية التصدى للفصل في موضوع الدعوى الصالح للفصل فيه فقط - وتحيل الشق الآخر غير الصالح للفصل فيه لمحكمة الإحالة - والذي سبق عرضه والفصل فيه من محكمة الموضوع على أساس تطبيق المبدأ الذي قرره علي وقائع القضية كما قررتها محكمة الموضوع (م ٢٦٩ / ٤ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م). ويكون الموضوع صالحاً للفصل فيه إذا كانت الدعوى مكتملة بأوراقها ومستنداتها وتهيأت للفصل في موضوعها بإبداء الخصوم كل

-Olivier Renard- **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour de
Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 158, 188, cassation; Juris.
197 ets.

مالديهم من أقوال وطلبات ودفاع ودفوع، ويمكن تصفيته وحسمه دون اتخاذ أى إجراء جديد من إجراءات الفحص أو التحقيق أى دون التطرق إلى عناصره الواقعية...^١

وعند تصدى محكمة النقض للفصل فى الموضوع لصلاحيته للفصل فيه يمتنع عليها قبول طلبات أو مذكرات أو دفوع أو أوجه دفاع أو إجراء تحقیقات جديدة، كما أنه ليس للخصوم إضافة عناصر أو طلبات أو دفوع أو أوجه دفاع جديدة تتعلق بالموضوع، أى يتم تصفية النزاع وحسمه دون اتخاذ أى إجراء جديد. وتعتبر محكمة النقض محكمة قانون، فتقوم بتطبيق حكم القانون على الوقائع كما أثبتتها محكمة الموضوع؛ لأن الدعوى صالحة من جميع الوجوه ودون إضافة أى جديد فيها. وكثيراً امتنعت محكمة النقض عن التصدى لصلاحيه الموضوع للفصل فيه بحجة عدم وجود بعض الأوراق اللازمة للحكم، وخشية الإخلال بحق دفاع المدعى عليه. ويعتبر حكم محكمة النقض بعد التصدى للفصل فى الموضوع هو السند التنفيذى الواجب التنفيذ لإعادة الحال إلى ماكانت عليه، ويختص قاضى التنفيذ بجميع منازعات تنفيذ حكم محكمة النقض الموضوعية والوقائية أيا كانت

^١ حامد فهمى، و د. محمد حامد فهمى، النقض، بند ٣٦٣، ص ٧٠٣-٧٠٤؛ بند ٣٨٥، ص ٧٣٧ ومابعدها. د. عبد العزيز خليل بديوى، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، ص ٥٠. د. أحمد مليجى موسى، تصدى محكمة النقض، ص ٣٥٤ - ٣٥٥.

قيمتها وليست محكمة النقض (م ٢٧٥ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م).^١

وفى فرنسا يجوز لمحكمة النقض نظر الطعن بالنقض والفصل فيه بحكم، ويكون النقض دون إحالة إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، سواء أكان الطعن بالنقض للمرة الأولى أم الثانية . 5- art. 131- ; art. 627, N.C.P.C.F. (C.O.J.F. est devenu l'art. L.411-3, du même code Par l'ord. (13) .N° 2006 - 673 du 8 juin 2006, art. 13)^٢

وقد نصت (م ٦٣) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية على أنه: " لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو التطبيق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض - بعد صيرورتها باتة -، فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن. وعلى رئيس المحكمة أو

^١ د. عاشور مبروك، النظام الإجرائى، بند ٢٥١ ومابعده، ص ٢٦٩ ومابعدها. د. أحمد هندى، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٩، ص ٢٢٤ ومابعدها. محمد وليد الجارحى، النقض المدنى، ص ١١٨٧.

^٢ -J. **Fossereau**, J. **Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 95.

-**Perrot**; Institutions Judiciaires; N. 217 ets.; P. 193 ets.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 457; P. 519-520.

-**Croze**; Le Procès Civil; P. 126.

من يئوبه ءءءء ءلسة لنظر الطعن مباءرة أمام المءءمة فى موعء لا ءءاوز سءفن ءوما من ءارنء إءءاع صءفة الطعن قلم ءءاب المءءمة أو وصولها إلهه؁ وعلى النباءة العامة ءءءم مءءرة برأبها ءلال ءلائفن ءوما على الأكثر قبل ءلسة المءءة لنظر الطعن. وإءا نقضء المءءمة الءم ءان علبها أن ءفصل فى الموضوع".

وكان هذا النص ءءعل مءءمة النقض ءرءة ءالءة من ءرءاء ءنقاضى فى ءلك المسائل؁ بهءف رفع الءرء الشءءء الذى ءانء ءقع فىه بعض المطلقاء اللءى ىءزوجن بعء صءور ءم مءءمة الاسءنائف بءطلقهن؁ ءم ءأى مءءمة النقض وءنقض الءم بالءلاق فىفرق ببفن الزوءة وزوءها الءءء بعء أن ءءون قء أنءبء منه وءءءل فى مأساة ءءءة فى ءبائها مهءة بءءمة الءمع ببفن زوجفن بعء فسء الزواء ءالنى لفساء العءء ءالنى؛ لأن المرأة المعقوء علبها لىسء مءلاً لعءء الزواء ءالنى لءونها زوءة للءفر (الزوء الأول)... ءما أن هذا النص ءءعل الطعن بالنقض فى الأحكام الصاءرة بفسء عقوء الزواء أو بءلانها أو ءطلق وسبلة لعءم ءنفبذها إلى ءفن الفصل فى الطعن بالنقض فىها؁ مءالفاً القواء العامة فى ءانون المرافعاء ءلى ءءعل الطعن بالنقض لاءوقف ءنفبذ الءم (م ٢٥١ / ١ مرافعااء).^١

وبصءور ءانون إنشاء مءاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م ألغى طربق الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشءصبة؁ وقصِر على ءالة الطعن بالنقض

^١ مءمء ولبء الءارءى؁ النقض المءنى؁ ص ١١١٩؁ ص ١١٨٢ ومابعءها .

من النائب العام فقط لمصلحة القانون (م ٢٥٠ مرافعات) فى الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية الخاصة بمحاكم الأسرة فى مسائل الأحوال الشخصية، فلا يجوز بأى حال من الأحوال الطعن بالنقض فيها لأى سبب من الأسباب التى تجيز الطعن بالنقض طبقاً للقواعد العامة. وذلك بهدف تحقيق عدالة ناجزة، وسرعة الفصل فى دعاوى الأحوال الشخصية بتقصير أمد التقاضى تحقيقاً لاستقرار الأسرة والنأى بها عن القلق والإضطراب، وقصير الطعن فى مسائل الأحوال الشخصية على الاستئناف، والتماس إعادة النظر على النحو المقرر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م فى (م ٥٦، ٥٨، ٦٤). حيث نصت (م ١٤) قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م على أنه : " مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض".^١

ورغم نُبُل الهدف من إلغاء طريق الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية، وقصره على حالة الطعن بالنقض من النائب العام فقط لمصلحة القانون (م ٢٥٠ مرافعات) فى الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية الخاصة بمحاكم الأسرة فى مسائل الأحوال الشخصية إلا أن ذلك لن يحل مشكلة التناقض أو التعارض أو التنافر بين الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية

^١ د. محمد المنجى، الطعن بالنقض المدنى، ص ٧٦١ ومابعدها . محمد على محمد سكيكر، فقه الإجراءات أمام محاكم الأسرة، رسالة ماجستير، حقوق إسكندرية ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م، ص ٢٠٢ ومابعدها.

الخاصة بمحاكم الأسرة في مسائل الأحوال الشخصية، فكيف يكون حل تلك
المشكلة؟؟؟

وهناك بعض التشريعات التي جعلت محكمة النقض درجة ثالثة من درجات
التقاضي، بحيث تتصدى محكمة النقض للفصل في موضوع النزاع من حيث الواقع
والقانون بمجرد الحكم بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه بصرف النظر عما
إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه أم لا، أو كان الطعن بالنقض للمرة الثانية،
من تلك التشريعات: (م ١٥٦ مرافعات كويتي مستبدلة بالقانون رقم ٤٧ لسنة
١٩٩٤ م)، و (م ٧٣٤ أصول محاكمات مدنية لبناني) .

و عند الطعن بالنقض للمرة الثانية Pouvoir en cassation pour la
deuxième fois إذا حكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، وجب
عليها أياً كان سبب النقض أن تحكم في الموضوع ولو لم يكن صالحاً للفصل فيه
(م ٢٦٩/٤ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م)، وذلك بهدف منع
توالى الطعون أمام محكمة النقض وقطع دابر النزاع، وإنهاء حالة التردد ذهاباً وإياباً
على محكمة النقض، ورغم ذلك كانت محكمة النقض تشترط أن ينصب الطعن في
المرة الثانية على ذات ما طعن عليه في المرة الأولى بحجة أن محكمة النقض
محكمة قانون وليست محكمة موضوع، كما أنها ليست درجة ثالثة من درجات
التقاضي، وأيضاً لا يجوز التوسع في تفسير الإستثناء الوارد في (م ٢٦٩ / ٤
مرافعات)، غير أنه قد تم استبدال عبارة (م ٢٦٩ / ٤ مرافعات) بالقانون رقم ٧٦

لسنة ٢٠٠٧م بما يدل على عدم تطلب هذا الشرط بقولها: " وإذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه... وكان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أيا كان سبب النقض أن تحكم في الموضوع".^١

وقد جرت أحكام محكمة النقض المصرية قبل هذا التعديل على الحكم بأنه: " إذ كانت المادة ٤/٢٦٩ من قانون المرافعات توجب على محكمة النقض عند نقض الحكم المطعون فيه - وكان الطعن للمرة الثانية أن تحكم في الموضوع إلا أن التصدى لموضوع الدعوى يقتصر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على ما إذا كان الطعن في المرة الثانية ينصب على ما طعن فيه في المرة الأولى".^٢

وتعتبر محكمة النقض محكمة موضوع، وتتمتع بكافة سلطات محكمة الإحالة، مع التزامها بالمبدأ الذي سبق أن قررته في المسألة التي فصل فيها الحكم

^١ د. فتحى والى، الوسيط، بند ٣٩٣، ص ٧٦٦-٧٦٧. د. أحمد مليجى، تصدى محكمة النقض، ص ٣٥٥. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائى، بند ٢٥٧، ص ٢٧٦. د. أحمد هندى، آثار أحكام محكمة النقض، بند ٢٩، ص ٢٢٦. د. محمد على الكيك، رقابة النقض، ص ٢٢٩.

نقض مدنى ١١/٥/٢٠٠٨م، طعن رقم ٩٩٦٦ لسنة ٦٥ ق، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية فى مواد المرافعات يناير ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠١٢ م، ق ٢٨٥، ص ٢٦٨.

^٢ نقض مدنى ١٩/٤/٢٠٠٦ م، طعن رقم ٩٩٨ لسنة ٦٦ ق، مج، س ٥٧، ج ١، ق ٧٧، ص ٣٨٠.

نقض مدنى ١٠/٥/١٩٨٩ م، طعن رقم ٦٥ لسنة ٥٦ ق، مج، س ٤٠، ج ٢، ق ٢٤٩، ص ٢٠١.

في الطعن، كما أن مراكز الخصوم أمام محكمة النقض تكون نفس مراكزهم أمام محكمة الإحالة فيكون لهم تقديم عناصر أو طلبات أو دُفوع أو أوجه دفاع تتعلق بالموضوع. ويعتبر حكم محكمة النقض بعد التصدي للفصل في الموضوع هو السند التنفيذي الواجب التنفيذ للتنفيذ العكسي بإعادة الحال إلى ماكان عليه، ويختص قاضي التنفيذ بجميع منازعات تنفيذ حكم محكمة النقض الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها وليست محكمة النقض (م ٢٧٥ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٣٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م). ولا يجوز لمحكمة النقض التصدي لنظر الموضوع في حال نقض الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون من النائب العام أو كان نقض الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص.^١

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأنه: " المادة ٤/٢٦٩ من قانون المرافعات توجب على محكمة النقض إذا رأت نقض الحكم المطعون فيه، وكان الطعن للمرة الثانية أن تحكم في الموضوع... وإذ كان الطعن الحالي هو طعن للمرة الثانية، فإن هذه المحكمة " محكمة النقض " تتصدى لموضوع الدعوى، إلا أنه يتعين عليها - وفقاً لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - أن تلتزم بحجية الحكم الناقض باعتباره حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه في حدود المسائل التي بت فيها ويمتنع عليها عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية، كما يتعين عليها أن تقصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق المسألة التي أشار إليها الحكم

^١ الإشارة السابقة.

الناقض، أما ما عدا ذلك فتعود الخصومة ويعود الخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل إصدار الحكم المنقوض ولهذه المحكمة أن تبني حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى تحصله حره من جميع عناصرها".^١

وعلى الرغم من ذلك فإن محكمة النقض ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه: " إذ يتعذر الحكم (الحكم من محكمة النقض في الطعن لثاني مرة) في موضوع الدعوى دون تحقيق دفاع الطاعنين الثابت بمحاضر أعمال الخبير بشأن عقد البيع المؤرخ... ، فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإحالة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه عملاً بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧...".^٢

بينما في فرنسا عندما يكون الطعن بالنقض للمرة الثانية تقوم الجمعية المكتملة أو المجلس الكامل (جمعية ممثلى الدوائر) assemblée Plénière لمحكمة النقض - تشكيل قضائى له اختصاصات قضائية - وليست الجمعية

^١ نقض تجارى ٢٠١٤/٢/١٣ م، طعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ ق. منشور على موقع محكمة النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

^٢ نقض مدنى ٢٠١١/٣/٨ م، طعن رقم ٢٦٣٨ لسنة ٦٨ ق. منشور على موقع محكمة النقض المصرية

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

العمومية *assemblée générale* - تشكيل إدارى له اختصاصات إدارية -
لمحكمة النقض بنظر الطعن والفصل فيه بحكم تلتزم به محكمة الإحالة فى
خصوص المسألة القانونية التى حسمتها ويكون النقض مع الإحالة، وعند الطعن
بالنقض فى حكم محكمة الإحالة يجوز للجمعية المكتملة أو المجلس الكامل أن
يؤيد حكم محكمة الإحالة ولو كان مخالفاً لحكم النقض السابق.¹

¹ وتشكل الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض من جميع أعضاء دوائر محكمة النقض. بينما
الجمعية المكتملة أو المجلس الكامل جمعية ممثلة الدوائر تشكل من الرئيس الأول للمحكمة أو
أقدم رؤساء الدوائر فى حالة وجود مانع لديه، وأربعة أعضاء من كل دائرة من دوائر المحكمة
وهم رئيس الدائرة + أقدم عضو فيها + اثنين من المستشارين يعينهم الرئيس الأول لمحكمة
النقض بناءً على إقتراح من رئيس الدائرة . ولأن محكمة النقض الفرنسية بها ست دوائر هى:
ثلاث دوائر مدنية، ودائرة تجارية، ودائرة اجتماعية، ودائرة جنائية. فيكون مجموع عدد أعضاء
الجمعية المكتملة جمعية ممثلة الدوائر ٤ أعضاء x ٦ دوائر + الرئيس = ٢٥ عضواً
بالإضافة إلى حضور ممثلاً للنياية العامة. وتظر الطعون عند نقضها للمرة الثانية إذا استتدت
على نفس أسباب النقض السابقة أو إذ اختلفت آراء الدوائر فى مسألة قانونية.

.art .L.121-6; L.421-5; L.431-4 et 6 C.O.J.F.

-Jacques **Boré**; cour de cassation; N. 233; P. 26 , N. 247-256; P. 27-
28. =

==André **Perdriau**; La chambre mixte et l'assemblée plénière de la cour
de cassation; J.C.P. éd.G. 1994; I; 3798.

-**Croze, Morel et Fradin**; Procédure Civile; N. 1164-1165; P. 350.

-**Perrot**; Institutions Judiciaires; N. 220; P. 196-197 , N. 243 ; P. 218
- 220.

.-**Guinchard et Ferrand**; Procédure Civile; N. 1859; P. 1302

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك استثناءً لخصومة الطعن بالنقض فى المنازعات الاقتصادية من حكم (م ٢٦٩ / ٢ ، ٤ مرافعات مستبدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م)، و ذلك بنص (م ١٢ / أخيرة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بإنشاء المحاكم الاقتصادية) التى نصت على أنه : " ... إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه حكمت فى موضوع الدعوى ولو كان الطعن لأول مرة ". فبهذا النص أصبح دور محكمة النقض فى المنازعات الاقتصادية الصادرة من المحاكم الاقتصادية غير مقتصر على نقض الحكم المطعون فيه والإحالة، وإنما يمتد هذا الدور إلى وجوب تصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى أيا كان سبب النقض حتى لو كانت الدعوى غير صالحة للفصل فيها أو كان الطعن بالنقض لأول مرة، ويكون لمحكمة النقض جميع سلطات محكمة الموضوع التى تُقض حكمها ، أى وجوب التصدى وحظر الإحالة فى جميع الأحوال، ولو كان الطعن للمرة الأولى، حتى لو كانت الدعوى غير صالحة للفصل فيها، وتصبح محكمة النقض درجة ثانية من درجات التقاضى وتقوم بالفصل فى الموضوع من جديد من حيث الواقع والقانون، وذلك فيما يتعلق بالطعن بالنقض

-**Guinchard, Ferrand et Chainais**; Procédure Civile; N. 56; P. 586.

-**Guinchard**; Dalloz Action; N. 6421; P. 1321-1322.

-**Couchez et Lagarde**; Procédure civile; N. 457; P. 520.

-**Cadiet**; Droit Judiciaire ; N. 276-278; P. 129-130.

-**J. Fossereau et J. Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 95.

على الأحكام الصادرة ابتداءً في المنازعات الاقتصادية الصادرة من الدوائر الاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية كمحكمة أول درجة (م ٢/٦ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بإنشاء المحاكم الاقتصادية)، وذلك تطبيقاً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة بتوفير الوقت والجهد والنفقات، واختصار الإجراءات، وسرعة الفصل في المنازعات الاقتصادية، واستقرار المراكز القانونية، وتشجيعاً للاستثمار...^١

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه : " إذ كان النص في الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بإنشاء المحاكم الاقتصادية على أنه " واستثناءً... من أحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٦٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه حكمت في موضوع الدعوى ولو كان الطعن لأول مرة " يدل على أنه ولئن كان الأصل إعمالاً للمادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية أن

^١ د. فتحى والى، قانون المحاكم الاقتصادية، الأهرام الاقتصادى، ع ٢٥٤، أول نوفمبر ٢٠٠٨ م، ص ٣٩ - ٤٠. د. أحمد محمد أحمد حشيش، مبادئ المحاكم الاقتصادية فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠ م، بند ٢٢٤، ص ٣٤٥. د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضى أمام المحاكم الاقتصادية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠١٠ م، ص ١٨٢ وما بعدها. د. طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائى، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩ م، ص ١٥٦-١٥٧. د. هدى محمد مجدى، المحاكم الاقتصادية بين التقنين والتطبيق، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩ م، ص ١٠٠-١٠١. د. سحر عبدالستار إمام يوسف، المحاكم الاقتصادية، بند ٥٤، ص ١١٧. د. محمد على عويضة، قواعد الإجراءات المدنية أمام المحاكم الاقتصادية، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٩ م، ص ١٠٨ وما بعدها.

التزام محكمة النقض بالفصل في الموضوع إذا ما رأت نقض الحكم المطعون فيه مرهون بتوافر أحد أمرين، أن يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه أو الطعن للمرة الثانية ، إلا أنه نظراً لطبيعة الأحكام الصادرة في المنازعات الاقتصادية التي يجوز الطعن فيها بالنقض - في مواد الجنائيات والجنح والأحكام الصادرة ابتداءً من الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية (م ١١ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بإنشاء المحاكم الاقتصادية) - ومدى حرص المشرع على سرعة إنهاؤها ، فقد أورد استثناءً من تلك القاعدة في شأن الأحكام الصادرة من المحاكم الاقتصادية، بأن أوجب على محكمة النقض إذا ما نقضت الحكم أن تحكم في موضوع الدعوى ولو كان الطعن لأول مرة أو كان الموضوع غير صالح للفصل فيه ، دون الإحالة للمحكمة مُصدرة الحكم.^١

^١ نقض تجارى ٢٢/٣/٢٠١١م، طعن رقم ٨٢٨٦ لسنة ٧٩ ق. منشور على موقع محكمة

النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

الخاتمة

تناولت موضوع خصوصية الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض الأحكام المدنية من خلال مقدمه وفصلين، بكل منهما مبحثين.

ففي المقدمة تم توضيح فلسفة وجود محكمة عليا على قمة الهرم القضائي، وفكرة الطعن بالنقض، وطبيعته، واستتكار تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية.

وفي الفصل الأول قمت بتوضيح مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي وشروطه، وذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ويتناول مفهوم تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي من خلال بيان: تعريف تناقض أو تعارض أو تنافر أو تضارب الأحكام القضائية، ومعيار الترجيح بين الأحكام القضائية المتناقضة أو المتعارضة، والضمانات الوقائية لمنع تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية، ثم الضمانات العلاجية لتناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية.

المبحث الثاني: ويتناول شروط تناقض الأحكام المدنية كسبب موجب للطعن بالنقض الاستثنائي من خلال بيان: مجال الطعن بالنقض الاستثنائي، والتنظيم التشريعي الفرنسي لشروط التناقض أو التنافر كسبب للطعن بالنقض الاستثنائي، والشروط الخاصة لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي (أن يكون الحكم

الأول السابق حائزاً لقوة الأمر المقضي وقت صدور الحكم الثاني اللاحق، وأن يكون الحكم اللاحق المطعون فيه قد صدر انتهائياً، وصدور الحكمين السابق واللاحق من نفس الجهة القضائية بين الخصوم أنفسهم وفي المسألة المحكوم فيها ذاتها، وأن يكون الحكم اللاحق المطعون فيه متناقضاً أو متعارضاً أو متافراً عند صدوره مع الحكم السابق) كما يتناول أيضاً أثر تناقض الأحكام الجنائية على الدعوى المدنية، وأثر التناقض بين الحكم القضائي وحكم التحكيم.

وأما في الفصل الثاني فقد قمت بتوضيح خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض الأحكام المدنية وذلك في بحثين:

المبحث الأول: ويتناول إجراءات الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض الأحكام المدنية من خلال بيان: التزامات الطاعن بالنقض الاستثنائي، والنطاق الشخصي والموضوعي لخصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، ووجوب رفع الطعن بالنقض الاستثنائي خلال ميعاد الطعن، وبيانات صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي، وإيداع صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي وقيدتها وضم ملف القضية، ومرفقات صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي، وإعلان صحيفة الطعن بالنقض الاستثنائي، وتبادل المذكرات في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي.

المبحث الثاني ويتناول سلطة محكمة النقض في خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي من خلال بيان: فحص الطعن بالنقض الاستثنائي في غرفة المشورة، وجلسة نظر الطعن بالنقض الاستثنائي، وعوارض خصومة الطعن بالنقض

الاستثنائي (الشطب، والوقف، والانقطاع)، والانقضاء الإجرائي المبتسر لخصومة الطعن بالنقض الاستثنائي (الانقضاء أو التقادم أو السقوط أو الترك أو اعتبار الخصومة كأن لم تكن)، وقواعد إصدار حكم النقض في الطعن بالنقض الاستثنائي، وعدم جواز الطعن في حكم محكمة النقض الصادر في الطعن بالنقض الاستثنائي، والحكم بعدم قبول الطعن بالنقض الاستثنائي شكلاً أو بعدم جواز نظر أوبرفضه، ثم الحكم بقبول الطعن بالنقض الاستثنائي ونقض الحكم المطعون فيه، وأخيراً مصير القضية المنقوضة بعد نقض الحكم المطعون فيه بالنقض الاستثنائي.

و مما سبق يتبين أن:

- من المفيد تدخل محكمة النقض المصرية عاجلاً بهيئة مدنية عامة لحسم الخلاف في أحكام محكمة النقض في شأن حالة تناقض أو تعارض أو تنافر حكيم وعرض النزاع للمرة الثالثة على قاضي آخر، وذلك بوضع جواب حاسم على السؤال: هل يجوز للقاضي في المرة الثالثة أن يتصدى للفصل في النزاع مجدداً ويتحرى وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة عليه، أم يلتزم بحجية الحكم الأول الأسبق في التاريخ وحده؟؟؟.

- وناشد المشرع المصري النص على جعل ميعاد الطعن بالنقض الاستثنائي (م ٢٤٩ مرافعات) سنتين يوماً ولا يسرى إلا من يوم العلم بواقعة التناقض أو التعارض بين الأحكام القضائية. وذلك بإضافة فقرة جديدة تالفة لنص المادة ٢٥٢ يكون نصها: " ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن بالنقض الاستثنائي بسبب تناقض

الأحكام وفقاً لحكم المادة (٤٩) إلا من اليوم الذى ظهر أو علم فيه الخصم بالتناقض ". وهو ما فعله المشرع المصرى فى (م ٢٤٢ مرافعات) بالنسبة للطعن بالتماس إعادة النظر كضمانة تشريعية للمحكوم عليه الذى لا يعلم بالتناقض أو التعارض إلا عند التنفيذ وبعد فوات ميعاد الطعن، وحتى لا تتأذى العدالة من بقاء أحكام متناقضة أو متعارضة بحجة فوات ميعاد الطعن.

- ونأمل من المشرع المصرى النص على جعل ميعاد الطعن بالاستئناف الاستثنائى (م ٢٢٧ مرافعات) أربعين يوماً ولا يسرى إلا من يوم العلم بواقعة التناقض بين الأحكام القضائية. وذلك بإضافة فقرة جديدة تكميلية لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مرافعات يكون نصها: "... ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن بالاستئناف الاستثنائى بسبب تناقض الأحكام وفقاً لحكم المادة (٢٢٢) إلا من اليوم الذى ظهر أو علم فيه الخصم بالتناقض " كضمانة تشريعية للمحكوم عليه الذى لا يعلم بالتناقض أو التعارض إلا عند التنفيذ وبعد فوات ميعاد الطعن، وحتى لا تتأذى العدالة من بقاء أحكام متناقضة أو متعارضة بحجة فوات ميعاد الطعن فى الحكم.

- ونقترح على المشرع المصرى والفرنسى كذلك جعل الضمانات الوقائية والعلاجية لمنع تناقض أو تعارض أو تنافر الأحكام القضائية متعلقة بالنظام العام، وإمكانية إثارة القاضى لها من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب من أحد الخصوم حتى تنتج آثارها فى منع تناقض الأحكام القضائية.

- ولعله من المفيد أن يقوم المشرع المصرى بحذف وإلغاء الفقرة الثالثة من (م ٢٥٠ مرافعات)، لأنه من غير المنطقى أن يصدر حكم من محكمة النقض بإلغاء الحكم المطعون فيه بالنقض لمخالفته للقانون ثم نتركه ينفذ فى الواقع بين أطرافه تنفيذاً جبرياً - وهو ما فعله المشرع الفرنسى بتعديل (art. 618-1) بمقتضى (Décr. N° 81-500 du 12 mai 1981, art. 28) - بحجة عبارة المشرع فى الفقرة الثالثة (ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن)، فهل من المعقول أن ينفذ حكم بين أطرافه تنفيذاً جبرياً ثم تحكم محكمة النقض بنقضه لمصلحة القانون والعدالة بعد طعن النائب العام عليه بالنقض، فأى عدالة يحملها الحكم الذى نفذ تنفيذاً جبرياً بين أطرافه، وأى العدالتين نستند إليها فى حياتنا ؟؟؟ فما الذى يضير المشرع المصرى لو استفاد الخصوم من نتيجة حكم الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، وكان هذا الحكم هو السند التنفيذى للتنفيذ العكسى بين الخصوم، لو تم التنفيذ من قبل ؟؟؟ فالرجوع للحق خير من التماذى فى الباطل.

- كما نناشد المشرع المصرى النص على استثناء حالة الطعن بالنقض لتتناقض أو تعارض الأحكام من قاعدة نسبية النطاق الشخصى للطعن بالنقض بوجوب إختصاص جميع الخصوم الذين لم يدخلوا أو يتدخلوا فى خصومة الطعن، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن بالإضافة إلى حالات (م ٢١٨ مرافعات) حتى يكون له أثر مطلق تجاه كافة الخصوم فى خصومة الحكم الأول السابق وخصومة الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض، وذلك لتفادى الأضرار التى قد تلحق بعض الخصوم الذين لم يدخلوا أو يتدخلوا فى خصومة الطعن بالنقض.

- ونأمل من المشرع المصرى كذلك النص على استثناء حالة الطعن بالنقض لتناقض أو تعارض الأحكام من قاعدة نسبية النطاق الموضوعى للطعن بالنقض بوجود امتداد النطاق الموضوعى للطعن بحيث يشمل جميع الأحكام المتناقضة أو المتعارضة وفى جميع أجزائها، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وذلك حتى يكون له أثر مطلق تجاه كافة موضوعات خصومة الحكم الأول السابق وخصومة الحكم الثانى اللاحق المطعون فيه بالنقض، وذلك لتفادى الأضرار التى قد تلحق بعض الخصوم نتيجة قصر الطعن بالنقض على جزء فقط من الحكم المطعون فيه.

ونقترح على المشرع المصرى أيضاً وجوب النص على أحقية محكمة النقض بالإزام محكمة الإحالة باتباع رأيها فى تفسير وتطبيق القانون حتى تتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها على تطبيق وتفسير القانون، وتقويم المعوج من الأحكام الخاطئة المخالفة للقانون؛ لأن الذى يهمل الناس ليس هو التفسير النظرى الصحيح للقانون، بل حسن سير العدالة بتوحيد القضاء وتطبيق القانون عليهم تطبيقاً واحداً على منوال واحد فى كافة أنحاء الدولة.

كما نهيب بالمشرع المصرى إضافة فقرة جديدة لنص (م ٢٧٠ / ٣ مرافعات) تنص على أنه: " وإذا رأت المحكمة تعسفاً فى استعمال الحق فى الطعن بالنقض بقصد الكيد والعنت واللدن فى الخصومة من أحد الخصوم حكمت عليه بغرامة مدنية لا تقل عن عشرة آلاف جنيه " وذلك لمنع سيل الطعون الكيدية،

وحفاظاً على وقت محكمة النقض باعتبارها محكمة عليا وحيدة، كما فعل المشرع المصرى فى حالة رفض التماس إعادة النظر (م ٢٤٦ مرافعات)، ورفض المخاصمة (م ٤٩٩ / ١ مرافعات)، والفرنسى فى (art. 628 - Décr. N° 33 du 20 août 2004 - 836) حيث أجاز لمحكمة النقض الحكم بغرامة مدنية يمكن أن تصل إلى مبلغ ثلاثة آلاف يورو - عشرين ألف فرنك - عن الطعن الكيدى التعسفى، مع دفع تعويض للمطعون ضده.

- وأخيراً نأمل من محكمة النقض حسم الخلاف الفقهى بأحكام قضائية متواترة تسمح بالطعن بالنقض الاستثنائى للتناقض فى الحكم الثانى اللاحق سواء أكان قد صدر انتهائياً أم صار انتهائياً فى وقت لاحق بعد صدوره، وذلك عملاً بالصياغة المرنة والمفهوم الصريح لعبارة نص المادة (٢٤٩ مرافعات): "... فى أى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته... " الواردة باللفظ العام المطلق، وذلك لعدم التضييق من نطاق الطعن بالنقض للتناقض. وحتى لا تظل مشكلة التناقض أو التعارض فى الأحكام القضائية - مشكلة غير مرغوب فيها - التى اكتسبت صفة الانتهائى فى وقت لاحق بعد صدورها وصارت انتهائى، مشكلة مستعصية دون حل عملى بأى طريق من طرق الطعن، وخاصة بعد استغلاق طريق الطعن بالاستئناف الاستثنائى، وبالتالى استغلاق طريق الطعن بالنقض الاستثنائى أيضاً، ولأننا بصدد طعن بالنقض الاستثنائى هدفه منع تعارض أو تناقض الأحكام فىكون منطق المشرع هو التحلل من حكم القواعد العامة لرفع التناقض، فالطعن بالنقض الاستثنائى هو الوسيلة الوحيدة لإزالة التناقض أو التعارض بين حكم لاحق صار

انتهائياً في وقت لاحق بعد صدوره وحكم سابق حاز قوة الأمر المقضي بين الخصوم أنفسهم وعن المسألة المحكوم فيها ذاتها. كما أن صدور أحكام متناقضة أو متعارضة في دعوى واحدة أمر يستوجب التصحيح، وإلا ظلت مشكلة التناقض أو التعارض دون تصحيح. فماذا يكون الحل إذا وجد تناقض بين حكمين ولم ينتبه الخصوم - غالباً - إلى وجود هذا التناقض إلا في مرحلة التنفيذ وبعد انقضاء مواعيد الطعن بالنقض بكلا الحكمين ؟ فما هي وسيلة إزالة هذا التناقض ؟ وأى حكم منهما هو الذى سينفذ ؟

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم أمين النفاوى: مسئولية الخصم عن الإجراءات، ط ١، ١٩٩١م.
- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، ج ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤م.
- ج ٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠م.
- د. أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ، ط ١٠، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١م.
- التحكيم الإختياري والإجباري، ط ٣، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م.
- نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط ٩، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١م.

د. أحمد السيد صاوى: أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية بالقاهرة
١٩٧٩م.

- الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية
بالقاهرة ١٩٧١م.

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠٠٠م.

- نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع في المواد المدنية والتجارية،
دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م.

- الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية
بالقاهرة ١٩٨٤م.

أحمد جلال الدين هلالى: قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية في التشريع
المصري والمقارن، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧م.

د. أحمد حشيش: مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، ١٩٩٧م.

د. أحمد علي السيد خليل: التعارض بين الأحكام القضائية، دار المطبوعات
الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٨م.

- التقاضي علي درجة واحدة وعلى درجات ثلاث في القانون اللبناني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية، ١٩٩٤م، ع ١.
- خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠١٠م.
- طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن، الدار الجامعية ببيروت ١٩٩٤م.
- د.أحمد صدقي محمود: الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- الوجيز في قانون المرافعات، ط ٦، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م.
- قواعد المرافعات في دولة الامارات، ط ١، ١٩٩٩م.
- د.أحمد عبد الكريم سلامة: أصول المرافعات المدنية الدولية ١٩٨٤م.
- د.أحمد عوض هندي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ١٩٩٨م.
- ارتباط الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٥م.
- التعليق على قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م.

- أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية
١٩٩٩م.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة، دارالجامعة الجديدة
للنشر بالإسكندرية ٢٠١٣م.
- د. أحمد فتحي سرور: النقض الجنائي، ط ٣، دار الشروق، القاهرة ٢٠١١م.
- د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دار النهضة العربية بالقاهرة
١٩٩٢م.
- أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ط ٢،
١٩٩٩م.
- أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة
العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م.
- الحجية الموقوفة، ط ٢.
- الدفاع المعاون، ج ٢، مكتبة سيد وهبة بالقاهرة ١٩٨٦م.
- الموجز في أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، التنظيم القضائي ونظرية
الاختصاص، ١٩٩١م.
- مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، القاهرة ١٩٩٣م.

د. أحمد محمد أحمد حشيش: مبادئ المحاكم الاقتصادية في ضوء مبدأ سمو

القانون الإلهي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠م.

د. أحمد مسلم: أصول المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨م.

- التأصيل المنطقي لأحوال إنقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،

تصدرها كلية حقوق عين شمس، س ٢، ١٩٦٠م، ع ١.

د. أحمد مليجي موسى: أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، ط ٢،

دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م.

- تصدى محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مجلة الشريعة

والقانون، تصدرها كلية الشريعة والقانون/ جامعة الامارات، ع ١، مايو ١٩٨٧م.

- الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج ٤، ط ١١، نادي

القضاة ٢٠١١ / ٢٠١٢م.

د. أسامة أحمد شوقي المليجي: الإجراءات المدنية في التنفيذ الجبري في قانون

المرافعات، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م.

د. الأنصاري حسن النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات،

رسالة دكتوراة، حقوق المنوفية ١٩٩٦م.

- النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٢م.

د. أمين أنيس باشا: محكمة النقض والإبرام في مصر، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ١٨٨٣ - ١٩٣٣م، ط ٢، نادي القضاة ١٩٩٠م.

د. أمينة النمر: أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية، ط ٣، ١٩٨٩م.

د. أنور طلبية: الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م.

- بطلان الأحكام وانعدامها، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ٢٠٠٦م.

حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٣٧م.

د. حلمي محمد الحجار: أسباب الطعن بطريق النقض، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب بطرابلس / لبنان ٢٠٠٤م.

- القانون القضائي الخاص، ج ٢، بيروت.

د. حمدي عبد المنعم: المرجع في شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة، أبوظبي ١٩٨١م.

د.رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٨، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٨ / ١٩٦٩م.

د.رمضان إبراهيم علام: التناقض الإجرائي، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية ٢٠١٠م.

د.سحر عبدالستار إمام يوسف: المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م.

د.سيد أحمد محمود: أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، ٢٠٠٩م.

النقض الجزئي للأحكام، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٧م.

د. طلعت محمد دويدار: سقوط الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، حقوق إسكندرية ١٩٩٢م.

- المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م.

طه الشريف: نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية، ط ١، ١٩٩٦م.

د.عاشور مبروك: النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٤م.

د. عبد الباسط جميعي: الاستئناف المباشر لأوامر الأداء، مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، ١٩٦١م، ع ٢.

- مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٠م.

د. عبد الحكم فوده: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها،

منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧ م.

د. عبد الحميد الشواربي: حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقهاء،

منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠م.

د. عبد العزيز خليل بديوى: بحوث فى قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام، دار

الفكر العربى بالقاهرة ١٩٧٨م.

- الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، رسالة دكتوراة، حقوق عين

شمس ١٩٦٩م.

عبد المنعم حسنى: الاستئناف فى الأحكام المدنية والتجارية، ملحق مجلة

المحاماة، ع ٩-١٠، نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٨م.

- طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية، ج ١، ج ٢، ط ٢، مدونة التشريع

والقضاء بالقاهرة ١٩٨٣م.

د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة ١٤١٠هـ.

عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات، ج ٣، ط ١٣.

عز الدين الدناصوري، وعبد الحميد الشواربي: طرق الطعن في الأحكام المدنية.

د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م.

- تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، ط ١، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٣م.

- نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس ١٩٧٨م.

- واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مجلة المحامى الكويتية، س ١٠، ع ٣، ١٩٨٧م.

عزيز أنيس ميخائيل: دعاوى تنازع الاختصاص ومنازعات التنفيذ، مجلة هيئة قضايا الدولة، س ٣٩، ع ١، يناير / مارس ١٩٩٥م.

على، وحسين جمجوم: الطعن بالنقض المدني في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٠م.

د. على عبد الحميد تركي: نطاق القضية في الاستئناف، دار النهضة العربية
بالقاهرة ٢٠٠٩م.

د. على عوض حسن: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، دارالفكر
الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٤م.

د. عيد محمد القصاص: تناقض الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية، دار
النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.

د. فتحي والى: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب
الجامعي ٢٠٠٩م.

- قانون المحاكم الاقتصادية، الأهرام الاقتصادي، ع ٢٥٤، أول نوفمبر ٢٠٠٨م.

د. فكري عبد الحميد أبو صيام: الأسباب الجديدة في النقض المدني، رسالة دكتوراه،
حقوق القاهرة ٢٠٠٣م.

د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج
٢، ١٩٩٢م.

د. مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية، ط ١، دار الفكر العربي بالقاهرة
١٩٨٠م.

محمد أحمد عابدين: الوسيط في الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية،
دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٤م.

د. محمد حسام لطفى: سحب أحكام محكمة النقض، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠٠٤م.

د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م.
- الحكم القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

- الرجوع عن الأحكام الباتة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م.

د. محمد عبد الخالق عمر: مبادئ التنفيذ، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة
١٩٧٨م.

محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج
٢، مكتبة الآداب بالقاهرة ١٩٥٧م.

د. محمد على الكيك: رقابة النقض علي تسببب الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه،
حقوق إسكندرية ١٩٨٨م.

محمد على محمد سكيكر: فقه الإجراءات أمام محاكم الأسرة، رسالة ماجستير،
حقوق إسكندرية ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م.

د. محمد على عويضة: قواعد الإجراءات المدنية أمام المحاكم الاقتصادية، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٩م.

د. محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، ج ١، ط ٣، ١٩٩٥م.

- لمحة تاريخية عن محكمة النقض المصرية، بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات، مركز السنهوري للدراسات القانونية ١٩٩٣م.

د. محمد محمود إبراهيم: نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية بمعهد الإدارة العامة بالرياض ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨م.

- أصول صحف دعاوى، دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٨٦م.

د. محمد المنجى: الطعن بالنقض المدنى، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١١م.

محمد نصر الدين كامل: اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب ١٩٨٩م.

- الاستئناف في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م.

د. محمد نور عبد الهادي شحاتة: الاستئناف الاستثنائى (دراسة تحليلية لشروط وآثار الاستئناف كطريق لإبطال الحكم)، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٥م.

- نطاق النزاع فى الاستئناف، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٨م.

- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٧م.

محمد وليد الجارحي: النقض المدني، نادي القضاة ٢٠٠٠م.

د.محمود السيد التحيوي: الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي

بالإسكندرية ٢٠٠٧م.

محمود عبد الرحمن: قوة الشيء المحكوم فيه، مكتبة عبد الله وهبة.

د.مصطفى كامل كيره: تطور محكمة النقض، مجلة القانون والإقتصاد، تصدرها

حقوق القاهرة، عدد خاص بمناسبة العيد المئوي لكلية حقوق القاهرة ١٩٨٣م.

- النقض المدني، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٢م.

د.مفلح عواد القضاة: أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، مكتبة دار

الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن / عمان ١٩٨٨م.

د.نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف

بالإسكندرية ١٩٨٦م.

- الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٤م.

- الطعن بالتماس إعادة النظر، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٣م.

- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية ١٩٩٩م.

- الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة
للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٠م.

- الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة
للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٤م.

د. نور حمد مسلم الحجايا: التناقض بين الأحكام القضائية وأثره على التنفيذ في
القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، س ٢٩، ع ٤، ديسمبر
٢٠٠٥م.

د. هدى محمد مجدى: المحاكم الاقتصادية بين التقنين والتطبيق، دار النهضة
العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.

هشام الطويل: شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد
الأحوال الشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧م.

د. هشام رشاد هيكل: انعدام الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس
٢٠١٠م.

د. وحدى راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ط ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠٠١م.

- نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية
والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س ١٥، ١٩٧٣م، ع ١.

- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف
بالإسكندرية ١٩٧٤م.

د. وحدى راغب، ود. سيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، ط ١، مؤسسة
دار الكتب بالكويت ١٩٩٤م.

د. ياسر باسم ذنون السبعوى، ود. اجياد ثامر الدليمي: بحوث ودراسات في
القانون الخاص، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠١٤م.

ثانيا: المراجع الأجنبية:

-A. **Bénabent**; Pour la cour de cassation aussi, mais
autrement; D. 1989; chron.

-Emmanuel **Blanc** et Jean **Viatte**; Nouveau Code de
Procédure Civile; Commenté dans L'ordre des articles; Paris;
1991.

–Jacques **Boré**; cour de cassation; Encyc. Dalloz; janv.1994.

–Jacques et Louis **Boré**; La cassation en matière civile; 4. éd;
Dalloz; Paris 2008.

Pourvoi en cassation; Ency. Dalloz, Septembre 2008 ; Mise à
jour, octobre 2013.

–Lôïc **Cadjet**; Droit Judiciaire privé; 2.éd.; Litec; Paris; 1998.

–Jean Paul **Calon**; Mission de la cour de cassation;
Ency.Dalloz; Fasc.760–3; 1992.

Pourvoi Dans l'intérêt de la loi; Juris.Calss. Proc. Civ. ;
Fasc.775.

–Y.**Capron**; Cas d'ouverture. Contrariété de jugements, perte
de juridique; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 783.

–S. **Carré**; La délicate interprétaion des jugements en
présence d'une ambiguïté ; Gaz. Pal. 1995; I; doctr.; P. 571.

–Yves **Chartier**; la cour de cassation et l'évolution du droit;
Gaz. Pal. 1994;1; P. 650.

–Gérard **Couchez**; Procédure Civile; 15.éd; Sirey; Paris
2008.

–Gérard **Couchez** et Xavier **Lagarde**; Procédure civile; 16 éd.
Sirey; Paris; 2011.

–Gérard **Couchez**, Jean–Pierre **Langlade** et Daniel **Lebeau**;
Procédure civile; Dalloz; Paris ; 1998.

–Hervé **Croze**; Le Procès Civil; Dalloz; Paris; 1997.

–Hervé **Croze** et Christian **Morel**; Procédure Civile; Paris;
1988.

–Hervé **Croze**, Christian **Morel** et Olivier **Fradin**; Procédure
Civile; Litec; Paris; 2001.

–A. **Dorsner–Dolivet**; À propos des recours en rectification;
Rév. Trim. dr. Civ. 1989.

–Pierre **Drai**; Pour la cour de cassation; J.C.P.; éd.G. 1989;
doct.; No. 3374.

–Martine **Fabre**; La Cassation Sans Renvoi en matière civile;
J.C.P. éd. G. 2001; doct. ; I; 347; P. 1715.

–Ernest **Faye**; La cour de cassation; Paris; 1970.

–J.**Fossereau** et J. **Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la
cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794.

–E. **Glasson** et Albert **Tissier**; Traité Théorique et Pratique
d'organisation Judiciaire de Compétence et de Procédure
Civile; T

–Erwin, N. **Griswéld**; La cour suprême des Etats – Unis; Rév.
Int. dr. Comp. 1978; N. 1; P. 97 ets.

–Serge **Guinchard**; Droit et Pratique de la Procédure civile;
Dalloz; Paris; 2004.

Droit et Pratique de la Procédure Civile; **Dalloz Action**; éd.
Delta; 1998.

–Serge **Guinchard** et Frédérique **Ferrand**; Procédure Civile, Droit interne et droit Communautaire; 28 éd.; Dalloz; Paris; 2006.

–Serge **Guinchard**, Frédérique **Ferrand** et Cécile **Chainais**; Procédure Civile; 2^e éd.; Paris; 2011.

–Jacques **Héron**; Droit Judiciaire Privé; 3 éd. ; Montchrestien; Paris; 2006.

–M. N. **Jobbard-Bachelier** et X. **Bachelier**; La technique de cassation; Dalloz; 2^e éd. ; 1991.

–J. **Largier** et Ph.**Conte**; Procédure Civile; Droit Judiciaire Privé ; éd.14 ; 1995.

–Maurice **Loisel**; Du pourvoi en cassation en cas de contrariété de jugements; J.C.P.; éd. G. 1945; 1; P. 486.

–Raymond **Martin**; Les contradictions de la chose jugée; J.C.P. éd. G. 1979; 1; doct. 2938.

Le fait et le droit, ou les parties et le juge; J.C.P. éd. G.
1974; doct. 2625.

–Jacques **Mauro**; Contrariete de Jugements et inconciliabilite
de Jugements Code de Procedure et Convention de Bruxelles;
Gaz. Pal. 1980;1; doct.; P.144.

–René **Moré**; Traité élémentaire de Procédure Civile ; 2^e éd. ;
Recueil Sirey; 1949.

–Peter **Neu**; Le Pouvoir de Contôle de la cour supreme;
1956.

–Nabil **Omar**; La Cause de la demande en Justice; Thèse
Bordeaux 1977.

–Olivier Renard– **Payen**; Effets et suites des arrêts de la cour
de cassation; Juris. Class.Proc. Civ. 1993; Fasc. 798.

–André **Perdriau**; La chambre mixte et l'assemblée plénière
de la cour de cassation; J.C.P. éd.G. 1994; I; 3798.

Les conséquences pécuniaires s'attachant aux pourvois civils;
J.C.P. 1997; éd. G. ; I; N.4014.

Les rapats d'arrêt de la Cour de Cassation; J.C.P. 1994 ; I;
3735.

Reflexions désabusées sur le contrôle de la cour de
cassation en matière civile; J.C.P. ; éd. G. ; 1991; doct.; N.
3538.

aspects actuels de la cassation sans renvoi; J.C.P. 1985; éd.
G.; doct.; 3180.

Le Contrôle de la cour de cassation en matière de référé;
J.C.P. 1985; éd. G. doct. ; 3365.

Les recours contre les dispositions contradictoires d'un
jugement; J.C.P. éd. G. 1997; N. 2; 3990.

–Roger **Perrot** et N. **Fricero**; Autorité de la chose jugée;
Juris. Class. Proc. Civ.; Fasc. 554.

–Roger **Perrot**; Institutions Judiciaires; 7.éd.; Montchrestien–Delta; Paris; 1996.

L'application à l'arbitrage de procédure civile; Rév. arb. 1980.

–Andre **Pouille**; Le Pouvoir judiciaire et Tribunaux; 1985.

–Henery **Solus** et Roger **Perrot**; Droit Judiciaire Privé; T. 3 ; Sirey ; Paris 1991.

–Andr **Tunc**; La cour judiciaire suprême; Rév. Int. dr. Comp.1978; N. 1.

–J. **Vaitte**; A propos de la litispendance; Gaz. Pal. 1976; 1 ; doct. ; P. 354.

–Jean **Vincent** et Serge **Guinchard**; Procédure civile; 24 éd.; Dalloz 1996.

–J. **Vincent**, G. **Montagnier** et A.**Varinard**; La Justice et institutions; 3^e éd. ; Dalloz; 1991.

–J. **Voulet**; L'étendue de la cassation en matière civile; J.C.P.; éd. G. 1977 ; 1 ; doct.; N. 2877.

L'interprétation des arrêts de la cour de cassation; J.C.P.; éd.
G. 1977; 1 ; doct.; N. 2305.

L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de
cassations; J.C.P. 1973; I ; 2544.

–Lord **Wilberforce**; La chamber des Lords; Rév. Int. dr.
Comp. 1978 ; N. 1; P. 85 ets.

ثالثاً: التعليقات على الأحكام الأجنبية:

–**Bertrand Ancel**; Obs. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 3 oct. 2000;
Rév.Crit.dr. inter. Privé. 2001; P. 519.

–**Thierry Le Bars**; Not. Sous; Cass. Ass. Plén.; 29 Nov.
1996; J.C.P.; éd. G. 1997; II; 22807.

–**Besson**; Not. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 16 Fév. 1972 ; J.C.P.
1973 ; II ; 17347.

–**Bazin**. obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 14 sept. 2006 ; Rév.
huiss. 2007 ; P.27.

–**Billiau**; Not. Sous; Cass. ch. mixte; 12 avr. 2002 ; J.C.P. 2002
II ; 10100.

–**Chauvin**; Not Sous; Cass. ass. Plén.; 23 Nov. 2007; J.C.P.
éd. G.; 2007 ; II; 10204;

–**Cholet**; Obs. Sous; Cass. Ch. Mixte.; 11 déc. 2009 ; J.C.P.
2009 ; 583.

–**Croze**; Not. Sous; Cass. Civ. 2^e ; 24 juin 2004 ; J.C.P. 2004
éd. G.; II ; 10141.

–**Devers**; Note. Sous; Cass. Soc.; 13 sept. 2005 ; D. 2006;
Jur. ; 279.

–Descoros–**Delcère**; Not. Sous; Cass. Com.; 8 janv. 2003 ;
J.C.P. 2004 ; II; 10096.

–Étienne et Perdriau. Not. Sous; Cass. Civ. 2^e ; 30 mai 2002 ;
Gaz. Pal. 25–28 déc. 2002 ; P.11.

–**Fradin**; Not. Sous; Cass. Civ. 2^e ; 30 mai 2002; J.C.P. 2003
éd. G ; II; 10015.

–**Fricero**; Not. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 10 mai 2000; D. 2000;
Jurisp. ;P. 649.

–**C. Girault**; Not.Sous; Cass.ch.Mixte; 11 déc. 2009 ; Dalloz
actualité 18 décembre 2009.

–**S. Guinchard**;

obs. Sous; Cass.Civ.3^e; 10 Janv. 1984 ; Gaz.Pal. 1984; Pan.
P. 149.

obs. Sous; Cass.Civ. 2^e; 23 Nov. 1983 ; Gaz. Pal. 1984 ; I
P. 151.

obs. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 18 Oct.1983 ; Gaz. Pal. 1984 ; I
Pan.; P. 69.

obs. Sous; Cass. Com. 26 oct. 1983; Gaz.pal. 1984 ; I ;
Pan. ; P. 70.

obs.Sous; Cass. Civ. 2^e; 17 Nov. 1982 ; Gaz. Pal. 1983 ;
Pan. ; P. 100.

–**S. Guinchard et Moussa**;

obs. Sous. Cass. Civ. 2^e; 13 mai. 1985 ; Gaz. Pal. 1985 ;
Pan. ; P. 265.

obs. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 5 juin 1985 ; Gaz. Pal.
1985 ; I ; Pan. ; P. 196.

obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 5 déc. 1985 ; Gaz. Pal.
1986 ; II ; Somm. ; P. 324.

–Jacques **Héron**; Not. Sous; Cass. Civ. 2^e 7 Nov.1994 ;
Justices 1995 ; N. 2 ; P. 279.

–Brière **de l'Isle**; Not. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 15 Fév. 1972 ;
J.C.P. 1972 ; II ; 17147.

–Charles **Jarrosson**; Not. Sous; Versailles; 29 juin 1995 ;
Rév. arb. 1995 ; P. 639.

Not. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 23 mars 1994 ; Rév. Arb. 1994 ;
P. 327.

–**Julien**; obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 22 janv. 2004 ; D. 2004 ;
somm. ; 1202.

obs. Sous; Cass.Soc. 21 janv. 2003 ; D. 2003 ; Somm. ; P.
1399.

obs. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 2 Févr. 1999 ; D.1999 ; Somm. ;
P. 214.

obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 13 mars 1996 ; D. 1996 ; Somm. ;
P. 355.

obs. Sous;Cass. Comm.; 3 Janv. 1989 ; J.C.P.éd. G. 1989 ;
IV ; P. 79.

obs.Sous; Cass. Soc.; 9 juill. 1987 ; D. 1987 ; Somm. P.
123.

obs.Sous; Cass. Soc.; 5 juin 1985 ; D. 1986; inf. rap.; P.
222.

obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 13 mai. 1985 ; D.1985 ; inf. rap. ;
P. 468.

obs. Sous; Cass. Soc.; 5 juin 1985 ; D. 1986 ; inf. rap. ; P.
222.

obs. Sous; Cass.Civ. 10 mars.1982 ; D. 1983 ; inf. rap. ; P. 421.

obs. Sous; Cass.Civ. 3^e ; 15 févr. 1977 ; D. 1977. inf. rap. P. 263.

–**Leborgne**; obs. sous; Cass. ass. Plén.; 23 Nov. 2007 ;
Rév. Huiss. 2008 ; P. 93.

–**Lescaillon**; Note. Sous; Cass. Soc.; 5 juin 1985 ; Rév.
huiss. 1986 ; P. 1597.

–**Leveneur**; Not. Sous; Cass. Ass. Plén.; 27 oct. 2006;
J.C.P.2007; éd. G.; II ;10019.

–Amrani–**Mekki**; obs. sous; Cass. ass. Plén. 23 Nov. 2007 ;
J.C.P. ; éd. G. ; 2008 ; I ; P. 138.

–**Monneray**; Not. Sous; Cass. Soc. 25 Nov. 1948 ;
Rév.Crit.dr. inter. Privé. 1948; P. 208.

–**B. oppetit**; Not. Sous; Cass. Civ.1^{Re} ; 23 mars 1994 ;
Rév.Crit.dr. inter. Privé. 1995 ; P. 356.

–Douchy–**Oudot**; Not. sous; Cass. ass. Plén.; 23 Nov. 2007 ;
Procédures 2008 ; comm. N. 15.

obs. Sous; Cass. Ch. Mixte; 28 janv. 2005 ; Rév.
huiss. 2005 ; P. 324.

–**Perdriau**;

Not. Sous; Cass. Com.; 6 Fév. 2001 ; J.C.P. 2001 ; éd. G. ;
II ; 10587.

Not. Sous. Cass. Soc.; 3 juill. 2001 ; J.C.P. 2002 ; éd. G. ;
II ; 10076.

obs. Sous; Cass. Civ. 3^e; 31 Oct. 2001 ; Gaz. Pal. 9–20 oct.
2002 ; P. 32.

obs. Sous; Cass. Civ. 3^e; 31 Oct. 2001 ; Gaz. Pal. 12– 14
Janv. 2003 ; P. 32.

obs. Sous; Cass. Soc. ; 6 Nov. 2001 ; Gaz. Pal. 9–10 oct.
2002 ; P. 38.

obs. Sous; Cass. Com. 8 déc. 1998 ; Gaz. Pal. 1999 ; II ;
Somm. P. 694.

Not. Sous; Ccss. com.; 13 Févr. 1996, Cass. Soc. 6 Févr.
1996, Cass. Soc. janv. 1996 ; Gaz. Pal. 1996; 2 ; Somm. ;
P. 397.

–Roger **Perrot**;

Not. Sous; Cass. Com.; 18 juin 2013 ; Rév. Trim. dr. Civ.
2013 ; P. 668.

Not. Sous; Cass.Civ. 1^{Re}; 14 avr. 2010 ; Procédures 2010 ;
N. 217.

Noy. Sous; Cass. Civ. 2.; 11 Juin 2008 ; Procédures 2008 ;
comm.; N. 261.

obs. Sous; Cass. ass. Plén.; 23 Nov. 2007 ; Rév. Trim. dr.
Civ. 2008 ; P. 160.

Not. Sous; Cass. Soc.; 25 Oct. 2007 ; Procédures. 2007 ;
Comm. ; P. 278.

obs. Sous; Cass. Com. ; 30 janv 2007; Procédures 2007;
Comm.; N. 74.

obs. sous; Cass. Civ. 2^e; 15 déc.2005; Rév. Trim. dr. Civ.
2006 ; P. 158

obs. Sous; Cass.Civ. 1^{Re}; 2 mars 2004; Rév. Trim. dr. Civ.
2005 ; P. 635.

obs. Sous; Cass. Civ.; 2^e 24 juin 2004 ; Rév. Trim. dr. Civ.
2004 ; P. 555.

obs. Sous; Cass. Com. 8 janv. 2003 ; Rév. Trim. dr. Civ.
2004; P. 778.

obs. Sous; Cass. Ass. Plén.; 26 Oct. 2001; Rév. Trim. dr.
Civ. 2002; P. 148.

obs.Sous; Cass. Civ. 2^e; 16 mars. 2000; Rév. Trim. dr. Civ.
2000; P. 402.

obs. Sous; Cass. ass. Plén.; 2 Nov. 1990 ; Rév. Trim. dr.
Civ. 1991; P. 173.

obs. Sous; Cass.com.; 12 avr.1983 ; Rév. Trim. dr. Civ.
1983 ; P. 796.

Not. Sous; Cass.Civ. 10 mars.1982 ; Rév. Trim. dr. Civ.
1984 ; P. 777.

Not. Sous; Cass. Civ.3^e; 6 Janv.1982 ; Rév. Trim. dr. Civ.
1982 ; N. 4; P. 790.

obs. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 26 juill. 1980 ; Rév. Trim. dr. Civ.
1981 ; P. 453.

obs. Sous; Cass.Civ. 3^e; 15 févr. 1977; Rév. Trim. dr. Civ.
1977; P.833.

Not. Sous; Cass. Civ. 10 Févr. 1953; J.C.P. 1953 ; II ;
7636.

–**Prieur**; Not. Sous; Cass. Civ. 1^{Re}; 25 mai 1982; D. 1984 ;
P. 273.

–**Catherine Puigelier**; Not. Sous; Cass.Civ. 2^e; 12 janv. 1994
J.C.P. 1995 ; II ; 22435 ; P. 198.

–**Roland**; obs. Sous; Cass. Com.; 17 Nov.2009 ; Procédures
2010 ;Com. ; 19.

–E. du **Rusquec**;

Not. Sous; Cass. Civ. 2^e; 13 Juill.2006 ; Gaz.Pal.1–2
Fév.2008 ; P. 19.

Not. Sous; Cass. Civ.2^e; 1^{re} Févr. 2006 ; Gaz. Pal. 6–7 juill.
2007 ; P. 20.

obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; janv. 2004 ; Gaz. Pal. 13–15 mars
2005 ; P. 16.

obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 4 déc. 2003 ; Gaz. Pal. 29–30 oct.
2004 ; P. 18.

obs.Sous; Cass. Com.; 25 mars. 2003 ; Gaz. Pal. 8–10 Fév.
2004 ; P. 22.

obs. Sous; Cass.civ. 2^e;10 Juill.2003; Gaz. Pal.9–10
juill.2004; P. 9.

obs. Sous; Cass. Soc.; 14 janv. 2003 ; Gaz. Pal. 10-
11Oct. 2003 ; P. 10.

Not. Sous;Cass.civ. 2^e; 4 Nov. 1992; J.C.P.éd. G. 1993 ; II
;22086.

-**Sportouch**; obs. Sous; Cass. Soc.; 26 Mars 1997 ;
Procédures 1997 ; P. 208.

-**Philippe Thery**; Not. Sous ; Cass. Civ.1^{Re} ; 20 juin. 2006 ;
Rév. Trim. dr. Civ. 2007 ; P. 172.

-**J. Viatte**; Not.Sous; Cass. Civ. 3^e ; 6 Janv. 1982 ; Gaz.
Pal. 1982; Juris. ; P. 388-389.

- **Vinckel**; obs. Sous; Cass. Civ. 2^e ; 3 avr. 2003 ; Rév.
Huiss. 2003 ; P. 298.

رابعاً: الدوريات الأجنبية:

-Bulletin des Arrêts des Chambers Civiles de La Cour de
Cassation Française.

-Dalloz actualité.

- Dalloz- sirey.
- Encyclopédie Dalloz; Répertoire de Procédure Civile.
- Gazette de Palais.
- Juris classeur Périodique.Édition Générale (La Semaine Juridique).
- Juris classeur de Droit de Procédure Civile.
- Justicés.
- Procédures.
- Recueil de Dalloz.
- Révue d'arbitrage.
- Revue des Huissiers de Justice.
- Révue Trimestrielle de Droit Civil.
- Révue Critique de droit international privé.

خامساً: المواقع الإلكترونية-موقع محكمة النقض المصرية:

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

سادساً: قائمة المختصرات

١- المختصرات العربية

س= السنة ص= الصفحة ط= الطبعة ع= العدد ق= القاعدة

مج= مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

مستحدث المواد المدنية = المستحدث ومجموعة المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية والتجارية والاقتصادية والضريبية ودوائر الإيجارات والعمال والتأمينات الاجتماعية والأحوال الشخصية وطعون رجال القضاء.

مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات= المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من أول يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢ م.

مج دستورية = مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (١٩٦٩ - ٢٠٠٩ م) - المكتب الفني للمحكمة الدستورية العليا.

٢ - المختصرات الأجنبية:

Al. = alinéa.

Anc.C.P.C. = ancien code de procédure civile.

art. = article.

Bull.civ. = Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation.

Cass. = l'arrêt de la cour de cassation.

Cass. ass. Plén. = l'arrêt de la cour de cassation siégeant en Assemblée plénière.

Cass. ch. Mixte = l'arrêt de la cour de cassation en chambres mixtes.

Chron. = chronique.

Cive. 1^{Re} = première chambre civile.

Civ.2^e = deuxième chambre civile.

Civ.3^e = troisième chambre civile.

C.C.F. = Code civile.

C.O.J.F.= Code de l'Organisation Judiciaire.

C.P.pén.F.= Code de Procédure Pénale.

Com. = chambre commerciale.

D. = Recueil de dalloz.

D.S = Dallozsirey.

Doct.= Doctrine.

éd. = Édition.

Encyc.Dalloz = Encyclopédie Dalloz – Procédure civile.

Fasc. = Fascicule.

Gaz.pal. = Gazette de palais.

inf. rap. = informations rapides.

J.C.P = jurais classeur périodique. (la semaine juridique).

Jurisp. = Jurisprudence.

Juris.Calss. Proc. Civ. = Jusris classeur de procédure civile.

Justices = Justices.

N.C.P.C.F. = Nouveau code de procédure civile Française.

Not. = Note.

N. = Numéro.

Obs. = Observation.

Op. Cit. = Ouvrage cité.

P = page.

Pan. = Panorama.

Procédures = Procédures

Rév. arb. = Révue d'arbitrage.

Rév. Huiss. = Revue des Huissiers de Justice.

Rév. Trim. dr. Civ. = Revue trimestrielle de droit civil.

Rév.Crit.dr. inter. Privé. = Revue Critique de droit international

privé

Soc. = Chambre Sociale.

Somm. = sommaire.

T. = Tome.

T.Conflits. = Tribunal des conflits.

Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.

ملخص بحث

النقض الاستثنائي

وظيفة محكمة النقض كمحكمة تنازع أحكام مدنية

د.خيري عبدالفتاح السيد البتانوني

تناولت موضوع الطعن بالنقض الاستثنائي من خلال مقدمة وفصلين، بكل منهما
مبحثين.

ففي المقدمة تم توضيح فلسفة وجود محكمة عليا على قمة النظام القضائي، وفكرة
الطعن بالنقض وطبيعته، واستنكار وجود مشكلة تناقض وتنافر بين الأحكام
القضائية.

وفي الفصل الأول قمت بتوضيح مفهوم تناقض الأحكام القضائية المدنية كسبب
موجب للطعن بالنقض الاستثنائي وشروطه، وذلك في مبحثين:

والمبحث الأول يتناول مفهوم التناقض والتنافر ببيان: تعريفه، ومعيار الترجيح بين
الأحكام القضائية المتناقضة، والضمانات الوقائية والعلاجية لمنع حدوثه.

والمبحث الثاني يتناول شروط التناقض وذلك ببيان: مجال الطعن بالنقض
الاستثنائي، والتنظيم التشريعي الفرنسي لشروطه، والشروط الخاصة لقبوله، وأثر

تناقض الأحكام الجنائية على الدعوى المدنية، وأثر التناقض بين الحكم القضائي وحكم التحكيم.

وأما الفصل الثاني فتمت بتوضيح خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، وذلك في مبحثين:

والمبحث الأول يتناول إجراءات الطعن بالنقض الاستثنائي، وذلك ببيان: التزامات الطاعن، والنطاق الشخصي والموضوعي لخصومة الطعن، ووجوب رفعه خلال ميعاد الطعن، وبيانات صحيفته، وإيداعها، وقيدها، وضم ملف القضية، ومرفقاتها، وإعلانها، ثم تبادل المذكرات بين الخصوم.

والمبحث الثاني يتناول انقضاء خصومة الطعن بالنقض الاستثنائي، وذلك ببيان: فحص الطعن في غرفة المشورة، وجلسة نظره، وعوارض خصومته، وانقضاؤها الإجرائي المبسر، وقواعد إصدار الحكم فيها، وعدم جواز الطعن في حكم النقض، والحكم بعدم قبوله شكلاً أو بعدم جواز نظره أو برفضه، والحكم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه، ثم مصير القضية المنقوضة بعد نقض الحكم المطعون فيه بالنقض.

Résumé de la recherche

Le Pourvoi en cassation exceptionnelle

(la fonction de la cour de cassation comme tribunal des conflits des jugements civils)

D. Khayry AbdelFattah elBatanony

Nous avons parlé de sujet de " Le Pourvoi en cassation exceptionnelle " à travers une introduction et deux chapitres, chaque chapitre comporte deux sections.

Dans l'introduction on a expliqué la philosophie d'existence d'une cour suprême au sommet du système judiciaire, la notion de pourvoi en cassation et sa nature , et dé'approuver l'existence du problème de contradiction et d'inconciliabilité entre les jugements judiciaires.

Dans le premier chapitre, Nous avons expliqué l'entendu de la contradiction et d'inconciliabilité de jugements judiciaires civils comme une raison motive de pourvoi en cassation exceptionnelle et ses conditions, dans deux sections:

dans le premier section, on a expliqué l'entendu de la contradiction et d'inconciliabilité en designant sa définition, le critère de la prépondérance entre les jugements judiciaires contradictoires et les garanties protectives et de traitement pour défendre sa survenance.

dans le deuxième section, on a expliqué les conditions de la contradiction et d'inconciliabilité en désignant le champ de pourvoi en cassation exceptionnelle, l'organisation législative française de ses conditions, les conditions spéciales pour l'accepter, l'effet de contradiction des jugements. Criminels sur l'action civil, et l'effet de la contradiction entre le jugement judiciaire et le jugement d'arbitration.

Dans le deuxième chapitre Nous avons expliqué le litige de pourvoi en cassation exceptionnelle dans deux sections:

Dans le premier section, on a expliqué les procédures de pourvoi en cassation exceptionnelle, designant: les obligations de ce qui forme le pourvoi, la limite personnelle et

objective de la litige de pourvoi et devoir la poursuite dans délai de pourvoi, les données de sa citation, et la déposer et inscrire, adjunction de dossier de l'affaire, et ses attachements et la notifier, puis l'échange des notes entre les litigants.

Dans le deuxième section, on a expliqué l'expiration de litige de pourvoi en cassation exceptionnelle en désignant: l'examen du pourvoi dans la chambre de conseil, la séance de l'examen, les contestations de son litige, son expiration procédurale prématurée les règles d'en rendre le jugement, le non possible d'en faire pourvoi en jugement de cassation, le jugement de ne pas en accepter en forme ou non possible en examiner ou refuter, le jugement de l'accepter et cassation du jugement en pourvoi, puis le destin de l'affaire cassée après la cassation du jugement en pourvoi en cassation.

شروط الحجز التحفظي على السفن في إطار التشريع الأردني

دراسة تحليلية مقارنة

د. سليم سمير خصاونة

أستاذ مساعد كلية القانون جامعة اليرموك

الملخص

مما لا شك فيه أن الأعمال التجارية بشكل عام، والأعمال التجارية البحرية على وجه الخصوص، تحظى باهتمام المشرعين نظراً لطبيعة الحياة التجارية وما تتسم به من خصائص السرعة والمرونة، إلى جانب واجب المحافظة على الثقة والائتمان في التعامل.

ونظراً لكون الحجز التحفظي يعمل على تعزيز هذه الخصائص في البيئة البحرية، فقد حظي باهتمام المشرعين من حيث تنظيمه، سواء أكان ذلك في إطار المنظومة التشريعية الوطنية، من خلال القانون البحري أو من خلال القوانين الإجرائية، أو في ظل التشريعات الدولية، وذلك من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية لتوحيد القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي وصولاً إلى تدويل القانون البحري. واضعاً المشرع نصب عينه الحفاظ على طبيعة هذا الإجراء كإجراء وقائي يلجأ إليه الدائن للحفاظ على حقه عند الخوف من قيام المدين بتهريب السفينة للتصل من أداء التزامه.

وتأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على القواعد الناظمة لشروط الحجز التحفظي بالتحليل والمقارنة؛ لاستجلاء مدى ملاءمة هذه الشروط لخصائص القانون التجاري، والتعرف على مدى قدرتها على تحقيق مصالح الأفراد.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج، كان أهمها أن القواعد التي تبناها المشرع الأردني لا تحقق مصلحة الأفراد؛ لذا فقد أوصت هذه الدراسة

بضرورة الدعوة إلى تبني قواعد قانونية خاصة ضمن القانون البحري؛ بما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية في هذا المجال.

كلمات مفتاحية: مطالبة؛ إجراء وقائي؛ السفن الأجنبية؛ السفن المتأهبة للسفر؛ السفن المملوكة للدولة.

**The Conditions of the Ships Arrest in the
Jordanian Law**

A Comparative Analytical Study

Saleem Sameer KHASAWNEH, Ass.Proff.

Faculty of Law

Yarmouk University

Abstract

There is no doubt that commercial transactions in general, particularly in maritime commerce, are subject to legislative regulation due to the nature of commerce and its requirements of speed and flexibility, in addition to the duty of keeping trust and credit in dealings.

Since arrest enhance those needs of maritime commerce, they have been regulated by legislatures through national laws governing maritime commerce and civil procedure. Also, at the international level international conventions have been made to harmonize the rules relating to arrest towards unifying maritime laws. Law makers consider that an arrest is in interim measure that a creditor resort to in order to avoid the possibility of the debtor taking a ship away to prevent the enforcement of its obligation.

This study aims to elucidate the rules governing the conditions of a ships arrest analytically and comparatively in order to discern whether these conditions suit the

characteristics of commercial law, and whether they can protect the interests of individuals.

The study concludes that the rules adopted by the Jordanian legislature do not realize the interests of individuals. Therefore, the study recommends that special legal rules should be adopted for maritime law in order to cope with relevant international conventions.

Key words: Claim; Injunctive relief; foreign ships; Ships ready to depart; State-owned ships.

المقدمة

لم تبرر الظروف الاقتصادية الصعبة التي يعيشها العالم في الوقت الحاضر حاجة الرحلة البحرية للأموال، فمنذ العصور القديمة ظهرت الحاجة إلى ذلك لذات الغاية التي نشهدها حالياً، حيث تم تنظيم القواعد الناظمة لذلك لدى الإغريق من خلال عقد المخاطر الجسيمة؛ لذا فإن القانون البحري قد تجاوز العصور دون أن يعتريه الهرم.

حيث بات من مقتضيات الرحلة البحرية حاجة مالك السفينة أو تجهزها لمبالغ مالية باهظة ويتمثل الباعث لهذا الأمر، بالحاجة إلى تجهيز السفينة تجارياً وملاحياً لغايات قيامها بالإرسالية البحرية، وإزاء ذلك فإن مجهز السفينة يلجأ إلى إبرام العقود المختلفة، سواء ما تعلق منها بالتزود بالمؤن والوقود أم بأشخاص الملاحة البحرية أم لغايات إنقاذ السفينة، ليس ذلك فحسب، فالحاجة إلى الأموال لا تقتصر على المسؤولية العقدية، بل تشمل أيضاً التعويض عن الأضرار التي تلحقها السفينة بالغير من خلال قواعد المسؤولية عن الفعل الضار، كالتصادم البحري، بحيث يقع على عاتق أطراف هذه العقود التزامات متبادلة أو التزام منفرد الجانب بالتعويض، حيث يعد المقابل المترتب على عاتق مالك السفينة هو التعويض المادي عن هذه العقود أو الضرر اللاحق.

وحيث إن التعويض يتمثل بمديونية الوفاء؛ لذا فإنه يقع في الجانب السلبي للذمة المالية، حيث تعمل العناصر الإيجابية للذمة على الوفاء بها من خلال عملية

التقاص وصولاً إلى إبراء الذمة، وتتعدد العناصر الإيجابية لمالك السفينة بين المبالغ المالية والمنقولات والعقارات التي تقع تحت ملكيته، واستناداً إلى أن السفينة تعتبر من المنقولات ذات الطبيعة الخاصة فإنها تدخل ضمن العناصر الإيجابية للذمة المالية.

ونظراً لكون الذمة المالية لأي شخص ضامنة لسداد جميع ديونه باعتبارها الضمان العام للدائنين¹ بحيث إن اتجاهها للجانب الإيجابي يزيد من ثقة المتعاملين، وعلى العكس من ذلك فإن النتيجة تكون بعزوف الغير عن التعامل. وكون أن السفينة تتمتع بقيمة مالية باهظة فإن إدراجها ضمن الذمة المالية سيدفع - في أغلب الأحيان - الذمة إلى الاتجاه الإيجابي، لا السلبي.

وجدير بالذكر أن الذمة المالية بعناصرها الإيجابية وحدها غير كافية لقيام الشخص بتنفيذ الالتزامات التي ترتبت في ذمته، فإلى جوارها يبرز جانب هام ألا وهو شخصية المدين المتمثلة بقابليته للوفاء لما ترتب عليه من التزامات، فإن كانت بذات الاتجاه الإيجابي للذمة المالية فإنهما يتظافران معاً لإطفاء الجانب السلبي، أما إذا اتخذت اتجاهاً معاكساً فإن الشخص - وعلى الرغم من اتجاه الذمة المالية في الجانب الإيجابي - فإن المدين سيتقاعس عن أداء ما التزم به.

¹ تنص المادة ٣٦٥ من القانون المدني الأردني على أنه: "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان".

وإزاء وجود احتمالات متبادلة فيما بين القيام أو التقاعس عن أداء الالتزامات المترتبة بالذمة المالية في الجانب السلبي، ورغبة من المشرعين باستقرار المعاملات فيما بين الأفراد ولضمان استمرار الثقة ولإدامة الائتمان فقد تم وضع آليات متعددة منها ما هو وقائي كمنع المدين من التصرف بهذه العناصر إضافة إلى إبطال التصرفات التي تمت على هذه العناصر^١، إضافة إلى آليات الغاية منها التنفيذ على العناصر الإيجابية للذمة المالية، والتي تهدف إلى استيفاء الحق الثابت في الذمة المالية للمدين رغماً عنه كالبيع جبراً عن المدين^٢.

وقد ترك للدائن الخيار باختيار الآلية التي يراها مناسبة إما طوعاً بغية حمل المدين على ترك التقاعس واتخاذ الجانب الإيجابي من خلال سداد ما ترتب عليه من التزامات طوعاً، ولكن دون أن يترتب على ذلك إلحاق الضرر بهم

^١ اعتنى واضع القانون المدني الأردني بمعالجة هذه الوسائل في إطار المواد ٣٦٥ - ٣٩٢، وذلك تحت عنوان: "الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ، حيث عالج على التوالي: الدعوى غير المباشرة؛ الدعوى الصورية؛ دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن؛ الحجر على المدين المفلس؛ حق الاحتباس.

^٢ وهذا يأتي امتثالاً للمبدأ القانوني القاضي بأن: "يُنْفَذُ الحَقُّ جبراً على المدين به عند استحقاقه، متى استوفى الشروط القانونيّة". م ١/٣١٣ من القانون المدني الأردني.

هذا، وقد خصص المشرع المواد ٣٥٥ - ٣٦٤ من القانون المدني لمعالجة وسائل التنفيذ الجبري. وقد أتى على بيان ثلاث وسائل لهذا التنفيذ، هن على التوالي: التنفيذ العيني؛ الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل؛ التنفيذ بطريق التعويض.

فيبادروا إلى التحفظ على الذمة المالية للمدين، فإن لم يحققوا مبتغاهم فإنهم يلجؤون إلى الوسيلة الأخرى من خلال التنفيذ على العناصر الإيجابية للذمة المالية لمدينهم، وإما جبراً المتمثل باتخاذ الوسائل الوقائية للمحافظة على الذمة المالية للمدين من خلال ما يملكه من مستندات وبيانات إلى حين الحصول على سند تنفيذي لغايات التنفيذ على الذمة المالية.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية هذه الدراسة من خلال توضيح الشروط المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن في ظل التشريع الأردني مقارنة بالاتفاقيات الدولية نظراً لتعدد الأنظمة القانونية النازمة لأحكامه، حيث استثار موضوع الحجز على السفينة قريحة المشرعين المختلفين لغايات تنظيمه بموجب قواعد خاصة ضمن نصوص قوانين التجارة البحرية.

إضافة إلى مسارعة الدول إلى الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، حيث وجدت اتفاقية بروكسل لعام ١٩٥٢ الخاصة بالحجز على السفن^١، إضافة إلى اتفاقية جنيف لعام ١٩٩٩ الخاصة بالحجز على السفن^٢ والتي آثر

^١ لقد أصبحت اتفاقية بروكسل لعام ١٩٥٢ واسعة الانتشار بين الدول المختلفة حيث صادقت عليها ٧٦ دولة؛ كونها تعد أول اتفاقية دولية تعمل على توحيد القواعد والإجراءات الخاصة بالحجز التحفظي على السفن، إضافة إلى تقديمها ضمانات متميزة للدول من خلال حظر الحجزات المتكررة على نفس السفينة فيما يتعلق بنفس المطالبة.

^٢ صادقت ١٥ دولة على هذه الاتفاقية ودخلت حيز النفاذ بتاريخ ١٤/٩/٢٠١١.

واضعوها تبني آلية للحجز التحفظي على السفن دون تنظيم الحجز التنفيذي على السفن، آخذين باعتبارهم أهمية الدور الذي يستند إليه الحجز التحفظي دون التنفيذي، حيث يسعى الدائن من خلال إيقاع الحجز التحفظي إلى إجبار المدين على الوفاء أو تقديم الكفالة المناسبة التي تضمن الدين دون اللجوء إلى إتمام إجراءات التنفيذ، والتي غالباً ما يسارع المدين إلى تقديمها للتخلص من الحجز لما يترتب عليه من آثار بالغة تضر بمصالحه.

في حين يجد المتأمل في قانون التجارة البحرية الأردني^١ رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢ ضمن طياته إيراد المشرع نصاً يتيمماً متعلقاً بالحجز التحفظي على السفن، حيث ورد هذا النص على استحياء، وهو نص المادة (٢٩) تاركاً بذلك تنظيم أحكام الحجز التحفظي وفقاً للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية^٢ رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والتي جمع أحكامه ضمن نصوص المواد ١٤١ - ١٥٢.

أما بخصوص المواد (٧٥-٩٤) الواردة ضمن قانون التجارة البحرية والتي وسمها المشرع بعنوان الحجز على السفينة، فإنه وبمطالعة متأمله لما ورد في هذه النصوص نجد أن المشرع الأردني قد قصد من خلالها تنظيم آلية الحجز التنفيذي على السفينة، وليس أحكام الحجز بنوعيه التحفظي والتنفيذي، وبذلك فقد اكتفى

^١ قانون التجارة البحرية الأردني وتعديلاته رقم ١٢، لسنة ١٩٧٢، المنشور في الجريدة الرسمية، رقم ٢٣٥٧، بتاريخ ١٩٧٢/٥/٦، ص ٦٩٨.

^٢ قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٥٤٥ على الصفحة رقم ٧٣٥ بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢.

المشرع الأردني بالقواعد العامة لغايات حكم مسألة تلعب دوراً بالغ الأهمية للأطراف متعددين الدائن والمدين والغير، إضافة إلى عدم انضمام المملكة الأردنية الهاشمية إلى أي اتفاقية دولية في هذا المجال، والذي سيؤدي بالنتيجة إلى إلحاق الضرر بالناقلين الوطنيين.

إشكالية الدراسة:

تبرز إشكالية هذه الدراسة في بيان مدى ملاءمة النصوص القانونية الواردة ضمن التشريع الأردني الخاصة بشروط الحجز التحفظي في حماية الدائنين المتعاملين مع مجهزي السفن الهادفة إلى منعهم من تهريب العنصر الهام في ذمتهم المالية من خلال إيقاف التصرفات القانونية الرامية إلى التصرف بها لغايات إجبارهم على ترك السلبية والوفاء بما ترتب عليهم من التزامات في ضوء الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.

منهجية الدراسة:

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي من خلال بيان النصوص القانونية مدار البحث كل في موطنه إضافة إلى المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية مدار البحث لبيان مواطن النقص أو القصور أو الغموض اللاحق بها من خلال المعالجة التشريعية المقدمة من المشرع مع بيان موقف المشرع المقارن عند اتباعه لأسلوب مغاير لحكم المسائل مدار البحث وذلك استناداً إلى المنهج المقارن.

خطة الدراسة:

سيتناول هذا البحث شروط الحجز التحفظي على السفينة، وذلك بتقسيمه إلى مبحثين يتناول المبحث الأول الشروط المتعلقة بطلب إيقاع الحجز، ثم يتناول المبحث الثاني الشروط المتعلقة بمحل الحجز.

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بطلب إيقاع الحجز

إن تحديد ماهية المصطلح محل الدراسة يلعب دوراً بارزاً في تحديد الشروط الواجب توافرها لغايات اتخاذ مثل هذا الإجراء، ومن خلال الرجوع إلى النصوص القانونية الواردة ضمن قانون التجارة البحرية الأردني والقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية نجد بأنها خلت خلواً تاماً من تعرض المشرع لتعريف الحجز.

في حين، وعلى العكس من المشرع الأردني عرفت اتفاقية بروكسل ١٩٥٢ الحجز بأنه احتجاز السفينة بإجراء قضائي ضماناً لمطالبة بحرية، ولكنه لا يشمل الاستيلاء على السفينة تنفيذاً لحكم قضائي أو امتثالاً له، وبذات النهج عرفت اتفاقية جنيف لعام ١٩٩٩ بأنه توقيف للسفينة أو تقييد لتنقلها بأمر من محكمة ضماناً لمطالبة بحرية، ولكنه لا يتضمن حجز السفينة تنفيذاً لحكم قضائي أو لسند آخر واجب النفاذ.

من خلال نظرة استقرائية لنصوص الاتفاقيات نجد أن واضعي هذه الاتفاقيات لم يتجهوا إلى تقييد سلطات مالك السفينة أو تجهزها من خلال منع التصرف، وإنما انتهجوا نهجاً مغايراً من خلال وضع القيود على السفينة ذاتها، ولذلك ما يبرره كون أن الاتفاقيات الدولية في مجال القانون البحري تهدف إلى

تدويله من خلال وضع قواعد قانونية موحدة لتسري في مواجهة جميع الدول بغض النظر عن النظام الذي تتبناه هذه الدول في حال دخولها طرفاً في الاتفاقية.

يضيف الباحث إلى ذلك أن التعامل في إطار القانون البحري لا يعني المحلية وإنما العالمية كون أن جميع العلاقات التي تتم مشوبة بعنصر أجنبي سواء من الأطراف أو من السفينة، وبذلك فلا بد من وضع الحلول المناسبة لمجابهة كافة التوقعات المشروعة للوصول إلى استقرار المراكز القانونية.

علاوة على ما تم ذكره سابقاً، فإن نصوص الاتفاقية عملت على تجزئة الذمة المالية للمدين من خلال تخصيص الثروة البحرية للوفاء بما يترتب عليها من حقوق، حيث خصصت عملية منع السفينة من السفر أو وضع قيود على انتقالها، ولعل المبرر وراء هذا النهج عائد إلى تبني الاتفاقيات الدولية لأحكام الحق العيني العائدة جذوره للقانون الروماني، والذي يقصد به اتخاذ الدعوى في مواجهة الشيء لغايات الحصول على الحق دون الالتفات إلى مالكة أو حائزه، حيث أهملت الاتجاه الآخر الذي يتبنى الحق الشخصي -الذي تم تبنيه من قبل المشرع الأردني- عند وضعها للتعريف، والمقصود به اتخاذ الدعوى في مواجهة المالك أو

الحائز بغض النظر عن الشيء محل الحجز،¹ إلا أن الاتفاقيتين عادتاً وتبنتا الحق الشخصي ضمن النصوص القانونية كاستثناء.

ونظراً لتبني منهجين مغايرين سواء في إطار التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية فقد ترتب على ذلك تباين شروط الحجز، لذا سيتم بحث هذه الشروط لغايات الوقوف على ما تضمنه التشريع الأردني مقارنة بالاتفاقيات الدولية لبيان مدى ملاءمتها لمصلحة الدائنين والمدنيين الوطنيين، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين يعالج المطلب الأول الشروط الشكلية لطلب الحجز التحفظي، بينما سيتم مناقشة الشروط الموضوعية لطلب الحجز التحفظي في المطلب الثاني.

¹ Corcione C., Bring the Vessel to Court: The Unique Feature of the Action in *rem* in the Admiralty Law Proceedings, International Review of Law, Qatar University, 2013, Vol.7, P. 2-4.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لطلب الحجز التحفظي

إن الغاية من إيقاع الحجز التحفظي هو المحافظة على الذمة المالية للمدين خوفاً من تهريب أمواله، حيث يعتبر هذا النوع من الحجز من الوسائل القانونية التي نظمها المشرع لحماية الدائن، أضف إلى ذلك إجبار المدين على الوفاء بما ترتب عليه من التزامات، فإن لم يتحقق ذلك، يتحول الحجز التحفظي إلى تنفيذي لغايات استيفاء حقوق الدائن من المال المحجوز عليه.^١

وبمجرد استصدار القرار بإيقاع الحجز التحفظي فإن المال المحجوز عليه يوضع تحت يد القضاء، إلا أن المشرع أجاز للقضاء بتفويض صلاحية وضع المال المحجوز لدى شخص ثالث،^٢ وقد جرى العمل على استخدام هذه المكنة من قبل القضاء.

^١ موسى، طالب، القانون البحري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ٨٥؛ الجميل، إيمان، النظام القانوني للسفينة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٣٦.

^٢ الفقي، عاطف، قانون التجارة البحرية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٦-١٠٩؛ تنص المادة ١٤٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: يجوز للمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة أن تضع الأشياء والأموال المنقولة المحجوزة تحت يد شخص أمين للمحافظة عليها أو إدارتها حتى نتيجة المحاكمة.

ولا جدل في أن السلطة القضائية هي المختصة بإصدار قرار الحجز إلا أن المرفق القضائي يتضمن اختصاصين اختصاص الفصل في المنازعات موضوعاً، واختصاص الفصل في الطلبات التي لا تحتمل التأخير، ولما كانت غاية الحجز التحفظي هو منع المدين من تهريب أمواله إلى حين صدور حكم فاصل في المنازعة، لذا فإن هذا القرار ما هو إلا إجراء وقتي ينفرد قاضي الأمور الوقتية بنظره، حيث تنحصر مهمة القضاء المستعجل باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لحماية حقوق أي من الطرفين الأجدر بالحماية الوقتية، ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقة القانونية مؤقتاً من خلال حكم القانون وطبيعة العلاقة القائمة بين الطرفين ريثما يقول القضاء الموضوعي كلمته.^١

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المستعجل لا يقوم على فكرة العدالة الكاملة وإنما يقوم على فكرة الحماية العاجلة التي لا تكسب حقاً من جهة ولا تهدره من جهة أخرى، بحيث يصدر القضاء المستعجل الحكم بالأمور المستعجلة المتفرعة عن النزاع الموضوعي أو المرتبطة به دون المساس بأصل النزاع.^٢

^١ معالي، خليل، اشكالات القضاء المستعجل، بدون طبعة، دار زهير خليل، عمان، ٢٠٠٧، ص ٤؛ وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٤٣١٥/٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٦/٦؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١١٥١/٢٠٠٥ هـ.ع الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٧/١٠.

^٢ عبد التواب، معوض، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ص ١٢-١٣.

حيث لا يخفى على أحد أن المدة اللازمة للفصل في النزاع موضوعاً المتسمة بطول أمد المنازعة، مما يمكن المدين من إجراء التصرفات القانونية الخاصة بإخراج العناصر الإيجابية من ذمته المالية قاصداً الإضرار بالدائنين؛ لذا فقد مكن المشرع الدائن من التقدم بطلب لدى قاضي الأمور المستعجلة في أي وقت لغايات الحجز على السفينة.^١

وقد استلزم المشرع الأردني لغايات النظر بطلب إيقاع الحجز التحفظي توافر شرطين متلازمين في الطلب المقدم، ألا وهما ركن الاستعجال وأن يكون المطلوب مجرد إجراء وقتي لا يمس أصل الحق لغايات قبوله شكلاً، لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول ركن الاستعجال في حين ستم مناقشة عدم المساس بأصل الحق في الفرع الثاني.

^١ مكن المشرع الدائن من التقدم بطلب الحجز التحفظي قبل البدء بالدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة التي تقع الدعوى الموضوعية ضمن اختصاصه النوعي أو القيمي والمكاني، أو عند البدء بالمطالبة القضائية للحق الموضوعي أو اثنائها وفي هذا الشأن تقوم صفتين للقاضي قاضي موضوع فيما يتعلق بالمركز الموضوعي المتنازع عليه وقاضي أمور مستعجلة فيما يتعلق بفحوى طلب الإجراء الوقتي.

الفرع الأول ركن الاستعجال

يقصد بركن الاستعجال الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده.^١

حيث ينفرد قاضي الأمور المستعجلة بتقدير توافر حالة الاستعجال من عدمه وفقاً للسلطة التقديرية التي منحت له حيث يخلص إلى ذلك من خلال الوقائع الواردة في الطلب، دون التفات إلى ما يسبغه أطراف المنازعة من صفة الاستعجال لغايات قبول الطلب وإصدار القرار بالإجراء الوتقي، حيث لم يعتمد المشرع إلى تعداد الحالات التي تتوافر بها حالة الاستعجال^٢. وإزاء المكنه التشريعية فإن

^١ الدناصري، عز الدين؛ عكاز، حامد، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، بدون طبعة، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦ ص ١١٧؛ علي، راتب؛ كامل، محمد؛ راتب، محمد، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، الطبعة ٧، دار النشر، ١٩٨٥، ص ؛ أبو الوفا، احمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الجزء الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ١٧٦؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٣/٩٩٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٦/٢٧.

^٢ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٠/١٣٧٩ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٨.

محكمة التمييز لا تراقب أو تعقب على النتيجة التي خلص إليها قاضي الأمور المستعجلة من حيث توافر حالة الاستعجال من عدمه.^١

ويعتبر ركن الاستعجال متحققاً عند المطالبة بإيقاع الحجز التحفظي على السفن وخصوصاً السفن العاملة على خطوط غير منتظمة^٢ التي لا ترفع علماً أردنياً، كون أن هذه السفن عند خروجها من الميناء الأردني فإن احتمالية العودة إليه ضئيلة إن كان الدين المطالب به مبالغ باهظة.

وعلى العكس من ذلك، فإن خروج السفن الأردنية أو السفن الأجنبية العاملة على خطوط منتظمة من الميناء الأردني لا يحقق ركن الاستعجال لغايات النظر في طلب ايقاع الحجز التحفظي لتلاشي التخوف بعدم عودتها في وقت لاحق وذلك لتردها المستمر إلى الميناء الأردني، وإنما يتحقق ركن الاستعجال إن اثبت الدائن إتجاه نية مالکها بإخراجها من ذمته المالية من خلال ابرام عقد البيع مثلاً.

^١ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/٤٢٣٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٨/١٥؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٩٩/٣٢٣٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/١/١٣؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/١٦٤٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٨.

^٢ يقصد بالسفن غير المنتظمة أو الجواله هي السفن التي لا تتمتع بخطوط سفر ثابتة بين موانئ محددة مسبقاً، وإنما تنتقل من ميناء إلى آخر عندما تكون شحنة البضائع مناسبة.

ولم يحدد المشرع الأردني الوقت الواجب لتوافر صفة الاستعجال لغايات التمكن من المطالبة بإيقاع الحجز؛ ومن هنا، فيمكن أن تتوافر قبل البدء بالدعوى الموضوعية، ويتحقق هذا الفرض فيمكن للدائن التقدم بالطلب قبل قيد الدعوى،^١ والذي لا يمنع الدائن من الالتجاء إلى القضاء الموضوعي لاحقاً لغايات اثبات دعواه، بمعنى أن الالتجاء إلى أحد الطريقتين القضاء العادي أو المستعجل لا يمنع من الالتجاء إلى الطريق الآخر.

إلا أن المشرع الأردني أقام التوازن بين طالب الحجز والمحجوز عليه لغايات عدم الإضرار، حيث اشترط إقامة الدعوى الموضوعية خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لصدور القرار الوتقي وإلا اعتبر الإجراء الوتقي كأن لم يكن.^٢

^١ تنص المادة ١/١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أن: للدائن طلب توقيع الحجز الاحتياطي سواء قبل إقامة الدعوى أو عند تقديمها أو أثناء نظرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أو المحكمة بالاستناد إلى ما لديه من المستندات والبيانات أو بالاستناد إلى حكم أجنبي أو قرار تحكيم، وذلك على أموال المدين المنقولة وغير المنقولة وأمواله الموجودة بحيارة الشخص الثالث لنتيجة الدعوى؛ لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: الحمصي، محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل، الطبعة الأولى، دار البشير، عمان، ١٩٨٦، ص ١٧٢.

^٢ تنص المادة ١/١٥٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: إذا صدر قرار بإيقاع الحجز الاحتياطي أو المنع من السفر أو باتخاذ أية إجراءات احتياطية أخرى قبل إقامة الدعوى يجب على الطالب أن يقدم دعواه لأجل إثبات حقه خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لتاريخ صدور ذلك القرار، وإذا لم تقدم الدعوى خلال المدة المشار إليها يعتبر القرار الصادر بهذا الشأن كأنه لم يكن وعلى رئيس المحكمة أو من ينتدبه أو قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لإلغاء مفعول ذلك القرار.

ويمكن أن تظهر صفة الاستعجال عند قيد الدعوى الموضوعية أو أثناء نظرها، لذا فقد مكن الدائن من التقدم بطلب الإجراء الوتقي إلى قاضي الموضوع عند ظهور هذا الفرض،^١ مما ينطوي قيام صفتين للقاضي قاضي موضوع بصفة أصلية فيما يتعلق بالمركز الموضوعي المتنازع عليه وقاضي أمور مستعجلة بصفة تبعية فيما يتعلق بفحوى طلب الإجراء الوتقي والذي غايته الحجز التحفظي على الذمة المالية للمدين ومن ضمنها السفينة لمنع المدين من الإضرار بحقوق الدائنين،^٢ ويستمر وجود هذا الإجراء في الحالتين إلى حين حصول الدائن على سند تنفيذي بموجب حكم قاطع بالدعوى الموضوعية فإما أن يتم تثبيت هذا الحجز أو إنهائه وفقاً لنتيجة الدعوى من قبل قاضي الموضوع.

لذا يتبين مما سبق، أن حالة الاستعجال يتوجب توافرها من لحظة التقدم بالطلب إلى حين الفصل في المنازعة الموضوعية، أي استمرارية الخشية من فوات الوقت، فإن انتفت هذه الحالة ينتفي معها وصف هام من أوصاف المصلحة المتمثل بأن تكون المصلحة قائمة من لحظة المطالبة إلى لحظة صدور الحكم،

^١ المادة ١/٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

^٢ البلبيسي، وضاح، القضاء المستعجل في الأردن، المعهد القضائي الأردني، عمان، ١٩٩٢، ص٤١؛ وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم ٣٧٨١/٢٠١٤ هـ.ع الصادر بتاريخ ٢٩/١/٢٠١٤.

وبذا فإن الغاية التي توخاها المشرع من الإجراء الوقتي سنتتقي؛ مما سيحتم على قاضي الأمور المستعجلة الرجوع عن قراره المتخذ بشأن الحجز.^١

وجدير بالملاحظة، أن الأحكام الصادرة عن القضاء المستعجل ليس لها حجية أمام القضاء العادي الذي يفصل في أساس الحق المتنازع عليه، لذا فإن قاضي الموضوع لا يتقيد بما انتهى إليه قاضي الأمور المستعجلة كون أن الأخير يصدر حكمه بناء على ظاهر البينة،^٢ مع الإشارة إلى أن الاحكام المستعجلة تدور وجوداً وعدمياً مع الحكم الموضوعي فإن اثبت الدائن دعواه يثبت من خلالها الإجراء المستعجل وإن تم رد العوى يسقط بناء على ذلك الاجراء الوقتي.

^١ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٣/٢٠٤٦ هـ.ع الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٢٢.

^٢ هرجة، مصطفى مجدي، الجديد في القضاء المستعجل، الطبعة الثانية، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٥٧٥.

الفرع الثاني عدم المساس بأصل الحق

استناداً إلى اختصاص القضاء المستعجل فإن دوره ينحصر باتخاذ إجراء وقتي لدرد خطر محقق دون الولوج في الحق الموضوعي المتنازع عليه، وهذا ما يعبر عنه بعدم المساس بأصل الحق المتنازع عليه، وقد عرف أصل الحق بأنه المركز الموضوعي للخصوم من حيث الوجود أو العدم وما يؤثر في هذا المركز أو يغير فيه من حيث الصحة أو البطلان أو يؤثر في الآثار القانونية التي تترتب عليه سواء أكانت هذه الآثار تترتب بحكم القانون أو إرادة المتعاقدين.¹

لذا، فإن أصل الحق هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع بينهما، أي أن يكون الحق المطلوب حمايته واضحاً جلياً لا يحتاج ثبوته إلى تحقيق، فإن غم على قاضي الأمور المستعجلة ذلك فيتوجب أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الطلب كون أن الإجراء الوقتي المطلوب يتطلب الخوض في

¹ راتب، محمد، قضاء الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص ٣٦؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٢/٣٨٣٤ الصادر بتاريخ ٢٣/٤/٢٠١٣.

موضوع الحق المتنازع عليه والذي يتعين على قاضي الأمور المستعجلة ترك جوهر المنازعة سليماً لقاضي الموضوع.^١

ويهدف لجوء الأفراد إلى القضاء المستعجل استصدار حكم مؤقت يحدد المراكز القانونية للخصوم، حيث يتسم هذا التحديد بالتأقبت استناداً إلى قابلية الوقائع للتغيير، في حين يختلف لجوئهم إلى القضاء العادي من حيث الغاية والتي ترمي لاستصدار حكم نهائي في الدعوى له حجية قاطعة.^٢

ويتوجب أن لا يفسر مبدأ عدم المساس بأصل الحق تفسيراً جامداً، وإلا غدا هذا المبدأ عقبة معيقة للعمل القضائي المستعجل تمنعه من ممارسة اختصاصاته، وإنما يفسر بأن من حق قاضي الأمور المستعجلة المساس بأصل الحق لا لغايات المساس بموضوع المنازعة وإنما لمعرفة الطرف الأجدر بالحماية

^١ عيد، إدوارد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الطبعة ٢، مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٤٣٩؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٣٤/٤٢٠١٨ الصادر بتاريخ ١٥/٨/٢٠١٨.

^٢ محمود، أحمد صدقي، قواعد المرافعات في دولة الامارات، الطبعة الأولى، دار النشر الاماراتية، دبي، ١٩٩٩، ص ١٩٨-١٩٩.

الوقتية،^١ مع مراعاة عدم التعديل في المراكز القانونية للخصوم حتى ولو اضر
بمركز احد الأطراف.^٢

وبالرجوع إلى اتفاقية بروكسل واتفاقية جنيف المتعلقتان بالحجز التحفظي
على السفن لا يجد الباحث أية إشارة ضمن الاتفاقيات حول ركن الاستعجال
والمساس بأصل الحق، وإنما تضمنت الاتفاقيتان حصر قرار إصدار الحجز
التحفظي على السفن بالجهة القضائية،^٣ تاركةً المجال للتشريعات الوطنية بتنظيم
الإجراءات ضمن منظومتها التشريعية الداخلية باعتباره من القواعد الإجرائية والتي
يطبق بموجبها القاضي قانونه الداخلي.^٤

^١ لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: الأخرس، نشأت، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية،
الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٢٦-٣٣٠.

^٢ لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: الحمصي، محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل، مرجع
سابق، ص ٨٨.

^٣ تنص المادة ٤ من اتفاقية بروكسل على أنه: لا يجوز الحجز على السفينة إلا بإذن من
المحكمة أو من السلطات القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي يجري فيها توقيع الحجز؛
كما نصت المادة ١/٢ من اتفاقية جنيف على أنه: لا يجوز حجز السفينة أو رفع الحجز عنها
إلا بموجب إذن من محكمة الدولة الطرف التي يوقع فيها الحجز.

^٤ تنص المادة ٦ من اتفاقية بروكسل على أن: كافة القواعد الإجرائية المتصلة بالحجز على
السفينة أو بتقديم طلب للحصول على الإذن المشار إليه في المادة ٤، وكذا كافة الأمور
الإجرائية التي قد يستتبعها الحجز، يحكمها قانون الدولة المتعاقدة التي حدث فيها الحجز أو
المطالبة بتوقيعه؛ كما تنص المادة ٤/٢ من اتفاقية جنيف على أنه: مع مراعاة أحكام هذه

فإذا ما تمت المطالبة بالإجراء الوقتي فإن على القاضي الناظر بالطلب تطبيق قانونه الوطني - حيث انتهجت معظم الدول هذا النهج نظراً لارتباط هذه القواعد بالسيادة الوطنية - لغايات البت في هذا الطلب، إلا أن تبايناً حصل في طريقة تنظيم هذا الإجراء.

وهذا بدوره يوضح رغبة واضعي الاتفاقيتين إلى تبنيها من قبل دول متعددة الأنظمة لغايات الوصول إلى تدويل الجزء الهام من تنظيم الحجز التحفظي دون التصادم مع فكرة السيادة الوطنية التي عادةً ما تتمسك بها الدول ناهيك عن تشدد الدول النامية بها.

الاتفاقية، يحكم قانون الدولة التي يوقع فيها الحجز أو يطلب توقيعه فيها الإجراءات المتعلقة بحجز السفينة ورفع الحجز عنها.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لطلب الحجز التحفظي

لم يكتفي المشرع بتوافر الشروط الشكلية لغايات اعمال اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب ايقاع الحجز التحفظي على السفن، بل تطلب ايضاً توافر شروط موضوعية تتضافر جنباً إلى جنب مع الشروط الشكلية والتي بناء على اجتماعها يتمكن قاضي الامور المستعجلة من فرض حمايته المؤقتة على العنصر الايجابي في الذمة المالية للمدين.

وتتمثل الشروط الموضوعية بطبيعة علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين وعلى خلاف النهج المتبع في الاتفاقيات الدولية بخصوص الحجز التحفظي على السفن والتي تشترط أن يكون الدين ناتج عن دين بحري فقط فقد اتخذ المشرع الأردني نهجاً مغايراً من عدم تحديده لطبيعة الدين، إضافة إلى شروط محددة حصراً من قبل المشرع الأردني لعلاقة المديونية والتي لم تشترط مثل هذه الشروط الاتفاقيات الدولية.

لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول طبيعة الدين محل الحجز في حين ستنم مناقشة الشروط الواجب توافرها بالدين في الفرع الثاني.

الفرع الأول طبيعة الدين محل الحجز

إن المتأمل في نص المادة (٣/١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية يجد بأن المشرع الأردني لم يحدد طبيعة الدين، حيث جاء النص مطلقاً فيستوي أن يكون الدين المطالب به مدنياً أم تجارياً، إضافة إلى عدم اشتراط المشرع الأردني تعلق هذا الدين بالسفينة المطلوب الحجز عليها من عدمه، فسواء أتعلق بسفينة أم لم يتعلق بها فيصالح أن يؤسس عليه طلب الحجز التحفظي، إن توافرت شروطه.

بمعنى آخر، فقد أخذ المشرع الأردني بمظهر عام بوجود علاقة المديونية أياً كان مصدرها نظراً لطبيعة القضاء المستعجل الذي مكن المشرع القاضي بموجبه من إصدار القرار بطلب الحجز على السفينة بناءً على ظاهر البيانات المقدمة دون الولوج في الحق المتنازع فيه، ودون اشتراط رابطة بين المديونية والسفينة محل الحجز، باعتبارها أحد العناصر الإيجابية في الذمة المالية للمدين.

إلا أن الاتفاقيتين الدوليتين بخصوص الحجز على السفينة انتهجتا منهجاً مغايراً عما جاء به المشرع الأردني من حيث اشتراطهما لصفة الدين أن يكون ناشئاً عن استخدام السفينة؛ إذ أخذتا بعين الاعتبار الدعوى العينية لا الشخصية كقاعدة عامة لتنظيمهما، حيث قامت اتفاقية بروكسل^١ بحصر المطالبات البحرية الناشئة

^١ تنص المادة ١ من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٥٢: أ. الضرر الذي تسببه أية سفينة سواء في تصادم أو غير ذلك. ب. الوفاة أو الإصابة الجسدية اللتين تسببهما أية سفينة أو تحدثان فيما

عن استخدام السفينة بموجب قائمة مغلقة متكونه من سبع عشرة مطالبة، في حين تبنت اتفاقية جنيف^١ أيضاً تعداداً للمطالبات البحرية مكونة من اثني وعشرين مطالبة.

يتصل بتشغيل أية سفينة .ج .الإنقاذ. د . الاتفاق المتعلق باستخدام أو استئجار أية سفينة سواء بمشاركة تأجير أو غير ذلك. ه . هلاك أو تلف البضائع، بما في ذلك الأمتعة، المحمولة على أية سفينة. و . العوارية العامة. ز . الافتراض برهن السفينة. ح . القطر. ط . الإرشاد. ي . البضائع أو المواد حيثما تزودت بها السفينة من أجل تشغيلها أو صيانتها. ك . بناء أو إصلاح أو تجهيز أية سفينة أو تكاليف ورسوم الأرصفة. ل . أجور ريان السفينة أو ضباطها أو طاقمها. م . مصاريف الريان بما في ذلك المصاريف التي يتكبدها الشاحنون، أو المستأجرون والوكلاء، عن السفينة أو مالكةا. ن . المنازعات التي تتناول الحق في السفينة أو ملكيتها. س . المنازعات بين الشركاء في ملكية السفينة فيما يتعلق بملكيتها أو حيازتها أو عمالتها أو إرجاعها. ع . الرهن أو الرهن غير الحيازي للسفينة.

^١تنص المادة ١ من اتفاقية جنيف ١٩٩٩: أ الهلاك أو التلف الناجم عن تشغيل السفينة؛ ب الوفاة أو الضرر البدني، الذي يحدث في البر أو الماء، ويتصل اتصالاً مباشراً بتشغيل السفينة؛ ج عمليات الإنقاذ أو أي اتفاق إنقاذ، بما في ذلك، عند الانطباق، التعويض الخاص المتصل بعمليات إنقاذ لسفينة كانت تمثل هي نفسها أو بضاعتها ضرراً محدقاً بالبيئة؛ د الضرر الذي تلحقه السفينة أو قد تلحقه بالبيئة أو الشريط الساحلي أو المصالح المتصلة بهما؛ والتدابير المتخذة لتفادي أو تقليل أو إزالة هذا الضرر؛ والتعويض عن هذا الضرر؛ وتكاليف التدابير المعقولة المتخذة فعلاً أو التي يتعين اتخاذها لإعادة البيئة إلى ما كانت عليه؛ والخسارة التي يتكبدها أو يرجح أن يتكبدها الغير بشأن هذا الضرر؛ والأضرار أو التكاليف أو الخسائر التي تماثل في طبيعتها ما ورد ذكره تحديداً في هذه الفقرة الفرعية د؛ ه التكاليف أو المصاريف المتعلقة برفع السفينة الغارقة، أو المحطمة، أو الجانحة، أو المتخلى عنها، أو نقلها، أو استعادتها، أو تدميرها، أو إبطال أذاها، بما في ذلك أي شيء يكون أو كان على متن هذه السفينة، والتكاليف أو المصاريف المتعلقة بالمحافظة على السفينة المتخلى عنها وإعالة طاقمها؛

ويؤخذ على نظام القائمة المغلقة عدم مواكبة التطورات في مجال المنازعات البحرية فإمكانية ظهور منازعات مستقبلية لم تكن قائمة وقت إبرام الاتفاقية يخرجها من مجال انطباقها، وتدعو الحاجة مستقبلاً إلى إبرام اتفاقية جديدة؛ لذا عملت الاتفاقيتان لغايات تلافي هذا الفرض على عدم تقييد سلطة الدول ضمن منظومتها التشريعية الداخلية بإضافة أسباب أخرى لغايات إيقاع الحجز.¹

و أي اتفاق يتعلق باستخدام أو استئجار سفينة، سواء ورد في مشاركة إيجار أو في غيرها؛ ز أي اتفاق يتعلق بنقل البضائع أو الركاب على متن السفينة، سواء ورد في مشاركة إيجار أو في غيرها؛ ح الهلاك أو التلف الذي يصيب أو يتصل بالبضائع بما في ذلك الأمتعة المنقولة على متن السفينة؛ ط العوارية العامة؛ ي القطر؛ ك الإرشاد؛ ل البضائع، أو المواد، أو المؤن، أو الوقود، أو المعدات بما في ذلك الحاويات التي زودت بها السفينة أو الخدمات التي أديت للسفينة من أجل تشغيلها، أو إدارتها، أو المحافظة عليها، أو صيانتها؛ م تشييد، أو إعادة تشييد، أو إصلاح، أو تحويل، أو تجهيز السفينة؛ ن رسوم وأعباء الموانئ، والقنوات، والأحواض، والمرافئ، وغيرها من المجاري المائية؛ س الأجور وغيرها من المبالغ المستحقة لريان السفينة، وضباطها، وسائر العاملين عليها بمناسبة عملهم على متنها، بما في ذلك نفقات العودة إلى الوطن، واشتراكات التأمين الاجتماعي المستحقة الدفع عنهم؛ ع المدفوعات المؤداة نيابة عن السفينة أو مالكيها؛ ف أقساط التأمين بما في ذلك اشتراكات التأمين التبادلي الخاصة بالسفينة، الواجبة الدفع من مالك السفينة أو مستأجرها عارية أو نيابة عنهما؛ ص أي عمولات أو مصاريف وساطة أو وكالة، واجبة الدفع عن السفينة من مالك السفينة أو مستأجرها عارية أو نيابة عنهما؛ ق أي نزاع حول ملكية السفينة أو حيازتها؛ ر أي نزاع بين الشركاء في ملكية السفينة بشأن استخدام السفينة أو بشأن عوائدها؛ ش رهن أو رهن غير حيازي أو عبء ذو طبيعة مماثلة على السفينة؛ ت أي نزاع ينشأ عن عقد بيع السفينة.

¹ تنص المادة ٤/٨ من اتفاقية بروكسل على أنه: "ليس في هذه الاتفاقية ما يعدل أو يمس القواعد القانونية النافذة في كل من الدول المتعاقدة فيما يتصل بتوقيع الحجز على أية سفينة،

إلا أن اتفاقية بروكسل حصرت تطبيق أسباب الحجز التحفظي على السفن الواردة ضمن المنظومة التشريعية الداخلية للدول على السفن التي تحمل علم ذات الدولة المنظمة للتشريع الداخلي فقط دون سريان أحكام القانون الداخلي على السفن التي تحمل علم دولة متعاقدة حيث طبقت على هذه الأخيرة أسباب الحجز التحفظي الواردة ضمن الاتفاقية، بعكس الذي انتهجته اتفاقية جنيف من خلال تطبيق اتفاقية جنيف وأحكام التشريع الداخلي على تلك السفن.

أما في حالة السفن التي تحمل علم دولة غير طرف في اتفاقية بروكسل أو جنيف فتطبق أحكام الاتفاقية عليها إضافة إلى التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة، ويرى الباحث أن الهدف الذي ابتغاه واضعو الاتفاقيتين هو بغية الإيجار غير المباشر للدول غير المتعاقدة للدخول في الاتفاقيات الدولية من خلال حماية مصالح مواطنيها، وصولاً إلى تدويل القانون البحري في مجال الحجز التحفظي، وهذا الأمر متعارض مع سيادة الدول من حيث عدم وجود جهة دولية تملو سيادة الدول.

داخل نطاق ولاية الدولة التي ترفع علمها، من قبل شخص يكون محل إقامته المعتادة أو مركز عمله الرئيسي في تلك الدولة". كما نصت المادة ٣/٨ من اتفاقية جنيف على أن "لا تمس هذه الاتفاقية أي حقوق أو سلطات عائدة لأي حكومة أو إدارات تابعة لها، أو لأي سلطة عامة، أو لأي سلطة من سلطات الأحواض أو المرافئ، بموجب أي اتفاقية دولية أو بموجب أي قانون محلي أو لائحة محلية، لتوقيف أو منع إبحار أي سفينة في دائرة ولايتها".

والمتمثل في النصوص الناظمة لأحكام الحجز التحفظي الواردة ضمن اتفاقية جنيف يجدها جاءت مرادة لذات الأحكام التي وردت ضمن اتفاقية بروكسل مع إضافات بسيطة دون إجراء تغيير جذري، وهذا ما يفسر عدم استجابة المجتمع الدولي لتبني اتفاقية جنيف، حيث استغرقت هذه الاتفاقية مدة زمنية طويلة تزيد على اثني عشرة سنة لغايات دخولها حيز النفاذ بعد أن صادقت عشر دول عليها بشق الأنفس، حيث كان ذلك في عام ٢٠١١، إضافة إلى تقييد الدول المتعاقدة بانطباق نصوص الدول الداخلية بشأن الحجز على السفن بمناسبة مطالبات غير منصوص عليها في الاتفاقية.

علاوة على ما سبق، فإن ما تمتاز به اتفاقية جنيف عن اتفاقية بروكسل هو أنها عمدت إلى توسيع مظلة انطباقها من خلال إضافة ست مطالبات جديدة لم تكن من ضمن قائمة المطالبات المنصوص عليها في اتفاقية بروكسل، والتي من خلالها يتضح بأنها اشتملت على معظم الديون الناشئة عن استغلال السفينة التي بموجبها مكنت المدعي من إيقاع الحجز التحفظي بموجبها.

إضافة إلى أن التعداد للمطالبات البحرية ضمن اتفاقية بروكسل جاء على سبيل الحصر، في حين جاءت من قبيل الحصر المرن فيما يتعلق باتفاقية جنيف، حيث جاءت من خلال تعداد المطالبات البحرية بنوع جديد من المطالبة ألا وهو الضرر الذي قد تلحقه السفينة بالبيئة، دون تحديد لنوع الضرر الذي قد يلحق البيئة أو تحديد معيار وقوعه، إضافة إلى فتح المجال للمطالبة بالتعويض عن الأضرار

المماثلة من خلال النص في عجز الفقرة الفرعية (د) من المادة (١) منها على أن "الأضرار أو التكاليف أو الخسائر التي تماثل في طبيعتها ما ورد ذكره تحديداً في هذه الفقرة الفرعية"، مما يؤدي إلى إمكانية توسيع انطباق الاتفاقية أو تضيقها وفقاً للقاضي الناظر في المنازعة.^١

وفوق ذلك، فقد جاءت الصياغة الواردة ضمن اتفاقية جنيف أفضل من الصياغة الواردة في اتفاقية بروكسل، مما لا يجعل مجالاً لاختلاف التفسيرات من حيث مدى انطباق الاتفاقية بين الدول المتعاقدة من عدمه، فعلى سبيل المثال لا الحصر، اعتبرت اتفاقية بروكسل أن من أسباب إيقاع الحجز "الضرر الذي تسببه أية سفينة سواء في تصادم أو غير ذلك"، فذكر كلمة أو غير ذلك في النص يؤدي إلى تباين التفسيرات حول الضرر الذي تسببه السفينة لأية سفينة أخرى دون التصادم المادي كالمناورة الخاطئة لأحد السفن والتي تسبب من خلالها ارتفاع أمواج البحر مما ألحق الضرر بسفينة أخرى، فهل مثل هذه المطالبة تمكن المدعي من إيقاع الحجز على السفينة التي تسببت بالضرر من عدمه، حيث يعتبر ذلك

^١ الحداد، حفيظة، الحجز التحفظي على السفينة، العدد الأول، مجلة الدراسات القانونية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٧٤؛

Md. Rizwanul I., The Arrest of Ship conventions 1952 and 1999: Disappointment for Maritime Claimants, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 38, No. 1, 2007, p. 76.

ضرراً إلا أنه غير ناتج عن تصادم سفينتين كون التصادم يشترط أن يكون ناتجا عن ارتطام مادي بين سفينتين.¹

والملاحظ أن النهج الذي جاءت به الاتفاقيات الدولية من خلال اشتراط إيقاع الحجز التحفظي والذي يؤسس وفقاً لأحد المطالبات المحددة يعد نهجاً يفضل نهج المشرع الأردني، حيث جاءت الاتفاقيات لتقيم التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة إدامة العمل بالثروة البحرية (السفينة) بما لها من أهمية بالغة في اقتصاديات الدول، حيث راعت الاتفاقيات التوازن بين حجم التعويضات المتأتية من خلال المطالبات - حيث تعتبر أي مطالبة منها إن ثبتت وقائعها أمام القاضي ذات قيمة باهضة- والقيمة التي تتمتع بها السفن، في حين لم يعمل المشرع الأردني على ذلك، فنصوص التشريع الأردني تمكن الدائن ذا المبالغ الزهيدة من إيقاع الحجز التحفظي على السفينة كونها جزءا من ذمته المالية؛ مما سيؤثر سلباً على الدور الاقتصادي البارز للسفينة.

¹ Mohamed A., Ship Arrest Under Egyptian Maritime Law, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 49, No. 4, 2018, p. 590.

لمزيد من التفصيل حول التصادم البحري لطفاً انظر: العطير، عبد القادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣٩٣ وما بعدها.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها بالدين

لما كان الدين الواجب أدائه أساساً للمطالبة بإيقاع الحجز التحفظي على السفينة، وإقامة التوازن فيما بين الدائن طالب الحجز والمدين المطلوب الحجز على سفينته، ولغايات عدم تعسف الدائن في استخدام حقه؛ فقد أوجب المشرع الأردني طلب الحجز بتوافر شروط متعلقة بالدين موضوع الحجز.

فقد أورد المشرع الأردني ضمن نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية هذه الشروط من خلال نص المادة (٣/١٤١)^١، حيث أوجب المشرع عند التقدم بطلب لإيقاع الحجز توافر شروط مجتمعه، وتقع مسؤولية التأكد من اجتماعها على القاضي الناظر في الطلب قبل اتخاذ القرار من خلال ظاهر البيئة التي سترفق مع الطلب.

^١ تنص المادة ٣/١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: عندما يراد إيقاع حجز على مال يجب أن يكون مقدار الدين معلوماً ومستحق الأداء وغير مقيد بشرط، وإذا كان مقدار الدين غير معلوم تعين المحكمة مقداره بقرارها على وجه التخمين. ولا يجوز أن يحجز من أموال المدين إلا بما يفي بمقدار الدين والرسوم والنفقات، ما لم يكن المحجوز غير قابل للتجزئة.

إن المتمتع بهذه الشروط لا يجدها إلا ترديداً لما ورد في نص المادة (٣) ^١ من قانون أصول المحاكمات المدنية، التي ذكرت بأن شرط الطلب أو الدعوى يتمثل في المصلحة، حيث أوجب المشرع توافر المصلحة في أي طلب يقدم، بحيث إن تتوافر بها شخصية المعتدى عليه وأن يقع الاعتداء بشكل مباشر مباشرة عليه، إضافة إلى وجود الاعتداء وحلوله وأن يكون الحق المعتدى عليه يحميه القانون. ^٢

من خلال تطبيق هذه الأوصاف على طالب الحجز نجد أنه لا بد من أن يكون دائماً للمطلوب الحجز عليه، فلا يمكن إيقاع الحجز من قبل شخص لا تتوافر به هذه الصفة، أي أن يقدم الطلب من شخص لا تربطه أي علاقة بالمطلوب الحجز على أمواله، أو أن يقدم الطلب من شخص يدعي حقاً لشخص آخر طالباً إيقاع الحجز؛ فلا يستطيع أي شخص أن يفتئ على صاحب الحق من خلال إقامة الدعوى أو تقديم طلب بها، ويستنتج القاضي هذه الصفة من خلال ظاهر المستندات والبيانات التي يقدمها طالب الحجز إلى قاضي الأمور المستعجلة أو للمحكمة. ^٣

^١ تنص المادة ٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أن: لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقراها القانون. 2. تكفي المصلحة المحتملة؛ إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليبه عند النزاع فيه.

^٢ الزعبي، عوض، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الثانية، دار اثراء للطباعة والنشر، عمان، ٢٠١٠، ص ٢٤٥ وما بعدها.

^٣ المادة ٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

إضافة إلى ما سبق، يتوجب أن يتحقق الوصف الآخر ألا وهو أن يكون هنالك اعتداء قائم وحال، حيث عبرت المادة (٣/١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية عن هذا الوصف بأن يكون الدين مستحق الأداء غير معلق على شرط. أي يتوجب لغايات التقدم بالطلب أن يكون الأجل المضروب للمدين قد حل أو أن يكون الشرط قد زال^١. فإن انتفى هذا الوصف لقيام الدائن على سبيل المثال بمنح المدين ائتماناً إضافياً قبل التقدم بالطلب، فلا يعد هذا الوصف متحققاً مما سيؤدي بالنتيجة إلى رد هذا الطلب كونه سابقاً لأوانه.

وما يبرر هذا الأمر، هو أن الاعتداء على حق الدائن لم يقع كون أن الأجل قد ضرب لمصلحة المدين وليس الدائن، ويقصد بالأجل المضروب الأجل الاتفاقي أو القانوني حيث لا ينصرف هذا الوصف إلى الأجل القضائي؛ كون أن القضاء يمنح المدين أجلاً (نظرة الميسرة) في إطار القانون المدني^٢، أما في إطار القانون التجاري فإنه يتشدد في منح المدين أجلاً للسداد إلا في ظل ظروف

^١ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٣.

^٢ تنص المادة ٣٣٤ من القانون المدني على أنه: "١ . يجب أن يتمّ الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في نمة المدين، ما لم يوجد اتفاق، أو نصّ يقتضي بغير ذلك. ٢ . على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية، إذا لم يمنعها نصّ في القانون، أن تُنظر المدين إلى أجل معقول، أو آجال، يُنفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك؛ ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

استثنائية،^١ فلا يمكن للدائن بإرادته المنفردة سحب هذا الائتمان. أضف إلى ما سبق، فإنه لا يمكن الجزم من أن الاعتداء سيقع مستقبلاً من عدمه، كون أن المدين يمكن أن يبادر إلى الوفاء في ميعاد الاستحقاق، مما سيؤدي بنتيجة حتمية إلى انتهاء المخاوف المؤرقة للدائن والناجمة عن عدم الوفاء.^٢

وقد حصر المشرع الأردني الحق في المطالبة بإيقاع الحجز التحفظي بموجب دين مستحق الأداء من حيث مصدره وأساسه الذي يستند إليه حتى وإن كان محلاً لمنازعة أمام القضاء،^٣ ويثبت ذلك من خلال مستندات سواء أكان هذا المستند رسمياً أم عرفياً مع إرفاق البيانات التي تثبت هذا المستند أو حكم أجنبي صادر من جهة قضائية أجنبية حيث لم يشترط المشرع الأردني إكساء الحكم الصبغة الوطنية أو حكم تحكيم سواء أكان هذا الحكم صادراً من هيئة تحكيم وطنية أم أجنبية، وقد هدف المشرع من ذلك إلى التحقق من استحقاق الدين.

^١ تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٦ قانون التجارة على أنه: "لا يحق للمحكمة في المواد التجارية أن تمنح مهلاً للوفاء إلا في ظروف استثنائية". كريم، زهير؛ أبو حلو، حلو، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مركز حمادة للطباعة، اردب، ٢٠٠٢، ص ٨٩-٩٠.

^٢ المنشاوي، عبد الحميد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ٥٤١.

^٣ أبو الوفاء، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٨، ص ٨٣٧.

فإن لم يثبت الدائن طلبه وفقاً لما تضمنه النص فالنتيجة الحتمية لطلبه الرفض، وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية من أن التقدم بطلب لإيقاع الحجز مؤسساً للطلب على الحكم الصادر من الدرجة الأولى هو حكم بدائي لا يزال محل طعن لدى محكمة الدرجة الثانية وبذلك فإنه لا تتوافر معه شروط الحجز التحفظي^١.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن قيام المشرع الأردني بتحديد الحالات التي يمكن معها إيقاع الحجز التحفظي فيما يتعلق بالدين المستحق الأداء يخرج كثيراً من الديون المستحقة على المدين من إطار الحجز التحفظي لعدم توافر الأسانيد التي تطلبها المشرع الأردني، فعلى سبيل المثال الضرر الناشئ عن المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) كالوفاة الناتجة عن تشغيل السفينة لا يمكن معه بأي حال وحسب نص المشرع الأردني من إيقاع الحجز التحفظي كون أن مبلغ التعويض غير مستحق إلا حين صدور حكم قطعي بالدعوى الموضوعية، وذلك على عكس القائمة الواردة ضمن الاتفاقيتين الدوليتين واللذان مكنتا الدائن بموجب العقد أو الفعل الضار من المطالبة بالحجز التحفظي على السفينة على الرغم من عدم استحقاق الدين وفق منهج المشرع الأردني؛ لذا فإن النهج الذي انتهجته الاتفاقيات الدولية يفضل منهج المشرع الأردني من حيث عدم اشتراط

^١ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٣/١٨٣٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢١.

إثبات الطلب بطريقة محددة، وشمول حالات متعددة خرجت من نطاق القانون الأردني، مما يحقق مصلحة فضلى للدائنين.

أما فيما يتعلق بوصف القانونية للمصلحة فلا بد من أن يكون الدين ناشئاً عن مصلحة يحميها القانون أي غير مخالفة للقوانين أو النظام العام أو الآداب، فإن انتفى هذا الوصف فلا ينظر القضاء في المصالح غير المشروعة.^١

إضافة إلى ما سبق، يتوجب أن يكون الدين معين المقدار، أي أن يكون معلوماً وذلك ليتمكن القاضي من إقامة التوازن فيما بين المال محل الحجز وقيمة الدين المحجوز بموجبه، فأصدار قرار الحجز على أموال المدين يتوجب أن يكون بما يساوي المبلغ المطالب به، حتى لا يلحق الضرر بالمدين من خلال الحجز على أموال ذات قيمة تتجاوز قيمة الدين.^٢

والمتأمل في نص المادة (٣/١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية يجد بأن المشرع الأردني اشترط التناسب بين الدين والمال المحجوز بموجبه، إلا أنه عاد واستدرك أن هنالك أموالاً غير قابلة للتجزئة فأجاز الحجز عليها حتى وإن

^١ لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: الزعبي، عوض، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص ٢٤٧؛ عيد، إدوارد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، مرجع سابق، ص ٧٢؛ الدناصوري، عز الدين؛ عكاز، حامد، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، مرجع سابق، ص ١١٧.

^٢ فهمي، وجدي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٩٨.

تجاوز قيمة المال الدين، وفي إطار الدراسة فإن السفينة من الأموال غير القابلة للتجزئة، فبناء على عجز المادة سالفه الذكر، يجوز الحجز عليها مهما بلغت قيمة الدين، إضافة إلى عدم تشدد المشرع بمعلومية الدين، فإن لم يكن الدين معين المقدار على وجه الدقة فقد مكن المشرع المحكمة من تحديده على وجه التخمين بصورة مبدئية من خلال الاستئناس برأي الخبراء المتخصصين في مجال المنازعة، ويكون هذا التقدير لاحقاً عند نظر المنازعة من قبل قاضي الموضوع غير ملزم كونه من يقع على عاتقه الفصل في المنازعة وليس قاضي الأمور الوقتية.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن الشروط الواردة ضمن قانون أصول المحاكمات المدنية تتعطل في حالة المرور البريء للسفن الأجنبية^١ العابرة في المياه الإقليمية أو الداخلية للدول الساحلية بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢،^٢ حيث تخضع هذه السفن إلى النظام القانوني الوارد ضمن هذه الاتفاقية، والتي بموجبها لن تتمكن أي دولة ساحلية من إيقاع الحجز التحفظي على تلك السفن كقاعدة عامة إلا استثناءً، وذلك إن أحدثت هذه السفن أثناء عبورها ضرراً ترتب عليه تعويض، فعلى سبيل المثال، إذا أحدثت السفينة أثناء عبورها

^١ يقصد بالمرور البريء هو المرور السريع المتواصل حتى لو اشتمل على التوقف والرسو بقدر ما يكون متطلباً لمقتضيات الملاحة العادية أو ما تستلزمه القوة القاهرة، والذي بدوره لا يخل بسلم الدولة الساحلية أو بحسن نظامها أو بأمنها.

^٢ انضمت المملكة الأردنية الهاشمية إلى اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، وقد تم نشرها في الجريدة الرسمية رقم ٥٠١٢ بتاريخ ٢٠١٠/٢/١، في الصفحة ٥٧٣.

تلوثاً بحرياً أو اعتراها أثناء هذا العبور خطر بحري تم بموجبه إنقاذها، ففي مثل هذه الحالات سنتشأ في مواجهتها مطالبات مالية يمكن بموجبها الحجز على السفينة، أو بمناسبة العقود التي تبرمها السفينة لغايات إتمام الرحلة البحرية، كالتزود بالوقود أو المؤن، وإزاء عمومية النص فينصرف ذلك على رسوم الدخول والخروج من الموانئ بصفة مؤقتة.^١

في حين يجد المتأمل في القائمة الحصرية للمطالبات البحرية الواردة ضمن الاتفاقيتين الدوليتين بأنها لم تشترط أن يكون الدين معلوماً من حيث الظاهر، إلا أنه ومن خلال التأمل في طبيعة المطالبات المحددة يجد الباحث أن بعض هذه المطالبات تحدد الدين بشكل دقيق أو بعضها الآخر يحدده على وجه التقريب.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقيتين الدوليتين لم تشيرا بشكل صريح إلى أي شرط من الشروط التي جاء بها المشرع الأردني. مما حدا ببعض الفقه^٢ إلى القول بأن الاتفاقيات لم تتضمن إلا شرطاً وحيداً لغايات المطالبة بإيقاع الحجز، ألا وهو الصفة البحرية للدين؛ وبذلك فلا حاجة في ظل الاتفاقيات إلى التقيد بالشروط

^١ تنص المادة ٢/٢٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على أنه: لا يجوز للدولة الساحلية أن توقع إجراءات التنفيذ ضد السفينة أو تحتجزها لغرض أي دعوى مدنية إلا فيما يتعلق بالالتزامات التي تتحملها السفينة أو المسؤوليات التي تقع عليها أثناء رحلتها خلال مياه الدولة الساحلية أو لغرض تلك الرحلة.

^٢ دويدار، طلعت، طرق التنفيذ القضائي، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٠٤؛ طه، مصطفى، مبادئ القانون البحري، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩١، ص ٩٦.

الواردة ضمن نصوص التشريع الداخلي، حيث إن هذا الأمر يحقق مصلحة الدائنين من خلال تمكنهم من إيقاع الحجز التحفظي على السفينة بمجرد إثبات علاقة المديونية الناشئة عن أحد الأسباب الواردة في الاتفاقيات.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه هذا الفقه يخالف منطق الأمور فيما يتعلق بطبيعة القضاء المستعجل، كون أن عدم النص صراحة ضمن نصوص الاتفاقيات الدولية على الشروط الأخرى لا ينفي عدم توافرها؛ حيث إن بعض هذه الشروط يفهم ضمناً من خلال التعداد الذي جاءت به الاتفاقيات، في حين أن بعض الشروط التي لم تتطرق له لا صراحة ولا ضمناً، لا يمكن تجاهلها، وإنما هي متروكة للنظام الداخلي للدول المتعاقدة استناداً إلى تطبيق كل دولة لنظامها الإجرائي باعتباره القاعدة العامة للقاعدة الخاصة الواردة ضمن الاتفاقية.

المبحث الثاني الشروط المتعلقة بمحل الحجز

إن محل الحجز الذي يرنو إليه الدائن هو إيقاع الحجز على السفينة، كون أن السفينة تمثل الثروة البحرية التي تنقل الذمة المالية لمن يمتلكها إلى الجانب الإيجابي؛ نظراً لما تتمتع به من قيمة مالية باهضة، فتتجه أعين الدائنين إلى هذه الثروة نظراً لإجبار المدين على الوفاء خوفاً من انقلاب الحجز التحفظي إلى تنفيذي وخسارته لهذه الثروة.

وإن لم يهرع هذا المدين إلى التخلص من هذا الحجز - وهذا فرض نادر الحدوث - فيمكن للدائن التنفيذ على محل الحجز من خلال بيعه قضائياً جبراً عن المدين بعد ثبوت الحق بموجب حكم قضائي قطعي، حيث إن الإعلان عن بيع هذه الثروة البحرية سيدفع كثيراً من الراغبين بتملكها للدخول في إجراءات المزايدة العلنية، مما سيجرب عليه تحقيق الدائن الحاجز هدفه من إيقاع الحجز التحفظي ألا وهو استعادة حقه المعتدى عليه.

وحتى يستطيع الدائن إيقاع الحجز التحفظي لا بد ابتداءً أن يتوافر وصف السفينة على المال المطالب بالحجز عليه، وفي حال توافر هذا الوصف يجب أن تكون السفينة قابلة للحجز عليها، لذا فسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سيتم مناقشة الشروط المتعلقة بالسفينة في المطلب الأول؛ بينما سيخصص المطلب الثاني منه لمناقشة الشروط المتعلقة بملكية السفينة.

المطلب الأول الشروط المتعلقة بالسفينة

تتمتع السفن بقيمة مالية باهضة تنقل الذمة المالية للمدين إلى الجانب الايجابي، لذا فإن الدائنين يسارعون بايقاع الحجز التحفظي على هذا العنصر لغايات اجبار المدين للوفاء بما ترتب عليه من التزامات خوفاً من انقلاب هذا الحجز إلى حجز تنفيذي وخروج هذا العنصر من الذمة المالية جبراً لغايات الوفاء بما ترتب من التزامات.

ولغايات ايقاع الحجز التحفظي فلا بد أن يتوافر في هذا العنصر الشروط القانونية التي حددها المشرع الوطني لاعتباره من السفن، فقد عمد المشرعين إلى وضع الشروط الخاصة بالسفن ويتوجب على الدائن الذي يطالب بايقاع الحجز اثبات توافر هذه الشروط جميعاً.

وكما هو معلوم بأن السفن لا تلبث الدخول للمياه الاقليمية لدولة ما إلا وتسارع في الخروج منها كونها دائمة التجول في البحار والمحيطات وبمقارنة بسيطة للوقت الذي تقضيه في المياه الاقليمية يعتبر قصيراً مع الوقت الذي تجوب به البحار والمحيطات، فقد مكن المشرعين القضاء بايقاع الحجز التحفظي على السفن في داخل المياه الاقليمية، إلا أن الوضع القانوني للسفن المتأهبة للسفر ينتابه الغموض من قبل المشرع الأردني اضافة إلى اتفاقية جنيف على العكس من اتفاقية بروكسل التي مكنت القضاء من ايقاع هذا النوع من الحجز.

لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول ماهية السفينة وطبيعتها
في حين سيتم مناقشة الوضع القانوني للسفن المتأهبة للسفر في الفرع الثاني.

الفرع الأول

ماهية السفينة وطبيعتها

تعتبر السفينة مالاً منقولاً ذا طبيعة خاصة. وقد نص المشرع على قواعد لغايات تنظيمها في إطار قانون التجارة البحرية الأردني، ولغايات إيقاع الحجز عليها لا بد من توافر وصف السفينة على هذا المال.

وقد حرص المشرع الأردني على وضع تعريف موسع للسفينة^١، حيث أضيف الوصف على جميع المراكب - مع تحفظ الباحث على استخدام كلمة مركب ضمن التعريف - بغض النظر عن حمولته سواء أكانت كبيرة أم صغيرة.

أضف أيضاً، فإن المشرع أحسن عندما جعل وصف السفينة يشمل جميع الأموال دون الأخذ بعين الاعتبار الهدف من إنشاء هذه السفينة، فسواء أكانت الملاحة التي ستقوم بها تهدف إلى تحقيق الربح كالاستغلال التجاري أم لا، كالصيد والنزهة، فإن وصف السفينة يلحق بها. وبهذا الاتجاه أخذت محكمة التمييز الأردنية من خلال تعريفها للسفينة بأنها مركب قابل للملاحة البحرية.^٢

^١ تنص المادة ٣ من قانون التجارة البحرية الأردني على أن: السفينة، كل مركب صالح للملاحة أيا كان محموله وتسميته، سواء كانت هذه الملاحة تستهدف الربح أم لم تكن.

^٢ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في الدعوى رقم ١٩٩٠/٨٨٩، الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١/٦، منشورات قسطاس.

ولكن يعاب على هذا التعريف، بأنه لم يفرق بين السفينة والمركب على الرغم من وجود اختلافات جوهرية بينهما أهمها ركن التخصيص الذي غفل عنه المشرع الأردني والذي يقصد به بناء السفينة بطريقة تمكنها من مجابهة المخاطر التي قد تتعرض لها أثناء الرحلة البحرية، حيث إن وصف السفينة يتحقق إن كانت مخصصة للملاحة البحرية حتى ولو قامت بالملاحة الداخلية. في حين أن المركب مخصص للملاحة الداخلية أو النهرية، حتى لو قام بالملاحة البحرية بصورة عرضية.^١

إضافة إلى ما سبق، فإن المشرع الأردني لم يشر من خلال التعريف إلى الوضع القانوني للسفينة قيد الإنشاء، حيث أضفى وصف السفينة على كل مركب صالح للملاحة البحرية؛ فالمعنى المستفاد من ظاهر النص أن السفينة قيد الإنشاء لا ينطبق عليها وصف السفينة، إلا أنه ومن خلال نصوص قانون التجارة البحرية، وخصوصاً نص المادة (٦٨) من قانون التجارة البحرية، منح السفن قيد الإنشاء صفة السفينة.

^١ لمزيد من التفصيل حول الانتقادات الموجهة لتعريف السفينة في ظل قانون التجارة البحرية الأردني انظر، لطفاً: موسى، طالب، القانون البحري، مرجع سابق، ص ٤٣-٤٥.

ويذهب جانب من الفقه،^١ إلى القول بأن المركب الصالح للملاحة هو المخصص للملاحة البحرية، ويرى الباحث أن هنالك فرقا شاسعا بين صلاحية المركب للملاحة وتخصيصه للملاحة البحرية؛ كون أن هذا يرد على طريقة البناء المتبعة، حيث يؤخذ بعين الاعتبار عند البدء بالبناء نوعية وكمية المخاطر التي قد يتعرض لها كل من المركب والسفينة مما يؤثر على طريقة البناء والمواد المستخدمة لغايات مجابهة هذه المخاطر، ولا يخفى على أحد أن المخاطر البحرية التي قد تتعرض لها السفينة تتعدى بكثير المخاطر التي يتعرض لها المركب اثناء قيامه بالرحلة ضمن المياه الداخلية للأنهار والسواحل، ويمكن لقائل أن يعارض ذلك بالقول بوجود أنهر تمتاز مياهها بمخاطر تتشابه مع المخاطر البحرية، إلا أنه رداً على مثل هذا الطرح - ومن وجهة نظر الباحث - فإن هذه الأنهر، وعلى فرض وجودها، هي استثناء، وبذلك لا يمكن أن يكون صالحاً لإعمال القياس عليه.

لذا فإن الرأي الراجح في الفقه^٢ يعرف السفينة بأنها (المنشأة العائمة التي تقوم أو تخصص للقيام بالملاحة البحرية على وجه الاعتياد)، فالمنشأة لا تكتسب

^١ السامعة، خالد؛ المنصور، أنيس، أحكام الحجز التحفظي على السفينة في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلد ٣، عدد ٢، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان، ٢٠١٦، ص ٣١٩.

^٢ العريني، محمد؛ الفقي، السيد، القانون البحري والجوي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣٣؛

حمدي، كمال، القانون البحري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٩-٣٠.

وصف السفينة إلا من وقت صلاحيتها للملاحة ويلازمها هذا الوصف إلى حين فقدان هذه الصلاحية نهائياً كعدم قابليتها للملاحة وتحولها إلى مطعم أو حطام،^١ وبذلك فإن هذا التعريف يتلافى الانتقادات التي وجهت إلى تعريف المشرع الأردني ضمن قانون التجارة البحرية، وهو التعريف الذي تبناه المشرع الأردني بموجب نظام تنظيم دخول السفن إلى المياه الإقليمية الأردنية.^٢

إضافة إلى ما سبق، فإن وصف السفينة لا يتضمن جسدها فقط، بل يمتد إلى مجموع ملحقاتها (القوارب والرافعات والسلاسل والمرساة) المعدة لغايات إتمام السفينة للرحلة البحرية؛ وبذلك فإن التصرفات التي ترد على السفينة من بيع ورهن وإيجار وتأمين تشمل أيضاً الملحقات بغير حاجة إلى النص عليها إلا إذا وجد اتفاق يستبعد هذه الملحقات من تلك التصرفات.^٣

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية، فلم تتضمن نصوصاً للتعريف بالمال محل الحجز تاركَةً تحديد ما ينطبق عليه وصف السفينة من عدمه للتشريعات

^١ الفقي، السيد، المسؤولية والتعويض عن اضرار التلوث البحري بالمحروقات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٧-٣٨.

^٢ نظام تنظيم دخول السفن إلى المياه الإقليمية الأردنية رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٩ والذي نص في المادة الثانية منه على أن: السفينة أي منشأة مخصصة للملاحة البحرية على وجه الاعتياد أو في مرحلة البناء أيا كان نوعها أو تسميتها أو حمولتها وملحقاتها اللازمة لاستغلالها وتعتبر سفينة صغيرة إذا قل طولها عن ٢٤ متر.

^٣ تنص المادة الثالثة من قانون التجارة البحرية على أن: تعتبر جزءاً من السفينة جميع التفرعات الضرورية لاستثمارها.

الوطنية، ولا بد من الإشارة في هذا المقام إلى أن التشريعات الوطنية وصلت إلى إجماع غير اتفاقي في هذا الشأن من حيث المضمون مع اختلاف في الصياغة،^١ لذا فقد انقضت الحاجة لوضع تعريف من قبل الاتفاقيات الدولية التي غايتها توحيد الاختلاف بين الدول المتعددة وتدويل قواعد القانون البحري.

ولا يعود ممارسة النشاط البحري لسفينة تتمتع بجنسية دولة واحدة، وإنما تتمتع السفن بجنسية دول مختلفة استناداً إلى ميناء تسجيلها، وتأسيساً على تنقل هذه السفن بين موانئ الدول المختلفة فقد ينشأ حق بذمة مالك السفينة بحيث يمكن له التنصل من هذا الحق من خلال مغادرة الميناء وعدم العودة إليه مطلقاً، لذا تظهر أهمية الحجز التحفظي إن كان المطلوب الحجز عليه هو إحدى السفن الأجنبية، باستقراء سريع لما ورد ضمن نصوص القانون الأردني يجد الباحث أن قانون التجارة البحرية يطبق على جميع السفن سواء أكانت وطنية أم أجنبية.

إلا أنه وبمنظرة متأمله في مجموع النصوص القانونية - حيث إن النصوص تقرأ وحدة واحدة- يجد الباحث أن قرار إيقاع الحجز يقيد في ميناء تسجيل السفينة

^١ تنص المادة الأولى من قانون التجارة البحرية الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠ على أن: السفينة في حكم هذا القانون هي كل منشأة صالحة بذاتها للملاحة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تستهدف الريح؛ كما تنص المادة الأولى من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أن: السفينة هي كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الريح؛ تنص المادة الأولى من القانون البحري السوري رقم ٤٦ لعام ٢٠٠٦ على أن: السفينة هي كل منشأة عائمة ذاتية الدفع صالحة للملاحة البحرية وتعد ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءاً منها.

في دفتر تسجيل السفينة،^١ وحيث إن القرار القضائي الوطني ملزم لجميع السلطات في داخل الإقليم الأردني، إلا أنه غير ملزم لجهة خارج الإقليم الأردني إلا بعد مروره بمرحلة تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً لبلد التنفيذ والتي نادراً ما تحظى قرارات الأحكام الأجنبية بصيغة وطنية لغايات تطبيقها داخل إقليم الدولة، واستناداً إلى مبدأ القوة الملزمة للقرارات القضائية ومبدأ نفاذها، فإن القاضي الأردني سيقدر رفض طلب الحجز على السفينة الأجنبية إن لم يتوافر في الدعوى ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية ليتسنى له تطبيق قرار الحجز داخل إقليمه.^٢

في حين طبقت اتفاقية بروكسل أحكامها على أية سفينة ترفع علم دولة متعاقدة داخل نطاق ولاية أية دولة أخرى متعاقدة، وبذلك فإن قضاء الدول المتعاقدة يختص بنظر المنازعة الموضوعية إن أشارت قواعد الاختصاص الوطني للدولة إلى اختصاص محاكمها بنظر المنازعة.^٣

إلا أن الاتفاقية أضاف إلى ذلك قواعد اختصاص محاكم الدولة التي أوقعت الحجز على السفينة على الرغم من عدم تحقق أي ضابط من الضوابط الداخلية بنظر

^١ المادة ٢/١٥١ من قانون أصول المحاكمات المدنية، المادة ١٣/ل من قانون التجارة البحرية.

^٢ الزعبي، عوض، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

^٣ نصت المادة السابعة من اتفاقية بروكسل على أنه: تختص محاكم البلد الذي وقع فيه الحجز بالبت في الحالة حسب وقائعها الموضوعية إذا كان القانون المحلي للبلد الذي حدث فيه توقيع الحجز يمنح الاختصاص لتلك المحاكم.

المنازعة إن كان المطالب يقيم عادة في البلد الذي حدث فيه توقيع الحجز أو يتخذه مركزاً رئيساً لأعماله، وفي هذه الحالة وازنت الاتفاقية بين طرفي الدعوى باعتبار أن المطلوب الحجز عليه يتمتع بقوة اقتصادية تفوق القوة الاقتصادية للمطالب بإيقاع الحجز أو إذا نشأت المطالبة في البلد الذي حدث فيه توقيع الحجز أو إذا نشأت المطالبة بسبب تصادم أو ظروف تتناولها المادة ١٣ من الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بالتصادم بين السفن الموقعة على اتفاقية بروكسل، في ٢٣ أيلول / سبتمبر ١٩١٠، أو إذا كانت المطالبة تتعلق بالإفلاس أو إذا كانت المطالبة بناء على رهن غير حيازي على السفينة المحجوزة عليها^١.

إلا أن اتفاقية جنيف انتهجت نهجاً مغايراً عن سابقتها حيث تطبق الاتفاقية على أي سفينة في دائرة ولاية أية دولة طرف، سواء أكانت السفينة ترفع علم دولة طرف أم لا، إضافة إلى اختصاص محاكم الدولة التي أوقعت الحجز بنظر المنازعة الموضوعية دون المرور بقنوات القانون الوطني لغايات اختصاص محاكم تلك الدولة بنظر المنازعة من عدمه، فبمجرد إصدار القرار بالحجز على السفينة فإن محاكم تلك الدولة تختص بالفصل بالمسائل الموضوعية للمنازعة، ولا ينزع هذا الاختصاص إلا بناء على اتفاق أطراف المنازعة باللجوء إلى التحكيم أو اللجوء إلى

^١ المادة السابعة من اتفاقية بروكسل.

محكمة تابعة لدولة أخرى يتيح قانونها إمكانية جلب الاختصاص المبني على سلطان الإرادة.^١

ويرى الباحث أن النهج الذي اتخذته اتفاقية جنيف يتعارض مع المبادئ الراسخة في القانون والقاضي بتطبيق الاتفاقيات على الدول المتعاقدة فقط دون المساس بحقوق الدول غير المتعاقدة، وأن ورود مثل هذا النص ضمن الاتفاقية فيه نوع من الإجبار لغايات التوقيع على الاتفاقية. يُضاف إلى ذلك، فإن النص الوارد ضمن الاتفاقية، والذي يمنح الدول المتعاقدة الحق بتحديد سريان الاتفاقية على الدول المتعاقدة فقط لم يثمر؛ وهذا ما يفسر استخدام دولة واحدة فقط^٢ هذا التحفظ من أصل خمس عشرة دولة.

^١ المادة السابعة من اتفاقية جنيف.

Mohamed A., Ship Arrest Under Egyptian Maritime Law, Journal of Maritime Law and Commerce, *op. cit.*, p. 600-601.

^٢ حيث تحفظت إسبانيا وقت انضمامها بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٧ بموجب الفقرة ١/ب من المادة العاشرة، باستبعاد تطبيق اتفاقية جنيف في حالة السفن التي لا ترفع علم دولة طرف في الاتفاقية.

الفرع الثاني الوضع القانوني للسفن المتأهبة للسفر

كما هو معلوم فإن السفن دائمة التجوال في المياه الدولية والإقليمية فما تلبث التوقف في أحد الموانئ إلا وتتأهب للانطلاق في إرسالية جديدة، مما يغدو الأمر دقيقاً فيما يتعلق بإيقاع الحجز على السفينة في هذه المرحلة؛ مما يثور معه التساؤل عن مدى إمكانية الحجز على السفن المتأهبة للسفر؟

وفي هذا الإطار، لم ترد أي إشارة ضمن التشريع الأردني حول تعريف السفن المتأهبة للسفر، إلا أن القانون أورد إشارة إلى التزام الربان بحمل الوثائق الأساسية عند دخوله وخروجه من الموانئ، إلا أن الفقه^١ مجمع على أن هذا المصطلح يقصد به أن يكون ربان السفينة مزود بالأوراق اللازمة للقيام برحلتها البحرية.

كما أن المشرع الأردني ذهل عن إيراد أي إشارة صريحة حول إمكانية الحجز التحفظي على السفن في حالة التأهب للسفر أو على عدم إتاحة المجال لمثل هذه المكنة، والتي كان من الواجب على المشرع افتراضها.

^١ لمزيد من التفصيل حول هذا الرأي انظر، لطفاً: قايد، بهجت، الحجز التحفظي على السفن، العدد ٥٨، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٢-٢٣.

إلا أن المتمعن في النصوص الناظمة للسفينة يجد بأنها تظهر بطريقة غير مباشرة عدم إمكانية الحجز في هذه المرحلة، حيث إن الأوراق الواجب حيازتها من قبل الريان تشير إلى إجازة السفر من مدير عام ميناء العقبة أو من ينيبه وفقاً لقانون التجارة البحرية،^١ والتي أصبحت فيما بعد من اختصاص الهيئة البحرية الأردنية^٢؛ لذا فإن هذه الإجازة لا تمنح إلا إذا تبين عدم وجود حجز قضائي على السفينة.

^١ تنص المادة ٤٥ من قانون التجارة البحرية الأردني على أن: كل ربان أو رئيس سفينة معدة للملاحة في عرض البحر أو للملاحة الساحلية مسجلة في الميناء مجبر على تقديم أوراقه لدائرة ميناء العقبة بمهلة ٢٤ ساعة تبتدئ من ساعة وصوله إلى الميناء تحت طائلة غرامة من ثلاثة دنانير إلى ستين ديناراً عن كل مدة تأخير قدرها أربع وعشرون ساعة، كما تنص المادة ٤٣/أ من ذات القانون على هذه الأوراق بالنسبة للسفن المعدة للملاحة في عرض البحر بقولها: كل سفينة مسجلة في الميناء يجب أن تكون حائزة على الأوراق التالية في مطبوعات رسمية: أ- السفن المعدة للملاحة في عرض البحار والسفن الساحلية ١- سند التمليك البحري الصادر عن دائرة الميناء. ٢- دفتر البحار المتضمن آخر التشكيلات الطارئة على بحارة السفينة، والموقع في آخر مرسى للسفينة من جانب مدير الميناء أو من جانب قنصل الأردن في الخارج إذا وجد، وإلا فمن جانب السلطة التي تمثله. ٣- إجازة الملاحة للسنة الجارية، ولسفينة نقل الركاب: شهادة الأمان. ٤- لكل عضو من البحارة ومن ضمنهم الرئيس أو الريان: إجازة ملاح للسنة الجارية. ٥- إجازة السفر من المدير. ٦- بيان الحمولة. ٧- شهادة صحية بتوقيع مكتب الحجر الصحي في آخر مرسى للسفينة. ٨- دفتر يومية.

^٢ قانون الهيئة البحرية الأردنية رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٦ حيث نصت المادة ٥/ف على أن: تتولى الهيئة في سبيل تحقيق أهدافها التالية... ف: إصدار تصاريح عدم الممانعة لمغادرة السفن من المياه الإقليمية بعد التأكد من عدم وجود حجز فني أو قضائي عليها.

علاوة على ما سبق، يرى الباحث أن الأصل في السفن الانطلاق بالرحلة البحرية نظراً لما تعود به من منافع جمة، والاستثناء هو إيقاف الرحلة البحرية من خلال إيقاف الحجز التحفظي، وحيث إن الاستثناء لا يمكن إعماله إلا بإيراد نص يسمح به، وحيث إنه لم يرد نص صريح ضمن نصوص قانون التجارة البحرية، فيكون والحالة هذه عدم قابلية السفن للحجز إن كانت متأهبة للسفر.

وبناء على ذلك، فإن إمكانية إيقاف الحجز قائمة طوال عدم اكتمال الأوراق المطلوبة، أما إن اكتملت هذه الأوراق فتتقضي الإمكانية من إيقاف الحجز نظراً لتمكن السفينة من الانطلاق في الرحلة البحرية، على الرغم من قيام بعض الظروف التي تعطل انطلاقها كالقوة القاهرة (سوء الأحوال الجوية الناتج عنها ارتفاع منسوب أمواج البحر على سبيل المثال)، نظراً لخروج السفينة من الناحية القانونية لا الفعلية من سيطرت السلطات الأردنية.

وتعود الحكمة من حظر السفن المتأهبة للسفر من خلال تفضيل المصلحة العامة للتجارة على المصلحة الخاصة للدائن طالب الحجز، كون أن إيقاف الحجز في هذه المرحلة سيؤثر على المصالح الممثلة في الرحلة لا يقصد بها فقط مصلحة مالك السفينة وإنما سائر الأشخاص المتعلقة مصالحهم بالرحلة البحرية من شاحنين ومقرضين وغيرهم؛ مما دعت الضرورة إلى التضحية بمصلحة الحاجز في سبيل ذلك.^١

^١ قايد، بهجت، الحجز التحفظي على السفن، مرجع سابق، ص ٢٠.

إلا أن اتفاقية بروكسل قد انتهجت نهجاً مغايراً من خلال النص الصريح على إمكانية حجز السفن في حالة التأهب للسفر،^١ حيث جاءت هذه الاتفاقية بتفضيل مصلحة الحاجز دون أدنى اعتبار لمصلحة التجارة، والتي تتعلق ابتداءً بمصلحة الاقتصاد الوطني للدول، إضافة إلى مصالح أشخاص آخرين غير الناقل مثل الشاحنين والمتعاملين الآخرين مع الناقل لغايات الرحلة البحرية.

في حين التزمت اتفاقية جنيف الصمت إزاء هذه الحالة، مما قد يفسر من حيث الظاهر بعدم إمكانية الحجز على السفن المتأهبة للسفر، حيث إن الأصل قيام السفينة بالرحلة البحرية متى كانت مهيأة لذلك، والاستثناء هو الحجز على السفينة، وحيث إن الحجز لا يمكن أن يقع إلا بموجب قرار من المحكمة بموجب نص قانوني؛ لذا فإنه وإزاء عدم ورود نص فلا يكون بوسع القاضي الاستناد إلى اتفاقية جنيف لغايات إيقاع الحجز، إلا أن المتأمل في نصوص الاتفاقية يجد أن الاتفاقية منحت الدول المتعاقدة السلطة بفرض الحجز التحفظي على ديون غير واردة ضمن الاتفاقية ضمن تشريعها، إضافة إلى تمكين القاضي في الدولة

^١ المادة ١/٣ من اتفاقية بروكسل تنص على أنه: رهنا بأحكام الفقرة ٤ من هذه المادة وبالمادة ١٠، يجوز للمطالب الحجز إما على سفينة معينة نشأت بشأنها المطالبة البحرية أو على أية سفينة أخرى يملكها الشخص الذي كان وقت نشوء المطالبة البحرية مالكا لتلك السفينة المعنية، ولو كانت السفينة المحجوز عليها على أهبة الإبحار....

Md. Rizwanul I., The Arrest of Ship conventions 1952 and 1999: Disappointment for Maritime Claimants, *op. cit.*, p. 77.

المتعاقدة من تطبيقه لقانونه الإجرائي فيما يتعلق بالحجز التحفظي. وبناء على ذلك، فإن الدول المتعاقدة قد تفرض القيود التي تراها ملائمة ضمن منظومتها التشريعية الداخلية ومن بينها الحجز على السفن في حالة التأهب للسفر، مما سيؤدي إلى تطبيقه على جميع السفن التابعة لدولة متعاقدة أم غير متعاقدة.¹

ويرى الباحث أن إيقاع الحجز التحفظي على السفينة المتأهبة للسفر وإن كان يؤدي إلى التضحية بمصالح التجارة والغير، إلا أنه يحقق مصلحة الدائن الحاجز في بعض الأحيان من خلال حصوله على الكفالة المناسبة للوفاء بدينه لغايات رفع الحجز على السفينة للانطلاق في رحلتها البحرية؛ ومن هنا، يرى الباحث ضرورة النص صراحة على هذه المكنة، مع مراعاة تقييدها بنوع محدد من المطالبات والتي تتعلق بذات الرحلة البحرية وليس بمطالبات سابقة على انطلاق الرحلة البحرية، كالنص صراحة على المطالبات الناشئة عن الديون المتعلقة بالسفينة بشأن الرحلة البحرية أو المطالبات الناشئة عن التصادم البحري الحال.

¹ فعلى سبيل المثال: تعتبر الجمهورية العربية السورية طرفاً في اتفاقية جنيف اعتباراً من ٢٠٠٢/١٠/١٦ وعند انضمامها لم تعلن عن تحفظها بشأن انطباق الاتفاقية على الدول المتعاقدة فقط، ومن ثم، فإن أحكام قانون التجارة البحرية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ سيطبق جنباً إلى جنب مع أحكام الاتفاقية على جميع السفن سواء أكانت تابعة لدولة متعاقدة أم لا. وحيث إن المادة ٨٧ من قانون التجارة البحرية تنص على أنه: يجوز إلقاء الحجز الاحتياطي على السفينة بقرار من رئيس محكمة البداية المدنية المختصة أو من يقوم مقامه، ويجوز الأمر بإيقاع هذا الحجز ولو كانت السفينة متأهبة للسفر؛ لذا فيمكن للقاضي إصدار الأمر بإيقاع الحجز على السفن المتأهبة للسفر بناءً على نصوص التشريع الداخلي.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بملكية السفينة

اتخذت الدول منهجين مغايرين بخصوص ملكية السفينة، فبعضها - ومن ضمنها المملكة الأردنية الهاشمية - أخذ بالحق الشخصي، حيث لم تربط التشريعات الآخذة بالحق الشخصي بين الدين والسفينة، بحيث إنه لم يشترط إيقاع الحجز التحفظي على ذات السفينة التي تعلق بها الدين، حيث يشترط لغايات إيقاع الحجز أن تكون السفينة مملوكة للمدين؛ كونها أحد عناصر ذمته المالية، فيمكن بموجب ذلك إيقاع الحجز التحفظي على أي سفينة ما دامت داخلة في الذمة المالية للمدين.

أما النهج الآخر فقد اتخذ الحق العيني أساساً لتنظيم الحجز التحفظي، ومن هنا، يجب أن يتعلق الدين بالسفينة المطلوب الحجز عليها، وبناء على ذلك، فلا يكون بوسع طالب الحجز المطالبة بإيقاع الحجز التحفظي على أي سفينة من سفن المدين إلا ذات السفينة التي ترتب عليها الالتزام؛ وبالتالي فقد خصص هذا النهج السفينة لسداد الديون الناشئة عن استخدامها كونها الضامنة لسداد هذه الديون، إضافة إلى عدم تمكين أي دائن شخصي للمدين من المطالبة بإيقاع الحجز التحفظي على السفينة، وبعبارة أخرى فقد تم تجزئة الذمة المالية للمدين.¹

¹ إن هذا النهج تم اتباعه في الدول الأنجلوسكسونية من حيث ارتبط الدين بالسفينة لا بشخص مالكيها.

اضافة إلى ذلك، فإن ملكية السفن لا تعود للأفراد فقط وإنما تتمك الدول لانواع متعددة من السفن إما لغايات حربية أو كمرافق عامة أو تجارية وبالتالي يظهر مالك السفينة الدولة، وفي المقابل فقد ضمن المشرع الأردني قانون اصول المحاكمات المدنية اموال مستثناة من ايقاع الحجز التحفظي ومن ضمنها الأموال المملوكة للدولة، فما مدى قابلية السفن المملوكة للدولة للحجز؟

لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول ملكية المدين للسفينة في حين ستنم مناقشة قابلية السفن المملوكة للدولة للحجز في الفرع الثاني

الفرع الأول ملكية المدين للسفينة

وتعود العبرة بتحقق ملكية السفينة للمدين وقت تقديم طلب إيقاع الحجز لا وقت نشوء الالتزام الذي بموجبه تم تقديم الطلب بموجب الدول الآخذة بمذهب الحق الشخصي، فإن كان المدين مالكاً للسفينة وقت نشوء الالتزام، وقام بإبرام تصرف قانوني أخرجها من ذمته المالية، كالبيع مثلاً، فلا يكون بوسع الدائن المطالبة بإيقاع الحجز التحفظي كونها لم تعد جزءاً من ذمته المالية، وإنما دخلت من تاريخ التصرف القانوني في الذمة المالية للغير.

أما الدول التي أخذت بمذهب الحق العيني، فلا يكون الدائن بحاجة لإثبات ملكية السفينة كون أن الدائن يستطيع الحجز على هذه السفينة بأي يد تكون بغض النظر عن مالكتها استناداً إلى مكنة التتبع التي خولها القانون للدائن؛ ذلك أن هذا المذهب يقوم على ربط الدين بعين السفينة، بغض النظر عن شخص مالكتها¹.

هذا، ويقع عبء إثبات ملكية السفينة على طالب الحجز بالنسبة للحق الشخصي، من خلال إبراز وثيقة صادرة من قبل مدير الميناء الذي تم به قيد السفينة والتي تتضمن البيانات التي تتضمنها صحيفة تسجيل السفينة والتي مكن

¹ وهذه الصورة تجد نظيرها في تنظيم المشرع الأردني للرهن التأميني الذي هو في جوهره حق عيني تباعي؛ حيث يتعلق حق الدائن المرتهن بعين المال المرهون، لا بشخص الراهن. تنص المادة ١٣٥٢ من القانون المدني على أن: "الدائن المرتهن رهناً تأمينياً حقاً تتبع العقار المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به طبقاً لمرتبته".

القانون كل ذي مصلحة الحق في الحصول عليها؛ كون أن سند التملك الخاص بالسفينة لا يمنح إلا لمالكها عند قيد السفينة، أما النهج الآخر المبني على الحق العيني فيقع عبء إثبات ملكية السفينة للمدين وقت نشوء الدين إضافة إلى أن إثبات ارتباط الدين بالسفينة يقع على كاهل الدائن.^١

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن (بروكسل وجنيف)، فقد حاولنا توحيد القواعد القانونية الخاصة بالحق العيني والحق الشخصي لغايات تدويل القانون البحري فيما يتعلق بالحجز التحفظي على السفينة؛ لذا فقد جمعت بين النظامين من خلال أخذها بالحق العيني كقاعدة عامة والحق الشخصي كاستثناء.

ومن هنا، اشتراطنا أن يتم الحجز على السفينة التي ترتب عليها مطالبة بحرية السفينة شريطة إثبات ملكيتها للمدين وقت نشوء الحق، واستثناءً من هذه القاعدة أجازنا الحجز على السفن الشقيقة لمالك السفينة أي السفن غير المتسببة بالمطالبة البحرية، شريطة أن تكون هذه السفن مملوكة للمدين وقت نشوء الحق على السفينة المتسببة بالمطالبة البحرية، أي بمعنى إمكانية الحجز على جميع السفن التي تكون مملوكة للمدين وقت نشوء الحق، أما السفن التي يملكها المدين

^١ المادة ٣٧ والمادة ٤٠ من قانون التجارة البحرية الأردني.

بعد نشوء الالتزام فهي غير قابلة للحجز بمناسبة الديون السابقة كونها ضامنة للوفاء بما ترتب عليها من التزامات.^١

وبالنظر إلى طبيعة المطالبات البحرية التي تضمنتها الاتفاقية، فإن الحجز على السفن الشقيقة قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بمالكي السفن فيما لو تم تطبيقه على جميع هذه المطالبات؛ بالنظر إلى أن تعدد المطالبات يشمل في طياته بعض المنازعات المتعلقة حصراً بسفينة واحدة، لذا فقد استثنت الاتفاقية من تطبيق هذه القاعدة بعض أنواع المطالبات.^٢

^١ المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل؛ المادة ٢/٣ من اتفاقية جنيف؛ لمزيد من التفصيل انظر، لطفاً: الحداد، حفيظة، الحجز التحفظي على السفينة، مرجع سابق، ص ٧٦-٧٧؛ الفقي، عاطف، قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص ١٥٤.

Mohamed A., Ship Arrest Under Egyptian Maritime Law, Journal of Maritime Law and Commerce, *op. cit.*, p. 594.

^٢ حيث استثنت اتفاقية بروكسل المطالبات المتعلقة بالمنازعات التي تتناول الحق في السفينة أو ملكيتها والمنازعات بين الشركاء في ملكية السفينة فيما يتعلق بملكيتها أو حيازتها أو عمالتها أو إرجاعها والمنازعات المتعلقة بالرهن أو الرهن غير الحيازي للسفينة.

Md. Rizwanul I., The Arrest of Ship conventions 1952 and 1999: Disappointment for Maritime Claimants, *op. cit.*, p. 79.

ونظراً لانتشار ظاهرة السفن المستأجرة لما تعود به من نفع على أطراف عقد الاستئجار^١، ونظراً لتعاقد المستأجر مع الشاحنين الآخرين لغايات شحن بضائعهم في ذات السفينة المستأجرة، لذا يثور التساؤل حول مدى قابلية هذه السفن لإيقاع الحجز إن ترتب على المستأجر ديوناً أو نشأ حقوق على هذه السفينة؟

ويعريف عقد إيجار السفينة بأنه ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بسفينة معينة من أجل استغلالها لمدة زمنية محددة، أو للقيام برحلة أو برحلات متعددة، وذلك مقابل أجره متفق عليها^٢. وتتعدد الصور

^١ حيث إن مالك السفينة يحصل على المقابل المادي الذي يحدده وفقاً لطبيعة عقد الاستئجار سواء أعلق بالرحلة أم المدة الزمنية أم بسفينة غير مجهزة عارية لانتفاع المستأجر بالسفينة المؤجرة، وانتفاع المستأجر من السفينة من خلال شحن جميع بضائعه في السفينة المستأجرة.

^٢ العنبيكي، مجيد حميد، مشارطات إيجار السفن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، المجلدان الأول والثاني، بغداد، ١٩٨٤، ص ٢٦٩.

هذا، وقد تعرضت الكثير من التشريعات العربية إلى تعريف عقد إيجار السفينة، بحيث يلاحظ عليها في معظمها بأن تعريف عقد إيجار السفينة يصب في اتجاه واحد، وهو: التزام المؤجر بوضع سفينة معينة تحت تصرف المستأجر لاستغلالها في نشاطه البحري، انظر، مثلاً: المادة ١٥٢ من القانون البحري المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠؛ المادة ١٤٥ من قانون التجارة البحرية الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠، المادة ٢١٦ من القانون التجاري البحري الإماراتي رقم ٢٦ لسنة ١٩٨١.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني لم يعتمد إلى تعريف عقد إيجار السفينة، مكتفياً بتعريف صور هذا العقد وأنواعه. انظر: العطير، عبد القادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٩٨. وانظر بشأن تعريف عقد إيجار السفينة: أبو شويمة،

التي يأتي عليها هذا العقد: منها عقد إيجار السفينة لفترة زمنية معينة؛ وعقد إيجار السفينة لرحلة بحرية؛ وعقد إيجار السفينة بهيكلها، أي عارية من طاقمها أو مجهزة.^١

ومن المقرر قانوناً أن عقد الإيجار يمنح للمستأجر الحق في الانتفاع في العين المؤجرة بمقابل، حيث لا يعد من التصرفات القانونية التي تدخل السفينة في الذمة المالية للمستأجر، إلا أنه ولغايات الإجابة على هذا التساؤل يتوجب البحث في مدى تخلي مالك السفينة عن إدارتها الملاحية والتجارية للمستأجر^٢، كونها العنصر المميز بين صور مشارطات إيجار السفن المتعددة، ففي مشاركة إيجار السفينة الغير مجهزة تنتقل شؤون الإدارة الملاحية والتجارية من المؤجر إلى المستأجر؛ بينما في إطار مشاركة الإيجار الزمنية فيحتفظ المؤجر بالإدارة

إبراهيم ، مشارطات إيجار السفن في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الاسلامية العالمية الأردن، ٢٠١٤، ص ٢٥.

^١ نظم المشرع الأردني الأحكام القانونية المتعلقة بعقود إيجار السفن في المواد ١٧٠ - ١٩٧ من قانون التجارة البحرية الأردني لسنة ١٩٧٢؛ لطفاً انظر المادتين ١٧٣؛ ١٧٧ من قانون التجارة البحرية الأردني لسنة ١٩٧٢.

^٢ تعرف الإدارة الملاحية للسفينة بأنها القيام بعمليات تموينها وصيانتها وتسييرها وتزويدها بالوقود والزيوت وقيادة السفينة وإصدار الأوامر والتعليمات للريان؛ وبالمحافظة عليها وتسليمها وتسليم البضاعة إلى أشخاص الملاحة البحرية. أما الإدارة التجارية فيقصد بها إبرام عقود النقل مع الغير لتحصيل الأجرة. انظر: حسني، أحمد محمود ، عقود إيجار السفن، مشارطات الإيجار، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ط ٢، ٢٠٠٨، ص ٨٩؛ عوض، علي جمال الدين ، دراسات في مشارطات إيجار السفن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص ٦٠.

الملاحية والفنية للسفينة، حين أن الإدارة التجارية تنتقل إلى المستأجر؛ أما في المشاركة بالرحلة فيبقى المؤجر محتفظاً بالإدارة الملاحية والإدارة التجارية. ويبتني على ذلك أن نطاق مسؤولية الأطراف يتحدد وفق طبيعة الإدارة المنوطة به.

فإن لم يتخل مالك السفينة عن هذه الإدارة فيكون والحالة هذه هو من يتعاقد مع الغير، فيكون الغير قادراً على الحجز على السفينة المعتبرة جزءاً لا يتجزأ من ذمته المالية كون أن الدعوى ستكون في مواجهة مالك السفينة لا مستأجرها، أما إن تخلى عن هذه الإدارة للمستأجر فإن المستأجر يظهر بمواجه الغير باعتباره مالكاً للسفينة من خلال تعاقدته معه وبذلك فإن الدعوى ستوجه بشكل مباشر للمستأجر، ولا يكون لمالك السفينة مصلحة في الدعوى، وحيث إن القانون الأردني أخذ بمنهج الحق الشخصي فإن الذمة المالية للمستأجر تعد الضمان العام للدائنين كونه من ارتبط مع الغير بموجب أحد مصادر الالتزام لا مع مالك السفينة، وحيث إن السفينة ليست جزءاً من الذمة المالية للمستأجر فلا يكون الغير قادراً على إيقاع الحجز التحفظي على السفينة تبعاً لذلك، ويقنصر الحجز التحفظي على الذمة المالية للمستأجر دون أن يتعدى الذمة المالية لمالك السفينة.^١

إلا أن واضعي اتفاقية بروكسل تنبهوا لهذا الفرض، وقاموا بتوسيع مظلة تطبيقها لتشمل السفن المستأجرة، حيث خرجت عن قاعدة ملكية المدين للسفينة من

^١ لمزيد من التفصيل حول إيجار السفن انظر، لطفاً: حسني، أحمد، عقود إيجار السفن، مرجع سابق، ص ٧١ وما بعدها.

خلال إيراد استثناء أجزى بموجبه الحجز على السفينة المستأجرة والتي تعلق بها الدين، شريطة أن يتولى المستأجر سلطة إدارتها، إضافة إلى إمكانية الحجز على أي سفينة أخرى مملوكة للمستأجر وقت نشوء الالتزام. إلا أنه في المقابل لم تمكن الاتفاقية من الحجز على أي سفينة أخرى مملوكة للمؤجر، كون أن المستأجر ملزم بأداء الدين البحري لا المؤجر، وأن عقد الإيجار ينصرف إلى سفينة بعينها.^١

وقد اتخذت اتفاقية جنيف ذات النهج من خلال تعديل طفيف أدخلته على حكم هذه المسألة والمتعلق بقدرة طالب الحجز على إيقاع الحجز على أي سفينة أخرى مملوكة للمستأجر وقت المطالبة بالحجز، وبذلك فإن اتفاقية جنيف اتجهت إلى رعاية الدائنين بشكل أفضل من اتفاقية بروكسل التي قيدت ذلك بوقت نشوء الالتزام، حيث قدرت اتفاقية جنيف أن المتعاملين بالنقل البحري يسعون إلى زيادة أساطيلهم البحرية من خلال شراء السفن أو بنائها.^٢

والمتمعن في هذا الاستثناء يجد بأنه أوجد حماية للمتعاقدین الذين تعاملوا مع مستأجر السفينة على أنه مالك لها كون أن مالكها الأصلي قد ترك له الإدارة الملاحية والتجارية؛ لذا وتطبيقاً لنظرية الأوضاع الظاهرة فقد مكنت الاتفاقيتان هؤلاء المتعاقدین من الحجز على السفينة. ويضف الباحث إلى ما سبق أن المالك

^١ لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: الفقي، عاطف، قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص ١٥٤-١٥٥؛ المادة ٤/٣ من اتفاقية بروكسل.

^٢ المادة الثالثة من اتفاقية جنيف.

الحقيقي لا يترتب عليه أي ضرر من خلال إيقاع الحجز التحفظي على السفينة كون أن العقد المبرم بينه وبين مستأجر السفينة يرتب في ذمة الأخير التزاما برد السفينة صالحة للملاحة في نهاية المدة العقدية، فإن لم يتمكن من ردها لزمه التعويض عنها مضافاً إليها التعويض عن الضرر الذي لحق بالمالك، وهذا النهج يفضل النهج الذي اتخذه المشرع الأردني من عدم إصباغ الحماية مع المتعاملين مع المستأجر باعتباره مالكاً للسفينة من حيث الظاهر .

الفرع الثاني

قابلية السفن المملوكة للدولة للحجز

وتظهر الأحكام المتقدمة أنه في حال كان مالك السفينة شخصاً من أشخاص القانون الخاص... ولكن كما هو معلوم في العصر الحاضر يتزايد تدخل الدولة في النشاطات التجارية نظراً للمهام الملقاة على عاتق الدولة والتي تتطلب نفقات كبيرة، لذا لم تكتفِ الدولة بتوجيه نشاط الأفراد التجاري بل غدت تتدخل بصورة مباشرة في كثير من المشاريع التجارية وخصوصاً البحرية منها لغايات توفير أرباح تغطي النفقات نظراً لما تدره هذه المشاريع من أرباح باهضة.

وقد يكون سبب هذا التدخل هو تقديم خدمات يعجز أشخاص القانون الخاص عن تحقيقها، أو للحد من توسع نفوذ الأفراد الاقتصادي من خلال فرض أسعار مبالغ بها، حيث انتهت النظرة التقليدية المتعلقة بدور الدولة والذي اقتصر على إقامة العدل وحراسة الحدود وفرض الأمن الداخلي والخارجي، بل على العكس أصبحت تتدخل بشكل ملموس في الأعمال التجارية من خلال تملك المشاريع الاقتصادية وحدها أو من خلال الشراكة فيما بينها وبين القطاع الخاص، والسؤال الذي يثور في هذا المقام هو ما مدى إمكانية الحجز على السفن إن كانت مملوكة للدولة؟

بدايةً يتوجب التنويه إلى أن الدولة من خلال ممارستها للعمل التجاري لا تكتسب صفة التاجر، ولا تلتزم بالالتزامات الملقاة على عاتق التاجر، وإنما تخضع

جميع أعمالها في هذا الإطار للقانون التجاري، وذلك فيما يتعلق بقواعد الإثبات والفوائد والتقدم التجاري والتضامن.^١

وللإجابة على مثل هذا التساؤل لا بد من البحث في طيات نصوص قانون التجارة البحرية الأردني، حيث لا يجد الباحث أي نص متعلق بحكم هذه المسألة سوى نص وحيد ورد في المادة العاشرة والذي يلزم السفن التابعة للدولة بالتسجيل في ميناء العقبة، حيث لم ترد الإشارة في نصوص القانون البحري على حصانة السفن، إضافة إلى عدم التفريق بين السفن القائمة على خدمة عامة وبين السفن التجارية.

لذا، لا بد من النظر في غاية الدولة من تملك السفن، حيث تنقسم سفن الدولة إلى السفن الحربية والسفن المخصصة للمنفعة العامة والتي تم إعفاؤها من دفع رسوم التسجيل،^٢ والسفن التجارية. وإزاء عدم النص ضمن قانون التجارة البحرية على هذا الفرض، فإن الأنظار تتجه إلى القواعد العامة الخاصة بالحجز التحفظي الواردة ضمن نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية.

^١ تنص المادة ١٣ من قانون التجارة الأردني على أنه: لا تعد الدولة ودوائرها ولا البلديات واللجان والنوادي والجمعيات ذات الشخصية الاعتبارية من التجار، وإن قامت بمعاملات تجارية، إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لأحكام قانون التجارة.

^٢ تنص المادة ١٤ من نظام الرسوم والعوائد والاجور للهيئة البحرية الاردنية وتعديلاته رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٣ على أن: لا تستوفي رسوم التسجيل وإصدار اجازة ملاحية ونقل الملكية والرهن البحري وتأمين سلامة الملاحة والدخول للمياه الاقليمية عن السفن والسفن الصغيرة والقوارب المملوكة للعائلة المالكة وللدوائر الحكومية.

ويلحظ الباحث أن المادة (١٤٢) قد ذكرت أموالاً مستثناة على سبيل الحصر من الحجز التحفظي، وقد وردت من ضمن هذه القائمة الأموال التابعة للدولة سواء أكانت منقولة أم غير منقولة. وإزاء هذا النص المطلق فإن السفن التابعة للحكومة - بغض النظر عن الغاية من الاستخدام سواء السفن التجارية أو السفن الحربية أو السفن المخصصة للخدمة العامة^١ - مستثناة من الحجز التحفظي. والتمتعن في هذا النص يجد بأن المشرع قد منح السفن المملوكة للدول سواء السفن الوطنية أو الأجنبية حصانة ضد إجراءات الحجز التحفظي حتى ولو كانت هذه السفن مخصصة للاستغلال التجاري نظراً لإطلاق النص. وحتى تتمتع هذه السفن بالحصانة فلا بد أن تكون مملوكة لدول متمتعة بالسيادة المعترف بها دولياً، فإن كانت مملوكة لدولة غير معترف بها فلا تتحصن السفن المملوكة لها بالحصانة في مواجهة إجراءات الحجز التحفظي.

ويرى بعض الفقه^٢ أن السفن التي تتمتع بالحصانة من إجراءات الحجز التحفظي تقتصر على السفن الوطنية دون الأجنبية - فيما يتعلق بالسفن المخصصة للأعمال التجارية، كون السفن الحربية والمخصصة للمنفعة العامة تبقى

^١ تتنوع هذه السفن نظراً لطبيعة الغرض الذي أعدت من أجله، حيث تمتلك الدول سفناً غايتها تقديم خدمة عامة، ومن أمثلتها السفن التي تستخدمها الدول كمستشفيات بحرية متنقلة، أو السفن المخصصة لخدمة مرافق الميناء، أو سفن الحجز الصحي وغيرها من السفن.

^٢ لمزيد حول هذا الرأي انظر، لطفاً: طه، مصطفى، مبادئ القانون البحري، مرجع سابق، ص

مستمدة حصانتها من حصانة الدول وفقاً للقانون العام- بغض النظر عن الغاية التي خصصت لها؛ كونها جميعاً تشترك بصفة المالك المتمتع بالحصانة، ويعود السبب إلى عدم إضفاء الحصانة على السفن الأجنبية التجارية إلى أن مباشرة هذه الدول للأعمال التجارية سيؤدي إلى معاملتها كشخص من أشخاص القانون الخاص لا العام؛ والذي بدوره سيؤدي إلى تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالأفراد لا الدول.

والذي يظهر للباحث أن الدولة عندما تتصرف باعتبارها صاحبة سيادة فإنه لا بد من إضفاء الحصانة على أعمالها، وتشمل هذه الحصانة سفن الدولة التي تمارس نشاطاً عاماً، أما في إطار ممارستها للنشاطات باعتبارها شخصاً خاصاً، كاستغلال السفن تجارياً، فإنها لا تتمتع بأي حصانة في هذا المجال باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص، كما أن إضفاء الحصانة على جميع التصرفات الصادرة من الدولة سيؤدي إلى الإضرار بمصالح الأفراد من حيث التشدد بالتمسك بالسيادة؛ مما سينتج عن ذلك عدم مقدرة الأفراد من مقاضاة الدولة.

أما فيما يتعلق بحسب تطبيق النص الخاص بحصانة السفن الوطنية دون الأجنبية، فيرى الباحث أن هذا الرأي منتقد لتعارضه مع خصائص القاعدة القانونية من حيث العمومية والتجريد، إضافة إلى أنه يحمل النص القانوني ما لا يحتمل، حيث جاء النص بصيغة مطلقة، وأن هذا الرأي يورد استثناءات على الرغم من عدم النص تشريعياً على هذه الاستثناءات.

أما فيما يتعلق باتجاه القضاء الأردني^١ في هذا الشأن فقد عمل على تقسيم الأموال المملوكة للدولة إلى قسمين: الأموال المخصصة للمنفعة العامة والأموال غير المخصصة للمنفعة العامة، حيث طبق القضاء الأردني نص المادة (٦٠) من القانون المدني، التي تنص على أن "١ - تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة، أو الأشخاص الحكيمية العامة؛ والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام. ٢ - ولا يجوز في جميع الأحوال التصرف في هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان"، حيث يعالج هذا النص مسألتين:

المسألة الأولى: بيان المقصود بالأموال العامة (الفقرة الأولى)، وبيانا لهذا النص فقد أوضحت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني أنه حتى يعد المال من الأموال العامة لا بد من توافر شريطين: "١ - أن يكون المال، عقارا كان أو منقولا، مملوكا للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة. ٢ - أن يكون هذا المال مخصصا لمنفعة عامة بالفعل، أو بمقتضى قانون أو نظام، فوضعت بذلك تعريفا عاما تعين

^١ لطفاً انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٤/٢٢٦٦ الصادر بتاريخ ٢٠/٢/٢٠٠٥؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٩/٢٦١٨ الصادر بتاريخ ٢٩/١٠/٢٠٠٩؛ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٩/٣٠٩٧ الصادر بتاريخ ٩/١١/٢٠٠٩.

بمقتضاه الأموال العامة. وقد أخذ المشروع في هذا التعريف بمعيار التخصيص لمنفعة عامة، وهو المعيار الذي يأخذ به الرأي الراجح في الفقه والقضاء".^١

المسألة الثانية: عدم جواز الحجز على الأموال العامة (الفقرة الثانية):

ترتيباً على الحكم السابق، فقد حظر المشرع صراحة التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان (التقادم). ويستفاد من ذلك أن المشرع حظر الحجز على الأموال العامة المخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو نظام.

ثم أتى قانون أصول المحاكمات المدنية وحظر الحجز على جميع الأموال العامة سواء أكانت مخصصة لمنفعة عامة أم لمنفعة خاصة^٢. حيث تنص المادة (١١/١٤٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: "تستثنى الأموال التالية من الحجز... ١١ - الأموال والأشياء الأميرية والمختصة بالبلديات سواء أكانت منقولة أو غير منقولة". ويستفاد هذا الحكم من إطلاق المشرع لعبارة "الأموال والأشياء الأميرية"^٣، ومن ثم، ينضوي تحتها جميع الأموال العامة، أي كانت صفة

^١ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان، بدون رقم طبعة، ٢٠٠٠، ص ٨٣.

^٢ العبودي، عباس، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣١٨.

^٣ تنص المادة ٢١٨ مدني على أن: "المطلق يجري على إطلاقه، إذا لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة".

تخصيصها. وبما أن المشرع حظر الحجز على جميع الأموال العامة أيا كانت صفة تخصيص تلك الأموال، فيكون من المنطقي حظر التنفيذ على مثل هذه الأموال، وهذا ما يؤكد عليه قانون التنفيذ، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من هذا القانون على أنه: "لا يجوز التنفيذ على ما يلي: أ - الأموال العامة وأموال الوقف".

وبالنظر إلى كون قانون أصول المحاكمات المدنية، وكذا، قانون التنفيذ، هما قانونان خاصان بالنسبة للقانون المدني، فقد كان المنطق يقتضي تقديم الحكم الوارد بهما على ذلك الوارد في إطار المادة (٢/٦٠) من القانون المدني؛ إذ الخاص يقيد العام. إلا أن الملاحظ أن قضاء محكمة التمييز الموقرة قدم في التطبيق أحكام القانون المدني (م ٢/٦٠) التي حصرت هذا الحظر في إطار الأموال العامة المخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو نظام. ويمكن بناء هذه السياسة القضائية على هدى من القاعدة الفقهية القاضية بأن "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" (م ٢٣٣ مدني)، وتلك القاضية بأن "ما أبيض للضرورة يتقدر بقدرها" (م ٢٢ مجلة)؛ فغاية المشرع ومبتغاه هي توفير حماية مثلى للأموال العامة المخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو نظام؛ حتى تستمر هذه الأموال في تحقيق الغايات المخصصة لها، ويضمن، في الوقت ذاته، سلاسة واستمرارية في عمل المرافق العامة، ومن سبل تحقيق ذلك إزالة العوائق التي تعطل ذلك، ومما لا شك فيه فإن أهم تلك العوائق جعل تلك الأموال عرضة للحجز.

وفي المقابل، فإن غاية المشرع تلك أقل ظهوراً في الأموال العامة المخصصة لمنفعة خاصة، ومن ثم، كان منطقياً أن تبقى هذه الأموال خاضعة للقواعد العامة، ومنها جواز الحجز عليها؛ والقول بغير ذلك قد يترتب عليه استغلال الدولة لحصانة عدم جواز الحجز على أموالها الخاصة، مما يؤثر سلباً في حقوق الأشخاص المتعاملين مع الدولة بهذه الصفة، وهذا، ليس مبتغى المشرع. ويبدو أن محكمة التمييز الموقرة قد لاحظت هذا التصور فقدمت في أحكامها القواعد العامة على الخاصة؛ وهذا من قبيل السياسة القضائية الحصيفة التي توازن بين النص القانوني والحكمة التشريعية المرادة منه.

أما فيما يتعلق بالنهج الذي سارت عليه الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، فإنه وبالرجوع إلى اتفاقية بروكسل يجد الباحث أن الاتفاقية تنطبق على أية سفينة ترفع علم دولة متعاقدة كما أجازت الحجز التحفظي على السفينة التي ترفع علم دولة غير متعاقدة داخل نطاق ولاية دولة متعاقدة، فيما يتعلق بأي من المطالبات البحرية المدرجة ضمن نصوص الاتفاقية أو بأي مطالبة أخرى يسمح قانون الدولة المتعاقدة بإيقاع الحجز في صدها،^١ وحيث جاء النص مطلقاً ضمن نصوصها دون تقييد أو استثناء لأنواع معينة من السفن فيكون والحالة هذه انطباقها على

^١ تنص المادة الثامنة من اتفاقية بروكسل ١٩٥٢ على أنه: "١- تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أية سفينة ترفع علم دولة متعاقدة داخل نطاق ولاية أية دولة متعاقدة. ٢- السفينة التي ترفع علم دولة غير متعاقدة يجوز الحجز عليها داخل نطاق ولاية دولة متعاقدة، فيما يتعلق بأي من المطالبات البحرية المدرجة في المادة ١ أو بأي مطالبة أخرى يسمح قانون الدولة المتعاقدة بإيقاع الحجز في صدها".

السفن المملوكة للأفراد الطبيعية أو المعنوية أو المملوكة للدولة بغض النظر عن غاية تشغيلها.

في حين قسمت اتفاقية جنيف السفن المملوكة للدول إلى فئتين، تضمنت الفئة الأولى السفن الحربية والسفن المخصصة للمنفعة العامة أما الفئة الثانية فتضمنت السفن التجارية،^١ حيث لم تجز إجراءات الحجز التحفظي على الفئة الأولى من السفن، أما فيما يتعلق بالسفن التجارية المملوكة للدول فقد أجازت إيقاع الحجز عليها من خلال مفهوم المخالفة لنص الاتفاقية،^٢ إلا أن ذلك لا يمنع الدول المتعاقدة من خلال التنظيم التشريعي الداخلي من النص على إيقاع الحجز التحفظي على السفن المملوكة للدول المتعاقدة وغير المتعاقدة، أو على العكس من ذلك النص على عدم إتاحة المجال لإيقاع الحجز التحفظي على السفن المملوكة للدول جميعاً بغض النظر عن صفة التخصيص.

^١ تنص المادة ١/٨ من اتفاقية جنيف ١٩٩٩ على أنه: "لا تنطبق هذه الاتفاقية على أي سفينة حربية، أو سفن حربية مساعدة، أو سفن أخرى، تمتلكها أو تشغيلها الدولة وتستخدمها، مؤقتاً، في خدمات عامة غير تجارية فقط".

^٢ فعلى سبيل المثال القانون البحري السوري، إلا أن المادة الثانية من ذات القانون تضمنت النص الصريح على عدم انطباق أحكام القانون على السفن الحربية أو التي تخصصها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة لخدمة عامة ولأغراض غير تجارية إلا إذا ورد نص خاص، وبمطالعة الأحكام المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن يجد الباحث عدم وجود أي إشارة بخصوص الحجز التحفظي على السفن المملوكة للدولة؛ وبالتالي فإن هذا النوع من السفن مستثنى من إيقاع الحجز التحفظي، أما السفن التجارية المملوكة للدولة فإنها غير مستثنى من انطباق القانون؛ وبالتالي تشملها الأحكام المتعلقة بالحجز التحفظي.

وفي ذات السياق جاءت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بمنح السفن الأجنبية المملوكة للدولة حصانة في المياه الإقليمية لدولة أخرى شريطة أن تكون من السفن الحربية أو السفن المخصصة للمنفعة العامة، حيث منعت الدول من اتخاذ أي إجراء بحق هذه السفن من قبيل أنها تستمد حصانتها من حصانة الدول التابعة لها، وكل ما في الأمر طلب مغادرتها المياه الإقليمية وأن أي ضرر ترتب للدولة الساحلية جراء هذا الإخلال تتحمله دولة العلم للسفينة الحربية أو السفينة الحكومية المستعملة لأغراض غير تجارية.^١

وأن موقف اتفاقية الأمم المتحدة في هذا الشأن جاء متماشياً مع اتفاقية بروكسل لعام ١٩٢٦ الخاصة بحصانة سفن الدولة والتي تم التفرقة بموجبها بين السفن المتمتعة بحصانة والسفن غير المتمتعة بحصانة ومعيار التفرقة في هذا المجال الغاية من الاستخدام.^٢

^١ المواد ٣٠ و ٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

^٢ لمزيد من التفصيل لطفاً أنظر: العريني، محمد؛ الفقي، السيد، القانون البحري والجوي، مرجع سابق، ص ١٥٠-١٥٢؛ الفقي، عاطف، قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص ١٠٦-١٠٩.

الخاتمة

تتطلب وسائل التنفيذ التي يجريها الدائن على الذمة المالية للمدين الحصول على سند تنفيذي؛ مما يحتم عليه اللجوء إلى القضاء ابتداءً لغايات إثبات حقه والحصول على حكم قطعي في المنازعة، ولا يخفى على أحد اتسام إجراءات التقاضي بالبطء؛ مما يتيح المجال أمام المدين لتهريب أمواله من خلال إخراجها من ذمته المالية؛ وهذا ما دفع المشرع إلى اتخاذ وسائل وقائية لغايات حفظ العناصر الإيجابية، والتي من أهمها الحجز التحفظي.

ويعد الحجز التحفظي في الوقت الحاضر الوسيلة الحمائية المثلى للدائنين خصوصاً مع ازدياد حركة الملاحة البحرية في ظل التجارة العالمية، حيث لا يخفى على أحد الأضرار التي يمكن أن تلحقها السفن سواء بالمتعاقدين أم الغير، حيث يترتب على اتخاذ هذا الإجراء الوقائي آثار قانونية بالغة الأهمية تتمثل في منع المدين من التصرف بالمال محل الحجز من خلال إخرجه من الذمة المالية مما يلحق الضرر بالدائنين.

وتتعدد العناصر الإيجابية للمدين بين أموال ومنقولات وعقارات، وحيث إن السفن تعد من قبيل المنقولات فإنها تعتبر من أهم عناصر الذمة المالية لمالكها، لما تمتاز به من قيمة مالية باهظة مما سيؤدي بالنتيجة إلى دفع ذمته المالية إلى الناحية الإيجابية، ومن خلال تظافر جميع العناصر الإيجابية التي تشكل الضمان

العام للدائنين القابل لإطفاء الجانب السلبي للذمة المالية للمدين سواء بإرادته أو رغماً عنه من خلال اتخاذ وسائل التنفيذ.

حيث تم تنظيم قواعد الحجز التحفظي ضمن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني باعتباره الشريعة العامة للقوانين الأصولية، واستناداً إلى ذلك فقد انطبق هذا التنظيم على جميع الأموال العقارية والمنقولة دون الالتفات إلى أهمية بعض العناصر كالسفن على سبيل المثال التي تلعب دوراً بارزاً في الحياة الاقتصادية نظراً لكونها أداة الملاحة البحرية الرئيسية.

إن التنظيم التشريعي الأردني لا يتفق مع النهج الذي اتبعه مشرعو الدول الأخرى كالمشرع الكويتي والمصري والسوري وغيرهم، من خلال تنظيم أحكام الحجز التحفظي ضمن إطار القانون البحري نظراً للخصوصية التي تمتاز بها السفن عن غيرها من المنقولات.

ولم يقف الأمر عند التشريع الداخلي بل تعداه إلى المستوى الدولي حيث سارعت الدول إلى إعداد الاتفاقيات الدولية المتخصصة في مجال الحجز التحفظي على السفن لغايات الوصول إلى تدويل القانون البحري. وفي هذا المجال فقد تم إبرام اتفاقية بروكسل لعام ١٩٥٢ حيث سارعت العديد من الدول إلى الانضمام إليها كجزء لا يتجزأ من منظومتها التشريعية، أو عدم الانضمام لها دون التنازلي عما ورد بها من خلال تبني أحكامها ضمن تشريعها الداخلي، إضافة إلى اتفاقية

جنيف لعام ١٩٩٩ بذات الخصوص والتي تلافت بعض الانتقادات التي وجهت إلى الاتفاقية السابقة إلا أن الدول لم تسارع إلى الانضمام لها كما فعلت بسابقتها.

وخلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يوردها الباحث

فيما يلي:

أولاً- النتائج:

- إن المشرع الأردني لم يشترط ضمن منظومته التشريعية المتعلقة بالحجز التحفظي مصدر الدين فسواء أكان مصدر الدين تجارياً أم مدنياً أو متعلقاً بالسفينة أم بشخص مالکها، فإن ذلك لا يغير من الأمر شيء إن اكتملت الشروط الواردة لغايات إيقاع الحجز التحفظي.

- إن المشرع الأردني اشترط من ضمن الشروط الموضوعية لطلب إيقاع الحجز التحفظي أن يكون الدين محل الحجز مستحق الأداء بموجب وثائق ومستندات أو حكم قضائي أجنبي أو حكم تحكيم، مما يخرج العديد من الديون والتي يمكن بناء عليها إيقاع الحجز التحفظي على السفن في إطار التشريعات الأخرى أو الاتفاقيات الدولية.

- لم يضمن المشرع الأردني في إطار منظومته التشريعية حكم السفن المتأهبة للسفر؛ مما يتيح المجال لهذه السفن من الإفلات من قرار الحجز التحفظي الصادر من المحكمة كون أن الحجز هو استثناء على الأصل، ولا بد من وجود

نص للاستناد إليه كون أن السفن المتأهبة للسفر خارج السلطة القضائية الأردنية من الناحية القانونية لا المادية.

- لقد تزايدت في الوقت الحاضر ظاهرة السفن المستأجرة والتي يتخلى مالك السفينة عن الإدارة الملاحية والتجارية للمستأجر، مما يؤدي إلى إخراج هذا النوع من السفن من إطار الحجز التحفظي في ظل التشريع الأردني؛ نظراً لانتهاج المشرع الأردني الحجز التحفظي بالذمة المالية لمالك السفينة لا شخص مستأجرها.
- غفل المشرع الأردني في إطار تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون التنفيذ عن تعديل المواد المتعلقة بأموال الدولة المستثناة من الحجز، لحصرها في الأموال المخصصة للمنفعة العامة، فقط؛ لتحقيق التناغم مع اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والتي انضمت لها المملكة الأردنية الهاشمية.

ثانياً- التوصيات:

- إن الاستناد إلى القواعد العامة بشأن الحجز التحفظي لغايات انطباقها على السفن سيفرز إشكاليات قانونية عند التطبيق وخصوصاً إن كان الحق المعتدى عليه لا يستظل بأحكام المسؤولية العقدية؛ لذا فلا بد من تنظيم أحكام خاصة في إطار قانون التجارة البحرية أسوة بالتنظيم الوارد بشأن الحجز التنفيذي على السفن.
- انتهاج نهج الاتفاقيات الدولية لمعالجة الحجز التحفظي على السفن وخصوصاً اتفاقية جنيف للحجز التحفظي على السفن لعام ١٩٩٩ لما تمتاز به من

مزايًا مثل وضوح الصياغة وتلافي المشكلات القانونية التي كانت مدار جدل في ظل اتفاقية بروكسل لعام ١٩٥٢.

- ضرورة انضمام المملكة الأردنية الهاشمية إلى الاتفاقيات الدولية في مجال القانون البحري، وإلى اتفاقية جنيف في مجال الحجز التحفظي على السفن لعام ١٩٩٩ لتواكب المملكة الأردنية الهاشمية التطور الحاصل في هذا المجال.

إضافة إلى تمكن القضاء الأردني من النظر في المنازعات المتعلقة بالسفن الأجنبية على الرغم من عدم انطباق قواعد اختصاص القضاء الأردني بنظر المنازعة ذات العنصر الأجنبي المنصوص عليها ضمن قانون أصول المحاكمات المدنية استناداً إلى الضابط الوارد في الاتفاقية.

- تعديل نص المادة (١١/١٤٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية لتصبح على النحو الآتي: "تستثنى الأموال التالية من الحجز... ١١ - الأموال والأشياء الأميرية والمختصة بالبلديات سواء أكانت منقولة أو غير منقولة إن كانت مخصصة للمنفعة العامة".

- تعديل نص المادة (٢٧) من قانون التنفيذ لتضحي على النحو الآتي: "لا يجوز التنفيذ على ما يلي: أ- الأموال العامة وأموال الوقف إن كانت مخصصة للمنفعة العامة".

قائمة المراجع

- أبو الوفاء، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨.
- أبو الوفاء، أحمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٩.
- أبو شويمة، إبراهيم ، مشارطات إيجار السفن في التشريع الأردني، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراة)، جامعة العلوم الاسلامية العالمية (الأردن)، ٢٠١٤.
- الأخرس، نشأت، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٨.
- البليبيسي، وضاح، القضاء المستعجل في الأردن، المعهد القضائي الأردني، عمان، ١٩٩٢.
- الجميل، إيمان، النظام القانوني للسفينة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- الحداد، حفيظة، الحجز التحفظي على السفينة، العدد الأول، مجلة الدراسات القانونية، بيروت، ٢٠٠٣.

- حسني، أحمد، عقود إيجار السفن، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- حمدي، كمال، القانون البحري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- الحمصي، محمد طلال، نظرية القضاة المستعجل، الطبعة الأولى، دار البشير، عمان، ١٩٨٦.
- الدناصوري، عز الدين؛ عكاز، حامد، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، بدون طبعة، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦.
- دويدار، طلعت، طرق التنفيذ القضائي، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- الزعبي، عوض، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الثانية، دار إثراء للطباعة والنشر، عمان، ٢٠١٠.
- السامعة، خالد؛ المنصور، أنيس، أحكام الحجز التحفظي على السفينة في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلد (٣)، عدد (٢)، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان، ٢٠١٦.

- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- طه، مصطفى، مبادئ القانون البحري، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩١.
- عبد التواب، معوض، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١.
- العبودي، عباس، شرح أحكام قانون اصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- العريني، محمد؛ الفقي، السيد، القانون البحري والجوي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- العطير، عبد القادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- علي، راتب؛ كامل، محمد؛ راتب، محمد، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، الطبعة (٧)، دار النشر، ١٩٨٥.
- العنبيكي، مجيد حميد ، مشارطات إيجار السفن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، المجلدان الاول والثاني، بغداد، ١٩٨٤.

- عوض، علي جمال الدين ، دراسات في مشارطات إيجار السفن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٧٠.
- عيد، إدوارد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الطبعة ٢، مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.
- الفقي، السيد، المسؤولية والتعويض عن اضرار التلوث البحري بالمحروقات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
- الفقي، عاطف، قانون التجارة البحرية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- فهمي، وجدي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤.
- قايد، بهجت، الحجز التحفظي على السفن، العدد ٥٨، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
- كريم، زهير؛ أبو حلو، حلو، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مركز حمادة للطباعة، اربد، ٢٠٠٢.
- محمود، أحمد صدقي، قواعد المرافعات في دولة الامارات، الطبعة الأولى، دار النشر الاماراتية، دبي، ١٩٩٩.

• معالي، خليل، اشكالات القضاء المستعجل، بدون طبعة، دار زهير خليل، عمان، ٢٠٠٧.

• المنشاوي، عبد الحميد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٣.

• موسى، طالب، القانون البحري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

• هرجة، مصطفى مجدي، الجديد في القضاء المستعجل، الطبعة الثانية، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٢.

المراجع باللغة الانجليزية:

• Corcione C., Bring the Vessel to Court: The Unique Feature of the Action in *rem* in the Admiralty Law Proceedings, International Review of Law, Qatar University, 2013, Vol.7.

• Md. Rizwanul I., The Arrest of Ship conventions 1952 and 1999: Disappointment for Maritime Claimants, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 38, No. 1, 2007.

- Mohamed A., Ship Arrest Under Egyptian Maritime Law, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 49, No. 4, 2018.

حياد واستقلال المحكم فى تحكيم منازعات الاستثمار

د/ فاطمة عادل سعيد عبد الغفار

مدرس قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

مقدمة

فى السنوات الأخيرة زاد بدرجة ملحوظة لجوء الأفراد إلى التحكيم التجارى الدولى دون القضاء الوطنى للمزايا التى يوفرها التحكيم مقارنة بالقضاء العادى، وذلك توفيراً للوقت والجهد والحفاظ على سرية المعاملات التجارية بين الأطراف.

وامتد التحكيم إلى جميع المجالات لعل أبرزها حالياً هو مجال منازعات الاستثمار، هذا الأخير يعتبر حالياً من أهم طرق التنمية من خلال إبرام عقود التنمية الاقتصادية، وتبرز أهميتها فى أنها مكنت الدول من ان تصبح أحد طرفى الاستثمار، فلم تعد التجارة الدولية مقصورة على الأفراد أو الشركات بل من الممكن ان تكون طرف الدولة فى عقد محله مشروع استثمارى مع شركات أو أفراد على حد سواء.

وبهذه المثابة يعتبر الاستثمار طريقاً لتنمية بالنسبة للدولة المضيفة عن طريق إبرام عقود استثمار مع مستثمر أجنبى لإنشاء مشروع معين لقاء مقابل محدد أو تحديد مدة للانتفاع بالمشروع بعد ذلك، كما انه يتيح للمستثمر سوقاً للعمل والاستثمار، غير ان المستثمر وهو بصدد عزمه الاستثمار فى دولة محددة فإنه يضع فى اعتباره عدد من المعايير بناء عليها يحدد مدى جدوى الاستثمار والفوائد والمخاطر المتوقعة، ويعد من أبرز هذه المعايير قوانين الاستثمار فى الدولة المضيفة، واستقلال السلطة القضائية.

التحكيم فى المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار فضلا عن تعقيدها لوجود عنصر دولى/ أجنبى، إلا ان الصعوبة الحقيقية تجد أساسها فى وجود الدولة بوصفها أحد أطراف العلاقة العقدية، وكلا من الدولة والمستثمر ينتمى إلى نظام قانونى مختلف، إلى جانب ان هناك نوع من تعارض المصالح لا يقع فى ذات الإطار فبينما الدولة تتطوى مصالحها على مصالح عامة والتي تتمثل فى تحقيق خططها الاقتصادية والتنمية وأيضا فى النهاية أى مبلغ سيتم الحكم به للمستثمر الأجنبى سيتم سداه من المال العام- حال خسرت الدولة القضية التحكيمية- فى حين ان المستثمر الأجنبى يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة والتي تتمثل فى تنمية رأس ماله^١.

لذا يفضل المستثمر الأجنبى اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء سواء قضاء الدولة المستضيفة للاستثمار أو قضاء الدولة الخاصة بالمستثمر الاجنبى لما قد يتوافر من شبهة عدم الحياد لدى الجانبين^٢.

^١ د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٢٠.

^٢ د.عصام القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ ، ص ٨٠.

يعلل ذلك الاعتقاد السائد لدى المستثمرين بأن السلطات القضائية فى الدول النامية لا تعتبر على درجة كافية من الاستقلال فى مواجهة السلطة التنفيذية، وحتى فى حال ضمان استقلال القضاء فيخشى المستثمر الأجنبى عدم تكافؤ القوى وعدم حياد السلطات الوطنية فى الفصل فى هذه المنازعات، إلى جانب عدم دراية المستثمر بالقوانين واللوائح الوطنية فى هذا الصدد، من هنا كان

ومن هنا كانت نشأت التحكيم الدولي فى منازعات الاستثمار أو ما يُطلق عليه Arbitration State- Investor والذي يعقد أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID والذي تم إنشاؤه بموجب الاتفاقية التى أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير بواشنطن عام ١٩٦٥ ويجدر الإشارة ان اتفاقية واشنطن لا تتضمن أى قواعد موضوعية بل فقط تضمنت قواعد إجرائية لحل النزاع، على ان التحكيم فى منازعات الاستثمار غير مقصور على الأكسيد^١ وقواعد اتفاقية واشنطن، بل يمكن أيضا للدول أو رعايا الدول الغير موقعة على اتفاقية واشنطن اللجوء إلى التحكيم فى عقود الاستثمار بموجب قواعد اليونسترال- وغيرها أيضا على ما سنرى-.

فيعد التحكيم على هذا النحو وسيلة مقبولة ومتعارف عليها فى هذا الصدد، ومع ذلك لم يسلم هذا النظام من النقد تأسيسا على افتقاد نظام التحكيم للشرعية الديموقراطية وافتقاده للثقة العامة فى الأحكام الصادره عنه، ولعل ذلك يُرد بصفة أساسية إلى نشأة النظام نفسه فى سببينات القرن الماضى، فاتفاقية واشنطن تم صياغتها من خلال رؤية واضعيها وما يهدفوا إليه من تنحية السياسة عن التحكيم

النظر إلى التحكيم باعتباره الطريقة الأمثل لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، فقبل اصدار تشريعات الاستثمار كان من المعتاد إدراج شرط صريح باللجوء إلى التحكيم حال نشوء نزاع فى المستقبل بمناسبة تنفيذ أو تفسير الاتفاقات، وبهذه المثابة فشرط التحكيم موجود فى كافة الاتفاقيات الاستثمار الثنائية التى تبرم بين الدول المضيفه ودولة المستثمر الأجنبى.

^١ د.أحمد جودة أحمد عيد العزب، التحكيم فى إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، ٢٠١٨، ص ٦، ٧.

فى منازعات الاستثمار الأمر الذى جعل التحكيم فى منازعات الاستثمار يأتى على حساب عدد من مبادئ القانون الدولى وقانون التحكيم التجارى.

غير ان الانتقادات السابقة لا تنفى بحال من الأحوال وجود هذا النظام وأهميته التى لا غنى عنها والتى تزداد يومياً، فأصبح وجود شرط التحكيم فى عقود الاستثمار أمر متعارف عليه، ولا يحتاج للتدقيق كثيراً من قبل الأطراف وهو ما يعنى قبول الأطراف للتحكيم وانصراف ارادتهم إلى قبوله حال نشأة النزاع، ويأتى التحكيم فى هذا الصدد استجابة لحاجات التجارة الدولية والنمو المتزايد للاستثمارات الأجنبية المباشرة، والتى يشير إليها الفقه^١ باعتبارها أهم وسائل الدول المضيفة للاستثمار (وقد تكون من الدول النامية) فى الحصول على المصادر المالية والتكنولوجية والمعارف الفنية اللازمة لتطوير اقتصادها، وعلى الجانب الآخر يستفيد الطرف الآخر - المستثمر - عن طريق الأرباح والمزايا التى يوفرها له عقد الاستثمار.

ومن هنا كانت اتفاقات الاستثمار الثنائية وبمقتضاها يتقرر عدد من الحقوق للمستثمر وكذلك الوسائل التى يمكنه اللجوء إليها لحماية تلك الحقوق حال الاعتداء عليها وأبرزها بطبيعة الحال هو التحكيم، وبهذه المثابة تعد اتفاقات التحكيم الثنائية

^١ راجع -د. عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمار العربية- الأوروبية فى بيروت من ١٣ إلى ٢٠٠١/٢/١٥، منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمانات الاستثمار العربية الأوروبية، مركز الدراسات العربية الأوروبية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٥٩-٦٠.

الوسيلة الأساسية لتطور القانون الدولي للاستثمار^١، وإجمالاً يمكن القول ان الاتفاقات الثنائية وبالتبعية التحكيم فى منازعات الاستثمار هى انعكاس للتخفيف من مبدأ الحصانة القضائية للدولة -عدم مقاضاة الدولة-^٢ فالأخيرة تباشر الأنشطة التجارية التى تستدعى تعاقدتها مع بعض الأشخاص الاجنبية بهدف التطوير وهو ما يصاحبه ضرورة وجود قوانين تجذب الاستثمارات وإبرام الاتفاقات الثنائية وبالتالي إمكانية مثل الدولة باعتبارها طرفاً فى دعوى تحكيمية سواء كانت المدعى أم المدعى عليه.

غير أنه لذات الأهمية ولخطورة المصالح التى ينطوى عليها هذا النوع من التحكيم خصوصاً بالنسبة للدول - التى أنشئته- ينبغى النظر أيضاً فى بعض التحديات التى تواجه هذا النظام إلى الحد الذى حدا ببعض الدول إلى الانسحاب من معاهدة واشنطن، والبعض الآخر فى سبيله إلى إلغاء شرط تحكيم الاستثمار كوسيلة لفض المنازعات من الاتفاقيات التى يبرمها - الاقتراح المقدم فى الولايات المتحدة لإلغاء هذا الفصل من NAFTA^٣ من جانب ومحاولة البعض البحث عن حلول لتعديل

¹ Stephen E .Blythe, The Advantages of Investor- State Arbitration as a dispute resolution mechanism in bilateral investment Treaties, The International Lawyer, Vol. 47, No. 2 FALL 2013, p.276.

^٢ د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال الاستثمار - دراسة مقارنة، مؤسسة الشباب الجامعية - الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ١٢.

³ North American Free Trade Agreement

اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية نافتا

النظام القائم فى تحكيم الاستثمار وهو ما يتبدى فى الورش التى تعقد فى إطار اليونسترال.

النقد أو بعبارة أدق التحديات التى تواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار يرجع فى تقديرى إلى الطبيعة المتميزة لهذا التحكيم نظرا لأطرافه - ولا يعنى ذلك حقيقة ان الأطراف أحدهم من أشخاص القانون العام والآخر من أشخاص القانون الخاص لأن هذه التفرقة لا محل لها فى التحكيم التجارى الدولى - لأن الأصل ان الدول لا تلتزم إلا بأحكام محاكمها الوطنية وباللجوء إلى التحكيم فى منازعات الاستثمار على هذا النحو فإن الدولة لا تتعاقد بوصفها سلطة عامة ولكن كشخص من أشخاص القانون الخاص هذا من جانب، ومن جانب آخر فقد تنازلت الدولة عن سيادتها فى هذا الصدد.

غير ان المصالح التى تتطوى عليها منازعات الاستثمار ومحاولة التوفيق بينها وأيضا محاولة تحقيق العدالة الإجرائية وتطبيق مبدأ المساواة بين الخصوم فى الوقت الذى قد يكون أحد الأطراف - ليس بالضرورة الدولة - قادر على تهيب الشهود أو تزوير مستندات أو تضليل المحكمين، ولتجنب انتقاد نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار كل هذه العوامل فرضت الحاجة إلى البحث عن قواعد تكفل

ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى ان كانت هناك مفاوضات نهاية العام ٢٠١٨ لاستبدال اتفاق الناقتا الموجود منذ عام ١٩٩٤.

<https://www.bbc.com/arabic/business-45708889>

نظام معاصر، فعال، ويتميز بالشفافية والحياد، وهو الأمر الذي يتحقق انطلاقاً من المحكم ذاته فى التحكيم فى منازعات الاستثمار، وذلك باعتبار المحكم هو حجر الأساس فى فض المنازعات، وهو ما يرتب واجبات على عاتق المحكم، وعموماً يمكن القول ان دور المحكم وواجباته من المسائل التى طالما كانت محلاً للنقاش فى التحكيم التجارى الدولى عموماً وتزداد تلك الأهمية - الإشكالية- فى التحكيم فى منازعات الاستثمار.

ولعله مما يزيد من التحديات التى يواجهها التحكيم فى منازعات الاستثمار المساحة التى تشغلها الاستثمارات الأجنبية ودورها المتزايد على المستوى الوطنى أو الدولى، وما تلازم معها من تقرير حقوق للمستثمر الأجنبى سواء بموجب قوانين الاستثمار الوطنى أو بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية وهى حقوق تتميز بالعمومية، فى هذا الصدد يشير جانب من الفقه¹ إلى انه أصبح من المتعارف عليه فى القانون الدولى الوجود القوى للمستثمرين ورؤوس الأموال الخاصة والاعتماد الكبير عليها من قبل الحكومات والجهات الرسمية إلى الحد الذى يمكن القول معه ان تلك الشركات تتخذ قرارات تؤثر فى حياتنا اليومية - كشركة ميكروسوفت مثلاً- وان مثل هذا التأثير يمكن مواجهته على المستوى الوطنى عن طريق قوانين حماية المنافسة، سياسات حماية المستهلك ..إلخ، لكن أهم ما يبرز قوة تلك الظاهرة هو

¹ Vaughan Lowe, Private Disputes and the public interest in international law, International Law and dispute settlement – new problems and techniques, Hart publishing, 2010, p.6.

الاتفاقات الثنائية التي تبرمها الدول والتي تلتزم بمقتضاها بضمان حقوق وامتيازات للمستثمر الأجنبي والذي يحمل جنسية الدولة الطرف الآخر في الاتفاقية ومن هذه الحقوق عدم جواز نزع ملكية المستثمر الأجنبي إلا بشروط معينة وفي مقابل تعويض عادل، معاملة المستثمر الأجنبي معاملة العادلة والمنصفة.

بمقتضى هذه الاتفاقات قد لا يكون للمستثمر حق وفقا للقوانين الوطنية لدولة الاستثمار ولكنه مع ذلك له حقوق بمقتضى الاتفاقات الثنائية، ومن ضمن هذه الحقوق اللجوء إلى التحكيم .

ويمكن إجمال المراحل التي مر بها الالتزام بالتحكيم فى منازعات الاستثمار إلى ثلاث مراحل¹:

- المرحلة الأولى: هى مرحلة قضية هضبة الأهرام: عندما قررت هيئة التحكيم (أكسيد) اختصاصها تأسيسا على قانون الاستثمار المصرى وموافقة المستثمر التى عبر عنها بتقديم طلب التحكيم.

- المرحلة الثانية: تأسس التحكيم على إرادة الدولة فى اللجوء إلى التحكيم فى منازعات الاستثمار بناء على النصوص فى الاتفاقات الثنائية وأول مرة تم العمل به

¹ Andrea Marco Steingruber, Nature, Notion, extent of consent in international Arbitration, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, Queen Mary University of London, 2009, p.197.

كان عام ١٩٩٠ وتأسس التحكيم بناء على ارادة الأطراف التي عبرت عنها دولة سيريلنكا فى الاتفاقية الثنائية التي ابرمتها مع المملكة المتحدة .

- المرحلة الثالثة: عن طريق الإحالة صراحة إلى التحكيم لدى الأكسيد، أو غيرها من قواعد التحكيم فى منازعات الاستثمار والتي يتم النص عليها فى الاتفاقيات مثل NAFTA وبالرغم من ان نظام الأكسيد لا ينص على اختصاصه بالتحكيم فى المنازعات التي قد تنشأ فى ظل اتفاقية ال NAFTA إلا ان الأخيرة تقرر ذلك - أى تنص على اختصاص أكسيد بنظر القضايا التحكيمية.

وفى ذات الاتجاه وفى محاولات للوقوف تحديدا على التحديات (العيوب) التي تواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار ففى رأى الفقه¹ ان القواعد الإجرائية على درجة من المرونة ولا تضمن سرعة الاجراءات، والمذكرات التي يتم تقديمها قد تصل إلى المئات من الصفحات ولا تقتصر على مسائل قانونية فقط بل مسائل الواقع و مسائل تقنية كذلك الأمر الذي يشكل صعوبة حتى بالنسبة لأكفأ المحكمين.

أيضا فإن ما يمكن تقديمه للاثبات لا يخضع لضوابط خاصة سواء من حيث قبوله أمام هيئة التحكيم أو فى طريقة تقديمه فيشير إلى ان الأخبار قليلة الأهمية فى

¹ George Kahale III, "ISDS: The Wild Wild West of international practice", Lecture delivered at Brooklyn Law School on April 3,2018, Brooklyn Journal of International Law, No. 44, Issue 1, p.4,5.

الصحف قد تصبح مادة للاثبات أمام هيئة التحكيم من جانب، ومن جانب آخر فإن الخصم يمكن ان يرجع فى الدليل الذى سبق ان قدمه أمام هيئة التحكيم ويدلل على ذلك الفقه بأنه من الشائع عندما يقوم المحكم بفحص الأوراق ويتهياً لسؤال الخصوم عنها قد يقوم الخصم الذى قدم الدليل بسحبه دون مناقشته، وفى حال اكتشاف وجود تزوير أو محاولة التضليل فى الأدلة المقدمة فإنه لا يوجد جزاءات إجرائية يمكن تطبيقها فى هذا الصدد، مما يمكن القول معه بعدم وجود قواعد إجرائية منضبطة تحكم تقديم المستندات ومناقشتها.

معظم المشكلات التى تترافق مع التحكيم فى منازعات الاستثمار يمكن ردها إلى طبيعة التحكيم التجارى الدولى، فوجود هذا النوع من التحكيم يهدف إلى توفير وسيلة سريعة واقتصادية وعادلة لحل المنازعات، فالفكرة تتمحور حول حل النزاع والمضى قدما ولا تتعلق بصفة رئيسية ببعض المبادئ فى القانون الدولى.

غير ان التحكيم فى منازعات الاستثمار غالبا ما يتم اللجوء إليه لتحديد مسائل تتصل بالسياسات وعدالة القوانين الوطنية، وفى الواقع فإن المنازعات التى لها مثل هذه الطبيعة غالبا ما يتم الفصل فيها أمام القضاء الوطنى أو أمام الوسائل الدولية لفض المنازعات - إذا اقتضى الأمر- ففكرة وجود مثل هذه المسائل ضمن إجراءات التحكيم فى منازعات الاستثمار والأخيرة تجد أساسها فى قواعد التحكيم التجارى الدولى - وإن لم تتطابق معها بطبيعة الحال- يثير العديد من الاشكاليات

¹ George Kahale III, opt.cit., p.5.

حول نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار لعل أبرزها ما يتعلق باختيار المحكمين وحيادهم واستقلالهم، وعدم وجود قواعد محددة لرد المحكم، ومن جهة أخرى الاجراءات وعدم وجود معيار محدد للفصل فى المهمة التى يكلف بها المحكم وغيرها من المسائل التى تتصل بالشفافية.

على ان حياد المحكم على قدر عال من الأهمية عموما وفى منازعات الاستثمار بصفة خاصة لأن المحكم هو حجر الأساس فى التحكيم، لذا دارت العديد من المناقشات حول هذه الضمانة بالذات أثناء وضع اتفاقية واشنطن، وبعد حياد واستقلال المحكمين فى تحكيم الاستثمار من أهم المآخذ التى تبدى على هذا النظام وما يتصل بالحياد من أليات تعيين المحكمين، جنسياتهم، سلطاتهم فى النزاع، الأمر الذى ينعكس بصورة أو بأخرى على التحكيم فى منازعات الاستثمار كمنظومة بأكملها.

من بين التحديات التى يواجهها التحكيم فى منازعات الاستثمار اخترت حياد واستقلال المحكم إيمانا بأن المحكم هو حجر الزاوية فى التحكيم، ولأن - فى رأى - لهذا النوع من التحكيم طبيعة خاصة مهما تعددت الآراء الفقية فى هذا الصدد - لأنه مع التسليم بأن الدولة اتجهت للتحكيم كشخص خاص وليس شخص من أشخاص القانون العام- إلا ان المصالح التى تكون محلا للتحكيم سواء بصورة مباشرة أم بصورة غير مباشرة، لا يمكن الالتفات عنها تأسيسا على طبيعة التحكيم، الأمر الذى يجعل حياد واستقلال المحكم مسألة جوهرية فى الوقت الذى تفتقر فيه

- ومنذ وقت طويل لتنظيم منضبط ومازال هذا التنظيم محل للدراسات والنقاشات
الفقهية والقانونية إلى يومنا هذا- لكن يمكننى القول انه تحديدا فى تحكيم الاستثمار
أرى ان الإشكالية التى تحيط بوجود تنظيم منضبط استقلال وحياد المحكم فى ظل
وجود تحديات لعل أبرزها تعارض المصالح يمكن حلها مبدئيا إذا أولينا النظر إلى
فكرة النظام العام الإجرائى من ناحية باعتبار ان الحياد والاستقلال يجب ان يتم
كفالتهم متى كنا بصدد وسيلة لفض النزاع أيا كانت ماهية هذه الوسيلة (طريق
بديل لفض المنازعات ، القضاء الوطنى ، القضاء الدولى .. إلخ)، ومن ناحية
أخرى فإن التحكيم فى منازعات الاستثمار وإن نشأ بالفعل منبثقا عن التحكيم
التجارى الدولى وإن تجاهلنا المصالح العامة للدول أطراف التحكيم إلا انه يجب
الاعتراف بذاتيته لأنه يؤثر على مبدأ سيادة القانون على المستوى الدولى.

ونتناول هذا الموضوع بالدراسة من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: التنظيم الإجرائى لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

المطلب الأول : الأساس القانونى لتنظيم الحياد والاستقلال

المطلب الثانى: التنظيم الإجرائى لواجب المحكم فى الإفصاح

المبحث الثانى: الجزاء الإجرائى لمواجهة حالات عدم الحياد والاستقلال فى تحكيم

الاستثمار

المطلب الأول: رد المحكم

المطلب الثاني: محاولة وضع إطار تنظيمي منضبط لحياد واستقلال المحكم في

تحكيم الاستثمار

المبحث الأول

التنظيم الإجرائى لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

إن تنظيم مركز المحكم فيما يتعلق بالحياد والاستقلال يتم من خلال وجود مجموعة من النصوص القانونية التى تنص على وجوب توافر مجموعة من الصفات فى المحكم كالحكم بحياد، والأخلاق، والأمانه، ثم تقرر بعد ذلك واجب المحكم فى الإفصاح وذلك - من حيث المبدأ- فى المرحلة السابقة على بدء التحكيم، ثم يكتمل التنظيم بتقرير الجزاءات حال المخالفة بالمفهوم الضيق، ومسئولية المحكم بالمفهوم الواسع.

ونتناول قبل العرض لواجب الإفصاح المفهوم القانونى للحياد والاستقلال فى إطار تحكيم الاستثمار، وبيان خصوصية دور المحكم فى هذا النوع من التحكيم.

المطلب الأول

الأساس القانونى لتنظيم حياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

يعد استقلال وحياد المحكم على درجة عالية من الأهمية، فالتحكيم وإن لم يعد قضاء وطنيا، إلا انه خصومة، ومتى توافر شرط النزاع فإنه بالتبعية لابد وان تتوافر ضمانات التقاضى، على ان الأخيرة تنطبق بما يتناسب وطبيعة خصومة التحكيم، ف ضمانات التقاضى تركز بصفة أساسية على استقلال وحياد القاضى، علانية التقاضى، كفالة حقوق الدفاع، فكافة هذه الشروط تنطبق أيضا على خصومة التحكيم ولكن يحل بدلا من حياد واستقلال القاضى - المحكم- باعتباره قاضٍ خاص، وبطبيعة الحال فإن العلانية لن تنطبق على خصومة التحكيم بمفهومها القضائى، إلا ان كفالة حقوق الدفاع ستطبق دائما، فمن شأن إهدارها مخالفة النظام العام الإجرائى وإحتمالية إبطال حكم التحكيم.

وفى صدد التحكيم فى منازعات الاستثمار فإن خصوصية هذا النوع من التحكيم، والدور الذى يؤديه المحكم من شأنه ان يؤكد على أهمية توافر الحياد، ولكن هل الحياد بهذا المفهوم يختلف عن مفهومه فى غيره من طرق تسوية المنازعات، وهل يأخذ مفهوما متميزا فى تحكيم الاستثمار عن مفهومه فى التحكيم التجارى الدولى عموما أم ان الحياد له معيار موحد لا يختلف باختلاف السياق الذى يطرح فيه ؟، وما أثر ذلك على الواجبات التى يجب ان يلتزم بها المحكم ضمانا لحياده ومن ضمنها واجب الإفصاح والبحث الذى يُعمله على القضية المعروضة عليه.

الأمر الذى يجعل واجبات المحكم- فى منازعات الاستثمار خصوصا- يُرد إلى مبدأ حياد واستقلال المحكم، والذى بدوره يرتكز على مبدأ أكثر عمومية هو مبدأ سيادة القانون.

الفرع الأول

ماهية حياد واستقلال المحكم فى ضوء النصوص المنظمة لتحكيم الاستثمار

نصت جميع القواعد التى تتعلق بالتحكيم- سواء على المستوى الوطنى أو الدولى- على حياد المحكم، تنص المادة ٥/١١ من قانون اليونسترال النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على ان: "... يتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى، لدى قيامها بتعيين المحكم ان تولى الاعتبار للمؤهلات المطلوبة توافرها فى المحكم وفقا لاتفاق الطرفين، وإلى الاعتبارات التى من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحيد..."، وفى ذات الإطار تلزم قواعد اليونسترال المحكم بالإفصاح عن كافة الظروف التى من شأنها ان تثير شكوك لها ما يبررها حول حياده واستقلاله.

كما تنص م ١٤ من قواعد تحكيم الأكسيد على ان: "يجب ان يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبى رفيع، ومشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم فى المجالات القانونية أو الصناعية أو التجارية أو المالية، وان تتوافر لديهم ضمانات الحيادة والاستقلال فى مباشرة وظائفهم مع ملاحظة ان التخصص القانونى بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا ."، كما تنص قواعد التحكيم فى مركز التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم على وجوب حياد واستقلال المحكمين، وأيضا تفرض على المحكم واجب الإفصاح، وتنظم كلا من القواعد السابقة إجراءات لرد المحكم حال ثبوت عدم حياده.

الأمر الذى أصبح معه من الموضوعات التى لا ينتهى البحث فيها هو ماهية حياد واستقلال المحكم، خاصة فى التحكيم فى منازعات الاستثمار والتى يتخذ فيها التحكيم طابعا أقرب للقضاء منه إلى التحكيم، الأمر الذى عبر عنه الفقه¹ أنه حاليا يعتبر هيئات التحكيم فى منازعات الاستثمار هى الموازى للمحاكم على المستوى الدولى وانبثاقا عن قواعد التحكيم التجارى الدولى فيجب ان يتوافر للمحكم فى تحكيم الاستثمار الحياد والاستقلال اللازم حتى يكتسب هذا النظام الشرعية فى نظر المجتمع الدولى وفى ذات الاتجاه يؤكد جانب من الفقه² فى معرض المقارنة بين التحكيم التجارى الدولى عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار - خاصة فى الوقت الذى تصاعدت فيه المطالبات بإنشاء محاكم دولية للاستثمار نتيجة للنقد الذى تعرض له التحكيم فى منازعات الاستثمار - على أنه من الصحيح ان التحكيم فى منازعات الاستثمار نشأ متفرعا عن التحكيم التجارى الدولى، لكن حاليا يرى ان التحكيم فى منازعات الاستثمار أخذ جانبا مغايرا وأصبح فى موقع وسط بين المحكمة الدولية وبين التحكيم التجارى الدولى، فلازال كلا من التحكيمين يؤثران فى بعضهما البعض، لكن التحكيم فى منازعات الاستثمار أصبح له ذاتية خاصة.

¹ Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, Northwestern Journal of International law & Business, Vol.36, Issue 2, spring 2016, p.375.

² Pieter Parmentier, International Commercial Arbitration V International investment Arbitration, Similar game but somehow different rules, p.1.

أولاً: أهمية مطلب الحياد فى التحكيم فى منازعات الاستثمار :

إذا عرضنا فى المقدمة على هذا النحو للتعريف بنظام التحكيم فى منازعات الاستثمار وعرضاً سريعاً لبعض المشكلات الإجرائية التى تواجه هذا النوع من التحكيم فإنه مما يجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد هو ان الأساس فى البحث عن توفير أقصى قدر من العدالة فى اجراءات التحكيم فى منازعات الاستثمار يرد فى أساسه إلى مبدأ أكثر عمومية وشمولية وهو مبدأ سيادة القانون - الأمر الذى يميز هذا النوع بالذات من التحكيم- يعد مبدأ سيادة القانون من المبادئ المستقرة والمتعارف عليها فى القوانين الدستورية الوطنية بتعدد نظمها سواء كانت نظام لائينى أم انجلوسكسونى، ففى فرنسا ينعكس هذا المبدأ من خلال "دولة القانون"Etat du droit، وفى الولايات المتحدة Rule of Law.

لكن الأمر ليس على هذا القدر من السهولة أو التحديد على المستوى الدولى، لأن التعريفات المعتمدة فى هذا الصدد قد تكون ذات نطاق غاية فى الاتساع من جانب، ولعدم وحدة المفهوم والتطبيق لهذا المبدأ على المستوى الدولى من جانب آخر.

ولكن القدر المتفق عليه ان لمبدأ سيادة القانون وجود ومقتضيات على المستوى الدولى، فقد أدرج ضمن ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك فى الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨، ولم يقف الأمر على مجرد تقرير المبدأ، فبداية من

العام ١٩٩٣ والأمم المتحدة تقوم بمبادرات لتعزيز سيادة القانون وذلك عن طريق إقرار أو إنشاء معايير لتحقيق سيادة القانون^١.

ويعرف مبدأ سيادة القانون بأنه: "مبدأ للحكومة يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات، العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام قوانين صادرة علناً، وتطبق على الجميع بالتساوي ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويقتضي هذا المبدأ كذلك اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمساءلة أمام القانون، والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية." وهو ذات المبدأ الذي قرره مرة أخرى الأمم المتحدة عام ٢٠١٢ في مبادرتها المستمرة لتعزيز سيادة القانون^٢.

^١ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة: سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع S/2004/616 متاح على:

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616

^٢ Delivering justice: programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels: Report of the Secretary-General A/66/749, 2012, available at:

<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/delivering-justice-programme-of-action-to-strengthen-the-rule-of-law-at-the-national-and-international-levels-report-of-the-secretary-general-a66749/>

ورأى الفقه¹ ان تحديد مبدأ سيادة القانون دوليا وفقا للتعريف السابق له نطاق واسع يحتاج إلى مزيد من التحديد، ويمكن القول ان تحديد مقتضيات مبدأ سيادة القانون دوليا يمكن ان تركز على عدة معايير أساسية هي: الوضوح، والأمن القانوني من أجل ضمان الحكم والادارة وفقا للقانون وما يتضمنه ذلك من ضمان الاستقلال في ادارة العدالة. Independence in Administration of justice. وإجمالا من التعريف السابق سواء بالمعنى الواسع أم الضيق، فإن هناك عدد من المبادئ التي ترقى لمرتبة قواعد النظام العام الدولي مثل الحق في التقاضي، والمساواة أمام القضاء، والحق في الدفاع، والحق ان يتم الفصل في النزاع بحياد واستقلال، فمن أركان سيادة القانون على المستوى الدولي هذه المبادئ والتي يجب ان تستوفيها أى هيئة أو منظمة على المستوى الدولي تقوم بوظيفة القضاء².

١. العلاقة بين سيادة القانون وحياد المحكم في التحكيم في منازعات الاستثمار³:

¹ Joseph Raz, The Rule of Law and its Virtue, Law Quarterly Review, Vol.93, 1977, p.198-p.202.

² Kenneth J Keith, The International Rule of Law, Leiden Journal of International Law, Vol.28/3, 2015, p.403.

³ Stefanie Schacherer, Independence and Impartiality of Arbitrators- A Rule of Law Analysis, Seminar paper: International Investment Law and the Rule of Law, January 2018, p.4.

على المستوى الدولي تتبدى العلاقة بين سيادة القانون والتحكيم فى منازعات الاستثمار من ناحيتين أساسيتين، فمن ناحية فهىئات التحكيم فى هذا النوع من المنازعات تساهم فى وضع قواعد لقانون إدارى دولى Global Administrative Law وبالتالي وضع قواعد تتبعها الدول فيما بعد، من ناحية أخرى يجب على التحكيم فى منازعات الاستثمار ان يستوفى المعايير التى تستوجبها سيادة القانون فى هذا الصدد، بعبارة أخرى فالتحكيم فى منازعات الاستثمار بوصفه آلية لفض المنازعات على المستوى الدولى لا بد ان يستوفى الخصائص التى يتميز بها القضاء وأهم هذه المعايير قاطبة هى الحياد والاستقلال، وتتعدد الدراسات الفقهية فى صدد حياد واستقلال المحكم، ويقول البعض¹ بأن درجة الحياد التى تتوافر لدى المحكم هى أقل من التى تتوافر لدى القاضى نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم، لكن يدق الأمر مرة أخرى حين يتعلق بالتحكيم فى منازعات الاستثمار نظرا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من التحكيم كما سلف البيان.

وإذا كان تحكيم الاستثمار يواجه انتقادات تتعلق بشرعية النظام، فإن هذه الانتقادات وإن كانت لا ترد جميعها إلى حياد المحكم واستقلاله، إلا انه يشكل عاملا هاما فى شرعية هذا التحكيم، ذلك ان الحياد والاستقلال هما المصدر الأساسى والأكثر أهمية التى تستند إليها الشرعية فى ممارسة السلطة وهو ما من شأنه ان يضى

¹ Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, Stanford Journal of International Law, Vol.40, 2005, p.56.

الشرعية على النظام بأكمله¹، ومما يؤكد ذلك ان حياد واستقلال المحكم عامل لا غنى عنه فى اجراءات تحكيم الاستثمار ان تعارض المصالح Conflict of Interest تحدى يواجه متطلب الحياد والاستقلال فى تحكيم الاستثمار.

٢. التطور الذى يشهده التحكيم:

فى بداية نشأة التحكيم اعتمد بصورة أساسية على تحقيق العدالة أكثر من توفير حل قانونى للنزاع الأمر الذى تقرر بناء عليه اختلاف مهمة المحكم عن مهمة القاضى، وأيضاً لم يكن يشترط فى المحكم خبرة معينة أو تأهيل معين ولكن يختاره الأطراف وتطبق على النزاع قواعد وأعراف التجارة، وكان المحكمون هم دائرة معينة يتم الاختيار من بينهم، لذا لم يكن فى البداية مجال لنقاش حول وضع قواعد لواجبات أو سلوك المحكم، لأنه إذا كان من المتصور ان المحكمين من المحتمل ان يحدوا عن التزامهم أو يخلوا بواجب حسن النية إلا ان ذلك كان من المستبعد تماماً بالنسبة للمحكمين فى ذلك الوقت، لذا فإنه عندما ابرمت اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها لم تذكر أى حد أدنى من المعايير الواجب على المحكم الالتزام بها ضماناً لحياده ولم تقرر جزاءات حال المخالفة.

¹ Stephan W Schill, Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration, Amsterdam Center for International Law ACIL, ICCA Congress Series, Vol.18, 2015, p.789-827.

وذلك لأن المعايير العرفية السائدة فى تلك الفترة كانت كافية لضمان حياد المحكمين، لكن مع الوقت مر التحكيم بتطور كبير سواء فى طبيعة المسائل محل النزاع موضوع التحكيم، الأطراف، وحتى الدور الذى يلعبه على المستوى الدولى أدت لضرورة وجود حد أدنى من المعايير التى تضمن حياد المحكم لأنه بات من الصعب الاعتماد فقط وحصرا على أخلاقيات العاملين بالمجال دون أى ضمانات أخرى، ولعل أهم هذه العناصر:

تنوع المحكمين و زيادة أعدادهم:

ويشير الفقه¹ إلى ان الوسيلة الأساسية لهذه الزيادة حدثت عندما أصبحت الدول أحد الأطراف فى خصومات لتحكيم، الأمر الذى حدا بهذه الدول إلى تعيين محكمين من مواطنيها أو من مواطنى دول أخرى نامية ذلك لأن الاعتقاد السائد ان المحكمين الاوروبيون غير محايدين، فلم يعد هناك قاعدة محددة لما يعد السلوك النموذجى للمحكم، فمع تزايد المحكمين وتنوع خلفياتهم القانونية، بالإضافة إلى ممارسات المحكمين الأمريكيين والذين أدخلوا ممارسات جديدة على التحكيم التجارى، لم يعد هناك قاعدة متفق عليها فالمحكم وحدود علاقته بالخصوم تختلف وفقا لمفهوم كل نظام فمثلا المحكم الذى ينتمى إلى النظام اللاتينى سبرى ان إدارة

¹ Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, Kansas Law Review, Vol.54, 2006, p.62.

جلسات التحكيم والقيام بدور إيجابي فيها هو أمر طبيعي في حين انه يعد عملا صادما بالنسبة لمحكم آخر من النظام الانجلوسكسوني.

تجارية التحكيم التجارى الدولى Commercialization¹

لا يقتصر التحكيم حاليا على مجرد أحكام بملايين الدولارات ولكن أيضا تضاعفت مع هذه المبالغ الأتعاب التي يتقاضها المحكمون، الأمر الذي وفر حافز لدى العديد للتنافس حتى يتم تعيينه محكما في أحد القضايا، وهؤلاء المحكمين الجدد أقل التزاما بتقاليد التحكيم إلى جانب ان وسائل الرقابة على مسلكهم غير رسمية مجتمع المحكمين - الذى كان يعتبر محدود نسبيا- ، إلا انه مع ذلك ينبغي ان يتمتع المحكمين بقدر من الخبرة والمهارة التي تجعل الأطراف يقبلوا على اختياره كمحكم.

على الجانب الآخر فإن السرية في اجراءات التحكيم وعدم نشر الأحكام، والقرارات غير المسببة في خصوص رد المحكمين من شأنها ان تؤدي إلى وجود عدم تماثل في القواعد المطبقة - بطبيعة الحال قواعد التحكيم غير موحدة فهي تتحدد وفقا لاتفاق الطرفين- لكن المقصود القواعد الثابتة التي لا تتبدل باختلاف سياقها كالقواعد التي تتعلق بالنظام العام، هذا الاختلاف من شأنه ان يعطى انطباع ان التحكيم له طابع تجارى أكثر منه مهني وهو الأمر الذي يحاول المحكمون نفيه.

¹ Ibid, p.64.

تطور قواعد التحكيم التجارى الدولى:

ويقصد بالتطور فى هذا الصدد هو بداية تحول بعض قواعد التحكيم من قواعد غلب عليها اتفاق الأطراف إلى قواعد قانونية تقترب من التنظيم القضائى، وفى الوقت الحالى العديد من أحكام التحكيم يتم نشرها، ويتم التعامل مع هذه الأحكام كسوابق قضائية¹، كما ان العديد من القواعد المنظمة لهيئات التحكيم فى الوقت الحاضر تتطلب ان يتم تسبيب الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، وباختصار أصبحت هيئات التحكيم أقرب إلى المحاكم.

ثانيا : مفهوم حياد واستقلال المحكم :

وفى هذا الصدد دائما ما تتم مقارنة حياد واستقلال المحكم بحياد واستقلال القاضى، ويرجع ذلك إلى ان أى نظام يهدف للفصل فى المنازعات ينبغى ان يتمتع بالحد الأدنى من المعايير التى تضمن العدالة وهو الأمر الذى ظل لوقت قريب محل لدراسة الفقه وهو ما يتعلق بأهمية وجود ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم.

¹ Alec Stone Sweet, Arbitration and Judicialization, Oñati Socio-Legal Series, vol. 1, n. 9, 2011, p.9.

فالمحكم وفقا للتعريف: " المحكم قاضى خاص يعينه الخصوم بغرض الفصل فى النزاع." ^١

وبهذه المثابة يشير الفقه ^٢ إلى أهمية ضمان حياد المحكم فى إطار من "وظيفته القضائية"، فىجب على المحكم ان ينتهج مسلكا محايدا تجاه أطراف الخصومة وموضوع النزاع، فلا يميل المحكم ولا يتحيز لأحد الأطراف، الأمر الذى يقتضى ألا يكون للمحكم مصالح شخصية أو علاقة مودة أو عداوة مع طرف من الأطراف، مما يصبح معه حياد واستقلال المحكم ضمانا لاجراءات الخصومة التحكيمية من جهة، ووسيلة لضمان الثقة فى التحكيم -أو ما يطلق عليه- شرعية التحكيم - على المستوى الدولى لفض منازعات التجارة الدولية.

وفى ذات الإطار قضى ان: " استقلالية الذهن هى ضرورية لممارسة المحكم سلطته القضائية، مهما كان مصدرها، وهى إحدى الصفات الجوهرية للمحكمين، وإن جهل أحد الأطراف لطرف من طبيعته النيل من هذه الصفة، يفسد رضاه أو قبوله باتفاقية التحكيم ويؤدى إلى إبطالها." ^٣، وهو ما يعبر عنه بأن " طبيعة المهمة التحكيمية هى التى تفرض تطلب الحياد، وليس الشخص المنوط به القيام بهذه

¹ Thomas Clay, L'arbitre, Paris, Dalloz, 2001, p. 29 et 30.

^٢ د.هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٦٦. د.مصطفى أحمد ترو، سلطة المحكم الدولى فى تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى، ١٩٩٢، ص ١٠٩.

^٣ مشار إليه لدى د.مصطفى ترو، المرجع السابق، ص ١٠٩.

المهمة.^١، ولكن عرفت محكمة النقض في حكم حديث لها حياد واستقلال المحكم:" المقصود باستقلال المُحَكَم وحيدته، هو عدم ارتباطه بأية رابطة تبعية أو مادية أو ذهنية مع أحد أطراف النزاع تتنافى مع استقلاله، بما يشكل خطرًا حقيقيًا يتمثل في الميل تجاه أحد الطرفين "the real danger of bias"، أو يثير شكوكًا مبررة "justifiable doubts" في هذا الشأن، ولا يكفي في المُحَكَم أن يكون مستقلاً ومحايلاً وإنما يتعين أن يسود الاعتقاد لدى طرفي التحكيم أن الحكم الذي سيصدره سوف يتسم بالعدل.^٢

بالرغم من ذلك فلم يكن هناك إجماع حول مفهوم تطلب الحياد والاستقلال في المحكم ومدى لزوم هذا الشرط، وأرى ان مناط الخلاف حول ذلك يمكن رده إلى الاختلاف التقليدي حول طبيعة التحكيم، ومع ذلك يمكن القول أنه من المتفق عليه حالياً ان للتحكيم بطبيعة الحال طبيعة قضائية لأنه يتضمن الفصل في منازعة وان ضمانات المحاكمة العادلة/ ضمانات التقاضي العادية تمتد إلى خصومة التحكيم بما يتوافق مع طبيعة تلك الأخيرة وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا النظر فقررت: " إذ كان اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية ، يوجب على هيئة التحكيم

¹ Thomas Clay, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, in L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé, sous la dir. de J. Van Compernelle et G.Tarzia, Bruylant, 2006, p. 201.

^٢ نقض جلسة ٢٠١١/٢/٨ ، الطعن رقم ٢٦ ، س٦٨ ، الدوائر التجارية.

مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضى ، وتعتبر حيده المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضى....."¹.

فانطلاقا مما سبق من اعتبارات بالإضافة إلى الحاجة إلى التأكيد على شرعية التحكيم كوسيلة للفصل فى المنازعات، فإن التحكيم فى منازعات الاستثمار والطبيعة الخاصة التى يتميز بها هذا التحكيم أعادت مبدأ حياد واستقلال المحكم إلى الدراسة فى إطار من محاولة ضبط هذا الحياد موضوعيا وإجرائيا.

الاستقلال:

يتعلق الاستقلال بالمفهوم الواسع بحرية- القاضى أو المحكم، وذاتيته بحيث يصدر قراره بمنتهى الحرية ودون أى ضغط - أو بعبارة أخرى - عدم تبعيته لأيا من كان²، وبالمعنى الضيق يقصد به غياب التحكم على سلطة متخذ القرار، وفى إطار التحكيم يقصد باستقلال المحكم وجوب ضمان حرية المحكم أثناء قيامه بمهمته، ويمكن القول ان استقلال المحكم يكون فى مواجهة الخصوم وممثليهم من جهة، والجهة القائمة على تعيينهم والمحاكم الوطنية إذا تدخلت لحسم بعض المسائل الإجرائية من جهة أخرى.

¹ نقض جلسة ٢٠١١/٢/٨ ، الطعن رقم ٢٦، س ٦٨ ق ، الدوائر التجارية.

² D. Martray, A.-J. Van Den Berg, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, *in* L'arbitre : pouvoirs et statuts, Actes du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003,p.93.

أهم ما يميز الاستقلال انه يمكن فى ضوء التعريف السابق الوقوف عليه بصورة موضوعية، وذلك عن طريق تقدير وجود روابط واقعية بين المحكم وكافة الأطراف الأخرى فى اجراءات التحكيم أو قبل ذلك أثناء التعيين، ولذا فإنه يمكن اثبات عدم استقلال هيئة التحكيم عن طريق اثبات أى وقائع من شأنها ان تبرهن على ذلك^١.

الحياد:

يتعلق مفهوم الحياد فى الخصومة القضائية بدور القاضى فى الخصومة، على أنه يذهب رأى فى الفقه^٢ إلى تعريف حياد القاضى بأنه تجرد القاضى من أية ضغوط تمليها عليه مشاعره الخاصة (معنوية)، أو مصالحه المادية الذاتية (ضغوط مادية) تحيد به عن التطبيق السليم للقانون^٣ ، وأيضا تجرد القاضى فى العمل عن أى مصلحة ذاتية سواء له أو لغيره^٤، ويشير الفقه^١ إلى انه فى ذات الإطار يقصد

^١ D. Martray, A.-J. Van Den Berg, opt.cit, p.94.

^٢ د.أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، بند ٧٢، ص ١٤٣-١٤٤.

^٣ يشير جانب من الفقه ان هذا النوع من التعريفات للحياد يخلط بين الحياد والحيده ويستخدمهم كمرادفات فبينما الحياد يتعلق بدور القاضى فى الخصومة، فإن الحيده هى العوامل النفسية والداخلية التى من شأنها ان تؤثر على قرار القاضى، كما أشار إلى انتقال الخلط بين المصطلحات عند الحديث عن حياد المحكم، د.طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٨١.

^٤ د.وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢١٨.

بحياد المحكم هو وقوفه موقفا سلبيا تجاه كلا من الخصوم، وهو أيضا^٢ مباشرة المحكم اجراءات التقاضى والتي تنتهى باصدار حكم موضوعى دون تحيز لأحد الخصوم أو ضد أحد الخصوم.

فى إطار التحكيم الدولى قد تكون المصلحة وطنية خصوصا فى الوقت الذى يتمتع به الأطراف فى التحكيم بجنسيات مختلفة، ولذا فىجب الحرص على ألا يكون للمحكم مصلحة وطنية تتعارض مع مصالح أحد الأطراف فى القضية التحكيمية، فمتطلب الحياد فى هذا الصدد يعتبر ضمانا ألا يتأثر المحكم وبالتالي الاجراءات- بثقافة المحكم، آرائه السياسية، ديانته عند الفصل فى القضية التحكيمية، لذا فى العديد من القواعد المنظمة لاجراءات التحكيم تشترط عند تعيين المحكم اختلاف جنسيات المحكم رئيس الهيئة عن جنسية باقى المحكمين كضمانة للحياد.

وقد وضع المحكمون فى قضية^٣ Suez v. Argentina تفرقة بين الحياد والاستقلال حيث قرروا ان: "الاستقلال يتعلق بغياب الروابط أو العلاقة بين المحكم

^١ د.طلعت يوسف حلمى خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول ، السنة الثالثة والخمسون ، يناير ٢٠١١، ص ٣٣٨.

^٢ د.عبد الرؤوف مهدى ، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٢٠.

^٣ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine RepublicICSID Case No. ARB/03/17, available at:

والخصوم حتى لا تؤثر العلاقة بينهم على الحكم الصادر عن المحكم، فى حين ان الحياد يعنى غياب التحيز أو العقيدة المسبقة تجاه أحد أطراف النزاع".

وقد عبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان¹ عن المعايير التى يجب توافرها فى الحياد والاستقلال فقررت أنه:إذا أردنا الوقوف على على استقلالية هيئة أو محكمة معينة فيجب النظر إلى عدة عناصر من بينها طريقة تعيين أعضائها، ومدة تعيينهم، ووجود ضمانات ضد الضغوط الخارجية التى قد تفرض على هيئة التحكيم، ومدى الاستقلال التى تتمتع به هيئة التحكيم عموماً.

أما ما يتعلق بالحياد فإنه يوجد جانبان لهذا الواجب، الأول الحياد الشخصي عن أى تحيز أو قناعات مسبقة، الثانى:الحياد الموضوعى:وذلك عن طريق ضمانات كافية تكفل عدم وجود شكوك حول حياد المحكم.

يعكس اشتراط الحياد عدم اتخاذ المحكم لجانب أحد الأطراف أو الانحياز لأحد الأطراف، ومُقارنةً بالاستقلال يعتبر الحياد مفهوم موضوعى ويتعلق بالتصرف الصادر عن المحكم تجاه أطراف القضية التحكيمية أثناء نظرها والفصل فيها، وقد

Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the
Arbitral Tribunal

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/17>

¹ Findlay v. United Kingdom, ECHR 1997-I, at para. 73.

عرفها الفقه¹ على وجه التحديد بأنها: "عقيدة عقلية، أو حالة ذهنية"، فيقصد بعدم الحياد حالة نفسية تتعلق بالعاطفة - مصلحة شخصية أو صلة عداوة أو صلة مودة بأحد الخصوم- يرجح معها عدم استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز"² ، وعلى هذا فإن اثبات عدم الحياد هو أمر صعب لأنه يتعلق بأمر نفسى يصعب الوقوف عليه، وقياسه أو تحديده.

لذا فإن للخصوم ان يثيروا مسألة عدم حياد المحكم أثناء الاجراءات وحتى صدور الحكم ولا يمكن الوقوف عليه - كما هو الحال فى الاستقلال - قبل بدء الاجراءات، يستدل على انتفاء الحياد من التصرفات التى ينتهجها المحكم فى تعامله مع الخصوم، ويجدر الإشارة إلى ان الحياد يعتبر من النظام العام ولا يمكن التنازل عنه بحال من الأحوال.

محاولة تحديد منضبط للمفاهيم السابقة فى خصومة التحكيم عن طريق مقارنتها بالقضاء:

تعتبر دراسة حياد القاضى أكثر سهولة مقارنة بالمحكم ويعزى ذلك إلى ان المشرع والقضاء يستندوا فى هذا الصدد إلى مجموعة من الضمانات الإجرائية حتى يتفادوا

¹ PH.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman , Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, p.582.

² د.فتحى والى ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧، ص٢٤٥.

الحديث عن عدم وجود الحياد بشكل تام، ذلك ان تلك الضمانات الإجرائية تفرض جزاءات فى كل مرة يتحقق فيها شبهة عدم الحياد، وهو الأمر الذى اعتبره جانب من الفقه¹ وسيلة لمواجهة حقيقة ان الحياد المطلق هو فضيلة غير قابلة للتحقيق، ذلك لأنه من المستحيل تجريد أى شخص يفصل فى خصومة - سواء قاضى أو محكم- بصفة تامة من كل العناصر التى تتحكم فى اصدار قراره لضمان الحياد ذلك ان تلك العناصر هى التى تميز المحكم أو القاضى ومن ضمن ما تشمله هى نظرتة وفهمه للقانون إلى جانب غيرها من العناصر، ففى معرض الحديث عن الحياد وضمانات الحياد سواء كانت تتمثل فى الواجبات التى يلتزم بها كلا من المحكم أو القاضى، أو فى الوسائل العلاجية كالرد، فيجب الاعتراف بأنه فى النهاية لكل شخص عقيدة معينة ولكن لها حدود معينة إذا تجاوزتها أصبحنا بالفعل بصدد عدم الحياد².

¹ John Leubsdorf, Theories of Judging and Judge Disqualification, New York University Law Review, No. 62, p.237, 238.

² Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, Stanford Journal of international law, No.53, 2005, p.69.

وعلى مستوى القضاء الوطنى يرتبط الحياد بمبدأ أعمق وهو الاستقلال، وبحيث يمكن رد الضمانات الإجرائية لضمان الحياد إلى ثلاث عناصر أساسية¹:

- ظروف النزاهة فى أداء القضاء : وذلك عن طريق كفالة استقلال القضاء عن طريق ضمان عدم التدخل فى شؤونه من قبل السلطتين الآخريتين، وفرض العلانية فى أداء القضاء عن طريق علانية الجلسات، شفوية المرافعات ، ضمانة تسبب الأحكام.

- فى حماية القضاء فى نزاهتهم: وذلك عن طريق كفالة ضمانات للمسئولية، كفالة الاحترام الأدبى، كفالة المركز المالى للقاضى.

- فى حماية نزاهة القضاء: يتمثل فى جزاءات مخالفة الواجبات المفروضة لضمان الحياد.

على اختلاف التنظيم فيما يتصل بضمان حياد واستقلال القاضى، فإنه من الصعب وجود نفس التنظيم فى التحكيم عموماً والتحكيم فى منازعات الاستثمار بصورة خاصة، فمن ناحية إن تتميز المصطلحات بالصعوبة فى ضبطها وأنها فى كثير من الأحيان تستخدم بطريقة تبادلية، ومن ناحية أخرى غياب مصادر الشرعية التقليدية- المؤسسية- للنظام مثل التى تتوافر للمحاكم الوطنية، فمن الصحيح فى الوقت الحالى ان الاتجاه فى التحكيم إلى شفافية الاجراءات، ووجود قواعد قانونية

¹ د.أحمد مسلم ، أصول المرافعات التنظيم القضائى والاجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٩، بند٣٩، ص ٤٣ وما بعدها.

يتأسس عليها الحكم التحكيمى الصادر تعتبر من المصادر الجديدة التى تهدف إلى وجود ضمانات إجرائية فى التحكيم إلا ان كافة هذه الضمانات لا تغنى عن وجود شرعية لمصدر القرار - المحكم- وهى ما يستمدتها من حياده واستقلاله¹

فتفرض المحاكم وضع معيار محدد لحياد المحكم، غير أنه دائما ما تشير ان المعيار حياد المحكم أقل من المعيار الذى ينطبق على القاضى، وبالرغم من ذلك لازالت الحاجة قائمة للوقوف على مفهوم حياد المحكم ومعاييره والوسائل الإجرائية المتبعة حال انتقائه ذلك ان نزاهة المحكم هى حجر الأساس ليكتسب التحكيم الدولى الشرعية على المستويين الدولى والوطنى.

إجمالا يمكن القول ان المحكم يتخذ قراره بحرية بعيدا عن أى ضغط أو تهديد، فالاستقلال بهذا المعنى هو غياب أى ضغوط أو مؤثرات خارجية من شأنها ان تؤثر على حكم المحكم، وينقسم الاستقلال إلى:

- استقلال مؤسسى: ويعنى استقلال هيئة التحكيم ذاتها من حيث الميزانية وطرق التعيين.

- استقلال شخصى: وهو ما ينصب على الوظيفة ذاتها function of the arbitrator، ويرتبط بصورة مباشرة بشخص المحكم.

¹ Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, Stanford Journal of international law, No.53, 2005, p.71.

ويشير الفقه¹ إلى هذا الاستقلال له وجهان، الأول: هو واجب على المحكم بمعنى ان كل محكم ينبغي ان يتخذ قرارته بعيدا عن أى مؤثرات أو عوامل خارجية، الثانى: امتياز: لأنه لا يحق لأى جهة / شخص ان يتدخل أو يؤثر فى عملية اتخاذ القرار التى يقوم بها المحكم، وفى هذا الصدد توجد عدد من الضمانات² التى تكفل ضمان الاستقلال الشخصى للمحكم مثل: مقومات المحكم، قواعد تضارب/تعارض المصالح، قواعد الافصاح، قواعد رد المحكم.

فالحيداء والاستقلال كلاهما معنيان بذات المسائل، إلا انهما ليسا مترادفان، فالحيداء على العكس من الاستقلال ينصب على التأكيد على غياب أى تحيز أو موقف مسبق من المحكم تجاه إما طرف معين أو موضوع النزاع (سبق الفصل فى ذات المسألة).

فمن هذا الجانب يعتبر الحيداء التزاما على المحكمين، فيجب ان يعتمدوا فى مسلكهم الحذر والنزاهة وصولا إلى تقليل الظروف التى من شأنها ان تشكل أسباب جدية تبرر رد المحكم، وبهذه المثابة فإن الاستقلال أوسع وأشمل من الحيداء ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى القاعدة المستقرة سلفا من ان الاستقلال مفترض أساسى للحيداء، الأمر الذى يجعل من الفصل تماما بين المفهومين أمرا فى غاية الصعوبة.

¹ Stefanie Schacherer, opt. cit., p.5.

² Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 36/2, 2016, p.376.

وفى هذا الصدد فوصولاً إلى تحقيق الاستقلال ولأن بطبيعة الحال دائماً ما تتم المقارنة بالقياس على القضاء، إلا ان التحكيم يعتمد فى تعيين المحكم على إرادة الأفراد من ناحية، ومن ناحية أخرى فلا يمكن القول بالفصل الجامد بين الأطراف والخصوم على النحو المعمول به فى القضاء¹، لأن بطبيعة الحال تكون هناك درجة من المعرفة المسبقة- وإن اختلفت درجاتها- بين المحكم والخصوم.

بناء عليه إذا تمسكنا بمفهوم الاستقلال على النحو المعمول به فى القضاء كمتطلب يضمن حياد واستقلال المحكم، فإن ذلك سيؤدى إلى نتائج غير مقبولة ، إذ انه والحال كذلك لن يعتبر التحكيم شرعياً باعتباره نظام قائم لفض المنازعات- وهو ما لا يمكن القول به- ، لذا كان الحل فى البحث عن أسلوب بديل² يرتكز على أساس إيجاد نوع من التوازن بين إرادة الخصوم فى اختيار المحكمين من ناحية وما ينطوى عليه التحكيم من مصالح من جهة، وشروط الحياد والاستقلال من جهة أخرى على النحو الذى يضمن منع التحيز وعدم الاستقلال.

¹ Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p.23.

² Alexis Mourre, 'Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond', In: Brekoulakis SL, LewJDM et al eds, The Evolution and Future of International Arbitration, Kluwer Law International, para.25.

ويجدر الإشارة في هذا الصدد إلى ان طريقة اختيار أو تعيين المحكمين على درجة كبيرة من الأهمية، حتى ان الفقه^١ قرر وبحق أنه إذا كان من ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء الحق في محكمة droit à tribunal وطنية تفصل في الحقوق والواجبات، وانه بناء على اتفاق التحكيم فإن الأطراف استبعدوا قضاء الدولة، فإنه بهذه المثابة ينشأ حق جديد هو الحق في الوصول إلى المحكم le droit d' accès à un juge arbitral، وفي هذا الصدد فإن القضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قررت انه التنازل عن اللجوء إلى قضاء الدولة واللجوء إلى التحكيم بدلا منه هو أمر مشروع بشرط ألا يؤدي التحكيم إلى تقييد حقوق المحتكمين أو يصطدم بمصلحة عامة هامة.

فإذا كان الحق في الوصول إلى القضاء هو حق أساسي وأيضا حق من حقوق الانسان ويعتبر أحد أهم مقتضيات الحق في محاكمة عادلة إلى جانب غيرها من الضمانات وفقا لنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان^٢، فإن ما يقابل هذا الحق في خصومة التحكيم هو الحق في محكم محايد.

¹ Cécile Chainais, Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un process arbitral equitable, in L.Milano,dir.,convention européenne des droits des l' homme et droit de l'entreprise, Collection Droit & Justice, 1er éd., Vol.113, Anthemis, 2016, p.296.

^٢ تنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان على ان: "١. لكل شخص . عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه . الحق في مرافعة علنية عادلة

ثالثاً: طرق تعيين المحكمين وفقاً لاتفاقية واشنطن (قواعد الأكسيد) نموذجاً:

يشارك في اختيار/ تعيين المحكمين وفقاً لاتفاقية واشنطن كلا من الخصوم - ولهم مدى واسع من الحرية في اختيار المحكمين من جانب ، ورئيس الجهاز الإداري - في أوضاع خاصة وبضوابط معينة - من جانب آخر.

١. إرادة الخصوم في اختيار المحكمين

القاعدة ان للخصوم مطلق الحرية في اختيار المحكمين سواء بارادتهم الخاصة أم بالاتفاق بينهم، وأيضا لهم الحرية في اختيار المحكمين من قوائم المركز (الأكسيد)

خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون.

ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة.

٢. كل شخص يتهم في جريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون.

٣. لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد أدنى:

أ- إخطاره فوراً . وبلغة يفهمها وبالتفصيل . بطبيعة الاتهام الموجه ضده وسببه.
ب- منحه الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه.

ج- تقديم دفاعه بنفسه، أو بمساعدة محام يختاره هو، وإذا لم تكن لديه إمكانيات كافية لدفع تكاليف هذه المساعدة القانونية، يجب توفيرها له مجاناً كلما تطلبت العدالة ذلك.

د- توجيه الأسئلة إلى شهود الإثبات، وتمكينه من استدعاء شهود نفي وتوجيه الأسئلة إليهم في ظل ذات القواعد كشهود الإثبات.

هـ- مساعدته بمترجم مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة."

أو من خارج هذه القوائم على انه في الحالة الأخيرة ينبغي ان يتوافر في المحكم نفس المؤهلات والمواصفات المنصوص عليها في م ١٤ من الاتفاقية^١، وتتأسس حرية الخصوم في الاختيار من خارج القوائم على مبدأ حرية اختيار الخصوم في تشكيل هيئة التحكيم^٢، وهو الأمر الذي قننته م ١/٣٧ والتي نصت على ان "تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقا لاتفاق الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، تضم المحكمة ثلاثة محكمين ، يعين كل طرف محكما واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة، فإنه يعين بالاتفاق بين الطرفين." ، والاتفاقية تعطى الأطراف في التحكيم في منازعات الاستثمار حرية واسعة في اختيار محكميهم^٣، وتطبق نصوص الاتفاقية في حال غياب مثل هذا الاتفاق، وتعتبر نصوص الاتفاقية ملزمة حتى مع وجود اتفاق للأطراف كما هو الحال في الفرض الذي يختار الخصوم فيه محكما من خارج القائمة فمع ذلك ينبغي ان يلتزم الأطراف بنص م ١٤.

^١ تنص م ١/١٤ من الاتفاقية على ان : "يجب ان يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع، ومشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم في المجالات القانونية أو الصناعية أو التجارية أو المالية، وان تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال في مباشرة وظائفهم مع ملاحظة ان التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا ."

^٢ Christoph H. Schreder and others, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, 2nd ed, 2009, Note 16, Art. 37, p. 449.

^٣ د.جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص ٥٥.

وفى التحكيم عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار خصوصا فإن الدور الذى تلعبه ارادة الأطراف فى تعيين المحكمين على قدر عال من الأهمية لعدد من الاعتبارات فمن ناحية الأطراف يميلوا إلى اختيار محكمين محل ثقتهم الخاصة، وأيضاً لإتاحة المجال لهم لاختيار المحكمين الذين تتوفر لهم خبرة عملية خاصة فى الموضوع محل النزاع¹ .

وهى فى مجملها أسباب مشروعة وتستجيب لطبيعة التحكيم فى صدد اعتبار ارادة الأطراف فى تشكيل هيئة التحكيم، وهو الأمر الذى يتم الدفاع عنه فى مواجهة المآخذ على تعيين المحكم من قبل أحد الطرفين وما لذلك من أثر من شأنه ان يعزز الشكوك حول حياد واستقلال المحكمين، الأمر دفع البعض² إلى المناداه بإلغاء هذا النظام، وذلك تأسيساً على ان المحكم الذى يتم تعيينه من قبل أحد الأطراف يتم اختياره من قبلهم تأسيساً على آرائه السابقة واتجاهاته ويأمل المحكمون ان من شأنه ان يعزز موقفهم فى النزاع، غير ان هذه الحجة وحدها لا تعتبر مآخذ على نظام التعيين أو الاختيار، فبالطبع المحكمين لا يتم اختيارهم عشوائياً وإنما عندما يقف الأطراف على الأحكام التحكيمية التى سبق ان شارك فى إصدارها أو آرائه عموماً

¹ Christoph H. Schreder and others, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, 2nd ed, 2009, Note 5, p.509.

² Jan Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 25, Issue 2, Fall 2010, Pages 339–355.

، وهو الأمر الذى لم يعد على قدر من الصعوبة نظرا للشفافية التى تسود تحكيم الاستثمار وان الكثير من الأحكام الصادرة قد تتاح للكافة لما بها من مسائل تتصل بالشأن العام هذا من جانب، وعلى الجانب الآخر فإن اختيار المحكم لايعتبر غاية فى ذاته بل هو مؤشر على عدالة الاجراءات ومن شأنه ان يعطى الخصوم مؤشرات عن طريقة سير اجراءات التحكيم الأمر الذى يعكس التوقعات المشروعة للأفراد.

غير ان الإشكالية الحقيقية التى تثيرها فكرة المحكم المعين من قبل أحد الطرفين هو ان المحكم المعين يميل إلى إرضاء الطرف الذى قام بتعيينه - الأمر الذى تشير إليه الأدلة القولية فى خصومة التحكيم- وذلك سعيا إلى إعادة اختياره من قبله - فى قضايا أخرى.

لذا يشير الفقه¹ إلى انه فى أفضل الأحوال فإذا كانت الهيئة التحكيمية والتى تتكون من عدد فردى -ثلاثة محكمين مثلا- فإذا انحاز كل محكم إلى الطرف الذى قام بتعيينه فإنه المحكم الثالث من شأنه ان يعمل التوازن ويضمن العدالة الإجرائية والموضوعية لأنه لا يكون معينا من قبلهم، إلا انه لا يمكن الاعتماد على ذلك لأن العبرة من وجود "هيئة " هو ان يكون المحكمون جميعهم محايديين، ولا يكتفى بحياد رئيس الهيئة فقط، وهو ما يستفاد من تبني الخصوم لتشكل الهيئة التى تنص عليه

¹ Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, Brill,2017, p.192.

الاتفاقية وإلا لاكتفوا بتعيين محكم واحد فقط، ولكن الغرض هو ان يشتركوا جميعا بمعرفتهم فى المداولات والحكم الصادر على مسئوليتهم

٢. سلطة رئيس المجلس الادارى فى تعيين المحكمين:

الأصل فى تشكيل هيئة التحكيم ان يقوم الأطراف بتعيين المحكمين، وهو الأمر المعمول به فى تحكيم الاستثمار، فوفقا للمادة ٣٧ من اتفاقية واشنطن: " يتم تشكيل المحكمة التحكيمية فى أقرب وقت ممكن عقب تسجيل الطلب، وتتكون المحكمة من عدد فردى من المحكمين، حسب اتفاق الأطراف على ذلك، وفى حالة عدم اتفاقهم على اختيار المحكمين، يعين كل طرف محكما والثالث الذى يكون رئيسا للمحكمة باتفاق الأفراد."

أما فيما يتعلق برئيس المجلس الادارى فيقوم بتعيين المحكم بناء على طلب من الأطراف، كما قد يقوم بتعيين المحكمين - دون طلب من الأطراف- فى حالات أخرى وبضوابط معينة.

فيقوم الرئيس بالتعيين فى حال ما إذا فشل الخصوم فى الوصول إلى اتفاق حول تعيين المحكم، أو إذا اختلفوا حول تعيين المحكم الثالث، وهو ما قرره م ٣٨ من الاتفاقية: ".. إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوما التالية للاخطار بتسجيل الطلب ، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة فى الطلب، ويقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين....لم يعينوا بعد."

ويرد على سلطة الرئيس قيين أساسيين:

الأول: لا يجوز للرئيس التعيين من خارج القوائم، ولكن يمكنه ذلك فقط حال استدعى موضوع النزاع -وهو قدر من المرونة تم إضافته على اختصاص الرئيس الاستثنائي في هذا الصدد-¹ ذلك على ان المحكم المختار- من خارج القوائم- ينبغي ان يخضع لمعايير م ١٤، ويتعيينه يبدأ احتساب مدة ٦ سنوات، لأنه باختياره من قبل الرئيس يعد قد تم إضافته تلقائيا للقوائم، وبعبارة أخرى في حالة وجود نقص في عدد المحكمين في القوائم والمحتملين للتعيين في الهيئة التحكيمية، وكان هناك محكم مناسب لنظر النزاع ولكنه غير مدرج على القوائم فللرئيس الادارى ان يعينه بما يستتبع ذلك من إدراجه على القوائم بعد ذلك^٢.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد ان القوائم يقوم بإعدادها كلا من الأطراف (الدول) من جانب والرئيس من جانب آخر، وهو ما تقرره م ١٣: "يجوز لكل دولة متعاقدة ان تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم بالضرورة ان يكونوا من رعاياها.

¹Aron Broches, In order to meet the particular requirement of the proceedings, The experience of the International centre for settlement of Investment disputes, in "international investment disputes- Avoidance and settlement, Rubin , Nelso ed., 1985, p.75.

² Christoph H. Schreder and others, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, 2nd ed, 2009, Note 11, p.510.

ويجوز للرئيس ان يعين عشرة أشخاص لكل قائمة، ويتعين ان يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة."

الثانى: الجنسية : فتقرر م ٣٩ من الاتفاقية انه: " يجب ان يكون أغلبية المحكمين من دول غير الدول المتعاقدة الطرف فى النزاع" ، على أنه إذا كان التعيين من قبل الرئيس فلا يمكنه ان يعين محكمين من مواطنى الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع أو من مواطنى الدولة المتعاقدة التى أحد رعاياها طرف فى النزاع، وينبغى ان يتم التعيين خلال ٣٠ يوم وبعد التشاور أو محاولة التشاور مع الأطراف حول اختيار المحكم.

ويشير الفقه^١ فى هذا الصدد إلى ظاهرة مفادها ان أغلب المحكمين الذين يقع عليهم الاختيار أمام هيئة تحكيم الأكسيد وسواء كانوا معينين من قبل الأطراف أو من قبل الرئيس هم من مواطنى الدول الصناعية الغربية، الأمر الذى علق عليه السكرتير العام للمركز بأن العديد من الدول النامية لم يقوموا - إلى وقت قريب- بتعيين محكمين فى القوائم، وان الدول النامية التى قامت بالتعيين، عينت بعض موظفيها العموميين فى هيئة تحكيم المركز، وهو ما حال دون اعتماد اختيار محكمين فى بعض المنازعات التى تعرض على المركز.

^١ د.جلال وفاء محمدين، التحكيم، المرجع السابق، ص ٥٥.

الفرع الثانى

خصوصية دور المحكم فى تحكيم الاستثمار

على الرغم مما يتمتع به التحكيم فى منازعات الاستثمار اليوم من وجود حقيقى وعملى، وما هو شائع من ان الدول ارتضت اللجوء إلى التحكيم الدولى للفصل فى منازعات الاستثمار، التى يكون الجانب الآخر فيها مستثمر أجنبى، وان تحكيم الاستثمار هو وسيلة أساسية لتنمية الاستثمار، إلا ان مع ذلك ومهما كانت طبيعة التحكيم تبقى حقيقة ان هذا التحكيم ينطوى على مسائل تتعلق بالنظام العام فى الدول، وان المحكم فى تحكيم الاستثمار له دور خاص لأنه فى أغلب الأحوال يقيم المحكم سياسات الدول والقرارات التى تتخذها على المستوى الداخلى فيما يتصل بالاستثمار.

أولاً: معيار المراجعة (نظر الدعوى) فى تحكيم الاستثمار:

يقتررب دور محكم الاستثمار - فى رأبى - إلى دور القاضى إلى درجة كبيرة، وما يعكس ذلك هو معيار المراجعة Standard of Review ويشير هذا المصطلح إلى درجة التمحيص التى يعتمدها المحكم فى تقييم الواقع أو القانون (فحص ودراسة القضية) الذى قررته الدولة المضيفة للاستثمار، ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى ان معيار المراجعة يختلف عن غيره من المصطلحات كمبدأ التناسب، أسباب اللجوء إلى القضاء (إشراف القضاء على التحكيم) ، والالتزامات الموضوعية للدولة.

على ان معيار المراجعة يشمل كل المصطلحات السابقة، ويؤثر فيها فهو يحدد - بطريقة غير مباشرة- المسائل التي يمكن ان تكون محل مراجعة من القضاء وكذلك نطاق هذه المراجعة، ويشمل معيار المراجعة بهذه المثابة العديد من النقاط فينصب على تحليل العوامل التي قام بناء عليها متخذ القرار في الدولة المضيفة للاستثمار باتخاذ قرار معين وتسبببه لهذا القرار .

ويشير الفقه¹ في هذا الصدد - وهو نقد تقليدي لتحكيم الاستثمار- إلى ان المحكمين قد لا يكونوا - بنسبة كبيرة- على قدرة كاملة للقيام بهذا التقييم بحرفية، ذلك ان جنسيات المحكمين قد تختلف عن جنسيات الأطراف التحكيم، الأمر الذي يجعلهم بصدد نظام قانوني مختلف وقواعد وطنية لها اعتبارات تتصل بالنظام العام والصالح لعام في دولة بعينها، وهو ما لا يلم به المحكمين بطبيعة الحال. لذا كان دائما الحديث عن وجوب مراعاة "هامش التقدير" *deference*، وهو يشير إلى الحدود التي ينبغي ان تتقيد بها هيئات التحكيم في أعمالها لمعيار المراجعة عند فحص القرارات التي تم اتخاذها أو التدابير التي فرضتها الدولة المضيفة، لأنه ينبغي على المحكم ان يحترم قرارات أو تقدير الدولة حتى ولو كان الأمر في تقديره مختلف، لأن الاعترافات التي تعمل فيها أجهزة الدولة ومؤسساتها لا يمكن ان يلم بها بذات الدرجة المحكم- وفي رأبي لأن الأمر لا يقتصر على البعد القانوني فقط

¹ Joshua Paine, Standard of Review Investment Arbitration, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series, N° 2018 1, p. 5,6.

ولكن لاعتبارات أخرى يحيط بها متخذ القرار الوطنى باعتباره جزء من كيان الدولة ذاتها.

وتأتى أهمية احترام "هامش التقدير" كضرورة أساسية لأنه يتعلق بتقسيم السلطات والفصل بينها على المستوى الدولى والمستوى الوطنى، ويؤيد من هذا النظر اعتبار تحكيم الاستثمار أكثر صور القضاء الدولى تدخلا من منظور محلى لأنها: تتيح للمستثمر الأجنبى اللجوء إلى التحكيم مباشرة دون استفاد وسائل حل النزاع الوطنى فى البداية، كما ان أعمال معيار المراجعة من قبل هيئات التحكيم على هذه الصورة تجعلنا أمام رقابة مشروعية للقرارات الصادرة عن الدولة لكن من قبل هيئة تحكيم دولى فى الوقت الذى لا تتمتع به محاكم دولية أخرى بداءة بهذا النوع من الاختصاص¹.

¹ Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, Investor–State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09–46, 2 september 2009.

Available at:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1466980##

يشير الكاتبان إلى ان التحكيم فى منازعات الاستثمار يشكل صورة من الحوكمة العالمية والتي تتمثل فى السلطة التى تباشرها هيئات التحكيم فى مجال القانون الادارى الدولى، فهى تقوم – أى هيئات التحكيم- بتأسيس معايير لقرارات الدول فى مواجهة المستثمر الاجنبى ومن ذلك ما تحده من إذا ما كان قرار ما يعتبر من قبل المعاملة العادلة للمستثمر أم لا ، وما إذا تم مراعاة مقتضيات العدالة فى الاجراءات الادارية أم لا، فهناك اتفاق مسبق على اختصاص هيئات

وما يزيد من إشكالية تحديد معيار للمراجعة هو ان العبارات الواردة فى معاهدات الاستثمار دائما ما يتم صياغتها فى عبارات واسعة وعلى قدر كبير من العمومية الأمر الذى يجعل من قرارات الدول التى تدخل فى اختصاص هيئة التحكيم (والتي تكون محلا للتقييم) لا تقع تحت حصر، وما زاد فى صعوبة تقبل المجتمع الدولى لتحكيم الاستثمار -أو بعبارة أخرى الانتقادات التى توجه له - ان المحكمين فى أعمالهم لمعيار المراجعة لم يتركوا مجالا لهامش التقدير للدول، مما لم يدع فرصا كافية للدول لتحديد وتنفيذ أهداف تتعلق بالسياسة الوطنية والصالح العام وهو ما أدى إلى تفاقم أزمة شرعية نظام تحكيم الاستثمار¹.

التحكيم بمراجعة القرارات الصادرة عن الدول فى إطار معين وهى تعمل فى ذلك معايير كمبدأ التناسب كلما وجدت صعوبة فى احداث التوازن بين مصالح المستثمر الاجنبى والاعتبارات التى تتصل بالمصلحة العامة كمصالح البيئة التى قد تصدر قرارات الدول رعاية لها.

¹ Anthea Roberts, The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration, in A Jan vanden Berg, Arbitration: The Next Fifty Years, Kluwer, 2012, p.170-180.

ثانيا: الأساس القانونى لتحديد معيار المراجعة الواجب التطبيق:

بالرغم من الصياغة العامة للمصطلحات فى صدد تحديد معيار المراجعة، إلا انه يمكن القول ان الوقوف على حدود سلطة المحكمين فى أعمال معيار المراجعة يتم من خلال:

١. معاهدة الاستثمار: Investment Treaty

وهى الحالات التى ترتضى فيها الدولة اختصاص هيئات التحكيم للفصل فى الالتزامات الموضوعية وفقا للمعاهدة بصورة سابقة على نشأة النزاع.

معظم معاهدات الاستثمار لا تحدد معيار معين للمراجعة عندما تقوم هيئات التحكيم بمراجعة قرارات الدول، عوضا عن ذلك فإن المحكمين فى تحكيم الاستثمار هم من يقومون بهذا الدور تأسيسا على سلطاتهم فى ادارة الاجراءات، لكن هذا الأمر محل انتقاد لأنه المحكمين فى تحديدهم للمعيار المناسب يجب ان يأخذوا فى الاعتبار نص المعاهدة، فدائما من شأن عبارة المعاهدة ان تؤثر فى تحديد معيار المراجعة حتى ولو كانت عامة فى صياغتها، ومثال ذلك ان بعض المعاهدات تحتوى على بنود أساسية essential security clauses والتى تقرر ان المعاهدة لا تمنع الدولة الطرف من تطبيق التدابير التى تجدها لازمة لحماية مصالحها الأمنية الأساسية^١. فيقرر الفقه^١ ان عبارة المعاهدة " التى تجدها مناسبة"

¹ US Model BIT, Art. 18 2, 2012.

هى التى ستحدد معيار المراجعة فى إطار المسائل والتدابير التى تم اتخاذها على أساس من مبدأ حسن النية (أى ان الدول اتخذت هذه التدابير بطريقة عادلة وانها فعلا تدرج ضمن الطائفة المحددة فى المعاهدة وأنها لم تستخدم بسوء نية).

كما يمكن ان تقرر المعاهدات حق الدول الأطراف فى تبنى الاجراءات والتنظيم التى تحقق المصلحة العامة وان تتمتع بقدر من السلطة التقديرية فى تطبيق هذه الاجراءات ومثالها USA – Oman FreeTrade Agreement والتى تتعلق بحق الأطراف فى تبنى وتنفيذ القوانين الخاصة بالبيئة ، مما يوسع من نطاق هامش التقدير الذى يحترمه المحكمون والتى تتمتع فيه الدولة المضيفة باتخاذ ما تراه من اجراءات وفقا للمعايير الدولية فى هذا الصدد.

وبصورة أعم يوجد بعض أنواع القواعد الدولية تكون نسبيا على قدر من عدم التحديد، أو التى لا توفر تفصيلا نصوص تتعلق بمعيار المراجعة للمحكمين وذلك بهدف الحفاظ على على قدر من الشرعية – احتراماً للسيادة- تتمتع فيه الدول بحرية التنظيم الداخلى ولا تقيدها فى ذلك التزاماتها الدولية.

٢. عقود الاستثمار التى تبرم وتخضع لقواعد قوانين الاستثمار الوطنية:

Investor – State Contract:

¹ Stephan Schill, Robyn Briese, "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, Max Plank yearbook of United Nations Law, Vol.13, 2009, p.61-140.

منازعات الاستثمار التي تنشأ من التزامات الدول وفقا لقوانين الاستثمار الخاصة بها، وما سبق ان تناولناه فى تنظيم معيار المراجعة وفقا لمعاهدات الاستثمار ينطبق أيضا على عقود الاستثمار.

يقوم المحكمون تأسيسا على عدد من العوامل بضمان هامش للتقدير للدولة المضيفة لعل أهمها الخبرة الكبيرة والشرعية التي يتمتع بها متخذى القرار فى حكومة الدولة المضيفة للاستثمار فى ممارستهم للسلطة العامة مقارنة بالمحكمين، فعندما تكون السلطة العامة محل بحث فإن المحكمون فى التحكيم الناشئ عن عقود الاستثمار يضمنوا للدول هامش للتقدير.

وفى هذا الصدد يعلق جانب من الفقه¹ بالقول ان إذا كان من الممكن بالنسبة للدول ان توافق على انعقاد الاختصاص للقضاء الدولى بموجب عقد (كعقد الاستثمار المبرم وفقا لقوانين الاستثمار الوطنية)، وان تكون تصرفات هذه الدولة السيادية مع ما تتطوى عليه من أطراف متعددة ومصالح عامة محلا للنزاع، فإن تحكيم الاستثمار بهذه المثابة يكون نوع من التقاضى المنظم وله خصائص القانون العام .

¹ Gus Van Harten, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration, Oxford University press, 2013, p. 7-9.

Gus Van Harten, The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, International & Comparative Law Quarterly, Vol 56, issue 2, 2007, p. 371-393.

وإجمالاً فإن في هذا التحكيم القائم على العقد من النادر ان يحتوى على قواعد عامة أو غير محددة بالنسبة لسلطات المحكم ومنها معيار المراجعة وذلك مقارنة بالتحكيم الذى يأتى تأسيساً على قواعد معاهدات الاستثمار الأمر الذي يترك مجالاً "للمناورة" للدول المضيفة - أى فى زيادة هامش التقدير وبالتالي خروج كثير من قراراتها من نطاق اختصاص المحكم أو بعبارة أدق نطاق ما ينصب عليه معيار المراجعة، لأن بحسب الأصل كافة هذه المسائل تدخل فى اختصاص المحكم ولكن لما سبق بيانه من اعتبارات فهو يعطى الدولة المضيفة هامشاً للتقدير يقلل باتساعه معيار المراجعة وبضوابط معينة فيؤكد الفقه¹ على ان النصوص فى التحكيم القائم على عقود الاستثمار ليست هى العامل الوحيد فى تحديد معيار المراجعة وإنما تتدخل نفس العوامل كما هو الحال فى معاهدات الاستثمار .

ثالثاً: معيار المراجعة وأهميته عملاً فى تحكيم الاستثمار:

يوجد معيار المراجعة بقوة فى العديد من المسائل التى تظهر بطبيعة الحال فى تحكيم الاستثمار الأمر الذى يتصل بصورة مباشرة بدور المحكم فى هذا النوع من التحكيم بالذات، ولعل دراسة التطبيق لها فائدة كبرى فمن ناحية - كما سبق البيان

¹ F. Ortino and N. Mersadi Tabari, 'International Dispute Settlement: The Settlement of Investment Disputes Concerning Natural Resources - Applicable Law and Standards of Review', E Morgera and K Kulovesi eds, Research Handbook on International Law and Natural Resources, Edward Elgar, 2016, p.515.

- لا توجد قواعد موحدة يمكن ان تستمد من النصوص - وفي رأبي - مهما كانت النصوص واضحة وهو الأمر الذى يعكس الطبيعة المزدوجة لتحكيم الاستثمار، ومن ناحية أخرى لأن العمل من شأنه ان يخلق قواعد / سوابق قضائية يمكن التعويل عليها لإرساء مبادئ قانونية معينة من جهة ومحاولة التخفيف من أزمة الشرعية التى تواجه تحكيم الاستثمار من جهة أخرى.

لهذا الغرض نعرض لحدود سلطة المحكم فى إطار من معيار المراجعة، ثم تطبيق هذا المعيار على المسائل التى تكون موضوعا للتحكيم وتتصل بخبرة علمية أو تقنية معينة .

١. تأكيد هيئات التحكيم فى تحكيم الاستثمار على ضمان هامش تقدير للدول:

عندما يلجأ المستثمر الأجنبى إلى التحكيم مدعيا ان الدولة المضيفة خالفت إحدى التزاماتها بموجب اتفاقية الاستثمار أو ما قررته فى قوانين الاستثمار الوطنية، فإن عبء الاثبات يكون أكبر من مجرد إدعاء المخالفة، وكذلك نوعية الفحص ودراسة القضية التى يجريها المحكمون للوقوف على تحقق هذه المخالفة من عدمه، وبعبارة أخرى قبل تقرير ما إذا كانت الدولة خالفت بنود المعاهدة أم لا.

فى هذا الصدد يُلاحظ ان محكمى الاستثمار يتجنبوا مراجعة أو الفصل فى القرارات أو التدابير التى اتخذتها الدولة ونفرق فى هذا الصدد بين:

- تقييم التزامات الدولة على المستوى الدولى وما إذا كان القرارات أو التدابير التى اتخذتها تتوافق مع تلك الالتزامات.

- تقييم دور المشرع أو الدولة ذاتها وألية اتخاذ القرار، والأسباب التى دعت لاتخاذ هذا القرار، وفى مرحلة لاحقة مقارنته بالتزاماتها الدولية.

فالفرض الثانى هو الذى يتجنبه المحكمون فلا ينبغى ان يضعوا أنفسهم محل الدول وكأنهم بصدد اصدار القوانين أو ممارسة مظاهر السلطة العامة، وفى الوقت الذى يشير فيه الفقه¹ إلى وجود هيئات للتحكيم حادت عن هذا المفهوم إلا ان الغالبية تعمل معيار المراجعة فى هذه الحدود، أى فيما يتصل بالتزامات الدول الدولية ومع احترام هامش للتقدير للدول.

ويعتبر الحكم الذى أسس لهذا المعيارفى قضية SD Myers v. Canada² حيث قررت هيئة التحكيم: عند تفسير الحد الأدنى للالتزامات الدولية التى يُفترض ان تلتزم بها الدول فإن الهيئة لا تمتلك سلطة مطلقة فى تقييم عملية اتخاذ القرار التى تقوم بها الحكومة، لأن الحكومات أحيانا تتخذ قرارات تكون محل للاختلاف - جدلية- وتبدو معها وكأنها اتخذت قرارات خاطئة أو بناء على تقدير غير سليم للوقائع، أو ان القرار قدم أحد الاعتبارات العامة على غيرها بدرجة كبيرة، وفى كل

¹ Joshua Paine, opt.cit, p.15.

² S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, 2002, available at: <https://www.italaw.com/cases/969>

الأحوال فإن الطريق الطبيعي - إن وجد- لمحاسبة الحكومات فى العصر الحديث على الأخطاء التى ترتكبها هى طرق سياسية وقانونية على المستوى الوطنى الداخلى، ولا تقوم بهذه المهمة هيئات التحكيم فى منازعات الاستثمار.

فالفحص أو الدراسة للقضية التى يقوم بها المحكم للوصول إلى حكم فى الموضوع القضية ينبغى ان يتم فى ضوء احترام هامش التقدير للدول وهو الهامش الذى يقره القانون الدولى ويمتد نطاقه ليشمل حق السلطات فى الدول فى تنظيم المسائل التى تتعلق بالدولة وفى داخل حدودها ، وتمتع الدولة بهامش للتقدير والخطأ يتوافق مع القواعد التى ترد فى معاهدة الاستثمار لأنها لا تتطلب أى تقييم يتصل بتحقق النظام العام فى دولة معينة من عدمه، المحكمين ليسوا مشرعين¹، والإدعاء المقدم بأن القرار صادر عن الحكومة موضوعيا خاطئ غير كاف ، ولكن يجب ان يثبت ان الجهة الصادر عنها القرار فى الحكومة قامت بذلك بطريقة تحكيمية أو فجائية² مع الاعتراف بوجود نوع من الرقابة أو المراجعة للالتزامات الدولة وفى ضوء معاهدة الاستثمار فإن حقيقة ان مشرع منتخب ديموقراطيا هو من اصدر التشريع

¹ Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, 28/4/2011, available at: <https://www.italaw.com/cases/816>

² Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18 , available at: <https://www.italaw.com/cases/614>

ومهما كانت الأعباء المفروضة بموجب هذا التشريع لايغنى ان القوانين الصادرة تعتبر مخالفة بصورة تلقائية لالتزامات الدولة المضيفة للاستثمار.

٢. معيار المراجعة فى فحص التدابير التى اتخذتها الدولة المضيفة للاستثمار استنادا إلى خبرة علمية أو تقنية محددة:

هو الفرض الذى يتحقق عندما يتم تبرير القرارات أو التدابير التى تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار استنادا إلى أسباب علمية أو تقنية معينة وأصبحت هذه التدابير محل تنازع فى اجراءات تحكيم، أو بعبارة أخرى محل اعتراض من المستثمر إلى الحد الذى عرضها معه كمنازعة أمام هيئة التحكيم.

يلق الفقه^١ أنه فى المجلد فإنه من القضايا التحكيمية التى ثارت فيها هذه المسألة فإن محكمين الاستثمار لم يتدخلوا أو يتناولوا بالفحص ما إذا كانت التدابير التى اتخذتها الدولة المضيفة قائمة بالفعل على ما يبررها من أسباب علمية أو تقنية، كما لم يتطرقوا إلى أى وقائع أو محاولة تقييمها للوصول ما إذا كانت فعلا عملا مشروعاً من أعمال السلطة العامة أم لا.

لكن عوضاً عن ذلك كان تركيز محكمى الاستثمار - والذى يستفاد منه معيار المراجعة الذى اعتمده- على العملية التنظيمية والاجراءات التى سبقت اتخاذ القرارات أو التدابير وما إذا كانت هذه الاجراءات راعت حقوق المستثمر فى

¹ Joshua Paine, opt.cit., p. 13.

معاملة عادلة أم لا، الأمر الذى يعكس ان المحكمين يركزوا على القواعد الدولية والتي يقع على عاتقهم احترامها وتطبيقها، وهذه القواعد الدولية لا تؤسس "لمعيار علمي" لقياس شرعية التدابير أو الاجراءات التنظيمية، ولكن نفس القواعد تُعنى بتنظيم شروط تفصيلية ينبغي ان تستوفيها الاجراءات التي تتخذها الدولة لتقرير وتعديل قوانينها ولوائحها التنفيذية، وما إذا كانت هذه الاجراءات (أى من ناحية إجرائية وليست موضوعية) تحقق العدالة للمستثمر وخصوصا حقه فى معاملة عادلة، وحقه فى ان يعلم بما يتخذ ضده أو بصدد مصالحه من قرارات واجراءات . Due process rights

وفى هذا الصدد توجد العديد من القضايا التي طبق فيها المحكمين معيار المراجعة السابق، ننتاول إحداها بالدراسة وهى قضية Chemtura V. Canada وقد رفع هذه القضية للتحكيم مستثمر أجنبى فى كندا، يعارض فيه قرار الدولة الكندية فى حظر الليندين Lindane وهى مادة تدخل فى تكوين المبيدات التي يقوم المستثمر بانتاجها، فى هذه القضية حسم التحكيم لصالح الدولة الكندية، وبالرجوع إلى تسبب الحكم نجد ان هيئة التحكيم لم تتعرض إلى "ما إذا كان من سلطة الدولة الكندية تقرير مضار استخدام هذه المادة وحظرها من عدمه"، لكن المقدمات التي استهلت بها الهيئة فحصها للقضية وأسست الحكم بناء عليه هو ان:"المحكمة وجدت من ضمن عدد من العناصر ان المشرع الكندى قد اصدر قرار المنع فى حدود وظيفته وسلطته العامة وكننتيجة للالتزامات كندا الدولية، كما ان المشرع قد اتبع الاجراءات المقررة لاصدار مثل هذه التدابير والقرارات فى قانونه الوطنى وقدم للمستثمرا لأجنبى

ذات المعاملة التي تلقها نظيره الوطنى والذي تأثر بذات القرارات لعمله بذات الصناعة".

وإذا كان معيار المراجعة المطبق فى هذا الصدد على نحو ما أسلفنا وأول ما يتبادر إلى الذهن ولعدد من الاعتبارات ينصب على المسائل الإجرائية باستبعاد المسائل الموضوعية، إلا ان دراسة بعض السوابق التحكيمية بمنظمة التجارة العالمية من شأنه ان يعيد إلى الأذهان انه من المحتمل ان يصعب الفصل فى بعض الحالات بصورة تامة بين اجراءات اصدار القرار أو التدابير من قبل السلطة العامة / المشرع الوطنى، والفحص من جديد وتقييم القرار نفسه موضوعياً، وذلك عندما يواجه المحكمين مسألة تقنية أو علمية ينبغى ان يفصلوا فيها الأمر الذى قرر معه البعض ان المحكمين فى إطار منظمة الصحة العالمية طوروا معيار خاص للمراجعة بالذات فيما يتصل بتطبيق اتفاقية Sanitary and phytosanitary measures (SPS Agreement)^٢ ما يميز هذا الاتفاق المبرم فى إطار منظمة التجارة العالمية نصها على ان الاجراءات المتخذة ينبغى

¹ Lukasz Gruszczynski, 'Standard of Review of Health and Environmental Regulations by WTO Panels' in Geert Van Calster and Denise Prévost eds., Research Handbook on Environment, Health and the WTO, Edward Elgar Publishing, 2013, p.755.

² https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm

ان تتخذ تأسيسا على مبادئ علمية، ولا يمكن إدعاء مخالفتها إلا بدليل علمي¹. وبالرغم من ذلك فإن المحكمين التابعين لمنظمة التجارة العالمية مثل المحكمين فى تحكيم الاستثمار يميلوا إلى إعمال معيار المراجعة على النحو السالف لأنهم يعلموا بعدم معرفتهم للجوانب الفنية، فيركزوا فحصهم على معقولية الاجراءات العلمية وليس صحتها، فمثلا يسوق الفقه² بعض العبارات من أحكام تحكيمية صادرة تطبيقا لأحكام هذا الاتفاق فتقرر هيئة التحكيم: "أنه لا يشترط ان تعكس الاجراءات التى تم اتخاذها رأى الأغلبية فى المجتمع العلمى ولكن أيضا يمكن ان تتبنى اتجاهها مغايرا أو رأى الأقلية .. طالما ان الاجراءات مازالت ضمن المعايير العلمية المشروعة للمجتمع العلمى . "وعلى الجانب الآخر تتجه منظمة التجارة العالمية إلى فحص ومراجعة القرارات الصادرة عن المشرع الوطنى - فى حالة بحث مدى وجود خطر من عدمه (بيئيا وفقا لأحكام الاتفاق)- وان تكون النتيجة التى وصلت إليها مدعومة بأدلة علمية أى أنها تعمل معيارا موضوعيا للمراجعة وينصب هذا المعيار على موضوع الاجراءات وليس الاجراءات فقط.

¹ Art. 2.2, 5.1, 5.2, 5.7, of SPS Agreement, available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm

² Appellate Body Report, US – Continued Suspension, para 591

مشار إليه لدى:

Joshua Paine, opt.cit, p.13.

والشاهد مما سبق ان قياس الخطورة علميا فى إطار تشريعى لا يعد مسألة علمية بحتة ولكنها تشمل مجموعة من القواعد التى تختلف تبعا للقواعد الاجتماعية والثقافية السائدة فى نظام قانونى معين، مما يعيدنا إلى صعوبة الفصل أحيانا بين الموضوع والاجراءات فى فحص المحكم للقرارات والاجراءات الصادرة عن الدول، غير أنى أرى ان الأمر وإن كان لا يدل على إمكانية وجود معيار محدد إلا ان ذلك يرجع إلى طبيعة المسألة محل التحكيم والأفضل ان يولى المحكمين بحسب الأصل هامش للتقدير لكل دولة وإلا أدى القول بخلاف ذلك لتفاقم أزمة الشرعية إلى جانب عدم الفاعلية عملا فمهما كانت دراية وخبرة المحكمون إلا ان الاعتبارات على المستوى الوطنى مختلفة وهو ما يصعب على المحكمين الالمام به.

المطلب الثانى

واجب المحكم فى الإفصاح

يقصد بالإفصاح: "مبادرة المحكم بإحاطة الأطراف بصلته السابقة والحالية بموضوع النزاع وأطرافه وومثليهم وذويهم." ويعتبر هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية بجوهر مهمة المحكم وتفرضه طبيعة هذه المهمة والطابع المؤقت لسلطاته، يرى جانب من الفقه¹ ان فى تقرير هذا الالتزام يدل على تراجع الاعتبارات الشخصية فى عملية اختيار المحكمين ويعكس الحاجة إلى إلى وجود اعتبارات موضوعية تتعلق بخبرات المحكم وسوابق أعماله فى منازعات مشابهة، فضلا عن حياده قبل الخصوم وانتفاء صلته بهم.

على المستوى الوطنى فى البداية لم يقرر المشرع المصرى مثل هذا الالتزام على المحكم ولكن مع صدور قانون التحكيم الجديد فقد قرر فى م ١٦ / ٣ منه التزام المحكم بالإفصاح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده، الأمر الذى يعد معه إفصاح المحكم مفترضا أساسيا لتعيينه وصحة هذا التعيين.

¹ د.هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٦٠.

ويأتى هذا الواجب تفرعا عن فكرة استقلال المحكم وحيدته^١ من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المهمة التحكيمية مهمة موضوعية وغير شخصية، وفي هذا الصدد يمكن القول ان التحكيم وإن كان فى نشأته اتفاقيا فإن مهمة المحكم لا يحكمها ذات الاتفاق، وبعبارة أخرى فإذا كان اتفاق التحكيم يغلب عليه الطابع الذاتى والشخصى فإن المهمة التحكيمية لها طابع موضوعى، ويقرر اتجاه فى الفقه^٢ ان تلك القاعدة قائمة على أساس ان التحكيم فى حقيقته غير قائم على مبدأ سلطان الارادة الفردية ولا على مبدأ حرية الأطراف فى اختيار المحكمين، ذلك ان التحكيم يقوم على مبدأ غيرية المحكم باعتباره مبدأ إجرائيا، أى انها فكرة إجرائية لها طابع موضوعى، مما يجعل من التحكيم عمل إجرائى ذو طابع عام.

التزام المحكم بالإفصاح هو التزام فى مواجهة الأطراف ويتحدد بعلاقة المحكم ذاته بالأطراف ، فهو يعد انعكاسا لواجب المحكم واحترامه لمهنته ومقتضياتها، وفى ذات الإطار بصدد التحكيم فى منازعات الاستثمار فإن الفقه^٣ يؤكد على ان كلا من التزام المحكم بالإفصاح من جانب، وضمانة رد المحكم من جانب آخر كلاهما

^١ د.أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الفكر الجامعى ، ٢٠٠٠ ، ص٣٢.

^٢ د.أحمد محمد حشيش، المرجع السابق ، ص ٣٤.

^٣Noah Rubins, Bernard Lauterburg, Independence, impartiality and duty of disclosure in investment arbitration. In: Christina Knahr, Christian Koller , Walter Rechberger, August Reinisch eds Investment and commercial arbitration – similarities and divergences. Eleven International Publishing, Den Haag, 2010, p.156.

وسائل مترابطة من حيث ان الالتزام بواجب الإفصاح من شأنه ان يقلل من احتمالية طلبات الرد والعكس صحيح. وبهذه المثابة فإن واجب الإفصاح لا ينحصر فى اعتباره وسيلة لتحليل والوقوف على امكانيات المحكم العملية وخبراته السابقة، بقدر ما يلعب دورا هاما فى حفظ نزاهة الاجراءات وعدالتها، فهو يحفظ المحكم من احتمالية رده لأسباب تتأسس على الإفصاح.

الفرع الأول

مقتضيات واجب الإفصاح

كما سبق البيان فإن واجب الإفصاح على قدر عال من الأهمية فلا تتوقف عند ضمان حياد المحكم، ولكنه أيضا يؤثر على مركز المحكم في هيئة التحكيم، مدة وتكلفة الاجراءات، والدعاوى المرفوعة فيما بعد لطلب إلغاء الحكم التحكيمي، فكل هذه العناصر تتأثر بدرجة أو بأخرى بالواجب في الإفصاح.

ومع ذلك فإن الإشكالية المثارة في هذا الصدد ان واجب الإفصاح يتميز بقدر عال من المرونة تختلف باختلاف القواعد المطبقة على التحكيم ومن مركز تحكيمي لآخر، كما تتأثر بفهم المحكمين أنفسهم لهذا الواجب وتقديرهم للمعلومات التي من واجبهم الكشف عنها مقارنة بغيرها من المعلومات غير الضرورية، كافة الاختلافات في هذه العناصر تنعكس على الخصومة التحكيمية التي تقوم فيها أسباب الرد خصوصا وعلى نظام التحكيم في منازعات الاستثمار بأكمله عموما.

الأمر الذي دعى إلى وجود مزيد من الضبط لواجب الإفصاح وقد جاء في عدد من التقارير الخاصة بالمقترحات التي تهدف إلى إصلاح نظام التحكيم في منازعات الاستثمار والتي تقرر ان النظام الحالي المعمول به في واجب الإفصاح وقواعد رد المحكمين تترك مجالاً للإصلاح، وتتبدى هذه الأهمية إذا أخذنا في الاعتبار ان الوسيلة الأساسية التي من شأنها ان تنفذ تحكيم الاستثمار من التحديات التي يواجهها بصفة أساسية هي التركيز على وجود مزيد من الشفافية،

فإذا ترك الأطراف والمحكمين وهيئات التحكيم فى إصدارهم لقراراتهم على أسس غير موحدة Ad hoc (حرّة) أو متباينة، فإن ذلك من شأنه ان يؤدى إلى استمرار الاحتمالية وعدم الفاعلية، وبالتالي فقدان الثقة فى منظمة تحكيم الاستثمار أو ما يُعبر عنه حالياً بأزمة الشرعية التى يواجهها هذا النوع من التحكيم.

بالرغم من أهمية التنظيم لواجب الإفصاح إلا ان جانب من الفقه¹ يرى ان الإفراط فى تطلب الشكليات والزام المحكمين بالإفصاح عن كل صغيرة وكبيرة من شأنه ان يعطى مساحة للطرف سئ النية فى تأخير اجراءات التحكيم ووضع العراقيل، وفى المحصلة إقصاء العديد من المحكمين الأكفاء لأسباب غير جدية، كما ان واجب الإفصاح لا يعد الحل لكل القصور الذى يشوب إجراءات التحكيم، فلا ينبغي ان يتم التوسع فى واجب الإفصاح محاولة لإيجاد حلول لكافة الاشكاليات، بل يجب ان تقدر الأمور بقدرها، على انه إذا ثبت بالفعل وجود انحراف متعمد من جانب المحكم فإنه يجب إستبعاده.

لكن الانطباع العام والسائد ان المحكمين لا يتم التعامل معهم بحسم فى هذا الصدد، ذلك ان المحكم يفترض فيه حسن النية، وانه إذا وجدت بالفعل أسباب من شأنها ان تثير الشك حول نزاهة المحكم أو قدرته على الفصل فى النزاع بحيدة فسيتم العلم بها من قبل المحكم ذاته، وهو ما أكدت عليه العديد من أحكام الرد

¹ Charles N.Brower, Keynote address: the ethics of arbitration: perspectives from a practicing international arbitrator, Berkeley International Law Journal Publicist, Vol.5, issue1, 2010, p.31

فتقرر ان إجراءات التحكيم فى سياق متطلبات الاستثمار تتم فى إطار النزاهة وحسن النية ، ويكون لدى المحكمين دائما الحق فى "قرينة البراءة"- أى ان الأصل حسن النية وان كل تصرفات المحكمين تجئ فى إطار من حسن النية.

ومع ذلك يقرر البعض¹ انه عملا بالأخذ بما سبق فإن نتائج مختلفة من شأنها ان تظهر ذلك ان التطبيق المتساهل لقواعد الأكسيد فى هذا الصدد من شأنها ان تضعف العديد من جوانب واجب الإفصاح.

أولا: المقتضيات الشكلية لواجب الإفصاح: **Statement of disclosure**

قبل بداية خصومة التحكيم وبعد اختيار المحكمين تلزم قواعد تحكيم الاستثمار المختلفة المحكمين باستيفاء وثيقة الإفصاح والتي من شأنها ان تبين خبرات المحكم السابقة وكافة الروابط التى من شأنها ان تكشف عن صلة بين المحكم وموضوع النزاع أو أشخاصه.

على الرغم مما تبدو عليه من شكلية فإن هذا الإجراء على قدر عال من الأهمية لأن العديد من طلبات الرد تنور بسبب هذا الجانب الشكلى على ما سنرى.

¹F. Campolieti, N. Lawn, Perenco v. Ecuador: was there a valid arbitrator challenge under the ICSID Convention?, 2010, In: Kluwer Arbitration Blog. <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/01/28/perenco-v-ecuador-was-there-a-valid-arbitrator-challenge/>

تتص م ٢/١٣ من اجراءات تسوية المنازعات الدولية الصادرة عن الأكسيد فى
٢٠١٤ على ان :

"فور قبول التعيين، يجب على المحكم التوقيع على إشعار التعيين المرسل من
المسئول الادارى مؤكدا على توافر المحكم للقيام بالمهام وحيدته أو استقلاله ، على
المحكم الكشف عن أى ظروف جديدة من شأنها إثارة الشكوك حول حياده أو
استقلاله وأى وقائع أخرى يرغب المحكم فى عرضها على الأطراف."

المحكم فى قيامه بهذا الواجب يقوم باستيفاء وثيقة للإفصاح Statement of
disclosure وتختلف بيانات وشكل هذه الوثيقة وفقا لقواعد التحكيم المطبقة ولكنها
تهدف إلى ضمان حياد المحكم فى كل الأحوال.

وفقا لقواعد الأكسيد تتص م ٢/٦ من اجراءات التحكيم على البيانات التى ترد فى
وثيقة الإفصاح^١، فيذكر القضية وأطرافها، المرحلة من الاجراءات التى يفصح فيها،

¹ Before or at the first session of the Tribunal, each arbitrator shall sign
a declaration in the

following form:

"To the best of my knowledge there is no reason why I should not serve
on the Arbitral

Tribunal constituted by the International Centre for Settlement of
Investment Disputes with

Respect to a dispute between

_____ and _____.

“I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my

Participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal.

“I shall judge fairly as between the parties, according to the applicable law, and shall not

accept any instruction or compensation with regard to the proceeding from any source except

as provided in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and

Nationals of Other States and in the Regulations and Rules made pursuant thereto.

“Attached is a statement of a my past and present professional, business and other

relationships if any with the parties and b any other circumstance that might cause my

Reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by

signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary–

General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises

التاريخ وتوقيع المحكم، ويقر بأنه يرى بأنه لا يوجد ما يمنع من نظره للقضية التحكيمية ولا توجد ظروف من شأنها ان تؤثر على حياده أو استقلاله،

على ان تضمن الوثيقة تغطية الطلبات التي يشملها الإفصاح والتي تنص عليها م ٢/٦، غير أنه لا يتوافر نموذج معين لبيان العلاقات أو الظروف التي من شأنها ان تثير الشكوك فيمكن ان تدرج في ذات الوثيقة أو في ورقة ملحقة، فيوجد مربع للاختيار بين (إلحاق وثيقة، أو عدم إلحاق وثيقة)، وإن كان الأمر شكليا إلا انه يعكس بدرجة كبيرة السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكمون في صياغة هذه الوثيقة فهو - أى المحكم- يقدر البيانات التي يلزم الإفصاح عنها من عدمه، ويجب ان يكون هذا الإفصاح كتابة لما يترتب عليه من نتائج بعيدة الأثر وقد جاء ذلك في حكم لمحكمة النقض المصرية والتي قررت: "حكمة من التزام المُحَكَم بالإفصاح كتابة هي تحقق الدليل على علم أطراف التحكيم بالوقائع المفصح عنها، مما ينفي عنهم قرينة عدم العلم بها، أما كتمان المُحَكَم عن تلك الوقائع التي تنال من حيده واستقلاله، يرفع عنهم عبء إثبات عدم العلم بتلك الوقائع".^١

وتتشابه قواعد التحكيم المطبقة على منازعات الاستثمار كثيرا في هذا الصدد وإن تعددت التسميات إلا انه من الشائع إعطاءها وصف الوثيقة Statement أو الإعلان Declaration، على سبيل المثال غرفة التجارة الدولية بباريس تتعدد

during this proceeding."

^١ نقض جلسة ٢٠١١/٦/١١، طعن ١٨١١٦ دوائر تجارية، س ٨٨ق.

تسميات الوثيقة في إطارها فيطلق عليها "وثيقة القبول والاستقلال" ، وفقا لنموذج آخر "وثيقة القبول، الصلاحية ، الحيادة والاستقلال"، وفي ذات الإطار تطلق غرفة التحكيم بميلانو على الوثيقة المرتبطة بواجب الإفصاح مسمى "إعلان القبول ووثيقة استقلال المحكم"¹.

وتتباين تلك الوثائق فيما بينها في التفاصيل التي تتناولها ودرجة التعقيد فبينما الوثيقة المعتمدة لدى غرفة التجارة تتطلب استيفاء الجداول الموضح بها (الوقائع أو الظروف المتصلة بالحياد والاستقلال)، جداول التي يوضح بها (القضايا التحكيمية قيد النظر فيها)، جدول زمني مفصل يبين الالتزامات التي يرتبط بها المحكم بالفعل وقت قبوله مهمة التحكيم، في حين لا تتطلب وثيقة غرفة تجارة ميلانو ملف منفصل (ملحق) يتناول إفصاح المحكم إلا انه يكتفى بالبيان الموجود في الوثيقة الأساسية، وفي ذات الاتجاه تعتمد غرفة التحكيم الدولية بسنغافوره ذات النهج فلا تتطلب ملف منفصل (ملحق) كوثيقة للإفصاح ولكن تكتفى بخانة للموافقة على الالتزام بالإفصاح وفقا لقواعد السلوك التي تتعلق بالحياد والاستقلال، وتترك مساحة غير صغيرة يستوفيها المحكم بما لديه من وقائع أو ظروف تتصل بالنزاهة والحياد في هذا الصدد.

¹ Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019, p.31.

ويشير الفقه¹ إلى ان القدر المشترك بين كافة هذه الوثائق - وإن تباينت في تفاصيلها- هو :

- جميع النصوص تتطلب ان تكون وثيقة الإفصاح (الإفصاح) مكتوبة، وهو ما يعد أمرا معقولاً.

- النصوص التي تتطلب الإفصاح وتحرير الوثيقة لا توفر نموذجاً لوثيقة الإفصاح ولكنها تستفيض في تعديد البيانات التي يجب ان تشملها، الأمر الذي يشكل مؤشراً على حرية المحكمين في صياغة الجوانب الشكلية لهذا النوع من الوثائق.

- في حين تتطلب قواعد محكمة التحكيم الدائمة وقواعد اليونسترال من المحكم الذي ليس لديه وقائع أو ظروف ليفصح عنها فإنه يجب عليه صراحة ان يقرر التزامه بالحياد والاستقلال والنزاهة²، فإن م ٢/٦ من قواعد الأكسيد للتحكيم الصادرة عام ٢٠٠٦ والتي تنظم وثيقة الإفصاح لا تتطلب من المحكم الذي لا

¹ Katia Fach Gomez, opt.cit., p.32.

²UNCITRAL Model Statement: "No circumstances to disclose: I am impartial and independent of each of the parties and intend to remain so. To the best of my knowledge, there are no circumstances, past or present, likely to give rise to justifiable doubts as to my impartiality or independence. I shall promptly notify the parties and the other arbitrators of any such circumstances that may subsequently come to my attention during this arbitration".

يوجد لديه ما يفصح عنه ان يقرر صراحة تعهده بالالتزام بالحياد والاستقلال والنزاهة.

إلى هذا القدر قد يبدو الأمر شكليا إلى حد كبير لكن بالنظر إلى الآثار التي تترتب على عدم استيفاء وثيقة الإفصاح بشكل صحيح أو عدم صراحة النصوص التي تنظمها في هذا الصدد، ويتضح ذلك في العديد من قضايا تحكيم الاستثمار خاصة في إطار الأكسيد، ففي قضي (Alpa V. Ukraine (2010) ¹ قرر المحكم انه في وثيقة الإفصاح التي استوفاهها عام ٢٠٠٧ حذف بند (العلاقات بأطراف التحكيم إن وجدت) المشار إليها في م ٢/٦ لأنه قدر أنها لا تتوافر في هذه القضية وبالتالي لم يلحق أى مستندات.

أيضا في قضية ^٢ Tidewater V. Venezuela حذف المحكم بندين الأول: الخاص بالعلاقات المهنية السابقة والحالية بين المحكم وأطراف التحكيم إن وجدت، الثاني: أى ظروف من شأنها أن تثير الشكوك حول موثوقية المحكم لدى أطراف التحكيم، لذا فإنه بناء على طلب المدعى من المحكم ان يقدم وثيقة إفصاح كاملة

¹ Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, available at: <https://www.italaw.com/cases/71>

² Tidewater v. Venezuela Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela ICSID Case No. ARB/10/5 available at:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/391/tidewater-v-venezuela>

وفقا لنص م ٢/٦ حيث لا تقرر المادة إمكانية وجود حذف أو نقصان في البيانات الواردة في وثيقة الإفصاح. ورد المحكم على ذلك بأنه قدر ما يجب الإفصاح عنه هو المعلومات غير المعروفة (السرية) وليس المعلومات المعروفة في العموم والتي يمكن الاطلاع عليه من موقع الأكسيد على الانترنت - يقصد بذلك خبراته السابقة والقضايا التحكيمية التي سبق له الاشتراك في الفصل فيها).

الأمر الذي يعكس من ناحية ان صياغة القاعدة التي تتعلق بالإفصاح م ٢/٦ من قواعد الأكسيد قد تؤدي إلى تضارب في التطبيق لاتساع عبارتها وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تأخير الاجراءات، وتكاليف تحكيم إضافية على عاتق الأطراف.

من ناحية أخرى فإنها تعكس السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في هذا الصدد، فمن القضايا السابق العرض لها فإن المحكم يقرر ما يلزم الإفصاح عنه من عدمه، الأمر الذي يدل على عدم وجود قاعدة موحدة معمول بها في هذا الإطار الهام، وفي هذا الصدد يشير الفقه¹ انه في مجال التحكيم التجاري الدولي يسود الوعي بأهمية الحد من إرادة أو حرية المحكمين في خصوص واجب الإفصاح، مثال على ذلك قواعد غرفة التجارة الدولية في خصوص واجب الإفصاح- مدرجة بالوثيقة ذاتها- والتي تقرر أى إفصاح يجب ان يكون كاملا ومفصل، يوضح التواريخ الهامة تاريخ بداية ونهاية المهمة التحكيمية)، تفاصيل

¹ Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019, p.34.

عن الشركات والأشخاص، وكافة المعلومات الأخرى.)، وحتى فى إطار القضاء الدولى يوجد معايير ينبغى للقضاء الدوليين الالتزام بها فيما يتصل بواجب الإفصاح، المادة الخامسة من قواعد السلوك للأعضاء السابقين والحاليين لمحكمة العدل الأوروبية والتي تتصل بالإفصاح عن الإفصاح عن الالتزامات المادية Declaration of financial interest تتص على ان: "عند قبولهم لمهمتهم يجب على الأعضاء ان يودعوا تقرير بالإفصاح عن مصالحهم المالية- وفقا لمفهوم الفقرة الثالثة لدى رئيس المحكمة أو الهيئة التى يشكلون أحد أعضائها، يجب على العضو ان يقر بصلته المالية بكافة الكيانات التى من الممكن بسبب نطاقها - ومنطقيا - ان تشكل تضارب فى المصالح حال وجود العضو فى هيئة المحكمة التى تنظر نزاع يمثل هذا الكيان كأحد أطرافه..."

ثانيا:المقتضيات الموضوعية لواجب الإفصاح

تنص المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد على واجب الإفصاح - كما سبق البيان- ينصرف النص للعلاقات المهنية أو التجارية للمحكم السابقة والحالية، وأى ظروف أخرى أو صلة بينه وبين أحد أطراف النزاع ومن شأنها ان تثير الشك حول موثوقيته للفصل فى النزاع، يقرر الفقه¹ فى هذا الصدد ان واجب الإفصاح عند صياغته بهذه الطريقة فإنه يشمل كافة العلاقات بين المحكم والخصوم دون تحديد،

¹ Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019, p.36.

ولا يوجد نطاق زمني محدد لهذه الصلات (لأن المحكم يقرر كافة الصلات بالخصوم دون ان يحدد فترة معينة أو طبيعة معينة لتلك الصلة) الأمر الذي لا يترك حدا أدنى للصلة التي ينبغي ان تتوافر بين المحكم والخصوم، وكذلك لم تحدد معيار أو حد أدنى للحيدة التي ينبغي ان تتوافر لدى المحكم، أضف إلى ذلك التفرقة التي وضعها النص بين الصلة بين المحكم والخصوم، أى ظروف أخرى other circumstances، أى مصلحة تتصل بمحل النزاع كما تشمل أيضا الأشخاص الذين لا يعدون طرفا فى النزاع^١.

فى الواقع فإن المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد إذا كانت البيان الأول يتعلق بعلاقات المحكم المهنية فإن هذا البيان يعد على قدر من التحديد وإن افتقر للنطاق الزمني له، على خلاف بيان (الظروف التي من شأنها ان تثير شك الخصوم فيما يتعلق باستقلال المحكم) مما يجعل من واجب المحكم -وفقا لعبارة النص- ان يضع نفسه مكان الخصوم وهو أمر غاية فى الصعوبة.

^١ يشير الفقه فى هذا الصدد ان تحديد المقصود بالخصم ليس بالأمر اليسير، فقد يكون مصدر التأثير أشخاص لهم نفوذ على الشركة المدعية ، أو الموظف الممثل للدولة الخاضعة للتحكيم، فعلاقة المحكمين بهؤلاء الأطراف من شأنها ان تستوجب توافر استقلال هيئة التحكيم فى مواجهتهم

Karel Daele, Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration, Kluwer, 2012, p.8.

على نحو مغاير نظمت قواعد اليونسترال ذات الأمر، فلم تعمل التفرقة الموجودة فى الأكسيد بين البيان (أ) و (ب) الذى يجب ان يستوفيه المحكم، فتتص المادة ١١ من قواعد اليونسترال على انه "على الشخص حين يعرض عليه بقصد احتمالية تعيينه /تعيينها كمحكم، فيجب عليه أو عليها ان يصرح بكل الظروف التى من شأنها ان تثير شكوكا لها ما يبررها Justifiable doubts حول حياده أو استقلاله، وعلى المحكم منذ تعيينه وطوال اجراءات التحكيم، ان يفضى بلا تأخير إلى طرفى النزاع أى ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له ان احاطهما علما بها. "

الأمر الذى يجعل المعايير التى يستند إليها اليونسترال فى نطاق واجب الإفصاح أقل نطاقا من قواعد الأكسيد أو بعبارة أخرى أكثر تحديدا من جانب، وتتبنى معيار موضوعى وهو وجود شكوك لها ما يبررها، على ان العديد من النصوص فى التحكيم التجارى الدولى تتبنى معيار مختلط بين قواعد الأكسيد وقواعد اليونسترال وهو الظروف التى من شأنها أو من المحتمل ان تؤدى إلى إثارة الشكوك حول حياد المحكم، غير ان المعيار الذى تبنته قواعد الأكسيد يبقى على قدر من الصعوبة مقارنة بغيره وذلك لصعوبة تطبيقه على محكمين من ثقافات ونظم قانونية مختلفة، وهو ما يستتبع اتساع نطاق طلبات الرد التى تقدم لهيئة التحكيم¹.

¹ Ana Stanic, Challenging arbitrators and the importance of disclosure: recent cases and reflections, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 16, 2009, p.220.

ومع ذلك عملا فإن أحكام رد المحكمين الصادرة عن الأكسيد تبين انه استبدل بالمعيار الشخصي -الذى يتعلق بالخصوم ويفترض ان المحكم يضع نفسه مكان الخصوم فى الافصاح عن المعلومات اللازمة وصولا لضمان حياده واستقلاله - معيار موضوعى، مما يدل على ان المعيار الأول لم يعكس تأثير بدرجة كافية فى الواقع ، الأمر الذى أدى إلى وجود نوع من التباين فى التطبيق ، ويدل على ذلك:

- ان المحكمين يقوموا بإستيفاء وثيقة الافصاح وفقا لمحض تقديرهم الشخصى، فمثلا لا يعملوا التفرقة بين البيان (أ) ، (ب)، ويسوق الفقه¹ مثلا على ذلك فى القضية Nations Energy v. Panama تم طلب رد المحكم تأسيسا على ان وجود علاقة مهنية بين المحكم وبين محامى فى الشركة التى قامت بتعيينه كمحكم، بفحص وثيقة الافصاح واستقلال المحكم بواسطة اللجنة التى تنتظر طلب الرد، وجد ان المحكم قام بإستيفاء الوثيقة من منظوره الشخصى وليس من منظور الخصوم، ولكن لم يشكل ذلك -عملا وفى هذه القضية- سببا كافيا لرد المحكم وجاء فى تسبيب اللجنة انه من الصحيح ان المحكم لم يفصح عن تلك العلاقة / الصلة المهنية - وكان الأولى والأجدر به ان يفعل- إلا ان الأمر فى النهاية لم يتعد ممارسة أمينة لسلطته التقديرية فى هذا الصدد".

¹ Katia Fach Gomez, opt.cit., p.40.

- جانب آخر من أحكام الأكسيد تظهر تأييدا للاتجاه لتبنى المعيار الموضوعى فى الإفصاح وفى خصوص عبارة "أى ظروف أخرى" الواردة فى م ٢/٦، وهو ما يتبين من الحكم فى طلب رد أحد المحكمين فى قضية Suez v. Argentine Republic وذلك عندما طلب أحد الخصوم رد المحكم تأسيسا على أنها كانت تشغل منصب مديرة مجموعة تمتلك حصة صغيرة من الأسهم فى شركتان من شركات المدعى، فى هذه القضية أشار المحكمون الآخرون الذين ينظروا طلب الرد إلى للمادة ٢/٦ بصفة عامة ولم يتطرقوا إلى التفصيل والتفرقة بين البيان (أ) و (ب)، فقرر المحكمون "التفسير المنطقي لنص المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد للتحكيم، انه يتعين على المحكم ان يفصح عن الوقائع/الظروف فقط إن قدر- أى المحكم- ان تلك الوقائع من شأنها ان تثير الشكوك لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله من "منظور الشخص المعتاد" reasonable person".

فى ذات الاتجاه تعرضت هيئة التحكيم فى قضية Alpha v. Ukraine لمسألة المعيار فى خصوص واجب الإفصاح والتوازن الذى ان ينبغى ان تحققه القواعد فى هذا الصدد، فدمجت الهيئة بين معايير الإفصاح من جانب ورد المحكم من جانب آخر، مقررة: "من أجل تحقيق الهدف المزدوج فى الإفصاح الكامل على النحو الذى حددته م ٢/٦ من جهة، وفى ذات الوقت بطريقة مرنة والتقليل من إطار الإفصاح القائم على الاحتمالية والمرونة - بدون إطار واضحة- فيجب إعمال اختبار "الشكوك التى لها ما يبررها" على نسق المعيار الذى تبنته م ٩ من قانون

اليونسترال النموذجي للتحكيم، وذلك عوضا عن تطبيق المعيار /الاختبار المرن الذي يعد من الصعب ان يشكل سندا مبررا لطلب الرد وفقا لقواعد الأكسيد.

- فى حين ان الاتجاهين السابقين اتجاها إلى تبنى المعيار الموضوعى فى تقييم واجب الافصاح سواء تأسيسا على إعطاء المحكمين سلطة تقديرية فى تفسير واجب الافصاح -لان عبارة النص تسمح بذلك - ، أم تأسيسا على تبنى معيار موضوعى مقتضاه ان المحكم له تقدير الظروف التى له ان يفصح عنها ومعياره فى ذلك الشخص المعتاد .

فإن هناك اتجاه ثالث فى الأحكام يتمسك بحرفية نص المادة ٢/٦ (ب) والافصاح عن أى ظروف من شأنها ان تنثير شكوك حول حياد المحكم واستقلاله¹ - من وجهة نظر الخصوم- و ذلك تأسيسا على عدم افصاح المحكم عن تعارض للمصالح يشكل اهدارا قاعدة إجرائية جوهرية، وتعرضت هيئة التحكيم لهذا

¹ Michael Hwang SC & Lynnette Lee, Standard of proof for Challenge against arbitrators: Giving them the benefit of the doubt, in : The powers and duties of an arbitrator, edited by: Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung, Kluwer, available on line :

<https://books.google.com.eg/books?id=mlyWDwAAQBAJ&pg=PT269&dq=compania+de+aguas+v.+argentine+republic+duty+of+disclosure&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewi6iK2BIOTpAhWjD2MBHaAiBNQQ6AEIOjAC#v=onepage&q=compania%20de%20aguas%20v.%20argentine%20republic%20duty%20of%20disclosure&f=false>

الموضوع فى إطار قضية *Compania de Aguas v. Argentine Republic* وذلك عندما طلبت حكومة الأرجنتين بطلان حكم التحكيم تأسيسا على بطلان تشكيل هيئة التحكيم وفقا لنص م ٥٢ من قواعد الاكسيد، وعدم التزام المحكم بواجب الإفصاح¹.

بالرغم من ان اللجنة التى شكلت لنظر الطلب رفضت طلب حكومة الأرجنتين، إلا ان اتجاه الهيئة فى خصوص واجب المحكم فى الإفصاح جدير بالاعتبار، حيث ان الهيئة تبنت معيار "منظور الخصوم" فيما يتعلق بالظروف التى يقدر الإفصاح عنها من عدمه، وبناء عليه انتقدت الهيئة بشدة مسلك المحكم مقررة ان: "انه - تحت أى ظرف - من الصعب تفهم لماذا تخطر المحكم البنك بالقضايا التحكيمية قيد النظر والتى تشكل المحكم جزء من الهيئة التى تنتظرها ومع ذلك لم تخطر المحكم أطراف خصومة التحكيم فى ذات الوقت بتعيينها الوشيك كمديرة لهذا البنك".

إجمالاً:

من العرض السابق والمقارن بين قواعد التحكيم المطبقة فى خصوص واجب الإفصاح نجد ان هناك تلازم بين تنظيم واجب الإفصاح واجراءات الرد، فكلا

¹ David D. Caron, Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford University Press, 2013, p.181.

منهما يتأثر بالآخر بدرجة أو بأخرى، لا يوجد معيار موحد للوقوف على المحتوى الشكلى والموضوعى لواجب الإفصاح، وهو ما يتبدى من اختلاف التسميات والبيانات التى تضمنها وثيقة الإفصاح التى يستوفىها المحكم عند قبوله المهمة التحكيمية من جهة، ومن جهة أخرى فى التباين فى المعيار المطبق فى خصوص الجانب الموضوعى للبيانات الواردة فى الإفصاح.

وفى تقديرى وإن كانت الجوانب الشكلية على قدر عال من الأهمية - لأنه من المفترض ان الشكلية مرنة وكل شكل يتغيا تحقيق مصلحة موضوعية - إلا ان الخطورة تتصل بالجانب الموضوعى أكثر، لأن التباين فى التطبيق عموما يثير الشك حول شرعية نظام التحكيم سواء طبقت قواعد الأكسيد باعتبارها القواعد الرئيسية حاليا فى هذا الصدد أم غيرها من القواعد كقواعد اليونسترال أم قواعد غرفة التجارة الدولية، وهو ما يحتاج إلى تدخل وتطوير على مستوى القواعد وعلى مستوى التطبيق .

كما ان واجب الإفصاح باعتباره يتأسس حياد المحكم واستقلاله فإن الحديث عن معيار للوقوف على صحة الإفصاح من عدمه يتوقف على مفهوم الحياد والاستقلال الذى ينبغى ان يتوافر فى جانب المحكم، وهل ينبغى ان يوجد درجة معينة من الحياد أو الاستقلال للمحكم فى تحكيم الاستثمار بالذات.

فى ذات الاتجاه فإن المعيار للوقوف على المعيار المتبع وفقا لقواعد الأكسيد فإن المعيار المتبع يعطى الأولوية للعنصر الارادى للمحكم لا يعتبر الحل الأمثل فى

رأى جانب من الفقه¹ - وبحق - على الأقل في ضوء الصياغة الحالية للنص والتي تقرر ان الأساس في هذا هو المعيار الشخصي للأطراف/الخصوم، فالمحكمين دائما ما يدافعوا عن أنفسهم بالقول بجهلهم بالظروف التي من شأنها ان تثير الشك لدى الخصوم، وفي الغالب يقبل هذا الدفاع، فلا ينبغي للفصل في مسألة الالتزام بواجب الافصاح الاستناد إلى معيار شخصي يتصل بالمحكم، وينبغي تشجيع الهيئات التي تنتظر طلبات الرد على الالتزام بمعيار يركز على الأطراف وتوقعاتهم عوضا عن المعيار الذي يسترشد بالمحكم وتقديره لما يجب وما لا يجب الافصاح عنه، ويمكن دعم ذلك عن طريق تعديل نص م ٢/٦ من قواعد الاكسيد لتصبح أكثر انضباطا من حيث الصياغة بحيث توضح الاستناد إلى معيار الأطراف بدلا من المحكم وتدعيما للقاعدة المستقرة أساسا، والتي قننتها قواعد التحكيم التجارى الدولي على سبيل المثال تقرر قواعد IBA إذا كان المحكم بصدد الافصاح ولكنه وجد ان قواعد سر المهنة أو أى قواعد أخرى تتعلق بالعمل والسلوك من شأنها ان تحول دون هذا الافصاح ، فإنه - أى المحكم- ينبغي ان يرفض التعيين وان يتنحى عن نظر الدعوى التحكيمية.

ولا تركز الأهمية فقط في تبنى أى نوع من المعايير ولكن أيضا في المصلحة في التقارب بين النص والتطبيق حتى تتحقق الثقة في شرعية قواعد الأكسيد خصوصا والقواعد التي تنظم التحكيم في منازعات الاستثمار عموما، ولذا فإنه حتى إذا لم

¹ Katia Fach Gomez, opt.cit., p.43.

يتم تبني معيار الخصوم فى الوقوف على تحقق الافصاح، فعلى الأقل من الأفضل
ان يتم تعديل القواعد الموجودة حاليا لتتوافق مع التطبيق الذى يجرى عملا.

الفرع الثانى

نطاق واجب الإفصاح

تتمتع قواعد الأكسيد بخصوصية كبيرة بصدد إقرارها لعدد من القواعد التى تعزز من الشفافية ومن النشر - بعد موافقة الأطراف- لبعض الأحكام الصادرة، وكذلك النشر الذى يتعلق بمعلومات تتصل بهيئات التحكيم، فمتى تم تشكيل هيئة التحكيم، فإن صفحة الأكسيد على الانترنت تتيح معلومات حول القضية: أسماء المحكمين، الوثائق ذات الصلة، التواريخ وغيرها من التفاصيل الإجرائية.

إلى هذا الحد لا يثير الأمر أى إشكالية، غير ان المحكمين حال تم تقديم طلب رد تأسيسا على عدم التزامهم بواجب الإفصاح على النحو المقرر فإنهم يردوا ذلك بالقول ان المعلومات التى لم يقوموا بالإفصاح عنها هى فى الحقيقة منشورة على الموقع الالكترونى للأكسيد ومتاحة للكافة، الأمر الذى يجعلها تندرج ضمن النطاق العام.

فى قضية 'Tidewater v. Venezuela' بدأ المحكمون الذين ينظرون طلب الرد بتقرير ان:"ان المادة ٦/٢ من قواعد الأكسيد، لا تقصر واجب الإفصاح على المعلومات غير المعروفة فى النطاق العام Public domain أو للعامة، فعبارة

¹ Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, available at: <https://www.italaw.com/cases/1096>

المادة ٢/٦ لا تُوجد تفرقة بين الظروف التي يتم الإفصاح عنها." ومع ذلك فإن الواقع يخفف من مما يرتكبه المحكم من مخالفة واجب الإفصاح عند الحكم على حياد المحكم وصلاحيته للفصل في القضية، وبعبارة أخرى ان المعلومات المتاحة علنا حول المحكمين المعيّنين ينبغي الإفصاح عنها كنوع من "الزيادة في الحذر". ومع الوقت ومن خلال الأحكام الفاصلة في طلبات الرد امتد نطاق تطبيق (المعلومات المعروفة، لها نطاق عام) ، فلم تعد تقتصر على المعلومات التي يمكن الوصول إليها من على موقع الأكسيد، وهو الأمر الذي لا يعتبر مناسب أو معقول¹، ويمكن تبرير ذلك على نحو ما جاء في حكم قضية *Tidewater v. Venezuela* فقرر ان المحكمين دائما ما يكونوا في الموقع الأمثل لجمع، وتقييم، والإفصاح عن المعلومات ذات الصلة والتي تفصح عن تنازل مصالح محتمل، وبناء عليه فإن فرض مثل هذا الالتزام على الخصوم -بمعنى انهم هم من يتوجب عليهم العلم بوجود أسباب أو ظروف من شأنها ان تثير شكوك لها ما يبررها حول حياد المحكم- من شأنه ان يشكل عبء ومن شأنه ان يؤدي إلى نتائج مغلوبة وسلبية خاصة إذا أخذنا في الاعتبار تعذر الوصول لبعض المعلومات حال حمايتها تحت نطاق قوانين حماية البيانات أو سرية بعض البيانات.

لذا فإنه من الأجدر تقنين الاتجاه الذي تبنته هيئة التحكيم في قضية *Suez v. Argentine* والذي رفضت إعطاء مفهوم واسع "للبيانات الشائعة" أو التي تدخل

¹ Katia Fach Gomez, opt.cit., p.43.

فى "النطاق العام"، وبتطبيق ذلك على وقائع القضية فى خصوص المحكم التى لم تفصح عن احتمال كبير فى تبنيها لمنصب مديرة بنك، إذ قررت هيئة التحكيم ان الإفصاح عن هذه المعلومة كان ضروريا ولا يمكن اعتبارها من ضمن المعلومات ذات الطابع العام والانتشار الواسع إلى النحو الذى يجعلها منطقيا معلومة للكافة وبالتالي لا يمكن افتراض ان الخصوم كانوا على علم بها أو كان يفترض بهم العلم بها.

يشير الفقه¹ إلى انه بالرغم من المحاولات التى تسلط الضوء على مسألة الحاجة إلى تحديد إطار منضبط لواجب الإفصاح، غير ان المصطلحات المطاطة الواردة فى النص وغياب التحديد من شأنه ان يؤدي إلى وجود أحكام غير متناسقة ولا توفر قاعدة منضبطة، مما يؤدي إلى نتائج متضاربة فى التطبيق، ونشير فى هذا الصدد إلى اقتراح صياغة مدونة لقواعد سلوك محكمى الاستثمار²، والاتجاه لوضع

¹ Katia Fach Gomez, opt.cit. , p.52.

² وقد نص صراحة على هذا الاقتراح أو التمهيد فعلا لتبنيه فى م ٨.٤٤.٢ من الاتفاق التجارى والاقتصادى المبرم بين الاتحاد الأوروبى وكندا فى ٢٠١٦، فتنص على ان:

"The Committee on Service and Investment shall, on agreement of parties, and after the completion of their respective internal requirements and procedures, adopt a Code of Conduct of the members of the tribunal to be applied in disputes arising out of this chapter, which may replace and supplement the rules in application, and may address topics including: disclosure obligations, the independence of the members of

عدد من التدابير التي تضمن فاعلية القواعد وعدم مخالفتها إلا ان هذا الأمر أيضا بما يوفره من مزايا إلا ان الطبيعة الخاصة للتحكيم تتنافى أحيانا مع التنظيم الذي يفقده أى صبغة اتفاقية على نحو ما سنعرض له لاحقا.

وفى جميع الأحوال فإن نطاق واجب الافصاح ينبغي ان يحدد على وجه الدقة بحيث تكون واجبات المحكم والموثوقية فى اجراءات التحكيم تؤسس بقوة على واجب الافصاح بصورة منضبطة وفعالة تمنع تعارض المصالح¹، ومن جانب آخر ينبغي التأكيد على ان الالتزام بواجب الافصاح لا ينبغي ان يفسر على انه مرادف لعدم الاستقلال أو عدم الحيادة، ولكن على العكس من ذلك فالمحكم الذى يفصح عن معلومات أو ظروف موجودة سلفا فهو يقر بعدم وجود أسباب تؤدي إلى

the tribunal and confidentiality". European Union– Canada
Comprehensive Economic and Trade Agreement 2016.

وعند النظر فى العناصر المقترحة لىتناولها التنظيم من واجب الافصاح، الاستقلال والحيادة، السرية، نجدها- وإن لم تتحد فى المضمون- قريبة للغاية من ضمانات المحاكمة العادلة لكن بما يتوافق مع طبيعة التحكيم عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار خصوصا.

¹ Nathalie Bernasconi–Osterwalder, Lise Johnson, Fiona Marshall,
Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of
arbitrator and counsel, International institute for sustainable development,
2011, p. 41. Available at:
https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/dci_2010_arbitrator_independence.pdf

رفضه المهمة التحكيمية أو التحدى^١، وفي النهاية فإن المعيار الأساسى الذى ينبغى ان يؤخذ فى الاعتبار عند تنظيم نطاق واجب الافصاح هو الوقائع التى ينبغى الإفصاح عنها تأسيسا على صلتها أو أهمية الكشف عنها بالنسبة لموضوع التحكيم.

عند محاولة تنظيم هذا المعيار فإن العديد من التحديات من شأنها ان تتبدى وهو ما عبر عنه المحكمون أنفسهم فى أكثر من مناسبة ومفاد ذلك الخشية من التوسع فى واجب الافصاح من شأن ان يضر بالمحكم والخصوم، فالمحكم فى النهاية لابد بحكم طبيعة عمله كمحكم من ناحية ومتخصص من ناحية أخرى ان تتواجد له العديد من العلاقات المهنية وفى ظل العولمة فإنه من الصعوبة ان يقف المحكم ذاته على نطاق ومدى تلك العلاقات، الأمر الذى يثقل كاهل المحكمين بعبء غير عادى إلى الدرجة التى يصعب عليهم معها الالتزام بالافصاح، الأمر الذى بدوره من شأنه ان يعرقل اجراءات التحكيم نفسها.

فتنظيم نطاق واجب الافصاح على هذا النحو يتضمن عدد من المصالح المتعارضة التى تحتاج إلى تنظيم يضمن لها التوازن فمن ناحية واجب الافصاح والذى يضمن - كما هو مأمول- حياد واستقلال هيئة التحكيم من جهة، وحق المحكم فى الخصوصية، وحرية الخصوم فى اختيار محكميهم من جانب آخر، ولعل

^١ يراجع فى هذا الصدد المعايير الصادرة عن النقابة الدولية للمحامين الصادرة عام ٢٠١٤ International Bar association IBA المعيار الثالث.

الصعوبة الحقيقية فى هذه الصدد- فى رأى- هو حتى مع الوصول إلى معيار منضبط لتحديد المعلومات التى يجب الإفصاح عنها مع استبعاد غيرها غير الهامة أو الفرعية، فدائما ما سيكون هناك مجال للمناقشة فى هذا الصدد خصوصا عند تقديم طلبات الرد، لأن الأمر يتصل بظروف واقعية فمن غير المتصور ان توجد قائمة تحدد على سبيل الحصر ما يجب الكشف عنه وما لا يجب الكشف عنه.

أولا: السيرة الذاتية للمحكمن¹:

من الوسائل التى تعتمد عليها قواعد الإكسيد من أجل زيادة الشفافية فى اجراءات التحكيم، وفى سياق واجب الإفصاح فإن الاعلان عن السيرة الذاتية للمحكمن من شأنه ان يسد أوجه النقص التى قد تتواجد فى وثيقة الإفصاح، بالرغم من ان المستندات التى يجب إلحاقها بوثيقة الإفصاح غير محددة ولا تقع تحت حصر إلا ان السيرة الذاتية للمحكم تحتل أهمية كبيرة، فهى ليست هامة فقط للخصوم، بل أيضا للغير ومنظمات المجتمع المدنى، الباحثين، الأمر الذى يعد دائما محل إشادة باعتباره أحد متطلبات الشفافية، وهو ما لم تعتمد بعد العديد من قواعد ومراكز التحكيم فلا نجد السيرة الذاتية ضمن قائمة المستندات المطلوبة والمتاحة للعامة وفقا لقواعد اليونسترال الخاصة بالشفافية الصادرة عام ٢٠١٤.

¹ Katia Fach Gomez, opt.cit, p.54.

يحتوى موقع الاكسيد على رابط خاص بالمحكمن ويوجد به قائمة بأسماء المحكمن والموفقين وأعضاء اللجان الخاصة وإلى جانب كل عضو رابط للسيرة الخاص به، كما يوجد محرك بحث للمحكمن ويمكن تضيق نطاق البحث عن طريق المعايير المدرجة مثل: (اللغة، تشكيل هيئة التحكيم، الخبرة ، التعليم..إلخ)، وفى كل سيرة ذاتية يدرج تنبيه ان المعلومات الموجودة فى هذه الملفات متاحة /تم توفيرها بواسطة المحكم نفسه، وتم اتخاذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من دقة وحدائة المعلومات الواردة فى هذه السيرة الذاتية، ومع ذلك فإن من يعتمد على المعلومات الواردة فى هذا المستند يجب ان يتحرى بنفسه.

بالرغم من أهمية هذه الخطوة إلا انها لا توفر حلا مناسباً، فنتور الشكوك حول دقة وحدائة المعلومات المدرجة فى السيرة الذاتية، فمثلاً بعض المحكمن لا يقومون باستيفاء البيانات بالكامل وفى هذه الحالة توجد خاثة تشير "العدم وجود مستندات ليتم إلحاقها"، وإذا تجاوزنا مسألة البيانات الناقصة، فإن بعض السير الذاتية تحتوى فقط على عبارات مختصرة للغاية لا تعكس كامل خبرات المحكم ومؤهلاته، ومن الجدير بالذكر ان العديد من الأقسام لا يتم تحديثها بصفة منتظمة وذلك كالقسم الخاص بالأبحاث التى نشرها المحكم.

فالتغرات الموجودة بالسيرة الذاتية للمحكم من شأنها ان تؤدى إلى ذات المواقف التى تؤدى إليها عدم استيفاء البيانات فى وثيقة الافصاح كما فى القضايا أمام الأكسيد السابق الإشارة إليها، على سبيل المثال فالحكم الصادر فى The Vito v.

Canada case - وهي القضية التحكيمية التي تم نظرها تحت الفصل ١١ من اتفاقية NAFTA - احتوى الحكم على نقد غير مباشر لعدم تحرى الدقة في في صياغة السيرة الذاتية للمحكم وبالتالي وجدت العديد من البيانات غير الدقيقة، وعلق السكرتير العام للأكسيد" انه كان من الأولى بالنسبة للمحكم ألا يفصح في سيرته الذاتية التي يطلع عليها الخصوم عن نيته في التقاعد كمحامي طالما ان هذه النية لم تكن مؤكدة."

ويشير الفقه إلى ان الأمر ليس دائما على هذا القدر من البساطة ففي الولايات المتحدة كان عدد كبير من الأحكام التحكيمية مهدد بالإلغاء نظرا لأن المحكم قد أضاف في سيرته الذاتية بيانات غير سليمة ووصل الأمر إلى انتحاله شخصية محام متقاعد.

ومع ذلك فإن إتاحة السيرة الذاتية للمحكم ليست القاعدة سواء في تحكيم الاستثمار أم التحكيم التجاري الدولي، بل ولازالت بعض مركز التحكيم تفرض سرية على السيرة الذاتية للمحكّمين بمعنى عدم إتاحة الوصول للسيرة الذاتية للمحكم للعامة - كما هو الحال بالنسبة للأكسيد - ومن ذلك غرفة التجارة الدولية بباريس، مركز التحكيم في غرفة ستوكهولم للتجارة، فضلا عن ذلك لا تلزم مركز التحكيم محكميها بالحفاظ على السيرة الذاتية الخاصة بكلا منهم محدثة بصفة دائمة.

¹ Lacey Yong, Imposter arbitrator's award set aside in California, Global Arbitration Review, 2016.

ولا يعنى ذلك - كما سبق البيان - ان وضع الأكسيد نموذجى وذلك لأن المعلومات يتم تجميعها فى خصوص المحكمين سواء عموما أو بناء على السيرة الذاتية التى يقدمها كل محكم ليست على درجة من التفصيل إلى النحو الذى تبنى عليه قرارات هامة ، كاختيار المحكمين أو حتى كأساس لطلبات الرد، إذ نصبح فى دائرة مفرغة لأن حينها سيصرح المحكم انه فى غياب نص يلزمه تفصيلىا فقد قدر ان المعلومات التى أدلى بها فى السيرة الذاتية كافية، وكل لذلك بالإضافة إلى التنبيه المدرج فى نهاية كل سيرة ذاتية، الأمر الذى يقود إلى نتيجة مؤدها ان أكثر وسيلة موثوقة هى إفصاح المحكمون بصورة كاملة وصادقة عن سيرتهم الذاتية كاملة وتفصيلىا ومحدثة.

ثانيا: واجب المحكم فى التحرى: Duty to investigate

لا يوجد فى قواعد الأكسيد نص صريح يشير إلى واجب المحكم فى التحرى / التحقيق حول الظروف التى من شأنها ان تتوافر فى جانبه وقد تؤدى مستقبلا إلى حدوث تعارض فى المصالح نتيجة نظره قضية تحكيمية معينة ، ومع ذلك فإن هذا الواجب منصوص عليه صراحة فى العديد من قواعد التحكيم التجارى، وقواعد تحكيم الاستثمار وذلك كقواعد غرفة التجارة بباريس، قواعد السلوك فى المركز الدولى لفض المنازعات، وفى مجال تحكيم الاستثمار لعل أبرزها قواعد السلوك الخاصة بالاتفاقية الثنائية للتجارة NAFTA فتقرر ان انه فى سياق واجب الإفصاح

على المرشح للقيام بمهمة المحكم ان يبذل مجهود معقول ليعلم بوجود أى مصالح، أو علاقات، أو ظروف من شأنها ان تنشئ تعارض فى المصالح.

بالرغم من عدم وجود نص صريح يشير إلى هذا الواجب فى قواعد الإكسيد إلا ان المسألة كانت مطروحة للبحث بغرض الفصل فيها فى العديد من القضايا، وفى هذا الصدد وجد اتجاهين- وبصدد ذات الفرض- وذلك بمناسبة قضية The Suez v. Argentine Republic¹: والتي لم تفصح فيها المحكم عن احتمالية توليها فى القريب لمنصب الإدارة فى أحد البنوك الأمر الذى من شأنه ان يسفر عن تعارض فى المصالح يؤدى بدوره إلى عدم صلاحيتها لنظر القضايا التحكيمية التى تشكل جزء من هيئة التحكيم فيها، وبررت المحكم ذلك بعدم معرفتها بالترشيح، كما انها قدمت للبنك قائمة بكل التحكيمات الى تنظرها، وأعلمها البنك بعد ذلك انه لا يوجد تعارض بين وظيفتها كمحكم والتزاماتها فى المجال المالى - عملها بالبنك-.

الاتجاه الأول: لزمائها فى هيئة التحكيم كان يميل للتساهل، مقررين فى طلب الرد المقدم ضد زميلتهم ان المحكم قد التزمت بواجبها فى الإفصاح وذلك بالرغم من أنها لم تفصح عن أى من علاقتها أو صلتها بالخصوم وذلك بناء على ما أخطرها به البنك من عدم وجود تعارض فى المصالح.

¹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3

الاتجاه الثانى: وانتهج فيه المحكمون أعضاء اللجنة - بالنسبة لذات المحكم - اتجاه أكثر تشددا فيما يتعلق بواجبها فى الإفصاح، فى قضية *Compania v. Argentine Republic*¹ فاللجنة لم تر ان منصب مدير البنك يتمشى مع منصب المحكم الدولى، وان أى شخص يجمع بين المنصبين فهو فى الحقيقة يخاطر وبالتالي يجب عليه ان يبذل مجهودا خاصا فى التحرى وإخطار الخصوم أطراف التحكيم بتعارض المصالح المحتمل فى المستقبل، بالتطبيق على حالة المحكم المطلوب ردها فقد قررت اللجنة ان المحكم لم تقم بواجبها فى التحرى بصورة مناسبة وأنها أهملت واجبها فى التصريح عن كافة المعلومات والظروف الخاصة بها قبل قبولها مهمة التحكيم.

ولا يحتج والحال كذلك بأن المحكم أخطرت البنك بالقضية والبنك أعلمها بعد ذلك بعدم وجود تعارض للمصالح ، بما مفاده ان من قام بالتحرى ليست المحكمة بشخصها ولكن البنك، ذلك ان التحرى الذى قام به البنك "غير مناسب" ، " ولا اعتبار له فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار"، وبالتالي فلا يعد بديلا عن التحرى الذى ينبغى ان يقوم به المحكم بصفة شخصية، وعلل أعضاء اللجنة ذلك بأن البنك -لأغراضه الخاصة - وإذا وجدت له بالفعل مصالح فى القضية التحكيمية فإن من شأنه تفويضه من قبل المحكم أو على الأقل الاعتماد عليه للقيام

¹ مشار إليه لى:

Katia Fach Gomez, opt.cit, p.55.

بالتحرى ان يعنى ان البنك له ان يسمح أو يرفض بتعيين أعضاء فى هيئة التحكيم من جهة، كما انه حتى بعيدا عن الفرض السابق، قد يكون للبنك معايير ووجهات نظر مختلفة تماما عن الأطراف (الخصوم) فى صدد وجود تعارض فى المصالح من عدمه.

ويؤيد جانب من الفقه¹ -ربح - الاتجاه الثانى، فى حال عدم وجود نطاق محدد لواجب التحرى حتى فى قواعد التحكيم التى تنص عليه صراحة، فينبغى فى التعديلات المنتظرة بصدد التحكيم فى منازعات الاستثمار، ينبغى التأكيد على ان واجب التحرى واجب شخصى يجب على المحكم - الملتزم بالمهمة التحكيمية ان يؤدي هذا الواجب بشخصه وذلك من أجل تحقيق الفاعلية، الشفافية، ولاعتبارات حسن النية. وبالتالي فمن غير الملائم تفويض هذا الواجب لشخص آخر، حتى إذا كان يوجد على عاتق المحامين واجب الكشف عن أى تعارض للمصالح فى جانب المحكمين - وبالتالي واجبهم فى التحرى أو التقصى أولا- إلا ان ذلك لا يجب واجب المحكم فى التحرى، بل يجب ان يتم تحويل هذا الالتزام فى التحرى من واجب أخلاقى إلى مهمة قانونية ملزمة.

وعموما فإن الواجب فى التحرى يطرح اشكالية أساسية وهى المعيار الذى ينبغى ان يتوافر لتقييم التزام المحكم بالتحرى

¹ Kathryn A. Windsor, Defining Arbitrator Evident Partiality: The Catch-22 of Commercial Litigation Disputes, Seton Hall Circuit Review, Vol. 6:191, 2009, p.213.

ينبغي تحديد المعايير التي يجب ان يتبعها المحكمين فى قيامهم بواجب التحرى، فى سياق التحكيم التجارى الدولى فإن بعض القواعد تستخدم عبارات مثل " يجب على المحكم ان يقوم بالاستعلامات المعقولة للوقوف على احتمالية وجود أى تعارض للمصالح"¹،"الأشخاص المرشحون لقبول مهمة التحكيم يجب ان يبذلوا مجهودا معقولا ليعلموا بوجود أى مصالح أو علاقات..."².

كل هذه النصوص وغيرها تستخدم معيار " التدابير المعقولة"، وهو ما يشير إلى معيار موضوعى هو معيار الرجل المعتاد، وهو ذات المعيار الذى يشير إليه الخصوم فى إطار اجراءات الاكسيد عند تحريك إجراءات لطلب رد المحكم، غير ان جانب من الفقه³ يعتبر ان هذا المعيار غير كافى ولا يتمشى مع الدور الجوهرى الذى يقوم به المحكمون ولكن ينبغي التشديد من هذا المعيار بما يتفق قدرات هؤلاء المحكمون، فمثلا ان يكون المعيار هو تحقيق درجة من النزاهة المتوقعة من شخص قدير ومنظم كالمحكم، وإن كان هذا الرأى على قدر من الوجاهة إلا ان الأمر سيثير إشكالية فى حالة طلب رد المحكم تأسيسا على عدم اتخاذه للتدابير التى يقتضيها واجب التحرى، وهنا نعود إلى فكرة مدى جواز احتجاج المحكم بعدم علمه بظروف معينة، وكيف يؤسس الدليل على اتخاذه لتدابير واجب التحرى من عدمه، وإذا كان حتى الوقت الحالى فى القضايا المنظورة أمام الأكسيد دائما ما

¹Standard 7d, IBA Guidelines, IBA 2014.

² Canon 2 B .ABA 2004.

³ Katia Fach Gomez, opt.cit., p.63.

يفترض حسن النية - خصوصا في المسائل المطاطة¹ - في جانب المحكم وانه لا يتوافر في جانب المحكم ما يدعوه لإخفاء معلومات "عمدا" عن الخصوم، ولكن حتى مع ذلك - ومع التحفظ عليه لدرجة معينة - إلا ان ذلك لن يمنع الصعوبات الإجرائية حال زيادة طلبات رد المحكمين تأسيسا على عدم الالتزام بالتحري، الأمر الذى يدعو إلى مزيد من الضبط الذى هو نفسه يعد على قدر من الصعوبة في مجال التحكيم.

¹ Karel Daele, Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration, Kluwer, 2012, p.54.

المبحث الثانى

الجزء الإجرائى لمواجهة حالات عدم الحياد والاستقلال

إذا كان حياد واستقلال المحكم عموماً وفى التحكيم فى منازعات الاستثمار خصوصاً أمر على قدر من الأهمية إلى الحد الذى بإمكانه تهديد شرعية نظام التحكيم بأكمله، فكما سبق البيان فكما تم ضبط واجب المحكم فى الإفصاح ووضع أليات لتفعيله، بداية من توضيح كافة المعايير التى يجب ان يستوفىها استجابة لمقضىات واجب الإفصاح مروراً بالزام المحكمين به على نحو جازم، وانتهاء لتطبيق جزاءات - إجرائية - حال المخالفة، كلما تم التقليل من حالات الرد وإجمالاً كافة الأخطاء التى من شأنها ان تعترى الاجراءات.

المطلب الأول

رد المحكم فى اجراءات تحكيم منازعات الاستثمار

ويعتبر الرد أهم هذه الأليات قاطبة، فهو الوسيلة الإجرائية المتعارف عليها على مستوى القضاء الوطنى والدولى، وفى إطار الوسائل البديلة لفض المنازعات لمواجهة حالات عدم الحياد، غير ان الأمر -بالذات فى التحكيم فى منازعات الاستثمار- لم يكن على هذا القدر من السهولة لأن ألية التطبيق تواجهها بعض التحديات فى تحكيم الاستثمار، سواء فيما يتعلق بتنظيم اجراءات الرد فى ذاتها، أو موضوعيا فيما يتعلق بالمعيار الذى يعتمد فى رد المحكم ذلك ان التساؤل يطرح حول درجة الحياد التى ينبغى ان تتوافر لدى المحكم، وإن كان من المتعارف عليه ان درجة الحياد المتطلبة فى المحكم أقل نسبيا من تلك المتطلبة فى القاضى الوطنى- نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم- فهل على المعيار فى رد المحكم فى التحكيم فى منازعات الاستثمار؟

ويمكن بحث ذلك من خلال نقطتين أساسيتين :

الأولى : أوجه الرد الخاصة بالتحكيم فى منازعات الاستثمار

الثانية : معيار الفصل فى طلب الرد.

وقبل ذلك نلقى الضوء على عدد من التحديات التى تواجه التنظيم الإجرائى لرد

المحكم، والجهة المختصة بالفصل فى طلب الرد على النحو التالى

التحديات التي تواجه التنظيم الإجرائي لرد المحكم

إذا كان اختيار المحكم على درجة عالية من الأهمية، فإن قواعد التحكيم المطبقة على تحكيم منازعات الاستثمار قد اهتمت بتنظيم إجراءات لرد المحكم من حيث تقديم طلب الرد والفصل فيه، وتتباين تلك القواعد والإجراءات غير انها تتشابه من حيث القاعدة العامة في نقطتين أساسيتين:

الأولى: اشتراط الحياد والاستقلال في جانب المحكم ، وتنظيم واجبه في الإفصاح على اعتبار ان أسباب الرد يمكن الوقوف عليها بصورة مبدئية - من حيث وجودها من عدمه- من خلال وثيقة الإفصاح وما ورد بها، ويمكن مجازا القول بأنه يمكن اعتبارها نوع من التوقي (الاجراء الاحترازي لما من شأنه يثور بعد ذلك من طلبات الرد)

الثانية : لتبرير أو تدعيم طلب الرد المقدم من قبل أحد الخصوم باستبعاد المحكم، يجب ان تقوم شكوك هذا الخصم على أساس أو وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار مقارب لمعيار الشخص المعتاد يعبر عنه بأن يمكن ان يقول بوجود عدم الحياد شخص محايد، عقلاني (منطقي)، وموضوعي¹.

¹ ورد النص على هذه المعيار في العديد من أحكام التحكيم، مشار إليها لدى:

أما فيما يتعلق بالجهة التي تفصل في طلب الرد وتسبب هذا الحكم الصادر فيما بينها فتتباين جهات التحكيم وقواعدها في هذا الصدد، الأمر الذي من شأنه ان يشكل تحديا بالنسبة لاشتراط الحياد المحكم في اجراءات التحكيم بصفة خاصة من ناحية، وتحديا لاشتراط الشفافية وشرعية نظام تحكيم الاستثمار عموما من ناحية أخرى.

- الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد:

قد يبدو الأمر تنظيميا من الدرجة الأولى غير ان الجهة التي تفصل في طلب الرد وتحديدها له انعكاسات كبيرة على التحكيم بأكمله، ونعرض في هذا الصدد لعدد من النماذج .

في التحكيم المؤسسى وفقا لقواعد المطبقة في غرفة التجارة الدولية ICC و معهد التحكيم الدولى الملحق بغرفة التجارة الدولية بستوكهولم بالسويد SCC، فإن المؤسسة نفسها هي التي تفصل في طلبات الرد.

أما في التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال فتقرر ان الجهة التي قامت بالتعيين هي ذاتها الجهة التي تفصل في طلب الرد، وبدون تسبب للحكم الصادر في طلب الرد، وتتباين اتجاهات القضاء في مراجعة قرارات هيئة التحكيم في هذا الصدد

فبعض المحاكم تفضل عدم التعرض لهذه المسألة على أساس انها من القرارات التي اتخذتها مؤسسة التحكيم ذاتها وهو موقف المحاكم في سويسرا وبلجيكا حينما لم تتعرض مباشرة قرار صادر عن المحكمة الدائمة للتحكيم، غير انه في كل الأحوال إذا كان قرار الرد محلا لقضية أمام القضاء فيتم الرقابة عليه وفقا لقواعد قانون التحكيم الوطنى فى الدولة محل التحكيم.

وتعتبر قواعد الأكسيد فى تحديدها للجهة التي تنتظر طلب الرد من القواعد المختلفة فى هذا الصدد، لأنه وفقا للأكسيد يفصل فى طلب الرد المحكمين الآخرين الذين لم يتم ردهما، وإذا تم تقديم طلب رد أكثر من محكم فى نفس الهيئة أو كانت تتشكل من محكم واحد وطلب رده ، فإن طلب الرد يفصل فيه من قبل رئيس المجلس الإدارى للأكسيد وهو من يشغل فى نفس الوقت منصب رئيس البنك المركزى، ويقرر الفقه¹ فى هذا الصدد انه بالرغم من غياب قواعد صريحة تقرر تسبیب الحكم الصادر فى طلب الرد، إلا ان القرارات الصادرة فى طلبات الرد تكون مسببة باسهاب، ويرى ان ذلك يرجع لاحساس المحكمين عملا بمسئوليتهم عن رد زميلهم من عدمه فيتجهوا إلى تسبیب القرار الصادر عنهم بالتفصيل.

¹ Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences Eleven International Publishing, p. 162.

فى ذات الاتجاه يثور التساؤل حول فاعلية طلب الرد فى مثل هذا التنظيم لأنه قد يؤدى إلى نتائج مغايرة لما هو قائم أساسا لأنه فى الحالة الثانية- حينما يكون متخذ القرار هو رئيس البنك المركزى- فإن من الوارد بنسبة كبيرة عدم معرفته بالقواعد القانونية المطبقة والمعمول به فى اجراءات التحكيم خاصة فيما يتعلق بتعارض المصالح Conflict of interest ، وهو ما يدلل الفقه على وقوعه فى قضيتين أساسيتين:

الأولى: 'Generation Ukraine v. Ukraine' حيث تم طلب رد أحد المحكمين والذى يشغل منصب نائب المستشار العام لوكالة ضمان الاستثمار المتعددة الأطراف بالبنك الدولي، وكان هذا التحكيم خاضع لقواعد الأكسيد- يفصل فى طلب الرد المحكمين الآخرين- واختلف المحكمون فى هذه القضية حول صلاحية المحكم المطلوب رده لنظر الدعوى نظرا للعلاقة الوثيقة التى تربط بينه وبين البنك الدولي وكذلك أحد أطراف التحكيم، كما رفض رئيس المجلس الادارى للمركز الفصل فى طلب الرد وعضا عن ذلك طلب توصية من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة فى هذا الخصوص، غير ان مثل هذا الإجراء غير منصوص عليه فى قواعد الأكسيد، بناء على هذه التوصية قرر رئيس المجلس الادارى طلب رد المحكم.

¹ Generation Ukraine v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003.

الثانية: قضية *Siemens v. Argentina*¹ أيضا تم طلب رد رئيس هيئة التحكيم وانقسم المحكمين المتبقين ولم يصلوا إلى قرار حول صلاحية المحكم، ثم أحيل الأمر بعد ذلك إلى رئيس المجلس الإداري للمركز والذي قام بطلب توصية في هذا الخصوص من الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم وبناء عليها رفض طلب الرد المقدم من الأرجنتين بدون تسبيب.

يرى جانب من الفقه² انه على الرغم من تميز اجراءات الأكسيد في خصوص طلبات الرد والفصل فيها، إلا ان التساؤل يثور حول طريقة الفصل في الطلب من قبل زملاء المحكم وهل يتم ذلك بصورة منفصلة عن الاعتبارات المهنية والعملية التي تربط بينهم؟، في الوقت الذي تفصل سلطة التعيين ذاتها في التحكيم المؤسسي في طلبات الرد ولا يكون من المعلوم الأشخاص الذين فصلوا في طلب الرد، لأن الأسماء تكون مجهلة ، كما ان هذه المؤسسات كغرفة التجارة الدولية وغيرها تحرص على سمعة التحكيم وبالتالي فهي تولي أهمية قصوى لاعتبارات تعارض المصالح وكيفية تطبيقها، وإذا فرض ان المحكمين في إطار الأكسيد يستبدلوا تلك الضمانات بالتسبيب، فإنه يبقى الفرض حين يفصل في طلب الرد رئيس المجلس

¹ *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007.

²Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences* Eleven International Publishing, p. 163.

الإدارى للأكسيد والذي يشغل فى نفس الوقت منصب رئيس البنك الدولى، فمن خلال القضيتين السابقتين يؤكد الفقه¹ على وجود تعقيدات وتعارض للمصالح قد ينشأ باتباع هذا الطريق.

- تسبب القرارات الصادرة فى طلبات الرد:

لعل التساؤل حول تسبب الأحكام أو القرارات الصادرة فى طلب الرد على قدر عال من الأهمية لأنه فى التسبب ما يتيح للخصوم الوقوف على كيفية تطبيق مبدأ حياد المحكم واستقلاله فى تحكيم الاستثمار، كما ان من شأنه الرقابة على فاعلية الرد وتحقيقه لأهداف، بعبارة أخرى هل الحق فى طلب الرد مبرر أم يندرج ضمن فكرة التعسف فى استخدام الحق، وهل يستخدم كذريعة أو ستار للطعن فى الأحكام على خلاف ما هو معمول به من ان الأحكام التحكيمية - وفقاً لبعض القواعد- نهائية.

فى البداية يجدر الإشارة إلى الأحكام الصادرة فى طلبات الرد من هيئة التحكيم لا تسبب فى إطار غرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن وغيرهم، على خلاف الوضع فى الأكسيد حيث تصدر الأحكام فى هذا الصدد مسببة ومسهبة فى بيان سبب الرد

¹Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences Eleven International Publishing, p. 163.

والمعيار الذى اتبع للفصل فيه وللوقوف على حياد المحكم، ومع ذلك ونظرا لاعتبارات الشفافية بدأت بعض مؤسسات التحكيم فى نشر بعض الأحكام الصادرة فى قرارات الرد، ولكن على نطاق ضيق للغاية مقارنة بالأكسيد.

أرى ان بحث فاعلية اجراءات الرد من منظور الجهة التى تفصل فى الطلب يلفت النظر إلى الحاجة إلى تحديد جهة تكون قادرة على الفصل بحيادية وتوفر الموثوقية فى القرار الصادر عنها، حتى لا نصبح أمام إشكالية جديدة وهى مدى حياد الجهة التى تفصل فى توافر حياد المحكمين التابعين لها أساسا، ويصبح الأمر كأنه دائرة مفرغة تتمسك بالحياد كشعار لكنه أمر خال من المضمون لغياب معايير الشفافية، وعدم وضوح الأسباب التى يستند إليها طلب الرد فى كثير من الأحوال، مما حصلته غياب قواعد ثابتة فى التقدير فى هذا الصدد. قد يبدو تطلب التسبيب على هذه الصورة أمر به قدر من المبالغة أخذا فى الاعتبار طبيعة التحكيم، غير أنى أؤيد ان الطبيعة المتميزة لتحكيم الاستثمار من حيث موضوعه وأطرافه قد تبرر هذا النوع من الضمانات.

الفرع الأول

أسباب الرد فى تحكيم الاستثمار تأسيسا على تعارض المصالح

توجد العديد من الأسباب التى يستند إليها الخصوم فى تحكيم الاستثمار عموما ووفقا لقواعد الأكسيد خصوصا لطلب رد المحكم، وتعد بعضا من هذه الأسباب من المتعارف عليه عموما فى أليات فض النزاع عموما كمحابة المحكم لأحد الخصوم مثلا، أو الصلة بين المحكم وأطراف النزاع أو من يمثلهم، ومنها ما يتصل بسبق الفصل فى دعوى مماثلة أو سبق تعيينه للفصل بين ذات الخصوم و فى ذات اتفاق التحكيم ولكن بخصوص وقائع أخرى .. وهكذا.

على ان تلك الأسباب لدى دراستها تؤكد بالضرورة على :

- مدى تشكيل تلك الأسباب سببا لرد المحكم وما المعيار فى ذلك .
- مدى الدور الذى يلعبه واجب المحكم فى الإفصاح للتقليل من حالات رد المحكم و لضبط شرعية تحكيم الاستثمار من ناحية أخرى.

ويمكن تقسيم أسباب رد المحكم فى تحكيم الاستثمار إلى طائفتين أساسيتين: الأولى وهى الأسباب التى تتصل بسلوك المحكم أثناء سير اجراءات التحكيم، الثانية: الأسباب التى تتعلق بخلفية المحكم المهنية ، وهو ما له أوثق الصلة بواجب الإفصاح.

أولاً: الأسباب التي تتصل بسلوك المحكم أثناء سير اجراءات التحكيم:

فى إطار قواعد الأكسید تم تقديم طلب الرد استنادا إلى هذا السبب فى حق اثنين من المحكمين فى قضية ¹ 'Abcalat and others v. Argentine Republic' طلبت الارجننتين رد كلا من المحكمين فى هذه الدعوى التحكيمية تأسيسا على انهم اتخذوا العديد من القرارات فيما يخص الاجراءات (أوامر اجرائية Procedural decisions)، وتم اعتبارها غير عادلة من قبل الخصوم ومؤشر على استقرار عقيدتهم على الاضرار بالاجراءات² الأمر الذى لا يجد له ما يبرره سوى عدم حياد أو استقلال هؤلاء المحكمين، ومع ذلك فلم يقبل هذا الطلب فى أول نزاع بين الطرفين أمام المحكمة الدائمة للاستثمار ولا أمام الأكسید، وقد قرر السكرتير العام فى هذا الصدد: ان طلب الرد غير مقبول ذلك ان مجرد وجود عيوب فى الحكم الصادر لا يقوم بذاته كأساس صالح للرد وسواء كانت هذه العيوب موضوعية أم إجرائية، ولكن كان على الخصم طالب الرد، ان يقدم عدد من الأدلة الإضافية التى

¹ الحكم بالكامل فى مسألة الرد متاح على الموقع التالى

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C95/DC4152_En.pdf

Last visited 7/3/2020.

² مثال لهذه الأوامر الاجرائية بعد تعيين خبيروالموافقة عليه بصفة مبدئية من قبل الخصوم، أضاف المحكمان محكما آخر، الأمر الذى عارضه الخصوم لما من شأنه ان يزيد فى التكاليف ويقلل من فاعلية الإجراء..، الحكم السابق ، ص ٢،

.ICSID Case No. ARB/07/5

من شأنها ان توفر سببا للرد بدلا من الاستناد فقط إلى تحليل طلبات الخصوم بصدد الاجراءات وتعليقاتهم عليه، الأمر الذى اعتبر معه طلب الرد المقدم من المدعى عليه مجرد "تعبير عن عدم الرضا" بالاجراءات التى أمر بها المحكمون.

على الجانب الآخر ففى قضية Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador¹ ادعت الاكوادور عندما طلبت رد المحكم ورفض طلب الرد، إلا ان هذا الطلب تم تأييده فى مرحلة لاحقة ذلك ان المحكم فى تعليقه على طلب رده الأول أجاب بأن المحامى الممثل للاكوادور فى أحد المذكرات التى طرحها على هيئة التحكيم كشف عن معلومات سرية خاصة باجراءات تحكيم أخرى الأمر الذى يجعل سلوك محامى الاكوادور - وليس سلوكه هو (أى المحكم) - محل للتساؤل حول جوازه أخلاقيا. الأمر الذى اعتبر معه رئيس الأكسيد ان هذه الاجراءات بلا طائل، وان أى شخص من الغير بالنسبة للاجراءات يمكنه ان يقف بوضوح على عدم حياد المحكم تجاه دولة الاكوادور ومن يمثلها.

¹ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PetroEcuador

في قضية ¹ ConocoPhillips II انتقدت دولة فينزويلا موقف المحكمين واصرارهم على عدم إعادة النظر فيما يتصل بمسألة الاختصاص تأسيسا على ان القرار في هذا الصدد أسس على قرائن تم استنتاجها من وقائع تم عرضها على هيئة التحكيم بطريقة غير صحيحة، وأكدت فينزويلا على اصرار المحكمين على قرارهم وعدم الرغبة في تغييره رغم احتمالية وجود خطأ في الوقائع التي أسس عليها، واتبعت الأكسيد ذات النهج كما في القضية الأولى Abcalat حيث قررت عدم قبول طلب الرد واعتبرت ان طلب الرد المقدم من فينزويلا ما هو إلا انعكاس لعدم رضا الدولة عن قرار هيئة التحكيم في هذه المسألة وان الفصل في الاختصاص هو من المسائل التي تدخل في اختصاص المحكمة ولا تعتبر في ذاتها أساسا لطلب الرد.

إجمالا من القضايا السابقة فإن الاعتراض على سلوك المحكمين أو وجود أخطاء أو عيوب بالحكم لا يبررها إلا عدم حياد المحكم من وجهة نظر الخصوم لا يعتبر سببا كافيا يدعم طلب الرد، ولكن يجب ان يستند طلب الرد في الأساس على وجود

¹ Conoco Phillips Petrozuata B.V., Conoco Phillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30.

Available at:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/245/conocophillips-v-venezuela/>

Last visited 8/ 3/2020.

عوامل للتأثير على المحكم ويقدم أدلة إضافية على هذا التأثير، ويعتبر جانب من الفقه¹ ان هذه الطريقة فى تقييم هذا السبب لرد المحكم منطقية بالذات فى التحكيم فى إطار الإكسيد ذلك ان فى هذا الأخير لا توجد وسيلة للطعن فى الأحكام فلا ينبغى ان يتخذ من طلبات الرد باب خلفى للطعن على أحكام المحكمين.

غير ان ذلك لا يعنى ان وجود شك حول سلوك المحكم من شأنه ان يعكس عدم حياده هو سبب مستبعد باعتباره أحد أسباب الرد، بل انه قائم بالذات فى الحالات التى لا يملك فيها أحد الخصوم أى دليل على عدم حياد المحكم وكذلك إذا أخذنا فى الاعتبار ان الحياد هو أمر نفسى يعبر عن "حالة عقلية" للمحكم، فهنا يجب ان يتم الرجوع إلى معيار موضوعى هو معيار الشخص المعتاد، فينبغى ان يدل سلوك المحكم فى الاجراءات على عدم الحياد حتى بالنسبة إلى شخص ثالث من الغير لا دخل له بالاجراءات.

ثانيا: المعرفة المسبقة بين المحكم وأحد المشاركين فى الاجراءات:

يعتبر السبب الرئيسى فى طلبات الرد التى قدمت فى تحكيم الاستثمار عموما ومن ضمنها التحكيم وفقا لقواعد الأكسيد، وترد هذه المعرفة إلى ثلاثة صور رئيسية:

١. المعرفة المسبقة بين المحكم وأحد الخصوم أو من يمثلهم:

¹ M.Caplan, Arbitrator Challenges at the Iran– United States Claims Tribunal, in Challenges and recusals of judges and arbitrators in international courts and tribunals, Chiara Giorgetti ed.,2015, p.124–125.

بالرغم من ان درجة الحياد المتطلبة فى المحكم الذى يرأس هيئة التحكيم هى ذات الدرجة التى ينبغى ان تتوافر لدى المحكم المعين من قبل أحد الخصوم، إلا ان اشتراط الحياد فى الأخير ينبغى ان يؤخذ معه فى الاعتبار وجود درجة من المعرفة بين المحكم المعين والخصم الذى عينه، ومع ذلك فإن وجود علاقة بين أحد الخصوم والمحكم هو من الأسباب الشائعة لطلب الرد فى تحكيم الاستثمار، وقدمت عدد من طلبات الرد لهذا السبب فى بعض القضايا التحكيمية التى طبقت قواعد الأكسيد.

فى القضية السابق الإشارة إليها Amco Asia دفع المدعى عليه بوجود معرفة مسبقة بين محكم المدعى وشركة المحاماه الخاصة بالمدعى من شأنها ان تثير الشك حول حياد هذا المحكم، الأمر الذى رفضته هيئة التحكيم التى تنتظر طلب الرد مقررة ان المعرفة المسبقة فى ذاتها لا تشكل سبب للرد لأنها من الأمور المتأصلة فى نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم، فيجب على الخصم الطالب للرد أن يقدم أدلة إضافية على عدم حياد المحكم وان تؤكد ان عدم حياد المحكم محتمل بدرجة كبيرة.

أيضا فى قضية¹ Alpha Projektholding تأسس طلب الرد على ان التعليم المشترك بين المحكم المعين من قبل المدعى ومحامى المدعى عليه من شأنه ان

¹ Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16

يثير الشك حول حياد المحكم واستقلاله، وبالرغم من ان عبء الاثبات الواقع على الخصم طالب الرد أقل من المعتمد وفقا لمعيار Amco Asia إلا ان باقى المحكمين قرروا ان السبب الذى يستند إليه طالب الرد "هزيل" ولا يثير أى شكوك حول صلاحية المحكم للفصل فى موضوع النزاع باستقلال وحياد، مع الأخذ فى الاعتبار انعدام الخبرة السابقة للمحكم المطلوب رده فى تحكيم الاستثمار، - فإن ذلك وإن كان من شأنه ان يدلل على رغبة المدعى فى تعيين محكم غير مؤثر - إلا انه مع ذلك فإن المعرفة المسبقة لا يمكن ان تشكل سببا للرد.

وإجمالاً يمكن القول ان أسباب الرد التى تستند إلى العلاقة المسبقة-المهنية أو التعليمية- بين المحكم والمحامي، على أساس ان من شأن تلك الصلة ان تجعل عقيدة المحكم متوقعة بالنسبة لأحد أطراف التحكيم فيمكنه ان يؤثر على القرار الصادر من المحكم من جانب، أو من شأنها ان تشكل قرينة على عدم حياد المحكم من جانب آخر- لم تلق دائماً قبولا لدى المحكمين الذين ينظروا طلب الرد، ويمكن التعبير عن ذلك مما جاء فى عبارة الحكم الصادر فى طلب الرد فى قضية ¹ Nations Energy فقرر: ان مجرد وجود نوع من العلاقة المهنية بين

Decision on disqualification available at:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0025.pdf>

¹ Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19 available at: <https://www.italaw.com/cases/739>

المحكم وأحد أشخاص خصومة التحكيم -وأكدوا- لا يعتبر سببا يؤدي إلى رد المحكم تلقائيا ، عوضا عن ذلك ينبغي ان تكون الصلة على درجة عالية من الأهمية وفي ضوء الظروف بأكملها لتثير الشك حول صلاحية المحكم للحكم بحرية واستقلال.

على الرغم من ان أغلبية طلبات الرد لهذا السبب لم يتم قبولها فى إطار الإكسپد ومع ذلك يجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى قضية تحكيمية قبلت فيه هيئة التحكيم طلب الرد، وقضية أخرى تتحى فيها المحكم مختارا بسبب العلاقة المهنية التى تربطه بأحد الخصوم فى الدعوى.

القضية الأولى: Blue Bank¹ تم قبول طلب الرد المقدم من فينزويلا تأسيسا على علاقة الوكالة بين المحكم والمدعى، ذلك ان المدعى يمثله شركة المحاماة الخاصة بالمحكم، فالمحكم المعين من قبل المدعى كان شريك فى مكتب محاماه (بيكر اند ماكنزى) فى مدريد ونيويورك ، وبالتزامن مع الاجراءات قدم المكتب استشارة قانونية بخصوص اجراءات أخرى لا تتعلق بالدعوى التحكيمية الحالية ولكنها أيضا مرفوعة ضد نفس المدعى عليه فى القضية الحالية وتتصل بمسائل مشابهة، ولما كان الوضع كذلك، فإنه يعنى ان المحكم فى قضية Blue Bank يجب عليه ان يفصل

¹ Blue Bank International & Trust Barbados Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/20

Available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/468/blue-bank-v-venezuela>

فى مسائل ذات صلة بالمسائل التى يعمل عليها زملائه فى مكتب المحاماة بالتزامن بين نفس الخصوم ولكن فى اجراءات تحكيم أخرى.

الأمر الذى دفع معه المدعى عليه (الخصم طالب الرد) تأسيسا على إمكانية ان يثور شك معقول لدى أى شخص معتاد حول ما إذا كان المحكم -الذى يشارك فى شركة محاماة دولية لها دور كبير فى التحكيم - بإمكانه ان يوقع على حكم ويرفض فيه الطلبات والدفع المقدمة ضد المدعى عليه والمقدمة من قبل زملائه فى نفس شركة المحاماه ضد نفس المدعى عليه، وهو ما برر قبول رئيس الأكسيد طلب الرد بناء على توافر مظهر عدم الحياد والمستفاد من مجموع الوقائع المحيطة بالمحكم.

القضية الثانية: Vanessa Ventures¹ تتحى فيها رئيس هيئة التحكيم - وقدم استقالته بدون ان يتم طلب رده، عندما مثل زميل له فى اجراءات تحكيمية - ليس فى نفس الخصومة ولكن فى خصومة تحكيم أخرى تتعقد بالتزامن مع الخصومة الحالية- كمحامى للمدعى فى الجلسات.

٢. تبادل الأدوار بين المحكم والمحامى:

¹ Vanessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARBAF04/6, available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8730.pdf>

في العديد من الحالات يمكن ان يتأسس طلب الرد على تبادل الأدوار بين المحامي والمحكم في العديد من القضايا التحكيمية، بمعنى ان يكون هناك قضية يمثل فيها (أ) بوصفه محكما و(ب) بوصفه المحامي الممثل لأحد الأطراف، وتأتي قضية أخرى بعد ذلك نجد فيها نفس الأشخاص ولكن بأدوار مختلفة فيكون (ب) محكما بينما (أ) محاميا¹.

مثال ذلك في قضية SGS² سبق وعمل المحكم والمحامي في هذه القضية في قضايا أخرى سابقة ولكن كانت الأدوار معكوسة، وفي واحدة من هذه القضايا رفضت هيئة التحكيم جميع الادعاءات المقدمة ضد المكسيك (الدولة المدعى عليها والتي كان يمثلها المحكم في قضية SGS) وتعتبر المكسيك من أهم عملاء مكتب المحاماه الخاص به وكانت الوكالة مستمرة عند قبول المحكم لمهمة التحكيم وورد ذكرها في وثيقة الافصاح، فادعى الخصم طالب الرد ان المحكم في قضية SGS غير قادر على الحكم بتجرد لأنه يشعر بالامتتان قبل محامي المدعى عليه

¹ Malclom Langford, Daniel Behn, Runar Hilleren Lie, The revolving door in international investment arbitration, Journal of International Economic Law, Oxford, 2017, p.1-28.

² SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan ICSID Case No. ARB/01/13, available at:https://jsumundi.com/en/document/decision/en-sgs-societe-generale-de-surveillance-s-a-v-islamic-republic-of-pakistan-decision-on-claimants-proposal-to-disqualify-arbitrator-thursday-19th-december-2002#decision_1345

(المحكم فى القضية التحكيمية السابقة) - سواء عن وعى أو عن غير وعى - لأنه حكم لصالحه (لصالح من يمثله) فى قضية سابقة. وحكم باقى المحكمون برفض طلب الرد لأن اعتبروا ما جاء فى طلب الرد محض شكوك وافتراضات، وإذا كان المدعى فى طلب الرد يلمح إلى ان كلا من المحكم والمحامى فى هذه القضية يميلوا إلى تفضيل عملاء بعضهم البعض، فيجب ان يقدموا دليلا جازما على هذه "الشراكة المتبادلة".

على ان تبادل الأدوار على هذا النحو ليس هو الصورة الوحيدة فنفس الشخص قد يكون محكما فى أحد القضايا التحكيمية، وممثل / محامى المدعى عليه أو المدعى عليه فى قضية تحكيمية أخرى تنظر بالتزامن معها أو حتى بالتتابع، الأمر الذى قد يبرر رد المحكم، والمثال الأشهر لهذه الحالة هو قضية Telekom Malaysia Berhad v. Ghana¹ وهو التحكيم الذى تم وفقا لقواعد اليونسترال حيث قامت

¹ Telekom Malaysia Berhad v. Ghana, UNCITRAL Arbitration, Permanent Court of Arbitration at the Hague, PCA Case No. 2003-03

بيانات القضية دون الحكم متاحة على :

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/114/telekom-malaysia-v-ghana>

تستند غانا فى دفاعها فى القضية المرفوعة من ماليزيا إلى دفع معين ان ما قامت به الدولة لا يعتبر مخالفا لقواعد الاتفاقات الثنائية المبرمة لأن تصرف الدولة لا يعتبر تم اتخاذه بوصفه من أعمال السلطة العامة، وفى القضية التحكيمية الأخرى المرفوعة بالتزامن مع قضية غانا، فإنها تهدف إلى إلغاء حكم التحكيم الذى قبل هذا الدفع وتأسس عليه لصالح دولة المغرب، وفى هذه

غانا بتقديم طلب رد المحكم المعين من قبل المدعى تأسيسا على انه فى ذات الوقت يُمثل المدعى فى قضية تحكيمية أخرى (محام المدعى) تتناول بطلان حكم التحكيم فى قضية RFCC v. Morocco وهو الحكم الذى تستند إليه غانا فى دفاعها.

دعت غانا المحكم فى هذه القضية للاستقالة غير انه رفض، فأحيل الأمر إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة، والتى رفضت طلب الرد بدون إبداء أسباب، فقامت غانا بعرض الموضوع على المحكمة فى لاهاي مكان التحكيم ، والتى استمعت إلى المحكم الذى أكد على ان المسألة موضوع النزاع فى القضيتين مختلفتين وان فى النهاية مهمة المحكم هو تطبيق القانون الواجب على النزاع والذى يتمثل فى الاتفاقيات الثنائية بصورة أساسية وهو الأمر المختلف بين القضيتين، غير ان المحكمة فصلت فى النهاية بإلزام المحكم بالإستقالة من وظيفته كمحامى

الاجراءات يقوم المحكم فى القضية الأولى المرفوعة على دولة غانا بدور المحامى الذى يمثل الشركة المدعية التى تهدف إلى إلغاء الحكم.

اعتبرت غانا ان قيام المحكم فى قضيتهم بهذا الدور أى المحامى من شأنه ان يعكس وجود قناعة مسبقة تثير شكوك مبررة - من وجهة نظرهم- حول قدرة المحكم على الحكم بحيادية وتجرد فى قضيتهم.

للمدعى فى اجراءات إلغاء حكم التحكيم الصادر لصالح المغرب ليستمر فى نظر النزاع الحالى كمحكم^١.

إجمالاً يمكن القول ان تبادل الأدوار بين المحكم والمحامى سواء لنفس الشخص أو لأشخاص مختلفين فى ذات القضية وقضايا سابقة أو متزامنه لا يعتبر سبب مباشر فى حد ذاته لقبول طلب الرد -أرى من القضايا السابق العرض لها ان ذلك مما ينطبق على حالة تعدد الأشخاص - ، أما عندما يكون نفس الشخص، فيمكن القول ان كما يشير جانب من الفقه^٢ أنه على سبيل المثال فى الأكسيد لا ينظر المحكمون للأمر على انه وضع طبيعى تماماً ولا يشكل أى ضرر، ومع ذلك وجود هذا الفرض لا يؤدى بصورة تلقائية إلى قبول طلب الرد.

غير انى أرى فى خصوص تقدير هذا السبب من أسباب الرد ان :اولاً: فيما يتعلق بطبيعة التحكيم فمن الوارد ان تحدث مثل هذه الفروض، ولكن الأمر يأخذ بعداً

^١ طلبت غانا رد المحكم للمرة الثانية على أساس أن اجراءات الرد الأولى والتي وصلت إلى القضاء من شأنها ان تؤثر على حياد المحكم لكن تم رفض هذا الطلب ، فيما يلي الحكم برفض طلب الرد الثانى من القضاء ومشار فيه لأسباب الحكم برفض طلب الرد الأول

Decision of the District Court of The Hague of 18 October 2004 , The Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad challenge No.13/20044, available at:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf>

² Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, opt.cit., p.64.

آخر تحت تأثير من خصوصية المسائل التي يتناولها تحكيم الاستثمار ووجود عنصر المصلحة العامة فيها بدرجة أو بأخرى، ثانياً: ومع ذلك يمكن القول ان المحكمين من أولوياتهم الحفاظ على مظهر الحياد لسمعتهم قبل مصلحة الخصوم ، غير انى أجد ان التعويل على أمانة المحكمين ونزاهته- وهو أمر له ثقله- لا يصلح ان يكون السبب الوحيد لرفض طلب الرد وينبغي الأخذ فى الاعتبار عدد من المظاهر التى لا يستقيم منطقياً وجودها ووجود الحياد معا على سند من الثقة فى نزاهة المحكم، ويجدر الإشارة إلى ما جاء فى الحكم الخاص بإلزام المحكم فى قضية غانا Telekom Malaysia v. Ghana من الانسحاب من دوره كمحام المدعى فى قضية المغرب RFCCv. Morocco - كما سبق الإشارة - حيث قررت المحكمة¹: " يجب ان يؤخذ فى الاعتبار مظهر الحياد الخاص بالمحكم ، وما يدل عليه من عدم قدرة المحكم على الفصل بصورة كاملة بين دوره كمحكم وبين الدور الذى يلعبه فى دعوى إلغاء حكم تحكيم فى قضية RFCC v. Morocco ، ولا يغير من حقيقة انتفاء مظهر الحياد والحال كذلك حقيقة ان أوجه الطعن فى حكم التحكيم محدودة.

¹ Decision of the District Court of The Hague of 18 October 2004 , The Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad challenge No.13/20044, available at:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf>

لأن في اجراءات التحكيم تجنب مظهر عدم الحياد هو مفترض ضرورى وهام
لضمان الثقة وبالتالي فاعلية التحكيم فى منازعات الاستثمار."

الفرع الثانى المعيار فى رد المحكم

دائما ما يرتبط تحديد المعيار الواجب توافره لرد المحكم بمقدار الحياد المتطلب فى المحكم - الأمر الذى يرد إلى طبيعة التحكيم ذاته.

فى هذا الصدد فإن القواعد رد المحكمين فى تحكيم الاستثمار تتشابه فيما بينها على مستوى النصوص، غير ان قواعد الأكسيد لها ذاتية خاصة ، ذلك ان معيار رد المحكم فى قواعد الأكسيد أفرد له العديد من الأحكام أكثر من غيرها من قواعد التحكيم ، والتي تتميز بأن من شأنها ان تزيد من عبء الاثبات على الخصم طالب الرد، لذا نتناول بالتفصيل معيار رد المحكم وفقا لقواعد الأكسيد مع الاشارة للمعيار المطبق فى قواعد التحكيم الأخرى.

من خلال طلبات الرد التي قدمت لهيئات التحكيم فى الأكسيد وجد ان المعيار المحكمون فى قبولهم لطلبات الرد ينقسموا إلى إتجاهين أساسيين ويعرف كل معيار باسم القضية التحكيمية التي أرسته.

المعيار الأول: وهو معيار الدليل القاطع Strict proof وهو ما جاء ردا على طلب رد فى قضية Amco Asia، وفيه اشترط المحكمون ان يثبت الخصوم الانحياز الفعلى للمحكم.

المعيار الثانى: هو معيار الشك المعقول Reasonable Doubt وهو ما جاء ردا

على طلب الرد فى قضية Vivendi v. SGS.

أولاً: معيار الدليل القاطع فى قضية Amco Asia¹:

كان أول طلب يتم تقديمه وفقاً لقواعد الأكسيد فى هذه القضية يعتبر هذا الحكم مؤشراً على أحد المعايير التى تنطبق فى صدد إثبات عدم استقلال المحكم وبالتالى قبول طلب رده، إذ تبنى المحكمون فى هذه القضية إلزام الخصم طالب الرد بتقديم دليل دامغ وقاطع من شأنه ان يشكل قرينة على عدم استقلال المحكم Strict proof، وتتخلص وقائع طلب الرد فى ان دولة اندونيسيا طلب رد المحكم المعين من قبل المدعى تأسيساً على ان المحكم قبل تعيينه ولكن بعد بدء اجراءات التحكيم قام بتقديم مشورة قانونية لأحد المساهمين الأساسيين فى الشركة المدعية- فى التحكيم- كما ان شركة المحاماه الخاصة بهذا المحكم شاركت مستشار الشركة المدعية مساحات مكتبية وخدمات لوجستية فى مكان العمل لمدة عام ونصف أثناء اجراءات التحكيم وكما وجدت فترة طويلة تم فيها مشاركة الأرباح بين الشركتين - المحكم المعين ومستشار الشركة المدعية- غير ان هذه الرابطة انقطعت قبل استهلال اجراءات التحكيم، كل هذه الظروف رأت دولة اندونيسيا ان من شأنها ان تثير الشك حول توافر الاستقلال فى جانب هذا المحكم.

¹ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia *Amco Asia*, icsid Case No. ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator June 24, 1982,

وقد قرر المحكمون المتبقون للفصل فى طلب الرد عدم قبول هذا الطلب تأسيسا على ان الخصوم يجب ان يقدموا دليلا دامغا على توافر انحياز فعلى فى جانب المحكم، فانتهى المحكمين فى الفصل فى طلب الرد إلى وجوب تقديم دليل على عدم استقلال المحكم، وليس فقط تقديم دليل على قيام الوقائع السابقة، بحيث يكون المعيار فى هذا الصدد ان يكون عدم استقلال المحكم واضح Manifest، أو يغلب الظن على وجوده بدرجة كبيرة highly probable، وليس فقط احتمالية عدم الاستقلال أو الاشتباه فى عدم توافره فى جانب المحكم، وبناء عليه طرحت هيئة التحكيم طلب الرد، لأن الوقائع التى ساقها طالب الرد وإن كانت مثبتة إلا انها لا تكفى فى ذاتها لتشكل دليلا على عدم استقلال المحكم على النحو الذى يوجب رده، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى وجد المحكمون ان الاستناد إلى وجود نوع من التعامل أو المعرفة المسبقة بين المحكم وأحد الخصوم أمر غير دقيق ومن شأنه ان يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، ففى الأساس أن وجود محكم معين من قبل أحد الخصوم هو من الاجراءات المتعارف عليها فى تحكيم الاستثمار، فمن شأن اتخاذ تلك المعرفة كأساس لطلب الرد هو أمر يتنافى مع طبيعة الاجراءات المقررة أساسا فى هذا الصدد على نحو ما سبق بيانه.

ثانياً: معيار الشك المعقول المطبق فى قضية^١ Vivendi and SGS:

طلب الرد الثانى الذى تم تقديمه وفقاً لقواعد الأكسيد فى هذه القضية، تم تقديمه من قبل الأرجنتين التى طلبت رد أحد أعضاء اللجنة تأسيساً على ان أحد الشركاء فى مكتب المحاماه الذى يمتلكه قد قام بتقديم استشارة قانونية تتصل بالضرائب إلى أحد رؤساء الشركة المدعية السابقين Vivendi Universal S.A. الأمر الذى لم يشارك فيه شخصياً المحكم المطلوب رده شخصياً، كما ان تلك الاستشارة لا تتعلق بموضوع النزاع المطروح على التحكيم.

فرفض زملاء المحكم فى اللجنة رده، كما انتقدوا أسباب قبول طلب الرد فى قضية Amco V. Asia مؤكداً انهم لن يقوموا بتأييد طلب الرد استناداً إلى مجرد اعتقاد أو تدخل ليس له ما يبرره، فلقبول طلب الرد يجب ان تؤدى الظروف جميعاً إلى إثارة شكوك جدية حول حياد المحكم، المعيار الذى طبقه أعضاء اللجنة يستوجب أولاً ان يقوم الخصوم بتأسيس الوقائع التى يستندوا إليها فى طلبهم الرد، فإذا استطاع الخصوم الإثبات فيمكنهم الاستناد إلى هذه الوقائع كدليل - استدلالات) على عدم حياد المحكم، فإذا كان من شأن هذه الوقائع ان تشكل خطر حقيقى قبلت الهيئة طلب الرد.

¹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic *Vivendi*, icsid Case No. ARB/97/3, Decision on Challenge to the President of the Com-mittee Sept. 24, 2001.

وقد طبق هذا المعيار فى العديد من طلبات الرد اللاحقة - فحتى وإن اختلفت المصطلحات المستخدمة إلا انها تشير إلى ذات المعيار، وفى قضية EDF قررت هيئة التحكيم انه" من اللازم ان يكون عدم الحياد واستقلال المحكم ملموس، فيجب ان يثبت لدى شخص من الغير - على اعتبار انه معيار موضوعى- ان استقلال المحكم فى ظروف معينة من شأنه ان يتأثر". وفى قضية أخرى طالبت هيئة التحكيم الطرف مقدم طلب الرد ان يؤسس الوقائع التى من شأنها ان تؤيد وجود قرائن على عدم حياد المحكم.

وفى هذا الصدد حاول الفقه وضع معيار للتحيز المُبرر لطلب الرد وفقا لهذا الاتجاه، فالمعيار هو التحيز الظاهر Manifest والذي يعنى التحيز الواضح أو الأقرب للثبوت منه إلى الظن، ويستفاد من مجموع الظروف التى يستنتج منها عدم حياد المحكم، وقد برز هذا الاتجاه فى التطبيق بقوة فى قضية Caratube¹ حيث قرر المحكمين قبول طلب الرد مقررين ان نزاهة وحيادية وانفتاح المحكم الذى تم طرده ليست محل نقاش ولا خلاف عليه، غير ان الظروف التى أثارها الخصم طالب الرد من وجهة نظر موضوعية من شأنها ان تلقى بظلال الشك حول حياده

¹ Chiara Giorgetti, Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two icsid Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator, American Society for International Law INSIGHTS Sept. 29, 2014, available at: <http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/22/caratube-v-kazakhstan-first-time-two-icsid-arbitrators-uphold>

فى هذه القضية بالذات، فالأمر لا يتعلق بالمحكم شخصيا ولكن وصلت اللجنة لهذه النتيجة من خلال معيار موضوعى بحت.

وعلى ذات المنوال أكد المحكمون فى العديد من القضايا عندما قدمت طلبات الرد ان المطلوب ليس الدليل على انحياز الفعلى أو التبعية (عدم الاستقلال)، ولكن يجب على الخصم الذى يقدم طلب الرد ان يؤسس الوقائع التى تشير إلى الانحياز أو عدم الاستقلال.

إلا ان معيار الشك المعقول على هذا النحو وجد طريقين فى التطبيق لا يمكن القول بوحدهما:

الأول: ان وجود وقائع من شأنها ان تصبح سندا للدلالة على انحياز المحكم، واستطاع الخصوم اثبات هذه الوقائع فإن ذلك من شأنه ان يؤدى إلى قبول طلب رد المحكم على أساس من الشك المبرر والظاهر حول قدرة المحكم على الحكم باستقلالية، ففى تقدير الانحياز يصبح معيار التحديد وفقا لظروف كل حالة على حدة ووفقا لما يقدره الخصوم، وهنا نتساءل هل يصبح دور المحكمون الذين ينظرون طلب الرد ان يضعوا انفسهم مكان الخصوم لتقدير مدى جدية الوقائع وإلى أى حد تثير الشك حول حياد المحكم؟

الثانى: يبدأ أيضا من فكرة وجود وقائع مؤسسة من شأنها ان تدلل على انحياز المحكم، غير انه فى تقدير الانحياز وفقا لهذه الوقائع لجأ إلى فكرة "الانحياز الظاهر" فيجب ان يتم تقديره على أساس معيار موضوعى، وهو مدى وجود الحياد

أو غيابه من منظور شخص ثالث من الغير منطقيا، الأمر الذى يتشابه كثير مع معيار الرجل المعتاد، وتطلب دليل موضوعى على عدم الحياد والذى يثبت بصورة مباشرة الانحياز الظاهر يستبعد قبول الوقائع التى تثير الشك حول حياد المحكم فوضع معيار لتقدير اعتبار الظروف مما يشكك فى حياد المحكم من عدمه.

الأمر الذى يؤدى إلى غموض هذا المعيار إلى حد ما وصعوبته فى التطبيق، لأن وفقا للطريقة الأولى للتطبيق يكفى وجود شك حول حياد المحكم لقبول طلب الرد، أما الطريقة الثانية فهى تتطلب الاثبات على نحو معين يعكس التشدد أو التقليل من حالات رد المحكم ويجعل الخط الفاصل بينها وبين معيار Amico Aisa دقيق للغاية.

غير ان الأمر يدق بصورة أوسع عندما تطبق هيئات التحكيم معيار قضية Amco Asia ومعيار الشك المعقول فى ذات القضية، ففى العديد من هذه القضايا نجد كلا من المعيارين يتم صياغته فى عبارات مجردة وقد تبدو مميزة لكل معيار عن الآخر، لكن النتائج تتباين تماما عند التطبيق وفقا لظروف كل حالة على حدة.

ثالثاً: القضايا التي طبقت المعياريين معا:

لعل من أوائل القضايا التي أثارت هذا الجدل في إطار تطبيق قواعد الأكسيد، هي قضية¹ Suez حيث قرر المحكمون في قبولهم لطلب الرد انه: لا يكفي لرد المحكم مجرد الاعتقاد بأن المحكم غير محايد أو غير مستقل بل يجب اثبات عدم الحياد أو الاستقلال بطرق اثبات موضوعية."إلى هذا الحد لم يشكل الحكم أى غموض لأنه من عبارته يستفاد ان المحكمين استندوا إلى معيار الشك المعقول كما في قضية Vivendi and SGS مطالبين الخصم طالب الرد بأن "يؤسس الوقائع التي من شأنه أن تدل على وجود دلالة واضحة على ان هذا الشخص-المحكم- غير قادر على الحكم بتجرد"، غير انهم أضافوا بعد ذلك ان "مجرد عدم الحياد الواضح غير صالح لأن يشكل السند الوحيد المبرر لرد المحكم" وهو ما يعكس معيار Amco Aisa لأنه يتطلب اثبات عدم الحياد الفعلى للمحكم Actual bias وليس مجرد الشك أو عدم الحياد الظاهر apparent bias ، فنتيجة تطبيق معيار الشك المعقول هو ان " وجود الشك المعقول والظاهر حول حياد المحكم يكفي للحكم برد المحكم"، الأمر الذى يجعل الحكم وقد استخدم عبارة كلا من المعياريين يخلق حالة من الغموض.

¹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17

يعلق جانب من الفقه¹ على هذا الحكم بأنه كان من الأجدر بالمحكمن في هذه القضية ان ينتهزوا الفرصة ليوضحوا -وفقا لما يبدو تفضيلهم لمعيار اثبات الانحياز الحقيقي للمحكم- وذلك بدلا من المزج بين معياريين مختلفين تمام الاختلاف مسببين تقاوم لللبس الموجود أصلا حول المعيار الذي تنتهجه هيئة التحكيم في رد المحكم.

في قضية Electrabel² عندما فصلت هيئة التحكيم في طلب الرد لم تشر إلى أى من المعياريين وإنما تبنت حالا وسطا بالاستناد إلى مصطلح "واضح" Manifest الوارد بالمادة ١/٢٥ (ب) من اتفاقية الاكسيد، ويفسر الوضوح - في مفهوم م٥٢

¹ Maria Nicole Cleis, opt.cit., p.44.

² Electrabel S.A. v. Republic of Hungary *Electrabel*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal Feb. 25, 2008.

حيث تم طلب رد المحكم لأنه تم تعيينها بصورة متزامنة مع اجراءات التحكيم في هذه الدعوى من قبل المجر، ومن المدعى عليه في اجراءات أخرى ، وتتعلق كلا الدعويين بذات الاتفاقات والدعاوى الحكومية، كما أنه ينطبق على ذات الدعويين نفس الاتفاقية.

أهذه المادة لا تنظم أساسا حياد المحكم أو طرق رده ولكنها تنظم أسباب طلب إلغاء الحكم :

Art.52 : "1 Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:.....

b That the Tribunal has manifestly exceeded its powers;....."

تمهيدا لتطبيقه كمعيار لتقرير حياد المحكم من عدمه- كما يلي: "بديهى، ظاهر،
يفصح عن وجوده بذاته، أو حتى يمكن القول أنه مؤكد فهو ليس نتاج تفسيرات تم
وضعها بطريق أو بأخر، كما أنه ليس محل للاثبات أو النفى بالحجج، فوجوده لا
يحتاج إلى عملية تحليل مفصل للوقوف عليه"، فهو يشير من التعريف إلى سهولة
الاقتناع به، وسهولة إدراكه لوضوحه. والحال كذلك لم يستخدم الحكم أى من
التعبيرات التالية "الدليل القاطع، الشك، دلالة، مظاهر.. الخ" على النحو المعروف
فى معيار قضيتى Amco Asia وSGS الأمر الذى ترك مجالاً للافتراض
والتأويل.

فى قضية 'Nations Energy طلب المدعى رد أحد أعضاء اللجنة لسبق وجود
علاقة مهنية بينه وبين محامى المدعى عليه، قرر المحكمون المختصون بنظر
طلب الرد رفض الطلب تطبيقاً لمعيار الدليل القاطع فى قضية Amco-Asia
متطلبين ضرورة وجود دليل موضوعى واضح على عدم الاستقلال أو عدم الحياد،
بعبارة أخرى دليل على وقائع من شأنها ان تدلل على احياز/عدم حياد قاطع وعلى
درجة عالية من الاحتمال تقترب من اليقين، وليس فقط مجرد الاحتمالية. ومع ذلك

لأى من الطرفين طلب إلغاء حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب مكتوب إلى السكرتير العام
استناداً إلى أحد الأوجه التالية أو أحدها ب إذا تجاوزت المحكمة "بوضوح" السلطات المخولة لها.

¹ Nations Energy, Inc. and others v. Republic of Panama *Nations Energy*, icsid Case No. ARB/06/19, Decision on a Proposal to Disqualify Dr. Stanimir Alexandrov Sept. 7, 2011

أضاف المحكمون فى نفس القرار - معيار الشك المعقول- انه ينبغى ان يكون مجموع الظروف المحيطة تبرر وجود شكوك معقولة حول حياد أو استقلال المحكم وقدرته الحرة والمستقلة على الحكم.

أيضا فى قضية *Abaclat I*¹ جاء فى توصية صادرة عن السكرتير العام فى خصوص قضية يدعى المدعى عليه بخصوصها ان الأحكام الإجرائية الصادرة عن أغلبية أعضاء هيئة التحكيم كانت معيبة بشكل واضح لا يمكن تفسيره إلا بعدم حياد المحكمين وعدم استقلالهم، ان الأحكام المعيبة فى ذاتها لا يمكن ان تشكل دليلا كافيا على انحياز أو عدم حياد المحكمين وسواء كان الخطأ الذى يشوبها يتعلق بتقدير الواقع أو بتطبيق القانون، وفى هذه الحالة يجب على الخصم طالب الرد ان يثير وقائع أخرى من شأنها ان تدلل على الانحياز أو عدم الحياد، وبعد ذلك قررت التوصية فى هذا الصدد التفرقة التالية، انه إذا كان طالب الرد يستند إلى الخطأ الوارد فى حكم التحكيم ذاته أو بعض الأخطاء الإجرائية فعليه ان يؤسس "الدليل القاطع" فيثبت الانحياز الفعلى وفقا للمعيار المطبق فى قضية *Amco Asia*، أما غير ذلك من الأسانيد فيتم قبول طلب الرد استنادا إلى معيار الشك المعقول كما فى قضية *SGS* فيجب ان يؤسس على أدلة معقولة وموضوعية من شأنها ان يستفاد منها انحياز المحكم.

¹ *Abaclat and others v. Argentine Republic Abaclat i*, icsid Case No. ARB/07/5, Rejection of Request for Disqualification of Professor Pierre Tercier and Professor Albert Jan van den Berg Dec. 21, 2011.

فى قضية *Getma*¹ عندما طلبت دولة غينيا رد المحكم لأنه بالتزامن مع اجراءات التحكيم تم تعيين شقيق هذا المحكم فى قضية تحكيمية أخرى كمحكم وأحد أطرافها هو المدعى فى القضية التحكيمية الحالية وتتعلق بذات الوقائع الأمر الذى يبرر معه من وجهة نظر الطالب رد المحكم، غير ان هيئة التحكيم لم تقبل هذا الطلب ورفضت رد المحكم، واستندت الهيئة إلى المعياريين معا وطلب رئيس الأكسيد من غينيا تأسيس وقائع من شأنها ان تقوم كدليل على عدم حياد الظاهر للمحكم، وأشارت فى طلبها انه مجرد الظن، التوقع أو الاعتقاد، الافتراض، الاعتقاد فى وجود عدم الحياد دون دليل هو أمر غير مقبول، فالدلالة التى ساقها المدعى عليه كقرينة على عدم الحياد لم يتم قبولها (علاقة القرابة بين المحكمين)، على انه كما يقرر جانب من الفقه² انه كان من الممكن قبول الرد بناء على وقائع مختلفة تستطيع ان تنهض كدليل حول وجود شكوك معقولة حول حياد المحكم وفقا لمعيار .Vivendi

¹ *Getma International and others v. Republic of Guinea Getma*, iccid Case No. ARB/11/29, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator Bernardo M. Cremades June 28, 2012.

² Maria Nicole Cleis, opt.cit., p.47.

رابعاً: الإشكالية التي تؤدي إليها تباين المعايير وتطبيقها على النحو السابق:

إن تباين المعايير على هذا النحو من شأنه أن يسهم في زيادة الغموض حول المعيار الذي يجب ان يستوفيه طلب الرد حتى يمكن الحكم برد المحكم، وإجمالاً يمكن توضيح هذه المسألة إذا قارناها بالمعيار الذي تتبناه قواعد التحكيم عموماً والاستثمار خصوصاً في هذا الصدد، ويمكن التذليل على ذلك من الحكم الصادر في قضية *Perenco v. Ecuador* من قبل المحكمة الدائمة للتحكيم والذي طبقت فيه معيار: مظهر الشك appearance of bias حيث قدم الخصوم طلب الرد تأسيساً على مقابلة (في وسائل الإعلام) أجراها المحكم المعين من قبل المدعى وعلق فيها على دولة الاكوادور وعلى اجراءات التحكيم المنعقدة بالتزامن، فطبقت المحكمة المعيار باعتباره الإجابة على التساؤل التالي: هل من شأن التصرف الذي صدر عن المحكم ان يوجد شكوك حول استقلال المحكم من وجهة نظر شخص ثالث من الغير بالنسبة للاجراءات (معيار موضوعي).

وهو الأمر الذي علق معه الفقه¹ على ان معيار حياد المحكم في تحكيم الاستثمار يجعله أقرب إلى المعيار المعتمد في القضاء الأمر الذي يجعل من اجراءات التحكيم أقرب لطبيعة القضاء.

¹ Maria Nicole Cleis, opt.cit., p.47.

ويجدر الإشارة في هذا الصدد ان الانحياز الفعلى يختلف عن مظهر الانحياز، لأن الأخير يرتبط أكثر بحرفية النص وهو (وجود شكوك من شأنها ان تؤثر على قدرة المحكم على الحكم باستقلال)، فقواعد الأكسيد وإن طبقت معيار موضوعى إلا انها تمتاز نسبيا بقدر من التشدد خصوصا فيما يتصل بعبء الاثبات.

المطلب الثانى

محاولة وضع إطار تنظيمى منضبط لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

للقوف على إصلاحات مناسبة ومنضبطة لنظام التحكيم فى منازعات الاستثمار القائم حالياً، فىنبغى ان نتناول بالدراسة البدائل المقترحة فى هذا الصدد من ناحية، وبعد ذلك نحاول إلقاء الضوء على فكرة تحديد المفاهيم فى هذا المجال بالذات لأن - فى رأى - وجود نوع من الاتفاق على العديد من المبادئ ومحاولة إرسائها هو السبيل لتركيز الجهود فى طريق معين للإصلاح من جهة، كما من شأنه ان يوفر رؤية واضحة يمكن من خلالها تقييم كل الاقتراحات المطروحة فى الوقت الحالى.

الفرع الأول

تحديد المفاهيم ضرورة لتحديد الطريق الأمثل للإصلاح

من الثابت ان التحكيم فى منازعات الاستثمار له طبيعة خاصة وأنه نشأ منبثقا عن التحكيم التجارى الدولى، لكن حاليا لا يمكن تبني قواعد التحكيم التجارى الدولى ذاتها فى مجال تحكيم الاستثمار، ومن بين المسائل التى دائما ما كانت محلا للنقاش هو حياد المحكم عموما غير ان حياد المحكم فى تحكيم الاستثمار يأخذ أهمية خاصة لعدد من العوامل التى سبق بيانها فى المبحث الأول.

لكن فى محاولة البحث عن حلول لإصلاح النظام القائم وخصوصا ما يتعلق بتعارض المصالح فإنه من الواجب الوقوف على عدد من المسائل حتى تكون بمثابة -إن لم تصل إلى- المعيار فى تقييم جدوى التعديلات المقترحة.

أولا: مفهوم حياد المحكم فى تحكيم الاستثمار:

ما أقصده ليس مسألة اصطلاحية و لكن يمكن بعبارة أخرى القول هل لحياد المحكم فى تحكيم الاستثمار درجة مختلفة عن حياد المحكم عموما وعن حياد القاضى الداخلى / الدولى؟

يرى جانب من الفقه¹ ان للوقوف على معيار محدد منضبط لحياد واستقلال المحكم لينبنى عليه التنظيم بعد ذلك ينبغي الأخذ فى الاعتبار التطور الذى مر به المفهوم فى التحكيم.

وفى البداية نشير إلى ان الضمانات المؤسسية للاستقلال فى القضاء الدولى أو الوطنى موجودة بشكل أكبر مقارنة بالتحكيم والذى يتميز بالغياب النسبى لمثل هذه الضمانات المؤسسية، فهيات التحكيم تتشكل من عدد غير محدد من المحكمين معينين لغرض معين هو الفصل فى النزاع - أى ليسوا معينين لمدد محددة، وهم جميعا فى حالة تنافس فى السوق الدولية²، ولكن من جهة أخرى فإنه توجد بهيات التحكيم ضمانات الاستقلال الشخصى، وذلك بداية من وجود متطلبات ينبغي ان تتوفر فى المحكم، قواعد الرد، قواعد / واجب الافصاح.

أى ان المحصلة انه لا يوجد ضمانات مؤسسية للاستقلال ولهذا نجد فى نصوص اتفاقية الأكسيد على سبيل المثال أنه لا يشير إلى الاستقلال، ولكن دائما الإشارة إلى الحكم المستقل لمتخذ القرار Independent Judgement of

¹ Yves Dezalay, Bryant Garth, Dealing in virtue, Conducting Law and Social Research: Reflections on Methods and Practices, SimonHalliday & Patrick Schmidt eds., 2009, p. 200.

² Anja Seibert-Fohr, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014, p. 757.

Arbitrators، وبصفة عامة فوجود ارادة أطراف النزاع فى تعيين المحكمين هو أمر لا يقتصر فقط على التحكيم فهو متعارف عليه فى القضاء الدولى، ولكن ما يميز التحكيم هو عدد المحكمين والكيفية التى يجلب بها كل محكم معرفته الخاصة بالقضية، الوقائع، وموقف كل خصم فى القضية إجمالاً، فإن لم يكن "الاستقلال" هو التعبير المستخدم بحرفيته ، لذا فدائماً ما يتم التأكيد على محكم قادر على حل النزاع باقتدار أو 'A case sensitive Adjudicator.

لذا وفى غياب الضمانات المؤسسية يتم التركيز بصفة أساسية على الضمانات الوظيفية للاستقلال، وهو ما يتحقق من خلال مجموعة من القواعد الاجتماعية والقانونية.

فى بداية نشأة التحكيم التجارى الدولى^٢ لم يكن يتم تطلب الحياد أو الاستقلال فى جانب المحكم من الأساس، الأمر الذى يقرر معه الفقه ان وجود المعايير الحالية والحديث عن حياد المحكم هو نتيجة الانتقال من مفهوم قديم إلى مفهوم حديث

¹ Erik Voeten, International Judicial Behavior, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014, p.151 .

^٢تطور التحكيم التجارى الدولى، راجع والهوامش الملحقه :

Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit., p.408-410.

للتحكيم ، بعبارة أخرى الانتقال من التحكيم أو القواعد غير الشكلية للتحكيم باعتباره وسيلة غير وطنية لحل النزاعات.

وكان السبب في عدم تطلب الحياد أو الاستقلال في جانب المحكم أنه لم يكن ينظر للتحكيم أساسا باعتباره مهنة، غير ان في القرن العشرين أصبح التحكيم يتم ممارسته من قبل الأوساط العليا في أوروبا، وفي نهاية السبعينات كان هناك تطور في المحكمين الأمر الذي أثر بصورة مباشرة على طريقة الفصل في القضايا التحكيمية بشكل عام، وفي هذا الوقت زادت المنافسة بين المحكمين أدت إلى احتراف مهنة المحكم، وهو ما ترافق مع ظهور مؤسسات للتحكيم كمحكمة لندن للتحكيم، تحكيم غرفة التجارة الدولية، ومن هنا كان ظهور النصوص بصفة واضحة التي تقرراستقلال وحياد المحكم، وبالتنافس بين مؤسسات التحكيم ولتحقيق الأفضلية فيما بينها أصبحت تدرج في قواعدها استقلال وحياد المحكم و زاد من الأمر وجود المحكمين الأمريكيين وانتمائهم إلى النظام الأنجلوسكسونى مما أثر على مهمة المحكم لأنهم ادخلوا النظام الاتهامى فى تحقيق القضايا.

محصلة تطور نظام التحكيم هو التأسيس لحياد واستقلال المحكم، واليوم أصبح من الأسس التي لا يمكن الانتقاص منها هو الحق في محكم محايد ومستقل، ولعل مع جاء قاطعا لوجود هذا المتطلب هو تقرير قواعد حال تعارض المصالح IBA guidelines.

وعموما فإن هناك نوعان من التحكيم الأول: التحكيم التجارى الدولى، والثانى: التحكيم فى المنازعات التى تنثور بين الدول وهو الذى يغلب عليه الطابع السياسى والدبلوماسى أكثر من الطابع القضائى، وبظهور التحكيم فى منازعات الاستثمار كان للدول دور مهم فاتفاقية الاكسيد وضعتها الدول ولكن يقوم على تنفيذها المحكمين، مما جعل تحكيم الاستثمار يعتمد فى نشأته أساسا على التحكيم التجارى الدولى، ولكن فى ذات الوقت يبحث المجتمع الدولى عن تقرير شرعية لهذا النظام لذا كان أهمية التأكيد على قواعد حياد واستقلال المحكم وفى هذا الصدد يؤكد الفقه¹ على ان المتعارف عليه فى صدد الحياد والاستقلال ليس إلا نتيجة جزئية للقواعد والنصوص الموجودة، ولكنه فى الأساس يعتمد على التطبيق الذى يعتمده المحكمين تأثرا بالتحكيم التجارى الدولى أساسا، والتنظيم القانونى لتحكيم الاستثمار هو نتيجة لعملية "تواصل" بين عدد من الجهات (الدول، المنظمات الدولية، مؤسسات التحكيم، المحاكم الدولية)، مما يجعل التحكيم فى منازعات الاستثمار محلا للتطور المستمر بناء على هذا الاتصال.

فإذا كانت هذه هى العوامل التى ينطوى عليها تنظيم الحياد والاستقلال، فإنه ينبغى التسليم بأن: إذا كان من شأن المحكمين ان ينفصلوا تماما عن أى مؤثر خارجى

¹ Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit., p.410.

على قرارته، فلن يتبقى إلا محكمون لا يتمتعون بالخبرة الكافية للقيام بمهمة التحكيم.

على أنه مع ذلك لا يمكن الانتقاص من ضمانات التقاضى فى التحكيم¹ عموماً وفى تحكيم الاستثمار خصوصاً، ولا يمكن القول فى هذا الصدد ان الخصوم بمجرد عرضهم للنزاع على هيئة التحكيم فإنهم بذلك يكونوا قد تنازلوا عن حقهم فى ضمانات التقاضى ضمناً.

ثانياً: خصوصية ضمانات التقاضى فى التحكيم فى منازعات الاستثمار:

من المستقر عليه ان للخصوم فى الخصومة التحكيمية الحق فى كفالة ضماناتهم فى التقاضى تأثراً بضمانات المحاكمة العادلة فى القضاء الوطنى - كما سبق البيان- غير ان ذلك لا ينفى ان انطباق ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم لها خصوصية، فهى التحكيم تلتزم بإعمال المبادئ الأساسية للخصومة القضائية والتي لا تتعارض والأهداف المقصودة من تنظيم عملية التحكيم واللجوء إليه مثل حق الدفاع، ومبدأ المساواة بين الخصوم ..إلخ، إلا ان مراعاة تلك المبادئ لا يعنى تطبيقها حرفياً فى منازعات التحكيم عموماً، لأن أعمالها مشروط بعدم التعارض مع

¹Cécile Chainais, Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable, in "Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise", dir, Laure Milano, droit et justice, 2014, p. 299.

الأهداف المبتغاه من تنظيم عملية التحكيم وإلا أصبحت خصومة التحكيم نسخة من الخصومة القضائية وهو ما لا يمكن تصوره بحال من الأحوال¹، فلم يكن من المتصور مثلا إعمال مبدأ العلانية فى خصومة التحكيم بالضبط على النحو المعمول به فى الخصومة القضائية.

ومع ذلك فإن هذا الأمر الذى ينطبق على التحكيم التجارى الدولى أصبح محلا للإصلاح فى تحكيم الاستثمار وذلك لخصوصية هذا الأخير، فالمحكم فى تحكيم الاستثمار - فى رأى ينبغى أن يخضع لضوابط أكبر فيما يتصل بالحياد والاستقلال لخصوصية وخطورة الدور المنوط به- وكذلك العديد من ضمانات التقاضى أصبحت محلا للبحث فى إطار تحكيم الاستثمار وتندرج تحت مبدأ عام وهو الشفافية.

دائما - فى إطار المصطلحات- ما يدور النقاش حول المقصود بالشفافية² وهل الشفافية تتضمن العلانية أم العكس ، أو مدى اعتبار الشفافية مصطلح قانونى من الأساس، وإذا كانت السرية أحد المميزات التى يسوقها الفقه للتحكيم التجارى الدولى، فإن الأمر يختلف تماما فى تحكيم الاستثمار فمن ضمن الإصلاحات المقترحة هو تعزيز الشفافية فى تحكيم الاستثمار، العديد من قواعد التحكيم تقرر

¹ د.عاشور ميروك، النظام الإجرائى لخصومة التحكيم دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة ، مكتبة الجلاء الجديدة ، الطبعة الثانية، ١٩٩٨ ، ص ٥٤.

² Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, Kansas Law Review, Vol.54, 2006, p. 1301.

خيار نشر أو علانية الأحكام بموافقة الخصوم، ومراكز التحكيم تفضل النشر الكلى أو الجزئي لأحكام التحكيم، الأمر الذي عكس ان التحكيم بدأ يقرر حدود للسرية لاعتبارات المصلحة العامة، فالاتجاه حاليا لتعزيز الشفافية¹ ذلك ان التحكيم فى منازعات الاستثمار يتعلق بقطاعات اقتصادية هامة كالغاز، الكهرباء، المياه، فخسارة قضية تحكيمية معينة لها مردودها على المال العام وسياسات الدولة والصحة العامة مما أصبح معه من الصعوبة تقرير السرية لاجراءات تحكيم الاستثمار، وبعبارة أخرى " أصبحت السرية غير مبررة"، واستجابة لهذه الاعتبارات فإن فلسفة اتفاقية الأكسيد تعترف للخصوم بالحق فى مناقشة مجريات القضية ما لم يوجد اتفاق صريح على الالتزام بالسرية²، وفى ذات الوقت تمنع الاتفاقية المركز من نشر الأحكام بدون الحصول على موافقة مسبقة من الخصوم³.

غير ان اتفاقية الأكسيد تراعى قدر من السرية فتلزم المركز بمراعاة سرية المراسلات بين الخصوم والمستندات المقدمة فى الدعوى، فلا تقتصر م ٤٨ فى التطبيق على الأحكام ولكن أيضا يمتد نطاق تطبيقها إلى كافة القرارات المتعلقة

¹ ICSID Arbitration Rules, Art. 32, 37 and 48.

² Ileana M.Smeureanu, Confidentiality in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2011, p. 94.

³ Art. 48/5 ICSID Convention: "The Centre shall not publish the award without the consent of the parties."

بالأحكام كقرارات التفسير والمراجعة، أيضا ما يتصل بالمسائل القانونية والواقعية والتي تصبح فيما بعد جزء لا يتجزأ من الحكم^١.

وإذا وافق الطرفان على نشر الأحكام التحكيمية، والقرارات والأوامر فإن المركز الدولي لفض المنازعات سيقوم بعمل كافة الترتيبات اللازمة للنشر، بطريقة مناسبة، وبهدف دعم تطور القانون الدولي فيما يتعلق بالاستثمار^٢، ومع ذلك يشير الفقه إلى باقى نصوص اتفاقية الأكسيد تشير إلى ان الأحكام تصبح موضوعا للتسجيل العام ويمكن نشرها حتى قبل تطبيق نص م ٤٨ الخاص بموافقة أطراف التحكيم، فمثلا فى تسجيل طلب التحكيم فإن للأمانة العامة ان تقوم بالنشر بدون الحصول على طلب مسبق من الخصوم.

ويعتمد المحكمون - فى الأكسيد بصفة خاصة - على التسبب لإضفاء الشرعية على مهمته ومحاولة منهم لتجنب الانتقادات التى تطول شرعية النظام بأكمله، ولم يقتصر أثرا لاتجاه للشفافية على قواعد الأكسيد فحسب، فوفقا لقواعد NAFTA تتعقد جلسات التحكيم فى علانية وتقوم بنشر الأحكام و المذكرات، وتسمح بتدخل الغير فى الاجراءات بعد ان تقدر هيئة التحكيم ذلك.

¹ Christoph C. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge university press, 2001, p.823.

^٢ م ٢٢ من قواعد الأكسيد.

وفى ذات الاتجاه فإن اليونسترال والتي اعتبرت لسنوات الملاذ الأول للمستثمرين الذين ينشدوا السرية، ففي عام ٢٠١٣ تغير الوضع لتتبنى معايير للشفافية أكثر من الأكسيد، فأصبحت الجلسات والمرافعات ينبغي ان تتعد في علانية، مع ذلك توجد قنوات للسرية فقواعد الشفافية ستطبق على المعاهدات الحالية طالما كان طرفا التحكيم أطراف فيها، أيضا معظم معاهدات الاستثمار تعطي الخصوم الحق في اعتماد أى اجراءات أو قواعد يرونها، وفي ذات الإطار يمكنهم اعتماد السرية، الأمر الذى يقرر معه الفقه¹ - وبحق - ان تقرير واعتماد قواعد الشفافية من شأنها ان تشكل حوة مهمة على طريق اصلاح النظام، لكن وجود طرق أخرى للسرية من شأنه ان يؤدي إلى عرقلة هذا التقدم وتهديد الشرعية.

ولكن أيضا ينبغي الأخذ في الاعتبار ان أى تنظيم إجبارى بصورة تامة من شأنه ان يفرغ التحكيم من مضمونه ومن شأن كافة الأطراف ان يعزفوا عن اللجوء إليه لحل منازعاتهم، وهذا هو التحدى الحقيقى الذى يواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار، فالأمر بحاجة إلى تنظيم يحقق التوازن بين المصالح العامة التى ينطوى عليها هذا التحكيم، وحق الأطراف فى اجراءات عادلة وحل عادل للمنازعات من جهة، والطبيعة الإجرائية والموضوعية للتحكيم من جهة أخرى، فحتى حال تطورت هذه الأخيرة استجابة لخصوصية الاستثمار سيتبقى بالتأكيد جانب لصيق بطبيعة التحكيم ذاته وهو ارادة الأفراد.

¹ Michael D. Goldhaber, The rise of Arbitral power over domestic courts, Stanford Journal of Complex litigation, spring 2013, p.405.

الفرع الثانى

البداىل الرئىسىة المقترحة للنظام الحالى

فى محاولة للمحكمىن والفقهاء القانونىن للوصول إلى أكبر فاعلىة ممكنة للنظام الحالى لتحكىم الاستثمار فتم اقترح عدد من الحلول تتنوع ما بىن إلغاء نظام المحكم المعىن من قبل أحد الخصوم إلى اقترح إنشاء محكمة دولىة للفصل فى منازعات الاستثمار، على انه يمكن ان نقسم الحلول فى هذا الصدد إلى نوعىن الأولى: حلول أو مقترحات تقوم على أساس من اصلاح النظام القائم سواء (إصلاح مؤسسى) - وهى ما تتناول سبل تعىىن واختىار المحكمىن- ، أو (الاصلاح الموضوعى) عن طرىق تقرير قواعد السلوك، الثانى: وهو الاتجاه الذى يحاول إيجاد بدىل لنظام التحكىم بأكلمه.

أولاً: إلغاء نظام المحكم المعىن من قبل أحد الخصوم:

وهو الاقتراح الذى نادى به عدد من الفقهاء والمحكمىن¹ فى إطار ما أسفر عنه العمل من عدد من المشكلات الأخلاقىة التى قد يواجهها المحكم المعىن فى تحكىم

¹ Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in Looking to the future : Essays on international law in honor of W.Michael, Mahnoush Arsanjani et al. eds., 2011, p. 821, 834.

الاستثمار من جانب، ولغياب ضمانات الاستقلال المؤسسى فى تحكيم الاستثمار وفقا للوضع الحالى، على ان يكون البديل هو ان تقوم مؤسسات ومراكز التحكيم بتعيين المحكمين وصولا إلى تحقيق الشفافية فى الاختيار، وأيضا وجود نوع من الضوابط للوقوف على مهارة المحكمين الذين يتم اختيارهم.

غير ان هذا الاقتراح لم يلقى قبولا واسعا، بالرغم من سداد رأى القائلين به ومما شهدوه فى الواقع العملى، إلا ان القول به من شأنه ان يؤدى إلى افقاد التحكيم أحد سماته الأساسية عن طريق وجود نوع من المصادرة على ارادة الأطراف مسبقا، وستفقد هيئات التحكيم نظرتها الخاصة لوقائع النزاع على النحو التى كانت تستمده من هذا النظام، والخصوصية التى يمتاز بها كل خصم من خلال تعيينه لأحد المحكمين، الأمر الذى قد يؤدى فى النهاية إلى العزوف عن اللجوء للتحكيم¹.

ويمكن دراسة فكرة المحكم المعين من قبل أحد الخصوم من خلال النقاط التالية:

١. نظام التعيين المعمول به حاليا:

Jan Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, Inaugural Lecture as holder of the Michael R.Klein Distinguished Scholar chair, University of Miami – School of Law, 29 April 2010.

¹ Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit., p.423.

من الثابت ان لارادة الخصوم عموما فى تعيين المحكمين أهمية قصوى، وهو الأمر الذى ينطبق أيضا على التحكيم فى منازعات الاستثمار، ويجدر الإشارة فى هذا الصدد انه لا توجد قواعد موحدة لتعيين المحكمين الأمر الذى يرجع فقط لاختلاف القواعد بين المؤسسات كاليونسترال والأكسيد مثلا، لكن أيضا لأن تعيين المحكمين يختلف باختلاف الاتفاقات وبنود العقود المبرمة بين الخصوم، القواعد الإجرائية، الطبيعة اللامركزية للتحكيم ذاته، لكن المحصلة ان المحتكمين أنفسهم هم من يقومون باختيار المحكمين فى تحكيم منازعات الاستثمار. على سبيل المثال فى إطار قواعد اليونسترال والأكسيد يقوم كل خصم بتعيين محكم ويقوم المحكمان معا باختيار المحكم الثالث، ووفقا لقواعد الأكسيد قد يتفق الخصمان على تعيين المحكم الثالث، الخصوم فى قيامهم بذلك - أى فى اختيار المحكم- يفعلوا ذلك لأسباب التى يرونها، وتلك الأسباب أو العوامل التى يأخذها الأطراف فى اعتبارهم عند تعيين محكم لا يوجد التزام بالتعبير عنها بشفافية أو بشكل معين¹، ومع ذلك يختلف الوضع فى مرحلة طلب الابطال annulment وفقا لقواعد الأكسيد، لأن الأطراف ليس لارادتهم أى دور فى تعيين أعضاء اللجنة التى تنظر طلب الابطال وذلك فى حالات محدودة حددتها م ٥٢ من اتفاقية واشنطن²، أيضا تتضمن القواعد

¹ Note by the Secretariat, "Arbitrators and decision makers: appointment mechanism and related issues", 30 August 2018, A/CN.9. WG III / WP.152, para7.

² Article 523 ICSID Convention,:

طرق لتعيين المحكمين (من خلال القوائم) في كل مرة لا يتمكن فيها الخصوم لسبب أو لآخر من تعيين المحكمين.

يعطى نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم أهمية قصوى للمحكم (رئيس الهيئة)، لأنه يتحمل عبء الفصل في القضية في حالة اتفاق باقي المحكمين، ولذا فإنه دائما ما يتم التأكيد على ان وجود هذا المحكم من شأنه ان يكفي لضمان استقلال هيئة التحكيم بأكملها^١، ومع ذلك يشير جانب من الفقه^١ ان بالرغم من

A party may apply for full or partial annulment of an award on the basis of one or more of the following five grounds:

- the Tribunal was not properly constituted;
- the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- the award has failed to state the reasons on which it is based.

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Post-Award-Remedies-Convention-Arbitration.aspx>

في خصوص قواعد الابطال وفقا لقواعد الأكسيد راجع:

Juan Fernández-Armesto, Different Systems for the Annulment of Investment Awards, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Vol. 26, No. 1, 2011, p.128.

Joseph M. Matthews, 'Difficult Transitions Do Not Always Require^١ Major Adjustment – It's Not Time to Abandon Party-Nominated

عدم تدخل الخصوم- مباشرة ووفقا للقاعدة العامة - فى تعيين المحكم الثالث رئيس الهيئة، إلا ان هذا لم يمنع من تكوين فكرة عامة من قبل المتعاملين مع نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار مضمونها احتمالية عدم حياد واستقلال متخذ القرار^٢.

٢. مدى ملائمة نظام المعين المحكم من قبل أحد الأطراف للتحكيم فى منازعات الاستثمار:

يتعرض التحكيم فى منازعات الاستثمار للعديد من المآخذ فيما يتصل باستقلال وحياد المحكم، خاصة فى ظل غياب ضمانات الاستقلال المؤسسية، إلا ان ما

Arbitrators in Investment Arbitration', ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 25, No. 2 – Special Focus Issue on Appointing Arbitrators, 2010, p.363.

James Gerard Devaney , Selecting Investment Arbitrators: Reconciling^١ Party Autonomy and the International Rule of Law, KFG Working Paper No. 33 ,May 2019, Edited by Heike Krieger, Georg Nolte and Andreas Zimmermann, p. 7.

Michael Waibel and Yanhui Wu, 'Are Arbitrators Political? Evidence^٢ from International Investment Arbitration', ASIL Research Forum, UCLA, 5 November 2011, available at:
https://www.researchgate.net/publication/256023521_Are_Arbitrators_Political

يُطرح في هذا الصدد إلى أي مدى تؤثر الطريقة التقليدية لتعيين المحكمين أو تزيد من الانتقادات الموجهة إلى التحكيم في منازعات الاستثمار.

يرجع ذلك إلى أن الحياد والاستقلال يجب ضمانهم في التحكيم عموماً وتحكيم الاستثمار خصوصاً، غير أن فكرة أن أحد الأطراف يقوم دائماً بتعيين نفس المحكم من شأنه أن يُوجد نوع من التبعية والتي من شأنها أن تقضى على حياد المحكم بتتابع الإجراءات التي يعين فيها من قبلهم، وهو الأمر الذي ينطبق على تبادل الأدوار واضطلاع نفس الشخص بمهام مختلفة في إجراءات تحكيمية سواء بالتزامن أو التتابع، وأيضاً من الانتقادات التي تُؤخذ على نظام التعيين هو عدم وجود تنوع في المحكمين، ونقض تمثيل السيدات (المحكم) عن الرجال¹.

ويمكن إجمال الأمر في ما عبر عنه جانب من الفقه² من أن سيطرة الخصوم على عملية التعيين أمر لا يستقيم وطبيعة التحكيم في منازعات الاستثمار من جانب

¹ Successive studies have shown that only somewhere between 3 and 10% of ICSID arbitrators are female: Gus Van Harten, 'The Lack of Women Arbitrators in Investment Treaty Arbitration' 2011, *All Papers*, Paper 3, available at:

https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/34.

² Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary, James Gerard Devaney, *Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law*, opt.cit, p.12.

ذلك انها ذات طبيعة مزدوجة تنطوى على جانب عام وآخر خاص وأقل مظاهر ذلك ان التعويضات التى يتم الحكم بها على الدول يتم دفعها من المال العام، ومن جانب آخر فهى تشكل خروجاً "اردياً" عن سيادة القانون على المستوى الدولى، فمن ضمن عناصر سيادة القانون استقلال القضاء وهو ما لا يصدق على منظومة التعيين بوضعها الحالى فى تحكيم منازعات الاستثمار، ولا يقدر فى ذلك القول بأن التحكيم له طبيعة متميزة عن القضاء ذلك انه فى النهاية يفصل فى نزاع، كما ان مفهوم القضاء الدولى متميز عن مفهوم القضاء الوطنى.

٣. البدائل المقترحة لنظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم:

نظراً لهذه الانتقادات وجدت عدة اقتراحات لتحسين عملية اختيار المحكمين على النحو الذى يمكن ان يؤدى إلى إيجاد نوع من تحقيق سيادة القانون عن طريق ضمان استقلال هيئة التحكيم من ناحية، وفى ذات الوقت ارادة الخصوم فى اختيار المحكمين.

- التعيين من قبل جهة مستقلة ومحايدة¹:

¹ Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p. 228-232.

William W. Park, Arbitrator Integrity: The Transient and the permanent, San Diego Law Review, Vol.46, 2009, p.644 – 648.

إن اقتراح ان يعهد بالتعيين لجهة على سبيل الحصر أو من خلال القوائم أمر بحثه الفقه، ووقف عنده كثيرا باعتباره أحد الوسائل التي من شأنها ان تحدث التوازن بين ارادة الخصوم فى تعيين المحكمين من جانب، وحياد واستقلال المحكم من جانب آخر- وذلك على مستوى الأكسيد وغيرها من قواعد التحكيم - غير ان هذه الاقتراحات تعرضت للانتقاد على الوجه التى:

أولا: لايمكن السماح باستئثار جهة واحدة فقط بالتعيين، فتعيين جميع المحكمين فى الهيئة من قبل جهة واحدة تؤدى إلى تركيز السلطة، فى الوقت الذى يبدو فيه فى رأى البعض - من غير الواضح ما إذا من يقوم بالتعيين هو السكرتير العام أم رئيس البنك الدولى - فى تحكيم الأكسيد مثلا، مما يفقد هذه الوسيلة الشفافية اللازمة لعملية الاختيار، الأمر الذى من شأنه ان يزيد من العيوب التى تعترى النظام بسبب المحكم المعين من قبل أحد الأطراف.

ثانيا: سحب سلطة التعيين من الخصوم وان يُعهد بها إلى جهة أخرى كالأمين العام - فى الأكسيد مثلا- ليس بإمكانه ان يقوم بمواجهة التحديات التى تواجه حياد واستقلال المحكمين بل من شأنها ان تزيد الشكوك حول حياد المحكمين سياسيا ومؤسسيا.

وأخيرا فإن المحكمين لن يتمتعوا بالاستقلال اللازم لأنهم باستمرار سيكونوا عرضة للاثهام بأنهم يفصلوا فى القضايا على النحو الذى تريده الجهة التى قامت بتعيينهم

وذلك بغرض إعادة تعيينهم مرة أخرى، والمحصلة هو وجود نظام يعتمد على الجهة التي تقوم بالتعيين ويزيد من الاشكالات التي يواجهها النظام القائم أساسا.

- الحد من اردة الخصوم فى التعيين¹ :

وذلك عن طريق إلزام الخصوم باختيار المحكمين من قوائم طويلة معدة مسبقا-
يكون للخصوم الحق فى تعيين نسبة من المحكمين الذين يدرجوا على هذه القوائم-
تضم عدد كبير من المحكمين الأكفاء .

غير أنه إلى الوقت الحالى لم تفلح المحاولات لإنشاء مثل هذه القوائم فى العديد من وسائل حل المنازعات، وفى الأكسيد على سبيل المثال العديد من الدول الأطراف لم تقم بتعيين المحكمين الذين يمكن إدراجهم على القائمة وفقا للمادة ١٢ من اتفاقية واشنطن، وفى هذا الصدد يجدر الإشارة إلى ان هذه القوائم لدى إنشائها كان الغرض ان يتقصر تعيين من المحكمين على هؤلاء المدرجين عليها، إلا ان هذا الأمر لم يعد ذا أهمية كبيرة حاليا فى الوقت الذى يتمتع فيه الخصوم بحرية كبيرة فى تعيين المحكمين سواء من القوائم أو من خارجها، وكذلك القوائم المقررة فى ال NAFTA لم يتم إنشائها حتى الآن ، ولكن يقرر جانب من الفقه فى هذا

¹ Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p. 224 – 228.

² Ibid, p. 225.

الصدد انه حتى ولو نجح الدول الأطراف فى اتفاقية واشنطن فى إنشاء قوائم للمحكمن فإن تلك القوائم لازال من شأنها ان تطرح العديد من الاشكاليات:

أولاً: لا يوجد عدد محدد للمحكمن الذين إدراجهم على القوائم، وحقيقة الأمر ان اقتراح إنشاء هذه القوائم فى الأساس يهدف إلى ان تكون القائمة طويلة للغاية على النحو الذى تضمن معه التعددية والاختلاف والجمع بين مختلف الخبرات والتخصصات، ومع ذلك فإن القائمة الطويلة من وجهة نظر المحكمن لن تشكل حالاً فعالاً، ذلك ان بسبب طول القائمة سيصبح من الصعب التنبأ بالوقت الذى سيتم اختيار المحكم فيه للفصل قضية معينة إلى جانب ان الاختيار من القوائم سيخضع للسلطة التقديرية للخصوم، الأمر الذى من شأنه ان يخلق التنافس بين المحكمن وذلك عن طريق عرضهم لخبرات أو كفاءة معينة للفصل فى النزاع.

ثانياً: فيما يتصل بالمحكمن أنفسهم هل وفقاً لهذا الاقتراح سيتم اختيار محكمن جدد غير هؤلاء المسيطرين على التحكيم الاستثمار حالياً؟، فى الواقع - وعملياً - لا يمكن الاستغناء تماماً عن المحكمن المدرجين بالفعل على القوائم لأن نظام تحكيم الاستثمار يعتمد عليهم، ولعل هذا السؤال يُطرح على اعتبار ان المحكمن الموجودين حالياً بإمكان الخصوم الوقوف بسهولة على أفكارهم، وسياستهم واتجاهتهم.

ثالثاً: إن من شأن الأخذ بنظام القوائم بهذه المثابة وسواء قام بإنشاء القائمة الجهاز الادارى للأكسيد أم الدول سيؤدى حتماً إلى تسييس عملية الاختيار، ذلك ان

المحكمين المحتملين قد يواجهوا صعوبات فى إدراجهم على تلك القوائم إذا لم يوجد بينهم وبين الدول المتعاقدة معرفة قوية أو بينهم وبين سكرتارية المركز، وهو ما من شأن نسبة حدوثه ان تزداد إذ تم اللجوء إلى تعيين محكمين فى القوائم غير المدرجين عليها أساسا.

رابعا: قد يُتخذ من تلك الوسيلة للتعيين وسيلة لإنشاء جماعات للضغط وما يستتبع ذلك من إمكانية اصدار الأحكام بما يدعم توجه أو سياسة معينة، لأن الجهات القائمة على تحديد المحكمين بغرض ادراجهم على القوائم (الدول المتعاقدة- أم المركز) قد يتخاروا المرشحين بناء على آرائهم وتوجهاتهم، وهو ما يطرح إشكالية على قدر من الصعوبة أيضا ، ذلك إلى جانب الحاجة - بطبيعة الحال- إلى مناقشة تجديد القوائم وإحتمالية إعادة الانتخاب الأعضاء.

نظرا لكافة العوامل السابقة يرى جانب من الفقه¹ ان أى مزايا من شأن نظام القائمة ان يحققها يجب الالتفات عنها نظرا إلى العيوب التى تنشأ عن تبني هذا النظام .

- إنشاء لجنة لفحص المحكمين المرشحين للتعيين فى منازعات الاستثمار:

¹ Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p.224 – 229.

محاولة لإيجاد حل فى إطار من الاتفاق أساسا على العيوب الناشئة عن نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم، وفى ذات الوقت تحقيق التوازن بين ارادة الخصوم وحياد المحكم، يوجد اقتراح محل دراسة مستمرة لأن فى تنفيذه مهما تعددت الأشكال محاولة لإضفاء نوع من الاستقلال المؤسسى على منظومة التحكيم فى منازعات الاستثمار بأكملها، وذلك عن طريق إنشاء لجنة تكون وظيفتها فحص المحكمين المحتملين والذين يرغب الخصوم فى تعيينهم قبل بداية الإجراءات.

ويجد ذلك أساسه فيما أشار إليه الفقه¹ - وبحق- من ان دراسة حياد واستقلال المحكمين فى تحكيم الاستثمار لم يأتى كنتيجة لوجود انحراف بين من أحد المحكمين أو وجود عدم عدالة على قدر ما جاء نظرا للزيادة غير المسبوقة فى طلبات الرد التى يتم تقديمها، وبالتالي فإن عمل مثل هذه اللجنة من شأنه - بصورة مبدئية - ان يحقق عدد من المزايا فنتجنب من البداية بنسبة كبيرة أسباب للرد التى قد تكون محلا للطرح بعد ذلك، كما انها تعتبر وسيلة وقائية فنتجنب اهدار الوقت الذى يستغرقه تقديم طلب الرد والفصل فيه، كما يقلل من انطباع التحيز الذى من

¹ Jason fry, Simon Greenberg, The new ICC Rules on Arbitration: How have they fared after the 1st 18 months?, International Arbitration Law Review, Vol. 16, 2013, P. 171.

شأنه ان يعزز الفائدة للمنظومة بأكملها، وفي ذات الوقت لا يتم الإلغاء الكامل لنظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم¹.

يجب ان يكون دور هذه اللجنة محدد وواضح للأطراف من البداية، وان تكون أهدافها وطرق عملها محدد ومبين بدقة، على ان تكون مهمة هذه اللجنة فحص المحكمين وان تسهل تعيين وانضمام أفضل المحكمين وأكثرهم مهنية لهيئات التحكيم في منازعات الاستثمار².

¹ Elisa Sardinha, 'Party-Appointed Arbitrators No More', The Law and Practice of International Courts and Tribunals, No. 17, 2018, p.117-133. Available at:

https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/07/SARDINHA-Elsa_Party-Appointed-Arbitrators-No-More_July2018.pdf

تشير الكاتبة إلى ان اتجاه عدد من اتفاقيات التحكيم إلى استبدال نظام هيئات التحكيم الحر، ونظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم بنظام محكمة للاستثمار على درجتين أمر يعكس وجود التحيز الذي يترافق مع نظام المحكم المعين، ومع ذلك فإن تبني شكل المحاكم الوطنية في تحكيم الاستثمار - في رأيها - لا يحقق فائدة كاملة.

² James Gerard Devaney , Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law, KFG Working Paper No. 33 ,May 2019, Edited by Heike Krieger, Georg Nolte and Andreas Zimmermann, p.15.

ويمثل لوجود مثل هذه اللجان التي تشارك في عملية التعيين وذلك بهدف التقليل من ارادة الخصوم لإعلاء سيادة القانون، وذلك مثل اللجنة الاستشارية للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، الأمر الذي - في رأيها - يدل على ان مثل هذا الاصلاح المؤسسي ليس بالأمر المستحيل،

ووفقا لهذا النظام فالأطراف أو الخصوم سوف يقوموا بطرح أسماء مرشحيهم للقيام بمهمة التحكيم على اللجنة والأخيرة بدورها سوف تقوم بإبداء توصياتها فى هذا الصدد، وذلك قبل ان تبدأ اجراءات التعيين، وبالفعل فإن التوصية الصادرة عن اللجنة غير ملزمة ، إلا ان الفقه¹ يؤكد مع ذلك انها لا تنتقص من فاعلية مهمة اللجنة وذلك لما لها من أثر فى الواقع العلمى.

غير ان التحدى الحقيقى سيكون آلية تعيين أعضاء اللجنة، فيجب ان يكون أعضائها معينين بدوام كامل، وتكون مهمتهم الوحيدة الفحص واصدار توصيات، وعدد أعضاء اللجنة من الممكن تحديده فى ضوء من عبء العمل، واستيفاء المقتضيات الموضوعية فى جانب أعضاء اللجنة: كالتفرغ (أو بعبارة أخرى ان يكون لديهم الوقت والتفرغ الكافى لقيام بمهمتهم)، ان يكون لديهم التأهيل والخبرة الكافية، الحياد والاستقلال اللازم للقيام بهذه الوظيفة، ولكى تتحقق الثقة الكاملة فى اللجنة فيجب ان تتحقق الشفافية على كل المستويات ، فينشر معيار اختيار أعضائها علنا، وان تعكس فى تنظيم الألية مختلف الضمانات المشتركة بين كافة النظم القانونية، وتنوع فى أعضائها من حيث الجنسيات (التمثيل الجغرافى)، والتمثيل العادل من حيث الجنس، وأخيرا ان تتحقق الشفافية فى اجراءات التعيين ذاتها، وإذا لم يتم العمل على تأسيس اللجنة على هذه الأسس، فإن النتائج ستكون

وذلك عن طريق البدء فى إدراجها والنص عليها فى الاتفاقات الثنائية ومعاهدات التحكيم، وكذلك فى التحكيم المؤسسى كالأكسيد.

¹ Ibid, p.16.

عكسية فكل ما سيحدث هو نقل المشاكل التي تتعلق بتعيين المحكمين من هيئة التحكيم ذاتها إلى هيئة الفحص¹.

وبعد ذلك يأتي تنظيم عمل اللجنة وهو الأمر الذي يطرح نقطتين أساسيتين، الأولى: كيفية الفصل عملا في طلبات الفحص، الثانية المعيار الذي يتم عملا الفصل في الطلب بناء عليه.

إن أى عملية فحص للمحكمين المرشحين من قبل الخصوم يستلزم ان يقدم إلى اللجنة كافة الأوراق التي تدعم طلب الترشيح - بعبارة أدق رغبتهم في تعيين محكم معين- ويشمل ذلك السيرة الذاتية للمحكم، وشهادات الخبرة، وكافة الأوراق الأخرى ذات الصلة، الأمر الذي من شأنه ان يبين بدرجة أو بأخرى أسباب ودوافع الخصوم في اختيارهم لمحكم معين - وفي رأبي قد يعتبر خطوة لبداية إلزام الخصوم للافصاح عن ذلك في شكل معين على خلاف الثابت والمعمول به حاليا- من ناحية ، ومن ناحية أخرى الوقوف على مدى ملائمة المحكم ذاته لأن اللجنة من فحصها للأوراق من شأنها ان تقف عن مصالح المحكم في القضية -إن وجدت- ، السيرة الذاتية الخاصة به وآرائه سواء عبر عنها في كتابات أكاديمية أو غيرها،

¹ Henri de Waele, 'Not Quite the Bed that Procrustes Built' in Michal Bobek, *Selecting Europe's Judges*, Oxford University Press, 2015, p.25.

ويشير الكاتب إلى ان الأمر بهذه المثابة سيندرج ضمن إشكالية أكبر وهي غياب المعايير الواضحة في تعيين المحكمين والقضاء الدوليين، لأن شروط القبول غالبا ما تكون غامضة إلى حد ما.

الأمر الذى من شأنه ان تم تنفيذه بالفعل الوقوف على تعارض المصالح بصورة مسبقة سواء من خلال رأى المحكم فى موضوع النزاع (علاقته بموضوع النزاع) conflict issue، أو سبق تعيينه فى اجراءات أخرى وتعدد الأدوار .Double hatting

ويشير الفقه¹ ان لجنة الفحص فى كل مرة تستشعر ان الأوراق المقدمة إليها غير كافية للوقوف على مدى ملائمة تعيين محكم معين أو لتكوين رأيها فى الموضوع ان تطلب إلزام الخصوم بتقديم مزيد من الأوراق أو الاستيضاح، إلا انه من غير المعروف ما إذا كان يمكن للجنة ان تباشر هذه السلطة أو إذا ما كانت الفكرة محل دعم من الأساس.²

أما فيما يتعلق بالمسألة الثانية وهى المعايير التى يتم بناء عليها تقييم المحكم، فيجب ان تحدد القواعد أو اللجنة ذاتها هذه القواعد ويمكن فى هذا الصدد العرض للمعايير التى ساقتها اللجنة التى تفحص تعيين قضاة المحكمة الجنائية الدولية

¹ James Gerard Devaney, opt.cit, p.15.

² Henri de Waele, 'Not Quite the Bed that Procrustes Built' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford University press, 2015, p. 35.

قياسا على لجنة م ٢٥٥ من ميثاق روما لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

(لجنة م ٢٥٥)^١، فمعيار اللجنة فى تقييم المرشحين –والذى يمكن ان يُسترشد به فى التحكيم بدرجة كبيرة – يقوم على ست اعتبارات هم: الخبرة القانونية للمرشح، خبرته العملية، القدرة على القيام بمهمة القاضى، قدراته اللغوية، القدرة على العمل ضمن فريق فى بيئة عمل تتميز بوجود كافة النظم القانونية، وأيضا ألا يكون هنا أى شك حول حياده واستقلاله، وهى المعايير التى يمكن العمل بها حال الأخذ باقتراح تطبيق هذه اللجنة.

ويشير الفقه^٢ إلى عدد من الفروض الواقعية التى قد تواجه اللجنة كالخبرة القانونية والعملية لمرشح أحد الخصوم والتى وبنسبة كبيرة ستكون ممتازة، غير ان ما يواجه اللجنة وبحق هو الوقوف على قدرته على التفرغ والفصل بفاعلية خلال وقت مناسب فى القضية وفى ذات الإطار هل يمكن للجنة ان تسمح بمحكم يقوم بمباشرة القضية التحكيمية ال ٦١ له مثلا، وهل يكتب المذكرات الخاصة بالقضية بنفسه أم يستعين بمساعد فى ذلك؟^٣، إلى جانب فكرة تعدد الأدوار القائمة أساسا فمرة هو محامى ومرة أخرى محكم وهكذا.

¹ Third Activity Report of the Panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, Brussels, 13 December 2013, S/1118/2014, at 17.

² James Gerard Devaney, opt.cit, p.21.

³ Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Lie, ‘Who Writes Arbitral Awards?’, PluriCourts Working Paper, 2018.

لذا كان اقتراح عمل مقابلات شخصية للمحكمين لأنها تكشف الكثير عن المرشح مما لا يمكن الوقوف عليه من الأوراق - على نسق المحكمة الجنائية الدولية- ويتم كتابة توصية مسببة من اللجنة حول المحكم المرشح بعد التداول في سرية، وترسل التوصية بعد ذلك للطرف المعنى (الذي قام بترشيح المحكم)، والاقتراح ان تكون تلك التقارير علنية غير ان سمعة المحكم ومعلومات خاصة به ستكون على المحك، كما ان من شأن اتباع ذلك ان يؤدي إلى عزوف الكثيرين عن العمل في هذا المجال¹.

أخيرا في هذه الاقتراح يتم التأكيد² على ان لضمان فاعلية عمل اللجنة يجب ان تكون توصيات اللجنة غير ملزمة ولا يؤثر ذلك على ما هو متوقع منها من أثر، ذلك ان من جانب إذا كانت قرارات اللجنة ملزمة فإن أطراف التحكيم لن يقبلوا بحال من الأحوال ان يتم سحب ارادتهم في تعيين المحكمين، ومن جانب آخر فإن من المتعارف عليه - على سبيل القيام انه رغم ان اللجنة التي تشرف على التعيين (لجنة م ٢٥٥) توصياتها استشارية، إلا انه في الواقع يتم الالتزام بها، بل وتؤثر معاييرها أحيانا على تنظيم الدول داخليا لمعايير استقلال القضاء، فحتى وإن كانت

¹ Alberto Alemanno, 'How Transparent is Transparent Enough?' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford university press, 2015, p.211.

² James Gerard Devaney, opt.cit., p. 23.

آراء اللجنة استشارية إلا ان من المتوقع ان يكون لها أثر كبير عملا فى اصلاح النظام القائم.

ثانيا: إقرار قواعد للسلوك:

يعتبر من أهم المقترحات لحل أزمة الشرعية التى تواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار، غير ان الأمر لا يعتبر مستحدث لأنه دائما ما وجدت قواعد تتعلق بالسلوك، غير ان ما يميز الاقتراح فى هذا الصدد ان يكون إقرار قواعد السلوك ليس على مستوى هيئة تحكيم معينة أو جهة بعينها دون الأخرى، لكن موحد ويخاطب كافة المحكمين فى منازعات الاستثمار من جانب، وإيجاد سبل لتفعيله وإنفاذه على الجانب الآخر، على ان تحدد قواعد السلوك واجبات المحكم ومن ضمنها الحياد والاستقلال، وتخاطب قواعد بعض المسائل كتعارض المصالح¹.

أو ان يأتى تنظيمه فى ترتيب منطقى على النحو الذى قال به جانب من الفقه² - وبحق- ان يبدأ بواجبات المحكم ثم يبين واجب الحياد والاستقلال باعتباره الواجب الرئيسى أو المركزى الذى تنفرع عنه كافة الواجبات الأخرى، ففى البداية يجب ان

¹ Chiara Giorgetti, A Common Code of Conduct for Investment Arbitrators, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol.113, 2019, p.217.

² Chiara Giorgetti, Mohamed Abdel Wahab, A Code of Conduct for arbitrators and Judges, Academic forum on ISDS Concept paper 2019/8, Version 2, October 2019, p.5.

يتحلى المحكم بالاستقلال الشخصى والموضوعى، ثم ينظم بعض الجوانب الإجرائية للحياد والاستقلال كواجب المحكم فى الإفصاح، واجب التمتع بالنزاهة، واجب ان يتحلى المحكم بخبرة عملية معينة، على ان تنظم القواعد بعد ذلك بعض المسائل الموضوعية الهامة التى تواجه تحكيم الاستثمار بالذات كمسألة الأدوار المتعددة التى يلعبها المحكم، أو مسألة علاقة المحكم بموضوع النزاع إلى جانب تنظيم بعض المسائل التى تتعلق بالشفافية، والعدالة، وموثوقية الاجراءات.

وتلبية لحاجة الاصلاح عهدت مفوضية الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال) فى يوليو ٢٠١٧^١ إلى مجموعة عمل بالقيام بعدد من المهام وصولاً لاقتراح الاصلاح، المرحلة الأولى يتم فيها بيان المسائل التى تثار بشأنها إشكالية، المرحلة الثانية: الإتفاق على الحاجة فى الاصلاح والمبادرة للعمل على ذلك، المرحلة الثالثة يتعاون اليونسترال والأكسيد على التحضير تمهيدا لاصدار قواعد سلوك فى التحكيم فى منازعات الاستثمار مع التركيز على إنفاذ وتطبيق هذه القواعد^٢.

^١ كافة المستندات وأوراق العمل حتى ابريل ٢٠٢٠ متاحة على الموقع التالى:

https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

^٢ صدر بالفعل مشروع لقواعد السلوك متاح على:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

فى ذات الاتجاه وفى وقت سابق عن عام ٢٠١٧ ، قام الاتحاد الأوروبى بصياغة قواعد لسلوك المحكمين وأدرجت فيها واجبات خاصة ووضعت تصور لمواجهة حالات تعارض المصالح وما إلى ذلك، الاتحاد الأوروبى باعتباره من أكبر القوى الاقتصادية سوف يدرج فى الاتفاقات الثنائية التى يبرمها مع الدول الأخرى الالتزام بتلك القواعد وقد حدث ذلك بالفعل فى اتفاقات الاتحاد الأوروبى مع كندا^١ ومن شأن تلك القواعد ان تأتى مع تحديد للخبرات التى يجب ان تتوفر لدى شخص معين ليقوم بمهمة التحكيم والزامه باحترام قواعد السلوك، ويشير الفقه^٢ إلى ان من عوامل نجاح قواعد السلوك فى هذا الصدد ان تخاطب مجتمع التحكيم بأكمله، وهو ما يتوافق مع ما جاء فى ذات الاتجاه من توحيد لقواعد السلوك – الموجودة أصلا ولكن بصورة متفرقة – فيقترح^١ إمكانية صياغة قواعد للسلوك للقضاء والمحكمين

¹ European Commission, investment provisions in the EU– Canada Free trade agreement CETA, 26 September 2014 ; Regulation 1219/2012, 2012 O.J. L 351/40 9.

Available at:

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf

² Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit.,371.

¹ Chiara Giorgetti, Mohamed Abdel Wahab, A Code of Conduct for arbitrators and Judges, Academic forum on ISDS Concept paper 2019/8, Version 2, October 2019, p.13.

الدوليين معا، أو - وهو ما أويده- ان يتم صياغة قواعد للسلوك تخاطب المحكمين و كل المشاركين فى الاجراءات والذين يجب ان يتوافر لديهم الحياد والاستقلال مثل المحكمين بالإضافة إلى تفصيل مقتضيات واجبات المحكم فى كل مرحلة من مراحل اجراءات التحكيم .

ثالثا: وجود طريق لاستئناف الحكم الصادر عن هيئة التحكيم:

وذلك على غرار الاستئناف أمام منظمة التجارة العالمية، على ان وجود طريق للطعن- مراجعة الأحكام فى نطاق نفس المؤسسة التحكيمية ويحقق الشفافية وفى المحصلة يودى إلى توحيد القواعد القانونية - أى ذات وظيفة المحاكم العليا فى الأنظمة الوطنية- فى هذا الصدد تجدر الإشارة إلى ان الإلغاء بواسطة الهيئات التحكيم فى الأكسيد تقوم حاليا بهذه الوظيفة، وتتوسع فى تفسير أسباب البطلان، إلا ان هذا الحل من شأنه ان يودى إلى زيادة الوقت والتكلفة فى نظر القضايا المعروضة على هيئة التحكيم، كما انه سيؤدى إلى عدم تحفيز محكمين جدد للانضمام للسوق.

رابعا: اقتراح نظم بديلة لتحل محل التحكيم فى منازعات الاستثمار:

١. إنشاء محكمة دائمة للاستثمار^١:

¹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration

حيث يقترح جانب من الفقه ان يستبدل نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار بأكمله نظام المحاكم، وتكون التقاضى فيها على درجتين أو بعبارة أخرى ان تكون أحكامها محلا للمراجعة سواء من محكمة دولية أم محاكم وطنية، وذلك انطلاقا من فكرة ان المحكمين بطبيعتهم ليسوا قادرين على الفصل بصورة كاملة فى مسائل تتعلق بالقانون العام، ويواجه هذا الاقتراح فكرة عدم وجود ضمانات مؤسسية فى نظام تحكيم الاستثمار، الأمر الذى من شأنه ان يدعم من حياد واستقلال المحكمين، لأنهم سيفصلوا فيما يعرض عليهم دون ان ينشغلوا باحتمالية تعيينهم كمحكمين فى قضايا لاحقة لأنهم سيكونوا معينين لفترة محددة سلفا، وهذا الاقتراح فى حقيقته يؤيد الرجوع إلى المحاكم الدولية باعتبارها الوسيلة الأساسية لفض المنازعات التى تكون الدول أحد أفرادها.

٢. الرجوع للدبلوماسية والمحاكم الوطنية:

يقوم هذا الاقتراح على أساس من العودة للوسائل التقليدية لفض المنازعات سواء على المستوى الداخلى ويتمثل فى المحاكم الوطنية أم على المستوى الدولى عن طريق اللجوء إلى الوسائل التقليدية لحل المنازعات ذات العنصر الأجنبى.

in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?–

Analysis and roadmap,CIDS–Geneva Center for International Dispute Settlement, 3June 2016, p.1–115.

توصى بعض الاقتراحات بالرجوع إلى الحماية فى القانون الدولى للاستثمار، ومع ذلك فإن هذه الطرق التقليدية قد عمدت إلى تطوير وسائلها فى فض المنازعات وبطريقة منظمة أكثر وضمنتها الاتفاقات الثنائية، فالأونكتاد لديها مجموعة من طرق فض المنازعات مثل المفاوضات، التوفيق، والوساطة وغيرها من الطرق كالمساعى الحميدة وذلك بهدف منع النزاع من الوقوع أساسا.

غير أن هذه الطريقة لا تحقق الفاعلية على النحو المتصور لأنها قد تؤدى إلى تأخير الفصل فى النزاع ، إلى جانب أنها أساسا تهدف إلى تقليل إحتمالية نشوء نزاع ، وليس فض نزاع نشأ بالفعل فلا توفر حلول، وفى كل الأحوال وإن كان من الأفضل للدول ان تحل نزاعها بالطرق الودية إلا ان ذلك لا يضمن عدم لجوء هذه الدول إلى التقاضى بعد ذلك¹.

على الجانب الآخر فإن الرجوع إلى القضاء الوطنى من شأنه ان يؤدى إلى تعامل المستثمر مع نوع من البيروقراطية، كما ان الحكم الصادر سيعتمد فى الأساس على النظام القضائى الوطنى الذى يتم التقاضى فى إطاره والحجة التى يسوقها

¹ Mark Kantor, Negotiated Settlement of Public Infrastructure Disputes, in New Directions in International Economic Law, In Memoriam Thomas Wälde, Todd Weiler & Freya Baetens eds., 2011, p. 199– 222.

الداعمين لهذا الاتجاه¹ هو ضرورة المساواة فى المعاملة بين المستثمر الوطنى والأجنىى.

¹ David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge Studies in Law and Society, 2008, p. 59.

الخاتمة :

- يعتبر من أهم الواجبات الأساسية التي تقع على عاتق المحكم هي واجب الحياد والاستقلال، وتنص عليها كافة القوانين والقواعد المنظمة للتحكيم على اختلاف مصادرها، وبينما تختلف المعاهدات والاتفاقيات في حرفية النص فإنها في مجموعها تصاغ بطريقة تتميز بقدر من العمومية بفرض إطار عام لهذا الالتزام، ولا أدل على ذلك من الجمع بين الحياد والاستقلال معاً، فيجدر الإشارة انه رغم إعمال التفرقة بين كلا من الحياد والاستقلال على مستوى القضاء الوطني، إلا انه في إطار التحكيم والاستثمار خصوصاً فإنه يتم الدمج بين المصطلحين، ومن ذلك اتفاقية الأكسيد التي نصت على "الاستقلال" ولم تذكر مصطلح الحياد صراحة إلا في النسخة الأسبانية من الاتفاقية، على ان أحدهما يستغرق الآخر في هذا الإطار. ويمكن القول ان عدم وجود حدود واضحة بين المفهومين ترجع إلى طريقة الصياغة من جهة، وإلى ضعف وصعوبة تقرير الضمانات المؤسسية للاستقلال خاصة في التحكيم الحر.

- عملاً، فإن واجب الحياد والاستقلال يتضمن واجب المحكم في تجنب تعارض المصالح، وبعبارة أخرى أى المواقف التي تخلق أو من شأنها ان تخلق انطباع ان أحد المحكمين يميل لأحد الخصوم على حساب الخصم الآخر أو أنه يعتمد مالياً على الطرف الآخر، على أنه لا يوجد حصر لتلك الحالات الأمر الذي يثير إشكاليات كبيرة حتى بالنسبة لنظام تحكيم الاستثمار ككل.

- توجد محاولات لتصنيف تعارض المصالح ومن ذلك القواعد الصادرة عن النقابة الدولية للمحامين والتي وضعت ثلاث قوائم تجمع الحالات التي من شأنها ان تشكل تعارض للمصالح وأثرها، الأولى القائمة الخضراء والتي تشمل فروض لا تثير الشك حول حياد المحكم، الثانية: القائمة الصفراء وهي فى مرحلة وسط بين القائمة الخضراء والحمراء، الثالثة القائمة الحمراء وهي تشمل الفروض التي من شأنها ان تثير شكوك جدية حول حياد المحكم واستقلاله.

- واجب الحياد والاستقلال هو واجب مستمر، أى ينبغي ان يتوافر منذ قبول المهمة التحكيمية إلى نهايتها، ومن هنا كان واجب المحكم فى الإفصاح فيجب ان يبين قبل الجلسات أى ظروف من شأنها ان تثير الشك حول حياده فى المستقبل، ولا ينتهى ذلك عند تلك المرحلة بل يستمر إلى نهاية اجراءات التحكيم.

- استكمالاً لتنظيم الحياد والاستقلال فتنظم قواعد تحكيم الاستثمار قواعد لرد المحكم، وبالرغم من تقارب صياغة قواعد التحكيم المختلفة فى هذا الصدد، إلا ان التطبيق عليه عاملاً كبيراً، لأن التطبيق قد يودى إلى تطبيق النص اتساعاً أو تضيقاً، لذا كان المعيار فى قبول طلب الرد محل بحث دائم من الفقه فى دور السوابق القضائية فى هذا الصدد، خاصة الصادرة عن الأكسيد لأنها الأكثر انفتاحاً على الشفافية وتسبب الأحكام.

- أسفر العمل عن وجود بعض أوجه الرد الخاصة بالتحكيم فى منازعات الاستثمار والتي يشار إليها تحت بند تعارض المصالح، ومن ذلك سبق إيداء

المحكم رأيه فى مقال أكاديمى Issue Conflict، أو تبادل الأدوار، ومدى جواز ان يجمع المحكم بين مناصب معينة ومهمته كمحكم، إلى جانب علاقته بالخصوم.

- ونظرا لما أسفر عنه العمل من إشكاليات تتمحور حول الشك فى فاعلية التنظيم القانونى الحالى لحياد المحكم واستقلاله مما يؤثر مباشرة على شرعية التحكيم، فقد أبدى العديد من الفقهاء والجهات حلول تعتبر بدائل للنظام الحالى ومن شأنها التغلب على الانتقادات التى تؤخذ عليه.

غير أنى أرى ان الحلول الجذرية كاستبدال نظام التحكيم بأكمله فى هذا النوع من المنازعات واستبداله بنظام (محاكم) وإن كان هذا الاقتراح محل دراسة جدية للتطبيق، لن تكون فعالة على المدى القريب وان الأولى هو التركيز على تنظيم حياد واستقلال المحكم باعتباره حجر الزاوية فى القضية التحكيمية وعدالة اجراءاتها، ولهذا الغرض اقترح:

- الاعتراف بوجود نسبة من الشفافية فى التحكيم فى منازعات الاستثمار، وان الدول وان ارتضت التحكيم باعتباره وسيلة لفض المنازعات سواء بموجب قوانين الاستثمار الخاصة بها أو وفقا لمعاهدة أو اتفاقية هى طرفا فيها فهذا لا ينفى الطابع العام لنوع المسألة المعروضة على هيئة التحكيم، وأثر الحكم الصادر على المسائل التى تتعلق بالنظام العام والمصالح العامة فى الدولة الطرف فى التحكيم، وهو الأمر الذى أرى معه ان مسألة الاختلاف الفقهى حول طبيعة التحكيم لن تعتبر مسألة خلافية تقليدية، بل هى دائما مسألة متجددة بدليل ان فى كل

مسائل البحث حول تحكيم الاستثمار تبدأ من نقطة أساسية ما بين بدايته وظهوره من عباءة التحكيم التجارى الدولى إلى اتصاله موضوعيا بالقانون الدولى للاستثمار بصورة مباشرة والمصالح العامة للدول بصورة غير مباشرة، وأيضا هو الأمر - فى رأى- الذى يبرز وجهة الرأى الذى يرى ان للتحكيم طبيعة خاصة¹.

- ينبغى اعتماد طريقة وسط لتحقيق التنظيم ما بين الفاعلية فى التطبيق وفى ذات الوقت عدم المصادرة الكاملة على ارادة الخصوم فى التحكيم، ليس فقط احتراما لأن من سمات التحكيم ارادة الخصوم ولكن لما تبين عملا من ان أحد الأسباب الأساسية لوجود التحكيم فى منازعات الاستثمار هو وجود ارادة الخصوم - وإن كان غير متسع النطاق على النحو الموجود فى التحكيم التجارى الدولى- والقول بغير ذلك من شأنه ان يؤدى إلى عزوف الخصوم إلى اللجوء إليه (المستثمرين فى المقام الأول).

- لكن ينبغى ان يتم إلزام الخصوم بان يضيفوا لاتفاق التحكيم أو أى أداة تعتبر بمثابة دستور للتحكيم قواعد للسلوك لتطبق الزاما على اجراءات التحكيم والمحكمين، فالقواعد الصادرة عن IBA ليس لها صفة الازام ومع ذلك فى أحد القضايا التحكيمية كانت هى بموجب اتفاق الأطراف القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم فى المسائل ذات الصلة.

¹ د.وجدى راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟، مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق - جامعة الكويت، العددان الأول والثانى ، مارس ويونيو ١٩٩٣.

- وضع معيار واضح وحدود واضحة لواجب المحكم فى الافصاح، وان يبين بصورة تفصيلية المسائل التى ينبغى ان يفصح عنها المحكم ولا تترك لمحض تقدير الأخير وبما لا يؤدى إلى التعدى على حقه فى الخصوصية مع احترام المعقولة أيضاً، فینبغى ان يبين المحكم مركزه الوظيفى الحالى، السابق، وعملائه والقضايا التحكيمية السابقة التى اشترك فى اجراءاتها ودوره فى هذه الاجراءات، على النحو الذى يضبط حياد المحكم بصورة مسبقة على بدء اجراءات التحكيم.

- وضع قواعد فيما يعتبر من أسباب رد المحكم والمعيار فى رد المحكم ، ويمكن الاعتماد فى هذا الصدد على السوابق التحكيمية السابقة مع تعديل النصوص بما يتوافق والعمل، فى هذا الصدد نشير إلى اقتراح جانب من الفقه تنظيم أوجه لعدم الصلاحية المطلقة وأخرى لعدم الصلاحية النسبية، غير ان الأمر - فى رأى سيان- الأهم من تقرير الحالات من عدمه هو وضع معيار واضح لكل حالة مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة المحكمين الخاصة، وكيفية انتقالهم بين القضايا التحكيمية ومهما أحيطوا بضمانات فلا يمكن ان تكون على ذات الدرجة كالقضاء على المستوى الوطنى.

- لكن يمكن تعويض صعوبة التنظيم المؤسسى لتحكيم الاستثمار - والذى يؤكد جانب من الفقه^١ - وبحق- على أهميته فى ضبط شرعية الاجراءات إلى

^١ د.جورج أبى صعب، بعض المشكلات الأخلاقية التى تواجه المحكم المعين من طرف فى تحكيم الاستثمار، ندوة انعقدت بمركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى، الأربعاء ١٠ ابريل ٢٠١٩.

الحد الذى يمكنه معه ضبط الحياد والاستقلال بالمفهوم الشخصى - وذلك عن طريق وضع تنظيم خاص لاجراءات التحكم فى منازعات الاستثمار - ولو كانت غريبة بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى - كإلزام المحكم باحترام مبدأ المواجهة، علانية الاجراءات (وهو أمر محل تطبيق فعلا ولكن شريطة موافقة الخصوم)، الالتزام بتسبيب الأحكام الصادرة فى طلبات الرد، ووضع ضوابط لتسبيب أحكام التحكيم فى منازعات الاستثمار لتأتى افصاحا عن مضمونها (فلا تثير الشك حول الحل القانونى للنزاع من خلال إبداء المحكم غير المنضم للأغلبية لرأيه المخالف).

وفى ذات الاتجاه كان التركيز على دور المحكم رئيس هيئة التحكيم وطريقته فى عرض القضية والتعويل على شخصيته فى ضمان عدالة الاجراءات ومرد ذلك هو رضائية التحكيم فى الأساس.

المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. أحمد جودة أحمد عيد العزب، التحكيم فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، ٢٠١٨.
٢. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
٣. أحمد مسلم ، أصول المرافعات (التنظيم القضائى والاجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية) ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٩.
٤. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبى والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧.
٥. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٦. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٩.

٧. طلعت يوسف حلمى خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق،
مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول ، السنة الثالثة والخمسون ، يناير
٢٠١١.

٨. عاشور مبروك، النظام الإجرائى لخصومة التحكيم (دراسة تحليلية وفقا
لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة) ، مكتبة الجلاء الجديدة ، الطبعة الثانية،
١٩٩٨.

٩. عبد الرؤوف مهدى ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة
العربية ، ٢٠٠٧ .

١٠. عصام القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية ،
الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

١١. عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية،
بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية في بيروت
من ١٣ إلى ١٥/٢/٢٠٠١، منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمانات
الاستثمارات العربية الأوروبية، مركز الدراسات العربية الأوروبية، الطبعة الأولى،
٢٠٠١.

١٢. فتحى والى ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية،
الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧.

١٣. مصطفى أحمد ترو ، سلطة المحكم الدولي فى تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢.

١٤. هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.

١٥. وجدى راغب:

- مبادئ القضاء المدنى، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .

- هل التحكيم نوع من القضاء؟، مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق - جامعة الكويت، العددان الأول والثانى ، مارس ويونيو ١٩٩٣.

ثانيا: المراجع باللغة الانجليزية:

1. Anja Seibert-Fohr, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014.

2. Alberto Alemanno, 'How Transparent is Transparent Enough?' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford university press, 2015.

3. Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party–Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in Looking to the future: Essays on international law in honor of W.Michael, Mahnoush Arsanjani et al. eds., 2011.
4. Ana Stanic, Challenging arbitrators and the importance of disclosure: recent cases and reflections, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 16, 2009.
5. Anthea Roberts, The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration, in A Jan vanden Berg, Arbitration: The Next Fifty Years, Kluwer, 2012.
6. Aron Broches, In order to meet the particular requirement of the proceedings, The experience of the International centre for settlement of Investment disputes, in “international investment disputes– Avoidance and settlement, Rubin , Nelso ed., 1985.
7. Andrea Marco Steingruber, Nature, Notion, extent of consent in international Arbitration, Thesis for the degree of

Doctor of Philosophy, Queen Mary University of London,
2009.

8. The Evolution and Future of International Arbitration,
Brekoulakis SL, LewJDM et al (eds), Kluwer Law
International.

9. Christoph C. Schreuer, The ICSID Convention: A
Commentary, Cambridge university press, 2001.

10. Catherine A. Rogers, Transparency in International
Commercial Arbitration, Kansas Law Review, Vol.54, 2006.

11. Charles N.Brower, Keynote address: the ethics of
arbitration: perspectives from a practicing international
arbitrator, Berkeley International Law Journal Publicist, Vol.5,
issue1, 2010.

12. Chiara Giorgetti, A Common Code of Conduct for
Investment Arbitrators, Proceedings of the ASIL Annual
Meeting, Vol.113, 2019.

13. Chiara Giorgetti, Mohamed Abdel Wahab, A Code of Conduct for arbitrators and Judges, Academic forum on ISDS Concept paper 2019/8, Version 2, October 2019.
14. Chiara Giorgetti, Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two icsid Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator, American Society for International Law INSIGHTS (Sept. 29, 2014).
15. Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger, August Reinisch (eds) Investment and commercial arbitration – similarities and divergences. Eleven International Publishing, Den Haag, 2010.
16. David D. Caron, Lee M. Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University Press, 2013.
17. David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge Studies in Law and Society, 2008.

18. Erik Voeten, International Judicial Behavior, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014.

19. Elisa Sardinha, 'Party-Appointed Arbitrators No More', The Law and Practice of International Courts and Tribunals, No. 17, 2018, William W. Park, Arbitrator Integrity: The Transient and the permanent, San Diego Law Review, Vol.46, 2009.

20. F.Campolieti, N.Lawn, Perenco v. Ecuador: was there a valid arbitrator challenge under the ICSID Convention?, 2010, In: Kluwer Arbitration Blog, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/01/28/perenco-v-ecuador-was-there-a-valid-arbitrator-challenge/>

21. F. Ortino and N. Mersadi Tabari, 'International Dispute Settlement: The Settlement of Investment Disputes Concerning Natural Resources – Applicable Law and Standards of Review', E.Morgera and K.Kulovesi (eds),

Research Handbook on International Law and Natural Resources, Edward Elgar, 2016.

22. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?— Analysis and roadmap, CIDS—Geneva Center for International Dispute Settlement, 3 June 2016.

23. Gus Van Harten, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration, Oxford University press, 2013.

24. Gus Van Harten, The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, International & Comparative Law Quarterly, Vol 56, issue 2, 2007.

25. George Kahale III, “ISDS: The Wild Wild West of international practice”, Lecture delivered at Brooklyn Law

School on April 3, 2018, Brooklyn Journal of International Law, No. 44, Issue (1

26. Gus Van Harten, 'The (Lack of) Women Arbitrators in Investment Treaty Arbitration' (2011), *All Papers*.

27. Henri de Waele, 'Not Quite the Bed that Procrustes Built' in Michal Bobek, *Selecting Europe's Judges*, Oxford University press, 2015.

28. Ileana M. Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2011.

29. James Gerard Devaney, *Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law*, KFG Working Paper No. 33 May 2019, Edited by Heike Krieger, Georg Nolte and Andreas Zimmermann.

30. Jason Fry, Simon Greenberg, *The new ICC Rules on Arbitration: How have they fared after the 1st 18 months?*, International Arbitration Law Review, Vol. 16, 2013.

31. Joseph M. Matthews, ‘Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment – It’s Not Time to Abandon Party–Nominated Arbitrators in Investment Arbitration’, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 25, No. 2 – Special Focus Issue on Appointing Arbitrators, 2010
32. Juan Fernández–Armesto, Different Systems for the Annulment of Investment Awards, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Vol. 26, No. 1, 2011.
33. Joshua Paine, Standard of Review (Investment Arbitration), Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series, N° 2018 (1).
34. Jan Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 25, Issue 2, Fall 2010.
35. John Leubsdorf, *Theories of Judging and Judge Disqualification*, New York University Law Review, No. 62.

36. L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé, sous la dir. de J. Van Compernelle et G.Tarzia, Bruylant, 2006.
37. Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019.
38. Kathryn A. Windsor, Defining Arbitrator Evident Partiality: The Catch-22 of Commercial Litigation Disputes, Seton Hall Circuit Review, Vol. 6:191, 2009
39. Karel Daele, Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration, Kluwer, 2012
40. Kenneth J Keith, The International Rule of Law, Leiden Journal of International Law, Vol.28/3, 2015.
41. Lacey Yong, Imposter arbitrator's award set aside in California, Global Arbitration Review, 2016.
42. Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, Brill, 2017.

43. Mark Kantor, Negotiated Settlement of Public Infrastructure Disputes, in New Directions in International Economic Law, In Memoriam Thomas Wälde, (Todd Weiler & Freya Baetens eds., 2011.

44. Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Lie:

- 'Who Writes Arbitral Awards?', PluriCourts Working Paper, 2018.

- The revolving door in international investment arbitration, Journal of International Economic Law, Oxford, 2017.

45. Michael Hwang SC & Lynnette Lee, Standard of proof for Challenge against arbitrators: Giving them the benefit of the doubt, in : The powers and duties of an arbitrator, edited by: Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung, Kluwer

46. Michael Waibel and Yanhui Wu, 'Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration', ASIL Research Forum, UCLA, 5 November 2011.

47. Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences (Eleven International Publishing).

48. Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson, Fiona Marshall, Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel, International institute for sustainable development, 2011.

49. Stephan Schill, Robyn Briese, “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, Max Plank yearbook of United Nations Law, Vol.13, 2009.

50. Stephan W Schill, Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration, Amsterdam Center for International Law (ACIL), ICCA Congress Series, Vol.18, 2015.

51. Stephen E .Blythe, The Advantages of Investor– State Arbitration as a dispute resolution mechanism in bilateral

investment Treaties, *The International Lawyer*, Vol. 47, No. 2 (FALL 2013), p.276.

52. Vaughan Lowe, *Private Disputes and the public interest in international law*, *International Law and dispute settlement – new problems and techniques*, Hart publishing, 2010, p.6.

53. Yves Dezalay, Bryant Garth, *Dealing in virtue, Conducting Law and Social Research: Reflections on Methods and Practices*, SimonHalliday & Patrick Schmidt eds., 2009.

المراجع باللغة الفرنسية:

1. Cécile Chainais :Exigences du procès équitable et arbitrage:existence et essence du droit à un process arbitral equitable, in L.Milano,(dir.),convention européenne des droits des l' homme et droit de l'entreprise, Collection Droit & Justice, 1er éd., Vol.113, Anthemis, 2016.

2. Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

3. L'arbitre: pouvoirs et statuts, Actes du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruylant, 2003.

4. PH.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996.

ملخص

فى الوقت الحالى يحتل التحكيم فى منازعات الاستثمار أهمية قصوى سواء على المستوى الوطنى لما يحققه من أهداف للتنمية عن طريق الاستثمار للدولة أو على المستوى الدولى لأنه سمح للمستثمر (شخص خاص) باللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولى ضد الدولة مما يتصل بسيادة القانون على المستوى الدولى، غير ان مهما كانت المزايا التى يحققها نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار فإنه تأتى مع عدد من التحديات، التى يراها الفقه والمجتمع الدولى على قدر من الخطورة إلى الحد الذى يهدد شرعية نظام التحكيم بأكمله.

وتتعدد الاشكاليات التى نشأت عن تحكيم الاستثمار، غير ان هذا البحث يلقى الضوء على مسألة معينة وهى حياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار، إيماناً بأن المحكم هو العامل الرئيسى وحجر الأساس فى نظام التحكيم ، وتبدأ منظومة الإصلاح عنده فى إطار حتى من الإصلاحات قصيرة المدى.

وقد تناول البحث مسألة حياد واستقلال المحكم من خلال مبحثين وعدد من المطالب

تناول فى المبحث الأول دراسة للطبيعة الخاصة للتحكيم فى منازعات الاستثمار ومفهوم حياد المحكم استقلاله والتنظيم الإجرائى لحياد واستقلال المحكم من خلال الوقوف على خصوصية دور المحكم فى تحكيم الاستثمار خصوصاً وهو ما يتبدى

من خلال (معيار المراجعة) من جهة، وتنظيم مقتضيات الحياد من خلال واجب المحكم فى الإفصاح من جهة أخرى.

أما المبحث الثانى فتناول الجزاءات الإجرائية فى مواجهة فروض عدم الحياد والاستقلال من خلال دراسة اجراءات رد المحكم وأسبابه فى العديد من قواعد تحكيم الاستثمار وخصوصا قواعد الأكسید، وختمت الدراسة بالعرض للبدائل المقترحة للنظام الحالى.

Summary

At the present time, State – Investor Arbitration is of great importance, both at the national level, because it constitute the tool for achievement of the state`s development goals on one hand, on the other hand at international level as it allows the investor (a private person) to resort directly to international arbitration against the state provoking matters related to the rule of law at the international level.

Despite of the benefits fulfilled by the State– Investor Arbitration, it comes with a number of challenges, which the jurisprudence and the international community qualify as extremely dangerous to the extent that threatens the .legitimacy of the entire State – Investor arbitration system

There are many problems that arise from State – Investor Arbitration, but this research sheds light on a specific issue which is the impartiality and independence of the arbitrator in the arbitration of investment, believing that the arbitrator is the main factor and the cornerstone of the arbitration system and

the process of reform begin in this framework, especially
.short-term reforms

The research dealt with the question of the impartiality and independence of the arbitrator through two Chapters:

The first Chapter focus on the special nature of State-Investor Arbitration, the concept of the arbitrator's impartiality and independence, and the procedural regulation of the arbitrator's independence and independence by examining the specificity of the arbitrator's role in investment arbitration in particular, which is manifested through (the Standard of Review) on the one hand, and the regulation of impartiality requirements through the arbitrator's duty of disclosure, on the .other hand

As for the second Chapter, it dealt with procedural penalties in case of violation of the impartiality and independence duty by studying the procedures for challenging arbitrator and its grounds in many State- Investor arbitration rules, especially

ICSID rules, and the study was concluded with a presentation
.of the proposed alternatives to the current system