



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول 2021

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:

- الأستاذ الدكتور / محمد حامد دويدار .
- الأستاذ الدكتور / محمد فريد العرينى .
- الأستاذ الدكتور / فتوح عبدالله الشاذلى .
- الأستاذ الدكتور / محمد حسين منصور .
- الأستاذ الدكتور / حفيظه السيد الحداد .
- الأستاذ الدكتور / احمد عوض هذى .
- الأستاذ الدكتور / محمد باهي ابويونس .
- الأستاذ الدكتور / امين مصطفى محمد .
- الأستاذ الدكتور / فايز محمد حسين .
- الأستاذ 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 : 4846616 - 4863964

فاكس : 4876611

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 1943 ، 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:

- 1- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغاضي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على اذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- 10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.
- 12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)

- 13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلّفون/ E-mail/ السيرة الذاتية.
- 14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.
- 15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبى - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.
- Alexlaw- journal@yahoo.com**

محتويات العدد الاول 2021

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

- **أبحاث في القانون المدني:**
 - 1- العلاقة التعاقدية بين المُطوّر العقاري والمشتري (دراسة مقارنة لعقد البيع على الخريطة)
 - د/ محمود السحلى .
 - 2- اثر الموت على عقد الوكالة .
 - د/ عطا سعد حواس .
- **أبحاث في القانون الجنائي:**
 - 3- المواجهة الجنائية للجرائم الماسة بالسمعة عبر الشبكة العنكبوتية في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 .
 - د/ ممدوح البحر .
- **أبحاث في القانون العام:**
 - 4- إدارة الدولة من خلال نشاط السلطات العامة (دراسة مقارنة بين دولة الامارات العربية المتحدة والمملكة المغربية) .
 - د/ سليمان احمد سلمان الشرارى .
- **أبحاث في قسم المرافعات المدنية والتجارية:**
 - 5- كفالة حق التقاضى في الكويت بين النظرية و التطبيق .
 - د/ محمود محمد محمود
 - 6- اثر التحول الرقوى على نظرية الاختصاص القضائى في منازعات التقاضى الالكتروني .
 - د/ احمد محمد عصام .

7- النزول عن الحكم دراسة تأصيلية وتطبيقية في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

د/ على ابو عطية .

• أبحاث في الاقتصاد والمالية العامة :

8- تقييم أداء قطاع البحث العلمى فى مصر "دراسة تحليليه خلال الفترة 2005-2020" .

د/ عبير إبراهيم ابو المجد

• أبحاث في القانون الدولي العام :

9- النظام القانوني للمسئولية الجنائية الفردية عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية .

د/ أحمد المهدي بالله.

10- مدى فاعلية القواعد الحمائية للقانون الدولى الانسانى في مواجهة الأوبئة والجوائح (دراسة حالة : جائحة Covid-19) .

د/ حنان احمد الفولى.

أبحاث في القانون المدني

العلاقة التعاقدية بين المَطَوَّر العقاري والمشتري

(دراسة مقارنة لعقد البيع على الخريطة)

محمود حسن السحلي

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

"القانون المدني هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد"¹.

¹ تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب بجلسة ١٧/١٢/١٩٤٥، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، بدون سنة نشر، ص ٢٦.

1. نشأة التطوير العقاري: ظهر نشاط التطوير العقاري لأول مرة في فرنسا كأحد المهام الملقة على عاتق الدولة بعد الحرب العالمية الثانية؛ بهدف إعادة إعمار المدن المدمرة، وتوفير سكن اجتماعي لائق للفئات المتضررة من الأثار التي خلفتها الحرب¹. بيد أن الحاجة إلى الإعمار لم تكن بالمهمة اليسيرة التي يُمكن للدولة الفرنسية النهوض بها منفردة بعد أن انهكتها الحرب. وعليه، لم تجد الدولة مناصًا من أن تستعين بقدرات وإمكانيات المُطوِّرين العقاريين بهدف المشاركة في إعادة إعمار وتطوير فرنسا². ومنذ ذلك التاريخ بدأ يزداد الاعتماد على نشاط التطوير العقاري، كما بدأت تتنوع أهداف المُطوِّرين العقاريين فبالإضافة لأهداف الإعمار سعي المُطوِّرون لتحقيق الربح من خلال المشاركة في إقامة مشاريع تطوير عقاري سكنية وغير سكنية³.

2. وهكذا فرضت مهنة التطوير العقاري نفسها، وبدء يتنامى الدور الذي يلعبه المُطوِّرون في الاقتصاد القومي الفرنسي⁴ مما استدعى ضرورة تدخل المشرع؛ لتنظيم

¹ Philippe Malinvaud, Droit de la construction, Dalloz action, 2019, p.1441.

² Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, 9^e édition, Dalloz, 2015, p.13.

³ Jean-Loup Montigny, Les biens immobiliers, presses universitaires de France, 1977, p.87et s.

⁴ Jean-Jacques Granelle, La place de la promotion immobilière privée dans l'évolution du marché, AJDI, 1993, p.5.

نشاط طائفة المُطَوِّرين الآخذ في النمو¹ وذلك من خلال المراسيم الصادرة في ١٠ نوفمبر ١٩٥٤ و ٩ يوليو و ٢٤ ديسمبر ١٩٦٣، والقوانين الصادرة في ٣ يناير ١٩٦٧ و ١٦ يوليو ١٩٧١.

3. وبعد أن استشعر المُطَوِّرين العقاريين أهمية الدور الذي يقومون به في القطاع العقاري، أنشأوا في نهاية الخمسينيات اتحادًا للمُطَوِّرين العقاريين، ثم نقابتين مهنتين اندمجتا في عام ١٩٧١ لتُشكل الاتحاد الوطني للمُطَوِّرين العقاريين². وفي عام ٢٠٠٥ ورغبة من المُطَوِّرين في تنسيق العمل داخل الاتحاد الأوروبي مع الحفاظ في ذات الوقت على الهوية الفرنسية للمُطَوِّرين تحول الاتحاد الوطني للمُطَوِّرين العقاريين إلى اتحاد المُطَوِّرين العقاريين الفرنسي³. ونتيجة للتحويلات الرقمية والاقتصادية التي شهدتها القطاع العقاري، والتي نتج عنها صقل مهارات وخبرات وقدرات المُطَوِّرين العقاريين في فرنسا، كان من الضروري إدخال تعديلات على اتحاد المُطَوِّرين العقاريين الفرنسي، ليواكب تلك الطفرة في نشاط التطوير العقاري؛ لذلك تم إنشاء اتحاد المُطَوِّرين العقاريين في عام ٢٠١٠⁴، والذي يُعتبر حاليًا المنظمة المهنية الوحيدة والجهة المعنية بتنظيم عمليات التطوير العقاري المُعترف بها من قبل الدولة الفرنسية.

¹ Jean-Pierre Leguay, fonction de promoteur s'inscrit-elle nécessairement dans le cadre d'un contrat de promotion immobilière ? RDI 1999, p.128.

² La Fédération Nationale des Promoteurs-Constructeurs (FNPC).

³ La Fédération des promoteurs constructeurs de France (FPC).

⁴ La Fédération des promoteurs immobiliers (FPI).

4. الدور الذي يقوم به اتحاد المُطَوِّرين العقاريين في فرنسا: ومنذ عام ٢٠١٠ أضحى اتحاد المُطَوِّرين العقاريين الممثل الوحيد والمُنَاصِر لقضايا المُطَوِّرين العقاريين الفرنسيين، حيث يُضم حاليًا أكثر من عضوية ٦٦٠ شركة تطوير عقاري، كما يضم ١٨ غرفة إقليمية تغطي جميع الأراضي الفرنسية¹، وفضل في ذلك يرجع للدور الذي يقوم به الاتحاد والذي يتمثل في القيام بثلاث مهام رئيسية: الأولى: الدفاع عن مصالح المُطَوِّرين العقاريين: حيث يُعتبر الاتحاد المُدافع الأول عن المصالح الاقتصادية والقانونية والمالية للمُطَوِّرين العقاريين عن طريق المشاركة في رسم السياسات العقارية الإقليمية والوطنية والأوروبية. الثانية: التمثيل القانوني للمُطَوِّرين العقاريين: حيث يُمثل الاتحاد المنظمة الوحيدة المُعترف بها كممثل قانوني للمُطَوِّرين العقاريين من قبل الدولة الفرنسية. ومن ثم فهو صاحب الاختصاص الأصيل بالتفاوض على جميع الاتفاقيات الجماعية مع النقابات العمالية. الثالثة: تقديم كافة أنواع الدعم للأعضاء: إضافة إلى الدفاع عن مصالح المُطَوِّرين والتمثيل القانوني لهم، فإن الاتحاد يعمل جاهدًا على تقديم كافة أوجه الدعم للمُطَوِّرين من خلال تزويدهم بالمعلومات والدراسات الحديثة في جميع المجالات ذات الصلة بنشاط التطوير العقاري. كما يُعتبر الاتحاد بيت خبرة لخدمة المُطَوِّرين، من خلال مد يد العون لهم؛ بُغية تحليل تطورات السوق العقاري وإدارة نشاطهم بشكل أفضل، من خلال تقديم استشارات للأعضاء بشأن القضايا المالية، والقانونية، والفنية، والتقنية المرتبطة بنشاط التطوير العقاري.

¹ Voir : FPI France : Page d'accueil FPI <http://fpifrance.fr>.

5. كما يحرص الاتحاد على تعزيز التفاعل بين المهنيين والمهتمين في مجال التطوير العقاري ويسعى بشكل مستمر لدعم وتأهيل رواد الأعمال والمبدعين، وأصحاب المشاريع المستقبلية، ومديري الشركات الصغيرة العاملة في مجال التطوير العقاري. وأخيرًا يحرص الاتحاد على إلزام المُطَوِّرين باحترام المبادئ الأخلاقية والقيم والأعراف والقوانين واللوائح المعمول بها¹.

6. فيما يتعلق بموقف القانون المصري: لم يرد مفهوم التطوير العقاري في القانون المصري إلا في قرار وزير الصناعة والتجارة رقم ٧٣ لسنة ٢٠١٥ والذي نص في مادته الأولى على أن "تُضاف غرفة لصناعة التطوير العقاري المنصوص عليها في القرار الوزاري رقم ١٠١ لسنة ١٩٦٧ وتُضم إلى اتحاد الصناعات المصرية، ويشمل نطاق غرفة صناعة التطوير العقاري مشروعات التنمية المتكاملة للتطوير العقاري بمختلف أنواعه صناعي وتجاري وسكني واداري وسياحي، أو نوع أو أكثر مما ذكر".

7. ويُعتبر الهدف الأساسي من إنشاء غرفة للتطوير العقاري هو "تحقيق ودعم رؤية مصر ٢٠٣٠ فيما يُخص التنمية العمرانية، بالإضافة إلى التنسيق مع كافة المنظمات سواء كانت شعبة الاستثمار العقاري أو مجلس العقار المصري لتحقيق

¹انظر لمزيد من التفصيل الموقع الرسمي لاتحاد المُطَوِّرين العقاريين الفرنسي:

الأهداف المرجوة منها"¹. كما تستهدف الغرفة تقديم يد العون لشركات التطوير العقاري المتوسطة والصغيرة والكبيرة عن طريق التدريب والتأهيل وتسهيل وتذليل كافة العقبات الادارية أمام تلك الشركات، فيما يتعلق بالحصول على أرض المشروع أو استخراج الرخص المطلوبة.

8. وتتجلى أهمية تلك الغرفة في اعتبارها أول كيان مُوحد من نوعه في مصر يضم كافة الفاعلين والمشاركين في القطاع العقاري، حيث تضم الغرفة بداخلها مجموعة من الشُعب الفاعلة في السوق العقاري كشعبة إدارة المشروعات العقارية والتسويق، وشعبة التقييم العقاري، وشعبة التمويل العقاري، وصناديق الاستثمار، بالإضافة إلى وجود عدد من المُطوِّرين العقاريين والذي بلغ عددهم ٢٢٨ عضوًا عام ٢٠٢١². وتسعى الغرفة منذ لحظة ميلادها إلى إنشاء اتحاد للمُطوِّرين العقاريين المصريين على غرار نظيره الفرنسي، والذي نأمل أن يرى النور قريبًا.

9. انتشار التطوير في المغرب العربي والدول العربية: التطوير العقاري الذي تحتكره الدولة دون القطاع الخاص والذي ظهر في فرنسا هو ما تبناه المشرع الجزائري والتونسي في بادئ الأمر، ومن ثم تأثرت تلك الدول بقوانين التطوير العقاري الفرنسية فأصدرت تشريعات مُنظمة لنشاط التطوير العقاري على غرار التشريعات الفرنسية.

¹الموقع الرسمي لغرفة التطوير العقاري: <https://crd-eg.org>

²الموقع الرسمي لغرفة التطوير العقاري: <https://crd-eg.org>

10. المفهوم الحديث للتطوير العقاري: المفهوم الاحتكاري للتطوير من جانب الدولة قد تغير حاليًا سواء في فرنسا¹ أو في دول المغرب العربي، حيث سمحت تلك الدول بمشاركة القطاع الخاص في نشاط التطوير. ويُكمن التغير الجوهرى في مظهرين: الأول الأشخاص القائمة بالتطوير والثاني مضمون التطوير. فيما يتعلق بالمظهر الأول المتعلق بالأشخاص الفاعلة في مجال التطوير، نجد أن الدولة قد تخلت عن دورها الاحتكاري لعمليات التطوير وذلك من خلال السماح للقطاع الخاص بممارسة نشاط التطوير العقاري، غير أن هذا لا يعني تخلي الدولة عن دورها بشكل كامل في توفير سكن اجتماعي بسعر معقول لمحدودي الدخل، وإنما السماح للقطاع الخاص بممارسة نشاط التطوير بجانب الدولة. المظهر الثاني يتمثل في تنوع أهداف التطوير التي كانت مقتصرة على حل أزمة السكن الاجتماعي والاقتصادي للمواطنين إلى استهداف مشاريع تطوير سكنية وخدمية وتجارية وسياحية تستهدف في المقام الأول تحقيق الربح. وبذلك أصبح التطوير صناعة عقارية حديثة أكثر تعقيدًا من صناعة البناء والتشييد بالمفهوم التقليدي².

11. التطوير العقاري بهذا المفهوم الحديث هو ما أنتقل إلى بعض دول العربية التي وجدت نفسها مضطرة لإصدار تشريعات تنظم مشروعات التطوير العقاري خاصة

¹Voir Aurélien Taburet, Promoteurs immobiliers privés et problématiques de développement durable urbain, Université du Maine, 2012.

²عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، ملحق رقم ٤، العدد ٩٢، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٩، ص ١٢٧.

بعد احتلت تلك المشروعات مكانة هامة في ثوراتها العمرانية التي شهدتها تلك البلاد كالجبرين وقطر والامارات، هذه الثورة العمرانية التي اجتاحت الدول العربية لم تكن منها مصر ببعيد.

12. مصر والتنمية المستدامة: تستهدف مصر أن تكون قبة الاستثمار في المنطقة العربية ويُمثل ذلك الحلم أحد أهم أهداف الدولة الاستراتيجية والتي أعلنت عنه الدولة صراحة في رؤيتها للتنمية المستدامة ٢٠٣٠، وذلك من خلال تبنيها لنظام اقتصاد تنافسي حر وعادل يعتمد على الابتكار والمعرفة قائم على العدالة والمشاركة المجتمعية¹، تستثمر فيه مصر عبقرية المكان والإنسان؛ لتحقيق التنمية المستدامة². وفي سبيلها لتحقيق ذلك تبنت الدولة المصرية خطة عمرانية طموح، تُجسد رؤية قومية مستقبلية لمصر تستهدف بها زيادة المساحة العمرانية وإعادة توزيع السكان لتعظيم استخدام الموارد من خلال إنشاء مدن جديدة وتطوير المناطق العشوائية³.

13. ومن ثم شهدت مصر في الآونة الأخيرة طفرة عمرانية غير مسبوقه، تبنت في حرص الدولة المصرية على المشاركة في نشاط التطوير العقاري سواء بنفسها عن طريق وزارتها وأجهزتها المختلفة، أو من خلال الشراكة أو الاعتماد بشكل كامل على

¹ كمبادرة السيد رئيس الجمهورية التي أطلقها سيادته في الإسكندرية ٢٠٢٠؛ بهدف إشراك المجتمع المدني في أعمال التطوير والبناء تحت إشراف الهيئة الهندسية للقوات المسلحة.

² استراتيجية التنمية المستدامة، رؤية مصر ٢٠٣٠، وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري، ٢٠١٤، ص ١٢.

³ استراتيجية التنمية المستدامة، رؤية مصر ٢٠٣٠، المرجع السابق، ص ٨٨.

القطاع الخاص وبصفة خاصة شركات التطوير العقاري؛ بهدف إقامة العديد من مشروعات التطوير العقاري ذات بنية تحتية متطورة تواكب العصر. ويُظهر هذا التوجه بشكل خاص في حرص الحكومة المصرية على إقامة مشاريع مدن الجيل الرابع في كافة ربوع مصر، وإقامة المجتمعات العمرانية الجديدة والتي كانت بمثابة فرصة حقيقية للمُطَوِّرين العقاريين للشراكة والمساهمة في بناء الجمهورية الجديدة من خلال إنشاء عدة مدن جديدة كالعاصمة الإدارية الجديدة، ومدينة المنصورة الجديدة، والجلالة، والعلمين الجديدة، وغيرها.

14. ترتب على تلك السياسات التي تبنتها الدولة زيادة الاستثمارات في القطاع العقاري المصري، ونتج عنها الطفرة التي شهدتها مصر في مجال صناعة العقارات¹ والتي أدت بدورها إلى ظهور مصطلحات وأنماط وأشخاص فاعلة في السوق العقاري لم يألفها الأخير من قبل كالتطوير العقاري، فما هو المقصود تحديداً بمفهوم التطوير العقاري؟

15. مفهوم التطوير العقاري "La promotion immobilière": يُعتبر التطوير العقاري أحد أحدث المصطلحات القانونية والاقتصادية ذات الانتشار المتسارع في قطاع السوق العقاري العربي والمصري. وعلي الرغم من كثرة استعمال المفهوم، بيد أن الغموض مازال يكتنفه؛ لارتباطه بالعديد من القطاعات المعمارية، والهندسية،

¹ من الجدير بالذكر أن من أسباب رواج سوق العقارات في مصر أيضاً انخفاض أسعار الفوائد البنكية، واستمرار التوجه لشراء وبيع العقارات على اعتبار أن التعامل في العقارات يُمثل ملاذاً آمناً للمستثمر.

والخدمية، والمالية، والاستثمارية، والإدارية، فضلاً عن تداخل وتشابه مهام الأطراف الفاعلة في ذلك النوع من النشاط العقاري.

16. التطوير العقاري لغة: التطوير العقاري لغة مصطلح مكون من مقطعين: الأول تطوير: وهي مشتقة من طَوَّرَ يَطْوِرُ تطويراً، فهو مُطَوِّرٌ، والمفعول مُطَوَّرٌ، وطور الشيء: نقله من طور إلى طور أي من حال إلى حال¹. المقطع الثاني: عَقَار وهو كل مِلْك ثابت له أصل، كالأرض والذَّار. وطَوَّرَ العقار بمعنى عدَّله وحسَّنه. وبذلك يعني التطوير العقاري لغة تحسين وتعديل العقار من حال لحال أفضل².

17. التطوير العقاري اصطلاحاً: ذهب جانب من الفقه لتعريف التطوير العقاري بأنه تلك "العملية التي تهدف إلى إنشاء المباني الاستثمارية من: عمارات سكنية، أو فيلات، أو منشآت وتجهيئتها للسكن، أو للأغراض التجارية، أو الصناعية، أو السياحية"³. كما ذهب البعض لتعريف التطوير العقاري باعتباره "مجموعة العمليات

¹ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب القاهرة، الجزء الثاني، ٢٠٠٩، ص ١٤٢٠.

² إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٨، ص ٦١٥.

³ نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطَوِّر العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة كلية الشريعة والقانون طنطا، العدد الخامس والثلاثون، الجزء الأول، ٢٠٢٠، ص ٥١٠.

المالية والقانونية والإدارية المُتخذة لتنفيذ المشاريع العقارية¹. وفي ذات السياق يري البعض أن التطوير العقاري "هو نوع من الأعمال التجارية ذات الأوجه المتعددة والتي تشمل أنشطة تبدأ من نطاق الإصلاح والتجديد للمباني القائمة أو التأجير لها، وحتى شراء الأراضي الخالية ثم بيع الأراضي المُطوّرة بعد ذلك، والمُطوّرين العقاريين هم المنسقون بين الأنشطة المختلفة السابقة والذين يقومون بتحويل الأفكار المبتكرة على الورق إلى واقع على الأرض في شكل عقارات"². كما يُعرّفه البعض بأنه "تشديد وبناء الوحدات السكنية، أو التجارية، أو الخدمية والسياحية، أو الصناعية، أو الادارية، أو غيرها من مشروعات التشديد والبناء"³. وفي ذات المعني ذهب جانب من الفقه لتعريف التطوير بأنه "عملية إنجاز أو تجديد للبناءات من قبل المحترفين المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة بحيث تمتد هذه البناءات على نطاق واسع لتشمل المحلات التجارية أو الصناعية أو الحرفية"⁴. وأخيرًا عرّفه البعض بأنه "إقامة مبان أو

¹ريمان حسينة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون ١١-٤ المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٥، ص ٢١.

² سندس حميد الجبوري، المسؤولية المدنية للمُطوّر العقاري، دراسة في ضوء قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٢٢.

³ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دائرة القضاء أبو ظبي، ٢٠١٤، ص ١٥.

⁴عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٠، ص ١٣.

منشآت أو تنفيذ أية أعمال بناء وتشديد داخلية أو خارجية أيًا كانت طبيعتها، أو أغراضها، أو طرق تمويلها، أو القائم بها بهدف بيع وحداتها المفردة على الخارطة"¹.

18. في حين ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن التطوير العقاري يقتصر على ذلك "النشاط المتعلق بإنجاز عمليات البناء والتشديد من جانب المهنيين طبقاً للنماذج والتقنيات المعدة خصيصاً لصالح المالك"²، ذهب جانب آخر إلى أن مفهوم التطوير العقاري يمتد ليشمل بجانب أعمال التشديد والبناء التقليدية توفير أعمال البنية التحتية والأساسية للخدمات والمرافق لمشاريع التطوير، كافة الأعمال الهندسية أو الانشائية تحت أو فوق سطح الأرض أو إحداث أي نوع من التغيير في الأراضي أو المباني من أجل تعظيم الاستفادة منها في إطار خطة تنموية³.

19. المحاولات الفقهية السابقة تبناها مشرعي بعض الدول التي نظمت نشاط التطوير العقاري في صورة نصوص قانونية صريحة، وبصورة تُناسب السياسة العقارية فيها كما هو الحال في فرنسا والجزائر باعتبارهم من أوائل الدول التي عنيت بتنظيم نشاط التطوير العقاري ومن ثم يُمكن اعتبارهم ممثلي الاتجاه الكلاسيكي، وكذلك البحرين وقطر والإمارات باعتبارهم من أحدث الدول التي نظمت نشاط التطوير العقاري، ومن ثم يُمكن أن يشكلوا نموذجاً للاتجاه الحديث على النحو التالي:

¹ عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٤٣.

²Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.35.

³ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٣.

20. الاتجاه الكلاسيكي في تعريف التطوير العقاري: عرّف المشرع الفرنسي في المادة ٢ من القانون رقم ٩٣-٣ لسنة ١٩٩٣ المتعلق بنشاط التطوير العقاري ذلك الأخير بأنه "كل الأعمال التي تهدف إلى إنشاء أو إعادة تجديد العقارات بهدف البيع أو الإيجار أو لإشباع حاجات خاصة. العقارات المعنية قد تكون مباني مُعدة للاستخدام السكني أو مباني مخصصة للقيام بنشاط مهني أو صناعي أو تجاري"¹. كما عرّف اتحاد المُطوِّرين العقاريين الفرنسي التطوير العقاري بأنه النشاط الرئيسي للشركات العاملة في مجال المعاملات العقارية والتي تقوم ببناء مشاريع تطوير مباني سكنية²، ومباني سياحية، ومباني سكنية مع الخدمات، والمباني التجارية والصناعية³. وقد عرّف المشرع الجزائري التطوير العقاري بأنه "مجموعة من العمليات التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع، أو الإيجار، أو تلبية الحاجات الخاصة،

¹ L'article 2 de décret législatif n° 93-03 du 1er mars 1993 relatif à l'activité L'activité de promotion immobilière regroupe "immobilière dispose que rénovation des concourant à la réalisation ou à la l'ensemble des actions biens immobiliers destinés à la vente, la location ou la satisfaction de Les biens immobiliers concernés peuvent être des locaux besoins propres. abriter une activité à usage d'habitation ou des locaux destinés à ".professionnelle, industrielle ou commerciale

² تُمثّل مشاريع المباني السكنية حوالي ٨٠ ٪ من إنتاج مطوري العقارات في فرنسا.

³ <https://fpifrance.fr/articles/cest-quoi-la-promotion-immobiliere>

ويُمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني، أو مهني، وعرضياً يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي، أو تجاري"¹.

21. الاتجاه الحديث في تعريف التطوير العقاري: عرّف المشرع المحلي لإمارة دبي التطوير العقاري بأنه "مشاريع تشييد البنايات المتعددة الطوابق، أو المجمعات للأغراض السكنية والتجارية"². كما عرفته المادة رقم ٢ فقرة ٩ من القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي بأنه "مشاريع تشييد البنايات المتعددة الطوابق أو المجمعات للأغراض السكنية والتجارية". وفي ذات المعنى أعتبر المشرع القطري التطوير العقاري أنه ذلك النشاط الذي يشمل كافة "أعمال تشييد الأبنية متعددة الطوابق، أو المجمعات للأغراض السكنية، أو التجارية، بهدف بيع وحداتها المفردة على الخارطة"³.

22. صور وأغراض نشاط التطوير: يُمكن أن نستنتج من قراءة النصوص السابقة أن الدول التي تبنت الاتجاه الحديث قد أخذت بالمفهوم الضيق في تعريف التطوير العقاري حيث حصرت نشاط التطوير على عمليات البناء للأغراض السكنية والتجارية.

¹ المادة رقم ١٤ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

² المادة رقم ٢ من قانون إمارة دبي رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

³ المادة رقم ١ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري.

23. على العكس من ذلك نجد أن الدول صاحبة الاتجاه الكلاسيكي في تعريف نشاط التطوير قد أخذت بالمفهوم الواسع في تعريف التطوير العقاري من حيث أنواع النشاط وأغراض التطوير. فمن حيث أنواع النشاط: فلا يقتصر التطوير فيها على المجال العقاري فقط، بل هناك أنواع أخرى كالتطوير السياحي والتطوير الزراعي والتطوير الصناعي. ومن حيث الأغراض: فإن التطوير العقاري بدوره لا يقتصر على التطوير السكني، بل يمتد ليشمل تحت مظلته التطوير لأي غرض غير سكني، سواء كان صناعي، أو تجاري، أو سياحي، أو خدمي، أو إداري، أو ترفيهي، طالما يُهدف للربح¹.

24. كما أن التطوير العقاري السكني يشمل تطوير وتجديد العقارات السكنية القديمة والمتهالكة بغرض بيعها أو تأجيرها، كما يشمل تطوير الأراضي الفضاء عن طريق إقامة مشروع عقاري مبتكر على تلك الأرض والترويج له وبيع وحداته، سواء كان المشروع له غرض واحد أم غرض مختلط: سكني، وترفيهي، وتجاري، وإداري، وخدمي².

25. ويبدو أن تعريف الدول ذات الاتجاه الكلاسيكي أوفق وأشمل لنشاط التطوير العقاري من التعريف المُضيق الذي تبنته الدول ذات الاتجاه الحديث في تعريف نشاط التطوير العقاري. وعليه، نأمل أن يتبنى المشرع المصري تعريف المشرع الفرنسي

¹ نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطور العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص ٥١٢.

² عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٣٨.

لمفهوم التطوير العقاري؛ نظرًا لشموله على أكثر من نشاط وأكثر من غرض وهو ما يتفق مع مفهوم التطوير العقاري الذي تبناه المشرع المصري في قرار وزير الصناعة والتجارة رقم ٧٣ لسنة ٢٠١٥ والذي نص في مادته الأولى على أن "... ويشمل نطاق غرفة صناعة التطوير العقاري مشروعات التنمية المتكاملة للتطوير العقاري بمختلف أنواعه صناعي وتجاري وسكني وإداري وسياحي، أو نوع أو أكثر مما ذُكر".

26. ومما تجدر الإشارة إليه أن الدراسة سوف تقتصر على التطوير العقاري السكني للمشروعات العقارية المبنية على أراضي فضاء؛ باعتباره أكثر عمليات التطوير شيوعًا في مصر في الآونة الأخيرة. غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو من هي أطراف ذلك النوع الأخير من أنواع التطوير؟

27. الأطراف المشاركة والمستفيدة من نشاط التطوير العقاري السكني: لا يُعد من قبيل المغالاة القول بأن نشاط التطوير العقاري السكني لا يقوى على القيام به المُطوّر العقاري وحده، فهناك العديد من الأطراف الفاعلة والمشاركة في عملية التطوير¹، وبطبيعة الحال هناك أطراف مُنتفعة أو مُستفيدة من ذلك النشاط، ومن ثم فنشاط التطوير العقاري يتطلب -غالبًا- دخول المُطوّر العقاري في علاقات ثلاث:

28. الأولي: علاقة المُطوّر العقاري مع مالك أرض المشروع: العلاقة الأولى التي تجمع بين المُطوّر العقاري وغيره، هي علاقته مع مالك أرض المشروع والذي غالبًا ما يكون الدولة أو شركة استثمارية خاصة إن لم يُكن المُطوّر ذاته هو المالك.

¹ <https://fpifrance.fr/articles/cest-quoi-la-promotion-immobiliere>.

ويتم تنظيم تلك العلاقة من خلال عقد التطوير العقاري الذي يُبرم بين المُطوّر العقاري من جهة والذي يلعب فيه دور مشابه لدور المفاوض، وبين مالك أرض المشروع من جهة أخرى باعتباره صاحب العمل.

29. وتتميز تلك العلاقة إلى حد ما بالتوازن العقدي الذي يحرص الأطراف على تحقيقه عند إبرام عقد التطوير العقاري. وفيما يتعلق تنظيم العلاقة بين المُطوّر العقاري و مالك أرض المشروع اكتفت أغلب التشريعات التي نظمت نشاط التطوير العقاري بالقواعد العامة في عقد المفاوضة، باستثناء المشرع الفرنسي الذي نظم عقد التطوير العقاري "Le contrat de promotion immobilière"¹ بنصوص خاصة في التقنين المدني في المادة ١٨٣١ فقرة ١ حتى المادة ١٨٣١ فقرة ٥².

¹ نعتقد أن عقد التطوير العقاري من العقود ذات الأهمية في القطاع العقاري؛ لذا ندعو الباحثين والمُهتمين بدراسة أحكام هذا العقد.

²L'article 1831- 1 du code civil définit le contrat de promotion immobilière come "Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de

30. الثانية: علاقة المُطوّر العقاري مع الأطراف المتداخلة والفاعلة في مشروع

التطوير: نظرًا لتعدد عملية التطوير العقاري فغالبًا ما يلجأ المُطوّر العقاري إلى أطراف أخرى تُقدم له يد العون كالمُطوّر الفرعيين والمقاولين والمقاولين من الباطن، والمهندسين المعماريين، والاستشاريين وغيرهم، ويتم تنظيم تلك العلاقة في الغالب وفقًا لأحكام وقواعد عقد المقاوله. وتتميز تلك العلاقة هي الأخرى بوجود توازن عقدي واقتصادي إلى حد ما بين المُطوّر العقاري والأطراف الفاعلة في مجال التطوير؛ باعتبار أن الجميع أطراف مهنية محترفة. وفيما يتعلق بتنظيم علاقة المُطوّر العقاري بالأطراف الفاعلة اكتفت أغلب التشريعات التي نظمت الموضوع محل البحث بتطبيق الأحكام العامة في عقد المقاوله.

31. الثالثة: علاقة المُطوّر العقاري مع الأطراف المستفيدة من مشروع التطوير

العقاري: الأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري هم الأشخاص راغبي الشراء ومشتري الوحدات العقارية. وقد حرصت أغلب التشريعات التي نظمت نشاط التطوير العقاري على تنظيم تلك العلاقة باعتبارها العلاقة الأولى بالحماية والتنظيم دون غيرها من العلاقات¹ من خلال عقد يسمى بعقد البيع على الخريطة¹، وذلك نظرًا لتمييز

l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code. Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage" .

¹ وهو ما يُبرر كونه محلًا للدراسة في الفصل الثاني.

الأخير بعدم التوازن العقدي والاقتصادي والمعرفي بين طرفيه، خاصة وأن مشتري الوحد العقارية يواجه مهني محترف في القطاع العقاري، يمتلك خبرة ودراية بالسوق العقاري، ومن ثم فسوف تكون هذه العلاقة دون غيرها محللاً للدراسة.

• إشكالية البحث:

32. تتمثل إشكالية البحث في محاولة الإجابة عن مدى حاجة النظام القانوني المصري إلى نصوص تشريعية مُنظمة وحاكمة لنشاط التطوير العقاري والعلاقة التعاقدية بين المُطوّر العقاري والأطراف المستفيدة (عقد البيع على الخريطة)؟ أم أن في قواعد القانون المدني ما يُعني عن تلك النصوص التشريعية الخاصة؟

33. وإذا ما سلّمنا بضرورة إصدار قانون يُنظم نشاط التطوير العقاري ويُفرد أحكاماً خاصة لعقد البيع على الخريطة في مصر، فمن الواجب أن نلفت النظر إلى أن مهمة وضع تنظيم قانوني متكامل ليست باليسيرة خاصة وأن مفهوم المُطوّر العقاري لا يزال يكتنفه الغموض، كما يختلف التكييف القانوني لطبيعة عمله ومهامه من تشريع لأخر حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والاستثمارية لكل دولة. ومما يزيد الأمر صعوبة حداثة تقنية عقد البيع على الخريطة وعدم وضوح ماهيته وتكييفه القانوني والالتزامات المُلقاة على عاتق طرفيه؟ هل هي ذات الالتزامات المُلقاة على

¹ يُطلق عليه البعض عقد البيع على الخارطة، وعقد البيع على النموذج، وعقد البيع على التصاميم، وعقد البيع على الماكيت.

عاتق أطراف عقد البيع بشكل عام أم أنها تتميز بطابع خاص؟ هذه الأسئلة وغيرها هي ما نسعى للإجابة عنه.

• منهج البحث:

34. وعلى هدي مما سبق وفي سعيه للإجابة عن التساؤلات المثارة وتلمس طريق حل الإشكالية محل البحث اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال وصف وتحليل الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي لبعض الدول ذات السبق في تنظيم نشاط التطوير العقاري بشكل عام وتقنين عقد البيع على الخريطة بشكل خاص.

• نطاق البحث:

35. سوف تقتصر تلك الدراسة حول نشاط التطوير العقاري السكني دون غيره من صور التطوير العقاري باعتباره أحد أهم أحد روافد الاقتصاد القومي للدولة، ونظرًا لانتشار وضخامة حجم الاستثمارات في ذلك النوع من التطوير في السوق العقاري المصري، إضافة إلى أهمية السوق العقاري السكني وحساسيته سواء بالنسبة للدولة أو المواطنين، كما أن ما ينطبق على التطوير العقاري السكني من أحكام يُشكل القواعد العامة لصور التطوير الأخرى ومن ثم يُمكن قياسها عليه.

36. كما يجب أن نلفت النظر إلى أن المقارنة سوف تركز حول بعض التشريعات ذات السبق في تنظيم نشاط التطوير العقاري وعقد البيع على الخريطة

كالقانون الفرنسي¹ والجزائري² باعتبارهما يمثلان الاتجاه التقليدي؛ وكونهما من أوائل القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة ومصدر إلهام كافة القوانين العربية، وكذلك القانون القطري³ والبحريني⁴ والإماراتي⁵ باعتبارهم نماذج تمثل الاتجاه التشريعي الحديث في تنظيم نشاط التطوير العقاري بشكل عام، وعقد البيع على الخريطة بشكل خاص.

¹ القانون رقم ٦٧-٣ والصادر عام ١٩٦٧، والذي أُدخلت عليه عدة تعديلات أهمها تعديلات ٢٠٠٦، ٢٠٠٩، ٢٠١٨، ٢٠٢٠.

² القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمُعدل للقانون رقم ٩٠-٢٥ الصادر عام ١٩٩٠ والمُتعلق بالتوجيه العقاري، والمرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٣ والصادر عام ١٩٩٣ والمتعلق بالنشاط العقاري.

³ القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري.

⁴ القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.

⁵ تُعتبر الإمارات العربية المتحدة من أكثر الدول العربية التي نظمت على نحو دقيق الموضوع محل البحث من خلال إصدار عدة قوانين منها: القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، والقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، والقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي، وقانون إمارة أم القيوين رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري، والمرسوم الأميري لإمارة رأس الخيمة رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري، والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي، والقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان.

• أهمية البحث

37. تتبدى أهمية البحث في دراسة نشاط التطوير العقاري السكني الآخذ في النمو رغم غياب أي تنظيم قانوني، فضلاً عن ندرة الدراسات والأبحاث التي تُنظم وتعالج ذلك النشاط الذي يتعاظم دوره الاستثماري والاقتصادي والمجتمعي يوماً بعد يوم.

38. تحاول الدراسة إزالة اللبس وتجلية الغموض حول بعض المفاهيم والتقنيات الحديثة المُستخدمة في القطاع العقاري كالمُطوّر العقاري، وحساب الضمان، وعقد البيع على الخريطة، وغيرها.

39. تبرز أهمية الدراسة أيضاً في معالجة مسألة على قدر كبير من التشعب والتعقيد وهي مسألة تنظيم علاقة المُطوّر العقاري مع الأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري سواءً راجب الشراء أو مشتري الوحدات العقارية باعتبارهم الطرف الأضعف في عقد البيع على الخريطة الذي تعتمد عليه بشكل ملحوظ شركات التطوير العقاري في الآونة الأخيرة.

40. تُعتبر تلك الدراسة المقارنة مُساهمة فقهية يُمكن أن يستلهم منها المشرع المصري نموذجاً للنظام القانوني إذا ما استجاب لدعوات تقنين نشاط التطوير العقاري بشكل عام وعقد البيع على الخريطة بشكل خاص.

• خطة البحث:

41. في ضوء الإشكالية محل البحث، وفي محاولة الإجابة عن التساؤلات المثارة يبدو من المناسب أن نُقسم الدراسة إلى فصلين نعالج في الفصل الأول ماهية المُطوّر العقاري لتحديد مفهومه ومحاولة تمييزه عن غيره، وتحديد طبيعة عمله وشروط ممارسته لنشاط التطوير، ثم نتبعه بفصلٍ ثانٍ نخصّصه لدراسة العلاقة بين المُطوّر العقاري والأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري (عقد البيع على الخريطة)؛ باعتبار أن تلك العلاقة هي العلاقة الأولى بالحماية والتنظيم التشريعي.

الفصل الأول

ماهية المُطَوَّر العقاري

42. تمهيد وتقسيم: المُطَوَّر العقاري كمصطلح قانوني يكتنفه الكثير من الغموض؛ وذلك نظرًا لحدائته النسبية، ولتعدد المهام الملقاة على عاتقه خلال مراحل التطوير المختلفة، إضافة إلى اختلاف الدور الذي يسمح به المشرع للمُطَوَّر؛ مما ترتب عليه وجود اختلاف فقهي وتشريعي حول مفهوم المُطَوَّر العقاري.

43. هذا الاختلاف في المفهوم، ألقى بظلاله على تكييف طبيعة مهنة التطوير العقاري، هل تخضع لأحكام القانون العام باعتبار المُطَوَّر شخصًا عامًا؟ أم لأحكام القانون الخاص باعتباره شخصًا خاصًا؟ وإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص، فهل يخضع لأحكام القانون المدني باعتبار التطوير عملاً مدنيًا؟ ومن ثم يُعتبر المُطَوَّر في قيامه بممارسة نشاط التطوير يُمارس عملاً مدنيًا؟ أم لأحكام القانون التجاري، ومن ثم يُعتبر المُطَوَّر العقاري تاجرًا في ممارسته لنشاط التطوير العقاري. كما أن ممارسة مهنة التطوير تثير تساؤلًا آخر، هل يقتصر التطوير العقاري في ممارسته على الشخص المعنوي؟ أم يتصور عملاً أن يُمارسه الشخص الطبيعي؟ وعلى فرض السماح للشخص الطبيعي والاعتباري بممارسة التطوير، فهل كل شخص يمكنه ممارسة مهنة التطوير العقاري؟ أم أن ممارسة تلك المهنة تتطلب شروطًا معينة؟

44. بُغية معالجة تلك الأفكار وفي سبيل الإجابة عن الأسئلة المطروحة وغيرها، يبدو من المناسب تقسيم الفصل لمبحثين نستعرض فيهما المحاولات الفقهية في تعريف المُطَوِّر العقاري، ونتطرق إلى أهم النصوص القانونية في التشريعات التي عنيت بتنظيم مهنة التطوير العقاري. ثم نتبع ذلك بمحاولة تكييف عمل المُطَوِّر العقاري والتعرف على الشروط المطلوبة لممارسة التطوير العقاري، خاصة في ظل غياب تنظيم قانوني في التشريع المصري.

45. في ضوء ما تقدم ارتأينا تقسيم الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم المُطَوِّر العقاري ومهامه التي تميزه عن غيره.

المبحث الثاني: تكييف طبيعة عمل المُطَوِّر العقاري وشروط اكتسابه لصفة المُطَوِّر.

المبحث الأول

مفهوم المُطوّر العقاري ومهامه

46. تمهيد وتقسيم: لا يُعتبر من قبيل المبالغة التأكيد في البداية على حقيقة مُفادها أن المُطوّر العقاري لا يحظى بتعريف واحد محل اتفاق؛ حيث يختلف تعريف المُطوّر باختلاف النظام القانوني، والدور الذي يسمح له به مشروع كل دولة¹. إضافة إلى أن الفقه والتشريع العربي لا يستخدمان مصطلحًا واحدًا للتعبير عن المُطوّر العقاري. فعلي سبيل المثال القانون التونسي درج على استعمال مصطلح "الباعث العقاري"، بينما نجد القانون الجزائري يميل إلى استخدام مصطلح "المركبي العقاري"، بينما يستخدم الفقه والتشريع في أغلب دول العربية مصطلح "المُطوّر العقاري". ويُكمن السبب في اختلاف المصطلح العربي إلى الاختلاف في ترجمة المصطلح باللغة الفرنسية "Le promoteur immobilier" الذي جاء به قانون البناء والإسكان الفرنسي الصادر عام ١٩٦٧.

47. ومن ثم تبدو مهمة تعريف المُطوّر العقاري مهمة شاقة، ومما يزيد صعوبة تلك المهمة هو تعقد وتشابك الدور الذي يقوم به ذلك الأخير، حيث تتداخل أدواره والمهام التي يقوم بها مع أدوار ومهام بعض الأطراف الفاعلة والشريكة في عملية

¹Delphine Pelet, La notion de promoteur immobilier en droit privé français, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon), 2020, p.40 et s.

التطوير¹، كالمقاول والمهندس وهو ما يتطلب رسم الحدود الفاصلة بين المُطوّر وبين تلك الأطراف².

48. لذا نجد من المناسب أن نستعرض أولاً المحاولات الفقهية والتشريعية لتعريف المُطوّر العقاري في مطلب أول، ثم نحاول تحديد مهامه التي تميزه عن غيره من الأطراف المشاركة في عملية التطوير في مطلب ثانٍ.

¹ Philippe Malinvaud, Droit de la construction, op.cit., p.1442.

²Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.2.

المطلب الأول

مفهوم المُطَوَّر العقاري

49. تمهيد وتقسيم: رغم عزوف غالبية الفقه المصري عن محاولة تعريف المُطَوَّر العقاري، هناك محاولات جادة في الفقه العربي والفرنسي لوضع تعريف منضبط للمُطَوَّر العقاري. بيد أن هذه المحاولات وإن اختلفت فهي تدور غالبًا في نفس الفلك، وتعتمد إلى حد ما على نفس المعايير.

50. هذا العزوف الفقهي المصري لم يكن المشرع المصري منه ببعيد، فعلى الرغم من تزايد معدلات نشاط التطوير في مصر، وازدياد دور المُطَوَّر العقاري في السوق العقاري المصري، إلا أن المشرع المصري لم ينشغل بتعريف المُطَوَّر العقاري- مع التسليم بأن مهمة وضع التعريفات ليست من مهام المشرع- على العكس من ذلك نجد الكثير من الدول العربية تتضمن نصوص قوانينها المنظمة لنشاط التطوير العقاري تعريفًا للمُطَوَّر العقاري؛ نظرًا لأهمية الدور الذي يلعبه في الاقتصاد الوطني لتلك الدول.

51. بناء على ما تقدم سوف نستعرض المحاولات الفقهية والنصوص التشريعية التي تناولت تعريف المُطَوَّر العقاري، مستهدفين وضع هذه الجهود والمحاولات أمام المشرع المصري إذا ما تبنى الرأي المنادي بتنظيم نشاط التطوير العقاري.

52. وعليه سوف ينقسم المطلب إلى فرعين، نعالج في الفرع الأول: التعريف الفقهي للمُطَوَّر العقاري، ثم نتبعه بفرع ثانٍ نتناول فيه التعريف التشريعي للمُطَوَّر العقاري.

الفرع الأول

التعريف الفقهي للمُطوّر العقاري

53. تعريف المُطوّر العقاري **Le promoteur immobilier**¹: ذهب جانب من الفقه لوصف المُطوّر العقاري "بالمدير، أو المايسترو لسيمفونية التطوير العقاري، التي تعزف بها مهن عدة، وأنظمة مختلفة، كالمهندس الاستشاري، والمقاول"². ومن ثم اعتبره البعض المسؤول الأول عن تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتوفير التمويل اللازم بهدف تنفيذ أعمال تشييد وبناء مشروع التطوير العقاري³.

54. **الفقه العربي**: يُمكن تصنيف تعريفات الفقهاء والباحثين العرب الذين حاولوا تعريف المُطوّر العقاري إلى طائفتين:

55. **الطائفة الأولى**: اعتمد أنصار هذه الطائفة على معيار طبيعة المهام والالتزامات الملقاة على عاتق المُطوّر في تعريف المُطوّر العقاري. ومن ثم فقد ذهب أنصار هذا الفريق إلى تعريف المُطوّر العقاري بأنه ذلك "الشخص الذي يلتزم ببناء عقار خلال مدة معينة، يستوي أن يقوم بالبناء بنفسه أو عن طريق غيره، وهذا الالتزام

¹ بالإنجليزية Real state development.

² نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطوّر العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص ٥٠٠.

³ ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٢.

يستمر بإنهاء عمليات البناء حتى اكتمال وجود العقار فعلياً¹. أو هو ذلك الشخص الذي يتولى بالتعاقد شراء أرض والقيام بجميع الإجراءات الأخرى لبناء العقارات والحصول على الرخص اللازمة لمشروع عقاري وكذلك التعاقد مع المهندسين والمقاولين وغيرهما². كما عرّفه البعض بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي الذي في إطار مهنته أو بصفة عرضية يقوم بإبرام عقود تطوير عقاري لحساب رب العمل"³.

56. وفي ذات السياق يري البعض أن المُطوّر العقاري يُمكن وصفه في تعريف جامع بأنه ذلك الشخص الذي يتعهد تجاه رب العمل بمقتضى عقد التطوير العقاري، أو بدون عقد في مقابل أجر أو لحسابه الخاص، بأن يقوم بتشديد المباني إما بنفسه أو بواسطة الغير، والقيام بجميع الأعمال المادية والتصرفات القانونية، والإجراءات الإدارية والعمليات المالية التي من شأنها أن تؤدي إلى إتمام المشروع⁴.

¹سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء، مكتبة الإشعاع الفنية، ٢٠٠١، ص ٥١.

²محمد أحمد بونبات، بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة في ضوء القانون ٤٤، المطبعة والوراقة الوطنية، ٢٠٠٤، ص ٢٥، مشار إليه لدي نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقي العقاري في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، ٢٠١٨، ص ٢٤.

³مسكر سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، ٢٠١٦، ص ١٥.

⁴أومجد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠١٥، ص ٣١، ٣٢.

57. أخيراً عرّفه البعض بأنه "كل شخص يزاول أعمال وأنشطة تطوير عقاري من بناء وبيع الوحدات العقارية على الخريطة، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً كالشركات أو المؤسسات العامة"¹. كما عرّفه البعض بأنه "الشخص الذي يتولى مقابل أجر متفق عليه إنجاز العملية المعمارية التي يعهد بها إليه رب العمل بمقتضى عقد التمويل العقاري، وذلك بالقيام بكل ما يطلبه هذا الإنجاز من تمويل وإدارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة باسم رب العمل حتى يسلم العقار خالياً من العيوب"².

58. بيد أن هذا التعريفات لم تلقَ قبولاً جانب من الفقه الذي رأى أنصاره ضرورة الاعتماد في تعريف المُطوّر على معيار آخر.

59. الطائفة الثانية: اعتمد أنصار هذه الطائفة في تعريفهم للمُطوّر العقاري على فكرة المبادرة في عملية التطوير، أي أن ما يميز المُطوّر عن غيره من رجال صناعة العقارات هو أخذه بزمام المبادرة في عملية التطوير.

60. ومن ثم فقد عرّفه أحد أنصار هذا الفريق بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتمثل نشاطه في اتخاذ المبادرة بعملية البناء العقاري وتنظيمها على المخططات القانونية والتقنية والمالية وقيادتها بعناية، ووضع المباني أو أجزاء المباني في يد

¹ عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٤٧.

² عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، ص ٥٤٢، مشار إليه لدي نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقّي العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٤.

مستعملها"¹. وفي تعريف آخر وإن اختلفت الفاظه، فلا يبدو ثمة اختلاف في مضمونه عن التعريف السابق اعتبر البعض المُطَوَّر بأنه "الشخص الذي يأخذ زمام المبادرة الأولى لإنشاء عقارات أو نشاط متعلق بالتطوير العقاري، وضمان إنجازها وتمويلها"². ومن ثم فالمُطَوَّر العقاري هو من يأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية في عمليات البناء بدءًا من التفكير في المشروع والتخطيط له والبدء في التنفيذ، والإشراف على جميع عمليات البناء وتوجيهها، كما يمكنه القيام بنفسه أو بواسطة الغير بكل أو بجزء من العمليات الضرورية التي يتطلبها المشروع، من خلال التعاقد مع المقاولين والمهندسين، والمشرفين وغيرهم ممن يتدخل في أعمال المشروع بموجب عقد مقاوله³. إجمالاً ووفقاً لأنصار هذا الفريق المُطَوَّر العقاري هو من يقع على كاهله عبء أخذ المبادرة، ويمنح عملية التطوير العقاري الحركية والديناميكية بتتبع مراحل إنجازها منذ بدايتها إلى نهايتها⁴.

¹ عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص ٢٠.

² نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٢.

³ أو محمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص ٢٣.

⁴ محمد الوكاري، الوضعية القانونية للمنعش العقاري في المغرب، مجلة القضاء المدني، العدد الخامس، ٢٠١٢، ص ٧٨، مشار إليه لدي نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٤.

61. موقف الفقه الفرنسي: نحا جانب من الفقه الفرنسي القديم منحى مختلف في تعريفه للمُطوّر العقاري معتمداً على معايير وأفكار مغايرة لمعايير الفقه العربي، كفكرة الوكالة على سبيل المثال، لذلك اعتبره جانب من الفقه الفرنسي بمثابة الوكيل الاقتصادي الذي يتولى تشييد بناء أو أكثر، بهدف نقل ملكيته إلى شخص أو أكثر من الأشخاص الذين يُطلق عليهم متلقي الملكية".¹ وفي ذات السياق اعتبره آخرون أنه "الوكيل الاجتماعي الذي يضمن التسيير الدوري للرأسمال العقاري إلى غاية تحويله إلى سكن".²

62. على العكس مما تقدم نجد أن الفقه الفرنسي الحديث، قد تخطى عن الاعتماد على فكرة الوكالة في تعريفه للمُطوّر العقاري، وتبنى معيار آخر يعتمد فيه على طبيعة الدور الذي يقوم به المُطوّر. ومن ثم فقد عزّفه أحد أنصار هذا الاتجاه الحديث بأنه كل "شخص طبيعي أو معنوي يلتزم بتشيد بناء أو جزء من البناء وتنظيم الإجراءات

¹ Le prometteur immobilier est l'agent économique qui réalise un ou plusieurs immeubles afin d'en faire acquérir la propriété à une ou plusieurs personnes nommées accédant à la propriété ; Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit. p.1.

²Christian Topalov, Les promoteurs immobiliers, Contribution à l'analyse de la production capitaliste du logement en France, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1974, p.18.

المرتبطة بعملية البناء من الناحية القانونية والإدارية والمالية والملزم بمتابعتها إلى مرحلة الانتهاء منها¹.

63. وقد أشرط أحد أنصار هذا الاتجاه في تعريفه للمُطَوَّر العقاري تطلب وجود فكرة الاعتقاد، فجاء تعريفه للمُطَوَّر بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يكون التطوير نشاطه المعتاد بهدف الربح ويتمثل دوره في تنظيم وإدارة عملية بناء المبني المخصص كملكية مشتركة للمساهمين². كما عرّفه البعض بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتمثل نشاطه المعتاد الهادف للربح لتنظيم وتوجيه عملية إنشاء مباني تخصص ملكيتها للمساهمين أو غيرهم ضمن شركة³.

64. أخيراً تطلب أنصار الاتجاه الحديث أن يكون المُطَوَّر مقيداً في الاتحاد الوطني للمُطَوَّرين العقاريين، ومن ثم فقد عرّفه البعض بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي مقيّد في الاتحاد الوطني للمُطَوَّرين العقاريين المؤهلين لبناء مشاريع بناء مبني

¹ "Le prometteur est la personne physique ou morale qui s'engage à faire construire un immeuble ou une fraction d'immeuble et qui organisant l'opération de construction sur les plans juridique, administratif et financier, s'oblige à la conduire jusqu' à son terme". Voir, Corinne Saint-Alary-Houin, Roger Saint-Alary, Droit de la construction 10^e éd, Dalloz, 2013, p.105 et s.

² Gaston Stefani, Georges Levasseur, Les Société de constructions devant la loi pénal, L.G.D.J ,1972, p.60.

³ Ibid.,

أو أكثر أو تجديد عقارات مبنية بهدف بيعها أو إيجارها، ويتولى مسؤولية التنسيق بين أطراف عملية التطوير ويشرف ويتابع أعمال البناء وكافة الإجراءات الفنية والإدارية والمالية والقانونية لمشروع التطوير العقاري حتى نهايته وتسليمه¹.

65. تأثير الاتجاه الحديث بمحكمة النقض: يُمكن الجزم بأن مناصري الاتجاه الحديث قد تأثروا في تعريفهم للمُطوّر العقاري بموقف محكمة النقض الفرنسية التي ابتدعت معياراً للتمييز بين المُطوّر العقاري وغيره، بوصفه من يأخذ زمام المبادرة في العمليات العقارية². فقد عرّفت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٦ مايو ١٩٧٧ المُطوّر العقاري بأنه "الشخص الذي يتولى المبادرة والعناية الرئيسية في عملية إنشاء البناء"³. ثم تواترت أحكام الغرف المدنية⁴ بمحكمة النقض الفرنسية على هذا المعنى⁵. فعلى

¹ Ibid.,

² مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص ٢١.

³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 mai 1977, n° 76-12.121, Publié au bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 n°. 230 p.181.

⁴ Cour de Cassation, 3^e Chambre civile du 20 octobre 1993, n° de pourvoi : n° de pourvoi 91-11.059 Publié au bulletin ; Cour de Cassation, 3^e Chambre civile du 4 février 2016, n° de pourvoi 14-29347, Publié au bulletin, Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 1 juillet 2020, n° de pourvoi 19-15.009, Inédit.

⁵ تجدر الإشارة إلى أن المحاكم الجنائية الفرنسية كان لها السبق في تعريف المُطوّر العقاري قبل نظيراتها المدنية، وذلك بمناسبة البحث في المسؤولية الجنائية للمُطوّر العقاري عن الأضرار التي

سبيل المثال أكدت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها أن المُطوّر هو كل شخص يأخذ زمام المبادرة في المجال العقاري فهو المشيد أو من يُباشِر أعمال تجديد العقارات، مقابل الحصول على المال¹.

66. يُمكن أن نلاحظ إذن أن الفقه والقضاء الفرنسي الحديث قد هجر التعريف الفقهي القديم للمُطوّر العقاري؛ نظرًا للدور الفعّال للمُطوّر في عملية التطوير العقاري، ومن ثم لا يمكن اعتباره مجرد بائع للعقار تحت الإنشاء، أو مقاول، أو وكيل اقتصادي، أو وكيل اجتماعي، بل هو بمثابة مبادر وفاعل قانوني واقتصادي بين الأطراف المتداخلة والمشاركة في عملية التطوير²، وعليه فهو يقوم بدور مُركب متداخل يتمثل في إيجاد فكرة المشروع، والبحث عن أرض مناسبة للمشروع، وتهيئة وترفيق الأرض، والحصول على التراخيص اللازمة، وتوفير التمويل اللازم، والإشراف على الرسومات، والإشراف على عملية البناء، وإبرام العقود مع المشتريين أو مع الاطراف الفاعلة، والتسويق، التسليم المطابق للنماذج المعلن عنها، وأخيرًا الضمان³.

لحقت بالغير نتيجة قيامه بعملية التطوير، وقد تبنت المحاكم المدنية فيما بعد مفهوم تلك المحاكم الجنائية.

¹ Cass. 3^e ch., civ, 8 mars, n°1977, 75-14.834, Publié au bulletin ; Cass.

3^e ch., civ, 12 juin 1985, n°84-12238, Bull. civ. 1985 III n° 94, p.72.

²Michel Zavarro, La responsabilité des constructeurs, Lexis Nexis, Urbanisme et construction, 2013, p.95.

³Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, la promotion immobilière 4^e édition, 1988, Dalloz, p.2.

67. كما يُمكن أن نستقرأ من أحكام محكمة النقض الفرنسية التي سبقت الإشارة إليها اعتماد القضاء الفرنسي على بعض المعايير والمهام لتكييف عمل الشخص على أنه تطوير عقاري كمهمة البحث عن تمويل، واختيار المهندسين والمقاولين، التنسيق ومراقبة تنفيذ أعمال التشييد. ونتيجة لذلك لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في اعتبار الشخص الذي تولى القيام ببعض الخدمات في المشروع العقاري، كإعداد التصاميم ومراقبة أعمال البناء مطورًا عقاريًا، طالما أخذ بزمام مبادرة الأعمال في المشروع¹.

68. بعد استعراض بعض المحاولات الفقهية لتعريف المُطوّر العقاري، نجد من المناسب استعراض تجربة بعض الدول التي تبنت تعريفًا للمُطوّر في قانونها الوطني، إيمانًا منها بأهمية الدور الذي يلعبه ذلك الأخير في اقتصادها الوطني، وذلك في الفرع القادم.

¹ Jean-Bernard Auby, Rozen Noguellou, Hugues Périnet-Marquet, Droit de l'urbanisme et de la construction, 12^e éd, Précis Domat, L.G.D.J, 2020, p.111 et s.

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للمُطَوَّر العقاري

69. تمهيد: أهتم مشرعي بعض الدول التي نظمت نشاط التطوير العقاري، بتعريف المُطَوَّر العقاري؛ نظرًا لأهمية الدور الذي يلعبه المُطَوَّر في تلك الدول. وقد ذكرنا أن التشريعات الفرنسية والجزائرية تمثل الاتجاه التقليدي، بينما التشريعات القطرية والبحرينية والإماراتية تمثل الاتجاه الحديث في الموضوع محل البحث؛ وعليه سوف نتطرق إليها تباغًا على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه التقليدي في تعريف المُطَوَّر العقاري:

70. تعريف المُطَوَّر العقاري في القانون الفرنسي: جاء تعريف المُطَوَّر العقاري في القانون الفرنسي على استحياء وبصورة غير مباشرة في المادة 1831 فقرة ١ من التقنين المدني الفرنسي بصدد تعريفها لعقد التطوير العقاري بأنه الشخص الذي "..... يتعهد لصاحب المشروع بالقيام بالأعمال المُتفق عليها، مقابل السعر المتفق عليه، عن طريق عقود المقاوله، بهدف إنجاز برنامج تشييد مبني أو عدة مباني، والذي يُباشر بنفسه أو بواسطة الغير بمقابل أجر متفق عليه، كل أو جزء من العمليات القانونية والإدارية والمالية المتعلقة بالمشروع، كما يكون مسئولاً عن الوفاء بالالتزامات المُلقاة على عاتق الأشخاص الذين تعامل معهم باسم العميل ..."¹. فالمُطَوَّر العقاري وفقاً

¹ L'article 1831-1 "..... promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats

لهذا التعريف لا يُعتبر مالكًا للأرض المقام عليها المشروع، وإنما يظل مالك الأرض هو صاحب المشروع، فعقد التطوير لا ينقل الملكية أو أي حق عيني على الأرض، بل هو أشبه بعقد المقاولة، بيد أن عقد التطوير يفرض على المُطوّر التزامًا بتحقيق نتيجة هي تشييد البناء، ومن ثم فهو ليس مجرد مقاول أو وكيل بسيط.

71. وبعد ازدهار وتعمّد نشاط التطوير العقاري في فرنسا حرص المشرع على إعطاء المُطوّر العقاري تعريفًا واضحًا ومحددًا، يتناسب مع طبيعة دور الأخير¹، فجاء نص المادة 3 من القانون رقم 93-3 لسنة 1993 المتعلق بنشاط التطوير العقاري بتعريف واضح للمُطوّر العقاري بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يُمارس الأعمال التي تهدف إلى إنشاء أو إعادة تجديد العقارات بهدف البيع أو الايجار أو لإشباع حاجات خاصة².

de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage" .

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.5.

² L'article 3 de décret législatif n° 93-03 du 1er mars 1993 relatif à l'activité Toute personne physique ou morale qui exerce les "immobilière dispose que à l'article 2 ci-dessus est appelée promoteur immobilier. visées activités

72. كما عرّف الاتحاد الفيدرالي الفرنسي للمُطوِّرين العقاريين بدوره المُطوِّر العقاري متأثراً بالاتجاه الفقهي الحديث الذي اشترط الاعتياد في نشاط المُطوِّر بأنه "كل شخص طبيعي أو اعتباري تكون مهمته بصفة اعتيادية بناء مشروع عقاري وتقع على عاتقه مهمة التنسيق بين العمليات التي تدخل في إطار دراسة وتنفيذ المشروع المزمع تنفيذه ووضعه تحت تصرف المستفيدين منه¹. كما عرّفه الاتحاد الوطني للمُطوِّرين العقاريين الفرنسي متأثراً بموقف محكمة النقض الفرنسية بأنه من يأخذ زمام المبادرة لبناء مبنى بهدف بيعه، ويعمل على توفير التمويل اللازم للمشروع ويتحمل المخاطر. فهو المُبادر والمسئول والمدير الفني لعملية التطوير².

promoteurs immobiliers sont réputés commerçants, à l'exclusion de Les ceux réalisant des opérations de promotion immobilière pour la satisfaction "des leurs besoins propres ou de ceux de leurs adhérents

¹Selon la définition donnée par la Fédération des Promoteurs Constructeurs, « sont promoteurs les personnes physiques ou morales qui prennent l'initiative de réalisations immobilières de façon habituelle, et qui, dans le cadre d'une organisation permanente, assurent la responsabilité de la coordination des opérations intervenant pour l'étude, l'exécution et la mise Voir aussi .à disposition des usagers des programmes à réaliser. »

Marianne Faure-Abbad, Droit de la construction, contras et responsabilité des constructeurs, Gualino, 2007, p.26.

² Selon la définition donnée par la Fédération des Promoteurs Immobiliers de France, le promoteur est un maître d'ouvrage qui " prend l'initiative de la réalisation du bâtiment qu'il destine à la vente, réunit les financements

73. تعريف المُطوّر العقاري في القانون الجزائري: كان المشرع الجزائري بدور حريصًا على إعطاء تعريفًا للمُطوّر العقاري على غرار نظيره الفرنسي¹، حيث عرّفت المادة رقم ٣ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المُطوّر العقاري بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يُبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم، أو إعادة تأهيل، أو تجديد، أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل السكنات قصد بيعها أو تأجيرها"².

74. ويتضح من عبارات النص السابق مدي تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي، حيث تبني هو الآخر مفهومًا موسّعًا للمُطوّر العقاري، بحيث يشمل الشخص الطبيعي والاعتباري، ويسمح له بممارسة أكثر من نشاط كالترميم، أو إعادة التأهيل، أو التجديد، أو إعادة الهيكلة، ولم يقصره فقط على البناء والبيع لوحدها مشروع التطوير العقاري.

nécessaires au projet et en assume le risque. Initiateur, responsable et pilote de l'opération, il est celui pour le compte duquel est édifié l'ouvrage". Pour plus de détails, voir : <https://fpifrance.fr/articles/cest-quoi-la-promotion-immobiliere>.

¹ تجدر الإشارة أن التشريع الجزائري يستخدم مصطلح المرقي العقاري بدلًا من المطور العقاري.

² كما عرّف المشرع التونسي في المادة ١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٠ الخاص بالبعث العقاري المُطوّر العقاري بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي ينجز قصد البيع أو الإيجار بصفة اعتيادية أو من قبيل المهنة العمليات التالية: تقسيم وتهيئة أراضي مخصصة أساسًا للسكنى. بناء وتجديد البناءات الفردية وشبه الجماعية، أو الجماعية معدة للسكنى، أو التجارة، أو المهنة".

ثانياً: الاتجاه الحديث في تعريف المُطَوَّر العقاري:

75. حرص مشرعي بعض الدول العربية على وضع تعريف للمُطَوَّر العقاري على غرار التشريعات التقليدية صاحبة السبق. هذه التعريفات وإن اختلفت في صياغتها، بيد أن جميعها تتفق في سمات مشتركة: كَونها أكثر تضييقاً في نطاق الأعمال التي يُمكن أن يقوم بها المُطَوَّر العقاري، فضلاً على حرصها على إعطاء تعريف للمُطَوَّر الرئيسي والمُطَوَّر الفرعي وليس المُطَوَّر الرئيسي فقط، كما هو الحال في التشريعات التقليدية، كما أن بعضها حصر نشاط التطوير على الشخص الاعتباري دون الطبيعي¹.

76. تعريف المُطَوَّر العقاري في التشريع القطري: عرّفت المادة ١ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري المُطَوَّر العقاري بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري". كما عرّفت ذات المادة المقاول من الباطن بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يسند إليه المطور القيام ببعض الأعمال التي يتولاها بموجب اتفاق بينهما".

77. يتضح من قراءة النص السابق أن المشرع القطري سمح للشخص الطبيعي والاعتباري بممارسة نشاط التطوير العقاري بشرط الحصول على ترخيص، بيد أنه لم

¹ حيث نصت المادة رقم ١ من قرار المجلس التنفيذي رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن بيع الوحدات العقارية في إمارة الشارقة بأن المُطَوَّر العقاري هو "الشخص الاعتباري (مالك المشروع) أو المنتفع بالعقار محل مشروع التطوير العقاري والمرخص له من قبل دائرة التنمية الاقتصادية لممارسة نشاط الاستثمار، أو التطوير العقاري، أو تسويق، أو بيع الوحدات العقارية وإدارتها".

يوضح بشكل محدد طبيعة أو نطاق أعمال التطوير المسموح له بمزاولتها، بل تبني المفهوم الواسع في تعريف المُطَوَّر العقاري على غرار التشريعات التقليدية صاحبة السِّيق.

78. تعريف المُطَوَّر العقاري في التشريع البحريني: المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني عزّفت المُطَوَّر العقاري الرئيسي بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخّص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري المختلفة مثل البناء والبيع على الخريطة، والذي يُعهد إلى مُطَوَّر فرعي أو أكثر تطوير جزء أو أكثر قائم بذاته من مشروع تطوير عقاري". كما حرصت ذات المادة على تعريف المُطَوَّر الفرعي بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخّص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري الذي يُعهد له المُطَوَّر الرئيسي بموجب اتفاق بينهما تطوير جزء قائم بذاته من مشروع تطوير عقاري".

79. وكما هو الحال في التشريع القطري سمح المشرع البحريني للشخص الطبيعي والاعتباري بممارسة نشاط التطوير العقاري بعد الحصول على ترخيص، بيد أن المشرع البحريني وخلافاً لنظيره القطري كان أكثر حرصاً على تعريف المُطَوَّر الفرعي، وضرب مثلاً لأهم تقنيات التطوير العقاري التي يستخدمها المُطَوَّر العقاري وهي عقد البيع على الخريطة.

80. تعريف المُطَوَّر العقاري في تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة: تبنت المادة ٢ من قانون إمارة دبي رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير

العقاري، وكذلك المادة رقم ١ من المرسوم الأميري لإمارة رأس الخيمة رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري مفهومًا واحدًا للمُطوّر العقاري بأنه ذلك "الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المُطوّر الرئيسي أو الفرعي". كما عرّفت المادة رقم ٢ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي المُطوّر الرئيسي بأنه "هو كل من يُرخص للممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها للغير". كما اعتبرت ذات المادة المُطوّر الفرعي أنه "كل من يُطوّر جزءًا من مشروع عقاري عائد لمطور رئيسي بموجب اتفاق بينهما".

81. كما عرّفت المادة رقم ١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان المُطوّر العقاري بأنه "المُطوّر الرئيسي والمُطوّر الفرعي". وعرّفت ذات المادة المُطوّر الرئيسي بأنه "الشخص الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري، ويقوم بتطوير الأرض التي سيقيم عليها مشروع التطوير العقاري، وبأعمال البنية التحتية للمشروع العقاري الرئيسي". كما عرّفت المُطوّر الفرعي بأنه "الشخص الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري، والمتعاقد مع المُطوّر الرئيسي على تطوير جزء قائم من مشروع التطوير العقاري الرئيسي، أو مشروع مستقل قائم بذاته"¹.

¹أهمّ المشرع السوري هو الآخر بتعريف المُطوّر العقاري حيث عرّفه قانون التطوير والاستثمار العقاري السوري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ في المادة الأولى منه بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري

82. علي العكس مما تقدم عرّفت المادة ١ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي المُطوّر العقاري بأنه ذلك "الشخص المُرخّص له بمزاولة أعمال تطوير وبيع وإدارة وتأجير العقارات كمُطوّر رئيسي لمشروع التطوير العقاري". كما عرّفت المُطوّر الفرعي بأنه ذلك "الشخص المُرخّص له بمزاولة أعمال تطوير وبيع وإدارة وتأجير عقارات في جزء من مجمع رئيسي بموجب اتفاق بينه وبين المُطوّر الرئيسي أو مطور فرعي آخر"¹.

83. يبدو أن تعريف المشرع المحلي لإمارة أبو ظبي قد وسّع نطاق الأعمال المسموح للمُطوّر العقاري القيام بها كالبيع وإدارة وتأجير عقارات ولم يحصرها على البيع والبناء كما فعل نظيره المحلي في إمارة دبي ورأس الخيمة وعجمان.

84. أنواع المُطوّرين العقاريين: يبدو جلياً من خلال التعريفات السابقة أن التشريعات الحديثة قد حرصت على تقسيم المُطوّرين² إلى نوعين: الأول: المُطوّر

السوري ومن في حكمه أو العربي أو الأجنبي الذي تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وتعليماته التنفيذية".

¹ عرّفت المادة ٢ من قانون إمارة أم القيوين رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري المُطوّر العقاري بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بالانتفاع بالعقار وفق القوانين والتشريعات السارية بالإمارة واستثماره وتطويره بغرض التنازل عنه نظير مقابل مادي ويشمل المُطوّر الرئيسي والفرعي".

² ومن الجدير بالذكر أن المُطوّر سواء كان مطوراً رئيسياً أم فرعياً قد يتخذ شكل المُطوّر العام أو الخاص. فالمُطوّر العام: هو الشخص المعنوي العام الذي يُمارس نشاط التطوير العقاري وفقاً لقواعد القانون العام ويتمويل من الدولة، وغالباً لا يكون هدفه الربح وإنما هو ذراع الدولة في عملية التنمية

الرئيسي وهو الذي ينصرف إليه الذهن عند إطلاق لفظ مُطَوَّر عقاري باعتباره المعنى بالبحث عن أرض المشروع، والقيام بجميع العمليات المطلوبة من أجل تجهيزها لعملية البناء، والقيام بجميع عمليات البناء والتشييد لعقارات المشروع، منذ أن كان فكرة على الأوراق كمجرد تصميمات إلى لحظة تسليمه كوحدات مفرزة للمستفيدين من مشروع التطوير العقاري¹. النوع الثاني: المُطَوَّر الفرعي وهو الذي يقتصر دوره على تقديم الدعم الفني، التقني، القانوني، الهندسي، والمالي لجزء من أجزاء المشروع أو في مرحلة من مراحل بناء المشروع، بجانب قيامه بعملية التنسيق بين الأطراف الشريكة في المشروع.

85. كما يُمكن ملاحظة مدي اختلاف التشريعات في الدور الذي سمحت للمُطَوَّر أن يقوم به، بين تشريعات مُضيقة حصرت دور المُطَوَّر العقاري في تطوير الأرض التي سيقام عليها مشروع التطوير العقاري، وبأعمال البنية التحتية للمشروع، وبيع وحدات العقار. وتشريعات موسّعة سمحت للمُطَوَّر العقاري ببيع وتأجير وإدارة مشروع التطوير. ومن جانبنا نميل إلى الانحياز للاتجاه المضيق في تعريف المُطَوَّر العقاري، باعتبار أن نشاط التطوير والمتمثل في البيع العقاري السكني يُعد الأكثر شيوعاً في الواقع العملي سواءً في الدول العربية أو في مصر، والأكثر أهمية في السوق العقاري؛ نظراً لضخامة حجم الاستثمارات فيه وأهميته للاقتصاد الوطني.

والتطوير. بينما المُطَوَّر الخاص هو كل شخص طبيعي أو اعتباري خاص متخصص في أعمال التطوير بهدف الربح.

¹ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٢.

86. ولئن كانت مهمة وضع التعريف، ليست ضمن المهام التي يجب أن ينشغل بها المشرع، بيد أننا نجد أنفسنا مضطرين لأن نوصي المشرع المصري بضرورة تبني تعريفًا واضحًا للمُطَوَّر العقاري على غرار من سبقه من المشرعين في هذا المضمار، وذلك لخصوصية، وحدائث، وتعدّد مفهوم المُطَوَّر العقاري، إضافة إلى تعدد واختلاف المهام والأدوار والالتزامات والمزايا التي يمنحها كل مشروع لمن يمنحه وصف مُطَوَّر عقاري.

87. وبناءً عليه يُمكن أن نقترح أن يتبنى المشرع المصري تعريف المُطَوَّر العقاري بوصفه كل شخص طبيعي أو معنوي يأخذ بزمام المبادرة في عملية التطوير العقاري بداية من الفكرة وإلى ما بعد بيع وتسليم وحدات المشروع، ويلتزم بنفسه أو من يفوضه بالقيام بالتسويق والإشراف والرقابة والمتابعة للمهام الفنية والمالية والقانونية لمشروع التطوير العقاري.

88. ويُمكن أن نذكر في معرض دفاعنا عن هذا التعريف أن ذلك الأخير يتميز عن غيره من التعريفات بأنه جمع بين المعيارين الذين أستقر عليهما الفقه والتشريع العربي والفرنسي في تعريف المُطَوَّر العقاري من خلال تبنيه لفكرتي الأخذ بزمام المبادرة والمهام التي تقع على عاتق المُطَوَّر، كما أنه يتميز بعدم الإغراق في تفاصيل قد يكون موضعها تعريفات أخرى كالتطوير العقاري، أو الشروط اللازمة للممارسة مهنة التطوير، وليس في تعريف المُطَوَّر العقاري، الذي يحدونا الأمل في أن يتبناه مشرعنا المصري.

89. بعد أن انتهينا من ضبط تعريف المُطَوَّر العقاري، يبدو من الضروري التعرف على المهام التي يقوم بها والتي تسمح بأن تميزه عن غيره من الأطراف المشاركة والفاعلة في عملية التطوير العقاري.

المطلب الثاني

مهام المُطوّر وتمييزه عن غيره من الأطراف المشاركة في عملية التطوير

90. تمهيد وتقسيم: عملية التطوير العقاري ليست وليدة مرحلة واحدة، بل هي عملية مُركبة ونتاج لعدة مراحل متعددة ومختلفة في الأهمية والدور الذي تساهم به في نجاح مشروع التطوير العقاري. ولا يُنكر أحد أهمية الدور الذي يلعبه المُطوّر العقاري خلال كل أو بعض هذه المراحل، سواء بنفسه أو من خلال أطراف أخرى يعهد إليها للقيام ببعض هذه الأدوار بشكل مستقل أو تحت رقابته وإشرافه، وهو ما قد ينتج عنه تداخل وتشابك في الأدوار والمسئوليات، خاصة وأن هذه الأطراف المشاركة في عملية التطوير تقوم بدور قريب الشبه من دور المُطوّر العقاري.

91. أيًا ما كان الأمر فهناك عدة مهام يقوم بها المُطوّر العقاري، تختلف بطبيعة الحال تبعًا لطبيعة وحجم ونوع مشروع التطوير العقاري. هذه المهام رغم اختلافها وتعددتها تسمح بالتمييز بين المُطوّر العقاري وغيره من الأطراف المشاركة في عملية التطوير، والتي تساهم بدور مشابه لدور المُطوّر مما يؤدي للبس. وبهدف إزالة هذا اللبس سوف ينقسم المطلب إلى فرعيين نعالج في أولهما مهام المُطوّر العقاري، وفي ثانيهما نوضح أوجه التمييز بين المُطوّر العقاري وغيره من المشاركين في عملية التطوير.

الفرع الأول

مهام المُطوّر العقاري

92. تمهيد: تتعدد وتتبدل مهام المُطوّر العقاري خلال عملية التطوير التي تمر عادة بعدة بمراحل متعددة ومختلفة، بيد أن تلك المراحل لا يُشترط أن تتم بطريقة تراتبية، فقد تسبق مرحلة أخرى، أو قد تتزامن مرحلة مع أخرى من الناحية العملية. وفي غالب الأحوال تتمثل المراحل الرئيسية لعملية التطوير العقاري في إيجاد أرض المشروع، تهيئة وتجهيز وإدخال المرافق للأرض، تسويق مشروع التطوير العقاري، توفير التمويل لأعمال المشروع، بناء وتشبيد المشروع، تسليم المشروع، الضمان بعد التسليم¹.

93. وعليه يُمكن تصنيف المهام التي يقوم بها المُطوّر الرئيسي إلى خمس مهام رئيسية: المهمة التحضيرية، المهمة المالية، المهمة الفنية، المهمة القانونية المهمة الدعائية والتسويقية، وبطبيعة الحال كل مهمة من هذه المهام تحمل في طياتها أكثر من دور يمكن أن يقوم به المُطوّر أو يفوض غيره للقيام به².

¹ <https://fpifrance.fr/articles/cest-quoi-la-promotion-immobiliere>.

²Corinne Saint-Alary-Houin, Roger Saint-Alary, Droit de la construction, op.cit., p.109.

• المهمة الأولى: المهمة التحضيرية:

94. المهمة التحضيرية التي تقع على عاتق المُطَوِّر العقاري تبدأ من لحظة التفكير في المشروع وتنتهي بمجرد البدء في تنفيذ أعمال المشروع. هذه المهمة التي يقوم بها المُطَوِّر تتطلب منه القيام بعدة أدوار نفضلها على النحو التالي:

الدور الأول: إيجاد فكرة المشروع:

95. يُعتبر الدور الذي يقوم به المُطَوِّر العقاري في إيجاد فكرة لمشروع التطوير من ضمن الأدوار الأكثر صعوبة في عملية التطوير العقاري، خاصة في ظل شراسة المنافسة بين المُطَوِّرين وتزايد معدلات حجم الاستثمار في المجال العقاري¹.

96. وفكرة المشروع التي تتولد في ذهن المُطَوِّر العقاري يُمكن أن تكون فكرة جديدة مبتكرة لا مثيل لها، كما يُتصور أن تكون فكرة مشابهة لأفكار مشاريع عقارية موجودة بالفعل، بيد أن نجاحها مرتبط بالسمعة التجارية وبسابقة أعمال المُطَوِّر. وغالبًا ما تكون فكرة المشروع من بنات أفكار المُطَوِّر؛ كونها وليدة الإدراك العميق من المُطَوِّر العقاري للسوق، ومعتمدة على خبراته التطويرية ونضج الحس التسويقي والعقاري لديه، بعد دراسة ومعرفة حاجة السوق العقاري وتحديد العملاء المستهدفين. وبمجرد أن تتبلور فكرة المشروع في ذهن المُطَوِّر العقاري، يبدأ في رحلة البحث عن الموقع المناسب لتنفيذ فكرته.

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.8.

الدور الثاني: دراسة السوق واختيار الموقع الأنسب للمشروع:

97. بعد أن تتبلور فكرة المشروع في ذهن المُطَوِّر العقاري، يقوم الأخير بدراسة وتحليل السوق العقاري في الفترة التي ينوي فيها تنفيذ وتسليم المشروع، وهذه الدراسة أشبه بعملية تقييم حالي ومستقبلي للسوق العقاري؛ خاصة وأن مشروعات التطوير العقاري متراخية التنفيذ وقد تستغرق سنوات. لذلك يقوم المُطَوِّر بعملية تقييم السوق بهدف تحليله وحساب احتمالات الربح والخسارة سواء بنفسه أو بواسطة المتخصصين لديه، أو من خلال الاستعانة بمكاتب استشارية متخصصة في التحليل وإجراء دراسات الجدوى لمشاريع التطوير¹. وبعد دراسة السوق والتأكد من الجدوى الاقتصادية للمشروع، يقوم المُطَوِّر باختيار وتحديد الموقع الأمثل لمشروع التطوير الذي يعتقد أنه سوف يكون أكثر جذبًا للمستهلكين العقاريين².

98. ومن الناحية العملية يهتم المُطَوِّر العقاري بشكل كبير باختيار موقع المشروع؛ حيث إن الكثير من مشاريع التطوير كان السبب الرئيس في فشلها هو سوء اختيار الموقع، ومن ثم يقع عبء حسن اختيار موقع المشروع على عاتق المُطَوِّر،

¹Aldo Sevino, François Petit, Montages d'opérations immobilières, Edition p.34 et s ; Voir aussi Christine Formation Entreprise, 6^e édition, 2015, Mérot, Montage d'une opération immobilière privée : Prospection foncière, Études préalables et pré-opérationnelles, Montage juridique et financier, Le Moniteur, 2020.

²نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق،

الذي يجب أن يقوم بدراسة خصائص الموقع والأرض التي سيقام عليها المشروع، ويتأكد من مدى صلاحيتها وجاهزيتها، حتى يتمكن من تحديد كافة العناصر والتكاليف المالية المتوقعة للمشروع¹. كما يجب أن يضع في حسابه مدى توافر الطرق الممهدة وتوافر وسائل المواصلات للمشروع، ومدى قرب الأماكن الخدمية من المشروع كالمدارس والجامعات، والمستشفيات، ومراكز التسوق، والمطارات.

99. وفي جميع الأحوال يُمكن للمُطوّر العقاري أن يحصل على الأرض من خلال تملكها مباشرة من أصحابها، أو بالحصول علي حق تخصيص من الدولة يتحول إلى حق ملكية مقابل حصول الدولة على نسبة من المشروع بعد انتهائه². وتلك الأخيرة هي الصورة الأكثر شيوعًا في الواقع العملي ففي الكثير من الحالات تكون الدولة شريكًا للمُطوّر العقاري، حيث تمنحه ملكية أرض المشروع مقابل الحصول على جزء من المشروع متمثل في صورة وحدات عقارية تخصصهم الدولة لمحدودي ومتوسطي الدخل مقابل ثمن الأرض.

الدور الثالث: التخطيط والتصميم:

100. بعد أن يوفق المُطوّر العقاري في العثور على الموقع المناسب للمشروع، يبدأ في عملية التخطيط والتصميم الهندسي والمعماري المتصور للمشروع سواء بنفسه

¹ نصر أبو الفتح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطوّر العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص ٥١٤.

² <http://www.promoteursdetalents.fr/metiers/developpeur-foncier>

أو من خلال الإشراف على عملية التخطيط والتصميم¹ وفقاً للتعليمات التي تفرضها هيئة المجتمعات العمرانية، وله في سبيل ذلك الاستعانة بالمكاتب الهندسية المتخصصة، لتجهيز التصميمات الخاصة بالمشروع، واختيار التصميم النهائي، الذي يؤهله للحصول على التراخيص اللازمة، باعتباره المسئول عن الحصول على الموافقات المطلوبة من الجهات المختصة للبدء في الأعمال التنفيذية للمشروع². بعد الحصول على التراخيص اللازمة للمشروع تبدأ مهمة توفير التمويل اللازم للبدء في أعمال تشييد وبناء المشروع.

● المهمة الثانية: المهمة المالية:

101. تقع على عاتق المُطوّر العقاري مهمة توفير التمويل اللازم وهي مهمة ليست باليسيرة، خاصة إذا كان مشروع التطوير من الضخامة بمكان³. وغالبًا ما تتعدد مصادر تمويل المشروع، فقد يكون التمويل بشكل مباشر من الأموال الخاصة بالمُطوّر نفسه، أو اللجوء إلى المؤسسات المالية والبنوك للحصول على التمويل اللازم في شكل قروض متوسطة أو طويلة الأجل بضمان المشروع أو بضمان الذمة المالية للمُطوّر

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.8.

²إيمان بوستة، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ٢٠١١، ص ٢٦.

³Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.8.

العقاري¹، كما يُمكن أن يُحصل المُطوّر على التمويل من خلال الأقساط التي يدفعها راغبى الشراء أو مشتري الوحدات العقارية². كما يُمكنه أن يحصل على التمويل بشكل غير مباشر من خلال التسهيلات والاعفاءات الضريبية التي تقدمها الدولة للمُطوّرين العقاريين، أو من خلال طرح أسهم باسم المشروع مقابل الحصول على ربح³، أو تأسيس شركة خاصة بهدف إنشاء المشروع العقاري بالشراكة مع بعض المستثمرين بهدف تمويل المشروع العقاري⁴.

102. بعد توفير التمويل اللازم للمشروع سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، يعمل المُطوّر العقاري على تجهيز أرض المشروع، ثم يبدأ في عملية البناء والتشييد الخاصة بمشروع التطوير.

• **المهمة الثالثة: المهمة الفنية: البناء أو الإشراف على عمليات البناء:**

103. لا تقتصر عملية البناء والتشييد التي يقوم بها المُطوّر العقاري على مجرد بناء وحدات ومباني المشروع، بل تمتد لتشمل تطوير أرض المشروع وتجهيزه من خلال

¹نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 69.

²نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطوّر العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص 515.

³ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 31.

⁴شعوة مهدي، تطور المركز القانوني للمرقى العقاري الخاص في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2015، ص 25.

توفير البنية التحتية، وتوصيل كافة المرافق والخدمات من ماء، كهرباء، غاز، انترنت، الخ. وبطبيعة الحال تشمل عملية تشييد البناء إرساء الأساسات الخرسانية للمشروع، ثم بناء المباني المتفق عليها وتقسيمها إلى وحدات عقارية مفرزة، ثم تسليمها جاهزة للاستعمال أو لا حسب الاتفاق¹. ومن الشائع عملاً أن يتعاقد المُطوّر العقاري مع مطور فرعي أو مقاولين من الباطن لتقديم يد العون له في تجهيز وبناء وتشبيد وتنشيط المباني والوحدات العقارية، خاصة في المشاريع التطويرية العملاقة². إضافة للمهام المتقدمة فإن المُطوّر العقاري يقع على عاتقه المهمة القانونية.

● المهمة الرابعة: المهمة القانونية:

104. المهمة القانونية: يُعتبر المُطوّر العقاري هو الممثل القانوني لمشروع التطوير في مواجهة الكافة (الدولة، مالك المشروع، الأطراف المشاركة في مشروع التطوير، الأطراف المستفيدة، الغير) حتى وإن لم يكن مالِكًا للمشروع. وبناء على كونه الممثل القانوني للمشروع، فهو يقوم بأدوار ثلاثة³:

¹ نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطوّر العقاري، المرجع السابق، ص ٥١٥.

² ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣١.

³Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond,

.3Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.

105. الأول: إصدار التراخيص: حيث يُعتبر المُطوّر العقاري أو وكيله هو المسئول أمام الجهات الإدارية عن إصدار جميع التراخيص المتعلقة بمشروع التطوير العقاري.

106. الثاني: التفاوض: المُطوّر العقاري هو المسئول الأول عن إجراء المفاوضات ما قبل التعاقدية مع جميع الأطراف المشاركة في عملية التطوير.

107. الثالث: إبرام العقود: إذا نجحت المفاوضات التي يجريها المُطوّر العقاري، فسوف يقوم بإبرام العقود مع جميع الأطراف، وعلى رأسهم الدولة أو مالك المشروع الذي يُبرم معهم عقد التطوير العقاري، إن لم يكن هو صاحب المشروع أو مالك الأرض. كما له صلاحية إبرام العقود مع المهندسين المعماريين والمقاولين والمُطوّرين الفرعيين وغيرهم من المعماريين؛ بغرض تنفيذ الاعمال الإنشائية والتنفيذية للمشروع. كما يُمكنه أن يتعاقد مع المؤسسات المالية بغرض الحصول على التمويل اللازم للمشروع، وأخيراً هو من يتعاقد بنفسه أو من يفوضه مع المستهلك العقاري سواء كان مشترٍ أم مستأجر¹. كما يُعتبر المُطوّر في علاقته مع المستهلك العقاري بمثابة مدير خدمة المبيعات الذي يتعامل بشكل مباشر مع المشتري من لحظة الحجز إلى أن

¹ نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقي العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص

يتم تسليم المفتاح¹. كما يُعتبر المُطَوَّر مسؤولاً عن خدمة ما بعد البيع والالتزام بالضمان تجاه مشتري الوحدة العقارية.

• المهمة الخامسة: المهمة الدعائية والتسويقية:

108. يُعد الإعلان والتسويق الجيد للمشروع أحد أهم عوامل نجاح المشروع، وتقع مهمة الإعلان والدعاية والتسويق للمشروع بطبيعة الحال على عاتق المُطَوَّر العقاري، سواء بنفسه وبوسائله أو بواسطة شركات دعاية وإعلان متخصصة تبحث عن العملاء المستهدفين بكل الوسائل الممكنة (التسويق الرقمي، الهاتف، المراسلات، نقاط البيع، الرسائل النصية المرسلة إلى الهواتف المحمولة إلخ). وقد يعتقد البعض أن الإعلان والتسويق لمشروع التطوير يأتي في مرتبة متأخرة أو بعد الانتهاء من المشروع، بينما في حقيقة الأمر قد يبدأ الإعلان والتسويق للمشروع قبل بدء العمل في المشروع؛ بهدف توفير التمويل اللازم للمشروع. لذا فإن بعض المشرعين -وبحق- يحظر على المُطَوَّرين الإعلان والتسويق عن المشروع قبل الحصول على التراخيص اللازمة؛ حماية للمستهلك العقاري².

¹ <http://www.promoteursdetalents.fr/metiers/vendeur-negociateur>.

² تجدر الإشارة إلى أن المشرع في إمارة دبي قد أُلزم المُطَوَّر العقاري الحصول على تصريح كتابي من مؤسسة التنظيم العقاري، قبل أن يبدأ في عملية الاعلان عن بيع وحدات عقارية في المشروع، أو بيع عقارات على الخريطة، حيث نص في المادة ٥ من قانون إمارة دبي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري أن "لا يجوز للمُطَوَّر الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الخارجية، أو المشاركة في المعارض المحلية أو الخارجية، للترويج لبيع وحدات، أو عقارات على

109. بعد استعراض المهام الملقاة على عاتق المُطوّر العقاري، خلال مراحل المشروع المختلفة، يُمكن أن نصف المُطوّر العقاري بالمدير الفني والمهيم على المشروع منذ ميلاده كفكرة وإلى ما بعد تسليم وحداته، باعتباره يقدم خدمة عقارية متكاملة¹. ومن ثم فهو المسئول الأول عن جميع جوانب مشروع التطوير التحضيرية، والتسويقية، والفنية، والمالية، والقانونية². ونتيجة لذلك يتحمل المسؤولية كاملة عن المشروع العقاري أمام جميع الأطراف المشاركة والمستفيدة من عملية التطوير العقاري³.

110. بعد أن انتهينا من تحديد المهام التي يقوم بها المُطوّر العقاري، يبدو من غير العسير الآن التمييز بينه وبين غيره من المشاركين في عملية التطوير العقاري وبصفة خاصة المقاول والمهندس المعماري وذلك في الفرع القادم.

الخارطة، إلا بعد الحصول على تصريح خطي من الدائرة، ويصدر المدير العام القرارات اللازمة لتنظيم شروط الإعلام في وسائل الإعلام، والمشاركة بالمعارض".

¹ عبد الرؤوف حلوجي، النظام القانوني للمرقي العقاري، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، الجزائر ٢٠١٥، ص ١٠ وما بعدها.

² <http://www.promoteursdetalents.fr/metiers/directeur-programme>.

³ نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقي العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٦٦.

الفرع الثاني

التمييز بين المطور العقاري وغيره من المشاركين في عملية التطوير

111. يتشابه عمل المطور العقاري مع غيره من المشاركين والمساهمين في عملية التطوير؛ لتشابهك وتداخل الدور الذي يقوم الأخير مع بعض الأطراف المشاركة في مشروع التطوير العقاري. لذا كان من الضروري التمييز بين المطور العقاري وغيره من المتدخلين والمشاركين؛ لبيان حقيقة الدور الذي يقوم به كل طرف، ومن ثم إمكانية تحديد مسؤوليته. ويُمكن القول أن المقاول، والمهندس المعماري، وبائع العقار تحت التشييد هم أكثر الأطراف التي قد يتشابه دورها مع المطور العقاري، لذا كان من الضروري التمييز بينه وبين تلك الأطراف على النحو التالي:

أولاً: المطور العقاري والمقاول:

112. عرّفت المادة ٦٤٦ من التقنين المدني المصري عقد المقابلة بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". بيد أنها لم تتطرق لتعريف المقاول؛ لذا أنبري الفقه لتعريف المقاول بأنه "الشخص الذي يُعهد إليه بإقامة المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى، وفقاً لما يقدم له من تصميمات، على أن يكون ذلك مقابل أجر، ودون أن يخضع في ممارسة عمله لإشراف أو إدارة"¹. وعرّفه البعض بأنه الشخص "الذي يتعهد بالاتفاق مع المالك لقاء

¹ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقابلة في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، ٢٠٠٤، ص

أجر معين على القيام بعمل معين يتعلق بالبناء أو الإنشاءات، كإقامته، أو تعديله، أو ترميمه، أو هدمه¹. كما ذهب البعض لتعريفه بأنه "كل شخص طبيعي أو اعتباري، يقوم بالبناء أو التشييد أو أعمال التنفيذ، بناء على ما يقدم له من تصميمات ونماذج دون أن يخضع في ذلك لإشراف رب العمل أو رقابته². وعرفه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين في المادة رقم ١ فقرة ٢ من الشروط العامة لعقد الفيديك بأنه "الشخص، أو الأشخاص، أو المؤسسة، أو الشركة الذي قبل رب العمل عطاءه تحريراً، ويشمل ممثلي المقاول المخولين ومن يخلفونه قانوناً.

113. يبدو جلياً أن الخلط بين المطور العقاري والمقاول؛ وليد قيام كل منهما بدور مشابه لدور الآخر في تنفيذ أعمال البناء والتشييد؛ ونظراً لاعتبار كل منهما ملزماً بتحقيق نتيجة، ومن ثم فلا يكفي تنفيذ أعمال البناء المكلفين بها، وإنما عليهم عبء إثبات أن التنفيذ قد تم مطابقاً لنصوص العقد المبرم، ومطابقاً للقواعد والمواصفات الفنية وغير مخالف لما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة، كما أن كل منهما يُعد مسؤولاً

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ٨٩.

² أحمد السعيد الزقرد، دعوي المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، دراسة تحليلية انتقادية مقارنة لمدة الضمان العشري أو نطاقه في القانونين الكويتي والمصري، مجلة كلية الحقوق، الكويت، المجلد ٢٢، العدد ٢، ١٩٩٨، ص ٥٨٠.

متضامناً عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي لوحدات ومباني المشروع¹.

114. رغم هذا التشابه بين عمل المُطَوِّر العقاري والمقاول يُمكن إبراز الخلاف بينهما في أمور ثلاثة:

115. الأول: الدور الذي يقوم به كل منهما: فالمُطَوِّر العقاري يُشرف ويتولى مشروع التطوير العقاري منذ لحظة ميلاده كفكرة على الأوراق وحتى لحظة تسليمه للمستهلك العقاري، مروراً بكل المراحل المختلفة. في حين أن دور المقاول يقتصر فقط على عملية التنفيذ المادي لمشروع التطوير العقاري أو جزء منه. ومن ثم يكون دور المُطَوِّر أعم وأشمل من دور المقاول²، وهو ما يدفعنا للقول بأن كل مُطَوِّر عقاري يُمكن أن يكون مقاولاً والعكس غير صحيح.

116. الثاني: التكيف القانوني لعمل كل منهما: يُمكن التمييز أيضاً بين المُطَوِّر العقاري والمقاول استناداً على التكيف القانوني لعمل كل منهما. فالمُطَوِّر العقاري

¹ المادة رقم ٦٥١ من التقنين المدني المصري فقرة ١ "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أراد أن تبقي هذه المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أراد أن تبقي هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات". انظر الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية الطعن رقم ٣٧٢٧ لسنة ٧٦ قضائية - جلسة ٢٦/٠١/٢٠١٧.

² نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرفي العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٣٦.

يكتسب صفة التاجر، ومن ثم يخضع للقانون التجاري، بينما يخضع المقاول لأحكام القانون المدني؛ نظرًا لأنّ المقابلة عقد من العقود الواردة على العمل.

117. الثالث: اعتماد المطور عملاً على المقاول: في كثير من الأحيان يتعاقد المطور الرئيسي مع مطور فرعي أو مقاول يعهد إليه بإقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، طبقاً للتصميمات التي وضعها المهندس المعماري، بعد اعتمادها من صاحب المشروع والجهات المختصة بإصدار الترخيص، ويلتزم المطور الفرعي والمقاول في مثل هذه الحالة بالشروط وبالمواصفات التي تضمنها العقد الذي أبرم مع المطور الرئيسي¹. وبذلك يؤدي المطور الفرعي والمقاول دور هام في عملية التطوير العقاري، فهما بمثابة المنفذان للتصور الذي وضعه المطور الرئيسي، الذي يرتبط معهما بعقد مقابلة ووفقاً للشروط الواردة في العقد، مع وجوب احترامهما للقوانين واللوائح المتعلقة بالبناء. ومن ثم يتضح الفارق بين المطور العقاري والمقاول.

ثانياً: المطور العقاري والمهندس المعماري:

118. المهندس المعماري هو ذلك "المهني الذي يُعهد إليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وصيانتها وتزيينها والإشراف على حسن تنفيذها، فهو فنان يقوم بالتصميم وفني يشرف على حسن تنفيذه"². ويرى البعض أن المهندس المعماري

¹ أو محمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، المرجع السابق، ص ٥٠.

² محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص ٨٩.

هو ذلك "الشخص الطبيعي المتميز بملكاته الذهنية وقدرته على الابتكار والإبداع في التصميم ووضع الرسومات والخرائط والمقاييسات وتعيين الأبعاد والنسب والاتجاهات وكل ذلك بما يتناسب وظروف البيئة ومقتضياتها، وأن تدخله في عملية البناء يكون بتكليف من المالك أو من يمثله قانوناً ولحسابه، وأنه يجمع بين صفة الفنان والفني ويمارس مهنة حرة غير تجارية"¹. كما يعرفه البعض بأنه "الشخص المُكلف من طرف رب العمل بإعداد الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول"². وقد عرّفته المادة رقم ١ من لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية صراحة بأنه "الشخص المتميز بقدرته على التخطيط، والتصميم المعماري، والتطبيق الابتكاري، والتنفيذ، وله إمام تام بفن وعلوم البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم في التعمير والتشييد في نظام التخطيط العام. ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته. ويشترط أن يكون حائزاً على بكالوريوس في الهندسة المعمارية أو ما يُعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة المهندسين، وأن يكون عضواً بنقابة المهندسين". وبصفة عامة فهو المُكلف من صاحب المشروع للقيام بالتصميمات والرسومات الهندسية والقيام بالمقاييسات التقديرية اللازمة للمشروع، وكذلك هو المسئول عن إجراء المعاينات الخاصة بالإنشاءات وله الحق في استلام كل أو بعض مباني المشروع بعد الانتهاء من تنفيذها؛ للتأكد من مطابقتها

¹ عبد الرزاق حسيين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤١٤.

² محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ١٢٢.

للمواصفات الهندسية والمعمارية¹. إجمالاً يُعتبر المهندس المعماري هو الشخص المنوط به عن تحقيق التوازن بين البُعد الوظيفي والبُعد الجمالي لمشروع التطوير العقاري².

119. يُمكن أن يكون الخلط بين عمل المهندس المعماري والمُطوّر العقاري راجعاً لطبيعة الدور الذي يقوم به المهندس في اعداد تصميمات ورسومات بناء المشروع، والذي من المتصور أن يتقاطع مع الدور الذي يقوم به المُطوّر العقاري إذا ما أخذ الأخير على عاتقه مهمة وضع التصاميم والرسوم الهندسية لمشروع التطوير العقاري³. كما يقع الخلط والتشابه أيضاً بين المهندس والمُطوّر العقاري بسبب اشتراط الحصول على الترخيص لمزاولة المهنة لكلاهما، فلا يُمكن للمُطوّر العقاري ممارسة المهنة في الدول المنظمة لنشاط التطوير العقاري إلا بعد الحصول على الترخيص والتسجيل في سجل خاص بالمُطوّرين العقاريين، كذلك الحال بالنسبة للمهندس المعماري، الذي يتوجب عليه أن يحصل هو الآخر على ترخيص بممارسة المهنة.

120. رغم التشابه بين المهندس المعماري والمُطوّر العقاري إلا إن أوجه الاختلاف بينهما تتمثل في عدة نواحي:

¹ المادة رقم ٥ فقرة ٢ من لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية في مصر.

² انظر عبد الرزاق حسيين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٤١٤ وما بعدها.

³ Jean-Philippe Tricoire, Promoteur « professionnel de la construction » et responsabilité de droit commun de l'architecte, RDI, 2011, p.336.

121. **من ناحية أولى:** المهندس المعماري بطبيعة الحال هو شخص طبيعي يعتمد في عمله الهندسي بشكل رئيسي على مجهوده الذهني. بينما من المُتصور أن يكون المُطوّر العقاري شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا عامًا أو خاصًا.

122. **من ناحية ثانية:** طبيعة الدور الذي يقوم به كل منهما: المهندس المعماري يُعتبر مسئولًا فقط عن وضع التصاميم والرسومات والمقاييسات لأرض ومباني ووحدات كامل مشروع التطوير العقاري ويُشرف على عملية تنفيذها، بينما المُطوّر العقاري فيتولى مسؤولية المشروع من بداياته وحتى تسليمه، فدوره لا يقتصر على الإشراف على مرحلة معينة من المشروع حتى وإن كانت مرحلة إعداد ووضع التصاميم والرسومات الهندسية¹.

123. **من ناحية ثالثة:** المهندس المعماري لا يتدخل في عملية البناء إلا بتكليف من صاحب المشروع أو المالك ولحسابه. أما المُطوّر العقاري فهو الذي يتخذ زمام المبادرة بنفسه في كثير من الحالات لإنجاز المشروع سواءً بتكليف من صاحب المشروع ولحسابه أو لحساب المُطوّر نفسه².

¹ نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٣٤.

² محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ١٢.

124. من ناحية رابعة: يُمارس المهندس المعماري مهنة حرة، ومن ثم لا يكتسب عمله الصفة التجارية، على عكس المُطَوَّر العقاري الذي يكتسب عمله الصفة التجارية بوصفه تاجرًا¹.

¹أومجد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، المرجع السابق، ص ٤٨.

ثالثاً: المُطَوَّر العقاري وبائع العقار تحت الإنشاء:

125. بائع العقار تحت الإنشاء هو ذلك "الشخص الذي يلتزم ببناء العقار خلال مدة معينة، يستوي أن يقوم بالبناء بنفسه أو عن طريق غيره، وهذا الالتزام يستمر بإنهاء عمليات البناء حتى اكتمال وجود العقار فعلياً"¹. كما عرّفه البعض بأنه "الشخص الذي يتولى مقابل أجر متفق عليه تحقيق العملية المعمارية التي تُعهد إليه من طرف رب العمل بمقتضى عقد تمويل العقاري وذلك بالقيام بكل ما يتطلبه هذا التحقيق من تمويل وإدارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة باسم رب العمل حتى يُسلم العقار تاماً خالياً من العيوب"².

126. وعلى الرغم من كَوْن بائع العقار تحت الإنشاء ليس من الأطراف المشاركة في عملية التطوير، بيد أن البعض اعتبر أن المُطَوَّر العقاري ما هو إلا بائعاً للعقار تحت الإنشاء رغم ما بينهما من اختلاف.

127. ويُكمن الاختلاف في الدور الذي يقوم به كل منهما، فدور المُطَوَّر العقاري مُركب ومتداخل، بحيث يشمل التخطيط والتصميم والبناء والتسليم والضمان، بينما بائع العقار تحت الإنشاء يقتصر دوره فقط على البناء والبيع. كما يظهر الاختلاف في طبيعة التصرفات القانونية المخول لكل طرف القيام بها، حيث يقتصر دور البائع علي

¹ عبد الرزاق حسن حسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

² سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء، المرجع السابق، ص ٥١.

البيع للعقار تحت الانشاء، بينما يتنوع عمل المُطَوَّر ليشمل البيع أو التأجير أو الإدارة في التشريعات التي تبنت التعريف الموسَّع للمُطَوَّر العقاري. أخيرًا بائع العقار تحت الانشاء هو دائمًا مالك، بينما من المتصور أن يكون المُطَوَّر غير مالك للمشروع أو لأرض المشروع، وإن كان غالبًا ما يقوم بالبيع نيابة عن المالك بصفته وكيلًا.

128. بعد أن انتهينا من استعراض المحاولات الفقهية والتشريعية المختلفة لتعريف المُطَوَّر العقاري، وتحديد المهام المُلقاة على عاتق المُطَوَّر، ومحاولة التمييز بينه وبين غيره من المشاركين في عملية التطوير. نتطرق لمسألة تكييف عمل المُطَوَّر والشروط اللازمة لاكتسابه صفة المُطَوَّر في المبحث التالي.

المبحث الثاني

تكييف طبيعة عمل المُطَوِّر العقاري وشروط اكتسابه لصفة المُطَوِّر

129. تمهيد وتقسيم: رأينا أن المُطَوِّر العقاري عادة ما يقوم بعدة مهام وأدوار مختلفة في عملية التطوير العقاري، بيد أن طبيعة عمل المُطَوِّر العقاري وممارسته لمهامه تثير تساؤلين في ظل غياب النصوص القانونية المنظمة لمهنة التطوير العقاري:

130. الأول: هل يُمارس المُطَوِّر العقاري عملاً ذو طبيعة مدنية، ومن ثم يخضع لأحكام القانون المدني؟ أم يُمارس عملاً ذو طبيعة تجارية ومن ثم يخضع لأحكام القانون التجاري؟

131. الثاني: هل يُشترط أن يكون المُطَوِّر العقاري شخصاً اعتبارياً؟ والذي غالباً ما يتخذ شكل شركة خاصة؟ أم يُتصور أن يكون شخصاً طبيعياً، وهل يُمكن لأي شخص سواءً كان طبيعياً أو اعتبارياً ممارسة مهنة التطوير العقاري؟ أم أن هناك شروطاً معينة لممارسة المهنة؟ وإن كانت الإجابة بالإيجاب، فما هي تلك الشروط؟ للإجابة عن هذه التساؤلات نعالج على التوالي مسألة تكييف طبيعة عمل المُطَوِّر العقاري في مطلب أول، ثم نتبعها بتحديد الشروط اللازمة لاكتساب صفة المُطَوِّر العقاري في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

تكييف طبيعة عمل المُطوّر العقاري

132. تمهيد وتقسيم: طبيعة وتكييف عمل المُطوّر العقاري غالبًا ما تحسمه القوانين المنظمة لنشاط التطوير العقاري بنصوص صريحة؛ بهدف حماية وتغليب مصلحة على أخرى. بيد أن التساؤل الذي يثور ما هو تكييف نشاط وعمل المُطوّر العقاري في مصر في ظل غياب النصوص المنظمة؟ هل من الممكن أن تُجيب القواعد العامة في القانون المدني عن هذا التساؤل؟ للإجابة عن التساؤل السابق نستعرض موقف بعض التشريعات المقارنة من مسألة تكييف عمل المُطوّر العقاري؛ بهدف إنارة الطريق أمام المشرع المصري.

133. في ضوء ما تقدم سوف نُقسم المطلب لفرعين: نتناول في الفرع الأول الطبيعة المدنية للمُطوّر العقاري، ونتناول في الفرع الثاني الطبيعة التجارية للمُطوّر العقاري.

الفرع الأول

الطبيعة المدنية لعمل المُطَوَّر العقاري

134. الطبيعة المدنية: يُمكن التأكيد في البداية أن غالبية التشريعات التي نظمت أحكام التطوير العقاري قد اعتبرت أن عمل المُطَوَّر العقاري ذو طبيعة تجارية؛ تأسيسًا على تكييف نشاط التطوير العقاري كنشاط تجاري، ولم يُخرج عن هذا الإجماع إلا التشريع الجزائري في بادئ الأمر، حيث كُيف عمل المُطَوَّر العقاري كعمل ذو طبيعة مدنية، وذلك في المادة ١٤ من القانون رقم ٨٦-٧ الصادر عام ١٩٧٥ التي أكدت صراحة على سريان أحكام القانون المدني على أعمال التطوير العقاري حين قضت بأنه "يُمكن لجميع الأشخاص المعنويين المذكورين في المادة السابقة أو بعضهم، أن يعملوا لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية في الإطار الذي تحدده أحكام المادة ٤١٦ وما يليها من القانون المدني وأحكام هذا القانون".

135. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتبر أن جميع أعمال البناء والتشييد الداخلة في أعمال التطوير العقاري أعمالاً مدنية بطبيعتها¹؛ لاعتبارات معينة منها: الرغبة في تخفيف العبء الضريبي على نشاط التطوير العقاري، وتشجيع القائمين على

¹عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص ١٦؛ أو محمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١-٤، المرجع السابق، ص ٢٩.

نشاط التطوير العقاري للعمل على حل أزمة السكن¹. ومن ثم كان ممنوعًا على الأشخاص الاعتبارية الخاصة والأفراد المتمتعة بوصف التجار ممارسة أعمال التطوير العقاري بهدف الربح، حيث كانت الدولة تحتكر نشاط التطوير العقاري بهدف القضاء على أزمة السكن². بيد أن هذه الطبيعة المدنية لم تُدم طويلاً، لعدة أسباب وهو ما سوف نستعرضه تفصيلاً في الفرع القادم.

¹نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٥٠.

²كاميليا مقراني، التحفيزات الممنوحة للمرقى العقاري الخاص للاستثمار في قطاع السكن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٢٣.

الفرع الثاني

الطبيعة التجارية لعمل المُطوّر العقاري

136. الطبيعة التجارية: نتيجة للتحوّلات الاجتماعية والاقتصادية التي شهدتها الجزائر، أضفى المشرع الجزائري بموجب القانون رقم ٩٣-٣ الصفة التجارية على نشاط التطوير العقاري كأصل عام، واستثناءً اعتبر أن قيام المُطوّر العقاري بإنجاز أو تجديد العقارات بهدف تلبية حاجاته الخاصة عملاً مدنيًا¹. وقد تبني المشرع الجزائري هذا الموقف صراحة في المادة ١٩ من القانون رقم ١١-٤ والتي نصت على أن "يُسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية".

137. ويُمكن القول إن التطور في موقف المشرع الجزائري كان لعدة اعتبارات منها تحول الدولة الجزائرية من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي. فضلاً عن أن إضفاء الصفة التجارية على نشاط التطوير العقاري، يُمثل أحد الوسائل التي سمحت للدولة الجزائرية بمراقبة نشاط المتعاملين في نشاط التطوير العقاري عن طريق اشتراط إمساك السجلات والدفاتر التجارية التي توضح بدقة الموقف المالي للمُطوّرين. ومن ثم فقد أصبح كل شخص طبيعي أو معنوي يُمارس نشاط التطوير تاجرًا يخضع لأحكام القانون التجاري، ويجب أن يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية.

¹عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص ١٨.

138. وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تجارية عمل المُطَوَّر العقاري لم تكن يوماً محلاً للخلاف في القانون الفرنسي، حيث أضيفي المشرع الفرنسي منذ البداية الطابع التجاري على عمل المُطَوَّر العقاري وعلى نشاط التطوير العقاري بشكل عام¹.

139. وإزاء خلو القانون المصري من أي تنظيم أو تكييف لطبيعة عمل المُطَوَّر العقاري، نجد أنه لا مناص من الرجوع للقواعد العامة، والتي تقضي بإضفاء الصفة التجارية على نشاط المُطَوَّر العقاري باعتباره يُمارس نشاطاً على سبيل الاعتياد والاحتراف وبهدف الربح. وعليه يُمكن اعتبار المُطَوَّر العقاري تاجرًا في القانون المصري استنادًا إلى نص المادة ١٠ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي نصت أنه "١. يكون تاجرًا كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجاريًا. ٢. كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيًا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله".

140. فضلًا عن الاعتقاد بتجارية عمل المُطَوَّر العقاري في القانون المصري، يُمكن اعتبار نشاط التطوير العقاري هو الآخر نشاطاً تجاريًا؛ إعمالًا للمادة ٥ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي تنص على أنه "تُعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف... (ل) مقاولات تشييد العقارات، أو ترميمها، أو تعديلها، أو هدمها، أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة. (م) تشييد

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.37.

العقارات وشراؤها واستئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة إلى شقق، أو غرف، أو وحدات إدارية، أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة". وكذلك المادة ٧ من ذات القانون التي قضت بأنه "يكون عملاً تجاريًا كل عمل يُمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد السابقة لتشابهه في الصفات والغايات".

141. صفة القول إذن إنه يُمكن اعتبار نشاط التطوير العقاري نشاطًا تجاريًا وفقًا للوضع الحالي في القانون المصري. كما يُمكن اعتبار عمل المُطوّر العقاري عملاً تجاريًا، ولا يخفي على أحد ما لهذا التكييف من أهمية من الناحية العملية، والتي تتمثل في ضرورة توافر شروط مُعينة لممارسة المهنة. فما هي إذن هذه الشروط؟ هذا ما سنجيب عنه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

الشروط اللازمة لاكتساب صفة المُطَوِّر العقاري

142. قبل أن نستعرض الشروط المطلوب توافرها لكي يكتسب الشخص صفة المُطَوِّر العقاري، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل يشترط أن يكون المُطَوِّر العقاري شخصًا معنويًا؟ أم من المتصور أن يكون شخصًا طبيعيًا؟ الإجابة عن هذا السؤال تختلف من تشريع لآخر، فعلى سبيل المثال سمحت بعض التشريعات بأن يُمارس نشاط التطوير العقاري الأشخاص الطبيعية ولم تجعله حصرًا على الأشخاص الاعتبارية، بينما اقتصرت تشريعات أخرى نشاط التطوير على الأشخاص الاعتبارية¹. وبطبيعة الحال تختلف الشروط اللازم توافرها في المُطَوِّر العقاري إذا ما كان شخص طبيعيًا أم اعتباريًا.

143. أيًا ما كان الأمر فإن هناك شروطًا خاصة لا بد من توافرها في الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري إذا ما أراد اكتساب صفة المُطَوِّر العقاري، كما أن هناك شروطًا عامة ينبغي توافرها في المُطَوِّر العقاري بغض النظر عن كونه شخصًا طبيعيًا أم اعتباريًا. وعليه سوف نستعرض بإيجاز يتطلبه المقام في الفرع الأول: الشروط الخاصة الواجب توافرها في المُطَوِّر العقاري، ثم نتعرف على الشروط العامة الواجب توافرها في المُطَوِّر العقاري كشخص طبيعي أو اعتباري في الفرع الثاني باعتبارها شروطًا مشتركة سواء كان الشخص طبيعيًا أم اعتباريًا.

¹تقتصر إمارة الشارقة ممارسة نشاط التطوير العقاري على الشركات دون الأشخاص الطبيعية.

الفرع الأول

الشروط الخاصة الواجب توافرها في المُطَوَّر العقاري

144. تمهيد: تتطلب بعض التشريعات شروطاً خاصة تختلف حسب كَوْن المُطَوَّر العقاري شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، وسوف نتناول في الفقرات التالية تلك الشروط على النحو التالي:

أ. الشروط الخاصة بالشخص الطبيعي لكي يكتسب صفة المُطَوَّر العقاري:

145. من المتصور عملاً أن يُمارس الشخص الطبيعي نشاط التطوير العقاري كـنشاط تجاري اقتصادي هادف للربح، وقد اشترطت بعض التشريعات التي سمحت للشخص الطبيعي بممارسة التطوير العقاري بعض الاشتراطات، لوصفه بالمُطَوَّر العقاري¹.

146. بيد أن كلمة التشريعات المنظمة لنشاط التطوير العقاري لم تتفق على الشروط التي تتطلبها في الشخص الطبيعي لكي يكتسب صفة المُطَوَّر العقاري²، غير أنه من اليسير حصر هذه الشروط والتي تدور حول ضرورة الحصول على الترخيص من الجهات المختصة في الدولة، وضرورة التسجيل في السجل الوطني المخصص

¹ كما هو الحال في القانون الجزائري والقانون القطري.

² تجدر الإشارة إلى أن الشرط الذي اتفقت عليه أغلب التشريعات هو أن تتوافر في المُطَوَّر العقاري كـشخص طبيعي الشروط المطلوبة لاكتساب صفة التاجر.

للمُطَوِّرين العقاريين؛ بهدف القضاء على تحايل بعض الأشخاص وانتحالهم صفة المُطَوِّر العقاري¹.

147. كما اشترطت قوانين بعض الدول أن يكون الشخص الطبيعي متمتعًا بجنسية الدولة ليتمكن من اكتساب صفة المُطَوِّر العقاري كالقانون الجزائري² والقانون القطري³ ، وقد اشترط الأخير فيمن يُرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري بالإضافة إلى الجنسية ألا يكون قد صدر ضده حكم نهائي في جريمة مُخلّة بالشرف، أو الأمانة، أو أشهر إفلاسه، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره، وأن تكون له خبرة سابقة في مجال إدارة مشاريع التشييد والبناء لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات سابقة على تقديم الطلب، وأن يكون مقيّدًا في السجل التجاري⁴ .

148. **الشخص الطبيعي وشركة الشخص الواحد:** شركة الشخص الواحد هي تلك الشركة التي يقوم بتأسيسها شخص طبيعي واحد، بيد أنها تخضع لأحكام الشركات،

¹ نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ٥٥.

² كاميليا مقراني، التحفيزات الممنوحة للمرقى العقاري الخاص للاستثمار في قطاع السكن، المرجع السابق، ص ٣٩.

³ ياسين محمد ثروت الشاذلي، قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل - مركز الدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، ٢٠١٦، ص ٥٤٤.

⁴ المادة رقم ٣ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤، بشأن تنظيم التطوير العقاري.

ومما يجب أن نلفت إليه النظر أن الشخص الطبيعي المسموح له بممارسة التطوير العقاري يختلف بطبيعة الحال عن شركة الرجل الواحد أو شركة الشخص الواحد، حيث إنه في هذا النوع من الشركات يقوم المُطوّر العقاري بتخصيص جزء معين من رأس ماله ومُفرز عن باقي ذمته المالية يُخصّصه لممارسة نشاط التطوير العقاري من خلال الشخصية القانونية الاعتبارية المتمثلة في شركة الشخص الواحد، والتي تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة تمامًا عن مؤسسها، بحيث لا يُسأل الأخير عن التزامات الشركة إلا في حدود رأس المال المخصص لها¹، على عكس الحال إذا ما كان المُطوّر شخصًا طبيعيًا.

ب: الشروط الخاصة بالشخص الاعتباري لكي يكتسب صفة المُطوّر العقاري:

149. الصورة الثانية والأكثر انتشارًا في الواقع العملي هي أن يكون المُطوّر العقاري شخصًا معنويًا في شكل شركة، سواء كانت شركة قطاع عام² أم شركة قطاع

¹ وقد عرّفت المادة رقم ٤ مكرر من القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨ بتعديل بعض أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ شركة الشخص الواحد بأنها "شركة يمتلك رأسمالها بالكامل شخص واحد سواء كان طبيعيًا أو اعتباريًا وذلك بما لا يتعارض مع أغراضها، ولا يُسأل مؤسس الشركة عن التزاماتها إلا في حدود رأس المال المخصص لها".

² من أمثلة تلك الشركات شركة سيتي ايدج للتطوير العقاري وهي شركة مملوكة للحكومة المصرية، وتعتبر ثمرة للشراكة بين هيئة المجتمعات العمرانية والتي تمتلك نحو ٦٠% من رأس المال وبنك الاسكان والتعمير وشركة تابعة له بنسبة ٤٠%.

خاص¹ . وعلى الرغم من أن المادة ٥٠٥ من التقنين المدني المصري عزّفت الشركة بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة"، فإن القانون المصري وغالبية التشريعات التي نظمت نشاط التطوير العقاري لم تشترط أن تتخذ شركة التطوير العقاري شكلاً معيناً من أشكال الشركة، مما يعني ضرورة الرجوع إلى الشروط العامة الواجب توافرها في القانون المدني وقانون الشركات التجارية.

150. وعليه يُمكن القول إن شركة التطوير العقاري تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، بشكل منفصل ومستقل عن الشركاء أو المساهمين فيها، وبطبيعة الحال لا يُحتج بهذه الشخصية المعنوية على الغير، إلاّ بعد أن تستوفي الشركة إجراءات التسجيل والنشر التي يتطلبها القانون.

151. ومن ثم يُمكن أن نؤكد على عدم تطلب المشرع المصري لأية شروط خاصة مطلوبة للممارسة الشركات لنشاط التطوير العقاري غير الشروط العامة التي يتطلبها القانون المدني وقانون الشركات.

¹ من أمثلة تلك الشركات شركة طلعت مصطفى والتي تعتبر الأضخم بين شركات التطوير العقاري من حيث حجم محفظة الأراضي التي تمتلكها، والتي تقدر بنحو ٤٥ مليون متر مربع، ومن أشهر مشروعاتها مدينتي والرحاب بالقاهرة الجديدة، وكذلك شركة بالم هيلز للتطوير العقاري، وشركة أوراسكوم للتنمية العقارية، وشركة الشرقيون العقارية، وشركة إعمار للتطوير.

152. على العكس من ذلك نجد أن المشرع القطري في المادة ٣ فقرة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم التطوير العقاري قد تطلب في الشخص المعنوي القطري الراغب في اكتساب صفة المُطوّر العقاري عدة شروط "١. أن تكون شركة قطرية تم تأسيسها وفقاً لأحكام قانون الشركات التجارية المشار إليه، ومن بين أغراضها مزاوله أعمال التطوير العقاري، ٢. أن تكون لها خبرة سابقة في مجال أعمال التشييد والبناء، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، سابقة على تقديم الطلب، ٣. ألا تكون قد سبق إشهار إفلاسها بحكم نهائي"¹.

153. ومن جانبنا نؤيد أن يتطلب المشرع المصري كمنظيره القطري بعض الشروط في الشركة الراغبة في اكتساب صفة المُطوّر العقاري، كاشتراط أن تكون لها خبرة سابقة في مجال أعمال التشييد والبناء لمدة لا تقل عن ثلاث أو خمس سنوات، وألا تكون قد سبق إشهار إفلاسها بحكم نهائي؛ نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه المُطوّر

¹المادة رقم ٣ فقرة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم التطوير العقاري تطلبت شروط أكثر تشدداً للترخيص للشركات غير القطرية بمزاوله أعمال التطوير العقاري، وهي "1- أن يكون في حدود المناطق التي يجوز لغير القطريين تملك العقارات فيها، ووفقاً للمساحات المرخص بتملكها. 2- أن تكون شركة تم تأسيسها في الخارج، وفقاً لأحكام التشريعات المنظمة لذلك، ومن بين أغراضها مزاوله أعمال التطوير العقاري، وتكون مستندات التأسيس مصدقاً عليها من البعثة الدبلوماسية أو القنصلية القطرية في بلد التأسيس أو ما يقوم مقامها، أو من يتولى رعاية مصالحها في دولة المقر الرئيسي. 3- أن تكون لها خبرة سابقة في مجال أعمال التشييد والبناء، لمدة لا تقل عن عشر سنوات، سابقة على تقديم الطلب، وقامت بإنشاء وإنجاز مثل هذه المشاريع وحظيت بالسمعة والشهرة. 4- أن تتخذ مقراً لها في الدولة، أو في إحدى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وأن تُقيد في السجل التجاري".

العقاري في الاقتصاد الوطني، إضافة إلى حجم التسهيلات والمزايا الإدارية التي تقدمها الدولة للمُطوّر العقاري، وضخامة أموال التمويل التي تقدمها البنوك لشركات التطوير العقاري¹، ومن ثم فمن غير المنطقي السماح للشركات غير الجادة بممارسة نشاط التطوير العقاري. إضافة إلى ما توفره هذه الشروط من حماية للمستهلكين العقاريين المصريين والمستثمرين الأجانب.

¹ ياسين محمد ثروت الشاذلي، قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤، المرجع السابق، ص ٥٤٧.

الفرع الثاني

الشروط العامة الواجب توافرها في المُطوّر العقاري كشخص طبيعي أو كشخص اعتباري

154. تمهيد: أيًا ما كان الشكل القانوني للمُطوّر العقاري سواءً أكان شخصًا طبيعيًا أم اعتباريًا، فإن أغلب التشريعات تتطلب شروطًا تكاد تكون متشابهة للترخيص بممارسة نشاط التطوير العقاري، أهمها شروط ثلاثة:

الأول: الحصول على رخصة ممارسة نشاط التطوير العقاري:

155. تتطلب التشريعات المنظمة لنشاط التطوير العقاري حصول المُطوّر العقاري على رخصة تجارية تسمح له بمزاولة نشاط التطوير العقاري من الجهات المختصة حسب قانون كل دولة¹. فعلى سبيل المثال نجد المادة ٢ من قانون التطوير العقاري القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ نصت على عدم جواز ممارسة نشاط التطوير العقاري إلا بعد الحصول على ترخيص، وذلك بالنص صراحة على أنه "لا يجوز مزاولة أعمال التطوير العقاري قبل الحصول على ترخيص من الإدارة وفقًا لأحكام هذا القانون". وهو ما تطلبه المشرع البحريني في المادة ٣ فقرة ب من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٤ التي جاء نصها على النحو التالي "لا يجوز مزاولة نشاط التطوير العقاري في المملكة إلا إذا كان المُطوّر مرخص له من الجهة المختصة. ولكي يتمكن المُطوّر العقاري من الحصول على تلك الرخصة التجارية يتوجب عليه القيام ببعض الإجراءات: ١. يجب

¹ عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٥٨.

على الراغب في الحصول على الرخصة أن يكون نشاطه الاقتصادي هو القيام بمزاولة نشاط إنشاء وبيع وتأجير مشروعات التطوير العقاري سواء السكني، أو التجاري، أو الخدمي، أو السياحي. ٢. تحديد الشكل القانوني الذي سوف يتخذه المطور العقاري لممارسة نشاطه سواء كان شخص طبيعي أم اعتباري، وبعد تحديد الشكل القانوني واختيار الاسم التجاري، تصدر موافقة مبدئية من الجهات المختصة تخول له استكمال بقية إجراءات صدور الرخصة التجارية وتسمح له بمخاطبة الجهات الحكومية¹، ومنذ اللحظة التي تصدر له فيها الرخصة التجارية يمكنه فقط ممارسة نشاط التطوير العقاري.

156. تلك الاشتراطات السابقة تنطبق فقط على الشركات التي تؤسس ابتداء لممارسة نشاط التطوير العقاري، أما بالنسبة للشركات العاملة في مجال القطاع العقاري وترغب في ممارسة نشاط التطوير يجب عليها أن تجري تعديلات في رخصتها التجارية ليكون من ضمن أغراضها ممارسة نشاط التطوير العقاري². وإمعاناً في حماية أطراف عملية التطوير العقاري أقرت بعض التشريعات توقيع عقوبة الحبس والغرامة إذا ما

¹ أو محمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، المرجع السابق، ص ٣٤.

² عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦٠.

زاول المُطَوِّر العقاري نشاط التطوير دون الحصول على رخصة ممارسة نشاط التطوير العقاري¹.

الثاني: القيد في سجل المُطَوِّر العقاريين:

157. تتطلب غالبية القوانين التي نظمت نشاط التطوير العقاري أن يتقدم المُطَوِّر العقاري بطلب للقيد في سجل خاص بالمُطَوِّر العقاريين، هذا الأخير تُسجل وتُحفظ فيه كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالمُطَوِّر العقاريين المُرخَّص لهم بمزاولة نشاط التطوير والمتعلقة بمشروعات التطوير العقاري².

158. ومن أهم التشريعات التي تطلبت القيد في سجل خاص بالمُطَوِّر العقاريين نذكر المشرع الإماراتي الذي نص صراحة في المادة رقم ٤ من القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي على أن "يُعد بالدائرة

¹ على سبيل المثال المادة ١٠٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني نصت صراحة على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار بحريني ولا تجاوز خمسين ألف دينار بحريني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من: ١. أنشأ أو أدار منشأة لمزاولة أنشطة أو مشاريع التطوير العقاري بدون ترخيص. ٢. قام بأنشطة القطاع العقاري والتطوير العقاري بدون الحصول على ترخيص بشأنها". والمادة ١٦ من القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات التطوير العقاري لإمارة دبي التي نصت على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبات منصوص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن 100,000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين: ١. كل من زاول نشاط التطوير العقاري بالإمارة بدون ترخيص. ٢. كل من قدم إلى السلطات المختصة مستندات أو بيانات غير صحيحة للحصول على ترخيص لمزاولة نشاط التطوير العقاري".

² عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦٧.

سجل خاص يسمى "سجل المُطَوِّرين العقاريين" تقيد فيه أسماء المُطَوِّرين المُرخَّص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري بالإمارة، ولا يجوز لأي مطور مزاولة ذلك النشاط ما لم يكن مقيدًا في ذلك السجل ومرخَّصًا من الجهات المختصة وفق الشروط التي تصدرها بهذا الشأن¹. وهو ما سار عليه المشرع القطري في المادة ٦ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاص بتنظيم التطوير العقاري حين نص صراحة على ضرورة أن "ينشأ بالإدارة سجل خاص يسمى "سجل قيد المُطَوِّرين العقاريين" لقيد المُرخَّص لهم بمزاولة أعمال التطوير العقاري، يصدر بتنظيمه وتحديد بياناته قرار من الوزير"، وهو ما فعله نظيره البحريني في المادة رقم ١٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني التي تقضي بأن "تُمسك المؤسسة سجلاً يسمى سجل المُطَوِّرين، ويكون عبارة عن سجل ورقي أو إلكتروني تدون فيه كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالمُطَوِّرين. ويصدر قرار من مجلس الإدارة بتحديد البيانات والمعلومات الواجب توافرها في السجل الورقي أو الإلكتروني... ويلتزم المُطَوِّر بإخطار المؤسسة عن أي تغيير في البيانات والمعلومات الواردة في السجل، وذلك خلال الفترة التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الإدارة".

159. وبالنظر لأهمية شرط القيد في سجل المُطَوِّرين قررت بعض التشريعات صراحة توقيع غرامات مالية على كل من يُمارس نشاط التطوير دون القيد في سجل

¹ وكذلك المادة ١٢ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي حيث نصت "١. لا يجوز لأي شخص مزاولة نشاط التطوير العقاري ما لم يكن مقيدًا في سجل التطوير العقاري كمطور رئيسي أو مطور فرعي...".

المُطَوِّرين. فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع المحلي لإمارة أبو ظبي في القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري نص صراحة في المادة ٧٨ على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تتجاوز مليوني درهم. أ. من زاول نشاط التطوير العقاري في الإمارة دون أن يكون مقيداً، أو لم يوفق أوضاعه وفقاً لأحكام هذا القانون".

الثالث: التسجيل في إدارة حساب ضمان التطوير العقاري:

160. تشترط معظم القوانين¹ التي نظمت نشاط التطوير العقاري أن يقوم المُطَوِّر العقاري بالتسجيل في إدارة حساب ضمان التطوير العقاري²، وذلك بعد أن يقوم بفتح

¹ على سبيل المثال المادة رقم ١٨ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم التطوير العقاري القطري "يكون لكل مشروع تطوير عقاري حساب مستقل خاص به، وإذا تعددت المشروعات التي ينفذها المُطَوِّر العقاري وجب فتح حساب مستقل لكل منها، وذلك بموجب طلب يقدمه إلى الإدارة، مشفوعاً بالمستندات التي تحددها". وكذلك نصت المادة ١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني " حساب الضمان: حساب مصرفي باسم مشروع التطوير لإيداع المبالغ من المُطَوِّر والمودعين ويخصص لبناء وتنفيذ مشروع التطوير". والمادة رقم ٤١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان نصت صراحة على " أ. يلتزم المُطَوِّر الذي يرغب في بيع الوحدات العقارية على الخارطة بفتح حساب الضمان باسم مشروع التطوير العقاري لدى أحد أمناء حساب الضمان المُقيدين لدى الدائرة. ب. في حال تعددت مشاريع التطوير العقاري التي ينفذها المُطَوِّر، يجب عليه فتح حساب الضمان لكل مشروع منها بشكل مستقل. ج. يتكون حساب الضمان من حساب رئيسي لمشروع التطوير العقاري وحساب فرعي مستقل لكل وحدة عقارية في ذات مشروع التطوير العقاري، وتُحدد اتفاقية حساب الضمان الإجراءات والضوابط الخاصة بحساب الضمان الرئيسي وحسابات الضمان الفرعية....".

² كاميليا مقراني، التحفيزات الممنوحة للمركبي العقاري الخاص للاستثمار في قطاع السكن،

حساب ضمان لدى البنوك المعتمدة والمسجلة لدى إدارة حساب ضمان التطوير العقاري، ذلك الحساب يُخصص حصراً للمشروع الذي تم فتح الحساب البنكي ضماناً له. وفي جميع الأحوال لا يُسمح بأن يكون لنفس المشروع أكثر من حساب ضمان. وحساب الضمان بهذا المعنى عرّفته المادة رقم ٢ من القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي بأنه ذلك "الحساب المصرفي الخاص بالمشروع العقاري الذي تودع فيه المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدات على الخارطة أو من الممولين للمشروع".

161. ويُعتبر حساب الضمان بهذا الشكل أحد الصور المستحدثة التي أفرزها الواقع العملي لحماية الأطراف المتعاملة مع المُطوّر العقاري. وتتمثل فكرة حساب الضمان في قيام المُطوّر العقاري بتقديم غطاء بنكي لضمان حقوق أطراف عملية التطوير، وبصفة خاصة الأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري، وذلك عن طريق الالتزام بإيداع كافة الأموال المتحصلة من مشروع التطوير في حساب بنكي خاص بمشروع التطوير في أحد البنوك، سواء الأموال التي قام بدفعها المستهلكين العقاريين الراغبين في تملك أو استئجار وحدات في المشروع في صورة مقدم حجز أو أقساط، أو الأموال المتحصلة من التمويل بضمان المشروع سواء أكانت القروض البنكية أو الأسهم المتداولة باسم المشروع، هذا الحساب يُشرف عليه أمين حساب معين من قبل البنك يسمح بالصرف منه بعد أن يتأكد أن أوجه الصرف موجهة إلي عمليات الإنشاء والبناء للمشروع دون غيره، ووفقاً للتعليمات الصادرة من الجهات المختصة

المرجع السابق، ص ٤٨.

بالدولة¹؛ وذلك كنوع من الرقابة والحماية الذي تمارسه الدولة علي أموال ومدخرات المواطنين.

162. ومن جانبنا نأمل أن يتبنى المشرع المصري تلك الشروط العامة للشخص الطبيعي أو الاعتباري الراغب في ممارسة نشاط التطوير العقاري، والمتمثلة في ضرورة الحصول على رخصة ممارسة نشاط التطوير العقاري، والقيود في سجل المطورين العقاريين، واشتراط التسجيل في إدارة حساب ضمان التطوير العقاري؛ وذلك حماية للمطور العقاري نفسه، وحماية للسوق العقاري، وبُغية توفير الضمان اللازم لجميع الأطراف المشاركة والمستفيدة من مشروع التطوير، وبصفة خاصة المستهلك العقاري سواءً كان مشتر أم مستأجر؛ حيث يُعتبر الأخير الحلقة الأضعف في سلسلة العلاقات التعاقدية بين المطور العقاري وغيره من أطراف.

163. بعد أن حاولنا في الفصل الأول وضع إطار قانوني عام للتطوير والمطور العقاري في مصر، من خلال دراسة مفهوم المطور العقاري والتعرف على المهام التي يقوم بها الأخير، والتي تمثل معيارًا فارقًا للتمييز بينه وبين غيره من الأطراف المشاركة في عملية التطوير أو الفاعلة في القطاع العقاري، وبعد محاولة تكييف عمل المطور العقاري الممارس لنشاط التطوير في مصر، على هدي من القواعد العامة في ظل غياب النصوص القانونية، وبعد استعراض الشروط الخاصة والعامة المطلوب توافرها في المطور العقاري للسماح له بممارسة نشاط التطوير العقاري، نجد من الملائم

¹ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٦١.

الانتقال للفصل الثاني والذي سوف نعالج فيه بقدر من التفصيل علاقة المُطوّر العقاري بالأطراف المستفيدة من عملية التطوير العقاري، والتي تتجسد في تقنية عقد البيع على الخريطة بهدف تحديد ماهية ذلك العقد من خلال التعرف على مفهومه وتكييفه وخصائصه، ثم تحديد آثار ذلك العقد والمتمثلة في الالتزامات المُلقاة على عاتق المُطوّر العقاري ومشتري الوحدة العقارية بوصفهم طرفي عقد البيع على الخريطة.

الفصل الثاني

علاقة المُطوّر العقاري بالأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري (عقد البيع على الخريطة)

164. تمهيد وتقسيم: ذكرنا أن علاقة المُطوّر العقاري بالأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري-المشترين- تتجسد في عقد البيع على الخريطة المُبرم بينهما. وعلى الرغم من تنوع الطرق والتقنيات التعاقدية التي يلجأ إليها المُطوّر العقاريين لتنظيم علاقاتهم التعاقدية مع المستفيدين من عملية التطوير، تظل تقنية البيع على الخريطة من أهم وأكثر التقنيات في السوق العقاري، والتي غالبًا ما يُرحب بها المُطوِّرون و راغبي الشراء أو مشتري الوحدات العقارية (المستفيدون من مشروع التطوير) لتنظيم علاقاتهم التعاقدية؛ نظرًا للمزايا والضمانات التي يوفرها عقد البيع على الخريطة لطرفيه دون غيره من العقود.

165. وعلى الرغم من شيوع وانتشار عقود البيع على الخريطة في مصر، خاصة في مشاريع التطوير العقاري السكني في المدن الجديدة، إلا إننا نجد فراغًا تشريعيًا فيما يخص التنظيم القانوني لذلك النوع المستحدث من العقود. على العكس من ذلك نجد التشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية الحديثة نسبيًا، قد تنبأت قوانين خاصة لذلك النوع من العقود، ذات الأهمية المتزايدة في القطاع العقاري.

166. لذا يبدو من المناسب التعرف على ماهية عقد البيع على الخريطة، ومحاولة تحديد خصائصه التي تميزه عن غيره والتي دفعت بعض المشرعين لإفراد نصوص

خاصة تنظمه. ثم التطرق للأثار المترتبة على إبرام عقد البيع على الخريطة، والتي تتمثل في مجموعة التزامات تقع على عاتق طرفيه (المُطَوَّر والمُشْتَرِي)؛ وذلك بغية التوصل إلى إجابة عن السؤال التالي هل القواعد العامة في التقنين المدني المصري كافية لتنظيم ذلك النوع من العقود؟ أم أن هناك حاجة لتدخل المشرع المصري بتنظيم خاص يحكم عقود البيع على الخريطة على غرار من سبقه من المشرعين؟

167. بناء على ما تقدم وفي محاولة الإجابة عن التساؤل المثار، يبدو من الضروري تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية عقد البيع على الخريطة.

المبحث الثاني: آثار عقد البيع على الخريطة.

المبحث الأول

ماهية عقد البيع على الخريطة

168. تمهيد وتقسيم: تُعتبر تقنية البيع على الخريطة أو بيع العقار تحت الإنشاء أحد أهم تقنيات البيع التي نظمها المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية؛ نظراً لكون هذه التقنية تمثل الآلية التعاقدية الأكثر شيوعاً لتنظيم علاقة المُطوّر العقاري بالمشتري، وباعتبارها أحد أهم صور تمويل مشروعات التطوير العقاري¹.

169. ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي هو أول من نظم هذا النوع من العقود، كما أنه استخدم مصطلح مُختلف عن بقية الدول العربية للتعبير عن هذه التقنية المستحدثة، فأطلق على هذا العقد بيع العقار المزمع انشاءه أو بيع العقار تحت الإنشاء "La vente d'immeuble à construire"². بينما انتصر مشرعي بعض الدول العربية لاستخدام مصطلح البيع على الخريطة، بدلاً من مصطلح بيع العقار تحت الإنشاء الذي استخدمه المشرع الفرنسي.

¹Jean-Claude Groslière, Corinne, notion de promoteur, RDI, 1995, p.556.

² L'article L.261-1 du Code de la construction et de l'habitation qui est modifié par Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 – art. 80 et ainsi qu'il est dit à l'article 1601-1 du code civil : " La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat...".

170. ومن جانبنا نميل إلى استخدام وتبني مصطلح البيع على الخريطة، باعتباره أعم وأشمل في وصف هذه التقنية. حيث من المتصور في هذا النوع من العقود أن يتم البيع قبل البدء في عمليات البناء، وأثناء البناء، أو بعد الانتهاء من أعمال البناء دون تشطيط؛ لذا فمصطلح بيع العقار تحت الإنشاء الذي استخدمه المشرع الفرنسي يوحي بأن عملية البيع مقتصرة على بيع العقار في طور الإنشاء؛ ومن ثم يكون مصطلح البيع على الخريطة أكثر دقة وأصدق في التعبير عن طبيعة عقد البيع. إضافة إلى أن استخدام المشرع المصري لنفس المصطلح المستخدم في الدول العربية قد يساهم في زيادة الاستثمارات العربية في مشروعات التطوير العقاري، باعتباره مصطلحاً مألوفاً ومفهوماً لدى المستثمرين العرب.

171. ولحدثة مصطلح البيع على الخريطة وتنوع صورته أو تعدد مراحلها، اختلف الفقه في تعريفه وتكييفه القانوني، وتحديد خصائصه التي يُمكن أن تميزه غيره من العقود. بناء على ما تقدم يبدو من المناسب تقسيم المبحث لمطلبين، نتطرق في المطلب الأول لتعريف العقد وتكييفه القانوني، ثم نتعرف في مطلب ثانٍ على صور ومراحل عقد البيع على الخريطة.

المطلب الأول

تعريف العقد وتكييفه القانوني

172. تمهيد وتقسيم: حادثة عقد البيع على الخريطة أُلقت بظلالها على مفهوم العقد وتكييفه القانوني، ومن ثم لم يُكن مفهوم عقد البيع على الخريطة محل اتفاق فقهي أو تشريعي رغم المحاولات الفقهية والتشريعية التي بُذلت في سبيل إيجاد تعريف واضح ومحدد لعقد البيع على الخريطة. كما أثارت حادثة عقد البيع على الخريطة التساؤل حول طبيعته القانوني هل هو عقد بيع عقاري عادي؟ هل يُمكن اعتباره عقد مقاول؟ هل يُمكن تكييفه كعقد استصناع؟ هل هو عقد ذو طبيعة خاصة؟ ثم أن التساؤل الآخر الذي يطرح نفسه هل عقد البيع على الخريطة يتميز بخصائص تسمح بتمييزه عن غيره من العقود العقارية؟

173. في سبيلنا للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها يبدو من الملائم أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول: مفهوم البيع على الخريطة، ونخصص الفرع الثاني: لتكييف عقد البيع على الخريطة وتحديد خصائصه التي تميزه عن غيره.

الفرع الأول

مفهوم عقد البيع على الخريطة (La Vente sur plan)

174. تمهيد وتقسيم: حاول جانب من الفقه الفرنسي والعربي وضع تعريف لعقد البيع على الخريطة، كما تبني مشرعي بعض الدول تعريفاً للعقد يتماشى مع السياسة التشريعية والعمرانية في تلك الدول. لذا سوف نستعرض تلك المحاولات الفقهية في الغصن الأول، ثم نُتبعها بأهم التعريفات التشريعية لبعض الدول التي نظمت أحكام عقد البيع على الخريطة في غصن ثانٍ.

الغصن الأول

التعريف الفقهي لعقد البيع على الخريطة

175. تعريف الفقه الفرنسي لعقد البيع على الخريطة: في تعريف مُبسّط عرّف جانب من الفقه الفرنسي عقد البيع على الخريطة بأنه ذلك العقد الذي يتعهد البائع بموجبه ببناء مبنى خلال فترة يحددها العقد¹. أو هو ذلك "العقد الذي بمقتضاه يلتزم المُطوّر العقاري ببيع العقار المُلتزم ببنائه"². كما حاول جانب آخر من الفقه الفرنسي تعريف العقد بصورة أكثر تفصيلاً، فعرّفه البعض بأنه عقد بيع عقاري محله عقار لم يكتمل بعد، يلتزم ببنائه المُطوّر العقاري، وفقاً للنماذج والرسوم، كما يلتزم بتسليمه للمشتري خلال المدة المتفق عليها، مقابل التزام المشتري بدفع أقساط متتابعة طبقاً

¹ Guillaume Daudré, Pratique de la vente en état futur d'achèvement dans le secteur libre, RD imm. 2006, p.15; Voir aussi Jean-Philippe Tricoire, Cyrille Charbonneau, Covid-19 et VEFA, RDI 2020, p.216 ; Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, 3^e édition, Gualino, 2016, p.165 ; Guy Brault, Guillaume Daudré, Jean-Pierre Gilles, Didier Krajieski, Solutions professionnelles notariales, Opérations de construction, environnement, droit rural, Tome 3, 17^e édition, Déferions, 2020.

²Matthieu Poumarède, De la confusion des garanties au concours d'actions du syndicat des copropriétaires contre le vendeur d'immeuble à construire, RDI 2021, p.156; Voir aussi Cass, 3^e civ., 14 janvier 2021, n° 19-21.130, D. 2021.135.

لمدى تقدم أعمال البناء¹. ويُعتبر التعريف الأخير من أدق التعريفات التي قيلت بشأن عقد البيع على الخريطة، وسوف تتضح دقته عند معالجة خصائص عقد البيع على الخريطة².

176. مفهوم عقد البيع على الخريطة في الفقه العربي: لقد تبنى الفقه العربي التعريف الفرنسي الأخير، بوصفه التعريف الأكثر تفصيلاً وتوضيحاً لطبيعة العقد وتبيان حقوق والتزامات طرفيه (المُطوّر، والمشتري). فقد عرّفه جانب من الفقه بأنه ذلك العقد الذي يملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ البائع ببنائه بعد أو لم يكتمل بناؤه وقت إبرام العقد، وفيه يلتزم البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته، خلال المدة المتفق عليها في العقد، مقابل التزام المشتري بدفع الأقساط في مواعيدها³.

177. كما عرّفه البعض الآخر بأنه "عقد بيع لوحدة عقارية لم يتم انشاؤها أو شرع المالك في بنائها ولم تكتمل، وفق تصميم هندسي معين، حُدّدت أوصافه في العقد، بحيث يتفق كل من طرفي العقد على أن يقوم المشتري بدفع ثمن الوحدة بشروط سداد يتفق الطرفان عليها، تراعي نسب التقدم في إنجاز الوحدة العقارية، في حين يقوم البائع

¹ Warrant Agricole, Baraton Hdeffinger, Vente d'immeuble à construire, répertoire de Droit civil 2^e éd ; Tome 5, 1988, Dalloz, p.12.

مشار إليه لدي محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السادس، العدد الأول، جامعة مدينة السادات - كلية الحقوق، ٢٠٢٠، ص ٢٠.
² انظر لاحقاً الفقرة رقم ٢٢٧ وما بعدها.

³ ضحى محمد سعيد النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢٦، العدد ٤٩، ٢٠١٢، ص ٢٣١.

بتسليم الوحدة بالمواصفات وفي الأجل المتفق عليه¹. في حين ذهب البعض لتعريف العقد بأنه ذلك العقد الذي يكون محله عقار لم يكتمل ببناءه بعد، ويلتزم البائع بموجبه ببناء عقار محدد طبقاً لنموذج معين، كما يلتزم بنقل ملكية هذا العقار للمشتري وتسليمه إياه، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن².

178. كما ذهب جانب آخر من الفقه لتعريفه بأنه ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المُطوّر العقاري تجاه المشتري ببناء العقار المتفق عليه، طبقاً للنماذج والرسومات المرفقة بالعقد خلال المدة المتفق عليها، كما يلتزم بنقل ملكية البناء وكافة الحقوق على الأرض المقام عليها، أو ينقل ملكية المباني التي ستقام مستقبلاً إلى المشتري بمجرد الانتهاء من كل مرحلة، وذلك في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه مقسماً، وفقاً لمدي التقدم في أعمال البناء³.

179. كما وصفه جانب من الفقه المصري الحديث بأنه "عقد بيع عقاري موضوعه عقار مستقبلي قيد الإنشاء، يلتزم بمقتضاه البائع أو المُطوّر العقاري بأن ينتهي من تشييده في الأجل المتفق عليه، وبذات المواصفات المحددة، وبالمطابقة لقواعد البناء

¹ ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٣.

² سمير عبد السميع الأودن، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٩.

³ عز الدين زوية، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أبريل ٢٠١٧، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، ٢٠١٧، ص ٤٦.

والتعمير، وأن يتعهد للمشتري بنقل ملكيته إذا أوفي بالتزامه وسدد الأقساط، على شكل دفعات تخصم من الثمن الإجمالي للبيع، حيث تحدد قيمتها وطريقة دفعها بالاتفاق بحسب نسب الإنجاز، مقابل ضمانات قانونية للأقساط المدفوعة"¹.

180. المحاولات الفقهية السابقة وإن اختلفت في الصياغة والعبارات المستخدمة، فهي تتشابه إلى حد كبير مع تعريفات الفقه الفرنسي، فضلاً عن كونها تدور في فلك واحد، وتتشابه بشكل أو بآخر في ذات المضمون الذي يركز على كونه عقد بيع لعقار لم يوجد أو يكتمل بعد.

181. وبعد أن استعرضنا أهم المحاولات الفقهية لتعريف عقد البيع على الخريطة، ننقل الآن للتعرف على أهم النصوص التشريعية التي عنيت بتعريف العقد، في سبيل التعرف إلى أي مدي تأثرت التشريعات بتلك المحاولات الفقهية في تعريفها لعقد البيع على الخريطة، وذلك في الغصن القادم.

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السادس، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات ٢٠٢٠، ص ١٩، ٢٠.

الغصن الثاني

التعريف التشريعي لعقد البيع على الخريطة

182. تمهيد: أفردت بعض التشريعات نصوصًا خاصة لتعريف عقد البيع على الخريطة، على رأسهم التشريع الفرنسي صاحب السبق في تبني تعريف ذلك العقد، وسأيره في ذلك التشريع الجزائري، ثم عنيت بتعريف عقد البيع على الخريطة بعض التشريعات العربية كالتشريع القطري، والبحريني، والإماراتي، في محاولة منها لتنظيم تلك التقنية التعاقدية التي يتسارع المطورون لاستخدامها؛ لما تحققه لهم من مزايا وما توفره لهم من ضمانات. لذا سوف نستعرض تلك المحاولات على النحو التالي:

أولاً: التعريف الكلاسيكي لعقد البيع على الخريطة:

١. البيع على الخريطة في التشريع الفرنسي:

183. تبني المشرع الفرنسي في تقنين البناء والاسكان في المادة ٢٦١ فقرة ١ والتقنين المدني في المادة ١٦٠١ فقرة ١ تعريف بيع العقار تحت الإنشاء (البيع على الخريطة) بأنه "بيع بمقتضاه يلتزم البائع ببناء عقار خلال مدة محددة تم الاتفاق عليها في العقد. وقد يُبرم العقد لآجل أو في صورة عقد بيع فور اكتمال بناء العقار في المستقبل"¹.

¹ L'article. L. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi qu'il est dit à l'article 1601-1 du code civil dispose que "La vente d'immeuble à

184. يبدو من قراءة النص السابق أن المشرع الفرنسي قد أنحاز للتعريف الفقهي المُبسّط لعقد البيع على الخريطة الذي يعتبر أن جوهر عقد البيع على الخريطة يتمثل في التزام البائع (المُطوّر العقاري) ببناء عقار¹، وتسليم العقار خلال المدة الزمنية التي تم الاتفاق عليها في العقد. كما حرص المشرع الفرنسي على توضيح صورتي عقد البيع على الخريطة المسموح بهما، وهما العقد لأجل وعقد البيع فور اكتمال بناء العقار في المستقبل، دون الإغراق في تفاصيل، قد تكون نصوصاً أخري محللاً لها.

٢. البيع على الخريطة في التشريع الجزائري:

185. لم يُعرّف المشرع الجزائري عقد البيع على الخريطة تعريفاً مفصلاً، فقد أقتفى أثر نظيره الفرنسي، وقام بدوره بتعريف عقد البيع على الخريطة من خلال تعداد صور أو مراحل بيع العقار على الخريطة في صورتين هما عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم (عقد البيع على الخريطة).

186. وقد عرّف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق في المادة ٢٧ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط التطوير العقاري، التي تنص صراحة بأن عقد حفظ الحق هو ذلك "العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم

construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement".

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.165.

العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنجائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير...". كما عرّفت المادة ٢٨ من ذات القانون عقد البيع على التصاميم بأنه "... العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

187. يتضح أن الاتجاه الكلاسيكي في تعريف عقد البيع على الخريطة الذي تزعمه المشرع الفرنسي والجزائري كان حريصًا على تبني التعريفات المبسطة، التي تتميز بتحديد أهم التزامات طرفي عقد البيع على الخريطة، وتوضيح صور أو مراحل عقد البيع على الخريطة والمتمثلة في العقد التمهيدي والعقد النهائي وإن اختلفت مسمياتهم. بيد أن التساؤل الذي يطرح نفسه هل تأثرت تشريعات الدول العربية التي نظمت عقد البيع على الخريطة بالاتجاه الكلاسيكي عند تعريفها لعقد البيع على الخريطة؟

ثانيًا: التعريف الحديث لعقد البيع على الخريطة:

188. يجب التأكيد في البداية أن التشريعات العربية التي نظمت عقد البيع على الخريطة لم تتأثر بالاتجاه الكلاسيكي في تعريف عقد البيع على الخريطة، حيث لم تحرص على تحديد التزامات طرفي عقد البيع على الخريطة، إضافة إلى أن أغلبها لم يتبنّ صور أو مراحل عقد البيع على الخريطة كما هو حال تشريعات الاتجاه الكلاسيكي. بيد أنها كانت أكثر حرصًا من الاتجاه الكلاسيكي على تفصيل مفهوم عقد البيع على الخريطة، وتحديد المقصود بالخريطة، وتحديد المقصود بالوحدة العقارية، وعليه سوف نتطرق لتعريف عقد البيع على الخريطة على التوالي في التشريع القطري والبحريني والإماراتي:

١. البيع على الخريطة في التشريع القطري

189. عرّف المشرع القطري البيع على الخريطة في المادة ١ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري بأنه "بيع الوحدات العقارية المفزة على الخارطة قبل اكتمال إنشائها. كما عرّفت ذات المادة الخريطة بأنها "مخطط هندسي تفصيلي للوحدات محل البيع، يتم إعداده بمعرفة المختصين، وتعتمده الإدارة المختصة بوزارة البلدية والتخطيط العمراني".

٢. البيع على الخريطة في التشريع البحريني:

190. عرّف المشرع البحريني هو الآخر عقد البيع على الخريطة في المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني بأنه "بيع الوحدات العقارية المفردة على الخريطة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها". كما عرّفت ذات المادة الوحدة العقارية بأنها "الجزء المفرد من العقار المشترك، ويشمل أي جزء مفرد على الخريطة أو أي شقة أو طابق أو جزء من أرض أو بيت (فيلا) متصل ببيت آخر، أو بشكل مستقل تقع ضمن عقار مشترك". يُفهم من عبارات النص السابق أن أي عقار أو مبنى لا تتطبق عليه وصف الوحدة العقارية المفردة كما جاء في النص السابق، لن يستفيد بالأحكام والضمانات التي منحها القانون للوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة¹.

٣. البيع على الخريطة في التشريع الإماراتي:

191. استخدم المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي مصطلح البيع على المخطط (البيع

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٢٧.

على الخريطة) وعرفه بأنه ذلك "العقد الذي يتم بموجبه منح المشتري حقوقاً عقارية على وحدة عقارية مقترحة على مخطط الطبقات¹ أو مخطط المجمع²."

192. كما استخدم المشرع الإماراتي صراحة مصطلح البيع على الخريطة في المادة ٢ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بشأن تنظيم السجل العقاري لإمارة دبي، وعرفه بأنه "بيع الوحدات العقارية المفردة على الخارطة أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها".

193. وقد عرفه المشرع المحلي لإمارة عجمان في المادة الأولى من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري بأنه "بيع الوحدات العقارية المفردة على الخارطة بناءً على مخطط مشروع التطوير العقاري المعتمد، قيد الإنشاء إلى حين اكتمال بنائه". كما حرّصت ذات المادة على تعريف الوحدة العقارية بأنها "الجزء المفرد من مشروع التطوير العقاري، أو أي جزء مفرد على الخارطة، ويشمل أي شقة، أو محل، أو مكتب، أو مستودع، أو طابق، أو أرض، أو جزء من أرض أو بيت متصل

¹ مخطط الطبقات وفقاً لذات المادة يُقصد به "المخطط الذي يقسم المبنى أو أي جزء منه والأرض التي يقع فيها عمودياً إلى وحدتين عقاريتين أو أكثر وإلى أجزاء مشتركة وذلك بالإشارة إلى الطبقات والجدران والأسقف".

² مخطط المجمع وفقاً لذات المادة يعني "المخطط الذي يقسم العقار أفقياً إلى وحدتين عقاريتين أو أكثر وإلى أجزاء مشتركة".

ببيت آخر أو بيت مستقل يقع ضمن مشروع التطوير العقاري، مُعد للاستخدام السكني، أو التجاري، أو الصناعي، أو غيرها من الاستخدامات الأخرى".

194. يُمكن أن نستنتج من جماع التعريفات السابقة أن تعريف عقد البيع على الخريطة أو عقد بيع العقار تحت الإنشاء لم يُكن موضع اتفاق في القوانين ذات الاتجاه الكلاسيكي أو القوانين ذات الاتجاه الحديث التي عنيت بتنظيمه. فبينما كان المشرع الفرنسي والجزائري أكثر حرصًا على تبني التعريفات المُبسطة، وأكثر حرصًا على تحديد التزامات طرفي عقد البيع على الخريطة، وتوضيح صور عقد البيع على الخريطة، جاءت التشريعات العربية أكثر تفصيلًا في تعريف الخريطة وتعريف الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة ولم تحرص على تحديد صور عقد البيع على الخريطة أو بيان جوهر العقد أو ما يميزه عن غيره، كما أغفلت تحديد الالتزامات المُلقاة على عاتق طرفيه¹.

195. **التعريف المقترح:** بناءً على ما تقدّم، وبعد استعراض أهم المحاولات الفقهية والتشريعية لتعريف عقد البيع على الخريطة، يُمكن أن نوصي المشرع المصري بتبني تعريف مُقترح لعقد البيع على الخريطة بأنه عقد بيع محله عقار لم يوجد أو لم يكتمل بنائه بعد، يلتزم فيه المُطوّر العقاري بتسليم العقار الذي التزم ببنائه في الموعد

¹ بيد أنه يُمكن الجزم أنه رغم اختلاف النصوص القانونية إلا أن بينها جامع مشترك وهو أن محل العقد هو بيع عقار لم يكتمل بنائه بعد.

وبالمواصفات المُتفق عليها في العقد، في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن مقسماً في المواعيد المتفق عليها.

196. ويُمكن ملاحظة أن التعريف المُقترح يتميز عن غيره من التعريفات الأخرى بكونه يجمع بين مزايا الاتجاه الكلاسيكي ومزايا الاتجاه الحديث، فهو تعريف غير مختصرٍ بشكل يُخل بالمعني، وفي ذات الوقت يتسم بعدم الإغراق في التفاصيل، فضلاً عن تحديده بدقة لمحل عقد البيع على الخريطة وأهم التزامات طرفيه (المُطوّر العقاري والمشتري)؛ لذا نأمل أن يتبنى المشرع المصري التعريف السابق لعقد البيع على الخريطة كنظرائه من المشرعين الذين تبنوا صراحة التعريف في نصوص خاصة؛ كونه أضحى التقنية التعاقدية الأكثر استخداماً من قبل المُطوّرين العقاريين والمشتريين؛ لما تحقّقه من فوائد وضمانات لكليهما.

197. بعد أن انتهينا من تعريف عقد البيع على الخريطة، ننتقل لمسألة تكييف العقد وتبيان خصائصه التي تسمح بتمييزه عن غيره من العقود في الفرع القادم.

الفرع الثاني

تكييف وخصائص عقد البيع على الخريطة

198. تمهيد وتقسيم: بعد أن تطرقنا لتعريف عقد البيع على الخريطة فقهاً وتشريعاً، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه ما هو التكييف القانوني لعقد البيع على الخريطة؟ خاصة في ظل غياب أي تنظيم قانوني له في التشريع المصري، هل يُمكن تكييفه كعقد مقاوله؟ هل هو عقد ذو طبيعة مختلطة؟ هل يُمكن اعتباره عقد ذو طبيعة خاصة؟ هل هو عقد بيع عقاري عادي؟ هل يتمتع عقد البيع على الخريطة بخصائص معينة تميزه عن غيره؟ وإن كانت الإجابة بالإيجاب، فما هي تلك الخصائص؟ هذه الأسئلة وغيرها هي ما سوف نحاول الإجابة عنه في الغصن الأول والذي نخصصه لتكييف عقد البيع على الخريطة، ثم نتبعه بغصن ثانٍ نستعرض فيه خصائص ذلك العقد.

الغصن الأول

تكييف عقد البيع على الخريطة

199. تمهيد: إن تكييف عقد البيع على الخريطة أو تحديد طبيعته القانونية، لم يكن يوماً محل اتفاق بين الفقهاء، خاصة في ظل التشريعات التي لم تتناوله بالتنظيم؛ لذا فقد ذهب اتجاه أول لاعتباره عقد استصناع، بينما ذهب اتجاه ثانٍ لتكييفه كعقد بيع عقاري عادي، كما ذهب اتجاه ثالث للقول بأن عقد البيع على الخريطة يُعد من قبيل عقود المقاولة، في حين ذهب اتجاه أخير لتكييفه كعقد ذو طبيعة خاصة، وعليه سوف نناقش هذه الاتجاهات بقدر من التفصيل:

الاتجاه الأول: عقد البيع على الخريطة من قبيل عقود الاستصناع:

أ. مضمون الاتجاه:

200. ذهب جانب من الفقه¹ إلى اعتبار عقد البيع على الخريطة من قبيل عقود الاستصناع التي يعرفها الفقه الإسلامي²؛ نظراً لتشابه الدور الذي يقوم به كلاً من المُطوّر العقاري في عقد البيع على الخريطة، والصانع (المقاول) في عقد الاستصناع

¹كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، جامعة الملك فيصل، ١٩٨٤، ص ٧٦.

²راجع لمزيد من التفصيل مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٩٩٠، ص ١٢ وما بعدها.

في عملية البناء والتشييد، حيث يلتزم كلاهما ببناء العقار ونقل ملكيته وتسليمه للمشتري وفقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها.

ب. انتقاد الاتجاه:

201. تكييف عقد البيع على الخريطة كعقد استصناع، تأسيساً على تشابه دور المطور العقاري والصانع لا يُمكن التسليم بصحته للأسباب التالية:

202. السبب الأول: على فرض صحة وجود تشابه في الدور الذي يقوم به المطور والصانع، فإن مثل هذا التشابه لا يرقى لحد التطابق، حيث إن الدور والمهام التي يقوم بها المطور العقاري تفوق الدور والمهام التي يقوم بها الصانع في عقد الاستصناع¹.

203. السبب الثاني: اختلاف طبيعة الالتزامات المُلقاة على عاتق كل من المطور العقاري والصانع، وأهمها الالتزام بنقل ملكية الوحدة المباعة للمشتري، ضمان عدم الاستحقاق، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق المطور، ولا نجد لها مثيل كالتزامات نظيرة تقع على عاتق الصانع في عقد الاستصناع إذا انطبقت عليه أحكام عقد المقاول².

¹ انظر تفصيلاً مهام المطور العقاري في الفصل الأول الفقرة رقم ٩٢ وما بعدها.

² ضحى محمد سعيد النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، المرجع السابق، ص

204. السبب الثالث: عقد الاستصناع عقد رضائي، يكفي لانعقاده تلاقي إيجاب وقبول طرفيه. في المقابل يُعتبر عقد البيع على الخريطة عقدًا شكليًا في غالبية التشريعات التي نظمته وتطلبت الرسمية لانعقاده¹. إزاء هذه الانتقادات ظهر اتجاه آخر يري أن عقد البيع على الخريطة عقد بيع عقاري عادي.

الاتجاه الثاني: اعتبار عقد البيع على الخريطة كعقد بيع عقاري عادي:

أ. مضمون الاتجاه:

205. ذهب جانب من الفقه لتكييف عقد البيع على الخريطة كعقد بيع عقاري في صورته الكلاسيكية، وقد ساق أنصار هذا الاتجاه حججًا تؤيد قولهم، منها: تشابه محل كلا العقدين المتمثل في بيع عقار، وتشابه الالتزامات المُلقاة على عاتق المُطوّر العقاري والبائع وأهمها الالتزام بنقل ملكية العقار، والالتزام بالتسليم، والالتزام بالضمان، إضافة إلى تشابه الالتزامات المُلقاة على عاتق المشتري وأهمها الالتزام بدفع الثمن النقدي والالتزام بالتسليم؛ وعليه فوفقًا لهذا الاتجاه فإن عقد البيع على الخريطة لا يُخرج عن كونه عقد بيع عقاري لا يتمتع بأي خصوصية².

ب: انتقاد الاتجاه:

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٣٥.

² ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٦.

206. الاتجاه القائل بتكليف عقد البيع على الخريطة كعقد بيع عقاري، لا يُمكن التسليم بصحة قوله أو قبول حججه؛ وذلك للأسباب التالية:

207. السبب الأول: اختلاف محل كلا العقدين: إذا كان محل عقد البيع العقاري ينصب على عقار موجود ومعين فعلاً وقت التعاقد، فإن محل عقد البيع على الخريطة ينصب على عقار أو جزء من عقار لم يوجد بعد أو لم يكتمل بناءه وقت إبرام العقد¹.

208. السبب الثاني: اختلاف مضمون كلا العقدين ونية المتعاقدين: حيث إن في عقد البيع على الخريطة تنصرف نية المُطوّر العقاري والمشتري إلى استكمال أعمال بناء العقار، ثم الالتزام بنقل ملكية ذلك العقار والأرض المقامة عليه. بينما في عقد البيع العقاري التقليدي تنصرف نية البائع والمشتري إلى بيع الأرض، فنكون بصدد عقد بيع عادي قد يُلحق به عقد مقابلة لبناء العقار على الأرض²، أو قد يكون محل العقد عقار موجود بالفعل فتنتقل ملكية العقار بعد إتباع إجراءات التسجيل التي تتطلبها القانون.

209. السبب الثالث: طريقة انتقال الملكية وإجراءات التسجيل في كلا العقدين: تنتقل الملكية في عقد البيع العقاري التقليدي على مرحلة واحدة بعد إبرام العقد، واتخاذ

¹ محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، مطبعة سيد وهبة، ١٩٨٩، ص ٥٠.

² علاء حسين علي، عقد البيع تحت الإنشاء، دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص ٤٩ وما بعدها.

إجراءات التسجيل المعتادة التي تطلبها المشرع¹. بينما في عقد البيع على الخريطة خاصة في قانون البناء والإسكان الفرنسي فإن الملكية تنتقل بطريقتين مختلفتين:

210. الأولي: بصورة مرحلية، كما هو الحال في عقد البيع فور اكتمال بناء العقار في المستقبل، حيث تنتقل ملكية الأرض أولاً عند إبرام العقد في مرحلة أولي، ثم في مرحلة لاحقة تنتقل ملكية العقار بصورة مرحلية لكل جزء تم بناءه، بداية من لحظة بناءه وانتهاءً بلحظة اكتماله².

211. الثانية: انتقال الملكية دفعة واحدة أو على مرحلة واحدة، بيد أن انتقالها مؤجل للمستقبل بعد استكمال العقار في عقد البيع لأجل³. كما أنه في الغالب ما يكون بائع العقار في عقد البيع العادي مالكا للعقار، في حين العكس هو الغالب في بيع الوحدات على الخريطة فنادرًا ما يكون المطور مالك سواء لأرض المشروع أو للوحدات العقارية داخل المشروع.

¹ المادة رقم 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري؛ انظر أيضًا محكمة النقض، الدائرة المدنية، جلسة 2018/11/03، الطعن رقم 7002 لسنة 80 قضائية؛ محكمة النقض، الدائرة المدنية، جلسة 2017/12/25، الطعن رقم 2187 لسنة 79 قضائية.

² L'article L.261-3 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que l'article 1601-3 du code civil "La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes...".

³ L'article L.261-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que l'article 1601-2 du code civil : "La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, ...".

212. إضافة إلى اختلاف طريقة إجراءات تسجيل الملكية في عقد البيع على الخريطة عن إجراءات تسجيل الملكية في عقد البيع العقاري العادي والتي سوف نتناولها بقدر من التفصيل لاحقاً¹.

213. السبب الرابع: طريقة دفع الثمن في كلا العقدين: الثمن في عقد البيع العقاري العادي، يلتزم المشتري بدفعه فور إبرام العقد، بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن في عقد البيع على الخريطة مقسطاً ووفقاً لمدى تقدم المُطَوَّر العقاري في أعمال البناء².

214. بناء على تلك الأسباب المتقدمة لا يُمكن التسليم بصحة الاتجاه الذي نادي بتكليف عقد البيع على الخريطة كعقد بيع عقاري عادي، وهو ما دفع البعض لاعتباره من قبيل عقود المقاوله.

الاتجاه الثالث: اعتبار عقد البيع على الخريطة من قبيل عقود المقاوله:

أ. مضمون الاتجاه:

215. يري أنصار هذا الاتجاه أن عقد البيع على الخريطة يُعتبر من قبيل عقود المقاوله؛ وذلك تأسيساً على تشابه كلا العقدين في بعض الالتزامات التي تقع على عاتق المُطَوَّر العقاري والمقاول، كالاتزام ببناء العقار وتسليمه، والالتزام بالضمان العشري.

¹ انظر تفصيلاً الفقرة ٣٣٣ وما بعدها.

² انظر تفصيلاً الفقرة ٤٧٨ وما بعدها.

216. فمن ناحية الالتزام ببناء العقار وتسليمه: يؤكد أصحاب هذا الاتجاه أن في عقد المقاولة الذي محله بناء عقار، يلتزم المقاول ببناء العقار وتسليمه لرب العمل الذي يعمل لحسابه، ولكن بشكل مستقل عن ذلك الأخير. وهو ذات الالتزام الذي يقع على عاتق المُطَوِّر العقاري تجاه المشتري، حيث يلتزم المُطَوِّر ببناء وتسليم العقار المتفق عليه في العقد، وهو إذ يُمارس عمله، يُمارسه مستقلاً هو الآخر عن رب العمل، إن لم يكن هو رب العمل.

217. ومن ناحية الضمان العشري: فإن كلا العقدين يرتبان الالتزام بالضمان العشري في ذمة المُطَوِّر العقاري والمقاول.

ب. انتقاد الاتجاه:

218. رغم قوة الأسباب التي سبقت في القول بأن عقد البيع على الخريطة من قبيل عقود المقاولة، بيد أنه لا يُمكن التسليم بصحة هذا الاتجاه، للأسباب التالية:

219. السبب الأول: اختلاف مضمون كلا العقدين: ففي حين أن مضمون عقد المقاولة يتمثل في التزام المقاول بأداء العمل لمصلحة وحساب رب العمل، والذي غالباً يقتصر على أعمال البناء والضمان، يتمثل مضمون عقد البيع على الخريطة في التزام المُطَوِّر العقاري بالبناء وتسليم العقار ونقل الملكية للمشتري والضمان¹.

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص 33.

220. السبب الثاني: عدم تحديد الأجر: إن إغفال تحديد الأجر أو المقابل المادي الذي يُحصل عليه المقاول في عقد المقاولة، لا يترتب عليه بطلان العقد¹. على العكس إغفال الثمن في عقد البيع على الخريطة يترتب عليه بطلان العقد، باعتباره في نهاية المطاف عقد بيع.

221. السبب الثالث: اختلاف دور المُطوّر العقاري عن دور المقاول: لا يُمكن إنكار مدى التشابه بين طبيعة عمل المُطوّر العقاري وطبيعة عمل المقاول، خاصة وأن عمل المُطوّر العقاري ما هو إلا بمثابة تطور في الدور الذي يلعبه المقاول في القطاع العقاري. رغم هذا التشابه بيد أنه لا يصح القول بأن عقد البيع على الخريطة يخضع لأحكام المقاولة؛ وذلك لاختلاف الدور والمهام التي يقوم بها المُطوّر في عقد البيع على الخريطة عن الدور والمهام التي يقوم بها المقاول في عقد المقاولة².

الاتجاه الرابع: عقد ذو طبيعة خاصة:

أ. مضمون الاتجاه:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٦٤، ص ٥٩ وما بعدها.

² لمزيد من التفصيل انظر سابقاً اختلاف دور ومهام المُطوّر العقاري عن المقاول الفقرة رقم ١١٢ وما بعدها.

222. يري جانب من الفقه المصري¹ والفرنسي² -وبحق- أن عقد البيع على الخريطة، سواءً كان عقد مسمي أو غير مسمي، فهو يقع في منطقة وسط بين عقد المقاوله وعقد البيع³. فهو يتشابه مع عقد المقاوله في كُون التزام المُطَوَّر العقاري هو ذات التزام المقاول المتمثل في بناء وتشبيد العقار وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها. كما يتشابه مع عقد البيع في كُون التزام المُطَوَّر العقاري هو ذات التزام البائع في عقد البيع العقاري والمتمثل في نقل ملكية العقار للمشتري.

ب. موقفنا من الاتجاه:

223. من جانبنا نؤيد الاتجاه القائل بأن عقد البيع على الخريطة هو عقد ذو طبيعة خاصة؛ فضلاً عن الاقتناع بمنطقية الحجج التي ساقها أنصاره، يُمكن التأكيد أنه في ضوء الانتقادات التي وجهت للاتجاهات الثلاثة السابقة، وبما أن عقد البيع على الخريطة لا يُمكن قياسه على العقود المسماة المعروفة سواءً عقد الاستصناع، أو

¹ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٧؛ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٣٦.

² Jean-Claude Groslière, Corinne Saint-Alary-Houin, vente d'immeuble à construire, Validité du contrat, RDI, 1990, p.499; Vivien Zalewski-Sicard, Les ventes d'immeubles à construire et à rénover, 2^e édition, Droit notarial, Éditions Ellipses, 2016, p.12.

³ Philippe Malinvaud, Droit de la construction, Dalloz action, 2019, n° 530.111.

عقد البيع العقاري، أو عقد المقاولة، فلا مناص من التسليم بصحة عقد البيع على الخريطة وتمتعه بطبيعة خاصة. ومما يؤكد صحة ما نعتقد صوابه أمرين:

224. أولهما: حرص العديد من المشرعين كالمشرع الفرنسي، الجزائري، القطري، البحريني، والإماراتي على تعريف وتنظيم عقد البيع على الخريطة في قوانين خاصة¹. فإذا كان من المتصور إخضاعه لأحد صور العقود المسماة، لما أفردت له التشريعات السابقة وغيرها نصوصًا خاصة.

225. ثانيهما: الاعتراف بالطبيعة الخاصة لعقد البيع على الخريطة هو الاتجاه الحديث الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في أحكامها². حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية صراحة أن عقد البيع على الخريطة لا يُمكن تكييفه كعقد بيع تقليدي، فقد أكدت المحكمة بعبارات واضحة أن عقد البيع على الخريطة يتمتع بخصائص واضحة ومحددة، مقارنة بعقد بيع مبنى قائم. كما أكدت على أن ما يُميز عقد البيع على الخريطة هو محله المتمثل في عنصر موجود (الأرض) وقت إبرام العقد، وعنصر مستقبلي يجب أن ينفذه البائع (إقامة البناء) بعد إبرام العقد³.

¹ انظر تفصيلاً تعريف بعض التشريعات لعقد البيع على الخريطة الفقرة ١٨٢ وما بعدها.

² Cass, 3^e ch. civile, 8 décembre 2016, n° 15-16.930, n° 15-18.158 ;

Cass, 3^e ch. civile, 23 mai 2019, n° 17-17.90 ; Cass, 3^e ch. 17 septembre 2020, n° 19-17.393.

³ Cass. 1^{re} civ., 9 décembre. 2015, n° 14-29960, non publié au bulletin.

226. بعد أن تعرّفنا على مفهوم عقد البيع على الخريطة، وتوصّلنا للقول بأنه عقد ذو طبيعة خاصة؛ يتمتع بخصائص معينة تسمح بتمييزه عن غيره من العقود، فإن التساؤل الذي يثور ما هي هذه الخصائص التي يتمتع بها عقد البيع على الخريطة؟ الإجابة عن هذا التساؤل سوف تكون محل دراسة الغصن القادم.

الغصن الثاني

خصائص عقد البيع على الخريطة

227. تمهيد: يُمكن أن نستنتج من الاتجاهات السابقة التي حاولت تكييف عقد البيع على الخريطة، مع التسليم في نهاية المطاف بأنه عقد ذو طبيعة خاصة، أن ذلك العقد يشترك مع عقد البيع العقاري في خصائص عامة كونه عقد معاوضة، ملزم للجانبين، متراخي التنفيذ، ومحدد¹ ويفترق عنه في خصائص أخرى، تميزه عن غيره من العقود، كونه عقد ذو طبيعة مُركبة، وعقد ذو طبيعة مختلطة، وعقد ذو طبيعة تمويلية وتنموية، وعقد شكلي، وعقد إذعان، وعقد تنتقل فيه الملكية بصورة مرحلية، وعقد يُدفع فيه الثمن مقسطاً وفقاً لمدي تقدم أعمال البناء، وتلك الخصائص الأخيرة هي التي ستكون محلاً للدراسة دون غيرها تجنباً للإطالة والتكرار، وذلك على النحو التالي:

الخاصية الأولى: عقد ذو طبيعة مُركبة:

228. يُعتبر عقد البيع على الخريطة عقد ذو طبيعة مُركبة حيث إنه يرد على عمل وملكية. فمن ناحية أولى: يُعد عقد البيع على الخريطة من العقود الواردة على العمل؛ حيث يلتزم المُطوّر العقاري بمقتضى عقد البيع على الخريطة بالبناء أو باستكمال البناء وتسليمه للمشتري². ومن ناحية ثانية: يُعد عقد من العقود الواردة على

¹المزيد من التفصيل حول هذه الخصائص العامة راجع محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها.

² Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.166.

الملكية، حيث يلتزم بموجبه المُطَوَّر العقاري بنقل ملكية الأرض والعقار للمشتري، الذي يلتزم بدوره بدفع الثمن مقسماً. وعلى ذلك فعقد البيع على الخريطة لا يُعتبر عقد بيع نهائي، كما لا يُمكن اعتباره عقد مقاولة، فهو عقد مستقل له خصائص تميزه عن كلا العقدين¹.

الخاصية الثانية: عقد ذو طبيعة مختلطة:

229. يُعتبر عقد البيع على الخريطة من العقود ذات الطبيعة المُختلطة، حيث يُعتبر ذا طبيعة تجارية بالنسبة للمُطَوَّر العقاري²، وفي ذات الوقت يعتبر ذا طبيعة مدنية للمشتري، الذي لا تتوافر فيه صفة التاجر ولا يُعتبر نُصرفه (شراء العقار) عملاً تجارياً. هذه الطبيعة المُختلطة تمنح المشتري حرية الاختيار في التمسك بقواعد القانون التجاري أو المدني حال الرجوع على المُطَوَّر العقاري، كما تسمح له بالاستفادة من مبدأ حرية الاثبات في المعاملات التجارية³.

الخاصية الثالثة: عقد ذو طبيعة تمويلية وتنموية:

230. من ناحية أولى بالنسبة للطابع التمويلي: ذكرنا فيما سبق⁴ أن مهمة توفير التمويل اللازم لمشروع التطوير العقاري هي أحد المهام التي تقع على عاتق المُطَوَّر

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٢٢.

² لمزيد من التفصيل حول تجارية عمليات التطوير العقاري انظر سابقاً الفقرة ١٣٦ وما بعدها.

³ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها.

⁴ انظر تفصيلاً في الفصل الأول الفقرة ١٠١ وما بعدها.

العقاري؛ ونظرًا لضخامة حجم التمويل المطلوب لتلك المشروعات، فقد اجبر الواقع العملي المُطَوِّرين العقاريين على ابتداع آليات وتقنيات تعاقدية تسمح لهم بتوفير التمويل اللازم لمشروعات التطوير العقاري، سواء قبل البدء في أعمال البناء أو أثناءه. ومن أهم تلك التقنيات التعاقدية عقد البيع على الخريطة، الذي يسمح بتوفير السيولة اللازمة للمُطَوِّرين العقاريين، ودون تحمل أية فوائد كما هو الحال في القروض¹، من خلال الدفعات التي يدفعها راغبى الشراء كضمان لحجز الوحدة العقارية، أو من خلال الأقساط التي يدفعها المشتري لتلك الوحدات². أو من خلال القروض التي يُمكن للمُطور العقاري الحصول عليها من البنوك بضمان مشروع التطوير.

231. من ناحية ثانية بالنسبة للطابع التنموي: عقد البيع على الخريطة أضحى يُمثل أحد أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدولة في تحقيق أهدافها التنموية والعمرانية؛ وذلك من خلال توفير سكن ملائم عصري لمحدودي ومتوسطي الدخل وحتى لأصحاب الدخل المرتفعة. كما أن تقنية البيع على الخريطة تعمل على تشجيع ودعم القطاع العقاري، من خلال الاستثمارات التي يضخها المُطَوِّرين العقاريين في السوق العقاري، إضافة إلى تشغيل الأيدي العاملة في المجال العقاري، وهو ما يلعب دورًا ذا بال في دفع عجلة التنمية الاقتصادية³.

¹ وهو ما يجعل عقد البيع على الخريطة وسيلة تمويل تتفوق على وسائل التمويل الأخرى، ويُفسر انتشار مثل هذه العقود دون غيرها وزيادة اعتماد المُطَوِّرين عليها في الآونة الأخيرة.

² محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٥٣.

³ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٥٤.

الخاصية الرابعة: عقد شكلي:

232. القاعدة العامة في العقود والتصرفات العقارية هي الشكلية، حيث تُعتبر الركن الرابع بجانب الرضا والمحل والسبب، والتي يترتب على تخلفها البطلان. ولم يُخرج عقد البيع على الخريطة على هذه القاعدة العامة، حيث تتطلب أغلب التشريعات التي نظمت ضرورة إفراده في عقد رسمي كما هو الحال في قانون البناء والإسكان الفرنسي في المادة رقم 11-261.L والتي تم تعديلها عام ٢٠١٨ حيث نصت صراحة أن عقد البيع على الخريطة يجب أن يُبرم بشكل رسمي¹. وكما هو الحال في التشريع الجزائري حيث أكد المشرع صراحة على شكلية ورسمية عقد البيع على الخريطة في المادة رقم ٢٥ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية حيث جاءت صياغتها على النحو التالي "يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يُعد قانوناً في الشكل الرسمي...".

233. إضافة لما تقدم يُمكن ملاحظة أن الشكلية في عقد البيع على الخريطة تتسم بطابع خاص، وذلك لأن إجراءات تسجيل عقد البيع على الخريطة ليست هي ذات الإجراءات المألوفة في عقود البيع العقارية. فقد اشترطت بعض التشريعات إجراءات معينة في تسجيل عقد البيع على الخريطة كاشتراط التسجيل المبدئي والتسجيل النهائي

¹ L'article L261-11 du Code de la construction et de l'habitation, modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 - art. 75" Le contrat doit être conclu par acte authentique...".

لنقل ملكية الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، كما فعل المشرع الإماراتي في المادة ٣٤ فقرة ب من قانون إمارة عجمان رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري التي اشترطت التسجيل المبدئي للوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، حيث قضت صراحة بأن "تُسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المُباعة على الخارطة، وتقع باطلة التصرفات القانونية الناقلة أو المُقيدة للملكية أو أي من الحقوق المتفرعة عن الملكية التي ترد على الوحدات العقارية، إذا لم يتم تسجيلها في السجل العقاري المبدئي". وكذلك المادة ٣٥ من ذات القانون التي اشترطت بدورها التسجيل النهائي في السجل العقاري النهائي للوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، حين نصت صراحة أنه "عند صدور شهادة إنجاز مشروع التطوير العقاري الفرعي واعتماد المسح العقاري النهائي يجب على المُطوّر القيام بالآتي: ١. نقل ملكية الوحدات العقارية المُباعة إلى المشتريين، في حالة سدادهم كامل الثمن خلال مدة أقصاها (٣٠) يوم واستخراج شهادة ملكية وحدة عقارية. ٢. نقل ملكية الوحدات العقارية الشاغرة باسم المُطوّر ودفع الرسوم المُقررة عن التسجيل". هذه الإجراءات هي ما دفعت جانب من الفقه للتأكيد وبحق أن عقد البيع على الخريطة " عقد شكلي ابتداء وانتهاء"¹.

234. بطبيعة الحال تلك الشكلية والإجراءات غير المألوفة في التسجيل، يُمكن تبريرها بأهمية عقد البيع على الخريطة وأهمية محله، إضافة إلى استهداف المشرعين

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٤٤.

حماية مشتري الوحدات العقارية، فضلاً عن حماية الثروة العقارية. وهو ما نأمل أن يتبناه المشرع المصري إذا ما قرر تنظيم عقد البيع على الخريطة.

الخاصية الخامسة: عقد إذعان:

235. غالباً ما يقوم المُطوّر العقاري بإعداد وصياغة بنود عقد البيع على الخريطة، ويُضمّن فيه مواصفات الوحدة العقارية محل العقد، والتمن، وطريقة دفع الثمن، وتواريخ استحقاق الأقساط، وميعاد التسليم، وغيرها من الشروط التي هي في واقع الأمر لا تُحقق إلا مصلحته وتهدف إلى حمايته. وإذا ما رغب شخص في الحصول على تلك الوحدة العقارية من المُطوّر العقاري، فما عليه إلا الموافقة على تلك الشروط دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها.

236. لذا ذهب جانب من الفقه¹ وبحق أن عقد البيع على الخريطة ما هو في حقيقته إلا عقد إذعان²، خاصة وأن المشتري ليس لديه الخبرة الفنية التي تمكنه من المناقشة والتفاوض، ولا يملك المقدرة المالية لشراء العقار دون تقسيط ثمنه، إضافة إلى كَوْن العقار السكني من أهم الحاجات الأساسية.

¹نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقود وتطبيقاته في بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٢٢٦؛ محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٦ وما بعدها؛ سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء، المرجع السابق، ص ٣٠.

²قارن عكس ذلك من يري أن عقد البيع على الخريطة عقد مساومة: محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٥٠.

237. ومن جانبنا نميل لاعتبار عقد البيع على الخريطة عقد اذعان؛ وذلك لأن وصفه كعقد اذعان يُحول للمشتري من اللجوء للقضاء بُغية تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، والمطالبة بتعديل الشروط التعسفية التي تضمنها عقد البيع على الخريطة، وفرضها عليه المطور العقاري باعتباره مهنيًا محترفًا.

الخاصية السادسة: عقد تنتقل فيه الملكية بصورة مرحلية:

238. تنتقل ملكية الوحدة العقارية من المُطوّر العقاري إلى المشتري معلقة على شرط واقف، وبطبيعة الحال ذلك الشرط لا يمنعه من أن يتصرف في الوحدة العقارية سواء بالبيع أو بأي تصرف عقاري آخر¹. وفي ذات الوقت تظل ملكية العقار للمُطوّر العقاري معلقة على شرط فاسخ، فإذا قام المشتري بدفع كامل الأقساط تحقق الشرط الواقف وتنتقل الملكية إليه بأثر رجعي، وتحقق في نفس الوقت الشرط الفاسخ، ومن ثم تزول الملكية عن المُطوّر بأثر رجعي؛ على اعتبار أن الشرط الواقف والفاسخ يشكلان ذات الواقعة². انتقال الملكية بهذه الطريقة المرحلية تبرره خصوصية محل عقد البيع على الخريطة، فالملكية، في ذلك العقد لا تنتقل مرة واحدة كما هو الشأن في عقد البيع العادي³.

¹ المادة ٦ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن التسجيل العقاري المبدئي لإمارة دبي تجيز صراحة للمشتري التصرف في الوحدة العقارية المباعة على الخريطة بالنص أن "يجوز التصرف في الوحدات العقارية المباعة على الخارطة والمسجلة في السجل العقاري المبدئي لدي الدائرة بالبيع أو الرهن وغير ذلك من التصرفات القانونية".

² ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٣.

³ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.174.

الخاصية السابعة: عقد يُدفع فيه الثمن مقسطاً وفقاً لمدى تقدم أعمال البناء:

239. لا يُشترط في عقد البيع على الخريطة أن يكون ثمن الوحدة العقارية معجلاً؛ فغالباً ما يتم دفع ثمن الوحدة على أقساط متتابعة يُتفق على مواعيدها في العقد، وفقاً لمدى تقدم عمليات بناء مشروع التطوير العقاري. فالتزام المشتري بتسديد الثمن مرتبط دائماً بدرجة التقدم والانجاز في عمليات بناء وتشبيد مشروع التطوير. كما يُمكن في جميع الأحوال الاتفاق على إعادة النظر في سعر الوحدة العقارية وفقاً لبعض المستجدات الاقتصادية¹.

240. بعد أن تعرّفنا على مفهوم عقد البيع على الخريطة، واستعرضنا أهم المحاولات لتكييفه، وحددنا خصائصه، ننتقل للتعرف على كيفية انعقاد عقد البيع على الخريطة، من خلال دراسة صور ومراحل ذلك العقد في بعض التشريعات التي تناولته بالتنظيم، وذلك في المطلب القادم.

¹ L'article L261-11-1 du Code de la construction et de l'habitation qui est modifié par Décret n°2014-114 du 7 février 2014 – art. 1" Au cas où le contrat défini à l'article L. 261-11 prévoit la révision du prix, celle-ci ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment et publié par l'autorité administrative. La révision ne peut être faite sur chaque paiement ou dépôt que dans une limite exprimée en pourcentage de la variation de cet indice".

المطلب الثاني

صور ومراحل عقد البيع على الخريطة

241. تمهيد وتقسيم: سبق الذكر أن من أهم ما يُميز عقد البيع على الخريطة عن غيره من العقود هو طريقة انتقال الملكية، والطريقة التي يُدفع بها الثمن¹. وإذا ما تعلق الأمر بتقنية بيع العقار على الخريطة، فهناك العديد من الأسباب التي تجعل إبرام العقد النهائي على الفور غير مُمكن أو على الأقل غير مرغوب فيه من طرفي العقد: كتخوف المشتري من التأخر أو عدم تسلم الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، أو تخوف المُطوّر العقاري من ارتفاع الأسعار؛ لذلك فإن إبرام عقد البيع على الخريطة غالبًا ما يتكون من مرحلتين: الأولى و تتمثل في إبرام العقد التمهيدي أيًا كانت صورته، والمرحلة الثانية تتمثل في إبرام عقد نهائي أيًا كانت صورته، حيث لم تتفق كلمة القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة على صورة واحدة لتلك المراحل، بيد أن الجامع المشترك بينها هو وجود عقد تمهيدي يتبعه عقد نهائي.

242. كما تجدر الإشارة إلى أن عقد البيع على الخريطة، ورغم كونه انتقال الملكية فيه مرحلي أو مؤجل فإنه لا يُشترط لشراء وحده عقارية بتقنية البيع على الخريطة ضرورة المرور الإجباري بالمرحلتين - وإن كان ذلك هو الغالب عملاً- حيث يستطيع المشتري إبرام العقد النهائي مباشرة. ومن ثم تتبدي أهمية دراسة مراحل إبرام عقد البيع على الخريطة بمزيد من التفصيل في فرعين على التوالي:

¹ انظر سابقًا خصائص عقد البيع على الخريطة الفقرة ٢٢٧ وما بعدها.

الفرع الأول: المرحلة الأولى (العقد التمهيدي).

الفرع الثاني: المرحلة الثانية (العقد النهائي).

الفرع الأول

المرحلة الأولى (العقد التمهيدي)

243. تمهيد: المرحلة الأولى من مراحل عقد البيع على الخريطة هي مرحلة إبرام العقد التمهيدي¹، ذلك الأخير اختلفت التسميات التي أطلقتها عليه القوانين التي عنيت بتقنينه. فنجد المشرع الفرنسي سماه العقد التمهيدي، ويُطلق عليه عملاً عقد الحجز، بينما نجد المشرع الجزائري أسماه بعقد حفظ الحق، في حين استخدم المشرع الإماراتي سند الحجز. أيًا ما كان مسماه فمضمونه واحد؛ لذا سوف نستعرض تعريفه وتكييفه على النحو التالي:

أولاً: تعريف العقد التمهيدي: (عقد الحجز Contrat de réservation)

244. العقد التمهيدي في التشريع الفرنسي: استخدم المشرع الفرنسي مصطلح العقد التمهيدي، للدلالة على المرحلة الأولى من مراحل عقد البيع على الخريطة. حيث عرّفه في المادة 15-261 L بأنه ذلك العقد المبدئي الذي يتعهد بموجبه البائع بحجز عقار لمشتري أو جزء من العقار، مقابل وديعة ضمان (تأمين مالي) يتم إيداعها في حساب خاص. ويجب أن يتضمن هذا العقد المعلومات الأساسية المتعلقة بمواصفات العقار، ومواعيد تنفيذ أعمال البناء، بالإضافة إلى تحديد موقع وسعر المساحة

¹ تجدر الإشارة إلى أن الواقع العملي أثبت أن العقد النهائي دائماً ما يتضمن بند تمهيدي يُشير إلى العقد التمهيدي أو عقد الحجز، باعتباره جزء لا يتجزأ من العقد النهائي؛ وذلك لحسم الخلاف حول مدى ارتباط العقدتين.

المحجوزة، وتلك الأموال المودعة كضمان غير قابلة للتصرف، أو السحب أو التحويل حتى يتم إبرام عقد البيع...¹.

245. العقد التمهيدي في التشريع الجزائري: استخدم المشرع الجزائري مصطلح عقد حفظ الحق للدلالة على المرحلة الأولى من مراحل عقد البيع على الخريطة. حيث عرّفه في المادة ٢٧ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بأنه ذلك "العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنتهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير...".

246. العقد التمهيدي في التشريع الإماراتي:

247. يُمكن القول إن أغلب تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة¹ لم تتعرض لتنظيم العقد التمهيدي كمرحلة أولى من مراحل عقد بيع العقار على الخريطة، بيد أن

¹ L'article L261-15 du Code de la construction et de l'habitation "La vente prévue à l'article L. 261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble. Ce contrat doit comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé. Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente...".

التوجه الحديث يُظهر توجه المشرع الإماراتي للأخذ بفكرة العقد التمهيدي. هذا ما يُمكن استنباطه من موقف المشرع المحلي لإمارة عجمان، الذي قنن العقد التمهيدي في المادة الأولى من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان بعنوان سند الحجز وعرفه بأنه "وثيقة يُصدرها المُطوّر تُفيد قيامه بحجز الوحدة العقارية باسم شخص طبيعي أو اعتباري، لقاء دفعه مبلغ مُعين".

248. على الرغم من اختلاف القوانين السابقة في تسمية العقد الذي يسبق العقد النهائي، فإن ذلك لا يترتب عليه اختلاف مضمون المرحلة التمهيديّة أو العقد التمهيدي في القوانين التي نظمتها، فهو في نهاية المطاف عقد يسبق العقد النهائي لبيع الوحدة العقارية، يتعهد فيه المُطوّر العقاري بحجز وتخصيص وحدة عقارية مُعينة في مشروع التطوير لصالح الحاجز الذي يلتزم بدفع مبلغ مُعين، كما يجب أن يتضمن العقد أيًا كان أسمه بعض البيانات الرئيسية كبيانات الوحدة العقارية محل العقد والتي تسمح بتمييزها عن غيرها، وثمان الوحدة طريقة ومواعيد السداد، الخ².

249. بيد أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما هي طبيعة ذلك العقد التمهيدي؟
بعبارة أخرى ما هو تكييفه القانوني؟

¹ تجدر الإشارة أيضًا أن التشريع القطري والبحريني لم يتعرّضًا لمفهوم العقد التمهيدي.

² ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٧.

ثانيًا: تكييف العقد التمهيدي:

250. تذهب غالبية الفقه الفرنسي¹ وبحق للتأكيد على أن العقد التمهيدي، ما هو إلا عقد وعد بالبيع والشراء ملزم للجانبين (المُطوّر والحاجز). ومن ثم فلا يُمكن تكييفه كعقد وعد بالبيع أو عقد بالشراء من جانب واحد.

251. فمن ناحية عدم إمكانية تكييفه بعقد وعد بالبيع من جانب واحد (المُطوّر)؛ فنظرًا لأن المُطوّر العقاري يلتزم فيه ببيع الوحدة العقارية إذا أظهر الحاجز رغبته في

¹Jean-Louis Bergel, Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire : unité ou dualité, JCP G ,1974, p.669 ; Corinne Saint-Alary-Houin. Vente d'immeuble à construire. Revue de Droit Immobilier, Éditions Dalloz, 1990, p.91; Corinne Saint-Alary-Houin, Une promesse de vente peut être conclue sous condition suspensive de l'obtention d'un crédit-bail, Revue de Droit Immobilier, n° 1, 2005, p.27; Camille Dreveau, Qualification d'un contrat de réservation en matière de bail d'habitation, Actualité juridique. Droit immobilier – AJDI, n° 7, 2015, p.518; Fanny Garcia, VEFA : effets de la nullité du contrat préliminaire, Dalloz actualité, 19 mai 2017, p.1; Jean-Philippe Tricoire, Cyrille Charbonneau, Covid-19 et VEFA, RDI 2020. p.216.Voir aussi Camille Dreveau, Qualification et régime du contrat préliminaire, Dalloz actualité, 21 déc. 2011 ; Jean-Louis Bergel, Promesses de vente d'immeuble, Lamy, 2012 ; Jean-Philippe Tricoire, Le droit de la promotion immobilière 50 ans après la loi du 3 janvier 1967, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1^{re} édition, 2017.

الشراء خلال مدة معينة، وفي الوقت ذاته يلتزم الحاجز بالشراء ودفع المقابل المالي لحجز الوحدة العقارية.

252. ومن ناحية عدم إمكانية تكييفه بعقد وعد بالشراء من جانب واحد (الحاجز) فكما يتعهد الحاجز بأن يشتري الوحدة من المُطوّر العقاري إذا رغب الأخير في البيع خلال مدة معينة، فإن المُطوّر يلتزم بدوره بالبيع لذلك الحاجز.

253. بناء على ما تقدم نحتاج لتكييف العقد التمهيدي أو الابتدائي السابق لعقد البيع النهائي¹، كوعد بالبيع والشراء ملزم للجانبين، حيث ينشئ التزام في ذمة المُطوّر العقاري والحاجز بإبرام عقد البيع النهائي في الموعد المتفق عليه. فإذا أمتنع أحد الطرفين دون سبب أو مبرر مشروع عن القيام بالتزامه، جاز للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزامه. فإذا امتنع المُطوّر، فيمكن للمشتري استصدار حكم بصحة التعاقد أو بوقوع البيع، حيث يقوم هذا الحكم مقام العقد النهائي. وإذا امتنع المشتري عن إبرام العقد النهائي، فيحق للمُطوّر الاحتفاظ بمقدم الحجز الذي يأخذ أحكام العربون الذي يدفعه المشتري للبائع، كما يحق للمُطوّر طرح وبيع العقار لأي مشتري آخر².

¹ يري عميد الفقه المدني المصري بأن الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين هو الصورة المثلى لعقد البيع الابتدائي. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة- الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، ٢٠١٠، ص ٨١.

² ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٨٠.

254. ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي قد أخذ بتكييف العقد التمهيدي كعقد وعد بالبيع والشراء ملزم للجانبين في المادة 5-261.L. من قانون البناء والإسكان¹، فبعد أن نظّم أحكام العقد التمهيدي، أكد صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة على بطلان أي وعد بالشراء أو البيع من جانب واحد بخلاف العقد التمهيدي الذي نظّمته المادة². كما أن تكييف العقد التمهيدي كعقد بيع وشراء ملزم للجانبين هو التكييف الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية³ صراحة في حكم شهير لها بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٧٥⁴ ومنذ ذلك التاريخ والأحكام القضائية متواترة على ذلك التكييف⁵.

255. تكييف العقد التمهيدي كعقد بيع وشراء ملزم للجانبين هو ما أخذت به أيضًا محكمة النقض في أبو ظبي حيث اعتبرت المحكمة صراحة أن عقد اتفاقية الحجز هو

¹ Hervé Lécuyer, Les vicissitudes de l'avant-contrat n'affectent pas la validité de la vente en l'état futur d'achèvement, Defrénois 11 juill. 2019, n° 150e9, p. 30.

² L'article L.261-5 III du Code de la construction et de l'habitation " Est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente".

³ La Cour de cassation estime que le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation n'est pas une promesse de vente mais un contrat sui generis.

⁴ Cass, 3^e Ch. Civ., 27 October. 1975, Bull. civ. III, n° 309.

⁵ Paris 28 novembre. 1991, D. 1993. 360 ; Versailles, 17 mars 1994, RDI 1994. 462 ; Cass, 3^e ch. Civ., 30 novembre 2011, n°10-25.451, Publié au bulletin ; Cass, 3^e ch. Civ., 12 avril 2018, n°17-13.118, Publié au bulletin.

عقد بيع ابتدائي للوحدة العقارية، خاصة إذا ما تضمن العقد كافة العناصر الجوهرية دون العناصر الثانوية، التي تكون محلها اتفاقية البيع النهائي بين المطور العقاري والمشتري¹.

256. بعد استعراض مفهوم وتكييف العقد التمهيدي والذي يُمثل المرحلة الأولى للبيع على الخريطة، ننتقل لدراسة العقد النهائي باعتباره يُشكل المرحلة الثانية من مراحل عقد البيع على الخريطة في الفرع القادم.

¹نقض مدني أبو ظبي، الطعن رقم ١٠٠١ لسنة ٢٠٠٩، س ٤ ق.أ. جلسة ٢٠/٦/٢٠١٠، مشار إليه لدى ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٩؛ انظر كذلك نقض تجاري أبو ظبي، الطعن رقم ٦٩٩ لسنة ٢٠١٧ س ١١ ق.أ، جلسة ٢٧/١١/٢٠١٧.

الفرع الثاني

المرحلة الثانية (العقد النهائي)

257. تمهيد: رأينا أن عقد البيع على الخريطة يُمر غالبًا بمرحلتين: الأولى تتمثل في إبرام العقد التمهيدي أو عقد الحجز الذي تتاولناه في الفرع السابق. والمرحلة الثانية تتمثل في مرحلة إبرام العقد النهائي لبيع العقار على الخريطة والذي نظمته وعرفته بعض التشريعات على النحو التالي:

258. تعريف العقد النهائي لبيع العقار على الخريطة في التشريع الفرنسي: أول من قنن عقد البيع النهائي على الخريطة هو المشرع الفرنسي¹، حيث عرفته المادة L.261-10 من قانون البناء والإسكان الفرنسي بأنه العقد الذي "يُهدف إلى نقل ملكية عقار أو جزء من عقار مُعد للاستخدام السكني أو للاستخدام المهني والسكني، والذي بموجبه يلتزم المشتري بدفع أقساط أو دفعات مالية قبل انتهاء أعمال البناء..."².

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.163.

² L'article L261-10 du Code de la construction et de l'habitation "Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du code civil, reproduits aux articles L. 261-2 et

259. وقد أعتمد المشرع الفرنسي طريقتين لبيع العقار المزمع بناءه في المستقبل (البيع على الخريطة) بحيث يُمكن للمُطوّر العقاري والمشتري اللجوء لأحدهما كصور أو طرق لإبرام العقد النهائي للبيع على الخريطة¹:

الصورة الأولى: البيع لأجل: La vente à terme

260. عقد البيع لأجل: عرّفه المشرع الفرنسي في المادة 2-261 L. من قانون البناء والإسكان، وكذلك المادة 2-1601 من التقنين المدني بأنه "العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بتسليم العقار عند اكتمال بناءه، ويلتزم المشتري بالاستلام ودفع الثمن وقت التسليم. وتنتقل الملكية بقوة القانون وفقاً لعقد رسمي بعد انتهاء أعمال البناء، وتمتد آثار العقد بأثر رجعي ليوم البيع"².

L. 261-3 du présent code. Il doit, en outre, être conforme aux dispositions des articles L. 261-11 à L. 261-14 ci-dessous..."

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.340.

² L'article L.261-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que l'article 1601-2 du code civil : "La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente".

الصورة الثانية: البيع فور اكتمال بناء العقار في المستقبل¹: (La vente en l'état futur d'achèvement)

261. عقد البيع فور اكتمال بناء العقار في المستقبل: عرّفه المشرع الفرنسي في المادة 3-261 L من قانون البناء والإسكان، وكذلك المادة 3-1601 من التقنين المدني بأنه "العقد الذي بموجبه ينقل البائع على الفور إلى المشتري حقوقه في الأرض وملكية المنشآت القائمة. كما تصبح أعمال البناء المستقبلية ملكًا للمشتري بمجرد تنفيذها. في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن وفقًا لمدى التقدم في أعمال البناء، في حين يحتفظ البائع بصلاحيات صاحب العمل حتى يتم الانتهاء من تسليم أعمال البناء"².

262. تعريف عقد البيع النهائي في التشريع الجزائري: هذا المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي وعرّف عقد البيع النهائي في المادة 26 القانون رقم 11-14 لسنة 2011

¹ ترجمة غير حرفية للمؤلف. *

² L'article L.261-3 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que l'article 1601-3 du code civil " La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux".

المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بأنه "كل عقد رسمي يُحوّل بموجبه المرقي العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة...".

263. يُمكن ملاحظة أن النصوص الفرنسية والجزائرية التي عرّفت العقد، أكدت صراحة على جوهر العقد والتزامات طرفيه سواء المُطوّر الذي يلتزم بنقل الملكية، والمشتري الذي يلتزم بدفع الثمن.

264. أيًا ما كان تعريف العقد النهائي لبيع العقار على الخريطة، فإن التشريعات التي نظمته حرصت على تضمينه عدة بيانات جوهرية. فعلى سبيل المثال حددت المادة L.261-11 من قانون البناء والإسكان الفرنسي البيانات التي يجب أن يشتمل عليها العقد النهائي لبيع العقار على الخريطة بصورتيه إضافة إلى اشتراط رسمية العقد، والتي تتمثل في: أ. تعيين العقار المبيع أو جزء منه¹؛ ب. ثمن العقار وشروط الدفع؛ ج. ميعاد التسليم؛ د. الضمان المالي أو الدفعات التي قام بدفعها حاجز الوحدة،

¹ يُشترط في عقد البيع على الخريطة وصف العقار المزمع ببناءه أو استكمال أعمال ببناءه وصفاً دقيقاً؛ حيث لا يشترط أن يكون العقار موجوداً وقت التعاقد وإنما يكفي أن يكون قابلاً للوجود في المستقبل. وعليه أيه حال يكفي للقول بإبرام العقد الاتفاق على العناصر الجوهرية كمساحة الوحدة العقارية محل العقد، رقم الوحدة، رقم المبني، رقم الطابق، الذي توجد فيه الوحدة، عدد الغرف، الجهات المحيطة بالمبني أو بالوحدة العقارية...إلخ.

... كما يجب أن يُذكر أيضًا ما إذا كان السعر قابلاً لإعادة النظر أو المراجعة أم لا،
وإذا كان الأمر كذلك، يجب أن يُذكر شروط مراجعته...¹.

265. وتجدر الإشارة إلى أن البيانات التي اشترطها النص السابق تخضع للقواعد العامة لإبرام عقود البيع العقارية في القانون الفرنسي والمصري لذا نحيل إليها تجنباً للتكرار²، فيما عدا بيان الثمن الذي يبدو أنه بحاجة لبيان؛ نظرًا لتمتعه بقدر من الخصوصية والذي سوف نتطرق له تفصيلاً عند الحديث عن التزام مشتري الوحدة العقارية بدفع الثمن³.

266. صفوة القول إن التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة لم تتفق كلمتها على صور أو مراحل ذلك العقد، ففي حين أهملت التشريعات العربية صورتي

¹Article L.261-11 du Code de la construction et de l'habitation Modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 – art. 75 " Le contrat doit être conclu par acte authentique et préciser : a) La description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu ; b) Son prix et les modalités de paiement de celui-ci ; c) Le délai de livraison ;

d) ..., la justification de la garantie financière prescrite à l'article L. 261-10-1, l'attestation de la garantie étant établie par le garant et annexée au contrat...Il doit également mentionner si le prix est ou non révisable et, dans l'affirmative, les modalités de sa révision".

²انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها.

³انظر لاحقاً الفقرة رقم ٤٦٥ وما بعدها.

عقد البيع على الخريطة، فإن النموذج الفرنسي تبني صراحة عقد حفظ الحق كعقد تمهيدي وعقد البيع النهائي كصور لعقد البيع على الخريطة، ومن ثم يُمكن القول إنه النموذج الأمثل الذي نأمل أن يتبناه المشرع المصري لما يحققه من مزايا لكلا طرفيه:

267. فبالنسبة للمشتري الذي يتخوف من دفع كامل ثمن العقار قبل أن يكون موجودًا على أرض الواقع، وفي ذات الوقت يخشى فوات فرصة شراء الوحدة العقارية، فإن إبرام عقد تمهيدي يحقق له مبتغاه، ويُمكنه من حجز الوحدة العقارية، كما يسمح له بالعدول عن التعاقد مقابل خسارة المبلغ الذي دفعه¹.

268. وفيما يُخص المطور العقاري فإن العقد التمهيدي يُحقق بدوره عدة مزايا له، خاصة إذا ما رغب في عدم الالتزام بأسعار نهائية للوحدات العقارية المقامة على أرض مشروع التطوير، حيث يسمح له العقد بمراجعة وإعادة النظر في الأسعار وفقًا لشروط ومعايير معينة. كما أن إبرام العقد التمهيدي يُزيد من فرص الحصول على تمويل وقروض مصرفية بضمان أموال الحاجزين للوحدات العقارية على أرض المشروع.

269. بعد أن تعرّفنا على مفهوم عقد البيع على الخريطة فقهاً وتشريعاً، واستعرضنا أهم المحاولات الفقهية والتشريعية لتكليفه، وحددنا على نحو دقيق خصائص سبع تميزه عن غيره من عقود البيع العقارية. وبعد أن تطرقنا تفصيلاً إلى استعراض آليات أو

¹ حيث يسمح المشرع الجزائري بذلك صراحة في المادة ٣٢ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تنص على أنه " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر...".

صور انعقاد عقد البيع على الخريطة بمرحلتها الأولى والمتمثلة في إبرام العقد التمهيدي والثانية المتمثلة في إبرام العقد النهائي، فإن عقد البيع على الخريطة، كأى عقد يرتب آثارًا تتمثل في مجموعة التزامات تقع على عاتق طرفيه (المُطوّر العقاري والمشتري)؛ لذا يبدو من الضروري استعراض تلك الآثار بقدر من التفصيل في المبحث القادم.

المبحث الثاني

أثار عقد البيع على الخريطة

270. تمهيد وتقسيم: عقد البيع على الخريطة كأى عقد بيع عقاري مُلزم للجانبين يُرتب التزامات على عاتق طرفيه المُطوّر العقاري من جانب، ومشتري الوحدة العقارية من جانب آخر. غير أن عقد البيع على الخريطة وكما ذكرنا عقد ذو طبيعة خاصة، هذه الطبيعة الخاصة كان لها تأثير بطبيعة الحال على طبيعة التزامات طرفي عقد البيع على الخريطة، بيد أن الأمر لا يصل إلى حد إغفال كون عقد البيع على الخريطة في نهاية المطاف عقد بيع عقاري. ومن ثم فعقد البيع على الخريطة يُرتب عليه الالتزامات العامة التي يُرتبها أي عقد بيع عقاري، إضافة إلى بعض الالتزامات التي ينفرد بها عقد البيع على الخريطة، خاصة فيما يتعلق بالتزامات المُطوّر العقاري تجاه مشتري الوحدة العقارية، بهدف مراعاة خصوصية محل العقد، وبُغية حماية مشتري تلك الوحدة العقارية.

271. ومما ينبغي أن نلفت النظر إليه أننا لن نتعرض لكافة الالتزامات العامة المُلقاة على عاتق المُطوّر العقاري والمشتري، وإنما سوف تقتصر المعالجة على الالتزامات العامة التي تتمتع بقدر من الخصوصية والتفرد من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية نتطرق لأهم الالتزامات الخاصة بعقد البيع على الخريطة. بناءً على ما تقدم يبدو من الضروري تقسيم المبحث الحالي لمطلبين: نعالج في مطلب أول: التزامات المُطوّر العقاري، ونتطرق في المطلب الثاني إلى التزامات مشتري الوحدة العقارية.

المطلب الأول

التزامات المطور العقاري

272. تمهيد وتقسيم: المطور العقاري هو الطرف الفاعل والأكثر أهمية في عقد البيع على الخريطة؛ باعتباره مهني محترف وخبير بأحوال القطاع العقاري، مقارنة بمشترى الوحدة العقارية. لذا كان من المنطقي أن تكون الالتزامات الملقاة على عاتقه محل عناية واهتمام من القوانين التي عيّنت بتنظيم عقد البيع على الخريطة أكثر من عنايتها بالالتزامات الملقاة على عاتق المشتري¹.

273. أيًا ما كان الأمر فإن الالتزامات الملقاة على عاتق المطور العقاري تنقسم إلى عدة التزامات يلتزم بها الأخير في المرحلة السابقة على التعاقد وإلى عدد من الالتزامات يتعهد بها من لحظة إبرام العقد وإلى ما بعد تسليم الوحدة العقارية للمشتري.

274. تعداد وتقسيم الالتزامات الملقاة على عاتق المطور العقاري بهذا الشكل يتناسب مع أهمية وخطورة دور المطور العقاري في عقد البيع على الخريطة، كما يلائم خصوصية محل عقد البيع على الخريطة، ويستهدف حماية مشتري الوحدة العقارية.

275. بناء على ما سبق يبدو من المناسب تقسيم المطلب لفرعين على النحو التالي:

¹ هذا ما يُفسر أيضًا عدم التوازن النسبي في معالجة المطلب الأول والمخصص لالتزامات المطور العقاري، وبين المطلب الثاني والمخصص لالتزامات مشتري الوحدة العقارية.

الفرع الأول: التزامات المُطَوَّر في المرحلة السابقة على التعاقد.

الفرع الثاني: التزامات المُطَوَّر من لحظة إبرام العقد وإلى ما بعد تسليم الوحدة العقارية.

الفرع الأول

التزامات المُطوّر في المرحلة السابقة على التعاقد

276. تمهيد: يلتزم المُطوّر العقاري في المرحلة السابقة على إبرام عقد البيع على الخريطة، بعدة التزامات قانونية تختلف من تشريع لآخر، تتناسب مع الطبيعة الخاصة التي يتميز بها عقد البيع على الخريطة عن غيره من عقود البيع العقارية. بيد أنه يُمكن حصر أهم هذه الالتزامات في التزامات ثلاثة، نتناولها على النحو التالي:

الغصن الأول: القيام ببعض الإجراءات القانونية والإدارية السابقة لعملية إبرام عقود البيع على الخريطة.

الغصن الثاني: الالتزام بعدم الإعلان إلا بعد الحصول على الترخيص.

الغصن الثالث: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

الغصن الأول

القيام ببعض الإجراءات القانونية والإدارية السابقة لعملية إبرام عقود البيع على الخريطة

277. تمهيد: يلتزم المُطوّر العقاري باتخاذ بعض الإجراءات القانونية والإدارية قبل البدء في تنفيذ أعمال مشروع التطوير العقاري؛ بصفته المسئول الأول عن المشروع أمام الجهات الإدارية في الدولة وأمام مشتري الوحدة العقارية. تلك الاجراءات تتعدد وتختلف من تشريع لآخر، لذا سوف نتناول أهم هذه الإجراءات الهادفة لحماية المشتري باعتباره الطرف الأولى بالحماية في عقد البيع على الخريطة.

أ. استخراج رخصة بناء مشروع التطوير العقاري:

278. تقع مهمة استخراج رخصة بناء مشروع التطوير العقاري على عاتق المُطوّر العقاري، باعتبارها دليل على احترام المُطوّر لاشتراطات البناء التي تتطلبها الدولة.

279. ولقد القت بعض التشريعات التي نظمت نشاط التطوير العقاري وعقد البيع على الخريطة هذا الالتزام صراحة على عاتق المُطوّر العقاري، كما هو الحال في المادة ١٠ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان والتي تنص أنه "لا يجوز إصدار ترخيص مشروع التطوير العقاري من السلطة المختصة إلا في المناطق والأراضي التي يُسمح فيها بالتطوير العقاري...". وكذلك المادة ١٥ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو

ظبي التي تنص على أنه "لا يجوز بيع أي وحدة عقارية على المخطط ما لم يتم استيفاء الشروط التالية: أ. موافقة الجهات المختصة على مشروع التطوير العقاري...".

280. وفي ظل غياب قانون في مصر يُنظم نشاط التطوير العقاري، يُمكن القول إن المُطوّر العقاري يخضع للقواعد العامة، ومن ثم يلتزم باستصدار رخصة بناء مشروع التطوير العقاري، وذلك إعمالاً للمادة ٣٩ من قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ التي تنص على أنه "يُحظر إقامة مبانٍ، أو منشآت، أو إقامة أعمال، أو توسيعها، أو تعليتها... دون الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم وفقاً للاشتراطات البنائية وقت إصدار الترخيص...". كذلك يجب على المُطوّر احترام الضوابط والاشتراطات التخطيطية والبنائية الجديدة للمدن المصرية الصادرة في ٢٠٢١.

ب. الالتزام بتسجيل مشروع التطوير العقاري:

281. بعد حصول المُطوّر العقاري على الرخص المطلوبة لإقامة مشروع التطوير، يلتزم الأخير بتسجيل مشروع التطوير العقاري المزمع بدء العمل فيه لدى الجهات الإدارية المختصة¹.

¹ كما هو الحال في المادة ١٣ فقرة ١ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي أكدت صراحة أنه "يجب على المُطوّر تسجيل مشاريع التطوير العقارية لدى الدائرة وفقاً لأحكام هذا القانون ولأئحته التنفيذية وتعليمات الدائرة".

282. كما ذهبت بعض التشريعات إلى أبعد من ذلك وتطلبت بالإضافة إلى تسجيل مشروع التطوير، ضرورة قيام المُطوّر العقاري بتسجيل الوحدات العقارية التي يتضمنها المشروع تفصيلاً، وكذلك ضرورة تسجيل عقود بيع تلك الوحدات العقارية، وكافة التصرفات القانونية التي ترد على تلك الوحدات¹. وبُغية توفير أقصى حماية لراغبي شراء الوحدات العقارية بنظام البيع على الخريطة، أُلزمت بعض التشريعات المُطوّرين العقاريين بتسجيل مخططات ورسوم المشروع لدى الجهات الإدارية²؛ وذلك بهدف مراقبة مدى التزام المُطوّر العقاري بتلك المخططات والرسوم التي حصل على الترخيص بناءً عليها.

¹ انظر على سبيل المثال المادة رقم ٢ من القرار البحريني رقم ٧ لسنة ٢٠١٥ بشأن سجل قيد البيع على الخريطة التي نصت أن "ينشأ بالجهاز سجل يسمى "سجل قيد البيع على الخريطة" ويكون عبارة عن سجلاً ورقياً من مجموعة صحائف أو إلكترونيًا، يقيد فيه المُطوّرُون ترخيص مشروع التطوير العقاري والوحدات الصادر بها الترخيص، وعقود بيع الوحدات العقارية، وكافة التصرفات القانونية التي ترد عليها".

² المادة رقم ١٥ فقرة ١ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي " لا يجوز بيع أي وحدة عقارية على المخطط ما لم يتم استيفاء الشروط التالية: ب- إيداع مخطط التطوير الرئيسي أو الفرعي الخاص بمشروع التطوير العقاري لدى السجل العقاري في الدائرة بما في ذلك مخطط الطبقات والمخطط المجمع المبدئي".

283. كما أُلقت بعض التشريعات¹ على عاتق المُطوّر العقاري الالتزام بالاحتفاظ بسجل خاص بمشتري الوحدات العقارية في مشروع التطوير العقاري الراغبين في شراء الوحدات بتقنية البيع على الخريطة، هذا السجل تدون فيه كافة البيانات المتعلقة بالمشروع وبالحاجزين أو مشتري الوحدات. وذلك بهدف سهولة الوصول لمعلومات وبيانات المشروع ووحداته العقارية وكذلك مشتري تلك الوحدات.

ج. الحصول على الموافقة بالبيع أو بطرح الوحدات العقارية للبيع:

284. أُلزمت بعض التشريعات المُطوّر العقاري قبل الشروع في بيع الوحدات العقارية للمشتريين بضرورة الحصول على الموافقة ببيع الوحدات العقارية من الجهات الإدارية المختصة². وبهدف توفير أقصى درجات الحماية لراغبي شراء الوحدات العقارية حظرت بعض القوانين صراحة على المُطوّر أن يُبرم أية عقود حتى ولو عرفية لبيع الوحدات العقارية بنظام البيع على الخريطة التي لم تصدر الموافقة على بيعها أو

¹ انظر على سبيل المثال المادة ١٥ من قانون التطوير والاستثمار العقاري السوري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ التي قضت بأن "يحتفظ المُطوّر العقاري بسجل خاص للمشتريين لكل مشروع على حدة تدون فيه البيانات التي تحددها التعليمات التنفيذية".

² المادة ٤ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي " لا يجوز للمُطوّر الرئيسي أو الفرعي البدء في تنفيذ المشروع أو بيع وحداته على الخارطة قبل استلام الأرض التي سيقام عليها المشروع والحصول على الموافقات اللازمة من الجهات المختصة بالإمارة". وكذلك المادة ٢٤ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان "يجوز للمُطوّر بيع الوحدات العقارية في مشروع التطوير العقاري على الخارطة بعد صدور تصريح للبيع من الدائرة".

طرحها للمشتريين من قبل الجهات الإدارية المختصة، ورتبت البطلان كجزء لأي عقد يُبرم بين المُطوّر العقاري والمشتري قبل الحصول على الموافقة¹.

د. فتح حساب ضمان بنكي باسم مشروع التطوير:

285. الدور الذي يلعبه حساب الضمان في توفير الثقة لحاجزي ومشتري الوحدات العقارية بتقنية البيع على الخريطة، من خلال إيداع ثمن الوحدة العقارية أو أقساطها تحت تصرف يد محايدة، ووضع ضوابط لصرفها وعدم جواز الحجز عليها²؛ كان الدافع للعديد من القوانين التي نظمت البيع على الخريطة أن تُفرد نصوصاً خاصة لإلزام المُطوّر العقاري بفتح حساب ضمان باسم مشروع التطوير³. ذلك الأخير هو

¹ المادة ١٠ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي "يحظر على المُطوّر أو الوسيط إبرام عقود بيع عرفية لبيع عقارات أو وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليها من الجهات المختصة، ويقع باطلاً كل عقد يبرم قبل الحصول على تلك الموافقة".

² المادة ٢٤ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن "وفي جميع الأحوال، لا يجوز الاقتراض بضمان الحساب أو الحجز على المبالغ المودعة فيه وفاء لديون المُطوّر العقاري، أي كان مصدرها".

³ المادة ١٨ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن "يكون لكل مشروع تطوير عقاري حساب مستقل خاص به، وإذا تعددت المشروعات التي ينفذها المُطوّر العقاري وجب فتح حساب مستقل لكل منها...". وكذلك المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني تنص أن "ينشأ حساب ضمان مستقل باسم كل مشروع من مشاريع البيع على الخريطة باتفاق كتابي بين المُطوّر وأمين حساب الضمان، لتنظيم الأمور المالية والإدارية والقانونية للمشروع، وإيداع المبالغ المقدمة من المُطوّر والمودعين...". والمادة ٤١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان تنص أن "يلتزم المُطوّر

حساب بنكي يقوم المُطَوِّر العقاري بفتحه لدى أحد البنوك المعتمدة؛ بغرض إيداع كافة المبالغ والأقساط المدفوعة من حاجزي أو مشتري الوحدات العقارية، وكذلك إيداع جميع مبالغ التمويل التي حصل عليها المُطَوِّر بغرض إقامة مشروع التطوير، وبضمان المشروع. كما يُحقق هذا الحساب ضمانه هامة لحاجزي ومشتري الوحدات العقارية؛ حيث يتم تخصيص الصرف فيه حصريًا لأعمال مشروع التطوير العقاري فقط دون غيره، كما يتم الصرف منه للمُطَوِّر العقاري وفقًا لمدى تقدم أعمال البناء والتشييد ومراحل تنفيذ وتقدم مشروع التطوير العقاري¹.

286. وقد اشترطت بعض التشريعات لضمان جدية المُطَوِّر العقاري وللاطمئنان من قدرته وملاءته المالية، والتي تمكنه من الاستمرار في أعمال مشروع التطوير أن يودع الأخير في حساب الضمان مبلغ مالي معين من القيمة التقديرية الإجمالية

الذي يرغب في بيع الوحدات العقارية على الخارطة بفتح حساب الضمان باسم مشروع التطوير العقاري لدى أحد أمناء حساب الضمان المقيد لدى الدائرة".

¹ المادة ٢٠ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن يكون سحب أية مبالغ من الحساب، بمراعاة شروط وأحكام الاتفاق الخاص بحساب ضمان المُطَوِّر العقاري، على أن يكون قد انجز ٢٠ % عشرين في المائة على الأقل من الأعمال الإنشائية بالمشروع". وكذلك المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني تنص أن "يخصص حساب الضمان حصريًا للصرف على أغراض إنشاء وتنفيذ وإدارة مشروع البيع على الخريطة، ولا يجوز الحجز على المبالغ المودعة فيه لصالح دائني المُطَوِّر، كما لا يدخل مشروع التطوير في الضمان العام للدائنين في حالة الحكم بإشهار إفلاس المُطَوِّر...". أيضًا المادة ٤٤ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان تنص أن "ج. يكون الصرف من حساب الضمان حصريًا لأغراض تشييد مشروع التطوير العقاري، بعد الحصول على موافقة الدائرة على سند الصرف".

لمشروع التطوير المزمع بدء العمل فيه¹. كما تطلبت أيضًا أن يلتزم المُطَوِّر بإيداع أي مبالغ تمويلية يحصل عليها من أي جهة تمويل في حساب الضمان².

287. وبهدف القضاء على مشكلة ضياع أموال ومدخرات حاجزي ومشتري الوحدات العقارية اشترطت بعض القوانين صراحة أن تُودع الأقساط في حساب الضمان في يد أمين الحساب، ولم تعد بالسداد المباشر إلى المُطَوِّر العقاري أو أي من ممثليه³. عدم الاعتداد بالسداد المباشر الذي أقرته بعض القوانين للدائن الأصلي (المُطَوِّر العقاري)، وإن كان يمثل خروجًا على القواعد العامة في دفع الثمن، إلا أن هذا الخروج تبرره خصوصية عقد البيع على الخريطة⁴.

¹المادة ٦ من القرار البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٥ في بشأن تنظيم مزاولة نشاط أمين حساب مشروع التطوير العقاري تنص أن "ويودع في حساب المشروع مبلغ ٢٠ % من القيمة التقديرية للمشروع وتحتسب قيمة الأرض من هذه النسبة...".

²المادة ٢٤ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن "... وتلتزم المؤسسات المالية المقرضة، أيًا كان نوعها، بأن تودع في الحساب المبالغ التي يقترضها المُطَوِّر العقاري بضمان المشروع...".

³المادة ٢٤ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن " يجب على المتعاقد على شراء احدى الوحدات المطروحة للبيع على الخارطة، أن يودع في الحساب الدفعات المتفق على سدادها ثمنًا للوحدة المحجوزة في المواعيد المحددة لذلك وفقاً للعقد. ولا يُعتمد بالسداد المباشر إلى المُطَوِّر أو أي من ممثليه". وكذلك المادة ٤٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان تنص أن " يلتزم المشتري بتسديد ثمن الوحدة العقارية وإيداعه في حساب الضمان الفرعي لتلك الوحدة، وذلك وفقاً لخطة الدفعات المنصوص عليها في عقد البيع الموحد الخاص بالوحدة العقارية المُبرم بين المُطَوِّر والمشتري...".

⁴انظر لاحقاً التزام المشتري بدفع الثمن الفقرة رقم ٤٦٥ وما بعدها.

288. ومن جانبنا نري أن حساب الضمان¹ يُمثل أحد أهم الالتزامات التي تفرضها القوانين على المُطوّر العقاري، قبل اتخاذ أي إجراءات لبيع أو طرح وحدات المشروع لحاجزي ولمشتري الوحدات العقارية. حيث يخلق الشعور بالأمان لحاجزي ومشتري تلك الوحدات في مشروعات التطوير العقاري الذين يُسيطر عليهم هاجس الخوف من ضياع أموالهم، أو التعرض لعمليات نصب واحتيال من مُطوّرين غير جادين أو وهميين. لذا أن نأمل إذا ما تبنى المشرع المصري تقنية البيع على الخريطة، أن ينص صراحة على إلزام المُطوّرين العقاريين بفتح حساب ضمان بنكي باسم مشروع التطوير على النحو السابق تفصيله.

¹ من الجدير بالذكر أن حساب الضمان يعتبر بحق خطوة ثورية متقدمة في القطاع العقاري، باعتباره ضماناً حقيقية لمشتري الوحدات العقارية من خلال الدور الرقابي الذي يقوم به تجاه المُطوّر العقاري. وهو ما يستتبع ضرورة دراسته بقدر من التفصيل من جانب القانونيين والاقتصاديين المهتمين بالسوق العقاري؛ للوقوف على طبيعته وتكيفه وتنظيمه.

الغصن الثاني

الالتزام بعدم الإعلان إلا بعد الحصول على الترخيص

289. تمهيد: غالبًا ما يعتمد المُطَوِّر العقاري في تسويق مشروعه العقاري، على الإعلان والدعاية سواءً بنفسه أو من خلال شركات متخصصة في الدعاية والإعلان. وإيمانًا بخطورة وأهمية الدعاية والإعلان في الترويج لمشروعات التطوير العقاري، وتجنبًا للتضليل والتغريب بالمشتريين المحتملين ودفعتهم إلى التعاقد، فقد حرصت بعض القوانين¹ على تنظيم وتقنين عملية الإعلان حيث تطلبت صراحة حصول المُطَوِّر العقاري على ترخيص بالإعلان عن بيع الوحدات العقارية من الجهات المختصة.

290. على سبيل المثال نجد المادة ٢٦ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان وبخصوص مسألة الإعلان عن بيع الوحدات العقارية على الخريطة أكدت صراحة أنه " أ. لا يجوز للمُطَوِّر الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الأجنبية أو المشاركة في المعارض المحلية أو الأجنبية لترويج بيع وحدات عقارية على الخارطة في مشروع التطوير العقاري إلا بعد الحصول على التصاريح اللازمة من الدائرة والسلطة المختصة".

¹ انظر المادة ٢٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني التي قضت بأن " أ. يحظر على المُطَوِّر أو المرخص له بمزاولة الوساطة العقارية الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الأجنبية وبأية وسيلة إعلانية ... للترويج لبيع الوحدات العقارية على الخريطة إلا بعد تمام قيد تلك الوحدات... والحصول على ترخيص بالإعلان من المؤسسة والجهات المعنية".

291. كما حرصت بعض التشريعات¹ على إلزام المُطَوِّرين العقاريين بأن يتضمن الإعلان عن الوحدات العقارية كافة البيانات والمعلومات الضرورية للوحدات محل التعاقد بتقنية البيع على الخريطة، لكي يُقدّم الراغب على الشراء وهو على بينة من أمره. وهو ما حدا بجانب من الفقه² لاعتبار الإعلان جزء من عقد البيع على الخريطة وبالتبعية مُلزم للمتعاقدين إذا ما كان واضحًا ومحددًا وتضمن عدة التزامات جوهرية كانت دافعة للتعاقد³.

292. كما أكدت بعض التشريعات على حظر تضمين الإعلانات أية عبارات أو الفاظ غير واضحة أو مبهمة، وإذا ما تضمن الإعلان أية ألفاظ أدت إلى التضليل والتغريب بالجمهور، ودفعتهم نحو التعاقد على الوحدات العقارية لمشروع التطوير، وتبين عدم مطابقة الوحدات لما تم الإعلان عنه، فيمكن للمشتري اللجوء للقضاء

¹ انظر المادة ٢٦ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ فقرة ب بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان "ب. على المُطَوِّر في حالة الإعلان عن بيع الوحدات العقارية في مشروع التطوير العقاري بيان كافة المعلومات التالية، ويكون مسؤولاً عن صحتها: ١. موقع مشروع التطوير العقاري ورقم الأرض المقام عليها؛ ٢. تاريخ تسليم مشروع التطوير العقاري المعتمد من الدائرة؛ ٣. المنظور المعتمد لمشروع التطوير العقاري؛ ٤. رقم المُطَوِّر في سجل المُطَوِّرين العقاريين لدى الدائرة؛ ٥. رقم مشروع التطوير العقاري في سجل مشاريع التطوير العقاري؛ ٦. رقم حساب الضمان، ٧. أي معلومات أخرى ضرورية تراها الدائرة".

² على العكس يري جانب آخر من الفقه أن الإعلان عن مشروع التطوير بمثابة دعوة للتعاقد أو دعوة للتفاوض.

³ راجع محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٣٤.

والمطالبة ببطلان عقد البيع على الخريطة استنادًا إلى أن رضاه كان مشوبًا بعيب من عيوب الرضا.

293. ومن جانبنا نؤكد على أهمية تقنين وتنظيم الإعلان عن بيع الوحدات العقارية بنظام البيع على الخريطة، واشتراط حصول المُطوّر العقاري على ترخيص من الجهات المختصة قبل الإعلان عن مشروع التطوير العقاري أو طرح الوحدات للبيع؛ لما يوفره ذلك الترخيص من ضمانة هامة لراغبي شراء الوحدات العقارية، خاصة وأن الجهات المختصة لا تسمح للمُطوّر العقاري بالإعلان، إلا بعد توافر الحد الأدنى من شروط البدء في أعمال بناء وتشبيد المشروع، إضافة إلى أن تطلب حصول المُطوّر العقاري على ترخيص بالإعلان لمشروع التطوير سوف يعمل على الحد من الفوضى الإعلانية، وانتشار الإعلانات المضللة لمشروعات التطوير العقاري الوهمية التي تمتلئ بها صفحات الجرائد، وقنوات التلفزيون، ووسائل التواصل الاجتماعي، وغيرها.

الغصن الثالث

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

294. تمهيد: أصبح الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أحد الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق كل متعاقد تتوافر لديه معلومات هامة وحاسمة في موافقة الطرف الآخر قبل إبرام أي عقد، وذلك وفقًا لتعديلات التقنين المدني الفرنسي عام ٢٠١٦. تلك المعلومات التي يجب أن يفصح عنها المٌطور العقاري يشترط أن تكون لها صلة مباشرة وضرورية بمحتوى ومضمون العقد أو صفة الأطراف، ويترتب على مخالفة ذلك الالتزام بطلان العقد¹.

¹ L'article 1112-1 du Code civil "Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants".

295. الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام بالمعنى السابق ينطبق بطبيعة الحال على عقد البيع على الخريطة، ومن ثم يلتزم المُطَوَّر العقاري بالإعلام باعتباره مهنيًا محترفًا تجاه مشتري الوحدة العقارية، حيث يلتزم المُطَوَّر تجاه الأخير بضرورة اعلامه بكافة البيانات والمعلومات الهامة والضرورية سواءً المتعلقة به كمُطَوَّر، أو الخاصة بمشروع التطوير أو بالوحدة العقارية محل التعاقد.

296. وتظهر بصورة جلية أهمية هذا الالتزام في عقد البيع على الخريطة بصفة خاصة لسببين: الأول: محل العقد: فمحل عقد البيع على الخريطة عبارة عن وحدة عقارية تحت الانشاء أو لم يكتمل بناءها بعد. الثاني: عدم التوازن المعرفي بين المُطَوَّر-المهني- والمشتري؛ لذلك فإن التزام المُطَوَّر العقاري بالإعلام قبل التعاقد يعالج خصوصية محل عقد البيع على الخريطة، ويعيد التوازن المعرفي بين طرفيه.

297. وتجدر الملاحظة أن أغلب التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة لم تُلق على عاتق المُطَوَّر العقاري الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام؛ نظرًا لحدائته. بيد أننا نوصي المشرع المصري بتبني الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في نظرية العقود بصفة عامة، وفي عقد البيع على الخريطة بصفة خاصة؛ لما له من أهمية بالغة في

الحفاظ على التوازن المعرفي والعقدي بين المُطوّر العقاري وراغبي شراء الوحدات العقارية¹.

298. بعد استعراض الالتزامات الثلاثة المُلقاة على عاتق المُطوّر العقاري في المرحلة السابقة على إبرام عقد البيع على الخريطة تجاه راغبي شراء الوحدات العقارية، وبعد أن رأينا مدي الحماية والثقة التي توفرها لراغبي الشراء، فإننا ندعو المشرع المصري بتبني هذه الالتزامات صراحة إذا ما أستجاب لدعوات تقنين البيع على الخريطة.

299. أخيراً لن تبرء ذمة المُطوّر العقاري بشكل نهائي إذا ما قام بالوفاء بالالتزامات السابقة على إبرام عقد البيع على الخريطة، وإنما تتولد التزامات أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها من لحظة إبرام العقد وإلى ما بعد التسليم الوحدة العقارية، هذه الالتزامات هي محور دراسة الفرع القادم.

¹ تجدر الإشارة إلى أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام L'obligation précontractuelle d'informatin وباعتباره من الالتزامات القانونية الحديثة نسبياً، لم ينل حظه بعد من الدراسة والتحليل في الفقه العربي؛ لذا فإننا ندعو الباحثين المهتمين لدراسة ذلك الالتزام.

الفرع الثاني

التزامات المُطوّر من لحظة إبرام العقد وإلى ما بعد تسليم الوحدة العقارية

300. تمهيد وتقسيم: ذكرنا أن عقد البيع على الخريطة عقد ذو طبيعة خاصة؛ فهو يتماس مع عقدي البيع العادي والمقاولة. وهذا ما يُبرر انطباق الالتزامات العادية في عقد البيع على عقد البيع على الخريطة باعتباره عقد بيع عقاري، خاصة الالتزامات التي تقع على عاتق المُطوّر العقاري باعتباره بائعًا كما هو الشأن في الالتزام بنقل الملكية، الالتزام بالتسليم. كما يُبرر انطباق أحكام عقد المقاولة على عقد البيع على الخريطة، خاصة فيما يتعلق بمهام المُطوّر العقاري التي تتشابه إلى حد كبير مع دور المقاول، كما هو الحال في الالتزام بإقامة البناء. رغم ذلك يتميز عقد البيع على الخريطة بالتزامات خاصة تسمح بتمييزه عن غيره من العقود كالتزام المُطوّر العقاري بالضمان والالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المُشتركة.

301. بناء على ما تقدم نجد من الضروري تقسيم الفرع إلى أغصان خمسة على النحو التالي:

الغصن الأول: الالتزام بإقامة البناء وفقًا للمواصفات وفي الأجل المتفق عليه.

الغصن الثاني: الالتزام بنقل الملكية.

الغصن الثالث: الالتزام بتسليم الوحدة العقارية.

الغصن الرابع: الالتزام بالضمان.

الغصن الخامس: الالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المشتركة.

الغصن الأول

الالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات وفي الأجل المتفق عليه

302. تمهيد: مما لا ريب فيه أن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المُطوّر العقاري منذ لحظة إبرام عقد البيع على الخريطة، هو التزامه بإقامة مشروع التطوير العقاري وبالتبعية الوحدة العقارية محل العقد وفقاً للمواصفات، وفي الأجل المتفق عليه في عقد البيع على الخريطة. هذه الأهمية دفعت جانب من الفقه¹ لاعتبار أن الالتزام بإقامة البناء يمثل جوهر عقد البيع على الخريطة.

303. بيد أن وفاء المُطوّر العقاري بالتزامه بإقامة مشروع التطوير والوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة بالمطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد، ليس بالأمر الهين لعدة اعتبارات منها على سبيل المثال: تعدد المتدخلين في مشروع التطوير من مقاولين، ومهندسين، واستشاريين، ومُطوّرين فرعيين، إضافة إلى تغير الظروف الاقتصادية، وانخفاض أو ارتفاع سعر العملة، وارتفاع أسعار مواد البناء، الخ.

304. وإدراكاً من المشرع الفرنسي لأهمية الالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات وفي الأجل المتفق عليه نص عليه صراحة في المادة 1-1601.L من قانون البناء والإسكان حين عرّف عقد البيع لآجل بأنه "بيع بمقتضاه يلتزم البائع ببناء عقار خلال مدة محددة تم الاتفاق عليها في العقد...". كما أكدت المادة 4-262.L من ذات

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٦١.

القانون على وجوب أن يتضمن عقد البيع على الخريطة مواصفات وخصائص العقار محل العقد وكذلك الوقت المحدد لتنفيذ أعمال البناء¹.

305. وسار على هدى المشرع الفرنسي نظيره الإماراتي في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان في مادته السابعة التي تؤكد أن المُطوّر العقاري يجب عليه أن يلتزم بالآتي "١. تنفيذ مشروع التطوير العقاري طبقاً للتصاميم الهندسية المعتمدة، والبرنامج الزمني المحدد لإنجازه...". كما اشترطت المادة ١٩ من ذات القانون أن يبدأ المُطوّر العقاري في أعمال البناء خلال ستة أشهر من تسجيل المشروع في سجل مشاريع التطوير العقاري حيث نصت صراحة أنه "يجب على المُطوّر القيام بما يلي: البدء في تنفيذ الأعمال الخاصة بالبنية التحتية أو الإنشائية لمشروع التطوير العقاري خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ قيد المشروع في سجل مشاريع التطوير العقاري ..."².

¹ L'article L262-4 du Code de la construction et de l'habitation, modifié par Ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 - art. 4 " Tout contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 262-1 doit, à peine de nullité, être conclu par acte authentique. Ce contrat précise... a) La description, les caractéristiques de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu... d) Le délai de réalisation des travaux ...".

² انظر أيضًا المادة ٧ القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري التي نصت صراحة هذا الالتزام حيث قضت بأن " يجب على المُطوّر العقاري الالتزام بما يلي: ١. بدء الأعمال وإنهائها في الموعد المحدد في العقد؛ ٥. تحقيق المواصفات الفنية المعتمدة وفقاً للتصاميم العامة للمشروع، ولكل وحدة من وحداته".

306. من قراءة النصوص السابقة يُمكن أن نستنتج أن التزام المُطوّر العقاري بإقامة البناء وفقاً للمواصفات وفي الأجل المتفق عليه هو التزام قانوني بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل عناية¹، بما يعني أن مشتري الوحدة العقارية يُمكنه إثبات الإخلال بالالتزام بمجرد عدم تحقق النتيجة، ودون حاجة لإثبات الخطأ من جانب المُطوّر العقاري الذي لا يستطيع نفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة².

307. ومن نافلة القول إن الالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات وفي الأجل المتفق عليه ينقسم لشقين: الأول: الالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات. والثاني: الالتزام بإقامة البناء في الأجل المتفق عليه في العقد³. نتناولهم بالتفصيل على النحو التالي:

308. فيما يتعلق بالشق الأول: الالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد: وفقاً للقواعد العامة فإن المُطوّر العقاري هو الملتزم بداءة تجاه المشتري بإقامة البناء وفقاً للمواصفات المتفق عليها في عقد البيع على الخريطة، ومن ثم لا يلتزم مشتري الوحدة العقارية بتسلم وحدة غير مطابقة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها مع المُطوّر.

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.166.

² مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص ٣٤٢.

³ Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.349.

309. ومن المتصور أن يُحيل المُطَوِّر الأصلي الالتزام بإقامة البناء إلى مُطَوِّر فرعي أو أكثر لتنفيذه نيابة عنه. بيد أنه في هذه الحالة يظل المُطَوِّر الأصلي الذي تعاقد معه المشتري هو المسئول عن أي إخلال في الالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات¹ ولا توجد ثمة علاقة بين المشتري والمُطَوِّر الفرعي الذي لم يتعاقد معه. ولأهمية الفرض السابق، وشيوعه في الواقع العملي اشترطت بعض التشريعات حد أقصى لحجم الأعمال أو الالتزامات التي يُمكن أن يعهد بها المُطَوِّر الأصلي إلى مُطَوِّر فرعي أو مقاول من الباطن، وذلك لسببين: الأول: إن الباعث الرئيس لراغبى شراء الوحدات العقارية في مشروع تطوير عقاري دون غيره هو الاعتبار الشخصي وسابقة أعمال المُطَوِّر العقاري. السبب الثاني: من الشائع عملاً لجوء الكثير من المُطَوِّرين لحيلة تحويل التزاماتهم كاملة لمُطَوِّرين فرعيين أو مقاولين من الباطن؛ للتحلل من التزاماتهم أو تبرير تأخر البدء أو استكمال أعمال المشروع التطوير.

310. لذلك حسناً فعل المشرع القطري في المادة ٨ من القانون رقم قانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم التطوير العقاري حين نص صراحة أنه "لا يجوز للمُطَوِّر أن يعهد إلى المقاول من الباطن بالقيام ببعض أعماله بما يجاوز نسبة ٥٠% خمسين في المائة من المشروع، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة، ولا يعتد بأي اتفاق على خلاف ذلك".

¹ انظر لمزيد من التفصيل علاء حسين علي، عقد البيع تحت الانشاء، دراسة قانونية مقارنة، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

311. ويتضح من صياغة النص السابق المرونة التي صيغ بها، فقد جعل المشرع القاعدة العامة هي السماح للمُطَوَّر بأن يعهد إلى المقاول من الباطن بالقيام ببعض أعماله بما لا يجاوز نسبة ٥٠ % خمسين في المائة دون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة، بينما ما يُجاوز نسبة ٥٠ % خمسين في المائة من الأعمال فلا بد من الحصول على جهة الإدارة، وفي ذلك ضمانة بالغة الأهمية للمشتري عن طريق الدور الرقابي الذي تُمارسه الجهات المختصة في تقييم جدوى وضرورة تحويل الالتزام بنسبة تجاوز ٥٠ %، وعليه نأمل أن يحدد المشرع المصري نسبة معينة من إجمالي أعمال المشروع لا يُسمح بتحويلها إلى مُطَوَّر فرعي أو مقاول من الباطن إلا بموافقة الجهات المختصة على غرار نظيره القطري.

312. صور عدم المطابقة في المواصفات: رأينا إذن أن المُطَوَّر العقاري أو من يعهد إليه هو الملتزم بإقامة بناء مطابق للمواصفات المتفق عليها. بيد أنه من المتصور عملاً ألا يحترم المُطَوَّر العقاري لسبب أو لأخر المواصفات التي تم الاتفاق عليها في عقد البيع على الخريطة، والتساؤل الذي يطرح نفسه ما هي صور عدم المطابقة في المواصفات؟

313. الأولى: عدم المُطابقة الجوهرية: وهي تتمثل في تلك العيوب التي تحول دون الانتفاع بشكل كامل بالوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة. وعليه فإن هذه العيوب تُحول للمشتري الحق في أن يمتنع عن تسلم الوحدة العقارية غير المطابقة

للمواصفات، كما تخول له التوقف عن دفع الأقساط المُستحقة أو باقي الثمن المتفق عليه في العقد¹.

314. الثانية: عدم المطابقة غير الجوهرية: وهي تلك العيوب التي لا تحول بشكل كامل من الانتفاع بالوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، ولكنها تنتقص من قيمتها. هذه الصورة من عدم المطابقة وخلافاً للصورة الأولى لا تُخول للمشتري الحق في الامتناع عن دفع الأقساط المستحقة أو باقي الثمن، كما لا تخول له الامتناع عن تسلم الوحدة العقارية². ومن الجدير بالذكر أن تقدير مدى جوهرية المخالفات للمواصفات من عدمه مسألة تقديرية تخضع لرقابة قاضي الموضوع في حالة النزاع بين المُطوّر والمشتري عن طريق مقارنة حالة الوحدة العقارية عند التسليم بالمواصفات التي تم الاتفاق عليها في عقد البيع على الخريطة وملحقاته من رسوم هندسية واعلانات تم استغلالها في التسويق لمشروع التطوير.

315. ومما ينبغي أن نلفت النظر إليه وجود اختلاف من حيث المضمون والآثار بين مفهوم عدم المطابقة في المواصفات وبين مفهوم عيوب البناء³.

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٦١.

² André Valdès, L'achèvement et la conformité des travaux dans la vente d'immeuble à construire, Administrer, 2002, n° 346, p.6.

³ Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.352.

316. من ناحية أولى بالنسبة لعيوب البناء: يُقصد بعيوب البناء أي خلل يؤثر على كيان وسلامة مشروع التطوير ككل أو الوحدات العقارية الموجودة فيه، ومن أمثلتها سوء طبيعة الأرض المقام عليها مشروع التطوير، أو زيادة درجة ملوحة التربة، الخ. وعيوب البناء بهذا الشكل تُخول للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض لعدم إمكانية التنفيذ العيني، أو المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي إن كان المُطوّر العقاري قد ضمّنه في عقد البيع المُبرم مع المشتري¹.

317. من ناحية ثانية: بالنسبة لعدم المطابقة في المواصفات: يُقصد بعدم المطابقة في المواصفات عدم المطابقة في أوصاف ومحددات الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة والتي تسمح بتمييزها عن غيرها من وحدات المشروع، كما هو الحال في الأوصاف المتعلقة بمساحة الوحدة العقارية، رقم الطابق، رقم البلوك السكني الموجودة فيه الوحدة العقارية، عدد الغرف، درجة ونوعية التشطيبات، الخ. ومن أمثلة عدم المطابقة في المواصفات الأكثر شيوعاً في الواقع العملي عدم التزام المُطوّر العقاري بالرسومات الهندسية للمشروع، استخدام المُطوّر لمواد بناء مختلفة عن المواد المتفق عليها، اختلاف جودة تشطيب الوحدة العقارية عن المتفق عليه، هذه العيوب وما على شاكلتها تُمكن المشتري من المطالبة بالتنفيذ العيني أو طلب فسخ عقد البيع على الخريطة، والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى².

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٧١.

² سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء، المرجع السابق، ص ٦١.

318. وتجدر الإشارة إلى أن من أهم صور عدم مطابقة المواصفات والتي كانت بحاجة لتدخل تشريعي لوضع حل لها، هي فرضية قيام المُطوّر العقاري بتسليم المشتري وحدة عقارية تختلف في مساحتها عما تم الاتفاق عليه في عقد البيع على الخريطة، وقد فرّقت النصوص القانونية التي تناولت هذه الفرضية بين فرضين:

319. الأول: حالة الزيادة: إذا كانت مساحة الوحدة العقارية المُسلمة للمشتري أكبر من المساحة التي تم الاتفاق عليها في عقد البيع على الخريطة، فلا مشكلة في الأمر؛ حيث يُمكن للمشتري أن ينفع بتلك المساحة الزائدة حسب الأصل دون تحمل أي زيادة مالية إذا ما قَبِل تلك الزيادة في المساحة. وفي جميع الأحوال يجوز للمُطوّر العقاري أن يطلب صراحة تكملة الثمن إذا كانت الزيادة بنسبة أكبر من ١٠ في المائة كما اشترطت بعض القوانين¹.

320. الثاني: حالة النقصان: إذا كانت مساحة الوحدة العقارية المُسلمة للمشتري أقل من المساحة التي تم الاتفاق عليها في العقد، فقد تصدت لمعالجة هذه الفرضية

¹ على سبيل المثال المادة ٣١ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي تنص أنه "لا يجوز للمُطوّر المطالبة بأي تعويض عن أية زيادة في مساحة الوحدة العقارية بعد تسليم الوحدة العقارية للمشتري. في حال تبين وجود زيادة في مساحة الوحدة العقارية بنسبة (٥%) أو أقل فلا يتم حساب أي تعويض أو زيادة في ثمن الشراء. في حال تبين وجود زيادة في مساحة الوحدة العقارية أكثر من (١٠%) فللمشتري الخيار إما بدفع زيادة على ثمن الشراء على أساس السعر المتفق عليه ومساوية لنسبة الزيادة أو فسخ العقد".

بعض القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة¹، فعلى سبيل المثال المادة ١٧ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري قضت بأن "تُعتبر مساحة الوحدة العقارية المسجلة في السجل العقاري المبدئي هي المساحة المتعاقد عليها، فإذا تبين عند تسليم الوحدة إلى مالكيها أن مساحتها الفعلية أقل من المساحة المتعاقد عليها، يُخفض ثمن الوحدة بما يتناسب مع مساحتها الفعلية، على أساس سعر المتر المقيد في السجل العقاري المبدئي. وفي جميع الأحوال، يجوز لمن أصابه ضرر، سواءً في حالة زيادة أو نقص مساحة الوحدة العقارية، المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض".

321. يبدو أن الحل الذي تبناه النص السابق، يُحقق أكبر قدر ممكن من الحماية للمشتري، بحيث يُمكنه من المطالبة بتخفيض الثمن مقابل القدر الناقص من مساحة الوحدة العقارية، كما يسمح له في جميع الأحوال المطالبة بالتعويض إذا ما أصابه ضرر في حالة نقص أو زيادة مساحة الوحدة العقارية².

¹المادة ٣٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني تنص أن "وذلك دون إخلال بحق المشتري في التعويض أو إنقاص الثمن بقدر ما نقص من مساحة أو قيمة وحدته العقارية أو منفعتها".

²وقد يتساءل البعض إذا كان الضرر متصور في جميع الأحوال في حالة نقص مساحة الوحدة العقارية فكيف يتصور في زيادة المساحة؟ يُمكن التأكيد أن الواقع العملي يُنبأ عن إن زيادة مساحة الوحدة العقارية قد تسبب بالفعل ضرراً للمشتري إذا كانت الوحدة العقارية محل التعاقد سوف تُسلم للمشتري دون تشطيب حيث يقع على عاتقه القيام بالتشطيبات، وبالتالي فكلما زادت مساحة الوحدة العقارية زادت تكلفة التشطيبات، وهو ما يؤثر سلباً على الذمة المالية للمشتري.

322. الحل السابق الذي تبناه المشرع القطري هو ما أخذت به المادة ٤٣٤ من التقنين المدني المصري بشكل عام في عقد البيع¹، ولا نري وجود ما يمنع من انطباقه على عقد البيع على الخريطة. هذا فيما يخص الشق الأول الخاص بالالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، فماذا عن الشق الثاني؟

323. فيما يتعلق بالشق الثاني: الالتزام بإقامة البناء في الأجل المتفق عليه في العقد: يُمثل الأجل أو الفترة الزمنية التي سوف يقام فيها المشروع، ومن ثم الوحدة العقارية محل عقد البيع أحد أهم البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد البيع على الخريطة. وبالتالي لا تبرأ ذمة المُطوّر العقاري حسب الأصل إذا ما نفذ الشق الأول من التزامه والمتمثل في إقامة المشروع طبقاً للمواصفات، بينما يتوجب عليه الانتهاء من إقامة البناء خلال الأجل المتفق عليه في عقد البيع على الخريطة²، سواء تم الاتفاق على ذلك الأجل صراحة في العقد أو أمكن استخلاصه ضمناً من ظروف التعاقد. وعليه، إذا لم يُعين الأجل صراحة في عقد البيع على الخريطة، ولم يُكن من اليسير استخلاصه ضمناً من ظروف التعاقد فإن المُطوّر العقاري يلتزم بإقامة البناء خلال

¹ "إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمياً فعلياً".

² عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٨١.

المدة المعقولة التي تسمح ببناء مثل ذلك المشروع، مع مراعاة خبرة المُطَوّر وإمكانياته وقدراته¹.

324. وفي جميع الأحوال لا يُعتبر المُطَوّر العقاري قد أخل بالتزامه في حالة عدم البدء في أعمال البناء أو توقفه عن استكمال أعمال البناء فقط، وإنما يُعتبر مَخْلًا أيضًا في حالة التأخير أو المُماظلة في استكمال وإنهاء أعمال تشييد البناء دون سبب مشروع، خاصة إذا ما تسبب التأخير بضرر لمشتري الوحدة العقارية². ولضمان تنفيذ المُطَوّر العقاري بالتزامه بإقامة البناء في الأجل المتفق عليه، حرصت التشريعات المنظمة لعقد البيع على الخريطة على ربط الأقساط التي يلتزم بدفعها المشتري بمدى التقدم في أعمال بناء وتشييد المشروع³.

325. ولا يُعد من نافلة القول إنه من الواجب التفرقة بين موعد انتهاء أعمال بناء المشروع وبين موعد تسليم الوحدة العقارية؛ حيث إن انتفاع المشتري بوحدته العقارية لن يتحقق إلا بانتهاء أعمال المشروع، وليس بمجرد استلامه لوحده العقارية. وبناء على ما سبق، فلا يُمكن في اعتقادنا القول بأن المُطَوّر العقاري قد أوفى بالتزامه بمجرد تسليم المشتري لوحده العقارية، بل يُشترط للقول بوفائه بالتزامه انتهاءه من كافة أعمال بناء المشروع وتوفير كافة المرافق والخدمات بالشكل المتفق عليه في العقد.

¹ أحمد هاشم عبد؛ مثني عبد الكاظم ماشاف، عقد بيع عقار على الخارطة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق كلية القانون جامعة ميسان، العدد الأول، ٢٠١٧، ص ١٦.

² محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٦٥.

³ انظر تفصيلاً التزام المشتري بدفع الثمن الفقرة رقم ٤٦٥ وما بعدها.

326. صور تأخر المُطوّر العقاري: تأخر المُطوّر العقاري عن استكمال أعمال البناء في الموعد المتفق عليه في عقد البيع على الخريطة يتخذ صورتان نتطرق إليهما تباعاً:

327. الأولي: تأخير مبرر: وهو ذلك التأخير الخارج عن إرادة المُطوّر العقاري، هذا النوع من التأخير نصت عليها المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، حين عدّدت أمثلة للأسباب التي يُمكن أن تُشكل تأخيراً مبرراً منها على سبيل المثال "١. إذا تم نزع ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع للمنفعة العامة؛ ٢. إذا قامت إحدى الجهات الحكومية بتجميد المشروع لأسباب إعادة التخطيط؛ ٣. اكتشاف مباني أو حفريات أو خطوط خدمات داخل موقع المشروع...".

328. لذلك يُغلب عملاً أن تتضمن عقود البيع على الخريطة شرطاً يسمح للمُطوّر العقاري بوقف أعمال البناء بشكل مؤقت¹، أو يسمح له بتمديد أجل التسليم لموعد آخر حال توافر ظروف استثنائية خارجة عن إرادته². وبطبيعة الحال يتمتع قاضى الموضوع

¹ ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٠٩.

² Cyril Grimaldi, Clauses prorogant les délais de livraison dans une VEFA et déséquilibre significatif, Defrénois, 3 oct. 2019, n° 152b1, p. 37.

بسلطة تقديرية في تقدير مدي اعتبار الظرف استثنائياً، وفي تقدير مدى صلاحيته لوقف أعمال البناء أو لتمديد أجل التسليم¹.

329. الثانية: تأخير غير مبرر: وهو ذلك التأخير الذي تلعب إرادة المطور العقاري دوراً فيه، أو يكون ناتجاً عن خطأه أو تقصيره. هذا التأخير لخطورته تصدت له بعض التشريعات المنظمة لعقد البيع على الخريطة بنصوص صريحة وقررت جزاءات قد تصل لحد إلغاء المشروع، كما هو الحال في المادة ٢٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي نصت صراحة على إلغاء مشروع التطوير العقاري إذا تأخر البدء في تنفيذ مشروع التطوير عن فترة ستة أشهر من تاريخ قيد المشروع في سجل مشاريع التطوير العقاري.

330. بينما سمحت تشريعات أخرى للمشتري بأن يُطلب من المحكمة المختصة تعيين مطور عقاري آخر لاستكمال أعمال المشروع على حساب المطور العقاري الأصلي، كما مكنته من طلب بيع المشروع وتوزيع الحصيلة على جميع المشتريين ودائني المشروع².

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٦٦.

² كما هو الحال في المادة ٣٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني التي نصت صراحة أن "للمؤسسة في حالة توقّف أو تعثّر المطور مؤقتاً أو نهائياً عن تنفيذ مشروع البيع على الخريطة لأى سبب من الأسباب -بعد أخذ رأي أمين حساب الضمان- اتخاذ التدابير اللازمة لحماية حقوق المودعين ودائني المشروع، بما يضمن إكمال المشروع أو إعادة الأموال لأصحابها، بما في ذلك اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم بتنفيذ المشروع بمعرفة أحد

331. وحسناً فعلت التشريعات التي قررت جزاءات رادعة على المُطَوَّر العقاري، حال تخلفه تخلفاً غير مبرر أو غير مشروع عن البدء أو الانتهاء من تنفيذ مشروع التطوير في الموعد المتفق عليه. هذا الموقف الرادع هو ما نرجو أن يتبناه المشرع المصري وهو بصدد تقنينه لعقد البيع على الخريطة، بهدف حماية مشتري الوحدات العقارية من سوء إدارة المُطَوَّرين لمدخراتهم.

332. إذا ما قام المُطَوَّر العقاري بالوفاء بالالتزام بإقامة البناء وفقاً للمواصفات وفي الأجل المتفق عليه على النحو السابق تفصيله، فيتوجب عليه الوفاء بالالتزام التالي والذي لا يقل أهمية عن سابقه وهو الالتزام بنقل الملكية، والذي سوف يكون محل دراسة الغصن القادم.

المُطَوَّرين على حساب المُطَوَّر أو بيع المشروع وتوزيع حصيلة البيع على المؤدعين ودائني المشروع .
.."

الغصن الثاني

الالتزام بنقل الملكية

333. تمهيد: الالتزام بنقل الملكية هو التزام يقع على عاتق البائع إعمالاً للقواعد العامة¹ واستناداً للمادة ٤٢٨ من التقنين المدني المصري التي قضت صراحة بأن الالتزام بنقل الملكية هو التزام يقع على عاتق البائع بمقتضاه "يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يُكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلًا أو عسيرًا".

334. الالتزام بنقل الملكية وفقاً للنص السابق له وجهان إيجابي وسلبي: الوجه الإيجابي يتمثل في مجموعة الأعمال الإيجابية التي يلتزم بها البائع لنقل الملكية كتقديم مستندات الملكية، والقيام بإجراءات تسجيل العقار وغيرها. والجانب السلبي يتمثل في امتناع البائع عن القيام بكل عمل قد يُعيق أو يمنع نقل ملكية المبيع، كأن يمتنع عن القيام بإجراءات تسجيل وشهر العقار.

335. القاعدة في انتقال الملكية العقارية: وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني المصري فإن ملكية العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل في الشهر العقاري إعمالاً للمادة ٩٣٤ فقرة ١ من التقنين المدني المصري التي قضت بأنه "في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق

¹ إعمالاً للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري التي عرّفت عقد البيع بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري". والأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري نظمتها صراحة المادة رقم ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري التي نصت بأن "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله... يجب شهرها بطريق السجل... ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها العقارية لا تنشأ، ولا تنتقل، ولا تتغير، ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم...".

336. ومن المسلم به أن عقد البيع على الخريطة وبرغم الخصوصية التي يتمتع بها، يظل في نهاية المطاف عقد بيع عقاري ناقل للملكية، ومن ثم يقع الالتزام بنقل ملكية الوحدة العقارية للمشتري على عاتق المطور العقاري باعتباره بائعاً¹، ويلتزم باتخاذ كافة إجراءات تسجيل الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة وفقاً للقواعد العامة السابقة، خاصة في ظل غياب القواعد الخاصة بنقل ملكية العقار في عقد البيع على الخريطة.

337. بيد أن هذه القواعد العامة في انتقال الملكية وتسجيل التصرفات العقارية، قد خرجت عليها بعض القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة؛ مراعاة منها لأهم خصائص عقد البيع على الخريطة والمتمثلة في عدم وجود العقار محل عقد البيع على الخريطة وقت إبرام العقد، ومن أهم التشريعات التي قررت أحكاماً خاصة لنقل ملكية

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, .80Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.3

الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة التشريع الفرنسي والقطري والإماراتي والذين نتناول موقفهم على التوالي:

338. انتقال ملكية الوحدة العقارية في التشريع الفرنسي: قرر المشرع الفرنسي طريقتين مختلفتين لنقل الملكية في قانون البناء والإسكان الفرنسي تختلف حسب نوع العقد المُبرم. ففي عقد البيع فور اكتمال بناء العقار في المستقبل: تنتقل الملكية بشكل مرحلي على مرحلتين¹، حيث تنتقل ملكية الأرض أولاً عند إبرام العقد في مرحلة أولى، ثم في مرحلة لاحقة تنتقل ملكية العقار بصورة مرحلية لكل جزء تم بناءه، بداية من لحظة بناءه وانتهاءً بلحظة اتمامه وتسليمه². بينما في عقد البيع لأجل: تنتقل الملكية على مرحلة واحدة، بيد أن انتقالها مؤجل للمستقبل بعد استكمال بناء العقار³.

339. وقد تأثر التشريع القطري والإماراتي بالتشريع الفرنسي في طريقة انتقال ملكية الوحدة العقارية بشكل مرحلي، بيد أن كلا التشريعين نصّا على آليات تختلف إلى

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.171.

² L'article L.261-3 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que l'article 1601-3 du code civil " La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes...".

³ L'article L.261-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que l'article 1601-2 du code civil : "La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, ...".

حد ما عن المشرع الفرنسي، تتمثل في اشتراط القيام بإجراءات تسجيل مبدئي ونهائي للوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة.

340. انتقال الملكية في القانون القطري: تبني المشرع القطري آلية التسجيل المبدئي للوحدة العقارية في المادة ١٣ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري القطري التي نصت بشكل صريح على ضرورة التسجيل المبدئي للوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة حيث قضت بأن "يُنشأ بالإدارة المختصة بوزارة العدل سجل عقاري مبدئي، تقيد به جميع البيانات للوحدات العقارية المفردة على الخارطة، وجميع التصرفات والحقوق العينية التي ترد عليها، والتي من شأنها إنشاء ملكية أو أي حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لها...".

341. كما تبني المشرع القطري آلية التسجيل النهائي للوحدة العقارية في المادة ١٦ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري التي اشترطت صراحة وجوب تسجيل الوحدة في التسجيل العقاري النهائي حيث قضت أنه "يجب على المُطوّر اتخاذ إجراءات تسجيل الوحدات المفردة، وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري المشار إليه، للمشروع الذي اكتمل إنشاؤه، في السجل العقاري لدى الإدارة المختصة بوزارة العدل، خلال ستين يوماً من تاريخ حصوله على شهادة إتمام البناء، ويشمل ذلك تسجيل الوحدات المباعة بأسماء المشترين الذين أوفوا بالتزاماتهم التعاقدية". انتقال الملكية بهذا الشكل المرحلي هو ما سار عليه المشرع الإماراتي.

342. انتقال ملكية الوحدة العقارية في إمارة عجمان: قرر المشرع المحلي لإمارة عجمان هو الآخر أن انتقال ملكية الوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة يتم من خلال التسجيل على مرحلتين:

343. الأولى: التسجيل المبدئي: والذي نصت عليه صراحة المادة ٣٤ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي تطلبت تسجيل بيع الوحدة العقارية في السجل العقاري المبدئي، ورتبت البطلان كجزاء يلحق أي تصرف قانوني يرد على الوحدة العقارية، إذا لم يتم تسجيلها في السجل العقاري المبدئي حيث نصت أن " ب. تُسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المُباعة على الخارطة، وتقع باطلة التصرفات القانونية الناقلة أو المُقيدة للملكية أو أي من الحقوق المتفرعة عن الملكية التي ترد على الوحدات العقارية، إذا لم يتم تسجيلها في السجل العقاري المبدئي".

344. الثانية: التسجيل النهائي: والذي نصت عليه المادة ٣٥ من ذات القانون التي تطلبت صراحة تسجيل بيع الوحدة العقارية في السجل العقاري النهائي حين نصت أنه "عند صدور شهادة إنجاز مشروع التطوير العقاري الفرعي واعتماد المسح العقاري النهائي يجب على المُطوّر القيام بالآتي: ١. نقل ملكية الوحدات العقارية المُباعة إلى المشترين، في حالة سدادهم كامل الثمن خلال مدة أقصاها (٣٠) يوم واستخراج شهادة ملكية وحدة عقارية. ٢. نقل ملكية الوحدات العقارية الشاغرة باسم المُطوّر ودفع الرسوم المُقررة عن التسجيل". نستنتج من قراءة النصوص السابقة عدة أمور:

345. الأول: أن انتقال الملكية في عقد البيع على الخريطة لا يتم دفعة واحدة، وإنما يتم على دفعتين أو مرحلتين: الأولي: مرحلة التسجيل المبدئي: والتي يتم فيها التوقيع على عقد البيع على الخريطة، وفي هذه المرحلة تنتقل للمشتري ملكية الرقبة فقط. المرحلة الثانية: مرحلة التسجيل النهائي: وهي مرحلة اكتمال البناء ودفع كامل ثمن الوحدة العقارية، وفي هذه المرحلة تنتقل الملكية بشكل نهائي لمشتري الوحدة العقارية¹.

346. الثاني: أن المُطَوَّر العقاري يُمكنه تسجيل ونقل ملكية الوحدات العقارية في مشروعات التطوير التي أكتمل بناؤها بشرط الحصول على شهادة الإنجاز من الجهات المختصة. ويُقصد بشهادة الإنجاز تلك الشهادة التي تؤكد مطابقة الوحدة العقارية للمواصفات والرسومات والشروط المُتفق عليها في عقد البيع على الخريطة².

347. الثالث: أن المُطَوَّر العقاري يجب عليه القيام بإجراءات تسجيل الوحدة العقارية خلال فترة زمنية معينة من لحظة استلامه لشهادة الإنجاز. كما قررت بعض التشريعات غرامة تأخير تفرض على المُطَوَّر الذي يقوم بتسجيل الوحدة العقارية بعد فوات الميعاد³.

¹ ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٠٥.

² موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، ماجستير، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨، ص ١٠٥.

³ أنظر المادة ٢٨ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي التي تنص أنه "يجوز للدائرة فرض غرامة تأخير على تسجيل أي تصرف قائم وقت نفاذ أحكام هذا

348. الرابع: التزام المُطوّر العقاري بتسجيل ونقل الملكية يستفيد منه فقط مشتري الوحدات العقارية الذين قاموا بالفعل بالوفاء بكافة التزاماتهم التعاقدية وأهمها الوفاء بالثمن دون غيرهم من المشتريين¹.

349. جزء تقاعس المُطوّر العقاري عن تسجيل الوحدة العقارية: التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما الجزاء المترتب إذا لم يتم المُطوّر العقاري بتسجيل الوحدة العقارية؟ بعبارة أخرى ما هو أثر عدم تسجيل الوحدة العقارية؟

350. اختلفت التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة في تقرير الجزاء في حالة عدم تسجيل الوحدة العقارية. فعلى سبيل المثال المادة ١٣ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري القطري نصت أنه "ويترتب على عدم التسجيل، أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن". وهذا النص ما هو إلا ترديد للقواعد العامة لعدم تسجيل العقار في القانون المصري².

القانون يتم بعد مضي الفترة المحددة في هذا القانون، وتحدد اللائحة التنفيذية مقدار الغرامة وإجراءات تطبيقها".

¹ عمرو طه بدوي محمد، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٨٧، ١٨٨.

² محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٣٤٢٠ لسنة ٨٩ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١ / ٠٢ / ١٥.

351. في حين اتجهت قوانين أخرى لتقرير البطلان كجزء لعدم قيام المُطوّر العقاري بإجراءات تسجيل الوحدة العقارية، كما هو الحال في المادة ٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي التي قررت صراحة "يقع باطلاً البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق المتفرعة عنها إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل". وحسنت فعلت النصوص السابقة حين أهدرت كل قيمة قانونية لأي تصرف قانوني يتخذه المُطوّر العقاري على وحدات مشروع التطوير، إذا لم يتم تسجيلها في السجلات المُعدة لذلك لدى الجهات المختصة؛ لما في ذلك من حماية لمشتري الوحدة العقارية.

352. ومن جانبنا ننحاز لنظام التسجيل ونقل الملكية المرحلي الذي نصت عليه صراحة بعض النصوص الخاصة التي سبقت الإشارة إليها. وعليه، نهيب بالمشروع المصري للأخذ بنظام التسجيل العقاري المبدئي والنهائي للوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة، والقاء عب التسجيل وإجراءات نقل الملكية صراحة على عاتق المُطوّر العقاري؛ وذلك لما في نظام التسجيل المرحلي من مراعاة لخصوصية عقد البيع على الخريطة، وتوفير حماية أكبر لمشتري الوحدة العقارية بتقنية البيع على الخريطة.

353. إذا ما وفي المُطوّر العقاري بالتزامه بالتسجيل ونقل الملكية، يتوجب عليه الوفاء بالالتزام الوثيق بنقل الملكية والمتمثل في تسليم الوحدة العقارية للمشتري.

الغصن الثالث

الالتزام بتسليم الوحدة العقارية

354. تمهيد: يُشكل الالتزام بتسليم الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة أحد أهم الالتزامات المنفرعة عن الالتزام بنقل الملكية، والمُلقى وفقاً للقواعد العامة على عاتق المُطوّر العقاري؛ باعتباره بائعاً طبقاً لنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري التي تقضي بأن "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء..."، وكذلك المادة ٤٣١ التي تنص على أن "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع". ومن المُستقر عليه في قضاء النقض أن الالتزام بتسليم الوحدة العقارية من الالتزامات الرئيسية التي تقع على عاتق البائع -المُطوّر- ولو لم ينص عليه في صراحة في العقد¹.

355. ويكتسب الالتزام بالتسليم في عقد البيع على الخريطة أهمية خاصة لسببين:

¹ انظر محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ قضائية، جلسة ١٧/٦/١٩٧١؛ محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ قضائية، جلسة ٢١/٢/١٩٨٤.

356. الأول: عدم وجود الوحدة العقارية محل العقد وقت الإبرام، وبالتالي لا يُمكن للمشتري التأكد من مواصفات الوحدة العقارية التي تعاقد عليها إلا لحظة التسليم ومعاينة الوحدة العقارية¹.

357. الثاني: تأخر التسليم من قبل المُطوّر العقاري: وتمثل مسألة تأخر تسليم الوحدة العقارية التي قد تصل لشهور وسنوات أكثر المشاكل شيوعًا من الناحية العملية، وهو ما قد ينتج عنه فقدان الثقة في تقنية البيع على الخريطة. لذلك خرجت بعض التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة على القواعد العامة في الالتزام بالتسليم، وقررت نصوصًا خاصة تتعلق بتسليم الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة². كما هو الشأن في قانون البناء والإسكان الفرنسي الذي قرر في المادة L.261-11 وجوب تضمين عقد البيع على الخريطة بالالتزام بالتسليم بشكل واضح وصريح³.

358. وكما هو الحال في المادة ٧ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري التي نصت صراحة أنه "يجب على المُطوّر العقاري

¹ محمد المرسى زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، المرجع السابق، ص ١٨٠.

² Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.168.

³ L'article L.261-11 du Code de la construction et de l'habitation, modifié par loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 - art. 75 " Le contrat doit être conclu par acte authentique et préciser :c) Le délai de livraison...".

الالتزام بما يلي: ٦. تسليم المشتريين وحداتهم المحجوزة، في التاريخ المحدد في العقد، وبالمواصفات الفنية المعتمدة التي تم التعاقد على أساسها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها بأسمائهم". وكذلك فعلت المادة ٧ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي نصت بدورها أن "يلتزم المُطوّر بالآتي: ٥. تسليم المشتري الوحدة العقارية شاملة كافة الخدمات التي تمكنه من الانتفاع بها". يلاحظ أن النص الأخير قد راعي فيه المشرع خصوصية عقد البيع على الخريطة، حيث لم يُلزم المُطوّر فقط بتسليم الوحدة العقارية للمشتري، بل أعتبر أن المُطوّر العقاري لم يوف بالتزامه، إذا تم تسليم الوحدة العقارية للمشتري دون اشتغالها على كل الخدمات التي تمكنه من الانتفاع بها.

359. تبعة الهلاك: وتزداد أهمية الالتزام بالتسليم بشكل خاص في عقد البيع على الخريطة من خلال الدور الذي يلعبه في تحديد الطرف الذي تقع على عاتقه تبعة هلاك الوحدة العقارية. فوفقاً للقواعد العامة تبعة الهلاك تقع على عاتق المُطوّر العقاري قبل التسليم، وتنتقل إلى المشتري من لحظة التسليم، أو إغذار المشتري باستلام الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة¹.

360. بيد أن المشرع الفرنسي قد خرج على تلك القواعد العامة وربط انتقال تبعة الهلاك بالالتزام بنقل الملكية وليس الالتزام بالتسليم. ومن ثم تظل تبعة هلاك الوحدة العقارية على عاتق المُطوّر العقاري إلى ما بعد الانتهاء من إقامة البناء ونقل الملكية

¹ محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٧٣.

للمشتري¹. بينما تقع على عاتق المشتري تبعة هلاك الأجزاء التي يملكها بعد إبرام عقد البيع على الخريطة دون الأجزاء المستقبلية، التي لا يتحمل تبعة هلاكها إلا بعد انتقال ملكيتها إليه بصورة مرحلية².

361. رأينا كيف يتم انتقال الملكية في عقد البيع على الخريطة بطريقة مرحلية أو متراخية، مما يثير التساؤل حول مدى بقاء التزام المُطوّر بالتسليم رغم تراخي الملكية. أجابت محكمة النقض المصرية صراحة على مسألة تراخي انتقال الملكية في عقد البيع بشكل عام، حيث قضت بأن "عقد البيع وما يرتبه من آثارٍ يُعدّ من العقود الفورية، التي تنشأ وتكتمل بمجرد توافر أركان انعقادها وشروط صحتها، ومن ثم فإنه يخضع للقانون الذي أُبرم في ظله، ولئن تراخي نقل الملكية في البيوع العقارية إلى التسجيل، إلا أن البائع يظلّ ملزمًا، بموجب العقد، بتسليم المبيع ونقل الملكية..."³. قياسًا على الحكم السالف بيانه يُمكن القول بأن المُطوّر العقاري يظل ملتزمًا بتسليم الوحدة العقارية محل العقد، وإن تراخي انتقال الملكية.

362. اثبات التسليم: يلتزم المُطوّر العقاري بتسليم الوحدة العقارية إلى المشتري وذلك بوضعها تحت تصرفه بطريقة تمكنه من حيازتها والانتفاع بها انتفاع هادئ.

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.172.

² Les articles L.261-2 et L.261-3 du Code de la construction et de l'habitation.

³ محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٦٧٨١ لسنة ٨٤ قضائية، الصادر بجلسة ٢٠٢٠/٠٣/٠٢.

وذلك إعمالاً للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني التي تنص أن التسليم يكون "بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ... ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

363. وإذا كانت القاعدة العامة أن التسليم واقعة مادية يجوز للمُطوّر العقاري إثباتها بكافة طرق الإثبات، غير أن هذه القاعدة العامة خرجت عليها بعض القوانين، حيث تطلبت شكلاً معيناً في التسليم كشهادة المطابقة التي تطلبها المشرع الجزائري في المادة ٣٩ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي قضت بأنه "في حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة".¹ أو شهادة الإنجاز¹ التي تطلبها المشرع القطري في المادة ٣١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني التي تنص أن "يصدر مجلس الإدارة قراراً بتنظيم قواعد وشروط إنجاز وتسليم الوحدات العقارية للمشتريين، بما في ذلك شهادة الإنجاز".

364. ومن جانبنا نتفهم خروج تلك النصوص على القواعد العامة في الاثبات ونجده مبرراً؛ وذلك مراعاة لخصوصية محل عقد البيع على الخريطة. حيث إن تطلب

¹ حيث نصت المادة السابعة من الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي لإمارة دبي على أنه "لا يجوز للمُطوّر العقاري عند اكتمال المشروع العقاري وحصوله على شهادة الإنجاز من الجهات المختصة الامتناع عن تسليم الوحدة العقارية أو تسجيلها باسم المشتري في السجل العقاري طالما أن المشتري قد أوفى بالتزاماته التعاقدية ...".

شهادة الإنجاز أو المطابقة عند التسليم تعد ضمانه هامة لحماية المشتري، نأمل أن يتبناها المشرع المصري.

365. الملحقات: ملحقات العقار يُقصد بها جميع الأشياء التي لا يُمكن فصلها عنه، وإذا فصلت انُتقص الانتفاع بالعقار، كما تشمل كل ما هو ضروري للانتفاع به¹. ووفقاً للقواعد العامة يلتزم المُطوّر العقاري بتسليم الوحدة العقارية إلى المشتري بملحقاتها؛ إعمالاً للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني على أن "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

366. ويأخذ حكم ملحقات الوحدة العقارية التي يلتزم المُطوّر العقاري بتسليمها: الحقوق العينية المخصصة للانتفاع بها واستعمالها، والأشياء المادية المخصصة للانتفاع بالوحدة العقارية واستعمالها كالمفاتيح والنوافذ. كما يُعد من قبيل الملحقات أيضاً الحقوق والدعاوى المرتبطة بالعقار، ومستندات ملكية الوحدة العقارية صور الرسوم الهندسية للوحدة العقاري، ودعوى الضمان ضد المقاول والمهندس المعماري، ودعوى الضمان قبل المُطوّر باعتباره البائع الأصلي.

367. زمان تسليم الوحدة العقارية: يخضع زمان تسليم الوحدة العقارية للقواعد العامة في القانون المدني، ومن ثم يلتزم المُطوّر العقاري بتسليم الوحدة العقارية إلى

¹ رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقولة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢١، ص ٢٩٥.

المشتري في الوقت المتفق عليه في عقد البيع على الخريطة¹، فإذا خلا العقد من تحديد وقت التسليم، وجب تسليم الوحدة العقارية في موعد معقول، ومعقولية الموعد تحدده محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض، باعتبارها من مسائل الواقع².

368. مكان تسليم الوحدة العقارية: وفقًا للقواعد العامة يلتزم المُطَوَّر العقاري بأن يُسلم الوحدة العقارية إلى المشتري في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت إبرام العقد، ما لم يتفق على غير ذلك، وذلك إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري التي تؤكد أنه "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". القاعدة العامة التي قررها النص السابق لا تُناسب خصوصية محل عقد البيع على الخريطة -الوحدة العقارية- الذي غالباً ما يكون غير موجود أو غير مكتمل وقت إبرام العقد. وعليه فإن المشتري يتسلم وحدته العقارية داخل مشروع التطوير

¹ إعمالاً للمادة ٤٣٦ من التقنين المدني المصري فقرة ١ التي تنص أن "يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" انظر أيضاً محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٣٦٢٦ لسنة ٩٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٨/١١/٢٠٢٠.

² تطبيقاً للمادة ٤٣٦ من التقنين المدني المصري فقرة ٢ التي تنص أنه "يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

العقاري، سواءً بشكل جزئي في حالة عدم الانتهاء من أعمال البناء أو بشكل كامل عند الانتهاء من كافة أعمال البناء.

369. نفقات التسليم: يلتزم المُطوّر العقاري باعتباره بائعًا بنفقات تسليم الوحدة العقارية إلى المشتري، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك؛ وذلك إعمالاً للمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري التي تنص صراحة أن "تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وتشمل نفقات التسليم جميع المصروفات والنفقات التي يستلزمها وضع الوحدة العقارية وملحقاتها تحت تصرف المشتري ليحوزها وينتفع بها انتفاعاً هادئاً.

370. الامتناع أو التأخير عن تسليم الوحدة العقارية: السؤال الذي يطرح نفسه هو ما الحكم إذا امتنع أو تأخر المُطوّر العقاري عن تسليم الوحدة العقارية للمشتري؟

371. وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني إذا امتنع المُطوّر العقاري عن تسليم الوحدة العقارية في الموعد المتفق عليه في عقد البيع على الخريطة طواعية، فيمكن للمشتري جبره على التسليم من خلال رفع دعوي تسليم الوحدة العقارية أمام المحكمة المختصة. هذا ما تواترت عليه أحكام محكمة النقض المصرية حيث قضت في حكم حديث لها أن "عقد البيع ولو لم يكن مشهراً يترتب عليه انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ... إلى المشتري ... كما تنتقل إليه الدعاوى

المرتبطة بها بما في ذلك تسليم الأرض المباعة"¹. وفي جميع الأحوال يحق للمشتري أن يطلب في دعواه التنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو يطلب فسخ عقد البيع على الخريطة².

372. وللتصدي لظاهرة التأخر في تسليم الوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة، خرجت بعض التشريعات على تلك القواعد العامة وقررت توقيع جزاءات مالية يتحملها المُطوّر العقاري إذا ما أمتنع أو تقاعس عن تسليم الوحدة العقارية³. هذا ما أكدته صراحة المادة ٢٥ فقرة ٢ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي تنص أنه "يجوز للدائرة أن تفرض غرامة تأخير على المُطوّر تُدفع لمصلحة مشتري الوحدات العقارية في حال تأخر المُطوّر في تسليم مشروع التطوير العقاري لمدة تزيد على ستة أشهر من تاريخ التسليم المتوقع للمشروع وفقاً للجدول الزمني الذي تعهد به المُطوّر للدائرة، وذلك ما لم يثبت أن تأخره كان بسبب خارج عن إرادته".

373. في حين تشدد بعض المشرعين وقرر إمكانية توقيع جزاءات جنائية تصل إلى حد حبس المُطوّر العقاري كما هو حال المشرع القطري في المادة ٢٩ من القانون

¹ محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٨٧٧٠ لسنة ٨٣ قضائية، الصادر بجلسة ٢٥/٠١/٢٠٢١.

² سميّر تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩ ص ٢٢٧.

³ Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.348.

القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري التي قضت بأنه "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وبالغرامة التي لا تزيد على (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ٦. لم يسلم المشترين وحداتهم في الموعد المحدد في العقد دون عذر مقبول، أو كانت الوحدات غير مطابقة للمواصفات الفنية التي تم التعاقد على أساسها، أو التي صدرت تراخيص البناء استنادًا إليها، ...".

374. ومن جانبنا نؤكد أن التوجه الذي تبنته النصوص السابقة توجّهًا محمودًا؛ لمعالجة ظاهرة التأخر في تسليم الوحدات العقارية. لذا يبدو من الأنسب أن يتبنى المشرع المصري صراحة نصوصًا خاصة تُلقي بعبء تسليم الوحدة العقارية على عاتق المُطوّر العقاري، وأن تقرر صراحة إمكانية توقيع جزاءات مالية فقط دون أن يصل الأمر لحد حبس المُطوّر العقاري في حالة التأخير في التسليم؛ لما في الجزاء الجنائي من آثار سلبية تجاه المُطوّرين، وهو ما قد يدفعهم إلى التردد والتراجع عن الاستثمار في مشاريع التطوير العقاري، أكثر من كونه دافعًا لحثهم على التسليم في الموعد.

375. إذا ما وفي المُطوّر العقاري بالتزامه بنقل ملكية الوحدة العقارية للمشتري، هل تقع على عاتقه التزامات أخرى بعد نقل الملكية والتسليم؟ هذا ما سنجيب عنه عند التطرق لمعالجة الالتزام بالضمان، والالتزام بتحديد نظام الملكية المُشتركة في الغصن القادم والذي يليه.

الفصل الرابع

الالتزام بالضمان

376. تمهيد: من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المُطوّر العقاري بعد نقل الملكية والتسليم، هو الالتزام بالضمان والذي يتفرع عنه عدة التزامات عامة كأى عقد بيع عقاري والمتمثلة في: عدم التعرض الشخصي، وعدم التعرض الصادر من الغير، ضمان العيوب الخفية. والالتزام خاصة بعقد البيع على الخريطة تراعي خصوصية ذلك العقد والمتمثلة في: الالتزام بضمان العيوب الظاهرة، الالتزام بالضمان العشري، والالتزام بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء¹. وعليه سوف نعالج التزام المُطوّر العقاري بالضمان على النحو التالي: أولاً: الالتزامات العامة وثانياً: الالتزامات الخاصة.

أولاً: الالتزامات العامة:

١. الالتزام بعدم التعرض الشخصي:

377. القاعدة العامة: الالتزام بعدم التعرض الشخصي هو التزام يقع على عاتق البائع في عقد البيع وفقاً للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري التي تقرر أن "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي...". إعمالاً للمادة السابقة يلتزم المُطوّر العقاري

¹ Brice Golfier, Les obligations particulières du maître de l'ouvrage : les garanties d'achèvement ou la gestion du risque d'inachèvement par le promoteur immobilier, RDI, 2002. p.473.

باعتباره بائعًا بضمان عدم التعرض لمشتري الوحدة العقارية في الانتفاع بالوحدة بشكل كامل أو جزئي¹.

378. شروط الالتزام بعدم التعرض الشخصي: يُشترط لقيام هذا الالتزام على عاتق المُطوّر العقاري توافر شرطين: الأول: يجب أن يصدر من المُطوّر تعرض فعلي لمشتري الوحدة العقارية، ويترتب على ذلك أن مجرد احتمال وقوع تعرض لا يكفي لقيام الضمان. الثاني: أن يتضمن التعرض عملاً من شأنه أن يحول بصورة كلية أو جزئية دون انتفاع المشتري بملكية الوحدة العقارية. وأعمال التعرض الصادرة من المُطوّر العقاري يتصور أن تكون مبنية على سبب أو عمل مادي محض من قبل المُطوّر، أو مبنية على سبب قانوني، وسواءً كان الحق المدعي به سابقاً على البيع أو لاحقاً له².

379. طبيعة الالتزام بعدم التعرض الشخصي: تجدر الإشارة إلى أن التزام المُطوّر العقاري بضمان تعرضه الشخصي باعتباره بائعاً هو في حقيقة الأمر يُمثل التزام بامتناع عن عمل غير قابل للانقسام. ويترتب على ذلك أن تعلقه بذمة أكثر من مدين كالمُطوّر الفرعي، المقاول، المهندس المعماري، لا يترتب عنه انقسام الالتزام على هؤلاء المدينين المتعددين، بل يظل كل طرف مدينًا بكامل الالتزام.

¹ ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١١.

² راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاول، المرجع السابق، ص ٣٢٨ وما بعدها.

380. جزء الإخلال بالالتزام: إذا أخلّ المُطوّر العقاري بالتزامه بعدم التعرض الشخصي وجب التمييز من حيث الجزء المترتب على هذا الإخلال بين التعرض المادي والتعرض القانوني: ففي حالة التعرض المادي، وجب تطبيق القواعد العامة بأن يطلب المشتري التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، فضلاً عن التعويض إن كان له مقتضى، كما يجوز له طلب فسخ عقد البيع على الخريطة. بينما في حالة التعرض القانوني كأن يتصرف المُطوّر بالبيع في الوحدة العقارية لمشتري ثانٍ، ففي مثل هذه الحالة يكون للمشتري الأول الحق في الرجوع بالتعويض على المُطوّر العقاري إما بمقتضى استحقاق الغير للمبيع، وإما بموجب ضمان المُطوّر للتعرض الصادر منه¹.

٢. الالتزام بعدم التعرض الصادر من الغير:

381. مضمون الالتزام: أرست المادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري القاعدة العامة في التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من "فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه". ومن ثم يلتزم المُطوّر العقاري باعتباره بائعاً بضمان عدم تعرض الغير لمشتري الوحدة العقارية تعرضاً يمنع الانتفاع بالوحدة بشكل كامل أو جزئى².

¹ راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاولة، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

² ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٢.

382. شروط قيام ضمان المُطوّر لأعمال التعرض الصادرة عن الغير: يُشترط لقيام ضمان المُطوّر العقاري أعمال التعرض الصادرة عن الغير نفس شروط ضمان بائع العقار¹ والمتمثلة في:

383. أولاً: وجوب وقوع التعرض بالفعل: يشترط لقيام ضمان أعمال التعرض الصادرة عن الغير أن يقع التعرض فعلاً عن الغير، أي من أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع على الخريطة، فيدعي هذا الأجنبي حقاً على الوحدة العقارية، ويصل به الأمر أن يرفع دعوي بالحق المدعي به على مشتري الوحدة العقارية.

384. ثانياً: أن يدعي الغير حق قانوني على الوحدة العقارية: حيث لا يضمن المُطوّر العقاري لمشتري الوحدة العقارية سوى التعرض القانوني الصادر عن الغير.

385. ثالثاً: أن يكون سبب التعرض سابقاً على البيع أو لاحقاً له، ولكنه مستمد من المُطوّر العقاري: يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على الوحدة العقارية موجوداً قبل البيع الصادر إلى المشتري، وعلى ذلك إذا ادعى الغير أنه اشترى الوحدة العقارية بعد البيع من غير المُطوّر العقاري ولم يكن الأخير مالئاً للوحدة العقارية، فلا

¹راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

يتحقق الضمان، ليس لأن الحق المدعي به تاليًا للبيع فحسب، ولكن لأن هذا الحق لا يحتج به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك¹.

386. بيد أنه إذا ادعى الغير أنه اشترى الوحدة العقارية من غير المطور العقاري وكان الأخير هو المالك الحقيقي، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع؛ لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير وإنما هو المالك الحقيقي الذي باع للغير، وحقه ثابت بطبيعة الحال قبل البيع.

387. كما يُسأل المطور العقاري عن تعرض الغير ولو كان سببه لاحقًا لعقد البيع على الخريطة إذا كان هذا السبب راجعًا إلى فعله²؛ لكونه قد خالف التزامه بالامتناع عن كل عمل من شأنه إحداث تعرض للمشتري، وعلي ذلك إذا باع المطور العقاري الوحدة العقارية مرتين، وقام المشتري الثاني بتسجيل الوحدة العقارية قبل أن يُسجل المشتري الأول، فإن المطور العقاري يظل مسئولًا عن الضمان قبل المشتري الأول.

388. المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير: يُعتبر المطور العقاري هو المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير، ومن ثم لا ينتقل هذا الالتزام إلى خلفه العام، بل يبقى دينًا في تركته، كما لا ينتقل الالتزام بضمان

¹راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٣٢٤ وما بعدها.

²راجع محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٣٠٦.

الاستحقاق إلى الخلف الخاص. كما يُعتبر التزام المُطوّر - في حالة تعدد البائعين - التزامًا غير قابل للانقسام إذا كان المشتري يطالب بتنفيذ هذا الالتزام عينًا، أما إذا كان يطالب بالتنفيذ بمقابل، انقسم بطبيعة الحال هذا الالتزام¹.

389. آثار التزام المُطوّر بضمان التعرض الصادر عن الغير: يُعتبر الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير التزام بعمل، والقاعدة العامة تقتضي وجوب تنفيذه عينًا طالما كان هذا التنفيذ العيني ممكنًا، ويتحقق هذا التنفيذ عن طريق تدخل المُطوّر العقاري في الدعوى بجانب المشتري أو أن يحل محله، بهدف نفي ادعاء الغير الذي تعرض لمشتري الوحدة العقارية بكل الوسائل القانونية الممكنة، حتى يصدر الحكم برفض الدعوى. فإذا لم يستطع المُطوّر العقاري تنفيذ هذا الالتزام أو عجز عنه، وتمكن الغير بالفعل من إثبات الحق المدعي به على الوحدة العقارية وقضي له به، وجب على المُطوّر العقاري في هذه الحالة أن يقوم بتنفيذ التزامه بضمان التعرض عن الغير عن طريق التعويض، فيقوم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر باستحقاق المبيع في يده، وفقًا لقواعد ضمان الاستحقاق².

390. الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر عن الغير: وفقًا للقواعد العامة يُمكن للمُطوّر العقاري والمشتري الاتفاق في عقد البيع على الخريطة على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر عن الغير، سواء كان التعديل بهدف زيادة ضمان

¹ راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاولة، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

² راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاولة، المرجع السابق، ص ٣٣١

وما بعدها.

الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه، كما هو الحال في المادة ٤٤٥ فقرة ١ من التقنين المدني المصري التي تنص أنه "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان". يتضح إذن من قراءة هذا النص عدم كفاية القواعد العامة في حماية مشتري الوحدة العقارية، حيث إن الغالب عملاً أن يقوم المُطوّر العقاري بتضمين عقود البيع على الخريطة شرط إسقاط ضمان الاستحقاق من على عاتقه، ومن ثم فلا يكون الأخير مسئولاً إذا استحق المبيع كلياً أو جزئياً.

391. لذلك حرصت التشريعات التي قننت عقد البيع على الخريطة على تضمين قوانينها ضمانات والتزامات خاصة تهدف لحماية مشتري الوحدة العقارية، كالالتزام بضمان العيوب الخفية وبالضمان العشري، الالتزام بضمان العيوب الظاهرة، والالتزام بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء، نستعرضها على التوالي.

ثانياً: الالتزامات الخاصة:

١. الالتزام بضمان العيوب الخفية وبالضمان العشري:

392. من ناحية أولى: فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية: من المتفق عليه أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يقع على عاتق المُطوّر العقاري وفقاً للقواعد العامة بوصفه بائعاً، غير أنه يتمتع بخصوصية في عقد البيع على الخريطة؛ دفعت المشرع الفرنسي لتنظيمه بنصوص خاصة على النحو الذي سوف نوضحه.

393. من ناحية ثانية: فيما يتعلق بالضمان العشري: يظل الالتزام بالضمان العشري التزامًا محل نظر، ويثير التساؤل التالي، هل يلتزم المطور العقاري بالضمان العشري المقرر من حيث الأصل على المقاول والمهندس المعماري وفقًا للقواعد العامة؟ أم أنه بحاجة إلى نص خاص؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه.

394. مضمون التزام المطور بضمان العيوب الخفية: وفقًا للقواعد العامة يلتزم المطور العقاري باعتباره بائعًا، بالإضافة إلى التزامه بضمان عدم تعرضه الشخصي، وضمان تعرض الغير للمشتري في الانتفاع بالوحدة العقارية، بالالتزام بضمان العيوب الخفية¹. والعيوب الخفية كما عرّفته واستقرت² عليه محكمة النقض المصرية هو "الآفة الطارئة التي لا تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"³. ويُعتبر العيب خفيًا ولو كان من السهل اكتشافه بعناية الرجل المعتاد، إذا أثبت المشتري أنه لم يكن من الممكن اكتشاف العيب الموجود في الوحدة العقارية بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على

¹ راجع محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية الطعن رقم ٧٣٣١ لسنة ٨٤ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٦ / ١٢ / ١٠.

² محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية، الطعن رقم ٦٩٢٤ لسنة ٧٨ قضائية الصادر بجلسة ١٨ / ٥ / ٢٠١٦؛ الطعن رقم ١٥٤١ لسنة ٧٩ قضائية الصادر بجلسة ٢٧ / ٥٣ / ٢٠١٧؛ الطعن رقم ٢٧٩٢ لسنة ٧٩ قضائية الصادر بجلسة ٢٦ / ٥٢ / ٢٠١٨؛ الطعن رقم ١٥١٩ لسنة ٨٨ قضائية الصادر بجلسة ٥ / ٥ / ٢٠١٩.

³ محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية: نقض ٨ / ٤ / ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧، مشار إليه لدى رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقولة، المرجع السابق، ص ٣٦٦.

القيام به، وذلك لتطلب اكتشافه خبرة خاصة وفحصًا معينًا لا يتوافران في المشتري¹. كما يُعتبر العيب خفيًا² إذا أثبت المشتري أن المُطَوَّر العقاري قد أكد له خلو الوحدة العقارية من هذا العيب، أو أن المُطَوَّر قد تعمد إخفاء العيب غشًا منه³.

395. العيب الخفي الموجب للضمان في القانون المصري: العيب الخفي نصت عليه صراحة المادة ٤٤٧ فقرة ١ من التقنين المدني حيث قضت بأن "١. يكون البائع ملزمًا بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أُعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده".

396. يُستفاد من النص المتقدم وجوب توافر أربعة شروط في العيب الموجب للضمان، ثلاثة منها تخضع لحكم القواعد العامة، ومن ثم لا تثير أي مشكلة والمتمثلة في اشتراط أن يكون العيب خفيًا، مؤثرًا، وغير معلوم للمشتري. بينما الشرط الرابع

¹ محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٧٩٢ لسنة ٧٩ قضائية الصادر بجلسته ٢٦/٢٠١٨.

² محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية الطعن رقم ١٥١٩ لسنة ٨٨ قضائية الصادر بجلسته ٢٠١٩/٠٥/٠٥؛ والطعن رقم ٧٢١٧ لسنة ٧٥ قضائية الصادر بجلسته ٢٧/٢/٢٠١٩.

³ المادة ٤٤٧ فقرة ٢ من التقنين المدني "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشًا منه".

والمتمثل في وجوب أن يكون العيب قديمًا، هو ما يُثير صعوبة في عقد البيع على الخريطة، حيث إن اشتراط أن يكون العيب قديمًا يعني أن المُطوّر العقاري لا يضمن عيب المبيع إلا إذا كان موجودًا في الوحدة العقارية وقت إبرام عقد البيع على الخريطة، وأن يبقى العيب حتى التسليم، وبذلك تتبدي الصعوبة بسبب عدم تحقق شرط القَدَم المُتطلب لإعمال الضمان، الناتج عن عدم وجود الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة وقت إبرام العقد¹، والذي يترتب عليه عدم استفادة مشتري الوحدة العقارية من ضمان العيوب الخفية.

397. سقوط ضمان العيب الخفي: وفقًا للمادة ٤٥٢ من التقنين المدني المصري "تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول". ومن ثم فقد قرر المشرع مدة سنة واحدة لتقادم الدعوي وهي مدة قصيرة، لا تتحصل فيها للمشتري فرصة حقيقية للتحقق من حالة الوحدة العقارية، كما أنها لا تُناسب خصوصية العيوب المحتملة في الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، التي قد تظهر بعد أكثر من سنة، كما هو الحال في اكتشاف عيب رطوبة غير مألوفة في الوحدة العقارية.

¹ محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢٩.

398. أحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام: لما كانت أحكام ضمان العيوب الخفية تتمتع بكونها ليست من النظام العام¹، فيجوز للمُطوّر العقاري والمشتري الاتفاق على تعديلها عن طريق تخفيف الضمان أو تشديده أو حتى إسقاطه، وغالبًا ما يتضمن عقد البيع على الخريطة شرطًا يُسقط ضمان العيوب الخفية من على عاتق المُطوّر العقاري.

399. يتضح مما تقدم أن الأحكام العامة لضمان العيوب الخفية وخاصة اشتراط قَدَم العيب، وسقوط دعوي الضمان بعد سنة من التسليم، وجواز إسقاط الضمان لا تتناسب مع عقد البيع على الخريطة، كما أنها لا توفر الحماية الكاملة لمشتري الوحدة العقارية، وهو ما دفع المشرع الفرنسي لتبنى نصوصًا خاصة في تقنينه المدني، بخصوص ضمان العيوب الخفية في الوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة وذلك في المادة ١٧٩٢ والمُكوّنة من ست فقرات.

400. ضمان العيوب الخفية في القانون الفرنسي: قرر المشرع الفرنسي² صراحة في المادة 1792 من التقنين المدني الفرنسي أن "أي شخص يقوم ببناء عقار، يكون مسئولًا مسئولية كاملة تجاه المالك أو مشتري العقار عن أي ضرر، حتى ذلك الضرر الناجم عن عيب في الأرض، أو أي ضرر يضر بصلاية العقار أو يؤثر عليه متانته

¹وذلك إعمالًا للمادة ٤٥٣ من التقنين المدني المصري التي تقرر صراحة أنه "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان".

²Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.371.

في أحد العناصر الأساسية المكونة له أو في أحد عناصر الانتفاع به، مما يجعله غير ملائم للغرض المقصود منه".¹ .

401. كما قرر المشرع الفرنسي في المادة 1792 فقرة ٢ أن ضمان العيب الخفي الذي نص عليه في المادة السابقة، يمتد ليشمل أمرين²:

402. الأول: يشمل أي ضرر يؤثر على عناصر العقار المخصصة والمعدة للانتفاع به، والتي يُمكن فصلها عن هيكل العقار، دون أن يُصاب بضرر، كما هو الحال في المصاعد الكهربائية التي يقوم المُطوّر العقاري بتركيبها في العقار بحالتها التي تسلمها بها من الشركة المصنعة أو الموزع³. وقد جعل المشرع مدة ضمان العيوب الخفية لهذه العناصر سنتين كحد أدنى من تاريخ استلامها¹.

¹ L'article 1792 du Code civil "Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination".

²Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.371.

³قارن الموقف الذي تبناه المشرع الإماراتي في المادة ٢٧ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي تنص أن " ٢. إصلاح أو استبدال التركيبات المعيبة في مشروع التطوير العقاري لمدة سنة واحدة من تاريخ تسليم الوحدة للمالك، وتشمل هذه التركيبات الأعمال الميكانيكية والكهربائية والتمديدات الصحية والصرف الصحي وما في حكمها، وفي حال

403. الثاني: يشمل أي ضرر يؤثر على صلابة ومثانة أجزاء وعناصر العقار الانشائية، خاصة عندما تُعتبر هذه العناصر جزءًا لا يتجزأ من العقار، أو أساسه، أو هيكله، ولا يُمكن إزالتها، أو فصلها أو استبدالها دون إلحاق ضرر بالعقار²، كما هو الحال في الحوائط والجدران والأسقف والأرضيات، وقد جعل المشرع مدة ضمان العيوب الخفية لهذه العناصر تمتد لمدة عشر سنوات من تاريخ استلام المشتري للوحدة العقارية من المُطوّر العقاري³.

امتناع المالك عن استلام وحدته لأي سبب، تُحسب تلك الفترة اعتبارًا من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز لمشروع التطوير العقاري".

¹ L'article 1792-3 du Code civil " Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception

² L'article 1792-2 du Code civil "La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. n élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage".

³ L'article 1792-4-3 du Code civil" En dehors des actions régies par les articles 1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2, les actions en responsabilité dirigées contre les constructeurs désignés aux articles 1792 et 1792-1 et

404. إضافة إلى ذلك حرص المشرع الفرنسي في المادة 1792 فقرة ٥ على التأكيد أن أحكام ضمان العيوب الخفية للعقارات تحت الانشاء تُعتبر من النظام العام¹، كما أهدر كل قيمة قانونية لأي شرط في عقد البيع على الخريطة يُعفي أو ينتقص من مسئولية المُطوّر العقاري فيما يخص التزامه بضمان العيوب الخفية في الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة².

405. وحسباً فعل المشرع الفرنسي بأن جعل أحكام الضمان العشري من النظام العام، ومن ثم لا يجوز للمُطوّر التحايل عليها أو الاتفاق على ما يخالفها. كما أحسن صنفاً بأن وحد مدة الضمان العشري ومدة تقادم دعوى ذلك الضمان وجعلها ١٠ سنوات تبدأ من تاريخ ظهور العيب أو حدوث التهدم. وبهذه الطريقة ضَمّن المشرع الفرنسي توفير حماية أكبر لمشتري الوحدة العقارية، ولم يأخذ بمدة تقادم قصيرة

leurs sous-traitants se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux".

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.331.

² L'article 1792-5 du Code civil "Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite".

للدعوى، كما هو الحال في التقنين المدني المصري الذي جعلها ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب¹.

406. موقف بعض التشريعات العربية من الالتزام الضمان العشري كالتزام مُلقى على عاتق للمُطوّر: الضمان العشري كالتزام يقع على عاتق المُطوّر العقاري تبنته صراحة قوانين بعض الدول العربية التي نظمت عقد البيع على الخريطة كما هو الحال في الجزائر حيث قضت المادة ٢٦ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بأن "الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري...". وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع الإماراتي في المادة ٢٧ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي تنص أن "أ. مع عدم الإخلال بأحكام عقد المُقاولة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية، تستمر مسؤولية المُطوّر في الحالتين الآتيتين ١. تهدم البناء كلياً أو جزئياً، وعن إصلاح أي عيوب في الأجزاء الهيكلية في مشروع التطوير العقاري لمدة ١٠ عشر سنوات تبدأ اعتباراً من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز لمشروع التطوير العقاري..."².

¹ المادة ٦٥٤ من التقنين المدني المصري "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب".

² وكذلك المادة ٢٦ من لقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٧ بشأن ملكية العقارات المُشتركة في إمارة دبي التي أكدت صراحة أنه "مع مراعاة أحكام عقد المُقاولة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ تستمر مسؤولية المُطوّر عن إصلاح أو تصحيح أية عيوب في

407. وهكذا حرصت النصوص السابقة على تقرير الالتزام بالضمان العشري على عاتق المُطوّر العقاري بصورة صريحة ولم تكثف بالقواعد العامة، كما اعتبرته من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه؛ مراعاة منها لخصوصية محل عقد البيع على الخريطة.

408. الالتزام بالضمان العشري كالتزام يقع على عاتق المُطوّر في القانون المصري: في ظل غياب النصوص التي تنظم عقد البيع على الخريطة، وتحدد بوضوح التزامات المُطوّر العقاري في القانون المصري. فإن التساؤل الذي يثور هل الضمان العشري المقرر في القانون المصري يُمكن أن يمتد ليشمل المُطوّر العقاري إعمالاً للقواعد العامة؟ أم أننا بحاجة إلى نصوص خاصة كما هو الحال في التشريعات التي تتبته صراحة؟

409. الضمان العشري في القانون المصري: من حيث الأصل العام، فقد ألقى المشرع المصري بالالتزام بالضمان العشري على عاتق المهندس المعماري والمقاول متضامين صراحة في المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري التي تقضي بأن "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت

الأجزاء الهيكلية من العقار المشترك والتي تخرجه بها جمعية الملاك أو مالك أية وحدة لمدة عشر سنوات تبدأ اعتباراً من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره".

المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ٢. ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٣. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

410. تطرح قراءة النص السابق السؤال التالي هل تسمح صياغة النص للقول بانطباق الضمان العشري على عاتق المطور العقاري في عقد البيع على الخريطة أم لا؟ انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين: الأول: يري إمكانية انطباق النص السابق على المطور العقاري والثاني: لا يري إمكانية ذلك. وناقش الفريقين بقدر من التفصيل على النحو التالي:

411. الفريق المؤيد: ذهب أنصار هذا الفريق للقول بإمكانية انطباق نص المادة ٦٥١ السابق على المطور العقاري؛ باعتباره بائعاً في عقد البيع على الخريطة¹. حيث يري أنصار هذا الفريق أن "الضمان العشري في بيع العقار على الخريطة بمثابة التزام يقع على البائع بقوة القانون، حيث يكون مسؤولاً عنه تجاه المشتري مسؤولية قانونية،

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهيار المباني، أثناء التشييد وبعد التشييد والتأمين الإجباري منها، منشأة المعارف، ١٩٨٤، ص ٤٩؛ محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، المرجع السابق، ص ٢٢٨؛ أحمد هاشم عبد؛ مثى عبد الكاظم ماشاف، عقد بيع عقار على الخارطة، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص ٢٧.

نظم القانون أحكامها دون الحاجة إلى النص عليها في العقد¹. وقد حاول أنصار هذا الفريق تأييد رأيهم بعدة حجج:

412. الأولى: أن الضمان العشري يدور وجودًا وعدمًا مع الالتزام بالبناء والتشييد، وبما أن الالتزام بالبناء والتشييد يقع على عاتق المُطوّر العقاري في عقد البيع على الخريطة، فيتحمل بالتبعية بالالتزام بالضمان العشري؛ فمن يلتزم بالبناء يلتزم بالضمان.

413. الثانية: إن انطباق نص المادة ٦٥١ السابق لا يتعارض مع احترام الطبيعة الخاصة للمُطوّر العقاري الذي يقوم بدور المقاول والمهندس المعماري في كثير من عقود البيع على الخريطة. كما لا يتعارض مع خصوصية عقد البيع على الخريطة، بل على العكس يحترم الطابع المُركّب لعقد البيع على الخريطة الذي يُشكل مزيجًا من عقدي المقاول والبيع العقاري.

414. الثالثة: إن انطباق نص المادة ٦٥١ يستهدف توفير أكبر قدر من الحماية لمشتري الوحدة العقارية، الذي لا يرتبط إلا بالمُطوّر العقاري الذي أبرم معه عقد البيع على الخريطة، وبالتالي فإن تكليف المشتري برفع دعوى الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري يتضمن الكثير من العنت والمشقة.

¹ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٨.

415. الفريق الرافض: رغم تفهم حجج ومبررات الاتجاه المؤيد، ذهب جانب من الفقه¹ -بحق- للقول بعدم إمكانية انطباق الضمان العشري المنصوص عليه في المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري على عاتق المُطوّر العقاري، وذلك للأسباب التالية:

416. الأول: أن نص المادة ٦٥١ السابق يتحدث عن الضمان العشري للمقاول والمهندس المعماري، ومن ثم يُشترط لانطباق أحكام الضمان العشري وجود عقد مقاوله بينهما وبين رب العمل²، وليس أي عقد آخر كعقد البيع على الخريطة.

417. الثاني: حدد المشرع المصري في المادة ٦٥١ على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال الأشخاص الملزمين بالضمان العشري، ومن ثم لا يُتصور انطباق النص على عاتق المُطوّر العقاري الذي لم يشملته النص صراحة.

418. الثالث: أن الضمان العشري يُشكل استثناء على القواعد العامة في الضمان، ومن المُسلم به أن الاستثناء لا يُقاس عليه ولا يتوسع فيه.

419. الرابع: إذا كانت أحكام الضمان العشري تنطبق على المُطوّر العقاري دون حاجة للنص عليها صراحة، فلماذا تبنت القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة نصوصًا خاصة تُلقي صراحة بعبء الضمان العشري على عاتق المُطوّر العقاري؟

¹ أحمد هاشم عبد؛ مثى عبد الكاظم ماشاف، عقد بيع عقار على الخارطة، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص ٢٧.

² محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة: عقد العمل، وعقد المقاوله، والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، ٢٠٠٥، ص ٢٣٥.

420. بناء على الأسباب المتقدمة، نميل للقول بعدم إمكانية قياس المُطوّر العقاري على المقاول والمهندس المعماري، ومن ثم لا يتصور خضوع المُطوّر العقاري لأحكام الضمان العشري المنصوص عليها في المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري. يترتب على ذلك عدم تمكن المشتري في عقد البيع على الخريطة من الرجوع على المُطوّر العقاري بالضمان العشري، بيد أنه يمكنه في جميع الأحوال الرجوع على المقاول أو المهندس بوصفهما خلفًا خاصًا للمُطوّر العقاري¹؛ حيث ينتقل للمشتري الحق في الضمان العشري، باعتباره من ملحقات عقد البيع على الخريطة.

421. أخيرًا لا نملك إلا أن نستحسن موقف المشرع الفرنسي الذي تبني نصوصًا صريحة لضمان العيوب الخفية للوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة؛ وذلك إدراكًا منه لخصوصية محل عقد البيع على الخريطة، وبُغية توفير أكبر قدر من الحماية لمشتري الوحدة العقارية؛ عن طريق توسيع نطاق ضمان العيوب الخفية، وزيادة مدته لسنتان أو عشر سنوات على حسب الحال، وتوحيد مدة الضمان العشري والدعوي الناشئة عنه، واعتبار أحكامه من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. كما نثني خيرًا على موقف التشريعات العربية التي نصت صراحة على التزام المُطوّر العقاري بالضمان العشري، ولم تكتف بالقواعد العامة.

¹ وفاء الجناحي، المسؤولية عن الضمان العشري في البيوع على الخرائط وفق التشريع البحريني: قراءة في القانون رقم 27 لسنة 2017 بشأن تنظيم القطاع العقاري والقرارات التنفيذية الصادرة لتنفيذه، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٣، السنة السابعة، ٢٠١٩، ص ١٠٧.

422. لذا نهيب بالمشرع المصري أن يتبنى موقف المشرع الفرنسي والتشريعات العربية، بخصوص ضمان العيوب الخفية والضمان العشري في عقد البيع على الخريطة على النحو السابق تفصيله.

423. بعد أن تعرّفنا على الالتزام بضمان العيوب الخفية والضمان العشري، فإن التساؤل الذي يثور هو هل يلتزم المطور العقاري بضمان العيوب الظاهرة في الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة؟

٢. الالتزام بضمان العيوب الظاهرة:

424. الالتزام بضمان العيوب الظاهرة في القانون المصري: وفقاً للقواعد العامة يجب لتحقيق ضمان البائع بالضمان أن يكون العيب خفياً، ومن ثم فلا يضمن المطور العقاري بوصفه بائعاً العيب الظاهر الذي كان في وسع مشتري الوحدة العقارية أن يعلم به وقت إبرام العقد أو وقت التسليم. فمن أشتري وحدة عقارية في مشروع تطوير عقاري دون أن يفحصها ليتبين ما بها من عيوب يُعد مقصراً، وعليه أن يتحمل وحده نتيجة تقصيره، أو يُفترض أنه قد قبل الوحدة العقارية على ما بها من عيوب¹.

425. القواعد العامة السابقة أرسنها المادة ٤٤٧ فقرة ٢ من التقنين المدني المصري التي تقضي بأن "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرّفها وقت البيع. أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي،

¹ راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٣٧٣ وما بعدها.

إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

426. يتضح من قراءة النص السابق أن العيب يكون ظاهرًا، وبالتالي لا يضمنه المطور العقاري بوصفه بائعًا إذا كان المشتري يستطيع أن يكتشفه بنفسه، إذا عاين الوحدة العقارية وفقًا لمعيار الرجل العادي. وبمفهوم المخالفة لا يُعتبر العيب ظاهرًا حتى ولو لم يتمكن مشتري الوحدة العقارية من اكتشافه بنفسه، بسبب راجع لنقص في خبرته، حيث كان من الواجب عليه اللجوء إلى غيره من الأشخاص العاديين أو حتى المتخصصين للاسترشاد برأيهم.

427. على العكس من ذلك يُعتبر العيب خفيًا رغم فحص المشتري، إذا وصل من الخفاء درجة لا يُمكن أن يكتشفها إلا خبير متخصص في البناء والعقارات، كما لو احتاج الأمر إلى اللجوء إلى وسائل وطرق فنية ليست في متناول المشتري ولا يملكها الرجل العادي. معني ذلك أن المعيار في ظهور أو خفاء العيب ليس معيارًا شخصيًا يختلف بتفاوت الأشخاص، إنما هو معيار موضوعي وفقًا لمعيار الرجل العادي الذي تفترض فيه الفطنة واليقظة¹.

428. يتضح إذن أن المطور العقاري وفقًا للقواعد السابقة وحسب الأصل العام لا يضمن العيوب الظاهرة في الوحدة العقارية التي باعها للمشتري. بيد أن خصوصية عقد

¹ راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٣٧٢ وما بعدها.

البيع على الخريطة تتطلب الخروج على تلك القواعد العامة التي تُعتبر مقبولة في حالة البيع العقاري العادي، حيث يستلم المشتري المبيع بمجرد إبرام العقد، بيد أن الأمر على خلاف ذلك في عقد البيع على الخريطة الذي يتراخى فيه استلام الوحدة العقارية أو يكون بشكل مرحلي. ومن ثم وجب الخروج على القواعد العامة؛ مراعاة لخصوصية محل عقد البيع على الخريطة، كما فعل المشرع الفرنسي ونص صراحة على التزام المُطور العقاري بضمان العيوب الظاهرة.

429. ضمان العيوب الظاهرة في القانون الفرنسي: خلافاً للقواعد العامة¹ قرر المشرع الفرنسي أن المُطور العقاري يلتزم بضمان العيوب الظاهرة في الوحدة العقارية المُسلمة للمشتري في المادة 1642 فقرة 1 من التقنين المدني والتي عُدلت عام ٢٠٠٩ وأضحت تنص صراحة أن "بائع العقار تحت الانشاء لا يُمكن اعفائه من المسؤولية قبل تسليم العقار أو قبل مرور شهر على استلام وحياسة المشتري للعقار عن عيوب البناء الظاهرة أو عيوب عدم المطابقة. وفي جميع الأحوال لا يُمكن فسخ العقد أو تخفيض السعر إذا تعهد البائع بإصلاح العيوب"².

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.322.

² L'article 1642-1 du Code civil, modifié par loi n°2009-323 du 25 mars 2009 - art. 109 " Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents. Il n'y aura pas

430. يتضح من قراءة النص السابق أن المُطَوَّر العقاري باعتباره بائعًا لعقار تحت التشييد يُعتبر ضامنًا لعيوب الوحدة العقارية الظاهرة، والتي لا يُشترط فيها أن تؤدي إلى الاضرار بالبناء أو لجعله غير صالح للانتفاع¹، وبذلك يُشكل النص السابق خروجًا على القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 1642 من التقنين المدني الفرنسي بأن "البائع لا يُعتبر مسؤولًا عن العيوب التي يُمكن أن يكتشفها المشتري بنفسه"².

431. شروط استفادة المشتري من ضمان العيوب الظاهرة: يُشترط لاستفادة مشتري الوحدة العقارية من ضمان العيوب الظاهرة أن يظهر العيب إما عند تسليم الوحدة العقارية أو خلال شهر بعد حياة المشتري لها. كما يجب على مشتري الوحدة العقارية أن "يرفع دعوى ضمان العيوب الظاهرة خلال سنة من التاريخ الذي يُمكن فيه للبائع التخلص من ضمان من العيوب الظاهرة أو عدم المطابقة"³. ويُمكن للبائع

lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer".

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.363.

² L'article 1642 du Code civil "le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même".

³ L'article 1648 du Code Civil " Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents".

التخلص من ضمان العيوب الظاهرة إذا تسلم المشتري الوحدة العقارية بدون تحفظ، أو بعد مرور شهر من تاريخ تسلم الوحدة العقارية¹.

432. صفة القول إذن أن النصوص السابقة التي قررها المشرع الفرنسي، وإن كانت تمثل خروجًا على القواعد العامة في ضمان العيوب الظاهرة، غير أنها تلائم خصوصية العقار تحت التشييد محل عقد البيع على الخريطة، كما تُشكل ضمانه هامة بيد مشتري الوحدة العقارية تجاه المطور العقاري. وعليه، نأمل أن يتبنى المشرع المصري الالتزام بضمن العيوب الظاهرة كالتزام صريح يقع على عاتق المطور العقاري في عقد البيع على الخريطة.

٣. الالتزام بضمن إنجاز مثالي لأعمال البناء :

433. تعريفه: الالتزام بضمن إنجاز مثالي لأعمال البناء² يعرفه جانب من الفقه³ بأنه ذلك "الالتزام القانوني الذي يقع على عاتق المطور العقاري، والذي يلتزم بموجبه بإصلاح كل خلل في العقار، بشرط الإشارة لمحضر التسليم، ويكون هذا الضمان لمدة سنة من تاريخ التسليم"⁴. كما يعرفه جانب من الفقه الفرنسي⁵ بأنه ذلك بأنه الضمان

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.375.

² "La garantie de parfait achèvement des travaux de réalisation".

³ Philippe Malinvaud, Droit de la construction, op.cit., p.1445.

⁴ محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٩٣.

⁵ Christophe Ponce, Droit de l'assurance Construction, Gualino, 2013, p.49 ; Voir aussi : Cass, 3^e ch., civ, 17 octobre 2019, n° 18-20.624 ;

الذي يُهدف لتسليم العقار منجزًا بشكل كامل ومطابقًا للمواصفات التي تم الاتفاق عليها بين طرفي العقد¹.

434. الأساس القانوني للالتزام: المشرع الفرنسي هو أول من قرر صراحة الالتزام بضمان الانجاز المثالي لأعمال البناء في المادة 1792 فقرة ٦ من التقنين المدني الفرنسي التي تنص أن "ضمان الانجاز المثالي هو ذلك الالتزام الذي يلتزم به المقاول لمدة عام واحد من تاريخ التسليم، والذي يشمل إصلاح جميع العيوب التي أبلغ عنها رب العمل، سواء عن طريق التحفظات التي تم ذكرها في محضر التسليم، أو عن طريق إخطار كتابي بشأن تلك العيوب التي تم اكتشافها بعد الاستلام"².

435. وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1792 فقرة ٦ كان مقررًا من حيث الأصل كالالتزام على عاتق المقاول لمصلحة رب العمل في

Cass, 3^e ch., civ, 1 octobre 2020, n° 18-24.050 ; Cass, 3^e civ., 15 avril 2021, n° 19-25.748, D. 2021. 799.

² L'article 1792-6 alinéa 2 du Code Civil "La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception".

عقد المقاول¹، بيد أن غالبية الفقه الفرنسي² نادت بإمكانية انطباق هذا الالتزام على عاتق المطور العقاري؛ باعتباره ملتزمًا بإقامة البناء كالمقاول، ومن ثم يُمكن لمشتري الوحدة العقارية في عقد البيع على الخريطة الاستقادة من هذا الضمان.

436. وقد استتدت أغلبية الفقه الفرنسي فيما ذهبت إليه على نص المادة 1646 فقرة 1 من التقنين المدني التي تنص أنه "يلتزم بائع العقار تحت التشييد، منذ تسليمه أعمال البناء، بالالتزامات المُلقاة على عاتق المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم

¹ François-Xavier Ajaccio, Albert Caston, Rémi Porte, Mario Tendeiro, *Traité de la responsabilité des constructeurs*, 8^e édition, Le Moniteur, 2018, p.265 et s.

² Hervé de Gaudemar ; Benoît Delaunay ; Philippe Malinvaud, *Dalloz action, Droit de la construction*, 2019, n° 481. P.201 ; Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, op.cit. p.98 et s ; Moussa Zio, *Précisions utiles sur l'étendue de l'obligation de la caution garante financière d'achèvement en matière de VEFA*, *Hebdo édition affaires*, Lexbase, septembre 2017, n°522, p. 1 et s. Voir aussi : François-Xavier Ajacci, Albert Caston, Rémi Porte, *L'assurance construction*, Le Moniteur, 2019 ; Vivien Zalewski-Sicard, *VEFA et garantie de parfait achèvement*, *Gazette du Palais* n° 06, 2021, p.50 ; Hélène Hoepffner, *Prolongation de la garantie de parfait achèvement pour des désordres n'ayant pas fait l'objet de réserves*, *Dalloz*, RDI 2021 p.34 ; Marianne Faure-Abbad, *Garantie de parfait achèvement : assigner n'est pas notifier*, *Dalloz*, RDI, 2021 p.352.

من الأشخاص المرتبطين بصاحب العمل...¹. ومن ثم فقد رأت غالبية الفقه أن المُطَوَّر العقاري يلتزم بنفس التزامات المقاول، طالما كان مُلتزماً ببناء العقار تحت التشييد². كما يُعتبر الالتزام بهذا الضمان وفقاً للقانون الفرنسي من النظام العام³، بحيث لا يجوز الاتفاق بين المُطَوَّر العقاري والمشتري على الاعفاء منه أو تخفيفه⁴.

437. موقف الضمان في التشريعات العربية: سار المشرع الجزائري على هدي نظيره الفرنسي، لكن بصورة أكثر وضوحاً حيث نص صراحة على اعتبار الالتزام بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء التزاماً قانونياً يقع على عاتق المُطَوَّر العقاري في المادة ٢٦ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي قضت بأن "الحياسة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي

¹ L'article 1646-1 du code civil "Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus...".

² Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.369.

³ L'article 1792-5 du Code civil "Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite".

⁴ Bernard BOUBLI, Répertoire de droit civil, Contrat d'entreprise, Responsabilité des constructeurs, Dalloz, 2016, n °624.

قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي طيلة سنة واحدة".

438. وهو ذات النهج الذي تبناه المشرع البحريني في المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني التي نصت أن "يحتفظ أمين حساب الضمان بقيمة بنسبة من القيمة الإنشائية للمشروع، يصدر بتحديد لها قرار من مجلس الإدارة، بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز لضمان حسن تنفيذ إصلاح العيوب التي قد تظهر بعد إنجاز المشروع، ولا تُصرف تلك النسبة إلى المطور إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ تسليم آخر وحدة للمشتريين...".

439. وكذلك فعل المشرع الإماراتي في المادة ٥٧ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي تنص أن "أ. مع عدم الإخلال بأحكام عقد المُقاولة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية، تستمر مسؤولية المطور في الحالتين الآتيتين: ٢. إصلاح أو استبدال التركيبات المعيبة في مشروع التطوير العقاري لمدة سنة واحدة من تاريخ تسليم الوحدة للمالك، وتشمل هذه التركيبات الأعمال الميكانيكية والكهربائية والتمديدات الصحية والصرف الصحي وما في حكمها، وفي حال امتناع المالك عن استلام وحدته لأي سبب، تُحسب تلك الفترة اعتباراً من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز لمشروع التطوير العقاري".

440. نستنتج من النصوص السابقة عدة ملاحظات: الأولى: أن مضمون الالتزام بالضمان في تلك القوانين متشابه إلى حد ما، رغم اختلاف الصياغة التشريعية؛ حيث

إن مشتري الوحدة العقارية يُمكنه في جميع الأحوال أن يطالب المُطوّر العقاري بإصلاح جميع العيوب والمشاكل بغض النظر عن أهميتها وطبيعتها، والتي يكتشفها خلال العام التالي لاستلام الوحدة العقارية. وبذلك يتميز هذا الضمان السنوي عن الضمانات القانونية الأخرى كالضمان العشري، والضمان لمدة عامين، كونه يفرض على المُطوّر العقاري التزامًا بعمل يتمثل في الالتزام باستئناف الأعمال؛ بهدف إصلاح العيوب التي تكتشف خلال سنة من تاريخ استلام الوحدة العقارية¹.

441. الثانية: يستهدف الالتزام بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء سرعة إصلاح عيوب البناء التي يكتشفها مشتري الوحدة العقارية عند الاستلام أو التي تظهر بعد سنة من تاريخ الاستلام، تلك السرعة تتمثل في رجوع المشتري مباشرة على المُطوّر العقاري دون غيره من الأطراف الفاعلة في مشروع التطوير². ومن ثم إذا اكتشف مشتري الوحدة العقارية عيبًا في الوحدة المُسلمة خلال عام فيمكنه الرجوع بالضمان على المُطوّر العقاري الذي أبرم معه عقد البيع على الخريطة دون غيره من المُطوّرين

¹ Marie-Laure Bernasconi, Charles Bohbot, La garantie de parfait achèvement en pratique, Article publié sur www.village-justice.com

Octobre 2020, p.1.

² ريمان حسينة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون ١١-٤ المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

الفرعيين أو المقاولين من الباطن¹؛ وذلك نظرًا لصعوبة تحديد المتسبب في العيب في حال تعدد المتدخلين في عملية التطوير العقاري².

442. الثالثة: ضرورة توافر شرطين للاستفادة من الضمان: يُشترط لكي يستفيد مشتري الوحدة العقارية من ذلك الضمان شرطين: الأول: أن يتم التحفظ على العيوب في محضر تسليم الوحدة العقارية³. ومن ثم فاستلام الوحدة العقارية دون تحفظ يُعتبر بمثابة رضاء من المشتري بحالة الوحدة العقارية. الثاني: أن يرفع المشتري الدعوى خلال سنة من تاريخ استلامه للعقار من المطور العقاري⁴. وفي جميع الأحوال يجب

¹ Marianne Faure-Abbad, Droit de construction, op. cit., p.368.

² محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ٩٥.

³ L'article 1792-6 du code civil "La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement...".

⁴ L'article 1648 du Code Civil " Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents."

على مشتري الوحدة العقارية عبء اثبات وجود عيوب في الوحدة العقارية، بكافة طرق
الاثبات، ويقع على المطور العقاري اثبات السبب الأجنبي للتخلص من التزامه¹.

443. بعد أن رأينا كيف يُمثل الالتزام السنوي بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء
الذي تبناه المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية ضماناً هامة لمشتري الوحدة
العقارية، تُضاف للضمان العشري والضمان لمدة عامين، نأمل أن يتبنى المشرع
المصري الالتزام بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء إذا ما قنن عقد البيع على
الخريطة؛ بهدف زيادة عدد الضمانات المقدمة لحماية مشتري الوحدة العقارية؛ وهو ما
سيكون له بالغ الأثر في زيادة الاستثمار في القطاع العقاري.

¹Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond,
Droit de la promotion immobilière, op.cit., p.99.

الفصل الخامس

الالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المشتركة

444. تمهيد: وفقاً للقواعد العامة في عقد البيع العقاري ينتهي دور البائع بمجرد تسليم العقار إلا فيما يتعلق بضمان تعرضه الشخصي، والتعرض الصادر من الغير وضمان العيوب الخفية. بيد أن بعض التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة لم تكف بتلك الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، وألقت صراحة بالالتزام بتنظيم وإدارة الملكية المشتركة للمشروع على عاتق المطور العقاري؛ باعتباره بائعاً يتمتع بطبيعة خاصة¹.

445. الالتزام بتنظيم وإدارة الملكية المشتركة للمشروع والذي يقع صراحة على عاتق المطور العقاري خلافاً للقواعد العامة وبالرغم من خروج الوحدة العقارية من حيازته وانتقال ملكيتها بشكل كامل للمشتري، يجد مبرره في كون مشروعات التطوير العقاري تتطلب لاستمراريتها حسن تنظيم إدارتها بقواعد واضحة ومحددة تخالف القواعد المألوفة؛ بهدف الحفاظ على مكونات وعناصر المشروع، وتعمل على حماية الانتفاع المشترك لمشتري الوحدات العقارية في مشروع التطوير. بيد أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما المقصود بداءة بنظام الملكية المشتركة؟

¹ Florent MASSON, La propriété commune ,Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016, p.323 et s.

446. المقصود بنظام الملكية المشتركة: الملكية المشتركة¹ عرّفها المشرع الجزائري في المادة ٧٤٣ من التقنين المدني بأنها "الحالة القانونية التي يكون فيها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصًا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة". وبذلك تكون الملكية المشتركة نظام قانوني يهدف إلى تنظيم إدارة العقارات المشاع ملكيتها -مشروع التطوير العقاري- بين المالكين وكذلك تنظيم إدارة الأجزاء الخاصة بكل مالك على حده².

447. وبذلك يضمن نظام الملكية المشتركة الحق لكل مشتري وحدة عقارية باعتباره شريكًا الحق في الانتفاع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته -الوحدة العقارية- كما له حق الانتفاع بالأجزاء المشتركة بشرط عدم الإضرار بحقوق بقية الشركاء في مشروع التطوير العقاري -مشترو الوحدات العقارية- كما يلتزم في المقابل بالقيام بكل التكاليف المفروضة عليه بهدف إدارة أو ترميم الأجزاء المشتركة وله في سبيل ذلك،

¹ تجدر الإشارة إلى أن نظام الملكية المشتركة بحاجة إلى بحث مستقل؛ باعتباره تطور لمفهوم الملكية وكونه يتشابه إلى حد ما بأحكام المال الشائع ويختلف في ذات الوقت عن نظام ملكية السفل والعلو المعروف في الفقه الإسلامي.

² ريمان حسينة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون ١١-٤ المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

الحق في ممارسة كافة الصلاحيات لضمان المحافظة على وحدته العقارية أو الأجزاء المشتركة في مشروع التطوير، دون أنه يكون له حق التصرف فيها بطبيعة الحال¹.

448. أهداف نظام الملكية المشتركة: يستهدف نظام الملكية المشتركة تنظيم العلاقة بين مالكي مشروع التطوير العقاري فرادي ومجتمعين، عن طريق تحديد كافة البيانات الهندسية والقانونية والمالية المتعلقة بمشروع التطوير، وكذلك تحديد الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق المطور العقاري ومالكي الوحدات العقارية. كما يستهدف نظام الملكية المشتركة تحديد مصير العقار أو مجموعة العقارات المكونة لمشروع التطوير العقاري، من حيث بيان تقسيمها إلى أجزاء مشتركة وخاصة مع بيان شروط الاستفادة وشكل الانتفاع بهذه الأجزاء².

449. الالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المشتركة ينقسم إلى شقين: الشق الأول: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة: ونعالج هذا الالتزام من خلال التعرف على أساسه القانوني ومضمونه.

¹ مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ٣٥٥.

² ريمان حسينة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون ١١-٤ المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المرجع السابق، ص ٢٥٣، ٢٥٤.

١. الأساس القانوني للالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة:

450. الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة هو التزام قانوني نصت عليه بشكل صريح العديد من التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة، مثل الجزائر، الإمارات العربية المتحدة.

451. الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة في التشريع الجزائري: يجد الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة أساسه القانوني في التشريع الجزائري في المادة ٦١ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تنص أنه "يتعين على كل مرقى عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به".

452. الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة في التشريع الإماراتي: أصدر المشرع المحلي لإمارة دبي قانون خاص لتنظيم أحكام الملكية المشتركة هو القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي ونص في مادته الثالثة أن "تُطبق أحكام هذا القانون على كافة مشاريع التطوير العقاري الرئيسية والعقارات المشتركة في الإمارة¹، بما في ذلك مناطق التطوير الخاصة والمناطق الحرة". كما نص صراحة على الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة في المادة ٢١ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩

¹ حددت المادة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي بأن بالعقار المشترك يقصد به "...المبنى وأجزائه وملحقاته المخصصة للاستخدام المشترك، بما في ذلك الأرض المقام عليها، وكذلك الأرض التي يتم تقسيمها إلى وحدات أو أراضٍ مخصصة للتملك المستقل".

بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي التي تنص على ضرورة أن "يضع المطور الرئيس نظام المجمع الأساس¹ في المشروع الرئيس قبل إبرام أي تصرف قانوني على الأراضي أو المباني أو الوحدات في المشروع الرئيس، على أن يتم اعتماد نظام المجمع الأساس من المؤسسة..."².

453. كما نص المشرع المحلي لإمارة عجمان صراحة على هذا الالتزام في المادة ٢١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي تنص أن "أ. يقوم المطور الرئيسي بإعداد نظام إدارة المجمع الرئيسي في مشروع التطوير العقاري الرئيسي قبل إبرام أي تصرف قانوني على الوحدات العقارية في مشروع التطوير العقاري الرئيسي، على أن يتم اعتماده من الدائرة".

¹ المادة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي عرّفت نظام المجمع الأساس بأنه "الشروط والأحكام التي يخضع لها تطوير وتشغيل المشروع الرئيس والعقارات المشتركة والمرافق المشتركة فيه، وتشمل المعايير التخطيطية والبنائية للمجمع".

² وكذلك فعل المشرع المحلي لإمارة أبو ظبي حيث نص بدوره على الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة في المادة ٦٠ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي تنص أنه "يجوز للمطور أن يقوم بتقسيم العقار بموجب مخطط مجمع أو مخطط طبقات، ويجب عليه إرفاق نظام إدارة المجمع أو نظام إدارة الطبقات بمخطط المجمع أو مخطط الطبقات حسب الحالة، ويحدد نظام إدارة المجمع أو نظام إدارة الطبقات والشروط، والالتزامات المتعلقة بإدارة واستخدام العقار موضوع مخطط المجمع أو الطبقات، ويكون هذا النظام ملزمًا لكل مالك أو مستأجر أو شاغل للوحدة العقارية التي يسري عليها النظام وعليهم جميعًا تنفيذ شروطه وأحكامه تجاه بعضهم البعض وتجاه اتحاد الملاك".

٢. مضمون الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة:

454. مضمون الالتزام: يتضح من النصوص السابقة أن المشرع ألقى بعبء إعداد نظام الملكية المشتركة على عاتق المطور العقاري والذي يتوجب عليه أن يوضح فيه كافة البيانات القانونية والمالية والتقنية المتعلقة بمشروع التطوير العقاري، كما يلتزم أن يحدد فيه الشروط والالتزامات المتعلقة بإدارة واستخدام الأجزاء الخاصة بالعقار والأجزاء المشتركة والمرافق المشتركة لمشروع التطوير. إضافة لذلك يُعتبر الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة التزاماً بعمل يقع على عاتق المطور الرئيس دون المطور الفرعي إن وجد قبل إبرام أي تصرف قانوني على الأراضي أو المباني أو الوحدات في مشروع التطوير العقاري.

455. وتجدر الإشارة إلى أن مشتري الوحدة العقارية في عقد البيع على الخريطة إضافة إلى تملكه وحدته العقارية يُعتبر مالكا¹ بحصة غير مجزأة في الأجزاء الخاصة بالعقار²، والأجزاء المشتركة¹ والمرافق المشتركة² لمشروع التطوير العقاري. بيد أن

¹المادة ١١ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي " يمتلك المالك والمطور بالنسبة للوحدات غير المباعة، حصة غير مُجزأة من الأجزاء المشتركة، ويتم تحديد هذه الحصة على أساس مساحة الوحدة من مجموع المساحة الكلية للعقار المشترك". وفي البحرين نصت المادة ٥٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني بأن "ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك يكون لمالك كل وحدة والمطور للوحدات غير المباعة حصة غير مفترزة من الأجزاء المشتركة وفقاً للنسب المبينة في النظام الرئيسي...".

²عُرِفَت المادة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي الأجزاء الخاصة بأنها "الأجزاء، أو التوصيلات، أو التجهيزات، أو المُعدّات، أو المرافق المُخصّصة

مشترى الوحدة العقارية في سبيله بالانتفاع بالأجزاء والمرافق المشتركة يكون مقيداً بعدم الإضرار ببقية مالكي الوحدات في مشروع التطوير³، كما لا يُمكنه تحويل الأجزاء المشتركة إلى ملكية خاصة أو تقسيمها أو التصرف فيها كلياً أو جزئياً، كما لا يحق له التصرف في المرافق المشتركة بأي شكل من الأشكال، أو استغلالها، أو تغييرها،

في العقار المشترك للاستخدام الحصري لعدد مُعيّن من الملاك في العقار المشترك دون غيرهم من الملاك الآخرين".

¹المادة ١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان عرّفت الأجزاء المشتركة بأنها "الأجزاء المخصصة للاستخدام المشترك لمالكي وشاغلي الوحدات العقارية، المُبينة في مُخطّط مشروع التطوير العقاري الفرعي، وتُصنّف كأجزاء مُشتركة وفقاً للمعايير والضوابط المُعتمدة من الرئيس".

²المادة ١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان عرّفت المرافق المشتركة بأنها "المناطق والمساحات المحددة في مُخطّط مشروع التطوير العقاري الرئيسي والمُخصصة للاستخدام المشترك وخدمة مشروع التطوير العقاري الرئيسي، وتُصنّف كمرفق مُشترك وفقاً للمعايير والضوابط المُعتمدة من الرئيس، وتشمل، الحدائق، المساحات الخضراء، النوافير، الشوارع، البحيرات، برك السباحة، الملاعب، الساحات العامة، المواقف العامة للسيارات، ممرات المشاة، الشواطئ، وغيرها".

³المادة ٥٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني تنص أن "على مالك وشاغل الوحدة وضيوفهم استخدام الأجزاء المشتركة فيما أُعدّت له وبطريقة لا تمس حقوق الآخرين في استخدام تلك الأجزاء أو تزعجهم أو تُعرّض سلامتهم أو سلامة العقار المشترك للخطر، وذلك وفقاً لأحكام النظام الأساسي لاتحاد الملاك".

بطريقة تحد من الانتفاع بها من قبل مشتري الوحدات العقارية، إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة من الجهات المختصة¹.

456. الشق الثاني: الالتزام بإدارة الملكية المشتركة: وسوف نعالج هذا الالتزام هو الآخر من خلال التطرق لأساسه القانوني ومضمونه.

¹ المادة ١٧ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي "أ- لا يجوز بأي حالٍ من الأحوال تحويل الأجزاء المشتركة إلى ملكية خاصة أو تقسيمها أو التصرف فيها كلياً أو جزئياً، بشكل مُستقل عن الوحدات التي تتعلّق بها إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة من الدائرة والجهة المُختصة...". ب- يُحظر التصرف بالمرافق المشتركة بأي شكلٍ من الأشكال، أو استغلالها، أو تغييرها، أو إعادة تخطيطها، أو إلغائها بطريقة تحد من الانتفاع بها من قبل الملاك، إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة من الدائرة والجهة المُختصة". انظر في ذات المعني المادة ٥٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.

١. الأساس القانوني للالتزام بإدارة الملكية المشتركة:

457. الالتزام بإدارة الملكية المشتركة في التشريع الجزائري: يجد الالتزام بإدارة الملكية المشتركة أساسه القانوني في التشريع الجزائري في المادة ٦٠ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تقضي بأن "يتعين على كل مرقي عقاري إعداد ووضع أدوات وأجهزة تسيير الأملاك العقارية المقترحة للبيع". وكذلك المادة ٦٢ من ذات القانون التي تؤكد على ضرورة أن يلتزم المرقي العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين ابتداءً من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناء المعنية، ويعمل المرقي العقاري خلال هذه المدة المذكورة أعلاه على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعيّنين من طرفهم".

458. الالتزام بإدارة الملكية المشتركة في التشريع البحريني: نص المشرع البحريني على الالتزام بإدارة الملكية المشتركة في المادة ٣٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني التي قضت بأن "يتولى المطور إدارة وصيانة الوحدات المباعة لمدة عامين من انتهاء تنفيذ المشروع وتسليمها إلى المشترين، مقابل تحصيل التكاليف الفعلية مع نسبة لا تتجاوز ٥% من تلك التكاليف كمصاريف إدارية، وذلك وفقاً للأسس والنسبة التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الإدارة".

2. مضمون الالتزام بإدارة الملكية المشتركة:

459. مضمون الالتزام: يتضح من النصوص السابقة أن المُطَوَّر العقاري ملتزم بإعداد منظومة قانونية وإدارية متكاملة لإدارة مشروع التطوير العقاري، حيث يتولى بنفسه أو من ينوب عنه إدارة مشروع التطوير لمدة سنتين تبدأ من تاريخ بيع آخر وحدة عقارية في المشروع. ويبدو أن مهلة العامين التي منحها المشرع للمُطَوَّر العقاري فترة كافية ومعقولة نسبياً لحين تشكيل اتحاد الملاك وتوفيق أوضاعه، خاصة وأنها ليست بالفترة الطويلة التي قد تتقل كاهل المُطَوَّر العقاري، كما أنها ليست بالقصيرة بحيث لا يترتب على قصرها فوات النفع منها.

460. ومن الجدير بالذكر أن المُطَوَّر العقاري يتعهد وفقاً للالتزام بإدارة الملكية المشتركة بنقل إدارة مشروع التطوير إلى اتحاد الملاك الذي يتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية أعضائه¹. ومن ثم يكون الأخير مسؤولاً عن الإدارة وصيانة الأجزاء الخاصة بالعقار، والأجزاء المشتركة، والمرافق المشتركة لمشروع التطوير بصفة دائمة²، حيث تؤول إليه ملكية هذه الأجزاء المشتركة مباشرة من المُطَوَّر العقاري¹. كما

¹ Matthieu Poumarède, De la confusion des garanties au concours d'actions du syndicat des copropriétaires contre le vendeur d'immeuble à construire, RDI 2021, p.156.

² مسكر سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقوية، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

يحق للاتحاد مقاضاة مالكي الوحدات العقارية ومستأجريها وأي شخص يشغل الوحدة العقارية إذا ما أخلّ أي منهم بحكم من أحكام القانون أو النظام الأساسي للاتحاد الملاك².

461. يُمكن القول إذن أن الالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المشتركة بشقيه على النحو السابق بيانه يمثل ضمناً إضافياً لمشتري الوحد العقارية، ويعمل على حسن واستمرارية الانتفاع بالأجزاء والمرافق المشتركة لمشروع التطوير العقاري دون جور من مشترٍ على آخر. لذا نأمل أن يتبنى المشرع المصري الالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المشتركة للوحدة العقارية في عقد البيع على الخريطة كالتزام قانوني يقع مباشرة على عاتق المطور العقاري.

¹ المادة ٦٦ فقرة ٢ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي تنص أن "تؤول ملكية الأجزاء المشتركة إلى اتحاد الملاك الذي يكون مسؤولاً عن إدارتها وتشغيلها بما في ذلك إصلاحها وصيانتها...".

² المادة ٦٤ فقرة ١ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي تنص أن "ينشأ اتحاد الملاك بعد تسجيل مخطط الطبقات أو مخطط المجمع لدى الدائرة، ويمارس صلاحياته بعد تسجيله، ويتكون اتحاد الملاك من المطور إلى أن يقوم بالتنازل عن ملكية وحدة عقارية أو حقوق عقارية أو أكثر في مخطط الطبقات أو مخطط المجمع إلى شخص آخر فيصبح عندها اتحاد الملاك مكوناً من مجموع الملاك بما في ذلك المطور بالنسبة للوحدات العقارية غير المباعة، وتبدأ عضوية مالك الوحدة العقارية في اتحاد الملاك من تاريخ تسجيلها باسمه في السجل العقاري وتسقط عند انتهاء ذلك الحق. 2- يعتبر اتحاد الملاك مؤسسة غير ربحية ويتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية أعضائه وله حق التقاضي ومقاضاة مالكي الوحدات العقارية ومستأجريها وأي شخص يشغل الوحدة العقارية عند إخلال أي منهم بأي حكم من أحكام هذا القانون أو النظام الأساسي للاتحاد الملاك...".

462. بعد أن استعرضنا أهم الالتزامات المُلقاة على عاتق المُطوّر العقاري في عقد البيع على الخريطة تجاه مشتري الوحدة العقارية فإن الأخير تقع على عاتقه هو الآخر التزامات تجاه المُطوّر العقاري، نتناولها بالتفصيل في المطلب القادم.

المطلب الثاني

التزامات مشتري الوحدة العقارية

463. تمهيد وتقسيم: تقع على عاتق مشتري الوحدة العقارية في عقد البيع على الخريطة بشكل عام جميع الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري في عقد البيع العقاري. بيد أن أهم هذه الالتزامات والتي سوف تكون محلًا للدراسة هما الالتزام بدفع ثمن الوحدة العقارية والالتزام بتسلم تلك الوحدة؛ نظرًا لتمتعهما بقدر من الخصوصية تُناسب محل عقد البيع على الخريطة.

464. لذا سوف نتناول في فرع أول: الالتزام بدفع ثمن الوحدة العقارية، ثم نختم بفرع ثانٍ: نعالج فيه الالتزام بتسلم الوحدة العقارية.

الفرع الأول

الالتزام بدفع ثمن الوحدة العقارية

465. مضمون الالتزام بدفع ثمن الوحدة العقارية: وفقاً للقواعد العامة يُعتبر الثمن عنصراً جوهرياً في عقد البيع على الخريطة، باعتبار الأخير عقد معاوضة¹، ولكون الثمن مقابل للالتزام بنقل ملكية الوحدة العقارية إلى المشتري².

466. ومن نافلة القول إن المدين بدفع الثمن بموجب عقد البيع على الخريطة هو المشتري الذي يجب عليه دفع الثمن المتفق عليه مع المُطوّر العقاري، والذي يُشترط فيه أن يكون نقدياً، ومقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون جدياً لا صورياً أو تافهاً. فإذا ما توافرت هذه الشروط وجب على المشتري الوفاء بالثمن في الزمان والمكان المحددين في العقد. كما يلتزم المشتري حسب الأصل بدفع مصروفات الوفاء بالثمن، كنفقات تحويله بين البنوك إلا إذا تم الاتفاق أن المُطوّر العقاري هو من يتحمل نفقات الوفاء بالثمن³.

467. التزام المشتري بدفع نفقات ومصروفات البيع: طبقاً للقواعد العامة لا يلتزم المشتري بدفع ثمن الوحدة العقارية فقط، بل يلتزم أيضاً بدفع مصاريف عقد البيع على

¹ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٦.

²صالح أحمد الهيبي، حقوق والتزامات المُطوّر العقاري في القانون القطري: دراسة مقارنة في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ مقارنة بتشريعات دولة الإمارات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٧، ص ٣٥٨.

³المادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري "تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

الخريطة والتي تشمل رسوم التسجيل المبدئي والنهائي للعقد ورسوم التصديق على التوقيعات، وغيرها من مصاريف¹. وذلك إعمالاً للمادة ٤٦٢ من التقنين المدني التي تنص صراحة أن "نققات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". وبالمقابل إذا قام المُطوّر العقاري بدفع بعض هذه المصروفات فله الحق في الرجوع بها على مشتري الوحدة العقارية ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. وللمشتري في جميع الأحوال الحق في الرجوع بمصاريف العقد التي تحملها إذا فُسخ عقد البيع على الخريطة؛ لعدم وفاء المُطوّر العقاري بأحد التزاماته.

468. حبس المشتري للثمن: لما كان عقد البيع على الخريطة من العقود الملزمة للجانبين جاز لمشتري الوحدة العقارية أن يمتنع عن دفع الثمن²، إذا لم يتم المُطوّر العقاري بتنفيذ أحد التزاماته الناتجة عن عقد البيع على الخريطة، كامتناعه عن تسليم الوحدة العقارية على سبيل المثال.

469. هذا الحق الثابت لمشتري الوحدة العقارية في الامتناع عن دفع الثمن، مقرر وفقاً للقواعد العامة وبدون حاجة إلى نص خاص³، رغم ذلك نصت عليه صراحة بعض القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة؛ لأن الحق في الحبس ليس من النظام

¹ راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

² إعمالاً للدفع بعدم التنفيذ والذي يعتبر تطبيقاً للحق في الحبس.

³ راجع نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص: في نطاق الالتزام، في نطاق الأموال دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٣٩ وما بعدها.

العام، ومن ثم يمكن أن يتفق المُطَوِّر والمشتري على حرمان الأخير من هذا الحق¹. كما هو الحال في المادة ٥٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان والتي تنص أن "مع مراعاة عدم التعسف في استعمال الحق، إذا كانت الدفعات المتفق عليها مرتبطة بنسب إنجاز مشروع التطوير العقاري، يجوز للمشتري حبس الدفعة المُستحقة في جدول الدفعات إذا لم يلتزم المُطَوِّر بإنجاز بمشروع التطوير العقاري إلى نسبة الإنجاز المساوية لهذه الدفعة في جدول الدفعات، شريطة إخطار المُطَوِّر وأمين حساب الضمان قبل موعد استحقاق الدفعة". وحسباً فعل المشرع الإماراتي بالنص صراحة على حق مشتري الوحدة العقارية في حبس الثمن إذا لم يلتزم المُطَوِّر العقاري باستكمال أعمال مشروع التطوير، حتى لا يتمكن المُطَوِّر من إسقاط حق المشتري في حبس الثمن عن طريق تضمين عقد البيع على الخريطة بمثل هذا الشرط.

470. زمان الوفاء بالثمن: وفقاً للقواعد العامة يُمكن أن يتحدد زمان الوفاء بالثمن بالاتفاق بين المُطَوِّر والمشتري، فيصح الاتفاق على دفع الثمن فور إبرام عقد البيع على الخريطة وقبل تسليم الوحدة العقارية أو أثناء أو بعد تسليمها. فإذا تخلف مثل هذا الاتفاق ووجد عرف يحدد زمان الوفاء بالثمن طُبقت أحكام العرف المعمول به، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف كان الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم الوحدة العقارية². وذلك

¹ المادة ٤٥٧ فقرة ٢ من التقنين المدني المصري "...جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن...".

² راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقابلة، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

إعمالاً لنص المادة ٤٥٧ فقرة ١ من التقنين المدني المصري التي تقضى بأن "يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يُسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". ويتضح من النص السابق أن زمان الوفاء بالثمن لا يُثير أي مشكلة ويمكن انطباقه بشكل مباشر على عقد البيع على الخريطة.

471. مكان الوفاء بالثمن: طبقاً للقواعد العامة يلتزم المشتري بدفع الثمن في المكان الذي تم فيه تسليم المبيع -مشروع التطوير العقاري- إذا كان الثمن مُستحق الوفاء، فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم الوحدة العقارية تعين الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق ثمن الوحدة، وذلك إعمالاً للمادة ٤٥٦ من التقنين المدني المصري التي تقضى بأن "يكون الثمن مُستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن".

472. وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن المُطوّر العقاري هو من يتوجب عليه الانتقال لموطن المشتري لتحصيل الأقساط أو الثمن باعتباره دائئاً، وإعمالاً لقاعدة أن الدين مطلوب لا محمول؛ فإن مثل هذه القاعدة لا مجال لإعمالها في عقد البيع على الخريطة؛ ومن ثم تصبح القاعدة في عقد بيع العقار على الخريطة أن ثمن الوحدة العقارية أو القسط يكون محمولاً للمُطوّر العقاري، لا مطلوباً منه ويتم إيداعه في حساب

الضمان لصالحه¹، ومن هنا تبرز أحد مظاهر خصوصية دفع الثمن في عقد البيع على الخريطة.

473. خصوصية دفع الثمن في عقد البيع على الخريطة: خصوصية أحكام دفع الثمن في عقد البيع على الخريطة والتي تبرر خروجه على الأحكام العامة في دفع الثمن، تتمثل في أمور ثلاثة: الأول: إيداع ثمن الوحدة العقارية في حساب الضمان. الثاني: ارتباط دفع الثمن بمدى التقدم في أعمال بناء مشروع التطوير. الثالث: إمكانية إعادة النظر ومراجعة ثمن الوحدة العقارية. لذا نتناول هذه الأمور الثلاثة بالتفصيل على النحو التالي:

الأول: إيداع ثمن الوحدة العقارية في حساب الضمان:

474. دفع الثمن في حساب الضمان: إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن الثمن ينبغي أن يدفع مباشرة للمُطوّر العقاري؛ باعتباره الدائن في عقد البيع على الخريطة. بيد أن الأمر ليس كذلك في بعض القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة حيث تطلبت فتح حساب ضمان خاص بمشروع التطوير². هذا الأخير يحل محل حساب

¹موزة سويد سالم السعدي، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٣.

²على سبيل المثال المادة ١٨ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن "يكون لكل مشروع تطوير عقاري حساب مستقل خاص به، وإذا تعددت المشروعات التي ينفذها المُطوّر العقاري وجب فتح حساب مستقل لكل منها، وذلك بموجب طلب يقدمه إلى الإدارة، مشفوعاً بالمستندات التي تحددها".

المُطَوَّر العقاري في استيفاء ثمن الوحدة العقارية، كما يجب أن يُحدد فيه المعايير والشروط التي يتعين استيفاؤها قبل دفع أو صرف أية مبالغ إلى المُطَوَّر العقاري. ومن ثم يلتزم مشتري الوحدة العقارية بدفع الثمن أو الأقساط في يد أمين حساب الضمان¹ وليس في يد المُطَوَّر العقاري أو من يمثله². كما يُحظر على المُطَوَّر العقاري استلام أية مبالغ من ثمن الوحدة العقارية خارج حساب الضمان.

475. هذا التوجه تبناه المشرع الإماراتي صراحة في المادة ٤٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي قضت بأن "يلتزم المشتري بتسديد ثمن الوحدة العقارية وإيداعه في حساب الضمان الفرعي لتلك الوحدة، وذلك وفقاً لخطة الدفعات المنصوص عليها في عقد البيع الموحد الخاص بالوحدة العقارية المبرم بين المُطَوَّر والمشتري ... يُحظر على المُطَوَّر استلام أي مبالغ من ثمن الوحدة العقارية خارج حساب الضمان، أو خصم عمولة الوسيط العقاري من قيمة الوحدة العقارية المُباعَة في مشروع التطوير العقاري".

476. كما سار على خطى المشرع الإماراتي نظيره القطري الذي نص صراحة في المادة ٢٤ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري أنه "يجب على المتعاقد على شراء إحدى الوحدات المطروحة للبيع على الخارطة، أن يودع في

¹ المادة ١ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان عرّفت أمين حساب الضمان بأنه "المصرف أو المؤسسة المالية المقيدة لدى أمناء حساب الضمان المنشأ لدى الدائرة لإدارة حساب الضمان وفقاً لأحكام هذا القانون، والاتفاقات المبرمة مع الدائرة والمُطَوَّر".

² ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٧.

الحساب الدفعات المتفق على سدادها ثمنًا للوحدة المحجوزة في المواعيد المحددة لذلك وفقاً للعقد. ولا يعتد بالسداد المباشر إلى المُطوّر أو أي من ممثليه".

477. ويبدو جلياً ما يحققه دفع الثمن في حساب الضمان وليس في حساب المُطوّر العقاري مباشرة من ضمان للمشتري، وذلك من خلال الدور الرقابي الذي يلعبه أمين حساب الضمان على المُطوّر بوصفه مراقب مالي، حيث يلتزم الأخير قبل صرف أي مبالغ من الحساب للمُطوّر من التأكد من مدي تقدم أعمال البناء في مشروع التطوير. ومن خلال دور الوساطة الذي يقوم به أمين حساب الضمان المُطوّر ومشتري الوحدة العقارية، وهو ما يبعث بالطمأنينة في قلب مشتري الوحدة العقارية ويدفعه للإقبال على الشراء بتقنية البيع على الخريطة. رغم ما يوفره اشتراط دفع الثمن في حساب الضمان من ضمان حقيقية لمشتري الوحدة العقارية، غير أن بعض التشريعات حرصت زيادة في الضمان على ربط دفع ثمن الوحدة العقارية بمدى تقدم المُطوّر العقاري في أعمال بناء مشروع التطوير.

الثاني: ارتباط دفع الثمن بمدى التقدم في أعمال بناء مشروع التطوير:

478. إذا كانت القاعدة العامة في عقود البيع أن يكون الثمن معجلاً، بحيث يقوم المشتري بدفع كامل قيمة العين محل عقد البيع فور التوقيع على العقد أو عند استلامه للعين محل العقد، فإن الاستثناء هو أن يكون الثمن مؤجلاً أو بالتقسيط. ويؤكد الواقع العملي أن هذا الاستثناء يُمثل الغالب في حالات البيع على الخريطة، التي جري العمل فيها على أن يتم دفع ثمن الوحدة العقارية فيها بالتقسيط أو على دفعات يتم تحديدها مسبقاً في جدول زمني يُذكر في العقد أو في ملحق بالعقد، حيث تُحدد بدقة عدد الأقساط ومبلغها وتواريخ استحقاقها¹. وهو ما دفع البعض للقول بأن دفع الثمن مقسماً أو على دفعات يُمثل أهم عناصر ذاتية عقد البيع على الخريطة².

479. وقد تبنت صراحة بعض التشريعات³ التي نظمت عقد البيع على الخريطة مبدأ ربط ثمن الوحدة العقارية المقسط على دفعات بمدى التقدم في أعمال بناء

¹ انظر على سبيل المثال المادة ٤٣ فقرة أ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان التي تنص أن "يلتزم المشتري بتسديد ثمن الوحدة العقارية وإيداعه في حساب الضمان الفرعي لتلك الوحدة، وذلك وفقاً لخطة الدفعات المنصوص عليها في عقد البيع الموحد الخاص بالوحدة العقارية المُبرم بين المُطوّر والمشتري...".

² موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٣.

³ انظر المادة ٣٨ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية " يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم".

المشروع، كما هو الحال في المادة ١٥ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي التي تقضى بأن "يلتزم المشتري بدفع قيمة شراء الوحدة العقارية على المخطط حسب نسب الإنجاز الفعلي لأعمال التشييد والبناء ما لم يتم الاتفاق على ما يخالف ذلك مع المُطوّر". وكذلك المادة ١٩ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري التي اشترطت صراحة ربط الدفعات التي يودعها المشترون في الحساب بنسب الإنجاز الفعلي للأعمال الإنشائية، وكذلك ربط الدفعات التي تصرف للمُطوّر بمدى التقدم في أعمال بناء مشروع التطوير¹، والتي قد تكون على سبيل المثال ضرورة الانتهاء على الأقل من ٢٠% من الأعمال الإنشائية لمشروع التطوير².

480. ولا يخفى على أحد ما توفره النصوص السابقة من حماية قصوى لمشتري الوحدة العقارية، خاصة وأن معيار اشتراط ربط الدفع بمدى التقدم والانجاز في أعمال

¹ المادة ١٩ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن "يتم فتح الحساب، بموجب اتفاق بين المُطوّر والبنك، يحدد بمقتضاه حقوق والتزامات كل منهما، على أن يتضمن هذا الاتفاق ما يلي: ١. المعايير والضوابط التي يتعين استيفاؤها قبل دفع أية مبالغ إلى المُطوّر من الحساب. ٢. مقدار الدفعات التي تصرف للمُطوّر أثناء تنفيذ المشروع، بعد اعتمادها من الإدارة المختصة بوزارة البلدية والتخطيط العمراني، طبقاً لمراحل التنفيذ. ٣. ربط الدفعات التي يودعها المشترون في الحساب بنسب الإنجاز الفعلي للأعمال الإنشائية، وفقاً لتقرير استشاري المشروع المعتمد من الإدارة المختصة بوزارة البلدية والتخطيط العمراني...".

² المادة ٢٠ من القانون القطري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الخاصة بتنظيم التطوير العقاري تنص أن "يكون سحب أية مبالغ من الحساب، بمراعاة شروط وأحكام الاتفاق الخاص بحساب ضمان المُطوّر العقاري، على أن يكون قد أنجز ٢٠% عشرين في المائة على الأقل من الأعمال الإنشائية بالمشروع".

البناء يمثل ضماناً حقيقية في غاية الأهمية لطرفي عقد البيع على الخريطة. فبالنسبة للمشتري فلن يكون مجبراً على تنفيذ التزامه المتمثل في دفع الثمن مقسطاً إذا تقاعس المٌطوّر عن تنفيذ التزاماته والمتمثلة في استكمال أو انتهاء أعمال البناء. وبالنسبة للمُطوّر فغالباً ما يشترط في عقد البيع على الخريطة شرطاً صريحاً فاسخاً إذا ما أخل المشتري بدفع الأقساط في المواعيد المتفق عليها. كما يحق له في جميع الأحوال اللجوء للقضاء لفسخ العقد إذا لم يتفقا على الفسخ الاتفاقي صراحة في حالة تأخر أو عدم سداد المشتري للأقساط المتفق عليها في مواعيدها¹؛ وذلك لما للأقساط التي يدفعها المشتريين من أهمية في توفير التمويل اللازم، وللاستمرارية أعمال البناء في مشروعات التطوير العقاري.

481. تحديد مقدار كل دفعة: كما حددت بعض التشريعات صراحة الدفعة التي يتوجب على المشتري دفعها في كل مرحلة من مراحل بناء مشروع التطوير كما فعل المشرع الجزائري في المادة ٣ من المرسوم التنفيذي رقم ١٣-٤٣١ الصادر في ديسمبر ٢٠١٣ الخاص بعقدي حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية التي قضت بأنه "أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز في الحدود الآتية:

- عند التوقيع عشرون بالمائة (٢٠ %) من سعر البيع المتفق عليه.

¹ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٩٣.

- عند الانتهاء من الأساسات خمسة عشر بالمائة (١٥ %) من سعر البيع المتفق عليه.

- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى بما ذلك ... الأسوار الخارجية والداخلية خمسة وثلاثون بالمائة (٣٥ %) من سعر البيع المتفق عليه.

- عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية خمسة وعشرون بالمائة من سعر البيع المتفق عليه. يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عند إعداد محضر الحيازة والمقدر بخمسة بالمائة (٥ %) من سعر البيع المتفق عليه". ومن الجدير بالذكر أن بعض التشريعات وبهدف حماية مشتري الوحدة العقارية منحه حق اللجوء للقضاء لطلب فسخ عقد البيع على الخريطة إذا امتنع المُطوّر العقاري عن ربط دفعات ثمن الوحدة العقارية بمدى التقدم في أعمال مشروع التطوير¹.

482. وحسباً فعل المشرع الجزائري بالنص صراحة على مقدار القسط أو الدفعة التي يتوجب على مشتري الوحدة العقارية دفعها في كل مرحلة، حتى لا يُترك الأمر بيد كل مُطوّر عقاري يحدد وفقاً لهواه مبلغ القسط الذي يجب أن يدفعه المشتري، وهو ما

¹ كما هو الحال في المادة ٢٠ من قرار المجلس التنفيذي رقم (٦) لسنة ٢٠١٠ باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي التي تنص أن "يجوز للمشتري اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب فسخ العلاقة التعاقدية بينه وبين المُطوّر في أي من الحالات الآتية: إذا امتنع المُطوّر عن ربط الدفعات بمراحل الإنجاز الإنشائية المقترحة من قبل المؤسسة".

يحقق بطبيعة الحال حماية أفضل للمشتري ويعمل على توحيد نماذج عقود البيع على الخريطة.

483. بيد أن التساؤل الذي يثور هو مدي جواز الاتفاق على دفع الثمن بالطريقة السابقة في العقود التي يبرمها المطورين العقاريين في مصر في ظل غياب النصوص القانونية الحاكمة؟

484. للإجابة على هذا السؤال لا مناص من الرجوع للقواعد العامة التي تنظم أحكام دفع الثمن في عقد البيع العقاري، وهما المادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري والتي تنص أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي". والمادة ٤٢٣ فقرة ١ من ذات التقنين التي تنص على أنه "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

485. نستنتج من النصوص السابقة أن المشرع المصري قد اشترط نقدية الثمن، كما اشترط أيضًا أن يكون ذلك الثمن النقدي معينًا أو قابلاً للتعيين طالما كانت الأسس التي يقوم عليها تعيينه وتقديره محل اتفاق بين المتبايعين، دون أن يستقل به أحدهما دون الآخر¹. ومن ثم فمن المتصور أن يكون الثمن في عقد البيع على الخريطة معينًا أو قابلاً للتعيين إذا تم الاتفاق بين المطور والمشتري على قواعد تحديد الثمن، وهو ما

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة- الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٧١.

يُمكن القول معه بجواز طريقة دفع الثمن مقسطاً على دفعات وفقاً لجدول زمني يتفق عليه المُطوّر العقاري والمشتري في عقد البيع على الخريطة¹.

486. مدى استحقاق الفوائد على أقساط ثمن الوحدة: التساؤل الذي يطرح نفسه هو طالما أن الثمن في عقد البيع على الخريطة يتميز بكونه مقسطاً على دفعات أو مؤجلاً لحين انتقال ملكية الوحدة العقارية إلى المشتري، فهل من الجائز أن يفرض المُطوّر على المشتري دفع فوائد عن الثمن؟ وفقاً للقواعد العامة يجوز للمُطوّر العقاري اشتراط دفع فوائد قانونية على أقساط ثمن الوحدة العقارية بشرط ألا تزيد عن سبعة في المائة². وفي جميع الأحوال يحق للمُطوّر العقاري باعتباره بائعاً المطالبة بالفوائد التأخيرية عن الثمن³، إذا ما تأخر المشتري في دفع الثمن أو قسطاً من الثمن بشرط

¹ ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٨٧.

² وذلك إعمالاً للمادة ٢٢٧ من التقنين المدني المصري "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر عن سبعة في المائة فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر".

³ وذلك إعمالاً للمادة ٢٢٦ من التقنين المدني المصري "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

إعذار المشتري. ويُلاحظ أن الأحكام السابقة ليست من النظام العام ومن ثم يجوز للمُطوّر والمشتري الاتفاق على ما يخالفها¹.

الثالث: إمكانية إعادة النظر ومراجعة ثمن الوحدة العقارية:

487. لما كان عقد البيع على الخريطة من العقود الزمنية التي يمتد تنفيذها فترة زمنية قد تصل لسنوات، وهو ما قد يترتب عليه زيادة الأسعار في السوق العقاري، مما يزيد من تكلفة استكمال أو الانتهاء من مشروع التطوير العقاري. لذلك حرصت بعض التشريعات على إعادة التوازن المالي والاقتصادي لعقد البيع على الخريطة، عن طريق السماح بإعادة النظر في ثمن الوحدة العقارية المُتفق عليه حال توافر شروط معينة. فعلى سبيل المثال أجاز المشرع الفرنسي صراحة الاتفاق على مراجعة أسعار الوحدات العقارية في عقود البيع على الخريطة في حالة تغيير سعر التكلفة في المادة -L.261- 11 من قانون البناء والإسكان التي أكدت على وجوب تحديد ما إذا كان السعر قابلاً لإعادة النظر أم لا، وإذا كان الأمر كذلك، يجب أن يذكر شروط مراجعته². وذلك مراعاة من المشرع الفرنسي للدور الذي يقوم به عامل الزمن في تغيير ثمن الوحدة العقارية والتي غالباً ما تكون غير موجودة أو غير مكتملة وقت إبرام عقد البيع على الخريطة.

¹راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاولة، المرجع السابق، ص 389.

²"... Il doit également mentionner si le prix est ou non révisable et, dans l'affirmative, les modalités de sa révision...".

488. كما حددت المادة 1-11-261.L من ذات القانون شروط مراجعة الثمن والتي تتمثل في: ١. تغير مؤشر البناء الوطني لجميع المهن التي تقيس وتحدد تطور تكلفة عوامل الإنتاج في المجال العقاري. ٢. أن تنتشر الجهة الإدارية المختصة التغير في مؤشر البناء الوطني¹. ٣. عدم جواز إجراء المراجعة إلا على دفعة واحدة أو قسط وليس على كل الدفعات أو الأقساط...².

489. إمكانية مراجعة الأسعار³ تبناها بدوره المشرع الجزائري⁴ في المادة ٣٨ من القانون رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي اشترطت وجوب "تذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا، وفي حالة الإيجاب يجب

¹ يُقصد به المؤشر المُعتمد من وزارة التعمير والإسكان، أو المؤشر الصادر من المعهد القومي للإحصاء والدراسات الاقتصادية ويمكن الاطلاع على موقعه الرسمي من خلال الرابط التالي:
<https://www.insee.fr/en/accueil>

² L'article L261-11-1 du Code de la construction et de l'habitation "Au cas où le contrat défini à l'article L. 261-11 prévoit la révision du prix, celle-ci ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment et publié par l'autorité administrative. La révision ne peut être faite sur chaque paiement ou dépôt que dans une limite exprimée en pourcentage de la variation de cet indice...".

³ موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٢.

⁴ عمي حبيب، الترقية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي، ٢٠١٩، ص ٦٠.

ذكر كفاءات المراجعة. يجب أن ترتكز صيغة المراجعة على عناصر تغييرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى إخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر ٢٠ في المائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية".

490. يتضح من قراءة النصوص السابقة أن كلا المشرعين قد سما بمراجعة الأسعار المتفق عليها في عقود البيع على الخريطة؛ وذلك مراعاة منهما لخصوصية ذلك البيع، بيد أنهما لم يجعلوا سلطة مراجعة الأسعار بيد المطور العقاري وحده وذلك من خلال وضع شروط وضوابط معينة لآلية مراجعة الأسعار وإعادة النظر فيها. ومن ثم يمكن القول إن آلية مراجعة ثمن الوحدة العقارية على هذا النحو تضمن بشكل كبير استمرارية تحقيق التوازن المالي في عقد البيع على الخريطة، مما ينعكس بالإيجاب على استمرار نشاط الاستثمار في المجال العقاري

491. في ظل غياب التنظيم القانوني لعقد البيع على الخريطة في مصر فإن التساؤل الذي يطرح نفسه ما هو حكم تضمين المطورين العقاريين لشرط مراجعة الأسعار في عقود البيع على الخريطة؟ رغم أن شرط مراجعة الأسعار على النحو المتقدم لا نجد له مثيلاً في التقنين المدني المصري، بيد أنه يمكن التأكيد أن مثل هذا الشرط لا يتعارض صراحة أو ضمناً مع نصوص القانون المدني، طالما كانت الأسس والحالات التي سوف تتم بناء عليها مراجعة وتعديل الثمن محل اتفاق بين الطرفين،

وليست بيد طرف واحد وخاصة المُطوّر العقاري الذي يُعتبر الطرف الأقوى في تلك العلاقة التعاقدية باعتباره مهنيًا محترفًا. لذا نأمل أن يحذو المشرع المصري حذو نظيره الفرنسي والجزائري ويسمح بمراجعة الأسعار وإعادة التفاوض حولها إذا ما قنن عقد البيع على الخريطة؛ خاصة وأن الواقع العملي في مصر يؤكد شيوع تضمين عقود البيع على الخريطة لشروط قابلية السعر للمراجعة في حالة حدوث أية تغييرات اقتصادية عامة قد تؤدي إلى زيادة الأسعار، أو بعض الظروف الخاصة بمشروع التطوير كضرورة تعديل بعض الرسوم الهندسية والتي يترتب عليها تنفيذ أعمال إضافية قد تزيد من التكاليف التي يتحملها المُطوّر العقاري لاستكمال أو إنهاء المشروع.

492. إخلال المشتري بالالتزام بدفع الثمن: إذا أخلّ مشتري الوحدة العقارية بالتزامه بدفع الثمن إلى المُطوّر العقاري في الموعد المتفق عليه في عقد البيع على الخريطة، فللمُطوّر العقاري باعتباره بائعًا الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني. كما له الحق في سبيل إجبار مشتري الوحدة العقارية على الوفاء بالثمن أن يقوم بحبس الوحدة العقارية إذا لم يكن قد سَلّمها إليه¹. كما يحق للمُطوّر أخيرًا أن يطلب من القضاء فسخ عقد البيع على الخريطة².

¹ المادة ٤٥٩ فقرة ١ من التقنين المدني المصري "إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلًا بعد البيع".

² تطبيقًا للمادة ١٥٧ من التقنين المدني المصري "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع

493. إضافة لتلك الضمانات العامة، منح المشرع الفرنسي المُطوّر العقاري حق امتياز على الوحدة العقارية المُسلمة للمشتري؛ لاستيفاء باقي الأقساط باعتباره بائعًا لعقار وذلك في المادة 2103 فقرة ١ من التقنين المدني الفرنسي¹. وتجدر الإشارة إلى أن المادة الأخيرة تعادل المواد ١١٤٧ فقرة ١ من التقنين المدني المصري التي تنص أن "ما يُستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع" وكذلك المادة ١١٤٨ فقرة ١ التي تقضي بأن "المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عُهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه".

494. ذهب جانب من الفقه للقول بإمكانية انطباق هذه النصوص على المُطوّر العقاري في مصر باعتباره بائعًا لعقار وبوصفه مقاولًا عُهد إليه بتشييد عقار². ومن جانبنا نرى كفاية المادة ١١٤٧ في تحقيق الحماية للمُطوّر العقاري من خلال التمتع

التعويض في الحالتين إن كان له مقتض". وكذلك المادة ١٥٨ من ذات القانون التي تنص أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

¹ L'article 2103 du code civil, modifié par loi n°94-624 du 21 juillet 1994 – art. 34, et transféré par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 – art. 14 () JORF 24 mars 2006 "Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : 1° Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le paiement du prix."

² محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، المرجع السابق، ص ١١٣.

بحق امتياز البائع على العقار، وعدم إمكانية انطباق المادة ١١٤٨ فقرة ١، نظرًا لتمايز المُطوّر العقاري عن المقاول على النحو الذي سبق تفصيله¹.

495. أخيرًا التزام المشتري بدفع الثمن ليس الالتزام الوحيد الذي يتمتع بقدر من الخصوصية، فهناك أيضًا الالتزام بتسلم الوحدة العقارية والذي سوف يكون محل دراسة الفرع القادم.

¹ انظر سابقًا الفقرة ١١٢ وما بعدها.

الفرع الثاني

الالتزام بتسلم الوحدة العقارية

496. مضمون الالتزام بتسلم الوحدة العقارية: ذكرنا سابقاً أن الالتزام بتسليم الوحدة العقارية يقع على عاتق المُطوّر العقاري باعتباره المدين بالتسليم في عقد البيع على الخريطة، وذلك عن طريق وضع الوحدة العقارية تحت تصرف مشتري الوحدة العقارية بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، حتى ولو لم يستول عليها استيلاءً مادياً، طالما أن المُطوّر العقاري قد قام بإخطاره بتسلم وحدته العقارية¹.

497. طريقة تسليم الوحدة العقارية: التسلم في عقد البيع على الخريطة لا يقتصر فقط على الاستيلاء المادي وحيازة الوحدة العقارية، بل يمتد ليشمل عناصر أخرى مثل قبول حالة الوحدة العقارية بعد معاينتها وفحصها؛ للتأكد من مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها في عقد البيع على الخريطة².

498. أشكال تسلم الوحدة العقارية: قد يتخذ الاستلام في عقد البيع على الخريطة شكل الاستلام الكلي بمعنى أن يتسلم مشتري الوحدة العقارية وحدته كاملة من المُطوّر العقاري دفعة واحدة. وقد يتخذ شكل الاستلام الجزئي أو المرحلي بمعنى أن الوحدة

¹راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٤١٦.

²أومجد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، المرجع السابق، ص ١٢٧.

العقارية يتم تسليمها بشكل جزئي، فبمجرد أن ينتهي المطور من جزء أو من مرحلة من مراحل بناء الوحدة يتم تسليمها للمشتري¹.

499. إثبات واقعة التسلم: تُبرز خصوصية واقعة تسلم الوحدة العقارية في أن اثباتها يتم غالباً من خلال محضر تسلم موقع من المطور والمشتري أو موقع على الأقل من الأخير، هذا المحضر هو الدليل على إثبات واقعة التسلم ويحق للمشتري إبداء كافة التحفظات التي يراها في محضر التسليم، والتي تمكنه من المطالبة بالتعويض فيما بعد².

500. وقد اشترطت بعض التشريعات صراحة ضرورة اثبات واقعة تسلم الوحدة العقارية من خلال محضر تسليم كما هو الحال في المادة 1792 فقرة ٦ من التقنين المدني الفرنسي التي أكدت أن "الاستلام هو التصرف الذي يصرح صاحب العمل بموجبه بقبول أعمال البناء مع أو بدون تحفظات"³. وكذلك المادة ٣ من القانون الجزائري رقم ١١-٤ لسنة ٢٠١١ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تنص أن التسليم يتم في "محضر يتم إعداده والتوقيع عليه".

¹ ريمان حسينة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون ١١-٤ المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المرجع السابق، ص ١٥٨.

² ولاء الدين محمد ابراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٩.

³ L'article 1792-6 du code civil " La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve."

501. آثار واقعة الاستلام: يترتب على إثبات واقعة التسلم في محضر التسليم عدة آثار هامة منها: استحقاق المُطوّر العقاري للأقساط المتبقية من ثمن الوحدة العقارية إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك، ومن ثم فالمشتري لا يُعتبر مالكا متمتعًا بكامل سلطات المالك من استعمال وانتفاع وتصرف نحو الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة إلا بعد استحقاق القسط الأخير من ثمن الوحدة¹.

502. كما يترتب على تسلم المشتري للوحدة العقارية انتقال عبء تبعة هلاك العقار من المُطوّر العقاري إلى مشتري الوحدة العقارية، باستثناء عيوب البناء الظاهرة التي تظهر خلال سنة من تسلم الوحدة العقارية، أو العيوب الخفية التي تتكشف خلال عشر سنوات من تحرير محضر التسلم الموقع بين المُطوّر والمشتري². ومن ثم فتسلم المشتري الوحدة العقارية دون إبداء أي تحفظات يُعفى المُطوّر فقط من الالتزام بضمان العيوب الظاهرة³.

¹ المادة ٥٢ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان تنص أن "أما لم تكن الوحدة العقارية مُحملة بالرهن، يحق لمالك الوحدة العقارية المُسجل في السجل العقاري المبدئي التصرف فيها بالبيع أو الرهن أو غيرها من أنواع التصرفات الناقلة أو المُقيّدة للملكية.ب. يلتزم المشتري التالي للوحدة العقارية بتسديد باقي ثمنها حسب الدفعات المتفق عليها في عقد البيع بين المُطوّر والمشتري الأول، ما لم يتم الاتفاق بين المُطوّر والمشتري الجديد على خلاف ذلك".

² أو محمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، المرجع السابق، ص ١٣٠.

³ عمي حبيب، الترقية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، ٢٠١٩، ص ٦٢.

503. زمان ومكان تسلم الوحدة العقارية: كما أن المُطوّر العقاري يلتزم بتسليم الوحدة العقارية، فالمشتري هو الآخر يلتزم بتسليم تلك الوحدة محل عقد البيع المُبرم بينه وبين المُطوّر العقاري في الزمان والمكان الذي يحددهما عقد البيع على الخريطة، وهما في الغالب زمان ومكان التسليم.

504. فإذا لم يتم الاتفاق بين المُطوّر العقاري والمشتري على زمان ومكان تسلم الوحدة العقارية وجب الرجوع للعرف، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، وجب أن يتسلم المشتري الوحدة العقارية في الحال دون أي تأخير بمجرد التسليم من المُطوّر العقاري في مكان التسليم، إلا ما يتطلبه التسلم من وقت معقول¹. ومن ثم يلتزم مشتري الوحدة العقارية في عقد بيع العقار على الخريطة بأن يتسلم الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة، من المُطوّر العقاري في مشروع التطوير بعد انتهاء أعمال البناء وبعد أن يتأكد من مطابقة الوحدة العقارية للمواصفات المتفق عليها في العقد. يترتب على ذلك عدم أحقية المشتري في رفض تسلم الوحدة العقارية دون مبرر، وإلا كان مسئولاً عن الأضرار التي قد تلحق بالمُطوّر العقاري من جراء رفض تسلم العقار أو التأخر في تسليمه كنفقات الحراسة التي يتحملها المُطوّر العقاري وغيرها.

505. وتجدر الإشارة إلى أن تحديد مكان التسليم والتسليم يتمتع بأهمية خاصة في عقد البيع على الخريطة، حيث يترتب عليه بيان النفقات التي يتحملها المُطوّر العقاري

¹المادة ٤٦٣ من التقنين المدني المصري "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن".

في تنفيذ التزامه بالتسليم، وكذلك تحديد النفقات التي يتحملها المشتري في استلام الوحدة العقارية¹. كما أن زمان التسلم يترتب عليه بدء حساب مدد الضمان التي تقع على عاتق المُطوّر العقاري².

506. نفقات تسلم المشتري للوحدة العقارية: وفقاً للقواعد العامة يتحمل مشتري الوحدة العقارية ما تتطلبه عملية تسلم الوحدة العقارية من نفقات أو مصاريف ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك، وذلك إعمالاً لصراحة نص المادة ٤٦٤ من التقنين المدني المصري التي تقضي بأن "نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

507. جزاء إخلال المشتري بالتزامه بتسلم الوحدة العقارية وفقاً للقواعد العامة: إذا قام المُطوّر العقاري بتنفيذ التزامه بالتسليم، وتقاعس مشتري الوحدة العقارية عن استلام الوحدة العقارية محل عقد البيع على الخريطة على النحو السابق تفصيله، أُعتبر مخاللاً بالتزامه وجاز للمُطوّر العقاري إعداره، فإذا تم هذا الإضرار تحمل مشتري الوحدة العقارية تبعه هلاك الوحدة العقارية³.

¹ راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٤١٧.

² انظر سابقاً الفقرة رقم ٣٧٦ وما بعدها.

³ موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١٨.

508. وفي جميع الأحوال يجوز للمُطوّر العقاري أن يطالب مشتري الوحدة العقارية بتنفيذ التزامه عيناً وذلك بعد الإعدار، كما يحق للمُطوّر العقاري أن يطلب من القضاء وضع الوحدة العقارية تحت الحراسة، كما يحق له أيضاً طلب الحكم على المشتري بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم. وللمُطوّر إذا لم تفلح الوسائل السابقة الحق في أن يطلب فسخ عقد البيع على الخريطة طبقاً للقواعد العامة¹، ويظل للمُطوّر سواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ الحق في طلب التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه باستلام الوحدة العقارية، كمصاريف إدارة وصيانة الوحدة العقارية، التي قام بدفعها بدلاً من المشتري بعد أن حل ميعاد استلامها.

509. أخيراً يجوز للمُطوّر العقاري بعد استئذان القضاء أن يبيع الوحدة العقارية بالمزاد العلني إذا كانت تتكف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، وذلك إعمالاً للمادة ٣٣٧ من التقنين المدني التي تقضي بأن "يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف، أو التي تُكف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة".

510. جزاء إخلال المشتري بالتزامه بتسلم الوحدة العقارية أو بأي شرط من شروط عقد البيع وفقاً لبعض التشريعات التي نظمت عقد البيع على الخريطة: خرجت بعض القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة على القواعد العامة سالفة

¹راجع رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، المرجع السابق، ص ٤١٧.

البيان في حالة إخلال المشتري بالتزامه بتسلم الوحدة العقارية أو بأي شرط من شروط عقد البيع، كما هو حال المشرع الإماراتي في المادة ١١ من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ المعدل لبعض أحكام القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي والتي نصت بشكل صريح أنه "١. إذا أخل المشتري بأي شرط من شروط عقد بيع الوحدة العقارية المبرم مع المُطوّر فعلى الأخير إخطار الدائرة بذلك، وعلى الدائرة إمهال المشتري سواء حضورياً أو بواسطة البريد المسجل أو بالبريد الإلكتروني لمدة (٣٠) يوماً للوفاء بالتزاماته التعاقدية.٢. إذا انقضت المهلة المشار إليها في البند (١) من هذه المادة دون قيام المشتري بتنفيذ التزاماته التعاقدية تطبق الأحكام التالية:

أ. في حال انجاز المُطوّر ما لا يقل عن ٨٠ ٪ من المشروع العقاري، يجوز للمُطوّر الاحتفاظ بكامل المبالغ المدفوعة مع مطالبة المشتري بسداد ما تبقى من قيمة العقد، وفي حالة تعذر ذلك جاز للمُطوّر المطالبة ببيع العقار بالمزاد العلني لاقتضاء ما تبقى من المبالغ المستحقة له.

ب. في حال انجاز المُطوّر ما لا يقل عن ٦٠ ٪ من المشروع العقاري، يجوز للمُطوّر فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز ٤٠ ٪ من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد.

ج. في حالة المشاريع العقارية التي بدأ فيها الإنشاء ولم تصل نسبته إلى ٦٠ % يجوز للمُطوّر فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز ٢٥ % من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد.

د. في حالة المشاريع العقارية التي لم يبدأ فيها الإنشاء لأسباب خارجة عن إرادة المُطوّر ودون إهمال أو تقصير منه يجوز للمُطوّر فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز ٣٠ % من قيمة المبالغ المدفوعة من قبل المشتري...".

511. أخيراً آلية تدرج الجزاء الموقع على مشتري الوحدة العقارية الذي أدخل بأحد التزاماته العقدية الناتجة عقد البيع على الخريطة التي تبناها المشرع الإماراتي في النص السابق، تمثل ضماناً هامة تضاف لترسانة الضمانات العامة التي يملكها المُطوّر العقاري في استيفاء حقه من مشتري الوحدة العقارية، كما تعمل تلك الآلية على تحقيق التوازن العقدي والاقتصادي لعقد البيع على الخريطة¹ والتي نأمل أن يتبناها المشرع المصري إذا ما أستجاب لدعوات تقنين عقد البيع على الخريطة.

¹ Pour aller plus loin voir : Valentin Ionescu, L'équilibre juridique de l'opération immobilière d'habitation, Thèse, Dijon, 2020.

الخاتمة

512. ترتب على ازدهار نشاط التطوير العقاري السكني في مصر، وانتشار تقنية عقد البيع على الخريطة تحول نوعي في السوق العقاري المصري، حيث حلت صناعة العقارات المُعتمدة على نشاط التطوير العقاري وتقنية عقد البيع على الخريطة محل الاستثمار العقاري في مجال التشييد والبناء بشكله التقليدي والمألوف.

513. وفي سبيلنا لمحاولة إيجاد حل للإشكالية محل الدراسة كان من الضروري دراسة ماهية المُطوّر العقاري في فصل أول حيث تعرّفنا من خلاله على مفهوم المُطور العقاري ومهامه التي تسمح بتمييزه عن غيره من رجال صناعة العقارات، وحاولنا تكييف طبيعة عمله وتحديد الشروط اللازمة لاكتساب صفة المُطور العقاري. وبعد أن انتهينا من تناول تلك المسائل في الفصل الأول خصصنا الفصل الثاني لمعالجة العلاقة التعاقدية بين المُطوّر العقاري والأطراف المستفيدة من مشروع التطوير العقاري (عقد البيع على الخريطة). وتوصلنا لمفهوم واضح لعقد البيع على الخريطة واستعرضنا أهم المحاولات الفقهية والتشريعية لتكييفه، وحددنا على نحو دقيق خصائص سبع تُميز عقد البيع على الخريطة عن غيره من عقود البيع العقارية، وتعرّفنا على صور ومراحل عقد البيع على الخريطة والتزاماته المُلقاة على عاتق طرفيه.

514. وبعد أن انتهينا من معالجة الفصلين على النحو السابق يُمكننا الإجابة عن التساؤل الذي طرحناه في بداية الدراسة والذي يُمثل إشكالية البحث وهو مدي حاجة النظام القانوني المصري إلى نصوص تشريعية مُنظمة وحاكمة لنشاط التطوير

العقاري؟ وبصفة خاصة العلاقة التعاقدية بين المُطوّر العقاري والأطراف المستفيدة والتي تتخذ غالبًا شكل عقد البيع على الخريطة. وقد خُصنا -في ظل عدم كفاية القواعد العامة في القانون المدني لتنظيم ذلك النشاط العقاري أو تنظيم عقد البيع على الخريطة- إلى ضرورة إصدار قانون مُنظم لنشاط التطوير العقاري بشكل عام وعقد بيع العقار على الخريطة بشكل خاص، وذلك لعدة أسباب:

515. الأول: إن انتشار نشاط التطوير العقاري السكني في مصر واستخدام المُطورين العقاريين لتقنية عقد البيع على الخريطة دون وجود نظام قانوني خاص يوفر لهم الحماية الكافية التي أثبت الواقع العملي عجز القواعد العامة في القانون المدني عن توفيرها، من شأنه أن يؤثر سلبيًا على قدرة ورغبة المُطورين العقاريين على الاستثمار في نشاط التطوير العقاري أو إبرام عقود البيع على الخريطة.

516. الثاني: ضرورة ضبط مفهوم المُطور العقاري سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا وتعريفه صراحة في القانون؛ نظرًا لكونه يستفيد بجملة من المزايا كتخصيص أراضي الدولة، أو الحصول على تمويل بضمان المشروع، أو الحصول على تسهيلات إدارية عند استخراج تراخيص المشروع.

517. الثالث: ضرورة تطلب شروط معينة في الشخص الراغب في التسجيل كمُطوّر عقاري على غرار التشريعات التي نظمت صراحة نشاط التطوير العقاري، حيث إن تلك الشروط تُشكل ضمانة بالغة الأهمية للاقتصاد الوطني عن طريق عدم

السماح بدخول السوق العقاري إلا للأشخاص والشركات الجادة والقادرة على الوفاء بالتزاماتها تجاه الدولة والأطراف الفاعلة والمستفيدة من مشروع التطوير العقاري.

518. الرابع: قواعد القانون المدني الحالي لا توفر الحماية الكافية لراغبي أو مشتري الوحدات العقارية بتقنية عقد البيع على الخريطة، وهو ما يستدعي أحكاماً ونصوصاً خاصة قادرة على توفير الحماية للأطراف المستفيدة من مشاريع التطوير العقاري. وقد توصلنا لجملة من النتائج والتوصيات نوردتها على النحو التالي:

أولاً النتائج:

الأولي: غياب أي تنظيم قانوني لنشاط التطوير العقاري في مصر أو عقد البيع على الخريطة.

الثانية: عدم وجود مفهوم واضح للمطور العقاري ومهامه، فضلاً عن عدم وضوح الخطوط الفاصلة بين المطور العقاري وغيره من رجال صناعة العقارات.

الثالثة: تجارية نشاط المطور: اتضح لنا أنه من الممكن اعتبار نشاط التطوير العقاري نشاطاً تجارياً وفقاً للوضع الحالي في القانون المصري، كما يمكن اعتبار عمل المطور العقاري عملاً ذا طابع تجاري.

الرابعة: عقد البيع على الخريطة عقد متفرد ذو طبيعة خاصة؛ حيث تأكد لنا عدم إمكانية قياسه على العقود المسماة المعروفة سواء عقد الاستصناع، أو عقد البيع العقاري العادي، أو عقد المقاوله. وتتجلى الطبيعة الخاصة لعقد البيع على الخريطة في

عدة أمور: أولهما: عدم وجود محل العقد لحظة إبرامه. ثانيهما: غياب التوازن العقدي والاقتصادي بين طرفيه. وأخيرًا: اشتراكه مع عقد البيع العقاري في عدة مواطن وافتراقه في مواطن أخرى. فالواقع من الأمر أن عقد البيع على الخريطة وعقد البيع العقاري يشتركا في خصائص عامة كونهما من عقود المعاوضة، والملزمة للجانبين، والمتراخية التنفيذ. بيد أن عقد البيع على الخريطة يفترق عن عقد البيع العقاري في عدة خصائص كونه الأول عقد ذو طبيعة مُركبة، وذو طبيعة مختلطة، وذو طبيعة تمويلية وتنموية، وعقد شكلي، وعقد إذعان، وعقد تنتقل فيه الملكية بصورة مرحلية، وعقد يُدفع فيه الثمن مقسطًا وفقًا لمدى تقدم أعمال البناء.

ثانيًا التوصيات:

الأولى: إنشاء اتحاد للمطورين العقاريين المصريين: نصي المشرع المصري بإنشاء اتحاد للمطورين العقاريين المصريين على غرار اتحاد المطورين العقاريين في فرنسا؛ لما يُحققه هذا الاتحاد من مزايا للمطورين العقاريين المصريين الذين لديهم رغبة صادقة ومُلحة في إنشاء مثل ذلك الاتحاد.

الثانية: تعريف المُطوّر العقاري: نصي المشرع المصرع بتبني التعريف المقترح للمُطوّر العقاري بوصفه كل شخص طبيعي أو معنوي يأخذ بزمam المبادرة في عملية التطوير العقاري بداية من الفكرة وإلى ما بعد بيع وتسليم وحدات المشروع، ويلتزم بنفسه أو من يفوضه بالقيام بالتسويق والإشراف والرقابة والمتابعة للمهام الفنية والمالية والقانونية لمشروع التطوير العقاري. وقد أوضحنا ما يتميز به هذا التعريف عن غيره.

الثالثة: شروط ممارسة مهنة التطوير العقاري: نأمل أن يتطلب المشرع المصري شروطاً خاصة في الشركات الراغبة في اكتساب صفة المُطوّر العقاري: كاشتراط أن تكون لها خبرة سابقة في مجال أعمال التشييد والبناء لمدة لا تقل عن ثلاث أو خمس سنوات، وألاً تكون قد سبق إشهار إفلاسها بحكم نهائي، وضرورة الحصول على رخصة ممارسة نشاط التطوير العقاري، والقيود في سجل المُطوّرين العقاريين، والتسجيل في إدارة حساب ضمان التطوير العقاري، وغيرها؛ بُغية حماية المُطوّر العقاري نفسه وحماية للسوق العقاري وتوفير الضمان اللازم لجميع الأطراف المشاركة والمستفيدة من مشروع التطوير العقاري.

الرابعة: العقد التمهيدي والنهائي كصور لعقد البيع على الخريطة: ندعو المشرع المصري إلى تبني النموذج الفرنسي الذي اعتمد صورتي عقد حفظ الحق كعقد تمهيدي وعقد البيع النهائي كصور لعقد البيع على الخريطة؛ باعتباره النموذج الأمثل؛ لما يحققه -بشكل خاص- إبرام العقد التمهيدي من مزايا لكلا طرفيه.

الخامسة: التزامات المُطوّر العقاري في المرحلة السابقة على إبرام عقد البيع على الخريطة: نصي المشرع المصري أن يتبنى صراحة الالتزامات ما قبل التعاقدية المُلقاة على عاتق المُطوّر العقاري والتي نصت عليها بعض التشريعات المنظمة لعقد البيع على الخريطة: كالالتزام بالقيام ببعض الإجراءات القانونية والإدارية السابقة لعملية إبرام عقود البيع على الخريطة، والالتزام بعدم الإعلان إلا بعد الحصول على الترخيص، والالتزام بالإعلام قبل التعاقد؛ لما توفره هذه الالتزامات من ضمانات هامة لراغبي

شراء الوحدات العقارية، ولأهمية الدور الذي تلعبه تلك الالتزامات قبل التعاقدية في الحفاظ على التوازن المعرفي والعقدي بين المطور العقاري وراغبي شراء الوحدات العقارية.

السادسة: تحويل الأعمال لمطور فرعي: نصي المشرع المصري أن ينص صراحة على الحد الأقصى المسموح به من الأعمال أو الالتزامات -نسبة معينة من إجمالي أعمال المشروع- التي يمكن أن يعهد بها المطور الأصلي إلى مطور فرعي أو مقاول من الباطن؛ لما يحققه هذا الاشتراط من ضمانة بالغة الأهمية لمشتري الوحدات العقارية الذين أقدموا على الشراء ثقة في الاعتبار الشخصي للمطور العقاري الأصلي، واعتمادًا على خبرته وسابقة أعماله في مجال التطوير.

السابعة: التأخير غير المبرر: لما كان التأخير غير المبرر في تسليم الوحدات العقارية من الأمور الأكثر شيوعًا أثناء تنفيذ عقد البيع على الخريطة؛ فإننا نصي المشرع المصري أن يتبنى صراحة نصوصًا خاصة تقرر إمكانية توقيع جزاءات مالية أو إدارية كما هو الحال في العديد من التشريعات المنظمة لعقد البيع على الخريطة التي قررت جزاءات قد تصل لحد إلغاء المشروع، أو السماح للمشتري بأن يطلب من المحكمة المختصة تعيين مطور عقاري آخر لاستكمال أعمال المشروع على حساب المطور العقاري الأصلي، أو طلب بيع المشروع وتوزيع الحصيلة على جميع المشتريين ودائني مشروع التطوير.

الثامنة: نظام التسجيل ونقل الملكية المرحلي: يُمكن القول بأن آلية التسجيل ونقل الملكية المرحلي وتطلب شهادة الإنجاز أو المطابقة للمواصفات عند التسليم التي نصت عليها القوانين التي نظمت عقد البيع على الخريطة، تُناسب بشكل كبير خصوصية محل عقد البيع على الخريطة، وتعمل على توفير أكبر قدر من الحماية لمشتري الوحدة العقارية. وعليه، نهيب بالمشرع المصري أن يأخذ بنظام التسجيل العقاري المبدئي والنهائي للوحدات العقارية محل عقد البيع على الخريطة، ويُلقى صراحة بعبء التسجيل وإجراءات نقل الملكية واستخراج شهادة الإنجاز على عاتق المُطوّر العقاري الأصلي.

التاسعة: الضمانات الخاصة بعقد البيع على الخريطة: تبين لنا أن الأحكام العامة لضمان العيوب الخفية وخاصة اشتراط قَدَم العيب، وسقوط دعوى الضمان بعد سنة من التسليم، وجواز إسقاط الضمان لا تُناسب خصوصية عقد البيع على الخريطة، كما أنها لا توفر الحماية الكاملة لمشتري الوحدة العقارية؛ وهو ما دفع المشرع الفرنسي لتبني نصوصًا خاصة في تقنينه المدني منها أن جعلَ أحكام الضمان العشري من النظام العام، وتوحيد مدة الضمان العشري ومدة تقادم دعوى ذلك الضمان وجعلها عشر سنوات تبدأ من تاريخ ظهور العيب أو حدوث التهدم، ولم يأخذ بمدة التقادم القصيرة للدعوى كما هو الحال في التقنين المدني المصري الذي جعلها ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب. لذا نهيب بالمشرع المصري أن يتبنى موقف المشرع الفرنسي بخصوص ضمان العيوب الخفية والضمان العشري في عقد البيع على الخريطة على النحو السابق تفصيله.

كما تبني المشرع الفرنسي في تنظيمه لعقد البيع على الخريطة، وسأيرته بعض التشريعات العربية، نصوصًا خاصة تُلقى بالالتزام بضمان العيوب الظاهرة، والالتزام بضمان إنجاز مثالي لأعمال البناء، والالتزام بتحديد نظام وإدارة الملكية المُشتركة على عاتق المطور العقاري. هذه النصوص وإن كانت تمثل خروجًا على القواعد العامة في الضمان، بيد أنها تلائم خصوصية العقار تحت التشييد محل عقد البيع على الخريطة، كما أنها تُشكل ضمانًا هامة لمشتري الوحدة العقارية. وعليه، نأمل أن يتبنى المشرع المصري الالتزامات الخاصة سالفه البيان كالتزامات صريحة تقع على عاتق المطور العقاري.

العاشرة: حساب الضمان: نوصى المشرع المصري أن يتبنى نظام حساب الضمان على غرار التشريعات التي نظمته صراحة؛ لما يُحققه من مزايا وضمانات لطرفي عقد البيع على الخريطة. كما نوصى المشرع المصري أن يشترط صراحة دفع الثمن في حساب الضمان؛ لما يوفره دفع الثمن في حساب الضمان من حماية للمشتري، وذلك من خلال الدور الرقابي الذي يلعبه أمين حساب الضمان تجاه المطور. كما نوصى المشرع المصري أن يشترط صراحة ربط دفع ثمن الوحدة العقارية بمدى تقدم المطور العقاري في أعمال بناء المشروع؛ لما يحققه هذا الربط من ضمانة حقيقية لكل من المشتري والمطور العقاري. كما نأمل أن يحذو المشرع المصري حذو نظيره الفرنسي والجزائري ويسمح بمراجعة أسعار الوحدات العقارية في مشروعات التطوير العقاري وإعادة التفاوض حولها بشروط معينة إذا ما قنن عقد البيع على الخريطة؛ وذلك

لمعالجة آثار أية تغيرات اقتصادية عامة أو خاصة قد تؤدي إلى زيادة الأسعار أو يترتب عليها زيادة التكاليف التي يتحملها المطور العقاري.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

١. المراجع العامة

1. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقدي البيع والمقاوله، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢١.
2. سمير تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩.
3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، ٢٠١٠.
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٦٤.
5. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.

6. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة: عقد العمل، وعقد
المقاولة، والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، ٢٠٠٥.

٢. المراجع المتخصصة

1. إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى،
عين مليلة، الجزائر ٢٠١١ .

2. سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات
الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة
الأولى، ٢٠٠١.

3. سندس حميد الجبوري، المسؤولية المدنية للمُطوّر العقاري، دراسة في ضوء
قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، ٢٠١٥ .

4. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول
البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون
المدني، دار الفكر العربي، ١٩٨٧.

5. علاء حسين علي، عقد البيع تحت الإنشاء، دراسة قانونية مقارنة، منشورات
زين الحقوقية، ٢٠١١.

6. كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، جامعة الملك فيصل، ١٩٨٤.
7. محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٦.
8. محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.
9. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، مطبعة سيد وهبة، ١٩٨٩ .
10. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهيار المباني، أثناء التشييد وبعد التشييد والتامين الإجباري منها، منشأة المعارف، ١٩٨٤.
11. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.
12. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
13. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

14. محمد لييب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، ٢٠٠٤.

15. مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٩٩٠ .

16. نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص: في نطاق الالتزام، في نطاق الأموال دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.

17. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقود وتطبيقاته في بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

18. ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دائرة القضاء أبو ظبي، ٢٠١٤.

٣. الرسائل العلمية

1. أو محمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم ١١ - ٤، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠١٥.

2. **ريمان حسينة**، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون ١١-٤ المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٥.
3. **شعوة مهدي**، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، ٢٠١٥.
4. **عبد الرؤوف حلوجي**، النظام القانوني للمرقي العقاري، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، الجزائر ٢٠١٥.
5. **عربي باي يزيد**، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٠.
6. **عمي حبيب**، الترقية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهدي- أم البواقي، ٢٠١٩.
7. **كاميليا مقراني**، التحفيزات الممنوحة للمرقي العقاري الخاص للاستثمار في قطاع السكن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، ٢٠٢٠.
8. **مسكر سهام**، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، ٢٠١٦.

9. موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، ماجستير، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨.

10. نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسئولية المرقي العقاري في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة احمد بوقرة، ٢٠١٨.

٤. المقالات والابحاث

1. أحمد السعيد الزقرد، دعوي المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، دراسة تحليلية انتقادية مقارنة لمدة الضمان العشري أو نطاقه في القانونين الكويتي والمصري، مجلة كلية الحقوق، الكويت، المجلد ٢٢، العدد ٢، ١٩٩٨.

2. أحمد هاشم عبد؛ مثنى عبد الكاظم ماشاف، عقد بيع عقار على الخارطة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق كلية القانون جامعة ميسان، العدد الأول، ٢٠١٧.

3. صالح أحمد اللهيبي، حقوق والتزامات المُطوّر العقاري في القانون القطري: دراسة مقارنة في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ مقارنة بتشريعات دولة الإمارات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٧.

4. **ضحى محمد سعيد النعيمي**، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢٦، العدد ٤٩، ٢٠١٢.
5. **عز الدين زوية**، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، أبريل ٢٠١٧.
6. **عمرو طه بدوي محمد**، النظام القانوني للتطوير العقاري، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، ملحق رقم ٤، العدد ٩٢، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٩.
7. **محمد الوكاري**، الوضعية القانونية للمنعش العقاري في المغرب، مجلة القضاء المدني، العدد الخامس، ٢٠١٢.
8. **محمد محمد القطب مسعد سعيد**، أحكام عقد البيع على الخريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السادس، العدد الأول، كلية الحقوق جامعة مدينة السادات، ٢٠٢٠.
9. **نصر أبو الفتوح فريد**، نظرات في المسؤولية العقدية للمُطوّر العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة كلية الشريعة والقانون طنطا، العدد الخامس والثلاثون، الجزء الأول، ٢٠٢٠.

10 . وفاء الجناحي، المسؤولية عن الضمان العشري في البيع على الخرائط وفق التشريع البحريني: قراءة في القانون رقم 27 لسنة 2017 بشأن تنظيم القطاع العقاري والقرارات التنفيذية الصادرة لتنفيذه، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 3، السنة السابعة، 2019.

11 . ياسين محمد ثروت الشاذلي، قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم 6 لسنة 2014، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل - مركز الدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، 2016.

5. القوانين

تونس: القانون رقم 17 لسنة 1990 الخاص بالبعث العقاري.

فرنسا: القانون رقم 93-3 لسنة 1993 المتعلق بنشاط التطوير العقاري، قانون البناء والإسكان الفرنسي، والتقنين المدني الفرنسي.

سوريا: قانون التطوير والاستثمار العقاري السوري رقم 15 لسنة 2008.

الجزائر: القانون رقم 11-4 لسنة 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

قطر: القانون رقم 6 لسنة 2014 الخاصة بتنظيم التطوير العقاري.

البحرين: القانون رقم 27 لسنة 2017 بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.

الإمارات العربية المتحدة:

القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة أم القيوين.

القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

المرسوم الأميري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٨ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري لإمارة رأس الخيمة.

القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٩ بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي.

القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم التطوير العقاري في إمارة عجمان.

1. Les ouvrages spéciaux

1. **Aldo Sevino, François Petit,** Montages d'opérations immobilières, Edition Formation Entreprise, 6^e édition, 2015.
2. **Bernard BOUBLI,** Répertoire de droit civil, Contrat d'entreprise, Responsabilité des constructeurs, Dalloz, 2016.
3. **Christian Topalov,** Les promoteurs immobiliers, Contribution à l'analyse de la production capitaliste du logement en France, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1974.
4. **Christine Mérot,** Montage d'une opération immobilière privée : Prospection foncière, Études préalables et pré-opérationnelles, Montage juridique et financier, Le Moniteur, 2020.
5. **Christophe Ponce,** Droit de l'assurance Construction, Gualino, 2013.

6. **Corinne Saint-Alary-Houin, Roger Saint-Alary**, Droit de la construction 10^e éd, Dalloz, 2013.
7. **François-Xavier Ajacci, Albert Caston, Rémi Porte**, L'assurance construction, Le Moniteur, 2019.
8. **François-Xavier Ajaccio, Albert Caston, Rémi Porte, Mario Tendeiro**, Traité de la responsabilité des constructeurs, 8^e édition, Le Moniteur, 2018.
9. **Gaston Stefani, Georges Levasseur**, Les Société de constructions devant la loi pénal, L.G.D.J ,1972.
10. **Guy Brault, Guillaume Daudré, Jean-Pierre Gilles, Didier Krajewski**, Solutions professionnelles notariales, Opérations de construction, environnement, droit rural, Tome 3, 17^e édition, Déferions, 2020.
11. **Hervé de Gaudemar ; Benoît Delaunay ; Philippe Malinvaud**, Dalloz action, Droit de la construction, 2019.

12. **Jean-Bernard Auby, Rozen Noguellou, Hugues Périnet-Marquet**, Droit de l'urbanisme et de la construction, 12^e éd, Précis Domat, L.G.D.J, 2020.
13. **Jean-Louis Bergel**, Promesses de vente d'immeuble, Lamy, 2012.
14. **Jean-Loup Montigny**, Les biens immobiliers, presses universitaires de France, 1977.
15. **Jean-Philippe Tricoire**, Le droit de la promotion immobilière 50 ans après la loi du 3 janvier 1967, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1^{re} édition, 2017.
16. **Marianne Faure-Abbad**, Droit de construction, 3^e édition, Gualino, 2016.
17. **Marianne Faure-Abbad**, Droit de la construction, contrats et responsabilité des constructeurs, Gualino, 2007.
18. **Michel Zavaro**, La responsabilité des constructeurs, Lexis Nexis, Urbanisme et construction, 2013.

19. **Philippe Malinvaud**, Droit de la construction, Dalloz action, 2019.

20. **Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond**, Droit de la promotion immobilière, 9^e édition, Dalloz, 2015.

21. **Vivien Zalewski–Sicard**, Les ventes d'immeubles à construire et à rénover, 2^e édition, Droit notarial, Éditions Ellipses, 2016.

3. Les thèses

1. **Aurélien Taburet**, Promoteurs immobiliers privés et problématiques de développement durable urbain, Université du Maine, 2012.

2. **Delphine Pelet**, La notion de promoteur immobilier en droit privé français, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon), 2020.

3. **Florent MASSON**, La propriété commune ,Thèse, Université Paris 1 Panthéon–Sorbonne, 2016.

4. **Valentin Ionescu**, L'équilibre juridique de l'opération immobilière d'habitation, Thèse, Dijon, 2020.

4. Les articles

1. **André Valdès**, L'achèvement et la conformité des travaux dans la vente d'immeuble à construire, Administrer, 2002.

2. **Brice Golfier**, Les obligations particulières du maître de l'ouvrage : les garanties d'achèvement ou la gestion du risque d'inachèvement par le promoteur immobilier, RDI, 2002.

3. **Camille Dreveau**, Qualification d'un contrat de réservation en matière de bail d'habitation, Actualité juridique, Droit immobilier, AJDI, n° 7, 2015.

4. **Camille Dreveau**, Qualification et régime du contrat préliminaire, Dalloz actualité, 2011.

5. **Corinne Saint-Alary-Houin**, Une promesse de vente peut être conclue sous condition suspensive de l'obtention d'un crédit-bail, Revue de Droit Immobilier, n° 1, 2005.

6. **Corinne Saint-Alary-Houin**, Vente d'immeuble à construire. Revue de Droit Immobilier, Éditions Dalloz, 1990.
7. **Cyril Grimaldi**, Clauses prorogeant les délais de livraison dans une VEFA et déséquilibre significatif, Defrénois, 2019.
8. **Fanny Garcia**, VEFA : effets de la nullité du contrat préliminaire, Dalloz actualité, 2017.
9. **Guillaume Daudré**, Pratique de la vente en état futur d'achèvement dans le secteur libre, RD imm. 2006.
10. **Hélène Hoepffner**, Prolongation de la garantie de parfait achèvement pour des désordres n'ayant pas fait l'objet de réserves, Dalloz, RDI, 2021.
11. **Hervé Lécuyer**, Les vicissitudes de l'avant-contrat n'affectent pas la validité de la vente en l'état futur d'achèvement, Defrénois 11 juill. 2019.
12. **Jean-Claude Groslière, Corinne Saint-Alary-Houin**, vente d'immeuble à construire – Validité du contrat, RDI 1990.

13. **Jean-Claude Groslière, Corinne Saint-Alary-Houin**, Notion de promoteur, RDI 1995.

14. **Jean-Jacques Granelle**, La place de la promotion immobilière privée dans l'évolution du marché, AJDI 1993.

15. **Jean-Louis Bergel**, Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire : unité ou dualité, JCP G ,1974.

16. **Jean-Philippe Tricoire, Cyrille Charbonneau**, Covid-19 et VEFA, RDI, 2020.

17. **Jean-Philippe Tricoire**, Promoteur « professionnel de la construction » et responsabilité de droit commun de l'architecte, RDI, 2011.

18. **Jean-Pierre Leguay**, fonction de promoteur s'inscrit-elle nécessairement dans le cadre d'un contrat de promotion immobilière ? RDI, 1999.

19. **Marianne Faure-Abbad**, Garantie de parfait achèvement : assigner n'est pas notifier, Dalloz, RDI, 2021.

20. **Mathieu Poumarède**, De la confusion des garanties au concours d'actions du syndicat des copropriétaires contre le vendeur d'immeuble à construire, RDI, 2021.

21. **Moussa Zio**, Précisions utiles sur l'étendue de l'obligation de la caution garante financière d'achèvement en matière de VEFA, Hebdo édition affaires, Lexbase, 2017.

22. **Vivien Zalewski-Sicard**, VEFA et garantie de parfait achèvement, Gazette du Palais n°06, 2021.

أثر الموت على عقد الوكالة

دكتور

عطا سعد حواس

مدرس القانون المدنى

كلية الحقوق . جامعة أسوان

التعريف بالوكالة وأهميتها

عرف المشرع المصرى الوكالة فى المادة 699 من القانون المدنى بقوله: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل" (1). ويتميز هذا التعريف بأنه يبرز عنصرى الوكالة وهما؛ أولاً، أن محل الوكالة هو القيام بعمل أو

(1) أما المشرع الفرنسى فقد عرف الوكالة فى المادة 1/1984 من التقنين المدنى بقوله: "الوكالة أو التوكيل تصرف بمقتضاه يمنح أحد الأشخاص لأخر سلطة القيام بعمل شيء ما لصالح الموكل وباسمه".

وقد عاب الفقه الفرنسى على هذا التعريف أنه غامض وناقص، إذ أنه اشتمل على لفظى "الوكالة" و"التوكيل"، وهما غير مترادفين. فالتوكيل هو السلطة المعطاة من الموكل للوكيل والوكالة هى العقد الذى يمنح هذه السلطة. كما عاب الفقه على هذا التعريف كذلك أنه غير دقيق من حيث الصياغة لأن عبارة "عمل شيء ما" de faire quelques chose قد توحى بأن محل الوكالة يمكن أن يكون القيام بعمل مادي أو تصرف قانوني، حين أن الصحيح هو أن الوكالة ترد على التصرفات القانونية فقط.

Voir : Le Tourneau (Ph.), avec Bloch (Cyril) et Guettier (Christophe) et Giudicelli (André) et Julien (Jérôme) et Krajieski (Didier) et Stoffel – Munck (Ph.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2008, p. 946 et 947, no. 3983 ; Le Tourneau (Ph.), Mandat, Répertoire de droit civil, Dalloz, Tom. V., 2e éd. 1992, no. 1, p. 2 ; Gilson – Maes (Anne), Mandat et responsabilité civil, thèse Reims Champagne – Ardenne, 2013, p. 18 –19 et p. 48 et s.

تصرف قانوني⁽¹⁾. ثانياً، أن الوكيل يعمل لحساب الموكل وليس لحسابه. ولم يشترط التعريف أن يعمل الوكيل باسم الموكل. وقد تلافى المشرع، بهذا التعريف، الانتقادات التي وجهت إلى التعريف الذي أورده التقنين المدني القديم للوكالة⁽²⁾.

والأصل أن الوكيل يتعاقد باسم الموكل فتحل إرادته محل إرادة الموكل، فتضفي الوكالة صفة النيابة على الوكيل فتكون هناك وكالة ونيابة وفي هذه الحالة ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل طالما كان في حدود الوكالة. ولكن، في بعض الأحوال، قد يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي ولكن لحساب الموكل، كالوكيل بالعمولة والوكيل باسم مستعار، فتكون

(1) فقد استقر الفقه والقضاء على أن الوكالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، أما الأعمال المادية فلا تكون محلاً للوكالة وإنما محلاً لعقود أخرى، كعقد العمل والمقاوله والوديعة والإيجار وغيرها من العقود.

ومع ذلك فإن هناك اتجاهاً حديثاً في الفقه يذهب إلى أن الوكالة، كما تكون في الأعمال والتصرفات القانونية، يمكن أن تكون أيضاً في الأعمال المادية، باعتبار ما ستخلفه من آثار قانونية. فإذا ما عهد الموكل إلى الوكيل بمهمة بيع بعض البضائع، فقد يضطر الوكيل إلى الاعتناء بهذه البضاعة والسهر عليها أو نقلها من مكان إلى آخر، وغيرها من الأعمال المادية الأخرى.

Voir : Capitant (Henri), Les effets des obligations, R. T. D. Civ. 1932, p. 721 et s ; Gilson – Maes, thèse préc., p. 280.

ومن الفقه المصري الذي يذهب في هذا الاتجاه : د/ عصام عبد العزيز الدفراوي، أثر الوفاة على عقد الوكالة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2016م، ص 72.

(2) راجع: مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 185.

هناك وكالة بغير نيابة⁽¹⁾. وفي هذه الحالة ينصرف أثر تعاقدته إلى شخصه، وليس إلى الأصيل.

ويلعب عقد الوكالة دورا هاما في ازدهار النشاط الاقتصادي والتجاري، حتى أصبح من أهم العقود المسماة⁽²⁾. وقد أصبحت ضرورة من ضرورات الحياة القانونية المعاصرة⁽³⁾.

(1) راجع في فكرة الوكالة بغير نيابة: د/ محسن عبد الحميد البيه، فكرة الوكالة بغير نيابة، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق المنصورة، عدد خاص، ديسمبر 2012م، ج 1، ص 1 وما بعدها، لاسيما ص 111 وما بعدها؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 78. 80؛ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، الكتاب الأول، العقود الواردة على العمل، تحديث وتنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، سنة 1428 هـ. 2007م، ص 515 وما بعدها، بند 310 وما بعده؛ د/ شوقي أحمد عبد الله حسب الله، آثار تصرفات الوكيل المسخر، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2006م، ص 45.

Et : Izorche (M. L.), A propos du " mandate sans representation", Dalloz, 1999, p. 369 ; Le Tourneau, avec autres, op. cit., p. 950 – 952 ; Gilson – Maes, thèse préc., p. 62 – 67 ; Antonmattei (Paul – Henri) et Raynard (Jacques), Droit civil, contrats spéciaux, 4é éd., Paris, Litec, 2004, p. 332 – 333, no. 449 ; Bénabent (Alain), Droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, 9é éd. 2011, Montchrestien, no. 984 et s., p. 482 et s.

(2) Voir : Antonmattei et Raynard, op. cit., p. 329, no. 446 ; Le Tourneau, avec autres, Droit de la responsabilité et des contrats, préc., p. 947, no. 3984.

(3) وقد ذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى أن الوكالة تعد . إلى جانب البيع . بمثابة الأصل والأساس في جميع العقود. فإذا كان عقد البيع يسمح بنقل الثروات تطوير النشاط الاقتصادي، فإن الوكالة تساهم في تطوير النشاط القانوني.

فالوكالة تؤدي إلى تسهيل إبرام العقود والمعاملات سواء في علاقات الأفراد فيما بينهم أو في العلاقات الاقتصادية والتجارية في دنيا الأعمال. فالوكالة تعمل على تسهيل التعامل بالنسبة للأشخاص الذين يقيمون بعيدا عن المكان الذي يجب إبرام التصرف فيه، أو لا تسمح لهم ظروفهم ومشاكلهم بإبرام التصرف، أو لا يكونون على خبرة بموضوع التصرف، إذ يستطيع هؤلاء أن يوكلوا أشخاصا يقومون بالتصرف القانوني نيابة عنهم. كما تبدو أهمية الوكالة واضحة في الأعمال التجارية؛ إذ تدار بفضلها الفروع المتعددة لحساب التاجر الذي أقامها، وينجز الوسطاء في أماكن مختلفة الصفقات الكثيرة لمن بعث بهم إليها. وبفضل الوكالة تستطيع الشركات الإنتاجية الكبرى وشركات الخدمات توسعة نشاطها في أماكن متعددة فتوكل غيرها عنها في إبرام التصرفات القانونية⁽¹⁾.

Voir : Malaureie (Philippe), Aynés (Laurent) et Gautier (Pierre -Yves), Droit civil, les contrats spéciaux, 2003, Defrénois, no. 522, p. 313.

(¹) انظر في نفس المعنى: د/ محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، دار الجامعة الجديدة، 2016م، ص 10؛ د/ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، 2005م، ص 1؛ د/ محمد حمدي مكي، النيابة في التصرفات القانونية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 198م، ص 1 في المقدمة؛ د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، 2019م، دار الجامعة الجديدة، ص 49؛ د/ عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، 1969م، بند 58، ص 118؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، 1974م، دار النهضة العربية، بند 118، ص 166.

فلم يعد عقد الوكالة من العقود الصغيرة⁽¹⁾. فالوكالة أصبحت الآن ذات أهمية كبيرة واستخداما متزايدا ومتوعا في مجال المعاملات القانونية، سواء على مستوى الأفراد أو في مجال الأعمال نظرا لما يتميز به عقد الوكالة وسهولة انعقاده وانخفاض تكلفته. فاستخدام آلية الوكالة أصبح من الأهمية بحيث لا يمكن النظر إليها باعتبارها عقدا

Et : Huet (Jérôme), Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 2ème éd. 2001, L. G. D. J. Paris, p. 980, no. 31142 ; Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 352, no. 481.

(1) فقد درج الفقه الفرنسي والبعض من الفقه المصري على التمييز بين العقود الكبيرة والعقود الصغيرة التي تبدو، في نظر هذا الفقه، أقل أهمية من العقود الكبيرة. وكان هذا الفقه يصنف الوكالة على أنها من العقود الصغيرة على اعتبار إنها من العقود المجردة من المنفعة. فهي . شأنها شأن العقود الصغيرة . لا تعقد بحسب صورتها التقليدية إلا بين الأصدقاء أو الأقارب كعمل يجسد على المسرح القانوني المشاعر التي تربط بين الأشخاص أو لبقائها داخل إطار علاقات الصداقة دون إثارة منازعات قانونية حقيقية.

Voir : Le Tourneau (Philippe), De l'évolution du mandat, D. 1992, Chron. p. 157 et s ; Antonmattei et Raynard, op. cit., p. 329, no. 446 ; Laher (Rudy), Mandat et confiance, R. T. D. Civ. 2017, no. 1, p. 541 et 542.

وانظر في مصر على سبيل المثال : د/ محمد على عرفة، شرح القانون المدني الجديد، في التأمين والعقود الصغيرة، الطبعة الثانية، منقحة ومزودة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، سنة 1950م وهو يعالج ضمن العقود الصغيرة " عقد الوكالة"؛ د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط 2، 1995م بدون دار نشر، وهو يعالج عقد الوكالة بجانب مجموعة أخرى من العقود.

صغيرا Petit contrat بل أصبحت،وكما يرى البعض من الفقه⁽¹⁾،عقد كبيرا Grand contrat،بل وصارت مع عقد المقابلة أحد العقدين العملاقين.

وإذا كان من غير المتصور حصر المجالات التي تستخدم فيها الوكالة كآلية قانونية من خلالها تتحقق الأهداف المرجوة منها،فإنه يكفي للتدليل على أهميتها وأنها لم تعد عقدا صغيرا أن نذكر بعض أمثلة لهذه المجالات. ومن أبرز هذه المجالات التي يبرز فيها دور الوكالة؛ مجال عمليات البنوك⁽²⁾،مجال تداول الأوراق المالية⁽³⁾،مجال النقل)

Le Tourneau, De l'évolution du mandat, préc., p. 157. Laher, Mandat et ⁽¹⁾ confiance, art. préc., no. 1, p. 541 et 542.

⁽²⁾ فالبنك يقوم في الكثير من أعماله بدور الوكيل عن عميله،من ذلك مثلا قيام البنك بعمليات الوفاء بالأوراق التجارية أو تحصيلها وقيامه بتنفيذ أمر التحويل الصادر إليه من عميله. وكذلك قيام البنك بإدارة الأوراق المالية لحساب العميل. فهذه العمليات المصرفية يقوم فيها البنك بدور الوكيل عن عميله. كما تستعمل الوكالة في مجال تأمين القروض في المعاملات المصرفية،حيث يقوم البنك بإلزام العميل بإبرام عقد وكالة ببعض ممتلكاته ضمانا لسداد القرض فيكون من حق الوكيل (البنك) بيعها لنفسه أو للغير استيفاء لدينه عندما يتقاعس العميل عن السداد.

راجع في ذلك:د/ محمد حسن قاسم،المرجع السابق،ص 19 و 20؛د/ عصام الدفراوي،الرسالة السابقة،ص 337 و 338 ؛ د/ هانى دويدار،العقود التجارية والعمليات المصرفية،دار الجامعة الجديدة 2013م،ص 317 وما بعدها ؛ د/ مصطفى كمال طه،القانون التجارى،العقود التجارية وعمليات البنوك،طبعة 1987م،بدون دار نشر،ص 228 وما بعدها،بند 232 وما بعده.

Et : Le Tourneau (Philippe) et Cadiet (L.), Droit de la responsabilité et des contrats, 2001, Dalloz, Paris, no. 1490 et s.

⁽³⁾ حيث تقوم شركات إدارة محافظ الأوراق المالية بعملها استنادا إلى عقد الوكالة. فالشركة تقوم بإدارة محفظة العميل بناء على عقد تحرره معه يتضمن طبيعة التعامل بينهما ويكون من ضمن بنوده " التزام الشركة بشراء أو بيع الأوراق المالية باسم ولحساب العميل" وذلك وفقا لما تقضى به المادة

كالوكيل بالعمولة للنقل)⁽¹⁾،المجال التجارى (الوكالات التجارية،كالوكالة بالعمولة ووكالة العقود ووكالة إدارة الأصول العقارية)⁽²⁾،المجال القضائى (وكالة المحامين)⁽³⁾،مجال التأمين،حيث يتم إبرام عقود التأمين،فى الغالب،من خلال وسطاء متخصصين⁽⁴⁾،مجال التأجير التمويلي⁽¹⁾،مجال حماية المستهلك⁽²⁾،مجال حماية حقوق

248 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 95 لسنة 1992م الخاص بسوق المال. ونفس الأمر بالنسبة لشركات السمسرة فى الأوراق المالية حيث تلتزم الشركة بإبرام عقد فتح حساب مع كل عميل يتضمن ضمن بنوده التزام الشركة بشراء وبيع الأوراق المالية لحساب العميل.

راجع فى ذلك:د/ هشام فضلى،إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير،دار الجامعة الجديدة،سنة 1999م،ص 11؛د/ محمد حسن قاسم،مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة،المرجع السابق،ص 20.

⁽¹⁾ راجع:د/ سوزان على حسن،عقد الوكالة بالعمولة للنقل،دار الجامعة الجديدة، سنة 2009م.

⁽²⁾ راجع فى تفصيل ذلك: د/ ماجد محمد عبد الرحمن خليفة،الوكالة التجارية،رسالة دكتوراه، القاهرة، 1977م،ص 7 وما بعدها؛د/ جورج حزبون،أثر تعارض مصالح الأطراف على إنهاء عقد الوكالة التجارية فى القانون الأردنى،مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة الإسكندرية،العددان الأول والثاني،سنة 1994م،ص 201 ؛ د/ معمر طاهر حميد ردمان،عقود الوساطة التجارية،دار الجامعة الجديدة،سنة 2017م،ص 37 وما بعدها ؛ د/ هانى محمد دويدار،المرجع السابق،ص 65 وما بعدها؛ د/ مصطفى كمال طه،المرجع السابق،ص 61 وما بعدها.

⁽³⁾ راجع فى تفصيل ذلك:د/ أحمد هندى،الوكالة بالخصومة،دار الجامعة الجديدة،2006م ؛ د/ خالد أحمد شبكة،التوكيل فى الخصومة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى،دراسة فقهية مقارنة،دار الجامعة الجديدة،طبعة 2006م.

⁽⁴⁾ راجع فى تفصيل ذلك:د/ سعيد السيد قنديل،المسئولية المدنية لشركات التأمين فى ضوء عقدي التأمين والوكالة،دار الجامعة الجديدة، 2005م،ص 45 وما بعدها؛ د/ مدحت محمد محمود عبد العال،المسئولية المدنية لوسيط التأمين،دار النهضة العربية، 2001م،ص 7 وما بعدها؛ د/ محمد حسن قاسم،مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة،السابق،ص 22 . 24.

الملكية الفكرية⁽³⁾، مجال التصرفات الناقلة للملكية⁽⁴⁾، وكذلك انتشرت الوكالة في مجال الحماية وتنظيم المستقبل⁽⁵⁾ وذلك بقصد حماية الضعفاء والعاجزين⁽⁶⁾، مجال إدارة الشركات⁽¹⁾.

(1) حيث يقوم القائم بنشاط التأجير التمويلي بتوكيل المستأجر في اختيار المعدات والتجهيزات موضوع العقد واللازمة لمباشرة النشاط الذي يقصده، أو توكيله لشراء تلك المعدات والتجهيزات وما يرافق ذلك من مفاوضات يقوم بها المستأجر مع البائع أو في حالة استلام تلك الأموال مباشرة من البائع بالوكالة عن القائم بنشاط التأجير التمويلي بعد التأكد من صلاحيتها وموافقتها للمواصفات والشروط المطلوبة. راجع في ذلك: د/ محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، السابق، ص 22 . 24.

Et : Le Tourneau et Cadiet, op. cit., no. 5093.

(2) د/ محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، المرجع السابق، ص 25.

(3) وذلك من خلال تنامي دور هيئات الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة التي تتولى تحصيل المستحقات المالية لهؤلاء في حالة توصيل أدائهم إلى الجمهور وتوزيعه عليهم.

راجع في ذلك: د/ سعيد السيد قنديل، الوكالة في مجال الملكية الفكرية، دراسة لأحكام الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، دار الجامعة الجديدة، ص 2008م، وبصفة خاصة 69 وما بعدها.

(4) انظر: د/ عصام أنور سليم، الوكالة الساترة للبيع، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1995م؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 3.

(5) Voir : Hébert (Sophie), Le mandat de prévention une nouvelle forme de juridique ? Dalloz. 2008, p. 307.

(6) فظهرت وكالة كيببيك للعجز في ولاية كيببيك بكندا، وفيها يقوم الوكيل برعاية موكله من الناحية الصحية وإدارة أمواله وممتلكاته وسداد ديونه ورعاية شئون أسرته عندما يعجز عن مباشرتها بنفسه.

Voir : Pecaut – Rivolier (L.), le mandat de protection future, D., 2009, P.

فلم تعد الوكالة، كما كانت في القانون الرومانى، مجرد خدمة مجانية تبررها الصداقة التى تربط بين الموكل والوكيل وإنما أصبحت مهنة يحترفها متخصصون يقومون بأعمال الوكالة مقابل الحصول على أجر أو عمولة. كما أن الوكالة لم تعد ذلك العقد الذى يصدر لمصلحة الموكل فقط وإنما ظهرت وكالات للمصلحة المشتركة يشترك مع الموكل فى المصلحة الوكيل أو الغير أو الاثنين معا، مما كان له أكبر الأثر على أحكامها⁽²⁾.

ود/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 4 و ص 282 و 283.

وفى فرنسا ظهرت الوكالة لحماية المستقبل بغرض مواجهة مخاطر المستقبل والسيطرة عليها وتجنب صعوبات نظام الوصاية والقوامة. وهى تخول الموكل اختيار وكيله عنه ليقوم على إدارة أمواله وممتلكاته عند عجزه أو بعد مماته لصالح ورثته القصر.

V. : Delfosse (A.) et Baillon – Wirtz (N.), Le mandat de protection future, D. 2007, p. 2224 ; Pecaut – Rivolier, art. préc., p. 216 ; Hébert, art. préc., p. 307.

ود/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 4 و 5 و ص 284 و 285.

(¹) حيث نظم القانون المدنى الفرنسى الوكالة لما بعد الموت بقصد منح وكالة لإدارة كل أو بعض التركة لمصلحة جميع أو أحد الورثة استجابة للتغيرات التى طرأت على قانون الأسرة وبقصد منح مزيد من الحرية فى تنظيم التركة بما فى ذلك إنشاء الاتفاقات فى الميراث والتبرع والمشاركة عبر الأجيال وتصفية التركة بشكل أسرع. راجع هذه الوكالة: ص وما بعدها من هذا البحث.

(²) راجع فى التفاصيل: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 275، ص 424 . 425؛ د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى، عقد الوكالة، مناطها، ضوابطها، آثارها، توابعها فى التشريع المصرى والعربى والمقارن، دار النهضة العربية، 2006م، بند 98 وما بعده، ص 194 وما بعدها؛ د/ مصطفى عبد الحميد عدوى الوجيز فى عقد الوكالة فى القانونين المصرى والأمريكى، 1997م، بدون دار نشر، ص 102

الاعتبار الشخصي وأثره على عقد الوكالة

يتميز عقد الوكالة . بحسب طبيعته . بأنه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث يدخل كل طرف في اعتباره شخصية الطرف الآخر وما يتوافر فيه من صفات. فعقد الوكالة من العقود التي تركز على الثقة، إذ ليس من المعقول أن يفوض الموكل شخصا ليقوم عنه بتصرف ما إلا إذا كان هذا الأخير موضع ثقة. فالثقة تمثل جوهر الوكالة وروحها⁽¹⁾.

وما بعدها ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 5 و 6 و ص 70؛ د/ محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، السابق، ص 27 . 30 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 2 .
Et : Huet, Les principaux contrats spéciaux, no. 31113, p. 1073 -1074 ; Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 329, no. 446 ; Doucet (Jean – Paul), Les effets de la mort sur le mandat, Gaz. Pal. 1963, Doct., no. 2 et 5, p. 27 et 28 ; Giverdon (A.), L'évolution du contrat de mandat, thèse Paris, 1947, p. 111 ; Bénabent, op. cit., no. 902, p. 427 et 428.

⁽¹⁾ راجع: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، بند 208، ص 300 ؛ د/ محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 69 و ص 75 ؛ د/ محمد كامل مرسى، شرح القانون المدنى الجديد، العقود المسماة، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة، 1368هـ . 1949م، ص 319 ، بند 232 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 118؛ د/ جمال مرسى بدر، النيابة فى التصرفات القانونية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980م، ص 353؛ د/ مشعل مهدي جوهر حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي فى عقد الوكالة، دراسة وفقا للقانون الكويتى والقوانين المقارنة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، ربيع الآخر 1430هـ . مارس 2009م، ص 21 وما بعدها؛ د/ سامى الدريعى، الوكالة غير القابلة للعزل فى القانون الكويتى والقانون الفرنسى، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون، رمضان

وقد ألقى الطابع الشخصي للوكالة بظلاله على الأحكام الخاصة بانعقاد عقد الوكالة وبصحته⁽¹⁾ وبتنفيذه و بانتقال آثاره⁽¹⁾ على نحو يكشف الأهمية البالغة لذلك الطابع.

1422 هـ . ديسمبر 2001م، ص 162؛ د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، حدود سلطة الموكل فى إنهاء عقد الوكالة، منشأة المعارف، 2005م، ص 6 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 12. 13؛ د/ عبد الباسط محمد جميعى، الوكالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية حقوق عين شمس، يوليو 1963م، ع 2، السنة الخامسة، ص 286؛ د/ ياسر أحمد كامل الصيرفى، إلغاء التصرف القانونى، مجلة القانون والاقتصاد، كلية حقوق القاهرة، العدد الرابع والسبعون سنة 2004م، ص 196.

Voir : Laher, Mandat et confiance, art. préc., p. 541 et s ; Putman, note sous Saint – Denis de la Réunion, 16 oct. 1989, J. C. P. éd. G. 1990, 11, no. 21504 ; Huet, op. cit., p. 957, no. 31114 ; Gilson – Maes, thèse préc., p. 116 – 117 et p. 122 et p. 131– 133 ; Collart Dutilleul (Fr.) et Delebecque (Ph.), Contrats civils et commerciaux, 8ème, éd., 2007, Dalloz, p. 497, no. 643.

(¹) راجع فى أثر عنصر الاعتبار الشخصى على انعقاد عقد الوكالة وصحته : د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 49 وما بعدها و ص 82 وما بعدها ؛ د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 338. 339، بند 230 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 64. 65 .

Et voir : Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 524, no. 634 ; Huet, op. cit. p. 1101 et 1102, no. 31147 ; Maguin (M-F.), Le mandate exclusive, D. S., 1979, Chron. P. 262 et s ; Huet, op. cit. p. 1074, no. 31114 ; Civ. 1re, 28 févr. 1989, Bull. Civ. 1989, 1, Inf. Rap. p. 14, no. 100.

وراجع فى أثر الاعتبار الشخصى على انعقاد العقد وصحته بصفة عامة: د/ سمير إسماعيل حسن، الاعتبار الشخصى فى التعاقد، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 1975م، ص 73 وما بعدها و ص 118 وما بعدها ؛ د/ محمد حسن قاسم، القانون المدنى، الالتزامات، المصادر، (1) العقد، المجلد الأول، دار الجامعة

الجديدة، 2019م، ص92. وانظر كذلك: د/ نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2017م، ص116.

Et : Krajewski (D.), L'intuitus personae dans les contrats, thèse, Toulouse, 1998, P. 123 et s ; Civ. 1re, 16 juil. 1987, Bull. Civ. 1987, 1, no. 244.

(¹) فيجب تنفيذ الوكيل لالتزاماته بنفسه، ومن ثم يحق للموكل أن يرفض التنفيذ من غيره.

Voir : Kostic (G.), L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, thèse Paris, 1997, p. 368 ; Contamine – Raynaud (M.), L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris 11, 1974, p. 141 et s ; Doucet (A.), Les effets de la mort sur le mandat, Gaz. Pal. 1963, 11, Doct. P. 27 et s ; Chartier (Y.), note sous. Com. 29 nov. 1994, D. 1995, 11, P. 252.

ود/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 163 . 166، بند 186.

كما أن الوكيل ليس تابعا للموكل ولا يعمل لديه، وإن كان يتصرف بناء على تعليمات الموكل، إلا أنه يحتاج قدرا من الاستقلال والحرية عند تنفيذ الوكالة، حتى يستطيع الاجتهاد والمبادرة. كما أن الوكيل يملك مناقشة تعليمات الموكل لا سيما عندما يتعلق التنفيذ بمسائل فنية أو أصول مهنية. وله أيضا كامل الحرية في اختيار الطرق والوسائل التي تصل به إلى تحقيق غرض الوكالة، وإلا ترتب على ذلك إعاقة الوكالة عن تحقيق فائدتها وهدفها المنشود. وبناء على ذلك، فإن الوكيل إذا اجتهد في تنفيذ الوكالة اجتهدا تقتضيه طبيعتها من أجل الوصول إلى هدفها، فإنه لا يعد متجاوزا حدودها المرسومة ويقع تصرفه صحيحا وناظرا في حق الموكل. ولعل ذلك ما يتفق والاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصي في الوكالة، لأن الموكل ما اختار الوكيل إلا لأنه تتوافر فيه من الصفات والقدرات ما يؤهله للوصول بالوكالة إلى هدفها.

Voir: Antonmattei et Raynard, op. cit. no. 448, p. 331 et no. 465, p. 343 ; Le Tourneau et autres, op. cit., no. 3992 et no. 4042.

كما أن آثار عقد الوكالة لا تنتقل بطريق حوالة الحق أو حوالة الدين بالنسبة للمتعاقد محل الاعتبار الشخصي. راجع في ذلك: د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 106 . 107.

والطابع الشخصى للوكالة له أكبر الأثر، أيضا، على الأحكام الخاصة بانتهائها. فيجوز للموكل . كأصل عام . فى الوكالة العادية الصادرة لمصلحة الموكل فقط، عزل الوكيل وإنهاؤها بإرادته المنفردة فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة، إذا ما قدر زوال الاعتبار الشخصى. كما أنها تنتهى بموت أى من طرفيها.

ويعتبر حق الموكل فى عزل وكيله وإنهاء الوكالة العادية قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ونص المادة 1/715مدنى مصرى صريح فى هذا المعنى حيث قضى بأنه: " يجوز للموكل، فى أى وقت، أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ".

وفى المقابل يحق للوكيل أن ينهى الوكالة أيضا بإرادته المنفردة، وذلك بتتحيه عن الوكالة عملا بالمادة 716 مدنى مصرى والمادة 2007 مدنى فرنسى، إذ أنه ليس مجبرا بالإبقاء على وكالة لا يريدتها.

عنصر المصلحة وأثره على عقد الوكالة

يتميز عقد الوكالة . كما ذكرنا . بأنه من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى وأن هذا الاعتبار لا ينفك عنها. غير أن الاعتبار الشخصى ليس بذات القدر فى كل الوكالات. ففى بعض الوكالات يكون هذا العنصر طاغيا مهيمنًا على أحكام وآثار الوكالة وهو ما يتحقق فى الوكالات العادية التى تصدر لمصلحة الموكل ولا يشاركه

وانظر فى دور الاعتبار الشخصى فى انتقال آثار العقد بالحوالة بصفة عامة:د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، بند 204 وما بعده، ص 181 وما بعدها.

فى تلك المصلحة الوكيل أو الغير . أما فى الوكالات الصادرة للمصلحة المشتركة التى يكون للوكيل أو للغير مصلحة فيها، فإن عنصر الاعتبار الشخصى وإن كان موجودا وقائما إلا أنه يتضاءل دوره ويفقد هيمنته على أحكام وآثار الوكالة وذلك لصالح عنصر المصلحة حيث تطغى مصلحة الوكيل أو الغير على مصلحة الموكل .

فإذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الموكل وحده، وهو الوضع المعتاد للوكالة، فإنها تقبل التقييد والإنهاء بالإرادة المنفردة للموكل، فيكون له سلطة عزل وكيله وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، فى أى وقت قبل انتهاء العمل محلها إذا وجد أن من مصلحته عدم الاستمرار فيها⁽¹⁾ . كما أنها تنقضى بالموت ولا تنتقل إلى الورثة. أما إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة للموكل والوكيل أو للموكل والغير أو للموكل والوكيل والغير معا، فإنه فى هذه الحالة لا يجوز، فى القانون المصرى، للموكل إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة وإنما يلزم أن يكون ذلك برضاء من صدرت الوكالة لصالحه وهو الوكيل أو الغير . وإذا مات أى من طرفى عقد الوكالة، فإنها لا تنتهى بموته وإنما تستمر فى حق وراثته إلى أن يتم الانتهاء من العمل القانونى محلها. أى أن هناك تلازم بين لزوم الوكالة واستمرارها بعد الموت، بمعنى أنه إذا امتنع إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة للموكل، فإنها لا تنتهى بموته وإنما تستمر فى حق وراثته ولا يكون لهم حق إنهاؤها بإرادتهم المنفردة .

(1) والموكل دائما صاحب مصلحة فى الوكالة، فلا يمكن أن تتعقد وكالة من دون أن يكون له مصلحة فيها، فهى تتعقد لأجله ولحسابه وتنصرف إليه آثار التصرفات موضوعها .

فقد كرس المشرع المصرى، فى المادة 1/715 من القانون المدنى، قاعدة حرية الموكل فى إنهاء الوكالة وعزل الوكيل بإرادته المنفردة فى أى وقت، حتى لو كان متعسفا فى ذلك، إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحته وحده، حيث نص على أنه: "يجوز للموكل، فى أى وقت، أن ينهى الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك". وجاء فى الفقرة الثانية من تلك المادة وحرّم الموكل من الحق فى عزل الوكيل وإنهاء الوكالة أو تقييدها إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة، أى إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فيها، واستلزم فى هذه الحالة، لإنهاء الوكالة، ضرورة رضاء من كانت له مصلحة فى الوكالة. حيث جرى نص هذه الفقرة كالتالى: "غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدھا دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه" (1). فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه، فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل.

ولا يوجد فى القانون المدنى الفرنسى نص مماثل لنص المادة 2/715 مدنى مصرى، غير أن الفقه والقضاء فى فرنسا قد استقرا على وجود وكالات صادرة للمصلحة المشتركة، سواء للموكل والوكيل أو للموكل والغير أو للموكل والوكيل والغير. وهذه

(1) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 235.

الوكالات لا يجوز إنهاؤها إلا برضاء الطرفين المشترك أو إذا وجد سبب مشروع يقره القضاء أو طبقا للبنود والشروط الواردة في عقد الوكالة⁽¹⁾.

فالوكالة، إذن، باعتبار عنصر المصلحة تنقسم إلى وكالة عادية ووكالة للمصلحة المشتركة، الأولى يجوز تقييدها وإنهاؤها بالإرادة المنفردة وتنتهي حتما بالموت، كأصل عام، والثانية لا تقبل التقييد ولا الإنهاء بالإرادة المنفردة وتنتقل إلى ورثة المتوفى بعد موته.

موضوع البحث

قد يكون عقد الوكالة محددًا أو غير محدد المدة، إلا أنه ليس عقدا مؤبدا⁽¹⁾، وإنما ينتهي بأسباب عدة⁽²⁾. وأسباب انتهاء الوكالة يمكن تقسيمها إلى طائفتين من الأسباب

(¹) Sallé de la Marnierre (M.), Mandat irrévocable, R. T. D. Civ., 1937, p. 241 et s ; Demogue, Du droit de résiliation unilatérale du contrat, R. T. D. Civ., 1907, p. 271 ; Le Tourneau, Mandat, préc. no. 348 et s ; Stouffel (J.), Le mandat irrévocable, instrument de garantie, Melanges Andre Colomer, Paris, 1993, p.481 et 482 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 532 ; Civ. 13 mai 1885, D. P. 1885, 1. p. 350 ; Com. 14 mars 1995, Bull. Civ. 1995, 4, no. 83 ; Com. 3 juil. 2001, J. C. P. 2002,1, p. 134, obs. Virassamy ; Civ. 7 juill. 1989, Bull. Civ. 1989, 1, no. 229 ; Com. 2 mars 1993, D. S. 1994, Juris., p. 84, note Thérèse ; Com. 29 févr. 2000, J. C. P. 2000, 4., 1689 ; Civ. 1re, 2 oct. 2001, J. C. P. éd. G. 2001, 2, 10094, note Dagorne – Labbé ; Civ. 3 juin 1997, Bull. Civ. 1997, IV, no. 172.

Voir : Malaureie et Aynés et Gautier, op. cit. no. 551, p. 335 ; Civ., 1re, ⁽¹⁾ 5 mai 1968, Bull. Civ. I, no. 85 ; Civ., 1re, 3 mars 1964, D. 1965, P. 73, note J. Hémard ; Civ., 1re, 2 déc. 1997, Defrenois, 1998, p. 332, note Ph. Delebecque et p. 400, note Benabent.

⁽²⁾ راجع فى أسباب انتهاء الوكالة:د/ السنهورى، الوسيط، ج 7 ،بند 322 وما بعده،ص 536 وما بعدها؛د/ محمد كامل مرسى،المرجع السابق،بند 229 وما بعده،ص 318 وما بعدها ؛ د/ محمد على عرفة،المرجع السابق،ص 416 وما بعدها ؛ د/ مصطفى عدوى،المرجع السابق،ص 172 وما بعدها ؛د/ قدرى الشهاوى،المرجع السابق،بند314 وما بعدها،ص 495 وما بعدها. د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق،بند166 وما بعده،ص 350 وما بعده ؛د/ محيى الدين علم الدين،المرجع السابق،ص 235 وما بعدها؛ د/مروان كركبى،العقود المسماة؛البيع،المقايضة،الإيجار،الوكالة،دراسة مقارنة فى القانون اللبنانى والفرنسى والمصرى،الطبعة الثالثة، 1998م،بدون دار نشر،ص 597 وما بعدها.

Et : Huet, op. cit., no. 31263 et s., p. 1189 et s ; Malaureie (Philippe) et Aynés (Laurent), Cours de droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Tome VIII, 8é éd. 1994, éd. CUJAS, no. 551 et s., p. 290 et s ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 552 et s., p. 336 et s ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 634 et s, p. 524 et s ; Mainguy (Daniel), Contrats spéciaux, 7é. éd. 2010, Dalloz., no. 585 et s., p. 583 et s ; Antonmattei et Raynard, op. cit, no. 486 et s., p. 355 et s ; Bénabent, op. cit., no. 958 et s., p. 463 et s.

الطائفة الأولى؛أسباب ترجع إلى القواعد العامة وهي: إتمام العمل محل الوكالة،أى تنفيذها⁽¹⁾،وانقضاء الأجل المعين للوكالة،واستحالة التنفيذ،والإفلاس ونقص الأهلية والفسخ وتحقق الشرط الفاسخ.

والطائفة الثانية؛الأسباب الخاصة لانتهاء عقد الوكالة،والتي تتمثل فى موت الموكل أو الوكيل،وعزل الوكيل من الوكالة أو تحييه عنها. وهذه الأسباب الخاصة ترجع إلى أن عقد الوكالة من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى والثقة⁽²⁾ وإلى أنه عقد غير لازم.

وفى هذا الصدد نصت المادة 714 من القانون المدنى المصرى على أن: "تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل". كما نصت المادة 1/715 مدنى على حق الموكل فى إنهاء الوكالة

(1) وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الوكالة تنتهى بثبوت عدم نجاح الوكيل فى العمل الموكل فيه،حيث تنتهى بذلك مهمته،ومن ثم تنتهى الوكالة. ومحكمة الموضوع هى التى تستخلص ذلك،طالما كان استخلاصها موضوعيا ولا مخالفة فيه للقانون.

راجع: نقض مدنى فى 1956/4/5م،مجموعة أحكام النقض المدنية،س 7 ، رقم 65 ،ص 489.

(2) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى ما نصه: "كما تنتهى (الوكالة) بموت الموكل أو الوكيل،لأن لشخصية كل متعاقد اعتبارا فى نظر الأخر. فلا يحل الورثة محل المتعاقد فى تنفيذ التزاماته إلا فى حدود ضيقة". انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى،ج 5،ص 234.

وعزل الوكيل أو تقييدها بإرادته المنفردة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. كما أن المادة 1/716 مدنى قد أجازت للوكيل أن يتتحي عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك⁽¹⁾.

أما القانون المدنى الفرنسى فقد نص فى المادتين 2003 و 2004 على أسباب انتهاء الوكالة، حيث ذكرت المادة 2003م أن الوكالة تنتهى بعزل الوكيل وبتتحيه عن الوكالة، وبالموت، وبالقوامة وبالحر، سواء على الموكل أو الوكيل. أما المادة 2004م فقد أكدت على مبدأ حرية الموكل فى عزل الوكيل متى شاء.

ولما كان الموت يعتبر أكثر الأسباب غموضا، كما أنه يثير العديد من المشكلات العملية والقانونية، فقد وقع اختيارنا على موضوع " أثر الموت على عقد الوكالة " ليكون محلا لهذا البحث وسيكون تناولنا له بالدراسة المتخصصة، لاسيما وأن الوكيل إنما يستمد سلطاته من الموكل، ويقضى المنطق أن يضع موته حدا لهذه السلطة. فضلا عن أن الموت قد يكون سببا لانتقال الوكالة إلى الخلف العام للمتوفى ودخوله فى

(1) ولم ينص القانون المدنى على شهر الإفلاس أو الإعسار والحجر كأسباب لانتهاء الوكالة. ولكنهما سببين يفرضهما المنطق القانونى، لأن الموكل إذا أفلس فإنه لا يستطيع مباشرة التصرف فى أمواله أو إدارتها بنفسه، فأولى ألا يستطيع ذلك بوكيل. والوكيل المفلس قد غلت يده عن أمواله فأولى أن تغل عن أموال موكله. والإعسار كالإفلاس فى ذلك، فإذا أشهر إعسار أى من الموكل والوكيل انتهت الوكالة. ومن ناحية أخرى، إذا حجر على الموكل فأصبح غير أهل للتصرف القانونى الذى صدر منه التوكيل فيه انتهت الوكالة لأن الوكيل لا يستطيع مباشرة هذا التصرف، إذا لا يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل وهو غير أهل له. أما إذا حجر على الوكيل فإنه يصبح غير أهل للالتزامات الناشئة عن الوكالة حتى لو كان بقى أهلا لمباشرة التصرف الموكل فيه، ومن ثم تنتهى الوكالة.

راجع : د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 328، ص 542 . 544.

علاقات وتصرفات المتوفى القانونية مع ما يترتب على تلك الوكالة من آثار في ذمة ذلك الخلف، إعمالاً للقوة الملزمة للعقد.

ويختلف أثر الموت على الوكالة العادية، أى الصادرة لمصلحة الموكل وحده، عنه على الوكالة للمصلحة المشتركة التى يكون للوكيل أو للغير مصلحة فيها.

ففى الوكالة العادية، يترتب على الموت حتماً، كأصل عام، انتهاء الوكالة، سواء كان المتوفى هو الموكل أو الوكيل، ولا تنتقل إلى الورثة وذلك استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد. وذلك على اعتبار أنها من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى والتى يؤدى موت المتعاقد فيها إلى زوال هذا الاعتبار. ومن أجل ذلك نص المشرع فى المادة 714 مدنى مصرى والمادة 1/2003 مدنى فرنسى على أن الوكالة تنتهى بموت الموكل أو الوكيل.

ورغم انتهاء الوكالة العادية بموت أحد طرفيها، الموكل أو الوكيل، فإنه يترتب على انتهائها بالموت بعض الآثار، حيث تترتب بعض الالتزامات فى ذمة الخلف العام للموكل وفى ذمة الوكيل بعد انتهاء الوكالة بموت الموكل. كما تترتب بعض الالتزامات فى ذمة الخلف العام للوكيل بعد وفاته.

وإذا كان الأصل هو انتهاء الوكالة العادية بموت أحد طرفيها إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز للطرفين الاتفاق على استمرارها بعد الموت، كما أن هناك من الوكالات ما تقتضى طبيعتها تنفيذها بعد الموت.

ولما كان عنصر الاعتبار الشخصي هو العلة وراء انتهاء الوكالة العادية بموت أحد طرفيها، فإن تراجع هذا العنصر وتضاؤل دوره بطغيان عنصر المصلحة عليه قد يسمح باستمرار تلك الوكالة بعد الموت في حق الورثة. وفي هذه الحالة يهيمن على الوكالة الطابع الموضوعي⁽¹⁾. حيث يتراجع فيها الاعتبار الشخصي لحساب الاعتبار الموضوعي، فلا يهتم أطرافها بشخص منفذها قدر اهتمامهم بتنفيذ موضوعها ذاته. وبالتالي يمكن تنفيذها من غير أشخاص عاقيدها وتقبل التقيد والاستبدال ويمكن للوارث أن يقوم مقام مورثه فيها. وفي هذه الحالة فقط ينظر للالتزام على أنه قيمة مالية⁽²⁾. وهو ما يتحقق في الوكالة للمصلحة المشتركة.

وإذا كان يمتنع على الموكل في الوكالة للمصلحة المشتركة عزل الوكيل وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة لتعلق مصلحة الوكيل والغير بالوكالة. كما أنها لا تنتهي بالموت وإنما

(1) Voir : Gilson- Maes, thèse, préc., p. 117 ; Blondel (Pierre), La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse Dijon, 1969, p. 45 ; Huet, op. cit., no. 3114, p. 1074 et no. 31500, p. 1204.

(2) فبعد أن كان ينظر للالتزام نظرة شخصية محضة ترى أن الجوهرى فيه هي تلك الرابطة التي تربط بين شخصين بحيث لا يتصور أن ينشأ الالتزام دون أن يوجد وقت نشوئه دائن ومدين معينان، ولا يتصور أن يتغير أحد طرفي الرابطة دون أن تتغير الرابطة ذاتها، أصبح، في الوقت الحاضر، ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية لا يعينها في الالتزام أشخاصه بقدر ما يعينها موضوعه. وبذلك استقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين بحيث تكون العبرة فيه بقيمته المالية.

راجع في ذلك: د/ نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص 113.

تستمر فى حق ورثة المتوفى بعد موته، فإنه يتعين البحث، فى هذا الصدد، عن المعيار الذى نستهدى به للقول بوجود مصلحة للوكيل أو للغير فى الوكالة، لاسيما وأن القانون المدنى المصرى والفرنسى على السواء لم يحدد متى تعتبر الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير.

وإذا كان المشرع المصرى قد نص صراحة فى المادة 2/715 من القانون المدنى على عدم جواز أن ينفرد الموكل بإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو الغير (الأجنبى)، واستلزم أن يكون ذلك برضاء من صدرت الوكالة لصالحه. وأنه إذا استقل الموكل بإنهاء الوكالة دون رضاء من صدرت لصالحه، فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا تنتهى الوكالة، بل تبقى قائمة وسارية رغم العزل أو الإنهاء وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل، إلا أن المشرع لم ينص على حكم بقاء الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو الغير واستمرارها فى حق الورثة من عدمه فى حالة موت الوكيل أو الموكل.

وفى هذه الحالة يتعين بحث ما إذا كان يترتب على موت أحد طرفى الوكالة للمصلحة المشتركة انتهاء تلك الوكالة أم أنها تستمر فى حق ورثة المتوفى؟ وما إذا كان يوجد تلازم بين عدم قابلية الوكالة للمصلحة المشتركة للإنهاء بالإرادة المنفردة واستمرارها بعد الموت؟ أو بعبارة أخرى هل يترتب على عدم قابلية الوكالة للمصلحة المشتركة للإنهاء بالإرادة المنفردة، أنها لا تنتهى بموت أحد طرفيها وأنها تستمر فى حق ورثة المتوفى حتى الانتهاء من العمل أو التصرف موضوعها أم أن الأمر على خلاف ذلك؟

أهمية موضوع البحث وهدفه

يحتل موضوع البحث " أثر الموت على عقد الوكالة" أهمية بالغة في الحياة العملية بعد أن زاد اللجوء لآلية الوكالة في مجال العمليات القانونية على تنوعها. فقد أصبحت الوكالة حاضرة في كثير من المجالات، وتمثل إطارا قانونيا لتدخل العديد من الوسطاء وتعد أحد المكونات في العديد من العمليات القانونية المركبة، بل ومن خلالها يتم تحقيق أهداف بعض التشريعات. ومن هنا فإن دراسة أثر الموت على عقد الوكالة وبحث مدى انتقال هذا العقد إلى الورثة أصبح من المسائل الضرورية، التي من شأنها أن تؤدي إلى استقرار الوكالة باعتبارها آلية قادرة على سرعة وتيسير وتأمين العلاقات القانونية بين الأشخاص. فاستقرار فكرة الوكالة غير القابلة للإنهاء بإرادة الموكل المنفردة أو التي لا تنتهي بالموت من شأنه أن يجعل عقد الوكالة أداة هامة لتطوير وتنمية وتشجيع الاستثمار المحلي والأجنبي وازدهار النشاط الاقتصادي والتجاري، وذلك من خلال قواعد قانونية واضحة ومفهومة وثابتة لا تخضع لتغيرات متكررة أو غير متوقعة يتحقق معها مفهوم الأمن القانوني⁽¹⁾.

⁽¹⁾ يعتبر مبدأ الأمن القانوني من أهم دعائم الدولة الحديثة القائمة على سيادة القانون. ومؤدى هذا المبدأ أن تلتزم السلطات العامة بضمان قدر من الثبات النسبي في التشريعات التي تصدر عنها على نحو يحقق الاستقرار للأوضاع المراكز القانونية التي نشأت في ظل هذه التشريعات. ويهدف الأمن القانوني بشكل رئيسي إلى تعزيز ثقة الأفراد في التشريعات السارية وتلافى أو على الأقل الحد من عدم وثوقهم بها ولتحقيق ذلك فإنه يتعين أن تكون هذه التشريعات واضحة ومفهومة وقابلة للتطبيق وألا تخضع إلى التغيير أو التعديل المتكرر أو غير المتوقع بحيث يتمكن المخاطبون بأحكامها من

وإذا كان لموضوع البحث أهميته العملية، فإنه لا يقل أهمية من الناحية النظرية والفقهية نظرا لما يثيره موت الموكل أو الوكيل من مشاكل فنية دقيقة يكتنفها الغموض في العديد من جوانبها، ولعل أول هذه المشاكل هو تحديد معيار المصلحة المشتركة في الوكالة الذي نستهدى به للوقوف على ما إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة من عدمه. وكذلك مدى انتقال الوكالة للمصلحة المشتركة للورثة بعد موت أحد طرفيها، وهل يختلف الحكم في حالة الوكالة المدنية عنه في حالة الوكالات التجارية.

ومما يضيف على موضوع البحث أهمية خاصة خلو كل من القانونين المدنى المصرى والفرنسى من نص خاص يحدد متى تكون الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير. وخلوهما كذلك من نص ينظم أثر الموت على الوكالة للمصلحة المشتركة وهل تنتهى أو لا تنتهى فى حالة موت أى من طرفيها؟ كما أن القضاء لم يستقر بشأن أثر الموت على عقد الوكالة، فبينما تذهب بعض الأحكام إلى أن الموت ينهى عقد الوكالة، ذهب البعض الآخر إلى أن الوكالة لا تنتهى بالموت إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو الغير على النحو الذى سنراه فى هذا البحث.

التصرف بأمان وإطمئنان وترتيب أوضاعهم وفقا لها دون الخشية من التعرض لأى مفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بها. راجع: بدر آل على، الأمن القانونى، مقال منشور بتاريخ 11 فبراير 2019م على موقع جريدة البيان الالكترونية التالى:

<https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports>

ومن أجل ذلك كان الهدف من وراء ذلك البحث هو توفير دراسة تحيط بالجوانب المختلفة للقواعد والأحكام الخاصة بأثر الموت على نوعى الوكالة ووضع أساس ومعيار قانونى واضح للتمييز بينهما. النوع الأول؛"الوكالة العادية " التى تنتهى بالموت ولا تورث وبحث الالتزامات التى تترتب على انتهاء الوكالة بالموت،وبيان مدى إمكانية استمرارها فى حق الورثة. النوع الثانى؛"الوكالة للمصلحة المشتركة" التى لا تنتهى بالموت وتستمر فى حق الورثة فى حدود ما آل إليهم من تركة،والبحث عن معيار المصلحة المشتركة فى الوكالة وبيان أحكام استمرارها بعد الموت سواء كانت هذه الوكالة مدنية أو تجارية.

خطة البحث

وفى ضوء ما تقدم وبلوغا لهدف هذا البحث،فإننا نقسم هذه الدراسة إلى بابين،الباب الأول خصصناه لدراسة أثر الموت على الوكالة العادية أى التى تصدر لمصلحة الموكل فقط،نعرض فى الفصل الأول منه لانتهاء الوكالة العادية بالموت وفى الفصل الثانى لاستمرار الوكالة العادية بعد الموت. أما الباب الثانى من هذه الدراسة فقد خصصناه لبيان أثر الموت على الوكالة للمصلحة المشتركة أى التى لا تصدر لمصلحة الموكل وحده وإنما يشاركه فى تلك المصلحة الوكيل أو الغير أو الاثنين معاً،فنبحث فى الفصل الأول منه معيار المصلحة المشتركة فى الوكالة،وفى الفصل الثانى نعرض لمدى انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة وبالموت،وفى النهاية تأتى خاتمة البحث وذلك على النحو التالى

الباب الأول: أثر الموت على الوكالة العادية.

الفصل الأول: انتهاء الوكالة العادية بالموت.

الفصل الثاني: استمرار الوكالة العادية بعد الموت.

الباب الثاني: أثر الموت على الوكالة للمصلحة المشتركة.

الفصل الأول: معيار المصلحة المشتركة في الوكالة.

الفصل الثاني: مدى انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة.

الخاتمة.

الباب الأول

أثر الموت على الوكالة العادية

تمهيد وتقسيم

نقصد بالوكالة العادية تلك التي تصدر لصالح الموكل فقط ولا يشاركه في تلك المصلحة الوكيل أو الغير والتي يكون الاعتبار الشخصي هو المهيمن عليها.

فالوكالة تعقد، في الأصل، لمصلحة الموكل ولذلك يكون له سلطة عزل وكيله وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، في أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة⁽¹⁾ إذا وجد أن من مصلحته عدم الاستمرار في الوكالة⁽²⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه: " ولما كان مؤدى المادتان 715 و 716 من ذات القانون (القانون المدنى) وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية أن الوكالة عقد غير لازم، فإنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة ". الطعن رقم 960 لسنة 46 تجارى، جلسة 18/4/1983م، مجموعة أحكام النقض، س 34، عدد 1، رقم 199، ص 993.

(2) ويعتبر العزل تصرفا قانونيا من جانب واحد للموكل يترتب عليه إنهاء الوكالة بالنسبة للمستقبل فقط. ولم ينص المشرع على أن يكون العزل فى شكل خاص. فقد يكون صريحا، بأن يعبر الموكل عن إرادته الصريحة فى عزل الوكيل، وهو يكون فى الغالب عن طريق قيام الموكل بإلغاء التوكيل فى الشهر العقارى وإبلاغ الوكيل بذلك. وقد يكون العزل ضمنيا مستقادا من أى عمل يأتیه الموكل إذا كان من شأنه أن يكشف عن إرادته عزل الوكيل. وقد أشار الشارع الفرنسى فى المادة 2006 مدنى على حالة من حالات العزل الضمنى وهى أن تعيين وكيل جديد لنفس العمل أو التصرف محل عقد الوكالة يعتبر بمثابة عزل الوكيل القديم. ومن حالات العزل الضمنى كذلك والتي قال بها الفقه أن يتولى الموكل بنفسه مباشرة العمل الذى وكل فيه غيره. وسواء كان العزل صريحا أو ضمنيا، فإنه ينتج

ويعتبر حق الموكل فى عزل وكيله وإنهاء الوكالة العادية قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلاً حتى يتم العمل محل الوكالة وهو ما يعرف بشرط " عدم القابلية للعزل " ⁽¹⁾ le mandate stipule irrevocable ويستطيع الموكل، بالرغم من هذا الشرط، عزل وكيله قبل أن

لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل طبقاً للقواعد العامة، وقبل علم الوكيل بالعزل تبقى وكالته قائمة.

راجع فى حق الموكل فى عزل الوكيل بصفة عامة: د/ السنهورى، الوسيط ج 7، المرجع السابق، بند 332، ص 549 وما بعدها؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 179 وما بعدها ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 322 وما بعدها، بند 233 وما بعده؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 416 وما بعدها ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، بند 323 . 325، ص 507 وما بعدها.

Et : Huet, op. cit. no. 31273 – 31275, p. 1194 – 1197 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 555, p. 292 et 293 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 555, p. 338 et 339 ; Mainguy, op. cit., no. 587, p. 584 ; Antonmattei et Raynard, op. cit., no. 488, p. 355 et 356 ; Bénabent, op. cit., no. 960 et s., p. 464 et s ; Sallé de la Marnierre, Mandat irrévocable, préc., p. 241 et s ; Laher, art. préc., no. 25, p. 559 ; Civ., 1re, 28 janv. 2003, Bull. Civ., I, no. 27 ; Civ., 3e, 27 avril 1988, Bull. Civ., III, no. 80 ; D., 1989, P. 351, note Chr. Atias ; Civ. 1re, 10 juin 1970, D., 1971, p. 261, note Aubert ; Com., 17 juin 1997, Bull. Civ., IV, no. 194 ; Civ. 1re, 8 nov. 1994, Bull. Civ., I, no. 223.

⁽¹⁾ ويطلق الفقه على الوكالة التى تتضمن شرط عدم القابلية للعزل أو للإلغاء، الوكالة المشروطة غير القابلة للعزل أو الوكالة غير القابلة للعزل بالاتفاق. راجع فى ذلك: د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 173 وما بعدها ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

يتم العمل⁽¹⁾، ونص المادة 1/715 مدنى مصرى صريح فى هذا المعنى حيث قضى بأنه: " يجوز للموكل، فى أى وقت، أن ينهى الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك"⁽²⁾ .

(1) والفقھ المصرى على ذلك مستقر. راجع على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج7، ص 553 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 513 ؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 238؛ د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 27 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 30 . 31 و ص 94 . 95؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 177 . 179.

(2) وعلى ذلك فإننا لا نراه صحيحا ما جاء بالمنشور الفنى رقم 15 بتاريخ 18/12/2006م الصادر من الإدارة العامة للبحوث القانونية بمصلحة الشهر العقارى والذى أضاف فقرة ثانية للمادة 69 مكرر من تعليمات الشهر طبعة 2000م المضافة بالمنشور الفنى 10 لسنة 2001م والتي تنص على الأتى: " كما يتمتع عل مكاتب التوثيق وفروعها القيام بإلغاء التوكيلات العامة أو الخاصة التى تتضمن شرطا بعدم جواز إلغائها إلا بحضور الطرفين أو عدم إلغائها نهائيا". حيث أن ما جاء بذلك المنشور يخالف نص المادة 1/715 مدنى المتعلق بالنظام العام و الذى يعطى للموكل الحق فى إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة حتى لو وجد اتفاق يخالف ذلك.

ولا يوجد نص فى القانون الفرنسى مقابل لنص المادة 1/715 مدنى مصرى، يعتبر قاعدة حق الموكل فى عزل وكيله من النظام العام. ومن ثم فقد استقر الرأى فى الفقھ والقضاء الفرنسيين على أن القاعدة التى تقر حق الموكل فى عزل وكيله متى شاء والواردة فى المادة 2004 من التقنين المدنى قاعدة لا تتعلق بالنظام العام، ويجوز بالتالى استبعادها بالاتفاق وجعل الوكالة غير قابلة للعزل أو للإلغاء.

Voir : Perrot, Le mandat irrevocable, Travaux de l'Association H. Capitant, Tom. 10, 1956, p. 446 ; Alexandre (Daniel), Fin du mandate, Jur. – Class. Civ. – Fasc. H – art. 2003 á 2010 – 8, 1984, no. 16, p. 6 ; Le Tourneau, Mandat,, no. 348, p. 33 ; Dagonne – Labe, La révocation du mandate stipulé irrévocable, note sous Civ. 5 fevr. 2002, D. 2002, Juris. p. 2648 ; Giverdon,

ويتميز عقد الوكالة . بحسب طبيعته . بأنه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي،فهو من العقود التي تركز على الثقة. ولذلك كان طبيعيا أن الأصل لا يوكل إلا من يثق فيه ويطمئن إليه،حينما يرى من صفاته ما يكفي لتوقع نجاح المهمة،هذه الصفات التي تعتبر معطيات لتلك الثقة.

والصفات الجوهرية التي تكون محل اعتبار فى عقد الوكالة تعتبر مسألة نسبية تختلف من عقد إلى آخر. كما أن الصفة الواحدة قد تتفاوت من شخص إلى آخر⁽¹⁾. ومن ثم فإنه لا يمكن حصر تلك الصفات حصرا جامعا مانعا⁽²⁾. وبوجه عام،فإن الصفات

thèse préc., 1947, p. 146 ; Malaureie et Aynes, no. 556, p. 310 ; Malaureie, Aynes et Gautier, no. 556, p. 339 et 340. Civ. 18 avril 1857, D. 1858, 1. p. 134 ; Civ. 9 juil. 1885, D. 1886, 1. p. 410 ; Civ. 11 mars 1963, D. 1963, p. 567 ; Gaz. Pal. 1963, 2, p. 31 ; Civ. 23 mai 1979, Bull. Civ. 1979, no. 153 ; Civ. 18 juin 1970, Bull. Civ. 1970, 1, no. 208.

وراجع بالتفصيل حول الوكالة غير القابلة للعزل أو الإنهاء بالاتفاق: د/ مصطفى حجازى،المرجع السابق،ص 73 . 98 ؛ د/ سامى الدريعى،البحث السابق،ص 173 . 184.

(¹) انظر:د/ مشعل مهدى،البحث السابق،ص 33 ؛ د/ عصام الدفراوى،الرسالة السابقة،ص 121 ؛ د/ سمير إسماعيل حسن،الرسالة السابقة،ص 26،بند 34 وص 28،بند 35 . 36.

Viatte (J.), Le mandate " adlitem" , Gaz. Pal. 1976, Doct. P. 392 (²) Voir :

الجوهريّة التي يكون لها وزن أو اعتبار في عقد الوكالة تتعلق إما بمهنة الشخص أو بسمعته وخلقه أو بكفاءته أو ببساره⁽¹⁾.

والاعتبار الشخصي في عقد الوكالة يكون ملحوظا في شخص الوكيل وشخص الموكل على السواء⁽²⁾. فالموكل لا يعهد عادة بمصالحه إلا لمن يثق فيه وفي قدراته على

(1) راجع في الصفات التي يمكن أن تكون محل اعتبار في الوكالة: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 121 . 122؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 34 . 36؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 31 . 43، بند 39 . 47.

Et : Le Tourneau, avec autres, op. cit., p. 958, no. 4042, et p. 977, no. 4130 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 494, no. 634 ; Blondel, thèse, préc., p. 105 ; Krajesk, thèse préc., p. 54 ; Contamine– Raynaud, thèse préc. p. 305 ; Marino (Laure), note sur cass. 1re civ. 16 oct. 2008, J. C. P. 2009, P. 42 ; Huet, op. cit. p. 980, no. 31142, et p. 984, no. 31147; Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 352, no. 481

(2) انظر في نفس المعنى: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 115 وص 120؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 41؛ د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 49؛ د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2005م، ص 39؛ نقض 1989/2/27م، الطعن 2044 لسنة 52 ق، مجموعة أحكام النقض، ص 40، ع 1، ص 666 . وانظر أيضاً: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني والتي جاء فيها : " كما تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل لأن لشخصية كل متعاقد اعتبارا في نظر الآخر ". مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 234.

Et comp. : Malaureie, Aynés et Gautier op. cit., no. 551, p. 335.

حيث يرون أن " الاعتبار الشخصي يبدو ملحوظا في شخص الوكيل أكثر منه في شخص الموكل " .

رعاية هذه المصالح على الوجه الأكمل. كما أن الوكيل لا يقبل الوكالة من أى شخص إلا ممن تتوافر فيه من الصفات ما يكفى لقبول قيامه بدور النائب عنه والعمل باسمه ولحسابه⁽¹⁾. وقد ترتب على ذلك، رفض فكرة استبدال الوكيل بشخص آخر، وكذلك الحرية فى إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة.

ولما كانت شخصية كل طرف من طرفى عقد الوكالة أو صفاته محل اعتبار لدى الطرف الآخر، فإنه يترتب على الموت حتما، بحسب الأصل، انتهاء الوكالة، سواء كان المتوفى هو الموكل أو الوكيل، ولا تنتقل إلى الورثة. ولعل ذلك يرجع فى المقام الأول إلى زوال الاعتبار الشخصى، بموت أحد طرفى عقد الوكالة.

فالموت يؤدى، إذن، إلى انتهاء الوكالة العادية، كأصل عام، وعدم انتقالها إلى الورثة، سواء كان المتوفى هو الموكل أو الوكيل، وذلك استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث روعى فى عقد الوكالة شخصية كل من الطرفين.

ورغم انتهاء الوكالة بموت أحد طرفيها، الموكل أو الوكيل، فإنه يترتب على انتهائها بالموت بعض الآثار، حيث يترتب بعض الالتزامات فى ذمة الخلف العام للموكل وفى

وقارن أيضا : د/ ياسر الصيرفى، البحث السابق، ص 211 . 212 ، بند 36 ، حيث يذهب إلى أن : " شخصية الوكيل هى محل الاعتبار فى العقد وليس شخصية الموكل".

(1) Voir : Larroumet (Ch.), Droit civil, les obligations, le contrat, T. 111, 5ém. éd. 2003, p. 179 ; C. A. Paris, 8 juil. 1994, D. 1994, Inf. Rap. p. 223 ; C. A. Rouen, 20 nov. 1997, D. 198, Inf. Rap. p. 321 .

ذمة الوكيل بعد انتهاء الوكالة بموت الموكل. كما تترتب بعض الالتزامات في ذمة الخلف العام للوكيل بعد وفاته.

وإذا كان الأصل هو انتهاء الوكالة العادية بموت أحد طرفيها إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز للطرفين الاتفاق على استمرارها بعد الموت، كما أن هناك من الوكالات ما تقتضى طبيعتها تنفيذها بعد الموت.

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا الباب إلى فصلين، نعرض في الأول للأصل العام وهو انتهاء الوكالة العادية بالموت، ونعرض في الفصل الثاني للاستثناء على ذلك الأصل العام وهو استمرار الوكالة العادية بعد الموت وذلك على النحو التالي

الفصل الأول: انتهاء الوكالة العادية بالموت.

الفصل الثاني: استمرار الوكالة العادية بعد الموت.

الفصل الأول

انتهاء الوكالة العادية بالموت

الموت سبب خاص لانتهاء الوكالة

يعتبر الموت⁽¹⁾ أحد الأسباب الخاصة التي ينتهي بها عقد الوكالة العادية. والموت كسبب خاص لانتهاء عقد الوكالة يكاد لا يخلو قانون، في أى دولة، من النص عليه⁽²⁾.

(1) والموت هو مفارقة الروح للجسد. فحياة الشخص الطبيعي محدودة لها بداية ونهاية. فالإنسان مصيره حتماً إلى الزوال. وبموت الشخص الطبيعي تنتهي شخصيته القانونية، فتزول أهليته وتهدم ذمته. فالموت واقعة تنقضى بها شخصية الإنسان القانونية. والموت باعتباره واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً، شأنها شأن واقعة الميلاد، وإن كان العمل قد جرى على كفاية شهادة الوفاة أو إعلام الورثة في إثباتها.

فالمادة 30 مدنى تنص على أن: " 1 . تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك. 2 . فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى".
فالأصل أن شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة كافتان لإثبات واقعة الولادة أو واقعة الموت بحسب الأحوال، إلى أن يقيم ذو الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج فى السجلات الرسمية المستخرجة منها شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة، فعندئذ يجوز إثبات الولادة أو الوفاة بجميع طرق الإثبات. كذلك يجوز إثباتها بجميع الطرق إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لأى سبب من الأسباب.

وقد قضت محكمة النقض بأنه: " لا تثبت وفاة الخصم إلا بصورة رسمية من شهادة وفاته أو إعلام وراثته ". نقض 2014/9/9م، الطعن 573 لسنة 75 ق.

(2) ومن القوانين العربية التي نصت على انتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل: قانون العقود والموجبات اللبنانى فى المادة 808 بند خامسا، القانون المدنى العراقى فى المادة 946، القانون المدنى

ففقده الوكالة من العقود التي لا تورث، أي الأصل فيه أن آثاره لا تتصرف إلى الخلف العام وتنتهي بموت أحد طرفيها.

فالوكالة العادية تنتهي بموت الموكل أو الوكيل. وقد نصت على هذه القاعدة المادة 714 مدني بقولها: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة. وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل". أما القانون المدني الفرنسي فقد نص على انتهاء الوكالة بموت أحد طرفيها، الموكل أو الوكيل، في المادة 2003 منه⁽¹⁾.

علة انتهاء الوكالة العادية بالموت

اتفق الفقه والقضاء⁽²⁾ على أن الوكالة العادية تنتهي بالموت وأن العلة في انتهائها إنما ترجع إلى أن الوكالة تعتبر من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فلا يستمر

الكويتي في المادة 716، القانون المدني الأردني في المادة 862، قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 954. وقانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 929 بند خامسا.
(¹) المعدلة بالقانون رقم 526 لسنة 2009م الصادر في 12 مايو 2009م والتي جرى نصها كالتالي :

" Le mandate finit : par la évocation du mandataire, par la renunciation de celui - ci au mandate, par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire " .

(²) في الفقه العربي على سبيل المثال: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 544 . 545، بند 330 ؛ د/ مصطفى عدوي، المرجع السابق، ص 176؛ د/ محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 75؛ د/ محيي الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 319، بند 232 ؛ د/ ياسر الصيرفي، البحث السابق، ص 195. 196، بند 22 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 502، بند 322 ؛ د/ جمال بدر، المرجع السابق، ص 352 . 353 ، بند 167؛ د/ عصام

الدفاوى، الرسالة السابقة، ص 115 . 117 ؛ د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 49؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 220، بند 243 و ص 237، بند 253 د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 107 وما بعدها ؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 615.

وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال :

Dagorne – Labbé (Y.), Rejet de la demande de reduction de l'indemnité contractuelle de résiliation due au mandataire, note préc., p. 828 ; Behar – Touchais (Martin), Le décès du contractant, Economica, Paris, 1988, no. 123 et s ; Storct (M.), Essai sur le mécanisme de la representation dans les actes juridiques, thèse Strasbourg, 1982, p. 122 et s ; Malaureie, Ayn s et Gautier, op. cit., no. 552, p. 336 et 337 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 559 ; Malaurie et Ayn s, op. cit., no. 552, p. 290 – 292 ; Giverdon, thèse préc., p. 53 et s ; Doucet, art. préc., p. 27 et s ; Huet, op. cit., no. 31266, P. 1190 ; Contamine – Raynaud, thèse préc., p. 274 ; Le Tourneau (Ph.), Contrats intuitus personae, Juris – Classeur, Contrats distributions, 1994, fasc. 420 ; Matokot (F. J.), La disparition d'une des parties au contrat de mandate, thèse, 3e, CYCLE, Montpellier, 1981 ; Bénabent, op. cit., no. 966, p. 469 ; Sallé de la Marnierre, art. préc., no. 13, p. 268 ; Mainguy, op. cit., no. 591, p. 587.

وفى القضاء على سبيل المثال:

Paris, 12 févr. 1967, D. 1968, P. 269 ; Com. 2 avril 1967, J. C. P.  d. G. 1968, 11, no. 15398 ; C. A. Paris, 12 févr. 1967. D. 1968, 111, P. 269 ; Com. 20 avril 1967, J. C. P.  d. G. 1968, 11, no. 15339 ; Civ. 22 déc. 1964, Bull. Civ. 11, no. 850, p. 623 ; C. A. Paris, 4 déc. 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 110 ; Civ. 1re, 29 avril 1968, Bull. Civ. 1968, 1, no. 124, p. 98.

ونقض مدنى مصرى فى 13/2/1968م، مجموعة  حكام النقض، س 19، رقم 38، ص 254.

العقد متى طرأ على أحد طرفيه ما يمس هذا الاعتبار. فشخصية كل متعاقد محل اعتبار في نظر الآخر، إذ أن الموكل لا ينيب عنه أى شخص. وكذلك الوكيل لا يقبل النيابة عن أى شخص. فبالموت تزول شخصية الموكل أو الوكيل التي كانت محل اعتبار في التعاقد.

وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى على أن العلة فى انتهاء عقد الوكالة بموت الموكل أو الوكيل تكمن فى الطابع الشخصى لعقد الوكالة وكونه يقوم على الاعتبار الشخصى⁽¹⁾.

فالاعتبار الشخصى من شأنه أن يجعل الموت أكثر الأسباب الخاصة تطلبا لانتهاء الوكالة⁽²⁾. فالموت يودى إلى زوال الاعتبار الشخصى فى عقد الوكالة والأثر الحتمى المترتب على ذلك هو انتهاء الوكالة بموت أحد طرفيها ولا تنتقل إلى ورثته إلا بعقد جديد⁽³⁾. فالثقة التى منحها الموكل لنائبه ليس بالضرورة أن يشترك فيها ورثته⁽¹⁾، لأن

(1) حيث جاء فيها ما نصه: "تنتهى الوكالة انتهاء طبيعيا بإنهاء العمل وانتهاء الأجل المحدد . كما تنتهى بموت الموكل أو الوكيل، لأن لشخصية كل متعاقد اعتبارا فى نظر الآخر، فلا تحل الورثة محل المتعاقد فى تنفيذ التزاماته، إلا فى حدود ضيقة". راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5 ، ص 234.

(2) انظر: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 115 . 116.

(3) فالورثة ليسوا صالحين دائما للخلافة فى عقد الوكالة، ومن أجل ذلك يتعين ألا تنتقل إليهم الوكالة إلا بعقد جديد.

Voir : Blondel, thèse préc., p. 107

مؤهلات المورث هي محل الاعتبار وليس مؤهلات الوارث⁽²⁾. فالمفترض أن الموكل إنما اعتد واستأنس بشخص الأب وليس ولده⁽³⁾. كما أن الموهبة لا تقبل النقل⁽⁴⁾. ومهما بلغ مدى ما يرثه الوارث من مورثه، فإنه لا يشمل صفاته الشخصية الذاتية⁽⁵⁾.

فالموت قاطع الدلالة على زوال الصفات المعتبرة في شخص المتعاقد المتوفى، لذلك كانت المادة 714 مدنى مصرى صريحة فى أن انتهاء الوكالة بالموت لا يتوقف على مشيئة أحد طرفيها. فلم يترك المشرع لهما أو لأحدهما أى سلطة تقديرية وإنما قضى بوجوب انتهاء العقد تلقائياً وبقوة القانون⁽⁶⁾.

(1) Voir : Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 977, no. 4131 ; Huet, op. cit., no. 31266, p. 1190.

(2) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 150 والمراجع التى أشار إليها فى هامش رقم 5.

(3) راجع: د/ حسن حسين البراوى، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1998م، ص 68.

69؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 150.

Et : Blondel, thèse préc., p. 105 .

(4) Blondel, thèse préc. p. 105.

(5) Le Tourneau avec autres, op. cit., no. 4131, p. 977 ; Huet, op. cit. p. 1068, no. 31266.

(6) راجع: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 151 . 152

فموت المتعاقد تؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامه بنفسه، حتى لو أبدى وارثه استعدادا لتنفيذه، لأن التنفيذ يجب أن يتم من المورث شخصيا لا من غيره حتى لو كان وارثه، نظرا للطابع الشخصي الذي تتسم به الوكالة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المادة 714 من القانون المدني تنص على أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل وقد ورد هذا النص في حدود الاستثناء الذي قرره المادة 145 من القانون المدني، فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفا عاما، لأن المشرع افترض أن إرادة المتعاقدين الضمنية

(1) فيترتب على الاعتراف بالاعتبار الشخصي في التعاقد أن المدين المعتد بشخصه يجب أن يقوم بنفسه بالعمل الذي التزم به . راجع: د/ جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، 1997م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 50. وانظر كذلك : د/ السيد عيد نايل، مدى تأثير الالتزامات العقدية بوفاة المتعاقد، دراسة مقارنة، إصدار مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، 1414 هـ / 1994م، ص 69 . 70 ، حيث يقول: " يترتب على وفاة المتعاقد استحالة تنفيذ الالتزامات أو ممارسة الحقوق المرتبطة بشخص المتوفى، ومن ثم ينقضى العقد الذي نشأت عنه هذه الالتزامات أو تلك الحقوق. والحقوق والالتزامات التي لا تنتقل إلى الخلف العام للمتوفى هي التي يستحيل تنفيذها أو ممارستها عن طريق الغير . وبعبارة أخرى إذا كان الالتزام مرتبطا بشخص المدين، فإن تنفيذه يجب أن يتم بصفة شخصية وإذا كان الحق مرتبطا بشخص الدائن فإن ممارسة هذا الحق يجب أن يتم عن طريق الدائن وحده وليس لغيره أن يحل محله فيه ."

وراجع أيضا: د/ محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص 205. والذي يقول: " ويمكننا أن نقول هنا أن انقضاء النيابة في هذه الحالة بسبب انتقال المال إلى ملكية الورثة فلا يستطيع النائب التصرف لأن أحدا لا يتصرف في مال الغير إلا بإذنه ."

اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة بوفاء أيهما اعتبارا بأن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد⁽¹⁾.

ولا تنتهى الوكالة بأثر رجعى،فتبقى الآثار التي رتبها وقت أن كانت قائمة ولا تزول هذه الآثار بزوالها⁽²⁾. فإذا انتهت الوكالة بموت الوكيل (أو بعزله مثلا)،فإن التصرفات القانونية التي باشرها قبل الموت (أو العزل) تبقى قائمة منتجة لآثارها وفقا لقواعد الوكالة ويلتزم الموكل بدفع أجر الوكيل إلى وقت انتهاء الوكالة وبرد المصروفات التي أنفقها الوكيل وقت أن كانت الوكالة قائمة وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن، وبتعويض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة قبل انتهائها.

تقسيم

وبعد أن انتهينا من بيان العلة فى انتهاء الوكالة العادية بموت أحد طرفيها،الموكل أو الوكيل،فإننا سوف نبحث أثر موت الموكل على الوكالة العادية،ثم نتبع ذلك ببحث أثر موت الوكيل على الوكالة العادية وذلك فى مبحثين على النحو التالى

(¹) نقض 1968/2/13م،مجموعة أحكام النقض،س 19، رقم 38، ص 254 . وأيضا : استئناف مختلط فى 6 يونيو 1906م،المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة،س 18،ص 318 ؛ استئناف مختلط فى 14 يونيو 1906م،نفس المجموعة،س 18،ص 329 .

(²) انظر: السنهورى،الوسيط،ج 7، ص 537،بند 324 ؛ د/ قدرى الشهاوى،المرجع السابق،ص 523 ؛د/ عصام الدفراوى،الرسالة السابقة،ص 153.

Et : Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 974, no. 4123 ; Civ. 2 juil. 1900, .D. 1902, 1, P. 188

المبحث الأول: أثر موت الموكل على الوكالة العادية.

المبحث الثاني: أثر موت الوكيل على الوكالة العادية.

المبحث الأول

أثر موت الموكل على الوكالة العادية

تمهيد وتقسيم

يترتب على موت الموكل انقضاء الوكالة العادية لزوال الاعتبار الشخصي، ومن ثم عدم انتقالها إلى ورثته من بعده. ورغم انتهاء الوكالة فإن الوكيل يلتزم بالقيام ببعض الأعمال حفاظاً على مصالح الموكل.

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين في الأول نعرض لانتهاء الوكالة بموت الموكل، وفي الثاني نعرض لالتزامات الوكيل عقب وفاة الموكل وذلك على النحو التالي

المطلب الأول: انتهاء الوكالة العادية بموت الموكل.

المطلب الثاني: التزامات الوكيل عقب وفاة الموكل.

المطلب الأول

انتهاء الوكالة العادية بموت الموكل

موت الموكل ينهى الوكالة

نصت المادة 714 مدنى مصرى على أن: "تتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة. وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل ". وفى القانون المدنى الفرنسى نصت المادة 2003 منه على انتهاء الوكالة بموت أحد طرفيها،الموكل أو الوكيل.

فالأصل . طبقا لهذين النصين . أن الوكالة العادية تنتهى بموت الموكل،سواء كان الموت محققا قطعيا أو مرجحا حكما،كما فى حالة الشخص المفقود الذى حكم بموته⁽¹⁾، وسواء كانت الوكالة غير مأجورة،فيكون الوكيل المتبرع قد اعتد بشخص

(1) والشخص المفقود هو الذى غاب عن موطنه أو محل إقامته ولا يعلم مكانه،كما لا تعلم حياته من مماته. والمفقود يختلف عن الغائب،فهذا الأخير هو شخص تعلم حياته وإن كان لا يعلم مكانه. والغيبه لا أثر لها فى إنهاء الشخصية القانونية وإنما يتم تعيين وكيل عن الغائب يباشر عنه شؤنه . راجع : المواد 74 و 75 و 76 من قانون الولاية على المال. وقد نظم القانون 25 لسنة 1929م أثر الفقد على الشخصية.

ولا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بموته أو من تاريخ صدور قرار مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا. ويترتب على ذلك أن تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار،فإن ظهرت حياته زال الحكم وما يترتب عليه من آثار. وقد نظم القانون رقم 25 لسنة 1929م أثر الفقد على الشخصية.

موكله فى هذا التبرع، أو كانت مأجورة، حيث يبقى مفروضاً أن الوكيل قد تخير موكله⁽¹⁾.

فإذا مات الموكل انتهت الوكالة، فتزول صفة الوكيل ونائبه وكذلك الأمر إذا فقد الموكل أهليته أو أفلس⁽²⁾.

وراجع فى الموت الحكى: د/ جلال العدوى ود/ رمضان أبو السعود، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، طبعة 1997م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 64 وما بعدها ؛ د/ عصام سليم، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2018م ص 183 وما بعدها.

⁽¹⁾ راجع فى انتهاء الوكالة بموت الموكل: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 331 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 57 . 77 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 176 . 177 ؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 240 . 241 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 504 . 506 ؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، بند 253 ؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 115 . 118 ؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 616 . 618.

Et : Collart Dutilieul et Delebecque, op. cit., no. 633, p. 542 ; Najjar, Mandat post mortem et libéralités par dons manuels et comptes bancaire ; Melanges offerts à Mr. Pierre Roynaud, 1985, p. 157 et s ; Storct, thèse préc. p. 122 et s ; Behar – Touchais, Le décès du contractant, préc., no. 123 et s ; Bénabent, op. cit., no. 966, p. 469 ; Sallé de la Marnière, art. préc., no. 14, p. 269 et 270 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 559 ; Com. 30 janv. 1980, Bull. Civ., IV. no. 49 ; Civ. 1re, 4 avril 1967, Bull. Civ. 1967, 1. no. 213 ; Com. 20 avril 1967, J. C. P. éd. G. 1968, 11, no. 15389 Soc. 28 juin 1978, Bull. Civ. 1978, V. no. 527.

⁽²⁾ وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن: "تمسك الطاعنين بصدور عقد البيع موضوع النزاع من الوكيل فى تاريخ لاحق لوفاة مورثهم وانتهاء وكالته له وتقديم تاريخه غشا بالتواطؤ مع

وانتهاء الوكالة بموت الموكل يرجع إلى كون عقد الوكالة من عقود الاعتبار الشخصي، فشخصية الموكل كانت محل اعتبار عند التعاقد، وبموته زال ذلك الاعتبار⁽¹⁾. كما أن الموكل قد ارتضى بشخصية الوكيل واعتد بها عندما أبرم عقد الوكالة، حيث إن إرادة الموكل التي اختارت شخص الوكيل قد اختفت بوفاة ذلك الموكل

المشترى، وبأن هذا التوكيل ألغاه المورث ضمنا وتدلّيلهم على ذلك بعدة قرائن. دفاع جوهرى. عدم مواجهة الحكم له. قصور مبطل". نقض 1998/6/16م، الطعن 314 لسنة 67 ق.

وقضى بأن: " الوكيل الذى يستمر رغم انتهاء الوكالة الحاصل بمقتضى القانون بوفاة الموكل فى حبس عقارات الموكل، ومن غير أن يثبت وجود سبب شرعى للحبس يكون مسئولا عن قيمة إيجار هذه العقارات من وقت وفاة الموكل لغاية تسليمها للحارس الذى ألزمه الورثة بتسليمها إليه ". استئناف مختلط فى 22 مارس 1900م، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة، س 12، ص 174؛ استئناف مختلط فى 25 مارس 1914م، نفس المجموعة، س 26، ص 292، مشار إليهما فى مؤلف الدكتور/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320 فى الهامش.

(¹) قارن :

Kostic, thèse préc., p. 349 .

حيث يذهب إلى أن انتهاء عقد الوكالة بموت الموكل لا يستند إلى عنصر الاعتبار الشخصي وإنما إلى حرية الوكيل فى فسخ العقد.

وتلك الإرادة منعت استمرار عقد الوكالة⁽¹⁾. ويمكن القول أيضا أن ورثة الموكل قد لا يتقون بالوكيل ثقة مورثهم به⁽²⁾.

وفى مذهب القائلين بأن الوكيل إنما يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو، يترتب على موت الموكل انتهاء الوكالة، لأن سلطة الوكيل معلقة بإرادة الموكل وبقاء هذه السلطة رهين باستمرار تلك الإرادة وآية ذلك أن للموكل، كقاعدة عامة، عزل وكيله متى أراد. ولذلك فإن وفاة الموكل . التي تؤدي إلى انقضاء إرادته . يترتب عليها لزاما بالتبعية أن تسقط عن الوكيل سلطته⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " نصت المادة 714 من القانون المدني على انتهاء الوكالة بموت الموكل ومن ثم فلا تتصرف آثار عقد الوكالة إلى ورثته بوصفهم خلفا عاما باعتبار أن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى اعتبار التظهير الحاصل من

(1) Voir : Huet, Op. cit., no. 31266, p. 1190 ; Contamine – Raynaud, thèse, préc. P. 186 ; Civ. 1re, 9 juin 1976, J. C. P. 1976, IV., P. 257 ; Com. 30 janv. 1980, Bull. Civ. 1980, IV., no. 49 ; C. A. Paris, 6 févr. 1943, Gaz. Pal. 1943, 1, p. 277 ; C. A. Paris, 12 nov. 1991, Gaz. Pal. 1992, 2, p. 616.

(2) Voir : Le Tourneau avec autres, op. cit., p. 977, no. 4131 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 559.

(3) د/ عبد الباسط جميعي، الوكالة الظاهرة، السابق، ص 285 . 286 د/ السنهوري، الوسيط، ج 7 ، ص 546، هامش رقم 3 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 504، فى الهامش

المستفيد من السند الإذنى المؤرخ 1979/11/20م إلى البنك المطعون ضده تظهيرا
توكيليا وأن الثابت فى الدعوى أن المظهر توفى فى أكتوبر سنة 1980م، فإن وكالة
البنك عن المظهر فى تحصيل قسيمة السند تكون قد انتهت فى ذلك التاريخ. وإذ تقدم
البنك إلى السيد رئيس محكمة شمال القاهرة بطلب إصدار أمر الأداء بقيمة ذلك السند
فى 1981/6/3م، فإن صفته فى استصدار الأمر ومباشرة الإجراءات القانونية لتحصيل
قيمة السند تكون قد زالت. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بصفة البنك
المطعون ضده كوكيل عن المظهر بدعوى عدم اعتراض الورثة رغم عدم تقديم ما يفيد
موافقتهم على مباشرة البنك لتلك الإجراءات وإعلان أحدهم انقضاء الدين الثابت
بالسند، فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما
يستوجب نقضه "(1)".

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن: "الوكالة تنتهى بموت الموكل عملا بنص الفقرة
الثالثة من المادة 2003 من القانون المدنى، وعليه فإذا كان الموكل قد توفى بعد إبرام

(1) نقض 1989/2/27م، الطعن 2044 لسنة 52 ق، مجموعة أحكام النقض، س 40، ص 666.

وقد قضى بأنه فى الوكالة بالخصومة إذا مات الموكل وجب على ورثته أن يجددوا توكيل
المحامى ليكون وكيلاً عنهم، لأن وكالته عن مورثهم قد انتهت بموت هذا الأخير.

Voir : C. E., 27 oct. 1900, S. 1903, 111, P. 21 .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان الوكيل قد ظل بعد وفاة موكله يباشر الدعوى
التي وكل فيها باعتباره وكيلاً عن ورثته، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يجادل فى صفة الوكالة مدعياً أنها
انقضت بوفاة الموكل ". نقض مدنى فى 21 مايو 1942م، مجموعة عمر، ج 3، رقم 163، ص
458.

عقد الوكالة بشهرين فيجب إبلاغ الورثة للحضور أمام المحكمة والسير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها قبل الوفاة، فإن لم يتم ذلك لا يعتبر المورث والورثة ممثلين في الخصومة الجارية في الدعوى من تاريخ الوفاة وحتى صدور الحكم فيها. ومن ثم فإن الحكم الصادر في تلك الدعوى لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لا بالنسبة للمورث ولا بالنسبة للورثة⁽¹⁾.

تعدد الموكلين وموت أحدهم أو بعضهم

إذا تعدد الموكلون ومات أحدهم أو مات بعضهم، فإنه يثور التساؤل حول ما إذا كان يترتب على ذلك انتهاء الوكالة أم يكون الأمر على خلاف ذلك؟

في سبيل الإجابة على هذا التساؤل، فإننا نفرق بين فرضين

الفرض الأول : إذا كان محل الوكالة قابلاً للانقسام أو التجزئة: والتي يكون فيها من حق الوكيل أن يعمل منفرداً أو مع غيره من الوكلاء مجتمعين⁽²⁾ في هذه الحالة فإن موت أحد الموكلين أو بعضهم لا يؤدي إلى انتهاء الوكالة إلا بالنسبة لحصة من مات منهم فقط، كما كان له أن ينهيها بإرادته المنفردة في حياته⁽³⁾.

(1) Voir : Civ. 22 mars 1988, Gaz. Pal. 1988, 111, p. 232.

(2) كإدارة مزرعة مثلاً، بأن يختص كل وكيل في إدارتها بأعمال معينة أو يعمل مع باقي الوكلاء مجتمعين. راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 213 . 214.

(3) راجع في ذلك: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 547، بند 331 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة

فالوكالة في هذه الحالة تتضمن، في حقيقة الأمر، عدة وكالات لكل منها محلها الخاص وإن تماثل هذا المحل، كأن يوكل عدة أشخاص محاميا واحدا في قضية واحدة، حيث يشكل مركز أو مصلحة كل واحد منهم محلا خاصا به تقع عليه الوكالة وتكون له علاقته المستقلة بالوكيل. لذلك فإن هذه الوكالة تظل سارية بالنسبة للباقيين عند وفاة أحدهم أو وفاة بعضهم ولا تنتهي إلا بالنسبة لمن توفى. وهذا الأمر لا يؤثر على مصالح الموكلين الآخرين وقدرة الوكيل على تحقيقها⁽¹⁾.

الفرض الثاني: إذا كان محل الوكالة غير قابل للانقسام أو التجزئة⁽²⁾: ومثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين في شراء منزل معين أو بيعه. فلا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ ويجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين.

السابقة، ص 238، بند 253 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، بند 232، هامش رقم 1؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 153.

Et : Planiol (M.) et Ribert (G.), Traité élémentaire de droit civil français, 3éd. 1954, T. XI., no. 1494, p. 940.

⁽¹⁾ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 153. وانظر أيضا: د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 13.

⁽²⁾ راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 213.

وفى هذا الفرض فإن المسألة ليست محل اتفاق فى الفقه، حيث رأى البعض⁽¹⁾ أن موت أحد الموكلين تنتهى به الوكالة بالنسبة إلى الموكلين جميعاً، بينما رأى البعض الآخر⁽²⁾ عدم انتهائها بوفاة أحد الموكلين قياساً على عدم الحق فى عزل الوكيل من قبل أحدهم منفرداً عندما تكون الوكالة عبر قابلة للانقسام، حيث يلزم اتفاق الموكلين جميعاً على هذا العزل⁽³⁾.

والرأى الأول يمثل غالبية الفقه المصرى، وهو ما نميل إلى تأييده⁽⁴⁾. فموت أحد الموكلين تنتهى به الوكالة بالنسبة للجميع، لكون الوكالة فى هذه الحالة تقوم على الاعتبار الشخصى، حيث تقوم علاقتهم بالوكيل على الاجتماع وعدم الاستقلال، فتكون

(1) من هذا الرأى: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 547، بند 331؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 238؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 117؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 153 . 154؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178 . 179.

(2) من هذا الرأى: د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، هامش رقم 1 والمراجع التى أشار إليها فى هذا الصدد.

(3) فالقاعدة فى عزل الوكيل أنه إذا تعدد الموكلون وعزل أحدهم الوكيل، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل، وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين. أما إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة، فإن الوكيل لا ينعزل حتى بالنسبة إلى الموكل الذى صدر منه العزل ولا بد من اتفاق الموكلين جميعاً على عزله حتى ينعزل. راجع فى تعدد الموكلون وعزل أحدهم للوكيل: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 552 . 553، بند 332؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 512 . 514، بند 324؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 420.

(4) ويبدو أن القضاء يسير فى ذات الاتجاه: انظر على سبيل المثال: نقض مدنى فى 29 ديسمبر 1955م، مجموعة أحكام النقض، س 6، رقم 225، ص 1621.

الثقة المتبادلة محل الاعتبار هي الثقة في المجموع وليست الثقة في كل فرد على حدة. والقول بغير ذلك يخل بتأثير الاعتداد بالاعتبار الشخصي، كما أنه يعني حلول ورثة الموكل المتوفى على خلاف رغبة الموكلين والوكيل⁽¹⁾.

الموكل شخص اعتباري أو معنوي:

إذا كان الموكل شخصاً معنوياً أو اعتبارياً، كشركة أو جمعية أو مؤسسة، فإن الوكالة تنتهي بانقضائه أو حله⁽²⁾، ولو كان هذا الحل اختيارياً، لأن انقضاء الشخص المعنوي كموت الشخص الطبيعي⁽³⁾. فإذا كان يترتب على موت الشخص الطبيعي انقضاء

(1) انظر في نفس المعنى: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 154.

(2) تبدأ الشخصية القانونية للشخص المعنوي أو الاعتباري من وقت الاعتراف له بالشخصية المعنوية، ويظل قائماً حتى يتوافر سبب من الأسباب المؤدية إلى انقضائه أو حتى تتم تصفيته.

راجع في الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بصفة عامة وفي انقضائها: د/ جلال العدوي ود/ رمضان أبو السعود، نظرية الحق، ص 115 وما بعدها؛ د/ عصام سليم، نظرية الحق، ص 286 وما بعدها.

Et : Aubry, Rau et Esmein, Cours de droit civil français, 6 éd. 1951, T. VI., no. 416, p. 234 ; Planiol et Ribert, op. cit., no. 1494, p. 940 ; Galipin (B.), Les rapports de la caution et de débiteur cautionné, mémoire de D. E. A., Paris, 2002, p. 8 ; Civ. 5 févr. 1991, Bull. Civ. 1991, 1, no. 45 ; Com. 12 févr. 1991, Bull. Civ. 1991, IV., no. 73.

(3) راجع في ذلك: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 546 . 547، بند 331؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 41؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، بند 239، ص 216، وبند 253، ص 237؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 117؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، بند 232 في الهامش؛ د/ جورج حزبون، أثر تعارض مصالح الأطراف على إنهاء عقد الوكالة التجارية البحث السابق، ص 254؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 504؛ د/ مروان

شخصيته القانونية، فإن انقضاء الشخص المعنوي، لأى سبب من الأسباب التى نص عليها القانون، كحله أو دمجها فى شخص معنوى آخر أو انتهاء أعماله، يترتب عليه انتهاء شخصيته القانونية⁽¹⁾.

فإذا كانت الوكالة صادرة من شركة أو جمعية أو مؤسسة، فإن حلها أو دمجها أو انتهاء أعمالها، لأى سبب كان، يكون بمثابة موت الموكل، وتنتهى الوكالة. وتترتب على ذلك نتيجة هامة وهى عدم قبول دعوى الوكيل بالمطالبة بالتعويض استنادا إلى اعتبار انتهاء وكالته بحل الشخص المعنوي بمثابة عزل. فليس له بناء على ذلك أن يطالب بالتعويض عن انتهاء وكالته فى وقت غير لائق أو استنادا إلى اشتراط عدم عزله بنص التوكيل. فانهلال الشخص المعنوي يأخذ حكم الموت بالنسبة للشخص الطبيعى، فلا تسرى يصده أحكام العزل⁽²⁾.

كركبى، المرجع السابق، ص 618؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 177: د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241.

(1) Voir : Bénabent, op. cit., no. 966, p. 469 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 559 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 553, p. 337 ; Com. 30 mai 2000, Bull. Civ., 2000, IV, no. 113 ; Civ., 3e, 10 nov. 1998, J. C. P. éd. G., 1999, II, no. 10051, note A. Djigo ; R. T. D. Civ., 1999, p. 416 ; Com., 30 mai 2000, J. C. P. éd. G., 2000, II, no. 10401, note A. Viandier ; R. T. D. Civ., 2000, p. 858 ; Com., 29 oct. 2002, D. 2003, P. 223, note J – P. Brill et C. Koering.

(2) انظر: د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، بند 232، هامش رقم 1؛ د/ جورج حزيون، البحث السابق، ص 254.

وقد نصت المادة 930 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "الوكالة المعطاة من شخص معنوى أو من شركة تنتهى بانتهاء ذلك الشخص أو هذه الشركة". ونصت المادة 809 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن: "الوكالة المعطاة من شخص معنوى أو من شركة تنتهى بزوال هذه الشركة أو ذلك الشخص، ولا يوجد نص مماثل فى القانون المدنى المصرى". ولكن لا خلاف على ذلك الحكم فى مصر حتى مع عدم وجود النص.

وإذا كان المقرر قانونا أن الشركة تبقى لها الشخصية المعنوية بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى، طبقا لحكم المادة 533 من القانون المدنى والمادة 138 من قانون الشركات التجارية الجديد⁽¹⁾، فإن الوكالة الصادرة من هذه الشركة لا تنتهى وتظل قائمة المدة اللازمة لتصفية الشركة⁽²⁾.

Et voir : Civ. 26 oct. 1891, D. 1892, 1, P. 441 ; S. 1892, 1, P. 551.

(1) تنص المادة 533 من القانون المدنى على أن: "تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين. أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية إلى أن تنتهى هذه التصفية".

وتنص المادة 138 من قانون الشركات التجارية الجديد على أن: "تحتفظ الشركة خلال مدة التصفية بالشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية".

(2) راجع: د/ السنهورى، الوسيط، ج7، ص 547؛ الوسيط، ج 5، ص 285 وما بعدها، بند 242 وما بعده ؛ د/ فريد محمد العرينى، الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، 2015م، ص 79 وما بعدها، بند 70 وما بعده ؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 237، بند 253 ؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 117 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 177؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 618؛ د/

ويقصد بالتصفية مجموعة الأعمال التي تهدف إلى إنهاء العمليات الجارية للشركة وتسوية كافة حقوقها وديونها بقصد تحديد الصافي من أموالها لقسمته بين الشركاء⁽¹⁾. وفي خلال مدة التصفية لا يجوز للمصفي بدعوى أن الشخصية المعنوية للشركة لا تزال باقية أن يقوم لحساب الشركة بأعمال أخرى غير أعمال التصفية فيبدأ مثلا أعمال جديدة ليست لازمة للتصفية⁽²⁾.

وإذا كانت القاعدة أن انقضاء أو حل الشخص المعنوي الصادر منه الوكالة يترتب عليه انتهاء تلك الوكالة، فإن وفاة الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي لا تأثير له على الوكالة، إذ تظل قائمة لا تتأثر بموت هذا الممثل⁽³⁾.

محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 423؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، هامش رقم 1؛ د/ جورج حزيون، البحث السابق، ص 254 .

(¹) راجع: د/ فريد محمد العريني، المرجع السابق، ص 79، بند 71.

(²) قضت محكمة النقض بأن: " عند حل الشركة تبقى شخصيتها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية وإذا اتفق الشركاء فيما بينهم على طريقة معينة تجرى بها التصفية، فإن هذا الاتفاق يكون ملزما لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام. ومتى تمت التصفية وتحدد الصافي من أموال الشركة انقضت مهمة المصفي وزالت الشخصية المعنوية للشركة نهائيا، ويلتزم المصفي بأن يضع بين يدي الشركاء الأموال الباقية التي تصبح ملكا شائعا للشركاء وتجرى قسمتها بينهم ".

نقض 1965/6/10م، الطعن 473 لسنة 30 ق، مجموعة أحكام النقض، س 16، ص 752 ؛ ونقض 1976/1/26م، نفس المجموعة السابقة، س 27، ص 301.

(³) انظر في نفس المعنى: د/ مروان كركبي، المرجع السابق، ص 618.

ضرورة علم الوكيل والغير بموت الموكل

نصت المادة 107 من القانون المدنى المصرى على أنه: " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"⁽¹⁾ . ونصت المادة 713 من القانون المدنى على أنه: " تطبق المواد من 104 إلى 107 الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل " .

وحكم المادة 107 من القانون المدنى ينطبق على جميع حالات النيابة؛ اتفاقية كانت أم قانونية⁽²⁾ . ومن ثم فهو ينطبق على الوكالة باعتبارها الصورة الاتفاقية للنيابة وهو ما أكدته المادة 713 من القانون المدنى .

وقد استقر الفقه . إعمالا لنص المادة 107 مدنى . على أن عقد الوكالة لا ينتهى بمجرد موت الموكل، وإنما يستمر إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل . فإذا لم يعلم به وتعاقد مع

(1) وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بخصوص ذلك النص أنه: " قد تتقاضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل . فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة، كان تعاقد هذا ملزما للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار " مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 2 ، ص 102 .

(2) وهذا الحكم مستحدث فى القانون المدنى الحالى، إذ لم يكن القانون المدنى القديم يحوى سوى نص المادة 530 وحكمها كان خاصا بالوكالة وقاصرا على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل . والقاعدة الواردة بالمادة 107 مدنى لا تقتصر على انقضاء النيابة بموت الأصيل بل تشمل سائر أسباب الانقضاء؛ كعزل الأصيل للنائب وفقدان الأصيل الأهلية وإفلاس الأصيل .

الغير وكان هذا الغير أيضا حسن النية، اعتبرت الوكالة قائمة وانصرف أثر العقد الذي يبرمه الوكيل حقا كان أو التزاما إلى ورثة الموكل⁽¹⁾.

فالوكالة لا تنهى بمجرد موت الموكل، بل يجب أن يعلم الوكيل والغير بواقعة موته، فتنتهى من وقت هذا العلم. وتطبيقا لذلك فإن الوكالة لا تنتهى بموت الموكل أو بعزل الوكيل إلا إذا علم الوكيل بالموت أو بالعزل.

وعلى ذلك، فإنه لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة بموت الموكل، على الوكيل أو الغير الذى تعامل معه، إلا من وقت علمه بواقعة الوفاة⁽²⁾. فكل التصرفات التى يجريها الوكيل فى الفترة التالية للوفاة والسابقة على علمه بها، تكون قد صدرت منه باعتباره وكيلا، وتترتب له من أجلها كل حقوق الوكيل الثابتة بعقد الوكالة، حيث تكون هذه التصرفات صحيحة وتبقى الوكالة قائمة حتى يعلم الوكيل بوفاة الموكل⁽³⁾. ويرجع ذلك

(1) راجع فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 547، بند 331 والهامش؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321. 322 فى الهامش؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505؛ د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 279؛ د/ محمد حمدى مكي، الرسالة السابقة، ص 201؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 239، بند 253؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 182 وما بعدها؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 116؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 618.

(2) راجع فى نفس المعنى: د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424 والمراجع التى أشار إليها سيادته فى الهامش.

(3) وفى هذا الصدد قضت محكمة استئناف مصر بأن: "الأعمال التى يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية، وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاة موكله ليس

إلى حماية الأوضاع الظاهرة وحماية الغير حسن النية⁽¹⁾.

وفى فرنسا نصت المادة 2008 من التقنين المدنى الفرنسى على أنه: "إذا كان الوكيل يجهل موت موكله (أو أى سبب آخر لانقضاء الوكالة) فإن ما يجريه من أعمال على أساس هذا الجهل يكون صحيحا معتمدا"⁽²⁾.

وظاهر أن نص هذه المادة إنما يتناول علاقة الوكيل بموكله أو بورثة موكله ولذلك فإنه يهتم بحسن نية الموكل نفسه، إلا أن الفقه والقضاء جريا على حماية الغير حسن النية

باطلا = = بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا، فلا يحتج به إلا ورثة الموكل وفى وجه من عامل الوكيل بسوء نية . ومما لا شك فيه أن أعمال المرافعات التى يجريها الوكيل (المحامى) بعد وفاة موكله وبدون علمه بحصول الوفاة تكون صحيحة، إذ إن كل ما يترتب على وفاة الموكل هو وقف السير فى الدعوى ووقف ميعاد استئناف الحكم الذى يصدر لغير مصلحة المتوفى. ولما كان الوقف لم يشرع إلا محافظة على حقوق ورثة المتوفى، فبطلان الإجراءات التى تحصل بعد الوفاة لا يمكن أن يحتج به إلا ممن شرع الوقف لمصلحته فهو بطلان نسبى، فإن أجاز ورثة المتوفى إجراءات الوكيل فليس لأحد أن يطعن فيها بالبطلان ."

حكم محكمة استئناف مصر فى 15 نوفمبر 1932م، المحاماة، س 13، ص 715، رقم 353. وانظر كذلك: حكم محكمة مصر الابتدائية فى 9 ديسمبر 1926م، المحاماة، س 7، ص 351؛ استئناف مختلط فى 25 فبراير 1941م، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة، س 53، ص 110.

(¹) د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 333، بند 247؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 239، بند 253. وكذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 2، ص 102.

(2) Voir : Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 552, p. 336 ; Malaurie et Aynés, op. cit., no. 552, p. 291 ; Huet, op. cit., no. 31266, p. 1190 ; Soc. 22 juin 1978, Bull. Civ., V, no. 511 ; Mainguy, op. cit., no. 591, p. 587.

فى هذه الحالة أيضا . كما فى حالة العزل . فلم يجعلوا لواقعة وفاة الموكل أثرا فى حق الغير إلا إذا كان عالما بها، لنفس الاعتبارات التى دعت إلى اتباع هذا الحل فى حالة عزل الوكيل⁽¹⁾.

فقد ذهب الفقه الفرنسى⁽²⁾ إلى أنه يجب على الوكيل أن يمتنع عن الاستمرار فى مهمته بعد علمه بوفاة الموكل، على أن الأعمال التى قام بها جاهلا لهذه الوفاة تكون صحيحة، شريطة أن يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل حسن النية، أى يجهل واقعة وفاة الموكل، وذلك حماية لهذا الغير حسن النية وذلك عملا بالمادة 2009 من القانون المدنى التى تقضى بأنه: " فى الحالات المتقدمة، تنفذ التزامات الوكيل تجاه الغير حسن النية".

يشترط إذن لاستمرار الوكالة وإنتاجها أثرها رغم وفاة الموكل، أن يكون الوكيل والغير الذى تعامل معه، يجهلان معا، وقت التعاقد، واقعة موت الموكل. فلا يغنى جهل أحدهما عن الآخر.

(1) راجع: د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 286، والمراجع التى أشار إليها سيادته.

(2) Voir : Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 978, no. 4134 ; Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 359, no. 492 ; Gilson – Maes, thèse préc., p. 334 ; Kostic, thèse préc., p. 127 et s ; Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 552, p. 336 ; Malaurie et Aynés, op. cit., no. 552, p. 291 ; Huet, op. cit., no. 31268, p. 1191.

فالفرض الذى عالجه المادة 107 مدنى هو حالة ما إذا كان الوكيل (النائب) ومن تعاقد معه يجهلان معها انقضاء النيابة. وحكمها أن تضاف آثار العقد إلى الأصيل أو خلفائه سواء فى علاقة الأصيل بالنائب (علاقة الموكل بالوكيل)، أو فى علاقة النائب والأصيل بالغير⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإنه إذا ثبت جهل كل من الوكيل والغير الذى تعاقد معه بواقعة موت الموكل، فإن الوكالة لا تنتهى بل تستمر وينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل، حقا كان أو التزاما إلى ورثة الموكل فى حدود ما آل إليهم من تركة الموكل⁽²⁾.

غير أن هناك فروضا ثلاثة أخرى لم يتعرض لها نص المادة 107 مدنى مصرى، يختلف حكمها، بالقطع، عن حكم الفرض الذى تعرض له ذلك النص، وهذه الفروض الثلاثة هى:

الفرض الأول: إذا كان النائب (الوكيل) ومن تعاقد معه من الغير يعلمان معا بانقضاء النيابة (أى انتهاء الوكالة بموت الموكل)

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 296.

(2) وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه: " لا يصح توقيع الحجز لدين على المورث إلا على تركته ". الطعن 318 لسنة 42 ق، جلسة 1981/2/16م، مجموعة أحكام النقض، س 32، ص 516. وقضت كذلك بأنه: " لا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الورثة لمجرد كونه وارثا إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزام المورث نتيجة لاستفادته من التركة ".
نقض 1957/12/26م، الطعن 291 لسنة 23 ق، مجموعة أحكام النقض، س 8، ص 1960؛ نقض 1974/10/15م، الطعن 157 لسنة 39 ق، نفس المجموعة، س 25، ص 1135

وهذه هي الصورة العكسية للفرض الذي تعرض له نص المادة 107 مدنى مصرى. وفى هذا الفرض ينطبق نص المادتين 107 و 713 مدنى بمفهوم المخالفة. فإذا تحقق علم الوكيل والغير بموت الموكل، فإن الوكالة تنتهى ولا يصبح للوكيل صفة فى التحدث عن موكله، وبالتالي لا يلزم الورثة بالأعمال التى يجريها الوكيل بعد ذلك باسم الموكل، أى لا تضاف آثار العقد فى هذه الحالة إلى الورثة بل يعتبر العقد حاصلًا بين الوكيل المزعوم ومن تعاقد معه ويكون العقد بالنسبة للورثة غير نافذ، لأنه إذا كان الوكيل والغير كلاهما يعلم بموت الموكل، فإن تعاملهما، رغم ذلك، على أساس الوكالة المنتهية بالموت لا يمكن أن يحمل إلا على معنى التواطؤ للأضرار بالموكل⁽¹⁾.

وفى هذه الحالة لا يكون ثمة محل لتطبيق أحكام الوكالة وإنما تنطبق أحكام الفضالة إذا توافرت شروطها⁽²⁾.

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 278 . 279 و ص 296.

(2) د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 296؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 618.

فمن المفروض أنه إذا انقضت الوكالة، لأى سبب من الأسباب، فإن صفة الوكيل تسقط عنه، وأنه إذا باشر عملا بعد ذلك، فإن عمله لا يلزم الأصيل لأن ولايته تزول . راجع : د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 331 . 332 ، بند 246 ؛ استئناف مختلط فى 3 يونيو 1896م، المجموعة الرسمية ، ص 8، ص 312 ؛ استئناف مختلط 12 فبراير 1902م، نفس المجموعة، ص 14، ص 122. وقضى فى فرنسا بأنه: " إذا ظهر شخص لآخر سندا إذنيا تظهيرًا غير مستوف للشروط، فاعتبر التظهير بمثابة التوكيل ثم مات المظهر، لم يستطع المظهر له قبض قيمة السند لانتهاء التوكيل بموت الموكل "

.Civ. 12 nov. 1990, D. 1991, 1, p. 408

الفرض الثاني: إذا كان الغير الذى تعامل مع الوكيل عالما بانتهاء الوكالة، أى يعلم بموت الموكل، وكان الوكيل جاهلا لذلك

فى هذه الحالة لا يجوز للغير أن يتمسك بانصراف آثار عمل الوكيل إلى ذمة ورثة الموكل، لأنه بذلك يكون سيئ النية ومن ثم لا يستحق حماية القانون باعتبار الوكالة قائمة وترتيب آثارها فى ذمة ورثة الموكل إلى ما بعد واقعة موت الموكل. فاستغلال الغير لجهل الوكيل بموت الموكل وسعيه إلى التعامل معه يعتبر غشا مفسدا لتصرفه وخطأ من جانبه يتحمل هو وزره⁽¹⁾.

الفرض الثالث: إذا كان الوكيل عالما بانقضاء الوكالة بموت الموكل وكان الغير حسن النية يجهل ذلك:

وقد انقسم الفقه بخصوص ذلك الفرض إلى اتجاهين

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 279؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 355، بند 168؛ د/ أيمن الدلوع، النيابة فى التعاقد وفق مبادئ القانون المدنى والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2017م، ص 199.

ولا يضار الوكيل فى هذه الحالة لأن علم الغير بانقضاء الوكالة بموت الموكل يمنعه من الرجوع على الوكيل، كما يمنعه من الرجوع على الأصليل .

وفى هذا الصدد قضى بأنه: "الغير الذى يتعامل مع الوكيل وهو عالم يعزله من الوكالة يجب أن يتحمل نتائج العمل الذى باشره من غير أن يكون له أن يطلب إلزام الوكيل المعزول شخصيا بالتعويضات التى قد تنشأ عن العمل". استئناف مختلط 3 يونيو 1896م، المجموعة، ص 8، ص 312.

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن المشرع قصد حماية الغير حسن النية بجعل التصرفات التي يجريها مع الوكيل بعد وفاة الموكل نافذة في حق ورثة الموكل، أى تلزمهم وتتصرف آثارها في ذمتهم، كما لو كانت الوكالة لم تنتهى. فهو لم يقصد، فى القانون المدنى الجديد، أن يخرج على ما كان مقررا فى التشريع الملغى وما جرى عليه الفقه والقضاء، بل يظهر، بالعكس، أنه كان متجها إلى إقراره وهو حماية الغير إذا كان حسن النية وعدم الاحتجاج عليه بانقضاء النيابة ما دام قد تعاقد على غير علم بانقضائها⁽¹⁾.

وهذا الرأى يتفق مع حكم هذا الفرض فى القانون الفرنسى، حيث جرى الفقه والقضاء على حماية الغير حسن النية، فلم يجعلوا لواقعة وفاة الموكل أثرا فى حق الغير إلا إذا كان عالما بها. فالغير إذا كانوا يجهلون، بحسن نية، وفاة الموكل، فإن الوكالة لا تنتهى بالنسبة لهم ولا يسرى عليهم أثر الوفاة ويسأل الخلف للموكل عن الالتزامات التى تعهد بها الوكيل تجاههم⁽²⁾.

الاتجاه الثانى: وهو يمثل غالبية الفقه⁽³⁾، ويذهب إلى أنه فى هذه الحالة، أى حالة سوء نية الوكيل وحسن نية الغير، نكون أمام حالة من حالات تجاوز النائب (الوكيل) حدود

(1) د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 279 و ص 293 . 297. وقارب : د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 332، بند 247، حيث يقول : " أن الأعمال التى يعملها الوكيل بعد انتهاء وكالاته قد يلزم بها الموكل للغير حسن النية " .

(2) Voir : Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 978, no. 4134.

(3) من هذا الرأى: د/ السنهورى، الوسيط، ج 1، ص 163، بند 88 ؛ د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ص 59 ؛ د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث فى

نيابته (وكالته)، ولا يجوز للغير أن يرجع على ورثة الأصيل (الموكل) بشيء ولا يلزم الورثة بآثار تصرف الوكيل سيئ النية الذى تعامل مع الغير وهو يعلم بانتهاء نيابته. وكل ما للغير فى هذه الحالة، أن يرجع على النائب (الوكيل) بالتعويض لتوافر الخطأ الموجب للمسئولية فى جانبه حيث أنه أقدم على التعاقد مع الغير مع علمه بانتهاء الوكالة.

ويبدو أن القضاء يسير فى ذلك الاتجاه، حيث قضت بأنه: " تنص المادة 107 من القانون المدنى على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه . حقا كان أو التزاما . يضاف إلى الأصيل أو خلفائه. ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر مع انقضاء النيابة، إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد. فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى نطاق سلطتها الموضوعية التى لا يعقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان قد علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وبانتهاء وصايته على باقى الدائنين ببلوغهم سن الرشد، فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التى أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتى تتمثل فى انصراف أثر التصرف إلى الأصيل. وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل للمطعون عليه باعتبارها وكىلا ظاهرا مبرئا لذمته "(1).

تعديلات 2016م للتقنين المدنى الفرنسى، دار الجامعة الجديدة، سنة 2020م، ص 156 ؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 355 . 356، بند 168؛ د/ أيمن الدلوع، المرجع السابق، ص 199. (1) نقض 1963/5/30م، الطعن 160 لسنة 28 ق، مجموعة أحكام النقض، س 14، ص 759.

ومن جانبنا، فإننا نميل إلى تأييد الاتجاه الثانى، ونرى أن الغير الذى تعاقد مع الوكيل سيئ النية الذى يعلم بموت موكله لا يشفع له حسن نيته، ولا يجوز له إلزام ورثة الموكل بآثار تصرف الوكيل سيئ النية⁽¹⁾، وذلك لانتهاء وكالة الوكيل لكونه يعلم بموت موكله، وأن كل ما لهذا الغير هو أن له الحق فى أن يرجع على الوكيل بالتعويض عما لحق به من أضرار لتوافر الخطأ الموجب للمسئولية فى جانبه، حيث أنه أقدم على التعاقد مع هذا الغير وهو عالم بموت الموكل، ورجوعه عليه يكون استنادا إلى قواعد المسئولية التقصيرية، حيث لا يوجد بينهما (الوكيل والغير) أى علاقة قانونية لأنه حين تعاقد مع الغير كان بصفته وكيلا عن الموكل المتوفى وليس أصيلا عن نفسه.

أساس سرىان تصرفات الوكيل قبل علمه بموت الموكل فى حق الخلف العام للموكل

خلصنا مما سبق أنه إذا ثبت جهل كل من الوكيل والغير بواقعة موت الموكل، فإن الوكالة لا تنتهى، بل تستمر وينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل، حقا كان أو التزاما، إلى ورثة الموكل إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل.

ويثور التساؤل، فى هذا الصدد، حول الأساس القانونى لسرىان تصرفات الوكيل، قبل علمه بواقعة موت الموكل، فى حق الخلف العام لذلك الموكل ؟

(1) اللهم إلا إذا أقر ورثة الموكل ذلك التصرف، فيترتب على هذا الإقرار أن يصبح التصرف نافذا فى حقهم وبالتالي ينتج أثره فى ذمتهم من وقت إبرامه لا من وقت الإقرار، لكون الإقرار له أثر رجعى.

فى سبيل الإجابة على هذا التساؤل لم تتفق كلمة الفقه؛ فذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن الوكالة تظل قائمة وينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل إلى ورثة الموكل بموجب وكالة حقيقية وقائمة. واستند البعض الآخر⁽²⁾ إلى نظرية النيابة أو الوكالة الظاهرة⁽³⁾ لتبرير حكم المادة 107مدنى، انطلاقا من منطق العدالة وحرصا على استقرار المعاملات.

(1) د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 547، بند 331؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 116 و ص 123؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 177.

(2) د/ جلال العدوى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 216، بند 445؛ د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 60 . 61؛ د/ نبيل سعد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 156. وقارب: د/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، طبعة 1976 . 1977م، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص 81 . 83، بند 63 . 64.

. Et voir : Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 978, no. 4134

(3) النائب الظاهر هو شخص يظهر أمام الناس بمظهر من ينوب عن غيره ويتعامل معهم بهذه الصفة ويعتقد الناس فعلا أن له صفة النيابة عن ذلك الغير دون أن يكون كذلك فى الحقيقة . ومثال ذلك أن ينسب شخص لنفسه صفة الوكالة عن شخص آخر ويحيط به مظاهر تحمل الناس على تصديقه والتعامل معه على هذا الأساس.

= ويشترط لقيام الوكالة الظاهرة أو النيابة الظاهرة توافر شروط ثلاثة: أولها، أن يعمل الوكيل أو النائب باسم الموكل دون نيابة أو وكالة لانقائها أو انقضائها أو بطلانها أو تجاوز حدودها . ثانيها، حسن نية الغير بأن يعتقد وجود نيابة. وثالثها، أن يوجد مظهر خارجى يمكن نسبته إلى الأصيل سواء نتيجة تقصير منه أو بدون تقصير يبرر اعتقاد الغير بوجود النيابة وعدم تجاوز حدودها . فإذا توافرت هذه الشروط ترتب عليها ما يترتب على النيابة الحقيقية.

راجع فى الوكالة الظاهرة بصفة عامة: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 496 وما بعدها، بند 306 وما بعده؛ د/ عبد الباسط جمبوعى، الوكالة الظاهرة، ص 273 وما بعدها؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 405 وما بعدها، بند 248 وما بعده؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 55 وما

وقد اعترض على فكرة النيابة الظاهرة على اعتبار أن التأسيس على هذه الفكرة من شأنه خلق مصدر جديد للالتزام، في حين أن سبب التزام الموكل يرجع لاعتقاد الغير المشروع⁽¹⁾ وأن هناك فروضا تتحقق فيها الوكالة الظاهرة دون أن يرتكب الموكل أى خطأ⁽²⁾.

وذهب البعض من الفقه⁽³⁾، نؤيده، إلى إرجاع ذلك إلى فكرة النيابة القانونية، على سند من القول أنه بمجرد حدوث الوفاة ينتهى عقد الوكالة إلا أن الصفة النيابة للوكيل تبقى بموجب القانون. فيكون الأساس القانونى لانصراف أثر الوكالة بعد الوفاة وقبل العلم بها، إلى تركة الموكل هي النيابة القانونية وليس النيابة الاتفاقية، لأن هذه الأخيرة

بعدها ؛د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ص 60 . 61؛ د/ محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ص 81 . 82 ، بند 63 ؛ د/ محمد حسن قاسم، العقد، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها ؛ نقض 1979/12/29م، الطعن 878 لسنة 46 ق ؛ 1979/2/28م، الطعن 700 لسنة 48 ق ؛ نقض 1975/11/22م، مجموعة أحكام النقض، س 26، ص 1462 ؛ نقض 1981/12/21م، الطعن 354 لسنة 44 ق، المجموعة السابقة، س 32 ، ع 1، رقم 432 ، ص 2374 ؛ نقض 1997/12/8م، الطعن 6036 لسنة 66 ق، المجموعة السابقة، س 48 ، ص 1408 .

Et : Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit. p. 19 ; Huet, op. cit. p. 1033 ; Civ. 8 janv. 1994, D. 1994, p. 1236, obs. Ph. Delebecque ; Civ. 20 avril . 1988, J. C. P. éd. G. 1988, 1, no. 21229, note J. Monéger

(1) Voir : Le Tourneau et autres, op. cit. p. 955, no. 4023.

(2) د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 330 .

Et : Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 955, no. 4023.

(3) د / عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 185 . 186 .

مصدرها عقد الوكالة وقد انتهى بالوفاة دون التوقف على العلم بها، وبالتالي يصبح استمرار الوكيل فى العمل به . وهو جاهل بوفاة موكله . صحيحا وإنما بوصفه نائبا قانونيا وليس وكيلا اتفاقيا⁽¹⁾ .

فالواقع أن إعمال أثر الوكالة بعد وفاة الموكل وقبل علم الوكيل بها مصدره المباشر هو القانون أى نص المادتين 107 و 713 من القانون المدنى وليس اتفاق الأطراف الذى كان محله العقد وقد انتهى، ولولا وجود النص القانونى الذى يقضى بانصراف أثر الوكالة بعد الوفاة وقبل العلم بها، إلى الخلف العام للموكل لكانت الوكالة قد انتهت بمجرد الوفاة إعمالا لنص المادة 714 مدنى وما أمكن القول بانصراف أثرها إلى الخلف العام بعد وفاة الموكل.

عبء إثبات علم الوكيل أو الغير بموت الموكل

إذا كان جهل الوكيل والغير بموت الموكل يترتب عليه استمرار الوكالة وترتيب أثرها فى ذمة الخلف العام للموكل فى حدود ما آل إليهم من تركة، حتى يتحقق علمهما اليقيني بموته. فإذا تحقق هذا العلم انتهت الوكالة وزالت صفة الوكيل.

وفى هذه الحالة يثور التساؤل حول من يتحمل عبء إثبات الوكيل أو الغير بموت الموكل؟

(¹) قارن:

Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 955, no. 4023.

حيث يرون أن الوكيل يظل، رغم وفاة الموكل، وكيلا لثبوت جهله بالوفاة.

ذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن عبء إثبات علم الوكيل والغير بموت الموكل يقع على الورثة إذا أرادوا ألا ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل، لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس.

وذهب البعض الآخر⁽²⁾ إلى أن عبء الإثبات فى حالة استمرار النيابة بعد تحقق سبب انقضائها إنما يقع على عاتق من علق القانون استمرار النيابة فى هذه الصورة على عدم علمهم بواقعة الانقضاء، أى على عاتق النائب أو الغير المتعاقد معه بحسب الأحوال، أى على الوكيل أو الغير أن يثبتا حسن نيتهما.

(1) د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 547 . 548، بند 331 فى الهامش؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505؛ د/ محمد حمدى مكي، الرسالة السابقة، ص 202؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، 177 . 178؛ د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 28؛ د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 26؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 189. وانظر كذلك : د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424 والذى يقول: " ونرى أن على الورثة الذين يدعون على الوكيل أو الغير بالوفاة للرجوع على الأول بالتعويضات أو للتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى أن يثبتوا واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس. إنما يكون لهم فى هذه الحالة أن يقيموا الدليل على صحة دعواهم بسائر وسائل الإثبات وأخصها القرائن "

Et voir : Civ. 30 nov. 1925, D. 1926, p, 54 ; Civ., 3e, 19 juil. 1995, Bull. Civ., III, no. 190 ; Com., 17 juin 1997, Bull. Civ., IV, no. 194.

(2) د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 358، بند 169.

Et : Huet, op. cit., no. 31266, p. 1190 ; Soc. 22 juin 1978, Bull. Civ., 1978, V, no. 511.

ومؤدى ذلك أن الأصيل أو ورثته ليس عليهم،لكى يصلوا إلى عدم الالتزام بآثار تصرف النائب، إلا أن يثبتوا حصول الواقعة المنهية للنيابة دون أن يقع على عاتقهم عبء إثبات علم النائب أو الغير بها،وعلى هذين . أو أحدهما . يقع عبء إثبات جهلها بالعزل أو بالموت أو بفقد الأهلية الذى لحق الأصيل.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى حكم صدر عن محكمة النقض جاء فيه: " أن القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب إعلان الغير بانقضاء الوكالة وإنما شرط لنفاذ مثل هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية،أى غير عالم بانقضاء الوكالة ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته،أى أنه بحسب الموكل الذى يحتاج بتصرف أجراء الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبغي الاحتجاج بهذا التصرف . إن شاء . التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى يستطيع أن يثبت هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون. وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بهذا الانقضاء تمسك بعدم علمه به "(1) .

(1) نقض 24 أكتوبر 1957م،المحاماة،س 38 ، رقم 389 ،ص 908.

ويقرر صاحب هذا الرأي أن القضاء كان ميالا في أول الأمر إلى التشدد مع النائب ومع الغير المتعامل معه في قبول أدلتها على جهلها بالواقعة المنهية للنيابة، إلا أنه قد لوحظ في المدة الأخيرة . وبصفة خاصة . في القضاء الفرنسى . ميل ظاهر نحو التخفيف من عبء إثبات الجهل بالواقعة الموجبة لانقضاء النيابة⁽¹⁾.

ومن جانبنا، فإننا نميل إلى تأييد الرأي الأول. فالقاعدة أن البينة على من يدعى خلاف الثابت أو خلاف الأصل، والثابت هنا أن الوكالة قائمة فيقع على من يدعى انتهاؤها عبء إثباته. كما أن إلقاء عبء إثبات انتهاء الوكالة على عاتق ورثة الموكل هو الأقرب للمنطق والعدل، لأن إلزام الوكيل أو الغير الذى تعاقد معه بإثبات حياة أو وفاة

(1) د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 359، بند 169.

وقد أشار فى هذا الصدد إلى الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية فى 16 نوفمبر 1954م والذى اكتفت فيه المحكمة بظرف صعوبة المواصلات للقول بسريان عقد الوكالة المعقود بعد وفاة الموكل فى حق ورثة هذا الأخير معتبرة أن ذلك الظرف مقتضاه أن الوكيل إذ تصرف كان يجهل وفاة الموكل. وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم كان الموكل لاجئا إلى الولايات المتحدة الأمريكية أثناء الحرب العالمية الثانية.

Civ. 16 nov. 1954, J. C. P. éd. G. 1955, 11, no. 8616, note Giverdon ; Et voir : Huet, op. cit., no. 31266, p. 1190.

ويقول أن هذا القضاء يعتبر تطورا نحو التخفيف من عبء إثبات جهل الوكيل بوفاة الموكل خلافا لأحكام النقض الفرنسى القديمة التى كانت تتشدد فى إلقاء عبء إثبات الجهل بالوفاة على كاهل الوكيل الذى تصرف غير عالم بانقضاء وكالته.

انظر: د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 169.

الموكل يعنى إلزامهما بتتبع حاله بشكل مستمر ودائم وليس ذلك بالأمر الهين فى كل الأحوال⁽¹⁾.

وعلى أية حال، فإنه يحق لورثة الموكل أن يثبتوا علم الوكيل أو الغير بموت الموكل ومن ثم انتهاء الوكالة، بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

الإخطار بوفاة الموكل

لا تنتهى الوكالة بمجرد وفاة الموكل وإنما من وقت العلم بواقعة الوفاة وكل تصرفات الوكيل السابقة على علمه بالوفاة تقع صحيحة وتسرى فى حق ورثة الموكل إذا كان من تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم هو الآخر بوفاة الموكل.

وعلى ذلك تبدو أهمية إخطار الوكيل بوفاة الموكل. كما يتعين إخطار الغير . الذى له صلة أكيدة أو محتملة بالوكالة . بانتهاء الوكالة حتى لا يتذرع بجهله ويتمسك بتصرفه

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 189.

وقارن فى هذا الصدد: ما ذهب إليه المنشور الفنى رقم 8 بتاريخ 2005/7/30م الصادر عن الإدارة العامة للبحوث القانونية بمصلحة الشهر العقارى حيث قرر: " ويتعين لدى إجراء توكيل عام أو خاص من الوكيل استنادا منه إلى توكيل سابق صادر إليه من الموكل ضرورة أن يتضمن هذا التوكيل الصادر من الوكيل إقرارا منه بأن الموكل وقت إجراء التوكيل الحالى ما زال على قيد الحياة وأن التوكيل السابق ما زال ساريا ولم يتم إلغاؤه بعد وتحمله المسؤولية المدنية والجنائية فى حالة ظهور خلاف ذلك ".

مع الوكيل. أما إذا علم بانتهاء الوكالة من أى سبيل آخر ورغم ذلك التفت عنه فإنه يكون مخطئاً ويتحمل تبعه تصرفه⁽¹⁾.

وعلى ذلك، فإن الخلف العام للموكل يقع عليهم التزاما بإخطار الوكيل بموت الموكل، حتى يتحقق علمه اليقيني بواقعة الوفاة ويتم وضع حد للوكالة، وتتوقف عن أن تنتج آثارها من وقت علم الوكيل بموت الموكل.

ولم يشترط القانون طريقاً أو وسيلة معينة، يجب على الخلف العام اتباعها، لإخطار الوكيل بموت الموكل. ومن ثم فإن أى وسيلة تحقق الغرض وهو إحاطة الوكيل علماً بموت موكله يترتب عليها أثرها القانوني وهو انتهاء الوكالة من وقت تحقق علم الوكيل اليقيني بتلك الوفاة.

ومن الوسائل التى يمكن عن طريقها إخطار الوكيل بموت الموكل، الإعلان على يد محضر، بأن يرسل الخلف العام للموكل إعلاناً إلى الوكيل يخبروه فيه بأن الموكل قد توفاه الله وينبهون عليه فيه بانتهاء وكالته وبعدم استعمال سند الوكالة الذى تحت يده.

(1) وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن: "الأصل فى قواعد الوكالة أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته، فإن قصر فعليه تقصيره". الطعن 1125 لسنة 48 ق، جلسة 1979/5/2م، مجموعة أحكام النقض، س 30، ع 2، رقم 233، ص 265.

وقضى بأن: "لغير الحق فى التمسك بانصراف أثرها (الوكالة) للأصيل متى سلك فى تعامله سلوكاً مألوفاً لا يشوبه خطأ غير مغتفر". الطعنان 512 و 531 لسنة 53 ق، جلسة 1987/6/30م، مجلة القضاة، س 21، ع 1، يناير/يونيو 1988م، ص 166

وهذه الوسيلة لا تحتاج إلى مزيد بيان. ومن هذه الوسائل كذلك سحب سند الوكالة من الوكيل، والنشر في الصحف بموت الموكل والتأشير بموت الموكل بسجل مكتب التوثيق الصادر منه التوكيل. ونعرض لهذه الوسائل تباعا على النحو التالي:

1 . سحب سند الوكالة من الوكيل : يجب على الوكيل أن يرد للموكل أو خلفائه ، عند انتهاء الوكالة، سند التوكيل ولو كانت له حقوق في ذمة الموكل لم يستوفها، ذلك أن بقاء هذا السند في يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة لا مبرر له ويخشى أن يستعمله الوكيل بعد أن زالت وكالته⁽¹⁾ .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يشتمل على نص فى هذا المعنى هو نص المادة 997 من هذا المشروع⁽²⁾. وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ولكن أحكامه

(1) انظر: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7 ، ص 420 ، بند 271؛ د/ مصطفى العدوى، المرجع السابق، ص 90 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 293 . 294 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 187؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 218

(2) كانت المادة 997 من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أنه : " (1) على الوكيل إذا كان قد حصل على سند الوكالة أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة. ولا يجوز له الاحتفاظ به ضمنا لحقوقه قبل الموكل . (2) فإذا أهمل الموكل أو خلفاؤه فى حمل الوكيل على رد السند فإنهم يكونون مسئولين عن الضرر الذى قد يصيب الغير حسن النية من جراء ذلك "

وقد ورد فى شأن ذلك النص بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما نصه : " ولما كان سند الوكالة فى يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم، فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة، ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه. واسترداد السند من الوكيل فى الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة، وإلا كانوا سيئى النية . كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر بالغير فيتعاملون مع الوكيل. وقد

تتفق مع القواعد العامة فيعمل به بالرغم من حذفه (1) .

وعلى ذلك فإنه يحق لورثة الموكل، بعد موته، أن يسحبوا من الوكيل سند الوكالة الصادر له من الموكل، ويتحقق بذلك علمه اليقيني بموت الموكل وانتهاء الوكالة. كما أن سحب سند الوكالة من الوكيل، بعد وفاة الموكل، يوفر قدرا كبيرا لتوعية الغير بانتهاء الوكالة ويكفي للتمسك به على الغير بانتهاء الوكالة، لاسيما في حالة ما إذا كانت الوكالة خاصة بأمر معين مما يوجب على الوكيل إبراز سند الوكالة للغير للتدليل على صفته ويوجب على الغير مطالبة الوكيل باطلاعه على هذا السند للتحقق من هذه الصفة، لأن سحب سند الوكالة يقضى على المظهر المادى للوكالة، ومن ثم يكون الغير مقصرا إذا ادعى التعاقد على أساس وكالة لم يعد سندها باقيا في يد الوكيل (2).

ومع ذلك، فإن سحب سند الوكالة من الوكيل لا يكون مجديا أو كافيا في بعض الأحوال. فهو لا يعد، في جميع الأحوال، دليلا على علم الغير بانتهاء الوكالة. فالقاعدة

تقدم أن للغير في هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة ولهم في كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل أو الوكيل. وإذا تلاك الوكيل في رد سند الوكالة ألزم بذلك، وكان مسئولا عن التعويض. وللموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة " .

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 5، ص 237 . 238.

(1) وقد كانت المادة 652/531 من التقنين المدني القديم تنص على أنه: " وعلى الوكيل بعد انتهاء توكيله أن يرد للموكل السند المعطى له بالتوكيل " .

(2) انظر في نفس المعنى: د/ عبد الباسط جمبوعى، البحث السابق، ص 280 . 281.

أنه إذا كان يجب على الغير التأكد من قيام الوكالة، فلا يلزمه التأكد من استمرارها⁽¹⁾. فقد يكون الغير سبق له أن اطلع على التوكيل فعلا وبدأ معاملة مستمرة مع الوكيل على أساسه. كما قد لا تفرض الظروف على الغير مطالبة الوكيل بإبراز سند وكالته كلما تعاقدوا معه⁽²⁾. كما أن هذا الإجراء، سحب سند الوكالة، غير مجد بالنسبة للتوكيلات الرسمية حيث يملك الوكيل استخراج صورة طبق الأصل منها فتقوم مقام الأصل. وأخيرا يحق للوكيل الامتناع عن رد سند الوكالة خشية استعماله، خاصة إذا كان محاميا⁽³⁾، فعندئذ قد يتمتع المحامي عن رد سند وكالته خشية أن يقوم الورثة أو أحدهم بتسليمه إلى محام آخر يتصرف بموجبه فيسأل الوكيل الأصلي عن ذلك⁽⁴⁾.

وبناء على ذلك، فإذا امتنع الوكيل عن رد سند الوكالة للخلف العام للموكل بعد أن علم منهم أو من أحدهم بوفاة الموكل، فإنه لا مسئولية عليه طالما أنه احتفظ به أو مزقه دون أن يستعمله. أما إذا استعمل هذا التوكيل بعد علمه بموت الموكل، فإنه، في هذه الحالة، يسأل أمام الخلف العام للموكل ولا يسرى تصرفه في حقهم لسوء نيته بصرف النظر عن حسن نية الغير الذين تعاملوا معه.

(1) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 187؛ د/ مصطفى حجازي، الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2005م، ص 50.

(2) د/ عبد الباسط جمبجي، البحث السابق، ص 281.

(3) حيث تنص المادة 56 من قانون المحاماة على أنه: "للمحامي سواء كان خصما أصليا أو وكيلاً في دعوى أن ينيب عنه في الحضور أو المرافعات أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ما لم يكن في التوكيل ما يمنع ذلك".

(4) راجع في ذلك: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 187.

2 . النشر فى الصحف : ويمكن أن يتم إعلام الغير بنبأ وفاة الموكل عن طريق توجيه إعلان عام للكافة بموت الموكل عن طريق النشر فى الصحف.

غير أن هذا الإعلان العام ليس كافيا لحمل نبأ الوفاة إلى الغير. فقد لا يصل هذا الإعلان العام إلى علم الغير جميعا، لأن الغير ليسوا مكلفين بقراءة الصحف التى نشر فيها ذلك الإعلان. كما أنهم ليسوا مكلفين باستقراء ما يمر فى الصحف فى مختلف المواطن والمواضع، ولا هم مكلفين بأن يبقوا على ذكر ما يكونون قد قرأوه فيها⁽¹⁾. وعلى هذه المعانى جرت أحكام القضاء فى فرنسا⁽²⁾ وفى مصر أيضا⁽³⁾.

والواقع أن الأمر هنا يتعلق بالظروف ويكون متروكا لتقدير قاضى الموضوع بحسب كل حالة على حدة. فإذا كان الوكيل يتعامل مع طائفة معينة من التجار، فأجرى ورثة الموكل نشر نبأ وفاة الموكل فى الصحف التى تعود أبناء هذه الطائفة أن يقرأوها وفى مكان ظاهر منها ووجهوا إلى معظم أفراد الطائفة نشرات دورية يبلغونهم فيها بنبأ موت

⁽¹⁾ راجع فى نفس المعنى: د/ عبد الباسط جميعى، البحث السابق، ص 282. وأيضا : د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 187.

Et : Le Tourneau et autres, op. cit. no. 4124.

⁽²⁾ Voir par ex. : Civ. 23 mai 1870, D. 1872, V., p. 310 .

⁽³⁾ فقد قضى بأن: "النشر فى الجرائد عن عزل الوكيل لا يحتج به على من تعامل مع ذلك الوكيل، لأن نشر الإعلانات فى الجرائد مصرح به فى مواضع معلومة مذكرة لفظا فى القوانين، وليس هذا النشر من المطلوب قانونا على العموم بالنسبة للوكالة ". استئناف مصر فى 17 نوفمبر 1910م، الحقوق، ص 26، ص 49، مشار إليه فى مؤلف الدكتور/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 420.

الموكل أو أجروا النشر في أمكنة ظاهرة في المقر الذي كان الوكيل يباشر فيه عمله وفي المحافل التي جرى أولئك التجار على التردد عليها، فلا شك أن ما أجراه ورثة الموكل في هذه الحالات يكون دليلاً على أن ورثة الموكل قد فعلوا كل ما ينبغي لتمكين الغير من العلم بموت الموكل ولتبيد ما عساه أن يكون قد تولد عن الوكالة من اعتقاد شائع بقيامها (1).

3. التأشير بوفاة الموكل بسجل مكتب التوثيق الصادر منه التوكيل : إخطار الغير بإنهاء الوكالة يعتبر أمراً غير متاح في جميع الأحوال، فقد يكون الغير مجهولين بالنسبة للموكل أو خلفه العام، فيستحيل عليهم إخطارهم بإنهاء الوكالة.

وقد تصور البعض من الفقه (2) أن إخطار مكتب التوثيق الصادر منه التوكيل بوفاة الموكل والتأشير في سجلاته بواقعة الوفاة قد يحقق الغرض. كما أن هذا الإجراء يتميز بأنه يجعل الإلغاء والإخطار به قد تم بنفس الطريقة التي صدرت بها الوكالة. فضلاً عن أنه إجراء متيسر وشامل ويحقق المطلوب بشكل رسمي ومباشر، وأنه ينصب مباشرة على مصدر التوكيل، فيكون في متناول كل من يريد الاستعلام أو التثبت منه، فإن تركه كان دليلاً على تقصيره.

غير أننا نرى أن هذا الإجراء غير كاف لتحقيق علم الغير بموت الموكل، ذلك أنه إذا كان الغير الذي يتعامل مع الوكيل ملزماً بالتأكد من قيام الوكالة عن طريق الاطلاع

(1) راجع في نفس المعنى: د/ عبد الباسط جميعي، البحث السابق، ص 282 . 283.

(2) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 187 . 188.

على سند الوكالة، إلا أنه غير ملزم بالتأكد من استمرارها والوقوف على حياة الموكل أو موته.

وعلى أى حال فإنه إذا ادعى الخلف العام للموكل علم الغير اليقيني بموت الموكل ومن ثم انتهاء الوكالة، حتى لا يسرى أثر التصرف الذى عقده الوكيل مع الغير، فإنه يتعين عليهم إقامة الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن على نحو ما أوضحنا.

أثر وفاة الموكل على الحق فى إقرار تصرفات الوكيل عند تجاوز حدود الوكالة:

للموكل أن يقر تصرف الوكيل المتجاوز صراحة أو ضمنا بشرط توافر ما يلزم لصحة ذلك. ويجب ألا يضر هذا الإقرار بالحقوق التى يكون قد اكتسبها الغير قبل حصوله.

وإذا توفى الموكل قبل أن يستنفذ حقه فى الإقرار، حيث لم يقر تصرف الوكيل ولم يرفضه، فإن هذا يعنى أن هذا التصرف ما زال قائما باعتباره إيجابا معروضا من الغير، وبالتالي يمكن لورثة الموكل أن يقوموا مقامه فيه باعتباره حقا لهم⁽¹⁾، ما لم يكن موضوعها ذا طبيعة شخصية فلا ينتقل إليهم هذا الحق لعدم جريان الميراث عليه.

(1) قضت محكمة النقض بأن: " إجازة الوارث التصرف الصادر من مورثه لا يعتد به إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت به إلا بهذه الوفاة ". نقض 10/4/1973م، الطعن 109 لسنة 38ق، مجموعة أحكام النقض، س 24، ع 2، رقم 102، ص 577؛ استئناف مصر فى 15 نوفمبر 1932م، المحاماة، س 13، رقم 353، ص 715.

فانتقال الحق فى الإقرار ليس أمرا مطلقا وإنما مقيد بما يتقيد به انتقال الحقوق والالتزامات بالوفاة⁽¹⁾ .

ويجب التمييز بين ما إذا كان التصرف محل الإقرار من التصرفات ذات الطابع الشخصى وبين ما إذا كان من التصرفات ذات الطابع الموضوعى.

فإذا كان تصرف الوكيل المتجاوز من التصرفات ذات الطابع الشخصى، ومات الموكل قبل إقراره، فلا ينتقل الحق فى هذا الإقرار لورثته. فالإيجاب المعروض إذا تعلق بتصرف ذى طبيعة شخصية سقط بالموت. كذلك لو مات الطرف الآخر سقط الحق فى الإقرار بالنسبة للموكل، فمثل هذه العقود تنتهى أصلا بموت أحد أطرافها بعد انعقادها صحيحة، فيكون انتهائها قبل تمام انعقادها أولى⁽²⁾.

أما عندما يكون التصرف محل الإقرار من غير التصرفات ذات الطابع الشخصى، كما فى عقد البيع أو القسمة⁽³⁾، فإن الحق فى إقراره ينتقل إلى ورثة الموكل، لأنه عندئذ يدخل ضمن الحقوق التى لا تسقط بالموت⁽¹⁾.

(1) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 162.

(2) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 162.

(3) قضت محكمة النقض بأن: " حق الشريك فى إقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرف فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوخ ويكون لورثته من بعده، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقيدها اعتبارا فى إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء لا خلافة فيه إذ هو فى قصد من وقعه إيجاب لا

وهكذا يتضح أن انتقال الحق فى الإقرار يتعلق بنوع التصرف أو التعاقد المطلوب إجازته سواء عند وفاة الموكل أو وفاة من تعاقد معه الوكيل، قبل إقرار الموكل لهذا التصرف. فالتعبير عن الإرادة وعدم إنتاجه لأثره يسقط إذا كان شخص المتوفى أو إحدى صفاته محلا للاعتبار عند التعاقد⁽²⁾.

فإذا تم الإقرار من الموكل فى حياته كان فى حكم التوكيل السابق وكذلك إذا انتقل الحق فيه إلى ورثته بعد وفاته، فإنه يسرى بأثر رجعى من وقت تصرف الوكيل، باعتبار أن الوارث ليس أجنبيا بالنسبة لتعاقد مورثه وإنما يحل محله فيه، كلما جاز له ذلك، بنفس أوصافه وآثاره. فالقاعدة أن الإقرار اللاحق كالتوكيل السابق⁽³⁾.

لشخص الشريك بالذات، بل لكل من يمتلك نصيبه ومن ثم فإنه لا ينقضى بموت ذلك الشريك ".
نقض 1955/5/19م، مجموعة أحكام النقض، س 6، ص 1152.

(¹) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 163.

(²) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 163؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 68 . 74.

(قضت محكمة النقض بأنه: " ويتم الإقرار بأثر رجعى بما يجعل التصرف نافذا فى حق الموكل³)
من يوم أن عقده الوكيل، إذ أن الإقرار اللاحق فى حكم التوكيل السابق ".
نقض 1980/6/10م، الطعن 848 لسنة 49 ق ، مجموعة أحكام النقض، س 31 ، ع 2 ، رقم 324 ، ص 1742 .

Et voir : Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 352, no. 483 ; Le Tourneau avec autres, op. cit., p. 973, no. 4107 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 633, p. 523 ; Civ. 4 mars 1891, D. P. 1891, 1, P. 313 ; C. A. Paris, 12 déc. 1967, D, 1968, p. 269.

المطلب الثانى

التزامات الوكيل عقب وفاة الموكل

تمهيد

يترتب على موت الموكل انتهاء الوكالة وزوال صفة الوكيل على نحو ما رأينا . غير أنه بعد انتهاء الوكالة بموت الموكل، فإنه يقع على عاتق الوكيل مجموعة من الالتزامات، الغرض منها فى مجملها المحافظة على مصالح الموكل حتى لا تتعرض للخطر. ونعرض لهذه الالتزامات على النحو التالى

أولاً: التزام الوكيل بالقيام بالأعمال الضرورية

نصت المادة 1/717 من القانون المدنى المصرى على أنه: "على أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلّف ". ونصت المادة 1/1991 مدنى فرنسى على أنه: "يكون الوكيل ملزماً بإتمام العمل الذى بدأه قبل وفاة الموكل، إذا كان هناك خطر من التأخير"⁽¹⁾.

فالأصل أنه بانتهاء عقد الوكالة يصبح الوكيل فى حل من التزامه بتنفيذ العمل الموكل به، إلا أن هذا التحلل لا يكتمل له حتى يصل بالعمل إلى حد الأمان، خاصة الأعمال

(¹) Voir : Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 343, no. 465 ; Le Tourneau avec autres, op. cit., p. 978, no. 4134 ; Mainguy, op. cit., no. 591, p. 587.

التي بدأها ويخشى من تركها تهديد مصلحة الموكل⁽¹⁾، وفقا لما يمليه عليه الواجب القانوني أو المهني⁽²⁾، والذي يعنى فى مجمله حفظ مصالح الموكل حسب ما تقتضيه الظروف لحين تعيين وكيلاً غيره أو توكيله مجدداً من قبل ورثة الموكل، صراحة أو ضمناً⁽³⁾.

يجب إذن على الوكيل، بالرغم من انتهاء الوكالة بالعزل أو التحدى أو موت الموكل أو غير ذلك من الأسباب، أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل. فإذا كان قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة، دون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله⁽⁴⁾.

فبعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل، فإنه يجب عليه أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة، لا تتعرض معها للتلف وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بما يقوم به من أعمال لهذا

(1) قضت محكمة النقض بأنه: "ولا يعفى الوكيل من المسؤولية.... إلا أن يثبت أن ما فرط فيه إنما كان بسبب خارج عن إرادته". نقض 1983/3/31م، الطعن 447 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام النقض، ص 34، ص 873.

(2) لكل نشاط واجباته، إلا أن بعض المهن لها واجبات خاصة بخلاف الواجبات العامة التي نص عليها القانون المدني.

Voir : Avril (Yves), Responsabilité des avocats, 2é., éd., Dalloz, 2008, p. 30, no. 12.

(3) راجع: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 189 . 190.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 5، ص 238.

الغرض. فالوكيل يجب عليه أن يتم العمل الذى بدأه لصالح الموكل فى حدود ما هو ضرورى إذا كان فى تأخيره خطر⁽¹⁾، وأن يتخذ كل ما تقتضيه الظروف من إجراءات لصيانة مصالح الموكل إذا لم يكن له وارث كامل الأهلية أو لم يوجد له أو لورثته نائب قانونى⁽²⁾ لحين تعيين وكيلا غيره⁽³⁾.

ولما كان عمل الوكيل هنا بعد أن انتهت الوكالة بموت الموكل لا تستند إلى الوكالة ذاتها، فإن المصروفات التى ينفقها يحق له استردادها لا على أساس الوكالة ولكن طبقا لأحكام الفضالة. ولكن إذا اخطر الوكيل الورثة بأنه سيستمر فى تنفيذ الوكالة إلى أن

(1) انظر فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 539، بند 424؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 617؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، بند 232، و ص 333. 334، بند 248؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 116.

Et voir : Giverdon, note sous cass. civ. 16 nov. 1954, J. C. P. éd. G. 1955, 11, no. 8616 ; Behar – Touchais, Le décès du contractant, préc. p. 211 ; Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 ; Carbonnier (J.), obs. R. T. D. Civ. 1955, p. 522 ; Huet, Les principaux contrats spéciaux, préc., no. 31266, p. 1190 ; Doucet, Les effets de la mort sur le mandat, art. préc. P. 27 ; Cass. 1re, civ. 23 janv. 1980, Bull. Civ. 1980, 1, no. 36 ; Soc. 22 juin 1978, Bull. Civ. 1978, V, no. 511 ; C. A. Paris, 4 déc. 1946, Gaz. Pal. 1947, p. 110 ; C. A. Paris, 11 avril 1991, D. 1991, P. 634.

(2) د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 617.

(3) د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، بند 232 238.

يتمكنوا من القيام بها بأنفسهم كان له أن يطالبهم بالمصروفات سواء في أموال التركة أو في أموالهم الخاصة⁽¹⁾.

وقد يستمر تنفيذ الوكالة بعد موت الموكل إذا كان الوكيل قد بدأ بالتنفيذ مثلا، وكان من شأن توقفه عن العمل تعريض المصالح الموكل فيها للخطر. فالوكيل بالإقراض مع الحلول مثلا يتعين عليه إذا توفى الموكل بعد عقد القرض أن يستمر في مباشرة إجراءات الحلول محل الدائن القديم في التأمينات التي كانت للدين الأصلي حتى لا يعرض ورثة الموكل لخطر إفسار المدين⁽²⁾.

شروط التزام الوكيل بإتمام أعمال الوكالة بعد موت الموكل :

(1) انظر: د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241 ؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 617 . 618.

(2) د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423. وانظر كذلك: استئناف مختلط في 15 نوفمبر 1932م، المحاماة، س 13، رقم 302، ص 715 ؛ نقض 31 مارس 1938م، مجموعة أحكام النقض، س 2، رقم 106، ص 315.

وفى قضية أعلن المستأنف استئنافه لخصمه بمكتب محاميه الذى كان يدافع عنه أمام المحكمة الابتدائية، فرفض كاتب المحامى تسلم الإعلان لانتهاؤ وكالة المحامى، فأعلن الاستئناف لشيخ البلد، ودفع المستأنف عليه بعدم قبول الاستئناف لعدم صحة الإعلان، فقضت المحكمة برفض هذا الدفع لأن المادة 365 مرافعات (قديم) أجازت إعلان عريضة الاستئناف لنفس الخصم أو لمحله الأصلي أو المختار، ولأن المادة 7 أجازت فى حالة الامتناع عن التسليم إعلانها لشيخ البلد، ولأن عزل الوكيل عن الوكالة لا يسرى على الغير إلا من يوم إعلانه به. وأخيرا لأن الوكيل بالرغم من عزله ملزم بالقيام بجميع الأمور المستعجلة التي يخشى فيها على مصلحة موكله ". استئناف وطنى فى 9 مايو 1922م، المحاماة، س 3، رقم 11، ص 27.

يشترط لالتزام الوكيل بإتمام أعمال الوكالة بعد وفاة الموكل توافر الشروط الآتية:

1. أن يكون الوكيل قد بدأ فى تنفيذ أعمال الوكالة قبل انتهائها: يتضح من ظاهر المادة 1/717 مدنى والمادة 1/1991 مدنى فرنسى أن المشرع يستلزم أن يكون الوكيل قد بدأ فى تنفيذ الوكالة بالفعل، حيث جاءت العبارة صريحة فى ذلك " أن يصل بالأعمال التى بدأها "(1) .

ويعتقد البعض⁽²⁾ أن هذه العبارة لا يقصد بها الاقتصار على الأعمال التى بدأ تنفيذها بالفعل وإنما جاءت من باب الغالب، ولخطورة التخلّى فى هذه الحالة، فلا شك أن ترك الوكيل ما بدأ تنفيذه فجأة أمر ينطوى على خطر غالبا. كما أن من شأن التقيد السابق خروج الأعمال المستعجلة أو المحددة بوقت معين إذا لم يكن الوكيل قد بدأ تنفيذها قبل وفاة الموكل، الأمر الذى يهدد مصلحة الموكل أو تركته، خاصة إذا لم يكن لدى ورثته وقت كاف لى يتدبروا أمرهم، كما فى الأحوال التى تتعلق فيها مهمة الوكيل باستلام أو تسليم مستندات أو بضائع أو بيع سلعة يخشى عليها من التلف أو فوات الفرصة.

(1) راجع حول ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 538 . 539، بند 324؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241. وراجع فى خصوص القانون اللبنانى: د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 617.

(2) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 190 . 191.

وعلى ذلك فإن الوكيل يلتزم، بعد وفاة موكله، بكل الأعمال الضرورية والمستعجلة، سواء كان قد بدأ فى تنفيذها أو لم يبدأ ويستمر هذا الالتزام حتى يتمكن الخلف العام للموكل من مباشرتها.

2 . عدم وجود وارث ذو أهلية أو ممثل شرعى للموكل أو للوارث :لم ينص القانون المدنى المصرى ولا الفرنسى على هذا الشرط، خلافا لبعض القوانين العربية، كقانون الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة 1/820⁽¹⁾، وقانون الالتزامات والعقود المغربى فى المادة 940، إلا أن هذا الشرط مما تمليه القواعد العامة، حيث إن حضور الخلف العام للموكل أو من يمثلهم من شأنه أن يحجب الوكيل عن القيام بمثل هذه الأعمال لأن تكليفه بها إنما كان تحسبا لغيبتهم أو عدم علمهم أو عدم وسعهم⁽²⁾.

وعلى ذلك فإنه إذا انقضت الوكالة بوفاة الموكل (أو إفلاسه أو نقص أهليته)، فإن الوكيل يجب عليه أن يتم العمل الذى بدأه لصالح الموكل فى حدود ما هو ضرورى إذا كان فى تأخيره خطر وأن يتخذ كل ما تقتضيه الظروف من إجراءات لصيانة مصالح الموكل إذا لم يكن له وارث كامل الأهلية (أو لم يوجد له أو لوارثه نائب قانونى).

3 . اقتصار مهمة الوكيل على الأعمال الضرورية فقط: لا يجوز للوكيل الاستمرار فى أعمال الوكالة بعد انتهائها إلا إذا كانت ضرورية بحيث يخشى من تركها تعريض

(1) راجع بشأن القانون اللبنانى: د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 617

(2) راجع: د/ محبى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 191.

مصالح الموكل أو تركته للخطر⁽¹⁾ . فإذا خشى الوكيل على المحصول من التلف أو السرقة فله أن يبيعه. أما إذا تيسر له حفظه فى مكان آمن فليس له أن يبيعه. فالضرورة هى السبب فى إلزام الوكيل بأى عمل بعد وفاة موكله، وهى تقدر بقدرها. وينتهى عمل الوكيل بمجرد زوال الخطر الذى يخشى منه أو بمجرد اتخاذ التصرف أو الإجراء المناسب لدرء هذا الخطر وتجنبه⁽²⁾.

أساس التزام الوكيل فى القيام بالأعمال الضرورية بعد موت الموكل:

ذهب البعض من الفقه⁽³⁾ إلى أن عقد الوكالة لا ينتهى عند موت الموكل كلما كانت الحاجة داعية لإتمام العمل الذى يباشره الوكيل، وإنما يستمر لحين القيام بالأعمال الضرورية التى يخشى أن يؤدى تركها إلى تعريض مصلحة الموكل أو تركته للخطر، أى أنه يقوم بهذه الأعمال بموجب وكالة حقيقية.

(1) د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423 .

Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 343, no. 465.

(2) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 191.

(3) د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423 ؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 116 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 505 .

وقد قضى بأن: "الوكالة لا تنتضى حتما بمجرد الوفاة، بل يجوز أن يبقى الوكيل عاملا فى الوكالة عملا شرعيا صحيحا إذا كانت الأعمال من التى يخشى عليها . كذلك لا تنتضى الوكالة بموت الموكل إذا كان العمل واجب الاستمرار بعد الوفاة " . استئناف مختلط فى 25 مارس 1914م، المجموعة الرسمية، س 26، ص 292؛ استئناف مختلط فى 7 نوفمبر 1912م، نفس المجموعة، س 25، ص 13 ؛ استئناف مختلط فى 31 يناير 1922م، نفس المجموعة، س 34، ص 139.

وذهب البعض الآخر⁽¹⁾ إلى أن عمل الوكيل هنا، بعد أن انتهت الوكالة بموت الموكل، لا يستند إلى الوكالة ذاتها وإنما يعد فضولياً ويحق له استرداد المصروفات التي ينفقها لا على أساس الوكالة ولكن طبقاً لأحكام الفضالة.

بينما رأى البعض الآخر⁽²⁾، تؤيده، أن قيام الوكيل بالأعمال الضرورية يستند إلى النيابة القانونية وليس إلى عقد الوكالة، لأن مقتضى الاعتبار الشخصي في الوكالة يوجب إنهاءها فوراً من وقت الوفاة، إلا أن هناك حالات رأى فيها المشرع ضرورة استمرار عمل الوكيل حتى لا تتعرض مصلحة الموكل للخطر، فأصبح القانون هو مصدر سلطة الوكيل . بالنسبة لهذه الأعمال . وليس العقد، كما هو الحال عند تصرف الوكيل وهو جاهل بانتهاء الوكالة.

وطالما كان مصدر إلزام الوكيل بالأعمال الضرورية بعد وفاة موكله هو القانون وليس عقد الوكالة، فإن مسؤوليته عن هذه الأعمال تكون مسئولية تقصيرية بعد أن كانت مسئولية عقدية، حيث يتدخل القانون لتنظيم عمل الوكيل بعد انتهاء وكالته مقررًا التزاماته وحقوقه في هذه المرحلة الحرجة، فيقرر التزامه ببعض الأعمال التي لا بد فيها

(1) د/ محيي الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241 ؛ د/ مروان كركبي، المرجع السابق، ص 618.

(2) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 191 . 192.

من إطار من الجد والمثابرة حماية للصالح العام نظرا لطبيعة الموت المفاجئة وما قد يحدثه من فوضى أو ضياع للحقوق والالتزامات⁽¹⁾.

ثانيا: التزام الوكيل برد أموال الوكالة بعد موت الموكل

التزام الوكيل بحفظ أموال الوكالة هو التزام أصيل سواء أثناء استمرار الوكالة أو بعد انتهائها. فعليه اتخاذ كل التدابير اللازمة للمحافظة على أموال الوكالة والامتناع عن كل ما من شأنه تعريضها للخطر أو التلف. وبصفة عامة القيام بكل الإجراءات والتدابير التحفظية التي من شأنها إفادة الموكل أو تركته.

وترتبيا على ذلك فإن الوكيل يلتزم بعدم استعمال أموال الموكل. وقد نصت على هذا الالتزام صراحة المادة 706 من القانون المدني بقولها: "1. ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه. 2. وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها". ويسرى هذا الالتزام على جميع الأموال، سواء كانت مبالغ نقدية أو عقارات أو غير ذلك⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "الحكم على الوكيل بفوائد المبالغ التي استخدمها من وقت استخدامها يقتضى ثبوت أن هذه المبالغ كانت فى يد الوكيل وأنه استخدمها

(1) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 192.

(2) انظر فى ذلك بالتفصيل: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 270، ص 414 وما بعدها ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، بند 87 وما بعده، ص 177 وما بعدها ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

لصالح نفسه وإثبات الوقت الذي استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت مبدأ لسريان الفوائد⁽¹⁾.

ووضع يد الوكيل على ما للموكل من أموال أو استعماله لها لا يكسبه ملكيتها مهما طال الزمن،فيد الوكيل يد عارضة لا تؤدي إلى كسب الملكية⁽²⁾. وعلى هذا النحو تنتقل حياة الوكيل بعد وفاة الموكل لصالح تركته⁽³⁾.

وعلى الوكيل بمجرد علمه بوفاة الموكل أن يبادر برد كل ما فى يده إلى الخلف العام للموكل،سواء ما تسلمه من الموكل مباشرة أو من الغير لحساب الموكل،يستوى فى ذلك الأموال والعقود والمستندات والأحكام والمخالصات وخلافه.

وإذا تعدد ورثة الموكل المتوفى فإنه يثبت لهم جميعا الحق فى الاسترداد،فإذا كان ما بيد الوكيل قابلا للانقسام،كالنقود مثلا،فيتعين عليه الرد لكل واحد منهم حسب نصيبه،وإن كان غير قابل للانقسام،كالسيارة أو سند تنفيذى أو أصول العقود

(1) نقض 1964/12/31م،الطعن 396 لسنة 29 ق،مجموعة أحكام النقض،س 15،ص 1237.

(2) د/ مصطفى عدوى،المرجع السابق،ص 130.

Le Tourneau avec autres, op. cit. no. 3993, p. 950.

وقد قررت محكمة النقض بأن: "حياة النائب تعتبر حياة للأصيل".

راجع : نقض 1970/6/9م،الطعن رقم 133 لسنة 36 ق،مجموعة أحكام النقض،س 21 ،ص 998 ؛ نقض 1980/4/24م،الطعن رقم 648 لسنة 49 ق،نفس المجموعة،س 31 ،ص 1201 ؛ نقض 1963/6/6م،الطعن 235 لسنة 28 ق،نفس المجموعة،س 14،ص 792.

(3) د/ عصام الدفراوى،الرسالة السابقة،ص 193.

والمستندات، فعليه الرد إليهم مجتمعين، فإن خالف الوكيل ذلك كان مسئولاً، ما لم يقيموا نائباً عنهم في الاستلام. فإذا لم يتفقوا على طريقة الاسترداد جاز للوكيل إيداع ما بيده وفقاً لأحكام العرض والإيداع المقررة قانوناً.

ويرى البعض⁽¹⁾ أنه متى تعذر الرد إلى الورثة مجتمعين، فإن الرد لبعضهم أو لأحدهم بوصفه خلفاً عاماً يجرى بالنسبة للوكيل، لأن استلام الخلف العام لا يكون لحساب نفسه وإنما لحساب التركة وبصفته أمين عليها. كما أنه ليس من مهام الوكيل تصفية تركة الموكل وتقسيم ما بيده على رثته. فالميراث يسبقه استخراج نفقات تجهيز الميت وديونه ووصاياه، كما يحتاج لحصر الورثة وضبط أنصبتهم، وقد لا يدرك الوكيل كل ذلك، فيتأخر الرد وتزداد أعباؤه وقد يتخلف ضرر بلا مبرر، لأن في فكرة الخلافة العامة عن الميت الكفاية.

ويثور التساؤل عن الحكم في حالة ما إذا قام الوكيل برد ما بيده من أموال الوكالة إلى الوارث الظاهر⁽²⁾، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير وارث وطالب الوارث الحقيقي الوكيل بهذه الأموال؟

ذهب البعض⁽¹⁾ إلى أنه إذا كان الوكيل حسن النية بأن كان يعتقد أنه يتعامل مع وارث حقيقي ولم يكن هذا الاعتقاد ناجماً عن إهمال أو تقصير فيه، فإن الرد هنا يكون

(1) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 193.

(2) الوارث الظاهر هو شخص غير وارث حقيقة وإنما ينظر إليه الناس عموماً على أنه وارث حقيقي، ثم يتضح بعد ذلك أنه غير وارث.

صحيحاً منتجاً لأثاره ومبرئاً لذمته بغض النظر عن نية هذا الوارث الظاهر. أما إذا كان الوكيل سيئ النية بأن كان على علم . وقت الرد . بأنه يرد لغير الوارث الحقيقي أو أن اعتقاده بأنه وارث كان نتيجة إهماله وتقصيره الجسيم، ففي هذه الأحوال لا يعتد بهذا الرد ولا يكون مبرئاً لذمته تجاه الوارث الحقيقي صاحب الحق في الاسترداد⁽²⁾.

ثالثاً: التزام الوكيل بتقديم كشف حساب بعد موت الموكل

تنص المادة 705 من القانون المدني على أنه: "على الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حساباً عنها. وتنص المادة 1993 من التقنين المدني الفرنسي على أنه: "يجب على الوكيل تقديم الحساب عن إدارة عمله وعن المبالغ التي قبضها بمقتضى وكالته حتى ولو كان ما تسلمه غير مستحق للموكل".

(1) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 193 . 194 .

(2) قضت محكمة النقض بأن: "ثبوت وفاء المطعون ضدهما الأول والثاني بالمبلغ محل النزاع كأجرة عينية بحسن نية للطاعن بوصفه الوارث الظاهر لمؤجرة الأرض سند الدين. مؤداه . صحة الوفاء وبراءة ذمتهما وعدم أحقيتها في مطالبته برد ما استوفاه منها". نقض 2006/2/14م، الطعن 3904 لسنة 75 ق، المحاماة، العدد الخامس والسادس، سنة 2007م، ص 314.

ويخلص من ذلك أن الوكيل يلتزم بموافاة الموكل فى أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التى يقف منها على سير التنفيذ، وأن يقدم للموكل بعد انتهاء الوكالة حساباً عن كل أعمال الوكالة⁽¹⁾.

فتنفيذ الوكالة قد يستغرق وقتاً غير قصير، لذلك يجب على الوكيل ألا يقطع صلته بالموكل فى أثناء تنفيذ الوكالة وأن يطلعها، من تلقاء نفسه أو إذا طلب منه الموكل ذلك، على الخطوات الهامة التى يتخذها لتنفيذ الوكالة أى يوافيه بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة.

والمقصود بالمعلومات الضرورية كافة الخطوات والبيانات التى يقف منها الموكل على سير تنفيذ الوكالة، كالمبالغ التى قبضها والمصروفات التى أنفقها والخطوات والمراحل التمهيدية فى سبيل انجاز صفقة معينة⁽²⁾.

فإذا ما أتم الوكيل تنفيذ الوكالة وجب عليه أن يقدم حساباً عنها للموكل، ويجب أن يكون حساباً مفصلاً شاملاً جميع أعمال الوكالة ومدعماً بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل.

(¹) راجع حول هذا الموضوع بالتفصيل: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 404 وما بعدها، بند 264 وما بعده؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 169 وما بعدها، بند 82 وما بعده؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 286 وما بعدها، بند 205.

Collart – Dutilieul et Delebecque , op. cit. p. 508 – 510.

(²) د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 85.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "النص في المادة 705 من القانون المدني على أنه " على الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها "، يدل على أنه يجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يقدم للموكل حسابا مفصلا لجميع أعمال الوكالة مدعما بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل، وعليه أن يوفى صافي ما في ذمته ما لم يكن قد اتفق صراحة أو ضمنا على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب أو تقضى الظروف بالإعفاء ويرجع في ذلك إلى الصلة بين الموكل والوكيل وذلك إذا كانت هذه الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل، فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل بمجرد انجازه وذلك بحكم هذه الصلة. ومن المقرر في قضاء محكمة النقض أن المخالصة المبهمة التي يبين فيها الإيراد المنصرف وتفصيلات الحساب أو التي لم ينص فيها صراحة على إبراء الموكل لذمة وكيله عن فترة وكالته دون أن يطلب منه تقديم حساب لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب المفصل المدعم بالمستندات" (1).

(1) نقض 1984/3/4م، الطعن 1279 لسنة 50 ق، مجموعة أحكام النقض، س 35، ص 605.

والتزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته يعتبر من مستلزمات عقد الوكالة، ولا يعفى الوكيل من تقديم الحساب إلا إذا كانت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق تقضى بذلك⁽¹⁾.

وبوفاة الموكل ينتقل الحق في طلب الحساب إلى الخلف العام للموكل حتى لو كان الموكل قد تنازل عن هذا الحق في حياته، طالما أن الوكالة ما زالت مستمرة حتى الوفاة. أما لو انتهت قبل الوفاة فلا يجوز لهم إعادة النظر فيما انتهى من تصرفات مورثهم في حياته. وكذلك لا ينتقل إليهم هذا الحق في الحالات التي يعفى فيها الوكيل من تقديم الحساب عن وكالته⁽²⁾.

(1) راجع في ذلك بالتفصيل: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 408 وما بعدها، بند 267 . وانظر أيضا: استئناف مصر في 26 فبراير 1939م، المحاماة، س 20، رقم 120، ص 316؛ استئناف مصر في 28 مايو 1929م، المحاماة، س 10، رقم 16، ص 62.

(2) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 194.

المبحث الثانى

أثر موت الوكيل على الوكالة العادية

تمهيد وتقسيم

يترتب على موت الوكيل انقضاء الوكالة العادية لزوال الاعتبار الشخصى، ومن ثم عدم انتقالها إلى ورثته من بعده. ورغم انتهاء الوكالة بموت الوكيل إلا أن ورثته يقع على عاتقهم بعض الالتزامات التى نص عليها القانون والتى يكون الغرض منها المحافظة على مصالح الموكل.

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين فى الأول نعرض لانتهاء الوكالة بموت الوكيل، وفى الثانى نعرض لالتزامات ورثة الوكيل عقب وفاة مورثهم وذلك على النحو التالى

المطلب الأول: انتهاء الوكالة العادية بموت الوكيل.

المطلب الثانى: التزامات ورثة الوكيل عقب وفاة مورثهم.

المطلب الأول

انتهاء الوكالة العادية بموت الوكيل

موت الوكيل ينهي الوكالة

تنتهي الوكالة بموت الوكيل، كما تنتهي بموت الموكل، عملاً بالمادة 714 من القانون المدني المصري والمادة 2003 من القانون المدني الفرنسي.

فتنتهي الوكالة بموت الوكيل، لأن الموكل قد اختاره وكيلاً لاعتبار شخصي فيه، فلا يحل ورثته محله بعد موته إلا بموجب اختيار جديد وبالتالي عقد جديد⁽¹⁾. فالوكالة لا

(1) راجع في انتهاء الوكالة بموت الوكيل: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 544 . 545، بند 330 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178 ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 19 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 422؛ د/ محيي الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 240 ؛ د/ مروان كركبي، المرجع السابق، ص 615؛ د/ محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص 205 ؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 319 . 320، بند 232؛ د/ جورج حزبون، البحث السابق، ص 253 ؛ د/ عبد الباسط جميعي، البحث السابق، ص 286 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 520، بند 322؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 124.

وفي فرنسا :

Collart Dutilieul et Delebecque, op. cit., no. 634, p. 525 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 553, p. 292 ; Doucet, art. préc. P. 27 et s ; Bénabent, op. cit. no. 966, p. 468 et 469 ; Mainguy, op. cit., no. 591, p. 587 et 588 ; Huet, op. cit. no. 31266, p. 1190 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 553, p. 337 ; Antonmattei et Raynard, op. cit., no. 492, p. 359 ; Laher,

تورث⁽¹⁾. ولا يجبر الموكل على أن يتعامل مع خلفاء الوكيل، لأن النيابة التي كانت تخول الوكيل حق تمثيل الموكل ليست حقا يمكن توريثه بل مجرد سلطة للقيام بعمل معين⁽²⁾.

فالوكالة تقوم على الثقة والعلاقات الشخصية⁽³⁾، ومن ثم فإنها تنتهي حتما بموت الوكيل ولا تنتقل إلى ورثته، لأن الثقة التي منحها الموكل لوكيله ليس بالضروري أن يشترك فيها ورثته⁽⁴⁾. فمؤهلات المورث هي محل الاعتبار وليست مؤهلات الوارث، ومهما بلغ مدى ما يرثه الوارث من مورثه، فإنه لا يشمل صفاته الشخصية الذاتية⁽⁵⁾.

art. préc., no. 25, p. 560 ; Com., 30 janv. 1980, Bull. Civ., IV, no. 49 ; Civ. 1re, 9 juin 1976, J. C. P. 1976, iv, 257.

(¹) د/ عبد الباسط جميعي، البحث السابق، ص 286.

(²) د/ مروان كركبي، المرجع السابق، ص 615.

(³) Voir : Com. 20 avril 1967, Bull. Civ. 1967, 111, no. 156 ; J. C. P. éd .G, 1967, 11, no. 15389.

(⁴) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 150.

Et : Le Tourneau avec autres, op. cit. no. 3993, p. 950.

والذين يقولون في هذا الصدد :

" Parce que la confiance que portait le mandate à son représentant ne sera pas nécessairement partagée par ses héritiers "

(⁵) انظر : د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 150.

Et : Le Tourneau avec autres, op. cit. no. 3993, p. 950 ; Huet, op. cit., no. 31266, p. 1190 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit. no. 634, p. 525.

ومن ناحية أخرى، فإن الوكيل، في الغالب، يكون مهنيا ولا يتوافر في ورثته ما تتطلبه الوكالة من تخصص مهني⁽¹⁾، إذا ما كان الورثة يمارسون أنشطة تختلف عن نشاط المورث. وحتى إذا وجد من يمارس نفس نشاط المورث، فإنه ليس حتماً أن يتمتع بما كان يتمتع به مورثه من كفاءة وصفات شخصية. وحتى إذا كان أكثر تميزاً أو أكثر كفاءة من مورثه، فإن الوكالة تنتهي بموت المورث لأن المعول عليه والذي حاز ثقة الموكل هو المورث وليس الوارث⁽²⁾.

وبناء على ذلك، فإن ورثة الوكيل لا تحل محله بعد وفاته إلا بموجب اختيار جديد عن طريق عقد جديد⁽³⁾.

وانتهاء الوكالة العادية بموت الوكيل، كما سبق وذكرنا، يرجع إلى كون عقد الوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي. فخصوية الوكيل كانت محل اعتبار عند

(1) انظر في نفس المعنى: د/ محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص 205.

(2) فقد يكون الوكيل محامياً ولا يوجد في أولاده من يمارس مهنة المحاماة. وإذا كان منهم من يعمل محامياً، فإنه ليس من الضروري أن يكون كمورثه من حيث الكفاءة والسمعة. وحتى إذا كان الابن أكثر كفاءة وتميزاً من أبيه، فإن الوكالة تنتهي بموت الأب ولا تنتقل إلى الابن، رغم أنه يمارس ذات نشاط المورث بل وهو أكثر تميزاً منه، لأن الموكل إنما اعتد ووثق واستأنس بشخص الأب وليس ابنه.

راجع في نفس المعنى: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 150.

Et : Blondel, thèse, préc. p. 105 et 106.

(3) د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 502 وما بعدها، بند 322.

Et : Le Tourneau et Cadit, op. ci., no. 3395, p. 750 ; C. A. Paris, 30 mai 1969, Gaz. Pal. 1970, 2, Somm. P. 38 ; Civ. 3e, 10 nov. 1998, J. C. P. éd. G. 1999, 11, no. 10051, note A. Djigo.

التعاقد وبموته زال ذلك الاعتبار، فلا بد أن ينتهي حتما بزواله⁽¹⁾. فالموت يؤدي إلى زوال الصفات المعتبرة في شخص الوكيل. كما أن موت الوكيل يستحيل معه تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه والتي روى فيها شخصه والتي يجب أن يقوم بتنفيذها بنفسه، حتى لو أبدى وارثه استعدادا لتنفيذه، لأن التنفيذ يجب أن يتم من المورث شخصيا لا من غيره حتى لو كان وارثه⁽²⁾.

وقد قضى في هذا الصدد بأن: "المادة 714 من القانون المدني تنص على أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل. وقد ورد هذا النص في حدود الاستثناء الذي قرره المادة 145 من القانون المدني، فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفا عاما، لأن المشرع افترض أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة بوفاة أيهما اعتبارا بأن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد"⁽³⁾.

(1) انظر في نفس المعنى: د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253.

(2) راجع في ذلك: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 152؛ د/ السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 69 . 70 ؛ د/ محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص 205.

(3) نقض مدني في 13 فبراير 1968م، مجموعة أحكام النقض، س 19، رقم 38، ص 254.

تعدد الوكلاء وموت أحدهم

إذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم أو بعضهم. فهل يترتب على ذلك انتهاء الوكالة أم أنها تستمر بالنسبة لمن كان على قيد الحياة وتنتهى بالنسبة لمن مات فقط ؟

فى سبيل الإجابة على هذا التساؤل، فإننا نرجع إلى المادة 707 مدنى التى تحكم تنظيم حالة تعدد الوكلاء، حيث تنص الفقرة الثانية منها على أنه: "وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه".

فهذا النص يميز بين فرضين: الفرض الأول، وهو الذى يجب فيه على الوكلاء العمل مجتمعين. والفرض الثانى، وهو الذى يجوز فيه انفراد أحد الوكلاء بالعمل.

الفرض الأول: ضرورة اجتماع الوكلاء بالعمل: إذا عين كل الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص لهم بالانفراد بالعمل، أو إذا عينوا فى عقود متفرقة مع استلزام اجتماعهم بالعمل. فمعنى ذلك أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين. أى أن الوكالة تكون غير قابلة للتجزئة أو الانقسام. فالأصل أن يعملوا مجتمعين بالتشاور فيما بينهم وموافقهم جميعاً على التصرف موضوع الوكالة. وهذا يعنى أن الموكل قد اعتد بأشخاصهم جميعاً أو بأشخاصهم مجتمعين. فقد أراد بضرورة اجتماعهم أن يتشاوروا فى أمر الوكالة وأن يتعاونوا فى تنفيذها وأن يكون كل منهم رقيباً على الآخرين. فإذا استقل أحدهم أو بعضهم بعقد الصفقة أو بإدارة العمل فقد ضاع ما قصد إليه الموكل وضاع عليه رأى باقى الوكلاء الذين لم يشتركوا فى تدبير أمر هو فى حاجة إلى أن يساهموا فيه برأيهم.

وعلى ذلك إذا باشر التصرف أحد الوكلاء أو بعضهم دون الباقيين كان التصرف باطلا لانعدام صفة من باشر التصرف، إذ لا صفة إلا للوكلاء مجتمعين. ويستثنى من ذلك أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج إلى تبادل الرأى، يجوز لأى من الوكلاء أن يباشره منفردا لانتقاء الحكمة من وجوب اجتماعهم، مثل ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين أو وفاءه أو إبراء منه أو قبول هبة معينة أو رد وديعة⁽¹⁾.

فى هذه الحالة، إذا مات أحد هؤلاء الوكلاء أو مات بعضهم، فإن الوكالة تنتهى، ليس بالنسبة لمن مات فقط، وإنما بالنسبة للوكلاء الآخرين كذلك لاستحالة تحقق اجتماعهم ولعدم إمكانية تنفيذ الوكالة بدونهم⁽²⁾.

(1) راجع فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 390 . 391، بند 259 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 381 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 154 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 297 . 299، بند 215 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 151 . 152، بند 75 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 92 . 93.

(2) انظر فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 154 . 155؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 321، بند 232 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178 . 179؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 126.

Et : Kostic, thèse préc. p. 349 ; Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 979, no. 4135 ; Civ. 26 oct. 1891, D. 1891, 11, no. 92.

وقد قضى فى هذا الصدد بأن: "تعدد الوكلاء غير المأذونين بانفراد بالوكالة، الأصل أن يعملوا مجتمعين. الاستثناء أن يكون العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى. وفاة احدهم مؤداة. انتهاء

الفرض الثانى: جواز انفراد الوكلاء بالعمل: إذا عين الوكلاء بعقود متفرقة أو عينوا بعقد واحد وكان العمل مما لا يحتاج فيه لتبادل الرأى أو نص فيه صراحة على انفرادهم، فإنه يجوز لأحدهم أن ينفرد بالعمل الموكل به⁽¹⁾، أى أن الوكالة فى هذه الحالة تكون قابلة للتجزئة أو للانقسام.

فى هذا الفرض إذا مات أحد الوكلاء أو بعضهم، فإن موته لا يؤثر على استمرار الوكالة بالنسبة للآخرين، بل تظل وكالتهم قائمة وسارية ولا تنتهى سوى وكالة من مات منهم فقط، ما دام لكل منهم سلطة مباشرة العمل منفرداً⁽²⁾.

وكالته وحده وبقاء وكالة الباقيين موقوفة فيما يحتاج إلى العمل مجتمعين ونافذة فيما لا يحتاج الرأى إلى أن يقرر القاضى ما يراه بشأنهم .

نقض 25 مايو 2005م، الطعن 2718 لسنة 71 ق، المحاماة، العدد الرابع، 2005م، ص 581
(¹) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه: "إذا تعدد الوكلاء فى الأمر الواحد كان كل منهم مسئولاً عن التزاماته كوكيل. فيجب أن ينفذ الوكالة ولا يصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين ما داموا قد عينوا فى عقد واحد ولم ينص صراحة فى العقد على انفرادهم، جاز أن ينفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة". مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 213.

(²) راجع فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 154 . 155؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 125 . 126.

وفى هذا الصدد قضت محكمة استئناف مصر بأنه: "إذا تعدد الوكلاء جاز انفرادهم إذا كان توكيلهم بعقود متعددة. وإذا كان التوكيل بعقد واحد جاز الإنفراد متى كان العمل الذى يباشره الوكيل مما لا يحتاج فيه إلى الرأى أو كان عمله فى مصلحة الموكل".

استئناف مصر فى أول أكتوبر 1946م، المحاماة، س 28، رقم 175، ص 568.

خلاصة القول إذن أن استمرار الوكالة في حالة تعدد الوكلاء بعد وفاة أحدهم (أو عزله) يرتبط بقصد الموكل من هذا التعدد، سواء تم تعيينهم بعقد واحد أو بعقود متفرقة⁽¹⁾. فقد يعينهم بعقود متفرقة في مهمة تستلزم عملهم مجتمعين، وقد يعينهم بعقد واحد يسمح لهم بالعمل منفردين، كما إذا نص في سند الوكالة على أنه يوكلهم "مجتمعين أو منفردين". فإذا ظهر ضرورة اجتماع الوكلاء وتبادلهم الرأي والمشورة، سواء عن طريق الاتفاق أو من خلال طبيعة العمل، فإن الوكالة تنتهي بموت أحد هؤلاء الوكلاء فلا يملك الباقي التصرف بموجبها⁽²⁾. وهذا ما يقتضيه الطابع الشخصي للوكالة⁽³⁾.

أما إذا نص على جواز أن ينفرد أي من الوكلاء بالعمل أو كان العمل مما لا يحتاج فيه لتبادل الرأي، فإن الوكالة لا تنتهي بموت أحد الوكلاء وإنما تستمر بالنسبة للباقيين وتنقضى بالنسبة لمن مات منهم فقط.

(1) Voir : Huet, op. cit. no. 31253, p. 1179.

(2) في نفس المعنى: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 155.

(3) د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 59.

الوكيل شخص اعتبارى أو معنوى

إذا كان الوكيل شخصا معنويا أو اعتباريا، كشركة أو مؤسسة أو جمعية، فإن الوكالة تنتهى بانقضائه أو حله ولو كان هذا الحل اختياريا، لأن انقضاء الشخص المعنوى هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعي⁽¹⁾.

فانقضاء الشخص المعنوى الوكيل، لأى سبب من الأسباب التى نص عليها القانون، كحله أو دمجها فى شخص معنوى آخر أو انتهاء أعماله، يترتب عليه انتهاء شخصيته القانونية ومن ثم انقضاء عقد الوكالة التى كان طرفا فيه⁽²⁾.

وقد سبق أن رأينا أن الشركة إذا كانت هى الموكل، فإن الوكالة الصادرة منها تنتهى بجلها مع بقائها المدة اللازمة للتصفية، إذ أن الشخصية المعنوية تبقى للشركة فى حدود

⁽¹⁾ راجع فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 125؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 502، بند 322؛ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 179؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423.

= Et : Mazeaud (D.), Leçon de droit civil, Tom. 111, 2e Vol., 11 partie, 5é. éd., 1980, par De Juglart, Montchrestien, p. 335 et s ; Laher, art. préc., no. 25, p. 560 ; Civ. 12 mars 1984, Bull. Civ. 1984, p. 92.

(2) Voir : Bénabent, op. cit., no. 966, p. 469 ; Com. 30 mai 2000, Bull. Civ., 2000, IV, no. 113.

أغراض التصفية. إلا أن الأمر على خلاف ذلك إذا كانت الشركة هي الوكيل. ففي حالة حل الشركة، فإن الوكالة تنتهي ولا تبقى مدة التصفية لأن الشركة عند تصفيتها لا تستطيع مباشرة أعمال الوكالة، إذ هي لا تدخل في أعمال التصفية. ولكن على المصفي أن يتخذ التدابير الضرورية لصيانة مصالح الموكل كما يفعل ورثة الشخص الطبيعي إذا كان وكيلا ومات⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 1/19 من مشروع القانون الموحد في شأن النيابة الذي أعده المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص سنة 1955م تحت عنوان "موت وفقد أهلية وإفلاس النائب" قد نصت على أن: "تتقاضى النيابة: 1. بموت النائب أو بانقضاء الشخصية المعنوية إذا كان شخصا معنويا. 2. بفقد النائب الأهلية التي كان متمتعاً بها وقت صدور النيابة. 3. بإشهار إفلاس النائب"⁽²⁾.

أثر موت الوكيل على وكالة نائب أو وكيل الوكيل

أجاز المشرع المصري في المادة 708 مدنى للوكيل أن ينيب عنه غيره للقيام بدلا منه بتنفيذ الوكالة وذلك بنصه على أنه: "1. إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو. ويكون الوكيل ونائبه، في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية. 2. أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون

(1) راجع في ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 547، بند 331، هامش رقم 3.

(2) انظر في هذا النص: د/ محمد حمدى مكي، الرسالة السابقة، ص 206، هامش رقم 3.

مسئولا إلا عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات. 3. ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر".

وفي القانون الفرنسي، فإن الأصل أنه يجوز للوكيل، عند سكوت العقد، أن يوكل غيره للقيام بتنفيذ الوكالة إذ جاء في المادة 1994 مدني أن الوكيل مسئول عن نيابه في إدارة العمل: 1. إذا لم يكن مأذونا في إنابة غيره عنه. 2. إذا كان الإذن المعطى إياه لم يعين نائب عنه وكان النائب الذي اختاره مشهورا بعدم الأهلية أو بالإعسار. وفي جميع الأحوال يجوز للموكل أن يقاضى مباشرة الشخص الذي ينيبه الوكيل عنه⁽¹⁾.

غير أن المشرع المصري، وكذلك المشرع الفرنسي، لم ينص على أثر وفاة الوكيل على وكالة نائب أو وكيل الوكيل، وذلك بخلاف بعض القوانين الأخرى التي نصت على ذلك صراحة⁽²⁾.

وفي بيان أثر وفاة الوكيل على وكالة نائب أو وكيل الوكيل نفرق بين ثلاثة فروض

الفرض الأول : إذا كان الوكيل غير مرخص له بتوكيل غيره : يفهم من الفقرة الأولى من المادة 708 مدني أن الوكيل إذا أناب عنه غيره دون أن يكون مرخصا له في ذلك،

(1) Voir : Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit. no. 637, p.527 – 528 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 561, p. 298 – 299 ; Bénabent, op. cit. no. 940, p. 450 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit. no. 561, p. 345 – 346 ;

(2) كقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 817 ، والقانون المدني العراقي في المادة 939 ، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 961 ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي في المادتين 937 و938.

كانت إنابته صحيحة ولكن يكون مسئولا عن عمل النائب مسئوليته عن عمله الشخصى ويكون متضامنا معه فى المسئولية. ومفاد ذلك أن الوكيل حينما ينيب عنه غيره، إنما يوكل لنفسه وليس للموكل، وبالتالي لا توجد علاقة مباشرة بين الموكل ونائب أو وكيل الوكيل وأن الوكيل هو المسئول عن تنفيذ الوكالة⁽¹⁾.

وفى هذه الحالة، فإن وفاة الوكيل (أو عزله أو نقص أهليته) يترتب عليها انتهاء وكالة نائبه، لأن ثقة الموكل فى شخص الوكيل الأول كانت السبب فى السماح بالاستعانة بغيره، فإن مات من كان محلا لهذه الثقة فلا وجه لبقاء نائبه. كما تنتهى بوفاة الموكل تبعا لانتهاء وكالة الوكيل.

الفرض الثانى: إذا كان الوكيل مرخصا له بتوكيل شخص غير محدد: إذا كان الوكيل مرخصا له بتوكيل شخص غير محدد، فإنه يتمتع بسلطة تقديرية فى اختياره، ويكون مسئولا إذا أساء الاختيار، كأن يختار نائبا معسرا أو مشهورا بالإهمال أو عدم الأمانة أو غير كفاء للمهمة الموكولة إليه⁽²⁾.

(1) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، 159.

Et voir : Antonmattei et Raynard, op. cit. no. 464, p. 342 .

(د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 402، بند 263)²

Et voir : Antonmattei et Raynard, op. cit., no. 464, p. 342 ; Le Tourneau avec autres, op. cit., no. 4053 ; Collart Dutilieul et Delebecque, op. cit., no. 637, p. 527 – 528 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 561, p. 298 – 299 .

فى هذه الحالة نجد أن العلاقة القانونية تقوم مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل، وبالتالى فإن موت الوكيل لا يؤثر على علاقة الموكل بنائب الوكيل، أى لا تنتهى وكالة نائب الوكيل⁽¹⁾.

فى هذه الحالة يجب التمييز بين صورتين⁽²⁾

الصورة الأولى: أن يكون الترخيص من باب التوسعة على الوكيل بالاستعانة بغيره فى تنفيذ الوكالة، كأن يكون الوكيل محاميا، وقد رخص له الموكل فى توكيل من يختار من المحامين فى كل أعمال الوكالة أو بعضها.

ففى هذه الحالة يظل الاعتبار الشخصى قائما من خلال شخص الوكيل الأول، لأن الموكل ما زال يعتد برأيه واختياره⁽³⁾، مع بقاء مسؤوليته عن ذلك⁽⁴⁾. فالسماح بتوكيل

(1) وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "للكيل أن يوكل غيره فيما وكل فيه أو جزء منه، ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص خاص فى سند الوكالة. أثره . قيام علاقة مباشرة بين نائب الوكيل والموكل ينصرف بموجبها على الأخير كافة التصرفات التى يبرمها النائب متى تحققت شروط أعمال هذا الأثر . وفاة الوكيل بعد إبرامه عقد الإنابة لا أثر له على العلاقة بين الموكل والنائب فيما يأتية الأخير بعد الوفاة من تصرفات أو فى توافر صفته فى القيام بأى إجراء يتسع له عقد الإنابة .".
نقض 1996/5/8 م، الطعن 2256 لسنة 65 ق، مجموعة أحكام النقض، س 47 ، ج 1، ص 742.

(2) راجع: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 160.

(3) راجع: د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 103، حيث يقول: " ... مثلا الثقة والاعتداد منذ البداية بشخص الوكيل الأول تسمح بالاطمئنان على اختيار الوكيل الثانى ."

(4) نصت المادة 75 من قانون المحاماة المصرى رقم 17 لسنة 1983م على أنه : " يلتزم المحامى بالإشراف على الموظفين العاملين بمكتبه ومراقبة سلوكهم والتحقق من أنهم يؤدون ما يكلفون به بأمانة وصدق . وللمحامى أن يصدر توكيلا لواحد أو أكثر من العاملين بمكتبه".

الغير دون انتقال الالتزام دليل على قيام الاعتبار الشخصى. وعليه تنتهى وكالة نائب الوكيل بموت الوكيل وبغزله وتغيير حالته وبموت الموكل وتغيير حالته لأن علاقة الموكل تقوم من خلال علاقة الوكيل، فإن انتهت انتهت بالتبعية وكالته.

الصورة الثانية: أن يتعلق الإذن بعمل لن يشترك الوكيل فى تنفيذه، كأن يكون للموكل وكيلًا عامًا من غير المحامين فيأمره الموكل بتوكيل محاميا له.

وفى هذه الحالة لا يسأل الوكيل إلا عن اختياره، أما تنفيذ الوكالة فلا يتوقف عليه وإنما تقوم العلاقة المباشرة بين الموكل الأصلى والوكيل الثانى، وبالتالي لا تنتهى وكالة الوكيل الثانى بوفاة الوكيل الأول أو بعزله أو بتغيير حالته لأن استمرارها ليس فى حاجة لبقائه ولأنها فى الحقيقة ليست من صور الاستبدال⁽¹⁾.

الفرض الثالث: إذا كان الوكيل مرخصًا له بتوكيل شخص محدد: عند الترخيص للوكيل الأول بتوكيل شخص معين، فإنه يكون نائب للموكل، فتقوم العلاقة القانونية مباشرة بينهما طبقًا لقواعد النيابة⁽²⁾.

وهذا الفرض لم تعرض له الفقرة الثانية من المادة 708 مدنى مباشرة، ولكن المفهوم من النص أن الوكيل لا يكون مسئولًا عن اختيار نائبه إذ أن الموكل قد وافق على هذا

(1) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 160.

(2) انظر: د/ رمضان أبو السعود، الرسالة السابقة، ص 98 . 100.

الاختيار ورخص فيه،ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولاً في هذا الفرض إلا عن خطأه الشخصي فيما أصدر له من تعليمات⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة إذا مات الموكل الأصلي انتهت وكالة الوكيل الأول ووكالة الوكيل الثاني، ما لم تكن ذات طابع موضوعي. أما إذا مات الوكيل الأول فلا تنتهي وكالة الوكيل الثاني وإنما تظل سارية فيما بينه وبين الموكل الأصلي لعدم حاجتها لبقائه، لأن التعيين قطع نظره ورأيه فلم يعد تنفيذها في حاجة لشخصه أو لصفاته⁽²⁾.

(1) راجع: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 403، بند 263. وانظر كذلك : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، حيث ورد فيها تأكيداً لهذا المعنى: " أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب، فلا يكون الوكيل مسئولاً إلا عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات " . مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 214. .

(2) انظر: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 398، بند 262، هامش رقم 3 ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 239 ؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 161.

المطلب الثاني

التزامات ورثة الوكيل عقب وفاة مورثهم

تمهيد

نصت المادة 2 /717 مدنى على أنه: "فى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل".

فقد ألقى هذا النص على عاتق التوكيل بعد موته التزامين أساسيين: **أولهما**، التزام ورثة الوكيل بإخطار الموكل بموته. **وثانيهما**، التزام ورثة الوكيل باتخاذ التدابير التحفظية لصالح الموكل⁽¹⁾. فضلا عن ذلك فإن هناك التزامات أخرى يلتزم ورثة الوكيل بالقيام بها عقب موت مورثهم، كالتزامهم بعدم استعمال أموال الموكل، والتزامهم بالرد وأخيرا التزامهم بتقديم كشف حساب للموكل.

وسوف نعرض فى فرع أول لطبيعة الالتزامين الواردين بالمادة 2/717 مدنى والأساس القانونى لهما. وفى فرع ثانٍ لالتزامات ورثة الوكيل الواردة بالمادة 2/717 مدنى .

(1) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدنى: "أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل، فعلى الورثة الذين توافرت فيهم الأهلية وكانوا يعلمون بالوكالة أن يتخذوا هذه التدابير العاجلة وعليهم أن يبادروا بإخطار الموكل بموت مورثهم حتى يدبر أمره. وهذا هو الحكم أيضا فى ورثة الفضولى". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 238.

وأخيرا نعرض فى فرع ثالث لالتزامات ورثة الوكيل الأخرى عقب موت مورثهم وذلك على النحو التالى

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لالتزامات ورثة الوكيل بعد موته.

الفرع الثانى: التزامات ورثة الوكيل الواردة بالمادة 2/717 مدنى .

الفرع الثالث: التزامات ورثة الوكيل الأخرى بعد موته.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لالتزامات ورثة الوكيل بعد موته

التزامات ورثة الوكيل التزامات قانونية

طبقا للمادة 2/717 من القانون المدنى يلتزم ورثة الوكيل،بعد موته، بإخطار الموكل بموت مورثهم وبتخاذ التدابير والإجراءات والأعمال التحفظية.

ويثور التساؤل فى هذا الصدد حول طبيعة هذه الالتزامات وهل هى التزامات عقدية مصدرها عقد الوكالة ؟ أم هى التزامات قانونية مصدرها المباشر هو القانون ؟

فى سبيل الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين

الاتجاه الأول : ويذهب أنصاره⁽¹⁾ إلى أن عقد الوكالة لا ينتهى بمجرد موت الوكيل،بل يلتزم ورثته بكل ما تقتضيه الظروف لحفظ وصيانة مصالح الموكل، وأن الوكالة تبقى قائمة بالنسبة لهذه الأعمال التحفظية. ويترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل

(1) من هذا الاتجاه: د/ السنهورى،الوسيط، ج 7 ،ص 540،بند 324 ؛د/ قدرى الشهاوى،المرجع السابق،ص 503 ؛ د/ مصطفى عدوى،المرجع السابق،ص 178؛ د/ مشعل مهدى،البحث السابق،ص 128 . 129.

وفى القضاء الفرنسى :

Civ. 12 janv. 1866, S. 1866, 1, P. 62 ; Civ. 3 janv. 1895, D. 1895, 1, p. 401.

مشار إلى هذين الحكمين فى مؤلف د/ السنهورى،المرجع السابق،ص 540،هامش رقم 4.

والموكل، فيكون الوكيل أو ورثته ملتزمين ببذل العناية الواجبة في القيام بهذه الأعمال
وبتأدية حساب عنها، ويكون الموكل أو ورثته ملتزمين بالأجر وبرد المصروفات
وبالتعويض عن الضرر.

وواضح أن هذا الاتجاه يرى أن الالتزامات الملقاة على عاتق ورثة الوكيل بعد موته هي
التزامات عقدية مصدرها عقد الوكالة الذي يظل قائما مرتبا لآثاره بالنسبة للأعمال
والإجراءات والتدابير التحفظية. فإذا أخل ورثة الوكيل بأى من هذه الالتزامات فإنه
يسأل طبقا لأحكام المسؤولية العقدية .

الاتجاه الثانى : ويذهب أنصاره⁽¹⁾ إلى أن عقد الوكالة ينتهى حتما وبقوة القانون بموت
الوكيل باعتباره من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى، ويتوقف عن أن يرتب ثمة
التزامات فى ذمة ورثة الوكيل وبالتالي لا يكون عقد الوكالة مصدرا لالتزاماتهم . وأن
القانون هو مصدر التزامات ورثة الوكيل باعتبارهم خلفا عاما له. فإذا ما أخلوا بأى من
هذه الالتزامات، فإن مسئوليتهم تصبح مسئولية تقصيرية مصدرها القانون ويسألون طبقا
لأحكام هذه المسئولية.

ومن جانبنا، فإننا نميل إلى تأييد الاتجاه الثانى، ذلك أن الوكالة تنتهى حتما بموت
الوكيل، لكونها تقوم على الاعتبار الشخصى الذى من مقتضاه أن يقوم الوكيل بتنفيذ
التزاماته بنفسه وبموته سيستحيل ذلك. وهذا الانتهاء المفاجئ لعقد الوكالة من شأنه أن

(1) من هذا الاتجاه : د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 213. وقارب: د/ محمد كامل مرسى
، المرجع السابق، ص 334، بند 248.

يحدث العديد من المخاطر والاضطرابات للموكل الذى يستحيل عليه،بطبيعة الحال، الوقوف على الوقت الذى سيموت فيه الوكيل فيحتاط لنفسه. فالموت من الغيبات التى لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى⁽¹⁾. ومن أجل تلافي تلك المخاطر والاضطرابات تدخل القانون فى المادة 2/717 مدنى وألقى على عاتق ورثة الوكيل،بوصفهم خلفا عاما، الالتزامات التى قررتها هذه المادة حرصا على مصالح الموكل وبقصد استقرار المعاملات.

يضاف إلى ذلك أن واضعى القانون المدنى المصرى كان مستقرا فى عقيدتهم أن عقد الوكالة ينتهي حتما بموت الوكيل بدليل أن المادة 2/717 مدنى قد جاء فى صدرها عبارة " فى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل" ⁽²⁾.

والخلاصة أن الالتزامات الملقاة على عاتق ورثة الوكيل بعد موته والتى نصت عليها المادة 2/717 مدنى هى التزامات قانونية،مصدرها المباشر القانون وليس عقد الوكالة. فهذا العقد قد انتهى بمجرد وفاة الوكيل،وبالتالى توقف عن أن يرتب ثمة آثار فى ذمة

(1) قال الله تعالى فى قرآنه الكريم:بسم الله الرحمن الرحيم " إن الله عنده علم الساعة وينزل الغيث ويعلم ما فى الأرحام،وما تدرى نفس ماذا تكسب غدا وما تدرى نفس بأى أرض تموت،إن الله عليم خبير " صدق الله العظيم. سورة لقمان،الآية 34.

(2) كما أن ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى بأن مسألة انتهاء الوكالة بموت الوكيل أمر مستقر لا خلاف عليه حيث ورد فيها: " أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل فعلى الورثة". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 238.

ورثة الوكيل أو الموكل. وفي حالة إخلال الورثة بأى من هذه الالتزامات فإنهم يسألون طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية.

والالتزامات ورثة الوكيل بعد موته التى قررتها المادة 2/717 مدنى هى التزامات شخصية وليست موروثية. فهى التزامات فرضها القانون عليهم، فلا تنقيد بتركة أو ميراث.

فإذا ما أخلوا بتلك الالتزامات، فإنهم يسألون مسؤولية شخصية مصدرها القانون⁽¹⁾.

شروط قيام التزامات ورثة الوكيل بعد موته:

يشترط لالتزام ورثة الوكيل بالأعمال التى نصت عليها المادة 2/717 مدنى توافر شرطين: الأول، توافر الأهلية فى رثة الوكيل. والثانى، تحقق علم الورثة بوجود الوكالة.

الشرط الأول: توافر الأهلية فى ورثة الوكيل: ذهب الفقه استناداً إلى ظاهر نص المادة 2/717 مدنى إلى أنه يلزم توافر الأهلية فى ورثة الوكيل، حتى تتعد على رأسهم الالتزامات التى قررتها المادة المذكورة. فإذا لم يتوافر فيهم هذه الأهلية، فلا التزام عليهم

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 213 . وقارب: د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426 . 427، حيث يقول: " ولما كان الورثة يضطلعون بسائر التزامات المورث باعتبارهم من الخلف العام، فإنهم لا يتحملون بهذه الالتزامات إلا فى حدود التركة تطبيقاً لأحكام الشريعة الغراء التى من مقتضاها أن تركة المورث هى الضامنة لديونه، ولا يلتزم الورثة فيما عداها بأى التزام من التزامات مورثهم ".

حتى لو كان لهم نائب يمثلهم يستطيع أن يقوم عنهم بهذه الأعمال المنصوص عليها في تلك المادة⁽¹⁾.

بينما ذهب البعض من الفقه⁽²⁾، نوّده، إلى عدم اشتراط أهلية ورثة الوكيل وأن الالتزامات التي قررتها المادة 2/717 مدنى تقع على عاتق الورثة إذا كانوا بالغين، أى تتوافر فيهم الأهلية، أو كان لهم وصى أو نائب. أما إذا كانوا من القصر وليس لهم وصى أو نائب عنهم، فلا يطالبون بالقيام بهذه الأعمال⁽³⁾.

(1) د/ السنهورى، الوسيط، ج7، ص 539، بند 324 وهامش رقم 3 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 334، بند 248 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426.

(2) د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة، ص 215.

(3) وهذا ما نصت عليه صراحة المادة /2821 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث تقول: " إذا توفى الوكيل وكان الورثة عالمين بوجود الوكالة، وجب عليهم أن يبلغوا الموكل بلا إبطاء خبر الوفاة وعليهم أيضا أن يحتفظوا بالوثائق وغيرها من الأوراق المختصة بالموكل وأن يتخذوا جميع الوسائل اللازمة لصيانة مصالحه.

على أن أحكام هذه المادة لا تسرى على الورثة القصر ما داموا بلا وصى " .

راجع حول ذلك النص: د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 615 . 616 .

كما نص على ذلك أيضا الفصل 941 من قانون الالتزامات و العقود المغربى بقوله : " فى حالة موت الوكيل، يجب على ورثته، أن كانوا على علم بالوكالة أن يبادروا بإعلام الموكل به . كما أنه يجب عليهم أن يحافظوا على الوثائق وغيرها من المستندات التى تخص الموكل . ولا يسرى هذا الحكم على الورثة إن كانوا قاصرين، طالما لم يعين لهم وصى " .

فالالتزامات التي نصت عليها المادة 2/717 مدنى لا يتطلب شخصا معيناً للقيام بها، فيمكن تنفيذها من الوارث أو من وصيه أو من نائبه⁽¹⁾. أما إذا لم يكن للقاصر نائب ينوب عنه، فإنه تسقط عنه تلك الالتزامات.

الشرط الثانى: علم الورثة بوجود الوكالة: اشترطت المادة 12/717 مدنى صراحة أن يكون ورثة الوكيل على علم بوجود الوكالة بنصها: "... وكانوا على علم بالوكالة...". ولا خلاف فى الفقه حول ضرورة توافر ذلك الشرط⁽²⁾. فهذا العلم أمر ضرورى لتحقيق

(¹) قارن: د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426، هامش رقم 3، حيث يقول: " ولا معنى للقول بأن وصى القاصر يلتزم شخصياً بالسهر على مصالح الموكل، إذ أن القاصر يعتبر بمثابة وكيل فى مثل هذه الحالة . والوكيل القاصر لا يلتزم بشيء قبل الموكل، فلا نفهم إذن على أى أساس يلتزم الوصى شخصياً بتنفيذ التزام لا تتشغل به ذمة القاصر ".

(²) انظر على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 539، بند 324؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 216؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 128؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 241؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 615؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 334، بند 248؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503.

Et : Le Tourneau et autres, op. cit. p. 979, no. 4136.

وفى القضاء على سبيل المثال: استئناف مصر فى 28 نوفمبر 1934م، مجلة المحاماة، س 15، ص 498. والذى جاء فيه " أنه إذا مات الوكيل مجهلاً ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل، لا يلزم الورثة بتقديم الحساب لأنه ليس فى استطاعتهم تقديم الحساب. وإن مات الوكيل غير مجهل مثلاً، فيلتزمون بتقديم الحساب لأن ذلك هى الطريقة الوحيدة لمعرفة الحساب ".

وراجع أيضاً: استئناف مصر فى 26 فبراير 1939م، المحاماة، س 20، رقم 120، ص 319؛ إسكندرية الكلية فى 21 يناير 1930م، المحاماة، س 10، رقم 373، ص 752؛ مصر الكلية فى 17

مسئوليتهم بما رتبته عليهم من التزامات بعد وفاة مورثهم. كما أنه من مقتضيات القواعد العامة في المسؤولية، إذ ليس من العدل أن ينشأ الالتزام دون علم الملتزم به أو بمحلته⁽¹⁾.

ويجب أن يكون علم ورثة الوكيل بوجود الوكالة علماً يقينياً حقيقياً وليس افتراضياً. فإذا انتفى علم الورثة بوجود الوكالة، فإنه لا تتحقق مسئوليتهم عن الالتزامات التي أشارت إليها المادة 2/717 مدني، إذ لا يكونون ملتزمين بالقيام بها حينئذ.

ويخضع إثبات علم ورثة الوكيل بالوكالة أو جهلهم بها للقواعد العامة في الإثبات⁽²⁾. والأصل أن علم الورثة بالوكالة لا يفترض وعلى من يدعى العكس إقامة الدليل. فإذا ادعى الموكل أن الورثة كانوا على علم بوجود الوكالة، فإن عليه إقامة الدليل على توافر علمهم اليقيني بالوكالة. أما ورثة الوكيل فلا يكفون بإثبات جهلهم بوجود الوكالة، لأنهم يتمسكون بالأصل، والأصل هو عدم علمهم بها⁽³⁾.

مايو 1937م، المحاماة، س 18، رقم 257. مشار إلى تلك الأحكام في مؤلف الدكتور/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426، هامش رقم 1.

(1) انظر في نفس المعنى: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 216.

(2) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 216.

(3) قارن: د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426، حيث يذهب إلى أنه: "... على الورثة الذين ينفون مسئوليتهم قبل الموكل يدعوى جهلهم بالوكالة أن يقيموا الدليل على صحة ما يدعون، لأنهم يدعون بذلك براءة ذمتهم من التزام مقرر لصالح خصمهم، وعلى المدين إثبات براءته من الدين".

وواضح أن سيادته كان متأثراً بما كان وارداً في التقنين المدني القديم، إذ أن ما قرره يتطابق مع نص المادة 279/214 مدني قديم.

والخلاصة أنه إذا توافر فى ورثة الوكيل الأهلية أو كانوا قسرا ولهم من ينوب عنهم وكانوا عالمين بوجود الوكالة فإنهم يكونون ملزمين بالقيام بالأعمال التى أشارت إليها المادة 2/717 من القانون المدنى وتترتب مسئوليتهم قبل الموكل فى حالة إخلالهم بهذه الالتزامات.

الفرع الثاني

التزامات ورثة الوكيل الواردة بالمادة 2/717 مدنى

ألقى نص المادة 2/717 مدنى على عاتق التوكيل بعد موته التزامين أساسيين: أولهما،التزام ورثة الوكيل بإخطار الموكل بموته. وثانيهما،التزام ورثة الوكيل باتخاذ التدابير التحفظية لصالح الموكل⁽¹⁾. نعرض لهما تباعا على النحو التالى:

أولا : التزام ورثة الوكيل بإخطار الموكل بموت مورثهم

ألزمت المادة 2/717 من القانون المدنى والمادة 2010 من القانون المدنى الفرنسى ورثة الوكيل بأن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم،حتى يتولى أمره،بعد أن كان يقوم عليه غيره⁽²⁾.

ولم يحدد القانون شكلاً أو طريقاً معيناً يجب على ورثة الوكيل اتباعه لإخطار الموكل بموت مورثهم. وعلى ذلك فإنه يجوز لورثة الوكيل إخطار الموكل بأى وسيلة

(1) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدنى: "أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل، فعلى الورثة الذين توافرت فيهم الأهلية وكانوا يعلمون بالوكالة أن يتخذوا هذه التدابير العاجلة وعليهم أن يبادروا بإخطار الموكل بموت مورثهم حتى يدبر أمره . وهذا هو الحكم أيضا فى ورثة الفضولى " . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 238.

(2) راجع :مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 238.

Et voir : Huet, op. cit., no. 31266, p. 1190 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 560.

كانت، كإعلانه بموته على يد محضر أو بكتاب موسى عليه بعلم الوصول أو بغير علم وصول أو حتى شفاهة، طالما كان من شأن ذلك تحقق علم الموكل بموت الوكيل حتى يتمكن من تدبير أمره بتوكيل شخص آخر ليقوم مقامه أو ليتولى مباشرة العمل محل الوكالة بنفسه.

وإذا تخلف ورثة الوكيل عن إخطار الموكل بوفاة الوكيل . رغم توافر شروط التزامهم بالإخطار . فإنهم يسألون عن الأضرار التي يمكن أن تصيب الموكل، ومسئوليتهم في هذه الحالة تكون مسئولية شخصية قوامها الخطأ التقصيري لإخلالهم بالتزام قانوني فرضه المشرع على عاتقهم بموجب المادة 2/717 مدنى.

ولا يعفى ورثة الوكيل من المسئولية عن إخطار الموكل بموت مورثهم إلا إذا تعذر عليهم ذلك؛ كسفر الموكل أو عدم معرفته أو معرفة محل إقامته، أو موته وعدم الوصول إلى معرفة ورثته. ولكن ذلك لا يعفيهم من اتخاذ التدابير والإجراءات التحفظية للمحافظة على مصالح الموكل. ويرى البعض⁽¹⁾ أنه إذا لم يستطع ورثة الوكيل أن يعثروا على الموكل أو لم يتمكنوا من إخطاره بموت مورثهم جاز لهم أن يطلبوا من القضاء أن يحل محلهم حارس قضائي⁽²⁾.

(1) د/ السنهوري، الوسيط، ج7، ص 540، هامش رقم 3.

(2) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 540، هامش رقم 3 .

ولا يوجد ما يمنع ورثة الوكيل من إخطار كل من له علاقة بالوكالة، بموت مورثهم ما داموا على علم به ليحتاط لنفسه دون أن يكونوا ملزمين بذلك⁽¹⁾، وإن كان الإخطار فى هذه الحالة من شأنه أن يحقق مصلحتهم فى أغلب الأحوال .

ثانيا : التزام ورثة الوكيل باتخاذ التدابير والأعمال التحفظية

الالتزام الثانى الذى ألقته المادة 2/717 مدنى على عاتق ورثة الوكيل، هو التزامهم بأن يتخذوا من التدابير والأعمال التحفظية ما يقتضيه الحال لصالح الموكل. ومن أمثلة ذلك التزامهم بالقيام بكل الأعمال والتدابير التحفظية اللازمة لصيانة وحفظ أموال الموكل والامتناع عن كل عمل من شأنه إلحاق الضرر أو التلف بها⁽²⁾.

ويدخل فى هذه الأعمال والتدابير التحفظية؛ الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل⁽³⁾. وبوجه عام يلتزم ورثة الوكيل بالقيام بكل ما تقتضيه الظروف

(1) قارن د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 217، حيث يقول : " ليس هناك . من حيث المبدأ . ما يجول دون إلزام الخلف العام للوكيل بإخطار كل من له علاقة بالوكالة ما داموا على علم به ليحتاط لنفسه " .

(2) فإذا كان الوكيل قد بدأ جنى المحصول وبيعه وجب على ورثته أن يستمروا حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة دون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله .

راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 238 .

Et voir : Laher, art. préc., no. 25, p. 560.

(3) وقد قضى بأنه " رغم الخلاف القائم بين شراح القانون الفرنسى حول ملكية الدفاتر والأوراق التى يحررها الوكيل أثناء قيامه بإدارة أعمال موكله وما إذا كان للموكل أن يدعى ملكية هذه الدفاتر، فإنه لا نزاع فى أن للقضاء أثناء طرح النزاع بين الطرفين أمامه حول أعمال الوكيل أثناء إدارته أن يلزم ورثته

واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل⁽¹⁾، وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه أو النائب عنه . فى حالة إفلاسه أو نقص أهليته أو وراثته أو النائب عنه فى حالة موته . من أن يتولى بنفسه الأعمال التى سبق التوكيل فيها ⁽²⁾.

بتقديم هذه الدفاتر والأوراق لبحثها على اعتبار أنها على الأقل مملوكة للطرفين (الموكل والوكيل) بالاشتراك بينهما " . مصر الكلية فى 17 مايو 1937م، مجلة المحاماة ،س 18 ، رقم 257 .

(¹) تنص المادة 821 من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه: " إذا توفى الوكيل وكان الورثة عالمين بوجود الوكالة، وجب عليهم أن يبلغوا، بلا إبطاء، خبر الوفاة ،وعليهم أيضا أن يحتفظوا بالوثائق وغيرها من الأوراق المختصة بالموكل وأن يتخذوا جميع الوسائل اللازمة لصيانة مصالحه".

(²) د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 540، بند 324 .

الفرع الثالث

التزامات ورثة الوكيل الأخرى بعد موته

فضلا عن الالتزامين الذين نصت عليهما المادة 2/717 مدنى، فإن هناك التزامات أخرى يلتزم ورثة الوكيل بالقيام بها بعد موت مورثهم، والتي تتمثل فى التزامهم بعدم استعمال أموال الموكل، والتزامهم بالرد وأخيرا التزامهم بتقديم كشف حساب للموكل. ونعرض لهذه الالتزامات على النحو التالى

أولاً: التزام ورثة الوكيل بعدم استعمال أموال الموكل

الأصل أن الوكيل ليس له أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه، وإذا فعل فإنه يكون عليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها. وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر (مادة 706 مدنى مصرى) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى فى هذا الصدد: "إذا وقع مال للموكل فى يد الوكيل، وجب على هذا ألا يستعمله لصالح نفسه، فإن فعل كان مسئولا عن فوائد من وقت استخدامه. وكذلك يلتزم بالفوائد عما يتبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أعذاره بالدفع. وهاتان الحالتان وردتا استثناء من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد لا تدفع إلا من وقت رفع الدعوى. فى الحالة الأولى تدفع الفوائد من وقت أن يستخدم الوكيل المال لصالح نفسه، وفى الحالة الثانية من وقت الأعذار بالدفع". مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 208. وراجع أيضا: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 414 وما بعدها، بند 270؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 291. 292، بند 206. 207؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

فإذا كان الوكيل يتمتع عليه استعمال أموال الموكل فى غير مصلحة الموكل، فإن وراثته، من باب أولى، يكونون ممنوعين من استعمال أموال الموكل لمصلحتهم الشخصية. فإذا حدث واستعملوا تلك الأموال فى غير مصلحة الموكل، فإنهم يجب عليهم الفوائد على النحو الذى أشارت إليه المادة 2/706 مدنى⁽¹⁾.

ثانيا: التزام وريثة الوكيل برد ما تحت يدهم من أشياء للموكل

يلتزم الوكيل برد كل ما كسبه لحساب الموكل، سواء عمل الموكل باسم الوكيل أو عمل باسمه الشخصى. فلو عمل باسمه الشخصى، كاسم مستعار (مسخر)، فاشتري المنزل الموكل فى شرائه باسمه فانتقلت إليه الملكية وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل⁽²⁾.

(1) راجع فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 217 .

(2) راجع: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 412، بند 269؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 177. وكذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 207 . 208 .

= Et : Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 560.

وقد قضى بأنه: " لما كان الوكيل يلتزم بتقديم حساب عن إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله. كما يلتزم بأن يرد ما فى يده من مال للموكل وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة، أى الإيراد الصافى المستحق للموكل فى فترة إدارة الوكيل وكان طلبه الحساب ليس مقصودا لذاته وإنما توصلا إلى إلزام الوكيل بما فى ذمته من مال للموكل، فإن عدم تقديم الوكيل حسابا عن الوكالة بعد تنفيذها أيا كان سببه لا يحول دون إلزامه بأن يرد للموكل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ". نقض 1987/12/30م، الطعن 111 لسنة 53 ق.

وإذا تسلم الوكيل لحساب الموكل أعيانا أو بضائع وجب عليه ردها بالذات إلى الموكل ولا يصح أن يجتزئ عن ذلك برد قيمتها ما لم يكن مفوضا في بيعها فعندئذ يبيعها ويسلم ثمنها للموكل (1).

وإذا مات الوكيل، فإنه يجب على ورثته أن يبادروا برد ما للموكل من أعيان أو أموال بذاتها أو بعينها ولا تبرأ ذمتهم أن يردوا قيمتها إلى الموكل. فإن امتنعوا عن ذلك، كان للموكل إلزامهم برد أموال الموكل التي تحت يدهم بأن يقيم الدعوى عليهم جميعا باستردادها باعتبارهم متضامنين في الرد، إلا أن يكون أحدهم هو الحائز للمال فقط فيجوز مطالبته وحده.

والموكل هو الذى يتحمل عبء إثبات أن الورثة تحت يدهم شيئا لحسابه. وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه: "يتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه، فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شئون الموكل أو مصيره إليه. فإذا كان الثابت بتقرير الخبرة أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته، فإنه يكون على ورثة الوكيل وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ، يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها" (2).

(1) د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 412، بند 269؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 178.

(2) نقض مدنى فى 6 مارس 1947م، مجموعة عمر، رقم 165، ص 375.

وإذا تصرف ورثة الوكيل فى مال الموكل بحسن نية، وهم لا يعلمون بأنه للموكل وليس لمورثهم، فإنهم يلتزمون برد ثمنه أو قيمته عند التصرف فيه إلى الموكل .

ويلتزم الورثة برد ما للموكل من أعيان أو أموال أو ما فى حكمها فى الحال، فإن تقاعسوا جاز للموكل إلزامهم بردها مع الفوائد من وقت إعدارهم بالرد وليس من وقت رفع الدعوى⁽¹⁾.

وإذا لم يرد ورثة الوكيل ما بيدهم من مال للموكل وتصرفوا فيه واستعملوه لصالحهم، فإنهم يرتكبون جريمة التبديد فوق مسئوليتهم المدنية، ذلك أن يد الورثة على مال الموكل كيد الوكيل نفسه تعتبر يد أمانة⁽²⁾، لا فرق فى ذلك بين ما يكون مصدره القانون وما يكون مصدره العقد⁽³⁾. ويسرى هذا الحكم على الخلف العام ولو كان قاصرا، كما يسرى أيضا على نائبه⁽¹⁾.

(1) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 218 .

(2) انظر فى نفس المعنى: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 414، بند 269؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 179 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 219. واستئناف مختلط فى 18 ديسمبر 1939م، المجموعة الرسمية، س 52، ص 64؛ استئناف مختلط فى 27 مايو 1940م، نفس المجموعة، س 52، ص 285 .

(3) وقضت محكمة النقض بأن: "... الوارث الذى يتسلم العقود التى كانت مسلمة على سبيل الوديعة لأبيه قبل وفاته وهو عالم بذلك يعتبر وجود هذه العقود لديه على سبيل الوديعة كذلك، ما دامت يده عليها بمقتضى حكم القانون يد أمانة تتطلب منه أن يتعهدا بالحفظ، كما يحفظ ما لنفسه ويردها بعينها عند أى طلب من صاحبها أو بعبارة أخرى تتطلب منه القيام بجميع الواجبات التى فرضها القانون فى باب الوديعة على المودع لديه، ولا يقلل من هذا النظر أنه لم يباشر مع المجنى عليه عقد

ويجب على ورثة الوكيل أيضا أن يردوا إلى الموكل الأوراق والمستندات التي تتعلق بالوكالة وتخص الموكل. فقد يكون الموكل قد أعطى الوكيل أوراقا ووثائق يستعين بها في تنفيذ الوكالة، كدفاتر وسجلات وإعلام وراثية وحجة وقف وعقود وغير ذلك من الأوراق والوثائق، فيجب على ورثة الوكيل، بعد موته، أن يردوا كل ذلك للموكل. وقد يحصل الوكيل في أثناء تنفيذ الوكالة على مستندات تخص الموكل، كما إذا عقد شراء لحساب الموكل أو استأجر له عينا أو أقرض ماله أو وفى ديونه، فيجب فى هذه الأحوال على ورثة الوكيل أن يردوا للموكل عقد الشراء أو عقد الإيجار أو عقد القرض أو المخالصة بالديون. كما يجب على ورثة الوكيل أن يردوا إلى الموكل سند التوكيل الذى كان بيد مورثهم، ذلك أن بقاء هذا السند فى يدهم بعد انتهاء الوكالة لا مبرر له⁽²⁾.

ويكون من حق ورثة الوكيل حبس ما لديهم للموكل من أشياء وأموال حتى يستوفوا ما لهم أو لمورثهم من حقوق عملا بالمادة 1/246 مدنى والتي تقرر القاعدة العامة فى الحق فى الحبس، إذ تقول: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام

وديعة وأن العقد الذى أنشأها إنما كان مع أبيه فينتهى بموته، ذلك أن القانون فى المادة 341 عقوبات اكتفى بعبارة عامة وهى أن يكون تسلم المال قد حصل على وجه الوديعة، كما يستوى فيه بالبداية ما يكون منشؤه التعاقد وما يكون مصدره القانون " . نقض 1943/2/8م، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض، ج 6، رقم 105، ص 151.

(¹) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 219. ونقض 2006/4/4م، الطعن 7790 لسنة 74 ق، المحاماة، العددين الخامس والسادس، سنة 2007م، ص 41.

(²) راجع فى التزام الكيل برد الأوراق والمستندات وسند الوكالة للموكل بعد انتهاء الوكالة : د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 419 . 420، بند 271؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 186 . 187، بند 92.

الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام يترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به، أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا⁽¹⁾.

ثالثا: التزام ورثة الوكيل بتقديم كشق حساب للموكل

فكما يلتزم الوكيل بأن يقدم للموكل، بعد تنفيذ الوكالة، حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة ومدعما بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل⁽²⁾. فإذا مات الوكيل دون أن يقدم حسابا للموكل عن وكالته، فإنه يجب على

(1) د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 466 وما بعدها، بند 296؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 219.

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني: "وللوكيل، ضمانا لاستيفاء حقوقه أن يحبس ما وقع في يده من مال الموكل بحكم الوكالة كتمن ما وكل في بيعه والحق الذي استوفاه للموكل من مدينه. وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام في الحبس". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 5، ص 223.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الحائز الشيء الذي أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة الحق في حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ... إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كالشأن بالنسبة للحيازة ... أما إذا كانت تقوم على سند من القانون ثم زال هذا السند، كما هو الحال في خصوص انتهاء الوكالة، فإنه يجوز للوكيل إذا كان حائزا لشيء مملوك للموكل، وباعتباره حائزا، أن يدفع بحقه في الحبس حتى يستوفى ما يثبت أن ما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة".

نقض 2001/4/10م، الطعن 2143 لسنة 70ق، س 52، ج 1، رقم 105، ص 501.

(2) راجع في التزام الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة بعد تنفيذها: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 406، بند 466 وما بعدها؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 389 . 390 ؛ د/ قدرى

ورثته تقديم حساب للموكل عن وكالة مورثهم، طالما أن مورثهم قد ترك ما يمكن الاستدلال به، كالسجلات والفواتير وأى مستندات أخرى يمكن من خلالها الوصول إلى

الشهاوى، المرجع السابق، ص 169 وما بعدها، بند 82 وما بعده ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 286 ، بند 205 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها .

وتنص المادة 705 من القانون المدنى المصرى على أنه: "على الوكيل أن يوفى الموكل بالمعلومات الضرورية بما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها ". ويقابل هذا النص فى القانون المدنى الفرنسى المادة 1993 والتي تنص على أنه: " يجب على الوكيل تقديم حساب عن إدارة عمله وعن المبالغ التى قبضها بمقتضى الوكالة حتى لو كان ما تسلمه غير مستحق للموكل " .

وقد قضى بأن: " النص فى المادة 705 من القانون المدنى على أنه: " على الوكيل أن يوفى الموكل بالمعلومات الضرورية بما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها " يدل على أنه يجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يقدم للموكل حسابا مفصلا بجميع أعمال الوكالة مدعما بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل، وعليه أن يوفى إليه صافى ما فى ذمته ما لم يكن قد اتفق صراحة أو ضمنا على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب أو تقضى الظروف بالإعفاء ويرجع ذلك إلى الصلة بين الموكل والوكيل وذلك إذا كانت هذه الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة = = على أعمال الوكيل، فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل بمجرد انجازه وذلك بحكم هذه الصلة. ومن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المخالصة المبهمة التى لا يبين فيها الإيراد المنصرف وتفصيلات الحساب أو التى لم ينص فيها صراحة على إبراء الموكل لذمة وكيله عن فترة وكالته ودون أن يطلب منه تقديم حساب لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب المفصل المدعم بالمستندات ". نقض 1984/3/4 م ، الطعن 1279 لسنة 50 ق، مجموعة أحكام النقض، س 35 ، ص 605.

وراجع: استئناف مصر فى 28 مايو 1929م، المحاماة ، س 10، رقم 16، ص 62 والذى جاء فيه أن " التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات وجوه عقد التوكيل نفسه " .

وانظر كذلك: استئناف مصر فى 6 مايو 1930م، المحاماة ، س 11، رقم 29، ص 55، والذى جاء فيه أنه: " من مستلزمات التوكيل أن يقدم الوكيل للموكل أو لورثته حسابا عن إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله " .

هذا الحساب. أما إذا مات الوكيل دون أن يترك ما يمكن الاستدلال به على هذا الحساب، فلا سبيل لإلزام الورثة بتقديمه (1).

ويلتزم ورثة الوكيل بتقديم كشف حساب للموكل عن فترة نيابتهم القانونية منذ وفاة الوكيل وحتى استلام الموكل لأمواله والقيام على شئونه. فقد تستلزم أعمال الحفظ والصيانة والأعمال الضرورية التي يلتزم ورثة الوكيل بالقيام بها لمصلحة الموكل تحصيل أموال أو إنفاق مصروفات، ففي هذه الحالة يلتزم ورثة الوكيل بتأدية حساب عن هذه الأعمال ويكون الموكل أو ورثته ملتزمين بالأجر وبرد المصروفات وبالتعويض عن الضرر (2).

(1) راجع: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 540، بند 324؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 426، هامش رقم 1: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 220.

Et : Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 560.

وقد قضى في هذا الصدد بأنه: " أنه إذا مات الوكيل مجهلا ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل، لا يلزم الورثة بتقديم الحساب لأنه ليس في استطاعتهم أن يعلموا بأعمال مورثهم أما إذا تبين أن في استطاعتهم تقديم الحساب، كأن مات الوكيل غير مجهلا مثلا، فيلتزمون بتقديم الحساب لأن ذلك هو الطريقة الوحيدة لمعرفة الحساب ". استئناف مصر في 28 نوفمبر 1934م، المحاماة، س 15، رقم 233، ص 498.

وقضى كذلك بأن: " الوكيل عن زوجته إذا توفى قبل أن يقدم حسابا لها التزم الورثة بتقديم الحساب ". استئناف مصر في 26 فبراير 1939م، المحاماة، س 20، رقم 120، ص 319. وأيضا: مصر الكلية في 17 مايو 1937م، المحاماة، س 18، رقم 257.

(2) انظر في نفس المعنى: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 540، بند 324؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 220

الفصل الثانى

استمرار الوكالة العادية بعد الموت

تمهيد وتقسيم

الأصل فى الوكالة العادية، أى التى تقوم على الاعتبار الشخصى والصادرة لمصلحة الموكل فقط، أنها تنتهى بالموت. غير أن ذلك الحكم ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز لطرفى عقد الوكالة الاتفاق على استمرارها بعد الموت فى حق ورثة المتوفى منهما. كما أنه ليس يوجد ما يمنع من أن تبدأ الوكالة بعد الموت، إذا ما اتفق الطرفان على ذلك. وهذا النوع من الوكالة نطلق عليه اسم " الوكالة بعد الموت " .

وعلى ذلك فإننا سنبحث فى مبحث أول اتفاق الطرفين على استمرار الوكالة بعد الموت، وفى مبحث ثان نعرض للوكالة لما بعد الموت، وذلك على النحو التالى

المبحث الأول: الاتفاق على استمرار الوكالة العادية بعد الموت.

المبحث الثانى: الوكالة بعد الموت.

المبحث الأول

الاتفاق على استمرار الوكالة العادية بعد الموت

حرية الطرفين فى الاتفاق على استمرار الوكالة

الإرادة هى جوهر وأساس التصرف القانونى وبدونها لا تقوم له قائمة، فهى التى تنشئ وهى التى تحدد آثاره. وهذه هى الحرية التعاقدية أو ما يسمى بمبدأ " سلطان الإرادة " *Autonomie de la volonté*. ويعنى هذا المبدأ أن الإرادة لها أن تنشئ ما شاءت من العقود ولها الحرية فى تحديد آثارها وفى تعديل تلك الآثار بعد قيامها وفى إنهاؤها، ولا يحد من سلطاتها فى ذلك كله إلا اعتبارات النظام العام⁽¹⁾.

والأصل أن ما يفرضه النظام العام من قيود لا يتعارض، فى حقيقته، مع مبدأ سلطان الإرادة أو حرية التعاقد. فقد يكون المشرع هو الأقدر على تحقيق وحماية مصالح المتعاقدين باستدراكه لما قد يفوتهما من شروط كان يجب النص عليها أو تصحيح ما

(1) راجع فى مبدأ سلطان الإرادة: د/ السنهورى، الوسيط، ح 1، ص 120 وما بعدها؛ د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ص 18. 21؛ د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها، بند 15 وما بعده؛ د/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976م، ص 37 وما بعدها، بند 16؛ د/ نبيل سعد، مصادر الالتزام، ص 33 وما بعدها؛ د/ محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ص 27 وما بعدها؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها؛ د/ أنور سلطان، الموجز فى النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة 2005م، دار الجامعة الجديدة، ص 14. 16؛ نقض 2010/5/11م، الطعن 10132 لسنة 78 ق.

اتفقا عليه بالمخالفة لإرادتهما الحقيقية التي كان يجب التعبير عنها، خاصة عندما لا تتوافر لأحدهما الحرية الكافية عند التفاوض⁽¹⁾.

وقد أورد المشرع الفرنسي في تعديل 10 فبراير 2016م نصا شاملا ومعبرا بشكل واضح عن مبدأ سلطان الإرادة، فنصت المادة 1102/1 من التقنين المدني الفرنسي على أن " كل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وفي أن يختار متعاقد، وفي تحديد مضمون وشكل العقد في الحدود التي قررها القانون. وهذه الحرية التعاقدية لا تجيز مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام "

وانطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة، فقد استقر الفقه والقضاء على أن لطرفي عقد الوكالة الحرية في أن يتفقا على استمرارها بعد موت أى منهما، فتبقى الوكالة بعد الموت ويلزم بها الورثة في حدود التركة⁽²⁾.

(1) د/ عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي، النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، سنة 2002م، ص 174؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 272.

(2) انظر على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330 وص 548، بند 331؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503 وص 506؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 176 وص 178؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 19، هامش رقم 1؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320، بند 232؛ د/ محمد حمدى مكي، الرسالة السابقة، ص 201؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 352، بند 167؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 238. 240، بند 253؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 279؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص

118. 119، و ص 128؛ د/ جورج حزيون، المرجع السابق، ص 253 ؛ د/ أيمن الدلوع ،
المرجع السابق، ص 198.

وفى القضاء على سبيل المثال: نقض 1953/1/22م، الطعن 327 لسنة 20 ق، مجموعة أحكام
النقض فى 25 سنة، ج 2 ، رقم 26، ص 1238؛ استئناف مختلط فى 28 ديسمبر 1933م، المجموعة
الرسمية، س 46، ص 105؛ المحاماة، س 15، رقم 142، ص 306.

وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Huet, op. cit. no. 31267, p. 1191 ; Perrot, Le mandat irrevocable, préc., p.
446 ; Contamine – Raynaud, thèse, préc. P. 261 et p. 273 ; Giverdon,
thèse préc. p. 124 ; Lalou, note sous req. 18 déc. 1911 et 8 janv. 1912,
D. 1913, 1, P. 185 à 188 ; Kostic, thèse préc. p. 125 ; Doucet, Les effets
de la mort sur le madat, préc. p. 27 à 32 ; Le Tourneau avec autres, op.
cit. p. 977, no. 4131, et p. 979, no. 4138 : Antonmattei et Raynard, op.
cit. p. 359, no. 492 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 633, p.
523 ; Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 – 469 ; Malaureie, Aynés et
Gautier, op. cit., no. 552 et 553, p. 336 et 337 ; Malaurie et Aynés, op.
cit., no. 552, p. 291 et 292 ; Mainguy, op. cit. p. 587– 588, no. 591 ;
Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 ; Sallé de la Marnierre, art. préc., no.
14, p. 269 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 559.

وفى القضاء الفرنسى على سبيل المثال:

Req. 22 mai 1860, S. 1860, 1, p. 721 ; Civ. 8 et 9 juil. 1895, S. 1897, 1,
P. 133 ; Civ. 18 déc. 1911, D. 1913, 1, P. 185 ; Civ. 8 janv. 1912, D.
1913, 1, P. 185 ; Civ. 18 déc. 1911, D. 1913, 1, P. 185 ; Civ. 8 janv.
1912, D. 1913, 1, P. 185 ; Civ., 1re, 17 janv. 1962, Bull. Civ., I, no. 40 ;
Civ. 1re, 28 juin 1988, D. 1989, P. 181, note Najjar ; J. C. P. 1989, 11,
21336, note Martin ; R. T. D. Civ. 1989, p. 116, obs. Patarin ; C. A. Paris,
12 déc. 1967, D. 1968, P. 269.

فالأصل أن عقد الوكالة العادية ينتهى بموت أحد طرفيه،الموكل أو الوكيل،عملا بالمادة 714 مدنى مصرى التى تقابلها المادة 3/2003 مدنى فرنسى،ومع ذلك فإنه استثناء من هذا الأصل يجوز لطرفى عقد الوكالة أن يتفقا على استمرار هذا العقد بعد الموت ويلتزم به الورثة فى حدود التركة⁽¹⁾.

(¹) وقد جاء بفتوى الجمعية العمومية للقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ 28/2/2000م،ملف رقم 88/1/69 أن : "الوكالة شأنها شأن سائر العقود ينصرف أثرها إلى طرفيها وإلى خلفهما العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث وأن الأصل أن الوكالة تنتهى بإتمام العمل محل الوكالة أو انقضاء أجلها أو وفاة أحد طرفيها،غير أن هذا الأصل ليس من النظام العام فيجوز لطرفيها الاتفاق على ما يخالفه كاستمرارها حتى مع وفاة الموكل. ففي هذه الحالة لا تنتهى الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته فى حدود التركة. وكذلك الأمر إذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل أو الغير أو إذا كان من طبيعتها ألا تبدأ إلا عند وفاة الموكل،كالتوكيل فى سداد دين من التركة أو نشر مذكرات . وبالنظر إلى أن الأصل فى الوكالة أن تصدر لصالح الموكل فقد قيل بعدم جواز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة لصالحه أو لصالح الغير إلا برضاء من كانت الوكالة فى صالحه. وفى هذه الحالة فإن عزل الوكيل لا يكون صحيحا ولا ينعزل بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه إلى الموكل. وأنه إذا كان الأصل فى الوكالة أن الموكل لا بد أن يكون أهلا لمباشرة التصرف الذى وكل فيه غيره، وكذلك الحال بالنسبة للوكيل عند مباشرة التصرف نيابة عن الموكل فإن هذا الأصل لا يؤخذ على إطلاقه فلا يجوز اشتراط استمرار أهلية الموكل لإبرام التصرف حتى تمام إبرامه فى حالة الوكالة لمصلحة الوكيل أو الغير..... وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم جواز قيام مكاتب التوثيق بإلغاء التوكيلات التى تتضمن شرطا بعدم جواز إلغائها إلا بحضور الطرفين أو عدم جواز إلغائها نهائيا وكذلك التوكيلات المتضمنة شرطا باستمرار التوكيل بعد وفاة الموكل أو فقد أهليته "

واتفاق الطرفين على استمرار الوكالة العادية بعد الموت يجوز أن يكون صريحا كما يجوز أن يكون ضمنيا⁽¹⁾. ومن أمثلة الاتفاق الضمنى أن يكلف الموكل الوكيل بقبض دين له فى ذمة آخر، فتظل الوكالة قائمة لحين قبض الدين. ولقضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمنى من ظروف العقد وشروطه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما، على أن تنتقل التزامات كل منهما إلى ورثته. وهذا الاتفاق كما يكون صريحا، قد يكون ضمنيا بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل أو الغير مثلا. وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمى بأن يتنازل عن دين له قبل باقى المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص فى الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل

(¹) راجع: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، هامش رقم 6، والمراجع التى أشار إليها فى هذا الصدد؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 177؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320، بند 232؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 119؛ نقض 1953/1/22م، الطعن 327 لسنة 20 ق، سالف الإشارة إليه .

Et : Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 359, no. 492 ; Malaureie, Aynes et Gautier, op. cit. no. 552 et 553, p. 336 et 337 ; Mainguy, op. cit. p. 591-588, no. 587 ; Huet, op. cit., no. 31267, p. 1191 ; Civ. Ire, 19 févr. 1968 ; Gaz. Pal. 1968, 2, p. 144, note Doucet ; R. T. D. Civ. 1968, p. 559, obs. Cornu .

(²) وقد اعتبر البعض أن من ضمن صور الاتفاق الضمنى على استمرار الوكالة بعد الموت حالة ما إذا كانت الوكالة قد عملت فى مصلحة الموكل وشخص آخر أو فى مصلحة الموكل والوكيل . راجع : د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320، بند 232 . وأيضا : نقض 1953/1/22م، الطعن 327 لسنة 20 ق، سالف الإشارة إليه.

تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذي يداين المطعون عليهم الأول بأكثر منه، وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تتعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير، فإن هذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون⁽¹⁾.

وقد رأى البعض من الفقه⁽²⁾ في إمكانية استمرار الوكالة بعد الموت والتواصل مع الورثة، تناقضا ظاهرا، لأنه رغم التأكيد على الطابع الشخصي في الوكالة، فإنه يسمح، في ذات الوقت، بإهماله أو باستبعاده تحقيقا لأغراض معينة. بينما رأى البعض الآخر⁽³⁾ أن استمرار الوكالة بعد الموت، طالما أنها تنطوي على الثقة الشخصية لا يزال أمرا محل انتقاد. فالاعتبار الشخصي يعتبر حجر عثرة أمام إمكانية مواصلة الوكالة لما بعد الموت.

وقد ذهب البعض من الفقه المصري⁽¹⁾ إلى اعتبار الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل والاتفاق على استمرارها لما بعد الوفاة من أهم التطبيقات التي حاولت إخماد شعلة الطابع الشخصي في الوكالة.

(1) نقض 1953/1/22م، الطعن 327 لسنة 20 ق، سالف الإشارة إليه.

(2) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 274.

Et : Huet, Les principaux contrats spéciaux, op. cit. no. 31282, p. 1201.

(3) Hbert (Sophie), Le mandat de prévention une nouvelle forme de juridique, Dalloz. 2008, p. 309 ; Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 356, no. 489 .

(1) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 276.

تبرير استمرار الوكالة العادية بعد الموت بإرادة الطرفين

يبير الفقه⁽¹⁾ استمرار الوكالة العادية بعد الموت باتفاق الطرفين، بالقول بأن حكم انتهاء الوكالة بالموت ليس حكما آمرا متعلقا بالنظام العام وإنما هو قاعدة مكملة لإرادة الطرفين، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها، صراحة أو ضمنا، بأن يتفق الطرفان على استمرار الوكالة بعد الموت. فلا تنتهي بموت أحدهما بل يلتزم بها الورثة في حدود التركة.

وقد استقر القضاء الفرنسي⁽¹⁾ على أن قاعدة انتهاء الوكالة العادية بموت أحد الطرفين المنصوص عليها بالمادة 2003 من القانون المدني ليست قاعدة آمرة تتعلق بالنظام

(¹) انظر على سبيل المثال: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330 وص 548، بند 331؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503 وص 506؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 176؛ د/ مروان كركبى، المرجع السابق، ص 617؛ د/ محمد حمدي مكي، الرسالة السابقة، ص 201؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 352، بند 167؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 119، و ص 128؛ د/ أيمن الدلوغ، المرجع السابق، ص 198.

Et : Huet, op. cit. no. 31267, p. 1191 ; Le Tourneau avec autres, op. cit. p. 977, no. 4131, et p. 979, no. 4138 ; Collart Dutilieul et Delebecque, op. cit., no. 633, p. 523 ; Antonmattei et Raynard, op. cit. no. 492 ; Bénabent, op. cit., no. 966, p. 468 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 552 ; Malaurie et Aynés, op. cit., no. 552, p. 291 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 595 et 560

(¹) Par ex. : Req. 22 mai 1860, D. P. 1860, 1, P. 448 ; S. 1860, 1, p. 721 ; C. A. Paris, 12 déc. 1967, D. 1968, P. 269, et sur pourvoi : Civ. 2e, 4

العام وإنما قاعدة مكملة لإرادة الطرفين. ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالفها بأن يتفق الطرفان على استمرار الوكالة رغم وفاة أحد الطرفين.

وقد قضت محكمة باريس بأن المادة 2003 من القانون المدني الخاصة بانتهاء الوكالة بالوفاة ليست نصا آمرا بل هو مكمل لإرادة الطرفين، وبالتالي لا ينطبق متى صدرت من الموكل إرادة مخالفة. ويمكن استخلاص تلك الإرادة المخالفة من موضوع الوكالة ومن الغاية التي تستهدفها. وتطبيقا لذلك فإن الوكالة الصادرة إلى أحد وكلاء الدعاوى تستمر إلى حين انتهاء الخصومة التي وكل فيها وله بتلك الصفة، بل عليه، أن يقوم بإعلان الأحكام الصادرة ولو بعد وفاة موكله " (1).

والواقع أن القول باستمرار الوكالة بعد الوفاة بإرادة الطرفين، قاطع الدلالة في تراجع الطابع الشخصي للوكالة وأنها ذات طابع موضوعي، العبرة فيها بموضوعها ومحلها، ذلك أن الوكالة ذات الطابع الشخصي التي يعتد فيها بشخصية أي من الطرفين تنتهي حتما بوفاة أحد طرفيها، لأنه بوفاته ينهار الاعتبار الشخصي الذي قامت عليه، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة التي قررتها المادة 714 مدنى مصرى والمادة 2003 مدنى فرنسى (1).

juin 1969, Bull. Civ. 1969, 11, no. 185 ; Paris, 10 mars 1938, D. H. 1938, P. 247 ; Civ. Ire, 28 juin 1988, D. 1989, P. 181, note Najjar ; J. C. P. 1989, 11, 21336, note Martin ; R. T. D. Civ. 1989, p. 116, obs. Patarin .

(¹) Voir : C. A. Paris, 12 déc. 1967, D. 1968, P. 269, et sur pourvoi : Civ. 2e, 4 juin 1969, Bull. Civ. 1969, 11, no. 185

(¹) قارب: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 281، حيث يقول:

ضرورة أن تكون الوكالة خاصة ومحدد فيها نوع التصرف القانونى ومحله

تنقسم الوكالة، بالنسبة إلى نطاقها، إلى وكالة عامة Mandat général ووكالة خاصة Mandat spécial. ويقوم هذا التقسيم، طبقاً للنهج الذى انتهجه المشرع المصرى، على التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف. فأعمال الإدارة يصح أن تكون محلاً لوكالة عامة أو لوكالة خاصة أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلاً إلا لوكالة خاصة لخطورتها⁽¹⁾.

" فى الواقع إطلاق القول بجواز الاتفاق على استمرار الوكالة بعد الوفاة أمر غير سديد، لأن الوكالة ذات الطابع الشخصى لا تقبل هذا الاتفاق مطلقاً، بينما الوكالة ذات الطابع الموضوعى تقبله. فتراجع الطابع الشخصى وحده هو معيار قابلية الوكالة للاستمرار بعد الوفاة دون تردد أو استغراب ".
وأيضاً: د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 238، حيث يقول:

" والحق أن استمرار الوكالة على الرغم من موت الموكل يتضمن حداً وتقييداً من آثار الاعتبار الشخصى المتعلقة بالاعتداد بشخص الموكل، غير أن هذا الحد والتقييد مرده إرادة المتعاقدين ".

(¹) د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 269. وانظر كذلك : د/ محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

وراجع فى التمييز بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة فى فرنسا: المادة 1987 من القانون المدنى.

Et voir : Huet, op. cit., no. 31170, p. 1115 et 1116 ; Le Tourneau, Mandat, préc., no. 105.

والوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به للوكيل، بل ولا يعين نوع هذا التصرف ذاته⁽¹⁾. كما إذا خول الوكيل مباشرة" كل الأعمال التي يراها في صالح الموكل" أو " كل التصرفات القانونية التي يصح أن تبأشر بوكيل " أو نحو ذلك من العبارات التي تشير إلى الإدارة أو لا تشير إليها ولكنها حتى لو أشارت إلى الإدارة تكون في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها⁽¹⁾.

ولا تتصرف الوكالة العامة إلا إلى القيام بأعمال الإدارة⁽²⁾، فيكون للوكيل الصفة في القيام بجميع تلك الأعمال⁽¹⁾. وهذا لا يمنع بداهة الموكل من أن يقصر التوكيل على

⁽¹⁾ نصت المادة 701 مدنى مصرى على أن: "1. الوكالة الواردة فى عبارات عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة. 2. ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه أعمال الإدارة، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله". وبحسب المادة 1987 من القانون المدنى الفرنسى تكون الوكالة عامة إذا كانت صادرة من أجل كل أعمال الموكل.

⁽¹⁾ راجع فى الوكالة العامة: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 240، ص 351 و 352؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، بند 50، ص 97؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، بند 193، ص 264؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 37؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 367 وما بعدها؛ د/ محمد أنور عبد العزيز عبد العال، حدود سلطة الوكيل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، العدد 18، الجزء الثالث، سنة 2006م، ص 288. وراجع كذلك: د/ حسين محيسن الرشيدى، تحديد نطاق الوكالة وفقا للقانون الكويتى، بحث منشور فى مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، العدد 170، ص 291 وما بعدها.

⁽²⁾ وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة 701 مدنى طائفة من أعمال الإدارة التي تشملها الوكالة العامة ولكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر بل ذكرت على أنها أبرز أعمال الإدارة. ولم يقتصر

بعض أعمال الإدارة دون بعض أو أن يقصرها على عمل معين بالذات من أعمال الإدارة ولكن الوكالة فى هذه الحالة تكون وكالة خاصة لا عامة وتقتصر على أعمال الإدارة المحددة الواردة فيها دون غيرها⁽²⁾.

والواقع أن إقدام الموكل على الوكالة العامة يبرره الاعتداد بالاعتبار الشخصى، فالوكيل مصدر ثقة لدى الموكل. والأصل أن الموكل لا يمنح وكيله سلطات مطلقة إلا لثقتة فيه⁽¹⁾. ويترتب على ذلك أن الوكالة العامة لا يجوز تقييد سلطة الموكل فى إنهاؤها حيث يجوز له إنهاؤها بإرادته المنفردة فى أى وقت. كما أن هذا النوع من الوكالة لا يكون صالحا لأن يستمر بعد الموت، فلا يجوز الاتفاق على استمرار الوكالة العامة بعد موت أحد طرفيها.

نص المادة 2/701 مدنى على اعتبار الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة قاصرة على أعمال الإدارة، بل تمتد أيضا إلى أعمال التصرف إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها.

⁽¹⁾ وعلى ذلك فلا يجوز للوكيل أن يقوم بأى عمل من أعمال التصرف، تبرعا كان أو معاوضة، إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة ومن ثم لا يجوز للوكيل وكالة عامة.

⁽²⁾ د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 240، ص 352؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، بند 50، ص 98؛ د/ محمد أنور عبد العزيز عبد العال، البحث السابق، ص 289.

والمناطق فى التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراؤها يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلى الملابس التى صدر فيها التوكيل وظروف الدعوى ويعتبر ذلك من الأمور الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع. انظر: د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 37؛ نقض 1984/5/31م، الطعن 957 لسنة 50 ق.

⁽¹⁾ انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 319.

أما الوكالة الخاصة⁽¹⁾، فهي التي تتحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة، كالتوكيل في البيع والشراء أو الإيجار أو بيع المحصول. وهي قد ترد على عمل من أعمال التصرف أو على عمل من أعمال الإدارة، وقد ترد على العاملين معا في وقت واحد والمهم أن تتخصص في عمل أو أعمال قانونية معينة⁽¹⁾.

فإذا كانت أعمال الإدارة يصح أن تكون محلا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة، فإن أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة ولا تجوز فيها الوكالة العامة لخطورتها. فلا بد إذن من وكالة خاصة لكل عامل من أعمال التصرف⁽²⁾.

(1) راجع في الوكالة الخاصة: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، بند 241، ص 355 وما بعدها؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 372 وما بعدها؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، بند 192، ص 259 وما بعدها؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، بند 52 وما بعده، ص 102 وما بعدها؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها؛ د/ محمد أنور عبد العال، البحث السابق، ص 309 وما بعدها. وراجع كذلك: د/ حسين محيسن الرشيدي، البحث السابق، ص 291 وما بعدها.

(1) تنص المادة 702 مدنى على أنه: "1. لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. 2. والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية يصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات. 3. والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى". وبحسب المادة 1987 من القانون المدنى الفرنسى تكون الوكالة خاصة إذا كانت صادرة من أجل عمل أو أعمال معينة فقط من أعمال الموكل.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن: "أعمال التصرف لا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة. وجوب تعيين التصرف تعيينا نافيا للجهالة. سبيله. تحديد نوع العمل القانونى الذى خول الوكيل سلطة مباشرة. عدم اشتراط تخصيص العمل بماله بذاته من أموال الموكل. الاستثناء. أعمال التبرع فيلزم

وإذا كان يتعين وجود وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف نظرا لخطورتها، فإن هذه الخطورة تزداد كلما كانت الوكالة الخاصة واردة على جميع ما يملكه الموكل، على عكس تلك التي يكون محلها مال معين من أمواله، فلا يملك الوكيل التصرف إلا فيه. فالوكيل الذي يملك بيع عقار معين أقل خطرا من ذلك الذي يملك بيع جميع عقارات الموكل.

ومن أجل ذلك فإن الوكالة الخاصة يجب أن تتحدد بنوع العمل أو التصرف القانوني والمحل الذي يرد عليه معا، لا أن تتحدد بنوع العمل أو التصرف القانوني فقط. كما إذا كانت الوكالة مثلا في بيع مال معين من أموال المدين، عقارا كان أو منقولاً⁽¹⁾.

والوكالة الخاصة بهذا المعنى هي التي يجوز الاتفاق بين طرفيها على استمرارها بعد الموت في حق الورثة بخلاف الوكالة العامة التي يتمتع فيها ذلك. فيشترط أن تكون الوكالة خاصة حتى يجوز لطرفيها الاتفاق على استمرارها في حق الورثة بعد الوفاة.

في هذه الحالة أن تخصص الوكالة ليس في نوع التصرف وحده ولكن في محله أيضا، أي يتعين المال الذي يرد عليه العمل القانوني. ومن ثم فإن الوكالة التي تخول الوكيل سلطة مباشرة أعمال التصرف دون تخصيص تقع باطلة لا تنتج أثرا ولا ترتب التزاما في ذمة الموكل. م. 702 مدنى". نقض مدنى فى 2002/5/28م، الطعن 2507 لسنة 71 ق.

(1) فتخصيص الوكالة بالنظر إلى نوع التصرف دون النظر إلى تعيين المحل الوارد عليه يعنى، مثلا، أن الوكالة فى بيع جميع ممتلكات الموكل أو فى الصلح عن جميع قضايا وكالة خاصة، يجوز تقييد سلطة الموكل فيها بعدم جواز إنهاؤها بإرادته المنفردة أو بعدم انتهائها بالموت. ويعتبر ذلك فى وقتنا الحالى من الأمور الخطيرة. راجع فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 319.

ويلزم أن تكون هذه الوكالة الخاصة ذات ألفاظ صريحة لا تحتاج إلى تفسير ولا تقبل التأويل وأن يتحدد فيها نوع التصرف القانوني المعهود إلى الوكيل وإلا صرفت إلى أعمال الحفظ والإدارة⁽¹⁾. ويجب أيضا أن يكون محل الوكالة الخاصة مالا معيننا تعيينا دقيقا نافيا للجهالة، كالتوكيل في بيع عقار معين أو سيارة معينة أو الصلح في قضية بعينها⁽¹⁾.

وقد أيدنا، في ضرورة أن تكون محل الوكالة الخاصة مالا معيننا تعيينا دقيقا من أموال الموكل، مصلحة الشهر العقاري والتوثيق، حيث أصدرت، مؤخرا، منشورا جديدا يحمل رقم (4) بتاريخ 2021/2/1م أجازت بموجبه إلغاء الوكالة المتضمنة البيع للنفس أو الغير بالإرادة المنفردة ما دامت غير واردة على مال معين من أموال الموكل ولم تتضمن شرطا بعدم جواز إلغائها أو باستمرارها بعد وفاة الموكل أو فقده لأهليته⁽²⁾.

(1) د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 320.

Et voir : Malaureie et Aynés, op. cit., no. 556, p. 294 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 552 et s., p. 340.

(1) نقض مدني في 2002/5/28م، الطعن 2507 لسنة 71 ق، سالف الإشارة إليه.

Et voir : Civ. 1re, 19 déc. 2013, Bull. Civ. 2013, no. 798.

(2) وقد جاء في ذلك المنشور أنه: "إلحاقا بالمنشور الفنى بتاريخ 19 نوفمبر 2001م بشأن الامتناع عن إلغاء الوكالة الخاصة الصادرة لصالح الوكيل أو لأجنبي متى نص في موضوعها على حق الوكيل فى البيع لنفسه أو الغير والتوقيع على عقد البيع النهائى إلا برضاء من صدرت الوكالة لصالحه. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 710 من القانون المدنى على أن: "1. الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصص فىها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة". ونصت المادة 715 من القانون المدنى على أنه: "1. يجوز للموكل

الاتفاق على استمرار الوكالة بعد موت الوكيل

الأصل أن الوكالة العادية تنتهى بموت الوكيل، حيث تزول شخصيته محل الاعتبار. فموت الوكيل يضع نهاية للمهمة التي يقوم بها عن طريق الوكالة المسندة له من قبل

فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. 2 . غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه".

ولما كان التوكيل الرسمى العام الشامل لكافة أنواع التصرفات يتعين أن تكون عبارته صريحة فى عدم جواز إلغاء التوكيل إلا بحضور الطرفين وإذا تضمن التوكيل حق الوكيل فى البيع لنفسه والغير فإنه لا يجوز اعتبار هذا النص يرتب مصلحة للوكيل إذا لم ينصب على عقار أو منقول محدد بالنوع أو بالذات لكون هذه الوكالة ليست وكالة خاصة بمال بعينه وتعد هذه الوكالة شأنها فى ذلك شأن الوكالة العامة .

وبناء على ما سبق قررت المصلحة استبدال الفقرة الثانية من المادة 69 مكرر من تعليمات الشهر، طبعة سنة 2001م المضافة بالمنشور الفنى رقم 15 لسنة 2006م بالنص التالى :

" كما يتمتع على مكاتب التوثيق وفروعها القيام بإلغاء التوكيلات العامة أو الخاصة التى تتضمن شرطا بعدم جواز إلغائها إلا بحضور الطرفين أو عدم إلغائها نهائيا وكذلك التوكيلات المذكورة المتضمنة شرطا باستمرار التوكيل بعد وفاة الموكل أو فقده لأهليته واستثناء من ذلك يجوز إلغاء الوكالة المتضمنة البيع للنفس أو الغير بالإرادة المنفردة ما دامت غير واردة على مال معين من أموال الموكل ولم تتضمن شرطا بعدم جواز إلغائها أو باستمرارها بعد وفاة الموكل أو فقده لأهليته " .

وقد سبق لمصلحة الشهر العقارى والتوثيق أن أصدرت المنشور الفنى رقم 2 بتاريخ 2021/1/26م إلى مكاتب الشهر العقارى وأمورياتها ومكاتب التوثيق وفروعها والإدارة العامة بالمصلحة بجواز قبول إتمام الإجراءات بتوكيل فى مال معين بالذات من أموال الموكل بعد وفاته إذا كان منصوصا فيه " على البيع للنفس والغير " ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك . وفى حالة وفاة الوكيل يتم التوقيع من جميع ورثة الوكيل باعتبارهم خلفا عاما للأخير بصفته وكيلا عن الموكل.

الموكل، لأن تلك الثقة في شخص الوكيل تعتبر عنصرا جوهريا في عقد الوكالة⁽¹⁾، أى أن انتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل تعتبر تطبيقا لآثار عنصر الاعتبار الشخصى في عقد الوكالة⁽¹⁾.

غير أن هذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفته بأن يتفق الطرفان، صراحة أو ضمنا، على استمرار الوكالة بعد موت الوكيل⁽²⁾. كما أنه من الممكن لأطراف العقد أن يضعوا شرطا خاصا في عقد الوكالة ينص على استمرار العقد على الرغم من موت الوكيل وينفذ العقد بواسطة الورثة⁽³⁾.

Laher, art. préc., no. 25, p. 595 et 560

⁽¹⁾ Voir : Huet, op. cit. no. 31115, p. 1174 ; Kostic, thèse préc. p. 348 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 553, p. 337 ; Malaurie et Aynés, op. cit., no. 553, p. 292.

⁽¹⁾ ونتيجة ذلك، لا يقوم ورثة الوكيل مقامه في تنفيذ الوكالة، حيث تنتهى الوكالة بموت الوكيل، لأن الموكل قد اختاره وكيلا لاعتبار شخصى فيه فلا يحل ورثته محله بعد موته.

Voir : Kostic, thèse préc. p. 355.

⁽²⁾ Voir : Kostic, thèse préc. p. 125 ; Contamine – Raynaud, thèse, préc. p. 273 ; Laher, art. préc., no. 25, p. 595 et 560 ; Civ. 2e, 8 juill. 1895, S. 1897, 1, P. 133 à 135.

⁽³⁾ Voir : Kostic, thèse préc. p. 128 ; Nicolas – Maguin (M – F.), Le mandate exclusive, D. 1979, Chron., p. 128 ; Com. 22 mai 1967, J. C. P. éd. G. 1968, 11, no. 15389.

ويستقر الفقه المصرى على أن انتهاء الوكالة العادية بموت الوكيل قاعدة ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها، صراحة أو ضمنا⁽¹⁾. فتبقى الوكالة حتى بعد موت الوكيل ويلتزم بها الورثة فى حدود التركة⁽²⁾. وأكثر ما يطبق هذا الحكم إذا كان الوكيل محترفا أو شخصا معنويا، فيتفق مع الموكل على أن تنتقل الوكالة مع من يخلفه⁽³⁾.

ففى حالة الاتفاق على استمرار الوكالة العادية بعد موت الوكيل، فإن الموكل وورثته الوكيل يكونون ملزمين بها فى حدود تركة المورث، ويقع على عاتق كل منهم تنفيذ الوكالة على النحو الذى تم الاتفاق عليه بين الموكل والوكيل.

(1) انظر على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253.

ومن صور الاتفاق الضمنى أن يترك الورثة الوكيل يستكمل المهمة موضوع الوكالة. وهذا يدل على أن وراث الوكيل قد توافرت فيه نفس الصفات التى كانت تتوافر فى مورثه. وفى هذه الحالة يستوى لدى الموكل أن يقوم الابن أو الأب بتنفيذ الوكالة.

Voir en ce sens ; Laher, art. préc., no. 25, p. 560.

(2) انظر على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 178؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 240، بند 253.

(3) د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 545، بند 330؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 503.

Et : Civ. 8 et 9 juil. 1895, S. 1897, 1, P. 133 ; Civ. 18 déc. 1911, D. 1913, 1, P. 185 ; Civ. 8 janv. 1912, D. 1913, 1, P. 185.

ومع ذلك فإنه يكون لكل من الموكل وورثة الوكيل الحق فى إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾، لأن أى منهم ليس مجبرا على الإبقاء على وكالة لا يريدھا .

فيجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة العادية حتى لو كان قد اتفق مع الوكيل على خلاف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض ورثة الوكيل عن الضرر الذى لحقهم من جراء عزلهم فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول⁽²⁾.

وعزل ورثة الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل موجهة الى ورثة الوكيل. ولم ينص القانون على أن يكون فى شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى. وقد يكون هذا التعبير صريحا⁽³⁾، كما قد يكون تعبيرا ضمنيا⁽⁴⁾. وسواء كان العزل

(1) د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص240، بند 253؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 128؛ نقض 29 يناير 1974م، ص25، ص187؛ نقض 4 مارس 1974م، ص25، ص12.

(2) راجع المادة 1/715 مدنى مصرى والمادة 2004 مدنى فرنسى.

(3) بأن يعبر عن إرادته الصريحة فى عزل ورثة الوكيل. والتعبير الصريح عن إرادة العزل يكون فى الغالب عن طريق قيام الموكل بإلغاء التوكيل فى الشهر العقارى وإبلاغ ورثة الوكيل بذلك.

(4) فقد يكون العزل ضمنيا مستقادا من أى عمل يأتیه الموكل إذا كان من شأنه أن يكشف عن إرادته عزل ورثة الوكيل. وقد أشار الشارع الفرنسى فى المادة 2006 مدنى على حالة من حالات العزل الضمنى وهى أن تعيين وكيل جديد لنفس العمل أو التصرف محل عقد الوكالة يعتبر بمثابة عزل الوكيل القديم. ومن حالات العزل الضمنى كذلك التى قال بها الفقه أن يتولى الموكل بنفسه مباشرة العمل الذى وكل فيه غيره.

صريحا أو ضمنيا فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم ورثة الوكيل طبقا للقواعد العامة، وقبل علم الورثة بالعزل تبقى وكالتهم قائمة⁽¹⁾.

كما يجوز لورثة الوكيل أن ينزلوا، فى أى وقت، عن الوكالة قبل إتمام العمل الذى كان مورثهم موكلا فيه، حتى لو كان مورثهم قد اتفق مع الموكل على خلاف ذلك، أى على عدم العزل⁽²⁾. ويتم التنازل بإعلان الموكل. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن ورثة الوكيل يكونون ملزمين بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول.

راجع فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 551، بند 332؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 418؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 324. 325، بند 234؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 181؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 511، بند 323؛ استئناف مصر 26 أكتوبر 1941م، الاستئناف 903 لسنة 56 قضائية، المحاماة، س 21، رقم 126، ص 370.

Et : Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 555, p. 338 ; Bénabent, op. cit., no. 961, p. 465 ; Antonmattei et Raynard, op. cit, no. 488, p. 356 ; Huet, Traité de droit civil, préc. no. 31273, p. 1195 ; Civ. 10 nov. 1889, D. 1890, I, P. 295 ; Civ. 14 juin 1913, S, 1914, I, P. 1943 ; Paris, 24 déc. 1943, Gaz. Pal. 1943, 2, p. 268 ; Civ. 1re, 10 juin 1970, D., 1971, P. 261, note Aubert.

⁽¹⁾ Voir : Civ. 3e, 28 févr. 1984, Bull. Civ., III, no. 52 ; Com., 17 juin 1997, Bull. Civ., IV, no. 194 ; Civ. 1re, 8 nov. 1994, Bull. Civ., I, no. 223 ;

⁽²⁾ اللهم إلا إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى. ففى هذه الحالة لا يجوز لورثة الوكيل التنحى أو النزول عنها إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه . راجع المادة 2/716 مدنى مصرى.

وتتحرى ورتة الوكيل عن الوكالة يكون بإرادة منفردة تصدر منهم. ولم ينص القانون على أن تكون فى شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى التتحرى يكفى. وكما يكون التتحرى صريحا، يصح كذلك أن يكون ضمنيا. وسواء كان صريحا أو ضمنيا، فإنه لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل. ويكون ورتة الوكيل ملزمون بأن يصلوا بأعمال الوكالة التى بدأها أو بدأها مورثهم إلى حالة لا تتعرض معها للتلف تطبيقا للمادة 717 مدنى مصرى.

الاتفاق على استمرار الوكالة بعد موت الموكل

الأصل . طبقا للمادة 714 مدنى مصرى و 2003 مدنى فرنسى . أن الوكالة العادية تنتهى بموت الموكل، لأنها تقوم على الاعتبار الشخصى إذ ارتضى الموكل بشخصية الوكيل واعتد بها عندما أبرم عقد الوكالة⁽¹⁾. وبموت الموكل اختفت إرادته التى اختارت شخص الوكيل، مما يترتب عليه انتهاء الوكالة وعدم استمرارها .

وقد ذهب الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا⁽²⁾ إلى أن انتهاء الوكالة العادية بموت الموكل، كانتهائها بموت الوكيل، لا يعتبر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما

(¹) Voir : Huet, op. cit. no. 31266, p. 1190 ; Contamine – Raynaud, thèse, préc. P. 168 ; Com. 30 janv. 1980, Bull. Civ. 1980, IV, no. 49 ; Civ. 1re, 9 juin 1976, J. C. P. 1976, IV, P. 257 ; C. A. Paris, 6 févr. 1943, Gaz. Pal. 1943, 1, p. 277 ; C. A. Paris, 12 nov. 1991, Gaz. Pal. 1992, 2, p. 616.

(²) انظر على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7 ،ص 548 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 506 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 176؛ د/ محمد حمدى مكى، الرسالة = =

يخالف هذا الحكم. فلا تنتهي الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود التركة.

فيجوز لطرفي عقد الوكالة العادية أن يتفقا، بموجب شرط في عقد الوكالة أو بموجب اتفاق مستقل⁽¹⁾، على عدم انتهاء الوكالة بموت الموكل واستمرارها في حق ورثته. وبناء على ذلك الاتفاق يلتزم ورثة الموكل بعقد الوكالة في حدود تركة مورثهم.

ويترتب على استمرار عقد الوكالة وانتقاله إلى ورثة الموكل بناء على هذا الاتفاق، انتقاله بجميع آثاره، فتنقل التزامات الموكل وحقوقه إلى ورثته، وتقع تصرفات الوكيل في

السابقة، ص 201 ؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 352 ؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، 238؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 118. 119؛ د/ جورج حزيون، البحث السابق، ص 253 ؛ نقض 22 يناير 1953، الطعن 327 لسنة 20 ق، سالف الإشارة إليه .

Et voir par ex. : Huet, op. cit. no. 31267, p. 1191 ; Perrot, Le mandat irrévocable, préc., p. 446 ; Contamine – Raynaud, thèse, préc. P. 261 ; Giverdon, thèse préc. p. 124 ; C. A. Paris, déc. 1967, D. 1968, P. 268 ; Civ. 2é, 4 juin 1969, Bull. Civ. 1969, 11, no. 158 ; Civ. 1re, 19 févr. 1968, D. 1968, P. 393 ; J. C. P. 1968, 11, no. 15490 ; Gaz. Pal. 1968, 2, p. 144, note Doucet ; R. T. D. Civ. 1968, p. 559, obs. Cornu.

⁽¹⁾ وقد يكون الاتفاق ضمنيا، كأن يكون ورثة الوكيل عاملين مع مورثهم في تنفيذ عقد الوكالة. والاتفاق الضمني على استمرار الوكالة بعد وفاة الموكل يستقضى من كل حالة على حدة يقوم القضاء بتقريرها .

راجع: د/ جورج حزيون، المرجع السابق، ص 253.

التركة⁽¹⁾، ويلتزم كل من ورثة الموكل والوكيل بتنفيذ عقد الوكالة على النحو الذى تم الاتفاق عليه بين الموكل والوكيل.

ويستطيع ورثة الموكل . فى حالة عم جود اتفاق صريح بين مورثهم والوكيل على استمرارها بعد الموت . أن يحتفظوا بالوكالة، بصورة ضمنية، بأن يتركوا الوكيل يواصل أعمال الوكالة بعد موت مورثهم، فيعد ذلك بمثابة اتفاق ضمنى على استمرار الوكالة التى عقدها مورثهم فى حقهم⁽²⁾.

ومع ذلك فورثة الموكل ليسوا ملزمين بالبقاء على عقد الوكالة بعد وفاة مورثهم، ومن ثم فإنه يحق لهم . كما كان يحق لمورثهم . إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة، وذلك بعزل الوكيل طبقا للمادة 715 مدنى، وذلك حتى لا يجبروا على أن يتعاقد الوكيل باسمهم بالرغم عنهم⁽³⁾، لا سيما وأن الوكالة من العقود التى تبنى على الثقة وقد تنعدم بين ورثة الموكل والوكيل.

(1) راجع فى نفس المعنى: د/ محمد حمدى مكى، الرسالة السابقة، ص 201 ؛ د/ جورج حزيون، المرجع السابق، ص 253 ؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 167 ؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 238، بند 253؛ د/ أيمن الدلوع، المرجع السابق، ص 198.

(2) Voir : Bénabent, op. cit., no. 966, p. 469 ; Soc. 2 avril 1992, Bull. Civ. 1969, V, no. 243 .

(3) فى نفس المعنى: د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 352، بند 167؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 238، بند 253 ؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 119.

وفى المقابل يحق للوكيل أن يتتحي عن الوكالة عملا بالمادة 716 مدنى مصرى
والمادة 2007 مدنى فرنسى، إذ أنه ليس مجبرا بالإبقاء على وكالة لا يريدھا، لا سيما إذا
انعدم الاعتبار الشخصى الذى أبرم على أساسه الوكالة فى حق ورثة الموكل.

المبحث الثانى

الوكالة بعد الموت

تمهيد وتقسيم

الأصل فى الوكالة العادية، أى التى تقوم على الاعتبار الشخصى والصادرة لمصلحة الموكل فقط، أنها تنتهى بالوفاة، لأن الوكيل إنما يستمد سلطاته من الموكل، فإذا مات الموكل زالت معه تلك السلطات. غير أنه ليس يوجد ما يمنع من أن تبدأ الوكالة بعد الموت، إذا ما اتفق الطرفان على ذلك. أى أن الوكالة فى هذه الحالة يبدأ تنفيذها بعد الموت.

ومؤخراً، أقر المشرع الفرنسى بمقتضى التعديل الذى أدخله على التقنين المدنى فى عام 2006م ما يعرف بالوكالة لما بعد الموت *le mandate posthume*.

ونعرض لهذين النوعين من الوكالة فى مطلبين مستقلين على النحو التالى

المطلب الأول: الوكالة التى يبدأ تنفيذها بعد الموت.

المطلب الثانى: الوكالة لما بعد الموت فى القانون الفرنسى.

المطلب الأول

الوكالة التي يبدأ تنفيذها بعد الموت

استقر الفقه والقضاء⁽¹⁾ على أنه يجوز أن يتفق طرفا عقد الوكالة على أن يبدأ تنفيذها بعد موت الموكل إذا اقتضت طبيعة العمل الموكل فيه ذلك. فالوكالة هنا لا تنتهي بالموت بل هي تبدأ من لحظة موت الموكل، طالما كان من شأنها ألا يكون بدء تنفيذها إلا بعد موته.

(1) انظر: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، بند 331، ص 549؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 423 . 424 : د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، 320، بند 232؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 176 . 177؛ د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 240 . 241؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 506، بند 322؛ د/ مروان كركبي، المرجع السابق، ص 616 .
وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Antonmatti et Raynaud, op. cit., no. 492, p. 359 ; Bénabent, op. cit. no. 966, p. 469 ; Najjar, Mandat post mortem et liberalités par dans manuel et comptes bancaire : Melanges offerts a M. Pierre Raynaud, 1985 ; Storck (M.), Essai sur le mecanisme la présentation dans les actes juridique, L. G. D. J., Paris 1982.

وفى القضاء الفرنسى على سبيل المثال:

Civ., Ire, 28 juin 1988, D. 1989, p. 181, note Najjar ; J. C. P. éd. G. 1989, II, no. 21366 , note D. Martin ; J. C. P. N. 1989, II, p. 74 , note Salvage ; R. T. D. Civ., 1989, p. 116, obs. Patarin .

فالوكيل فى هذا النوع من الوكالة يعهد إليه بتنفيذ بعض الأعمال بعد موت الموكل، كما إذا وكل شخص بقبض المبلغ المؤمن به على حياة الموكل أو بوفاء ديون الموكل بعد موته من تركته، أو بتنفيذ وصيته أو أن يتولى نشر أعماله الأدبية أو مذكراته بعد موته أو نشر وثائق معينة بعد موته أو فى إقامة مدفن خاص له أو فى إقامة نصب تذكارى له أو فى إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين .

فى كل هذه الفروض وما يماثلها لا يبدأ تنفيذ الوكالة إلا بعد وفاة الموكل. وتتخذ الوكالة فى هذه الفروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها⁽¹⁾. ويجب أن يكون العمل موضوع تلك الوكالة والذى يعهد إلى الوكيل القيام به، عملاً مشروعاً أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب⁽²⁾.

ويبرر الفقه مثل هذه الوكالة بالقول بأن " الوكالة تنعقد بمجرد التراضى وليس هناك ما يحول دون الاتفاق على تأجيل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود الرضائية إلى وقت

(¹) د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 331، ص 549؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 176 .
177؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 506 .

Et : Bénabent, op. cit. no. 966, p. 469.

(²) Voir : Antonmatti et Raynaud, op. cit., no. 492, p. 359 ; Collart Dutilleul et Delebecqu, op. cit., no. 633, p. 523 ; Civ., 1re 28 juin 1988, J. C. P. éd. G. 1989, II, 21366, note D. Martin ; J. C. P. N., 1989, II, P. 74, note Salvage ; D. 1989, P. 181, note Najjar.

وفاة أحد طرفيها. وكما يكون هذا الاتفاق صريحا، يصح أن يستنتج ضمنا من ظروف العقد وملايساته " (1).

وقد أشارت المادة 818 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على هذا النوع من الوكالة حيث قالت: "أن موت الموكل أو تبدل حالته يسقط وكالة الوكيل الأصلي ووكالة وكيله فيما خلا الحاليتين الآتيتين: أولا: متى كانت الوكالة معطاة في مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث. ثانيا: متى كان موضوع الوكالة يراد إتمامه بعد وفاة الموكل بحيث يصبح الوكيل عندئذ في مقام منفذ الوصية".

وأول ما يلاحظ على هذا النوع من الوكالة أنها تقوم على الاعتبار الشخصي، فلا يمكن أن يوكل شخص آخر في تنفيذ عمل أو أعمال معينة بعد موته إلا إذا كان يتمتع بثقته وتتوافر فيه صفات معينة محل اعتبار لديه. وفي هذه الحالة يبدو التعارض واضحا بين عنصر الاعتبار الشخصي وانتهاء الوكالة بالموت. فالأصل أنه من آثار توافر عنصر الاعتبار الشخصي في الوكالة حتمية انتهائها بموت أحد طرفيها، إلا أننا في هذا النوع من الوكالة لا تبدأ مهمة الوكيل إلا بعد موت الموكل.

وطالما أن الوكالة التي تبدأ تنفيذها بعد موت الموكل تأخذ صورة الوصية وأن الوكيل هو المنفذ لها، فإنها تسرى عليها أحكام الوصية، فتعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وهو تصرف غير لازم يجوز للموكل أن يرجع فيه وينهى الوكالة في أي وقت حتى لحظة موته. كما يجوز للوكيل أيضا إنهاؤها في أي وقت دون أن تقع عليه أي

(1) د/ محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 423 . 424.

مسئولية طالما كان غير متعسف فى الإنهاء. وإذا مات الموكل ولم ينفذ تلك الوكالة، فإنها لا تسرى فى حق ورثته إلا فى حدود ثلث التركة وما زاد عن ذلك لا يسرى فى حقهم إلا إذا أجازوه.

ولعله من نافلة القول أن الوكيل إذا مات قبل الموكل، فإن الوكالة تعتبر كأن لم تكن ولا يلزم بها ورثته. وكذلك الحال إذا مات الوكيل قبل القيام بالعمل المعهود إليه القيام به، فإن هذه الوكالة تنتهى ولا تمتد إلى ورثته، لأن شخصية هذا الوكيل كانت محل اعتبار لدى الموكل عند إبرام الوكالة، وورثة الموكل وشأنهم بعد ذلك، فلهم أن يقوموا بأنفسهم بتنفيذ العمل موضوع الوكالة أو بتوكيل شخص آخر لتنفيذه وذلك احتراماً لرغبة مورثهم.

المطلب الثانى

الوكالة لما بعد الموت فى القانون الفرنسى

le mandate posthume

أقر المشرع الفرنسى هذا النوع من الوكالة بموجب التعديل الذى أدخل على التقنين المدنى بالقانون رقم 728 ، الصادر فى 23 يونيو 2006م تحت عنوان " إدارة التركة بواسطة وكيل De l'administration de la succession par un mandataire وذلك فى المواد من 812 إلى 1/814 من التقنين المدنى ⁽¹⁾.

موضوع الوكالة: استحدث المشرع الفرنسى هذا النوع من الوكالة وأطلق عليه اسم " الوكالة لما بعد الموت " le mandate posthume وبمقتضى النصوص المستحدثة فى التقنين المدنى، يجوز لأى شخص أن يعطى لشخص آخر، طبيعى أو معنوى، وكالة لإدارة كل أو بعض تركته، حسب الصلاحيات التى يخولها له، لمدة

⁽¹⁾ راجع حول هذه الوكالة:

Bénabent, op. cit. no. 969 et s, p. 471 et s ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 633, p. 523, et no. 680-2, p. 578 et 579 ; Mainguy, op. cit. no. 566, p. 565 et 566 ; Grimaldi (M.), Le mandate à effet posthume, Defrenois, 2007, 9. 3 et s .

وانظر كذلك: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 283 . 284 .

معينة، لصالح واحد أو أكثر من الورثة يقوم بتحديدهم. ويمارس الوكيل سلطاته المخولة له حتى ولو كان بين الورثة قاصر أو بالغ موضوع تحت الوصاية⁽¹⁾.

وهذه الوكالة قاصرة على أعمال القبض والإدارة فقط ولا يكون من حق الوكيل التصرف فى أموال التركة، كما أنه ليس له الحق فى الاعتراض على أى تصرف يجريه الورثة بشأن هذه الأموال⁽²⁾. وهذه الوكالة لا يكون لها أى أثر إلا بعد موت الموكل، وهذا ما يميزها عن غيرها من عقود الوكالة العادية التى يؤدى الموت إلى انتهائها.

والوكالة لما بعد الموت فى الأصل تبرعية. ومع ذلك قد يتقاضى الوكيل أجرا. وقد أوضحت المادة 812 . 2 و 812 . 3 من التقنين المدنى الطريقة التى يتم على ضوءها حساب أجر الوكيل. وهذا الأجر قد يكون نسبة من الحصة الميراثية التى يكون لها صلة بالإدارة ويمكن أن يكون مبلغ محدد من النقود⁽³⁾.

وعلى الوكيل فى نهاية كل عام أن يقدم تقريرا عن إدارته إلى الورثة أو من ينوب عنهم، وإلا كان للمحكمة إلغاء الوكالة بناء على طلب صاحب المصلحة. وينتقل هذا الالتزام إلى ورثة الوكيل إذا انتهت الوكالة بوفاته (مادة 812 . 7 مدنى فرنسى).

(1) مادة 812 من التقنين المدنى الفرنسى.

(2) Bénabent, op. cit. no. 973, p. 475. Et, Cass civ. 1re, 12 mai 2010, Bull. Civ. 2010, I, no. 117.

(3) Bénabent, op. cit. no. 975, p. 475.

وللورثة حق التشاور مع الوكيل وطلب المستندات والتقارير السنوية(مادة 813 . 8 مدنى
فرنسى).

الهدف من الوكالة:وتهدف هذه الوكالة إلى مساعدة الورثة وحمائهم، لا سيما إذا كانوا لا
تتوافر فيهم الكفاءة أو الإمكانيات المطلوبة لإدارة التركة. وذلك بسبب عجز الأنظمة
التقليدية فى مجالات الوصاية والقوامة وإدارة التركات عن تحقيق هذه الحماية على
النحو المطلوب⁽¹⁾. كما تهدف إلى تأمين انتقال التركة إليهم، وبصفة خاصة إذا وجدت
بعض الظروف التى من شأنها أن تعرض مصالح بعض الورثة للخطر⁽¹⁾.

⁽¹⁾ وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى قد أقر نوع آخر من الوكالة يعرف بالوكالة لحماية
المستقبل le mandate de protection future وذلك بموجب التعديل الذى أدخله على التقنين
المدنى بقانون 5 مارس 2007م والمعمول به اعتبارا من 2009/1/1م فى المواد من 477 إلى
488 من التقنين المدنى.

وهذه الوكالة لحماية المستقبل تتيح لجميع الأشخاص حماية وتنظيم مصالحهم بأن يختاروا
مقدا من سيكون مسئولاً عن إدارة أعمالهم الخاصة عندما يعجزوا عن ذلك، كما فى حالة الإصابة
بمرض الزهايمر أو غيره من الأمراض الأخرى أو يختار الشخص أحد الوالدين وكيلا لإبنه القاصر
ليقوم على رعايته بعد وفاته أو عند عجزه. وتكون هذه الوكالة موثقة أو باتفاق خاص. وهى تخول
للكيل تنفيذ مهام متعلقة بالصحة العامة أو الحالة الاجتماعية أو التعهدات الأسرية أو تمثيل شخص
تحت الوصاية أو القوامة أو مهام ذات اعتبارات شخصية. وقد يكون الوكيل أى شخص يختاره
الموكل أو شخصا مسجلا بقائمة الممثلين القانونيين بوزارة العدل ولكن يجب أن يكون متمتعا بالأهلية
المدنية ومستوفيا لشروط تحمل الوصاية. ويجوز للموكل قبل البدء فى التنفيذ عزل وكيله أو تعديل
الوكالة. كما يجوز للوكيل التنازل عنها بشرط الإخطار. ولا تبدأ هذه الوكالة إلا بعد أن يثبت عجز
الموكل عن مباشرة مصالحه ويكون ذلك بتقديم شهادة طبية للموثق تفيد أن الموكل فى حالة من
حالات العجز أو المرض المنصوص عليها قانونا ومن هذا التاريخ تدخل الوكالة حيز التنفيذ. وتنتهى

مدة الوكالة: هذه الوكالة بطبيعتها مؤقتة، فمدتها لا تزيد عن سنتين قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى بقرار من القاضى. ويمكن أن تكون مدتها خمس سنوات قابلة للتجديد فى ظل نفس الظروف، وذلك بسبب العجز أو السن أو الورثة أو الحاجة إلى إدارة الأصول التجارية⁽²⁾.

شروط صحة الوكالة: يشترط لصحة هذه الوكالة توافر عدة شروط هي

1. ضرورة وجود مصلحة جدية ومشروعة بالنظر إلى شخص الوارث أو أعيان التركة. فإذا لم تتوافر هذه المصلحة الجدية المشروعة، وقعت الوكالة باطلة بطلانا مطلقا. فعقد الوكالة لما بعد الموت ذو طابع استثنائى، إذ تعد هذه الوكالة خروجا على القواعد العامة

هذه الوكالة قبل البدء فى تنفيذها لأحد الأسباب الآتية: 1. استعادة الشخص لقدرته. 2. وفاة الشخص محل الحماية أو وضعه تحت الوصاية ما لم يقرر القاضى خلاف ذلك. 3. وفاة الوكيل أو وضعه تحت إجراء وقائى أو إفلاسه أو إعساره. 4. عزل الوكيل بقرار من القاضى بناء على طلب صاحب المصلحة.

راجع حول هذه الوكالة:

Hebert, art. préc. p. 307 ; Delfosse et Baillon – Wirtz, art. préc., p. 2224 ; Pecaut – Rivolier, art. préc., p. 216.

(¹) Bénabent, op. cit. no. 969 et 970, p. 473.

(²) مادة 812-1 مدنى فرنسى.

Et voir : Benabent, op. cit. no. 970, p. 473 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 680-2, p. 578 .

فى الوكالة التى تقضى بأن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل وأن هذه السلطات تزول إذا مات⁽¹⁾. ومن أجل ذلك استلزم القانون ضرورة وجود مصلحة جدية ومشروعة.

2. أن يتم إبرامها فى شكل رسمى نظرا لكونها مرتبطة بتنظيم وإدارة الشركة وتستلزم توافر شروط معينة، فإبرامها فى الشكل الرسمى من شأنه أن يعطى للموثق الفرصة للتأكد من توافر تلك الشروط⁽²⁾.

3. أن يقبل الوكيل هذه الوكالة قبل وفاة الموكل. فإذا قبلها انعقدت الوكالة، أما إذا لم يقبلها حتى تاريخ وفاة الموكل فإنها تعتبر كأن لم تكن.

4. أن يكون الوكيل متمتعاً بالأهلية المدنية ومستوفياً لشروط تحمل الوصاية⁽³⁾.

تكييف الوكالة لما بعد الموت: ذهب الفقه الفرنسى⁽⁴⁾ إلى تكييف الوكالة لما بعد الموت بأنها عبارة عن "اشتراط لمصلحة الغير"، يكون الموكل فيه هو المشتراط، ويكون الوكيل هو المتعهد، أما الغير المستفيد فهو الوارث أو الورثة المعنيين. غير أن لهذا الاشتراط خصوصيته التى تميزه عن الاشتراط لمصلحة الغير فى القواعد العامة، إذ لا يجوز

(1) Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 633, p. 523 .

(2) Vior : Bénabent, op. cit. no. 971, p. 473 et 474 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 680-2, p. 578 .

(3) مادة 812 . 1 مدنى فرنسى³.

(4) Bénabent, op. cit. no. 972, p. 474 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 680-2, p. 578 .

للمستفيد فيه (الوارث أو الورثة المعنيين) رفضه أو الاعتراض عليه، اللهم إلا إذا تنازلوا عن التركة.

انتهاء الوكالة: يحق لكل من الموكل والوكيل إنهاء هذه الوكالة بإرادته المنفردة قبل البدء في تنفيذها، بشرط إخطار الطرف الآخر⁽¹⁾. وتخضع هذه الوكالة للأحكام العامة للوكالة الواردة في المواد 1984 إلى 2010 من التقنين المدني الفرنسي فيما لا يتعارض مع أحكامها الخاصة الواردة في هذا الباب المستحدث المعنون " إدارة التركة بواسطة وكيل " (2).

وتنتهي هذه الوكالة، فضلا عن ذلك، بأحد الأسباب التي نصت عليها المادة 812 - 4 من التقنين المدني وهي: 1. انتهاء الأجل المقرر. 2. تنازل الوكيل عن الوكالة، مع ضرورة الإخطار قبل التنازل بثلاثة شهور على الأقل. 3. الإلغاء القضائي بناء على طلب أحد الورثة أصحاب المصلحة أو من ينوب عنهم، وعند انتفاء المصلحة وعندما يرتكب الوكيل خطأ. 4. إبرام وكالة عادية بين الورثة والوكيل. 5. رفض الورثة للممتلكات المذكورة في الوكالة. 6. وفاة الوكيل أو نقص أهليته أو حله إذا كان شخصا اعتباريا. 7. وفاة الوارث المعنى بالوكالة أو وضعه تحت تدبير وقائي و صدور قرار بإنهاء الوكالة⁽³⁾.

(1) مادة 812 . 1 . 1 مدني فرنسي.

(2) مادة 812 . 1 . 3 مدني فرنسي.

(3) راجع حول انتهاء الوكالة لما بعد الموت:

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 813 . 9 على أن هذه الوكالة تتوقف نهائيا بمجرد توصل الورثة إلى اتفاق أو التوقيع على قسمة أو بقرار من القاضى عند إتمام المهمة.

تعيين وكيل للتركة:يجوز للقاضى تعيين وكيل للتركة لإدارتها بشكل مؤقت فى حالة احتياج أو غياب أحد الورثة أو اختلافهم أو تضارب مصالحهم أو لحاجة التركة ذاتها،وذلك بناء على طلب أحد الورثة أو أى شخص آخر له مصلحة فى ذلك أو من النيابة العامة. ويمثل الوكيل فى حدود السلطات المخولة له،الورثة فى أعمال الحياة المدنية وأمام القضاء⁽¹⁾. وللمحكمة عزله وتعيين غيره بناء على طلب من له مصلحة أو طلب النيابة العامة⁽²⁾.

وإذا اتفق الورثة على أن يعهدوا بإدارة التركة إلى أحدهم أو إلى شخص آخر فإن هذه الوكالة تحكمها المواد من 1984 إلى 2010م من التقنين المدنى. وعندما يقبل أحد الورثة الخلافة على صافى الأصول،بعد الجرد فلا يكون الوكيل ،حتى مع اتفاق جميع الورثة،معينا من قبل القاضى،ومن ثم تحكم الوكالة المواد من 813 . 1 إلى 814 من التقنين المدنى⁽³⁾.

Bénabent, op. cit. no. 976, p. 475 et 476.

(¹) مادة 813 . 5 مدنى فرنسى.

(²) مادة 813 . 7 مدنى فرنسى.

(³) مادة 813 مدنى فرنسى.

الباب الثانى

أثر الموت على الوكالة للمصلحة المشتركة

تمهيد وتقسيم

بعد أن كرس المشرع المصرى، فى المادة 1/715 من القانون المدنى، قاعدة حرية الموكل فى إنهاء الوكالة العادية، التى تكون صادرة لمصلحته فقط، بإرادته المنفردة فى أى وقت، حتى لو كان متعسفا فى ذلك؛ جاء فى الفقرة الثانية من تلك المادة وحرم الموكل من الحق فى عزل الوكيل وإنهاء الوكالة أو تقييدها إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة، أى إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فيها، واستلزم فى هذه الحالة، لإنهاء الوكالة، ضرورة رضاء من كانت له مصلحة فى الوكالة. حيث جرى نص هذه الفقرة كالتالى: " غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه" (1).

فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه، فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل (2).

(1) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5، ص 235.

(2) راجع: الطعن 2218 لسنة 70 ق، جلسة 2001/5/3 م .

ويقصد بالمصلحة الواردة بهذا النص هي كل منفعة تعود على الوكيل أو الغير من استمرار الوكالة أو كل ضرر يقع بسبب إلغائها. ويجب أن تكشف عنها نصوص عقد الوكالة بشكل قاطع وصريح أو تكشف عنها أمور واقعية . تقف عليها المحكمة وفقا لكل حالة على حدة . تدل على أن إلغاء الوكالة أو تقييدها يفوت على من صدرت الوكالة لصالحه المنفعة من إبرامها ولا يكفي استخلاصها من النص في عقد الوكالة على حق الوكيل في البيع لنفس أو للغير لأن هذه العبارة بذاتها لا تقطع بتوافر المصلحة ما لم تساندها أدلة أو قرائن تستتبطها المحكمة من الواقع في الدعوى⁽¹⁾.

وقد أطلق الفقه على الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو الغير أى الصادرة للمصلحة المشتركة للوكيل والموكل أو للموكل والغير اسم " الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها " ⁽²⁾.

ولا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص مماثل لنص المادة 2/715 مدنى مصرى، غير أن الفقه والقضاء فى فرنسا قد استقروا على وجود وكالات غير قابلة للعزل

⁽¹⁾ راجع: الطعن رقم 3707 لسنة 90 ق، جلسة 2020/11/16م، غير منشور ؛ الطعن 12189 لسنة 88 ق، جلسة 2020/6/21م، غير منشور ؛ الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م، غير منشور ؛ الطعن 10355 لسنة 88 ق، جلسة 2019/10/24م، غير منشور ؛ الطعن 4480 لسنة 84 ق، جلسة 2018/8/31م، غير منشور ؛ الطعن 14117 لسنة 83 ق، جلسة 2015/4/19م ، غير منشور .

⁽²⁾ راجع فى الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها: د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 184 وما بعدها؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها. وانظر كذلك : د/ مشعل مهدى جوهر حياة، البحث السابق، ص 154 وما بعدها.

أو للإلغاء بطبيعتها وهي الوكالات الصادرة للمصلحة المشتركة، سواء للموكل والوكيل أو للموكل والغير أو للموكل والوكيل والغير. وهذه الوكالات لا يجوز فيها للموكل عزل الوكيل إلا برضاه أو رضاه من صدرت الوكالة لصالحه أو في حالة وجود سبب مشروع للعزل يقره القضاء أو وفقا للبنود والشروط الخاصة بعقد الوكالة⁽¹⁾.

(¹) انظر في الفقه على سبيل المثال:

Sallé de la Marnierre, Mandat irrévocable, art. préc., p. 241 et s ; Demogue, art. préc., p. 271 ; Malaureie et Aynes, no. 556, p. 310 et 311 ; Malaureie, Aynés et Gautier, no. 556, p. 339 et 340 ; Le Tourneau, Mandat, préc. no. 348 et s ; Stouffel, op. cit., p.481 et 482 ; Antonmattei et Ranard, op. cit. p. 357, no. 490 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 532.

وفي القضاء على سبيل المثال :

Civ. 13 mai 1885, D. P. 1885,1. p. 350 ; S. 1887,1, P. 220 ; Civ. 11 févr. 1891, S. 1891,1. p. 121 ; Com. 10 nov. 1959, Gaz. Pal. 1960,1, p. 177 ; Civ. 11 mai 1971, Bull. Civ. 1971,1, no. 154 ; Civ. 13 mars 1974, D. S. 1974, Inf. Rap. P. 156 ; Cass. Com. 14 mars 1995, Bull. Civ. 1995, 4, no. 83 ; Com. 3 juil. 2001, J. C. P. 2002,1, p. 134, obs. Virassamy ; Cass. Com. 10 févr. 1975, Bull. Civ. 1975, 4. no. 93 ; Civ. 10 oct. 1984, J. C. P. 1984, 4, p. 346 ; Civ. 7 juil. 1989, Bull. Civ. 1989, 1, no. 229 ; Civ. 6 juil. 1993, J. C. P. 1993, 4, 2310 ; Com. 2 mars. 1993, D. S. 1994, Juris., p. 84, note Thérèse ; Com. 29 févr. 2000, J. C. P. 2000, 4., 1689 ; Civ. 1re, 2 oct. 2001, J. C. P. ed. G. 2001, 2, 10094, note Dagorne – Labbé ; Civ. 3 juin 1997, Bull. Civ. 1997, IV, no. 172.

ويعتبر عنصر الاعتبار الشخصى هو العلة وراء انتهاء الوكالة العادية بموت أحد طرفيها. أما فى الوكالة الصادرة للمصلحة المشتركة فإن هذا العنصر يتراجع ويتضاءل دوره بطغيان عنصر المصلحة عليه وفى هذه الحالة يهيمن على الوكالة الطابع الموضوعى، ويمتنع على الموكل تقييدها أو إنهاؤها بإرادته المنفردة ومن شأن ذلك السماح باستمرار تلك الوكالة بعد الموت فى حق الورثة.

وإذا كان يمتنع على الموكل فى الوكالة للمصلحة المشتركة عزل الوكيل وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، لتعلق مصلحة الوكيل أو الغير بالوكالة، فإنه يثور التساؤل، فى هذا الصدد، حول المعيار الذى نستهدى به للقول بوجود مصلحة للوكيل أو للغير فى الوكالة أو بعبارة أخرى، متى يكون للوكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة؟ فإذا ما ثبت أن للوكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة، فإنه يمتنع على الموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة دون رضاه من له مصلحة فيها، سواء كان الوكيل أو الغير.

وإذا كان المشرع المصرى قد نص صراحة فى المادة 2/715 من القانون المدنى على عدم جواز انفراد الموكل بإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو الغير (الأجنبى)، واستلزم أن يكون ذلك برضاه من صدرت الوكالة لصالحه. إلا أن المشرع لم ينص على حكم بقاء الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو الغير واستمرارها من عدمه فى حالة موت الوكيل أو الموكل.

وفى هذه الحالة يثور التساؤل حول ما إذا كان يترتب على موت أحد طرفى الوكالة للمصلحة المشتركة انتهاء تلك الوكالة أم أنها تستمر فى حق ورثة المتوفى؟ وما إذا

كان يوجد تلازم بين عدم قابلية الوكالة للمصلحة المشتركة للإنتهاء بالإرادة المنفردة واستمرارها بعد الموت؟ أو بعبارة أخرى هل يترتب على عدم قابلية الوكالة للمصلحة المشتركة للإنتهاء بالإرادة المنفردة، أنها لا تنتهى بموت أحد طرفيها وأنها تستمر فى حق وريثة المتوفى حتى الإنتهاء من العمل أو التصرف موضوعها أم أن الأمر على خلاف ذلك؟

ومن ثم يقتضى الإجابة على التساؤلات السابقة وبيان أثر الموت على الوكالة للمصلحة المشتركة أن نعرض للمعيار الذى نستهدى به للقول بوجود المصلحة المشتركة فى الوكالة، ثم نتبع ذلك ببحث مدى إنتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة.

ومن أجل ذلك رأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالى

الفصل الأول: معيار المصلحة المشتركة فى الوكالة.

الفصل الثانى: مدى إنتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة.

الفصل الأول

معيار المصلحة المشتركة في الوكالة

تمهيد وتقسيم

الأصل أن تكون الوكالة معقودة لمصلحة الموكل فقط، وهي ما نطلق عليه الوكالة العادية ومن ثم يكون بديها أن يتقرر له الحق في عزل وكيله وإنهائها بإرادته المنفردة، في أي وقت وتنتهي بموت أحد طرفيها. غير أن هذا الأصل ليس مطلقا. ففي الغالب تصدر الوكالة لا لمصلحة الموكل فقط وإنما يشاركه في تلك المصلحة الوكيل أو الغير، أو الاثنين معا، فتكون وكالة للمصلحة المشتركة. وفي هذه الأحوال يكون للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة، مع وجود مصلحة للموكل في نفس الوقت.

والموكل دائما صاحب مصلحة في الوكالة، فلا توجد وكالة بدون مصلحة للموكل لأنها تتعقد لأجله ولحسابه. فلا يمكن للوكيل أن يعمل إلا لمصلحة موكله لأن عمله لمصلحته الشخصية يجعله خارج إطار النيابة⁽¹⁾، ويجعل العقد لا قيمة له. ولا يمكن تصور وجود وكالة صادرة لمصلحة الغير وحده دون الموكل، لأن ذلك يبدو أمرا غريبا

(1) Gilson – Maes, thèse, préc. p. 312.

وشاذا وغير مقبول⁽¹⁾. كما لا يمكن تصور وجود وكالة لمصلحة الوكيل وحده دون أن يكون للموكل مصلحة فيها⁽²⁾.

وفى هذا الصدد نقترح تعديل صياغة نص المادة 2/715 مدنى لتعبر عن حقيقة المقصود وهو أن للموكل دائما مصلحة فى الوكالة، لتكون كالتالى: " غير أنه إذا كان

(¹) Voir : Jonnesco (Constantin), Le mandate en droit romain et français, Paris, Tyographie N. Blanpain, 1878, p. 58.

حيث يقول: "يمكن القول أنه لا يوجد، بالمعنى الدقيق للكلمة، وكالة لمصلحة الغير وحده".
" En résumé, on peut soutenir qu'il n'existe pas, à proprement parler, de mandate dans l'intérêt exclusif d'un tiers ".

وانظر كذلك: د/ عصام الدفراوى، المرجع السابق، ص 330 .

(²) وعلى ذلك فإن استعمال المشرع المصرى فى المادة 2/715 لعبارة " إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى"، لا يمكن أن يفهم منها أنه تصور وجود وكالة صادرة لمصلحة الوكيل وحده أو لمصلحة الموكل الأجنبى (الغير) وحده. فالواضح من استعمال المشرع للعبارة السابقة أنه اهتم بالمصلحة الفرعية أو الزائدة على طبيعة الوكالة وسكت عن المصلحة الأصلية، على اعتبار أن مصلحة الموكل من الوكالة لا خلاف عليها لأنها مستمدة من جوهر الوكالة.

انظر : د/ عصام الدفراوى، المرجع السابق، ص 330 .

Et voir en ce sens : Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit. p. 568, no. 674.

حيث يقولان :

" L'intérêt du mandate ne fait lui pas de difficulté, car il se déduit de l'essence même du contrat de mandate " .

للكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة، فلا يجوز للموكل إنهاء الوكالة أو تقييدها دون رضاء من له مصلحة فيها" (1).

خلاصة القول إذن أن الوكالة إما أن تكون صادرة لمصلحة الموكل وحده، وإما أن يشاركه فى هذه المصلحة الوكيل أو الغير أو الاثنين معا، فتكون الوكالة للمصلحة المشتركة.

وفى هذا الصدد يثور التساؤل عن المعيار الذى يمكن أن نستهدى به للوقوف على ما إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة، فتكون لازمة يمتنع على الموكل إنهاؤها دون رضاء من له مصلحة فيها وتستمر بعد موته فى حق ورثته حتى الانتهاء من العمل موضوعها، أم أنها صادرة لمصلحة الموكل وحده فيكون له الحق فى إنهاؤها فى أى وقت بإرادته المنفردة وتنتهى بموته أو بموت الوكيل ولا تستمر فى حق ورثتهما؟

وهذا يقتضى منا أن نعرض للمعايير التى قال بها الفقه والقضاء للوقوف على ما إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة. فإذا ما تخيرنا المعيار الذى نراه صحيحا من

(1) وقريب من هذه الصياغة نص المادة 2/717 من القانون المدنى الكويتى المقابلة للمادة 2/715 مدنى مصرى، والذى جرى كالتالى: " 2. على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيا أو يقيدها دون موافقة من له المصلحة ". وواضح من صياغة هذا النص أن المشرع يقر بوجود مصلحة أصلية للموكل فى الوكالة دائما وأن هذه المصلحة قد يشاركه فيها الوكيل أو الغير بأن يكون له مصلحة فى الوكالة بجانب المصلحة الأصلية وهى مصلحة الموكل.

بينها، فإننا سنعرض لبعض التطبيقات لوكالات ذات مصلحة مشتركة إعمالاً للمعيار المختار.

وعلى ذلك، فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعرض في المبحث الأول لمعيار المصلحة المشتركة في الفقه والقضاء، ونعرض في المبحث الثاني لبعض التطبيقات لوكالات صادرة للمصلحة المشتركة وذلك على النحو التالي

المبحث الأول: معيار المصلحة المشتركة في الفقه والقضاء.

المبحث الثاني: تطبيقات لوكالات صادرة للمصلحة المشتركة.

المبحث الأول

معيار المصلحة المشتركة فى الفقه والقضاء

تمهيد وتقسيم

إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة، فإنها تكون وكالة لازمة يمتنع على الموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة، ولا تنقضى بوفاة الموكل وتستمر فى حق ورثته من بعده، فى حدود التركة دون أن يكون لهم حق إنهاؤها بغير رضاء من له مصلحة فيها.

وقد اختلفت آراء الفقه والقضاء حول معيار المصلحة المشتركة فى عقد الوكالة والذى يمكن الاستهداء به للوقوف على ما إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة تبرر عدم عزل الوكيل بإرادة الموكل المنفردة، واستمرارها بعد موت الموكل فى حق ورثته.

وسوف نعرض للمعايير التى قال بها الفقه والقضاء فى هذا الصدد، ثم نتبع ذلك ببحت إثبات المصلحة المشتركة فى الوكالة، وقبل ذلك فإنه يجب بحت مسألة ما إذا كان حصول الوكيل على أجر عن وكالته يجعل الوكالة ذات مصلحة مشتركة من عدمه، وكذلك بحت الوكالة الحصرية وما إذا كان شرط الحصر أو القصر من شأنه أن يجعل الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة من عدمه.

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة على النحو التالى

المطلب الأول: الوكالة المأجورة والوكالة الحصرية.

المطلب الثاني: اتجاهات الفقه والقضاء حول معيار المصلحة المشتركة.

المطلب الثالث: إثبات المصلحة المشتركة.

المطلب الأول

الوكالة المأجورة والوكالة الحصرية

تمهيد

الغالب أن تكون الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة للموكل والوكيل معاً، ولكن هل يكفي أن يكون الوكيل مأجوراً حتى تكون له مصلحة في الوكالة تمنع عزله وتجعل الوكالة مستمرة في حق ورثة الموكل بعد موته؟

كما قد يتضمن عقد الوكالة بنداً بمقتضاه يتمتع على الموكل منح وكيل آخر سلطة القيام بالتصرف محل الوكالة، وهو ما يعرف ببند الحصر أو بند القصر ويطلق على الوكالة المتضمنة هذا البند اسم "الوكالة الحصرية". فهل كون الوكالة حصرية كاف بذاته لاعتبار الوكيل صاحب مصلحة في الوكالة تمنع عزله وتحول دون انتهاء الوكالة بعد موت الموكل؟ هذا ما سنجيب عليه على النحو التالي

أولاً: الوكالة المأجورة

الأصل أن الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكالة⁽¹⁾. وأبرز حالات الوكيل التي يستخلص منها ضمناً أن الوكالة مأجورة هي مهنته⁽¹⁾. وقد يستفاد الاتفاق الضمني من ظروف التعاقد الأخرى غير حالة الوكيل⁽²⁾.

(1) راجع الفقرة الأولى من المادة 709 من القانون المدني.

وقد انتشرت الوكالات المأجورة فى الحياة العملية حتى طغت على الوكالة غير المأجورة، وحتى أصبح الواقع هو عكس القانون. فالوكالة تكون فى الكثرة الغالبة من الأحوال، مأجورة، ما لم يشترط أو يتبين من الظروف أنها غير مأجورة⁽¹⁾. وتقدير ما إذا كانت الوكالة مأجورة يترك لقاضى الموضوع⁽²⁾.

(1) فالشخص الذى يحترف مهنة يتعيش منها وبخاصة إذا كانت هذه المهنة تجارية، كالمحامى أو الوكيل بالعمولة أو السمسار أو رجل الأعمال أو أمين التقلية أو المصرف أو الصيرفى، المفروض أن الوكالة التى تدخل فى أعمال هذه المهنة تكون مأجورة ويكون هناك اتفاقا ضمنيا على إعطائه أجرا.

راجع فى هذا الصدد: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 276، ص 426؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، بند 169. 172، ص 221. 227؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 395 وما بعدها؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 193 وما بعدها، بند 97 وما بعده؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها. ومجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 222. وانظر كذلك: استئناف مختلط فى 25 ابريل 1900م، نفس المجموعة، ص 13، ص 262؛ استئناف مختلط فى 22 فبراير 1894م، نفس المجموعة، ص 7، ص 21.

Et : Civ. 8 janv. 1890, D. 1891, 1, p. 22 ; Civ., 1 déc. 1891, S. 1893, 1. p. 496 ; Civ. 15 juil. 1936, D., 1936, p. 428.

(2) نقض مدنى فى 5 يناير 1948م، مجموعة عمر، ج 5، رقم 260، ص 523.

(1) د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 276، ص 426.

(2) قضت محكمة النقض بأن: " تحديد ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة من مسائل الواقع التى تبت فيها محكمة الموضوع بما لها من سلطة لتعرف على حقيقة ما أورده المتعاقدان مستعينة بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها دون ما رقابة عليها لمحكمة النقض ".

نقض 1983/3/31م، الطعن 447 لسنة 42 ق.

ويثور التساؤل، في هذا الصدد، حول ما إذا كان الاتفاق بين طرفي عقد الوكالة على استحقاق الوكيل أجراً مقابل قيامه بإبرام التصرف محل الوكالة من شأنه أن يجعل للوكيل مصلحة في الوكالة، ومن ثم حرمان الموكل من حقه في عزله قبل إتمام مهمته واستمرار الوكالة بعد موته في حق ورثته؟

يذهب الفقه المصري والفرنسي في مجموعه⁽¹⁾ إلى أن كون الوكيل مأجوراً لا يكفي وحده لتكون له مصلحة في الوكالة تمنع الموكل من عزله، حيث يجوز عزل الوكيل المأجور لعذر مقبول وفي وقت مناسب وإلا كان له الحق في الرجوع على الموكل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء العزل.

(1) في الفقه المصري على سبيل المثال: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 556، هامش رقم 3؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، بند 233، ص 323؛ د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 123 و ص 127؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 182؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 189.

وفي الفقه الفرنسي على سبيل المثال:

Sallé de la Marnierre, art. préc. p. 256 ; Giverdon, thèse préc. p. 142 ; Alexandre, op. cit. no. 39, p. 10 ; Le Tourneau, Mandat, préc. no. 358 p. 33 ; Barbieri (Jean-Jacques), Contrats civils, contrats commerciaux, Masson, Paris, 1995, p. 396 ; Josserand, Cours de droit positif français, T. 2, 3e éd. 1939, no. 1423 ; Bénabent, op. cit., no. 964, p. 466 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 569, no. 674 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 557, p. 295 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 557, p. 341 ; Huet, op. cit., no. 31277, p. 1198.

فإذا كان للوكيل مصلحة مؤكدة في الحصول على الأجر عن طريق استمرار الوكالة، إلا أن هذه المصلحة لا تكفي بمفردها للقول بأن له مصلحة في الوكالة أو أن الوكالة ذات مصلحة مشتركة، ومن ثم عدم قابلية عزله بالإرادة المنفردة للموكل. لأنه إذا كان الوكيل يدافع عن مصلحة شخصية له، فإن هذه المصلحة ترتبط فقط بصفته كوكيل ويمكن أن تزول هذه المصلحة مع زوال صفة الوكيل⁽¹⁾.

أما القضاء: فقد ذهبت بعض الأحكام القليلة في القضاء الفرنسي، منذ فترة، إلى أن استحقاق الوكيل للأجر يجعل له مصلحة في استمرار عقد الوكالة لضمان الحصول على المزيد من الأجر، ويكون للموكل أيضا مصلحة في الوكالة. ومن ثم لا يجوز للموكل عزل الوكيل المأجور وإلا كان ملزما بتعويض هذا الأخير⁽¹⁾.

⁽¹⁾ انظر: د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 122 . 123.

Et : Giverdon, thèse préc. p. 142 ; Leloup (Jean-Marie), Agents commercial, T.1, 1994, no. 3 et s

⁽¹⁾ Voir par ex. : Caen, 21 juin 1933, Gaz. Pal., 1933, 2, p. 537 ; Trib. Com. Seine, 28 avril 1952, Gaz. Pal. 1952, 2, p. 62 ; Civ. 13 janv. 1941, D. 1941, Juris., p. 81.

وباستثناء هذه الأحكام القليلة، فإن القضاء، سواء في فرنسا⁽¹⁾ أو في مصر⁽²⁾ يرفض تأسيس المصلحة المشتركة في الوكالة على مجرد استحقاق الوكيل للأجر. ويذهب إلى أن الوكالة لا تعتبر في مصلحة الوكيل لمجرد أنها وكالة مأجورة.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: "اشتراط الأجر في عقد الوكالة لا يعنى أنها صادرة لمصلحة الوكيل، ومن ثم فلا يوجد ما يمنع من عزل الموكل لوكيله بإرادته المنفردة⁽¹⁾. وقضت كذلك بنقض حكم محكمة الاستئناف الذى اعتبر وجود الأجر في عقد الوكالة كافيا في حد ذاته لاعتبار الوكالة محل النزاع وكالة صادرة لصالح الوكيل يتمتع على الموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة⁽²⁾. وحديثا قضت محكمة النقض الفرنسية

(¹) Voir par ex. : Civ. 11 juin 1969, Bull. Civ., 1, no. 223 ; Com. 29 févr. 2000, J. C. P. éd. G. 2000, 4, no. 1689 ; Com. 16 déc. 1997, Bull. Civ., IV, no. 348 ; Com. 7 juil. 1983, Bull. Civ., 4, no. 209 ; Com. 10 oct. 1984, Bull. Civ. 1984, 4, no. 26 ; Lyon, 12 mars 1974, R. T. D. Com. 1974, p. 578, obs. Hémar. ; Civ. 1re, 14 mars 1984, Bull. Civ. 1984, I, no. 92 ; Com. 27 juin 1978, Bull. Civ., IV, no. 182 ; Com., 8 janv. 2002, Bull. Civ., 2002, IV, no. 1.

(²) انظر على سبيل المثال: استئناف مختلط في 13 مايو 1880م، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة، س 5، ص 251؛ استئناف مختلط في 20 مارس 1890م، نفس المجموعة، س 2، ص 365، مشار إليهما في مؤلف د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 323، بند 233، هامش رقم 6؛ استئناف مختلط في 11 يونيو 1940م، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة، س 52، ص 301، مشار إليه في مؤلف د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 556، هامش رقم 3.

(¹) Civ. 13 juin 1966, Bull. Civ. 1966, 1, no. 359.

(²) Civ. 11 févr. 1891, D. 1891, 1, no. 197.

بأن: " عقد نشر وتوزيع صحيفة لا يعد وكالة صادرة لصالح الوكيل لمجرد استحقاقه للعمولة، ومن ثم يجوز للموكل عزله⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، فإن اشتراط استحقاق الوكيل أجرا مقابل القيام بأعمال الوكالة لا يفيد بذاته أن الوكالة صادرة لصالحه ولا يمنع الموكل من عزله بإرادته المنفردة ولا يلتزم الموكل بتعويض الوكيل إلا إذا تعسف في استعمال حق العزل وأثبت الوكيل هذا التعسف⁽²⁾. فلا تلازم بين استحقاق الوكيل للأجر واعتبار الوكالة صادرة لصالحه. وإذا توفى الموكل، فإن الوكالة تنتضى بوفاته ولا يلزم بها ورثته.

ثانيا: الوكالة الحصرية

قد يتضمن عقد الوكالة بندا بمقتضاه يتمتع على الموكل منح وكيل آخر سلطة القيام بالتصرف محل الوكالة، بحيث يكون للوكيل، فقط دون سواه سلطة مباشرة التصرف القانوني محل الوكالة. ويسمى هذا البند " بند القصر أو بند الحصر " La clause

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بإمكانية وجود وكالة تبرعية لمصلحة الوكيل ومن ثم عدم جواز عزله إذا ما توافرت الشروط المطلوبة لذلك، شأنها في ذلك شأن الوكالة المأجورة .

Voir : Soc. 13 mars 1953, Bull. Civ. 1953, 4, no. 212 ; Req. 9 juin 1885, D. P., 1886, 1, P. 310 ; Civ. 17 juin 1959, Bull. Civ. 1959, 1, no. 302.

(¹) Com. 29 févr. 2000, J. C. P. éd. G. 2000, 4, no. 1689.

(²) انظر: د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 25 ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 127.

Et : Req. 31 mars 1931, S. 1931, 1, P. 200.

d'exclusivité، ويطلق على الوكالة المتضمنة هذا البند " الوكالة الحصرية " Mandat exclusive لكونها تحصر سلطة مباشرة التصرف القانوني محل الوكالة على الوكيل وحده دون غيره ⁽¹⁾. فإذا وجد شرط القصر أو الحصر لم يجز للموكل أن يعقد صفقات دون وساطة الوكيل ⁽²⁾.

ويهدف الموكل من وضعه لشرط القصر على الوكيل، دفع هذا الأخير، وهو غالبا شخص متخصص بأعمال التسويق في منطقة نشاطه، لتركيز كل جهوده في تنفيذ موضوع الوكالة حتى يضمن الموكل وصول منتجاته أو خدماته إلى أكبر عدد من الأشخاص وكذا تحقيق أعلى معدلات التوزيع لموضوع الوكالة. يضاف إلى ذلك أن

⁽¹⁾ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، بند 173، ص 227 ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 77. 78 ؛ د/ معمر طاهر حميد ردمان، المرجع السابق، ص 94 ؛ د/ سامى الدريعي، البحث السابق، ص 175.

وانظر حول بند الحصر أو القصر في عقد الوكالة:

Nicolas – Maguin , Le Mandat exclusif, D. S. 1974, Chron. p. 265 et s. Et voir également : Plaisant (R.), Les contrats d' exclusivité, R. T. D. Com. 1964, p. 5 et s.

وأیضا: د/ معمر طاهر ردمان، المرجع السابق، ص 94 . 98 ؛ د/ ماجد محمد عبد الرحمن خليفة، الرسالة السابقة، ص 161 وما بعدها.

⁽²⁾ وقد قرر المشرع المصرى الجزاء على مخالفة الموكل لشرط الحصر وهو استحقاق الوكيل لعمولة كاملة على العمليات التى يجريها الموكل بنفسه أو بواسطة وكلاء عنه فى المنطقة المحددة للوكيل أو مع الأشخاص الذين منح الوكيل حصريا حق التعامل معهم حتى ولو لم تبرم تلك العمليات نتيجة لسعى الوكيل، إلا إذ اتفق على غير ذلك . راجع : المادة 184 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999م.

شرط القصر يضمن للموكل عدم منافسة الوكيل حيث سيكون ممنوعا بمقتضى هذا الشرط من توزيع منتجات منافسة لما يوزعه لحساب الموكل، سواء قام بالتوزيع لحسابه أو لحساب موكلين آخرين⁽¹⁾.

واحتكار الوكالة لا يفترض بل يجب اشتراطه. وقد يستخلص شرط الاحتكار أو الحصر من العرف أو من الظروف. ويمنح بند الحصر أو القصر للوكيل نوعا من الأمان، لأنه سيكون بمنأى عن أية منافسة محتملة من قبل الغير⁽²⁾. وللجوء إلى الوكالة الحصرية يزداد يوما بعد يوم ولا سيما فى الوكالات التى تبرم مع الوسطاء المكلفين بمباشرة بعض العمليات التجارية أو إدارة بعض العقارات⁽³⁾.

وقد ثار التساؤل فى الفقه والقضاء حول ما إذا كانت الوكالة الحصرية مقررة لصالح الوكيل، ومن ثم يمتنع على الموكل عزله بإرادته المنفردة ؟

وفى سبيل الإجابة على هذا التساؤل يمكن أن نتبين اتجاهين فى الفقه والقضاء :

(1) د/ ماجد محمد خليفة، الرسالة السابقة، ص 161؛ د/ معمر طاهر ردمان، المرجع السابق، ص 95.

(2) انظر : د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 175؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 78 : د/ معمر طاهر ردمان، المرجع السابق، ص 95.

(3) من هذه الوكالات: الوكالات التجارية، ووكالات الأشغال والوكالات العقارية.

Voir : Level (P.) et Guillaume (P.) , Agents commerciaux, Juris – Class. Com. Anne xes fasc. 22.

وأبضا : د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 176.

الاتجاه الأول : يرى أن احتكار الوكالة أو شرط القصر يجعل الوكالة في صالح الوكيل، فلا يجوز عزله في المدة المحددة للاحتكار إلا برضاه، أى أثناء مدة تمتعه بالبند الحصرى (1).

الاتجاه الثانى: وهو جمهور الفقه والقضاء الفرنسى⁽²⁾، ويذهب إلى أن الوكالة الحصرية أو المتضمنة بندا حصريا ليست غير قابلة للعزل بطبيعتها. ومن ثم فلا يوجد تلازم حتمى بين الوكالة الحصرية وعدم القابلية للعزل، أى كونها فى مصلحة الوكيل، وإنما يتوقف ذلك على إرادة الموكل والوكيل المشتركة. ويجب على محكمة الموضوع بحث هذه المسألة فى كل حالة على حدة فى ضوء سلطتها التقديرية. فإذا تبين لها أن أطراف العقد قد أرادوا إلزام الموكل بالإبقاء على الوكالة الحصرية وعدم جواز إنهاؤها

(1) د/ السنهورى، الوسيط، ج7، ص 556، بند 332، هامش رقم 3 ؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 238.

Et : Aubry et Rau par Esmien, op. cit., p. 285, no. 47 .

(2) Voir : Maguin, Le Mandat exclusif, art. préc. p. 265, no. 18 ; Alexandre, op. cit. no. 18 et 19, p. 6 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 569, no. 674 ; Civ. 11 mars 1963, D. 1963, Juris. P. 567 ; Gaz. Pal. 1963, 2, p. 31 ; Civ. 16 févr. 1960, Bull. Civ., 1, no. 101 ; Civ. 11 févr. 1975, Bull. Civ., 1, no. 58.

ود/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 176؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 78 . 79.

خلال مدة العقد، فإننا نكون بصدد وكالة غير قابلة للعزل ضمنيا استنادا الى إرادة الأطراف الحقيقية في ضوء البند الحصرى الوارد فى عقد الوكالة⁽¹⁾.

ويبدو أن القضاء الفرنسى يميل إلى اعتبار الوكالة الحصرية محددة المدة من قبيل الوكالات غير القابلة للعزل، أى فى مصلحة الوكيل، خلال المدة الواردة فى العقد⁽²⁾.

ولكن إذا كانت الوكالة الحصرية غير محددة المدة، فإن القضاء الفرنسى يتجه، على ما يبدو، إلى أن هذه الوكالة تظل قابلة للعزل بإرادة الموكل المنفردة، إلا إذا ثبت وجود اتفاق على خلاف ذلك من جانب أطراف العقد. لأنه من غير المقبول القول بعدم إمكان العزل فى الوكالات الحصرية غير محددة المدة فى كل الأحوال لأن الموكل

⁽¹⁾ وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بإلغاء حكم محكمة الاستئناف الذى اعتبر أن الوكالة الحصرية تعتبر غير قابلة للعزل بطبيعتها، أى فى مصلحة الوكيل، دون أن تبحث ما إذا كان المتعاقدان، فى النزاع المعروض، قد اتفقا على حرمان الموكل إنهاء الوكالة الحصرية التى كانت قد منحت للوكيل. ومن ثم فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن الوكالة المتضمنة بندا حصريا تكون بطبيعتها غير قابلة للعزل، أى فى مصلحة الوكيل، يجعل حكمها معيبا ولا يستند إلى أى أساس قانونى، إذ أن مجرد وجود بند الحصر لا يفيد بذاته عدم قابلية الوكالة للعزل

Civ. 11 mars 1963, D. 1963, Juris. P. 567 ; Gaz. Pal. 1963, 2, p. 31.

⁽²⁾ Civ. 16 févr. 1960, Bull. Civ. 1960, 1, no. 101 ; Civ. 11 févr. 1975, Bull. Civ. 1975, 1, no. 58 ; Riom, 16 mars 1954, D. 1954, Juris. P. 651.

وراجع أيضا: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 79.

Et : Alexandre, op. cit. no. 19, p. 6.

سيجد نفسه، حينئذ، مضطرا للالتزام بصفة لا نهائية بهذه الوكالة. وفي هذه الحالة تكون الوكالة باطلة لأنها تنشئ التزاما لا نهائيا من حيث المدة (1).

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من إقرار صحة عزل الوكيل من قبل الموكل في الوكالة الحصرية غير محددة المدة، لأنه لم يتبين من المستندات المقدمة أن الطرفين قد أرادا مخالفة القاعدة الواردة في المادة 2004 ممدنى بشأن حرية الموكل في عزل الوكيل وأن محكمة الاستئناف قد استخلصت ذلك في حدود سلطتها التقديرية وهذا التبرير كاف لتسبيب حكمها (2).

والقيد الذى يرد على حرية الموكل في عزل الوكيل في حالة الوكالة الحصرية غير محددة المدة، يتمثل في ضرورة التزام الموكل بالإبقاء على الوكالة لمدة معقولة. وهذه المدة يقدرها القاضى مسترشدا بطبيعة التعامل والعرف الجارى وقواعد العدالة (3).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك بشأن الوكالة الممنوحة للوكيل العقارى. ففي دعوى تخلص وقائعها في أن مالك فيلتيين كان قد أعطى وكالة حصرية لوكيل عقارى لبيعهما، ثم قام المالك، رغم ذلك، ببيع إحدى الفيلايتين بواسطة شخص آخر خلال أقل من ستة أشهر على إبرام الوكالة الحصرية، رغم أن الفيلا محل البيع لم تكن قد

(1) Voir : Alexandre, op. cit. no. 18 et 19 , p. 6.

د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 79.

(2) Voir : Civ. 13 juin 1966, Bull. Civ. 1966, 1, no. 359.

(3) Alexandre, op. cit. no. 18 et 19 , p. 6. Et voir : Civ. 8 févr. 1968, Bull. Civ. 1968, 3, no. 52 ; Civ. 10 mai 1972, Bull. Civ. 1972, 3, no. 297.

اكتمل بنائها إلا منذ عدة أسابيع، ومحكمة النقض أيدت ما ذهب إليه محكمة الاستئناف من أنه كان يجب على المالك الإبقاء على الوكالة الحصرية خلال مدة معقولة. وبالتالي فإن قيامه ببيع الفيلا بواسطة شخص آخر يشكل إخلالا منه بالتزاماته تجاه الوكيل. وقررت المحكمة أن محكمة الاستئناف لها سلطة تقديرية مطلقة في تحديد إرادة الأطراف وقد قررت بما لها من سلطة أن الموكل لم يلتزم بالإبقاء على الوكالة الحصرية لمدة معقولة⁽¹⁾.

(¹) Cass. Civ. 3 nov. 1965, Bull. Civ. 1965, 1, no. 581.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد خص الوكالة العقارية بقواعد خاصة، وذلك بموجب القانون الصادر في 2 يناير 1970م والمرسوم الصادر في 20 يوليو 1972م، أهمها أن يكون العقد مكتوبا وإلا كان باطلا وأنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة. ويجب أن يكون العقد محدد المدة وإلا كان باطلا، سواء كانت الوكالة عادية أو حصرية. فإذا تضمنت الوكالة بندا حصريا فلا يعتد به إلا إذا كان بندا صريحا ومذكورا بطريقة ظاهرة وبارزة. ويجوز لكل طرف إنهاء هذا العقد، في أى وقت، بعد مضي مدة ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بشرط إخطار الطرف الآخر خلال خمسة عشر يوما على الأقل قبل الإنهاء بخطاب مسجل موصى عليه بعلم الوصول. وبالتالي لا يستطيع الموكل عزل الوكيل قبل مضي هذه المدة. وتكون بصدد وكالة حصرية غير قابلة للعزل خلال المدة التي حددها المشرع وهي ثلاثة أشهر مع مراعاة مهلة الإخطار وهي خمسة عشر يوما على الأقل قبل الإنهاء ومراعاة الشكل الذي نص عليه القانون إلا إذا كان هناك سبب مشروع للعزل يقره القضاء.

راجع حول الوكالة العقارية بالتفصيل :

Durantou (Guy), Agents immobiliers, Répertoire de droit commercial, T.1,
Dalloz ; Alexandre, op. cit. no. 21, p. 7.

وانظر بعض التطبيقات القضائية بخصوص الوكالة العقارية :

أما بالنسبة للوكالات التجارية، فيجوز للموكل إنهاؤها في أي وقت بإرادته المنفردة، حتى لو تضمنت بندا حصريا. ويحدث ذلك غالبا في الأحوال التي لا يؤدي فيها نشاط الوكيل نجاحا ظاهرا في ترويج السلعة وزيادة عدد العملاء⁽¹⁾. وهذا ما أيدته محكمة النقض الفرنسية وأكدت عليه في العديد من الأحكام. حيث قضت بالحق في إلغاء العقد بسبب أن الفائدة التي يقدمها المورد بدأت تتضاءل مقارنة بالتزامات الموزع أو بانخفاض نسبة المبيعات في العقود الطويلة الأجل أو عند اختلال التوازن المالي للعقد⁽²⁾.

وإذا كان يحق للموكل في الوكالات التجارية إنهاء العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى رضا الوكيل التجاري، فإنه بالمقابل لا يحق للوكيل مطالبة الموكل بالتعويض عن ذلك الإنهاء اللهم إلا إذا كان متعسفا في استعمال حقه في الإنهاء. ففي هذه الحالة يستحق

Civ. 9 déc. 1994, Bull. Civ. 1994, 1, no. 356 ; C. A. Reims, 22 mai 1978, J. C. P. éd. N. 1979, 2, P. 164 ; Civ. 13 avril 1983, R. D. Immo. 1984, p. 69, obs. C. Saint-Alary-Houin.

(¹) راجع: المواد 163 و 188 و 189 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م.

وانظر في نفس المعنى : د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 327.

(²) Civ. 24 févr. 1998, D. 1998, Somm. Et Com. 13 mai 1997. cité par Ferrier (Didier), Le contrat des agents immobiliers, J. C. P. éd. G. 1976, Doct. no. 2795. p. 333 et 337.

التعويض وهو هنا يستحق التعويض لا لكون الوكالة له مصلحة مشتركة فيها مع الموكل وإنما بسبب تعسف الموكل في استعمال حق الإنهاء⁽¹⁾.

فنظرا لدور الوكالات التجارية في إثراء المعاملات التجارية كان لابد من الاهتمام بها والعمل على استقرارها وتشجيعها، خاصة مع ما يتكبده الوكيل التجارى من مصاريف ونفقات. لذلك دعمت ضرورة توازن العلاقة التعاقدية مساندة ودعمه في مواجهة التعسف الذى قد يصاحب حرية إلغاء الوكالة⁽²⁾، خاصة فى حالات الإنهاء المفاجئ، فرتبت له حقوق وامتيازات منها احترام مدة العقد والإنذار والحق فى التعويض، كحل وسط بين هذه الحرية وبين تقييدها⁽³⁾.

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 328 .

Et voir : Gilson – Maes, thèse, préc. p. 129 – 130 ; Com. 7 Juil. 1983, Bull. Civ., IV, no. 209 ; Com. 3 juin 1997, Bull. Civ., IV, no. 171 ; D. 1998, Somm. P. 113, obs. D. Mazeud ; Com. 2 nov. 2011, Bull. Civ. 2011, IV, no. 757.

وانظر أيضا :

Ferrier, art. préc. p. 333 .

حيث يقول: " إذا كانت المصلحة المشتركة لا تنشئ الحق فى التعويض عند انتهاء العقد، فإن التعسف فى إنهائه والإخلال باقتصادياته يبرر التعويض عند انتهاءه " .

(2) Voir : Gilson – Maes, thèse, préc. p. 120 et 196.

(3) Voir : Gilson – Maes, thèse, préc. p. 124 ; Antonmattie et Raynard, op. cit., p. 356. no. 489 ; Com. 23 nov. 2010, Bull. Civ., no. 738 ; Com. 15

المطلب الثاني

اتجاهات الفقه والقضاء حول معيار المصلحة المشتركة

تمهيد

إزاء خلو كل من القانون المدنى المصرى والفرنسى من نص يقرر متى تكون الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة، فقد اختلفت آراء الفقه والقضاء حول معيار المصلحة المشتركة فى عقد الوكالة والذى يمكن الاستهداء به للوقوف على ما إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة تبرر عدم عزل الوكيل بإرادة الموكل المنفردة، واستمرارها بعد الموت فى حق الورثة.

ويمكن أن نتبين عدة اتجاهات فى هذا الصدد على النحو التالى

الاتجاه الأول: ارتباط الوكالة بعقد آخر ملزم للجانبين

يذهب أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى أن ارتباط الوكالة بعقد آخر ملزم للجانبين يجعل منها وكالة ذات مصلحة مشتركة سواء للموكل والوكيل أو للموكل والغير. ويتحقق ذلك إذا

mars 2011, Bull. Civ. 2011, no. 323 ; Civ Ire. 18 juin 2014, Bull. Civ., no. 810.

(¹) Giverdon, thèse, préc. p. 144 et 145 ; Sallé de la Marnière, art. préc. no. 9, p. 260 ; Vidal, note sous cass. com. 17 et 27 févr. 1958, D. 1958, P. 544 ; Stoufflet (Jean), Le mandat irrevocable, Instrument de garantie, Mélanges André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 480 et 481; Huet, op. cit.,

كانت الوكالة مستمدة من عقد آخر ملزم للجانبين سابق أو معاصر للوكالة، بحيث تكون الوكالة مجرد عقد ملحق أو تابع لهذا العقد وتبدو وكأنها شرطا أساسيا لتنفيذ هذا العقد الآخر أو نتيجة مترتبة عليه أو من شأنها أن تسهل تنفيذ الالتزام الناشئ من هذا العقد الملزم للجانبين.

فالوكالة ترتبط بهذا العقد الآخر ارتباطا لا يقبل التجزئة ولا يجوز من ثم عزل الوكيل بإرادة الموكل ولا تنتهي الوكالة بموت الموكل، طالما بقي العقد الأصلي ساريا، حيث أن الوكيل يعمل للمصلحة المشتركة للطرفين في العقد الأصلي ولا يمكن عزله إلا باتفاقهما. فإذا كان هذا العقد لا يقبل الرجوع فيه إلا باتفاق بين طرفيه، فكذلك الوكالة لا يجوز الرجوع فيها ولا يجوز إلغاؤها إلا باتفاق الموكل والوكيل أو الموكل والغير⁽¹⁾.

p. 975 et 978, no. 31136 ; Le Tourneau avec autre, préc. p. 978, no. 4132 ; Pau, 26 nov. 1873, D. P. 1874, 5, p. 327 ; Civ. 3 nov. 1947, J. C. P. 1947,2, 4009 ; Req. 22 janv. 1868, D. 1868, 1, 169 ; Req. 6 janv. 1873, S. 1873,1, p. 24 ; Civ. 13 mai 1885, D. P. 1885,1, p. 351 ; Com. 26 févr. 1958, D. 1958, 11, p. 541 .

وانظر: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 556، بند 332، هامش 6 ؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 239، بند 253 ؛ د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها، و ص 127 وما بعدها ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 507 فى الهامش؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 190؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 121. 122 و ص 163. 164. واستئناف مختلط فى 20 فبراير 1917، المجموعة الرسمية، س 7، رقم 268، ص 91.

(¹) د/ السنهوري، الوسيط، ح 7، ص 556، هامش رقم 6 .

ومن أمثلة ذلك، أن يقوم المؤمن له في عقد التأمين من المسؤولية بتوكيل شركة التأمين لمباشرة الدعاوى التي قد يقيمها الغير المضرور ضده. ففي مثل هذه الحالة نجد أن الوكالة عبارة عن شرط يضمن تنفيذ عقد التأمين الذي يخول المؤمن حق مباشرة كل الدعاوى المرفوعة منه أو ضده⁽¹⁾. وكذلك توكيل الموكل لدائنه في إدارة مال مملوك للموكل أو استيفاء الوكيل حقه من ريع هذا المال، حيث ترتبط الوكالة هنا بالعقد السابق الذي أنشأ الحق للوكيل في ذمة الموكل⁽²⁾.

غير أن الفقه قد وجه سهام نقده إلى هذا الاتجاه على أساس أن معيار ارتباط الوكالة بعقد آخر ملزم للجانبين يعتبر معياراً غير حاسم، إذ اعترفت المحاكم في مرات كثيرة بتوافر المصلحة المشتركة في الوكالة دون أن تستمد ذلك من فكرة العقد السابق الملزم

Et voir : Alexandre, op. cit. no. 30, P. 9 ; Vidal, note préc. P. 544 ; Le Tourneau, Contrats intuitus personae art. préc. no. 359, p. 33.

(¹) انظر: د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 30 ؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 191.

Et voir : Le Tourneau, art. préc. no. 359, p. 33 ; Civ. 11 févr. 1891, D. P. 1891, 1, p. 197 ; Aix – en – Provence, 18 mai 1937, D. H. 1937, p. 370.

(²) انظر: د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 30 ؛ نقض مدني في 1951/2/22م، مجموعة أحكام النقض، س 2، ص 358.

Et voir : Le Tourneau, art. préc. no. 359, p. 33 ; Soc. 13 mars 1953, Bull. Civ. 4, no. 212.

للجانبيين⁽¹⁾. كما أنه لا يشترط بالضرورة أن يكون حق الوكيل مستمدا من عقد ملزم للجانبين، بل قد يكون مستمدا من سبب آخر، كالوصية أو الميراث⁽²⁾. ومن ثم فإن هذا المعيار لا يتسع لكل حالات المصلحة المشتركة في الوكالة المدنية ولا يكفي بمفرده كمعيار لهذه المصلحة⁽³⁾.

الاتجاه الثانى : وجود مصلحة للوكيل وللموكل فى تنفيذ الوكالة

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المصلحة المشتركة فى الوكالة تتوافر كلما كان للوكيل وللموكل مصلحة فى تنفيذ المهمة محل الوكالة الممنوحة للوكيل والتي تتمثل فى القيام بإبرام تصرف قانونى معين أو إدارة مال يكون لكل من الموكل والوكيل حقوق مباشرة عليه⁽⁴⁾.

(1) Lambert, note sous cass. Com. 8 oct. 1969, (2 arrêts), D. S. 1970, Juris. P. 147.

(2) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 30 و 31.

(3) د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 152.

(4) انظر فى هذا الإتجاه :

Alexandre, op. cit. no. 43, p. 11 ; Vidal, note préc. p. 544 ; Le Tourneau, art. préc. no. 359, p. 33 ; Barbieri, op. cit. p. 395 ; Lambert, note préc. p. 143 ; Huet, op. cit., p. 1077, no. 31278 ; Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, Melanges Derruppe (J.), éd. Litec, 1991, p. 111.

وأيضاً : د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 191. 192؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 131. 134.

ومن أمثلة ذلك، الوكالة المعطاة من الملاك على الشيوع لأحدهم لإدارة المزرعة المملوكة لهم، لأن للشريك الوكيل مصلحة تنتج من حقه كمالك على الشيوع ومن غير المتصور وجود مالك لا يهتم بحسن إدارة أمواله⁽¹⁾.

وقد أخذ البعض من الفقه⁽²⁾ على هذا المعيار أنه غير مستقل بذاته ويرتبط في جانب منه بالمعيار السابق الخاص بارتباط الوكالة بعقد ملزم للجانبين، ذلك أن مصلحة الوكيل في تنفيذ الوكالة قد تكون مستمدة من ارتباط الوكالة بعقد آخر ملزم للجانبين بحيث تعد الوكالة شرطاً فيه أو وسيلة لضمان تنفيذه أو نتيجة مترتبة عليه، وقد تكون مستمدة من وجود مال مشترك للموكل وللوكيل حقوقاً عليه وتساهم الوكالة في حسن إدارته واستغلاله .

⁽¹⁾ انظر: د/ السنهوري، الوسيط، ح 7، ص 556، بند 332؛ د/ سامى الدريعي، البحث السابق، ص 191. 192؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 516، بند 325؛ د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 31.

Et : Cass. Civ. 13 mai 1885, D. P. 1885, 1, p. 350 ; Cass. Soc. 13 mars 1953, Bull. Civ. 1953, 4, no. 212.

⁽²⁾ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 133 . 134.

الاتجاه الثالث : ارتباط الوكالة بحق خاص ومستقل للوكيل أو للغير

يذهب أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى أن معيار المصلحة المشتركة في عقد الوكالة يتمثل في ارتباط الوكالة بحق خاص ومستقل للوكيل أو للغير. فيجب أن يكون للوكيل أو للغير حق خاص ومستقل عن عقد الوكالة ومن شأن هذا العقد الأخير كفالة أو تأمين استيفاء حق الوكيل أو الغير أو مباشرته.

فتتوافر المصلحة المشتركة للموكل والوكيل في عقد الوكالة عندما يكون هدفها ضمان تنفيذ حق خاص ومستقل للوكيل يتمتع به، بصرف النظر عن صفته كوكيل؛ حيث ينتج هذا الحق من علاقة قانونية بين الموكل والوكيل، سابقة على الوكالة أو معاصرة لها. بحيث يتم استيفاء هذا الحق عن طريق الوكالة. ومن ثم يمتنع على الموكل إنهاء

(¹) Giverdon, thèse, préc. p. 143 et s ; Dagneux – Labbe, La révocation du mandat stipulé irrevocable, note sous cass. Civ. 1re, 5 févr. 2002, = = D. 2002,11, no. 34, p. 2640 ; Contamine – Raynaud, thèse préc. P. 276 ; Sallé de la Marnière, art. préc. no. 9, p. 260.

وانظر في القضاء:

Com. 2 mars 1993, Bull. Civ. 1993, IV, no, 90 ; J. C. P. éd. G. 1993, 11, no. 22175, note Behard – Touchais (M.) ; Cass. Com. 3 juil. 2001, D. 2001, Juris. p. 2826, obs. E. Chevrier ; Com. 26 févr. 1958, D. 1958, 11, p. 541.

ومن هذا الرأي في الفقه العربي: د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 30. 31 ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 153. 154؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 153 و ص 156 ؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 324. 325.

الوكالة بإرادته المنفردة، وإذا مات فإن الوكالة لا تنتهي بموته بل تستمر في حق ورثته إلى حين انتهاء الوكيل من العمل القانوني موضوعها.

وتطبيقاً لهذا المعيار قضى بأن الوكالة تكون للوكيل مصلحة فيها، ومن ثم لا يجوز عزله، حينما يكون من شأنها استيفاء الوكيل لحق خاص ومستقل بصرف النظر عن صفته كوكيل⁽¹⁾. وقضى أيضاً بعدم قابلية عزل الوكيل حينما يكون محل الوكالة إدارة وبيع أموال مملوكة على الشيوع بهدف سداد الديون مع تقديم حساب لباقي الورثة⁽²⁾. كما قضى بعدم جواز عزل الوكيل الشريك المكلف لإدارة المال الشائع ولو بقرار من أغلبية الشركاء⁽³⁾.

ويذهب البعض⁽⁴⁾ من أنصار هذا الاتجاه إلى أنه لا يشترط أن يكون حق الوكيل ناتجاً بالضرورة من عقد ملزم للجانبين. فقد يكون مستمداً من واقعة الميراث أو الوصية أو أى مصدر آخر للحق العيني وأن مصلحة الوكيل والموكل تتحقق أيضاً إذا كان للوكيل حق شخصي في ذمة الموكل ناشئاً عن مصدر غير إرادي، كالإثراء بلا سبب أو المسؤولية التقصيرية. فتوكيل الدائن في هذه الحالة لإدارة المال الخاص بالموكل

(1) Paris, 4 déc. 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 110.

(2) Cass. Civ. 3 nov. 1946, J. C. P. 1946, 3084.

(3) Cass. Civ. 13 mai 1885, D. P. 1885, 1, p. 351.

(4) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 31 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 324 .

Sallé de la Marnière, art. préc. no. 9, p. 260.

واستيفاء حقه من الدخل الناتج عن الإدارة يجعل عقد الوكالة محققاً لمصلحة كل من الوكيل والموكل. وبالتالي لا يهتم المصدر الذي استمد منه حق الوكيل وإنما العبرة هي بوجود الحق ذاته بصرف النظر عن المصدر الذي نشأ منه.

وقد اعترض البعض من الفقه⁽¹⁾ على ذلك وبنى اعتراضه على سببين؛ الأول: أن وجود الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها يعد وجوداً استثنائياً، إذ الأصل أن للموكل الحق في عزل وكيله متى شاء والاستثناء لا يجوز التوسع فيه. الثاني: أن هذا الرأي يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن مصلحة الموكل والوكيل تتحقق من الفائدة الشخصية التي تعود لكل منهما من جراء إدارة المال الذي يكون لكل منهما حق مباشر عليه، في حين أن حق الوكيل الشخصي في ذمة الموكل، وفقاً لما ذهب إليه هذا الرأي، لا ينصب بشكل مباشر على المال الخاص للموكل موضوع الوكالة.

غير أننا لا نرى وجهة هذا الاعتراض، فهو اعتراض غير مفهوم، فإذا كان عدم جواز عزل الوكيل يعد استثناءً، والمقرر أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، فإنه، مع ذلك، يتعين إعمال ذلك الاستثناء وهو عدم جواز عزل الموكل للوكيل طالما توافرت مقتضياته أو مبررات إعماله وهي وجود مصلحة للوكيل في الوكالة، في حالتنا، من مجرد وجود حق ثابت ومستقل له عن عقد الوكالة. ومن ناحية أخرى، فإن هذا الحق الخاص والمستقل للوكيل لا يهتم نوعه، فقد يكون حقاً شخصياً أو عينياً. كما لا يهتم مصدره الذي

(1) د/ سامى الدريعي، البحث السابق، ص 192. 193. وقد أيدته في ذلك الدكتور/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 138.

نشأ منه، فقد يكون مصدرا إراديا أو غير إرادى أو حتى مجرد واقعة مادية كالميراث أو التقادم. وأخيرا فإنه ليس صحيحا أن مصلحة الموكل والوكيل تتحقق من الفائدة الشخصية التى تعود على كل منهما من جراء إدارة المال الذى يكون لكل منهما حق مباشر عليه، وإنما يمكن أن تتحقق هذه الفائدة، كذلك، من مجرد القيام بإبرام تصرف قانونى معين⁽¹⁾، أو من ارتباط الوكالة بعقد آخر سابق على عقد الوكالة أو معاصر له. كما لا يشترط للقول بتوافر مصلحة للوكيل فى الوكالة أن يكون له حق فى ذمة الموكل منصبا بشكل مباشر على المال الخاص للموكل، موضوع الوكالة.

ويرى البعض من أنصار هذا الاتجاه⁽²⁾ أن الحق المستقل، كمعيار للمصلحة المشتركة فى الوكالة لا يكفى لتقييد الوكالة جعلها وكالة لازمة وإنما يجب كذلك ألا يتعارض هذا الحق مع مصلحة الموكل. فإذا ظهر هذا التعارض أو بدت إماراته، فالواجب تغليب مصلحة الموكل لأنها الأصل، خاصة عندما يصعب على الوكيل توفير التوازن المطلوب لأنه لا يملك العمل ضد مصلحة موكله وإلا خرج عن إطار التمثيل⁽³⁾، ويكون من حق الموكل، وقتئذ، إنهاء الوكالة.

المعيار المختار للوكالة للمصلحة المشتركة

(1) Voir en ce sens : Gilson – Maes, thèse, préc. P. 96 et p. 312 .

(2) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 329 . 332 .

(3) Voir en ce sens : Alexandre, op. cit. no. 43, p. 11 ; Vidal, note préc. p. 544 ; Barbieri, op. cit. p. 395.

بعد استعراض الاتجاهات الثلاثة السابقة التي قال بها الفقه والقضاء بشأن معيار المصلحة المشتركة للموكل والوكيل أو للموكل والغير في الوكالة، يتضح أن المعيارين الذين قال بهما الاتجاه الأول والاتجاه الثاني وهما معيارا ارتباط الوكالة بعقد آخر ملزم للجانبين ووجود مصلحة للموكل والوكيل في تنفيذ الوكالة، لا يصلح أى منهما لأن يكون معيارا حاسما للمصلحة المشتركة في الوكالة. فكل معيار منهما يمكن القول بشأنه أنه " غير جامع "، حيث لا يجمع كل الحالات التي يكون للوكيل أو الغير مصلحة فيها، على نحو ما رأينا.

والمعيار الذي نراه مناسباً للقول بتوافر مصلحة الموكل والوكيل أو مصلحة الموكل والغير المشتركة في الوكالة، ومن ثم تقييد الوكالة واستمرارها بعد الموت، هو المعيار الذي قال به الاتجاه الثالث والمتمثل في أن المصلحة المشتركة في الوكالة تتوافر كلما كان للوكيل أو للغير حق خاص ومستقل عن الوكالة ومن شأن عقد الوكالة ضمان أو تأمين استيفائه أو تمكين الوكيل أو الغير من مباشرته.

ولعل اختيارنا لذلك المعيار يرجع في المقام الأول أنه معيار جامع، حيث يستوعب كل حالات الوكالة المدنية ذات المصلحة المشتركة بين الموكل والوكيل أو بين الموكل والغير. فهذا المعيار يتميز بالعموم والشمول، حيث يكفي وجود حق خاص ومستقل وقائم بذاته للوكيل أو للغير حتى تكون له مصلحة في الوكالة، بصرف النظر عن

مصدر هذا الحق ونوعه. فالوكالة ليست مقصودة في ذاتها وإنما المقصود الوفاء بالحق المتعلق بها⁽¹⁾.

فضلا عن أن هذا المعيار يستوعب المعيارين الآخرين الذين قال بهما الفقه والقضاء، إذ ليس من شك في أن للوكيل أو للغير حق خاص ومستقل مستمد من عقد آخر ملزم للجانبين، سواء كان هذا العقد سابق على وجود الوكالة أو معاصر لها، هذا الحق يجعله صاحب مصلحة في الوكالة. كما أن للوكيل مصلحة مؤكدة متمثلة في وجود حق خاص به ومستقل عن الوكالة تعمل هذه الأخيرة على ضمان استيفائه والحصول عليه إذا كانت صادرة للوكيل لإدارة مال يكون لكل من الموكل والوكيل حقوقا مباشرة عليه.

ويشترط لتطبيق وإعمال ذلك المعيار

أولاً؛ أن يوجد حق خاص للوكيل أو للغير قائم بذاته ومستقل عن الوكالة، أي كان نوع هذا الحق، عينيا كان أم شخصيا. ويجب ألا يتعارض هذا الحق مع حق الموكل⁽²⁾.

(1) Voir : Hébert, art, préc. P. 307 ; Collart Detilleul et Delebecque, op. cit. p. 569 ; Le Tourneau avec autres, p. 976, no. 4128 .

وانظر كذلك: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 325.

(2) وقاضى الموضوع هو الذى يقرر، بحسب ظروف كل حالة على حدة، ما إذا كان حق الوكيل أو الغير يتعارض مع حق الموكل من عدمه. فإن رأى أن هناك تعارضا بين الحقين غلب مصلحة الموكل لأنها الأصل وجاز إنهاء الوكالة في هذه الحالة. أما إذا رأى أنه لا يوجد تعارض امتنع إنهاء الوكالة إلا برضاء من له مصلحة فيها، الوكيل أو الغير.

ثانياً: أن يكون هذا الحق ناشئاً عن علاقة قانونية سابقة على عقد الوكالة أو معاصرة له، سواء تمثلت هذه العلاقة في عقد ملزم للجانبين لا يجوز الرجوع فيه أو حتى عقد ملزم لجانب واحد لا يجوز الرجوع فيه، كعقد الهبة بغير عوض⁽¹⁾، أو في واقعة مادية كالميراث أو التقادم. فلا يهم مصدر حق الوكيل أو الغير، إذ يستوى أن يكون مصدراً إرادياً، كالعقد، ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد، أو الإرادة المنفردة أو غير إرادى كالمسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو في مجرد واقعة مادية كالميراث أو التقادم⁽²⁾.

⁽¹⁾ فقد يهب الموكل للوكيل أو للغير عقاراً مملوكاً له بغير عوض ويمنح توكيلاً للوكيل في القيام بكافة إجراءات تسجيل ذلك العقد ونقل ملكية العقار إليه أو إلى الغير والتوقيع نيابة عنه على عقد الهبة النهائي أمام الموثق المختص. ففي هذه الحالة يكون للوكيل أو للغير، بحسب الأحوال، حق ثابت مستقل عن عقد الوكالة مصدره عقد الهبة المبرم بينه وبين الموكل، هو حقه في نقل ملكية العقار الموهوب إليه. وفي هذه الحالة تبدو مصلحة الوكيل أو الغير في الوكالة واضحة جلية، حيث يتمكنه الوكالة من استيفاء ذلك الحق ومباشرته.

ونشير في هذا الصدد إلى أنه إذا أُجيز الرجوع في عقد الهبة لأى سبب، كالاتفاق بين طرفي العقد أو لتوافر سبب للرجوع وعدم وجود مانع من الرجوع، ففي مثل هذه الحالات يجوز عزل الوكيل وإنهاء الوكالة، لأن الوكالة ترتبط بالهبة، في هذه الحالة، وجوداً وعدمًا.

انظر: د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 105. والمواد من 500 إلى 503 مدنى.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "إذا كانت الوكالة تشكل شرطاً في هبة غير قابلة للرجوع فيها، فإن هذه الوكالة لا يجوز إنهاؤها بإرادة الموكل المنفردة لوجود مصلحة للوكيل فيها".

Cass. Civ. 17 juin 1959, Bull. Civ. 1959, 1, no. 302.

⁽²⁾ قارب: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 423.

ثالثاً: أن يكون من شأن الوكالة ضمان استيفاء الوكيل أو الغير لحقه الخاص أو تمكينه من مباشرته⁽¹⁾.

العبرة إذن، طبقاً لهذا المعيار، لا اعتبار الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة للموكل والوكيل أو للموكل والغير، هي بوجود حق ثابت خاص ومستقل للوكيل أو للغير من شأن الوكالة أن تؤمن حصوله عليه أو تمكنه من مباشرته، ولا عبرة بما يرد في عقد الوكالة من العبارات التي تقيد حق الموكل في عزل وكيله. وبناء على ذلك فإن مجرد وجود شرط في عقد الوكالة بعدم القابلية للعزل لا يمنع الموكل من عزل الوكيل، بل لا بد أن تتطوى الوكالة على ما ينم عن تعلق مصلحة للوكيل أو للغير فيها⁽²⁾.

فقد ينص في عقد الوكالة على أنه " لا يجوز إلغاؤها أو إنهاؤها بمعرفة الموكل " أو " لا يجوز إلغاؤها إلا بحضور الطرفين " أو " أنها غير قابلة للعزل "، دون أن يكون للوكيل مصلحة فيها، وبالتالي يجوز للموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة رغم ورود مثل هذه العبارات في عقد الوكالة، حيث جعل المشرع حق الموكل في عزل الوكيل من

وقارن: د/ سامى الدريعي، البحث السابق، ص 192. 193؛ وأيضا : د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 154، والذي يقول: " نستبعد من هذا المعيار حالة نشوء حق الوكيل الخاص والمستقل من سبب غير إرادى، وعلى الأخص المسؤولية التصديرية والإثراء بلا سبب ".

(¹) Voir : Paris, 4 déc. 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 110.

(²) انظر عكس ذلك: نقض مدنى فى 2001/5/3م، الطعن 2218 لسنة 70 ق ؛ نقض مدنى فى 2008/1/1م، الطعن رقم 3715 لسنة 76 ق. وللذان ذهبت فيهما محكمة النقض إلى أن النص فى عقد الوكالة على عدم جواز إلغائها أو عدم إلغائها إلا بحضور الوكيل شخصيا . يدل على أن الوكالة صادرة لصالح الوكيل فلا يجوز إلغائها إلا بموافقة على ذلك.

مستلزمات عقد الوكالة⁽¹⁾. فنص في المادة 1/715 مدنى على أنه " يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ". وإذا مات الموكل قبل إتمام الوكيل العمل محل الوكالة، فإن الوكالة تنتهى بموته ولا تظل باقية فى حق ورثته عملا بالقاعدة المقررة فى المادة 714 مدنى والتي تقضى بانتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل.

وأيا كان الأمر، فإن لمحكمة الموضوع السلطة فى تقدير ما إذا كانت الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة بين الموكل والوكيل أو بين الموكل والغير⁽²⁾.

الأساس القانونى لرجوع الغير صاحب المصلحة فى الوكالة، على الوكيل

وإذا كان معيار المصلحة المشتركة للموكل والوكيل أو للموكل والغير، والذي اخترناه، هو وجود حق ثابت للوكيل أو للغير ومستقل عن عقد الوكالة من شأن هذه الأخيرة أن تعمل على ضمان حصوله عليه أو تمكينه من مباشرته، فإن الوكيل يستطيع الاستفاد من عقد الوكالة، باعتباره طرفا فيه تتصرف إليه آثاره، عن طريق تنفيذها والحصول على حقه الخاص المستقل والذي تعمل الوكالة على ضمان حصوله عليه ومباشرته.

(1) د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 418.

(2) د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 323 ، هامش رقم 3 ؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 166 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 183.

Et : Civ. 11 févr. 1891, D. 1891, 1, P. 197 ; S. 1891, 1, P. 121 .

ولكن المشكلة تثور بالنسبة للغير صاحب المصلحة في الوكالة. فالفرض أنه أجنبي عن عقد الوكالة أى ليس طرفا فيه ومن ثم، طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد، لا تتصرف إليه آثار هذا العقد، سواء كانت حقوقا أو التزامات⁽¹⁾ ولا يستطيع التمسك بالحقوق التي يربتها عقد الوكالة ومطالبة الوكيل على استقلال وبشكل مباشر. غير أنه بالنظر إلى

(1) الأصل، طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد، أن آثار العقد، أى الحقوق والالتزامات التي تترتب عليه، تتصرف إلى المتعاقدين وإلى خلفهما العام والخاص. أما غير هؤلاء، فالأصل أيضا، أن العقد لا يربط أثرا في ذمتهم سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما. فالعقد لا يضر الغير، أى لا يربط التزاما في ذمته، ولا يفيد، أى لا ينشئ له حقا. ويقصد بالغير، فيما يتعلق بانصراف أثر العقد، كل شخص أجنبي تماما عن العقد، أى لم يشارك فيه ولم يكن خلفا عاما أو خاصا لعاقديه. وبالتالي لا ينصرف إليه أثر العقد لأنه بعيد عن دائرة التعاقد، منقطع الصلة بطرفيه.

وإذا كان الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير، سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما، إلا أن هذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات التي ينص عليها القانون والتي ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير، كالعقود الجماعية وفي حالات الدعوى المباشرة. كما أن هناك استثناء يقع بإرادة المتعاقدين وهو الاشتراط لمصلحة الغير، فيكسب الغير حقا من العقد بواسطته. فلا يستطيع المتعاقدان أن يلزما الغير بعقد لم يكن طرفا فيه ولكنهما يستطيعا أن يكسبا حقا من العقد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير. وقد صاغ المشرع هذه القاعدة في المادة 152 مدني والتي تنص على أنه: " لا يربط العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا "

راجع في ذلك: د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ص 244 وما بعدها؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص 430 وما بعدها، بند 335 وما بعده ؛ د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ص 312 وما بعدها ؛ د/ محمود جمال الدين زكي، مصادر الالتزام، بند 137 وما بعده ؛ د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، بند 211 وما بعدها؛ د/ نبيل سعد، مصادر الالتزام، ص 327 وما بعدها ؛ د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص 203 وما بعدها، بند 222 وما بعده.

أن الغير⁽¹⁾ له مصلحة فى الوكالة، فإنه يكون له حق الرجوع على الوكيل ومطالبته بتنفيذ الوكالة. وفى هذه الحالة يثور التساؤل عن كيفية رجوع الغير على الوكيل لمطالبته بتنفيذ الوكيل حتى يتسنى الحصول على حقه الخاص الذى تعمل الوكالة على ضمان حصوله عليه أو مباشرته. وبعبارة أخرى ما هو الأساس القانونى لرجوع الغير على الوكيل لمطالبته بتنفيذ الوكالة ؟ هذا ما سنراه حالا.

إذا كان للغير مصلحة فى الوكالة، فإنه يكون له حق الرجوع على الوكيل لمطالبته بتنفيذها، حتى يتسنى له الحصول على حقه الخاص فى ذمة الموكل، الذى تقررت الوكالة لتأمين أو لضمان حصوله عليه أو مباشرته. وفى هذا الصدد يثور التساؤل عن الأساس القانونى لهذا الرجوع ؟

(1) وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون الغير صاحب المصلحة فى الوكالة طرفا فى التصرف القانونى موضوع الوكالة، فمن يوكل آخر فى بيع عقار له وسداد دين للغير من ثمنه، فهذا الغير ليس طرفا فى عقد البيع وإنما مستفيدا من الوكالة.

كما أن مساهمة الغير صاحب المصلحة فى الوكالة، أو مشاركته فى انعقاد وتكوين العقد (كما إذا تم تعيينه فى عقد الوكالة واشترائه مع الموكل فى اختيار الوكيل) وارتباط مصلحته بها عند تنفيذها، لا يجعل منه طرفا فى عقد الوكالة. فما زال أجنبيا وغريبا عن ذلك العقد وإن ارتبطت مصلحته به.

توزع الفقه حول الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين

الرأى الأول : ذهب البعض من الفقه⁽¹⁾ إلى أن الغير لا تكون له مصلحة فى الوكالة ولا يستفيد منها إلا إذا تضمنت اشتراطا لمصلحته. فإذا لم تتضمن الوكالة ذلك، فلا يمكن للغير أن يستفيد من الحق الوارد فى الوكالة مباشرة إلا عن طريق اشتراط لمصلحة الغير يلحق بعقد الوكالة. وهذا الاشتراط قد يكون ضمنيا يستخلصه قاضى الموضوع من الظروف المحيطة بإبرام عقد الوكالة⁽²⁾.

فإذا تضمنت الوكالة اشتراطا لمصلحة الغير، فإنه ينشأ له حق مباشر مستمد من عقد الوكالة ذاته ولا يكفى فى ذلك توافر المصلحة المادية أو الأدبية للموكل باعتباره مشترطا، لأن ذلك يجيز للمشتراط نقض الاشتراط قبل إعلان المنتفع عن رغبته فى

(1) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 31 ؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 193 . 194 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 112 و ص 154 .

ومن هذا الرأى فى الفقه الفرنسى:

Stoufflet, op. cit., p. 481 et 482.

غير أنه يرى أنه لكى يستفيد الغير من الاشتراط الذى تم لصالحه ويحتج بحقه مباشرة تجاه الوكيل يجب أن يكون الاشتراط صريحا فى عقد الوكالة أو فى اتفاق يلحق بالوكالة.
ومن هذا الفقه أيضا:

Fontaine (Marcel), et Ghestin (Jacques), Le effets du contrat à l'égard des tiers, L. G. D. J., Paris, 1992, p. 31 et 32, no. 29.

(2) انظر فى بعض الأمثلة للاشتراط الضمنى لمصلحة الغير :

Civ. 5 déc. 1978, D. 1979, 1, P. 401, note Berr et Groutel ; Soc. 4 févr. 1981, Bull. Civ. 1981, 4, no. 103, p. 77.

الاستفادة، بل يجب لعدم جواز نقض الاشتراط أن يقترن به مصلحة للغير فى التوكيل، بحيث يتبين عدم جواز النقض بناء على طبيعة العقد وفقا لنص المادة 1/155 من القانون المدنى.

وبناء على ذلك، فإن الغير صاحب المصلحة فى الوكالة، يطالب الوكيل بتنفيذ الوكالة بموجب قواعد الاشتراط لمصلحة الغير، باعتباره مستفيدا من الاشتراط الوارد لمصلحته فى عقد الوكالة.

الرأى الثانى : اعترض البعض الآخر من الفقه⁽¹⁾ على الرأى السابق على سند من أنه على الرغم من وجود أوجه شبه بين الاشتراط لمصلحة الغير والوكالة لمصلحة الغير، إلا أن هناك العديد من مظاهر اختلاف الاشتراط لمصلحة الغير عن الوكالة لمصلحة الغير.

ورأى هذا البعض أن رجوع الغير على الوكيل يكون بموجب الدعوى المباشرة. فوفقا لعقد الوكالة والقواعد العامة للنيابة، يداين الغير الموكل بالحق موضوع الوكالة وليس الوكيل، ويداين الموكل الوكيل بتنفيذ هذا الحق، فتصبح مطالبة الغير للوكيل به، باعتباره نائبا عن الموكل، هو فى الحقيقة استعمال لحق المدين لدى مدينه. فإن كان الغير ليس طرفا فى الوكالة، إلا إنها تمسه بشكل مباشر ودفعاً للضرر الذى قد يصيبه من عدم تنفيذه جاز له التمسك به، كعقد مبرم بين المدين ومدين المدين، عن طريق الدعوى المباشرة التى تبدو وثيقة الصلة بتنفيذ الالتزام. فدائن الموكل المستفيد من الوكالة

(1) انظر: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 368 وص 401 . 402.

يستخدم حقوق الموكل لدى الوكيل بوصفه نائبا عنه نظرا لعدم قدرته على استخدامها بشكل مستقل.

ومن جانبنا، فإننا نرى أن الغير المستفيد من الوكالة، لا يجوز له الرجوع على الوكيل ومطالبته بتنفيذ الوكالة، حتى تتحقق مصلحته أو استفادته منها، إلا بناء على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير. فالغير وإن كانت الوكالة لم تعقد إلا لأجل مصلحته، فإنه لا يمكنه الاستفادة منها إلا إذا تضمنت اشتراطا، صريحا أو ضمنيا، لمصلحته. وبغير ذلك الاشتراط لا تكون له صفة في مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة لمصلحته، لأنه ليس طرفا في عقد الوكالة.

فالاشتراط لمصلحة الغير عقد يتم بين اثنين؛ الأول المشتراط والثاني المتعهد، فيشترط الأول على الثاني أن يؤدي، إلى ثالث أجنبي عن العقد ويسمى المستفيد أو المنتفع، حقا معينا، فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد. وهكذا يوجد في نظام الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة أشخاص: المشتراط والمتعهد والمنتفع أو المستفيد، فأما الأول والثاني فهما وحدهما طرفا العقد، وأما الثالث فهو من الغير، ومع ذلك يستخلص من العقد، وبطريق مباشر، حقا له استثناء من قاعدة أن العقود لا تنفع الغير، لأن المنتفع يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه. فالاشتراط لمصلحة الغير إذا كان ثنائيا في تكوينه إلا أنه ثلاثيا في آثاره⁽¹⁾.

(1) ويجب أن يكون للمشتراط مصلحة مادية أو أدبية من وراء الاشتراط. ولا يشترط وجود المنتفع وقت الاشتراط، وإنما يلزم وجوده وقت أن يرتب الاشتراط آثاره. كما لا يشترط تعيين المنتفع بذاته في

وإدراج الاشتراط لمصلحة الغير فى عقد الوكالة أو فى اتفاق لاحق ينشئ للغير المستفيد، صاحب المصلحة فى الوكالة، حقاً مباشراً مستمداً من الوكالة يخوله مطالبة المتعهد (الوكيل) بالوفاء بما التزم به، وذلك للحصول على الحق الذى له فى ذمة الموكل والذى ما قامت الوكالة إلا من أجل ضمان حصوله عليه واستيفائه له. ومن ثم

عقد الاشتراط. فيجوز أن يقتصر العقد على بيان الصفات المميزة للمنتفع والتي يتعين بها شخصه وقت ترتيب العقد لآثاره .

والمنتفع يكسب حقاً مباشراً لا يتلقاه من المشتري وإنما مصدره عقد الاشتراط. فهو حق ذاتى للمنتفع يخوله أن يرفع دعوى مباشرة يطالب فيها المتعهد بالوفاء بما التزم به، غير أنه حق قابل للنقض من جانب المشتري إلى أن يظهر المنتفع رغبته فى الاستعادة من الاشتراط . وحق المشتري فى نقض المشاركة حق متصل بشخصه فلا يجوز لدائنيه استعماله عنه بالدعوى غير المباشرة ولا ينقل إلى ورثته بعد موته. ويترتب على نقض المشاركة زوال حق المنتفع بأثر رجعى وكأنه لم يكن. إذن ينقضى حق المشتري فى نقض المشاركة بموته، لأن هذا الحق متصل بشخصه. كما ينقضى بقبول المنتفع للاشتراك. وإذا مات المنتفع قبل إعلان قبوله انتقل هذا الحق إلى ورثته من بعده، ما لم يتبين من عقد الاشتراط أن المشتري قد قصد صراحة أو ضمناً قصر الحق على المنتفع وحده .

راجع فى الاشتراط لمصلحة الغير بصفة عامة: د/ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ص 263 وما بعدها؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص 453 وما بعدها، بند 357 وما بعده؛ د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ص 327 وما بعدها، بند 198 وما بعده؛ د/ محمود جمال الدين زكى، مصادر الالتزام، ص 268 وما بعدها، بند 149 وما بعده؛ د/ محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ص 272 وما بعدها، بند 224 وما بعدها؛ د/ نبيل سعد، مصادر الالتزام، ص 342 وما بعدها؛ د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص 218 وما بعدها، بند 240 وما بعده. وراجع المواد من 154 إلى 156 من القانون المدنى المصرى والمواد من 1205 إلى 1209 من التقنين المدنى الفرنسى المعدل فى 2016م ، حيث أورد المشرع المواد المذكورة بدلاً من مادة وحيدة كانت تحمل رقم 1121 فى تقنين نابليون. وبذلك يكون المشرع قد قنن تفصيلاً ما استقر عليه القضاء. وهذا التنظيم الذى أورده القانون الفرنسى بعد تعديله يقارب التنظيم الوارد فى التقنين المدنى المصرى.

فإنه خروجاً على قواعد الاشتراط والتي تجيز للمتعهد أن ينقض اشتراطه قبل إعلان المستفيد رغبته في الاستفادة منه، لا يجوز للمتعهد أن ينقض الاشتراط لكون عقد الوكالة انطوى على مصلحة للغير. فيكون عدم جواز نقض الاشتراط نابع، لا من قواعد الاشتراط، وإنما بناء على طبيعة عقد الوكالة وكونه في مصلحة الغير.

ولا يشترط القانون تحديد اسم الغير المستفيد أو صاحب المصلحة في عقد الوكالة، إذ ليس هناك ما يمنع إصدار الوكالة لمصلحة شخص ثالث غير معين وقت انعقادها⁽¹⁾. فالغير يستفيد من الوكالة بناء على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير، وهذه الأخيرة تجيز أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة أو أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينهما ممكناً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة⁽²⁾.

وأخيراً، فإن ما ذهب إليه الرأي الثانى من أن رجوع الغير على الوكيل فى عقد الوكالة يكون بناء على قواعد الدعوى المباشرة، لا يمكن التسليم به، لمنافاة ذلك لطبيعة تلك الدعوى. فضلاً عن أنه حتى لو صح هذا الرجوع، فإنه يفترق إلى إقرار المشرع، فالمقرر

(1) انظر: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 113 . 114 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 366.

Et : Huet , op. cit, p. 990 – 991, no. 31156.

(2) راجع المادة 156 مدنى مصرى والمادة 1205 مدنى فرنسى المضافة إلى القانون المدنى بموجب تعديلات 2016م.

أن الدعوى المباشرة تحتاج الى نص قانونى يقررها، وهذا النص غير موجود . وهو ما أقر به صاحب هذا الرأى نفسه⁽¹⁾.

(¹) انظر: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 368.

المطلب الثالث

إثبات المصلحة المشتركة فى الوكالة

أسلفنا القول أن الوكالة إذا كانت صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير أو لمصلحة الوكيل والغير معا، فإنه لا يجوز للموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة ولا تنتهى بموت الموكل أو الوكيل وإنما تستمر فى حق ورثة المتوفى منهما حتى إتمام التصرف المكلف به الوكيل.

وفى هذه الحالة يثور التساؤل حول مسألة إثبات مصلحة الوكيل أو الغير أو المصلحة المشتركة فى الوكالة ؟ ومن الذى يقع عليه عبء هذا الإثبات ومدى سلطة محكمة الموضوع فى هذا الشأن؟

ضرورة إثبات المصلحة المشتركة فى الوكالة

يتعين إثبات وجود مصلحة للوكيل أو للغير أو للثنتين معا فى الوكالة ،حتى يمتنع على الموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة وعدم انتهائها بموت الموكل أو الوكيل واستمرارها فى حق ورثة المتوفى منهما حتى إتمام التصرف المكلف به الوكيل. فإذا انتفت هذه المصلحة كانت الوكالة غير لازمة جاز للموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة وانتهائها بموت أحد طرفيها.

ويجب أن تكشف نصوص عقد الوكالة عن توافر مصلحة الوكيل أو الغير أو مصلحة الاثنين معا، بشكل قاطع وصريح أو تكشف عنها أمور واقعية . تقف عليها المحكمة وفقا لكل حالة على حدة . تدل على أن إلغاء الوكالة أو تقييدها يفوت على من صدرت الوكالة لصالحه المنفعة من إبرامها⁽¹⁾.

ولا يكفي استخلاص توافر المصلحة من النص في عقد الوكالة على حق الوكيل في البيع لنفس أو للغير لأن هذه العبارة بذاتها لا تقطع بتوافر المصلحة ما لم تساندها أدلة أو قرائن تستنبطها المحكمة من الواقع في الدعوى. كما أن النص في عقد الوكالة على عدم جواز إلغائها إلا بحضور الوكيل شخصيا، لا يدل على أن الوكالة موضوع الدعوى صادرة لصالح الوكيل، بل لا بد يساند ذلك أدلة أو قرائن تستنبطها المحكمة من الواقع في الدعوى.

وكانت محكمة النقض تسير عكس ذلك إذ كانت ترى أن النص في عقد الوكالة على حق الوكيل في البيع لنفسه وللغير أو تضمنه عبارة عدم جواز إلغائها إلا بحضور الوكيل شخصيا . يدل على أن الوكالة صادرة لصالح الوكيل فلا يجوز إلغائها إلا بموافقة على ذلك.

(1) راجع: الطعن رقم 3707 لسنة 90 ق، جلسة 2020/11/16م، غير منشور ؛ الطعن 12189 لسنة 88 ق، جلسة 2020/6/21م، غير منشور ؛ الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م، غير منشور ؛ الطعن 10355 لسنة 88 ق، جلسة 2019/10/24م، غير منشور ؛ الطعن 4480 لسنة 84 ق، جلسة 2018/8/31م، غير منشور ؛ الطعن 14117 لسنة 83 ق، جلسة 2015/4/19م ، غير منشور .

فقد قضت بأن: " مفاد نص المادة 2/715 من القانون المدنى . وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة . أن إنهاء الوكالة فى حالة ما إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو أجنبى لا يتم بالإرادة المنفردة للموكل، بل لابد أن يشاركه فى ذلك من صدرت لصالحه الوكالة وهو الوكيل فى الحالة الأولى أو الأجنبى الذى صدرت لصالحه فى الحالة الثانية. فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه، فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل. لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة التوكيلات المشار إليها موضوع النزاع الصادرة من المطعون ضدها الأولى للطاعن تضمن بعضها حق الوكيل فى البيع لنفسه وللغير وتوكيل الغير أيضا وتمثيلها أمام السجل العينى والشهر العقارى وكافة الجهات الحكومية وغير الحكومية. كما تضمن بعضها عدم جواز إلغائها . يدل على أن التوكيلات محل النزاع صادرة لصالح الطاعن الوكيل فلا يجوز إلغائها إلا بموافقة على ذلك وهو ما خلت منه أوراق الدعوى. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأجاب المطعون ضدها لطلباتها بسند أن الطاعن لم يقدم دليله على مصلحته فى تلك التوكيلات فيكون قد أغفل دلالة التوكيلات المقدمة والمبينة آنفا دون أن يمحصها أو يفسر عباراتها استظهارا لحقيقة مدلولها وما ينطوى عليه ومؤداه فى ضوء النظر لمتقدم مما يصمه بعوار القصور فى التسبب المبطل ومخالفة الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه لهذا السبب "(1).

(1) انظر: نقض مدنى فى 2008/1/1م، الطعن رقم 3715 لسنة 76 ق .

كما قضت أيضا بأن؛" النص في عقد الوكالة محل النزاع الصادر من المطعون ضدها الأولى (الموكلة) إلى الطاعن الأول (الوكيل) على حق الأخير في بيع شقة النزاع لنفسه أو للغير وأنه لا يجوز إلغاء الوكالة إلا بحضور الوكيل شخصيا،يدل على أن الوكالة موضوع الدعوى صادرة لصالح الوكيل،فلا يجوز إلغائها إلا بموافقة على ذلك ."⁽¹⁾

غير أن محكمة النقض قد عدلت . مؤخرا . عن ذلك الاتجاه وأصدرت عدة أحكام حديثة ذهبت فيها إلى أنه لا يكفي استخلاص مصلحة الوكيل أو الغير في الوكالة من مجرد النص في عقد الوكالة على حق الوكيل في البيع للنفس أو للغير،إذ أن هذه العبارة بذاتها لا تقطع بتوافر المصلحة ما لم تساندها أدلة أو قرائن تستنبطها المحكمة من الواقع في الدعوى.

فقد قضت في حكم لها صادر في 2015م بأنه:" ولا يكفي استخلاصها . أى المصلحة . من النص في عقد الوكالة على حق الوكيل في البيع للنفس أو للغير إذ أن هذه العبارة بذاتها لا تقطع بتوافر المصلحة ما لم تساندها أدلة أو قرائن تستنبطها المحكمة من الواقع في الدعوى.... لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى صدور عقد الوكالة لصالح المطعون ضدها الأولى من النص فيه على حق الأخيرة في البيع لنفسها أو للغير ورتب على ذلك قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي القاضى برفض الدعوى رغم أن توكيل الأخيرة في البيع للنفس والغير لا ينهض بذاته دليلا على أن الوكالة

(¹) نقض مدنى فى 2001/5/3 ن الطعن 2218 لسنة 70 ق .

صادرة لصالحها مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال ومن ثم فقد حجه ذلك عن بحث الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة ودفاع الطاعنة بانتفاء تلك المصلحة مستعينا بعبارة " الوكالة وظروف الدعوى وملابساتها " سيما وأن الأخيرة تمسكت في دفاعها بأن هذه الوكالة لم تكن مقررة لمصلحة المطعون ضدها الأولى ولكن قصد منها إشهار حق الإرث وإدارة تركة مورثها، بما يعيبه أيضا بالقصور والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه"⁽¹⁾.

كما قضت محكمة النقض أيضا في حكم لها صادر في عام 2019م بأنه: " ولا يكفي استخلاصها . أى المصلحة . من النص في عقد الوكالة على حق الوكيل في البيع للنفس أو للغير إذ أن هذه العبارة بذاتها لا تقطع بتوافر المصلحة ما لم تساندها أدلة أو قرائن تستتبطها المحكمة من الواقع في الدعوى.... لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد خلص إلى صدور التوكيل العام سند الدعوى لصالح المطعون ضدها الأولى مستندا في ذلك إلى النص فيه على حق الأخيرة في البيع لنفسها أو غيرها ورتب على ذلك قضاءه برفض الدعوى رغم أن توكيل الأخيرة في البيع للنفس أو للغير لا ينهض بذاته دليلا على أن الوكالة صادرة لصالحها، مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال وقد حجه ذلك عن بحث الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة ودفاع الطاعن بانتفاء تلك المصلحة لا سيما أن الأخير تمسك في دفاعه بأن هذه الوكالة لم تكن مقررة لمصلحة المطعون ضدها الأولى وتم

(1) الطعن 14117 لسنة 83 ق، جلسة 2015/4/19م، سالف الإشارة إليه.

إبرامها حال قيام العلاقة الزوجية بينهما وقبل انفصامها ومن ثم فإنه يكون معيبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه"⁽¹⁾.

وأیضا النص فی عقد الوكالة على حق الوكيل فی البيع لنفس أو للغير أو النص فيه على عدم جواز إغائه إلا بحضور الوكيل شخصيا، لا يمنع الموكل من طلب إلغاء الوكالة إذا كانت مصلحة من صدرت لصالحه قد تحققت ولا مبرر لاستمرارها⁽²⁾.

(¹) الطعن 10355 لسنة 88 ق، جلسة 2019/10/24م، سالف الإشارة إليه.

كما قضت محكمة النقض فی حکم لها صادر فی عام 2020م بأنه: "لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه قد قضى برفض دعوى الطاعن تأسيسا على أن عقد الوكالة صدر لصالح المطعون ضده الأول مستدلا بالنص فيه على حق الأخير فی بيع الفيلا لنفسه أو للغير وكانت هذه العبارة لا تصلح بذاتها دليلا على أن الوكالة صدرت لمصلحة المطعون ضده الأول، كما أنها لا تمنع الموكل " الطاعن " من طلب إغائها إذا كانت مصلحة من صدرت لصالحه قد تحققت ولا مبرر لاستمرارها، مما يعيب الحكم بالخطأ فی تطبيق القانون والفساد فی الاستدلال، وقد حجه هذا الخطأ عن تحقيق دفاع الطرفين وما تمسك به الطاعن بانتفاء مصلحة المطعون ضده الأول فی صدور الوكالة واستمرارها وأثر إغائها على التصرفات السابقة والتي صدرت وقت سريانها مما يعيبه أيضا بالقصور فی التسبیب والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه ".

الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م، سالف الإشارة إليه.

وانظر أيضا فی نفس المعنى: الطعن رقم 3707 لسنة 90 ق، جلسة 2020/11/16م؛ الطعن 4480 لسنة 84 ق، جلسة 2018/8/31م، سالف الإشارة إليها.

(²) الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م، سالف الإشارة إليه.

عبء إثبات المصلحة المشتركة في الوكالة

الأصل أن الوكالة تكون صادرة لمصلحة الموكل وعلى من يدعى أنها صادرة لصالح الوكيل أو الغير إثبات ذلك⁽¹⁾. وقد استقر قضاء النقض على أنه يقع على عاتق الوكيل أو الغير عبء إثبات توافر المصلحة وتقديم الدليل عليها⁽²⁾.

وعلى ذلك فإنه يجب، كقاعدة عامة، على الوكيل أو الغير الذي يريد الاستفادة من النتائج المترتبة على وجود المصلحة المشتركة في الوكالة أن يثبت توافر هذه المصلحة أو بالأحرى إثبات العناصر التي يستطيع من خلالها القضاء استخلاص فكرة المصلحة المشتركة⁽³⁾.

(1) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " إذا كانت المطعون عليها قد أنهت توكيل محاميها، فإنه لم تعد له صفة في تقديم مذكرة أو الحضور عنها في الطعن ولو ادعى بعدم جواز إنهاء الوكالة لصدورها لصالح الغير وذلك دون رضا منه استنادا للمادة 715 من القانون المدني، متى كان المحامي لم يقدم الدليل على صحة هذا الإدعاء " .

نقض مدني في 1963/3/21م، مجموعة أحكام النقض، س 14، ص 335.

(2) راجع على سبيل المثال: الطعن رقم 3707 لسنة 90 ق، جلسة 2020/11/16م ؛ الطعن 12189 لسنة 88 ق، جلسة 2020/6/21م ؛ الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م؛ الطعن 10355 لسنة 88 ق، جلسة 2019/10/24م؛ الطعن 4480 لسنة 84 ق، جلسة 2018/8/31م؛ الطعن 14117 لسنة 83 ق، جلسة 2015/4/19م، سالف الإشارة إليها. ونقض مدني في 1963/3/21م، مجموعة أحكام النقض، س 14، ص 335.

(3) Grunberg (H.), L'intérêt commun dans les contrats de distributions, thèse Rennes, 1983, P. 194 ; Grignon (Philippe), Le concept d'intérêt commun

ويمكن القول أن المشرع قد يتدخل، في بعض الحالات، ويفترض توافر مصلحة الوكيل أو الغير أو المصلحة المشتركة في الوكالة. ومن ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1831 من التقنين المدني بشأن عقد الوعد بالبناء le contrat de promotion immobiliere حيث اعتبره المشرع وكالة صادرة لصالح الوكيل⁽¹⁾. وكذلك ما نص عليه القانون رقم 1345/58 الصادر في 23 ديسمبر 1958م بشأن الوكالات التجارية، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الثالثة: " أن العقود المبرمة بين الوكلاء التجاريين وموكليهم تعد من قبيل العقود الصادرة للمصلحة المشتركة للأطراف وأبقى المشرع على هذا التكييف في قانون 25 يونيو 1991م في المادة 1/4 منه ".

dans le droit de la distribution, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 137 .

ود/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 156.

(¹) راجع في عقد الوعد بالبناء :

Ferrier, Le contrat des agents immobiliers, art. préc., no. 2795.

والجدير بالإشارة أن البعض من الفقه الفرنسي قد رفض تكييف المشرع لعقد الوعد بالبناء بأنه وكالة ذات مصلحة مشتركة، لأن الأمر، من وجهة نظره، يتعلق بمجرد إجازة إعمال. كما أن القانون يفرض على متعهد البناء أو المقاول التزامات معينة أهمها الالتزام بضمان العيوب الخفية والتي في جملتها تكون أجنبية عن عقد الوكالة. كما أن المصلحة المشتركة في النص تركز فقط على الأجر وهذا ما لا يسلم به الفقه والقضاء .

Le Tourneau , Contrats intuitus personae art. préc. no. 14.

وراجع أيضا:د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 118.

وكذلك فقد أقر المشرع المصرى فكرة الوكالة ذات المصلحة المشتركة بشأن وكالة العقود وذلك فى المادة 188 من قانون التجارة المصرى رقم 17 لسنة 1999م حيث افترض النص أن هذه الوكالة تتعقد لمصلحة الطرفين المشتركة⁽¹⁾.

وهذه النصوص المذكورة قد وضعت قرينة تشريعية لصالح الوكيل مؤداها افتراض توافر المصلحة المشتركة فى عقد الوكالة الذى يربطه بالموكل وبالتالي يعفى الوكيل من إثبات صفة المصلحة المشتركة فى الوكالة، وما عليه سوى إثبات توافر عقد الوكالة الذى ينص القانون بشأنه على قرينة المصلحة المشتركة⁽²⁾.

وفى غير الحالات المنصوص عليها صراحة بشأن المصلحة المشتركة يقع عبء إثبات هذه المصلحة على عاتق الوكيل أو الغير، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، ومن ذلك إثبات علاقة قانونية سابقة على الوكالة أو معاصرة لها تربطه بالموكل، حيث تكون الوكالة حينئذ وسيلة لتنفيذ التزام الموكل الناشئ عن هذه العلاقة أو نتيجة مترتبة على وجوده⁽³⁾.

(1) وقد نصت المادة 281 من قانون التجارة الكويتى على أن وكالة العقود تتعقد لمصلحة الطرفين المشتركة.

(2) انظر فى نفس المعنى: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 157.

Et : Grignon, op. cit., p. 137.

(3) د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 158.

سلطة محكمة الموضوع بشأن إثبات المصلحة المشتركة في الوكالة

القاعدة، في هذا الصدد، أن محكمة الموضوع هي التي تقدر ما إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير أو لمصلحة الاثنين معا ولها سلطة تقديرية في هذا الشأن⁽¹⁾

وقد أقرت محكمة النقض المصرية سلطة محكمة الموضوع التقديرية في استخلاص المصلحة في الوكالة من الأدلة المطروحة عليها باعتبارها من مسائل الواقع بشرط أن يكون استخلاصها سائعا وإلا خضعت لرقابة محكمة النقض⁽²⁾.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد أقرت، في بادئ الأمر، سلطة محكمة الموضوع التقديرية في تحديد مسألة صدور الوكالة للمصلحة المشتركة ودون خضوع حكمها

(1) انظر على سبيل المثال:

Planiol et Ripert, op. cit. no. 1492, p. 936 ; Alexandre, art préc. no. 37, p. 10 ; Civ. 11 févr. 1891, S. 1891, 1, P. 121 ; Req. 1 mai 1907, S. 1908, 1, P. 87 ; Req. 7 nov. 1911, D. 1912, 1, P. 128 ; Paris, 8 juin 1979, D. S. 1980, p. 454, note Souleau.

ود/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 23؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 158؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 186.

(2) راجع : الطعن رقم 3707 لسنة 90 ق، جلسة 2020/11/16م ؛ الطعن 12189 لسنة 88 ق، جلسة 2020/6/21م؛ الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م؛ الطعن 10355 لسنة 88 ق، جلسة 2019/10/24م؛ الطعن 4480 لسنة 84 ق، جلسة 2018/8/31م؛ الطعن 14117 لسنة 83 ق، جلسة 2015/4/19م، سالف الإشارة إليها.

لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾. ولكن بعد ذلك بسطت محكمة النقض رقابتها على حكم محكمة الموضوع فيما يتعلق بتوافر مصلحة الوكيل أو الغير أو المصلحة المشتركة أو عدم توافرها في الواقعة محل الحكم⁽²⁾.

وقد أخذت هذه الرقابة عدة مظاهر منها ما يتعلق بمدى كفاية التسبب للتكييف القانوني للوقائع وكذلك مدى احترام محكمة الموضوع لبود العقد الواضحة والمحددة وأيضا مدى التزام المحكمة بترتيب النتائج القانونية على تكييف المصلحة المشتركة الذي انتهت إليه. وأخيرا تحديد مجال أعمال فكرة المصلحة المشتركة وما ترتبه من نتائج قانونية⁽³⁾.

(¹) Voir : Civ. 11 févr. 1891, S. 1891, 1, P. 121. Et en ce sens : Req. 7 nov. 1911, D. 1912, 1, P. 128.

ود/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 158؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 186.

(²) انظر على سبيل المثال:

Civ. 11 juin 1969, Bull. Civ 1, no. 223 ; Com. 26 févr. 1958, D. 1958, Juris. P. 45, note Vidal ; Com. 4 mai 1999, Gaz Pal. Juris. P. 15 ; Civ. 2 oct. 2001, Bull. Civ. 1, no. 239 ; R. T. D. Civ. 2002, p. 110, obs. Gautier.

(³) راجع في ذلك بالتفصيل: د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها. وانظر أيضا : د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 186 . 187.

وتطبيقا لذلك ألغت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف لانعدام الأساس القانوني،الذي اعتبر الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل لمجرد تقاضيه الأجر،دون التحقق من وجود عناصر أخرى تثبت أن الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل⁽¹⁾.

وقضت محكمة النقض بتأييد ما ذهب إليه بعض محاكم الموضوع بشأن وجود وكالة ذات مصلحة مشتركة بين الموكل والوكيل هدفها تنمية وتطوير المشروع بجلب العملاء والحفاظ على العملاء القدامى⁽²⁾.

وذهبت محكمة النقض إلى تأييد ما ذهب إليه محاكم الموضوع من توافر المصلحة المشتركة وما ترتبه من نتائج قانونية في عقود التوزيع بالعمولة وذلك استنادا إلى مصلحة الوكيل في تنفيذ الوكالة واستمرارها⁽³⁾.

(1) Voir : Civ. 11 juin 1969, Bull. Civ. 1969, 1, no. 223.

(2) Voir par ex. : Com. 8 oct. 1969, D. S. 1970, Juris. p. 143, note Lambert ; Com. 20 janv. 1971, Bull. Civ. 1971, 4, no. 20 ; Com. 2 juil. 1979, Bull. Civ. 1979, 4, no. 222 ; Com. 4 mai 1999, J. C. P. éd. G. 1999, Juris. p. 15.

(3) Voir : Com. 2 mars 1993, D. S. 1994, Juris. P. 48, note Aubert – Monpeyssen (Therese).

وهذا الحكم يتعلق بعقد أبرمته شركة لطباعة الصحف مع تاجرة بصفتها موزعة للصحف وقامت الشركة بإنهاء العقد بعد ذلك،حيث قضت المحكمة بتعويض الموزعة لأن لها مصلحة في توزيع الصحف التي تتسلمها من الشركة،أى في تنفيذ موضوع العقد . وأيدت المحكمة ما ذهب إليه محكمة الموضوع فيما يتعلق بتكييف العقد على أنه وكالة ذات مصلحة مشتركة.

وأخيرا رفضت محكمة النقض الفرنسية تطبيق فكرة المصلحة المشتركة في مجال الوكالة العقارية، إذ قضت بأن الوكالة العقارية لا تعد وكالة ذات مصلحة مشتركة ومن ثم يحق للموكل وفقا للمادة 2004 من التقنين المدني عزل الوكيل بإرادته المنفردة ولا يستحق الوكيل المعزول تعويضا إلا إذا أثبت تعسف الموكل في استعمال حق العزل وأثبت الضرر الذي أصابه من جراء ذلك (1).

Et : Civ. 2 déc. 1997, Gaz. Pal. 1998, Juris. P. 195, Concl Sainte – Rose

ويتعلق موضوع هذا الحكم بعقد مبرم بين الشركة الفرنسية للألعاب ووكيل، محله التزام الوكيل بتوزيع منتجات الشركة بالقرب من بعض تجار التجزئة (أكشاك السجائر . موزعو الصحف) في منطقة Laon مع تقاضى الوكيل عمولة تتناسب وحجم المبيعات والصفقات المطلوبة، ثم قامت الشركة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، حيث اعتبرت محكمة الموضوع أن العقد يعد وكالة ذات مصلحة مشتركة، وبالتالي لا يجوز عزل الوكيل إلا وفقا لأحكام الوكالة ذات المصلحة المشتركة. وقضت للوكيل بالتعويض وأقرت محكمة النقض الفرنسية ذلك الحكم بتأييدها لحكم محكمة الموضوع.

(1) Voir par ex. : Civ. 14 mars 1984, Bull. Civ. 1984, 1, no. 92 .

وتذهب محاكم الموضوع إلى ذلك أيضا. انظر مثلا:

C. A Paris, 23 oct. 1985, R. D. Immo. 1986, p. 221, obs. Tomasin (D.).

وحول ماهية وأحكام الوكالة العقارية بالتفصيل . راجع :

Ferrier, art. Préc. no. 2795 ; Durantou (Guy), Agents immobiliers, Reoertoir de droit commercial, préc.

المبحث الثاني

تطبيقات لوكالات ذات مصلحة مشتركة

تمهيد

ذكرنا أن معيار وجود حق خاص للوكيل أو للغير، مستقل عن الوكالة من شأن هذا العقد الأخير ضمان استيفاء الوكيل أو الغير له أو تمكينه من مباشرته، يعد معيارا عاما وشاملا بحيث يستوعب جميع الحالات التي تكون الوكالة فيها ذات مصلحة مشتركة بين الموكل والوكيل أو بين الموكل والغير .

ونستعرض الآن بعض التطبيقات لوكالات ذات مصلحة مشتركة بين الموكل والوكيل أو بين الموكل والغير على ضوء ذلك المعيار، وذلك على النحو التالي:

1. الوكالة المرتبطة بعقد آخر ارتباطا لا يقبل التجزئة

إذا ارتبطت الوكالة بعقد آخر، ملزم للجانبين أو لجانب واحد لا يجوز الرجوع فيه ولا ينتهى بالموت، سابق أو معاصر لعقد الوكالة ارتباطا لا يقبل التجزئة، بحيث تكون الوكالة مجرد ملحق أو تابع لذلك العقد وتعتبر وسيلة لتنفيذه أو نتيجة مترتبة عليه، فإنها تكون وكالة ذات مصلحة مشتركة بين الموكل والوكيل. ومن ثم لا يجوز للموكل إنهاؤها وعزل الوكيل بإرادته المنفردة قبل إتمام العمل القانوني محل الوكالة. ولا تنتهى بموت الموكل بل تستمر فى حق ورثته من بعده.

ومن أمثلة ذلك؛ الوكالة الصادرة من المؤمن له لشركة التأمين (المؤمن) لمباشرة الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين الذى لا ينتهى بموت المؤمن له،والتي ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه. فهذه الوكالة تحقق مصلحة الموكل والوكيل معا ولا يجوز عزل الوكيل فيها بإرادة الموكل (المؤمن له) المنفردة ولا تنتهى بموته⁽¹⁾،وذلك حفاظا على تنفيذ عقد التأمين المرتبط بعقد الوكالة الذى لم ينتهى بالموت⁽²⁾.

وأیضا الوكالة الصادرة من رب العمل للعامل لمباشرة الدعاوى التي ترفع منه أو ضده من الغير،والناشئة عن عقد العمل الذى لا ينتهى بموت رب العمل. ففى هذه الحالة يكون عقد الوكالة فيه مصلحة مشتركة للموكل والوكيل ولا يجوز إلغاؤه من قبل رب

(¹) انظر فى ذلك: د/ السنهورى،الوسيط،ج 7 ،بند 332،ص 556؛ د/ مشعل مهدى،البحث السابق،ص 121 وص 163. 164؛ د/ عصام الدفراوى،الرسالة السابقة،ص 324 ؛ د/ مصطفى حجازى،المرجع السابق،ص 130؛ د/ سمير إسماعيل حسن،الرسالة السابقة،ص 239،بند 253 ؛ د/ سامى الدريعى،البحث السابق،ص 190 . 191. وأيضا المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى والتي جاء فيها: " ومثل أن تكون الوكالة فى صالح الوكيل أن يوكل المؤمن له شركة التأمين فى الدعاوى التي ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه ". راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى،إدارة الفتوى والتشريع،الكويت، 1998م،ص 519 .

(²) Voir : Contamine – Raynaud, thèse préc. P. 276 ; C. A. Limoges, 1 févr. 1935, S. 1935, 11, p. 148 .

ود/ مشعل مهدى،البحث السابق،ص 123؛ د/ سمير إسماعيل،الرسالة السابقة،ص 239.

العمل بإرادته المنفردة ويظل قائما منتجا لآثاره على الرغم من موته، وذلك حفاظا على تنفيذ عقد العمل المبرم بين العامل ورب العمل والذي لم ينته بالموت⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك أيضا، ما قضى به من بأنه لا يجوز إنهاء الوكالة المعطاة من المتقاسمين لأحدهم للقيام بخدمات مشتركة لهما، إلا باتفاق الطرفين (الموكلون والوكيل)⁽²⁾، لأن عقد الوكالة يرتبط بعقد القسمة ويتضمن تنفيذا له⁽³⁾. كما قضى بعدم جواز عزل الوكيل بالإرادة المنفردة للموكلين من الوكالة المعطاة من شركاء فى المستقبل لأحدهم بهدف اتخاذ إجراءات تأسيس الشركة، وذلك لارتباط الوكالة بعقد الشركة⁽⁴⁾.

ويلاحظ على التطبيقات السابقة أن الوكالة تحقق مصلحة مشتركة للموكل والوكيل لارتباطها بعقد ملزم للجانبين غير قابل للرجوع فيه ولا ينتهى بموت الموكل، وللوكيل فيها حق خاص وثابت ومستقل عن عقد الوكالة، مصدره العقد الأصيل الذى ترتبط به

(¹) راجع: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 549، هامش رقم 1؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 507؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 121. 122؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 239، بند 253.

Et voir : Civ. 22 janv. 1868, D. 1868, 1, P. 168 ; Civ. 16 mai 1882, D. 1883, Juris. p. 175 ; Civ. 10 févr. 1883, D. P. 1884, 1, P. 112.

(²) Pau, 26 nov. 1873, D. P. 1874, 5, p. 327 ; Cass. Req. 22 janv. 1868, D. 1868, 1, P. 169 ; Cass. Req. 6 janv. 1873, S. 1873, 1, P. 24.

(³) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 30 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 129.

(⁴) Req. 6 janv. 1873, S. 1873, 1, P. 24 .

الوكالة ارتباطا لا يقبل التجزئة، وتعمل الوكالة على ضمان حصول الوكيل عليه أو مباشرته. ومن ثم فالوكالة فى هذه الأحوال لا تنتهى بموت الموكل حفاظا على تنفيذ العقد الأسمى المرتبط بعقد الوكالة والذى لا يجوز إلغاؤه ولا ينتهى بالموت⁽¹⁾.

ومن أمثلة هذه الوكالات كذلك، الوكالة الصادرة من المستأجر للمؤجر والتى يوكله فيها فى بيع المحصول الذى يوجد فى الأرض الزراعية، موضوع عقد الإيجار المبرم بينهما، عند عدم الوفاء بالأجرة واستيفاء هذه الأجرة من ثمنه . وكذلك وكالة المتقاسمين لإتمام القسمة⁽²⁾.

(¹) فى نفس المعنى: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7 ، 594 ، هامش رقم 1؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 507 ؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 121. 122؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 239، بند 253.

Et voir : Contamine – Raynaud, thèse préc. P. 276 ; Le Tourneau, Contrats intuitus personae, art. préc. no. 359, p. 33 ; Ghestin (Jacques), Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrat, L. G. J. Paris, 1992, no. 250, p. 274 ; C. A. Limoges, 1 févr. 1935, S. 1935, 11, P. 148.

(²) راجع: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 324.

2 . وكالة الشريك على الشيووع

تتحقق مصلحة الوكيل فى الوكالة،فضلا عن مصلحة الموكل،فى الأحوال التى يوكل الشركاء على الشيووع،شريكا منهم فى إدارة المال الشائع⁽¹⁾. فالوكالة فى هذه الحالة لا تحقق مصلحة الوكيل فقط (الشريك على الشيووع)،وإنما تحقق أيضا مصلحة الموكلين (باقى الشركاء على الشيووع)،وبالتالى فهى من قبيل الوكالات المدنية ذات المصلحة المشتركة لكل من الموكل والوكيل.

(1) وهذه الوكالة قد تكون ضمنية بأن يتولى أحد الشركاء على الشيووع إدارة المال الشائع دون اعتراض من باقى الشركاء. إذ تعد هذه الوكالة عامة بالإدارة وتنفيذ تصرفات الشريك التى تستلزمها الإدارة فى حق باقى الشركاء. وقد نصت المادة 3/828 مدنى مصرى على أنه: " وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم ". راجع فى ذلك: د/ السنهورى،الوسيط،ج 7 ،بند 221، ص 321 ؛ د/ مصطفى حجازى،المرجع السابق،ص 106 فى الهامش ؛ د/ قدرى الشهاوى،المرجع السابق،ص 46 .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على إقرار وكالة أحد الشركاء الشائعين عن باقى الشركاء . راجع على سبيل المثال: نقض 1972/4/11م،س 34،رقم 189،ص 934؛ الطعن 5241 لسنة 81 ق،جلسة 2012/2/26م ؛ الطعن 3987 لسنة 66 ق،جلسة يوم 2011/5/11م؛ نقض 1981/6/20م،س 32،رقم 337،ص 1872. وفى هذا الحكم الأخير قضت المحكمة بأنه: " إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من انفراد الطاعنة الأولى،دون باقى الورثة،بتوقيع عقدى الإيجار وقبضها وحدها للأجرة وإدارتها للعقار الكائن به عين النزاع دون اعتراض من باقى الورثة دليلا على وكالتها الضمنية عنهم،فإنه يكون قد أقيم على ما يحمله ".

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى إلى هذه الحالة بقولها: " ومثل أن تكون الوكالة فى صالح الوكيل،أن يوكل الشركاء فى الشيووع شريكا منهم فى إدارة المال الشائع ". انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى،إدارة الفتوى والتشريع،الكويت، 1998م،ص 519.

وقد اعتبر الفقه المصرى وكذلك الفقه والقضاء فى فرنسا⁽¹⁾ وكالة الشريك على الشيوخ من قبيل الوكالات ذات المصلحة المشتركة لكل من الموكل والوكيل.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بعدم صحة عزل الوكيل (أحد الملاك على الشيوخ) من الوكالة الممنوحة له من باقى الملاك على الشيوخ بغرض إدارة المزرعة موضوع الدعوى لعدم اتفاقهم معه على العزل. وقررت بأن الوكالة، فى هذه الحالة، فيها مصلحة للوكيل نابغة من كونه أحد الشركاء على الشيوخ فى المزرعة، ومن غير المتصور وجود مالك لا يهتم بحسن إدارة أمواله⁽²⁾.

(1) انظر فى الفقه المصرى على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 332، ص 556 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 516، بند 325 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 417 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 213، بند 163 ؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 47 و ص 163 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 324 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 106 . 107 ؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 191 . 192 . =

= وانظر فى الفقه والقضاء الفرنسيين على سبيل المثال :

Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, préc., p. 111 ; Lambert, note préc. p. 143 ; Huet, op. cit., no. 31278, p. 1077 ; Alexandre, op. cit., no. 31, p. 9 ; Mazeaud et De Juglart, op. cit. no. 1387, p. 851 ; Le Tourneau, Contrats intuitus personae, art. préc. p. 33, no. 359 ; Civ. 13 mai 1885, D. P. 1885,1, p. 351 ; Civ. 11 févr. 1891, D. P. 1891, 1, p. 197 ; Civ. 3 nov. 1947, J. C. P. 1947,2, 4009 ; Soc. 13 mars 1953, Bull. Civ. 1953, 4, no. 212

(2) Voir : Cass. soc. 13 mars 1953, Bull. Civ. 1953, 4, no. 212 .

وقضت محكمة النقض الفرنسية كذلك بأن الوكالة الممنوحة من قبل بعض الملاك للأخشاب إلى أحدهم لإدارتها ولمدة خمس سنوات لا يمكن للشركاء إنهاؤها قبل انتهاء تلك المدة، لكون هؤلاء الشركاء يملكون هذه الأخشاب على الشيوع ومن ثم تكون لهم مصلحة مالية من تنفيذ الوكيل للوكالة. كما أن للموكل، هو الآخر، مصلحة لا شك فيها من تلك الوكالة⁽¹⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا وكل الموكل الوكيل في وفاء دين لتخلص عين شائعة بينهما من الرهن، كانت الوكالة في مصلحة الوكيل، إذ هو شريك في العين الشائعة التي تتخلص من الرهن بوفاء الدين⁽²⁾.

ويتضح مما سبق أن الفقه والقضاء يعتبران أن هذا النوع من الوكالة من شأنه أن يساهم في حسن إدارة المال الشائع بين الموكل والوكيل واستغلاله، واعتبر الوكالة في هذه الحالة من قبيل الوكالات ذات المصلحة المشتركة التي لا يجوز إنهاؤها بالإرادة المنفردة للموكل دون رضا الوكيل. فإذا عزل الوكيل، فإن عزله لا يكون صحيحا بل

(1) Voir : Cass. civ. 13 mai 1885, D. P. 1885,1, p. 351 ; S. 1887, 1, P. 220.

وقد جاء في هذا الحكم أن الوكالة الصادرة لمصلحة الموكلين والوكيل لا يمكن إنهاؤها بإرادة أحدهم ولا بأغلبية الشركاء فيها ولكن فقط برضاهم المشترك أو بسبب مشروع يقره القضاء أو وفقا للبنود والشروط الواردة في العقد. ومن ثم فحينما يمنح الملاك على الشيوع لواحد منهم إدارة أموالهم غير المقسمة، فلا يمكن لهم عزل الوكيل ولو بقرار تم التصويت عليه من قبل أغلبية الشركاء. فمثل هذا الإجراء لا يكون صحيحا بحجة أن الشريك المعزول لم تكن له مصلحة حقيقية ملموسة في الإبقاء على الوكالة، لأنه من غير المتصور وجود مالك لا يهتم بحسن إدارة أمواله.

(2) انظر: نقض مدني في 27 مارس 1941م، مجموعة عمر، ج 3، رقم 109، ص 337.

تلقى وکالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه للموکل (باقى الشركاء فى الشیوع).

ومع ذلك فإننا نؤید البعض من الفقه⁽¹⁾ فیما ذهب إلیه من أن وكالة أحد الشركاء فى إدارة المال الشائع لیست وكالة لازمة، لأنه رغم تعلق هذه الوكالة بمصلحة مشتركة للوکیل وباقى الشركاء إلا أن تنفيذها ما زال یعتمد على الاعتبار الشخصى حیث یتوقف تحویل هذه المصلحة أو المنفعة على شخص الوکیل وصفاته. وبالتالي فإن تقيید هذا النوع من الوكالة بعدم عزل الوکیل یشکل خطرا جسیما على باقى الشركاء. كما أنه لا یمكن والحال كذلك أن یفرض على باقى الشركاء استمرار وكالة شریك بعینه دون أن یكون لهم الحق فى عزله. فالأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعین، عملا بالمادة 827 مدنى مصرى، ومتى اعتبرنا بوكالة أحدهم فلا یمكن صرف هذه الوكالة إلى مصلحة الشریك الوکیل وإهمال مصالح باقى الشركاء⁽²⁾، لأن مقصود الوكالة فى هذه الحالة اختیار أقدرك الشركاء على تحقیق مصلحة الجميع بالنظر لشخصه وصفاته.

(1) راجع: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 334.

Et : Sallé de la Marnierre, Mandat irrévocable, art. préc., no. 13, p. 269.

(2) قضت محكمة النقض المصریة بأنه: " یلزم لتكون إجارتهم (إجارة أغلبية الشركاء على الشیوع) نافذة فى حق الباقرین أن تكون صحیحة وجدیة وألا تكون الأغلبية راعت مصالحها وتعسفت فى استعمال حقها وأهدرت مصالح الأقلية بقصد الإضرار بها " .

الطعن 17112 لسنة 82 ق، 2015/6/17م .

وعلى ذلك نرى أن لأغلبية هؤلاء الشركاء أن يتفقوا على عزل هذا الشريك من الإدارة، باعتبار أن إدارة المال الشائع تكون لأغلبية الشركاء إذا لم يتوافر إجماعهم. وعزل هذا الشريك يعتبر نوعاً من إدارة المال الشائع عملاً بالمادة 2/828 مدنى التى تقضى بأن: "وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً، سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً".

وبالنسبة لأثر الموت على وكالة الشريك على الشيوخ، فإننا قد انتهينا إلى أن هذه الوكالة يعتمد تنفيذها على الاعتبار الشخصى، لأن الشركاء ما وكلوا أحدهم فى إدارة المال الشائع إلا لتوافر صفة معينة فيه وهى صفة الشريك على الأقل. وبالتالي ينطبق على هذه الوكالة القاعدة العامة الواردة فى المادة 714 مدنى والتى تقضى بانتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل. ولما كانت القاعدة، تطبيقاً لهذه المادة، تقضى بأنه إذا تعدد الموكلون ومات أحدهم لم تنته الوكالة إلا بالنسبة لمن مات منهم، إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة، فتنتهى بالنسبة إلى الموكلين جميعاً. والوكالة فى حالة الشريك الشائع مما يقبل التجزئة، ومن ثم فإن موت أحد الشركاء على الشيوخ أو بعضهم يؤدى إلى انتهاء الوكالة بالنسبة له أو لهم وإذا توفوا جميعاً انقضت الوكالة بموتهم ولا تستمر فى حق ورثتهم.

وفى بيان أثر تصرفات الشريك الوكيل فى حق ورثة من توفى من الشركاء، فإنه تطبق القاعدة العامة المشار إليها فى المادة 1/828 مدنى والتى تقضى بأن ما يستقر عليه

رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان طبقا للمادة 829 مدنى مصرى.

أى أنه فى حالة موت أحد الشركاء على الشيوخ أو بعضهم، فإن ما يقوم به الوكيل الشائع من أعمال إدارة تسرى فى حق ورثة المتوفى، طالما كان هو ومن أوكله من باقى الشركاء الأحياء تتوافر بهم الأغلبية التى يستلزمها القانون، بحسب ما إذا كان العمل الذى قام به الوكيل من أعمال الإدارة العادية أو غير العادية. أما إذا كانت لا تتوافر بهم الأغلبية المطلوبة، فإن ما يتخذه الوكيل من أعمال إدارة لا يسرى فى حق ورثة المتوفى إلا إذا أقروه (1).

وفى حالة موت الوكيل الذى يملك على الشيوخ، فإنه لما كانت شخصيته محل اعتبار لدى باقى الشركاء، وإلا ما كانوا وكلوه فى إدارة المال الشائع، فإن الوكالة تنقضى ولا تستمر فى حق ورثته ولا يحلون محله فى الوكالة، لأن الثقة التى كان يوليها باقى الشركاء فيه ليس شرطا أن تتوافر بالنسبة لورثته. ونفس الأمر إذا فقد الشريك الوكيل أهليته أو أفلس أو أشهر إعساره (2).

(1) وفى حالة الوكالة الضمنية التى أشار إليها نص المادة 828/3 مدنى مصرى، فإنه إذا توفى أحد الشركاء، فإن نصيبه يؤول إلى ورثته يحلون محله فى الشيوخ، وبالتالي فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم.

(2) فى نفس المعنى: د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 34 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 176 . 177. وقارب: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 334.

3 . وكالة الدائن لإدارة مال للمدين واستيفاء دين له أو للغير من غلته

تعتبر الوكالة الصادرة لإدارة مال مملوك للموكل ليستوفى الوكيل أو الغير ديناً له في ذمة الموكل من غلة هذا المال، من الوكالات التي تحقق مصلحة مشتركة للموكل والوكيل على السواء⁽¹⁾. فالوكيل أو الغير له مصلحة محققة لأنه سيستوفى دينه من غلة المال الذي يديره الوكيل نيابة عن الموكل والموكل له مصلحة مادية مؤكدة لأن ذلك سيؤدى إلى إبراء ذمته من الدين الذى للوكيل أو للغير فى ذمته⁽²⁾.

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى لهذه الحالة حيث قالت " على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيذان : (أ) (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، كما إذا كان أحد منهما دائماً للموكل ورخص له فى استيفاء حقه مما يقع فى يد الوكيل من مال الموكل، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضاء من كانت الوكالة فى صالحه، الوكيل أو الأجنبى "⁽³⁾.

(1) انظر فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 332، ص 556، هامش رقم 3؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 366، بند 177؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 182. 183؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 107 وص 111؛ نقض مدنى فى 22 فبراير 1951م، مجموعة أحكام النقض، س 2، رقم 68، ص 358.

(2) انظر فى نفس المعنى: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 109.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 235.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " متى كان الحكم قد حصل تحصيلاً سائغاً من المستندات أن اتفاقاً تم بين الطاعن والمطعون عليه على أن يضع هذا الأخير اليد على الأظيان التى رهنها له الطاعن رهناً تأمينياً وأن يحصل ريعها خصماً من دينه. وقرر أنه سواء أكان الغرض

ففى هذا النوع من الوكالة لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة دون رضا الوكيل أو الغير حتى لا تقوت مصلحته من الوكالة. وإذا ما عزل الوكيل وقع عزله باطلا ويظل وكيلا وتنفيذ تصرفاته فى حق الموكل. ولا تنقضى الوكالة إلا بتمام الوكيل للعمل القانونى محلها. وإذا مات الموكل، فإن الوكالة لا تنقضى وتظل باقية فى حق ورثته فى حدود التركة ولا يكون لهم حق إنهاؤها وعزل الوكيل بإرادتهم المنفردة دون رضا الوكيل أو الغير، وذلك حتى ينتهى الوكيل من القيام بالمهمة موضوع الوكالة.

4 . وكالة الدائن للتصرف فى مال للمدين واستيفاء دين له أو للغير من ثمنه

ومن الوكالات الصادرة للمصلحة المشتركة للموكل والوكيل، الوكالة الصادرة من المدين لدائنه للتصرف بالبيع فى مال مملوك له واستيفاء دين له أو للغير منه. فهذه الوكالة لا

من هذا الاتفاق هو إنشاء رهن حيازى لاحق للرهن التأمينى (الرسمى) أو عقد وكالة لإدارة الأيطان واستيفاء الدين من غلتها، فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن عن أن ينهى، بإبذار منه، العلاقة القائمة بينهما، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى التكييف يكون على غير أساس".

نقض مدنى فى 22 يناير 1953م، مجموعة أحكام النقض، س 4 ، رقم 55، ص 375.

كما قضى بأن: " التوكيل المعطى من مدين مستحق فى وقف لدائنه ليدير شؤون الوقف ويأخذ دينه من غلته لا يمكن فسخه إلا برضاء الوكيل ".

استئناف وطنى فى 24 نوفمبر 1914م، المجموعة الرسمية، س 36 ، ص 58، رقم 33 ؛ استئناف وطنى فى 24 مايو 1915م، الشرائع، س 2، رقم 329 ، ص 305 ، مشار إلى هذين الحكمين فى مؤلف الدكتور / السنهورى، الوسيط، ج 7 ، ص 556، هامش رقم 3 ، وكذلك فى مؤلف الدكتور / محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 323، هامش رقم 5.

يجوز للموكل إنهاؤها إلا برضاء الوكيل أو الغير،الذى له مصلحة فى الوكالة ولا تنتهى بالموت⁽¹⁾.

وقد قضى بعدم جواز عزل الوكيل لكونه له مصلحة فى الوكالة،والذى هو فى نفس الوقت دائن للموكل،وذلك إذا كانت الوكالة تنصب على تصرفات قانونية سيتقاضى دينه منها،كما لو كان محل الوكالة بيع عقار مملوك للموكل المدين واستيفاء الوكيل من ثمنه ديناً له فى ذمة الموكل⁽²⁾. كما قضى بأنه إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين فى ذمته للغير من هذا الثمن، فإن وكالته تكون فى صالح الغير وهو الدائن⁽³⁾.

كما يكون للغير مصلحة فى الوكالة إذا صدرت من مقترض بهدف تخصيص مبلغ القرض للوفاء بحقوق الدائنين المرتهنين وحلول المقرض محلهم. فهنا توجد مصلحة للغير وهو المقرض لأنه يضمن استيفاء حقه من الموكل (المقترض) ومن خلال

⁽¹⁾ Voir : Sallé de la Marnière, Mandat irrévocable, art. préc., no. 13, p. 269.

() انظر فى ذلك:²

Bordeaux, 27 juil. 1885, D. P. 1886, 2, p. 263 ; Com. 14 nov. 1956, Bull. Com. 1956, 3, no. 288 ; Krajcsk, thèse préc., p. 64 et 66 et s ; Le Tourneau, L'évolution du mandat, D. 1992, Chron. P. 157 et s ; Le Tourneau, Contrat intuitus personae, préc., no. 18.

⁽³⁾ Voir : Cass. civ. 6 janv. 1873, D. P. 1873, 1, p. 116.

ونقض 1963/3/21م،مجموعة أحكام النقض،س 14،ص 335،رقم 52.

الضمان العيني (حق الرهن) ⁽¹⁾. وقضى أيضا بعدم قابلية الوكالة للعزل حينما يكون محلها إدارة وبيع أموال مملوكة على الشيوع بهدف سداد حقوق الدائنين والصادرة من الورثة لأحدهم للقيام بالبيع وسداد الديون مع تقديم حساب لباقي الورثة ⁽²⁾. وقضى كذلك بعدم جواز إنهاء الوكالة المعطاة للغير لبيع عقار لمصلحة الدائنين ⁽³⁾.

والوكالة قد يكون للوكيل وللغير مصلحة فيها مع الموكل، ومن أمثلة ذلك أن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفى الوكيل من ثمنه دينا له في ذمة الموكل وأن يوفى دينا آخر في ذمة الموكل للغير ⁽⁴⁾.

ولعله من أشهر الوكالات الصادرة من المدين لدائنه للتصرف في مال له واستيفاء دينه من ثمنه، الوكالة التي تستخدم في مجال تأمين القروض، لاسيما في المعاملات البنكية، حيث يقوم البنك بإبرام عقد وكالة ببعض ممتلكاته ضمانا لسداد القرض، فيكون من حق الوكيل (البنك الدائن) بيعها لنفسه أو للغير ويستوفى دينه من

⁽¹⁾ Voir : Alexandre, op. cit., no. 2, p. 9 ; C. A. d'Amiens, 28 janv. 1892, D. P. 1893, 3, p. 158.

ود/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 111؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 194.

⁽²⁾ Voir : Giverdon, thèse, préc. p. 143 ; Civ. 18 févr. 1945, J. C. P. 1964, 3084.

⁽³⁾ Orléans, 31 juil. 1883, D. P. 1885, 2, p. 20.

⁽⁴⁾ راجع: د/ السنهوري، الوسيط، ج 7، ص 556، بند 333؛ د/ محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، الوكالة في التصرفات القانونية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع بالمنصورة، 2014م، ص 388. 389؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 516، بند 325.

ثمنها عندما يتأخر أو يتوقف المدين (الموكل) عن السداد. ومن هذه الوكالات كذلك الوكالات التي تصدر في مجال البيع بالتقسيط، ضمانا لسداد باقى الثمن، إذ يشترط البائع على المشتري إبرام وكالة تخوله حق بيع الشيء المبيع أو شيئا غيره مما يملكه الموكل (المشتري) كسيارة أو عقار أيا كانت طبيعته ويستوفى دينه من ثمنه⁽¹⁾. وقد جرى العمل فى مصر على اعتبار هذه الوكالة من الوكالات غير القابلة للعزل، حيث ينص فى موضوعها على حق الوكيل (الدائن) فى البيع لنفسه أو للغير والتوقيع على عقد البيع النهائى، فيمتنع على الموكل إلغاؤها إلا برضاء الوكيل ويمتنع على الموثق توثيق الإقرار بالغاؤها أو التصديق على توقيعه بإلغاء هذه الوكالة⁽²⁾.

وهذه الوكالات تعطى للدائن سلطة بيع المال المملوك للمدين موضوع تلك الوكالة فى حالة عدم سداد المدين (الموكل) للدين عند حلول أجله واستيفاء دينه من ثمن هذا المال، وإذا زاد الثمن عن مقدار دينه رد الزيادة إلى الموكل وإن قل الثمن عن مقدار دينه فله أن يرجع على المدين، الموكل، بالباقي من دينه. وهذه الوكالات يمتنع على

(1) راجع: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 337 . 338.

(2) راجع: المنشور الفنى رقم 10 بتاريخ 19/11/2001م الصادر من الإدارة العامة للبحوث القانونية التابعة لمصلحة الشهر العقارى والتوثيق والذي جاء فيه : " إلحاقا بالمنشور الفنى رقم 7 بتاريخ 20/12/1992م بشأن الامتناع عن إلغاء التوكيلات الصادرة من العملاء للبنوك، التي تتيح للبنوك بموجبها رهن أو بيع محلات تجارية أو عقارات أو منقولات أو غير ذلك نيابة عن العملاء ضمانا أو وفاء للمدبونيّات المستحقة عليهم لصالح البنوك والتي ينص فيها على عدم جواز إنهاؤها أو تقييدها إلا بموافقة كتابية من البنك على ذلك بموجب محرر موثق أو مصدق على توقيع الموكل أو الوكيل عليه".

المدين (الموكل) فيها إلغاؤها بإرادته المنفردة وتنصرف آثار البيع الذى يجريه الدائن الوكيل إلى ذمة الموكل المدين.

وفى الغالب يلجأ الدائن الوكيل إلى بيع المال موضوع الوكالة الصادرة له من المدين لنفسه أو للغير بالثمن الذى يراه دون أدنى مراعاة لمصلحة الموكل (المدين) ودون الرجوع إليه بشأنه، إذ فى الغالب الأعم من الحالات لا يتم تحديد الثمن الذى سيتم به البيع فى عقد الوكالة، مما كان يلحق أبلغ الضرر بالمدين (الموكل).

ولعل ذلك كان هو السبب الذى دفع محكمة النقض المصرية أن تقضى، فى حكم حديث لها، ببطلان البيع الذى يجريه الدائن (الوكيل) بموجب هذه التوكيلات لعدم ذكر الثمن فى عقد الوكالة⁽¹⁾.

(1) راجع: الطعن رقم 7201 لسنة 78 ق، جلسة 2017/3/9م .

وتخلص وقائع الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم فى أن الطاعنة (المدينة) أصدرت للبنك الدائن توكيلا رسميا ضمانا للوفاء بما قد تسفر عنه التسهيلات الائتمانية الممنوحة لها من البنك المذكور من مديونية، وأنها قد فوجئت ببيع البنك الشقة المملوكة لها لنفسه بموجب هذا التوكيل وقام بتسجيل عقد البيع، وقد تم هذا البيع فى غيبتها بثمن بخس لم يتفق عليه صراحة أو ضمنا ودون أن تكون متعثرة فى السداد، مما حدا بها إلى إقامة دعوى أمام محكمة الجيزة الابتدائية طالبة الحكم لها أصليا ببطلان عقد البيع المسجل الذى أبرمه البنك بموجب التوكيل الصادر منها له ومحوه وشطبه واحتياطيا بعدم نفاذ البيع فى حقها وفى تلك الأثناء أقام البنك ضد المذكورة دعوى أمام محكمة الجيزة الابتدائية أيضا بطلب الحكم بإلزامها بتسليم الشقة المباعة وبغرامة تهديدية مقدارها مائتا جنيه عن كل يوم تأخير فى التسليم وضمت محكمة الجيزة الابتدائية الدعويين ليصدر فيهما حكم واحد وقضت فى موضوعهما برفض دعوى الطاعنة (المدين . الموكل) وحكمت للبنك بطلانته فى الدعوى المقامة منه، استأنفت الطاعنة الحكم المذكور أمام محكمة استئناف القاهرة التى قضت بجلسة

2008/3/10م برفضه، فطعننت في هذا الحكم بطريق النقض وأسست طعننها، فضلا عن أسباب أخرى، على سند من أن حكم محكمة الاستئناف قد شابه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال لأنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بأن الوكالة التي أبرمتها لصالح البنك هي في حقيقتها ضمنا لفائها بمديونيتها تجاهه وليست ترخيصا له بالبيع إلا أنه قام بموجب هذه الوكالة ببيع شقة النزاع لنفسه بموجب عقد مسجل قبل استقرار المديونية بينهما وبثمن بخس لم يتفق عليه صراحة أو ضمنا بما يبطل هذا العقد لانعدام ركن الثمن بعدم تحديده إلا أن محكمة الموضوع لم تواجه هذا الدفاع أو تعنى بتحقيقه بما يقتضيه من البحث والتمحيص وقضت برفض دعواها والقضاء للبنك بطلباته، مما يعيب حكمها.

وقد قضت محكمة النقض بجلسة 2017/3/9م بنقض الحكم المطعون فيه وقالت في حيثيات حكمها ردا على هذا النعي: "وحيث أن هذا النعي في محله، ذلك أن مفاد نصوص المواد 418 ، 423 ، 424 من القانون المدني . وعلى ما أورده مذكرة المشروع التمهيدي . أنه إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على تحديد الثمن أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلا لفقده ركنا أساسيا من أركانه . لما كان ذلك، وكان من المقرر . في قضاء هذه المحكمة . أن على قاضي الموضوع التثبت من توافر ركن الثمن في عقد البيع وأن يورد ما يجريه من هذا التثبت في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهدا على أنه لم يغفل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه . لما كان ذلك وكان الثابت من واقع الدعوى أن ركن الثمن في البيع موضوع التداعي كان مثار منازعة من الطاعنة على النحو الوارد بوجه النعي، لعدم الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا، فإن الحكم المطعون فيه إذ أورد في مدوناته في معرض الرد على هذه المنازعة مجرد القول بأن الثابت من الاطلاع على التوكيل العام رقم توثيق الأهرام النموذجي، سند الدعوى، الصادر من الطاعنة إلى البنك الذي يمثله المطعون ضده الأول بصفته أنه تضمن النص في البند الثالث منه على أحقية الأخير في البيع لنفسه وللغير وقبض الثمن لنفسه ... وأن الطاعنة لم تشترط في هذا التوكيل ثمنا معينا أو سبق موافقتها على البيع أو عدم إتمامه إلا إذا ثبتت مديونيتها للبنك، وهو ما لا يواجه دفاع الطاعنة السالف بيانه ولا يصلح ردا عليه، وإذ رتب الحكم على ذلك قضائه بتأييد الحكم المستأنف برفض دعواها ببطلان ذلك البيع على سند من أن تصرف البنك المطعون ضده الأول . كوكيل . ببيع الشقة المملوكة للطاعنة لنفسه، كان في حدود هذه الوكالة وأن العقد قد تم صحيحا، فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل بما يوجب نقضه ."

5 . الوكالة الساترة للبيع

انتشرت في الآونة الأخيرة، في مجال البيوع العقارية والبيوع الخاصة بالسيارات، ظاهرة الوكالة التي تخفى بيعاً أو التي تستر بيعاً، حيث يكون الموكل، في حقيقة الأمر، بائعاً اشترى منه الوكيل المال (عقاراً أو سيارة) الذي وكله، صورياً، في أن يبيعه لنفسه أو للغير. وهذه الوكالة يطلق عليها اسم " الوكالة الساترة للبيع " (1).

فبدلاً من أن يحرر الطرفان عقد البيع الذي يكون محله عقاراً أو سيارة، يقوم البائع بمنح المشتري توكيلاً، دون الإشارة إلى البيع، مع تخويل الوكيل حق البيع لنفسه أو للغير مع قبض الثمن والقيام بكل ما يلزم من إجراءات التسجيل ونقل الملكية (2).

(1) راجع حول هذه الوكالة بالتفصيل: د/ عصام سليم، الوكالة الساترة للبيع، المرجع السابق.

(2) راجع حول الأسباب الحقيقية وراء تغشى وانتشار ظاهرة الوكالة الساترة للبيع أو التي تخفى بيعاً في مجال البيوع العقارية والبيوع الخاصة بالسيارات: د/ عصام سليم، الوكالة الساترة للبيع، ص 10 . 11، وص 38 وما بعدها؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 282 وما بعدها؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 219 . 220. وانظر كذلك: د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 160. وانظر في القضاء الكويتي في ظل نصوص مماثلة لنصوص القانون المدني المصري: تمييز كويتي، الطعن 8 لسنة 1983م تجاري، جلسة 1983/12/7م؛ الطعن 11 لسنة 1983م تجاري، جلسة 1983/12/7م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من 1979/10/1م حتى 1985/12/21م، القسم الأول، المجلد الثاني، يناير 1994م، ص 802 وما بعدها.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "..... إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل في حدود الوكالة يقع العقد للموكل وتتصرف آثاره إليه. ومن ثم فإنه . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . في حالة توالى التوكيلات المأذون في كل منها للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل هو فيه، تتصرف آثار العقد الذي يبرمه آخر الوكلاء إلى الموكل الأصلي، إذ يعد الوكيل الأخير وكيلاً لهذا

والبيع الحقيقي الذى يخفيه عقد الوكالة الصورى فى مثل هذه الأحوال، ليس باطلا لمجرد ستره بعقد الوكالة، لأن الصورية، فى حد ذاتها، ليست سببا لبطلان العقد الحقيقي الذى أراده الطرفان⁽¹⁾، بل يكون العقد الحقيقي، وهو البيع صحيحا مشروعا متوافرا على قوته الملزمة بين طرفيه ما لم يقضى القانون بغير ذلك⁽²⁾.

وفى حالات الوكالة الساترة للبيع أو التى تخفى بيعا، يتضح بجلاء أن للوكيل مصلحة ظاهرة وواضحة فيها، فهو المستفيد الأول منها، كما أن للموكل مصلحته فى تلك الوكالة لأن ذمته ستبرأ من الالتزامات التى يرتبها عقد البيع فى ذمته ولعل أهمها التزامه بنقل ملكية الشئ المبيع (العقار أو السيارة) ، أى أن الوكالة الساترة للبيع هى وكالة للمصلحة المشتركة للموكل والوكيل⁽³⁾.

الموكل الأصلي". انظر: تمييز كويتى، الطعن 330 لسنة 1989م تجارى، جلسة 1991/12/2م، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من 1996/1/1م حتى 1991/12/31م، القسم الثانى، المجلد الثالث، يونيو 1996م، ص 1044. وفى نفس المعنى: تمييز كويتى، الطعن 211 لسنة 1986م، جلسة 1987/12/6م، نفس المجموعة، ص 1044.

(¹) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج 3، ص 643 . 646.

(²) راجع: د/ عصام سليم، الوكالة الساترة للبيع، ص 35 وما بعدها، بند 32 وما بعده.

(³) انظر عكس ذلك: د/ عصام سليم، الوكالة الساترة للبيع، ص 56، بند 62 وص 58، بند 65 والذى يرى أن هذه الوكالة تكون صادرة لمصلحة الوكيل وحده.

وأیضا: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 109، والذى يرى أن الوكالة الساترة للبيع هى الوكالة الوحيدة التى يكون للوكيل فقط مصلحة خالصة فيها دون الموكل.

وفى هذا النوع من الوكالة، والحال أنها صادرة للمصلحة المشتركة للموكل والوكيل معاً، لا يجوز للموكل إنهاؤها أو تقييدها بإرادته المنفردة، وإنما يلزم رضاء الوكيل الذى له مصلحة فى الوكالة نزولاً على حكم الفقرة الثانية من المادة 715 مدنى. وإذا قام الموكل بعزل الوكيل أو تقييده وكالته دون رضاء الوكيل، فإن هذا العزل لا يكون صحيحاً ولا ينعزل الوكيل بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه إلى الموكل⁽¹⁾.

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه: "يدل نص المادة 2/715 من القانون المدنى على أن إنهاء الوكالة فى حالة ما إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو أجنبى لا يتم بالإرادة المنفردة للموكل بل لابد أن يشاركه فى ذلك من صدرت لصالحه الوكالة وهو الوكيل فى الحالة الأولى أو الأجنبى الذى صدرت لصالحه فى الحالة الثانية. فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت لصالحه الوكالة، فإن تصرفه لا يكون صحيحاً ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل، وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل. والنص فى عقد الوكالة محل النزاع الصادر من المطعون ضدها الأولى (الموكلة) إلى الطاعن الأول (الوكيل) على حق الأخير فى بيع شقة النزاع لنفسه أو للغير وأنه لا يجوز إلغاء الوكالة إلا بحضور الوكيل شخصياً، يدل على أن الوكالة موضوع الدعوى صادرة لصالح الوكيل فلا يجوز إلغاؤها إلا بموافقة على ذلك. ولما كانت عبارات الإقرار المؤرخ 1994/6/20م لا يستفاد منها موافقة الوكيل على ذلك لخلوها حتى من مجرد الإشارة إليها واستمرار حيازتها لشقة النزاع بعد ذلك حتى بيعها للطاعنة الثانية فى 1996/4/24م، فإن الحكم إذ استدلت منه على حق الموكل فى إلغاء الوكالة، فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال". نقض 2001/5/3م، الطعن 2218 لسنة 70 ق، مشار إليه فى مؤلف الدكتور/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 555، هامش رقم 2، ومنشور أيضاً فى مجلة المحاماة، العدد الثالث، 2002م، ص 63 .

وإذا مات الموكل، فإن الوكالة تظل قائمة ومستمرة، ويلزم بها ورثته في حدود التركة دون أن يكون لهم حق إنهاؤها بإرادتهم المنفردة⁽¹⁾. وقد قضى بأنه لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كانت قد صدرت لمصلحة الوكيل⁽²⁾.

والوكالة الساترة للبيع تدور وجودا وعدما مع البيع الذي تم بين الموكل (البائع) والوكيل (المشتري)، فهي تابعة له ولا تنفك عنه، فإذا زال البيع لأى سبب، فإنه يحق للموكل أن يلجأ إلى القضاء طالبا إنهاء الوكالة.

وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها بأنه: " لما كان ذلك وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلب الحكم بإلغاء التوكيل الخاص رقم

(¹) انظر عكس ذلك: د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 238، هامش رقم 626؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 121 ، حيث يذهب إلى أنه إذا كانت الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل لا تنتهى بموت الموكل، فإنه يجوز لورثته، كما يجوز للوكيل، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة طبقاً لأحكام المادتين 2/715 و 2/716 مدنى، بزعم أن استمرارها بعد وفاة الموكل يخالف حقيقة عنصر الاعتبار الشخصى فى عقد الوكالة. ومن جانبنا فإننا نتفق معهما فيما ذهبنا إليه من أن للوكيل = إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، إلا أننا نختلفهما فيما ذهبنا إليه من أن لورثة الموكل إنهاء الوكالة بإرادتهم المنفردة، ونرى ذلك غير صحيح، ذلك أنه إذا أجاز لورثة الموكل إنهاء الوكالة بعد موت مورثهم قبل أن يتم الوكيل التصرف القانونى موضوع الوكالة، فإنه سيترتب على ذلك أن تقوت على الوكيل مصلحته المقصودة من إبرام الوكالة. فضلا عن أن الورثة لا يكون لهم أكثر مما كان لمورثهم، فهم يحلون محله فى عقد الوكالة، فإذا كان مورثهم يمتنع عليه، حال حياته، إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، فإنهم أيضا يمتنع عليهم إنهاؤها. وبالتالي لا يجوز لهم قانونا إنهاء الوكالة بإرادتهم المنفردة دون رضاء الوكيل أو ورثته فى حالة موته.

(²) انظر: استئناف مختلط فى 28 ديسمبر 1933م، المجموعة الرسمية، ص 46، ص 105؛ المحاماة، ص 15، رقم 142، ص 306.

لسنة 1999م فارسكور الصادر منه للمطعون ضده الأول والذي يخوله فى بيع الأرض المملوكة له والمبينة بهذا التوكيل لنفسه أو للغير واتخاذ ما يلزم لإتمام البيع وقد بادر الوكيل "المطعون ضده" بسداد مقدم الثمن وتهد بسداد الباقي فى أجل معلوم وحرر إقرار بذلك بيد أنه أخل بالتزامه فوجه إليه إنذارا بفسخ ذلك العقد وقد أقر المطعون ضده الأول بمذكرته المقدمة أمام محكمة أول درجة بجلسة 2000/8/26م بعدم تمام البيع وأن الطاعن لم يرد إليه مقدم الثمن، فإنه يبين بجلاء أن إرادة الطرفين الحقيقية قد اتجهت لإبرام تلك الوكالة بقصد إتمام البيع، ومن ثم فإن ذلك التوكيل لا يعد عقدا مستقلا بين الطرفين عن ذلك البيع، بل تابعا له ويدور فى فلكه وجودا وعدما. ومن ثم يضحى التكييف الصحيح للطلبات المطروحة فى الدعوى أنها بطلب فسخ تلك الوكالة لعدم إبرام البيع لعدم سداد باقى الثمن مما يجيز له طلب إنهاء تلك الوكالة بطلب فسخها لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ووقف عند ظاهر عبارات تلك الوكالة وقضى برفض الدعوى بمقولة عدم جواز إلغاء تلك الوكالة إلا باتفاق الطرفين، فإنه يكون قد أخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى ولم يلتفت لدلالة ما أورده المطعون ضده بمذكرة دفاعه وأثره على الطلبات المطروحة فى الدعوى مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه⁽¹⁾.

(1) الطعن رقم 4999 لسنة 71 ق، جلسة 2014/6/9م.

الفصل الثانى

مدى انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة

تمهيد وتقسيم

يتميز عقد الوكالة بأنه من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى وأن هذا الاعتبار لا ينفك عنها. غير أن الاعتبار الشخصى ليس بذات القدر فى كل الوكالات. ففى بعض الوكالات يكون هذا العنصر طاغيا مهيمنا على أحكام وآثار الوكالة وهو ما يتحقق فى الوكالات العادية التى تصدر لمصلحة الموكل ولا يشاركه فى تلك المصلحة الوكيل أو الغير والتى يجوز فيها للموكل إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة فى أى وقت. أما فى الوكالات الصادرة للمصلحة المشتركة التى يكون للوكيل أو للغير مصلحة فيها، فإن عنصر الاعتبار الشخصى وإن كان موجودا وقائما إلا أنه يتضاءل دوره ويفقد هيمنته على أحكام وآثار الوكالة وذلك لصالح عنصر المصلحة حيث تطفى مصلحة الوكيل أو الغير على مصلحة الموكل.

فتوافر المصلحة المشتركة فى الوكالة، ينم عن تراجع عنصر الاعتبار الشخصى، ومن شأن ذلك أن يجعل الوكالة ذات طابع موضوعى وبالتالي يكون مبررا تقييد سلطة الموكل فى عزل وكيله وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة.

فالقاعدة أنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بإرادته المنفردة دون رضا من له مصلحة فى الوكالة. وإذا قام الموكل بإنهاء الوكالة وعزل الوكيل لم

يقع هذا الإنهاء صحيحا وتظل الوكالة باقية وينصرف أثر تصرفات الوكيل في ذمة الموكل، أى أن الوكالة للمصلحة المشتركة هي وكالة لازمة.

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى وجود تلازم بين لزوم الوكالة واستمرارها في حق ورثة الموكل بعد موته ؟ بمعنى أنه إذا كانت الوكالة لازمة، فهل تبقى بعد موت الموكل وتستمر في حق ورثته من بعده في حدود تركته ؟ أم أن الأمر على خلاف ذلك ؟

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعرض في المبحث الأول لمدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة، ثم نتبع ذلك ببيان مدى انتهاء هذه الوكالة بالموت في المبحث الثانى، وذلك على النحو التالى

المبحث الأول:مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة.

المبحث الثانى:مدى انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالموت.

المبحث الأول

مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة

تمهيد وتقسيم

ذكرنا أن توافر المصلحة المشتركة في الوكالة، ينم عن تراجع عنصر الاعتبار الشخصي، ومن شأن ذلك أن يجعل الوكالة ذات طابع موضوعي وبالتالي يكون مبررا تقييد سلطة الموكل في عزل وكيله وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة.

فالقاعدة أنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بإرادته المنفردة دون رضا من له مصلحة في الوكالة. وإذا قام الموكل بإنهاء الوكالة وعزل الوكيل لم يقع هذا الإنهاء صحيحا وتظل الوكالة باقية وينصرف أثر تصرفات الوكيل في ذمة الموكل، أي أن الوكالة للمصلحة المشتركة هي وكالة لازمة.

ويختلف الحكم، حول مسألة مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة، في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي. كما يثور التساؤل حول ما إذا كان يجوز للموكل أن يتصرف في الحق محل الوكالة ذات المصلحة المشتركة أم أن وجود تلك المصلحة يجرمه من استعمال ذلك الحق.

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نعرض في المطلب الأول لمدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة في القانون المصري ثم نتبع

ذلك ببيان مدى جواز إنهاؤها بالإرادة المنفردة فى القانون الفرنسى فى المطلب الثانى .
وفى المطلب الثالث نعرض لمدى حق الموكل فى التصرف فى الحق محل
الوكالة، وذلك كله على النحو التالى

المطلب الأول:مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة فى القانون
المصرى .

المطلب الثانى:مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة فى القانون
الفرنسى .

المطلب الثالث:مدى حق الموكل فى التصرف فى الحق محل الوكالة .

المطلب الأول

مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة فى القانون

المصرى

الأصل أنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة الصادرة للمصلحة المشتركة، بإرادته المنفردة، قبل أن ينتهى الوكيل من العمل القانونى موضوعه. ومع ذلك يمكن انتهاء هذه الوكالة، طبقاً للقواعد العامة. وهو ما نعرض له على النحو التالى:

الأصل: عدم قابلية الوكالة للمصلحة المشتركة للإلغاء بالإرادة المنفردة

يترتب على كون الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة، سواء للموكل والوكيل، أو للموكل والغير، أنها تكون لازمة، أى غير قابلة للإلغاء بالإرادة المنفردة للموكل، وإنما يتعين رضاء من صدرت الوكالة لصالحه، أى رضاء من له مصلحة فى الوكالة، الوكيل أو الغير أو الاثنين معاً.

فبعد أن كرس المشرع المصرى، فى المادة 1/715 مدنى، قاعدة حرية الموكل فى إنهاء الوكالة وعزل الوكيل بإرادته المنفردة فى أى وقت، حتى لو كان متعسفاً فى ذلك، نص فى الفقرة الثانية من تلك المادة على حرمان الموكل من الحق فى عزل الوكيل وإنهاء الوكالة أو تقييدها إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى (الغير) واستلزم فى هذه الحالة، لإنهاء الوكالة، ضرورة رضاء من صدرت الوكالة لصالحه. حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 715 مدنى على أنه: "غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة

لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه " (1).

وقد أجمع الفقه المصري، استناداً إلى نص المادة 2/715 مدنى على أنه إذا قام الموكل بعزل الوكيل أو تقييد وكالته فى الوكالة الصادرة لمصلحته أو لمصلحة الغير ودون رضا الوكيل أو الغير، فإن هذا العزل لا يكون صحيحاً ولا ينعزل الوكيل، بل تبقى وكالته قائمة، بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه إلى الموكل (2).

(1) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى ما نصه : " على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد الوكالة قيذان : (1) (2) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، كما إذا كان أحد منهما دائناً ورخص له فى استيفاء حقه مما يقع فى يد الوكيل من مال الموكل، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضا من كانت الوكالة فى صالحه، الوكيل أو الأجنبي " . راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج 5 ، ص 235.

وقد تضمنت معظم التشريعات المدنية العربية نصاً مطابقاً لنص المادة 2/715 مدنى مصرى أو على الأقل متفقة معه فى الحكم . انظر على سبيل المثال : المادة 2/717 مدنى كويتى، والمادة 1/681 مدنى سورى، والمادة 2/715 مدنى لىبى، والمادة 931/ أولا من قانون الالتزامات والعقود المغربى والمادة 810 من قانون الموجبات والعقود اللبناى .

(2) انظر على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 555 . 556 ، بند 332 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 332 . 334، بند 233 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 516، بند 325 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها ؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 238؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 182 . 183 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 417 . 418؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 366، بند 177؛ د/ خالد أحمد شبكة، التوكيل بالخصومة، ص 375 ؛ د/ أحمد هندى، الوكالة بالخصومة، ص 115 . 116، بند 29 ؛

وقد سار القضاء أيضا في ذات الاتجاه، حيث قضت محكمة النقض بأنه؛ " يدل نص المادة 2/715 من القانون المدنى على أن إنهاء الوكالة فى حالة ما إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو أجنبى لا يتم بالإرادة المنفردة للموكل، بل لابد أن يشاركه فى ذلك من صدرت لصالحه الوكالة وهو الوكيل فى الحالة الأولى أو الأجنبى الذى صدرت لصالحه فى الحالة الثانية. فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه، فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل"⁽¹⁾.

د/ محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 388. 389 ؛د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 153 وما بعدها ؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 184 وما بعدها.

(¹) قضاء مستقر: على سبيل المثال : الطعن 3707 لسنة 90 ق، جلسة 2020/11/16م؛ الطعن 12189 لسنة 88 ق، جلسة 2020/6/21م؛ الطعن 7150 لسنة 89 ق، جلسة 2020/1/13م؛ الطعن 10355 لسنة 88 ق، جلسة 2019/10/24م؛ الطعن 4480 لسنة 84 ق، جلسة 2018/8/31م؛ الطعن 14117 لسنة 83 ق، جلسة 2015/4/19م، سابق الإشارة إليها . وأيضا : نقض مدنى فى 2001/5/3 ن الطعن 2218 لسنة 70 ق ؛ نقض مدنى 27 مارس 1941م، مجموعة عمر، ج 3، رقم 109، ص 337 ؛ نقض 22 فبراير 1951م، نفس المجموعة، ص 2، ص 358، رقم 68؛ نقض مدنى 22 يناير 1953م، مجموعة أحكام النقض، س 4، رقم 55، ص 375. وكذلك : استئناف مختلط 7 يونيو 1906م، نفس المجموعة، س 18، ص 320 ؛ استئناف مختلط 13 مارس 1913م، نفس المجموعة، س 25، ص 233 ؛ استئناف مختلط 28 مايو 1930م، نفس المجموعة، س 42، ص 537؛ استئناف مختلط 9 يناير 1935م، نفس المجموعة، س 16، رقم 33، ص 57؛ مصر الوطنية 19 يناير 1924م، المحاماة، س 5، رقم 373. وانظر أيضا: نقض مدنى فى 2008/1/1م، الطعن رقم 3715 لسنة 76 ق .

ويشترط، لكي يتمتع إنهاء الموكل للوكالة الصادرة للمصلحة المشتركة بإرادته المنفردة واستمرارها في حق الورثة بعد الوفاة، أن تكون هذه الوكالة خاصة محدد فيها نوع التصرف القانوني المعهود إلى الوكيل القيام به ومحدد فيها أيضا المال موضوع ذلك التصرف القانوني تحديدا دقيقا نافيا للجهالة⁽¹⁾. ويتعين أيضا أن تكون عبارة التوكيل صريحة في نوع التصرف والمحل الذي يرد عليه. ويجب أيضا التحقق من تعلق الوكالة بحق مستقل للوكيل أو الغير⁽²⁾ وأن تتحدد ماهية هذا الحق. فيجب على الوكيل أو الغير الذي يتمسك بحق له متعلق بالوكالة أن يبين وجه هذا الحق⁽³⁾ ويمكن القاضي

والذي جاء فيه: " مفاد نص المادة 2/715 من القانون المدني . وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة . أن إنهاء الوكالة في حالة ما إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو أجنبي لا يتم بالإرادة المنفردة للموكل، بل لا بد أن يشاركه في ذلك من صدرت لصالحه الوكالة وهو الوكيل في الحالة الأولى أو الأجنبي الذي صدرت لصالحه في الحالة الثانية. فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه، فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل".

⁽¹⁾ وعلى ذلك فإننا نرى أن الوكالة العامة حتى لو كانت صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير يجوز للموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة نظرا لما تتسم به من خطورة على مصالح الموكل.

وراجع : المنشور الفنى رقم 4 بتاريخ 2021/2/1م الصادر من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق، والمشار إليه نفا في ص ، هامش رقم 4 من هذا البحث. والذي أجازت مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بموجبه إلغاء الوكالة المتضمنة البيع لنفس أو الغير بالإرادة المنفردة ما دامت غير واردة على مال معين من أموال الموكل ولم تتضمن شرطا بعدم جواز إلغائها أو باستمرارها بعد وفاة الموكل أو فقده لأهليته".

⁽²⁾ كأن تنص الوكالة على " حق الوكيل فى البيع لنفسه أو للغير " أو " إقرار الموكل بفيض ككامل الثمن " أو " تحصيل الدين المستحق للموكل وقبضه لنفسه".

⁽³⁾ راجع:د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 372 .

من استخلاصه، لأن تعلق الوكالة بحق مستقل للوكيل أو للغير أمر لا يفترض بل يجب إقامة الدليل عليه. فالأصل أو الوكالة أبرمت لمصلحة الموكل فقط والاستثناء هو الاشتراك في تلك المصلحة. ويتعين أخيراً ألا يتعارض حق الوكيل أو الغير المتعلق بالوكالة مع مصلحة الموكل وإلا غلبت مصلحة الموكل⁽¹⁾.

وإذا كان يتمتع على الموكل إنهاء الوكالة ذات المصلحة المشتركة بإرادته المنفردة، إلا أنه يجوز أن تنتهي تلك الوكالة باتفاق مشترك بين الطرفين، الموكل ومن صدرت الوكالة لصالحه، الوكيل أو الغير، لأن ما تنشأ إرادتين يمكن أيضاً أن تنتهيه، عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي كرسه المشرع المصري في المادة 147 مدنى، والمشرع الفرنسى في المادة 1134 مدنى.

ويجب أن يكون الرضاء بالعزل قد صدر عن الوكيل أو الغير وهو بكامل أهليته وأن يتم التعبير عنه بإرادة حرة مدركة وواعية وخالية من العيوب التي قد تبطلها، وفقاً للقواعد العامة. وإذا تم إنهاء الوكالة بالاتفاق المشترك للطرفين، على هذا النحو، فلا يستحق الوكيل المعزول تعويضاً من الموكل⁽²⁾.

(1) انظر في نفس المعنى: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 147، هامش رقم 4 وص 285 هامش رقم 1؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 156؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 373.

(2) راجع: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 240.

وواضح مما تقدم أن توافر مصلحة للوكيل أو للغير فى الوكالة من شأنه أن يضعف أثر الاعتبار الشخصى الذى تقوم عليه، ويصبغها بالطابع الموضوعى. ومن ثم يكون مبررا حرمان الموكل من حقه فى عزل الوكيل وإنهاء الوكالة بإرادته المنفردة دون رضا من له مصلحة فى الوكالة. بمعنى أن لزوم الوكالة يرجع سببه إلى توافر المصلحة المشتركة فى الوكالة وما أدت إليه من إضعاف تأثير أو تراجع الاعتبار الشخصى⁽¹⁾.

الاستثناء: جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة طبقا للقواعد العامة

يثور التساؤل حول مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة قبل أن يتم الوكيل العمل موضوعها، أم إنها ستظل باقية حتى يتم الانتهاء من ذلك العمل؟

يتضح من نص المادة 2/715 مدنى أن حرمان الموكل من إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فيها هو حرمان مطلق، بمعنى أنه لا يوجد حالات استثنائية خاصة بعقد الوكالة، يجوز فيها للموكل إنهاء العقد بإرادته المنفردة، رغم توافر المصلحة المشتركة فى الوكالة. فإذا قام الموكل بإنهاء الوكالة، فإن إنهاؤه لا يقع ولا يرتب أى أثر.

(1) قارن: د/ عصام الدفراوى، الرسالة، ص 363. حيث يقول: " أن علة لزوم الوكالة هو تراجع الاعتبار الشخصى وليس المصلحة المشتركة، فهذه المصلحة لا تتعدى كونها سببا فى تراجع ذلك المعيار ".

ورغم ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع الموكل من إنهاء الوكالة المدنية ذات المصلحة المشتركة، طبقاً للقواعد العامة، ونعتقد أن الفقه المصري يتفق على ذلك⁽¹⁾، لأنه حينما تحدث عن أسباب انتهاء الوكالة طبقاً للقواعد العامة لم يفرق بين كونها وكالة عادية صادرة لمصلحة الموكل وحده أو وكالة ذات مصلحة مشتركة، أى يشارك الموكل فى المصلحة، الوكيل أو الغير.

وعلى ذلك يجوز إنهاء الوكالة ذات المصلحة المشتركة، بغير عزل الوكيل، للأسباب الآتية:

1 . فسخ الوكالة: فيجوز للموكل أن يطلب فسخ الوكالة إذا أخل الوكيل بالتزاماته، وفقاً للقواعد العامة، وذلك فى الأحوال التى لا يجوز له فيها عزل الوكيل، أى إذا كانت الوكالة فيها مصلحة للوكيل أو للغير⁽²⁾.

(1) راجع على سبيل المثال: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 540 وما بعدها، بند 325 . 329 وص 553، هامش 5 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 318 وما بعدها، بند 229 وما بعده ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 497 وما بعدها، بند 315 وما بعده ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 194 . 197 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 427 وما بعدها.

(2) وقد ذهبت محكمة النقض السورية فى ظل نصوص مشابهة لنصوص القانون المدنى المصرى إلى جواز فسخ عقد الوكالة غير القابلة للإنهاء لسبب يبرر الفسخ وفق القواعد العامة ". انظر نقض مدنى سورى فى 13/6/1983م، محامون / 1984م، ع 1، ص 18. أشار إليه الدكتور/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 194 فى الهامش.

2 . انقضاء الأجل المحدد فى عقد الوكالة أو بتمام العمل محل الوكالة : ولعله من نافلة القول أن نذكر أن الوكالة ذات المصلحة المشتركة تنقضى بانقضاء الأجل المحدد فى عقد الوكالة. والمفروض هنا أن تكون الوكالة فى أعمال مستمرة، كالتوكيل فى الإدارة ويحدد المتعاقدان أجلا تنتهى بانقضائه الوكالة، مثل ذلك أن يوكل شخص شخصا آخر فى إدارة مزرعته أو مصنعه أو متجره لمدة سنة ويستوفى دينه من الإيراد. فمقياس الوكالة هنا لا بالأعمال التى تتم بل بالمدة المحددة التى تنقضى فى تنفيذ هذه الأعمال، وتكون الوكالة فى هذه الحالة عقدا زمنيا ومن ثم تنتهى بانتهاء الأجل المحدد لها.

وفى خلال الأجل المحدد للوكالة يفترض أن الوكيل قد قام بتنفيذ الوكالة وبالتالي تحققت مصلحته من الوكالة. فإذا لم يكن قد فعل فلا يلومن إلا نفسه، وقد ضيع على نفسه فرصة استغلال الأجل المحدد لتحقيق مصلحته. أما إذا كان العمل محل الوكالة قد تم فإن مصلحة الوكيل تكون قد تحققت بالتأكيد، وبالتالي تنتهى الوكالة التى كانت غير قابلة للإنهاء بعد أن تحقق هدفها. وإذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الغير وكانت محددة بأجل، ولم يقم الوكيل بتنفيذها خلال هذا الأجل، فإن الوكالة تنتهى، ويكون الوكيل بذلك مسئولا تجاه الغير بسبب تفويت فرصة تحقيق مصلحة الغير والاستفادة من الوكالة خلال الأجل المحدد⁽¹⁾.

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 195، هامش رقم 1.

كما تنتهى الوكالة ذات المصلحة المشتركة،بداهة،بإتمام الوكيل للعمل الذى وكل فيه،كما لو وكل الموكل الوكيل فى قبض دين له فى ذمة الغير واستيفاء دينه منه،فقبضه.

3 . استحالة تنفيذ الوكالة: تنص المادة 373 من القانون المدنى على أنه: " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه " وهذا النص يسرى على الوكالة،كما يسرى على غيرها من العقود.

وعلى ذلك فإن الوكالة للمصلحة المشتركة تنتهى إذا استحال على الوكيل القيام بالعمل الموكل فيه،سواء كانت الاستحالة مادية،كما لو وكل شخص شخصا آخر فى بيع منزل واستيفاء دينه منه أو الوفاء بدين من ثمنه للغير واحترق المنزل بعد التوكيل،أو كانت الاستحالة قانونية،كما إذا وكل شخص شخصا آخر فى إدارة أموال له واستيفاء دينه من الربح الذى تدره،ثم وضعت هذه الأموال تحت الحراسة القضائية يتولى إدارتها حارس قضائى بدلا من الوكيل،أو نزعت ملكية هذه الأموال للمنفعة العامة. ففى هذه الأحوال يستحيل على الوكيل القيام بالعمل الموكل فيه،ومن ثم تنتهى الوكالة باستحالة التنفيذ.⁽¹⁾

(¹) انظر:د/ السنهورى، ج 7،ص 327،بند 542؛ د/ محمد كامل مرسى، السابق،ص 331،بند 244 ؛ د/ مصطفى حجازى، السابق،ص 195 ؛ د/ مصطفى عدوى،المرجع السابق،ص 174.

وفى هذه الحالة يظل حق الوكيل أو الغير المستقل تجاه الموكل باقيا رغم انقضاء الوكالة ويقع على أموال الموكل بما فى ذلك مبلغ التعويض المستحق للموكل⁽¹⁾.

4 . تتحى الوكيل عن الوكالة:أجاز المشرع فى المادة 1/716 مدنى للوكيل أن ينزل عن الوكالة فى أى وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. ولم يقيد المشرع هذا التنازل فى حالة الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو الغير.

وعلى ذلك يجوز أن تنقضى الوكالة المدنية الصادرة لمصلحة الوكيل بتتحى هذا الأخير عن الوكالة فى أى وقت قبل إتمام العمل الموكل إليه فتنتهى الوكالة بتتحى الوكيل⁽²⁾، إذ هو الذى يقدر مصلحته. وفى هذه الحالة يشترط ألا يترتب على هذا التتحى إضرار بمصلحة الموكل وإلا التزم بتعويضه عما يصيبه من أضرار. كما يلتزم بأن يصل بأعمال الوكالة التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف تطبيقا لأحكام

(1) د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 195.

(2) راجع حول حق الوكيل فى التتحى عن الوكالة: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7 ، ص 557 وما بعدها، بند 333 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها، بند 243 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 517 وما بعدها، بند 326 وما بعده؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 184 . 187؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 421 . 422.

Et : Bénabent, op. cit., no. 959, p. 464 ; Antonmattei et Raynard, op. cit, no. 488, p. 356 ; Huet, op. cit. no. 31272, p. 1193 et 1194 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., no. 635, p. 525 et s ; Mainguy, op. cit., no. 590, p. 586 et 587 ; Antonmattei et Raynard, op. cit, no. 491, p. 358 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 560, p. 344 et 345 ; Gautier (P – Y.) obs. Sous Com. 14 mars 1995, R. T. D. Civ. 1996, p. 195, no. 5.

المادة 717 مدنى. كما أنه إذا كانت الوكالة بأجر وتتحى الوكيل بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب، فإنه يكون متعسفا ويكون مسئولا عن تعويض الموكل عما يلحق به من أضرار .

بل ويجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة الصادرة لصالح الغير ⁽¹⁾ إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الغير بهذا التنازل وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه على نحو ما تقضى المادة 2/716 مدنى. وإذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف أحدها، فإن الوكالة تنتهى بتتحى الوكيل ولكنه يكون ملزما بتعويض هذا الغير، إذ لا يمكن إجبار الوكيل على الاستمرار فى الوكالة لأن فى ذلك مساسا بحريته الشخصية، فضلا عن أن ذلك قد يشكل خطرا على مصالح الغير صاحب المصلحة فى الوكالة ⁽²⁾.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد أننا نرى، فى حالة الوكالة ذات المصلحة المشتركة، أنه يجوز للموكل اللجوء إلى القضاء طالبا عزل الوكيل فى حالة وجود مبرر مشروع للعزل يقره القضاء خاصة وأنه له مصلحة فى الوكالة هو الآخر، وذلك كما فى حالة الإساءة لسمعة الوكيل أو عجزه عن القيام بالعمل محل الوكالة. وفى هذه الأحوال يكون

⁽¹⁾ كأن يكون الوكيل معهودا إليه بوفاء دين لأجنبى فى ذمة الموكل عن المال الذى يقع فى يده لهذا الأخير .

⁽²⁾ راجع فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 557 وما بعدها، بند 333 ؛ د/ محيى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 239 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 196؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 186.

لقضاء سلطة تقديرية فى هذا الصدد،فله أن يرفض إنهاء الوكالة إذا ثبت انتفاء المبرر المشروع للإنتهاء .

أما إذا تحقق لديه توافر المبرر أو السبب المشروع لإنهاء الوكالة،فإنه يقضى بإنهائها .
كما له أن يقرر الحق فى التعويض للوكيل إذا رأى ما يدعو لذلك .

المطلب الثانى

مدى جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالإرادة المنفردة فى القانون

الفرنسى

جواز إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة

لا يوجد نص فى القانون الفرنسى مماثل لنص المادة 2/715 مدنى مصرى الذى يمنع الموكل من إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة إلا برضاء من صدرت الوكالة لصالحه، الوكيل أو الغير. ومن أجل ذلك استقر الفقه⁽¹⁾ والقضاء⁽²⁾ الفرنسين على أنه إذا كان

(¹) انظر فى الفقه على سبيل المثال:

Mazeaud et Juglart, op. cit. no. 1420, p. 874 ; Demogue, art. préc., p. 271 ; Maguin, Le mandate exclusif, art. préc., no. 16 et 17 p. 268 et 269 ; Alexandre, Fin du mandate, préc., no. 14 et s ; Le Tourneau, Mandat, préc. no. 362, p. 34 ; Barbieri, op. cit., p. 395 ; Huet, op. cit., p. 1072 et s ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 557, p. 340 – 342 ; Malaurie et Aynés, op. cit., no. 557 p. 294 et 295 ; Bénabent, op. cit., no. 680 et 681, p. 408 et 409 ; Antomnattei et Raynard, op. cit., p. 356 et s, no. 489 – 490 ; Sallé de la Marnière, art. préc. p. 241 et s ; Stoufflet, Le mandat irrevocable, préc. p. 480 – 482 ; Giverdon, thèse préc. p. 144 – 146 ; Leloup, Agent commercial, préc., no. 3 et s ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 532 et s.

(²) قضاء مستقر: انظر على سبيل المثال:

للكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة، أى كانت الوكالة ذات مصلحة مشتركة، فإنه لا يجوز للموكل إنهاؤها بإرادته المنفردة وإنما يجوز إنهاؤها بالرضاء المشترك للطرفين أو إذا وجد سبب مشروع يقره القضاء أو وفقا للبنود والشروط الخاصة الواردة فى عقد الوكالة.

ويستفاد مما سبق أن الموكل لا يمكنه عزل الكيل بإرادته المنفردة قبل انتهاء مدة الوكالة أو إتمام التصرف محلها، إلا فى الأحوال الاستثنائية وهى الرضاء المشترك

Civ. 13 mai 1885, D. 1885, P. 350 ; Civ. 11 févr. 1891, S. 1891, 1, P. 121 ; Civ. 10 nov. 1959, Bull. Civ., III, no. 384 ; Civ. 11 mai 1971, Bull. Civ., 1, no. 154 ; Civ. 13 mars 1974, D. 1974, Inf. Rap. P. 156 ; Civ. 10 févr. 1975, Bull. Civ., 4, no. 39 ; Com. 7 juil. 1983, Bull. Civ., 4, no. 209 ; Civ. 10 oct. 1984, J. C. P. 1984, 4, 346 ; Com. 7 juil, 1989, Bull. Civ. 1989, 1, no. 229 ; Civ. 3 mars 1993, D. S. 1994, Juris, p. 48, note Thérèse ; Com. 6 juil. 1993, J. C. P. 1993, 4, 2310 ; Com. 14 mars 1995, Bull. Civ., 4, 83 ; Civ. 3 juin 1997, Bull. Civ., IV, no. 172 ; Com. 29 févr. 2000, J. C. P. éd. G. 2000, 4, no. 1689 ; Com. 3 juil. 2001, J. C. P. 2001, 1, 134, obs. Virassamy ; Civ. 1re, 20 oct. 2001, J. C. P. ed. G. 2001, II, 10094, note Dagorne – Labbé ; J. C. P. ed. E. 2002, P. 293, note E. Treppoz ; R. T. D. Civ. 2002, p. 110, obs. Y. Gautier ; C. A. Versailles. 19 mars, 1998, Gaz. Pal. 1999, Juris. no. 725, p. 307 .

للطرفين، ووجود سبب مشروع للعزل يقره القضاء، أو وفقا للبنود والشروط الخاصة الواردة في عقد الوكالة⁽¹⁾.

ولما كانت حالة إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة برضاء الطرفين المشترك أمر مستقر عليه ولا يثير أدنى خلاف في الفقه أو القضاء، فإننا سنبحث فقط الحالتين الأخيرتين وهما إنهاء الوكالة لوجود سبب مشروع يقره القضاء، ووفقا للبنود والشروط الخاصة الواردة في عقد الوكالة على النحو التالي

1 . وجود سبب مشروع للعزل يقره القضاء

يجوز للموكل أن يعزل الوكيل من الوكالة ذات المصلحة المشتركة إذا استند في ذلك إلى سبب مشروع Une cause légitime يقره القضاء. ويعتبر من قبيل السبب المشروع الذي أقره الفقه والقضاء " خطأ الوكيل عند تنفيذ الوكالة " ⁽²⁾.

(1) قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم رائد لها صدر عام 1885م بأن: " الوكالة الصادرة لمصلحة الموكلين والوكيل لا يمكن إنهاؤها بإرادة أحدهم، ولا حتى بأغليبيتهم، وإنما فقط برضاء جميع الموكلين أو بسبب مشروع يقره القضاء أو وفقا للبنود والشروط الموضحة في العقد. فحينما يمنح الملاك على الشيوخ لواحد منهم إدارة أموالهم الشائعة فلا يمكن عزل الوكيل بقرار يتم التصويت عليه من أغلبية الشركاء. فمثل هذا الإجراء لا يكون صحيحا.

V. Civ. 13 mai 1885, D. 1885, P. 350 ; Civ. 11 févr. 1891, S. 1891, 1, P.

121

(2) انظر على سبيل المثال:

Alexandre, art. préc., no. 14 et s ; Le Tourneau, Mandat, préc. no. 363, p. 34 ; Ghestin, op. cit., no. 249, p. 271 ; Mazeaud et Juglart, op. cit. no.

وينتقد البعض من الفقه الفرنسي⁽¹⁾ ما ذهب إليه الفقه والقضاء بشأن اعتبار الأمر يتعلق بالعزل في حالة توافر خطأ الوكيل، حيث يرى، بحق، أن الأمر يتعلق بالفسخ القضائي لعقد الوكالة وليس بالعزل⁽²⁾.

ولا يشترط في خطأ الوكيل الذي يعد سببا مشروعاً للعزل أن يكون جسيماً. فمجرد الخطأ البسيط يكفي لتوافر السبب المشروع للعزل⁽³⁾. ومن صور خطأ الوكيل أن

1420, p. 874 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 557, p. 340 ; Huet, op. cit., no. 31279, p. 1199 ; Civ. 11 mai 1971, Bull. Civ. 1971, 1, no. 154 ; Com. 7 juil, 1989, Bull. Civ. 1989, 1, no. 229 ; Civ. 23 mai 1979, Bull. Civ. 1979, 1, no. 153 ; Civ. 27 avril 1988, D. 1988, P. 350, note Alias. ; Civ., 1re, 17 mars 1987, Bull. Civ., I, no. 94 ; R. T. D. Com., 1988, p. 291, note B. Bouloc ; Gaz. Pal. 1987, II, Pano. P. 155.

وانظر كذلك: د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها؛ د/ سامي الدريعي، البحث السابق، ص 213.

وقد قضى بأن: "الوكالة التي يمنحها ممثل سينمائي لوكالة دعاية وإعلان ولمدة محددة لا يمكن للممثل إنهاؤها بإرادته المنفردة، بحجة أنه قد أصبح مشهوراً، وهو ما لم ينشده من عقد الوكالة، طالما أنه لم يقدّم الدليل على نسبة خطأ الوكيل في تنفيذ الوكالة".

Voir : Trib. Civ. Seine, 4 juin 1954, J. C. P. 1956, 4, 123 .

(¹) Sallé de la Marnière, art. préc. p. 279, no. 18.

(²) وقد أيد ذلك البعض من الفقه المصري . انظر: د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 238.

(³) Voir : Le Tourneau, Mandat, préc. no. 363, p. 34 ; Huet, op. cit., p. 1077, no. 53.

وقارن:

يخالف تعليمات الموكل الصريحة والواضحة بشأن التصرف محل الوكالة أو أن يهمل أو يقصر فى تنفيذ الوكالة ورعاية مصالح الموكل المتعلقة بها مما يترتب عليه الإضرار بهذه المصالح أو أن يهمل إهمالاً جسيماً فى تنفيذ الوكالة بحيث يفوت فرصة رابحة لبيع المال محل الوكالة والذي كان مكلفاً به.

وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن استخلاص خطأ الوكيل الذى يبرر عزله من قبل الموكل من خلال الاجتذاب غير الكافى للعملاء والناشئ عن إهمال وتقصير من الوكيل وعدم إبلاغ الموكل بالأعداد المتناقصة للعملاء الذين تم اجتذابهم من قبله إذا ما قورن ببقية زملائه من الوكلاء (1).

ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات خطأ الوكيل المبرر للعزل (2). وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة فى هذا الشأن. وفى الغالب تميل المحاكم إلى القضاء

Ghestin, Le mandat d'interet commun, préc., no. 3 ; Traité de droit civil , op. cit., no. 249, p. 271.

حث يرى أنه يشترط فى خطأ الوكيل الذى يعد سبباً مشروعاً للعزل أن يكون جسيماً. وراجع: د/ مصطفى أحمد حجازى، المرجع السابق، ص 238؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 213.

(1) Com. 6 janv. 1975, Bull. Civ. 4, no. 1.

(2) Mazeaud et Juglart, op. cit. no. 1421, p. 875 ; Malaurie et Aynés, op. cit., no. 557, p. 311 ; Alias, note sous cass. Civ. 27 avril 1988, D. 1988, P. 350 ; Perrot, Le mandat irrévocable, art. préc. no. 11, p. 445 ; Alexandre, Fin du mandat, art. préc. no. 48, p. 12 ; Dagonne – Labbé, note

بانتفاء خطأ الوكيل وأن العزل ليس له ما يبرره، وتقضى المحاكم بالتعويض لصالح الوكيل عن عزله من الوكالة⁽¹⁾.

2 . العزل وفقا للبنود والشروط الواردة فى عقد الوكالة

ذهب الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل وينهى الوكالة ذات المصلحة المشتركة وفقا للبنود والشروط الواضحة الواردة فى عقد الوكالة. كأن يتضمن العقد بندا أو شرطا يتيح لكل من الموكل والوكيل إنهاء عقد الوكالة غير محدد المدة بعد إخطار الطرف الآخر خلال مهلة معينة أو بدون إخطار وبدون تعويض فى الحالتين⁽²⁾. ويجب أن يكون هذا البند صريحا وواضحا⁽³⁾.

sous civ. 5 fevr. 2002, D. 2002, Juris. P. 2640 ; Civ. 17 mars 1987, Gaz. Pal. 1987, 2, Pano. P. 155.

⁽¹⁾ Voir : Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 54, p. 13 ; Paris 23 janv. 1981, J. C. P. 1981, 4, 391 ; Aix – en – Provence, 2 mai 1975 et Paris, 6 nov. 1975, D. 1976, P. 344, note Hémard.

⁽²⁾ Voir : Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 51, p. 12 ; Le Tourneau, Mandat, préc. no. 365, p. 34 ; Com. 17 févr. 1958, J. C. P. 1958, 2, p. 1070, note Boccara ; Com. 30 oct. 1961, R. T. D. Com. 1962, p. 729, obs. Hémard.

⁽³⁾ Voir : Bénabent, op. cit., no. 683 p. 410 ; Com. 11 déc. 1973, Bull. Com. 4, no. 358 ; Com. 10 oct. 1984, Bull. Com. 4, no. 260 ;

ويجب على الموكل أن يحترم البنود والشروط الواردة في العقد. ومع ذلك يستطيع الوكيل أن يطالب بالتعويض إذا أثبت الصفة التعسفية للعزل رغم احترام الموكل للبنود والشروط الموضحة في العقد⁽¹⁾.

ويرفض القضاء الفرنسي طلب التعويض إذا تأكد من احترام الموكل لبنود وشروط العقد بسبب عدم استطاعة الوكيل إثبات تعسف الموكل في استعمال حقه في عزل الوكيل⁽²⁾.

وقد قضى تطبقا لذلك بنقض الحكم الذي ذهب إلى إلزام الموكل بتعويض الوكيل بحجة أن الموكل لم يثبت أى سبب مشروع يبرر العزل، رغم أن الموكل قد استخدم حقه وفقا للبنود والشروط الواضحة والمحددة في العقد والتي تجيز له إنهاء العقد بإرادته المنفردة في أى وقت مع مراعاة مدة الأخطار المحددة بدون تعويض، طالما أن الوكيل لم يثبت تعسف الموكل في استعمال حقه في الإنهاء⁽³⁾.

وإذا وجد بند في عقد الوكالة يحدد التعويض المستحق للطرف الآخر عند إنهاء أحد الطرفين للعقد بإرادته المنفردة، فإنه يجوز للقاضي أن يخفض أو يزيد من قيمة التعويض باعتباره شرطا جزائيا تم الاتفاق عليه. وذلك إذا اتضح له أن مبلغ التعويض زهيدا أو

(1) Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 52, p. 13.

(2) Voir par ex.: Com. 30 oct. 1961, R. T.D. Com. 1962, p. 729, obs. Hémard

(3) Voir : Com. 19 juil. 1965, Bull. Civ. 3, no. 456.

مبالغاً فيه وفقاً لما نصت عليه المادة 1152 من القانون المدني⁽¹⁾. وفي حدود الضرر الذي أصابه⁽²⁾، بل ويجوز للقاضي الإعفاء من التعويض في حالة عدم توافر الضرر⁽³⁾.

تعويض الوكيل عن العزل غير المشروع

إذا عزل الموكل الوكيل دون أن يستند ذلك العزل على سبب مشروع، فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر، ما لم يكن هناك اتفاق على عدم تعويض الوكيل ويقدر التعويض بقدر الضرر. ولما كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة غير القابلة للعزل فإنه يفترض أن العزل قد سبب ضرراً للوكيل أو للغير، أي أن ركن الضرر مفترض، وعلى الموكل إثبات العكس ويجب أيضاً أن تتوافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر⁽⁴⁾.

(1) تجدر الإشارة أن المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالشرط الجزائي، قبل تعديلها بالقانونين الصادرين في 9 يوليو 1975م و 11 أكتوبر 1985م كانت لا تجيز للقاضي أن يزيد من مبلغ التعويض المتفق عليه في العقد.

(2) فلا يجوز أن يقل التعويض عن مقدار الضرر.

Voir : Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 65 et 66, p. 16 ; Civ. 29 juil. 1978, D. 1979, Inf. Rap. p. 151, obs. Landraud ; Com. 3 févr. 1982, R. T. D. Civ. 1982, p. 603, obs. Chabas .

(3) Civ. 5 févr. 1997, D. Inf. Rap. p. 71

(4) Voir : Bénabent, op. cit., no. 962 – 965, p. 466 – 468. Huet, op. cit., no. 31277, p. 1197 ; Mainguy, op. cit., no. 589, p. 586.

ويرى الفقه والقضاء⁽¹⁾ أن التعويض يتم على أساس المسؤولية العقدية وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أنه أخل بالتزامه بعدم عزل الوكيل وهو التزم بتحقيق نتيجة وأنه لا يعفى الموكل من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن هناك سبباً مشروعاً للعزل.

وبالنسبة لتقدير التعويض، فإنه يقدر في ضوء القواعد العامة في المسؤولية العقدية، بحيث يغطي كل الضرر الذي لحق الوكيل وليس فقط الضرر المادي ولكن أيضاً الضرر المعنوي⁽²⁾، كأن يكون العزل قد أضر بسمعة الوكيل⁽³⁾.

(¹) Aubert, note, sous civ. 16 juin 1970, D. 1971, P. 261 ; Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit. p. no. 635 ; Dagorne – Lbbé, note préc. ; Bénabent, op. cit., no. 963, p. 466 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 556, p. 340 ; Malaureie, Aynés, op. cit., no. 556, p. 294 ; Civ., 1re, 23 mai 1979, Bull. Civ., I, no. 153 ; Civ., 1re, 5 févr. 2002, Bull. Civ., I, no. 40 ; D. 2002, Juris. P. 2640, note Dagorn – Labbé ; J. C. P. éd. G. 2003, II, no. 10029, note D. Martin ; Paris, 28 janv. 1961, D. 1961, Juris. P. 334.

ود/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 215 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 254.

(²) Paris, 25 mai 1981, Juris – Data, no. 020263 ; Paris, 23 mars 1981, Juris – Data, no. 022855 . Et voir : Alexandre, op. cit., no. 65, p. 15 ; Bénabent, op. cit., no. 963, p. 466.

(³) وقد يحدد الطرفان مبلغ التعويض المستحق للوكيل في حالة عزله وذلك عن طريق بند في العقد. في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض أو يزيد في قيمة التعويض باعتباره شرطاً جزائياً تم الاتفاق عليه، إذا اتضح أن مبلغ التعويض زهيدا أو مبالغا فيه وفقا لما نصت عليه المادة 1152 مدنى وفى

وفى مجال التعويض المستحق للوكيل التجارى كان هناك عرفا مهنيا يحدد التعويض بعمولة السنتين الأخيرتين عند انتهاء العقد من جانب الموكل واكتسب هذا العرف شهرة وأصبحت له قوة ملزمة لدرجة أن بعض الأحكام اعتبرته القاعدة الواجبة الإتباع فى تقدير التعويض المستحق للوكيل⁽¹⁾ لاتفاقها مع العدالة. وقد أيد بعض الفقهاء هذه القاعدة⁽²⁾.

حدود الضرر الذى أصاب الوكيل بل ويجوز للقاضى ألا يقضى بأى تعويض فى حالة عدم توافر الضرر.

Voir : Alexandre, op. cit., no. 65 et 66, p. 16 ; Cass. Civ. 24 juil. 1978, D. 1979, Inf. Rap. P. 151, obs. Landraud ; Com. 3 févr. 1982, R. T. D. Civ. 1982, p. 603, obs. Chabas ; Civ. 5 févr. 1997, D. 1997, Inf. Rap . P. 71 .

ومع ذلك قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث لها بأن بند التعويض الاتفاقى عن الإنهاء الانفرادى لعقد الوكالة ليس سوى مجرد مقابل لاستخدام رخصة الإنهاء الانفرادى وليس له صفة البند أو الشرط الجزائى.

Com. 6 mars 2001, D. 2001, Som. P. 3243, obs. Delebecque.

(¹) Req. 29 oct. 1930, D. H. 1930, P. 554.

(²) Alexandre, op. cit., no. 65, p. 15 ; Leloup, op. cit. no. 85, p. 14 ; Houin et Pedamon, Droit commercial, 9é éd., Paris, Dalloz, 1990, no. 633 .

وانظر فى القضاء المؤيد لهذا العرف على سبيل المثال:

Com. 26 févr. 1958, Gaz. Pal. 1958, 1, p. 348 ; Com. 14 oct. 1974, Bull. Civ. 1974, 4, no. 244 ; C. A. Riom, 8 oct. 1976, J. C. P. éd. G. 1978, 2, 18941, note Hanine ; Com. 9 oct. 1990, Bull. Civ. 1990, 4, no. 232.

وتأخذ المحاكم فى اعتبارها العمولات التى كان الوكيل يستحقها وليس فقط التى قبضها⁽¹⁾، ودون تفرقة بحسب طبيعة الأجور. ويشمل التعويض أجرة المخازن التى تم فيها تخزين المنتجات الخاصة بالموكل⁽²⁾، والمصروفات التى أنفقتها لإدارة نشاطه. ويراعى فى ذلك أيضا التعويض عن فقد العملاء الذين ساهم الوكيل فى جلبهم⁽³⁾. وفيما عدا ذلك لا يؤخذ فى الاعتبار الظروف اللاحقة على العزل لأن العبرة بالضرر الذى لحق بالوكيل لحظة إنهاء العقد.

وحق الوكيل فى التعويض فى حالة إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك بأن يتفق الطرفان فى عقد الوكالة على عدم استحقاق الوكيل لثمة تعويض فى حالة إنهاء الموكل للوكالة بإرادته المنفردة⁽⁴⁾.

ونظرا لعدم كفاية التعويض الذى يحكم به للوكيل التجارى فى حالة تعسف الموكل فى عزله وعدم تناسب التعويض الذى كانت المحاكم تحكم به مع الخسارة التى تصيب الوكيل المعزول من جراء عزله، فقد عمل المشرع الفرنسى على توفير الحماية الكافية

(¹) Com. 14 oct. 1974, D. 1974, Som. P. 141.

(²) Leloup, op. cit. no. 87, p. 14 ; Com. 1 dec. 1981, Bull. Civ. 1981, 4, no. 418.

(³) Leloup, op. cit. no. 87, p. 14 . Et la même sens : Alexandre, op. cit., no. 65, p. 15 ; Com. 28 juin 1971, Bull. Civ. 1971, 4, no. 180.

(⁴) Voir ; Bénabent, op. cit., no. 965, p. 467 ; Com. 11 déc. 1973, Bull. Civ., IV, no. 358 ; Com. 10 oct. 1984, Bull. Civ., IV, no. 260.

للكيل اللىلرل بآلصالر علة لشرلعلل فى هله الصءل كان أولهلل قائلون 18 لؤللو 1937م ثم للا ذلك المرسلون الصالر فى 23 ءلسلبر 1958م وألرلر آلل المرلر الفرنسل بلمللة فعالة لللكل الللرل وذلك بقائلون 25 لؤللو 1991م⁽¹⁾.

ولشرلر لاسلقللة الللكل الللرل من الللمللة السابللة أن لكون عقل الوكاللة مسلوفللا للشرول الوارءة بقائلون 25 لؤللو 1991م وإلا فالله لا لسلقلل إلا من القوالء اللل أقرهل الفقله والقضاء لمللمللة الللكل الللرل فى حالة عزلله من الوكاللة ءال المصلللة المشلرلة⁽²⁾.

(¹) انظر باللقصلل فى الأحكام اللل آلل بها قائلون 1991م :

Leloup, La loi du 25 juin 1991 relative aux sport entre les agents commerciaux et leur mandants ou le triomphe de l'interet commun, J. C. P. éd. E. 1992,1, P. 105.

(²) ء/ مصلفلل للالرل، المرلرل السابل، ص 268.

المطلب الثالث

مدى حق الموكل فى التصرف فى المال أو الحق محل الوكالة

تمهيد

الفرض فى الوكالة الصادرة للمصلحة المشتركة أو الوكيل أو الغير يكون له حق خاص ومستقل عن الوكالة فى ذمة الموكل. وهذا الحق قائم بذاته بصرف النظر عن الوكالة، بحيث يكون هدف الوكالة تنفيذ التزام سابق فى ذمة الموكل بناءً على علاقة قانونية سابقة أو معاصرة للوكالة، تربطه بالوكيل أو بالغير صاحب المصلحة فى الوكالة.

فى هذه الحالة يثور التساؤل، وقد تعلق حق الوكيل أو الغير بالوكالة، حول ما إذا كان يجوز للموكل، رغم صدور الوكالة منه، أن يتصرف فى المال محل الوكالة أو أن يقوم بمباشرة التصرف القانونى الذى أوكل فيه، سواء بنفسه أو عن طريق وكيل آخر يعينه لذلك؟ أم أنه يكون محروماً من ذلك؟

وبعبارة أخرى، هل الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير تعتبر قيداً على حرية الموكل فى التصرف فى المال أو الحق محل الوكالة، إلى أن يقوم الوكيل بالعمل القانونى محل الوكالة واستيفاء حقه أو الوفاء للغير بالحق الذى له فى ذمة الموكل؟ أم أنه تظل له حرية التصرف، ويبقى فقط ملزماً بعدم عزل الوكيل؟

فى سبيل البحث عن الإجابة على هذه التساؤلات تباينت أراء الفقه فى مصر وفرنسا،ويمكن أن نتبين عدة أراء فى هذا الشأن وذلك على النحو التالى

الرأى الأول : حرمان الموكل من التصرف فى المال أو الحق محل الوكالة

ذهب جانب من الفقه الفرنسى⁽¹⁾ إلى حرمان الموكل من التصرف فى الحق أو المال محل الوكالة الصادرة للمصلحة المشتركة التى يكون للوكيل أو للغير مصلحة فيها،سواء بنفسه أو عن طريق شخص آخر ينوب عنه،لأن السماح للموكل بالتصرف فى الحق أو المال محل الوكالة يعنى الإقرار بسلطة الموكل فى عزل وكيله بطريقة غير مباشرة.

فتصرف الموكل فى الحق أو المال محل الوكالة يقع باطلا،لأنه يفيد أنه عزل وكيله عزلا ضمنيا على الرغم من أن ذلك غير جائز لصدور الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح الغير . فإذا قام الموكل بعزل الوكيل صراحة أو ضمناً فهذا العزل يعد باطلا ولا يترتب عليه أى أثر قانونى وتظل الوكالة باقية حتى وإن كان ذلك مخالفاً لإرادة الموكل وتتصرف آثار التصرف الذى يقوم به الوكيل إلى ذمة الموكل ويحتج به عليه. ولا يتمتع الموكل بالتصرف فى الحق محل الوكالة إلا إذا كنا بصدد وكالات متقابلة وغير قابلة للعزل،كالوكالات الصادرة من أجل إدارة حساب مشترك. ففى مثل هذه الوكالات

(¹) Planiol et Ripert, op. cit. no 1492 , p. 938 .

وانظر عرض لذلك الرأى: د/ مصطفى حجازى،المرجع السابق،ص 223 . 224 ؛ د/ سامى الدريعى،البحث السابق،ص 205 . 208.

كل موكل من هؤلاء الموكلين يعد في الوقت ذاته وكيلاً للطرف الآخر ويكون له، من ثم، سلطة التصرف في الحساب المشترك ولكن ليس له الحق في أن يعزل وكيله.

ويبدو أن القضاء الأردني يسير في هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "الوكالة غير القابلة للعزل الصادرة لصالح الوكيل تجعل الموكل مسلوب الحق بأى تصرف يجريه على العقار موضوع الوكالة بما يجعله غير أهل للتصرف بهذا العقار، مما يتعين معه إبطال معاملة البيع الجارية لدى مدير تسجيل الأراضي بخصوص الحصص موضوع الوكالة⁽¹⁾. كما قضت بأن: "عقد الوكالة غير القابلة للعزل يقيد حق الموكل في التصرف بمحل العقد وإلا لفقد هذا النوع من الوكالات غاياته وأهدافه التي رغب المشرع حمايتها"⁽²⁾.

ويبدو أيضاً أن البعض من الفقه المصري⁽³⁾ يذهب في ذلك الاتجاه، حيث يتجه إلى أن جزاء تصرف الموكل في المال محل الوكالة في حالة الوكالة المدنية غير القابلة للعزل

(1) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1518 لسنة 2001م هيئة خماسية بتاريخ 2001/7/23م، منشورات مركز العدالة، مشار إليه في رسالة الدكتور/ أحمد خلف الأزايد، الوكالة الخاصة بالمركبات في ضوء قانون السير الأردني الجديد، إنشاؤها، مشاكل تنفيذها، انقضاؤها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011م، ص 90 و 92. أشار لذلك د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 409. هامش رقم 5.

(2) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 729 لسنة 1999م هيئة خماسية بتاريخ 1999/9/23م، منشورات مركز العدالة، مشار إليه في المرجع السابق، ص 92. أشار لذلك د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 409. هامش رقم 5.

(3) د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 189 . 190.

وفقاً للقانون المدنى المصرى لا يتمثل فى عدم نفاذ التصرف فى حق الوكيل أو الغير، صاحب المصلحة وإنما فى بطلان هذا التصرف أصلاً، لأنه يعد عزلاً ضمناً للوكيل وهو ما لا يجوز، حيث تبقى الوكالة قائمة رغم ذلك ولا يعتد بهذا العزل. وبالتالي فإن منع الموكل من سلطته فى التصرف فى الحق موضوع الوكالة لا يجد تبريره فى أن هذا الحق قد خرج من ذمة الموكل بناء على الوكالة غير القابلة للعزل وإنما يجد تبريره فى أن مثل هذا التصرف إن تم يعد عزلاً ضمناً للوكيل وهذا غير جائز.

وقد انتقد هذا الاتجاه من جانب الفقه الفرنسى على أساس أنه لا يمكن تصور موكل يظل مانحاً سلطاته إلى وكيل لم يعد محل ثقته بعد. فلا يمكن أن ينيب الشخص شخصاً آخر رغم إرادته. فهذا الاتجاه يخل بالاعتبار الشخصى والثقة الواجب توافرها فى عقد الوكالة فى كل الأوقات⁽¹⁾. فضلاً عن ذلك فإن ما يقول به هذا الاتجاه يخالف ما استقر عليه القضاء الفرنسى من أنه يكون للموكل الحق فى عزل وكيله بإرادته المنفردة، فى أى وقت، والتصرف فى ملكه شخصياً أو عن طريق وكيل آخر، حتى ولو كانت وكالته غير قابلة للعزل.

(¹) Voir : Vidal, note Dalloz, 1958, p. 543 ; Azéma (Jacques), Le durée des contrats successifs, Paris, no. 272, p. 206 ; Maguin (Nicolas), Le mandate exclusive, art. préc., no. 16, p. 268 et no. 19, p. 269 ; Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 60, p. 14.

الرأى الثانى : حق الموكل فى التصرف فى المال أو الحق محل الوكالة

وذهب اتجاه آخر فى الفقه⁽¹⁾ إلى أن الموكل فى الوكالة غير القابلة للعزل يظل متمتعاً بحقه فى التصرف فى الحق أو المال محل الوكالة. فيظل مالكا لهذا الحق وله سلطة التصرف فيه ولا يجوز حرمانه من ذلك، لأن هذا يعنى نوع من عدم أهلية التصرف مصدره الاتفاق فى حين أنه يجب أن يكون مصدره القانون ويفسر تفسيراً ضيقاً. وأنه يترتب فقط على عدم القابلية للعزل التزاماً بالامتناع عن عمل يكون جزاء الإخلال به إلزام الموكل بتعويض الوكيل.

فالمدين الذى يمنح وكالة لدائنه لبيع مال معين من أمواله مع احتفاظه بحيازته، عقار مثلاً، يكون محظوراً عليه التصرف فى هذا المال، إلا أنه لم يتنازل للوكيل عن أى حق عينى على هذا المال. فالالتزام بعدم التصرف فى المال أو الحق موضوع الوكالة يعتبر التزاماً شخصياً بعدم التصرف يكون جزاء مخالفته هو تعويض الوكيل أو الغير طبقاً للمادة 1142 مدنى فرنسى⁽²⁾.

(¹) Storck, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les acts juridiques, op. cit., no. 138, p. 103 et 104, no. 140, p. 104 ; Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 60 et 61, p. 14 ; Sallé de la Marnière, art. préc. no. 17, p. 275 – 278.

(²) Sallé de la Marnière, art. préc. no. 17, p. 276.

وانظر أيضا: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 259.

ويبدو أن القضاء الفرنسي يسير في ذلك الاتجاه، إذ ذهب إلى أن الوكالة، حتى وإن كانت غير قابلة للعزل، لا تمنح الوكيل حق ملكية المال محل الوكالة وإنما سلطة التصرف في هذا المال باسم الموكل⁽¹⁾. كما قضى بأن المالك الذي أعطى وكالة بالبيع غير قابلة للعزل لا يفقد صفته كمالك ويحتفظ بحريته في التصرف في ماله⁽²⁾.

وقد ذهب القضاء إلى صحة تصرف الموكل في الحق محل الوكالة الذي كان قد كلف الوكيل القيام به في وكالة غير قابلة للعزل، فرغم أن هذا يعد عزلاً ضمناً إلا أن هذا التصرف يكون صحيحاً⁽³⁾ ولكن يجب تعويض الوكيل. فإذا لم يصب الوكيل بثمة ضرر فلا محل لإلزام الموكل بالتعويض⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Civ. 4 mars 1980, Gaz. Pal. 13 août 1980, note Le Tourneau ; Civ. 5 févr. 2002, D. 2002, Juris., p. 2640, note Yannick Dagonne .

⁽²⁾ Civ. 16 juin 1970, D. 1971, Juris., 261, note Aubert.

⁽³⁾ وعلى ذلك فإن البيع الذي يبرمه الموكل بالمخالفة لالتزامه بعدم التصرف في المال محل الوكالة يقع صحيحاً وليس باطلاً.

Voir : Bordeaux, 13 févr. 1832, D. 1832, no. 426.

بل إنه قد قضى، على العكس، أن البيع الذي يقوم به الوكيل في تاريخ لاحق على تصرف الموكل في الحق أو المال موضوع الوكالة هو الذي يكون باطلاً.

Voir : Paris, 19 nov. 1908, Gaz. Pal. 1909, I, p. 663

⁽⁴⁾ Douai, 25 févr. 1954, D. 1954, Juris., p. 579 ; Riom, 16 mars 1954, D. 1954, Juris. P. 651 ; Civ. 5 févr. 2002, D. 2002, Juris., p. 2640, note Yannick Dagonne.

وكما يجوز للموكل القيام بالتصرف بنفسه، يجوز له أيضا أن يكلف شخصا آخر بإبرامه، مع التزامه بالتعويض في حالة حدوث ضرر للوكيل⁽¹⁾، باعتبار أن ذلك يعد عزلا ضمنيا.

وإذا لم يكن الوكيل قد أبرم التصرف محل الوكالة غير القابلة للعزل إلا بعد عزله، ثم اتضح أن هذا العزل كان غير مشروع وليس له ما يبرره، فقد ذهبت محكمة النقض إلى أنه إذا رفض الموكل تنفيذ ذلك التصرف بحجة عزل الوكيل، فإن الموكل يلتزم بدفع تعويض للوكيل المعزول⁽²⁾، وليس للوكيل الحق في الاستمرار في الوكالة⁽³⁾.

وواضح من استقراء ذلك الاتجاه أنه يتعلق بالوكالة القابلة للعزل بالاتفاق، أى التى يشترط فيها الوكيل على الموكل عدم عزله من الوكالة وهو اتفاق جائز فى القانون الفرنسى لعدم وجود نص مماثل لنص المادة 1/715 مدنى مصرى. كما أنه يتعلق بالوكالة التجارية ذات المصلحة المشتركة وهى التى يكون فيها من حق الموكل عزل الوكيل فى أى وقت طالما استند إلى سبب مشروع وإلا التزم بتعويضه عما يلحق به من أضرار على نحو ما سنرى لاحقا. أما الوكالة المدنية غير القابلة للعزل لصدورها

(¹) Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 61, p. 15 ; Civ. 3 nov. 1965, Bull. Civ. 1965, 1, no. 581.

وانظر: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 261 .

(²) Civ. 10 mai 1968, Bull. Civ. 1968, 3, no. 209.

(³) Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 63, p. 15.

لمصلحة الوكيل أو الغير، فإن هذا الاتجاه لم يتعرض لسلطة الموكل فى التصرف فى المال أو الحق موضوعها.

الرأى الثالث : خروج المال من ذمة الموكل ودخوله فى ذمة صاحب الحق

ذهب جانب من الفقه المصرى⁽¹⁾ إلى أنه يترتب على كون الوكالة غير قابلة للعزل لصدورها لمصلحة الوكيل أو الغير، حرمان الموكل من التصرف فى الحق محل الوكالة، لأن المال محل الوكالة يخرج من ذمة الموكل ويدخل فى ذمة الوكيل أو الغير. وبالتالي إذا تصرف الموكل فيه بعد ذلك، فإن تصرفه لا ينفذ فى مواجهة الوكيل أو الغير إلا إذا أجازة.

ويستطرد صاحب هذا الاتجاه قائلا " نظرا لأن الموكل لم يعد صاحب الحق محل التوكيل لدخوله فى ذمة الوكيل أو الغير، لذا فإن تصرف الموكل فى الحق محل التوكيل يكون صادرا من غير مالك، ويعتبر بالتالى باطلا بطلانا نسبيا فى علاقته مع الغير المتصرف إليه قياسا على الحكم الوارد فى المادة 466 بشأن بيع ملك الغير، ولا ينفذ هذا التصرف تجاه الوكيل أو الغير صاحب المصلحة فى التوكيل إلا بإجازته " .

وقد انتقد البعض من الفقه⁽²⁾ هذا الرأى على سند من أنه يجعل من عقد الوكالة غير القابلة للعزل عقدا مجهول الهوية وبعيدا كل البعد عن عقد الوكالة بمعناه المعروف.

(1) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 39 .

(2) د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 209 . 210. وقد أيدته فى تلك الانتقادات د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 188.

فالوكالة عقد بمقتضاه يقيم شخص شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني، وهذا يعني أن الوكيل يستمد سلطته من إرادة الموكل وأن حرمان الموكل من عزل وكيله، لا يعني، المنطق القانوني تجريده من الشيء محل الوكالة. والقول بأن الوكالة غير القابلة للعزل من شأنها أن تخرج الشيء محل الوكالة من الذمة المالية للموكل وتدخله في الذمة المالية للوكيل من شأنه أن يرتب نتائج قانونية خطيرة. فإذا وكل المدين دائنه ببيع المال محل التوكيل (عقاراً كان أو منقولاً) من أجل استيفاء الوكيل دينه، ثم تم الحجز على أموال الموكل (المدين)، فإن القول بأن هذه الوكالة من شأنها أن تخرج المال من الذمة المالية للموكل، يؤدي إلى إعطاء أولوية لهذا الدائن (الوكيل) على غيره من دائني الموكل (المدين) دون سند من القانون، مما يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة بين الدائنين الذي تفرضه قاعدة الضمان العام للدائنين. فضلاً عن ذلك فإننا إذا اعتبرنا أن الوكالة غير القابلة للعزل تنقل ملكية الشيء محل الوكالة إلى الوكيل، فهذا يعني أن هذا الشيء يدخل في الضمان العام لدائني الوكيل وهذا أمر لا يمكن التسليم به مطلقاً.

ونرى أن هذه الانتقادات في محلها، إذ ليس صحيحاً القول بأن الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير يترتب عليها خروج المال محل الوكالة من ذمة الموكل ودخوله في ذمة الوكيل أو الغير. فعقد الوكالة من العقود الواردة على العمل وليس من العقود الناقلة للملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى، وبالتالي لا ينبغي تحميلها بأكثر مما تحتمل.

وقد أضاف البعض⁽¹⁾ بأن هذا الرأى لا يتمشى مع المبادئ السائدة فى مجال بيع ملك الغير. فلكى يجيز الوكيل أو الغير صاحب المصلحة فى التوكيل، التصرف الصادر من الموكل بشأن المال محل الوكالة، يجب أن يكون هذا الوكيل أو الغير مالكا لهذا المال، وإذا تعلق الأمر بعقار، فإن الملكية لا تنتقل فى العقارات إلا بالتسجيل، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

وأنه إذا كانت الوكالة غير القابلة للعزل الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير يترتب عليها حرمان الموكل من حقه فى عزل الوكيل بإرادته المنفردة واستمرار الوكالة فى حالة عزله، بل وحتى لو مات الموكل أو أشهر إفلاسه، إلا أنه من غير المقبول القول بحرمان الموكل من حقه على المال محل التوكيل وخروج هذا المال من ذمته ودخوله فى ذمة الوكيل أو الغير صاحب المصلحة فى الوكالة. فالوكالة لا تعطى أى نوع من التأمينات للوكيل أو للغير على المال محل الوكالة حتى لا يختص أى منهما بهذا المال⁽²⁾.

رأينا الخاص : عدم نفاذ تصرف الموكل فى الحق أو المال محل الوكالة

الواقع أن مسألة مدى حق الموكل فى التصرف فى الحق أو المال محل الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير، وتأثير ذلك التصرف على حق الوكيل أو

(1) د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 188.

(2) انظر فى نفس المعنى:

Stouffel, Le mandate irrevocable, Instrument de garantie, préc., p. 484.

ود/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 189.

الغير،تعتبر من المسائل الشائكة التي يتعين الانتهاء بشأنها إلى رأى حاسم نظراً لما تثيره من مشاكل عملية جمة،لاسيما مع سكوت المشرع عن إيراد حكم قانونى صريح فى هذا الشأن.

ونرى أن نقطة البدء التي يجب أن ننطلق منها هى تحديد طبيعة الوكالة ذاتها،فهذه الأخيرة ليست من العقود التي تقع على الملكية⁽¹⁾ وإنما هى من العقود الواردة على العمل⁽²⁾،وبالتالى فإنه ليس صحيحا ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الثالث من أنه يترتب على الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير خروج المال أو الحق محل الوكالة من الذمة المالية للموكل ودخوله فى الذمة المالية للوكيل أو الغير،وأن الموكل لم يعد صاحب الحق محل الوكالة وأنه إذا تصرف فيه،فإن تصرفه يكون صادرا من غير مالك. فهذا القول فيه تحميل للوكالة بأكثر مما تحتمل⁽³⁾،وخروج بها عن طبيعتها المعروفة من كونها من العقود الواردة على العمل.

وفى الوكالة العادية،أى الصادرة لمصلحة الموكل وحده،حينما يقوم الموكل بتوكيل غيره فى مباشرة التصرف القانونى،فإنه يظل محتفظا بالمال أو الحق موضوع التصرف الذى أوكل إلى الوكيل القيام به وله سلطة التصرف فيه ولا يجوز حرمانه من مباشرة ذلك

(1) والتي نظمها المشرع المصرى فى الباب الأول من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة .

(2) حيث أورد المشرع فى القانون المدنى،القواعد الخاصة بعقد الوكالة فى الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة،فى الباب الثالث تحت عنوان " العقود الواردة على العمل " فى الفصل الثالث منه فى المواد من 699 الى 717 .

(3) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى،الرسالة السابقة،ص410.

التصرف بنفسه. فالمعنى الصحيح للوكالة أن الموكل يفوض سلطته لكنه لا ينقلها أو يتخلى عنها⁽¹⁾. وفي هذا النوع من الوكالة يكون للموكل الحق في إنهاء الوكالة وعزل الوكيل بإرادته المنفردة، سواء عزلا صريحا أو ضمنيا⁽²⁾، وهو إذا تصرف في الحق موضوع الوكالة أو باشر التصرف القانوني موضوعها بنفسه أو بوكيل آخر عنه، فإنه بذلك يكون قد مارس حقه في إنهاء الوكالة وعزل الوكيل ضمنا.

أما الوكالة ذات المصلحة المشتركة، الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير، فإنها وإن كانت لا يترتب عليها إخراج المال أو الحق محلها من ذمة الموكل وإنما يظل على ملكه وغالبية الفقه لا ينكر ذلك⁽³⁾، والقضاء الفرنسي على ذلك مستقر⁽¹⁾، إلا أن المشرع حرم

(1) Voir : Gilson – Maes, thèse préc., P. 58 ; Storck, op. cit., no. 138, p. 103 ; Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 60, p. 14.

ود/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 410 .

(2) ويكون العزل ضمنيا في حالتين: الأولى: أن يعين الموكل وكيل آخر لنفس العمل الذى فوض فيه الوكيل بحيث يتعارض التوكيل الثانى مع التوكيل الأول. فيعتبر صدور التوكيل الثانى بمثابة عزل ضمنى للوكيل الأول. وهذه الحالة أشار إليها المشرع الفرنسى فى المادة 2006 من القانون المدنى. الثانية: أن يقوم الموكل بنفسه بتنفيذ العمل محل الوكالة والذى كان قد كلف الوكيل القيام به، فيفيد ذلك بالضرورة اتجاه نيته إلى إنهاء عقد الوكالة وعزل الوكيل ضمنيا.

(3) انظر على سبيل المثال : د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 410 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 188 . 190 ؛ د/ سامى الدريعى، البحث السابق، ص 209 . 210.

وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Storck, op. cit., no. 138 et no. 140, p. 104 ; Alexandre, Fin du mandate, art. préc. no. 60 et 61, p. 14.

الموكل من إنهاء تلك الوكالة بإرادته المنفردة، سواء إنهاء أو عزلا صريحا أو عزلا ضمنيا، دون رضا من تقررت الوكالة لمصلحته، الوكيل أو الغير. وإذا مات الموكل، فإن هذه الوكالة لا تنتضى وتستمر فى حق ورثته فى حدود ما آل إليهم من تركه، ويحرمون أيضا، كما حرم مورثهم، من حق عزل الوكيل أو إنهاء وكالته دون رضائه أو رضا الغير صاحب المصلحة فى الوكالة. وإذا حدث وقام الموكل، أو ورثته، بعزل وكيله صراحة أو ضمنا لا يقع العزل صحيحا وتبقى الوكالة قائمة ولا يعزل الوكيل.

فإذا كان الموكل محروماً من إنهاء الوكالة التى يكون للوكيل أو الغير فيها مصلحة، سواء عزلا صريحا أو ضمنيا، فإن مقتضى ذلك ولازمه أنه لا يجوز له أن يتصرف فى المال أو الحق موضوع الوكالة. كما لا يجوز له مباشرة التصرف القانونى محل الوكالة سواء بنفسه أو عن طريق وكيل آخر. فإذا جاز للموكل أن يتصرف فى المال أو الحق موضوعها، أو إذا جاز له مباشرة التصرف القانونى موضوعها سواء بنفسه أو بوكيل آخر عنه، فإن معنى ذلك الإقرار بحقه فى إنهاء الوكالة وعزل الوكيل بطريقة ضمنية وهو ما يناقض نص المادة 2/715 مدنى مصرى التى لم تفرق بين الإنهاء الصريح أو الضمنى للوكالة.

(¹) Voir par ex. : Civ. 4 mars 1980, Gaz. Pal. 1980, note Le Tourneau ; Civ. 5 févr. 2002, D. 2002, Juris., p. 2640, note Yannick Dagherne ; Civ. 16 juin 1970, D. 1971, Juris., p. 261, note Aubert.

وعلى ذلك فإنه لا يجوز للموكل أو لورثته من بعده، التصرف فى الحق أو المال أو مباشرة التصرف القانونى موضوع الوكالة ذات المصلحة المشتركة حتى ينتهى الوكيل من القيام بالعمل محل الوكالة، لأن ذلك يعد عزلا ضمنيا للوكيل وهو ممتنع عليه قانونا عملا بالمادة 2/7125 مدنى مصرى.

وإذا قام الموكل بالتصرف فى المال أو الحق موضوع الوكالة أو بأشر التصرف محل الوكالة، سواء بنفسه أو بوكيل آخر عنه، وذلك على خلاف الحظر الذى يقتضيه نص المادة 2/715 مدنى مصرى، فإن الجزاء ليس هو البطلان أو القابلية للإبطال، وإنما الجزاء هو عدم نفاذ ذلك التصرف فى حق الوكيل أو الغير صاحب المصلحة فى الوكالة، إلا إذا أقره صراحة أو ضمنا. فإذا أقره نفذ فى حقه وإذا لم يقره فلا ينفذ فى حقه وله أن يتجاهله ويعتبره كأن لم يكن ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بهذا التصرف على الوكيل أو الغير.

ولعل ذلك من شأنه توفير أكبر قدر من الحماية للوكيل والغير اللذين لهما مصلحة فى الوكالة، وكذلك المحافظة على غايات وأهداف مثل هذا النوع من الوكالات والتى رغب المشرع حمايتها، حيث لا يضر الوكيل أو الغير من أى تصرف يجريه الموكل فى المال أو الحق محل الوكالة.

وقولنا بأن الجزاء هو عدم نفاذ التصرف لا يعنى أننا نقر أن المال أو الحق موضوع الوكالة خرج من ذمة الموكل ودخل ذمة الوكيل، وإنما ما زال هذا المال أو الحق فى ذمة الموكل لم يخرج منها ولكنه تعلق به حق الوكيل أو الغير، وبسبب ذلك امتنع على

الموكل إنهاء الوكالة وعزل الوكيل وحرم من سلطة التصرف في هذا المال أو الحق بما يضر بالوكيل أو الغير ⁽¹⁾ وإلا كان ذلك عزلا ضمنيا وهو يمتنع عليه قانونا.

وإذا كان عزل الموكل للوكيل بإرادته المنفردة لا يقع ولا يرتب أثرا قانونياً وتظل الوكالة باقية رغم هذا العزل، فإنه إذا أقر الوكيل أو الغير صاحب المصلحة في الوكالة، عزل الموكل للوكيل، فإن هذا العزل يرتب أثره القانوني وينعزل الوكيل وتنتهي الوكالة. فكذا الحال إذا تصرف الموكل في الحق أو المال محل الوكالة أو إذا باشر التصرف موضوعها بنفسه أو بوكيل عنه، فإن هذا التصرف يكون عزلا ضمنيا يرتب أثره إذا أقره الوكيل أو الغير صاحب المصلحة في الوكالة. أما إذا لم يقره فإنه لا يكون نافذا في حقه.

(1) فقد يكون تصرف الموكل أو ورثته في المال محل التصرف الذي وكل فيه متفقا مع ما تهدف إليه الوكالة، ففي هذه الحالة لا يضر الوكيل أو الغير من ذلك التصرف ومن ثم ينفذ التصرف في حقهما، كأن يوكل في بيع عقار فيبيعه بنفسه لنفس الشخص ويسجله له أو في بيع سيارة فيبيعه بنفسه لنفس الشخص ويسلمها له، أو كأن يوكل الشخص مشتري العقار منه في التوقيع على عقد البيع النهائي أمام الموثق المختص، فيوكل غيره في القيام بنفس المهمة بدلا من المشتري ⁽¹⁾.

في مثل هذه الحالات وما يماثلها، كأن يوكل في بيع سيارة أو عقار ومن ثمنه يستوفى الوكيل أو الغير دينه الذي في ذمته، فيقوم هو نفسه أو يوكل آخر عنه ببيع السيارة أو العقار وسداد دين الوكيل أو الغير من هذا الثمن، لا تثور أدنى صعوبة. فمباشرة الموكل أو ورثته للتصرف الذي وكل فيه بنفسه أو بوكيل آخر عنه لا يتعارض مع حق الوكيل أو الغير الذي عقدت الوكالة من أجل ضمان استيفائه أو مباشرته. كما أنه لا صعوبة بالنسبة للمتصرف إليه من الموكل أو ورثته.

وعلى ذلك فإن الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير تعتبر قيذا على حرية الموكل فى التصرف فى المال أو الحق محل الوكالة، إلى أن يقوم الوكيل بالعمل القانونى محل الوكالة واستيفاء حقه أو الوفاء للغير بالحق الذى له فى ذمة الموكل.

المبحث الثانى

مدى انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بالموت

تمهيد وتقسيم

القاعدة أنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بإرادته المنفردة دون رضا من له مصلحة فى الوكالة. وإذا قام الموكل بإنهاء الوكالة وعزل الوكيل لم يقع هذا الإنهاء صحيحا وتظل الوكالة باقية وينصرف أثر تصرفات الوكيل فى ذمة الموكل، أى أن الوكالة للمصلحة المشتركة هى وكالة لازمة.

ويثور التساؤل فى هذا الصدد حول مدى وجود تلازم بين لزوم الوكالة واستمرارها فى حق ورثة الموكل بعد موته ؟ بمعنى أنه إذا كانت الوكالة لازمة، فهل تبقى بعد موت الموكل وتستمر فى حق ورثته من بعده فى حدود تركته ؟ أم أن الأمر على خلاف ذلك ؟

وإذا كان الفقه يكاد يتفق على أن الموت لا تأثير له على استمرار الوكالة المدنية فى حق ورثة الموكل، فإن الخلاف ما زال قائما بالنسبة للوكالات التجارية.

وعلى ذلك رأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض فى الأول لمدى انتهاء الوكالة المدنية للمصلحة المشتركة بالموت ونعرض فى الثانى لمدى انتهاء الوكالات التجارية بالموت، وذلك على النحو التالى

المطلب الأول:مدى انتهاء الوكالة المدنية للمصلحة المشتركة بالموت.

المطلب الثانى:مدى انتهاء الوكالات التجارية بالموت.

المطلب الأول

مدى انتهاء الوكالة المدنية للمصلحة المشتركة بالموت

تمهيد

يترتب على توافر المصلحة المشتركة في الوكالة أنه لا يجوز للموكل إنهاء تلك الوكالة بإرادته المنفردة وإنما يلزم رضاء من صدرت الوكالة لصالحه، الوكيل أو الغير. وإذا مات أى من طرفى عقد الوكالة⁽¹⁾ فإنها لا تنتهى بموته وإنما تستمر فى حق ورثته⁽²⁾ إلى أن يتم الانتهاء من العمل القانونى محلها، أى أن هناك تلازم بين لزوم الوكالة واستمرارها بعد الموت، بمعنى أنه إذا امتنع إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة للموكل، فإنها لا تنتهى بالموت وإنما تستمر فى حق الورثة فى حدود ما آل إليهم من تركة.

ويجب، لاستمرار الوكالة للمصلحة المشتركة فى حق الورثة بعد الوفاة، أن تكون هذه الوكالة خاصة، محدد فيها نوع التصرف القانونى المعهود إلى الوكيل القيام به، ومحدد فيها أيضا محل ذلك التصرف القانونى تحديدا دقيقا نافيا للجهالة⁽³⁾. ويتعين أيضا أن

(1) أو فقد أهليته القانونية بعد إبرام العقد أو فى حالة إفلاسه.

(2) انظر فى نفس المعنى: د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 33 . 35.

(3) وعلى ذلك فإننا نرى أن الوكالة العامة حتى لو كانت صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير تنتهى بموت أى من طرفيها نظرا لما تتسم به من خطورة على مصالح الموكل.

تكون عبارة التوكيل صريحة في نوع التصرف والمحل الذى يرد عليه. ويجب أيضا التحقق من تعلق الوكالة بحق مستقل للوكيل أو الغير⁽¹⁾ وأن تتحدد ماهية هذا الحق. ويتعين كذلك ألا يتعارض حق الوكيل أو الغير المتعلق بالوكالة مع مصلحة الموكل وإلا غلبت مصلحة الموكل أو ورثته⁽²⁾.

ونعرض لأثر موت الموكل على الوكالة للمصلحة المشتركة ثم نتبع ذلك ببيان أثر موت الوكيل على تلك الوكالة وذلك على النحو التالي

أولاً: عدم انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بموت الموكل

يتفق الفقه المصرى⁽³⁾ والفرنسى⁽¹⁾ على أن الوكالة للمصلحة المشتركة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير، لا تنتهى بموت الموكل وإنما تظل باقية وتستمر فى حق

وراجع : المنشورين الفنين رقم 2 بتاريخ 2021/1/26م و رقم 4 بتاريخ 2021/2/1م الصادرين من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق، واللذان اشترطا ضرورة أن تكون الوكالة خاصة وواردة على مال معين من أموال الموكل حتى يمتنع على الموكل إلغائها واستمرارها بعد الموت.

(1) كأن تنص الوكالة على " حق الوكيل فى البيع لنفسه أو للغير " أو " إقرار الموكل بقبض كامل الثمن " أو " تحصيل الدين المستحق للموكل وقبضه لنفسه".

(2) انظر فى نفس المعنى: د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 147، هامش رقم 4 وص 285 هامش رقم 1؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 156 ؛ د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 373 .

(3) راجع على سبيل المثال : د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، بند 331، ص 548 ؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 353 ؛ د/ سمير اسماعيل حسن، الرسالة السابق، بند 253، ص 238 ؛ د/ محمد على عرفة، المرجع السابق، ص 424 ؛ د/ محبى الدين علم الدين، المرجع السابق، ص 240 ؛ د/ محمد حمدى مكى، الرسالة السابقة، ص 201 ؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 506 ؛ د/ أحد

ورثته حتى يتم الوكيل العمل محل الوكالة، والذين يحلون محل الموكل بعد موته، في حدود ما آل إليهم من تركته⁽²⁾.

ففي كل الأحوال التي يكون فيها للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة، فإن هذه الأخيرة لا تنتهي بموت الموكل.

شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 33 . 35 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320 ؛ د/ مصطفى عدوى، المرجع السابق، ص 177 ؛ د/ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 110 . 111 ، بند 3. 28 ؛ د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 332 و ص 362 و ص 369 . 370 ؛ د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 174 وما بعدها.

وفي الفقه العربي: د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 120 . 121 ؛ د/ مروان كركبي، المرجع السابق، ص 616 ؛ د/ جورج حزيون، المرجع السابق، ص 353.

(¹) Voir par ex. : Aubry, Rau et Esmein, op. cit. no. 416, p. 234 ; Contamine – Raynaud, thèse préc. P. 274 ; Sallé de la Marnière, art. préc. no. 14, p. 269 et 270 ; Behar – Touchais, Le décès du contractant, préc., p. 141 ; Matokot, La disparition d'une des parties au contrat de mandat, thèse préc., ; Huet, op. cit. p. 1068, no. 31267 ; Albortchire (Adamou), Droit des affaires, le sort des contrats dans les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales, thèse Auvergne, 2005., P. 296 ; Stouffele, Le mandate irrévocable, Instrument de garantie, préc., no. 9 , p. 481.

(²) وتجدر الإشارة إلى أن المادة 818 / أولاً من تقنين الموجبات والعقود اللبناني تنص على أن : " موت الموكل أو تبدل حالته يسقط وكالة الوكيل الأصلي ووكالة وكيله ، فيما خلا الحالتين التاليتين : أولاً : متى كانت الوكالة معطاة في مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث "

وعلى ذلك، فإن الوكالة الصادرة من الموكل لإدارة مال مملوك للموكل أو بيعه ليستوفى الوكيل أو الغير دينا له فى ذمة الموكل من غلة هذا المال أو من ثمنه. هذه الوكالة لا تنتهى بموت الموكل، بل تستمر فى حق ورثته إلى أن ينتهى الوكيل من مهمته⁽¹⁾. كذلك لا تنتهى الوكالة بموت الموكل إذا كانت مهمة الوكيل تتحصر فى تحصيل مبلغ مستحق الأداء على مدين ذلك الموكل، فإن الوكالة تبقى إلى النهاية⁽²⁾.

وكذلك لا تنتهى الوكالة المدنية للمصلحة المشتركة إذا ارتبطت بعقد آخر لا ينتهى بالموت ارتباطا لا يقبل التجزئة، كالوكالة الصادرة من المؤمن له لشركة التأمين لمباشرة الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين، الذى لا ينتهى بموت المؤمن له، والذى ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه. وأيضاً الوكالة الصادرة من رب العمل للعامل لمباشرة الدعاوى التى ترفع منه أو ضده من الغير والناشئة عن عقد العمل الذى لا ينتهى بموت رب العمل. هذه الوكالة تظل قائمة منتجة لآثارها رغم موت الموكل. وكذلك

(1) انظر فى ذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 548؛ د/ جمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص 353؛ د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص 506، بند 321.

(2) وقد قضى بأن الوكالة وإن كانت تنتهى بوفاة الموكل إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة حالة ما إذا كانت مأمورية الوكيل تتحصر فى تحصيل مبلغ مستحق الأداء على مدين ذلك الموكل، فإن الوكالة تبقى قائمة إلى النهاية. ومما لا شك فيه أن المحضر موكل من قبل الدائن لتحصيل قيمة الإيجار المستحق على المستأنف، ولعدم قيام المدين بالدفع أوقع الحجز، فوكالته صحيحة ولم تنته بموت الموكل. " محكمة بنى سويف استئنافية فى 9 يناير 1936م، المحاماة، س 16، رقم 226، ص 521. وانظر كذلك: استئناف مختلط فى 28 ديسمبر 1933م، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة، س 46، ص 105.

وانظر كذلك: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 548، هامش رقم 4.

الوكالة الصادرة من المستأجر لمؤجره والتي يوكله فيها فى بيع المحصول الذى يوجد فى الأرض الزراعية موضوع عقد الإيجار المبرم بينهما، عند عدم الوفاء بالأجرة واستيفاء الأجرة من ثمنه.

ففى هذه الأحوال لا ينتهى عقد الوكالة بموت الموكل وإنما يستمر فى حق ورثته، وذلك بسبب ارتباط عقد الوكالة ارتباطاً وثيقاً بعقد آخر لا ينتهى بموت الموكل، وذلك حفاظاً على تنفيذ العقد الآخر المرتبط بعقد الوكالة والذى لا ينتهى بموت الموكل⁽¹⁾.

(¹) انظر: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 549، هامش رقم 1؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 507 فى الهامش؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 121؛ د/ سمير إسماعيل حسن، الرسالة السابقة، ص 239، بند 253.

Et voir : Le Tourneau, art. préc. no. 359, p. 33 ; Ghestin, Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrats, préc., no. 250, p. 274 ; Colin et Capitant, Traité de droit civil, 1959, T. 11, no. 1376, P. 910 ; Contamine – Raynaud, thèse préc. P. 276 ; C. A. Limoges, 1 févr. 1935, S. 1935, 11, P. 148 ; Civ. 22 mai 1860, D. 1860, 1, P. 448 ; Civ. 22 janv. 1868, D. 1868, 1, P. 168 ; Civ. 16 mai 1882, D. 1883, 1, P. 175 ; Civ. 10 févr. 1883, D. 1884, 1, P. 112.

كذلك لا تنتهى الوكالة بالإفلاس أو الإعسار إذا كانت جزء غير قابل للتجزئة من مجموع تعاقدى لا ينتهى بالإفلاس أو الإعسار، كما إذا أعطى المؤمن له شركة التأمين توكيلاً فى أن تتولى الدفاع عنه فى القضايا التى ترفع منه بشأن الخطر المؤمن منه، وأفلس المؤمن له أو تم شهر إعساره، فإن التوكيل يظل قائماً بالرغم من إفلاسه أو إعساره.

انظر: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7، ص 543، هامش رقم 1؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 175.

أما عن القضاء؛ فقد ذهب أيضاً إلى عدم انتهاء الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير بموت الموكل واستمرارها في حق ورثته إلى أن ينتهي الوكيل من العمل القانوني موضوعها⁽¹⁾.

فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه: " لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كانت قد صدرت لمصلحة الوكيل"⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: " للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما قد يكون صريحاً قد يكون ضمناً. ولقاضي الموضوع استخلاص الاتفاق الضمني من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلاً. وإذن فمتى كان الواقع

(¹) Voir par ex. : C. A. Dijon, 20 janv. 1921, Gaz. Pal. 1921, 11, p. 291 ; C. A. Limoges, 1 févr. 1935, S. 1935, 11, P. 148 ; Civ. 22 mai 1860, D. 1860, 1, P. 448 ; Civ. 22 janv. 1868, D. 1868, 1, P. 168 ; Civ. 16 mai 1882, D. 1883, 1, P. 175 ; Civ. 10 févr. 1883, D. 1884, 1, P. 112 .

وفي القضاء المصري على سبيل المثال: استئناف وطني في 28/12/1933م، المحاماة، س، 15، رقم 142، ص 306 ؛ بنى سويف الاستئنافي، 9 يناير 1936م، المحاماة، س، 16، رقم 226، ص 521: استئناف مختلط في 28 ديسمبر 1933م، المجموعة الرسمية، س، 46، ص 105 ؛ المحاماة، س، 15، رقم 142، ص 306 ؛ نقض 21 مايو 1942م، مجموعة أحكام النقض، س، 3، رقم 163، ص 458؛ نقض 1/22/1953م، الطعن رقم 327 لسنة 20 ق، نفس المجموعة، س، 4، ع 1، رقم 55، ص 375.

(²) استئناف مختلط في 28 ديسمبر 1933م، المجموعة الرسمية، س، 46، ص 105؛ المحاماة، س، 15، رقم 142، ص 306 .

هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمى بأن يتنازل عن دين له قبل باقى المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص فى الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه. وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون⁽¹⁾. وقضت أيضا بأنه: "لما كان للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى إلى ورثته، وهذا الاتفاق كما يكون صريحاَ قد يكون ضمنياً، ولقاضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمنى من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلاً"⁽²⁾.

وقد قضى بأن الوكالة المعطاة من مستأجر الأرض الزراعية للمؤجر لبيع المحصول عند جنيته فى حالة عدم قيام المستأجر بدفع الأجرة، لا تنتهى بموت الموكل لأنها ترتبط بعقد الإيجار وتعد ضماناً لاستيفاء الأجرة"⁽³⁾.

وبناء على ذلك تظل الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير باقية رغم موت الموكل أو فقد أهليته بعد إبرام العقد، حيث تستمر الوكالة حتى إتمام التصرف المكلف به

(1) نقض 1953/1/22م، نفس المجموعة، س 4، رقم 55، ص 375.

(2) نقض 2003/5/28م، الطعن 2595 لسنة 72 ق، مجموعة أحكام النقض، س 54، ع 1، ص 921، رقم 160.

(3) Voir : C. A. Douai, 22 déc. 1848, S. 1850, 11, p. 101.

الوكيل⁽¹⁾، لأن ما يهم الوكيل أو الغير هو حصوله على حقه بصرف النظر عن الشخص الذى يقوم بهذا الوفاء، إذ ينتقل التزام الموكل إلى خلفه فى حالة وفاته ويتولى الخلف العام، أو النائب القانونى للموكل، الوفاء بهذا الالتزام⁽²⁾.

علة أو سبب عدم انتهاء الوكالة بموت الموكل

ويثور التساؤل، فى هذا الصدد، حول العلة أو السبب فى عدم انقضاء الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير واستمرارها فى حق ورثة الموكل بعد موته دون أن يكون لهم حق إنهاؤها بإرادتهم المنفردة؟

يذهب الفقه إلى أن الأمر، فى هذه الأحوال، يتعلق بحق خاص ومستقل للوكيل أو للغير، وبالتالي إذا انتهت الوكالة بموت الموكل أو إذا أجاز لورثته من بعده عزل الوكيل وإنهاء الوكالة بإرادتهم المنفردة، لترتب على ذلك فوات مصلحة الوكيل أو الغير فى الوكالة⁽³⁾. وما يهم الوكيل أو الغير حصوله على حقه بصرف النظر عن الشخص

(1) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 34 ؛ د/ محيى الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 240 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 175.

(2) انظر: د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 35؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 175 . 176 .

(3) انظر فى نفس المعنى: د/ السنهورى، الوسيط، ج 7 ، بند 331، ص 548 ؛ د/ جمال مرسى بدر ، المرجع السابق، ص 353، بند 167؛ د/ سمير اسماعيل حسن، الرسالة السابق، ص 238 . 239 ؛ د/ محمد حمدى مكى، الرسالة السابقة، ص 201؛ د/ قدرى الشهاوى، المرجع السابق، ص 506، بند 321 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 178؛ د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 120.

الذى يقوم بهذا الوفاء حيث يرتب عقد الوكالة فى ذمة الموكل التزاماً يجب عليه الوفاء به رغم وفاة الموكل. كما يتولى النائب القانونى للموكل الوفاء بهذا الالتزام فى حالة فقد الأهلية الطارئ⁽¹⁾.

فالأصل أن الوارث ليس من الغير، فهو لا يعتبر أجنبياً بالنسبة للعلاقات القانونية التى أنشأها مورثه وتنتقل إليه تعاقدات مورثه التى يجوز انتقالها إليه بذات أوصافها وقيودها وأحكامها ومنها الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير، باعتبارها تتسم بالطابع الموضوعى، والتى تنتقل للوارث باعتبارها عقداً من العقود اللازمة ليس له الرجوع فيها أو القدرة على إنهائه بإرادته المنفردة⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن الوارث ليس له حقوق أكثر مما كان لمورثه⁽³⁾. فإذا كان المورث، الموكل، حال حياته محروماً من إنهاء الوكالة التى يكون للوكيل أو للغير مصلحة

Et : Civ. 22 mai 1860, D. 1860, 1, P. 448 ; S. 1860, 1, P. 721 ; Civ. 16 mai 1882, D. 1883, 1, P. 175 ; S. 1884, 1, P. 154 .

(¹) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 35.

(²) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 369.

Et : Albortchire, thèse préc. no. 126 ; Fontaine et Ghestin, op. cit., no. 30.

(³) Voir : Sallé de la Marnierre, art. préc., no. 14, p. 270.

فيها، فإن وراثته يكونوا محرومين كذلك من الحق في إنهاؤها بإرادتهم المنفردة، لأنهم ليس لهم أكثر مما كان لمورثهم⁽¹⁾.

ومقتضى سريان الوكالة المعقودة لصالح الوكيل أو الغير في حق وريثة الموكل، أن التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل تنفيذا لعقد الوكالة المبرم مع مورثهم، تتصرف آثاره القانونية في حقهم في حدود التركة التي آلت إليهم. وإذا اقتضى الأمر، من أجل تنفيذ الوكالة، تدخل وريثة الموكل، فإنه إذا تعدد الورثة جاز تنفيذ الوكالة من أحدهم أو من بعضهم لحساب تركة المورث⁽²⁾. ويتعين على الورثة أو على من يقوم بتنفيذ الوكالة منهم أن يتحلى بحسن النية عند تنفيذ عقد الوكالة بما يقتضيه من ضرورة الإخلاص والأمانة والثقة والتعاون مع الوكيل من أجل تنفيذ مهمة الوكالة.

الأساس القانوني لاستمرار الوكالة بعد موت الموكل

ويثور التساؤل حول الأساس القانوني لاستمرار الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل والغير بعد موت الموكل ؟

(1) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " ليس للوارث حقوقا أكثر مما كان لمورثه إذا استند في طلبه الى الميراث ". نقض مدنى فى 12/2/2013م، الطعن رقم 676 لسنة 81 ق.

(2) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 370 .

يذهب البعض من الفقه⁽¹⁾، مؤيدا من محكمة النقض المصرية⁽²⁾، إلى أن استمرار الوكالة رغم موت الموكل إذا كانت صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير، يستند الى الاتفاق الضمنى بين الموكل والوكيل على ذلك، لأن قاعدة انتهاء الوكالة بموت الموكل لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها، صراحة أو ضمنا.

وذهب البعض الآخر⁽³⁾، نؤيده، إلى إنه على الرغم من أن هذا الأساس القانونى، الاتفاق الضمنى بين الموكل والوكيل على استمرار الوكالة بعد موته، لا يتعارض مع

(1) د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320، بند 232. حيث يقول : " وتبقى الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إذا وجد اتفاق بذلك. وهذا الاتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا. ويكون ضمنيا إذا كانت الوكالة قد عملت فى مصلحة الموكل وشخص آخر أو فى مصلحة الموكل والوكيل ".

(2) نقض 21مدنى فى مايو 1942م، س 3، رقم 163، ص 458 ؛ نقض 1953/1/22م، الطعن رقم 327 لسنة 20 ق، مجموعة، س 4، ع 1، رقم 55، ص 375 ؛ نقض 2003/5/28م، = الطعن 2595 لسنة 72 ق، نفس المجموعة، س 54، ع 1، ص 921، رقم 160. حيث جاء فيهما صراحة ما نصه: " للعقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى الى ورثته. وهذا الاتفاق كما يكون صريحا، قد يكون ضمنيا. ولقضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمنى من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا " .

(3) د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 179 . 180.

وقارب : د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 362، حيث يقول أن: "العقد متى انعقد صحيحا أصبحت له قوة ملزمة، فيتعين على أطرافه تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه باعتباره قانونهم أو شريعتهم . فلا يملك أحدهم الانفراد بنقضه أو تعديله، إلا أن عقد الوكالة خرج عن هذه القاعدة بسبب الاعتبار الشخصى الذى أحبط القوة الملزمة للعقد ثم عادت هذه القوة عند تراجع ذلك الاعتبار . وعلى هذا الأساس ظهرت الوكالة ذات الطابع الموضوعى أو الوكالة اللازمة، فلا يملك أحد أطرافها الانفراد بنقضها أو تعديلهما ولا تنتهى بالوفاة . وهكذا يتضح أن تراجع الاعتبار الشخصى هو مدخل اللزوم فى

قاعدة عدم جواز الاتفاق على حرمان الموكل من سلطته فى عزل الوكيل أو تقييد وكالته الواردة بنص المادة 1/715 من التقنين المدنى المصرى، لأن الأمر لا يتعلق بالعزل وإنما بسبب آخر من أسباب انقضاء الوكالة وهو موت الموكل، إلا أنه يفضل تأسيس استمرار الوكالة على طبيعة الوكالة ذاتها وكونها ذات طابع موضوعى وتمتع الوكيل أو الغير بحق خاص ومستقل عن الوكالة. وهذا الحق يشكل التزاما فى ذمة الموكل وينتقل إلى ورثته من بعده فى حدود الشركة، وذلك لمنع أى لبس أو غموض يمكن أن يثار حول هذه المسألة فى ظل وجود نص المادة 1/715 من التقنين المدنى والذى حظر الاتفاق على حرمان الموكل من سلطته فى عزل الوكيل أو تقييد وكالته، ولأن هذا الأساس الذى يفضل الأخذ به يصلح فى كل الحالات التى تستمر فيها الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو الغير .

إذن، الوكالة التى يكون للوكيل أو للغير مصلحة فيها لا تنتهى بموت الموكل ،ليس استنادا إلى اتفاق الطرفين الضمنى على استمرارها، وإنما بسبب طبيعتها الخاصة وكونها وكالة ذات طابع موضوعى تراجع فيها الاعتبار الشخصى الذى تقوم عليه الوكالة فى الأصل بسبب وجود مصلحة للوكيل أو للغير فيها، مما منحها طابعا ملزما، فصارت وكالة لازمة، بعد أن كانت فى الأصل غير لازمة، حينما كان يهيم عليها الاعتبار الشخصى وكانت لمصلحة الموكل وحده، فلا يملك أحد أطرافها الانفراد بنقضها أو تعديلها ولا تنتهى بالوفاة إنما تنتهى بإتمام المهمة الصادرة من أجلها وهى

الوكالة وحققا أمنها التعاقدى ". ويقول فى ص 363 ، أن " الوكالة الموضوعية لزومها مطلق، فلا تنتهى إلا بتمام المهمة الصادرة من أجلها " .

حصول الوكيل أو الغير على حقه الخاص المستقل عن الوكالة والذي يشكل التزاما في ذمة الموكل وينتقل إلى ورثته من بعده، في حدود التركة⁽¹⁾.

ويذهب البعض من الفقه⁽²⁾، إلى أنه إذا كانت الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير لا تنتهي بموت الموكل، فإنه يجوز لورثته، كما يجوز للوكيل، إنهاء عقد الوكالة بالإرادة المنفردة طبقا لأحكام المادتين 2/715 و 2/716 من القانون المدني⁽³⁾. وهو يستند في ذلك إلى أن استمرار الوكالة، بعد موت الموكل، يخالف حقيقة عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة وأن القضاء الفرنسي اتجه إلى ذلك عندما حكم بأن عقد الوكالة ينتهي بوفاة الموكل وإن كان صادرا لمصلحة الطرفين أو لمصلحة الوكيل⁽⁴⁾.

ولا نتفق مع هذا البعض فيما ذهب إليه، ذلك أنه إذا أجاز لورثة الوكيل إنهاء الوكالة بعد موت مورثهم، قبل أن يتم الوكيل التصرف القانوني المكلف به، موضوع الوكالة، فإنه

(1) ولعل هذه الطبيعة الخاصة للوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير هي التي حدثت بالبعض من الفقه إلى أن يتساءل بشأنها: " هل ما زلنا بصدد عقد وكالة أم أن الأمر يتعلق بعقد آخر ؟ وقرر بأن " الأمر يتعلق بعقد وكالة رغم انقضاء الاعتبار الشخصي أو الحد من آثاره، ولكنه عقد وكالة من طبيعة خاصة نظرا لصدوره لصالح الوكيل أو الغير، وبحيث يشكل وسيلة لاستيفاء حق خاص ومستقل عن عقد الوكالة، سواء للوكيل أو للغير أو وسيلة لمباشرة هذا الحق " .

انظر: د/ مصطفى حجازي، المرجع السابق، ص 180.

(2) د/ سمير اسماعيل حسن، الرسالة السابق، ص 238، هامش 626؛ د/ مشعل مهدي، البحث السابق، ص 121.

(3) ويقابلهما في القانون المدني الكويتي، المادتين 717 و 718 منه.

(4) وقد استند هذا البعض فيما يقول به إلى حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية هو :

Com. 20 avril 1967, J. C. P. éd. G, 1968, 11, no. 15389 .

سيترتب على ذلك أن تفوت على الوكيل أو الغير مصلحته المقصودة من إبرام الوكالة. فضلا عن أن الورثة لا يكون لهم أكثر مما كان لمورثهم، فهم يحلون محله فى عقد الوكالة. فإذا كان هذا المورث يتمتع عليه، حال حياته، إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، فإنهم أيضا يتمتع عليهم إنهاؤها حتى ينتهى الوكيل من المهمة موضوع الوكالة، وبالتالي لا يجوز لهم قانونا إنهاء الوكالة انفراديا دون رضاء من تقررت الوكالة لمصلحته، الوكيل أو الغير.

فضلا عن أن حكم محكمة النقض الفرنسية الذى أشار إليه ذلك البعض يخالف ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من استمرار الوكالة بعد موت الموكل إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فيها على نحو ما رأينا.

ثانيا: عدم انتهاء الوكالة للمصلحة المشتركة بموت الوكيل

لا يترتب على موت الوكيل انتهاء الوكالة الصادرة لمصلحته أو لمصلحة الغير، وإنما تستمر فى مواجهة ورثته الذين يواصلون المهمة موضوع الوكالة بدلا منه⁽¹⁾.

(1) انظر فى نفس المعنى: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 369 ؛ د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 34 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 176 ؛ د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 320، بند 232.

Et : Antonmattei et Raynard, op. cit. p. 359, no. 492 ; Blondel, thèse préc. p. 108 ; Le Tourneau, op. cit. no. 4132, p. 978.

فالوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير تستمر فى حالة موت الوكيل⁽¹⁾، لأن عقد الوكالة من شأنه استيفاء الوكيل أو الغير لحق مستقل عن هذا العقد أو مباشرته لهذا الحق، ومن ثم ينتقل هذا الحق بالتبعية إلى خلف الوكيل عند موته، ويجوز مباشرته بواسطة نائبه القانونى عند فقد أهليته الطارئ⁽²⁾.

ويجب على ورثة الوكيل تنفيذ المهمة موضوع الوكالة بحسن نية، خاصة وأن الوكالة تحتاج تعاون طرفيها، فيباشرون التصرف القانونى موضوعها وصولاً إلى الهدف المقصود من الوكالة وهو استيفائهم لحق مورثهم أو استيفاء الغير لحقه، الذى عقدت الوكالة من أجل الحصول عليه أو ممارسته⁽³⁾. وإذا تعدد ورثة الوكيل جاز تنفيذ الوكالة من

(1) أو فقد أهليته اللاحق على إبرام العقد.

(2) د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، السابق، ص 34 ؛ د/ مصطفى حجازى، السابق، ص 176.

(3) وراجع المنشور الفنى رقم 2 بتاريخ 2021/1/26م الصادر من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق والذى جاء فيه: " إلحاقاً بالمنشور 15 المؤرخ 2006/12/18م بشأن عدم جواز إلغاء التوكيلات العامة والخاصة التى تتضمن شرطاً بعدم جواز إلغائها إلا بحضور الطرفين أو عدم إلغائها نهائياً وكذلك التوكيلات المذكورة المتضمنة شرطاً باستمرار التوكيل بعد وفاة الموكل أو فقد أهليته ويسرى ذلك على التوكيلات المذكورة التى تتضمن مصلحة للوكيل أو الغير كحق البيع للنفس أو للغير.

وإلحاقاً بالمنشور الفنى رقم 5 لسنة 2012م بشأن استثناء التوكيلات التى يتعلق فيها مصلحة للوكيل أو الغير وتكون منتجة لآثارها بعد وفاة الموكل من أن يتضمن الإقرار الذى يحررها الوكيل تعهداً بان الموكل ما زال على قيد الحياة.

أحدهم أو من بعضهم لحساب شركة المورث⁽¹⁾.

وتنفيذ ورثة الوكيل للمهمة موضوع الوكالة يفترض توافر قدرتهم واستطاعتهم ذلك، أما إذا كان في غير مقدورهم تنفيذ تلك المهمة نظرا لكونها تحتاج إلى مهارة معينة أو قدرات خاصة أو خبرة يفتقدونها أو لعدم توافر الأهلية اللازمة بمباشرة التصرف القانوني موضوع الوكالة، لأن صفات المورث ليس شرطا أن تنتقل إلى وريثه، فإننا نرى، في هذه الحالة، أنه يكون من حق ورثة الوكيل أو أحدهم أو بعضهم عقد وكالة جديدة لشخص آخر تتوافر فيه الصفات أو المهارات المطلوبة لتنفيذ المهمة موضوع

ولما كانت المادة 2/715 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت لصالحه".

وحيث اتفق فقها وقضاء على أن الوكالة في بيع مال معين بالذات من أموال الموكل للنفس أو للغير، الأصل فيها أن تسرى في حق الخلف العام إعمالا لمقتضيات الوكالة وللاتفاق المسمى بين طرفيها ما لم يتم النص على خلاف ذلك.

وحيث أن الوكيل عندما ينقل ملكية إلى نفسه أو غيره وفقا لمقتضيات الوكالة إنما يقوم بذلك على سبيل تنفيذ التزام بنقل الملكية أنابه الموكل في القيام به قبل وفاته، أما بعد وفاة الموكل فهو التزام يمكن للوكيل القيام به بنفسه أو وريثه.

= بناء عليه، أولا: جواز قبول إتمام الإجراءات بتوكيل في مال معين بالذات من أموال الموكل بعد وفاته إذا كان منصوبا فيه على "البيع للنفس والغير" ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. وفي حالة وفاة الوكيل يتم التوقيع من جميع ورثة الوكيل باعتبارهم خلفا عاما للأخير بصفته وكيلًا عن الموكل". ثانيا: على الإدارة العامة للتفتيش الفني الثلاث والسادة أمناء المكاتب والأمناء المساعدين والجهاز الاشرافي مراعاة ذلك".

(¹) قارب: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 369 . 370 .

الوكالة، كما لهم الحق فى أن يطلبوا من القضاء تعيين حارس قضائى يتولى تنفيذ عقد الوكالة عنهم.

وإذا كانت الوكالة مقررة لصالح الغير، فالعبرة بمهمة الوكيل دون شخصه، وبالتالي يجوز لخلف الوكيل مباشرة مهامه الخاصة بالوكالة . وفى حالة عدم وجود خلف عام للوكيل المتوفى أو وجد ذلك الخلف ولكنه غير قادر على القيام بالمهمة موضوع الوكالة، فإنه يجوز للغير أن يطلب من القضاء تعيين حارس قضائى يتولى تنفيذ عقد الوكالة، من أجل الوصول إلى الهدف المقصود من إبرام الوكالة وهو حصول ذلك الغير على الحق الذى له فى ذمة الموكل⁽¹⁾.

ويرد على قاعدة استمرار الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير فى حالة وفاة الوكيل أو فقده أهليته أو إفلاسه أو إعساره استثناء يتعلق بالحالة التى يكون التوكيل فيها متضمنا مباشرة الوكيل لحق مشترك له ولغيره من الموكلين، كتوكيل شريك على الشيوخ فى إدارة الأموال الشائعة، حيث يظل الاعتبار الشخصى قائما بالنسبة للوكيل

(1) فى نفس المعنى: د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، السابق، ص 34 ؛ د/ مصطفى حجازى، المرجع السابق، ص 176.

وانظر عكس ذلك: د/ مشعل مهدى، البحث السابق، ص 127 ، حيث يقول : " وتنتهى الوكالة بوفاة الوكيل ولو تعلق بالوكالة حق الغير، إلا أنه يقع على عاتق ورثة الوكيل إذا علموا بالوكالة وكانوا كاملى الأهلية أن يخطروا الموكل بالوفاة أن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لمصلحة الموكل " .

Et : Le Tourneau et Cadiet, op. cit., no. 3391, p. 749.

ومن ثم تتقضى الوكالة إذا توفى هذا الوكيل أو فقد أهليته بعد إبرام العقد أو أفلس أو أشهر إعساره⁽¹⁾.

(1) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، السابق، ص 34؛ د/ مصطفى حجازى، السابق، ص 176 . 177.

المطلب الثانى

مدى انتهاء الوكالات التجارية بالموت

التعريف بالوكالات التجارية

تعتبر الوكالة التجارية من أهم العوامل التى تدفع عجلة الاقتصاد نحو التطور والازدهار. فنظرا لتقدم الصناعات وتطورها ولاتساع بقعة المستهلك وطموح الصناعيين والمستثمرين نحو إيصال منتجاتهم إلى كل مكان وإلى أبعد الحدود، فكان لا بد من إيجاد نوع من التعاملات التى يضمن من خلالها كل صانع أو تاجر أو مستثمر توزيع منتجاته وبضائعه بأفضل السبل الممكنة وذلك من خلال الوكالات والعقود التجارية.

وقد انتشرت الوكالات التجارية، فى الوقت الحالى، نتيجة سهولة الانتقال وتقدم وسائل المواصلات، مما ممكن كبرى الشركات والمنشآت الصناعية الحصول على وكيل تجارى أو أكثر للتعاقد باسمهم فى مواجهة عملائهم من تجار التجزئة والمستهلكين. ويكاد لا يوجد تاجر، سواء كان موزعا أو منتجا، إلا وله وكلاء فى معظم الأسواق العالمية.

والوكالة التجارية على عدة أنواع؛ أهمها الوكالة بالعمولة ووكالة العقود وعمل الممثلين التجاريين وما شابه من الأعمال التى تعتبر سماتها الأساسية هى الاحتراف لاكتساب صفة التاجر عن طريق المساهمة الإيجابية فى تداول الثروات مع الحفاظ على استقلال من يحترف هذه الأعمال التجارية.

ويمكن تعريف الوكالة التجارية بأنها: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل التجارى بتصريف منتجات الموكل، السلع أو الخدمات، ولحسابه، فى مناطق أو دول معينة، فى مقابل أجر أو عمولة"⁽¹⁾.

وقد عرفت المادة 1/166 من قانون التجارة المصرى الوكالة بالعمولة حيث نصت على أن: "الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفا قانونية لحساب الموكل". كما عرفت المادة 177 من ذات القانون وكالة العقود بأنه؛ "عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يتولى، على وجه الاستمرار، فى منطقة نشاط معينة، الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه مقابل أجر ويجوز أن تشمل مهمته تنفيذها باسم الموكل ولحسابه".

والوكلاء التجاريون Les agents commerciaux هم الأشخاص الذين يمتهون نشاط الوكالات التجارية⁽²⁾ Les agences commerciales، ويمثلون واحد أو أكثر من الشركات أو المؤسسات الإنتاجية، ويكون لهم سلطة التفاوض وإبرام العقود نيابة عنهم⁽³⁾. وهم يمارسون عملهم، فى الغالب، فى شكل شركة أو مؤسسة ينحصر نشاطها بالكامل أو فى جزء كبير منه فى القيام بأعمال الوكالات التجارية⁽¹⁾.

(¹) راجع: د/ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها: د/ هانى دويدار، ص 67 وما بعدها؛ د/ معمر ظاهر ريدمان، عقود الوساطة التجارية، سابق، ص 211 وما بعدها.

(²) Voir : Giverdon, thèse préc., p. 111.

(³) Voir : Bénabent, op. cit. no. 983, p. 482 ; Com. 15 janv. 2008, Bull. Civ. 2008, IV, no. 4 ; R. T. D. Civ. 2008, p. 299.

ويتفق الفقه⁽²⁾ على أن الوكالات التجارية، رغم صفتها التجارية، تعتبر من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي ومن ثم يجوز إنهاؤها بالإرادة المنفردة لأى من الموكل أو الوكيل. فالوكيل لا يبرم عقد الوكالة مع الموكل إلا لتقته واطمئنانه إليه وعلى قدراته فى تنفيذ العقد بما يحقق مصالح الطرفين. وبالمقابل لا يتعاقد الموكل إلا مع وكيل يثق به من حيث الأمانة والصدق ومن حيث قدرته الشخصية على تسويق المنتجات أو عرض الخدمات التى تشكل موضوع الوكالة.

وتعتبر الوكالات التجارية نموذجاً واضحاً للوكالة ذات المصلحة المشتركة لطرفيها، الموكل الذى يكون عادة شركة أو مؤسسة إنتاجية كبرى، والوكيل الذى يكون

والوكيل التجارى أو المهني الحق، ما لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد، فى قبول أكثر من وكالة تجارية. فيكون ممثلاً لأكثر من مؤسسة أو شركة إنتاج، بشرط ألا يتعارض ذلك مع مصالح الموكل الأول.

Voir : Com. 16 mars 1993, Bull. Civ. 1993, IV, no. 109 ; D. 1995, Inf. Rap., p. 95 ; J. C. P. ed. G. 1993, IV, no. 1300.

(¹) Doucet, art. préc. no. 5, p. 28.

(²) انظر: د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 334 . 336 ؛ د/ معمر طاهر، عقود الوساطة التجارية، المرجع السابق، ص 46 . 47 و ص 214 . 215؛ د/ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 66، بند 63 ؛ د/ ماجد محمد عبد الرحمن خليفة، الوكالة التجارية، الرسالة السابقة، ص 35.

وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 598 ; Albortchire, thèse préc. P. 162 et s, no., 295 et no., 308 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 553, p. 292 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 553, p. 337.

فى الغالب شركة أو مؤسسة تمتهن القيام بعمليات الوكالات التجارية، لأن تنمية وازدهار نشاط الموكل يكون بسبب زيادة العملاء الذى يتم عن طريق الوكيل⁽¹⁾. فالوكالة التجارية لها مصلحة فى زيادة مبيعات المنشأة التى تتفاوض وتتعاقد باسمها وتعمل لحسابها وفى زيادة عدد العملاء، والذى يؤدى ذلك إلى ازدهار الشركة أو المؤسسة الإنتاجية وتميتها⁽²⁾. فكل واحد من طرفى عقد الوكالة التجارية له مصلحة فى استمرار الوكالة وبأن يقوم الوكيل بعقد الصفقات موضوع الوكالة⁽³⁾.

اختلاف الفقه حول مدى انتهاء الوكالة التجارية بالموت

إذا كان قانون التجارة المصرى رقم 17 لسنة 1999م قد نظم مسألة إنهاء الوكالة التجارية بالإرادة المنفردة، إلا أنه جاء خلوا من نص يتعلق بأثر الموت على هذا النوع من الوكالات. ونفس الأمر فى القانون التجارى الفرنسى، حيث لم يرد فيه نص خاص بأثر الموت على تلك الوكالات. حتى أن المرسوم الصادر فى 23 ديسمبر 1985م

(1) Bénabent, op. cit. no. 983, p. 481.

(2) Leloup, Les agents commerciaux, op. cit., ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 558, p. 296 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 558, p. 342 ; Com. 26 févr. 1958, D. 1958, p. 541, note Vidal.

ويذهب البعض إلى أن المصلحة هنا تكون تبادلية أكثر منها مشتركة، إذ أن مصلحة الوكالة التجارية تتمثل فى تنفيذ الوكالة، فى حين أن مصلحة الموكل تكمن فى تنفيذ عقود البيع.

Voir : Jambu-Merlin, Droit civil, les contrats, les cours de droit, 1981, no. 233

(3) Doucet, art. préc. no. 5, p. 28.

ومن بعده القانون الصادر فى 25 يونيو 1991م، رغم اعترافه صراحة بأن الوكالات التجارية هى وكالات للمصلحة المشتركة، لم يتضمن أى نص يتعلق بالآثار التى تترتب على موت أى من طرفى عقد الوكالة التجارية.

وإزاء ذلك الفراغ التشريعى، فإنه لا مفر من الرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى والمتعلقة بأثر الموت على عقد الوكالة لتطبيقها على الوكالات التجارية⁽¹⁾.

(1) وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن: " الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما يتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها. وإذ لم ينظم قانون التجارة (يقصد قانون التجارة القديم) طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية. ولما كان مؤدى نص المادة 714 من القانون المدنى أن الوكالة تنتهى بموت الموكل أو الوكيل وأن استمرار الورثة فى استغلال نشاط مورثهم بعد وفاته لا يعدو أن يكون شركة واقع فيما بينهم . ولما كان مؤدى ما تقضى به المادتان 715 و 716 من ذات القانون . وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية . أن الوكالة عقد غير لازم، فإنه يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء العمل محل الوكالة. وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل موجهة إلى الوكيل فتسرى فى شأنها القواعد العامة. ولما كان القانون لم ينص على أن تكون فى شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل. وقد يكون هذا التعبير صريحا، كما قد يكون ضمنيا . فتعيين الموكل وكيلا آخر لنفس العمل الذى فوض فيه الوكيل الأول بحيث يتعارض التوكيل الثانى مع التوكيل الأول يعتبر عزلا ضمنيا للوكيل الأول. وسواء كان العزل صريحا أو ضمنيا فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل طبقا للقواعد العامة ". الطعن 960 لسنة 46 ق، جلسة 1983/4/18م، ص 34، ص 991؛ الطعن 355 لسنة 31 ق، جلسة 1966/3/8م، ص 17، ص 509 ؛ وأيضا: نقض تجارى رقم 498 لسنة 70 ق، جلسة 2011/3/22م، ص 62، ص 355 / رقم 62. وانظر كذلك: د/ هانى دويدار، المرجع السابق، ص 74 .

وفى هذا الصدد يثور التساؤل حول ما إذا كانت تلك القواعد تقضى بانتهاء الوكالة التجارية بموت أحد طرفيها، أم أن الأمر على خلاف ذلك ؟

فى سبيل الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين

الاتجاه الأول:انقضاء الوكالة التجارية بموت أحد طرفيها

وهو الاتجاه السائد وهو يغلب حكم القواعد العامة فى القانون المدنى والمتعلقة بأثر الموت على عقد الوكالة،ويذهب أنصاره⁽¹⁾ إلى أن الوكالة التجارية تنقضى بوفاة أى من طرفيها،الموكل أو الوكيل،عملا بنص المادة 714 مدنى مصرى،والمادة 2003م مدنى فرنسى،على اعتبار أنها من الوكالات التى تقوم على الاعتبار الشخصى الذى يحول دون استمرارها بعد الوفاة ولا تنتقل إلى خلف الموكل أو الوكيل. فالأصل أن كل الوكالات ذات الطابع المهنى تنهار بالوفاة ولا يمكن انتقالها بالميراث نزولا على

(1) انظر فى الفقه المصرى على سبيل المثال: د/ مصطفى كمال طه،المرجع السابق،ص 66،بند 63؛ د/ ماجد محمد خليفة،الرسالة السابقة،ص 35 ؛ د/ عصام الدفراوى،الرسالة السابقة،ص 335 ؛ د/ معمر طاهر،المرجع السابق،ص 46 و ص 193. 194 و ص 214 . 215 و ص 272 . 273 .

وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 598 ; Albortchire, thèse préc. p. 162 et s, no., 295 et no., 308, p. 363 ; Malaureie et Aynés, op. cit., no. 553, p. 292 ; Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 553, p. 337 ; Bénabent, op. cit. no. 966, p. 468.

مقتضى هذا الاعتبار الشخصي⁽¹⁾. فهذا الأخير ما زال عائنا أمام انتقال الوكالات التجارية⁽²⁾. ويبدو أن القضاء يسير في ذات الاتجاه⁽³⁾.

وطبقا لهذا الاتجاه، فإن جميع الوكالات التجارية، أيا كان نوعها، وكالة بالعمولة أو وكالة عقود أو وكالة توزيع أو تمثيل تجارى، تنتهى بالوفاة ولا تنتقل إلى الورثة، بل إن الوكالات المهنية حتى ولو كانت غير تجارية تنتهى أيضا بالوفاة⁽⁴⁾.

(1) د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 335.

(2) Albortchire, thèse préc. p. 363.

(3) انظر على سبيل المثال:

Com. 9 déc. 2014, Bull. Civ. 2015, no. 302.

والذى جاء فيه أنه " ليس للوكيل التجارى الحق فى تقديم خليفة له " .

Et voir : Com. 20 avril 1967, Bull. Civ. 1967, no. 156 ; J. C. P. éd. G. 1968, II, no. 15339.

وقد جاء فى هذا الحكم أن " مثل هذه الوكالة (المعطاة لوكالة تجارية، وكالة للمصلحة المشتركة) يفترض فيها أنها قائمة على الاعتبار الشخصى ومن ثم لا يوجد أى مبرر أو سبب مقنع، فى الوضع الحالى للتشريع، ومع عدم وجود اتفاق مخالف، لرفض أعمال وتطبيق المادة 2003 فقرة 4 مدنى " .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثة أيهما اعتبارا بأن هذا العقد من العقود التى تراعى فيها شخصية كل متعاقد " .

نقض مدنى 1968/2/13م، مجموعة أحكام النقض، س 19، رقم 38، ص 254 . وانظر

كذلك: الطعن 960 لسنة 46 ق، جلسة 1983/4/18م، مجموعة أحكام النقض، س 34، ص 991.

(4) فوكالة الوكيل العقارى تنتهى بالموت.

Voir : Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 598, no. 695.

وعلى ذلك فإنه إذا كان طرفا عقد الوكالة التجارية أشخاصا طبيعيين أو كان أحدهما شخصا طبيعيا، فإن الوكالة تنتهى بموته. فموت الموكل يضع حدا للوكالة ولا تستمر وكالة الوكيل التجارى قبل ورثة الموكل، ما لم يقبل هؤلاء الورثة استمرار الوكيل فى عمله بعقد جديد. أما إذا مات الوكيل التجارى، فإن الوكالة التجارية تنتهى بموته ولا تنتقل إلى وراثته، حتى إذا كانوا قادرين على القيام بها، إلا إذا ارتضى الموكل أن يحل هؤلاء الورثة محل مورثهم فى الوكالة (1).

ولما كانت قاعدة انتهاء الوكالة بالموت ليست من النظام العام، فإنه يجوز لطرفى عقد الوكالة التجارية الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا. فتستمر وكالة الوكيل، رغم موت الموكل، وأيضا تستمر الوكالة فى حق ورثة الوكيل بعد موته ويحلون محله (2).

(1) Voir en ce sens : Bénabent, op. cit. no. 966, p. 468 ; Com. 20 avril 1967, Bull. Civ. 1993, III, no. 156 ; J. C. P. éd. G. 1968, II, no. 15339.

(2) Voir : Mainguy, op. cit. no. 591, p. 587 et 588.

وهذا الاتفاق سيمكن ورثة الوكيل من جنى ثمار الجهود التى بذلها مورثهم فى سبيل تطوير تسويق موضوع الوكالة من خلال التعامل مع العملاء اللذين جلبهم مورثهم. فإذا ما وجد مثل هذا الاتفاق وجب على الموكل الوفاء به وقبول الخلف الذى سيقدمه الورثة. فإذا رفض الموكل ذلك كان وكان رفضه غير مبرر، كأن يكون هذا الخلف ذو سمعة تجارية حسنة، كان من حق الورثة الحصول على تعويض من الموكل ولو لم يشترط فى العقد حصول الورثة على تعويض وذلك لأن رفض الموكل لخلف الوكيل يعد إخلالا منه بالتزام من الالتزامات العقدية التى يفرضها العقد المبرم وبين الوكيل المتوفى.

راجع فى ذلك: د/ معمر طاهر، المرجع السابق، ص 195 . 196.

وإذا كان طرفا عقد الوكالة التجارية أو أحدهما من الأشخاص المعنوية (شركة أو مؤسسة)، فالقاعدة أن انقضاء الشخص المعنوي (بالحل أو الاندماج) كموت الشخص الطبيعي. ومن ثم فإن هذا الانقضاء يؤدي إلى انتهاء تلك الوكالة. فيبدو أثر الاعتبار الشخصي واضحا حتى في حالة الاندماج، حيث تنتهي الشركة في حالة اندماجها في شركة أخرى لزوال الصفات المعتمدة في الشركة المندمجة⁽¹⁾. فالاعتبار الشخصي عقبة في عمليات الدمج أو النقل في الشركات التجارية⁽²⁾.

فإذا كان الموكل شركة، فإن انتهاء الوكالة التجارية، غير أن الوكالة تظل قائمة طوال المدة اللازمة لتصفية الشركة. أما إذا كان الوكيل التجارى شركة، فإن الوكالة تنتهى بانقضاء هذه الشركة أيا كان سبب انقضائها، أى ولو كان اختياريا باتفاق جميع الشركاء. وانقضاء الشركة يؤدي إلى انقضاء الوكالة ولا تبقى أثناء فترة التصفية عكس الشركة الموكلة، وذلك لأن أعمال الوكالة ليست من أعمال التصفية حتى يمكن بقاؤها أثناء تلك المدة .

(1) Voir : Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 598, no. 695.

(2) Voir : Albortchire, thèse préc. no. 308, p. 363.

الاتجاه الثانى:عدم انقضاء الوكالة التجارية بالموت

ويذهب أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى أن الوكالة التجارية لا تنتهى بموت أحد طرفيها، وإنما تنتقل إلى خلفه من بعده، فيحل الورثة محل مورثهم فى الوكالة.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج لتبرير القول باستمرار الوكالة التجارية بعد الموت هى

(1) أن الوكالة التجارية ذات طبيعة خاصة. فهى ليست كأى وكالة أخرى. فعقود الوكالات التجارية يتم إبرامها بين المهنيين لتلبية احتياجات مهنتهم، والوكيل، على وجه الخصوص، يمتهن هذه النوعية من التوكيلات⁽²⁾. وأن الوكلاء التجاريين، بصفة عامة، يكونون على رأس شركة أو مؤسسة يرتبط نشاطها بالكامل أو فى جزء كبير منه بممارسة نشاط الوكالات التجارية. وإذا كانت الوكالة التجارية، عادة، فى مصلحة

(¹) قال بهذا الرأى الفقيه الفرنسى Doucet فى مقال له منشور عام 1963م بعنوان " آثار الموت على الوكالة ".

Doucet, Les effets de la mort sur le mandate, art. préc. p. 27 – 32.

ويبدو أن الفقيه الفرنسى Huet يميل إلى هذا الاتجاه .

Voir : Huet, op. cit., no. 31282, p. 1201.

حيث يقول: " على الرغم من أن عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصى، فإنه يقبل الانتقال بصفة استثنائية، على سبيل المثال فى حالة الوكالة للمصلحة المشتركة أو فى حالة الوكالة التجارية فبشأن الوكالة التجارية، فإنه يمكن انتقالها بين الأحياء أو بسبب الموت، ومن ذلك العقد النموذجى للاتحاد الوطنى للوكالات التجارية ".

(²) Voir : Giverdon, these préc., p. 111.

الموكل، فإن الوكالة التجارية يتم إبرامها للمصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة. فكل واحد من الطرفين له مصلحة في استمرار الوكالة وبأن يقوم الوكيل بعقد الصفقات محل الوكالة التجارية. ومن ثم فليس مقبولا القول بانتهاء تلك الوكالة بموت أحد طرفيها، وإنما يتعين انتقال الحقوق الناشئة عن الوكالة في حالة موت أحد طرفيها⁽¹⁾.

(2) في الوكالات العادية يؤدي انقضاء الوكالة إلى تخلص الوكيل من أعباء الوكالة، بينما في الوكالات التجارية على العكس تماما، فانتهاء الوكالة من شأنه أن يسبب أضرارا عديدة للوكيل. فضلا عن أنه في الوكالات التجارية يكون للوكيل سلطات واسعة وغالبا ما يتمتع بقوة اقتصادية كبيرة، ويكون للموكل حقوق جديدة لم تكن له في الوكالات العادية. فالوكيل يقع عليه التزام بعدم منافسة الموكل منافسة غير مشروعة وألا يعمل ضد مصلحته وإلا كان له الحق في الرجوع عليه. ومن ثم فإنه من الصعب، في هذه الوكالات قبول انقضاء مثل هذه الحقوق لمجرد موت الوكيل بسبب أن المتعاقدين قد اغفلوا النص على إمكانية انتقال الوكالة. ومن ثم ينبغي ألا يكون لهذه الوفاة أي تأثير أو المساس بحقوق الموكل أو بحقوق ورثة الوكيل⁽²⁾.

(3) أن مفهوم الاعتبار الشخصي في الوكالة التجارية يختلف اختلافا كبيرا عنه في الوكالات الأخرى العادية. فالوكالة التجارية تسعى إلى تحقيق أهداف مالية واقتصادية وقد أدى ذلك إلى اتساع واختلاف مفهوم الاعتبار الشخصي وارتباطه بعناصر أو

(1) Doucet, art. préc. no. 5, p. 28.

(2) Doucet, art. préc. no. 19, p. 30.

صفات غير ذاتية، أى مالية واقتصادية بالدرجة الأولى، كالمهنة و الخبرة والسمعة التجارية والملاءة المالية والجنسية والموقع الجغرافى والأهمية الاقتصادية. فيتم اختيار الوكالة التجارية من قبل الموكل بناء على هذه العناصر الاقتصادية والمالية المرتبطة بالمنشأة ذاتها وليس بناء على العناصر الشخصية المرتبطة بالشخص الطبيعى نفسه. كما أن الوكالة التجارية لا تقبل التعاقد إلا إذا كان الموكل شركة مزدهرة اقتصاديا وقادرة على تنفيذ التزاماتها.

وبناء على ذلك يتعين استبعاد آثار الاعتبار الشخصى التقليديّة بالنسبة للوكالات التجارية والمتمثلة فى إمكانية إنهاؤها بالإرادة المنفردة وعدم قابليتها للانتقال إلى الغير وانتهائها بالوفاة⁽¹⁾.

وقد استبعد القضاء، بالنسبة للوكالات التجارية، تطبيق نص المادة 2004 من التقنين المدنى التى تقضى بإمكانية إنهاؤها بالإرادة المنفردة، ومن ثم يتعين استبعاد تطبيق نص المادة 2003 مدنى وإعمال المادة 1122 مدنى التى تفترض انتقال العقد لورثة الشخص وخلفائه، ما لم يوجد اتفاق مخالف أو كان يستخلص من طبيعة العقد أن العقد شخصى لا ينتقل إلى الورثة. فالمبدأ فى القانون الفرنسى أن حقوق الشخص تنتقل تلقائيا إلى ورثته عند وفاته ولا يحدث العكس إلا إذا كان العقد المبرم بين الطرفين بطبيعته قائم على الاعتبار الشخصى.

(1) Doucet, art. préc. no. 22, p. 30 et 31.

ولما كانت الوكالة التجارية هي وكالة بغير اعتبار شخصي وإنما تقوم على اعتبارات أخرى مالية واقتصادية، فإنه لا يمكن أن ينطبق عليها نص المادة 2003 مدني التي تقضي بانتهاء الوكالة بالموت، ويجب أن تنتقل إلى ورثة المتعاقدين. فمجرد أن يثبت أن الوكالة صادرة للمصلحة المشتركة فإنه يفترض أنها ستنتقل إلى الورثة وذلك لزوال الاعتبار الشخصي في هذا النوع من الوكالة⁽¹⁾.

وقد استبعد أنصار هذا الاتجاه الفرض الذي يموت فيه الموكل على اعتبار أن الموكل دائما ما يكون شركة أو مؤسسة. وانتهوا إلى تعميم الحكم الخاص بوكالات التأمين⁽²⁾ على الوكالات المهنية أو التجارية، فيقررون أن ورثة الوكيل التجاري لهم حق

(1) Doucet, art. préc. no. 24, p. 31.

(2) وتجدر الإشارة إلى أنه ينظم وكالات التأمين في فرنسا مرسومين: الأول صادر في 10 مارس 1949م وهو خاص بالوكالات العامة للتأمين ضد الحريق وغيره من الحوادث والأخطار الأخرى، والثاني صادر في 28 ديسمبر 1950م وهو خاص بالوكالات العامة للتأمين على الحياة. وقد أقرت المادة 20 من المرسوم الصادر في 10 مارس 1949م بحق وكالة التأمين التي تنتهي مهمتها ولخلفها في تقديم خليفة في خلال شهرين وبحقهم في المطالبة بالتعويض عن حقوق الدائنية التي يتخلى عنها عن العمولات المتعلقة بمحفظه التأمين العامة، الخاصة به. وفي حالة عدم الموافقة على الخليفة يجب على شركة التأمين أن تعوض وكيل التأمين أو ورثته. وتقضي المادة 21 من ذات المرسوم بأنه في حالة وفاة وكيل التأمين يكون لزوج أو لوالديه إذا رغبوا، الأولوية في خلافته في سلطات الوكالة العامة إذا كانوا لديهم مؤهلات وكفاءة مهنية تعادل، على الأقل، تلك التي تتوفر في المرشحين الآخرين للولول محل الوكيل المتوفى. وتقضي المادة 22 من ذات المرسوم بأنه في حالة عدم الموافقة على خليفة هؤلاء الورثة لمورثهم بغير مبرر، فإنه يجب على شركة التأمين تعويضهم تعويضا مماثلا للتعويض الذي كان يتعين عليها دفعه في حالة إنهاؤها للوكالة.

فى الوكالة. فوارث الوكيل التجارى له الحق إما فى أن يحل محل مورثه فى القيام بمهام الوكالة التجارية، وإما أن يتخلى عنها للغير⁽¹⁾.

ويقرر أنصار هذا الاتجاه أن بعض المحاكم قد سارت فى هذا الاتجاه. فقد قررت محكمة Amiens أن الوكالة التجارية، محل الدعوى، قد عهد بها ليس إلى الوكيل نفسه وإنما إلى مؤسسته، ومن ثم فإنها تنتقل إلى الورثة الذين يعملون معه⁽²⁾. ويعنى ذلك أن المحكمة قد أقرت بأن هذا العقد قد تم إبرامه دون وجود اعتبار شخصى.

وتطبيقا لما ذهب إليه هذا الاتجاه، إذا كان وارث الوكيل التجارى لا يرغب فى الحل محل مورثه فى القيام بمهام الوكالة، فإنه لا يجبر على ذلك ويكون له الحق فى مطالبة الموكل بأن يدفع له تعويضا يقدر على ضوء عدد العملاء الذين تم جلبهم بمعرفة الوكيل. وإذا رغب الورثة فى التخلي عن الوكالة للغير، فإن للشركة الموكل أن ترفض

ويلاحظ أن هذه النصوص تعترف لورثة الوكيل بأكثر من الحق فى التعويض عن العملاء، فهى تعترف لهم بحق حقيقى فى الوكالة نفسها، حيث تقرر لهم انتقال عقد الوكالة إليهم.

(1) Doucet, art. préc. no. 27, p. 31.

(2) Amiens, 15 déc. 1960, Gaz Pal. 1961, 1, p. 198.

ويلاحظ على هذا الحكم أنه قرر انتقال الوكالة التجارية إلى ورثة الوكيل التجارى، مبررا ذلك بأن هؤلاء الورثة كانوا يعملون مع مورثهم فى المنشأة. وهذا يثير التساؤل حول ما إذا كان الحكم سيختلف فيما لو كانوا بعيدين عن المنشأة، أى لا يعملون مع مورثهم؟

ذلك دون أن يكون عليها أى مسئولية قبل هذا الغير، ولكن يجب عليها تعويض الورثة تعويضا يقدر على ضوء عدد العملاء الذين تم جلبهم بمعرفة الوكيل⁽¹⁾.

وفى الحالة التى يطلب فيها ورثة الوكيل التجارى الحلول محل مورثهم فى الوكالة دون أن يتوافر فيهم أو فى أحدهم على الأقل القدرات والمؤهلات المطلوبة (المعرفة الفنية أو الخبرة)، فإن للموكل الحق فى إنهاء الوكالة ورفض حلولهم محل مورثهم دون أن يشكل رفضه ثمة خطأ. وفى هذه الحالة لا يكون للورثة إلا الحق فى مطالبة الموكل بتعويضهم عن قيمة العملاء اللذين تم جلبهم. أما إذا كان الورثة يتوافر فيهم أو فى أحدهم على الأقل القدرات والمؤهلات المطلوبة، فإنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة ورفض حلولهم محل مورثهم، إلا إذا ارتكب هؤلاء الورثة خطأ. وإذا أنهى الموكل الوكالة ورفض حلول الورثة محل مورثهم فإنه يلتزم بأن يدفع لهم، فضلا عن قيمة ما تم جلبه من عملاء، تعويضا عما لحقهم من ضرر بسبب هذا الإنهاء غير المبرر. وهذا الحل يتماشى مع الاتجاهات الحالية فى قانون الميراث والتى تعطى للوارث الذى ساهم نشاط المتوفى الأولوية فى خلافته⁽²⁾.

(1) تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسى لا يقر بحق ورثة الوكلاء التجاريين فى مطالبة الموكل بالتعويض عند موت مورثهم .

Par ex. : Cass. Civ., 15 juin 1944, D. 1945, p. 58.

(2) Doucet, art. préc. no. 27, p. 31.

وفى الفرض الذى يرفض فيه ورثة الوكيل التجارى الحلول محل مورثهم فى الوكالة. فقد أثار أنصار هذا الاتجاه التساؤل حول ما إذا كان للموكل الحق فى الرجوع على هؤلاء الورثة بدعوى المنافسة غير المشروعة إذا ما عملوا وكلاء لشركات أخرى منافسة ؟

وقرروا أن هذا التساؤل سبق وأن أثير بالنسبة لوكلاء التأمين، حيث رفض ابن وكيل التأمين الاستمرار فى الوكالة بدلا من مورثه ورفض الحصول على التعويض عن فقد العملاء الذين جلبهم الوكيل، وقام بالعمل كوكيل تأمين لشركة تأمين أخرى منافسة للشركة التى كان يعمل مورثه وكيلا عنها. وسعى إلى توقيع عقود تأمين جديدة مع العملاء الذين جلبهم مورثه، مع الشركة التى يمثلها. وحينما رفعت ضده شركة التأمين التى كان مورثه وكيلا عنها، دعوى المنافسة غير المشروعة، دفع هذه الدعوى بأن عقد الوكالة الذى كان مبرما بين هذه الشركة وبين مورثه يعتبر من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى وأنه قد انتهى بموت مورثه وأنه لم يقبل التعويض عن فقد العملاء، وبالتالي لا يكون عليه أى التزام إزاء هذه الشركة. إلا أن محكمة Montepplier التى نظرت النزاع رفضت هذه الدفوع، وقررت أن عقد الوكالة المبرم بين مورثه وشركة التأمين لا ينتهى بموت الوكيل وأنه يستمر فى حق ورثته من بعده، الذين بمجرد قبولهم للتركة يكونون ملزمين بنفس الالتزامات التى كان يلتزم بها مورثهم⁽¹⁾.

(¹) Montepplier, 9 oct. 1962, Gaz Pal. 2 janv. 1963. Et dans le même sens : Amiens, 11 oct. 1960, R. G. Assur. Terr. 1961, p. 36.

وانتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أن الحل الذى انتهت إليه المحكمة بخصوص وكالات التأمين يجب أن يطبق على جميع الوكالات المهنية لكونها تخضع لنفس النظام القانونى الذى تخضع له وكالات التأمين ولها نفس خصائص هذه الأخيرة. ومن ثم يحق للموكل أن يرجع على الوارث بدعوى المنافسة غير المشروعة إذا رفض الحل محل مورثه فى الوكالة التجارية وعمل وكيلًا لموكل آخر منافس وارتكب أفعال منافسة غير مشروعة⁽¹⁾.

رأينا الخاص

وفى مقام الترجيح بين الاتجاهين المذكورين، فإننا نؤيد، من حيث المبدأ، الاتجاه الثانى فيما ذهب إليه من أن الوكالة التجارية لا تنتهى بموت أحد طرفيها، وأنها تستمر فى حق ورثته.

إلا أننا نرى، من أجل الوقوف على أثر الموت على عقد الوكالة التجارية، التفرقة بين أمرين

الأمر الأول: إذا كان طرفًا عقد الوكالة التجارية أو أحدهما من الأشخاص الطبيعيين: فى هذه الحالة لا تنتهى الوكالة التجارية بموت أحد طرفيها، وإنما تستمر فى حق ورثته من بعده.

(1) Doucet, art. préc. no. 28, p. 31 et 32.

فالوكالة التجارية ذات طبيعة خاصة، فهي ليست كالوكالة العادية، بل هي وكالة ذات مصلحة مشتركة، إذ أن من مصلحة طرفيها استمرارها وعقد الصفقات موضوعها بمعرفة الوكيل. وأنها تعقد بين مهنيين لتلبية احتياجات مهنتهم والوكيل فيها، في الغالب، يكون على رأس شركة أو مؤسسة تمتن نشاط الوكالات التجارية. وبالتالي فإنها لا يمكن انتهاؤها لمجرد موت أحد طرفيها إذا كان شخصا طبيعيا وإنما يتعين استمرارها في حق ورثته.

فضلا عن ذلك، فإن هذه الوكالات وإن كانت تقوم على الاعتبار الشخصي، فإن هذا الأخير له مفهوم يختلف عن مفهومه التقليدي المعروف في الوكالات المدنية. فالعلاقة العقدية تخرج عن مجرد كونها علاقة شخصية بين شخص وآخر إلى كونها علاقة موضوعية تنظيمية. كما أن الوكالات التجارية تسعى إلى تحقيق أهداف مالية واقتصادية. وقد أدى ذلك إلى اتساع مفهوم الاعتبار الشخصي وارتباطه بعناصر أو صفات اقتصادية أو مالية بعيدة عن العناصر والصفات الشخصية التقليدية المرتبطة بالشخص الطبيعي⁽¹⁾، كالمهنة والخبرة والسمعة التجارية والملاءة المالية والجنسية والموقع الجغرافي والإمكانيات التكنولوجية الحديثة، كما في حالة الوكيل الإلكتروني أو

(1) راجع في ذلك :د/ عصام الدفراوى، الرسالة السابقة، ص 335 . 336.

Et : Albortchire, thèse préc. no. 327, p. 199 ; Huet, op. cit., no. 31115, p. 1075.

الوكيل الذكي⁽¹⁾. ومعنى ذلك أن هذه الوكالات سوف يرتبط استمرارها أو انتهاءها بالتغيرات التي قد تطرأ على هذه الصفات وليس بما يطرأ على الصفات الذاتية المرتبطة بالشخص الطبيعي نفسه.

ويمكن القول أن الاعتبار الشخصي في الوكالات التجارية أصبح اعتباراً اقتصادياً. فمن يتوافر على الملاءمة المادية الكافية والقدرة على التسيير العقلاني للمشروع، بالإضافة إلى القدرة على الإبداع وإنتاج الأفكار الجيدة والجديدة، وتحقيق سمعة تجارية قادرة على تكوين الرصيد اللازم من العملاء يعتبر متوافراً على الاعتبار الشخصي اللازم لإبرام عقد الوكالة التجارية مع الموكل.

كل ذلك من شأنه أن يجعل الوفاة الطبيعية لا تؤثر لها على استمرار الوكالة التجارية، مقارنةً بأثرها على استمرار الوكالة المدنية، مما سمح للورثة بالدخول في الوكالة، لأن تلك الصفات لا تزول بالموت بخلاف الصفات الشخصية الذاتية⁽²⁾.

فإذا كان طرفاً عقد الوكالة التجارية أو أحدهما من الأشخاص الطبيعيين، فإن وفاة أحدهما لا يؤدي إلى انتهاء الوكالة وإنما تستمر في حق ورثته. فإذا مات الموكل حل

(1) فقد توصلت التكنولوجية الحديثة إلى تصميم برنامج كمبيوتر على درجة كبيرة من التطور والاستقلالية شاعت تسميته " بالوكيل الذكي ". راجع في ذلك : د/ فراس الكساسية و نبيلة كردى، الوكيل الذكي من منظور قانوني: تطور تقني أم انقلاب على القواعد؟، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الخامس والخمسون، رمضان 1434هـ. يوليو 2013م، ص 127 . 193.

(2) راجع في نفس المعنى: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 336.

ورثته محله فى الوكالة ولا يجوز لهم إنهاء تلك الوكالة بإرادتهم المنفردة إلا إذا توافر أحد الأسباب التى ينص عليها القانون (1). أما إذا مات الوكيل التجارى، فإن ورثته يحلون محله فى الوكالة، طالما توافرت فيهم الصفات والمؤهلات اللازمة للقيام بمهمة الوكالة لاسيما إذا كانوا يعملون معه واكتسبوا منه الصفات والخصائص التى تؤهلهم للحلول محله فى الوكالة. بل إنهم قد يكونوا هم السبب فى نجاح الوكالة وتمتعها بسمعة طيبة (2). أما إذا كانوا غير قادرين على القيام بتلك المهمة لانقضاء الصفات والمؤهلات المطلوبة، فإن عقد الوكالة ينتهى ولا يخلفون مورثهم فيها (3). ونرى فى هذه الحالة أنهم يستحقون تعويضا يقدر بحسب عدد العملاء الذين تم جلبهم بمعرفة مورثهم. كما أنهم يستحقون ذلك التعويض إذا ما رفضوا الاستمرار فى الوكالة بعد موت مورثهم وكانوا قادرين على القيام بمهام الوكالة، وفى هذه الحالة تنتهى الوكالة التجارية.

(1) وقد نصت المادة 51 من قانون التجارة المصرى رقم 17 لسنة 1999م على أن : " الطلبات والتقويضات الصادرة من التاجر فى شئون تتعلق بنشاطه التجارى لا تنقضى بوفاة، ومع ذلك يجوز لورثته إلغاؤها إذا قرروا عدم الاستمرار فى التجارة، وفى هذه الحالة لا يستحق عليهم أى تعويض إذا اخطروا المتعاقد مع المورث برغبتهم فى الإلغاء فى ميعاد مناسب ."

(2) وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف الذى قضى بخلافة ورثة مهندس معمارى له بعد وفاته وذلك بسبب احتفاظ الورثة بملفات العمل الجارى والمكاتب والمعدات وعقد إيجار المكتب وخط الهاتف ولتوافر الصفات المطلوبة فيهم.

Voir : Cass. Civ., 1re, 9 et 17 mai 1961, Gaz. Pal. 1961, 1, p. 423 ; R. T. D. Civ. 1962, p. 132, obs. Cornu.

(3) انظر فى نفس المعنى :

Blondel, thèse préc. no. 33, p. 106 – 109 ; Cornu, obs. dans R. T. D. Civ. 1962, p. 133 et 134.

إن وريثة الوكيل التجارى يكون لهم الحق فى استمرار الوكالة التجارية معهم على اعتبار أن لهم حق فى الوكالة.

الأمر الثانى: إذا كان طرفا عقد الوكالة التجارية من الأشخاص الاعتباريين: فالقاعدة أن انقضاء الشخص الاعتباري، أيا كان سبب هذا الانقضاء، يعتبر كموت الشخص الطبيعي. وفى هذه الحالة نرى أن الوكالة التجارية تنتهى بانقضاء الشخص الاعتباري، الشركة أو المؤسسة، الطرف فيها.

فالغالب من الأمر أن تعقد الوكالات التجارية بين أشخاص اعتبارية، شركات أو مؤسسات، الموكل فيها شركة أو مؤسسة إنتاجية تسعى إلى تصريف منتجاتها وتحقيق أعلى نسبة مبيعات، والوكيل فيها شركة أو مؤسسة ينحصر نشاطها فى القيام بمهام الوكالات التجارية وذلك بعقد الصفقات وجذب العملاء أو زيادة أعدادهم بما يحقق المصلحة المشتركة للطرفين.

وعلى ذلك، فإذا تم حل الشركة أو المؤسسة الموكل فى عقد الوكالة وأصبحت لا وجود لها، فإن ذلك سيؤدى حتما إلى انتهاء الوكالة التجارية، مع بقائها مؤقتا فى الفترة اللازمة للتصفية، على اعتبار أن حل الشخص المعنوى كموت الشخص الطبيعي. أما إذا تم حل الشركة الوكيل فى عقد الوكالة، فإن ذلك يؤدى بالطبع إلى انتهاء الوكالة التجارية. ونفس الحكم فى حالة اندماج الشركة أو المؤسسة الطرف فى عقد الوكالة فى شركة أو مؤسسة أخرى، لأن الصفات الاقتصادية والمالية التى كانت دافعا لإبرام عقد الوكالة

ليس شرطا أن تتوافر في الشركة أو المؤسسة الدامجة⁽¹⁾. فيبدو أثر الاعتبار الشخصي واضحا حتى في حالة الاندماج، حيث تنتهي الشركة في حالة اندماجها في شركة أخرى لزوال الصفات المعتبرة في الشركة المندمجة⁽²⁾. فالاعتبار الشخصي عقبة في عمليات الدمج أو النقل في الشركات التجارية⁽³⁾.

أما إذا مات الشخص الطبيعي الذي يمثل أحد طرفي عقد الوكالة التجارية، فإن هذه الوكالة لا تنتهي بموته، لأن المعول عليه في تلك الوكالة هي الصفات الاقتصادية والمالية الخاصة بالشركة أو المؤسسة الطرف في عقد الوكالة وليس الصفات والخصائص الذاتية الخاصة بمن يمثلها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ويرفض القضاء، في حالة الاندماج، انتقال الوكالة إلى الشركة الدامجة.

Voir : Malaureie, Aynés et Gautier, op. cit., no. 553, p. 337 ; Civ., 3e, 10 nov. 1998, J. C. P. éd. G. 1999, II, no. 10051, note A. Djigo ; R. T. D. Civ.1999, p. 416 ; Com., 30 mai. 2000, J. C. P. éd. G. 2000, II, no. 10401, note A. Viondier ; R. T. D. Civ.2000, p. 858 ; D. 2000, p.320.

⁽²⁾ Voir : Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., p. 598, no. 695.

⁽³⁾ Voir : Albortchire, thèse préc. no. 308, p. 363.

ود/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 334.

⁽⁴⁾ انظر عكس ذلك: د/ عصام الدفراوي، الرسالة السابقة، ص 335، حيث يقول: "لا خلاف على أن وكالة الشخص الاعتباري تنتهي بوفاة من يمثله".

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

(1) المراجع العامة

1. دكتور/ أنور سلطان، الموجز فى النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة 2005م، دار الجامعة الجديدة.
2. دكتور/ جلال العدوى، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، 1997م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
3. دكتور/ جلال على العدوى ودكتور/ رمضان أبو السعود، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، طبعة 1997م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
4. دكتور/ رمضان محمد أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2019م.
5. دكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، تحديث وتنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغى، الجزء الاول، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين بمصر، سنة 1428 هـ . 2007م.
6. دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي، دروس فى مصادر الالتزام، نظرية العقد، مطبعة نهضة مصر بالفعالة، 1969م.

7. دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى، 1974م، دار النهضة العربية بالقاهرة.
8. دكتور/ عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2019م.
9. دكتور/ فريد محمد العرينى، الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، 2015م.
10. دكتور/ محمد حسن قاسم، القانون المدنى، الالتزامات، المصادر، (1) العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، 2019م.
11. دكتور/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، طبعة 1976 . 1977م، دار النهضة العربية بالقاهرة.
12. دكتور/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976م.
13. دكتور/ محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية، عمليات البنوك، بدون دار نشر، طبعة 1984م.
14. دكتور/ مصطفى كمال طه، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، طبعة 1987م، بدون دار نشر.

15. دكتور/ مصطفى محمد الجمال، أحكام المعاملات المدنية فى إطار الفقهاء الإسلامى والغربى وقانون المعاملات المدنية الإماراتى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة 1993 م . 1994م، بدون دار نشر .

16. دكتور/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث فى تعديلات 2016م للتقنين المدنى الفرنسى، دار الجامعة الجديدة، سنة 2020م.

17. دكتور/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2013م.

(2) رسائل الدكتوراه

1. دكتور/ رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، سنة 1974م.

2. دكتور/ سمير إسماعيل حسن، الاعتبار الشخصى فى التعاقد، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 1975م.

3. دكتور/ شوقى أحمد عبد الله حسب الله، آثار تصرفات الوكيل المسخر، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2006م.

4. دكتور/ عصام عبد العزيز الدفراوى، أثر الوفاة على عقد الوكالة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2016م.

5. دكتور/ عماد طارق البشرى، فكرة النظام العام فى التشريع الإسلامى، النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2002م.

6. دكتور/ ماجد محمد عبد الرحمن خليفة، الوكالة التجارية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1977م.

7. دكتور/ محمد حمدى مكى، النيابة فى التصرفات القانونية فى القانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1985م.

(3) المراجع والأبحاث القانونية المتخصصة

1. دكتور/ أحمد شوقى عبد الرحمن، حدود سلطة الموكل فى إنهاء عقد الوكالة، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2005م.

2. دكتور/ إسماعيل عبد النبى شاهين، مسئولية الوكيل فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، سنة 2005م.

3. دكتور/ أحمد هندى، الوكالة بالخصومة، دار الجامعة الجديدة، 2006م.

4. دكتور/ السيد عيد نايل، مدى تأثير الالتزامات العقدية بوفاة المتعاقد، دراسة مقارنة، إصدار مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، 1414 هـ/ 1994م.

5. دكتور/ أيمن الدلوع، النيابة فى التعاقد وفق مبادئ القانون المدنى والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2017م.
6. دكتور/ جمال مرسى بدر، النيابة فى التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1980م.
7. دكتور/ جورج حزبون، أثر تعارض مصالح الأطراف على إنهاء عقد الوكالة التجارية فى القانون الأردنى، بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثانى، سنة 1994م.
8. دكتور/ حسن حسين البراوى، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1998م.
9. دكتور/ حسين محيسن الرشيدى، تحديد نطاق الوكالة وفقا للقانون الكويتى، بحث منشور فى مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، العدد 170.
10. دكتور/ خالد أحمد شبكة، التوكيل فى الخصومة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2006م.
11. دكتور/ سامى الدريعى، الوكالة غير القابلة للعزل فى القانون الكويتى والقانون الفرنسى، بحث منشور فى مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون، رمضان 1422 هـ . ديسمبر 2001م

12. دكتور/ سعيد السيد قنديل:

. المسئولية المدنية لشركات التأمين فى ضوء عقدى التأمين والوكالة، دار
الجامعة الجديدة، 2005م، ص 45 وما بعدها؛

. الوكالة فى مجال الملكية الفكرية، دراسة لأحكام الاتفاقيات الدولية و
التشريعات الوطنية، دار الجامعة الجديدة، ص 2008م.

13. دكتورة/ سوزان على حسن، عقد الوكالة بالعمولة للنقل، دار الجامعة الجديدة، سنة
2009م.

14. دكتور/ عبد الباسط محمد جميعى، الوكالة الظاهرة، بحث منشور فى مجلة العلوم
القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس، يوليو سنة 1963م
، العدد الثانى، السنة الخامسة.

15. دكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، تحديث وتنقيح
المستشار/ أحمد مدحت المراغى، الجزء السابع، الكتاب الأول، العقود الواردة على العمل
طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين، سنة 1428 هـ . 2007م.

16. دكتور/ عصام أنور سليم، الوكالة الساترة للبيع، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة
1995م.

17. دكتور/ فراس الكساسية ونبيلة كردى، الوكيل الذكى من منظور قانونى: تطور تقنى أم انقلاب على القواعد؟، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الخامس والخمسون، رمضان 1434هـ . يوليو 2013م.

18. دكتور/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى، عقد الوكالة، مناطها، ضوابطها، آثارها، توابعها فى التشريع المصرى والعربى والمقارن، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2006م.

19. دكتور/ محسن عبد الحميد البيه، فكرة الوكالة بغير نيابة، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد خاص، ديسمبر 2012م، الجزء الأول.

20. دكتور/ مدحت محمد محمود عبد العال، المسؤولية المدنية لوسيط التأمين، دار النهضة العربية، 2001م.

21. دكتور/ محمد أنور عبد العزيز عبد العال، حدود سلطة الوكيل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الازهر، العدد 18، الجزء الثالث، سنة 2006م.

22. دكتور/ محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، دار الجامعة الجديدة ،سنة 2016م.

23. دكتور/محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن،الوكالة فى التصرفات القانونية،دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع بالمنصورة،2014م.

24. دكتور/ محمد على عرفة،شرح القانون المدنى الجديد،فى التأمين والعقود الصغيرة، الطبعة الثانية،منقحة ومزيدة،مطبعة جامعة فؤاد الأول،سنة 1950م.

25. دكتور/محمد كامل مرسى،شرح القانون المدنى الجديد،العقود المسماة،الكفالة، الوكالة،السمسرة،الصلح،التحكيم،الوديعة،الحراسة،المطبعة العالمية،سنة 1368 هـ . 1949م.

26. دكتور/ محيى الدين إسماعيل علم الدين،العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية والقوانين العربية،الطبعة الثانية،1995م بدون دار نشر .

27. دكتور/ مروان كركبى،العقود المسماة؛البيع،المقايضة،الإيجار،الوكالة،دراسة مقارنة فى القانون اللبنانى والفرنسى والمصرى،الطبعة الثالثة، 1998م،بدون دار نشر .

28. دكتور/ مشعل مهدي جوهر حياة،مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصى فى عقد الوكالة،دراسة وفقا للقانون الكويتى والقوانين المقارنة،بحث منشور فى مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق،جامعة الكويت،العدد الأول،السنة الثالثة والثلاثون،ربيع الآخر 1420 هـ . مارس 2009م.

29. دكتور/مصطفى أحمد عبد الجواد حجازى،الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق،دار النهضة العربية بالقاهرة، 2005م.

30. دكتور/ مصطفى عبد الحميد عدوى، الوجيز في عقد الوكالة في القانونين المصري والأمريكي، طبعة 1997م بدون دار نشر.

31. دكتور/ معمر طاهر حميد ردمان، عقود الوساطة التجارية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2017م.

32. دكتور/ نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية، طبعة 2017م.

33. دكتور/ هشام فضلى، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دار الجامعة الجديدة، سنة 1999م.

34. دكتور/ ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، 2004م.

(4) مواقع الإنترنت

6. الأستاذ/ بدر أل على، الأمن القانوني، مقال منشور بتاريخ 11 فبراير 2019م على موقع جريدة البيان الالكترونية التالى:

[https:// www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports](https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports)

ثانيا: باللغة الفرنسية

(1) Ouvrages généraux

1 – Aubry, Rau et Esmein, Cours de droit civil français, 6 éd. T. VI.,1951.

2 – Bénabent (Alain), Les obligations, Montchrestien, 6éd., 1997.

3 – Colin et Capitant, Traité de droit civil, T. 11, 1959.

4 – Ghestin (Jacques) :

A) Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrats, L.G.D. J., Paris 1992.

B) Les obligations, le contrat formation, L.G.D.J., 3éd. 1994.

5 – Capitant (Henri), Les effets des obligations, R. T. D. Civ. 1932.

6 – Houin et Pedamon, Droit commercial, 9é éd., Paris, Dalloz, 1990.

7 – Jambu–Merlin, Droit civil, les contrats, les cours de droit, 1981.

8 – Josserand, Cours de droit positif français, T.2, 3e éd. 1939.

9 – Larroumet (Ch.), Droit civil, les obligations, le contrat, T. 111, 5ém. éd. 2003.

10 – Le Tourneau (Philippe), avec Bloch (Cyril) et Guettier (Christophe) et Giudicelli (André) et Julien (Jérôme) et Krajewski (Didier) et Stoffel – Munck (Philippe), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2008.

11 – Le Tourneau(Philippe) et Cadiet (L.), Droit de la responsabilité et des contrats, 2001, Dalloz, Paris.

12 – Mazeaud (D.), Leçon de droit civil, Tom. 111, 2e Vol., 11 partie , 5é. éd., 1980, par De Juglart, Montchrestien.

13 – Mazeaud (H. L. J.) et Chabas (F.), Leçon de droit civil, les obligations, théorie générale, Montchrestien, 9é. éd 1997, T. 11.

13 – Planiol (M.) et Ribert (G.), Traité élémentaire de droit civil français, 3^{éd.} 1954, T. XI.

(2) Les thèses françaises

1 – Albortchire (Adamou), Droit des affaires, le sort des contrats dans les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales, thèse Auvergne, 2005.

2 – Blondel (Pierre), La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse Dijon, 1969.

3 – Contamine – Raynaud (M.), L'intuitus personae dans les contrats , thèse Paris 11, 1974.

4 – Gilson – Maes (Anne), Mandat et responsabilité civil, thèse Reims Champagne – Ardenne, 2013.

5 – Giverdon (A.), L'évolution du contrat de mandat, thèse Paris, 1947.

6 – Grunberg (H.), L'intérêt commun dans les contrats de distributions, thèse Rennes, 1983, P. 194.

7 – Jambu – Merlin, Droit civil, les contrats, les cours de droit, 1981.

8 – Kostic (G.), L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, thèse Paris V, 1997.

9 – Krajesk (D.), L'intuitus personae dans les contrats, these Toulouse, 1998.

10 – Matokot (F. J.), La disparition d'une des parties au contrat de mandat, thèse 3e Cycle, Montpellier, 1981.

11 – Nicolas – Maguin (M – F.), Le mandate exclusive, D. 1979, Chron., p. 128

12 – Storct (M.), Essai sur le mécanisme de la representation dans les actes juridiques, thèse Strabourge, 1982.

13 – Stouffel (J.), Le mandate irrévocable, instrument de garantie, Melanges André Colomer, Paris, 1993.

(3) Etudes Spécifiques et Articles

1 – Alexandre (Daniel), Fin du mandat, Juris. Class. Civ. – Fasc. H – art. 2003 à 2010 – 8, 1984,

2 – Antonmattei (Paul – Henri) et Raynard (Jacques), Droit civil, contrats spéciaux, 4^e éd., Paris, Litec, 2004.

3 – Avril (Yves), Responsabilité des avocats, 2^e., éd., Dalloz, 2008.

4 – Azéma (Jacques), Le durée des contrats successifs, Paris.

5 – Barbieri (Jean-Jacques), Contrats civils, contrats commerciaux, Masson, Paris, 1995.

6 – Behar – Touchais (Martin), Le décès du contractant, Economica, Paris, 1988.

7 – Bénabent (Alain), Droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, 9^e éd. 2011, Montchrestien.

8 – Cabitant (Henri), Les effets des obligations, R. T. D. Civ. 1932, p. 721 et s

9 – Catala (P.), Le transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, R. T. D. Civ. Avril – juin. 1966, p. 185 à 215.

10 – Collart Dutilleul (François) et Delebecque (Philippe), Contrats civils et commerciaux, 8^{ème}, éd., 2007, Dalloz.

11 – Cornu (G.), Contrats spéciaux, R. T. D. Civ. 1977, p. 314 et s.

12 – Delfosse (Alain) et Baillon – Wirtz (Nathalie), Le mandat de protection future, D. S., 2007, P. 2224 et s.

13 – Demogue, De droit de résiliation unilatérale du contrat, R. T. D. Civ. 1907, p. 271 et s.

14 – Doucet (Jean – Paul), Les effets de la mort sur le madat, Gaz. Pal. 1963, Doct. P. 27 et s

15 – Duranton (Guy), Agents immobiliers, Répertoire de droit commercial, T.1, Dalloz

16 – Ferrier (Didier) :

A) Le contrat des agents immobiliers, J. C. P. éd. G. 1976, Doct. no. 2795

B) Commentaire de la loi du 25 juin 1991 sur l'agence commerciale, Chron. D. S., Entreprise, 1991.

17 – Fontaine (Marcel), et Ghestin (Jacques), Le effets du contrat à l'égard des tiers, L. G. D. J., Paris, 1992.

18 – Galipin (B.), Les rapports de la caution et de débiteur cationné , mémoire de D. E. A., Paris, 2002.

19 – Ghestin (Jacques), Le mandate d'intérêt commun, Mélange Derruppe (J.), éd. Litec, Paris 1991.

20 – Grignon (Philippe), Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999.

21 – Grimaldi (M.), Le mandate à effet posthume, Defrenois, 2007, p. 3 et s .

22 – Hébert (Sophie), Le mandate de prévention une nouvelle forme de juridique ? D. S., 2008, p. 307 et s.

23 – Huet (Jérôme), Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la direction de Ghestin, 2^{ème} éd. 2001, L.G.D.J. Paris.

24 – Izorche (M. L.), A propos du " mandate sans représentation", D. S., 1999, p. 369 et s.

25 – Jonnesco (Constantin), Le mandate en droit romain et français, Paris, Tyographie N. Blanpain, 1878,

26 – Laher (Rudy), Mandat et confiance, R. T. D. Civ. 2017, p. 541 et s.

27 – Leloup (Jean – Marie) :

A) Agent commercial, Dalloz, Reoertoire de droit commercial , T. 1, 1994.

B) La loi du 25 juin 1991 relative aux sport entre les agents commerciaux et leur mandants ou le triomphe de l'intérêt commun, J. C. P. éd. E. 1992, 1, P. 105.

28 – Level (P.) et Guillaume (P.), Agents commerciaux, Juris – Class. Com. Anne xes fasc. 22.

29 – Le Tourneau (Philippe) :

A) L'évolution du mandat, D. S., 1992, Chron. P. 157 et s.

B) Contrats intuitus personae, Juris – Classeur, Contrats distributions, 1994, fasc. 420.

C) Mandat, Répertoire de droit civil, Dalloz, Tom. V., 2e éd. 1992,

30 – Mainguy (Daniel), Contrats spéciaux, 7é. éd. 2010, Dalloz.

31 – Malaureie (Philippe) et Aynés (Laurent), Cours de droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Tome VIII, 8é éd. 1994, éd. CUJAS.

32 – Malaureie (Philippe), Aynés (Laurent) et Gautier (Pierre – Yves), Droit civil, les contrats spéciaux, 2003, Defrénois.

33 – Najjar, Mandat post mortem et libéralités par dans manuel et comptes bancaire : Mélanges offerts à M. Pierre Raynaud, 1985.

34 – Nicolas – Maguin (Marie – France.), Le mandate exclusive, D. S., 1979, Chron., p. 265 et s.

35 – Pecaut – Rivolier (Laurence), le mandat de protection future, D. S., 2009, P. 216.

36 – Plaisant (R.), Les contrats d'exclusivité, R. T. D. Com. 1964, p. 5 et s.

37 – Perrot, Le mandat irrevocable, Travaux de l'Association H. Capitant, Tom. 10, 1956, p. 446

38 – Ripert (G.), Une nouvelle propriété incorporelle : La clientèle des représentas de commerce, D. H., 1939, Chron. p. 1 et s

39 – Sallé de la Marnierre (M.), Mandat irrévocable, R. T. D. Civ., 1937, p. 241 et s

40 – Storck, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les acts juridiques, L. G. D. J., Paris, 1982.

41 – Stoufflet (Jean), Le mandat irrévocable, Instrument de garantie, Mélanges André Colomer, Litec, Paris, 1993.

42 – Viatte (J.), Le mandate " adlitem", Gaz. Pal. 1976, Doct. P. 392 et s.

(4) Observations

1 – Carbonnier (J.), obs. R. T. D. Civ. 1955, p. 522 .

2 – Chabas, obs. sur Com. 3 févr. 1982, R. T. D. Civ. 1982, p. 603.

3 – Chevrier (E.), obs. sur Com. 3 juil. 2001, D. S., 2001, Juris. p. 2826.

4 – Cornu (G.):

A) obs. dans R. T. D. Civ. 1962, p. 133 et 134.

B) obs. sur Civ. 1re, 19 févr. 1968, R.T.D.Civ. 1968, p. 559.

5 – Delebecque (Ph.):

A) obs. sur Civ. 8 janv. 1994, D. S., 1994, p. 1236.

B) obs. sur Com. 6 mars 2001, D. S., 2001, Somm. p. 3243.

6 – Hémard :

A) obs. sur Com. 30 oct. 1961, R. T. D. Com. 1962, p. 729.

B) obs. sur Aix– en– Provence, 31 oct. 1963, J. C. P. éd. G. 1964, 2, no. 1367.

C) obs. sur Com. 28 juin 1967, R. T. D. Com. 1968, p. 111.

D) obs. sur Com. 20 févr. 1972, R. T. D. Com. 1972, p. 676.

E) obs. sur Paris, 31 mars 1973, R. T. D. Com. 1973, p. 620.

F) obs. sur Lyon, 12 mars 1974, R. T. D. Com. 1974, p. 578.

G) obs. sur Lyon, 7 oct. 1974, R. T. D. Com. 1975, P. 169.

7 – Gautier (P – Y.) :

A) obs. sous Com. 14 mars 1995, R. T. D. Civ., 1996, p. 195.

B) obs. sous Civ. 1re, 20 oct. 2001, R.T.D.Civ., 2002, p. 110.

8 – Landraud, obs. sur Civ. 24 juil. 1978, D.S. 1979, Inf. Rap. p. 151.

9 – Mazeaud (D.), obs. sur Com. 3 juin 1997, D. S., 1998, Somm. p. 113.

10 – Mestre et Fages, obs. sur Civ. 6 mars 2001, R. T. D. Civ. 2001, p. 589.

11 – Patarin, obs. sur Cass. civ., 1^{re}, 28 juin 1988, R. T. D. Civ., 1989, p. 116.

12 – Saint– Alary–Houin (C.), obs. sur Cass. civ. 13 avril 1983, R. D. Immo. 1984, p. 69.

13 – Serra (Y.), obs. sur Paris, 17 déc. 1986, D. S. 1988, Somm. p. 173.

14 – Tomasin (D.), obs. sur C. A Paris, 23 oct. 1985, R. D. Immo. 1986, p. 221.

15 – Virassamy (G.), obs. sur Com. 3 juil. 2001, J. C. P. 2001,1, p. 134.

(5) Notes

1 – Alias (Chr.), note sous Civ. 27 avril 1988, D. S., 1988, p. 350.

2 – Aubert, note sous Civ. 16 juin 1970, D. S., 1971, Juris., p. 261.

3 – Aubert – Monpeyssen (Therese), note sous Com. 2 mars 1993, D. S., 1994, Juris. P. 48.

4 – Behard – Touchais (M.), note sous Com. 2 mars 1993, J. C. P., éd. G. 1993, 11, no. 22175.

5 – Benabent (Alain), note sous cass. civ., 1re, 2 déc. 1997, Defrenois, 1998, p. 400.

6 – Berr et Groutel, note sous Civ. 5 déc. 1978, D.S., 1979, 1, P. 401.

7 – Boccara, note sous Com. 17 févr. 1958, J. C. P. 1958, 2, p. 1070.

8 – Bouloc (B.), note sous Civ., 1re, 17 mars 1987, R. T. D. Com., 1988, p. 291.

9 – Brill (J – P.) et Koering (C.), note sous Com., 29 oct. 2002, D. 2003, P. 223.

10 – Cadou, note sous Com. 29 févr. 2000, J. C. P., éd. G., 2000, II, no. 10355.

11 – Chartier (Y.), note sous Com. 29 nov. 1994, D. S., 1995, II, P. 252.

12 – Dagherne – Labbé (Yannick):

A) Rejet de la demande de réduction de l'indemnité contractuelle de résiliation due au mandataire, note sous cass. civ. 1re, 6 mars 2001, J. C. P. éd. G. 1 mai 2002, no. 18, Juris. 11, 10067, p. 828.

B) La révocation du mandat stipulé irrévocable, note sous cass. Civ. 1re, 5 févr. 2002, D. S., 2002,11, Juris. p. 2640.

C) note sous Civ. 1re, 20 oct. 2001, J. C. P. éd. G. 2001, II, 10094.

13 – Delebecque (Ph.), note sous Cass. civ., 1re, 2 déc. 1997, Defrenois, 1998, p. 332.

14 – Djigo (A.), note sous Civ. 3e, 10 nov. 1998, J. C. P. éd. G. 1999, 11, no. 10051.

15 – Doucet (Jean – Paul), Civ. 1re, 19 févr. 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, p. 144.

16 – Giverdon (Cloude), note sous cass. civ. 16 nov. 1954, J. C. P. éd. G. 1955, 11, no. 8616.

17 – Hanine, note sous C. A. Riom, 8 oct. 1976, J. C. P. éd. G. 1978, 2, 18941.

18 – Hémard (J.) :

A) note sous cass. civ., 1re, 3 mars 1964, D. S., 1965, P. 73.

B) note dans D. S., 1976, Juris. p. 344.

19 – Lalou, note sous req. 18 déc. 1911 et 8 janv. 1912, D. 1913,1, P. 185 à 188.

20 – Lambert, note sous Com. 8 oct. 1969, (2 arrêts), D. S., 1970, Juris. P. 143 et s.

21 – Le Tourneau (Ph.), note sous Civ. 4 mars 1980, Gaz. Pal., 13 août 1980.

22 – Level, note sous Com. 28 juin 1967, J. C. P. éd. G. 1967, 2, 15290.

23 – Marino (Laure), note sous Civ., 1re 16 oct. 2008, J. C. P. 2009, P. 42.

24 – Martin (D.) :

A) note sous Civ., 1re, 28 juin 1988, D. 1989, J. C. P. éd. G. 1989, II, no. 21366.

B) note sous Civ., 1re, 5 févr. 2002, J. C. P. éd. G. 2003, II, no. 10029.

25 – Monéger, note sous Civ. 20 avril 1988, J. C. P. éd. G. 1988, 1, no. 21229.

26 – Najjar, note sous Civ., 1re, 28 juin 1988, D. S., 1989, p. 181.

27 – Putman, note sur Saint – Denis de la Réunion, 16 oct. 1989, J. C. P. éd. G. 1990, 11, no. 21504.

28 – Sainte – Rose, Concl. sur Civ. 2 déc. 1997, Gaz. Pal. 1998, Juris. P. 195.

29 – Salvage, note sur Cass. civ., 1re, 28 juin 1988, D. S., 1989, J. C. P. N. 1989, II, p. 74.

30 – Souleau, note sur C. A. Paris, 8 juin 1979, D. S., 1980, P. 454.

31 – Thérèse, note sur Civ. 3 mars 1993, D. S., 1994, Juris, p. 48.

32 – Treppoz (E.), note sur Civ. 1re, 20 oct. 2001, J. C. P. éd. E. 2002, P. 293.

33 – Vidal, note sous Cass. com. 17 et 27 févr. 1958, D. S., 1958, P. 541 et s.

34 – Viondier (A.), note sous Com., 30 mai. 2000, J. C. P. éd. G. 2000, II, no. 10401.

Al. : Alinéa

Art. : Article.

Art. préc. : Article Précité .

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation française.

Bull. Com. : Bulletin des arrêts des chambres commerciale de la Cour de Cassation française.

C. A. : Cour d'Appel .

Cass. civ. : Arrêt de la cour de cassation chambre civile.

Cass. 1er civ : Cassation civile, première chambre.

Cass. 2e, civ : Cassation civile , deuxième chambre

Cass. 3e, civ. : Cassation civile, troisième chambre.

Cass. com : Arrêt de la cour de cassation chambre commerciale

.

Cass. soc. : Cassation chambre sociale.

C. E. : Conseil d'Etat.

Chron. : Chronique .

Civ. : Arrêt de la cour de cassation chambre civile.

Com. : Arrêt de la cour de cassation chambre commerciale.

Comm. : Commentaires.

Comp. : Comparer.

Conv. : Convention.

D. : Recueil Dalloz de doctrine et de jurisprudence et de
legislation.

Déc. : Mois de décembre.

D. H. : Dalloz Hebdomadaire.

Doct. : Doctrine.

Docto. : Doctorat.

D. P. : Dalloz Périodique.

D. S. : Recueil Dalloz – Siery. De doctrine, de jurisprudence et de législation.

Éd. : Édition.

Et s : Et suivants.

Fasc. : Fascicule.

Févr. : Mois de février.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

Ibid : Au même endroit (Ibidem).

Inf. Rap. : Informations Rapides.

I. R. : Informations Rapides.

Janv. : Mois de janvier.

J-CL. : Collection des Juris – Classeurs.

J.C.P. E : Juris – Classeur Périodique, Cahiers de droit de l'entreprise.

J.C.P. éd. G : Juris – Classeur Périodique, édition général, or la Semaine Juridique.

Juill. : Mois de juillet.

Juris. : Jurisprudence.

Juris – Data : La Banque de données informatique des éditions du Juris–Classeur.

L. G. D. J. : Librairie Générale de droit et de jurisprudence.

Litec : Librairies Techniques.

No. : Nombre (Numéro).

Nos : Nombres (Numéros).

Nov. Mois de novembre.

Obs. : Observations.

Oct. : Mois de octobre.

Op. cit. : Ouvrage Précité.

P. : Page.

Pano. : Panorama Jurisprudence.

Par ex. : Par exemple.

Préc. : Précité.

PUF. : Presses Universitaires De France

Rapp. : Rapport.

R. D. Immob. : Revue de Droit Immobilière.

Req. : Chambre Requetes.

Rev. : Revue.

R. T. D. Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civile.

S. : Recueil Général de Lois et des Arrêts Siery.

Soc. : Arrêt de la cour de cassation chambre Social.

Somm. Sommaires Jurisprudence.

T. : Tome.

Tom. : Tome

Trib. : Tribunal.

Trib. Civ. : Tribunal Civile.

Trib. Com. : Tribunal commerciale.

Trib. Gra. Inst. : Tribunal de Grande Instance.

V. : Voir.

Vol. : Volume.

أبحاث في القانون الجنائي

**المواجهة الجنائية للجرائم الماسة بالسمعة
عبر الشبكة العنكبوتية
في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012**

الدكتور

ممدوح خليل البحر

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية الشرطة / أبوظبي

مستخلص

مع تقدم البشرية تتقدم وتتطور معها الجريمة، وتعتبر الجريمة المعلوماتية أو جرائم تقنية المعلومات نوع جديد من الجرائم. هذا النوع من الجرائم المتمثل في الوصول إلى أجهزة الحاسب الآلي للضحايا نوع جديد من الجرائم، على يد هؤلاء المجرمين وتدمير واتلاف البيانات والمعلومات والشبكات وأنظمة التشغيل وسرقة البيانات والمعلومات المخزنة فيها.

كما إن الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم الإلكترونية هم في الغالب على قدر كبير من المهنية حيث يقوموا بإنشاء واستخدام برامج شريرة ومعقدة يطلق عليها أسماء عديدة وكلها تندرج تحت مسمى عام هو الفيروسات ويطلق عليهم اللقب الأكثر انتشاراً (Hackers) أي القرصنة. وأن الجريمة المعلوماتية (الإلكترونية) لا تختلف عن الجريمة العادية من حيث أركانها وعقوباتها لأنها تعتبر تعدي على حقوق وملكيات الآخرين. تكلمنا في مقدمة عن أهمية الموضوع وخطورته، وتكلمنا في المبحث الأول: عن الأحكام الموضوعية لجريمتي القذف والسب (الركن المادي والركن المعنوي، وفي المبحث الثاني: عن أحكام العقاب على القذف والسب عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وفي المبحث الثالث: عن وسائل الإثبات الجنائي لجرائم القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية. وفي ختام البحث توصلنا إلى عدد من التوصيات منها: ضرورة تعديل التشريعات وضرورة وضع نصوص خاصة بالجوانب الموضوعية والإجرائية خاصة فيما يتعلق (بالضبط والتحقيق)، وأكدنا على الجانب الوقائي

من خلال التوعية للأسرة والشباب ودور منظمات المجتمع المدني، وضرورة استحداث قضاء متخصص للنظر في هذا النوع من الجرائم مع تأهيل القائمين على إجراءات الضبط والتحقيق.

Abstract

Crime is considered as the most dangerous social disease facing humanity all through ages ever since creation of mankind. Therefore, heavenly legislations and positive laws were set forth to punish those who are driven away from the route of right and follow the route of crime. Thus, justice is achieved and the rights of individuals, groups and all categories are maintained.

Along with human progress and development, goes crime and develops. Electronic or IT crime , or computer crimes, are a new class of crime .This class of crime is represented in accessing victims computers via these criminals and destruction or corrupting data information ,networks, operating systems and stealing the stored data and information therein.

The criminals who commit such electronic or IT crimes are mostly highly professional where they manage to set up and use wicked and complicated programs under various names of one category – Viruses. These people are commonly named “Hackers” i.e. pirates. Among these criminals or intruders is a

group of young people and teenagers who are only after stressing their superiority and experiencing their capabilities in this field.

In the introductory chapter, the researcher will discuss the nature and concept of IT electronic crime and offender's behavior, on the other hand, the first chapter studies the subjective aspects of crimes on reputation as stipulated in the Federal penal code No (3) of the UAE of 1987 notably defaming, infringing privacy and disclosing secret and the Federal law No (5) of 2012 on combating IT crimes committed by IT devices with compare to Foreign and Arabs laws. Overall such acts fall on honor, freedom and privacy of person because such rights are secure and protected by law, religion, constitutions and resolutions for it represents the person morals and values. The second chapter touches the procedurals aspects of crimes on reputation by means of electronic IT devices.

مقدمة

من المعلوم أنه مع تطور البشرية تتقدم وتتطور معها الجريمة، وتعتبر الجريمة الالكترونية، وجرائم تقنية المعلومات نوع جديد من الجرائم، هذا النوع من الجرائم المتمثل في الوصول إلى حواسيب الضحايا من الناس وارتكاب الجرائم من خلالها، هؤلاء هم في الغالب على قدر كبير من المهنية، ويطلق على هؤلاء الاسم الشائع الـ(Hackers) أي القرصنة.

فالعالم يواجه خطراً داهماً مع تزايد انتشار هذا النوع من الجرائم⁽¹⁾، والتي تقوم على الاعتداء على حرية الأشخاص وخصوصياتهم وعلى ممتلكاتهم وعلى عرضهم وشرفهم، فقد أصبحت تلك الجرائم تمثل تحدياً كبيراً لكافة المجتمعات، حيث يصعب اكتشاف الجريمة الإلكترونية بسبب سريتها، وسرعتها، وأنها مجهولة المصدر خاصة في حالة قيام شخص من خارج الدولة بارتكابها، فما زالت الأجهزة القضائية وفقهاء القانون عاجزين عن الخروج بتصوير واضح عن الجريمة الإلكترونية، وهنا تأتي ضرورة وضع القوانين الرادعة لمثل هذه الأفعال المشينة لجعل كافة مستخدمي الشبكة على بينة من أمرهم لتحقيق الأمن الإلكتروني

⁽¹⁾ د. محمود أحمد طه: المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2013، ص 177 .

وحفظ الحقوق المترتبة على الاستخدام المشروع للحاسبات الآلية والشبكات المعلوماتية ولحماية المصلحة العامة والأخلاق والآداب العامة⁽¹⁾.

وإزاء خطورة إساءة استخدام شبكة الإنترنت خاصة في جرائم السب والقذف والإساءة الموجهة لسمعة وشرف الأشخاص، والتي لم يتم التطرق إليها بشكل كبير من خلال الدراسات وما يسببه هذا النوع من الاخلال بالأمن الاجتماعي وارتفاع معدلات الجريمة داخل المجتمع الإماراتي والعربي، ولهذا فقد وقع اختياري لهذا الموضوع.

أولاً: إشكالية البحث:

كل ما يخل بنظام المجتمع ويحدث الاضطراب فيه محرم ومجرم شرعاً وقانوناً، ولما كانت الجريمة لا تقف عند عصر معين، بل تتطور بتطور العصور، وتعدد صورها بتعدد الوسائل والوسائط، ولما كان هذا العصر عصر الوسائل الحديثة من أجهزة اتصال وحاسب آلي وإلكترونيات عمت وغلبت في استعمالات الناس الخاصة والعامة؛ أصبحت بطبيعة الحال من الوسائل التي يمكن أن ترتكب بها الجريمة، وقد أدى ذلك إلى ظهور ما اصطلح على تسميته بالجرائم الإلكترونية؛ التي تمثل أحد معوقات التطور التقني والنمو الإلكتروني، والتي أدت

⁽¹⁾ د. علي حسن الطويلة: الحماية الجنائية لمواجهة الجرائم الأخلاقية المستحدثة في التشريع الأردني والإماراتي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 235، 2008، ص 265.

في كثير من الأحيان إلى إحجام كثير من الناس عن التعاملات الإلكترونية، وتخوفهم من تقديم أي بيانات خاصة بهم لأي موقع من المواقع على شبكة الإنترنت وعدم قناعتهم بأي ضمانات تقدم لهم وتتضمن حماية معلوماتهم الشخصية.

ومن أكثر الجرائم الإلكترونية انتشاراً وشيوعاً الجرائم الواقعة على الأشخاص عبر شبكة الإنترنت كالسب والقذف والجرائم الواقعة على السمعة عبر شبكة الإنترنت؛ فقد أصبحت تلك الجرائم تمثل تحدياً كبيراً لكافة المجتمعات لأنها تصيب الأشخاص في أعراضهم وسمعتهم وشرفهم حيث تعددت صورها من جرائم استخدام بيانات شخصية غير صحيحة، إلى جمع أو تخزين بيانات شخصية صحيحة ولكن على نحو غير مشروع جنائياً، مثل جرائم إفشاء الأسرار، جريمة التهديد والمضايقة والملاحقة، انتحال الشخصية والتغريب والاستدراج، الابتزاز الجنسي، وجرائم الاعتداء على السمعة عبر الإنترنت، وعليه تدور إشكالية الدراسة حول تساؤل، سيتم الإجابة عليه في إطار بحثنا للموضوع، وهو: هل نجح المشرع الإماراتي في وضع المعالجة الجنائية لمواجهة جرائم السب والقذف عبر شبكة الإنترنت بهدف حماية الأشخاص من الاعتداء عليهم؟.

وينبثق من هذا التساؤل الرئيسي عدد من التساؤلات الفرعية، منها ما يلي:

1- ما هو مفهوم جريمة السب والقذف؟.

2- ما العقوبة المقررة لجريمتي القذف والسب عبر شبكة الإنترنت؟.

3- ما هي وسائل الإثبات لجريمتي القذف والسب عبر شبكة الإنترنت؟.

ثانياً: أهمية الدراسة:

ترجع أهمية الدراسة إلى ما يلي:

إن جرائم السب والقذف عبر شبكة الإنترنت تشكل مشكلة يعاني منها مستخدمو الشبكة وذلك لصعوبة الحصول على أدلة رقمية للكشف عن مرتكب الجريمة الإلكترونية، مما يساعد على سرعة إنتشار هذه الظواهر السلبية بالإضافة لسهولة ارتكاب هذه الجرائم في الأماكن العامة وحتى أمام الملاً دون شعور الآخرين بحيث لا يترك المجرم أية بصمة عن جريمته.

ثالثاً: أهداف الدراسة:

هدفت الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

1- بيان مفهوم جريمة القذف والسب واركانهما.

2- توضيح العقوبة المقررة لجريمتي السب والقذف عبر شبكة الإنترنت في التشريعات العقابية لبعض الدول الأجنبية والعربية.

3- الوقوف على وسائل الإثبات الجنائي لجريمتي القذف والسب عبر شبكة الإنترنت.

رابعاً: منهج الدراسة:

استفاد الباحث من أكثر من منهج منها: المنهج الوصفي التحليلي لوصف الظاهرة موضوع الدراسة، والمنهج المقارن الذي يستدعي المقارنة مع بعض النظم القانونية، العربية والأجنبية، التي لها صلة مباشرة بموضوع المسؤولية الجنائية عن القذف والسب عبر شبكة الإنترنت، وضمنت تشريعاتها بنصوص قانونية تكفل حمايتها أمام تلك الجرائم، وهذه النصوص القانونية التي يمكن الاستفادة منها في تشريعاتنا القانونية والوطنية، والتوصل إلى توصيات ورؤى مفيدة لمواجهة جريمة السب والقذف عبر شبكة الإنترنت.

خامساً: الدراسات السابقة:

دراسة "ميثاء الشيباني، 2018" بعنوان (المسؤولية الجزائية عن جرمي السب والقذف بالوسائل الإلكترونية طبقاً للمرسوم رقم (5) لسنة 2012 بشأن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات)⁽¹⁾، هدفت الدراسة إلى التعرف على المسؤولية الجزائية عن جرمي السب والقذف عبر شبكة الإنترنت والوسائل الإلكترونية الأخرى في التشريع الإماراتي طبقاً للمرسوم أعلاه بشأن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وقد أوصت الدراسة بأهمية التركيز على التوعية بهذا النوع من الجرائم

¹ ميثاء الشيباني: المسؤولية الجزائية عن جرمي السب والقذف بالوسائل الإلكترونية طبقاً للمرسوم رقم (5) لسنة 2012 بشأن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات، 2018.

وضرورة تدريب وزيادة كفاءة العاملين في ضبط هذه الجرائم تماشياً مع التطور التكنولوجي في وسائل التقنيات الحديثة، وضرورة تشديد العقوبات على مرتكبي هذه الجريمة لما تشكله من خطر جسيم وأثر بالغ على شرف واعتبار المجني عليهم.

دراسة (محمد بن عبدالعزيز بن صالح المحمود، 2014) بعنوان (المسؤولية الجنائية عن إساءة استخدام وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة)⁽¹⁾، هدفت الدراسة إلى التعرف على التكيف القانوني النظامي لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة، والتعرف على تقرير مبدأ المسؤولية الجنائية لمستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة، وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها: وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة اليوم هي بمثابة وسائل إعلامية من نوع خاص، عرفت بالإعلام الجديد، وتعامل من حيث المسؤولية الجنائية معاملة وسائل الإعلام الأخرى، وقد أوصت الدراسة المشرع السعودي بمراعاة إعادة النظر في المادة (6) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بشأن وضع عقوبة مناسبة تفرق بين المنتج والمعد والمرسل وبين المخزن.

⁽¹⁾ محمد بن عبدالعزيز صالح المحمود: المسؤولية الجنائية عن إساءة استخدام وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة، دراسة تطبيقية تأصيلية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014.

دراسة إعداد (محمد سالم الزعابي، 2014) بعنوان (الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات الإلكترونية)⁽¹⁾، هدفت الدراسة إلى التعريف بالجريمة الإلكترونية وأبعادها وخصائصها والطبيعة القانونية لها من حيث أركانها وأطرافها، والوقوف على الجرائم الواقعة على السمعة الناتجة عن استخدام تقنية المعلومات وشبكة الإنترنت وفئات الجناة في هذا النوع من الجرائم، كما هدفت الدراسة إلى التعرف على القوانين الوطنية والدولية والاتفاقيات الدولية الساعية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات بالتركيز في المقارنة على القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 2012، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بالإضافة إلى التعرف على أهم إجراءات التحقيق الابتدائي في الجرائم الواقعة عبر تقنية المعلومات الإلكترونية، وقد أوصت الدراسة بضرورة إدراج جوانب إجرائية منظمة لعمليات البحث والتحري والتحقيق في مجال الجرائم الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وعدم الاعتماد على قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات.

أوجه الاستفادة من الدراسات السابقة:

لقد تمكن الباحث من خلال الدراسات السابقة أن يتعرف على بعض الأفكار والأدوات والإجراءات والمراجع الخاصة بالموضوع، والتي ساعدته على

⁽¹⁾ محمد سالم الزعابي: بعنوان الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشرطة، أبوظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2014.

تدعيم الدراسة، كما ساعدت الدراسات السابقة الباحث على التعرف للتوصيات والمقترحات التي توصل إليها الباحثين في نفس المجال.

تشابه الدراسة الحالية من الدراسات السابقة:

تتشابه الدراسة الحالية من الدراسات السابقة في الاهتمام بموضوع المسؤولية الجنائية عن جرائم السب والقذف عبر شبكة الإنترنت، كما اتفقت تلك الدراسات السابقة من الدراسة الحالية بمنهج الدراسة حيث استخدمت معظم تلك الدراسات المنهج الوصفي بمجالاته وأساليبه المختلفة.

اختلاف الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة:

اختلفت الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة في الأهداف التي سعت إليها كل دراسة من الدراسات السابقة عن الأهداف التي تسعى إليها الدراسة الحالية وذلك لاختلاف الموضوعات التي تناولت الدراسات السابقة عن الموضوع الذي تتناوله الدراسة الحالية، أما هذه الدراسة فقد ركزت من حيث الهدف على المسؤولية الجنائية لجريمة السب والقذف عبر شبكة الإنترنت بينما تنوعت أهداف الدراسات السابقة.

خطة البحث:

المبحث الأول: الأحكام الموضوعية لجريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية.

المطلب الأول: الركن المادي.

المطلب الثاني: الركن المعنوي.

المبحث الثاني: أحكام العقاب على السب والقذف عبر الشبكة العنكبوتية.

المبحث الثالث: وسائل الإثبات الجنائي لجرائم السب والقذف عبر الشبكة العنكبوتية.

المطلب الأول: التفتيش.

المطلب الثاني: شهادة الشهود والخبرة التقنية في جرائم السب والقذف.

الخاتمة

المبحث الأول

الأحكام الموضوعية لجريمتي القذف والسب

عبر الشبكة العنكبوتية في التشريع المقارن

تمهيد وقسيم:

تعتبر جريمتي السب والقذف عبر الشبكة العنكبوتية، من الجرائم الواقعة على الشرف والاعتبار، وقد نص المشرع الإماراتي على هذه الجريمة في المادة (20) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وتعديلاته، والتي نصت على أنه: (مع عدم الإخلال بأحكام جريمة القذف المقررة في الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من سب الغير أو أسند إليه واقعة من شأنه أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء من قبل الآخرين، وذلك باستخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، فإذا وقع السب أو القذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عُذ ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة).

ومن خلال نص هذه المادة يلاحظ أن المشرع الإماراتي قد جرم فعلي السب والقذف، لذا يقتضي تحديد البنيان القانوني لهذه الجريمة، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية.

المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية.

المطلب الأول

الركن المادي لجريمة القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

تمهيد وتقسيم:

يعرف السب بأنه: (خدش شرف واعتبار شخص عمداً دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة له)⁽¹⁾، أما القذف فهو: (إسناد واقعة محددة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو احتقاره اسناداً علينا عمدياً)⁽²⁾، وتعتبر جرمي السب والقذف عبر الشبكة العنكبوتية من الجرائم الواقعة على الشرف والاعتبار، وقد نص المشرع الإماراتي على هذه الجريمة في المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

تتميز جرمي السب والقذف بالوسائل الإلكترونية بسمات خاصة تميزها عن جرمي السب والقذف التقليديين، حيث تتمثل في أنها ترتكب بواسطة وسيلة إلكترونية قد لا تتوافر في الجريمة التقليدية، وتقع على المجني عليه مباشرة، كأن ينسب إليه في وسيلة إلكترونية مادة أو كلمة مشينة أو إسناد واقعة محددة تؤدي إلى احتقاره في المجتمع⁽³⁾.

¹ سالم روضان الموسوي: جرائم القذف والسب عبر القنوات القضائية، ص 43.

² عادل عزلم: جرائم الذم والقذف والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، ص 68.

³ حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، ص 341.

الفرع الأول

عناصر الركن المادي لجريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

يشترط لقيام الركن المادي في جريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية توافر عدة عناصر هي النشاط الإجرامي وهو (فعل الإسناد) أي الإفصاح عن الواقعة المستتدة، (وموضوع الإسناد) وهو الواقعة المحددة محل الإسناد التي من شأنها أن تجعل من أسندت إليه محلاً للعقاب أو الازدراء⁽¹⁾، و(وسيلة الإسناد) المستخدمة وهي وسيلة إلكترونية، وصفة لهذا النشاط وهي (العلانية)، وهو ما سنبحثه تفصيلاً على النحو التالي:

أولاً: الإسناد في جريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية:

الإسناد هو تعبير مضمونة رمي شخص، شخص آخر بما يخذش شرفه أو اعتباره⁽²⁾، ويعرف أيضاً بأنه نسبة أمر معين، أو بتعبير آخر هو اسناد واقعة معينة تمس سمعة المجني عليه بأي طريقة من طرق التعبير⁽³⁾، لذا فإن جريمتي القذف والسب عبر وسائل التواصل الاجتماعي تقوم على فعلين أولهما: الإفصاح

¹ محكمة النقض - أبوظبي في الطعون (1182 ، 1167 ، 1110) لسنة 2015 جزئي، بتاريخ 2016/2/22.

² محمد سعيد نمور: الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار عمان للنشر، عمان، 2000، ص119.

³ عبدالرزاق الموافي: قانون العقوبات لدولة الإمارات، معهد دبي القضائي، دبي، 2010، ص178.

عن الواقعة، أي التعبير عنها، وثانيهما: إذاعة الواقعة، أي العلانية التي تتطلبها الجريمة.

ويلاحظ من خلال نص المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽¹⁾، تنوع صور الإسناد⁽²⁾، في جرمي القذف والسب التقليدية، ويمكن تقسيمها إلى عدة صور على النحو التالي:

¹ تنص المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أنه: (مع عدم الإخلال بأحكام جريمة القذف المقرر في الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب الغير أو أسند إليه واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء من قبل الآخرين، وذلك باستخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة من وسائل تقنية معلومات. إذا وقع القذف أو السب في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عُذ ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة.

² لم يفرق المشرع بين الإسناد والإخبار والمقصود بهذا الأخير أن يروي عن غيره خبراً يحتمل الصدق أو الكذب، فالجريمة تتحقق سواء كان المجني عليه شخص طبيعي أو معنوي في حضوره أو في غيابه، علم بها أو لم يعلم بها، وسواء كانت الصيغة المستعملة تأكيدية أو تشكيكية، صريحة أو ضمنية، ويستوي كذلك وسيلة القذف بأي لغة كانت بشرط أن تكون مفهومة، وتتحقق وسيلة الكتابة سواء بخط اليد أو الآلة الكاتبة أو بالحاسب الآلي أو غيرها من وسائل الكتابة التي تشمل الرموز والرسوم وغيرها، كما أن الإسناد يتحقق بالإشارة في هذه الجريمة إذا قصد به نسبة واقعة لآخر. أنظر: شريف سيد كامل: قانون العقوبات الاتحادي - القسم العام، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2009م؛ ص 132.

1- الإسناد الصريح والإسناد الضمني: وتتحقق هذه الصور إذا كانت العبارات

المستخدمة في جريمتي السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي صريحة وواضحة ومباشرة، أي تعبر عن المعنى المراد توصيله إلى الجمهور، فالقاعدة هنا أنه لا عبارة بالأسلوب الذي صاغ فيه الجاني عباراته سواء كان صريحاً— أي لا يحتاج الشخص المستخدم لوسيلة التواصل الاجتماعي إلى مجهود ذهني لاستخلاص المعنى المقصود به، أم كان ضمناً - أي يتطلب مجهود من المجني عليه لفهمه واكتشاف المعنى الحقيقي المراد منه، وعليه فإنه يستوي أن تكون العبارات المشينة المستخدمة في الجريمة دالة دلالة واضحة وصريحة على المعنى أو كانت على سبيل التلميح أو التعرض أو التورية، ففي جميع هذه الأحوال تقوم الجريمة⁽¹⁾.

2- الإسناد على سبيل القطع أو على سبيل الظن: قد يسند المتهم للمجني واقعة ما على سبيل الجزم واليقين، وقد يسندها إليه على سبيل الشك والاحتمال، وتتحقق الصورة الأولى من الإسناد بكل صيغة كلامية أو كتابية توكيدية تجزم حقيقة الواقعة المراد نسبتها من المتهم إلى المجني عليه، فيؤدي هذا الإسناد الذي قام به الجاني عبر وسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي إلى المساس بشرف واعتبار المجني عليه وجعله محط ازدراء الناس، أي أن يقع الإسناد من المتهم إلى المجني عليه في هذه الجريمة على سبيل القطع واليقين. أما الصورة الثانية فتتحقق

¹ محمد سالم الزعابي: الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014م، ص57.

بصيغة كلامية أو كتابية تشكيكية شأنها أن تلقي في أذهان مستخدم الوسيلة الالكترونية الحديثة حقيقة وقتية أو ظناً أو احتمالاً للعبارة المسندة إلى المجني عليه⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة تمييز دبي بأنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إسناد شخص لآخر واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء بإحدى طرق العلانية تقوم سواء كان هذا الإسناد على سبيل القطع أو على سبيل الظن أو الاحتمال ذلك أنهما متساويان في نظر القانون وترتكب بأيهما الجريمة - ولم يتطلب القانون في هذه الجريمة إسناد واقعة معينة إنما تقوم على ما يחדش شرف المجني عليه واعتباره⁽²⁾)

3- الإسناد على سبيل الاستفهام: تتحقق هذه الصورة عندما يفرغ المتهم عباراته في صيغة استفهامية، كمن يطرح سؤالاً يسأل فيه عن صحة إسناد واقعة مشينة إلى المجني عليه دون تقديم إجابة، كأن يقول: هل صحيح إن فلان لص وزنديق؟، أو أن يجيب على سؤال يحتوي على عبارات مشينة بلفظ نعم أو لا، إذا كانت هذه الإجابة بهدف إسناد واقعة مشينة بحق المجني عليه. ويتحقق كذلك ولو كانت الإجابة في صيغة نفي متى كانت هذه العبارات دالة على أن الجاني هدف

⁽¹⁾ حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص 342.

⁽²⁾ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 214، لسنة 2013 جزاء، جلسة 2013/3/18م.

إلى إسناد الوقائع المحددة إلى المجني عليه وتأكيدهما، ولم يكن النفي في حقيقته إلا من باب سب وقذف⁽¹⁾.

4- الإسناد عن طريق الرواية عن الغير: تتحقق هذه الصورة عندما يروي الجاني عن الغير خبر ما، إما بسرد معلوماته الخاصة أو بسرد إشاعة تمس سمعته وشرفه واعتباره عبر وسائل التواصل الاجتماعي دون التحقق من صحتها، ففي الحالتين يتحقق المساس بشرف واعتبار المجني عليه، خاصة أن من يروي عن الغير إنما يعطي معلومات غير علنية لم تكن موجودة من قبل للعلن، أو أنه يوسع من نطاق العلانية لهذه العبارات، وقد يكون نشاطه من هذه الوجهة أشد خطورة على شرف المجني عليه ممن أدلى للغير بهذه المعلومات ويأخذ هنا نفس حكم من يقوم بنشرها ولو كانت منقولة عن الغير⁽²⁾.

ثانياً: موضوع الإسناد في جرمي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية:

موضوع الإسناد هو "الواقعة التي يسندها المتهم إلى المجني عليه ويكون من شأنها المساس بشرفه واعتباره"⁽³⁾، وهو (كل ما يتضمن خدشاً لشرف المجني

¹ عادل إبراهيم إسماعيل: جرائم السب والقذف عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص39.

² خالد حسين عبدالنواب: جرائم القذف والسب العلني عبر الإنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2016، ص82.

³ حسن محمد ربيع: شرح قانون العقوبات الاتحادي- المبادئ العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص133.

عليه أو اعتباره بأي وجه من الوجوه⁽¹⁾، وقد يكون ذلك بإسناد عيب معين أو نقيصة، كأن يكون عيباً أخلاقياً.

ولم يقتصر المشرع الإماراتي في اعتبار جريمة القذف على حالة ما إذا كانت الواقعة المسندة توجب عقاب من أسندت إليه فقط، وإنما أضاف إلى ذلك حالة ما إذا كانت الواقعة المسندة توجب احتقار المسند إليه أمام الناس؛ كأن تكون قد تسببت في هبوط قدر المجني عليه وكرامته في نظر الناس⁽²⁾. والحقيقة أن الوقائع التي يترتب عليها هذا الأثر كثيرة جداً ويصعب حصرها، وقد تكون منافية للقيم الأخلاقية أو التعاليم الدينية أو التقاليد الاجتماعية.

ويستوي أن تنسب الواقعة إلى الشخص باعتباره فاعلاً لها أو باعتباره معتدى عليه فيها، ولا يشترط أن يؤدي ذلك إلى احتقار المجني عليه عند أهل وطنه، بل يكفي لقيام الجريمة أن يكون الإسناد من شأنه تحقير المسند إليه عند من يخالطهم أو يعاشروهم⁽³⁾.

⁽¹⁾ مؤيد محمد علي القضاة: شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، القسم العام، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص 96.

⁽²⁾ عبدالرازق الموافي: شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، معهد دبي القضائي، دبي 2016، ص 102.

⁽³⁾ حكم المحكمة الاتحادي العليا - الاحكام الجزائية - الطعن رقم 79 لسنة 2011، قضائية - في 2011/6/21.

ويشترط توافر ثلاثة شروط في الواقعة المسندة للمجني عليه هي:

1- أن تكون الواقعة التي يسندها الجاني للمجني عليه في جريمة القذف محددة: الواضح هن النصوص التشريعية التي تنظم الجرائم الواقعة على السمعة، أن الصفة المميزة لجريمة القذف هي المساس بالشرف والاعتبار، وقد تطلب المشرع الإماراتي أن تكون محددة ومعينة، وذلك بخلاف جريمة السب التي لا تتطلب ذلك، فالإسناد الغامض وغير المحدد يصلح أن يكون سباً وليس قذفاً، كما لو نسب الجاني إلى المجني عليه باستخدام تطبيق (الفييس بوك) أنه سرق ألف درهم من المجني عليه مثلاً، أو أنه استغل منصبه ووظيفته وتقاضى الرشوة؛ فإن جريمة القذف تقوم بسبب أن الواقعة محددة ومعينة. فالإسناد المحدد لا الغامض هو المنشئ لجريمة القذف، ولكن مع الأخذ بالاعتبار أن تحديد ما إذا كانت هذه الواقعة المسندة من الجاني إلى المجني عليه تشكل جريمة القذف هو من الأمور الموضوعية المتروكة لقاضي الموضوع يقدرها حسب ظروف الواقعة⁽¹⁾، ويشترط في الأمر المسند بوسائل التواصل الاجتماعي إلى المجني عليه أن يكون معيناً ومحدداً على نحو يمكن إقامة الدليل عليه، لا أن يكون في صورة مرسلّة مطلقة غير منضبطة، بل يكون صريحاً أو ضمناً يمكن استخلاصه من سياق الكلام الذي في مجموعة يتضمن المعنى الحقيقي الذي ابتغاه الجاني عن طريق الكناية أو الاستعارة أو التلميح، والواقعة محل الإسناد هي تعبير عن حقيقة يمكن إدراكها

⁽¹⁾ عمار عباس الحسيني: جرائم الحاسوب والإنترنت، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص176.

وإثباتها، ولا يشترط في تحديد الواقعة أن تكون مفصلة تفصيلاً يتضمن جميع عناصرها، أما بالنسبة للفظ الذي لا ينطوي على نسبة وقائع معينة فلا يتوفر فيه السب والقذف⁽¹⁾. ويرى البعض - ويتفق معه الباحث - أنه يجب أن يوكل لقاضي الموضوع هذا التحديد، والصلة مع ذلك وثيقة بين هذا الضابط والضابط الذي يجعل العبرة في تحديد الواقعة بقابليتها للإثبات، فقبول الواقعة للإثبات يفترض أنه قد أمكن تحديد الظروف التي أحاطت بها والتي يرد عليها الإثبات ويستخلص منها ثبوت الواقعة، وفي حالة قبول ترك الفصل في تحديد الواقعة إلى قاضي الموضوع فإن قابلية الواقعة هي أهم اعتبار يمكن أن يسترشد به للقول بأن الواقعة محددة.

2- أن تكون الواقعة من شأنها أن تجعل من أسندت إليه محلاً للعقاب أو الازدراء: لم يحتم قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي لقيام جريمة القذف بوسائل التواصل الاجتماعي أن تكون الواقعة المسندة جريمة معاقباً عليها، بل يكفي أن يكون من شأنها أن تجعل من أسندت إليه محلاً للعقاب أو الازدراء، ويتحقق ذلك في كل ما من شأنه الحط من قدر المجني عليه وكرامته في نظر الناس. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأن: (إذ نص القانون في جريمة القذف على أن تكون الواقعة المسندة بما يوجب عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه فإنه لم يحتم أن تكون الواقعة جريمة معاقب عليها قانوناً بل اكتفى بأن يكون من شأنها احتقار المسند إليه عند أهل وطنه)⁽¹⁾. ويتضح من ذلك أن

⁽¹⁾ سالم الموسوي: جرائم القذف والسب عبر القنوات الفضائية، مرجع سابق، ص 81.

⁽¹⁾ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 112 لسنة 2016، جزائي، جلسة 2016/3/19.

الوقائع التي يترتب عليها احتقار المجني عليه في جريمتي السب والقذف بوسائل التواصل الاجتماعي تختلف عن الوقائع التي تؤدي إلى عقاب المجني عليه، لأن هذه الوقائع إن صحت فإنها تعرض الذي أسندت إليه إلى عقوبة جنائية، عدا عن تعرضه للاحتقار أو الازدراء. ولا يشترط في جريمة القذف أن تكون الواقعة المسندة للمجني عليه كاذبة، فالجريمة تعد قائمة حتى لو كانت الوقائع صحيحة، ولذا لا يسمح للقاذف أن يثبت صحة إسناده للدفاع عن نفسه إلا إذا كانت هذه الوقائع مسندة إلى موظف عام وتتعلق بأمر وظيفته⁽¹⁾.

ثالثاً: تحديد الواقعة والشخص المسند إليه في الواقعة:

لا تقوم جريمة القذف إلا بإسناد الواقعة إلى شخص معين، أما في حالة لم يكن الإسناد موجهاً إلى شخص محدد أو معين، أو كان التعيين غير كافي لتحديد الواقعة المسندة إليه، فلا تتحقق جريمة القذف، لذلك يجب أن يكون المجني عليه في جريمة القذف معيناً، ولا يهم أن يكون الشخص المقذوف محددًا بالاسم، إنما يكفي أن يكون معيناً بشكل ولو نسبي بحيث يعرف من الشخص المقصود ولو كانت هذه المعرفة تقتصر على عدد قليل من الأشخاص⁽¹⁾.

⁽¹⁾ حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص 347.

⁽¹⁾ خليفة راشد الشعالي: شرح قانون العقوبات الإماراتي، النظرية العامة للجريمة، ط3، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 192.

وفي هذا الشأن قضت محكمة تمييز دبي بأنه: (من المقرر أنه يكفي لوجود جريمة السب أو القذف أن تكون عباراته موجهة على صورة يسهل معها فهم المقصود منها ومعرفة الشخص الذي يعنيه الساب أو القاذف، فإذا أمكن للمحكمة أن تدرك من فحوى عبارات السب أو القذف من هو المعني به استنتاجاً من غير تكليف ولا كبير عناء من جماع الأدلة المطروحة عليها، وهي ليست مطالبة بالأخذ بالأدلة المباشرة، بل لها أن تستخلص الحقائق من كل ما يقدم إليها من أدلة ولو كانت غير مباشرة متى كان ما حصل عليه الحكم من هذه الأدلة لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي وكانت الأركان الأخرى متوفرة حق العقاب على الجريمة ولو كان المقال خلواً من ذكر اسم الشخص المقصود⁽¹⁾). ويتضح من هذا الحكم أنه يكفي لقيام جريمة القذف أن تكون عبارات القذف المسندة والموجهة إلى المجني عليه يسهل معها فهم المقصود منها وأيضاً معرفة الشخص الذي يعنيه القاذف، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى التضيق من نطاق القذف إلى الحد الذي يخل بالهدف من التجريم، ويرى الباحث وفقاً لذلك أنه لا يشترط لقيام جريمة القذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي التحديد الدقيق للمجني عليه بذكر اسمه بالكامل عبر الوسيلة الإلكترونية، بل يكفي ذكر الأحرف الأولى من اسمه أو وضع صورته أو تحديد مهنته أو وظيفته أو صفة قديمة يستطيع أن يستدل بسهولة على شخصيته منها.

¹ (محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 404 لسنة 2013 جزائي، جلسة 2013/4/10).

رابعاً: وسيلة الإسناد في جرمي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية:

القاعدة العامة أن المشرع الإماراتي لم يهتم بالوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجرائم، إلا أنه أعطى أهمية بالغة وشدد من عقوبة بعض الجرائم نظراً للوسيلة التي استخدمت في ارتكابها، ومنها جرمي السب والقذف عبر الشبكة العنكبوتية، فمن خلال الرجوع إلى نص المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، يتضح وجود وسيلتين من وسائل الإسناد في جرمي السب والقذف عبر وسائل تقنية المعلومات هما: استخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات. وهو ما سيتم توضيحه كالتالي:

(أ) الشبكة المعلوماتية:

عرفت المادة (1) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 الشبكة المعلوماتية بأنها: (ارتباط بين مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية ووسائل تقنية المعلومات التي تتيح للمستخدمين الدخول وتبادل المعلومات). وتقسيم الشبكات المعلوماتية إلى ما يلي:

1. **الشبكات العامة:** وهي التي تقدم خدمات تكون متاحة للأفراد بشكل عام، لأنها شبه مفتوحة بطبيعتها، حيث يتمكن الأفراد من الاتصال مع غيرهم بحرية وسهولة، ولا تستلزم التسجيل المسبق بها، كما أنه لا توجد قيود أو عوائق تمنع الأفراد من الاستفادة من إمكانياتها المتاحة، فمثلاً يستطيع أي شخص أو مستخدم لهذه الشبكة الإلكترونية أن يشئ موقعاً على الشبكة العالمية تتضمن معلومات

وبيانات وصوراً وغيرها، ويمكن الاطلاع عليها من قبل أي شخص في جميع أنحاء العالم، وتكون هذه المعلومات مفيدة في حال استخدمت بشكل صحيح، وقد تكون ضارة إذا هدف الشخص من ورائها الإساءة إلى الآخرين والمساس بشرفهم واعتبارهم، ومن أمثلتها مواقع التواصل الاجتماعي: فيس بوك، تويتر، انستجرام ... وغيرها.

2. **الشبكات الخاصة:** هي التي تقتصر خدماتها على شخص معين بذاته، ولا يستطيع أحد الاطلاع على محتواها إلا صاحبها أو من يملك إمكانية الدخول إليها عن طريق كلمة سر خاصة، مثل البريد الإلكتروني أو تطبيق الواتساب، التي تحظى المراسلات من خلالها بالخصوصية والحماية القانونية لسريتها⁽¹⁾.

(ب) وسيلة تقنية المعلومات:

عرف المشرع الإماراتي وسيلة تقنية المعلومات في المادة (1) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 (تقنية المعلومات) بأنها: (أي أداة الكترونية مغناطيسية، بصرية كهروكيميائية، أو أي أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الإلكترونية وأداء العمليات المنطقية والحسابية أو الوظائف التخزينية، ويشمل أي وسيلة موصلة أو مرتبطة بشكل مباشر، تتيح لهذه الوسيلة تخزين المعلومات الالكترونية أو إيصالها للآخرين).

⁽¹⁾ دينا عبدالعزيز: الحماية الجنائية من إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص103.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه: (.. وكان تقدير المحكمة بأن هذا القول يجعل المجني عليه محلاً للازدراء من قبل الآخرين فإن ذلك يعد سائغاً وصحيحاً ومتفقاً مع صحيح القانون ذلك أن كل فعل أو قول ثبت بحكم العرف بأنه فيه ازدراء وخطأ من الكرامة في أعين الناس تتوفر به أركان جريمة السب كما هي معرف بها في القانون فإن ما يثيره الطاعن بأن المبلغ ليس المقصود بالرسالة والحكم لم يبين من أرسل الرسالة وكيفية إرسالها لا يكون له محل، لما كان ذلك وكانت وسيلة تقنية المعلومات أداة الكترونية مغناطيسية، بصرية، كهروكيميائية أو أية أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الالكترونية وإدارة عمليات المنطق والحساب أو الوظائف التخزينية وتشمل أي وسيلة موصولة أو مرتبطة بشكل مباشر تتيح لهذه الوسيلة تخزين المعلومات الالكترونية أو إيصالها للآخرين من خلال تخزين بيانات أو اتصالات تتعلق أو تعمل بالاقتران مع مثل هذه الأداة بارتباط بين أكثر من وسيلة للحصول على معلومات وتبادلها لأن المشرع لم يحدد تقنية المعلومات بوسيلة معينة فقد تشمل الحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية وأجهزة الموبايل والبلوتوث وجهاز الكتروني ثابت أو منقول سلكي أو لاسلكي يحتوي على نظام معالجة البيانات أو تخزينها أو استرجاعها أو إرسالها أو استقبالها أو تصفحها- كموقع التواصل الاجتماعي الواتساب والفيس بوك والرسائل القصيرة - يؤدي وظائف محددة حسب البرامج والأوامر المعطاة له- يمكن أن يكون من خلال كتابة صور وصوت وأرقام وحروف ورموز وإشارات وغيرها- وأية وسيلة تنشأ في المستقبل تحت ذات المعطيات باعتبارها ذات طابع مادي تتحقق بكل فعل أو

سلوك غير مشروع مرتبط بأي وجه او بأي شكل من الأشكال بالشبكة المعلوماتية الموصولة سلكياً أو لاسلكياً بالحاسب الآلي أو مشتقاته والهواتف النقالة والذكية⁽¹⁾.

ومفاد هذا الحكم أن جريمة السب أو القذف يمكن أن تقع وتثبت بأي وسيلة من الوسائل الإلكترونية سواء عن طريق رسالة نصية أو برنامج الواتساب أو فيس بوك أو تويتر أو سناب شات أو انستجرام أو غيرها من وسائل التواصل الاجتماعي، وبذلك يكون المشرع قد حدد وسيلتين لارتكاب جريمتي السب والقذف إلكترونياً، سواء بصدوره علنية أم غير علنية، وترك أمر الوسيلة بحسب الواقعة سواء كانت علنية عن طريق شبكة معلوماتية أي شبكة عامة ومتاحة لجميع الأفراد أو غير علنية باستخدام أجهزة الهاتف المتحرك من خلال شبكات التواصل

⁽¹⁾ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 895 لسنة 2015؛ جلسة 23/2/2015م. كما قضت المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 191 لسنة 2017 جزاء شرعي، جلسة 13/6/2017 بأنه: ((حيث أن الوقائع- على ما يبين من مطالعة الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن- تتحصل في أن النيابة العامة أحالت المطعون ضده إلى المحاكمة الجرائية بوصف أنه بتاريخ 2017/1/23 بدائرة أم القوين استخدم إحدى وسائل تقنية المعلومات "برنامج الواتساب" بأن قام بسب المجني عليه بعبارة السب الواردة في الأوراق وارسال صور مخلة بالأداب يحمل معناها عزمًا على السب على النحو المبين بالأوراق... ولوسيلة تقنية المعلومات من خطورة أفرد لها المشرع قانون خاص يحكم ضوابط الفعل المربوط باستخدام تلك الوسيلة في جرائم السب والقذف التي تختلف من حيث الشكل والوسيلة المستخدمة في تطبيقها لشموله الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وما دام أنه وجد قانون خاص يعالج ما قام به الجاني من سب وقذف باستخدامه وسيلة تقنية المعلومات فإنه لا يصح بعد ذلك الاحتجاج بما افرد إليه قانون العقوبات الاتحادي في المادة 374.

الاجتماعي الحديثة في بعض الأحيان، وغيرها من البرامج وتكون في هذه الحالة بصورة غير علنية.

وعليه، يتضح مما سبق أنه يمكن أن يتحقق الإسناد بالقول في جرمي السب والقذف بالوسائل الإلكترونية بالاعتداء بالقول على الآخرين عن طريق تسجيل صوتي أو مرئي، أو عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة الأخرى، والقول هنا نعى به الصوت، ولا عبء بحجم القول سواء كان جملة واحدة أو جملاً عديدة أو جزء من جملة أو لفظ يعاقب عليه قانوناً، ونجد أن المشرع الإماراتي عندما نص على جرمي السب والقذف بوسائل تقنية المعلومات قد حدد وسيلتين ترتكب من خلالهما هذه الجريمة، وذلك سعياً منه إلى محاربة هذه الجريمة على اختلاف وسائل ارتكابها.

الفرع الثاني

العلانية في جرمي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

تعتبر العلانية من أهم عناصر الإسناد في جرمي السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي، لأنها الوسيلة لعلم أفراد المجتمع بعبارات القذف أو السب التي وجهت للمجني عليه⁽¹⁾، وقد نص المشرع الإماراتي في قانون العقوبات الاتحادي على جرمي القذف والسب التي تتم علانية ووضع لها عقوبة تختلف عن تلك التي تتم بصورة غير علنية، في حين أنه وضع عقوبة واحدة لجرمي السب والقذف سواء وقعتا بصورة علنية أو غير علنية⁽²⁾.

ويلزم لقيام جرمي السب والقذف في التشريع الإماراتي أن تقع بصورة علنية، وشرط العلانية⁽³⁾ شرط أساس لأن الخطورة هنا تكمن في علانية هذه

⁽¹⁾ علي حمودة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص172.

⁽²⁾ مؤيد محمد علي القضاة: شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مرجع سابق، ص103.

⁽³⁾ نصت المادة (373) من قانون العقوبات الاتحادي على شرط العلانية بأنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز عشر آلاف درهم من رمى غيره بإحدى طرق العلانية بما يחדش شرفه أو اعتبره دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة. وتكون العفوية الحبس مدة لا تزيد عن سنتين والغرامة التي لا تتجاوز عشرين ألف درهم في الحالتين، أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع السب في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية الوظيفة أو الخدمة العامة، أو كان ماساً بالعرض أو خادشاً لسمعة العائلات أو كان ملحوظاً فيه تحقيق غرض غير مشروع، وإذا وقع السب بطرق النشر في إحدى الصحف أو المطبوعات عد ذلك ظرفاً مشدداً.

الجريمة، ولأن إعلانها للغير سواء عن طريق العبارات أو الكلمات التي تمس بشرف أو اعتبار المجنى عليه يعنى ان يحيط علم الكثير من الناس بالواقعة المشينة المسندة إلى المجني عليه⁽¹⁾.

والعلانية هي خلاف السرية، وهي الجهر بالشيء أو إظهاره وتعميمه، أي إحاطة الجمهور علماً به، لذلك يشترط لقيام جريمة القذف أن يكون إسناد الواقعة التي من شأنها أن تؤدي إلى المساس بشرف أو اعتبار المجني عليه هو إسناد علني، فالعلانية هي الركن المميز في هذه الجريمة⁽²⁾.

ولقد أوضح المشرع الإماراتي في قانون العقوبات الاتحادي طرق وأساليب تحقق العلانية، وذلك في المادة (9) منه، والتي نصت على أن: (تعد طرقاً للعلانية في حكم هذا القانون: 1- القول أو الصياح إذا حصل الجهر به أو ترديده بإحدى الوسائل الآلية في جمع عام أو في طريق عام أو في مكان مباح أو مطروق أو إذا أذيع بأية وسيلة أخرى. 2- الأعمال أو الإشارات أو الحركات إذا وقعت في مكان مما ذكر أو نقلت إلى مكان من هذه الأماكن بطريقة من الطرق الآلية أو بأية طريقة أخرى. 3- الكتابة والرسوم والصور والأفلام والرموز وغيرها من طرق التعبير إذا عرضت في مكان مما ذكر أو وزعت بغير تمييز أو بيعت

¹ محمد شلال العاني: أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، النظرية العامة للجريمة، الأفاق المشرقة للنشر، ط1، عمان، 2010م، ص215.

² حسن محمد ربيع: شرح قانون العقوبات الاتحادي، المبادئ العامة للجريمة، مرجع سابق، ص136.

إلى الناس أو عرضت عليهم للبيع في أي مكان). كما نصت المادة (373) من قانون العقوبات الاتحادي على العقوبة المقررة لمن يחדش شرف أو اعتبار أحد الأشخاص بإحدى طرق العلانية السابقة، حيث نصت على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز عشر آلاف درهم من رمى غيره بإحدى طرق العلانية بما يחדش شرفه أو اعتباره دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة). ونصت المادة (378) من نفس القانون على معاقبة كل من يقوم بنشر - بإحدى طرق العلانية المنصوص عليها في المادة (9) عقوبات - أخبار أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد، ولو كانت صحيحة، حيث نصت على أن: (يعاقب بالحبس والغرامة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه: كما يعاقب بذات العقوبة من نشر بإحدى طرق العلانية أخبار أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة).

يتضح من ذلك أن علانية الإسناد هنا تتم باستخدام وسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي، وهكذا فإن العلانية في الإسناد تتحقق عندما يقوم الجاني بالتعبير عن المعنى المقصود منه المسند للمجني عليه ويكون بطريقة تسمح لكافة الناس بالاطلاع عليه.

والجدير بالذكر أن هناك العديد من الخدمات التي تقدمها وسائل التقنية الحديثة؛ منها الهاتف المتحرك، والبريد الإلكتروني وغيرها من وسائل تقنية المعلومات التي تكفل سرية الاتصالات والمرسلات، كالرسائل الخاصة التي تتمتع بالحماية القانونية المقررة لسرية الاتصالات عن بعد، الأمر الذي كفل عدم قدرة الآخرين على كشف مضمونها أو الاطلاع عليها إلا في حال سمح بذلك أحد الأطراف المعنيين بهذه الرسالة. إلا أنه يمكن أن تتوفر العلانية في الكتابات التي تحتوي على السب والقذف المرسله عبر وسيلة إلكترونية في حال تم إرسالها إلى العديد من الأفراد الذين لا يجمع بينهم أي روابط بما يتوفر معه وصف التوزيع⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قررت محكمة تمييز دبي بأن: (العلانية في جريمة القذف بطريق المطبوعات المنصوص عليها في قانون العقوبات الاتحادي يشترط لتوافرها عنصران هما: توزيع الكتابة المتعلقة بعبارة القذف على عدد من الناس بغير تمييز، وانتواء إذاعة ما هو مكتوب. ولا يشترط أن يكون التوزيع قد وصل إلى عامة الناس، بل يكفي أن يكون المكتوب قد وصل إلى عدد من الناس، ولو كان

¹ (المقصود بالتوزيع هو تسليم نسخ متعددة من المكتوب أو الرسم أو الرموز أو الأفلام أو غيرها من طرق التعبير بحيث يمكن للجمهور رؤيتها أثناء وجودهم كما ذكرناه سابقاً في الطريق العام أو المكان المطروق، أو في مكان خاص، ويمكن أن تكون الرؤية محتملة لتحقيق العلانية. أنظر: خالد حسين عبد التواب: جرائم القذف والسب العلني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 93.

قليلاً، سواء كان عن طريق تداول نسخة واحدة أو تداول عدة نسخ، ما دام ذلك لم يكن بفعل المتهم أو كان نتيجة حتمية لفعله ولا يتصور أنه يجهلها⁽¹⁾.

وعليه فإن العلانية تتوافر في التعبيرات التي تتضمن كتابات أو صور أو في حال قيام المتهم بإرسالها عبر وسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي أو عبر رسائل البريد الإلكتروني إلى العديد من الأشخاص سواء تربطهم أو لا تربطهم أية رابطة، رغبة منه في خدش شرف واعتبار المجني عليه حيث تؤدي إلى احتقاره وازدراءه من قبل الناس، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، ونستنتج من ذلك أن العلانية هنا تتوفر للكتابات والصور والرسوم التي تتضمن عبارات مسيئة موجهة للمجني عليه تمس بشرفه واعتباره وتحط من كرامته أمام الناس، في حال تم عرضها بوسائل تقنية المعلومات.

ولكن في الوقت ذاته يمكن أن تقع الجريمة بالرغم من عدم تحقق العلانية فيها، كما لو قام شخص بسبب آخر عن طريق برنامج الواتساب، ففي هذه الحالة تعتبر غير علانية لأن الجريمة وقعت بين شخصين وعن طريق محادثة خاصة بينهما، دون السماح للأفراد برؤيتها، لذلك فإنه يقع على قاضي الموضوع استخلاص العلانية من وقائع الدعوي المعروضة أمامه بحسب الظروف والمكان والوسيلة الإلكترونية المستخدمة في وقوع الجريمة. وفي هذا الشأن قضت محكمة نقض أبوظبي بأنه: (لما كان من المقرر أن القانون لم يرسم شكلاً خاصاً يصوغ

¹ (محكمة تمييز دبي، الطعن رقم (59) لسنة 2011، جلسة 2011/1/24).

فيه الحكم ببيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها فمتى كان مجموع ما أورده الحكم كافياً في تفهم الواقعة بأركانها وظروفها حسبما استخلصتها المحكمة كان ذلك محققاً لحكم القانون، ولما كان الحكم المطعون فيه قد بين في مدوناته عبارات السب العلني التي وجهها الطاعن إلى المجني عليه وكان ذلك بقسم العملاء بشركة الاتصالات وأثناء مواعيد العمل وفي حضور زملائه وهو مكان عام يتردد عليه الكثير من العملاء الأمر الذي يستفاد منه علانية الإسناد التي استظهرها الحكم ويتحقق به القصد الجنائي. وكان القصد الجنائي في جرائم السب يتحقق متى كانت الالفاظ الموجهة إلى المجني عليه شائنة بذاتها كما هو الحال في الدعوى المطروحة، فلا حاجة في هذه الحالة إلى الاستدلال عليه ولا على المحكمة إن هي لم تبعد عن قصد الإذاعة على استقلال طالما أن هذا القصد يستفاد من علانية الإسناد، فإن الحكم يكون قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية لجريمة السب التي أدان الطاعن بها وأورد على ثبوتها في حقه أدلة مستمدة من أقوال الشهود والقرينة المستمدة من أقوال المجني عليه وهي أدلة سائغة ومن شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من قصور في بيان أركان الجريمة يكون في غير محله⁽¹⁾.

وخلاصة لما تقدم يتضح عدم اشتراط عنصر العلانية بمفهومها الوارد في قانون العقوبات الإماراتي بالنسبة لجريمة السب والقذف عبر وسائل تقنية

¹ محكمة نقض أبوظبي، الدائرة الجزائية، حكم رقم 522، لسنة 2012.

المعلومات التي نص فيها المشرع بتحقيق الجريمة بالوسائل التي حددها في المادة
(20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية
المعلومات، وهما: الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية المعلومات.

المطلب الثاني

الركن المعنوي لجريمة القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

تعتبر جريمة القذف والسب جريمة عمدية، حيث يشترط توافر القصد الجنائي فيها⁽¹⁾، وهو القصد العام الذي يتطلبه وجود علم بعناصر الجريمة وإرادة تتجه إلى السلوك المكون لهذه الجريمة وتحقق بتحقيق النتيجة وهي النيل من شرف المجني عليه وكرامته.

فالقصد الجنائي في جرمي السب والقذف بالوسائل الإلكترونية يتحقق بانصراف إرادة الجاني إلى الفعل باستخدام الشبكة المعلوماتية وتقنية المعلومات كوسيلة لإيصال القذف والسب للمجني عليه، ولا عبء بعد ذلك بما يكون قد دفع الجاني إلى ارتكاب فعلته أو الغرض الذي توخاه منها⁽²⁾، فجرميتي السب

¹ وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة تمييز دبي بأن (القصد الجنائي في جريمة القذف ليس إلا علم القاذف بأن ما اسنده المقذوف من شأنه لو صح أن يلحق بهذا الأخير ضرراً مادياً وأدبياً وهذا الركن يتوافر إذا كانت عبارات القذف ذاتها من الصراحة والوضوح بحيث يكون من المفروض علم القاذف بمدلولها وأنها تمس المجني عليه في سمعته أو تستلزم عقابه عندئذ يكون مضمون العبارات حاملاً بنفسه الدليل الكافي على توافر القصد الجنائي، تمييز دبي- الدائرة الجزائية (القذف) الطعن رقم (491) لسنة 2006، جلسة 2006/5/13.

² قضت محكمة تمييز دبي بأنه: (من المقرر أن القانون لا يتطلب في جريمة القذف قصداً خاصاً بل يكفي توافر القصد العام الذي يتحقق متى أذاع القاذف الأمور المتضمنة للقذف وهو عالم أنها لو كانت صادقة لأوجب عقاب المقذوف في حقه أو احتقاره عند الناس ولا يؤثر في توافر هذا القصد أن يكون القاذف حسن النية أي معتقداً صحة ما رمي به المجني عليه من

والقذف بالوسائل الالكترونية تعتبر من الجرائم العمدية، حيث يتحقق ركنها المعنوي في صورة القصد الجنائي فالركن الغير عمدي لا يمكن أن يتحقق في هذه الجريمة مهما بلغت جسامة الخطأ⁽¹⁾.

وعليه سنتناول هذا المطلب من خلال الآتي:

وقائع القذف، والمرجع في تعريف حقيقة القذف وبما يطمئن إليه القاضي في تحصيله لفهم الوقائع في الدعوى. الطعن رقم 81 لسنة 2016 جزاء، جلسة 2016/2/22.

¹ (جلال الزعبي، أسامة المناعسة: جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 203.

الفرع الأول

العلم في جريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

تفترض جريمتي القذف والسب عبر وسائل التواصل الاجتماعي أن تكون الواقعة المسندة إلى المجني عليه على تكييفين، أنها تستوجب عقابه أو أنها تستوجب احتقاره عند أهل وطنه، أو عند الوسط الذي يعيش فيه، حيث يعتبر التكييف في ذاته أحد أركان الجريمة⁽¹⁾.

ومن ثم تقضي القواعد العامة في القصد الجنائي أن يحيط العلم به، والعلم المقصود هنا هو العلم الفعلي، فلا يكفي أن يكون مفترض، ولا يكفي استطاعة العلم⁽²⁾.

وهذا يقتضي تناول العلم بواقعة جريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية والعلم بعلائية الإسناد، وذلك على النحو التالي:

1. علم الجاني بمعنى العبارات المسندة إلى المجني عليه: يجب أن يكون الجاني على علم بمعنى العبارات المتضمنة للسب والقذف التي تؤدي إلى خدش شرف أو اعتبار المجني عليه، ويكون هذا العلم مفترض طالما أن العبارات تخدش

⁽¹⁾ د إمام حسنين خليل عطا الله: الحماية الجنائية لوسائل تقنية المعلومات في التشريعات العربية - الإمارات نموذجاً، مركز الدراسات والاستطلاعات، وزارة الداخلية، أبوظبي، 2016م، ص 98..

⁽²⁾ غانم مرضي الشمري، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2016م، ص 182..

شرف المجني عليه، ويجب هنا على المتهم أن يثبت عكس ذلك، إذ يستطيع المتهم أن ينفي القصد الجنائي إذا أثبت أنه كان يجهل معنى الكلمات التي وجهها إلى المجني عليه متضمنة عبارات السب، أما في حالة أن العبارات كانت لا تخدش شرف أو اعتبار المجني عليه، فيجب على المجني عليه أن يثبت أن المتهم كان يقصد بهذه العبارات النيل من شرفه واعتباره⁽¹⁾.

2. علم الجاني بالعلانية: لا يكفي علم الجاني بجريمتي السب والقذف بوسائل التواصل الاجتماعي، بل يجب أن يمتد إلى علم الجاني بأن إسناده لهذه الواقعة يتم بطريق العلانية، فعلائية الإسناد هي إرادة الفعل الإجرامي وهي وفقاً للقواعد العامة أحد عناصر القصد الجنائي، فيفترض هذا العنصر أن إرادة المتهم قد اتجهت إلى إسناد واقعة أو إصاق وصف قذف أو سب بوسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي. ومثال على ذلك: لو قام شخص بإرسال رسالة إلى آخر عبر وسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي مثل: فيسبوك، وكان ضمن مجموعة من الأفراد أو ما يسمى بالمجموعات، وكان هذا الشخص من ضمن هذه المجموعة، ففي هذه الحالة يسأل الشخص المرسل عن جريمة سب وقذف بوسيلة تقنية معلومات، لأنها وقعت بوسيلة إلكترونية هدفها التشهير بالغير والمساس بسمعة واعتبار الشخص الآخر أمام الغير، وبقع على سلطة الاتهام عبء إثبات العلانية كما يقع عليها عبء إثبات القصد الجنائي، وللقاضي حرية تقدير وجود هذا القصد أو انتقائه بناء

⁽¹⁾ محمد علي العريان: الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، 2013، ص 117 .

على ما يطرح عليه من وقائع ظروف الدعوى، ويجب أن يبين وجود القصد الجنائي أو انتفائه وتوضيحه في حكمه.

الفرع الثاني

الإرادة في جرمي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

لا يكفي أن تتجه إرادة الجاني من فعل الإسناد إلى إسناده للجاني وإعلانه - أي علانية للناس - بل لابد أن يكون بكامل إرادته وحرية السليمة خاليه من أي عيب⁽¹⁾، ولتوضيح ذلك يتطلب الأمر الحديث عن إرادة الجاني إسناد الواقعة، وإرادة الجاني لعلانية هذه الواقعة المسندة:

1- اتجاه إرادة الجاني لإسناد واقعة القذف والسب بوسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي: حتى يتوافر القصد الجنائي لدى الجاني لابد أن تتجه إرادته إلى إسناد عبارات السب والقذف ونشرها عبر وسائل التواصل الاجتماعي على الكافة، والقصد الجنائي في هذه الجريمة يتحقق بانصراف إرادة الجاني إلى الفعل باستخدام الشبكة المعلوماتية وتقنية المعلومات كوسيلة لإيصال السب والقذف للمجني عليه، ولا عبء بعد ذلك بما يكون قد دفع الجاني إلى ارتكاب فعلته أو الغرض الذي توخاه منها⁽²⁾. ويفترض في هذه الحالة أن يكون الجاني قد وجه عبارات السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي بإرادته الحرة دون اكراه أو تهديد، واتجهت إرادته إلى المساس بسمعة وشرف المجني عليه وجعله محل ازدراء بين الناس، ففي حال

⁽¹⁾ مؤيد محمد علي القضاة: شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مرجع سابق، ص 139.

⁽²⁾ عادل عزام: جرائم الذم والقذف والتحقيق المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص 74.

ثبت أن الجاني كان مكرهاً على قول وكتابة هذه العبارات المشينة عبر وسائل التواصل الاجتماعي ينتفي توافر القصد الجنائي لديه⁽¹⁾.

2- اتجاه إرادة الجاني إلى علانية واقعة القذف والسب بوسيلة من وسائل التواصل الاجتماعي: أن تكون إرادة الجاني قد اتجهت إلى إذاعة عبارات السب والقذف ونشرها على كافة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، أي أن إرادة الجاني اتجهت إلى التعبير عن المعنى المنسوب إلى المجني عليه علانية، فإذا انتفت هذه الإرادة، كما لو كان المتهم مكرهاً أو مجبر على إذاعة هذه العبارات ونشرها فإن القصد الجنائي ينتفي في هذه الحالة، كما يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى إذاعة ما صدر عنه ويخدش اعتبار أو شرف المجني عليه، فإذا انتفت هذه الإرادة فإن القصد الجنائي ينتفي في هذه الحالة⁽²⁾، فلا يكفي للإدانة من أجل جرمي السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي القذف بعلانية العبارات، بل تتطلب توافر (قصد العلانية)، وهذا القصد لا يكفي لثبوت العلم بالعلانية، بل يجب أن تتوافر إرادة العلانية، ولا ينقض هذا القول أن هذه الإدانة تفترض في حال ثبت العلم بالعلانية، بل أنها تفترض إذا ثبتت العلانية ذاتها، ذلك بأن هذا الافتراض مجرد قاعدة إجرائية⁽³⁾. وبري الباحث أن إرادة الجاني تتحقق في هذه الحالة إذا قام

⁽¹⁾ سالم الموسوي: جرائم القذف والسب عبر القنوات الفضائية، مرجع سابق، ص 86.

⁽²⁾ جلال الزعبي؛ أسامة المناعسة: جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 213.

⁽³⁾ محمد سالم الزعابي: الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 81.

بإرسال رسالة تتضمن عبارات سب وقذف تمس شرف واعتبار الشخص الآخر (المجني عليه) عبر برنامج الواتساب الموجود في هاتف هذا الشخص على سبيل المثال، ولا يطلع عليها سوى المرسل إليه، فهذا لا يسأل عن جريمة سب وقذف، وذلك لانتفاء قصد العلانية، إلا في حال علم الشخص المرسل إليه أنه أراد إعلانه للناس، فعندها يتحقق القصد الجنائي في حق المرسل.

الموقف في قانون العقوبات المصري:

وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات المصري نجد أن المشرع اضمي حمايته الجنائية على الحياة الخاصة من خلال مدونته العقابية فجرم استراق السمع وتسجيل ونقل الاحاديث التي تدور في الأماكن الخاصة أو عن طريق الهاتف، كما جرم التقاط الصور الشخصية من الأماكن الخاصة، المادة (309 مكرر من قانون العقوبات المصري)

وأن الحديث عن حماية الحياة الخاصة من التعدي بالوسائل المعلوماتية يقتضي البحث في النصوص العقابية التي تكفل هذه الحماية في ظل عدم وجود قانون عقابي متكامل لمواجهة جرائم الكمبيوتر والانترنت وفيما يتعلق بقانون العقوبات المصري فقد نصت المادة (309 مكرر و 309 مكرر -أ) في شأن حماية الحياة الخاصة، فالمادتان متعلقتان بحماية حرمة الحياة الخاصة وذلك فيما يتعلق بحظر تسجيل الصوت والصورة بطريق غير مشروع، وفي غير الأحوال

المصرح بها قانوناً، وتجرم كذلك فعل إفشاء هذه الأسرار واذاعتها بأي طريقة أو المساعدة في هذه الأفعال أو التهديد أو القيام بها⁽¹⁾.

ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته⁽²⁾.

كما تناول المشرع المصري -جريمتي السب والقذف بتعريفهما في المادتين (302 و 306) عقوبات، حيث نصت المادة (302) من قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون 147 لسنة 2006م: يعد قاذفاً كل من اسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة بالمادة (171) من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه، ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه الفقرة، إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو الخدمة العامة، ويشترط أن يثبت المتهم حقيقة كل فعل أسنده إلى المجني عليه، ولسلطة التحقيق أو المحكمة بحسب الأحوال، أن تأمر بالزام الجهات الإدارية بتقديم ما لديها من أوراق ومستندات معززة لما يقدمه المتهم من أدلة لإثبات حقيقة تلك الأفعال ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة.

⁽¹⁾ د. عبدالفتاح بيومي حجازي: نحو صياغة عامة في علم الجريمة المعلوماتية، ص181..

⁽²⁾ د. مدحت رمضان: جرائم الاعتداء على الأشخاص عبر الانترنت، ص111-112..

وتتص المادة (303) من ذات القانون على أن يعاقب على القذف بغرامة لا تقل عن سبعة آلاف وخمسمائة جنيه ولا تزيد على اثنين وعشرين ألف وخمسمائة جنيه، فإذا وقع القذف في حق موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة، وكان ذلك بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، كانت العقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسة عشر ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثين ألف جنيه، وتتص المادة (306) من ذات القانون على أن: كل سب لا يشتمل على اسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة بالمادة (171) بغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسة عشرة ألف جنيه، وتتص المادة (308) من ذات القانون على أن: إذا تضمن العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الذي ارتكب بإحدى الطرق المبينة في المادة (171) سالفه الذكر طعنأ في عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات تكون العقوبة الحبس والغرامة معاً، على أن لا تقل الغرامة في حالة النشر في احدى الجرائد أو المطبوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة أشهر.

القانون المصري رقم (175) لسنة 2018 الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات:

تتص المادة (25) من الفصل الثالث الخاص بالجرائم المتعلقة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة من القانون رقم (175) لسنة 2018 الخاص بمكافحة

جرائم تقنية المعلومات على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اعتدى على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري أو انتهك حرمة الحياة الخاصة، أو أرسل بكثافة العديد من الرسائل الالكترونية لشخص معين دون موافقته، أو منح بيانات شخصية إلى نظام أو موقع الكتروني لترويج السلع أو الخدمات دون موافقته أو نشر عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات، معلومات أو اخباراً أو صوراً وما في حكمها، تنتهك خصوصية أي شخص دون رضاه، سواء كانت المعلومات المنشورة صحيحة أو غير صحيحة).

كما نصت المادة (26) من القانون رقم 175 لسنة 2018 الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري على: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى منافٍ للآداب العامة، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه).

من خلال قراءة نصوص المواد السابقة في القانون رقم 175 لسنة 2018 والخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري، نجد أن المشرع قد جعل العقوبة مشددة (لا تقل عن ستة أشهر) في المادة (25) من القانون أعلاه وعقوبة الحبس

التي (لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات)، في المادة (26) من ذات القانون، وكذلك شدد عقوبة الغرامة حيث جعلها لا تقل عن 50.000 جنيه، ولا تزيد عن 100.000 جنيه، هذا ما نصت عليه المادة (25) من القانون أعلاه. وكذلك في المادة (26) من ذات القانون جعل الغرامة لا تقل عن 100.000 جنيه، ولا تزيد على 300.000 جنيه مصري، يتضح لنا الفرق واضحاً بين القانون المصري رقم (175) لسنة 2018 الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث شدد العقوبات وخاصة عقوبة الغرامة.

الموقف في التشريع الفرنسي:

كرس المشرع الفرنسي حماية حق الإنسان في كرامته من القذف والسب حيث أورد عبارات عن قدسية كرامة الإنسان في ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946م، ومن ثم أقرها دستور عام 1958، واعتبرها جزءاً منه⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن جميع الدساتير الفرنسية منذ عام 1798 وإلى يومنا هذا تعرف بحق الإنسان في التمتع بالحريات العامة والحفاظ على كرامته من الإهانة والتعدي وطالما أن هذه الحريات تتعلق ببعض أوجه الحياة الخاصة، فإن

⁽¹⁾ فقد فصل المجلس الدستوري الفرنسي بأن الحفاظ على الكرامة الإنسانية ضد كل أشكال الاستعباد والانتقاص هو مبدأ ذو قيمة دستورية، انظر، مشار إليه لدى، فايد عابد فايد عبدالفتاح: نشر صور ضحايا الجريمة المسؤولية المدنية الناجمة عن عرض مأساة الضحايا في وسائل الاعلام، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار الكاتب القانوني، القاهرة، 2008، ص31.

هذه الدساتير تكرس حق احترام الحياة الخاصة⁽¹⁾، أما فيما يتعلق بالجانب المعلوماتي فإنه بتاريخ 1978/1/6 صدر قانون خاص يتعلق بمعالجة المعلومات ذات الطابع الشخصي حول المعلوماتية والملفات والحريات، حيث بينت المادة الأولى من هذا القانون الهدف من وضعه، فنصت على أن: (المعلوماتية يجب أن تكون في خدمة كل مواطن وتطويرها يجب أن يحصل في إطار التعاون الدولي، فلا يجب أن تلحق الضرر لا بالهوية البشرية ولا بحقوق الإنسان ولا بالحياة الخاصة، ولا بالحياة الفردية العامة للإنسان)، ومن أجل تحقيق هذا الهدف أرسى هذا القانون سلطة إدارية مستقلة مهمتها السهر على حسن تطبيقه، وهي اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات⁽²⁾.

كما قرر القانون الصادر في (1881/07/29) والمتعلق بحرية الصحافة حماية الفرد من الاعتداء على كرامته وسمعته، ومنحه حق إقامة دعوى القذف إلى جانب الحق في نشر الرد والتصحيح⁽³⁾، حيث تعاقب الفقرة الرابعة من المادة (35) من القانون المذكور أعلاه، على نشر أو إعادة إنتاج واقعة (أي جريمة)، وبأي

¹ مشار إليه لدى نعيم مغيبب: مخاطر الجريمة المعلوماتية والانترنت، بدون ناشر، 1998، ص44.

²) Memento – Guid Alain Besousaan, Les fichiers de personnes et le droit ED Hermes 1991, p 16 ets. Bensoussan.

³) Commission Nationale Informatique et Libertes (cnil): www.cnil.fr.
Yssinet (j), la directive du 24 October 1995, chiers lamy Droit del,Informatique 1996,

وسيلة من وسائل النشر مهما كان السبب، فمتى كان هذا النشر يمس كرامة الضحية (المعتدى عليه) وكان بدون موافقته، وتصل هذه العقوبة إلى غرامة مقدارها (15) ألف يورو⁽¹⁾.

وتتمتع الحماية الممنوحة بموجب المادة (3/37) من قانون الصحافة الفرنسي، انها اخذت بعين الاعتبار التطور التكنولوجي لوسائل الاعلام الحديثة، وبذلك فهي تمتد لتشمل كل الوسائل التي يمكن من خلالها الاعتداء على السمعة والشرف والاعتبار، بما في ذلك نشر الصورة كما أمكن تطبيقها على النشر من خلال الانترنت⁽²⁾. فضلاً عن ذلك القانون الفرنسي الصادر في 1994/7/29 فقد أدخل مادة جديدة على القانون المدني وهي المادة (16) التي تقضي بأن: (القانون يؤكد سمو الإنسان ويمنع أي اعتداء على كرامته وخصوصيته ويضمن احترامه منذ بداية حياته)، وفي حالة الاعتداء على حق الإنسان في سمعته واعتباره فإنه يمكن اللجوء وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تستلزم لتحقيقها إثبات عناصرها الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية).

ولا شك أن في إثبات هذه العناصر صعوبة لأن معظم حالات المساس بالشرف والاعتبار يترتب عليها أضراراً أدبية ليس من السهل إثباتها، إضافة إلى أن هذه الحماية تقتصر على معالجة الأضرار التي تحدث عن المساس بهذا الحق ولا

¹⁾ jean seager. P.1718.

²⁾ للحصول على نسخة من القانون المدني الفرنسي والانجليزي على الموقع الالكتروني:

[http:// www.legii'rance.gouv.Fr/html/codes_traduits_civil_textA.HTML](http://www.legii'rance.gouv.Fr/html/codes_traduits_civil_textA.HTML)

تمنح المتضرر حماية وقائية، مثل وقف نشر المطبوعة المنطوية على مساس بالشرف والاعتبار، غير أن القضاء الفرنسي قد عالج هذا القصور من خلال منح المتضرر إمكانية اللجوء إلى وسائل وقائية لحماية شرفه واعتباره وفقاً لتقدير المحكمة المختصة⁽¹⁾.

كما أن القذف والسب في النظام الفرنسي يعتبر من قبل الانتهاكات التي ترد في قانون الصحافة لعام 1881 والمنصوص عليه في المادة (29) منه، ولا يشترط لتحقيق هذا الانتهاك من خلال هذا القذف أن يتم تحديد الشخص المتضرر باسمه صراحة، ولكن يكفي إمكانية التعرف عليه من خلال ما صدر من المشتكى عليه⁽²⁾.

وفي ظل الحماية الجنائية للبيانات في القانون الفرنسي فقد نص المشرع على هذه الحماية الجنائية في قانون المعلوماتية الصادر في يناير عام 1978، وقد أعيد النص عليها ضمن نصوص قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام 1994، تأكيداً لحماية الحقوق والحريات المتعلقة بالمواطنين في مواجهة تطور تكنولوجيا المعلومات، وطبقاً لقانون المعلوماتية الفرنسي، فقد كانت الحماية الجنائية للبيانات منصوصاً عليها في المواد (41-42) من القانون، وقد أعيد النص عليها

¹ حسام الدين الاهواني: الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية 1978، ص83.

² انظر تعريف القذف الوارد في المادة 29 من قانون الصحافة الفرنسي.

في قانون العقوبات الجديد ضمن المواد (16-266) و (31-226) مع اجراء بعض التعديلات في هذه الجرائم.

وقد أنشأت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات في فرنسا بموجب القانون 17/78 في 6 يناير 1978، حيث تختص هذه اللجنة بإجراء رقابة سابقة ولاحقة للتأكد من الحماية الكاملة للحقوق والحريات في مواجهة نظم المعلومات⁽¹⁾، وتختص هذه اللجنة بالإشراف على تطبيق قانون المعلوماتية وإبلاغ ذوي الشأن بحقوقهم وواجباتهم، والتحقق من احترام نظم المعلوماتية لأحكام القانون المذكور، وكذلك اصدار الإذن للإدارة من أجل إنشاء نظم المعلومات، أو تلقي الاخطارات من الأشخاص المجني عليهم في هذا الخصوص⁽²⁾.

1) – I, information drs libertes, R.D.P, 1980, P. 1043 etc.

2) La mauutrise d,une interpenednce, commentaire de la loi 5 janvier 1978 j.c.p.l.

موقف التشريع الفرنسي واتجاهات القضاء فيما يتعلق بحماية المعلومات الشخصية – المجلة الدولية للقانون المقارن، 1978، ص562، وما بعدها.

المبحث الثاني

أحكام العقاب على القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

تمهيد وتقسيم:

قبل الحديث عن العقوبات المقررة لجريمتي القذف والسب عبر وسائل التواصل الاجتماعي، لابد من الإشارة إلى أن المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات لم يتطرق لأسباب الإباحة؛ وبالتالي فإنه تسري القواعد العامة للإباحة وموانع العقاب على جريمتي السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي، إلا أن القانون قد نص على الظروف المشددة في المادة (20) منه حيث نص على أنه: (... فإذا وقع السب أو القذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عد ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة)، وكذلك الحال فقد نص على التدابير الجنائية في المواد (41)⁽¹⁾، (42)⁽¹⁾، (43)⁽²⁾ من ذات القانون.

¹ تنص المادة (41) على أنه: (مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون أو الأموال المتحصلة منها، أو بمحو المعلومات أو البيانات أو إعدامها، كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما إغلاقاً كلياً أو للمدة التي تقدرها المحكمة)..

وعليه سنتناول في هذا المبحث أحكام العقاب في جريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: العقوبات الأصلية والظروف المشددة للقذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية.

المطلب الثاني: التدابير المقررة للسب والقذف عبر الشبكة العنكبوتية.

¹ (تنص المادة (42) على أنه: (تقضي المحكمة بإبعاد الأجنبي الذي يحكم عليه بالإدانة لارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون وذلك بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها)..

² (وتنص المادة (43) على أنه: (مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون يجوز للمحكمة أن تأمر بوضع المحكوم عليه تحت الاشراف أو المراقبة أو حرمانه من استخدام أي شبكة معلوماتية، أو نظام المعلومات الإلكتروني، أو أي وسيلة تقنية معلومات أخرى، أو وضعه في مأوى علاجي أو مركز تأهيل للمدة التي تراها المحكمة مناسبة).

المطلب الأول

العقوبات الأصلية والظروف المشددة للقذف والسب

عبر الشبكة العنكبوتية

سنتناول في هذا الفرع العقوبات الأصلية والظروف المشددة للعقاب على

جريمتي القذف والسب عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

العقوبات الأصلية لجريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

العقوبة الأصلية التي فرضها المشرع تكون مستقلة عن غيرها وليست متعلقة بعقوبة أخرى ولا ترتبط بها، فهي الأصل في تقرير العقوبات، وبالرجوع إلى نص المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 الإماراتي بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات يتضح أن العقوبة التي حددها المشرع لهذه الجريمة هي: (الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم). ويلاحظ هنا أن المشرع شدد العقوبة عندما رفع حد الغرامة عما هو منصوص عليه في قانون العقوبات الاتحادي لنفس الجريمة التي جعل حداً الأدنى 20 ألف درهم، مما يؤكد على رغبة المشرع الإماراتي في مكافحة الجرائم التي تقع عبر وسائل التواصل الاجتماعي، خصوصاً بسبب انتشارها كثيراً. وعليه فسوف نعرض فيما يلي كلا من عقوبتي الحبس والغرامة:

(أ) الحبس:

عرف المشرع الإماراتي في المادة (69) هن قانون العقوبات الحبس بأنه: (وضع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض وذلك للمدة المحكوم بها. ولا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر ولا أن يزيد حده الأقصى على ثلاث سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

والجدير بالذكر أن عقوبة الحبس مقرة للجنح، فإذا نص القانون على عقوبة الحبس دون تحديد مدة معينة، فإن على المحكمة أن تنطق بالحكم بمدة تقدرها بحيث لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات⁽¹⁾. وعقوبة الحبس هي عقوبة سالبة للحرية بصفة مؤقتة، للمدة المحددة في الحكم الجنائي الصادر بها، وهي عقوبة مقرة للجنح وفقاً لنص المادة (29)⁽²⁾، من قانون العقوبات الاتحادي.

ويعرف الحبس بأنه: (سلب حرية المحكوم عليه الذي يلتزم بالعمل أحياناً، ويعفى في أحيان أخرى من هذا الالتزام)⁽³⁾. إذن فالحبس عقوبة أصلية مقرة لجريمة الجنحة، وتفترض حجز حرية المحكوم عليه مدة معينة في إحدى المنشآت العقابية المخصصة لهذه الغاية. وبما أن عبارة الحبس جاءت مطلقة في نص المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات فهذا يعني أن المشرع الإماراتي قد ترك للقاضي سلطة تقدير العقوبة المناسبة بحسب ما يراه من ظروف للواقعة.

(ب) الغرامة:

⁽¹⁾ لطيفة الجميلي: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، الآفاق المشرقة للنشر، الشارقة، 2013م، ص166.

⁽²⁾ نص المادة 29 من قانون العقوبات الاتحادي على أنه: (الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من العقوبات الآتية: 1-الحبس. 2- الغرامة التي تزيد على ألف درهم 3- الدية).

⁽³⁾ عبدالرازق الموافي: قانون العقوبات لدولة الإمارات، مرجع سابق، ص192.

عرفت المادة (71) من قانون العقوبات الاتحادي الغرامة على أنها: (إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخرينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن ألف درهم ولا أن يزيد حدها الأقصى عن مليون درهم في الجنايات وثلاثمائة ألف درهم في الجرح وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه). وعرفها جانب من الفقه بأنها: (إيلام المحكوم عليه بطريق الاقتطاع من ماله)⁽¹⁾، وتعرف أيضاً بأنها: (عقوبة توقعها الدولة بما لها سلطة العقاب على الأفراد وتذهب حصيلتها إلى الدولة)⁽²⁾.

والغرامة يمكن أن تكون عقوبة أصلية يقضي بها بمفردها، أو عقوبة تكميلية يحكم بها بالإضافة إلى عقوبة أصلية سالبة للحرية، فهي جزاء توقعه الدولة بما لها من سلطة العقاب على الأفراد نتيجة لانتهاك قواعد القانون، وهي لا تنتج عن اتفاق بين الأفراد أو عن الإخلال بالالتزام تعاقدية، وبالتالي فإن حصيلة الغرامات تذهب إلى خزينة الدولة، ولا تكون من نصيب الطرف المضرور لأن الدولة هي التي توقع هذا الجزاء بما لها من سلطة العقاب⁽³⁾.

وبالنسبة للأشخاص الطبيعيين تفضل الغرامة على العقوبات المقيدة للحرية قصيرة المدة، لأنها تحقق الغاية من العقاب بصفة عامة دون أن يكون هناك وجه

⁽¹⁾ محمد شلال العاني: أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مرجع سابق، ص219.

⁽²⁾ شريف سيد كامل: قانون العقوبات الاتحادي، مرجع سابق، ص213.

⁽³⁾ خليفة راشد الشعالي: شرح قانون العقوبات الإماراتي، مرجع سابق، ص198.

للتخوف من خطر عدوي الإجرام الذي تكون نتيجته في أغلب الأحيان من اختلاط المحكوم عليه مع المسجونين داخل السجن، فضلاً عن اعتبارها مورداً مالياً، وهي في الغالب عقوبة أصلية، وقد تكون تكميلية في بعض الأحيان على حسب وقائع الجريمة وحكم القاضي ونص القانون. أما بالنسبة للأشخاص المعنويين فتعتبر عقوبة الغرامة من أهم وأبرز العقوبات التي تطبق عليه ولا يجد القاضي حرجاً من الحكم بها⁽¹⁾.

وسواء كانت الغرامة عقوبة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين فإنها لا تفرض إلا إذا نص عليها القانون تطبيقاً لمبدأ الشرعية، كما يجب أن يصدر بها حكماً قضائياً من محكمة مختصة، ولا يحكم بها إلا على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة احتراماً لمبدأ شخصية العقوبة. لذلك فإن الغرامة كسائر العقوبات، تخضع لقاعدة لا عقوبة إلا بنص، وهذه القاعدة هي الأساس التي يقوم عليها نظام العقوبات في التشريعات الحديثة، أي أن الأفعال التي تصدر من الإنسان وتشكل جريمة يكون لها عقابها القانوني، وبذلك يقتصر دور القاضي على تطبيق الغرامة المنصوص عليها في القانون، ويجب عليه أن لا يتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه، ولا أن ينزل عن الحد الأدنى إلا بنص⁽²⁾.

⁽¹⁾ علي حمودة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، مرجع سابق، ص 182.

⁽²⁾ حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص 346.

وإلصقة ما سبق؁ فإن عقوبة هذه الجريمة قد تكون الحبس والغرامة معاً أو تكون إحداهما؁ وقد ترك أمر تحديد مدة عقوبة الحبس للقاضي بينما قيد المشرع مقدار عقوبة الغرامة بحد أدنى هو مائتين وخمسين ألف درهم وحد أعلى هو خمسمائة ألف درهم.

الفرع الثاني

الظروف المشددة لعقوبة جرمي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية

نصت المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات في الفقرة الثانية على أنه: (إذا وقع السب والقذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عد ذلك ظرفاً مشدداً)، أي أن المشرع شدد العقاب في حال ارتكاب الجريمة بحق طائفة معينة من الأفراد نظراً لخطورتها على المصلحة العامة، ومن هؤلاء الأفراد الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، وذلك إذا وجهت إليه عبارات القذف بصفته لا بشخصه وهو ما يتطلب ارتباط القذف بأعمال الوظيفة لا بالحياة الخاصة للموظف، وقد نصت المادة (5) من قانون العقوبات الاتحادي أيضاً على هذه الطائفة المعينة من الناس⁽¹⁾.

وعلة تشديد العقوبة في هذه الحالة هي رغبة المشرع الإماراتي في توفير حماية خاصة للوظيفة أو الخدمة العامة حتى يمكن القيام بها على أكمل وجه، وحتى يتمتع الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بقدر من الطمأنينة يمكنه من

⁽¹⁾ عبدالرازق الموافي: شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، مرجع سابق، ص127.

أداء واجبات وظيفته، إذ تتطلب المصلحة العامة أن يكون هذا الموظف آمناً من أن يمس أحد سمعته أو ينال من شرفه وكرامته واعتباره⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن القذف في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة يلحق الضرر بالمصلحة العامة بصورة أكبر من الضرر الذي ينجم عن القذف في حق فرد عادي.

وبناء على ذلك يتضح أنه لإعمال هذا الظرف المشدد لا بد من توافر شرطان همان:

أن يكون الشخص المقذوف موظفاً عاماً ومكلفاً بخدمة عامة.

أن يكون القاذف قد وجه إلى المجني عليه أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية الوظيفة أو الخدمة العامة.

وجدير بالإشارة أن هذين الشرطين بكاملان بعضهما البعض، لأن محل الاعتداء هي صفة المجني عليه لا شخصه، ففي حال لم يكن متمتعاً بهذه الصفة فلا تقوم جريمتي السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي بصورتها المشددة⁽²⁾.

¹ محمد سالم الزعابي: الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 81.

² حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص 347.

المطلب الثاني

التدابير المقررة كعقوبة للقفذ والسب عبر الشبكة العنكبوتية

تعرف التدابير الجنائية بأنها: (مجموعة من الإجراءات القانونية التي تتخذ في مواجهة بعض الجناة ممن تثبت خطورتهم الإجرامية لمنعهم من ارتكاب جرائم في المستقبل)⁽¹⁾. ويتضح من خلال هذا التحديد لمفهوم التدابير الجنائية أنها ذات طابع تأهيلي وقائي، فهي من ناحية تفرض على الجاني لاعتبارات تتعلق بمصلحته ومصلحة المجتمع، بالإضافة إلى أنها تهدف إلى حماية الجاني وتأهيله وإصلاحه، مع ملاحظة أن بعض هذه التدابير - مثل الإبعاد والإلزام بالعمل وحظر ممارسة عمل معين - يجوز للمحكمة أن تأمر بأحدها بدلاً من الحكم بالعقوبة السالبة للحرية.

وقد نص المشرع الإماراتي في المواد (41، 42، 43) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على هذه التدابير، وهي تنقسم إلى نوعين من التدابير: تدابير وجوبية وتدابير جوازية. وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

⁽¹⁾ حسن محمد ربيع: شرح قانون العقوبات الاتحادي - المبادئ العامة للجريمة، مرجع سابق، ص149.

الفرع الأول

التدابير الوجودية

ورد النص في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على التدابير الوجودية التي يجب تطبيقها على الجاني الذي يرتكب جرمي السب والقذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي تحديداً في المادة (42) المعدلة بالقانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2018 والتي تنص على ما يلي: (مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة (121) من قانون العقوبات الاماراتي تقضي المحكمة بإبعاد الأجنبي الذي يحكم عليه في أي من الجرائم الواقعة على العرض، أو يحكم عليه بعقوبة الجناية في أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون وذلك بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها). كما ونصت المادة (43) من ذات القانون على أنه: (مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون أو الأموال المتحصلة منها، أو بمحو المعلومات أو البيانات أو إعدامها، كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما إغلاقاً كلياً أو للمدة التي تقدرها المحكمة).

ويتضح من النصين المذكورين أعلاه أن التدابير الوجوبية التي يتصور أن يحكم بها القاضي عند الحكم بالإدانة في جرمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية تنقسم إلى التالي:

- 1- **الإبعاد:** نصت المادة 42 من الموسوم بقانون اتحادي على أنه: (تقضي المحكمة بإبعاد الأجنبي الذي يحكم عليه بالإدانة لارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون وذلك بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها). وقد استقرت أحكام الفقه والقضاء على وصف إبعاد الأجنبي بأنه أحد التدابير الجزائية، كما أن الحكم بتدبير الإبعاد جوازي لمحكمة الموضوع دون معقب عليها⁽¹⁾، فالإبعاد من البلاد تدبير لا يقع إلا على الأجانب⁽²⁾، والإبعاد المقرر بموجب قانون العقوبات الاتحادي هو إبعاد قضائي⁽³⁾ يصدر من المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم الجزائي ضد المحكوم عليه، وفي الحالات التي لا يكون فيها

¹ حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم (139) لسنة 2005، جلسة 2005/6/1.

² نصت المادة (121) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987 على أنه: (إذا حكم على أجنبي في جناية بعقوبة مقيدة للحرية أو في الجرائم الواقعة على العرض تقرر الحكم بإبعاده عن الدولة. ويجوز للمحكمة في مواد الجرح الأخرى أن تأمر في حكمها بإبعاده عن الدولة، أو الحكم بالإبعاد بدلاً من الحكم عليه بالعقوبة المقيدة للحرية).

³ لإبعاد القضائي هو الذي يتخذ بناء على حكم أو أمر قضائي يصدر من المحكمة المختصة، عند ارتكاب بعض الجرائم، وهذا النوع من الإبعاد قد يكون وجوبياً تلتزم المحكمة بالحكم به، وقد يكون جورياً بحيث تملك المحكمة السلطة التقديرية في تحديد المدة من عدمها.

الحكم بالإبعاد قد صدر كبديل للعقوبة المقيدة للحرية المقررة للجنة يتم تنفيذ حكم الإبعاد بعد انتهاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه⁽¹⁾.

2- مصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في الجريمة:

والمصادرة هي نزع مال - تم ضبطه - جبراً عن صاحبه لكي يؤول إلى الدولة بغير مقابل، فهي إجراء الفرض منه تملك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بالجريمة، قهراً عن صاحبها وبغير مقابل، فهي إذاً عقوبة مالية، تتمثل في نزع المال قسراً عن صاحبه، وإدخاله في ملك الدولة بلا مقابل⁽²⁾، والأصل في قانون العقوبات الإماراتي أن المصادرة عقوبة تكميلية، وهو ما أكدته المادة (82) من قانون العقوبات الإماراتي، حيث نصت على أنه: (تحكم المحكمة عند الحكم بالإدانة بمصادرة الأشياء والأموال المضبوطة التي استعملت فيها أو كان من شأنها أن تستعمل فيها أو كانت محلاً لها أو التي تحصلت من الجريمة، فإذا تعذر ضبط أيّاً من تلك الأشياء أو الأموال حكمت المحكمة بغرامة تعادل قيمتها، وذلك كله دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية). وقد أكدت على ذلك أيضاً المادة (41) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات حيث نصت على أنه: (مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من

⁽¹⁾ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 180 لسنة 2013 جزاء جلسة 2013/7/12.

⁽²⁾ حسن محمد ربيع: شرح قانون العقوبات الاتحادي - المبادئ العامة للجريمة، مرجع سابق، ص157.

الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون أو الأموال المتحصلة منها، أو بمحو المعلومات أو البيانات أو إعدامها، كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما إغلاقاً كلياً أو للمدة التي تقدرها المحكمة).

3- **محو المعلومات أو البيانات أو إعدامها:** يقصد بالمحو المسح الذي ينصب على البرامج أو البيانات أو المعلومات بما يجعلها غير صالحة للغرض الذي أعدت من أجله، ويشمل أفعال الإدخال والإتلاف والمحو والطمس لبيانات أو برامج معلوماتية⁽¹⁾، ومثال ذلك: إذا قام شخص بسبب آخر عبر الهاتف المتحرك من خلال استخدام أحد وسائل التواصل الاجتماعي، فعندما يصدر القاضي الحكم بهذا التدبير فسوف تقوم الجهة المختصة بطلب الهاتف المتحرك محل الجريمة من الجاني ومحو كافة المعلومات والبيانات التي أرسلت إلى المجني عليه.

4- **إغلاق المحل أو الموقع المرتكب فيه الجريمة:** لقد ورد تدبير إغلاق المحل في القوانين العقابية كعلاج للجريمة، وهنا يختلف الإغلاق بحسبانه جزاءً جنائياً - وهو ما نحن بصدده- عن الإغلاق الإداري- وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدراسة، فالإغلاق يقصد به إيقاف نشاط المنشأة أو المؤسسة أو المحل المرتكب فيه الجريمة الإلكترونية المقضي بإغلاقه أو منع ممارسته لنشاطه

⁽¹⁾ عمار عباس الحسيني: جرائم الحاسوب والإنترنت، مرجع سابق، ص181.

المرخص له به⁽¹⁾، وهو يعادل عند تطبيقه على الشخص المعنوي لفترة معينة عقوبة الحبس بالنسبة للشخص الطبيعي⁽²⁾، ويعرف أيضاً بأنه حظر مزاوله العمل الذي كان يمارس فيه قبل إنزال هذا التدبير، وينصرف الإقفال إلى المحل كمؤسسة تجارية، لا ككيان مادي⁽³⁾، وقد يكون المحل أو المكان أو الموقع الذي ارتكبت فيه جريمة السب والقذف بالوسائل الإلكترونية وسيلة تسهل للجاني ارتكابها فيه، ولذلك يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي ترتكب فيه هذه الجريمة- إذا كانت قد ارتكبت بعلم مالكيها- إغلاقاً كلياً أو لمدة معينة تحددها المحكمة⁽⁴⁾؛ وهو ما جاء في نص المادة (41) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات التي نصت على أنه: (كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما إغلاقاً كلياً أو للمدة التي

¹ أشارت المادة (128) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه: (فيما عدا الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون على الإغلاق يجوز للمحكمة عند الحكم بمنع شخص من ممارسة عمله وفقاً للمادة 126 أن تأمر بإغلاق المحل الذي يمارس فيه هذا العمل وذلك لمدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد عن سنة، ويستتبع الإغلاق حظر مباشرة العمل أو التجارة أو الصناعة نفسها في المحل ذاته سواء أكان نلك بواسطة المحكوم عليه أم أحد أفراد أسرته أم أي شخص آخر يكون المحكوم عليه قد أجر له المحل أو تنازل له عنه بعد وقوع الجريمة ولا يتناول الحظر مالك المحل أو أي شخص يكون له حق عيني عليه إذا لم تكن له صلة بالجريمة).

² عبدالرزاق الموافي: شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، مرجع سابق، ص112.

³ إمام حسنين خليل عطا الله: الحماية الجنائية لوسائل تقنية المعلومات في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص138.

⁴ حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص352.

تقدرها المحكمة). ويلاحظ أن المشرع الإماراتي في المادة (41) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات لم يحدد مدة الإغلاق، فقد تركها مطلقة غير مقيدة أي تخضع لتقدير القاضي، فله أن يجعل الغلق كلياً أو جزئياً لمدة تحددها المحكمة الصادر منها الحكم بإغلاق هذا المحل. ويرى الباحث، أن المشرع منح للجهة الإدارية المختصة بعض السلطات التي من خلالها تقوم بتسيير واستغلال وإدارة هذا المحل بتوافر الاشتراطات فيها، وجعلت الغلق هو جزاء مخالفة ذلك، حيث تقوم هذه الجهة بغلق بعض المحلات أو المنشآت التي تخالف القانون غلقاً إدارياً دون انتظار حكم قضائي من المحكمة، وبصدر قرار إداري بغلق هذا المحل أو المنشأة محل الجريمة.

الفرع الثاني

التدابير الجوازية

نصت المادة (43) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أنه: (مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون يجوز للمحكمة أن تأمر بوضع المحكوم عليه تحت الإشراف أو المراقبة أو حرمانه من استخدام أي شبكة معلوماتية، أو نظام المعلومات الإلكتروني، أو أي وسيلة تقنية معلومات أخرى، أو وضعه في مأوى علاجي أو مركز تأهيل للمدة التي تراها المحكمة مناسبة).

ويتضح من هذا النص أن التدابير الجوازية لجريمتي القذف والسب عبر الشبكة العنكبوتية تنقسم إلى التالي:

(أ) وضع المحكوم تحت الإشراف أو المراقبة:

تعرف المراقبة بأنها: (تدبير احترازي مقيد للحرية يبتغي توفير معاملة خاصة لمن ينزل به تستهدف تحقيق إصلاحه وضمان ائتمانه مع المجتمع)⁽¹⁾، وقد عرفت المادة(115) من قانون العقوبات المراقبة بأنها: (المراقبة هي إلزام المحكوم عليه بالقيود التالية كلها أو بعضها وفقاً لما يقرره الحكم:

⁽¹⁾ حسين سعيد الغافري: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص185 .

(1) أن لا يغير محل إقامته إلا بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة فإذا لم يكن له محل إقامة عينت له هذه الجهة محلاً.

(2) أن يقدم نفسه إلى الجهة الإدارية المختصة في الفترات الدورية التي تحددها.

(3) ان لا يرتاد الأماكن التي حددها الحكم.

(4) أن لا يبرح مسكنه ليلاً إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة.

فالمراقبة كما يتضح من النص أعلاه هي تدبير جنائي يقوم على مجموعة من الواجبات التي تفرض على المحكوم عليه وتمثل تقييداً لحريته من حيث إلزامه بعدم تغيير محل إقامته إلا بعد الحصول على إذن من السلطة المختصة، وعدم ارتياد الأماكن التي حددتها المحكمة في الحكم، وعدم مغادرة المسكن ليلاً إلا بناء على موافقه من الجهات المختصة بذلك.

وقد نصت المادة (139) من قانون العقوبات على أنه: (تسري على المراقبة المنصوص عليها في هذا الباب أحكام المادة (115) ولا يجوز أن تزيد مدة المراقبة على ثلاثة سنوات). أي بمعنى أن المشرع حدد مدة تدبير المراقبة ولم يتركها مطلقة وأشترط أن لا تزيد على ثلاث سنوات.

ويقوم مركز الإشراف أو المراقبة بدراسة الحالات المحولة إليه سوء اجتماعياً وطبياً ونفسياً، للوقوف على العوامل التي أدت إلى وقوع الجريمة، ورسم خطة للعلاج،

وتقديم التقارير المطلوبة إلى المحكمة والإشراف على تنفيذ التدابير المنصوص عليها في هذا القانون⁽¹⁾.

كما يختص مكتب المراقبة بتنفيذ برنامج الرعاية اللاحقة لخريجي هذه المراكز والمؤسسات، أما بالنسبة لسلطة المراقبة فهنا تتجه جهود المراقب الاجتماعي في هذه المرحلة نحو شخصية الحدث وحاجاته ومطالبه المالية والاجتماعية والنفسية محاولاً بأقصى جهد تعديل شخصيته وإعادة تنشئته بما يجعله يعيش حياة طبيعية في هذا المجتمع⁽²⁾.

(ب) الحرمان من استخدام شبكة معلوماتية:

يقصد بهذا التدبير الجوازي منع الشخص من استخدام أي وسيلة تقنية معلومات تؤدي إلى ارتكاب جرمي السب والقذف. ولم يحدد المشرع الإماراتي مدة معينة للحرمان فقد تركها تقديرية للقاضي وله أن يحكم بالمدة التي تتناسب مع الجريمة المرتكبة.

⁽¹⁾ عبدالرازق الموافي: شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، مرجع سابق، ص136.

⁽²⁾ محمد سالم الزعابي: الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص97.

(ج) الوضع في مأوى علاجي أو مركز تأهيل:

بالرجوع إلى نص المادة (137) من قانون العقوبات الاتحادي بخصوص الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ تدبير الإيداع في مأوى علاجي، وما يلزم اتخاذه لمتابعة حالة الجاني نجدها تنص على أن: (يرسل المحكوم بإيداعه مأوى علاجياً إلى منشأة صحية مخصصة لهذا الغرض حيث يلقي العناية التي تدعو إليها حالته). ويصدر بتحديد المنشأة الصحية قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العدل. وإذا حكم بالإيداع في مأوى علاجي وجب أن تعرض على المحكمة المختصة تقارير الأطباء عن حالة المحكوم عليه في فترات دورية لا يجوز أن تزيد أي فترة منها على ستة أشهر وللمحكمة بعد أخذ رأي النيابة العامة أن تأمر بإخلاء سبيله إذا تبين أن حالته تسمح بذلك⁽¹⁾.

ويقصد بإعادة التأهيل: (مجموعة العمليات أو الأساليب التي يقصد بها تقديم أو إعادة توجيه الأشخاص المنحرفين أو المجرمين نحو الحياة السوية)⁽²⁾، ويقصد به أيضاً: (إعادة تزويد الشخص بما يجعله يثق في نفسه بتصحيح شخصيته معنوياً وفكرياً واقتصادياً واجتماعياً وجسمانياً لكي يعيش حياته بشكل طبيعي كبقية الأفراد دون الرجوع مرة أخرى لارتكاب مثل هذه الجريمة)⁽³⁾، كما يعرف التأهيل بأنه:

⁽¹⁾ حوراء موسى: الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص 358 .

⁽²⁾ مؤيد محمد علي القضاة: شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مرجع سابق، ص 134.

⁽³⁾ علي حمودة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، مرجع سابق، ص 197.

(عمل إداري اجتماعي متخصص يمتزج فيه الفن القانوني مع الفن والخبرة التي يقوم بها المؤهل بإعادة تأهيل المؤهل لتحقيق غرض محدد)⁽¹⁾.

ويضمن معنى التأهيل إثارة الحوافز الإيجابية عند الشخص بحيث يؤمن بالقيم والمواقف الجديدة التي سوف تغرس فيه، فبذلك يحترم القوانين بعد ما كان يخالفها، ويندمج في الحياة الاجتماعية بعدما كان بعيداً ومنعزلاً عنها. ويلاحظ هنا أن المشرع الإماراتي في نص المادة (43) سألقة الذكر ترك أمر تحديد مدة العلاج مطلقة وحسب تقدير القاضي وما يراه، فلم يقيدتها بمدة معينة أو محددة.

⁽¹⁾ محمد شلال العاني: أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مرجع سابق، ص236.

المبحث الثالث

وسائل الإثبات الجنائي لجرائم السب والقذف

عبر الشبكة العنكبوتية

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن الجريمة عبارة عن واقعة مادية وقانونية يرتب عليها القانون أثراً جنائياً هو توقيع العقوبة، وللوصول إلى إثبات الجريمة ينبغي قيام الدليل على ارتكابها، وثبوت نسبتها إلى متهم معين سواء أكان هذا الأخير معروفاً أم مجهولاً، والدليل هو الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى حقيقة الواقعة المعروضة أمامه، وترجع أهمية الدليل إلى أنه يشير إلى وقوع الجريمة ونسبته إلى المتهم⁽¹⁾، ومن المعلوم أن الإثبات الجنائي يعتبر من أهم موضوعات الإجراءات الجنائية، وإن جميع الإجراءات هدفها الأساسي هو كيفية إثبات الحقيقة التي وقعت، حيث بموجب الإثبات الجنائي يتحقق براءة المتهم أو معاقبته، لأن هدفه إقامة الدليل لأجل كشف الحقيقة بغية تحقيق العدالة.

مفهوم الإثبات في المواد الجنائية هو: (إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي

⁽¹⁾ د. محمد مصطفى الدغدي: التحريات والإثبات الجنائي، مطبعة المنيا، القاهرة، مصر، 2002، ص211.

حددها القانون، ووفق القواعد التي أخضعها لها⁽¹⁾، ويعرفه آخرون بأنه: (إقامة الدليل على وقوع الجريمة أو عدم وقوعها وعلى اسنادها إلى المتهم أو براءته منها)⁽²⁾.

كما أن الثورة العلمية في مجال نظم المعلومات الإلكترونية لم تؤثر فقط في نوعية الجرائم التي تترتب عليها وفي نوعية الجناة الذين يرتكبون هذه الجرائم، وإنما أثرت تأثيراً كبيراً على الإثبات الجنائي، خاصة على طرق هذا الإثبات، حيث يمكن القول أن الطرق التقليدية أصبحت عقيمة بالنسبة لإثبات هذا النوع من الجرائم المستحدثة، لذلك ظهر نوع خاص من الأدلة يمكن الاعتماد عليه في إثبات الجرائم، ومن ثم نسبتها إلى فاعليها، وهو ما يعرف بالدليل السيبراني أو الرقمي⁽³⁾.

وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: في التفتيش.

المطلب الثاني: في شهادة الشهود والخبرة التقنية.

⁽¹⁾ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، رقم 866، ص 797.

⁽²⁾ د. شعبان محمود محمد الهواري: افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة، رسالة دكتوراه، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ص 40.

⁽³⁾ د. عائشة بن قارة مصطفى: حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 27.

المطلب الأول

إجراءات التفتيش على مواقع الشبكة العنكبوتية

من المعلوم أن التقنية بطبيعتها غير قادرة على تمييزها ما هو مباح وما هو مجرم، وحتى في ظل تزويدها، مثلاً، بنظام مراقبة وفترة على مواقع الشبكة العنكبوتية، فهي تنفذ أوامر صماء تصلها عبر مخاطبة المبرمج لها، وعبر ترجمة اللغة البرمجية إلى لغة الديجيتال التي تفهمها الأنظمة الحاسوبية، وقد عمد المبرمجين إلى ابتكار مصادد تقنية كثيرة ضمنوها برمجيات الحواسيب الشخصية، وبرمجيات حواسيب المزودين، ليسهل على المحققين الجزائريين اقتفاء أثر المجرم الإلكتروني، فيكون في مقدورهم معرفة المواقع الإلكترونية التي ولجها المعتدي وربطها بموضوع جريمته، أو ليكون في مقدورهم أيضاً تتبع حركة مسار الرسالة الإلكترونية التي أسند فيها تحقيراً إلى المعتدي عليه⁽¹⁾.

وطبقاً للمادة (1/19) من اتفاقية بودابست⁽²⁾، تلتزم الدول الأطراف بتحويل السلطات المختصة، صلاحية التفتيش والولوج إلى البيانات المعلوماتية التي تم احتواؤها، سواء في داخل النظام المعلوماتي أو على دعامة مستقلة، وكذلك تفتيش المكونات المتصلة بالنظام، كما في حالة الحاسب الآلي المحمول والطابعة وأجهزة

⁽¹⁾ د. نبيلة هبة هروال: الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، دار الفكر، الإسكندرية، 2013، ص 199 .

⁽²⁾ انظر اتفاقية بودابست المتعلقة بالجرائم المعلوماتية

التخزين المتصلة، وإذا كانت البيانات مخزنة مادياً في نظام آخر أو في جهاز تخزين آخر، فإنه يمكن الوصول إليها وضبطها من خلال النظام المعلوماتي مع النظم المعلوماتية الأخرى، وطبقاً للفقرة الثانية من المادة (19) من هذه الاتفاقية، فإن للجهات المختصة صلاحية توسيع نطاق التفتيش ليشمل نطاقاً معلوماتياً آخر أو جزءاً منه، بناءً على أسباب معقولة تدعو للاعتقاد بأن البيانات المطلوب ضبطها مخزنة في هذا النظام المعلوماتي.

كما تنص المادة (4/19) من نفس الاتفاقية أعلاه على أن: لكل دولة طرف الحق في أن تسن من القوانين ما هو ضروري لتمكين السلطات المختصة أن تقوم بالتفتيش أو الدخول إلى:

1- نظام الكمبيوتر، أو جزء منه، أو المعلومات المخزنة به.

2- الوسائط التي يتم تخزين معلومات الكمبيوتر بها، مادامت مخزنة في إقليمها.

يبدأ التفتيش الرقمي في جرائم السب والقذف المرتكبة عبر الشبكة العنكبوتية في القطع الصلبة للجهاز، فالمواد التي أسندها المعتدي إلى المعتدى عليه قد تكون محفوظة في القرص الصلب، وتتم الإجراءات من خلال فحص نظام ذاكرة التخزين لمعرفة كل المواقع التي زارها المعتدي في تواريخ معينة، وقد يصل التفتيش إلى الملقمات لدى مزود خدمة الإنترنت، وهي التي استقبلت ملفات بروتوكول الإنترنت الخاص بالمعتدي، وحفظت مسارات ولوجه إلى غرف التداول

وتواريخها، أو حفظت رسائله الإلكترونية أو مكالماته الدولية أو غير ذلك، هذا ويحتاج التفتيش إلى غطاء من المشروعية يتمثل في إذن تفتيش صادر من الجهات المختصة⁽¹⁾.

غير أن بروتوكول الشبكة العنكبوتية لا يكفي في إسناد العمل الإجرامي إلى مالك الحاسوب، أو إلى مالك عنوان البروتوكول المتحصل عليه، فقد يكون وقت الجهاز مختلساً، وقد يرتكب المجرم جريمته من جهاز مؤسسة لا تعرف شيئاً عن نشاطه الإجرامي، وقد يرتكبها من مقهى انترنت، أو أن المجرم انتحل عنوان بروتوكول لجهاز شخص آخر. لذلك يجب أن تتحصل جهات الاستدلال والتحقيق على أدلة مادية أو على اعترافات قانونية تدعم الدليل الرقمي المتحصل عليه اعتماداً على مسار حركة الشبكة لتتمكن بذلك كله من إدانة المتهم⁽²⁾.

ولابد من وجود توفر شرطين في الدليل الإلكتروني حتى يعتد به لدى القضاء، أولهما: الحصول على الدليل بصورة مشروعة توافق أحكام الدستور

⁽¹⁾ د. أبو الوفا محمد أبو الوفا: المواجهة الإجرائية للجرائم المعلوماتية، بحث مقدم الى كلية القانون، جامعة الإمارات، 2009، ص83 .

د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، ص229

⁽²⁾ د. سعيد عبداللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص23-34 .

H.L.CAPRON- J.A.Johnson computer tools for information age 8th Ed,
PEARSON Education, Inc., UpperSaddle River, New Jersey 2004,
p.p290.

وقانون العقوبات وأصول المحاكمات الجزائية، والآخر: أن تكون الأدلة يقينية غير قابلة للشك⁽¹⁾.

¹ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، ص306.

الفرع الأول

طريقة الحصول على الدليل الرقمي من خلال الشبكة العنكبوتية

من الممكن أن يكون مرتكب الجريمة الإلكترونية أكثر مكرماً ودهاءاً مما تتصوره سلطات التحري أو سلطات التحقيق، فيقوم حال احساسه بالمداهمة بمسح البيانات، أو بإتلاف الأقراص الإلكترونية أو بإطلاق فيروسات أو برامج تدميرية لطمس الدليل الرقمي الذي تحصل عليه من جريمته، لذلك يجب على مأمور الضبط القضائي في مرحلة التحريات، وعلى وكلاء النيابة العامة في مرحلة التحقيق الابتدائي أن يتوخوا الحيطة والحذر⁽¹⁾.

ومرحلة التحري هي مرحلة جمع المعلومات المتعلقة بوقوع الجريمة، وهي أيضاً مرحلة الكشف على مكان وقوعها، وضبط الآثار الناتجة عنها، وتحريزها، وملاحقة الجناة والقبض عليهم⁽²⁾، ويتولى العمل في هذه المرحلة رجال الضبط القضائي تحت إشراف النيابة العامة، وقد تمتد هذه المرحلة إلى المراحل التي تليها، إلى حين صدور الحكم النهائي في الدعوى، لاستجلاء بعض أوجه الغموض التي تكتنفها. وقد أوجب المادة (40) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي استعانة السلطة المختصة بالتفتيش بالخبراء، ونصها هو: (لمأموري الضبط القضائي أثناء

¹ د. محمد أمين الشوابكة: جرائم الحاسوب والإنترنت، الجريمة المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص98.

² د. عبدالفتاح بيومي حجازي: الجوانب الإجرائية لأعمال التحقيق الابتدائي في الجرائم المعلوماتية، ص23.

جمع الأدلة أن يسمعو أقوال من تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وأن يسألوا المتهم عن ذلك ولهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة...).

معاينة المسرح الافتراضي:

1- تحديد نوع نظام المعالجة الآلية للمعلومات، فعملية البحث والتحري أكثر تعقيداً في حال ارتباط الجهاز بمحطات طرفية أخرى.

2- وضع خطة إجمالية للمنشأة وإعداد كشف بأسماء المسؤولين عنها وبعمل كل منهم⁽¹⁾.

3- إذا كان الأمر يتعلق بشبكة، فيجب إحصاء الطرفيات وتحديد طبيعة الروابط القائمة بينها، لمعرفة الطريقة التي يتم بها نقل المعلومات من موقع إلى آخر⁽²⁾.

4- إن الدليل في مجال معالجة البيانات يمكن أن يختفي في وقت قصير إذا كان الجاني قد أعد فحاً برمجياً، كالقنبلة المنطقية، يعمل في ظروف تشغيلية معينة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ د. علي حسن الطويلة: التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والإنترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديث، القاهرة، 2010، ص179 .

⁽²⁾ د. علي حسن الطويلة: التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والإنترنت، المرجع السابق، ص179 .

5- إن الجاني يمكن أن يتدخل من خلال وحدة طرفية لإتلاف المعلومات المخزنة⁽²⁾.

6- فصل التيار الكهربائي عن المكان قبل دخوله، فهذا الإجراء يمنع المستخدم من التلاعب بالمعلومات أو محوها، وإن كان لذلك أثره في فقد المعلومات المخزنة في الذاكرة العشوائية لأجهزة الحاسبات الآلية.

7- فصل خطوط الهاتف، خشية استعمال مودم في جهاز المعالجة الآلية للمعلومات المراد ضبطها.

8- التأكد من عدم استخدام خاصية تحويل المكالمات، والتأكد أيضاً من أن رقم الهاتف يخص جهاز الحاسوب المستهدف.

9- إبعاد جميع الموظفين عن أجهزة الحواسيب، مع محاولة الحصول منهم على معلومات حول كلمات السر أو شيفرات الدخول وعن الأماكن الأخرى التي فيها أجهزة حواسيب مرتبطة بهم⁽³⁾.

⁽¹⁾ د. محمد بن نصير محمد السرحاني: مهارات التحقيق الجنائي الفني في جرائم الحاسب والإنترنت، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص63.

⁽²⁾ د. محمد بن نصير محمد السرحاني: المرجع السابق، ص63.

⁽³⁾ د. سامي جلال فقي حسين: الأدلة المتحصلة من الحاسوب وحجبتها في الإثبات الجنائي، ص61.

10- تصوير الأجهزة المستهدفة من الأمام والخلف لإثبات أنها كانت تعمل، والمساعدة في إعادة تركيبها لأغراض التحقيق.

ويجب على مأمور الضبط القضائي إعداد نسخة احتياطية من وسائط تخزين المعلومات الموجودة في مسرح الجريمة، وتوثيق جميع نشاطات التحقيق، وهذا أمر مهم للإجراءات الجنائية، فمنذ لحظة فتح القضية إلى لحظة اغلاقها يجب توثيق كل ما يفعله المحقق بالوقت والتاريخ.

كما يتعين تخزين أدلة الأجهزة والبرامج في بيئة مناسبة، ويجب الحذر من المجالات الكهرومغناطيسية والكهرباء الساكنة والغبار، ويجب استخدام ملصقات أو أوراق طرفية لتمييز أجهزة الحاسوب والوسائط والكوابل والأدوات⁽¹⁾.

وفي مرحلة فحص الكيانات المادية والمعنوية وشبكات الحاسوب لاستخراج الدليل الرقمي فإن هناك جانب من الفقه يرى ضرورة اتباع الإجراءات التالية:

1 - فحص الحاسوب والكيانات المادية والمعنوية المتصلة به:

قد تضطر جهة التحقيق إلى ضبط الحاسوب وحجزه وإلى ضبط القطع الصلبة المتصلة به والبرمجيات المخزنة فيها، ويقوم الخبير المختص بالقضايا الشرطية بفحص الحاسوب من خلال تسخير نظم الحاسوب ذاته لتقعد برامجه

⁽¹⁾ د. عبدالفتاح بيومي حجازي: نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص329.

واستدعاء معلوماته، أو قد يتم الفحص بواسطة جهاز حاسوب آخر وبأجهزة تقنية عالية التخصص، وتقديم تقرير بذلك إلى طالب الفحص⁽¹⁾.

(أ) فحص القرص الصلب⁽²⁾:

يضم القرص الصلب داخله مجموعة البيانات الرقمية ذات الطابع الثنائي، ويمكن إجراء الفحص الكلي أو الجزئي على القرص الصلب، وذلك لهدف التعرف على محتوى البيانات ثنائية الرقم التي يؤدي التعامل معها إلى الكشف عن القيمة الاستردادية للبيانات المخزنة في القرص، سواء أكانت مكتوبة أم على هيئة صور أم أصوات.

(ب) فحص البرمجيات⁽³⁾:

وتكون من خلال الفحص الداخلي والخارجي لتلك البرمجيات، ففي الفحص الداخلي يتم التأكد من البناء المنطقي للبرمجية، والبحث عن مصدر الملفات، فصور دعارة الأطفال المخزنة في القرص الصلب في جهاز المعتدي، هل جرى تنزيلها من المواقع الإلكترونية؟ أم أن المعتدي قام بتنزيلها رقمياً إلى القرص

¹ د. محمد بن نصير: مهارات التحقيق الجنائي الفني في جرائم الحاسوب والإنترنت، المرجع السابق، ص 64 وما بعدها.

² د. هلالى عبدالله أحمد: نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، مرجع سابق، ص 202.

³ د. هلالى عبدالله أحمد: المرجع السابق، ص 202 وما بعدها .

الصلب في جهازه من كاميرا ديجيتال، ومن ثم قام بتحميلها على مواقع الإنترنت الخاصة بالدعارة؟ ومن ثم فقد يكون المعتدي عميلاً يلعب دوراً خطيراً في جريمة الاتجار بالأطفال، وغيرها أو ما شابه، أما الفحص الخارجي فيتم بموجبه فحص بناء البرمجية، مثلاً: فحص ما إذا كانت البرمجيات منسوخة عن أصل محمي، وحينئذ مطابقة عيوب النسختين للتأكد من كون إحداها منسوخة عن الأخرى، مما يعني قيام جريمة تقليد البرمجيات⁽¹⁾.

(ج) فحص النظام المعلوماتي⁽²⁾:

وهو ضبط كافة ما يحتويه الحاسوب من معلومات مخزنة في ملفات، ويمكن استردادها ما دام موضوعها يتصل بالجريمة، والنظام المعلوماتي في جوهره هو بيانات رقمية مخزنة في أنساق معينة للرقمين، وحين يتم استدعاؤها يظهرها النظام الحاسوبي في صورة معلومات محددة، يفهمها المستدعي مستخدم الجهاز.

(د) فحص نظام ذاكرة التخزين:

إن نظام ذاكرة التخزين كما يقول البعض⁽¹⁾: (قدرة الحاسوب الآلية على الاحتفاظ في ذاكرته بنسخة كاملة مما اطلع عليه عضو الإنترنت، في أثناء إبحاره

⁽¹⁾ د. علي محمود علي حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص14.

⁽²⁾ د. خالد عياد الحلبي: إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص177-178.

عبر العالم الافتراضي)، حيث يمكن فحص نظام الحاسوب لمعرفة مواقع الإنترنت التي زارها المعتدي فترات طويلة من الزمن، تصل إلى ستة أشهر كاملة، حتى وإن قام المعتدي بحذف كافة الملفات التي قام نظام التشغيل بتخزينها، فيمكن باستخدام برمجيات معينة استعادة كل الملفات المحذوفة التي تبين على وجه الدقة رحلات المتصفح في ربوع المواقع الافتراضية⁽²⁾.

2 - فحص نظام الاتصال بالإنترنت⁽³⁾:

على الرغم من اتساع قاعدة الدليل الرقمي إلا أنه لا يمكن أن يكون متواجداً في صيغة لا يمكن توقعها، فمثلاً: نجد أن التفتيش والتقصي في الحاسوب الشخصي، سعياً وراء البحث عن ملف ما، يرتبط بارتكاب جريمة موضوع هذا التقصي، قد لا يؤدي إلى نتيجة تذكر، إلا أن البحث في نظام البريد الإلكتروني قد يؤدي إلى العثور على ما يفيد في إثبات الجريمة الإلكترونية المرتكبة عبر الإنترنت، على أن يصل إلى الملف من أي مكان وفي أي وقت وذلك من خلال فحص ما يلي:

¹ د. سامي جلال فقي حسين: التفتيش في الجرائم المعلوماتية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2015، ص 201.

² د. سامي جلال فقي حسين: التفتيش في الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص 270.

³ د. سامي جلال فقي حسين: التفتيش في الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص 270.

(أ) فحص مسار الإنترنت:

وهي الحركة التراسلية للنشاط الممارس عبر شبكة الإنترنت من خلال الحاسوب، بمجرد أن يتعرف على المسار، ويقوم تلقائياً باختيار البروتوكول التراسلي، ومن خلاله يقوم باستدعاء البيانات، ويستخدم نظام الفحص الإلكتروني في تتبع حركة مسار الإنترنت، الذي يطلق عليه علم البصمات المعاصر في القرن الواحد والعشرين، وهو عبارة عن منهج ينشط في تتبع الحركة العكسية لمسار الإنترنت⁽¹⁾.

(ب) فحص بروتوكول الإنترنت:

يعد هذا البروتوكول الطابع المميز لاستخدام الإنترنت، فأى شخص يحصل على بروتوكول الإنترنت يمكنه الإبحار في ربوع المواقع الافتراضية، فيباشر تصفح المواقع والانتفاع بخدماتها، وعملية البحث في قواعد البيانات لدى مسجلي بروتوكول الإنترنت عملية سهلة، تمكن سلطة التحقيق من تحديد حائز هذا البروتوكول أو ذلك، عن طريق البحث في قاعدة بيانات خاصة بالمسجلين⁽²⁾.

⁽¹⁾ د. علي محمود حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص14.

⁽²⁾ د. سامي جلال فقي حسين: التفتيش في الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص202.

د. علي محمود حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص15.

(ج) فحص الخادم:

الخادم هو حاسوب مهمته تحقيق حركة الاتصال بالمواقع والصفحات، وكذلك تحديد مسارات الاتصال المعقدة على هيئة بيانات رقمية على الشبكة العنكبوتية، ومن الخوادم ما لا تكون مهمته تحقيق اتصال مع المواقع والصفحات، وإنما القيام بتحقيق التواصل مع حلقات النقاش والأحاديث المباشرة أو تخزين البريد الإلكتروني لا غير، على أن يعمل هذا الخادم على ربط أعضاء الإنترنت بغرف التداول والحديث المتواصل، فيبرز عضو الإنترنت كما لو كان يستضيف من يتحدث معه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ د. نبيلة هبه هروال: الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت، ص 227 .

الفرع الثاني

التفتيش في مراسلات البريد الإلكتروني وتعقب المرسل

تم ابتكار نظام البريد الإلكتروني ليتمكن مستخدمو هذه التقنية من تبادل الرسائل والصور وغيرها من المواد القابلة للإدخال الرقمي في صندوق الرسالة، أو القابلة للتحميل الرقمي بصفقتها ملحقات بالرسالة، وترسل الرسالة من بريد أحدهم إلى عنوان بريد إلكتروني ما، دون أي إبطاء ودون كلفة مالية سوى كلفة اشتراك خدمة التزود بوقت الإنترنت بشكل عام⁽¹⁾، ويتمتع البريد الإلكتروني أيضاً بخدمة (قائمة التراسل)، وهو نظام تراسل جماعي يمنح صلاحيات بث رسالة إلى مجموعة من الأشخاص المسجلين في هذه القائمة، ولا شك أن هذا النظام تم تطويره لتشجيع العمل الجماعي وتبادل الأفكار والخبرات ويحتوي البريد الإلكتروني برامج متخصصة لكتابة الرسائل الإلكترونية وإرسالها واستعراضها وتخزينها، وكذلك للتوقيع الإلكتروني وقد ابتكرت نظم البريد الإلكتروني برامج تشفير خاصة لحماية خدمة البريد الإلكتروني من الاختراقات ولضمان خصوصية محتوياتها⁽²⁾.

الأصول القانونية المتبعة في تفتيش البريد الإلكتروني:

⁽¹⁾ د. أمير فرج يوسف، الإثبات الجنائي للجريمة الإلكترونية والاختصاص القضائي بها، مرجع سابق، ص 85.

⁽²⁾ د. أبو الوفا محمد أبو الوفا: المواجهة الإجرائية للجرائم المعلوماتية، بحث مقدم الى كلية القانون جامعة الإمارات، المرجع السابق، ص 81-82.

يتم ضبط البريد الإلكتروني الخاص بالضحية كالأتي: يطلب المحقق من الضحية الولوج إلى بريده باستخدام اسم المستخدم وكلمة السر، ثم يذهب إلى قائمة Inbox وينقر على الرسالة التي تتضمن الأسانيد الجارحة في جريمة القذف والسب، ويطبع الرسالة بصورة تظهر صندوق العرض وفيه اسم المرسل وعنوان بريده الإلكتروني وعنوان بريد الضحية، وكذلك مادة الرسالة وكما يلي⁽¹⁾:

1- إذا اقتضت الحال البحث عن أوراق للمدعي العام وحده أو مأمور الضبط القضائي المستتاب وفقاً للأصول أن يطلع عليها قبل ضبطها.

2- لا تفض الاختام ولا تفرز الأوراق بعد ضبطها إلا في حضور المشتكى عليه أو وكيله أو في غيابهما إذا دعيا وفقاً للأصول ولم يحضرا ويدعى أيضاً من جرت المعاملة عنده لحضورها، يتبع هذا الأصول بقدر الإمكان ما لم يكن هنالك ضرورة دعت لخلاف ذلك.

3- يطلع المدعي العام وحده على الرسائل والبرقيات المضبوطة حال تسلمه الأوراق في غلافها المختوم فيحتفظ بالرسائل والبرقيات التي يراها لازمة لإظهار الحقيقة أو التي يكون أمر اتصالها بالغير مضرراً بمصلحة التحقيق، ويسلم ما بقي منها إلى المشتكى عليه أو إلى الأشخاص الموجهة إليهم.

⁽¹⁾ د. انظر المادة (89) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وتعديلاته رقم (9) لسنة 1961، بعنوان (أحكام ضبط الأدلة الورقية).

4- ينبغي أن ترسل أصول الرسائل والبرقيات المضبوطة جميعها أو بعضها أو صور عنها إلى المشتكى عليه أو إلى الشخص الموجهة إليه في أقرب مهلة مستطاعة إلا إذا كان أمر اتصالها بهما مضرراً بمصلحة التحقيق.

إجبار المتهم والشاهد على تقديم الدليل الرقمي:

يفترض القانون أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، لأن الأصل في الإنسان البراءة، لذلك يتطلب افتراض البراءة في المتهم عدم مطالبته بتقديم أي دليل على براءته، ويمكن للمتهم أن يتخذ موقفاً سلبياً تجاه الدعوى أو الشكوى المقدمة ضده، وعلى النيابة العامة تقديم الدليل على ثبوت التهمة المنسوبة إليه، ويتصل بهذا المبدأ عدم جواز إجبار الشخص على اتهام نفسه، سواء عن طريق الاعتراف أو عن طريق تقديم أدلة تدينه، وبناء على هذا فهل يجوز لسلطة الضبط أن تجبر المتهم على الكشف عن شيفرة الدخول إلى جهازه، أو إلى أحد أقسام التخزين لتمكينها من الوصول إلى المعلومات المجرمة؟ وهل يجوز أن تجبر الشاهد على ذلك؟⁽¹⁾.

انطلاقاً من المبدأ السابق، يذهب الفقه إلى أنه لا يجوز قانوناً إجبار المتهم على طباعة ملفات بيانات خاصة مخزنة داخل نظام المعالجة الآلية للمعلومات أو إلزامه بالكشف عن الشفرات أو كلمات السر بالدخول إلى هذه المعلومات، أو

⁽¹⁾ انظر المادة (89) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961 المعدل.

إجباره على تقديم الأسم Command اللازم لوقف الفيروس، أو تفكيك القنبلة المنطقية، غير أن رفض المتهم التعاون قد يدفع سلطات التحقيق إلى حبسه احتياطياً بحجة عدم التأثير على سير التحقيق أو العبث بالأدلة. ويشترط لذلك أن تكون الجريمة موضوع المحاكمة مما يجيز فيها المشرع الحبس الاحتياطي، كما أن تصرف المتهم على هذا النحو قد يلعب دوراً في تكوين عقيدة القاضي ضده⁽¹⁾.

⁽¹⁾ د. أبو الوفا محمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 82.

المطلب الثاني

أقوال الشهود والخبرة التقنية

الفرع الأول

أقوال الشهود

الشهادة لها دور كبير كدليل إثبات، كما أنها المصدر المهم الذي يستطيع أن يقدم الأدلة في مراحل الجريمة الإعداد لها والشروع بعد ذلك في ارتكابها، ثم إتمام تنفيذها، والاختفاء بعدئذ، لذلك تبقى الشهادة عماد الإثبات في المسائل الجنائية بالنظر لما تمثله من دليل حي ملموس يسمعه المحقق الجنائي ويؤثر بشدة في تشكيل اقتناعه مما يجعلها تتميز عن غيرها من الأدلة⁽¹⁾.

والشهادة تعرف بأنها: (الأقوال التي يدلي بها غير الخصوم أمام سلطة التحقيق بشأن جريمة وقعت، سواء كانت تتعلق بثبوت الجريمة وظروف ارتكابها وإسنادها إلى متهم أو براءته منها)⁽²⁾، وعرفت الشهادة أيضاً بأنها: (كل ما يروى

⁽¹⁾ ريار بن محمد بن فالح اللحيد: العزوف عن الشهادة في القضايا الجنائية-الأسباب والحلول، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2002، ص6.

⁽²⁾ د. هلالى عبدالله أحمد: تفتيش نظم الحاسب وضمانات المتهم المعلوماتي، مرجع سابق، ص48.

من أي شخص متصلاً بموضوع أو واقعة معينة عن طريق الرؤية أو السماع المباشر⁽¹⁾.

كما يعرف الشاهد على أنه: (هو الشخص الذي كان حاضراً وقت ارتكاب واقعة ما، أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات بشأن الواقعة وفاعلها، أو من يرى المحقق فائدة من سماع شهادته، أو من يرى لزوم سماع شهادته على الوقائع التي تثبت ارتكاب الجريمة وأحوالها وإسنادها للمتهم، أو براءة ساحقة منها ويتوصل بها إلى ذلك)⁽²⁾.

فقد نصت المادة (36) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه: (يجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها، ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم تواقيع المتهمين والشهود والخبراء الذين سئلوا، وفي حالة الاستعانة بمترجم يتعين توقيعه على المحاضر المذكورة، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة).

وكذلك نصت المادة (40) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على: (للمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الأدلة أن يسمعو أقوال من تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وأن يسألوا المتهم عن ذلك، ولهم أن

¹ د. نبيل عبدالمنعم جاد: التحريات الجنائية، مرجع سابق، ص 65.

² د. ريار بن محمد بن فالح: المرجع السابق، ص 7.

يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ولا يجوز لهم تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطيع فيما بعد سماع الشهادة).

ومع ذلك هناك جانب من التشريعات يلزم الغير، ومنهم الشهود، بتقديم المساعدة للسلطة القضائية عن طريق تقديم الأدلة أو المساعدة في الوصول إليها، مثل قانون الإجراءات الجزائي الهولندي، الذي يجيز في المادة (1-125) منه قيام قاضي التحقيق بإلزام أي شخص بالكشف عن سبيل الدخول إلى المعلومات الجرمية المخزنة في الحاسوب المضبوط، والمادة (k-125) من نفس القانون تجيز لقاضي التحقيق أن يأمر أي شخص له دراية بتشغيل نظام المعالجة بفك شيفرة النظام لتمكين المفتش من الدخول إلى البيانات الجرمية، كما أن بعض التشريعات القانونية تمارس الضغط على الشهود لهدف حملهم على التعاون الإيجابي مع سلطات التحقيق، فمنها من يسأل الشاهد الذي يخفي الشيفرة أو كلمات السر عن جريمة شهادة الزور، لأنه في فهمها يعوق سير العدالة، ومنها من يسأل الشاهد غير المتعاون باعتباره شريكاً في الجريمة موضوع المحاكمة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 229، ص 386.

د. مصطفى محمد موسى: التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 64.

والشهود في الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، عدة طوائف منهم ما يلي⁽¹⁾:

1- **المبرمجون:** هم المتخصصون في كتابة البرامج ويقسمون إلى فئتين، الأولى: هم المتخصصون في برامج التطبيقات، وهؤلاء يحصلون على خصائص النظام المطلوب من محلل النظم ثم يقوم بتحويلها إلى برامج دقيقة، أما الفئة الثانية فهم: المتخصصون في برامج النظم ويقومون باختبار وتعديل وتصحيح برامج نظام الحاسوب الداخلية التي تتحكم في وحدات الإدخال والإخراج ووسائط التخزين بالإضافة إلى إدخال أي تعديل أو إضافة تعديلات لهذه البرامج⁽²⁾.

2- **المحلل:** هو شخص متمكن بتحليل خطوات العمل والبيانات وتحليلها ويقوم بتتبع البيانات داخل النظام.

3- **مهندسو الصيانة والاتصالات:** وهم الأشخاص المسؤولون عن أعمال الصيانة الخاصة بتقنيات الحاسب بمكوناته وشبكات الاتصال المتعلقة به، وهؤلاء يمكن الاستعانة بهم عند إجراء تفتيش شبكات الحاسب لأن هؤلاء يكونون على دراية تامة بكيفية عمل الشبكات وكيف يمكن استخراج الأدلة منها.

⁽¹⁾ د. عبدالله حسين علي: إجراءات جمع الأدلة في مجال جريمة السرقة، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي، 2003، ص20.
د. أحمد يوسف الطحاوي: الأدلة الإلكترونية ودورها في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص140-141.

⁽²⁾ د. هلالى عبدالله أحمد: تفتيش نظم الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص49 وما بعدها.

4- مديرو النظم: وهم الذين يوكل إليهم أعمال الإدارة في النظم المعلوماتية.

الفرع الثاني

الخبرة التقنية

تكمن أهمية الخبرة في إنها تقدم مساعدة كبيرة للقضاء وللسلطات المختصة بالدعوى الجزائية، وبدونها يتعذر الوصول إلى الحقيقة بشأن المسائل الفنية التي تحتاج إلى خبير مختص، خصوصاً تلك التي من شأنها أن تكشف الجوانب المبنية على الحقائق العلمية والفنية. فالعنصر المميز للخبرة عن غيرها من إجراءات الإثبات هو علم ودراية الخبير وإلمامه بهذا الفن وقدرته على التوصل للحقيقة من خلال كشف الدلائل أو الأدلة وتقديمها للعدالة⁽¹⁾.

وهو ما نص عليه المشرع في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي في المادة (93) حيث نصت على أنه: (إذا اقتضى التحقيق الاستعانة بطبيب أو غيره من الخبراء لإثبات حالة من الحالات كان لعضو النيابة العامة أن يصدر أمراً بندبه ليقدم تقريراً عن المهمة التي يكلف بها. ولعضو النيابة العامة أن يحضر وقت مباشرة الخبير مهمته ويجوز للخبير أن يؤدي مهمته بغير حضور الخصوم)⁽²⁾، وللخبير التقني⁽³⁾، في سبيل تحري الحقيقة أن يقوم بكل ما يمكنه من التوصل

⁽¹⁾ د. خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 506.

⁽²⁾ المادة (93) من قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

⁽³⁾ تطبيقاً لذلك: قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه ببراءة المطعون ضده الأول إلى ما ثبت للمحكمة التي أصدرته بعد اطلاعها على

إليها، وعليه في إطار القيام بعمله أن يستخدم الأساليب العلمية التي يقوم عليها تخصصه، وليس للمحكمة أن ترفض تلك الأساليب، ما لم يكن رفضها لها مسبباً بشكل منطقي وإلا تعرض حكمها للطعن عليه بالنقض⁽¹⁾.

وهناك أسلوبان لعمل الخبير التقني:

الأول: القيام بتجميع وتحصيل لمجموعة المواقع التي تشكل جريمة في ذاتها، وذلك هو الشأن في التهديد، أو النصب أو السب أو جرائم النسخ وبث صور فاضحة بقصد الدعاية للتحريض على ارتكاب جرائم القذف والسب والدعارة والرق ودعارة الأطفال وغيرها، ثم القيام بعملية تحليل رقم لها لمعرفة كيفية إعدادها البرمجي ونسبتها إلى مسارها الذي اعدت فيه، وتحديد عناصر حركتها، وكيف تم التوصل

العلامتين التجاريتين، الأصلية والمقلدة، من عدم وجود تشابه بينهما دون الاستعانة بأهل الخبرة الفنية المتخصصة في هذا الشأن فإنه يكون مشوب بالقصور المبطل الموجب للنقض.

المحكمة الاتحادية العليا، نقض جزائي، 7/4/2008، مجموعة الأحكام الجزائية رقم 19، ص63.

ونخلص مما سبق بيانه أن تقرير الخبير يخضع في نهاية الأمر. لتقدير محكمة الموضوع صاحبة السلطة التامة في فهم وتقدير الأدلة فيها، ومنها تقارير الخبرة ولا معقب عليها في ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها.

المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية- الطعن رقم 79 لسنة 2011 قضائية بتريخ ..21/6/2011

⁽¹⁾ د. سامي جلال فقي حسين: التفتيش في الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص147.

إلى معرفتها، ومن ثم التوصل في النهاية إلى معرفة بروتوكول الإنترنت IP الذي ينسب إلى جهاز الكمبيوتر الذي صدر عنه هذه المواقع⁽¹⁾.

الثاني: القيام بتجميع وتحصيل لمجموعة المواقع التي لا يشكل موضوعها جريمة في ذاته، وإنما يؤدي حال تتبع موضوعها إلى قيام الأفراد بارتكاب جرائم، كما هو الحال في المواقع التي تساعد الغير على التعرف على جرعات المخدرات والمؤثرات العقلية ذلك حسب وزن الإنسان بادعاء انه إذا تم تتع التعليمات الواردة فيها فلن يطالب الشخص بحالة إدمان، وأيضاً كيفية زراعة المخدرات بعيداً عن أعين الغير، وأيضاً كيفية إعداد القنابل وتخزينها، وكيفية التعامل مع القنابل الزمنية وتركيبها والقيام بفكها وحفظها، وكذلك القيام بتحديد مسار الدخول على مواقع دعارة من أماكن متفرقة دون لزوم القيام بتحديد مسار الدخول من مكان ثابت، ومثل هذا الأمر جائز الحدوث كما لو كان مرتكب الجريمة مشتركاً لدى مزود في مدينة مختلفة عن تلك التي يقيم فيها معلوماتياً محدداً غير قابل للتحويل إلى مظهر آخر إلا بإجراء تعديلات رقمية في البيانات المذكورة⁽²⁾.

⁽¹⁾ د. عبدالفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص102.

د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص292.

⁽²⁾ انظر في ذلك، د. أمير فرج يوسف: الإثبات الجنائي للجريمة الإلكترونية والاختصاص القضائي بها، مرجع سابق، ص98؛ د. مصطفى محمد موسى: التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص215.

أما بالنسبة لعملية حفظ الأدلة في العالم الرقمي فإنه يتطلب من الخبير التقني رصد موقع الإنترنت أو المعلومات التي تشير إلى الجريمة والتي تكون في مظاهر مختلفة الأشكال، كما لو كانت الجريمة من جرائم القذف والسب في غرف المناقشة، ففي مثل هذه الحالة الأخيرة يتم اللجوء إلى ذاكرة الخادم الذي يتولى ربط هذه الغرف عبر العالم الرقمي لكي يمكن التوصل إلى تحديد موضوع السب والقذف وتاريخه، وإذا كانت الجريمة من جرائم النشر عبر الإنترنت فقد يكفي بمجرد اللجوء إلى ذاكرة الحاسب الآلي المستخدم هنا دون حاجة إلى تحديد الخادم..الخ.

في مثل هذه الحالات يقوم الخبير باستخدام برمجيات مساعدة للتوصل إلى القيم بالحفظ في العالم الرقمي، كما هو الشأن في حجز وتشفير مثل هذه المواقع بعد تحديد جدليتها ودقتها ومسارها، وهذا أمر يترتب عليه عدم إمكانية حذفها من العالم الرقمي، فإذا قام أحدهم بالحذف اعتبر عمله قرينة على أنه هو من ارتكب الجريمة⁽¹⁾.

وتستدعي عملية حفظ الأدلة في العالم الرقمي لزوم قيام الخبير بعرض الأدلة في المحكمة أو على جهات التحقيق، ومثل هذا الأمر يجعل عمل الخبير يستمر لمرحلة المحاكمة، كما هو الشأن حال عرض الدليل المقدم إلى محكمة

⁽¹⁾ د. أمير فرج يوسف: الإثبات الجنائي للجريمة الإلكترونية والاختصاص القضائي بها، مرجع سابق، ص98.

الموضوع أمام جهة قضائية أعلى كالاستئناف أو النقض (في حالة اختصاصها بالموضوع - الطعن مرتين)⁽¹⁾.

ويقوم بالولوج إلى الإنترنت من محل إقامته، وهذا الأخير من الدفوع التي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليها⁽²⁾.

والخبرة في الجرائم الإلكترونية تساعد في المسائل الآتية:

- الكشف عن الدليل الإلكتروني.
- إجراء الاختبارات التكنولوجية والعلمية عليه لاختباره والتحقق من أصالته ومصدره كدليل يمكن تقديمه لأجهزة إنفاذ وتطبيق القانون.
- تحديد الخصائص الفريدة للدليل الإلكتروني⁽³⁾.
- إصلاح الدليل وإعادة تجميعه من المكونات المادية للكمبيوتر.
- عمل نسخة أصلية من الدليل الرقمي للتأكد من عدم وجود معلومات مفقودة أثناء عملية استخلاص الدليل.

⁽¹⁾ د. مصطفى محمد موسى: التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 215.

⁽²⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 294.

⁽³⁾ د. عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر، مرجع سابق، ص 306.

راضية سلام عدنان: مشروعية الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 101.

- استخدام الخوارزميات⁽¹⁾ للتأكد من أن الدليل الإلكتروني لم يتم العبث به أو تعديله.
- تحريز الدليل الرقمي لإثبات أنه أصيل وموثوق به ويقع ضمن سلسلة الأدلة المقدمة في الدعوى.
- جمع الآثار المعلوماتية الإلكترونية التي قد تكون تبدلت خلال الشبكة المعلوماتية.
- تحديد الخصائص المميزة لكل جزء من الأدلة الإلكترونية، ومن ذلك المستند الرقمي، البرامج، التطبيقات، الاتصالات، الصور، الأصوات وغيرها⁽²⁾.

¹ الخوارزميات هي مجموعة هن التعليمات التي يمكن أن تتبع لإنجاز عمل ما بعدد محدد من الخطوات وذلك عبر تجزئة المسألة البرمجية المراد حلها إلى أجزاء صغيرة بسيطة وبتجميع هذه الأجهزة يمكن التوصل إلى حل صحيح. انظر في ذلك : د. خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص303.

² د. عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر، مرجع سابق، ص306.

راضية سلام عدنان: مشروعية الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص101.

وسائل الخبرة في اكتشاف الدليل الإلكتروني:

ثمة وسائل قد تساعد الخبير في الوصول إلى المجرم الإلكتروني ومعرفة كيفية وقوع الجريمة، وهي وسائل مادية، أو وسائل إجرائية، نتناولها على النحو التالي:

1- الوسائل المادية:

هي الأدوات الفنية التي غالباً ما تستخدم في بنية نظام المعلومات والتي يمكن باستخدامها تنفيذ إجراءات واساليب التحقيق المختلفة التي تثبت وقوع الجريمة، ومن أهمها:

▪ **عنوان بروتوكول الإنترنت IP والبريد الإلكتروني برامج المحادثة⁽¹⁾:**
عنوان الإنترنت هو المسؤول عن تراسل حزم البيانات عبر شبكة الإنترنت وتوجيهها إلى أهدافها، وهو يشبه إلى حد كبير عنوان البريد العادي، حيث يتيح للموجهات والشبكات المعنية نقل الرسالة، وهو في كل جهاز مرتبط بالإنترنت. ويتكون من أربعة أجزاء وكل جزء يتكون من أربع خانات، حيث يشير الجزء الأول من اليسار إلى المنطقة الجغرافية، والجزء الثاني لمزود الخدمة، والثالث لمجموعة الحاسبات الآلية المرتبطة، والرابع يحدد الكمبيوتر الذي تم الإتصال منه.

وفي حالة وجود أي مشكلة أو أية أعمال تخريبية فإن أول ما يجب أن يقوم به المحقق هو البحث عن رقم الجهاز وتحديد موقعه لمعرفة الجاني الذي قام بتلك

⁽¹⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 360.

الأعمال غير القانونية، ويمكن لمزود خدمة الإنترنت أن يراقب المشترك، كما يمكن للشبكة التي تقدم خدمة الاتصال الهاتفي أن تراقبه أيضاً إذا ما توافرت لديها أجهزة وبرامج خاصة لذلك⁽¹⁾، وهناك أكثر من طريقة يمكن من خلالها معرفة هذا العنوان الخاص بجهاز الكمبيوتر في حالة الاتصال المباشر، ومن ذلك على سبيل المثال ما يستخدم في حالة العمل على نظام التشغيل Windows حيث يتم كتابة wingpcfg في أمر التشغيل ليظهر مربع حوار يبين فيه عنوان IP، مع ملاحظة أن عنوان الإنترنت قد يتغير مع كل اتصال بشبكة الإنترنت. أما في حالة استخدام أحد البرامج التحادثية كأداة للجريمة فإنه يتطلب تحديد هوية المتصل، كما تحدد رسالة البريد الإلكتروني عنوان شخصية مرسلها ولو لم يدون معلوماته في خانة المرسل، شريطة أن تكون تلك المعلومات التي وضعت في مرحلة إعدادات البريد الإلكتروني معلومات صحيحة⁽²⁾.

▪ البروكسي PROXY⁽³⁾: يعمل البروكسي كوسيط بين الشبكة ومستخدميها بحيث تضمن الشركات الكبرى المقدمة لخدمة الاتصال بالشبكات قدرتها لإدارة الشبكة، وضمان الأمن وتوفير خدمات الذاكرة الجاهزة. وتقوم فكرة البروكسي على تلقي مزود البروكسي طلباً من المستخدم للبحث عن صفحة ما ضمن ذاكرة المحلية

⁽¹⁾ د. عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر، مرجع سابق، ص 308.

⁽²⁾ د. علي محمود علي حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 921.

⁽³⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 305.

المتوفرة، فيتحقق البروكسي فيما إذا كانت هذه الصفحة قد جرى تنزيلها من قبل، ليقوم بإرسالها إلى المستخدم بدون الحاجة إلى إرسال الطلب إلى الشبكة العالمية، فإذا لم يتم تنزيلها من قبل فسوف يتم إرسال الطلب إلى الشبكة العالمية، وفي هذه الأخيرة يعمل البروكسي كمزود عميل ويستخدم عنوان IP . ومن أهم مزايا مزود البروكسي أن ذاكرة Cache المتوفرة لديه يمكن أن تحتفظ بتلك العمليات⁽¹⁾، التي تمت عليها مما يجعل دوره قوياً في الإثبات عن طريق فحص تلك العمليات المحفوظة بها والتي تخص المتهم والموجودة عند مزود الخدمة⁽²⁾.

▪ **نظام كشف الاختراق:** يرمز له اختصاراً بالأحرف IDS ، وهذه الفئة من البرامج تتولى مراقبة بعض العمليات التي يجري حدوثها طي أجهزة البرامج، تتولى مراقبة بعض العمليات التي يجري حدوثها على أجهزة الحاسب الآلي أو الشبكة مع تحليلها بحثاً عن أية إشارة قد تدل على وجود مشكلة قد تهدد من الكمبيوتر أو الشبكة. ويتم ذلك من خلال تحليل رزم البيانات أثناء انتقالها عبر الشبكة ومن بعض ملفات نظام التشغيل الخاصة بتسجيل الأحداث فور وقوعها في جهاز الحاسب الآلي أو الشبكة، ومقارنة نتائج التحليل بمجموعة من الصفات المشتركة للاعتداءات على الأنظمة الحاسوبية، والتي يطلق عليها أهل الاختصاص مصطلح

⁽¹⁾ د. خالد بن مرزوق بن سراج العتيبي: الجوانب الإجرائية في الشروع في جرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 68-69.

⁽²⁾ راضية سلام عدنان: مشروعية الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 103.

د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 305.

التوقيع، وفي حال اكتشاف النظام وجود أحد هذه التوقيعات يقوم بإنذار مدير النظام بشكل فوري وبطرق عدة ويسجل البيانات الخاصة بهذا الاعتداء في سجلات كمبيوترية خاصة⁽¹⁾.

▪ **برامج التتبع:** تقوم هذه البرامج بالتعرف على محاولات الاختراق التي تتم، وتقديم بيان شامل بها إلى المستخدم الذي تم اختراق جهازه، ويحتوي هذا البيان على اسم الحدث وتاريخ حدوثه وعنوان IP الذي تمت من خلاله عملية الاختراق، واسم الشركة المزودة لخدمة الإنترنت المستضيفة للمخترق، وأرقام مداخنها ومخارجها على شبكة الإنترنت ومعلومات أخرى⁽²⁾.

2 - الوسائل الإجرائية⁽³⁾:

يقصد بهذه الوسائل الإجراءات التي باستخدامها يتم تنفيذ طرق التحقيق الثابتة والمحددة والمتغيرة وغير المحددة التي تثبت وقوع الجريمة، وتحدد شخصية مرتكبها ومنها:

⁽¹⁾ د. علي محمود علي حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 91.

⁽²⁾ د. خالد بن مرزوق بن سراج العتيبي: الجوانب الإجرائية في الشروع في جرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 30.

⁽³⁾ انظر بصورة مفصلة، د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 306

▪ **اقتفاء الأثر:** من أخطر ما يخشاه مجرم نظم المعلومات تقصي أثره أثناء ارتكابه للجريمة، فهناك الكثير من الوثائق التي يتم نشرها في المواقع الخاصة بالمخترقين تحمل بين جنباتها العديد من النصائح، وأهم نصيحة هي: قم بمسح الأثار فمؤكد أنه سوف يتم القبض عليه حتى وإن كانت عملية الاختراق قد تمت بشكل سليم، ويمكن تقصي الأثر بطرق عدة، سواء عن طريق بريد إلكتروني تم استقباله، أو عن طريق تتبع أثر الجهاز الذي تم استخدامه للقيام بعملية الاختراق.

▪ **الاطلاع على عمليات التنظيم المعلوماتي وأسلوب حمايته:** ينبغي على المحقق وهو بصدد التحقيق في إحدى الجرائم المعلوماتية كالجرائم المتعلقة بشبكات وتطبيقات وخدمات العملاء، كما ينبغي عليه الاطلاع على عمليات النظام المعلوماتي كقاعدة البيانات وإدارتها وخطة تأمينها، ومراقبة مواد النظام والمستفيدين، والملفات والإجراءات، وتصنيف الموارد العامة، ومدى مزامنة الأجهزة، ومدى تخصيص وقت معين في اليوم يسمح باستخدام كلمات المرور، ومدى توزيع الصلاحيات للمستفيدين، وإجراءات أمن العاملين، وأسلوب النسخ الاحتياطي والاستعانة ببرامج الحماية، كمراقبة المستفيدين والموارد والبرامج التي تعالج البيانات وتسجيل الوقائع وحالات فشل الدخول إلى النظام.

▪ **الاستعانة بالذكاء الاصطناعي:** أثبتت تقنيات الكمبيوتر نجاحها في جمع الأدلة الجنائية وتحليلها واستنتاج الحقائق منها، وهنا يمكن الاستعانة بالذكاء الصناعي في حصر الحقائق منها، كما يمكن الاستعانة بالذكاء الصناعي في

حصر الحقائق والاحتمالات والأسباب والفرضيات، ومن ثم استنتاج النتائج على ضوء معاملات حسابية يتم تحليلها بالكمبيوتر وفق برامج صممت خصيصاً لهذا الغرض⁽¹⁾.

دور الخبير التقني في حفظ أدلة الكمبيوتر:

في إطار جرائم الإنترنت يجب التمييز بين الأدلة التي يلزم التحفظ عليها داخل جهاز الحاسب الآلي وبين تلك التي يلزم بقاءها في العالم الافتراضي، وبين تلك الأدلة النوعية التي تنتمي إلى العالم الرقمي؛ ومع ذلك يمكن اللجوء إلى إخراجها من إطار الحاسوب والعالم الرقمي إلى العالم المادي بحيث يتم التعامل معها كمخرجات يقبلها القضاء كأدلة كاملة في الجريمة تساعد في الإدانة وكذلك في البراءة⁽²⁾.

إن التحفظ على الأدلة داخل جهاز الكمبيوتر من العمليات المعقدة التي تحتاج بدايةً إلى رصد دقيق لمدى صحة البيانات التي يحتوي عليها الكمبيوتر، وهذا الأمر يستلزم بالضرورة قيام الخبير التقني بالكشف - بدايةً - على مدى صحة حركة الكمبيوتر، ولا سيما من حيث الخلل والعطب ويعطي العدوان الفيروسي مثلاً حيوياً

⁽¹⁾ انظر في ذلك؛ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 310.

⁽²⁾ د. عبدالفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مرجع سابق، ص 112.

هنا، إذ يكفي أن يكون هناك فيروس في الجهاز لكي يتم التشكيك في صحة الأدلة المستفادة من هذا الكمبيوتر، ومثل هذا الاتجاه في التشريع الإنجليزي⁽¹⁾.

وتتم عملية حفظ الأدلة داخل جهاز الكمبيوتر بأساليب متعددة تتمثل في أبسط مظاهرها باستخدام أسلوب الحفظ العادي، وأقوى مظاهرها في عمليات حجز الحاسوب على الدليل الموضوع فيه لذلك، والدليل الرقمي هو في العادة ملف يحتوي على بيانات رقمية تعطي مظهراً.

⁽¹⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: فن التحقيق في الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص311

الخاتمة

جريمة القذف والسب من الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار، والتشريعات وضعت لها العقوبات الرادعة لحماية أعراض الناس ولحماية أمن واستقرار المجتمع، فقد جرمته وقررت عقوبات رادعة، وجريمة القذف والسب وفقاً لما استقر عليه القانون والفقهاء هي إسناد واقعة في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه تستوجب عقاب من تنسب إليه أو تؤذي سمعته. وتقوم أركان جريمة القذف والسب قانوناً بتوافر ركنين أولهما: الركن المادي وهو يتكون من نشاط يتمثل في فعل أو قول يصدر من المتهم يسند فيه واقعة محددة وذلك بطريقة العلانية إلى المجني عليه، وثانيهما: الركن المعنوي أو القصد الجنائي والذي يتمثل في العلم والإرادة، وهو أن يعلم من تصدر منه الأقوال المؤثمة قانوناً شأنها أن تؤدي إلى إيذاء سمعة المجني عليه أو تعرضه للعقاب.

أولاً: النتائج:

1- ظهور الفضاء الإلكتروني ووسائل الاتصالات الحديثة كشبكة الإنترنت الذي استغله مرتكبو الجرائم الإلكترونية في تنفيذ جرائمهم، ومنها جرائم الاعتداء على الأشخاص عبر الشبكة العنكبوتية، كانتهاك حرمة الحياة الخاصة وجرائم الاعتداء على العرض وجرائم السب والقذف.

2- أن الجرائم التي تمس السمعة (السب والقذف) بالوسائل الإلكترونية تقع من خلال نشر أو إرسال كتابات أو صور مسيئة من قبل شخص معين.

3- إن الهدف من تجريم السب والقذف هي مساسه بشرف المجني عليه واعتباره ويتخذ هذا المساس صورة سيئة فالإسناد موضوعه واقعة محددة مما يجعل تصديقها أقرب إلى الاحتمال، إذ يفترض تحديدها أن تكون لدى المتهم أدلة تثبتها.

4- إن الجرائم الماسة بالسمعة عبر شبكة الإنترنت لم تعد تقتصر على إقليم دولة واحدة، بل تجاوزت حدود الدول، وهي جرائم مبتكرة ومستحدثة، فالتقدم التقني وظهر تقنية المعلومات الحديثة والتطور الهائل والسريع في وسائطها وانتشارها بين أفراد المجتمع.

5- أهتم التشريع الإماراتي والتشريع المقارن بتجريم كافة صور الاعتداء على الأشخاص عبر الإنترنت، وخاصة جرائم السب والقذف، حيث أصدر نصوصاً قانونية عدة تكفل الحماية الجنائية للحاسب الآلي وشبكاته، وقد تباينت اتجاهات

الدول المختلفة في التعامل مع تلك الجرائم والعمل على خلق إطار قانوني لها يقوم على تصنيفها وضبطها ووضع العقوبات الرادعة اللازمة لحماية البشر من تأثيرها وحماية النشاطات بكافة أنواعها.

ثانياً: التوصيات:

- 1- ضرورة تعديل التشريعات الإماراتية ووضع نصوص خاصة بالجوانب الإجرائية (الضبط والتحقيق) للجرائم الإلكترونية.
- 2- ضرورة جعل قضاء متخصص للنظر في جرائم تقنية المعلومات وخاصة الجرائم التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية.
- 3- التأكيد على الجانب الوقائي من خلال تفعيل دور الأسرة والمدرسة ومنظمات المجتمع المدني لتوعية الشباب من عدم الانزلاق في بعض السلوكيات السيئة والتي تسيء للآخرين.
- 4- ضرورة تأهيل القائمين على إجراءات الضبط والتحقيق في الجرائم المعلوماتية وخاصة تلك التي تتعلق بالشبكة العنكبوتية وذلك بإدخالهم دورات فنية متخصصة سواء داخل الدولة أو خارجها، وذلك لرفع كفاءتهم وقدراتهم في هذا المجال المهم.
- 5- ضرورة تشديد العقاب على مرتكبي هذه الجرائم لما تشكله من خطر جسيم وأثر ذلك على شرف واعتبار المجني عليهم.

أبحاث في القانون العام

إدارة الدولة من خلال نشاط السُّلطات العامّة
((دراسة مقارنة بين دولة الامارات العربية المتحدة
والمملكة المغربية))

اعداد الباحث :

سليمان احمد سليمان الشراري الظنحاني

انحصرت وظيفة الدولة في بداية تشكّل مفهومها في المحافظة على أمنها الداخلي⁽¹⁾، والدفاع عن إقليم الدولة من الاعتداءات الأجنبية، وإقامة العدل بين الناس، وعُرفت بالدولة الحارسة التي لا تتدخل في نشاط الأفراد ويترك هذا للحرية الواسعة في كافة المجالات الأخرى الاقتصادية والاجتماعية وغيرها من الأنشطة كالتعليم والصحة وغيرها من القطاعات بحيث كانت تسند هذه المجالات إلى الأفراد، لكن الدولة الحديثة تحلّت عن فكرة حيادها وأصبحت تتدخل في شتى

(1) - ترتبط فكرة الضبط الإداري تاريخياً بنشأة الدولة، حيث تؤكد الدراسات التاريخية اندماجه بالحكم في مراحل الأولى باعتبار أنّ تميّزه لم يتأتى إلا بقيام الدولة الديمقراطية الحديثة حيث تميّزت فكرة الضبط عن غايات الدولة، وهكذا يمكن الوقوف عند مرحلتين متميزتين لتطور الضبط الإداري:

الأولى: اندماج الضبط الإداري بالحكم وبالتالي عدم تخصيصه بأساس قانوني محدّد ومستقل.

الثانية: انفراد الضبط بكيان مستقل ومتميّز.

بالنسبة للمرحلة الأولى (والتي امتدت من المدينة اليونانية حتى نهاية عهد الملكية المطلقة) لم يتم فاصل بين الضبط والحكم، فلم يكن الفكر السياسي قد استوعب بعد الفصل بين الدولة من ناحية والمجتمع من ناحية أخرى، ومن ثمّ فقد كان الحكم في تلك الفترة يهدف إلى إقرار وحماية النظام القائم بما يحقق أهدافه وغاياته. وسيطر هذا الطابع على فترات مختلفة من هذه المرحلة التاريخية انعكس في البداية على نظام المدينة الدولة التي قامت في اليونان وروما، فقد عرفت المدينة اليونانية لفظ الضبط باعتباره مرادفاً لدستور الدولة ثم تطوّر هذا المفهوم فيما بعد ليعني إدارة الدولة والحكومة. ويقرّر فلاسفة اليونان أنّ الانتقال من الأشكال الأولى للمجتمع إلى مرحلة المدينة الدولة يوازيه الانتقال من الحياة المادية كغاية للوجود إلى الحياة الخيرة كغاية للدولة، وعليه فإنّ حياة الفرد لا يمكن فصلها عن الدولة. ومن هنا كان تقييم نظام الحكم متوقفاً على مدى قدرته على تحقيق الحياة الطيبة للمحكومين لهذا أتجه بعض فلاسفة اليونان إلى القول بوجود الحظر على بعض أوجه نشاط الأفراد ما يعني بدهاء تركيز مهام الضبط.

القطاعات العامة وتتولّى مهمة تسييرها بنفسها، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة، وهذا وضع على عاتق الدولة توفير الرفاهية والمعيشة اليسيرة للأفراد، وبهذا أصبح للدولة الحديثة نشاطين أساسيين هما: المرافق العامة والضبط الإداري، وهذه الأخيرة تعتبر نظرية قديمة حيث عرفت في العهد الإسلامي باسم الحسبة، وكان أول من مارسها رسول الله ﷺ. هذا ويعتبر الضبط الإداري من أهمّ الوظائف الإدارية التي تؤديها الإدارة وتمسّ الأفراد وتضع قيوداً على حقوقهم وحرّياتهم الشخصية من أجل تحقيق المصلحة العامة، ولقيامها بهذه الوظيفة يتعيّن عليها اتخاذ كلّ الوسائل والإجراءات التي تمكّنها من التغلّب على أيّ اعتداء أو إخلال قبل وقوعه، أو الحدّ من آثاره بعد وقوعه، وهنا يظهر الطابع الوقائي لوظيفة الضبط الإداري، وقد تتباين الاعتبارات التي تُتخذُ ذريعةً لتنظيم الحرّيات أو تقييدها من نظامٍ لآخر، إلاّ أنّه يمكن حصرها في حماية قيم معيّنة في المجتمع يمكن إجمالها في النظام العام، وكلّ هذا بهدف تحقيق الصالح العام، وهنا يتجلى الغرض الأساسي لوظيفة الضبط الإداري، وبهذا ازدادت وظيفة الضبط الإداري التي تهدف إلى تنظيم وتقييد ممارسة الأفراد لحرّياتهم ونشاطاتهم بما تتطلّبهُ من محافظة على النظام العام، لكن ذلك يكون في إطار السُلطات المخوّلة قانوناً للإدارة، فإذا خرجت الإدارة على هذه الحدود التي وضعها لها القانون، فإنّ أعمالها تُعتبر غير مشروعة ويمكن الطعن فيها أمام المحاكم الإدارية أو محكمة النقض⁽¹⁾ (بحسب النظام القضائي السائد في الدولة).

(1) - صلاح يوسف عبدالمعالي ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، الأسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007م، ص 241 وما بعدها. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2008م ، ص 83.

وهنا ننوّه إلى أنّ الوظيفة الأساسية الأولى للإدارة العامّة - السُلطة التنفيذية - في كلّ دولةٍ هي المحافظة على النظام العام أو ما يُعرف بسلطة الضّبط، إذ يعدّ هذا النشاط الأكثر خطورةً والأكثر أهميّةً في كلّ دولة، لأنها تمتلك القوّة ووسائل الإكراه لفرض النظام في المجتمع وحماية حقوقه.

ومن المبادئ المُسلم بها أنّ الدولة تقومُ بوظائفٍ ثلاثٍ هي: الوظيفة التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، ويُباشر هذه الوظائف سلطاتٌ ثلاث هي: السُلطة التشريعية، والسُلطة التنفيذية، والسُلطة القضائية، وفي إطار الوظيفة التنفيذية تُمارس الدولة نوعين من النشاط، الأول: ويتمثّل في إنشاء وإدارة المرافق العامّة، والثاني: ويظهر في الضّبط الإداري.

كما أنّ أعمال الضّبط الإداري هي اختصاصات ووظائف تستهدفُ الحفاظ على النظام العام⁽¹⁾ بفروعه الثلاثة وهي: (الأمن العام⁽¹⁾ والصحة العامّة والسكينة

(1) - حرص المشرّع الإماراتي الاتحادي على النصّ على النظام العام في الدستور في المادة 44 حيث نصّت على أنّ: "احترام الدستور والقوانين والأوامر الصادرة من السُلطات العامّة تنفيذاً لها ومراعاة النظام العام واحترام الآداب العامّة، واجب على جميع سكّان الاتحاد". كما حرصت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات على تأكيد مبدأ الآداب العامّة وأنّه من ضمن النظام العام، وهو ما قضت به حيث قالت: "إذا كان النيّ من مدونات الحكم المطعون فيه أنّه قضى ببراءة المطعون ضده على سندٍ من أنّ دخول المطعون ضده مسكن الشاكي ... لا يعتبر إخلالاً بالآداب العامّة ... وجنح الحكم من تفسيره عبارة الإخلال بالآداب العامّة الواردة بنص المادة 58 من قانون العقوبات المعمول به في إمارة أبو ظبي إلى أنّها تنصرف إلى القول البذيء الفاحش، أو الفعل الذي يستحي أن يأتيه الشخص العادي، وهذا مذهب من الحكم يحمل الخطأ في التأويل بقصره لعموم اللَّفظ وتخصيصه وتقييده لمطلق العبارة، وابتعاده عن منهج الشريعة الإسلامية التي يتخذها مجتمع الدولة أساساً لقوانينه وعماداً لسلك أفراده". حكم المحكمة الاتحادية بتاريخ 10/ 12/ 1984م، في الطعن رقم 22 لسنة 6 ق. ع. ج. وقضت ذات المحكمة في حكمٍ آخر لها

العامة) وعدم الإخلال به، بوسائل وأدوات قانونية اعترف المشرع بها لهيئات مُحدّدة قانوناً للقيام بها ووضع بها مجموعة من الامتيازات المقيدة لمبدأ المشروعية، ولقد تعارف أغلب الفقه على أنّ هيئات الضبط تمارس سلطاتها الإدارية لتحقيق واجباتها من خلال إصدار لوائح الضبط الإدارية، وإصدار القرارات الفردية، ولها أن تلجأ إلى القوّة المادية الجبرية لتنفيذ هذه السُلطات⁽²⁾.

بأن: "جلب الطاعن لمستحضرات ومواد كيميائية بعضها لا يجوز استيراده إلا بإذن، والبعض الآخر محظور استيراده بقصد تداولها مع علمه بطبيعتها وعدم مشروعية التعامل فيها ... يعدّ إخلالاً بالأداب العامة ...". حكمها في 24 / 2 / 1986م، الطعن رقم 43 لسنة 7 ق. ع. ج.

(1) - منح دستور دولة الإمارات، الإمارات الأعضاء في الاتحاد الحق في حماية النظام العام بأركانه الأربعة، وهنا إذا قدّرت أي إمارة أنّه يصعبُ عليها السيطرة على النظام العام بإمكانياتها الذاتية، فلها الحقُّ في أن تطلب من دولة الاتحاد تمكينها المحافظة على الأمن والنظام العام داخل أراضيها إذا ما تعرّضت للخطر، وذلك وفقاً لنصّ المادة 143 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات حيث نصّت المادة على ما يلي: "يحقُّ لأية إمارة من الإمارات طلب الإستعانة بالقوات المسلّحة، أو بقوات الأمن الاتحادية للمحافظة على الأمن والنظام داخل أراضيها إذا ما تعرّضت للخطر، ويعرضُ هذا الطلب فوراً على المجلس الأعلى للاتحاد لتقرير ما يراه. وللمجلس الأعلى أن يستعين لهذه الغاية بالقوات المسلحة المحلية التابعة لإحدى الإمارات شريطة موافقة الإمارة طالبة الإستعانة والإمارة التابعة لها تلك القوات. ويجوز لرئيس الاتحاد ومجلس الوزراء الاتحادي مجتمعين إذا لم يكن المجلس الأعلى منعقداً اتخاذ ما يلزم من التدابير العاجلة التي لا تحتل التأخير ودعوة المجلس الأعلى للانعقاد فوراً".

(2) - لم يتعرّض المشرع الإماراتي في دولة الإمارات العربية للتعريف بالضبط الإداري، سواء في الدستور الاتحادي أو في قانون قوة الشرطة والأمن في دولة الإمارات العربية المتّحدة رقم 12 لعام 1976م، وقد اكتفى المشرع بتحديد السُلطة التي تتولى تنظيم الضبط الإداري وإصدار لوائحه، وذلك ما نصّت عليه المادة (60) في الفقرة الخامسة من الدستور الاتحادي الإماراتي والتي تنصُّ على أن: "يتولى مجلس الوزراء، بوصفه الهيئة التنفيذية للاتحاد وتحت الرقابة العليا لرئيس الاتحاد وللمجلس الأعلى، تصريف جميع الشؤون الداخلية والخارجية التي يختصُّ بها

وَيَتَضَمَّنُ الضَّبْطَ الإداري تقييد الحريات الفردية وتنظيماً لها في إطار الدستور والقوانين، لأجل تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام، كي لا تكون هذه الأنشطة الفردية عشوائية متضاربة، وحتى لا تضرُّ بأمن المجتمع

الاتحاد بموجب هذا الدستور والقوانين الاتحادية. ويمارس مجلس الوزراء بوجه خاص الاختصاصات التالية: ... :- وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وكذلك لوائح الضبط، واللوائح الخاصة بترتيب الإدارات والمصالح العامة، في حدود أحكام هذا الدستور والقوانين الاتحادية ويجوز بنص خاص في القانون، أو لمجلس الوزراء، تكليف الوزير الاتحادي المختص أو أية جهة إدارية أخرى في إصدار بعض هذه اللوائح ...". كما حدّد قانون الشرطة والأمن رقم 12 لعام 1976م، والصادر استناداً إلى هذا النصّ الدستوري، واجبات قوّة الشرطة الرئيسية التي تنصبُّ على الهدف الأساسي للضبط الإداري، وهو المحافظة على الأمن والنظام داخل أراضي الدولة. كما أكّدت المادة 54 في الفقرة 8 من الدستور الإماراتي على أنّه: "يباشر رئيس الاتحاد الاختصاصات التالية:- يشرف على تنفيذ القوانين والمراسيم والقرارات الاتحادية بواسطة مجلس وزراء الاتحاد والوزراء المختصين. وجاءت المادة 64 في الفقرة الأولى من الدستور الإماراتي لتوكّد على أنّ: "رئيس مجلس الوزراء والوزراء مسئولون سياسياً بالتضامن أمام رئيس الاتحاد والمجلس الأعلى للاتحاد عن تنفيذ السياسة العامة للاتحاد في الداخل والخارج وكلّ منهم مسئول شخصياً أمام رئيس الاتحاد والمجلس الأعلى عن أعمال وزارته أو مناصبه". كما جاءت على نفس النسق المادة 125 من الدستور الاتحادي الإماراتي في الفقرة الأولى لتنصُّ على أن: "تقوم حكومات الإمارات باتخاذ ما ينبغي من تدابير لتنفيذ القوانين الصادرة عن الاتحاد والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يبرمها بما في ذلك إصدار القوانين واللوائح والقرارات والأوامر المحلية اللازمة لهذا التنفيذ". ويستفاد من نصّ المادة 125 السالفة الذكر، أنّه يحقُّ لحكومات الإمارات الأعضاء في الاتحاد إصدار لوائح تنفيذية (محلية) خاصة بحدود الإمارة فقط، وذلك لوضع القوانين الصادرة عن الاتحاد موضع التنفيذ داخل الإمارة. مع ملاحظة أنّ السُلطة المحلية في الإمارة تخضع لإشراف السلطات الاتحادية بموجب نصّ المادة 60 من الدستور في الفقرة رقم 6 حيث تنصُّ على أن يقوم مجلس الوزراء:- الإشراف على تنفيذ القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات الاتحادية بواسطة كافة الجهات المعنية في الاتحاد أو الإمارات".

واستقراره وسلامته، ففي ظلِّ الضَّبط الإداري كوظيفةٍ مُنَاطةٍ بجهةِ الإدارة تسعى هذه الجهة لوضع الضوابط والأطر التنظيمية لنشاطات الأفراد المختلفة، كي لا تتعارض مصالح الأفراد وتتضاربُ وتؤدي إلى إهدار النظام العام وتشيُّع الجرائم، وتنتشرُ الفوضى، بل وتهدم فكرة الدولة من أساسها.

إنَّ المفهوم الحديث للدولة يقتضي أن تكون مُتَدخِّلةً في كافة المجالات ولا يقتصر دورها على مجالٍ دون الآخر، وهذا من أجل تلبية مُتطلِّبات المجتمع والمحافظة على كيان الدولة واستقرارها وكذا إقامة نوعاً من التوازن بين تحقيق النظام العام من جهة والمحافظة على الحريّات العامّة من جهةٍ أخرى وضمان ممارستها في جوِّ يسوده الاستقرار والطمأنينة. وتُعَدُّ ممارسة الضبط الإداري مظهرًا من مظاهر السُلطة العامّة⁽¹⁾ في فرض النظام العام بواسطة مجموعة من الامتيازات والسلطات التي تمارسها هيئات الضبط الإداري بهدف الحفاظ على النظام العام، وترجعُ أهمية وخطورة النشاط الضبطي في كونه يُمسُّ حقوق وحريّات الأفراد بتقييدها عن طريق الأوامر والنواهي، وما يتضمَّنُه أحياناً من عقوبات تُفرضُ على المخالفين لأحكامه، وإذا كان الضبط الإداري من شأنه أن يفرض قيوداً على

(1) - يعتبر الفقيه الفرنسي (جوليو باسكو) من أوائل من أبرز الطابع السياسي لوظيفة الضَّبط في الدولة البوليسية، حيث يعتبر الفقيه الضَّبط بمثابة مظهر من مظاهر سيادة الدولة، ويرى أنَّه إن كان للإدارة حق التوجيه والتنظيم، فإنَّ للضَّبط حق الرقابة والدفاع عن كيان الدولة، ولذلك فله الحقُّ في إكراه الأفراد على احترام نظم الدولة ولو بالقوَّة. كما أنَّ الفقيه (جوليو) يتصوَّر أنَّ الضبط سلطة رابعة من سلطات الدولة تقف جنباً إلى جنب مع السلطات الثلاث الأخرى التقليدية. محمد محمد بدران ، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992م، ص 12. مرجع مشار إليه لدى: محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضَّبط الإداري، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2016م ، ص 24.

الحريّات فإنّ ذلك لا يعني ترك هذه الحريّات تحت رحمة سلطات الضّبط الإداري⁽¹⁾.

فليس من شكٍ أنّ أسمى شئ في الوجود هو تمّتع الإنسان بالحريّة التي فطر الله الناس عليها، فهي الأمل المنشود والطعم الخالد، ذلك أنّها ملازمةٌ للوجود الإنساني، فالحريّة تلازم الحق في الحياة والكرامة الإنسانية، بل وتتداخل مع باقي الحقوق التي يمتّع بها الإنسان بحكم الطبيعة البشرية. وعلى النقيض من ذلك فالحريّة المطلقة التي لا قيود لها ترادف الفوضوية والتي لا يمكن وجودها واستمرارها ضمن مجتمعٍ مُنظّم يخضع للقانون، كونها تصطدم بحريّة الآخرين⁽²⁾.

ومن المعلوم أنّ لكلٍ من الحريّة والنظام العام أهميّةٌ بالغة في حياة الأفراد داخل الدولة، وأنّ بقدر ما تسعى سلطات الضّبط الإداري إلى القيام بواجباتها في حماية النظام العام ضدّ أي تهديدٍ بقدر ما ينبغي ضرورة المحافظة على الحريّات وعدم المساس بها وانتهاكها بدعوى حفظ النظام العام⁽³⁾. ومع التسليم بأهمية

(1) - محمد فوزي نويحي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 7 - 8.

(2) - سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1996م، ص 551 وما بعدها.

(3) - في هذا الشأن قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بأنّ: " إصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لتطبيق القانون وإن كان من الأعمال التشريعية التي تختصُّ بها السُلطة التنفيذية استعمالاً لحقّها المقرّر، إلّا أنّ ممارسة ذلك الحق تقتصر على أحكام القانون التي لا يمكن للقاضي تطبيقها إلا بصدور القواعد المفصّلة والمُتمّمة لها، أما باقي الأحكام القانونية التي لا يحتاج إعمال نصوصها إلى قواعد تكميلية، فإنّه يجب على القاضي أن يضعها موضع التطبيق ولو لم تصدر لائحة القانون التنفيذية. الطعن الجنائي - س 1، بتاريخ 5 / 2 / 1980م. مشار

وظيفة الضبط الإداري وضرورتها للمحافظة على أمن وسلامة المجتمع فإنه يبقى واضحاً أنّ نشاط الإدارة في هذا الخصوص وما يتضمّنه من تنظيم وتقييد للحريات ينبغي أن يبقى ضمن الحدود المرسومة لها قانوناً. غير أنّ خطورة إجراءات وتدابير سلطات الضبط الإداري على الحريات العامّة تزداد بتعرّض الدولة لظروف غير عادية، أي تكون الدولة ومؤسساتها عرضة لأخطار تعصف بأمنها واستقرارها، حيث تتوسّع صلاحيات سلطات الضبط الإداري على حساب الحريات العامّة بما يُمكنها من السيطرة على تلك الأوضاع وإعادة الأمور إلى نصابها من قواعد المشروعية التي تحكمها في ظلّ الظروف العادية والتي تُصبح غير صالحة للعمل بها في مثل تلك الظروف.

من هنا كانت ضرورة إيجاد نوع من التوازن بين إجراءات وتدابير سلطات الضبط الإداري بما يُمكنها من مواجهة تلك الظروف من جهةٍ وضرورة ضمان أكبر قدر من الحريات العامّة دون الانتقاص منها أو تعطيلها بصورةٍ كليةٍ بدواعي حفظ النظام العام.

من خلال كلّ ما سبق، ومن خلال الدور الحساس الذي تقوم به الإدارة أثناء ممارسة الضبط الإداري، فقد ارتأيت دراسة هذا الموضوع، لما له من أهميةٍ خاصّةٍ متزايدة تتّصل بالحياة اليومية لأفراد المجتمع، من مختلف جوانبه القانونية. وذلك من خلال تعريف مفهوم الضبط الإداري والتمييز بينه وبين أنواع الضبط الإداري الأخرى (المبحث الأول) حيث سنتطرّق لشرح مفهوم الضبط الإداري لغةً واصطلاحاً (المطلب الأول) ومن ثم سنعرّج لذكر بعض أنواع الضبط الإداري الأخرى وما هي الفروقات بينها وبين الضبط الإداري العادي (المطلب الثاني) ثم

إليه لدى: محمود سامي جمال الدين ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات، دبي، دار القلم، 1989-1990م، الطبعة الثانية ، ص65.

سنتعرّف على وظيفة الضبط الإداري في القانون الإماراتي والقانون المغربي (المطلب الثالث) كما سنتعرّف على أهداف الضبط الإداري في (المبحث الثاني) من هذا الفصل، وسوف نشرح في (المبحث الثالث) وسائل وأساليب الضبط الإداري، وسنتحدّث عن رقابة القضاء لأعمال سلطات الضبط الإداري في (المبحث الرابع)، وأيضاً سنتحدّث عن تقييد هيئات الضبط الإداري بمبدأ المشروعية (المبحث الخامس)، وفي المبحث (السادس والأخير) سنخصّصه للحديث عن أنواع وأساليب الرقابة القضائية من حيث المزايا والعيوب في كلٍ من دولة الامارات العربية المتّحدة (القضاء الموحد) ودولة المملكة المغربية (القضاء المزدوج).

المبحث الأول

تعريف الضبط الإداري⁽¹⁾ والتمييز بينه وبين أنواع الضبط الإداري الأخرى.

المطلب الأول

الضبط الإداري بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي والمفهوم الإداري فقهاً وقضاً

(مفهوم الضبط لغةً)

ضَبَطَ: (فعل)

ضَبَطَ يَضْبُطُ وَيَضْبِطُ، ضَبَطًا، فهو ضابط، والمفعول مَضْبُوطٌ، ضَبَطَ لسانه: حفظه بالحزم حفظاً بليغاً، ضَبَطَ عَمَلَهُ: أَنْقَنَهُ، أَحْكَمَهُ، ضَبَطَ سَاعَتَهُ: طَابَقَهَا مَعَ الْوَقْتِ الْجَارِي، ضَبَطَ الْمُعَلِّمُ النَّصَّ: صَحَّحَهُ وَشَكَّلَهُ بِالْحَرَكَاتِ، ضَبَطُوا اللَّصَّ: أَلْفَوْا عَلَيْهِ الْقَبْضَ، ضَبَطَ أَعْصَابَهُ: كَبَحَهَا، سَيَّطَرَ عَلَيْهَا يَضْبِطُ نَفْسَهُ فِي لَحْظَاتِ الْعَضْبِ⁽²⁾.

(1) - يُعْرَفُ الضبط الإداري بوجه عام بأنه: "مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التنظيمية والفردية التي تصدرها السلطة المختصة بالضبط الإداري من أجل المحافظة على النظام العام في المجتمع، بضوره التقليدية والحديثة وهي: الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة. عبد الحميد عبد العظيم عبد السلام والنقبي سالم جروان. القانون الإداري، الشارقة، إصدارات أكاديمية العلوم الشرطية، 2009م ، ص 346. عبد الله عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996م ، ص 280.

(2) - المعجم الوجيز، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 376.

مفهوم الضبط اصطلاحاً (قانوناً)

اختلف الفقه الإداري وتباينت آرائهم في تعريفهم وضبطهم لمفهوم الضبط الإداري⁽¹⁾، ولعل ذلك يرجع بحسب نظرة كل جانبٍ إلى المعايير المادية أو الشكلية أو العضوية أو الوظيفية للضبط الإداري. فمثلاً نجد أنّ الفقيه (هوريو) يُعرّف الضبط الإداري استناداً إلى الغاية التي يسعى رجل الضبط الإداري إلى تحقيقها ويعرّف الضبط بأنّه: "سيادة النظام والسلام الاجتماعي عن طريق التطبيق الوقائي للقانون". ويعرّفه (بورجوا) بحسب نظرتّه إلى المعيار العضوي للضبط الإداري بأنّه: "مجموعة تدخّلات السُلطات الإدارية المُختصّة والتي تعمل بغرض حفظ النظام العام سواءً بواسطة قواعد تنظيمية عامّة، أو بقراراتٍ فردية بناءً على الاختصاصات المخوّلة لها من قبل القانون، تحدّد من حرّيات المواطنين في نطاق القوانين"⁽²⁾.

(1) - من التعريفات القديمة للضبط الإداري تعريف "أفلاطون" الذي يُعرّفه بأنّه: "الحياة، النظام، والقانون للمحافظة على المدينة"، يضاف إلى ذلك تعريف "أرسطو" الذي عرّفه بأنّه: "حكومة المدينة، ودعامة حياة الشعب، وهو أول وأكبر الخيرات".

(2) - موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات، القانون الإداري في دولة الإمارات، عَمَّان، إثراء للنشر والتوزيع، 2012 م، الطبعة الأولى، ص 170. محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، الطبعة الأولى، أبو ظبي، الضياء للنشر والتوزيع، 2009م، ص 36. كما اعتمدت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات المعيار العضوي في تحديد المنازعات الإدارية، حيث قضت في إحدى الدعاوى المطروحة أمامها بأن: "الأصل أنّ الدعوى ترفع أمام محكمة المدين الأصلي وأنّه لا يجوز اختصاصه أمام محكمة الكفيل أو المتبوع، بل العكس هو الصحيح... لمّا كان ذلك وكان المتبوع في هذه الدعوى سلطة اتّحادية ممّا لا يجوز محاكمتها إلا أمام المحكمة الاتحادية العليا على مقتضى المادة 72 من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 10 لسنة 1973م، فإنّ المحكمة الاتحادية العليا تكون لها ولاية الفصل في الدعوى المرفوعة على القوات المسلّحة الاتحادية المُدعى عليها الثانية

أما عن مفهوم الضبط إدارياً فقد تباينت آراء الفقه العربي حول تعريف الضبط الإداري تبعاً للزاوية التي ينظر لها، ممّا أدى إلى تعدّد التعاريف التي قيلت بهذا الشأن، فقد عرّفه الفقيه " سليمان محمد الطمّاوي " بأنه: " حق الإدارة في أن تفرض على الأفراد قيوداً تحدُّ بها من حرّياتهم بقصد حماية النظام العام"⁽¹⁾.

ويعرّف الدكتور (توفيق شحاته) الضبط الإداري استناداً إلى معايير مُتعدّدة مثل المعيار المادي والشكل والوظيفي بأنّه: "مجموعة قواعد تفرضها سلطة عامّة على الأفراد في عموم حياتهم العادية، أو لممارسة نشاطٍ معيّن بقصد صيانة النظام العام، أي لتنظيم المجتمع تنظيمًا وقائياً، وتأخذ هذه القواعد شكل قرارات تنظيمية عامّة تصدرها الإدارة من جانبها وحدها، أو أوامر فردية صادرة من الإدارة من جانبها وحدها، ويترتّب عليها تقييد الحرّيات الفردية"⁽²⁾.

وحدها...." حكم المحكمة الاتحادية العليا في القضية رقم 2 س 4 ق ع م بتاريخ 14 /7/ 1977م.

(1) - سليمان محمد الطمّاوي، مبادئ القانون الإداري -دراسة مقارنة- القاهرة، دار الفكر العربي، 2007م، بدون طبعة، ص 794.

(2) - توفيق شحاته، القانون الإداري، طبعة 1955م، بدون دار نشر، ص 327. مرجع مشار إليه لدى: موسى مصطفى شحاته، القانون الإداري في دولة الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 170. عبد الحميد عبد العظيم عبد السلام والنقبي سالم جروان. القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 340.

أما الأستاذ "طعيمة الجرف" فعرفه على أنه: "مجموع ما تفرضه السلطة العامة من أوامر ونواهي وتوجيهات مُلزِمة للأفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة أو بمناسبة ممارستهم لنشاطٍ معيّن، بقصد حماية النظام العام في المجتمع"⁽¹⁾.

كما يذهب بعض الفقهاء في تعريفه للضبط الإداري من وجهة النشاط الإداري بأنه: "نوع من الولاية الضابطة اختصت بها السلطة التنفيذية أو الإدارة العامة، إما أصالةً أو بطريق الإنابة التشريعية بغية إقرار النظام وإستتباب الأمن أو المحافظة على السكينة العامة أو الصحة العامة"⁽²⁾.

وقد عرفه البعض منهم بأنه: "مجموعة الأنشطة التي تتخذها الإدارة مُنفردةً بهدف المحافظة على النظام العام أو إعادة النظام في حالة اضطرابه"⁽³⁾.

كما ذهب جانبٌ من الفقه الفرنسي إلى أنّ الضبط الإداري هو: "مجموع الأنشطة الفردية التي يكون موضوعها إصدار القواعد العامة أو التدابير الفردية والإجراءات الضرورية للمحافظة على النظام العام". وذهب رأيٌ آخرُ إلى أنّ: "سلطة البوليس عموماً هي عبارة عن الوسائل القانونية السليمة نفسها، والمقصود بها عادةً مجموع السلطات العامة التي تهدف إلى المحافظة على الأمن والصحة والسكينة

(1) - طعيمة الجرف ، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاطات السلطات الإدارية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، 1978م، ص 4.

(2) - محمود سعد الدين الشريف، النظرية العامة للبوليس الإداري في مصر، مجلة مجلس الدولة، القاهرة، السنة الثانية، 1951م، ص 293. مرجع مشار إليه لدى: محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 38.

(3) - سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1984م، ص 3. مرجع مشار إليه لدى: محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 39.

وتحقيق الرفاهية، والتي تُتيح للدولة في سبيل ذلك أن تقيّد الحقوق والحريّات الخاصّة". وذهب رأيُّ ثالثٍ إلى أنّ الضبط الإداري: "تعبير اصطلاح على إطلاقه على معنيين متباينين: أحدهما وظيفي أو موضوعي، وثانيهما عضوي. أمّا الاصطلاح الوظيفي فيُقصد به النشاط الذي تتولّاه الهيئات الإدارية مُستهدفةً في ذلك المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة، وهي تقرير الأمن العام، وتوفير السكنية العامّة، وصيانة الصحّة العامّة. وأمّا الاصطلاح العضوي فيقصد به السُلطة التنفيذية مُمنّلة في هيئاتها الإدارية وموظّفيها الذين يضطّعون بمزاولة هذا النشاط". وذهب رأيُّ رابعٍ إلى أنّ الضبط الإداري: "وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثّل أصلاً في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة، الأمن العام والصحّة العامّة والسكنية العامّة، عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوّة المادية"⁽¹⁾.

وفي نهاية عرضنا لبعض آراء الفقهاء لمفهوم الضبط الإداري وبحسب نظرتهم إلى معايير الضبط الإداري نستخلص من جانبنا تعريف تقريبي لمفهوم الضبط الإداري وذلك كما يلي:

"الضبط الإداري عبارة عن النشاط الإداري الاحترافي الذي تقوم به السُلطات الإدارية المُختصّة، تحت مظلة أحكام الدستور والقانون والضوابط التي صاغها القضاء الإداري، وهذا النشاط يترتّب عليه بالضرورة التدخّل في نشاط الأفراد أو في حريّاتهم بقصد تنظيم هذا النشاط في حالاتٍ معيّنة (الحالات العادية) وتقييده في حالاتٍ أخرى (الحالات الاستثنائية)، وذلك من أجل حماية أعمال الضبط الإداري

(1) - محمود سامي جمال الدين ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 67 وما بعدها. محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 36 وما بعدها.

وظائفه وحماية النظام العام ووقايته في المجتمع أو إعادة هذا النظام في حالة اضطرابه إلى الحالة التي كان عليها".

وختاماً، إذا كان الضبط الإداري وفقاً لمفهومه المتقدّم وطبيعته القانونية يعني مجموعة من الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها سلطات الضبط الإداري بهدف المحافظة على النظام العام في المجتمع، فهل هناك أنواع أخرى من الأعمال المشابهة له تصدر عن جهاتٍ أخرى وتحمل نفس الطابع القانوني؟ وإذا وُجدت مثل هذه الأعمال، فما هي؟ وما أنواعها؟ وما الفرق بينها وبين أعمال الضبط الإداري العادية؟

للإجابة على هذه التساؤلات سوف نقوم في الفرع الثاني من هذا المبحث بشرح أنواع الضبط الأخرى مع شرحٍ بسيطٍ لتوضيح الفرق بين أعمال الضبط العادي وأنواع الضبط (الأعمال) الأخرى. وذلك من خلال ما يلي.

المطلب الثاني

تمييز الضبط الإداري عن غيره من أنواع الضبط الأخرى

قد يتداخل مفهوم الضبط الإداري مع غيره من المصطلحات الأخرى، إلا أن الاختلاف كبير بين كل من الضبط الإداري وأنواع الضبط الأخرى مثل الضبط التشريعي والضبط القضائي والضبط الخاص والمرفق العام وغيرها. ورغم أن مجال بحثنا يُعنى بتوضيح الضبط الإداري باعتباره الأساس الذي يُعطي للسلطة القضائية الحق في رقابة أعمال الإدارة وتوجيهها في حال إذا ما حَدَثت عن الطريق القانوني المرسوم لها، إلا أنه لا صَيْرَ في توضيح الفرق بين الضبط الإداري وغيره من أنواع الضبط الأخرى حتى يتسنى للقارئ تمييز الاختلافات بين أنواع الضبط المختلفة.

وتكمن أهمية تمييز الضبط الإداري عن غيره من أنواع الضبط الأخرى، في أن سلطات الضبط الإداري هي من ضمن سلطات الدولة الثلاث وخاصة التنفيذية منها وليست بسلطة رابعة تُضاف إليها، لذلك برزت الحاجة إلى توضيح وإبراز خصائص وأهداف كل منها على حدة، منعاً لعدم التداخل والخلط في المفاهيم فيما بينها، وبالتالي عدم تداخل الاختصاصات والتصرفات القانونية الصادرة عن هيئاتها.

من هنا سنقوم بالتفرقة بين الضبط الإداري وغيره من أنواع الضبط الأخرى، وذلك من خلال ما يلي.

الفرع الأول

التمييز بين الضبط الإداري والضبط التشريعي

يختلف الضبط الإداري عن الضبط التشريعي بحسبِ الجهة التي تصدره، فالضبط الإداري يصدر عن الجهة الإدارية أو التنفيذية، في حين أن الضبط التشريعي يصدر عن البرلمان (السُّلطة التشريعية) على ضوء النصوص الدستورية، والتي تنص على مجموعة من القوانين الصادرة في شأن الحريات العامة مثل تقييدها وتنظيمها، كحرية الانتقال أو حرية العقيدة، والتي تجدُ أساسها في الدستور وتفصيلات ممارستها تكون مكتوبةً في النصوص القانونية التي تُنظّمها وتحدّد إطارها وحقوق الأفراد فيها والسُّلطة المُختصة بالضبط. ومن أمثلة الضبط التشريعي، القوانين التي تصدر في شأن مراقبة الأغذية وتداولها وتلك التي تصدر في شأن النظافة العامة، وقواعد المرور وغيرها.

وإذا كان الأصل أن جهة الإدارة تمارس الضبط الإداري في حدود الضبط التشريعي المنصوص عليه سلفاً في القوانين الصادرة عن السُّلطة التشريعية، إلا أن هناك بعض الفروقات التي تميّز الضبط الإداري عن الضبط التشريعي ومنها:

1- من حيث السلطة: تمارس السُّلطة التشريعية والبرلمان وظيفة الضبط

التشريعي، في حين أن الضبط الإداري تمارسه السُّلطة التنفيذية أو الإدارة.

2- من حيث الغرض والغاية: تستهدف لوائح الضبط التشريعي تنظيم

المجتمع ككلٍ مثل توفير الأمن والطمأنينة لكافة أفراد المجتمع، في حين أن لوائح الضبط الإداري تستهدف المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة (الأمن والسكينة والصحة العامة).

3- من حيث الأسلوب: الضبط التشريعي يستخدم أسلوب القوانين والأنظمة لتنظيم المجتمع، لتحقيق استقراره وأمنه بحسب نصوص الدستور والمواثيق الدولية، في حين أنّ لوائح الضبط الإداري تصدر من جهة الإدارة في شكل قراراتٍ تنظيميةٍ أو فرديةٍ بغرض تقييد الحُرَيَات الفردية حِفاظاً على النظام العام⁽¹⁾.

(1)- صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 245-246. محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 34. عبد الله عبد الغني بسيوني، القانوني الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 280. مصطفى محمود عفيفي ، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، (النظرية العامة للتّظيم الإداري)، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1989-1990م، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، ص 15.

الفرع الثاني

التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي

إنَّ التَّعَرُّفَ على الضبط القضائي⁽¹⁾ يتبيَّن من خلال معرفة هدفه المُتمثِّل في البحث عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها ويُناط بهذه الوظيفة أجهزةٌ مَنَحها القانون صِفةً الضبطية القضائية، أمَّا الضُّبط الإداري فهو ذلك النشاط الإداري الذي تباشره السُّلطة الإدارية المختصة من أجل المحافظة على النظام العام. هذا ولا تقتصر العلاقة بين الضُّبط الإداري والقضائي على موظَّفيها، بل قد تتجاوزها إلى أعمالها، فكثيراً ما يكون نشاط كلٍّ منهما وثيق الصلة بالآخر، ومثال ذلك: أن زيادة عدد دوريات الأمن من شأنها أن تقلل عدد الجرائم، وتسهِّل البحث عن المجرمين وتُمكن من توقيع العقاب عليهم، كذلك حين ينشط الضُّبط القضائي، ويسرِّع في التَّعَرُّف على مرتكبي الجرائم وتوقيع العقاب عليهم، فيكون النظام العام أكثر استتباباً وأمناً. ومن ثم

(1) - إنَّ مفهوم الضُّبط القضائي من ناحية المعنى الوظيفي فيقصد به تعقُّب الجريمة بعد وقوعها بالفعل، وذلك بالبحث عن فاعليها وجمع الاستدلالات اللازمة لإثبات التهمة عليهم، أمَّا المعنى الشكلي فيقصد به: جميع الموظَّفين الذين حوَّل لهم القانون جمع الاستدلالات وهذا التعريف ينطبق على جميع المكلفين بهذه الوظيفة، سواء أكانوا من أعضاء السلك الشرطي أم غيره، فوظيفة الضبط القضائي لا تبدأ إلا بوقوع الجريمة، سواء أكانت هذه الجريمة تامّة، أم وقفت عند حد الشروع المعاقب عليه قانوناً. وتستهدف هذه الوظيفة البحث عن الجرائم وعن مرتكبيها، والتحري عن الدلائل التي يترجَّح معها نسبة الجريمة إليهم وذلك من خلال كشف مأمور الضبط عن الجرائم وبحثه عن مرتكبيها وجمع الدلائل التي تؤيد ارتكابهم للجريمة. وفي هذا الإطار نصَّ الفصل رقم 122 من الدستور المغربي لسنة 2011م، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، بتاريخ 29 يوليو 2011م، ج.ر عدد 5964 مكرَّر بتاريخ 30 يوليو 2011م، ص 3600، على ما يلي: "يحقُّ لكلِّ من تضرَّر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمَّله الدولة".

باتت النفرقة بين وظيفتي الضبط القضائي والضبط الإداري من الموضوعات البارزة عند القضاء وغالبية الشراح، حيث كان تحديد معيار التمييز بين السطتين من المشكلات الشهيرة في مجال العمل القانوني.

ويمارس الضبط في الدولة الحديثة وظيفتين متباينتين بواسطة نوعين متميزين من الأنشطة: وهما وظيفة الضبط الإداري، ووظيفة الضبط القضائي، بحيث تدور الوظيفة الأولى حول منع الجريمة باتخاذ التدابير الأمنية، وتنتج الوظيفة الثانية إلى تعقب الجريمة بعد وقوعها والبحث عن مرتكبيها وجمع الاستدلالات اللازمة لتحقيق الدعوى الجنائية وتبدأ وظيفة الضبط القضائي حيث تنتهي وظيفة الضبط الإداري، فلا يتدخل مأمور الضبط القضائي بصفته الأخيرة، إلا إذا وقع إخلال فعلي بالنظام العام، حيث يمارس إجراءات وسلطات حدتها القوانين المختلفة بحدود متفاوتة، ولا تؤدي هذه الوظيفة بمعرفة الأفراد، بل تؤدي بمعرفة موظفين تُحددهم القوانين وتطلق عليهم مسمى (مأموري الضبط القضائي) ويرتبط الضبط بصورتيه: الضبط الإداري، والضبط القضائي بأهم مشكلات الإنسان منذ وجوده، وهي الحرية، لأنه من خلال الضبط يمكن للسلطة القائمة على تنفيذه فرض قيود على حريات الأفراد، وتختلف هذه القيود ضيقاً واتساعاً من مجتمع لآخر تبعاً للنظام السياسي السائد فيه. إن محاولة التمييز بين الضبطين يستدعي البحث عن معيار يمكن بواسطته تمييز المفهومين عن بعضهما البعض. ومن هذه المعايير:

1: المعيار العضوي (السُّلطة)

مقتضى هذا المعيار هو الاعتماد على الجهة التي تُباشِر الضُّبط الإداري أو الضُّبط القضائي، فجهة الضُّبط الإداري مُحدَّدة في القانون للسلطة التنفيذية مُمثَّلة في هيئاتها الإدارية وموظَّفيها، بينما نجدُ مهمَّة الضُّبط القضائي هي كذلك ممنوحة لجهاتٍ معينةٍ كضباط الدرك الوطني كما هو عليه الحال في المملكة المغربية وضباط الشُّرطة والقضاة وأعضاء النيابة مثل دولة الإمارات، إذاً المعيار واضح ويعتمد على الجهة الموكول لها هذا النشاط، لكن هل هذا المعيار ناجح ومُجدي في كلِّ الأحوال؟ الجواب يكون طبعاً بالنفي، لأنَّه قد تحدث صعوبة في التمييز بسبب وحدة المصدر، ذلك لأنَّه قد نجد ازدواجية في الوظيفة لضبط إداري وقضائي لنفس السُّلطة كرئيس المجلس الجماعي (الجماعات الترابية) في المغرب⁽¹⁾، وفي

(1) - تنصُّ المادة رقم 45 من قانون الميثاق الجماعي الجديد لسنة 2014م في المغرب على ما يلي: "يعتبر رئيس المجلس الجماعي السُّلطة التنفيذية للجماعة. يرأس المجلس الجماعي ويمثِّل الجماعة بصفةٍ رسميةٍ في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية والقضائية ويسير الإدارة الجماعية ويسهر على مصالح الجماعة طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها. إصدارات مركز الدراسات والأبحاث الجنائية مديرية الشؤون الجنائية والعفو، سلسلة نصوص قانونية، يناير 2014م، العدد 5، صادر عن وزارة العدل والحريات. الظهير الشريف رقم 1.02.297 الصادر في 3 أكتوبر 2002م بتنفيذ القانون رقم 78.00 المتعلِّق بالميثاق الجماعي، بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.03.82 صادر في 20 محرم 1424هـ (24 مارس 2003م) بتنفيذ القانون رقم 01.03، والظهير الشريف رقم 1.08.153 الصادر في 18 فبراير 2009م بتنفيذ القانون رقم 17.08. وجاء نصُّ المادة 50 من ذات الميثاق لتتصَّ على: "يمارس رئيس المجلس الجماعي اختصاصات الشُّرطة الإدارية في ميادين الوقاية الصحية والنظافة والسكينة العمومية وسلامة المرور، وذلك عن طريق اتخاذ قرارات تنظيمية وبواسطة تدابير شرطة فردية هي الإذن أو الأمر أو المنع. ويقوم لا سيما بالصلاحيات التالية:

دولة الإمارات نجد أنّ كثيراً من رجال الإدارة يباشرون صفة الضبطية القضائية إلى جانب وظيفتهم الإدارية، ولكنهم حين يباشرون هذه الوظيفة يندرجون كممثلين للقضاء وليس للسلطة التنفيذية⁽¹⁾. فالصفة الإدارية تُحوّل له اتخاذ تدابير وقائية

يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة المتعلقة بالتعمير، وعلى احترام ضوابط تصاميم تهيئة التراب ووثائق التعمير.

الفقرة 10 من ذات المادة جاءت لتتصّ على: "يُتخذ جميع التدابير الرامية إلى ضمان سلامة المرور في الطُرق العمومية وتنظيفها وإنارتها، ورفع معرقلات السير عنها، وإتلاف أو إصلاح البناءات الآيلة للسقوط أو الخراب، ومنع الناس من أن يعرضوا في النوافذ أو في الأقسام الأخرى من الصروح أو من أن يلقوا في الطُرق العمومية أيّ كان من الأشياء التي من شأن سقوطها أو رميها أن يشكّل خطراً على المارة، أو يسبب رائحة مضرّة بالصحة".

أما نصّ المادة 53 من الميثاق الجماعي فقد نصّت على: "يجوز للرئيس أن يطلب، عند الاقتضاء، من السُلطة الإدارية المحلية المختصة العمل على استخدام القوة العمومية طبقاً للتشريع المعمول به قصد ضمان احترام قراراته ومقرّراته".

(1) - نصّ قانون الإجراءات الجزائية الاتحادية في دولة الإمارات العربية رقم 35 لسنة 1992م، في المادة 31 منه على أن: "يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلّق بأعمال ووظائفهم". ونصّت المادة 33 من ذات القانون على أن يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم:

- 1- أعضاء النيابة العامّة.
- 2- ضباط الشرطة وصف ضباطها وأفرادها.
- 3- ضباط وصف ضباط حرس الحدود.
- 4- ضباط الجوازات.
- 5- ضباط الموانئ البحرية والجوية من رجال الشرطة.
- 6- ضباط الدفاع المدني.
- 7- مفتشو البلديات.

-
- 8- مفتشو وزارة العمل والشؤون الاجتماعية.
- 9- مفتشو وزارة الصحة.
- 10- الموظفون المخوّلون صفة مأموري الضبط القضائي بمقتضى القوانين والمراسيم والقرارات المعمول بها.
- النص النهائي للمادة بتاريخ: 14-12-2005م:
- يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم:
- 1- أعضاء النيابة العامة.
 - 2- ضباط الشرطة وصف ضباطها وأفرادها.
 - 3- ضباط وصف ضباط وأفراد حرس الحدود والسواحل.
 - 4- ضباط الجوازات.
 - 5- ضباط الموانئ البحرية والجوية من رجال الشرطة أو القوات المسلحة.
 - 6- ضباط وصف ضباط الدفاع المدني.
 - 7- مفتشو البلديات.
 - 8- مفتشو وزارة العمل والشؤون الاجتماعية.
 - 9- مفتشو وزارة الصحة.
 - 10- الموظفون المخوّلون صفة مأموري الضبط القضائي بمقتضى القوانين والمراسيم والقرارات المعمول بها". والملاحظ أنّ المشرّع الإماراتي لم يميّز بين من يكون صاحب الاختصاص العام أو الخاص، حيث حدّد صفة مأموري الضبط القضائي في نطاق دائرة اختصاص محدّدة، وبالتالي لا يوجد من يتمتّع بصفة كاختصاص مأموري الضبط القضائي اختصاص عام على مستوى الدولة. وجاء نصّ المادة 34 من ذات القانون لتوكّد على أنّه: "يجوز بقرارٍ من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختصّ أو السُلطة المختصة تخويل بعض الموظّفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في دائرة اختصاصهم وتكون متعلّقة بأعمال وظائفهم. الجريدة الرسمية العدد 233 مكرّر السنة الثانية والعشرين بتاريخ 1992/1/26م وعمل به من تاريخ 1992-4-26م.

للمحافظة على النظام العام، إلى جانب وظيفة الضبطية القضائية التي يمنحها له القانون ومن أجل ذلك لا يمكن الأخذ بهذا المعيار.

2: معيار الغاية

تُباشر جهات الضبط الإداري مهامها لأغراضٍ وقائيةٍ وذلك لمنع الإخلال بالنظام العام والأمن في المجتمع وكل ما من شأنه وقوع الاضطراب أو الكوارث أو إثارة الفتنة أو انتشارها، من خلال التوجيهات والأوامر والنواهي، أمّا الضبط القضائي فمهمته علاجية وذلك بعد وقوع الجرائم والإخلال بالنظام العام، حيث يرمي إلى تتبّع الجرائم والقبض على مرتكبيها⁽¹⁾ عن طريق الاستدلالات التي يستلزمها التحقيق وتتطلبها الدعوى لمحاكمة المتهمين وتوقيع العقوبة على مرتكبي الجرائم⁽²⁾.

ونشير هنا إلى أنّ الفقيه "ريفيرو Rivero" قد اعتنق هذا المعيار كأساسٍ للفرقة بين الضبط القضائي والإداري، وأشار إلى أنّ الفرقة بينهما تكون بالإرتكاز إلى الغاية منهما، فالضبط الإداري ضبطٌ وقائي يرمي إلى تجنب مخالفة القانون

(1) - تنص المادة رقم 30 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات رقم 35 لسنة 1992م، على أن: "يقوم مأمورو الضبط القضائي بتقصّي الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاثّام".

(2) - صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 247 وما بعدها. محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 36 وما بعدها. محمد فتوح محمد عثمان ، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، بدون سنة إصدار، ص 391.

ومنع الجريمة قبل وقوعها، على عكس الضبط القضائي الذي يسعى إلى غاية القمع ولا يتدخل إلا عند وقوع الجريمة⁽¹⁾.

هذا وقد جاءت المادة السابعة من قانون الشرطة الاتحادي في دولة الإمارات رقم 12 لسنة 1976م، وفقاً لآخر تعديل بموجب القانون رقم 6 لسنة 1989م والخاص بقوة الأمن والشرطة لتنص على أن: "يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم ضباط الشرطة وصف ضباطها. ويجوز بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير تخويل غير المذكورين في الفقرة السابقة من هذه المادة من منتسبي القوة صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في دوائر اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم". كما جاءت المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976م، في شأن الأحداث الجانحين لتؤكد على أن: "يكون للموظفين الذين يُحددهم وزير الشؤون الاجتماعية صفة الضبط القضائي فيما يختص بجناح الأحداث وتشردهم".

كما نشير أيضاً إلى حكم المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في - الأحكام الجزائية في الطعن رقم 68 لسنة 10 قضائية بتاريخ 1988/12/7م، والذي جاء فيه: ((إنَّ جهاز الشرطة في الدولة المنظم بالقانون الاتحادي رقم 12 لسنة 1976م، لم يُفرّق بين صنفين من الضابطة في طلب القانون وهما الضابطة الإدارية والضابطة العدلية على الرغم من وجود اختلاف بينهما، إذ الضابطة الإدارية هي التي تحول دون وقوع الجرائم وذلك بمراقبة الأشخاص المشتبه فيهم وتنفيذ القوانين التي تمنع حمل السلاح والمتاجرة بالمواد السامة والمحافظة على الأملاك والقيام بالدوريات وبتبّ العيون لتقصّي آثار المجرمين، وغير ذلك من

(1) - صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 254.

الأمر التي تسهر على حفظ النظام في المجتمع. بينما الضابطة العدلية هي التي تثبت وقوع الجرائم وجمع أدلتها لتأمين عقوبة فاعليها بواسطة المحاكم. وإذ تبين من ذلك أنّ جهاز الشرطة في الدولة هو جهاز مّوحد مثلما ذكر، فإنّ ما يقوم به هذا الجهاز من تحريّات في نطاق مهمّته الأمنية والقانونية لا يتوقف إجرأؤه على أخذ إذنٍ مُسبقٍ من النيابة العامّة بخلاف التفتيش الخاضع في أحكامه لقانون الإجراءات الجزائية فإنّه لا يأمر به إلا سلطة من سلطات التحقيق بمناسبة جريمة جنائية أو جنحة ترى أنّها وقعت وصحّت نسبتها إلى شخص معيّن وأنّ هناك من الدلائل ما يكفي للتعرّض لحرية المُتّهم الشخصية أو لحرمة مسكنه، لأنّ ذلك هو حكم التفتيش الذي نظّم ذلك القانون قواعده وضبط حالاته وجعل لرجال الضبط القضائي ولمن خوّلهم سلطة التحقيق ومباشرته في حدود القانون بخلاف التحريّات المشار إليها الأخرى أنّها نوعٌ من البحث والاستقصاء أو هو نوعٌ من التنقيب عن الأشياء الخاصّة بجريمة تحقّق وقوعها، ثم إنّ المُتّهم إذا رضي به كما هو عليه الأمر في قضية الحال ورأت محكمة الموضوع سلامة هذا الإجراء جاز لها أن تأخذ بنتيجة هذا التنقيب كدليلٍ من أدلة الإثبات في الدعوى)).

3: المعيار القانوني

يخضع الضّبط الإداري للقانون الإداري وتراقب مشروعيته المحاكم الإدارية فيما تجرّيه السُّلطة التنفيذية من أعمال وتصرفاتٍ قد تتعسّف باستعمال السُّلطة بسببها، أما أعمال الضّبط القضائي فتخضع لقانون الإجراءات الجنائية وتختصّ بمنازعاته المحاكم الجنائية، ناهيك عن أنّ أعمال الضّبط الإداري تخضع لرقابة الإدارة، أما أعمال الضّبط القضائي فتخضع لإشراف النيابة العامّة. كما أنّ أعمال الضبط الإداري والتعويض عنها صارت من مسؤولية الإدارة التي يتحمّ عليها في بعض الحالات تعويض المتضرّرين من أعمال الضّبط الإداري التي أجرتها، أما أعمال

الضبط القضائي وإمكانية التعويض عنها، فما زالت محلّ نظر في بعض البلاد ولم يتقرّر عنها التعويض صراحة⁽¹⁾.

والسؤال المطروح هنا في هذه الإشكالية، هل تتحمّل الدولة تبعيّة المسؤولية عن أعمال الضبط القضائي أم لا؟

إنّ ممّا استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية في عام 1956م، هو تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط القضائي على أساس المخاطر وتحملّ التبعية دون وقوع خطأ من جانب الدولة⁽²⁾.

(1) - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 389. مصطفى محمود عفيفي ، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 19 - 20. - صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 250 وما بعدها.

(2) - نشير في خصوص مسألة التعويض عن الأضرار التي يرتكبها من لهم صفة الضبطية القضائية بأنّ الدولة تكون مسؤولة عن التعويض عن الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة ارتكابهم الخطأ أثناء ممارستهم لوظائفهم ومن ذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 103 لسنة 27 قضائية، بتاريخ 16 - 6 - 2008م، والذي جاء فيه: ((وحيث إنّ الطاعنة تتعى بباقي أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال والقصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق إذ قضى بمسؤوليتها عن الخطأ المنسوب للمطعون ضده الثاني الشرطي رقم 16912 باعتباره يعمل لديها وكان يقود سيارتها (صهريج الإطفاء) أثناء عودته من مهمّة رسمية وحال تأديته لوظيفته ممّا يجعلها باعتبارها متبوعة مسؤولة عن أعمال تابعها، حالة أنّها تمسكت بدفاعها من جهة بأنّ القانون الاتحادي رقم 21 لسنة 1995م في شأن السير والمرور في المادة (6) منه ولائحته التنفيذية في المادة (4) منه تعطيان الأولوية بالمرور لسياراتها أثناء تأديتها لواجباتها وتبيح لها عدم التقيد عند الضرورة بقواعد المرور وعلاماته ممّا يحقّ معه لمركباتها عند الضرورة الدخول والدوران من مكانٍ ممنوع،

وبالتالي فإن سائقها لم يخالف القانون عندما كان يقود سيارتها ببطء وإنما سائق السيارة الأخرى المتوفى هو الذي لم يستطع التحكم في سيارته لسرعته، ومن جهة أخرى فإن خطأ سائقها كان خطأ شخصياً وليس خطأ مرفقياً، إذ ليس من مهام وظيفته مخالفة أنظمة ولوائح المرور أثناء القيادة والدوران بالسيارة من مكان ممنوع وقد تمت إدانته جزائياً بالتهم المسندة إليه وبالتالي تقع عليه وحده المسؤولية عن الخطأ والضرر الذي أحدثه بوصفه كان حارساً على السيارة حال قيادته لها وتقع عليه مسؤولية أخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية الغير من ضررها ومن ثم فهي غير مسؤولة عن فعله غير المشروع لتجاوزه مهام وظيفته كسائق، إلا أن الحكم المطعون فيه رفض دفاعها وألزمها بالتعويض بما يعيبه ويستوجب نقضه، وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه هي مسؤولية تبعية مفررة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني، ومناطق هذه المسؤولية أن المشرع بصدده تحديد نطاق مسؤولية المتبوع لم يقصد قصر المسؤولية على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته وبسببها، بل تحقق المسؤولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تادية الوظيفة أو كلما استغل هذه الوظيفة، وساعدته على إتيان فعله الخطأ أو هيئات له بأي طريق فرصة ارتكابه، سواء ارتكب لمصلحة المتبوع أم عن باعث شخصي وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أم لا علاقة لها بها، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أم بغير علمه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالزام الطاعنة بتعويض المطعون ضدهم والرجوع بما تؤديه على تابعها المطعون ضده الثاني على ما استخلصه من خطاب مدير الطاعن إلى المدير العام للدفاع المدني رقم 1993 /4/8 بتاريخ 2003 /3/17م، ومن خطاب وكيل وزارة الداخلية رقم 2001/1795 ش. ق. / 1241 بتاريخ 2003 /4/16م إلى وكيل وزارة العدل من أن السيارة التي تسببت في الحادث يقودها الشرطي السائق رقم (16912)... المطعون ضده الثاني) أثناء عودته من مهمة رسمية، مما يدل على أن المطعون ضده الثاني كان في حالة تادية وظيفته كسائق شرطي تابع لها وبسببها، ممّا يجعلها باعتبارها متبوعة مسؤولة عن الفعل الضار لتابعها عملاً بالمادة (313) من قانون المعاملات المدنية، وإذ كان هذا الاستخلاص سائغاً وبما له أصله الثابت بالأوراق ومن ثم يضحى النعي على غير أساس، حيث إنّه لما تقدّم يتعيّن رفض الطعن)).

وهو ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في قضاء محكمة النقض عام 1967م، في الحكم الصادر من محكمة "بورود" في شأن أحد الأشخاص الذين شاركوا في سطو مسلح وتمّ القبض عليه، وبدلاً من إحالته لقاضي التحقيق، تمّ نفيه إلى ألمانيا ممّا أدى إلى تدهور صحّته، وبعد استقلال فرنسا عن ألمانيا، صدر قانون لتعويض كلّ من تعرّض للنفي، فتقدّم هذا الشخص بطلب التعويض إلا أنّ طلبه رُفض لعدم توافر شروط التعويض، وهي أن يكون نفيه لأسباب سياسية أو عرقية، فاضطرّ إلى رفع دعوى لجبر الضرر الناتج عن خطأ رجال الضبط القضائي، وقضت المحكمة بمسؤولية الدولة على أساس الخطأ المرفقي عمّا وقع منها من أضرار⁽¹⁾.

وفي ذات الشأن نصّ المشرّع الاتحادي في دولة الإمارات في المادة رقم (282) من قانون المعاملات المدنية على أنّ: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مُميّز بضمان الضرر)، وقد استخدم المشرّع الإماراتي مصطلح الإضرار بدلاً من الخطأ، وهو مصطلح أشمل وأعم من مصطلح الخطأ التي أخذت به القوانين العربية الأخرى، وبحسب ما تنصّ عليه المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي بمعنى الإضرار هو مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع ممّا يترتّب عليه الضرر، حيث استعاض المشرّع الإماراتي بلفظ الإضرار عن سائر النُوعوت

(1) - فتحي فكري، الاعتقال، دراسة للمادتين الثالثة والثالثة مكرّر من قانون الطوارئ، دار النهضة العربية، 1992م، ص 126 وما بعدها. مرجع مشار إليه لدى: محمد فوزي نويجي، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 44.

المُستعملة في هذا المقام، كمصطلح العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يُجرّمه القانون⁽¹⁾.

كما استبعد المشرّع الاتحادي الإماراتي من نطاق الضّرر حالة إذا ما استعمل مأمور الضبط القضائي القوّة مع المتّهم في حالة الدفاع الشرعي، فلا تقوم مسؤولية مأمور الضبط القضائي بناءً على نصّ المادة (288) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي تنصّ على: ((من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسؤول عن ذلك الضّرر على ألاّ يجاوز قدر الضرورة وإلاّ أصبح مُلزماً بالضمان بقدر ما جاوزه)). حيث يتّضح من نصّ المادة السابقة صورة الدفاع الشرعي المانعة من قيام فعل الإضرار بالغير⁽²⁾.

(1) - المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، إصدارات وزارة العدل، أبو ظبي، بدون سنة طباعة، المادة 282 ص 274 وما بعدها. قانون 5 لسنة 1985 بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتّحدة، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1887م، إصدارات معهد دبي القضائي، الطبعة الثانية، 2013م، ص 67 وص 68.

(2) - لكي يُنفى عن مأمور الضبط القضائي جانب الخطأ، فلا بدّ من مقارنة سلوك مأمور الضبط القضائي بسلوك الرجل المهني المتخصّص في نفس مجاله، ولا بدّ من إثبات تقصيره في بذل القدر المطلوب من العناية في تنفيذ الالتزام، وهو ما أكّدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في أحد أحكامها حيث قضت المحكمة - الأحكام الإدارية في الطعن رقم 215 لسنة 2012م قضائية، بتاريخ 10 / 10 / 2012م، والذي جاء فيه: ((لمّا كان مفاد المواد 30، 40، 68 من قانون الإجراءات الجزائية قد أناط بمأموري الضبط القضائي تقصّي الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاثّهام ولهم في سبيل ذلك سماع أقوال الشهود وسؤال المتّهم والقيام بأي إجراء خارج عن اختصاصهم بتكليف من عضو النيابة العامّة في حدود سلطته دون استجواب المتّهم، وهو ما تضمّنته أيضاً المادة 6 من القانون الاتحادي رقم

12 لسنة 1976م في شأن قوّة الشرطة والأمن، وللإدارة عند القيام بهذه المهام سلطة تقديرية لا تعدو أن تكون مكنة قانونية قد منحها لها النظام تتمتع بمقتضاها بقدر من حرّية التصرف الإداري بشأن اتخاذ قرار أو في الامتناع عن اتخاذه، والوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، وهذه السّلطة تخضع لرقابة القضاء، وبالتالي، ليست تحكّمية أو تعسّفية بل قانونية لا تخوّل الإدارة سوى حق الاختيار بين قرارين أو مسلكين أو أكثر باعتباره الأكثر ملاءمة، وذلك بغرض مكافحة الجريمة والحد منها لإقرار سلطة الدولة في العقاب بحكم من القضاء فاصل في موضوع الجريمة التي وقعت وتحديد المسؤول عنها، وهو التزام ببذل عناية فيكفي لاتخاذ الإجراء مبرّرات مقبولة - دون التزام بتحقيق نتيجة الإدانة الخارجة عن إرادة الإدارة. وجدير بالذكر أنّ مدى تعسّف الإدارة في اتخاذ الإجراء إنّما يخضع لتقدير محكمة الموضوع بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلّتها، وكان الحكم المطعون قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بالتعويض على نفي ركن الخطأ من أركان المسؤولية التقصيرية باعتبار أنّ الإجراءات التي اتخذها المطعون ضدّهما - بمراقبة الطاعن وتسجيل مكالماته بناءً على تحريّات جديّة وبموافقة النيابة العامّة الخطية وأنّ تجديد الإذن لأكثر من مرة هو دليل الحرص على المشروعية واستخدام السّلطة المخوّلة بموجب أحكام المواد 30، 40، 68 من قانون الإجراءات الجزائية دون إساءة في استعمالها أو التعسّف بتعمد الانحراف بها بقصد الإضرار بالطاعن - ضابط الشرطة - زميل المطعون ضدّه الأول وتابع الثانية - على أنّ هذه الإجراءات التي أدّت بالطاعن إلى النيابة العامّة ثم للمحاكمة مؤسّسة على دلائل كافية أدين بموجبها الطاعن أمام درجتي النقاضي - ثم بالبراءة بعد النقض - حتى أنّ الطاعن نفسه أقرّ بارتكابه الجريمة بمحضر الضبط وبخطئه - ثم عدل بعد ذلك عن إقراره، وأنّ هذا الاختلاف يستخلص منه كفاية الدلائل لأنّه لا يشترط لتوافرها القطع بالإدانة وإنّما يكفي أن يكون الأمر محتملاً بين البراءة والإدانة، وكانت أسبابه صحيحةً وسائغةً ولها أصل ثابت بالأوراق ويكفي لحمله - فإنّ ما يثيره الطاعن بوجه النعي بشأن إساءة المطعون ضدّهما في استعمال السّلطة والتعسّف بتعمّد الانحراف بها بما اتخاذه من إجراءات قَبِل الطاعن للإضرار به وتلفيق اتّهامه بارتكاب جريمة الرشوة - لا يعدو أن يكون جدلاً في سلطة محكمة الموضوع لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة، وما يثيره بشأن مخالفتها للقوانين يكون على غير أساس)).

الفرع الثالث

التمييز بين الضبط الإداري والضبط الخاص⁽¹⁾

كما أسلفنا بأنَّ الضبط الإداري بمعناه العام يتناول المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاث التي تقدّم ذكرها، أما الضبط الإداري الخاص، فهو الضبط الذي تحكمه نصوص قانونية أو لائحية ترمي إلى توجيه بعض أنواع النشاط الإداري إلى هيئةٍ مُعيّنة، أو تنظيمٍ معيّن، يدخل في النشاط الفردي، أو ينصرف إلى طائفةٍ معيّنة بذاتها من الأشخاص، ويتميّز الضبط الإداري الخاص بأنّه نظامٌ قانوني خاصٌ في مجالاتٍ محدّدة بالذات، فهو يمثّل أنواعًا خاصّة من الضبط ويكون لكلّ منها نظامه القانوني الخاص به يحدّد هيئات الضبط المختصّة في كلّ مجالٍ ومدى صلاحياته. والضبط الإداري الخاص بهذا المفهوم إمّا أن يستهدف نفس أغراض الضبط الإداري العام، وإمّا أن يستهدف أغراضًا أخرى. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ المقصود بالضبط الإداري الخاص: "صيانة النظام العام بطريقةٍ معيّنة في ناحيةٍ معيّنة من أنواع النشاط الفردي كتنظيم الاجتماعات العامّة وتنظيم المحالّ العامّة وتنظيم المرور".

وظهرت آراءٌ عدّة في هذا الاتجاه، إذ ذهب بعضهم إلى أنّ الضبط الإداري الخاص يقصد به: "الضبط الذي تُنظّمه نصوص قانونية أو لائحية خاصّة قصد

(1) - موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 170 - 172. عبد الله عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 282. محمد فتوح محمد عثمان، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 392 - 393. عبد الحميد عبد العظيم عبد السلام والنقبي سالم جروان، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 347 - 351. صلاح يوسف عبدالعليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 266 وما بعدها.

الوقاية من الإخلال بزاوية من زوايا النظام العام في ميدانٍ معيّنٍ أو بالنسبة لمرفقٍ محدّدٍ أو اتجاه طائفة بذاتها من الأشخاص، بأساليب أكثر دقّةً وإحكامًا، وأكثر ملاءمة لهذه الناحية الخاصّة، وإذا كان ميدان الضبط الإداري الخاص أضيق من مجال الضبط الإداري العام، إلّا أنّ الضبط الخاص يسبغ على الهيئات التي تتولاه سلطات أكثر وأقوى فعالية من هيئات الضبط الإداري العام".

وقد ذهب رأي آخر إلى أنّ الضبط الإداري الخاص قد يكون خاصًا بموضوعٍ معيّنٍ يصدر بشأنه تشريع خاص، مثل القوانين الخاصّة بتنظيم المرور، وقد يكون الضبط الإداري الخاص مُتعلّقًا بمحلٍّ معيّنٍ أو أماكن مُحدّدة كالضبط الإداري الخاص بالسكّك الحديدية فهو ضبطٌ خاص من حيث المكان الذي يمارس فيه، لأنه يعهد به إلى سلطةٍ إداريةٍ خاصّة "وزير المواصلات". وقد يكون الضبط الإداري الخاص مُتعلّقًا بطائفةٍ معيّنةٍ من الناس، كالقانون الخاص بمزاولة مهنة الطب، وأخيرًا قد يستهدف الضبط الإداري الخاص تحقيق أغراضٍ معيّنةٍ تختلف عن أغراض الضبط الإداري العام⁽¹⁾. وإجمالاً لما تقدّم سنقوم بالتمييز بين كلا الضبطين من عدّة نواحٍ وهي:

(1) - فؤاد العطار، القانون الإداري (أصول النظام الإداري وتنظيم الإدارة العامّة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م، الجزء الأول، ص 332-333.

1: من حيث الجهة التي تقوم بأعمال الضبط الإداري.

في الضبط الإداري الخاص⁽¹⁾ يتم توكيل جهة معينة بمباشرة أعمال الضبط الإداري الخاص كما هو الحال بضباط الموانئ البحرية والجوية من رجال الشرطة وضباط حرس الحدود والدفاع المدني، ورغم أن هذا النوع من الضبط يستهدف النظام العام وغاياته تماماً كما هو حال الضبط الإداري العام، إلا أنه مقيّد بجهة معينة لتبشيره وتمارس نشاطاته وبالتالي فسلطات الضبط الإداري الخاص أقوى في مجال الرقابة والإشراف على نشاط الأفراد من سلطات الضبط العام. فالضبط الإداري العام مُنظّم بتنفيذه من قبل السلطة التنفيذية أو جهة الإدارة.

2: من حيث موضوع الضبط الإداري.

(1) - يُعرّف الضبط الإداري الخاص بأنه: "الإخلال بزوايا النظام العام في ميدانٍ معيّنٍ أو بالنسبة لمرفقٍ محدّدٍ أو تجاه طائفة بذاتها من الأشخاص، بأساليب أكثر دقّة وإحكاماً، إذا كان محدّداً أو تجاه طائفة بذاتها من الأشخاص، بأساليب أكثر دقة وإحكاماً وأكثر تمثيلاً وملاءمةً لهذه الناحية الخاصّة. مشار إليه لدى: صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 267. وفي هذا الإطار نذكر على سبيل المثال أن هناك نوع من الضبط قد يعطي لجهة معينة تسمى شرطة التعمير أو شرطة الصيد أو شرطة المشروبات الكحولية، كما هو الحال في المملكة المغربية. دليل الشرطة الإدارية الجماعية - المدير العامة للجماعات المحلية - وزارة الداخلية، سلسلة دليل المنتخب، الطبعة الأولى، 2009م، ص 3. تعتبر المجالس المحلية والسلطة الإدارية مختصّة في مجال الشرطة الإدارية، فمن ضمن المقترضات المتعلقة باختصاصات الشرطة الإدارية المخوّلة لرؤساء المجالس المحلية والسلطة الإدارية المحلية المضمّنة بالقانون رقم 78.00 المتعلّق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 صادر في 25 رجب 1423هـ، 3 أكتوبر 2002م، كما تمّ تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 01.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.82 صادر في 20 محرم 1424هـ (24 مارس 2003م) والقانون رقم 17.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.153 صادر في 22 صفر 1430هـ (18 فبراير 2009م).

قد يصدر الضبط الخاص لتنظيم موضوعٍ معيّنٍ ومحدّدٍ لبعض أوجه النشاط الفردي، ومثال ذلك القانون الخاص بالمحالّ الخطرة أو المُقلّقة للراحة أو الضارّة بالصحة، والقانون الخاص بتنظيف الميادين العامّة والطّرق والقانون الخاص بتنظيم المباني ومثال ذلك في دولة الإمارات القانون الاتحادي رقم 27 لسنة 1981م، في شأن الوقاية من الأمراض السارية وغيرها وهو ما يمكن تطبيقه على الواقع من خلال فيروس كوفيد 19 الذي استلزم إصدار تشريعات من قبل جهة الإدارة لمواجهة انتشاره من خلال حظر التجول في أوقات معينة وضرورة التقيد بإجراءات وقائية مثل لبس القفازات والكمامات عند الخروج من البيت وترك مسافة تباعد اجتماعي وغيرها من الإجراءات .

وفي المملكة المغربية فقد أكدت محكمة النقض في الرباط أنّ المشرّع "خول الإدارة حق حماية المزروعات من الفطريات الفتّاكة وذلك بممارسة سلطات الضبط الإداري المُتجلبّي في إجراءات التفتيش الصحي ومراقبة الأعراس والنباتات عند دخولها للتراب الوطني أو خلال عبورها منه"⁽¹⁾. في حين أنّ قواعد الضبط الإداري العام هي قواعدٌ عامّةٌ تفرضها سلطة عامّة على الأفراد في عموم حياتهم العادية، أو لممارسة نشاطٍ معيّنٍ بقصد صيانة النظام العام، أي لتنظيم المجتمع وقائياً.

(1) - قرار محكمة النقض عدد 302 بتاريخ 25 مارس 2003م، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 32، ص 150. وللتتويه هنا فإنّه طبقاً للدستور الجديد للملكة المغربية فقد حلّت تسمية محكمة النقض محل تسمية المجلس الأعلى، على إثر صدور القانون رقم 11-58 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 170-11-1 بتاريخ 15 أكتوبر 2011م، المتعلّق بمحكمة النقض. ج. ر. عدد 5989 بتاريخ 26 أكتوبر 2011م، ص 5228.

3: من حيث الأشخاص الذين يشملهم الضبط الإداري.

تستهدف لوائح الضبط الخاص طائفةً معيّنةً من الأفراد، كقانون مزاوله مهنة الطب أو الصيدلية ومثاله في دولة الإمارات القانون رقم 6 لسنة 1973م الخاص بالهجرة والإقامة في دولة الإمارات. وكذلك المادة رقم 6 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 1979م في شأن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية حيث نصّت هذه المادة على أن: "يقوم بإثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون واللوائح الصادرة تنفيذاً له الموظفون الذين يكلفون بذلك من وزير الاقتصاد والتجارة بالاتفاق مع السلطات المختصة بالإمارات الأعضاء في الاتحاد، ويكون لهؤلاء الموظفون صفة الضبطية القضائية ولهم في سبيل ضبط ما يقع من مخالفات لأحكام هذا القانون أن يدخلوا جميع المحالّ والأماكن المطروحة أو المعروضة فيها للبيع أو المودعة فيها المواد الغذائية أو العقاقير الطبية والحاصلات والمنتجات وغيرها من المواد الخاضعة لأحكامه. ولهم أن يأخذوا عيناتٍ من تلك المواد وفقاً لما يقرّره هذا القانون واللوائح الصادرة لتنفيذه". أما لوائح الضبط العام، فإنها تستهدف شرائح المجتمع بلا استثناء من أجل المحافظة على النظام العام وعناصره الثلاثة.

4: الهدف من الضبط

إذا كان الهدف من الضبط العام هو المحافظة على النظام العام وعناصره الثلاثة (الأمن والسكينة⁽¹⁾ والصحة العامة)، فإنّ مجال الضبط الخاص ينطوي على

(1) - اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه أنّ الحفاظ على السكينة العامة عنصر من عناصر النظام العام، حيث أعطى لهيئات الضبط الإداري سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على الهدوء والسكينة العامة، ففي حكم حديث نسبياً في قضية في 11/01/2008

أهدافٍ مُغايرةٍ لتلك التي ينطوي عليها الضَّبط العام، فقد تهدف لوائحه إلى تنظيم عملٍ معيَّنٍ مثل الصيد، للمحافظة على أنواعٍ معيَّنةٍ من الحيواناتِ والطيورِ والأسماك، وقد تصدر لوائح الضَّبط الخاص للمحافظة على الجمال الطبيعي في الحدائق أو حماية الآثار⁽¹⁾.

اعترف المجلس لسلطات الضَّبط الإداري بالحقِّ في التدخُّل للمحافظة على السكينة العامَّة باعتبارها عنصراً من عناصر النظام العام، وتتلخَّصُ وقائع هذه القضية في أنَّه في 2006/10/02م أصدر وزير الداخلية قراراً رفض بمقتضاه الموافقة على الترخيص بإجراء سباق الدرجات النارية وذلك حفاظاً على الهدوء العام فقامت l'Association Vigilance Nature Environnement Bresse Revermont برفع دعوى لإلغاء هذا القرار، ولكن مجلس الدولة رفض الطعن وذلك استناداً إلى أنَّه يجوز لسلطات الضَّبط الإداري التدخُّل للحفاظ على السكينة العامَّة، وأنَّ هذا الحقُّ مُستمدٌّ من مرسوم 18 أبريل 1995م بشأن مكافحة الضوضاء في الأحياء، ونصَّ المادة 32/1334 من قانون الصِّحة العامَّة التي بمقتضاها أخضعت ممارسة الأنشطة الرياضية والثقافية والترفيهية إلى الحصول على ترخيص من السُّلطة المختصة.

C.E,11 Janvier 2008,l'association Vigilance Nature Environnement , Bresse Revermont

.Note ROCHE (c) A.J.D.A, 2008, pp.1209-1214

(1) - في هذا الشأن صدر في دولة الإمارات العربية القانون رقم 28 لسنة 2001م بإنشاء هيئة الإمارات للمواصفات والمقاييس، وستكون الهيئة المرجع الوحيد بالدولة في كلِّ ما يتعلَّق بالمواصفات والمقاييس والجودة وتمارس جميع الاختصاصات والصلاحيات المخوَّلة لها من خلال توفير السلامة والحماية الاقتصادية والصحية والبيئية والتأكد من مطابقة الخدمات والسلع الاستهلاكية للمواصفات القياسية المعتمدة والعمل على دعم الاقتصاد الوطني وخطط التنمية الاقتصادية من خلال ضمان الجودة بالمستويات المناسبة للصناعات الوطنية ولإنتاج المحلي من السلع والمواد الأخرى لتمكينها من الدخول في ميادين المنافسة ومجالاتها المختلفة. حيث نصَّت المادة 2 من ذات القانون على أن: "تتشأ هيئة عامَّة تسمى هيئة الإمارات للمواصفات والمقاييس تتمَّع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وتكون لها ميزانية مُستقلة تلحق بالميزانية العامَّة

الفرع الرابع

التمييز بين الضبط الإداري والمرفق العام

إنَّ لوائح المرافق العامة⁽¹⁾ أو ما يعرف أيضاً باللوائح التنظيمية تضعها السلطة التنفيذية بغرض تنظيم المرافق العامة، وتنسيق العمل في المصالح المركزية للوزارات والإدارات العمومية في الولايات. فهذه اللوائح تتضمَّن قواعد تنظيمية ليس لها أثر مباشر على حقوق الأفراد وحرِّيَّاتهم والتزاماتهم. وتستمدُّ السلطة التنفيذية حقَّها في وضع لوائح المرافق العامة من أحكام الدستور. وبناءً على ذلك، فإنَّ اللوائح التنظيمية تشترك مع لوائح الضبط الإداري في أنهما يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة، ولهما علاقة بالحرِّيَّات العامة للأفراد، غير أنَّهما يختلفان عن بعضهما البعض من عدَّة أوجه:

- اللوائح التنظيمية تخضع للسلطة التقديرية للإدارة كأصلٍ عام، أمَّا موضوعات لوائح الضبط الإداري فلا تتمتع فيها الإدارة بأيِّ سلطة تقديرية، لأنَّ

للدولة، كما تتمتع بالأهلية القانونية اللازمة لمباشرة جميع الأعمال والتصرُّفات التي تكفل تحقيق أغراضها، وتلحق بالوزير".

(1) - نظمَ الدستور المغربي الجديد لسنة 2011م المرافق العمومية في أكثر من مادة. حيث أشار المشرِّع إلى المرفق العمومي في المواد رقم 154 - 155-156 - 168 الموجودة في بداية الباب الثاني منه والذي يحمل عنوان "الحكامة الجيدة - مبادئ عامة". فمثلاً نجد الفصل 154 ينصُّ على أن: "يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني، والاستمرارية في أداء الخدمات. تخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي أقرها الدستور. أما الفصل 155 فينصُّ على أن: "يمارس أعوان المرافق العمومية وظائفهم، وفقاً لمبادئ احترام القانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة".

المحافظة على النظام العام أمرٌ حتميٌّ وضرورةٌ اجتماعية لضمان الانضباط في المجتمع.

- تمتاز لوائح الضبط الإداري بالعمومية والتجريد أكثر من اللوائح التنظيمية، إذ أنّ اللوائح التنظيمية تتعلّق بالعاملين بالمرافق العامّة، والمتعاملين معها فقط، في حين أنّ لوائح الضبط الإداري تنظّم أمور عامّة الجمهور وتحدّد سلوكهم.

- تتضمن لوائح الضبط الإداري عقوبات توقع بحق من يخالف أحكامها، في حين أنّ اللوائح التنظيمية لا تتضمن مثل هذه العقوبات، إلا إذا استثنينا اللوائح المتعلقة بالمرافق العامّة الاقتصادية.

- في العادة، تسبق لوائح المرافق العامّة إنشاء المرافق العامّة، لأنها هي التي تُبرز المرفق إلى حيّز الوجود، أمّا لوائح الضبط الإداري فإنّها تكون لاحقاً على ظهور مجالها في الميدان.

- تهدف لوائح الضبط الإداري إلى المحافظة على النظام العام ومنع اضطرابه أو استمرار هذا الاضطراب، أمّا اللوائح التنظيمية، فتهدف إلى تنظيم المرافق العامّة وإيصال خدمة المرفق العام إلى كافّة الأفراد⁽¹⁾.

(1) - محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 45 وما بعدها. محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 50 وما بعدها. عادل السعيد محمد أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامّة للكتاب، 1995م، ص 126 وما بعدها.

المطلب الثالث

وظيفة الضبط الإداري في القانون الإماراتي والمغربي

أفرد المشرع الإماراتي في الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الباب الثالث للنص على الحقوق والحريات والواجبات العامة وخصص المواد من 25-44 للحقوق والحريات التي يتمتع بها الإنسان في دولة الإمارات، وقد راعى المشرع عند وضعه لهذه الحقوق والحريات والمواثيق والمعاهدات الدولية سواء التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو الاتفاقيات الأخرى، كما راعى قبل ذلك وضع وكرامة الإنسان في الشريعة الإسلامية التي سبقت كافة التشريعات والمعاهدات الدولية نزولاً عند قوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"⁽¹⁾.

ولمّا كانت وظيفة الضبط من الوظائف التي قد تمس الحقوق والحريات، فقد تناولها الدستور الاتحادي نصاً وتفصيلاً في المادتين السابعة والعاشر من الباب الأول (الاتحاد ومقوماته وأهدافه السياسية) ومؤكداً على مشروعية التشريعات والقرارات والتوجيهات الصادرة عن سلطات الضبط الإداري الملزمة بما فيها القوانين واللوائح، كما تطرّق في المادة 14 من الباب الثاني من الدستور الاتحادي في (الدعامات الاجتماعية والاقتصادية الأساسية للاتحاد) بالنص على: "المساواة والعدالة الاجتماعية وتوفير الأمن والطمأنينة، وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين من دعامات المجتمع والتعاقد والتراحم صلة وثقى بينهم". كما نصّ في المادة 41 على الحق في التظلم من انتهاك الحقوق أو الحطّ منها بأن نصّ على: "لكلّ إنسان أن

(1) - سورة الإسراء الآية رقم 70.

يتقدّم بالشكوى إلى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهان الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الباب".

وإجمالاً لما تقدّم فقد أولى المشرّع الاتحادي الضبط الإداري جُلّ الاهتمام في التنظيم الدستوري والقوانين الاتحادية والمحلية مبيّناً سلطاته وحدوده. فطبّقاً لنصّ المادة (60) من الدستور الإماراتي لسنة 1971م بيّنت الاختصاص بشأن اللوائح التنفيذية (لوائح الضبط الإداري) على النحو التالي:

أ- أن مجلس الوزراء هو صاحب الاختصاص الأصلي في اللوائح التنفيذية ولا يجوز أن ينتقل لغيره إلا بنصّ خاص في القانون أو تكليف من مجلس الوزراء.

ب- أن تكليف المشرّع للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح التنفيذية يستمدُّ مصدره من الدستور مباشرة.

ت- جرى العمل في دولة الإمارات منذُ صدور الدستور على تكليف الوزير الذي يدخل موضوع القانون في اختصاص وزارته بإصدار لائحته التنفيذية.

وبهذا النص يتضح لنا أن المشرّع أعطى مجلس الوزراء حق إصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وفي الحدود اللازمة ودون إضافة أحكام جديدة إليها أو تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها .

ونصّت المادة (113) من ذات الدستور على هيئة أخرى اتحادية تمارس الضبط الإداري الاتحادي وهي المجلس الأعلى للاتحاد⁽¹⁾، حيث حوّلت هذه المادة للمجلس

(1) - تنصّ المادة 46 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات على أنّ: "المجلس الأعلى للاتحاد هو السلطة العليا فيه. ويُشكّل من حكام جميع الإمارات المكوّنة للاتحاد، أو من يقوم مقامهم في إماراتهم، في حال غيابهم، أو تعذرّ حضورهم. ولكل إمارة صوتٌ واحدٌ في مداورات المجلس".

الأعلى سلطة اتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام، وذلك من خلال بعض القيود ومنها:

1- الشرط الزمني: يجب عدم إصدار مراسيم الضرورة إلا في حالة غياب المجلس الأعلى للاتحاد (وهي فترة ما بين أدوار الانعقاد العادية وغير العادية). (الفقرة الأولى من نفس المادة).

2- شرط الضرورة: يجب عدم إصدارها إلا في حالة وجود ظروف قاهرة في غيبة المجلس الأعلى للاتحاد (الفقرة الأولى من نفس المادة).

3- الجهة التي تمارس إصدار المراسيم بقوانين: هي رئيس الاتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين، ولا يجوز مباشرتها من أيٍّ منهما مُنفرداً. (الفقرة الأولى من نفس المادة).

4- رقابة المجلس الأعلى للاتحاد: حيث يجب عرض المراسيم عليه خلال أسبوع على الأكثر من تاريخ صدورها، وله أن يُقرّها أو يلغيها، وإذا أقرّها تأيّد ما كان لها من قوّة القانون، ويجب إخطار المجلس الوطني الاتحادي بها في أول اجتماع له للعلم فقط، (الفقرة الثانية من نفس المادة). وإذا لم يوافق المجلس الأعلى الاتحادي عليها يزول ما كان لها من قوة القانون منذ يوم صدورها. (الفقرة الثالثة من نفس المادة).

5- شرط ضروري: ويجب ألا تكون المراسيم بقوانين مخالفة للدستور مثلها في ذلك مثل كافة القوانين واللوائح. (الفقرة الأولى من نفس المادة).

وعاودت المادة رقم 143 في الفقرة الثالثة من الدستور الاتحادي للتأكيد على أنّه يجوز لرئيس الاتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين اتخاذ ما يلزم من التدابير

الكفيلة بحفظ النظام حيث نصّت هذه المادة على: "ويجوز لرئيس الاتحاد ومجلس الوزراء الاتحادي مجتمعين إذا لم يكن المجلس الأعلى مُنعقداً اتخاذ ما يلزم من التدابير العاجلة التي لا تحتل التأخير ودعوة المجلس الأعلى للانعقاد فوراً".

أما ما يخصّ اللوائح التفويضية فهي عبارة عن مراسيم أو قرارات لها قوّة القانون، وتصدرها السُلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية لتنظيم بعض المسائل التي يتناولها عادةً التشريع وذلك بتفويض خاصٍ من السُلطة التشريعية. وقد نظمّ دستور دولة الإمارات العربية اللوائح التفويضية في المادة (115) وذلك كالآتي:

• شروط ممارسة التفويض:

1- السُلطة المختصة بإصدارها:

حدّدها الدستور في رئيس الدولة ومجلس الوزراء مجتمعين، ولا يجوز ممارستها بانفراد من أيّ منهما.

2- تحديد مدّة التفويض:

حدّدها الدستور في غياب المجلس الأعلى للاتحاد ولا يكون التفويض جائزاً إلا في خلال هذه الفترة وإلا كان باطلاً (وهي مدة تقرب من أربعة أشهر).

3- تحديد الموضوعات التي يرد عليها التفويض:

وهنا نجد أن نصّ المادة (115) من الدستور قد قصرت التفويض في إصدار المراسيم على المسائل التي يختصّ المجلس الأعلى بالتصديق عليها بعد إقرارها من مجلس الوزراء. ومن ثم لا يجوز التفويض في الاختصاصات التي يتولاها المجلس الأعلى بنفسه (مثل: انتخاب رئيس الدولة ونائبه وقبول انضمام

عضوٍ جديدٍ بالدولة، تعيين رئيس مجلس الوزراء، رسم السياسة العامّة بالدولة ... الخ. واستتتى الدستور بعض المسائل التي لا يجوز التفويض فيها (مجال محظور) وذلك نظراً لخطورتها وهي:

- المسائل المتعلقة بالموافقة على المعاهدات والاتفاقات الدولية.

كما أكد المشرّع الإماراتي في الباب السادس من الدستور بعنوان (الإمارات) في المادة 117 على أن: "يستهدف الحكم في كلّ إمارةٍ بوجهٍ خاص، حفظ الأمن والنظام داخل أراضيها وتوفير المرافق العامّة ورفع المستوى الاجتماعي والاقتصادي فيها".

وجاء نصّ الفقرة الثالثة والرابعة والتاسعة من المادة 120 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات فيما يتعلّق بالاختصاصات التشريعية التي يندرج تحتها الضبط الإداري لتنصّ المواد على التالي:

"ينفرد الاتحاد بالتشريع والتنفيذ في الشؤون التالية:

- حماية أمن الاتحاد ممّا يتهدّده من الخارج أو الداخل.
- شؤون الأمن والنظام والحكم في العاصمة الدائمة للاتحاد.
- شقّ الطرق الاتحادية التي يقرّر المجلس الأعلى أنّها طرقٌ رئيسية وصيانتها وتحسينها وتنظيم حركة المرور على هذه الطرُق".

ونصّت المادة 138 من الدستور على أن للاتحاد قواتٌ أمنٍ اتحاديةٍ تباشر عملها الأمني لصيانة النظام العام والأمن من أيّ إخلالٍ يتهدّده وإعادته إلى طبيعته وذلك كما يلي: "يكون للاتحاد قواتٌ مسلحةٌ بريةً وبحريةً وجويةً، موحّدة التدريب

والقيادة، ويكون تعيين القائد العام لهذه القوات، ورئيس الأركان العامة، وإعفاؤهما من منصبيهما بمرسوم اتحادي. كما يجوز أن يكون للاتحاد قوات أمن اتحادية. ومجلس وزراء الاتحاد هو المسؤول مباشرةً أمام رئيس الاتحاد والمجلس الأعلى للاتحاد عن شؤون هذه القوات جميعاً". وهنا يتبين لنا أن المشرع قد أناط بهذه القوات بموجب المادة 138 وظيفته الضبط الإداري الخاص بحفظ النظام العام والأمن أثناء تهديده أو الاخلال به .

ونلاحظ أخيراً أنّ المشرع الدستوري في دولة الإمارات شأنه شأن باقي الدول يعترف للإدارة بجملة سلطات استثنائية تصدر بموجبها أنواعاً معينة من اللوائح (لوائح الضرورة، واللوائح التفويضية) وتمتاز هذه اللوائح بأن لها قوة القانون وترقى إلى مرتبة القوانين العادية من حيث القوة والمرتبة، ونظراً لخطورة مثل هذه اللوائح فقد أحاطها المشرع الإماراتي بعدة قيود عندما منحها للإدارة (السلطة التنفيذية أو التشريعية في حالات الضرورة) ووضع لها شروطاً لممارستها وحدد أوقات ممارسة مثل هذه السلطات.

أمّا عن الجهة المختصة بالضبط الإداري في القانون المغربي ، فقد خوّل المشرع المغربي رئيس الحكومة ممارسة السلطة التنظيمية بمقتضى الفصل رقم 90 من الدستور الجديد 2011م، حيث ينصّ الفصل على أن: "يمارس رئيس الحكومة السلطة التنظيمية⁽¹⁾، ويمكن أن يُفوض بعض سلطه إلى الوزراء. تحمّل المقررات

(1) - السلطة التنظيمية هي الصلاحية التي يخولها الدستور للجهاز التنفيذي بسن لوائح أو مراسيم تنظيمية، ولقد عرّف الفصل 72 من الدستور الجديد 2011م مفهوم السلطة التنظيمية من منظورٍ أوسع ممّا كان عليه في السابق، حيث نصّ الفصل 72 على أن: "يختصّ المجال التنظيمي بالمواد التي لا يشملها اختصاص القانون". حيث نصّ الدستور على المواد التي يشملها

التنظيمية الصادرة عن رئيس الحكومة التوقيع بالعطف من لدن الوزراء المكلفين بتنفيذها " .

اختصاص القانون في الفصل 71 من الدستور الجديد بقوله: "يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحةً بفصولٍ أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية:

- الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور - نظام الأسرة والحالة المدنية - مبادئ وقواعد المنظومة الصحية - نظام الوسائط السمعية البصرية والصحافة بمختلف أشكالها - العفو العام - الجنسية ووضع الأجنبي - تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها - التنظيم القضائي وإحداث أصناف جديدة من المحاكم - المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية - نظام السجون - النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية - الضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين - نظام مصالح وقوات حفظ الأمن - نظام الجماعات الترابية ومبادئ تحديد دوائرها الترابية - النظام الانتخابي للجماعات الترابية ومبادئ تقطيع الدوائر الانتخابية - النظام الضريبي، ووعاء الضرائب، ومقدارها وطرق تحصيلها - النظام القانوني لإصدار العملة ونظام البنك المركزي - نظام الجمارك - نظام الالتزامات المدنية والتجارية، وقانون الشركات والتعاونيات - الحقوق العينية وأنظمة الملكية العقارية العمومية والخاصة والجماعية - نظام النقل - علاقات الشغل، والضمان الاجتماعي، وحوادث الشغل، والأمراض المهنية. نظام الأبنك وشركات التأمين والتعاضديات - نظام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات - التعمير وإعداد التراب - القواعد المتعلقة بتدبير البيئة وحماية الموارد الطبيعية والتنمية المستدامة - نظام المياه والغابات والصيد - تحديد التوجّهات والتنظيم العام لميادين التعليم والبحث العلمي والتكوين المهني - إحداث المؤسسات العمومية وكل شخص اعتباري من أشخاص القانون العام - تأميم المنشآت ونظام الخوصصة للبرلمان، بالإضافة إلى الميادين المشار إليها في الفقرة السابقة، صلاحية التصويت على قوانين تضع إطاراً للأهداف الأساسية لنشاط الدولة، في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية". ممّا يعني أنّ غير هذه المواد هي من اختصاص السلطة التنظيمية بموجب نصّ الفصل 72 من الدستور الجديد.

ويُفهم من نصّ الفصل السابق، أنّ رئيس الحكومة هو المُخوّل دستورياً وتشريعياً باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على النظام العام على الصعيد الوطني، سواء بواسطة مراسيم أو قراراتٍ عامّة، لها صفة الضّبط الإداري، كما يتبقى للوزراء جزء من مهام الضّبط الإداري بناءً على تفويضٍ من رئيس الحكومة⁽¹⁾.

(1) - يناط بوزير الداخلية المغربي مسؤولية المحافظة على النظام العام بشكلٍ غير مباشر بالاستناد إلى المرسوم المحدّد لتنظيم واختصاصات وزارة الداخلية الذي ينصّ على ما يلي: "يناط بوزير الداخلية مهمّة الإدارة الترابية في إطار اختصاصه، ويسهر على الحفاظ على الأمن العام، ويزوّد الحكومة بالمعلومات العامّة، ويتولى الوصاية على الجماعات المحلية". مرسوم رقم 2.13.833 صادر في 7 محرم 1435 هـ (11 نوفمبر 2013م) يتعلّق باختصاصات وزير الداخلية، الجريدة الرسمية عدد 6204 الصادرة بتاريخ 10 محرم 1435 هـ (14 نوفمبر 2013م). ونشير هنا إلى أنّ المادة رقم 2 في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الداخلية في القانون المغربي قد نصّت على أنّه: "تتسخ مقتضيات المادتين 36 المكررة و36 المكررة مرتين من المرسوم السالف الذكر رقم 2.97.176 الصادر في 14 من شعبان 1418 هـ (15 ديسمبر 1997م) وتعوّض بالمقتضيات التالية:

المادة 36 المكررة - تناط بمديرية الإغاثة والتخطيط والتنسيق والدراسات المهام التالية:

- تنظيم الإغاثة وتنفيذ خطط وتدابير الوقاية في حالة الأزمات وتسيير إدارة قاعات العمليات وتأطير الأعمال التطوعية - متابعة جاهزية الموارد البشرية وصلاحيات المعدات وآليات التدخل - إعداد الدراسات والأبحاث حول الكوارث وتوثيق المعلومات لتحديد سبل الوقاية منها وآليات العمل لمواجهتها - المساهمة مع الجهات الحكومية المختصة في وضع الإجراءات والتدابير المتعلقة بالأخطار الطبيعية والصناعية والتكنولوجية وأخطار البناءات - تعميم المعلومات المتعلقة بالكوارث على كافة أجهزة التدخل والإغاثة والمساهمة في تطوير منظومة التنبؤ ووسائل إنذار السكان - إعداد الخطط والبرامج لمواجهة الكوارث الطبيعية والصناعية والتكنولوجية مع باقي الجهات المعنية - إعداد ووضع الخطط اللازمة لمواجهة الأخطار والكوارث بالتنسيق مع باقي الأجهزة الحكومية - وضع خطط الحماية للمؤسسات العامّة والخاصّة والتأكد من حسن تنفيذها - حفظ وتنظيم مخطّطات التدخل لكافة المرافق العامّة والمؤسسات الصناعية والمستقبلية

كما جاء نصُّ الفصل 89 من الدستور الجديد للتأكيد على أنَّ الحكومة هي الممارس الفعلي للسلطة وهي المحرك الرئيسي لأجهزة الدولة، وهي المناطُّ بها ممارسة السلطة التنفيذية، حيث نصَّ هذا الفصل على ما يلي: "تمارس الحكومة السلطة التنفيذية. تعمل الحكومة، تحت سلطة رئيسها، على تنفيذ البرنامج الحكومي وعلى ضمان تنفيذ القوانين. والإدارة موضوعة تحت تصرفها، كما تمارس الإشراف والوصاية على المؤسسات والمقاولات العمومية". والملاحظ هنا أنَّ السلطة التنفيذية تعمل تحت سلطة رئيسها (رئيس الحكومة) وفق مبادئ المسؤولية والتفويض والتنسيق والتتبع والمواكبة والتقييم والتضامن الحكومي والتكافل في المبادرة بحسب المادة رقم 3 من القانون التنظيمي رقم 065.13 المتعلق بتنظيم وتسيير أشغال الحكومة والوضع القانوني لأعضائها.

أما الضبط التشريعي فيمارسه البرلمان، أو السلطة التشريعية (الفصل 70)، ويتمثل في القوانين أو التشريعات التي تنظّم استخدام الحريات الفردية التي كفلها الدستور للأفراد، (الفصول من 19 إلى 40)، وذلك بوضع بعض القيود الضرورية التي يقضيها هذا التنظيم، حيث جاء نصُّ الفصل 70 كما يلي: "يمارس البرلمان السلطة التشريعية. يصوّت البرلمان على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقيّم السياسات العمومية. للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرفٍ من الزمن محدود، ولغاية معيّنة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها. غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة،

للجمهور. مرسوم رقم 2.08.159 صادر في 19 من محرم 1430هـ (16 يناير 2009م) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.97.176 بتاريخ 14 من شعبان 1418هـ (15 ديسمبر 1997م) في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الداخلية. الجريدة الرسمية رقم 5707 الصادرة في (9 فبراير 2009م).

عند انتهاء الأجل الذي حدّده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حلُّ مجلسي البرلمان أو أحدهما".

كما أنطأ الدستور في الفصل 59 منه فيما يخصُّ بممارسة الضَّبْط الإداري في الأحوال الاستثنائية (غير العادية) في باب أحكام الطوارئ للملك سلطة الإعلان عن حالة الاستثناء باتخاذ التدابير والإجراءات التي يتطلَّبها الدفاع عن الوحدة الترابية أو الرجوع إلى السير العادي للمؤسَّسات الدستورية، حيث نصَّ الفصل 59 على ما يلي: "سلطة رئيس الدولة في إصدار المراسيم إذا كانت حوزة التراب الوطني مهذَّدة، أو وقع من الأحداث ما يعرقل السير العادي للمؤسَّسات الدستورية، أمكن للملك أن يُعلن حالة الاستثناء بظهير، بعد استشارة كل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستورية، وتوجيه خطاب إلى الأمة. ويُخوّل الملك بذلك صلاحية اتخاذ الإجراءات التي يفرضها الدفاع عن الوحدة الترابية، ويقضيها الرجوع، في أقرب الآجال، إلى السير العادي للمؤسَّسات الدستورية. لا يُحلُّ البرلمان أثناء ممارسة السُّلطات الاستثنائية. تبقى الحرِّيَّات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور مضمونة. تُرفع حالة الاستثناء بمجرد انتفاء الأسباب التي دعت إليها، وباتخاذ الإجراءات الشكلية المقرَّرة لإعلانها".

أما عن ممارسة السُّلطة التنفيذية على صعيد الجماعة فقد نصَّ الميثاق الجماعي الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.03.82 صادر في 20 محرم 1424 هـ (24 مارس 2003م) بتنفيذ القانون رقم 01.03، والظهير الشريف رقم 1.08.153 الصادر في 18 فبراير 2009م بتنفيذ القانون رقم 17.08. في المادة 45 منه رئيس المجلس بأنَّه رئيس السُّلطة التنفيذية وله كلُّ الحقِّ في اتخاذ من الوسائل المكفولة قانوناً بما يحفظ النظام العام في دائرة اختصاصه، حيث نصَّت هذه المادة على أن: "يعتبر رئيس المجلس الجماعي السُّلطة التنفيذية للجماعة.

يرأس المجلس الجماعي ويمثّل الجماعة بصفة رسمية في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية والقضائية ويسير الإدارة الجماعية ويسهر على مصالح الجماعة طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها⁽¹⁾.

وهنا يحقُّ لنا التساؤل عن الأهداف التي تسعى لتحقيقها جهة الإدارة من خلال ممارسة نشاطات الضبط الإداري والتي يجب أن تتوقف عندها عند ممارسة تقييد وتنظيم حريات الأفراد بما يتفق والإطار القانوني العام وإرادة المشرع التي منحت جهة الإدارة مثل هذه السلطات، للمحافظة على عناصر النظام العام في الدولة والمتمثلة في النظام العام والأمن والصحة والسكينة، وهو الأمر الذي سنناقشه ونبيّن الأسباب وراء منح صلاحيات المحافظة على النظام العام من قبل القانون لجهة الإدارة فضلاً عن أسباب إصدار مثل هذه التدابير الضبطية من قبل الجهة الإدارية، وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل والذي هو بعنوان أهداف الضبط الإداري.

(1) - تنص المادة 49 من الميثاق الجماعي على أن: "يمارس رؤساء المجالس الجماعية، بحكم القانون، اختصاصات الشرطة الإدارية الجماعية والمهام الخاصة المخولة بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها إلى الباشاوات والقواد باستثناء المواد التالية التي تبقى من اختصاصات السلطة الإدارية المحلية: المحافظة على النظام والأمن العمومي بتراب الجماعة - تأسيس الجمعيات والتجمّعات العمومية والصحافة - الانتخابات - تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات - النقابات المهنية - التشريع الخاص بالشغل ولا سيما النزاعات الاجتماعية - المهن الحرة - تنظيم ومراقبة نشاط الباعة المتجولين بالطرق العمومية - تنظيم ومراقبة استيراد الأسلحة والذخائر والمتفجرات وترويجها وحملها وإيداعها وبيعها واستعمالها - مراقبة مضمون الإشهار بواسطة الإعلانات واللوحات والإعلامات والشعارات - شرطة الصيد البري - جوازات السفر - مراقبة الأثمان - تنظيم الإتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول - مراقبة الاسطوانات وغيرها من التسجيلات السمعية البصرية - تسخير الأشخاص والممتلكات - الخدمة العسكرية الإجبارية - التنظيم العام للبلاد في حالة الحرب.

المبحث الثاني

أهداف الضبط الإداري

إنَّ تدخُّلَ السُّلطةِ الإداريَّةِ في ظلِّ الدولة الحديثة باتَ أمراً ضرورياً من أجل حماية النظام العام في المجتمع، وهو ما يقتضي فرض بعض الضوابط على النشاط الفردي والحريَّات العامَّة وفقاً لتشريعات الضبط القائمة. ويُعدُّ الضبط الإداري أحد وظائف الدولة الضرورية التي تهدف من خلاله إلى إيجاد توازن بين نشاط الأفراد وحفظ النظام. وإذا كان الفرد يسعى إلى تحقيق جميع مصالحه الخاصَّة بمختلف الوسائل، فإنَّ ذلك قد يترتَّب عليه الفوضى والتعدِّي على مصالح الأفراد بصورة مباشرة، لذلك يجب فرض النظام بوسيلةٍ واحدةٍ ألا وهي الضبط الإداري، فالفرد اهتمَّ بالبحث عن قواعد لتنظيم حياته فنتج عن ذلك إلزامية وجود هذه القواعد التي تحمي الحقوق وتفرض النظام. فالضبط الإداري يهدف إلى الحفاظ على أمن وسلامة المجتمع، وهو يشكِّل بذلك إحدى المهامِّ الأساسية التي تقوم بها الدولة مُتمثِّلة في الإدارة. فوجود الدولة مكفول بتحقيق النظام والقضاء على الفوضى، وهذا يعدُّ من الأهداف التي وجدت الدولة لتحقيقها، والضبط الإداري يشكِّل أهم وسيلة لتحقيق هذا الهدف، فإذا غاب الضبط الإداري انهار أحد دعائم وجود الدولة.

ويمتاز الضبط الإداري بالسرعة ويعتبر من أول واجبات الدولة بل أهمُّها، إذُ به يتحقَّق الاستقرار الذي يُمكنُّها من الالتفات لمباشرة اهتماماتها وواجباتها داخلياً وخارجياً. ولذلك أصبح الضبط الإداري ضرورةً ملموسةً في كلِّ الدول لتحقيق الطمأنينة، سواءً في الظروف العادية أو غير العادية. والضبط الإداري لا يتضمَّن

في مختلف الحالات الإخلال بحقوق الأفراد وتقييد حريّاتهم، بل يلجأ إلى التقييد في الحالة التي تسمح بالمحافظة على النظام العام فقط فلا يتعداها إلى غير ذلك.

كما تُعدُّ هيئات الضّبط الإداري الجهة المخوّلة قانوناً لصيانة المجتمع وحفظ نظامه العام⁽¹⁾، لذلك فإنّ الضّبط الإداري يُعدُّ ضرورةً اجتماعية لا غنى عنها، فهو الذي يكفل للأفراد التّمتّع بحريّاتهم وفق ما تقرّره القوانين. وبذلك نشأ الضبط الإداري كضرورة اجتماعية لا غنى عنها لحفظ النظام العام في المجتمع. وتُعدُّ هذه الوظيفة قديمة قديم الحياة الإنسانية، لأنّ الضّبط يُعدُّ غاية في ذاته، بحيث تمارس الإدارة سلطتها هنا متى وجّدت أنّ تدخّلها ضروري. وإذا كان القانون

(1) - نصّت المادة 32 من الدستور الإماراتي الصادر في 1971م على أنّ: "حرية القيام بشعائر الدين طبقاً للعادات المرعية مصونة، على ألا يُخلّ ذلك بالنظام العام، أو ينافي الآداب العامّة". وهذا النصُّ صريح على أنّ الآداب العامّة وجه من أوجه النظام العام التي يجب المحافظة عليها. كما نصّت المادة رقم 60 من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1980م في شأن المطبوعات والنشر على أنّه: "للجنة المشار إليها في المادة السابقة ((إشارة المادة 59 إلى حق وزارة الاعلام والثقافة في إنشاء لجنة تسمى لجنة عضوية مراقبة الأفلام السينمائية)) أن تحذف من الفيلم المشاهد التي ترى فيها إخلالاً بالمقوّمات أو القيم التي يقوم عليها الدين أو الأخلاق أو الدولة أو المجتمع. كما نصّت المادة 72 من ذات القانون بأنّه: "لا يجوز نشر آراء تتضمّن انتهاكاً لحرمة الآداب العامّة أو تنطوي على الإساءة إلى الناشئة أو الدعوى إلى اعتناق أو ترويج المبادئ الهدّامة". وعلى صعيد التشريعات المحلية للإمارات الأعضاء في الاتحاد، فقد صدر القانون المحلي لشرطة الشارقة 1996م في المادة 14 منه لتتصّ على أنّ: "تختصّ القوة بالمحافظة على النظام العام والأمن العام والآداب...". وفي ذات الشأن صدر تعميم رقم 26 /1887 بتاريخ 10 /18 /1998م، من صاحب السمو وزير الداخلية إلى كافّة إدارات الجنسية والإقامة على مستوى الدولة بختّم جوازات المبعدين إدارياً في القضايا المخلة بالآداب العامّة وبعدم دخولهم للدولة مرةً أخرى.

لم ينص على بعض الحالات، فهي مطالبة بالتدخل لأن حماية المجتمع في نظامه العام من واجبات السلطة العامة⁽¹⁾.

هذا وقد ارتبط تغير مفهوم النظام العام بتطور الدولة، وذلك من خلال تدخلها في جوانب عدة اقتصادية، واجتماعية وثقافية الأمر الذي انعكس إيجاباً على النظام العام، لذلك خرج النظام العام من طابع الاستثناء المقيد للحرية الفردية من خلال منع الفوضى والاضطراب، وأصبح بذلك نظاماً متحركاً يشمل جميع الميادين والمجالات التي تشمل حريات ونشاط الأفراد، وهذا راجع إلى التطور السريع في عديد جوانب المجتمع. ومن هنا خرج النظام العام من الحيز التقليدي الذي كان قاصراً على النظرة السلبية، حيث ظهرت بالإضافة إلى الأهداف التقليدية للنظام العام (الأمن العام- السكنية العامة- الصحة العامة) أهدافاً حديثة. كما أن تطور وظيفة الدولة ودورها المتزايد في المجتمع، أدى إلى اتساع مفهوم النظام العام في مجالات عدة من بينها عنصر جمالية المدينة وتنظيم العمران، والذي يعمل على تناسق البناءات وانسجامها وإيجاد مناطق خضراء، وتنظيم النسيج العمراني من خلال فرض قيود على إنشاء البناء، وكل هذا يدخل ضمن النظام العام العمراني⁽²⁾.

وإذا كان النظام العام من أهداف نشاط الضبط الإداري، فهو بمثابة قيد ضابط على سلطات الضبط الإداري، إذ يحد الإطار الذي يجب أن تتوقف عنده في تقييدها وتنظيمها لحريات الأفراد، ولا يجوز لها تجاوزه أو الخروج عن حدوده، باعتبار أن كل لائحة ضبط لا تهدف إلى تحقيق هذه الغاية، فإنها تُعد غير

(1) - سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 554.

(2) - عبد الحميد عبدالعظيم عبدالسلام و النقيب سالم جروان، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 356.

مشروعة حتى ولو تعلق الأمر بالمصلحة العامة وذلك تطبيقاً لقاعدة تخصيص الأهداف.

على أن قرارات الضبط الإداري باعتبارها نوعاً من القرارات الإدارية، لا بد من قيامها على سبب يبررها، ويعني وجود ما يبرر التدخل، وهو حفظ النظام العام. ومن هنا تأتي أهمية رقابة القضاء على تصرف الإدارة، فالرقابة القضائية تعد الحامي الحقيقي للحريات ونشاط الأفراد، حيث لا يعتبر تدخل سلطة الضبط الإداري مشروعاً إلا إذا كانت ثمة أسباباً جدية تهدد استقرار النظام العام وتقدير ظروف تدخل الإدارة مرهون بتلك الأسباب الداعية للتدخل.

إذاً، نخلص إلى نتيجة مؤداها أن حفظ النظام العام في الدولة يُعد بمثابة السبب المباشر لتدخل سلطة الضبط الإداري، وهذا لأجل الحفاظ عليه. وتتعدد حالات التدخل التي تشكل تقييداً للحريات، لأن مجال التدخل يراد به منع الإخلال بالنظام العام سواء كانت سلطة الضبط الإداري عامة أو سلطة خاصة، وبذلك لا يجوز لسلطة الضبط الإداري تحقيق أهداف أخرى غير المحافظة على النظام العام حتى ولو كانت هذه الأهداف تتصل بالمصلحة العامة. كما ننوه أيضاً أن المفهوم الحديث للنظام العام وإن كان قد اختلف عن المفهوم التقليدي، إلا أن موضوع الاختلاف ليس في الطبيعة، وإنما في استيعاب الكثير من المفاهيم التي لم يكن يتصور سابقاً أنها تؤدي إلى الإخلال، كضرورة احترام كرامة الإنسان، وأنه ذو قيمة معنوية، إلا أن الإخلال به يؤدي إلى المساس بالأمن ويُعتبر تحديد الإطار القانوني لفكرة النظام العام أمراً ضرورياً ولازماً باعتبار أن الفكرة تمثل في الواقع أساس عمل سلطة الضبط وسببها، كما تُعد في نفس الوقت معياراً مُحدداً لمشروعية التدابير التي اتخذتها جهة الإدارة.

ولذلك غالباً ما يترك المشرع للقضاء مهمة تحديد فكرة النظام العام مُكتفياً بالقول بأنّ من أغراض النظام العام، حفظ النظام العام، والأمن والآداب العامّة ... دون توضيح مفاهيم هذه الأغراض، وهو الأمر الذي ذكرته المادة 97 من قانون 1884 م الخاص بتحديد السلطات المحلية في فرنسا حيث نصّت على أن: "يختصّ البوليس المحلي بالأمن العام والصحة العامّة، دون ذكر السكينة العامّة على الرغم من إجماع الرأي على اختصاصه بها".

كما نصّت على ذات المعنى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون شرطة دبي لسنة 1966م، والذي لا زال العمل جارياً به إلى وقتنا الحالي، حيث نصّت على أن: "تستخدم الشرطة لمنع وقوع الجرائم واستقصائها وجمع أدلتها والقبض على فاعليها والمحافظة على الأمن العام، وعلى سلامة الأشخاص والأموال، وللقيام بأية واجبات أخرى تُعهد إليها بموجب قوانين أخرى يُعمل بها في دبي... أو بمقتضى توجيهات الحاكم". وهذا النصُّ يكتنفه الغموض، حيث أشار إلى وظيفة من وظائف الضبط الإداري وهي المحافظة على الأمن العام، في حين أغفل العنصرين الآخرين وهما المحافظة على السكينة العامّة والصحة العامّة⁽¹⁾. كما نصّت المادة 32 من دستور دولة الإمارات العربية المتّحدة على أن: "حرية القيام بشعائر الدين طبقاً للعادات المرعية مصونة، على ألا يُخلّ ذلك بالنظام العام، أو ينافي الآداب العامّة".

وعليه، فإنّ فكرة النظام العام هي التي تحدّد سلطات الضبط الإداري ونطاق ممارستها لصلاحياتها وأنشطتها، وإنّ اختلف تحديد عناصر النظام العام من دولةٍ لأخرى، إلا أنّ جميعها يتّفق على الحدّ الأدنى من هذه العناصر وهي الأمن العام والصحة والسكينة العامّة والتي يجب على سلطات الضبط الإداري أن

(1) - محمد فتوح محمد عثمان ، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 394.

تلتزم بالمحافظة عليها وتعملُ على تحقيقها ومنع الإخلال بها، من خلال التدابير الضبطية المقررة قانوناً، والتي لا يجوز للإدارة مباشرتها إلا لتحقيق الأهداف التي تسعى إليها من وراء هذه التدابير حتى تكون تحت مظلة الحماية القانونية ووفق مُتطلباتٍ مبدأً المشروعية. من هنا سنقوم بتحديد مفاهيم النظام العام حتى يتسنى للقارئ إدراك أهميتها وأسباب إصدار التدابير الضبطية وذلك من خلال التالي:

أولاً: إقرار الأمن العام

مفهوم الأمن في اللغة: فيعني طمأنينة النفس وزوال الخوف، ومن ذلك قوله تعالى: "وَلْيَبْدِلْهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا" (1).

أما في الاصطلاح، فيعرّف الأمن بأنه: "إحساس الفرد والجماعة البشرية بإشباع دوافعها العضوية والنفسية" (2). كما يشمل مفهوم الأمن العام حماية النفوس والأموال من خطر الكوارث العامة والطبيعية، كالحرائق والفيضانات والعواصف وانهدار المباني القديمة وغيرها. وتلتزم سلطات الضبط الإداري بحماية العامة من

(1) - سورة النور الآية رقم 55. كما وردت عدّة آيات أخرى في القرآن الكريم توضّح مفهوم الأمن، ومن ذلك قوله تعالى في سورة النساء في الآية رقم 83: "وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّاعُوا بِهِ". وقوله تعالى في سورة البقرة في الآية رقم 125: "وَإِذْ جَعَلْنَا الْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا". وسورة النحل في الآية رقم 112 لقوله تعالى: "وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعُمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ". وقوله تعالى في سورة الأنعام في الآية رقم 82: "الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ".

(2) - نافع محمد عبدالكريم، الأمن القومي، القاهرة، مؤسسة دار الشعب، 1975م، ص 10. مرجع مشار إليه لدى: موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 177.

الجرائم والحوادث المتنوعة سواء كانت سرقة أو قتل أو حوادث الطرق أو جرائم هتك العرض وغيرها من الجرائم التي قد تهدد أمن واستقرار المجتمع وتُقلق جانب الطمأنينة فيه⁽¹⁾. وبعبارةٍ أخرى، المحافظة على أرواح وممتلكات وأعراض أبناء المجتمع من الاعتداء عليها أو القيام - بصفةٍ عامةٍ - بأيّة تصرفاتٍ يكون من شأنها تكدير الصفو العام للمجتمع.

وهو الأمر الذي أكّده المشرّع الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتّحدة، حيث نصّت المادة رقم 10 من دستور دولة الإمارات العربية المتّحدة على أنّ: "أهداف الاتحاد هي الحفاظ على استقلاله وسيادته وعلى أمنه واستقراره، ودفع كل عدوانٍ على كيانه أو كيان الإمارات الأعضاء فيه، وحماية حقوق وحريّات شعب الاتحاد وتحقيق التعاون الوثيق فيما بين إماراته لصالحها المشترك من أجل هذه الأغراض". وكذا المادة 14 من الدستور والتي نصّت على: "المساواة والعدالة الاجتماعية وتوفير الأمن والطمأنينة ...". كما جاءت المادة 117 لتؤكد على ضرورة توفير الأمن حيث نصّت على أنّ: "يستهدف الحكم في كلّ إمارةٍ بوجهٍ خاصٍ، حفظ الأمن والنظام داخل أراضيها وتوفير المرافق العامّة ورفع المستوى الاجتماعي والاقتصادي فيها".

وهنا صدر القانون الخاص بقوة الشرطة والأمن رقم 12 لسنة 1976م والتي تُعنى بتوفير الأمن والطمأنينة للمواطنين وحماية الأرواح والأموال والأعراض. وقضت المادة الثامنة من هذا القانون وفي سبيل تنفيذ الواجب على حق رجل الشرطة في استعمال القوّة لأداء الواجب، وهو الأمر الذي أكّده المادة رقم 9 من ذات القانون والتي توضّح شروط استعمال جهة الإدارة للقوّة وللتنفيذ الجبري وهي

(1) - عبدالله عبدالغني بيسوني، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 284.

كالتالي: يكون لمنتسبي القوة حق حمل السلاح المُسلّم إليهم بمقتضى وظيفتهم، ولا يجوز لهم استعماله إلا في الحالات الآتية:

أ- الدفاع المشروع عن النفس أو العرض أو المال أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ب- القبض على أي شخص صدر بحقه أمر قبض إذا قاوم أو حاول الهرب.

ت- القبض على أي شخص لهم صلاحية القبض عليه إذا قاوم أو حاول الهرب.

ث- فُضَّ أيّ تجمهر غير مشروع إذا كان الغرض منه ارتكاب جريمة أو كان من شأنه تعريض الأمن أو النظام للخطر وذلك إذا لم يذعن المتجمعون بعد إنذارهم بالطرق المُمكِنَة بشرط أن يكون الأمر بإطلاق النار صادراً من جهةٍ مُخَوَّلَة بذلك. ويشترط في جميع الأحوال المتقدّمة أن يكون استعمال السلاح لازماً ومُتناسباً مع الخطر المُحدِق وأن يكون ذلك هو الوسيلة الوحيدة لدرئه بعد التثبُّت من قيامه ويقصد تعطيل الموجّه ضِدّه هذا السلاح من الاعتداء أو المقاومة وأن يبدأ بالتحذير بإطلاق النار للإرهاب كلاً ما كان ذلك مستطاعاً ثم التصويب في غير مقتل ولا يلجأ إلى التصويب في مقتل إلا إذا كانت حالة الخطر يُتَخَوَّفُ منها حدوث الموت أو جراحٍ بالغةٍ وكان لهذا التخوُّف أسبابٌ معقولةٌ، هذا وقد اعتبر دستور دولة الإمارات العربية المتّحدة في المادة 137 منه، على أنّ كلّ اعتداء على أيّ إمارة من الإمارات الأعضاء في الاتحاد، هو بمثابة اعتداء عليها جميعاً، وعلى كيان الاتحاد ذاته، حيث أجاز أن تتعاون السُّلطات الاتحادية مع السُّلطات المحلية في درء هذا الاعتداء بكافة الوسائل المُمكِنَة، وهنا منح الدستور في المادة 143 منه على حق

أيّ إمارة في طلب الاستعانة بالقوات المُسلّحة أو بقوات الأمن الاتحادية للمحافظة على الأمن والنظام العام داخل أراضيها.

ثانياً: المحافظة على الصّحة العامّة

يقصد بالصّحة العامّة كعنصر من عناصر النظام العام هو وقاية صّحة المجتمع من خطر الأمراض بمقاومة أسبابها، واتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لمنع انتشار الأمراض والأوبئة، مثل (البلهارسيا والتيفود والحمى الشوكية وغيرها ...)

كما يعتبر التلوث البيئي بأنواعه المائي أو الغازي أو على اليابسة من أهم العوامل التي تُضرُّ بصّحة الإنسان وتصيبه بالأمراض، لذا كان من مكافحة التلوث أهم وسيلة للمحافظة على الصّحة العامّة.

من هنا أولى القانون الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتّحدة سلطات الضّبط الإداري كلّ العناية من أجل ضمان المحافظة على البيئة وحمايتها، ومن ذلك القانون الاتحادي رقم 24 لسنة 1999م، والخاص بحماية البيئة وتنميتها والذي يجيز لسلطات الضّبط الإداري استخدام كافّة الإجراءات والتدابير من أجل المحافظة على البيئة والصّحة العامّة. وأيضاً قرار وزير الزراعة والثروة السمكية الاتحادي في دولة الإمارات رقم 11 لعام 1991م، والذي يقضي بحظر استيراد أو تداول عدد من المبيدات وعدم جواز استيراد المبيد، إلّا إذا كان مُسجّلاً ومتداولاً في بلد المنشأ، ولا يسبب خطورة أو أضراراً صحّيّة وفق ما هو ثابت في دراسة (سمية المبيدات) لدى المنظمات الدولية. كما نذكر في هذا المقام المادة 91 من قانون العمل الاتحادي في دولة الإمارات رقم 8 لسنة 1980م، والتي تنصّ على أن: "على كل صاحب عمل أن يوفر الوقاية المناسبة لحماية العمال من أخطار الإصابات، والأمراض المهنية التي قد تحدث أثناء العمل".

وعلى الصعيد المحلي في حماية الصحة الجماعية، قيام السلطات المختصة باتخاذ تدابير وقائية لمراقبة المطاعم والمخابز، وتوافر الشروط اللازمة والصحية للفنادق والبقالات والورش وغيرها من الأماكن والمناطق التي لها علاقة بالصحة الجماعية⁽¹⁾.

ثالثاً: توفير السكنية العامة

يقصد بتوفير السكنية في هذا الخصوص هو المحافظة على الهدوء العام ومنع حدوث الضوضاء، والجلبة خاصة داخل المناطق السكنية، وفي الطرق العامة، ورغم أن مثل هذه الأمور لا تمس النظام العام بصفة مباشرة، إلا أن القانون أناط بجهة الإدارة التدخل في مثل هذه الحالات لمنع ما يُعكّر صفو النظام العام. وهو الأمر الذي أخذته على عاتقها بعض الحكومات المحلية في دولة الإمارات العربية المتحدة، فوجد صدور بعض الأنظمة والأوامر لتنظيم التراخيص الخاصة بالمحال الصناعية والتجارية المُقلقة للراحة، والتي قد يتسبب نشاطها في حدوث ضجيج يُضر الهدوء والسكنية العامة، ومن ذلك صدر القانون رقم 61 لعام 1991م، في إمارة دبي فيما يخص نظام حماية البيئة، والذي عرّف في المادة 74 منه ((الضجيج)) ومصادره. وحدد هذا القانون الضوابط الكفيلة بالمحافظة على الهدوء والسكنية.

بعد أن تناولنا بالشرح والتوضيح الأهداف التي منحتها القانون لجهة الإدارة من أجل المحافظة على النظام العام في الدولة، نخلص إلى أن أي إجراءات ضبئية تتخذها جهة الإدارة ضد الأفراد قد تكون مُقيدة أو مانعة لبعض الأنشطة

(1) - المواد رقم 11، 12، 13، 14 من نظام النظافة العامة والشروط الصحية للمحال التجارية في إمارة دبي رقم 11 لسنة 1972م.

في حياة الأفراد، دونما تعطيل للحريّات العامّة بشكلٍ مطلق، وهنا ننوّه أنّ القانون قد منح جهة الإدارة بعضاً من الوسائل التي تُعيّنها على إتمام نشاطاتها الإدارية والمتعلّقة بوقاية النظام العام، ومن هذه الوسائل لوائح الضّبط الإداري والقرارات الفردية والقوّة المادية، وهذا الأمر سنطرحه للمناقشة والتوضيح من خلال المبحث الثالث من هذا الفصل، وذلك على النحو التالي.

المبحث الثالث

وسائل الضبط الإداري

لا شك أنّ تحقيق الأهداف المتعلّقة بوقاية النظام العام وتحقيق أهداف سلطات الضبط الإداري لا يأتي إلا باستخدام وسائل تساعد على تحقيق ذلك، وهنا تملك سلطات الضبط الإداري في سبيل القيام بواجبها في المحافظة على النظام العام، أن تلجأ إلى وسائل عديدة، تتمثل أساساً في لوائح الضبط الإداري والقرارات الفردية. كما تملك أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر أو التنفيذ الجبري لوضع هذه اللوائح أو تلك القرارات موضع التنفيذ وهذا ما سنبينه تباعاً.

كما تجدر الإشارة إلى أنّه يجب أن تكون الوسائل التي استخدمتها سلطات وهيئات الضبط الإداري مشروعة، وفي القيود التي استقر القضاء على ضرورة اتباعها واستخدام الإدارة لوسائل الضبط الإداري، فلا يجوز أن يترتب على استعمال هذه الوسائل تعطيل الحريات العامّة بشكلٍ مطلقٍ لأنّ ذلك يُعدُّ إلغاءً لهذه الحريات، والحفاظ على النظام العام لا يتطلب غالباً هذا الإلغاء وإنما يكتفٍ بتقيدها، ومن ثمّ يجب أن يكون الحظر نسبياً، أي أن يكون قاصراً على زمانٍ أو مكانٍ معيّنين، و على ذلك تكون القرارات الإدارية التي تصدرها سلطة الضبط الإداري بمنع ممارسة نشاط عام منعاً عاماً ومطلقاً غير مشروعة.

وعلى النقيض من ذلك، فقد تطرأ ظروف استثنائية تهدّد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية، وتجعلها عاجزة عن توفير وحماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات السابق بيانها، و في هذه الحالة لا بدّ أن تتّسع سلطات هيئات الضبط لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ إجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الطرف الاستثنائي، على أنّ الطرف الاستثنائي أياً كانت

صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكلٍ مطلقٍ، فلا يعدو أن يكون الأمر توسعاً لقواعد المشروعية، فالإدارة تبقى مسئولة في ظلّ الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يُقاسُ بميزانٍ آخر غير الذي يقاسُ به الخطأ في الظروف العادية.

والتساؤل الذي يمكن أن يُثار في هذه المسألة، هو هل تعتبر الإدارة حُرّة في اتخاذ الإجراءات التي تراها ملائمة في ظلّ الظروف الاستثنائية تحت ذريعة المحافظة على النظام العام، أم لا بدّ من تقنين الإجراءات التي يمكن للإدارة أن تلجأ إليها في حال وقوع مثل هذه الظروف العَرَضِيّة؟.

لَمَّا كان الضَّبْط الإداري في ظلّ الظروف الاستثنائية من شأنه المساس المباشر بحقوق وحرّيات الأفراد التي يكفلها الدستور، فلا بدّ أن يتدخّل المشرّع لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً أو لا، ويتمّ ذلك باتباع أسلوبين: الأول أن تصدر قوانين تنظّم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، ويتّسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم لأنّه يحرم السُلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية إلاّ بعد موافقة السُلطة التشريعية، ويعيبه أنّ هناك من الظروف الاستثنائية ما يقع بشكلٍ مفاجئٍ لا يحتمل استصدار تلك التشريعات بالإجراءات الطويلة المعتادة، بينما يتمخّض الأسلوب الثاني عن وجود قوانين مُنظّمة سلفاً لمعالجة الظروف الاستثنائية قبل قيامها ويرخص الدستور للسُلطة التنفيذية بإعلان حالة الظروف الاستثنائية و العمل بمقتضى هذه القوانين.

إذاً، لهيئات الضَّبْط الإداري في سبيل ممارستها لاختصاصاتها في المحافظة على النظام العام أن تلجأ إلى بعض الوسائل التي من شأنها أن تُجبر الأفراد على احترام إرادتها، وهذه الوسائل قد تتخذ شكلَ القرارات التنظيمية (لوائح الضَّبْط) أو

القرارات الفردية، وقد تلجأ في أحيانٍ أخرى إلى استخدام القوّة المادية (التنفيذ الجبري) من أجل حمل الأفراد على احترام القانون والمحافظة على النظام العام في الدولة. وهو الأمر الذي سَنُبَيِّنُهُ بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: لوائح الضَّبط

تتشابه لوائح الضَّبط الإداري مع القانون في كونها تتضمَّن قواعد عامَّة ومجرَّدة، إلَّا أنَّها تختلف عنه في أمرين: فمن ناحية، أنَّها تصدر من جانب سلطات الضَّبط الإداري في حين أنَّ القانون يصدر من جانب المشرِّع، ومن ناحيةٍ أخرى، فإنَّ اللوائح ذات هدفٍ محدَّدٍ أو مخصَّصٍ يتمثَّل في المحافظة على النظام العام بمدلوله السابق بيانه، في حين أنَّ الهدف من القانون أوسع من ذلك بكثير. وتعتبر لوائح الضَّبط من أبرز مظاهر هيئات الضَّبط الإداري، إذ عن طريقها تضع هذه الهيئات قيوداً أو ضوابط للحريَّات الفردية بقصد الحفاظ على الأمن العام أو الصحَّة العامَّة أو السكينة العامَّة أو الآداب العامَّة. فهي تمسُّ إذاً وبشكلٍ مباشرٍ حقوق الأفراد وحريَّاتهم وذلك بما تتضمَّنُهُ من أوامرٍ ونواهٍ، يجب مراعاتها عند مباشرة هذه الحقوق أو تلك الحريَّات. ومن أمثلة هذه اللوائح لوائح تنظيم المرور والسير في الطُّرق العامَّة واللوائح المنظَّمة للمحال العامَّة والخطرة أو المقلقة للرَّاحة وتلك المنظَّمة لاستعمال مكبِّرات الصوت وكذلك اللوائح الخاصَّة بمراقبة الأغذية ونظافة الأماكن العامَّة والوقاية من الأمراض المعدية والأوبئة إلخ. هذا وتتمتَّع جهة الإدارة بسلطةٍ تقديريةٍ واسعةٍ لإصدار مثل هذه اللوائح بحيث لا تُجْبِرُ على ذلك إلا إذا كانت لازمةً وضروريةً للمحافظة على النظام العام من جميع مدلولاته. وفي دولة الإمارات العربية المتَّحدة نصَّت الفقرة الخامسة من المادة 60 من الدستور الاتحادي لعام 1971م على اختصاص مجلس الوزراء بإصدار لوائح الضَّبط. حيث جاءت هذه المادة في فقرتها الخامسة لتتنصَّ على أن: "ويمارس مجلس

الوزراء بوجه خاص الاختصاصات التالية: ... وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وكذلك لوائح الضبط، واللوائح الخاصة بترتيب الإدارات والمصالح العامة، في حدود أحكام هذا الدستور والقوانين الاتحادية ويجوز بنص خاص في القانون، أو لمجلس الوزراء، تكليف الوزير الاتحادي المختص أو أية جهة إدارية أخرى في إصدار بعض هذه اللوائح".

ثانياً: القرارات الفردية

إذا كانت لوائح الضبط الإداري تتضمن قواعد عامة مجردة، أي لا تخاطب فرداً أو مجموعة محددة من الأفراد، فإنه على العكس من ذلك فيما يتعلق بالقرارات الفردية. حيث تصدر من سلطات الضبط الإداري للتطبيق على فرد معين أو على أفراد معينين بذواتهم. وتتضمن هذه القرارات أوامر أو نواه أو تراخيص بقصد تنظيم أو تقييد حقوق الأفراد وحرّياتهم للمحافظة على النظام العام، ومثال ذلك الأمر الصادر لشخص معين بهدم منزل آيل للسقوط أو بإزالة أكوام الأسمدة أو النفايات المكدسة في أحد الأماكن العامة، والنهي عن بيع سلعة غذائية محددة ثبت فساد المتداول منها بالأسواق. ومنها الترخيص بشغل بعض أجزاء من الأرصفة في عرض بضائع بعض التجار، أو لاستعمال المقاهي. هذا ولا تختلف القرارات الفردية الصادرة من سلطات الضبط الإداري عن سائر القرارات الإدارية الأخرى إلا فيما يتعلق بأهدافها وغاياتها. ومن ثم فإنها تخضع للقواعد العامة للقرارات الإدارية⁽¹⁾. وأخيراً يجب أن

(1) - عبدالله عبدالغني بسيوني، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 288. محمد فتوح محمد عثمان، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 402. عبد الحميد عبد العظيم عبدالسلام و النقبى سالم جروان، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 377 وما بعدها.

تصدر القرارات الفردية مُستندةً إلى أحكام القوانين واللوائح. بمعنى أنه يجب ألا تُصدرُ بالمخالفة لما نصّت عليه هذه القوانين أو تلك اللوائح وإلا كانت غير مشروعة.

ثالثاً: القوّة المادية

الأصل أنّ سلطات الضّبط الإداري لا تلجأ إلى تنفيذ ما تصدره من قرارات لائحية أو فردية مُلزِمة للأفراد، إلّا بعد اللجوء إلى القضاء شأنها في ذلك شأن الأفراد، حيث لا يجوز لهم أن ينتزعوا حقوقهم جبراً دون استصدار حكمٍ بذلك من القضاء واللجوء إلى السُّلطات العامّة. ولكن استثناء من هذا الأصل العام مُنحت سلطات الضّبط الإداري مكنة الالتجاء إلى التنفيذ الجبري أو ما يُسمى بالتنفيذ المباشر دون حاجةٍ إلى إذنٍ سابقٍ من القضاء. ولهذا تعتبر هذه المكنة امتيازاً من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة بل ومن أهم هذه الامتيازات، وإن كانت تمثّل في ذات الوقت تهديداً للحريّات العامّة. ولمّا كان التنفيذ الجبري - كما ذكرنا - استثناء من أصلٍ عامٍ، فإنّ حالات اللجوء إليه مُحدّدة على سبيل الحصر، لا يجوز التوسّع فيها أو القياس عليها وتتمثّل هذه الحالات فيما يلي:-

1- حالة النص في القوانين أو اللوائح صراحةً على حقّ الإدارة في اللجوء إلى التنفيذ المباشر. فإذا لم يوجد مثل هذا النص امتنع على الإدارة اللجوء إلى هذا السبيل.

2- حالة مخالفة الأفراد لقانون أو لائحة لم تتضمّن جزاءً على مخالفتها، إذ على الإدارة في مثل هذه الحالة اللجوء إلى التنفيذ الجبري أو المباشر لكفالة احترام القانون ولضمان إعمال أحكامه.

3- حالة الضرورة والاستعجال، ويقصد بها حالة وجود خطر داهم يقتضي من الإدارة أن تتدخل فوراً للمحافظة على النظام العام. ففي مثل هذه الحالة يجوز بل يجب على سلطات الضبط الإداري أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر حتى ولو كان المشرع قد منعها من ذلك صراحةً، إذ القاعدة أن الضرورات تُبيح المحظورات⁽¹⁾. ولكن يشترط لذلك أن يكون الهدف تنفيذ قرارات مشروعة وأن يثبت امتناع الموجه إليه تدبير الضبط الإداري عن التنفيذ اختياراً وأن يكون التنفيذ الجبري هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على النظام العام، وأخيراً يجب أن تكون القوة المستخدمة مُتناسبة

(1)- تضمّن القانون الاتحادي رقم 12 لسنة 1976م، الخاص بقوة الشرطة والأمن في دولة الإمارات العربية المتحدة في المادتين الثامنة والتاسعة منه الحالات التي يجوز فيها لمنتسبي قوة الشرطة والأمن استعمال السلاح بصفة محدّدة. حيث نصّت المادة الثامنة من هذا القانون على ما يلي: "المنتسبي القوة في سبيل تنفيذ واجباتهم المنوطة بهم، حق استعمال القوة بالقدر اللازم لتنفيذ تلك الواجبات كلّما دعت الحاجة إلى ذلك". أمّا المادة التاسعة فقد جاءت لتوضّح حالات استعمال السلاح وهي كالآتي: يكون لمنتسبي القوة حقّ حمل السلاح المسلّم إليهم بمقتضى وظيفتهم، ولا يجوز لهم استعماله إلا في الحالات الآتية:

أ- الدفاع المشروع عن النفس أو العرض أو المال أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ب- القبض على أيّ شخص صدر بحقه أمر قبض إذا قاوم أو حاول الهرب.

ت- القبض على أيّ شخص لهم صلاحية القبض عليه إذا قاوم أو حاول الهرب.

ث- فض أيّ تجمع غير مشروع إذا كان الغرض منه ارتكاب جريمة أو كان من شأنه تعريض الأمن أو النظام للخطر، وذلك إذا لم يذعن المتجمعون بعد إنذارهم بالطرق الممكنة بشرط أن يكون الأمر بإطلاق النار صادراً من جهةٍ مخوّلةٍ بذلك. ويشترط في جميع الأحوال المتقدّمة أن يكون استعمال السلاح لازماً ومتناسباً مع الخطر المحدق وأن يكون ذلك هو الوسيلة الوحيدة لدرئه بعد التثبت من قيامه ويقصد تعطيل الموجه ضده هذا السلاح من الاعتداء أو المقاومة وأن يبدأ بالتحذير بإطلاق النار للإرهاب كلّما كان ذلك مستطاعاً ثم التصويب في غير مقتل وألاًّ يلجأ إلى التصويب في مقتل إلا إذا كانت حالة الخطر يُتخوّف منها حدوث الموت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوّف أسباب معقولة.

مع الضرورة التي دعت إليها. ومن أمثلة استخدام القوّة المادية للمحافظة على النظام العام في مجال مكافحة التلوث إطفاء الحرائق ولو كانت في الأماكن الخاصّة، والاستيلاء على الأغذية الفاسدة المعدّة للبيع لدى التّجار ومصادرتها وإعدامها .

وأخيراً، يجب ملاحظة أنّ الرقابة على أعمال السُّلطات الإداريّة من أهم الوسائل والضمانات لتحقيق مبدأ المشروعية في أيّ دولة، ممّا يستوجب خضوع الإدارة في كلّ أعمالها وتصرفاتها لأحكام القانون، وتحقيق المصلحة العامّة، التي تعني الحرص على مشروعية العمل الإداري من الناحية القانونيّة، لأنّ مخالفة المشروعية تفرض على الجهة المعنية بالمراقبة التدخّل لإصلاح المخالفة أو إبطالها أو إلغائها أو سحبها أو تعديلها، حتى يتأتّى مبدأ خضوع الإدارة للقانون واحترامها لمبدأ المشروعية ومطابقة أعمالها مع قوانين وتشريعات الدولة، وهو ما يعني في هذا المقام الرقابة القضائيّة لأعمال سلطات الضّبط الإداري وإبراز دور الرقابة القضائيّة للأعمال والتصرفات الصادرة عن سلطات الضّبط الإداري جِفاظاً على الحقوق والحريّات، والتأكّد من ملاءمة القرارات والأعمال الصادرة عن الجهة الإداريّة وأنّها جاءت بحسب طبيعّة الظروف المحيطة والتي كانت سبباً لإصدارها. وهو ما سننظره للدراسة في المبحث الرابع من هذا البحث وذلك على النحو التالي.

المبحث الرابع

رقابة القضاء لأعمال سلطات الضبط الإداري

لقد أضحى مفهوم الحرّية من القيود الواجب على السُلطة التنفيذية أو سلطات الضبط الإداري احترامها، إلا أنّ هذه الحرّية من غير الممكن ممارستها في أيّ دولة بدون قيود وإجراءات تنظّمها، وإلاّ تهدم بناء المجتمع وفسدت الحياة الاجتماعية، فممارسة الشخص لحرّياته وحقوقه ينبغي أن تتحدّد من جهةٍ باحترام حرّيات وحقوق الآخرين، ومن جهةٍ أخرى بالالتزام والخضوع لمقتضيات النظام العام.

لذلك كانت ولا تزال لوظيفة الضبط الإداري أهمية تمارسها الإدارة وفقاً للقانون، بالإضافة إلى مراعاة الحدود الفاصلة بين ما نصّ عليه المشرّع وما هو متروك لهيئات الضبط الإداري، لأنّ الأصل أن حقوق وحرّيات الأفراد لا يختصّ بتقييدها إلاّ التشريع وفقاً للنصوص الدستورية، ولكن نظراً لمهام الإدارة العامّة في الحياة اليومية للمجتمع وقربها واحتكاكها الشديد مع واقع هذه الحياة وظروفها المتطوّرة والمُتقلّبة، هذا ما جعل من تمكينها حقّ التدخّل في نطاق مُعيّن ضرورةً لا مفرّ منها، وفي كلّ الأحوال تمارسه تحت رقابة سلطة القضاء التي تتّسع في الظروف العادية، وتضيق في الظروف الاستثنائية تبعاً لظروف الزمان والمكان.

لذلك نجد أن القضاء رسم منهجاً ودستوراً للإدارة تتحدّد بموجبه سلطتها في أمر تقييد الحرّيات والحقوق الفردية تحقيقاً لمتطلبات الضبط الإداري في حماية النظام العام ، ومن أهم هذه المبادئ على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :-

1- المبدأ الخاص بأن الحرية هي الأصل وأن القيود الواردة عليها من سلطة الضبط الإداري هي الاستثناء .

من ذلك المواد رقم 26 - 29 الى 34 ، من دستور دولة الامارات ،وهنا نرى أن المشرع كفل مثل هذه الحريات والحقوق للأفراد ولم يجز لسلطات الضبط الإداري تقييدها إلا في الأحوال التي تستلزمها ضرورات المحافظة على النظام العام .

2- مبدأ المساواة أمام القانون .

المادة رقم 25 من دستور دولة الامارات جاءت صريحة لتبين مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة أو غيرها .

إذا نستخلص ممّا سبق أنّ سلطة الضبط الإداري تخضع للمبادئ القانونية العامة والتي يستخلصها القاضي من جملة النظام القانوني ، الذي يشكل قيداً على سلطة الضبط الإداري إذا ما خالفت هذه المبادئ وبالتالي إلغاء الإجراء المتخذ من قبلها والذي جاء مخالفاً لقواعد مبدأ المشروعية .

وإذا كانت هيئات الضبط الإداري في الظروف العادية تهدف إلى الحفاظ على النظام العام، فإنّها تستعمل في سبيل تحقيق ذلك مجموعة من السُّلطات التي تقيّد بها ممارسة الأشخاص لحقوقهم وحرّياتهم، ويشترط أن تمارس اختصاصاتها في الحدود التي وضعها المشرّع، فإذا خرجت عن تلك الحدود فإنّ أعمالها تعتبر غير مشروعة، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام الجهات القضائية المختصة⁽¹⁾.

(1) - المادة رقم 99 من دستور دولة الامارات تنص على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وتصديها لمثل هذه الاعمال الغير مشروعة .

حيث يقوم القاضي الإداري بمراقبة التدبير الضبطي من حيث غايته التي يتعيّن أن تكون تفاعلياً لتهديد حقيقي للنظام العام، كما ينبغي أن يكون الإجراء المتّخذ متوافق مع الظروف العادية المحيطة به. كما يمارس القاضي رقابةً موسّعةً على سلطات الإدارة، فلا يتحقّق فقط عمّا إذا كان يوجد في ظروف الدعوى تهديداً بالإخلال بالنظام العام يمكن أن يُبرّر التدخّل بإجراء الضبط، بل أيضاً يبحث إذا كان التدبير متناسباً في طبيعته وخطورته مع أهميّة التهديد، فهو بذلك يراقب ملائمة الإجراء مع الوقائع التي كانت سبباً في اتخاذه، وهكذا تكون للظروف العادية تأثير في اتّساع الرقابة القضائية مع تقييد سلطات الضبط الإداري. والتساؤل المطروح هنا، هو هل تبقى تلك السُلطات والصلاحيات الممنوحة لهيئات الضبط الإداري على حالها حتى لو تغيرت الظروف الراهنة والتي قد لا تتمكّن سلطات الضبط الإداري من خلالها من المحافظة على النظام العام والأمن في المجتمع؟. وأيضاً ما هو أثر الحالة الاستثنائية على سلطات الضبط الإداري؟ وما مدى إمكانية رقابة القضاء على تلك السُلطات في الظروف الاستثنائية؟

الإجابة على هذا التساؤل تكمن في أنّ الظروف العادية قد تقيّد سلطات الضبط الإداري وتحدّ من صلاحياتها في اتخاذ بعض الإجراءات الكفيلة بحفظ الأمن والنظام والتي قد تؤثّر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على حقوق وحرّيات الأفراد، أمّا في الظروف الاستثنائية فتتوسّع صلاحيات و قدرات سلطات الضبط الإداري في التصرّف على نحو يجعلها تتخذ قرارات وإجراءات غير عادية يجيزها القضاء الإداري ويعتبرها مشروعاً طالما أنّ الدولة تمرّ بظروف استثنائية صعبة يتحمّم الأمر من أجل مواجهتها أن تصدر تشريعات ضبط جديدة تكون على حساب

الحقوق و الحرّيات العامّة⁽¹⁾. فضرورة وضغط الظروف الاستثنائية يستلزم ذلك حفظاً لكيان الدولة والجماعة من الانهيار، لذلك نجد الدولة في هذه الأحوال تُبادر إلى تعديل التشريعات النافذة أو إصدار تشريعات جديدة⁽²⁾.

لكن بالرغم من تلك الظروف الاستثنائية، فإنّ رقابة القضاء تبقى قائمة، فلا يكفي ادّعاء سلطة الصّبط الإداري بوجود ظرفٍ استثنائي يُعجّل باتخاذ الإجراءات، بل عليها إقامة الدليل على بروز هذا الظرف وذلك خوفاً من أنّ سلطات الصّبط الإداري قد تتبالغ بتحقيق الظرف الاستثنائي وتندرع بصعوبات وهمية لكي تستفيد من اتّساع سلطاتها و تستخدمها بالرغم من انقضاء الظروف العصبية التي كانت تبرّرها.

(1) - قد تطرأ على الدولة بعض الظروف الاستثنائية مثل المظاهرات المسلّحة، أو كارثة طبيعية أو قيام حالة الاستعجال أو الطوارئ أو قيام ثورة أو وجود وباءٍ شديد، وغيرها من الأحداث غير المألوفة التي تهدّد كيان المجتمع، ممّا يستدعي من الإدارة اتخاذ إجراءات استثنائية تتجاوز ما هو عادي في مجال سلطة الصّبط، مثل فرض حظرٍ كاملٍ على الاجتماعات والتحرّكات، والممرور في الأماكن العامّة، وفي أوقاتٍ معيّنة، ومصادرة الصحف والمنشورات والمطبوعات والاستيلاء على المنقولات والعقارات ووضعها تحت الحراسة وتحديد مواعيد فتح المحال العامّة وإغلاقها، وسحب تراخيص الأسلحة، وإخلاء بعض المناطق وتحديد التتقّل من منطقةٍ لأخرى، والامتناع عن تنفيذ الأحكام، وإصدار قرارات تدخل في سلطة المشرّع... فقيام الإدارة بمثل هذه التصرفات أو الإجراءات معناه قيام نظام استثنائي توقّف في ظلّه الحرّيات الفردية والجماعية، وتعطلّ فيه الضمانات الدستورية حفاظاً على إستتباب الأمن والنظام العام، فبسبب الظروف الاستثنائية تتّسع سلطات الصّبط الإداري بفضل التشريع أو القضاء.

(2) - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 410. محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 169 وما بعدها.

هذا وقد تبنى المُشرِّع الإماراتي الاتجاه الذي لا يُنظَّم سلفاً حالة الطوارئ (الظروف الاستثنائية) بقانون، ولكِنَّه أجاز في نفس الوقت للسلطة التنفيذية (مجلس الوزراء) كلاً ما دعت الحاجة إلى ذلك أن يلجأ إلى المجلس الأعلى للاتحاد لاستصدار قانون الظروف الطارئة⁽¹⁾ الذي يحدّد حالة الطوارئ والمناطق التي يسري عليها هذا القانون، حيث أجاز الدستور الإماراتي في هذا الخصوص تعطيل أيّ حكمٍ من أحكامه أثناء سريان الأحكام العرفية، وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 145 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات حيث نصّت هذه المادة على ما يلي: "لا يجوز بأيّ حالٍ تعطيل أيّ حكمٍ من أحكام هذا الدستور إلاّ أثناء قيام الأحكام العرفية وفي الحدود التي يُبيِّنها القانون المُنظَّم لتلك الأحكام. ولا يجوز مع

(1) - نظراً لعدم مرور دولة الإمارات العربية المتّحدة بالظروف الطارئة (الاستثنائية)، فقد أصبح من المتعذّر إستخلاص موقف القضاء الإماراتي فيما يتعلّق بموقف سلطات الضّبط الإداري (السلطة التنفيذية) في مثل هذه الظروف، ولكن القضاء الإماراتي إعتدّ بنظرية الظروف الطارئة في ظلّ العقود الإدارية خلال حرب أكتوبر بين العرب وإسرائيل، وهو الأمر الذي يمكن إلتماسه من الحكم الصادر من محكمة أبو ظبي الاتحادية في أبو ظبي والقاضي بقبول قرار هيئة التحكيم والحكم بمقتضاه بين كلّ من دائرة الأشغال العامّة والإسكان وبين شركة مقاولات بشأن تنفيذ مشروع طريق، حيث تقول المحكمة: ((..... وإذا أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد أمراً محتتماً لتجاوز نسبة الزيادة في الأسعار كافّة التوقّعات لدى أطراف العقد بحيث أصبحت خسارة المدّعية (الشركة) غير عادية ولا مألوفة، وجاءت في صورة استثنائية عامّة على الجميع فقلبت إقتصاد باقي العقد، فإنّه يتعيّن المضيّ قدماً في كيفية تحديد التعويض الذي تستحقّه المدّعية، وفي هذا الشأن يجب مراعاة الاعتبارات التالية: أنّ بعض أعمال المقاولّة أنجز قبل سنة 1973م، والبعض الآخر أنجز خلال الفترة التالية لحرب أكتوبر التي تم خلالها الإرتفاع غير العادي للأسعار.... وفضلاً عن ذلك، فقد ترتّب على إشتعال حرب الشرق الأوسط في أكتوبر 1973م، حدوث نقص وتأخير في وصول المعدات والآلات وقطع الغيار ممّا كان له دخل أيضاً في تأخير المقاولّة)).

ذلك تعطيل انعقاد المجلس الوطني الاتحادي في تلك الأثناء، أو المساس بحصانة أعضائه". كما دعت المادة 146 من ذلك حين نصت على أن: "يكون إعلان الأحكام العرفية، بمرسوم يصدر بمصادقة المجلس الأعلى بناءً على عرض رئيس الاتحاد وموافقة مجلس وزراء الاتحاد وذلك في أحوال الضرورة التي يحددها القانون، ويبلغ هذا المرسوم إلى المجلس الوطني الاتحادي في أول اجتماع له، وترفع الأحكام العرفية بمرسوم يصدر بمصادقة المجلس الأعلى كذلك، متى زالت الضرورة التي استدعت إعلانها"⁽¹⁾.

أمّا عن التشريع لجهات الضبط الإداري في المملكة المغربية فنجد أن القضاء يسمح للإدارة بالتدخل مباشرة باستخدام القوة العمومية لتنفيذ قراراتها دون اللجوء إلى القضاء، وهو ما تؤكد المادة 107 من القانون رقم 113.14 المتعلق بالتنظيم الجماعي، والتي تخول هذه المادة بموجبه لرئيس المجلس الجماعي في مجال الشرطة الإدارية، أن يباشر بشكل تلقائي وعلى نفقة المعنيين بالأمر اتخاذ ما يلزم من التدابير الرامية إلى المحافظة على الأمن وضمان سلامة المرور والمحافظة على الصحة العمومية، حيث تنص هذه المادة على ما يلي: "يتولى رئيس المجلس تلقائياً العمل على تنفيذ جميع التدابير الرامية إلى ضمان سلامة

(1) - يستفاد من النصوص المتقدمة أن المشرع تطلب توافر شرطين فيما يتعلق بإعلان الأحكام العرفية في دولة الإمارات العربية المتحدة، أولهما الشرط الموضوعي، وهو أن يأتي إعلان الأحكام العرفية في أحوال الضرورة التي يحددها القانون، وبالرغم من عدم تحديد القانون لنوع ومحتوى الأحكام العرفية، إلا أنه أشار إلى نشوء حالة واقعية غير عادية تتعرض لها البلاد ولا يكون بالوسع مجابتهها أو السيطرة عليها أو تداركها إلا من خلال إجراءات استثنائية. والشرط الثاني الذي تضمنته النصوص السابقة، هو شرط شكلي مؤداه أن يتم إعلان الأحكام العرفية بموجب مرسوم يوافق عليه مجلس الوزراء ثم يعرضه رئيس الاتحاد على المجلس الأعلى للاتحاد للمصادقة عليه.

المرور والسكينة والمحافظة على الصحة العمومية، وذلك على نفقة المعنيين بإنجازها أو الذين أخذوا بذلك". كما أكد الفصل 19 من الظهير رقم 15 نوفمبر لسنة 1958 م على حق الإدارة في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمجابهة الظروف الاستثنائية، حيث حوّل هذا الفصل لأجهزة الشرطة الإدارية حقّ التدخّل من أجل تفريق التجمّعات العمومية التي يتمّ تنظيمها خرقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية، نظراً لمساسها بمقتضيات الأمن والمصلحة العامّة والمحافظة على النظام، ويكون من حقّ الشرطة الإدارية في مثل هذه الحالات التدخّل باستخدام القوّة العمومية في حالة العصيان، سواء كان مسلحاً أو غير مسلح⁽¹⁾.

كما أشار الفصل 81 من الدستور المغربي الجديد لسنة 2011م إلى حالة الضّرورة، وأجاز للحكومة في ظلّ غياب البرلمان في الفترة الفاصلة بين الدورتين الخريفية والربيعية، إصدار قوانين أو مراسيم لمواجهة هذه الظروف، حيث نصّ هذا الفصل على ما يلي: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية. يُودع مشروع المرسوم بقانون لدى مكتب مجلس النواب، وتناقشه باللجان المشتركة المعنية في كلا المجلسين، بُغية التوصل داخل أجل ستّة أيام، إلى قرار مشترك

(1) - الظهير رقم 1.58.377 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1378هـ، الموافق 15 نوفمبر 1958م بمثابة قانون يتعلّق بتنظيم التجمّعات العمومية، كما تمّ تغييره بواسطة الظهير بمثابة قانون رقم 1.79.284 بتاريخ 10 أبريل 1973م. مشار إليه لدى: محمد كرامي، القانون الإداري، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2015م، ص 258.

بينهما في شأنه. وإذا لم يحصل هذا الاتفاق، فإنّ القرار يرجع إلى اللّجنة المعنية في مجلس النّواب⁽¹⁾.

وطالما أنّ العمل الإداري الجاري في الطُّروف الاستثنائية لا يفلت من رقابة القضاء، فإنّه في حال ثبوت مخالفة هذا العمل للمشروعية الاستثنائية يترتّب على ذلك مساءلة الإدارة وتقرير التعويض اللازم للمُنصَرِّر. ومن أجل ذلك يتبادر السؤال التالي: فيما تتمثّل ضوابط وقيود الإجراءات الضّابط في ظلّ الطُّروف الاستثنائية؟ وما هو أساس تقرير مسؤولية سلطات الضّبط الإداري عن أعمالها؟

إنّ الطُّروف الاستثنائية تخوّل للإدارة سلطات واسعة لا تتمتع بها في الطُّروف العادية، وذلك بهدف مواجهة الأمور الطّارئة. وإذا كانت هذه السُّلطات التي تتمتع بها الإدارة في ظلّ الطُّروف الاستثنائية تُفِيد الحريّات، فالضرّورات الحيوية للبلاد ومصالح الدفاع الوطني و الأمن العام، أي الدفاع عن الدولة تكون أولى بالرعاية من احترام حقوق وحريّات الأفراد، لذلك تطلّب القضاء شروطاً معيّنة يجب أن تتوافر في الظرف الاستثنائي، لأنّ السماح لسلطات الضّبط الإداري بقدر من الممارسات التقديرية أوسع ممّا تسمح أو تُرخص به القوانين و اللوائح في الطُّروف العادية المألوفة، قد يصل الأمر بسلطات الضّبط الإداري إلى إهدار الحريّات العامّة كليّةً و منع ممارستها بصورة كاملة.

وتأسيساً على ما تقدّم، إذا كان يُسمح للإدارة في ظلّ الطُّروف الاستثنائية لممارسة اختصاصاتٍ جديدة، فإنّ ذلك لا يعني أنّ تصرّفاتنا في هذه الطُّروف تكون طليقةً

(1) - من الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص أنّ المراسيم التشريعية السالفة الذكر (المراسيم التفويضية أو الضرورة) لا تكتسب صفة القانون إلا بعد مصادقة البرلمان عليها، وبالتالي فقبل هذا التحوّل تبقى أعمالاً إدارية قابلة للطعن عليها بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية.

من كلِّ قيد، لذلك توجد ضوابط وقيود ترد على سلطات الضبط الإداري خلال الظروف الاستثنائية وتحدّد الإجراءات الضبطية. كما تجدر الإشارة هنا إلى أنّ وقف ممارسة الحريات العامة والحقوق يجب أن يكون بالقدر وفي الحدود الضرورية التي تتيح للإدارة القدرة على مواجهة الأخطار الناتجة عن الظروف الاستثنائية بالفعل. وهذا ما يستوجب عدم تجاوز الإدارة مقتضيات الظروف التي تُواجهها، وذلك تأسيساً على القاعدة التي تقول أنّ: "الضرورة تقدّر بقدرها"⁽¹⁾. وبعبارة أخرى وبالمفهوم المقابل، تُعطّل أو تقف ممارسة الحرية عند نقطة تعارضها مع قدرة الإدارة على مواجهة الأخطار، وهو ما يمكن أن نُعبّر عنه بأنّ المشروعية الاستثنائية تجد سلامتها في ضرورتها. لذلك فإنّ إجراء الضبط الإداري لا يعتبر مشروعاً إلاّ إذا كان ضرورياً من أجل الحفاظ على النظام العام، وهذا هو السبب الذي يدفع بالقضاء إلى بحث كافة الظروف الواقعية المبررة لاتخاذ هذه الإجراءات⁽²⁾.

لذا يقوم القضاء الإداري بالتحقُّق من أنّ مواجهة الظروف الاستثنائية تتطلب اتخاذ إجراء استثنائي لا تُسَعِّف به التشريعات السارية، وهو ما يعني ضرورة الإجراء الاستثنائي ولزومه لمُتطلّبات الحالة. فإذا ثبت له أنّ الإدارة كانت تستطيع أن تتغلّب على المصائب الناجمة عن الظروف الاستثنائية القائمة بما تملكه من سلطات ووسائل تتصّل عليها التشريعات السارية ومع ذلك اتخذت إجراءً استثنائياً لا تجيزه هذه التشريعات، فإنّه يحكم بإلغاء الإجراء. وبالتالي لا بدّ من وجوب الإجراء

(1) - مصطفى محمود عفيفي ، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 50 وما بعدها.

(2) - موسى مصطفى شحاده، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 184 وما بعدها.

الضبطي الإداري الاستثنائي لمواجهة الحالة، لكونه الوسيلة الأنجح لمواجهة هذا الظرف الطارئ. على أن رقابة القضاء لا تقتصر على مشروعية وسيلة الضبط المتخذة، بل يراقب أيضاً ملاءمتها لأسباب التدخل تحت قاعدة: "تناسب شدة الإجراءات مع خطورة الظرف الاستثنائي"، لذا يجب عدم التوسع في صلاحيات الضبط الإداري، بل تكون ضمن الحد المعقول في مجابهة الظرف الاستثنائي، وفي فترة لا تتجاوز نهايتها لأن "الضرورات تبيح المحظورات".

كما يجب أن تراعي الإدارة الملاءمة في مدى التصرف ما بين الخطر المتوقع وبين الإجراء الذي اتخذ لمواجهة. بمعنى ألا يشوب تصرفها شطط، ولا تُضجى بمصلحة خاصة في سبيل مصلحة عامة، إلا بمقدار ما تقتضيه الضرورة، فيجب على الإدارة أن تختار من الوسائل أقلها ضرراً بالأفراد وبالتالي يتعين أن يكون الإجراء الذي تتخذه الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية ملاءماً ومُناسباً لمتطلبات هذه الظروف، وهو ما يستوجب على الإدارة أن تتصرف طبقاً لما تقتضيه مجابهة هذه الظروف الاستثنائية، وأن يكون هذا التصرف بالقدر الذي يكفي لمعالجة هذه الظروف دون إفراط أو تفريط⁽¹⁾.

ويقوم القضاء الإداري بمراقبة تقدير الإدارة بأهمية وخطورة الاضطرابات في ظل تلك الظروف، وذلك للتحقق من مدى ملاءمة الإجراء الذي تقيد به الإدارة حرّيات الأفراد، وما إذا كان من الممكن اللجوء إلى إجراء أخف وطأة بدل الإجراء المتخذ لتحقيق ذلك الهدف. فهو يعمل على الملاءمة بين الإدارة في الظروف الاستثنائية، وبين تطبيق قواعد المشروعية على أعمالها في هذه الظروف. ومن ثم

(1) - خالد سيد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011 م، ص 437 وما بعدها.

يلجأ إلى تطبيق قواعد المشروعية الاستثنائية من ذات طبيعة الظروف التي تواجهها الإدارة.

وهنا نلاحظ أنه وإن كان القضاء الإداري قد اعتبر قرار إعلان حالة الطوارئ لمواجهة الظروف الاستثنائية هو من قبيل أعمال السيادة التي تتأى عن رقابة القضاء، وذلك لأنه من الأعمال التي تقوم بها الحكومة باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى سلامة كيان الدولة، غير أن الإجراءات والتدابير التي تصدر تنفيذاً لإعلان حالة الطوارئ تعتبر قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء، وذلك لأنها مقيّدة بالدستور وبإعلان حالة الطوارئ.

كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا لم يوجد نظام معين للحالة الاستثنائية محدداً لإجراءات وتدابير معينة لمواجهتها، أو وُجد ولم توضّح نصوصه جوانب معينة، الأمر الذي قد يؤدي إلى قيام الإدارة باتخاذ تدابير لمواجهة تلك الظروف لأنها هي المسؤولة على المحافظة على النظام العام، إلا أن ذلك لا يعني أن تصرفاتها تكون طليقة من كل قيد، لأن معيار المشروعية لن يكون موضوعه هنا مدى مطابقة تصرفات الإدارة لنص القانون، وذلك لعدم تنظيم الحالة الاستثنائية، أو أن حالة الضرورة تجاوزت تلك القوانين، وإنما على ضوء ضوابط معينة تتماشى مع الحالة الاستثنائية التي تلتزم بها سلطات الضبط الإداري أثناء اتخاذها لتدابير الضبط الإداري، وتخضع هذه الإجراءات لرقابة القضاء، فلا يجوز تحصينها، ويمكن حصر هذه الإجراءات المتخذة فيما يلي:

1- أن يكون الإجراء الضابط قد اتخذ خلال الظروف الاستثنائية.

2- ضرورة الإجراء الاستثنائي ولزومه.

3- ملائمة الإجراء الضابط للظروف الاستثنائية.

4- تحقيق المصلحة العامة.

وختاماً لما تقدّم شرحه، يمكن القول بأنه رغم اتّساع سلطات الضّبط الإداري أثناء الطُّروف الاستثنائية، إلا أنّها ليست مُطلقة، وإنّما مقيدة بضوابط يفرض عليها قضاء الإلغاء رقابته، إلا أنّ ميزان الرقابة القضائية على أعمال الضّبط الإداري في الطُّروف الاستثنائية لن يكون نفسه في الطُّروف العادية، فمفهوم الشرعية في منظور رقابتها سيّتسع في الطُّروف الاستثنائية بالقدر الذي يستقيم مع طبيعة وأهمية الطُّرف غير العادي.

المبحث الخامس

تقييد سلطات الضبط الإداري بمبدأ المشروعية

تبعاً لمبدأ المشروعية ، فقد رأينا أنه يعني خضوع الدولة ومؤسساتها للقانون في كل ما يصدر منها من تصرفات وما تتخذ من أعمال وقرارات ويسري ذلك على عموم مظاهر النشاط الذي تمارسه، ما يعني أن مخالفة ذلك يعني بطلان أي تصرف أو إجراء يُتخذ مخالفاً للقانون أو يخرج على قواعده المُلزِمة⁽¹⁾. غير أنه يلاحظ أن مبدأ المشروعية لا يعني مصادرة النشاط الإداري في جميع الأحوال، بل إنه يتلاءم ويتوافق مع حاجات الإدارة في تحقيق أهدافها وغاياتها خاصة إذا ما عرضت لها ظروف تستدعي هذا الخروج على القواعد العامة تأكيداً لأهمية تفضيل بقاء الدولة على تقييد حرية ما في إحدى مجالاتها، ولذلك فإن بعض قرارات الضبط غير المشروعة في الظروف العادية يعتبرها القضاء مشروعة إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام بسبب ظروف استثنائية. كما تؤكد على ضرورة تقييد سلطات الضبط الإداري، ذلك أن هيمنة الدستور على قواعد المشروعية يعني ابتداءً بطلان قواعد التشريع المخالفة لأحكامه، وهو يعني في المقام الثاني تقييد أعمال الإدارة الضبطية بالأعمال المشروعة شكلاً وموضوعاً، وبهذا يحدّ التدرج مضمون المشروعية وحدودها بالنسبة لكل سلطة ضابطية، حيث

(1) - يشير الدكتور: عبد الله عبد الغني بسيوني في هذا الخصوص إلى أن مبدأ المشروعية يعني احترام الإدارة للتدرج الموضوعي للقواعد والقرارات القانونية، وهو ما يعني خضوع القرارات الفردية واحترامها للقواعد التنظيمية، بحيث يكون القرار الفردي عند صدوره مستنداً إلى قاعدة تنظيمية وأن يكون القرار مطابقاً للقاعدة العامة. عبد الله عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 291.

يبين لكلٍ منها القواعد التي تلتزم بها. ويوضح لنا من ذلك أنّ مبدأ المشروعية يتضمّن قاعدتين أساسيتين هما:

أولاً: القاعدة الشكلية: وتتمثّل في خضوع الدولة وتصرفاتها للقانون بالمفهوم الواسع والعام، وسواء كانت قواعد القانون مكتوبةً كالدستور أو غير مكتوبةٍ كالعرف وأحكام القضاء. كما تعني قواعد الشكلية خضوع الأفراد لتلك القواعد بعد تمكينهم من إمكانية ردّ الدولة ومؤسساتها إلى جادة الصواب إذا ما حادت عن الهدف الذي يرمي إليه القانون، وسواء كان ذلك نتيجةً عمدٍ أو إهمال.

ثانياً: القاعدة الموضوعية: وتتمثّل باعتراف الدولة وسلطاتها بالحقوق الأساسية للأفراد، وضرورة صيانتها والمحافظة عليها في الظروف العادية فضلاً عن الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

ومن جانبٍ آخر، يُعدّ الاعتراف في الوثائق الدستورية بالحقوق والحريات العامة ضماناً هاماً لها ضدّ تعسف السلطات التشريعية والتنفيذية معاً، فلا يجوز لسلطةٍ ما أن تخرج على مقتضى ما يقرّره الدستور في شأن هذه الحريات، فمثلاً لا يجوز للسلطة التشريعية تعديل النصوص الدستورية إلاّ باتباع الإجراءات المقرّرة لذلك كما لا يجوز لها إصدار تشريعات مخالفةً للدستور في هذا المجال، ولا يجوز للسلطة التنفيذية مخالفة ما جاءت به الدساتير والقوانين الموافقة له من قواعد تخصّص

(1) - محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص

هذه الحرّيات، وإلاّ جاء عملها غير مشروع وقابلاً للإلغاء من جانب القضاء الإداري⁽¹⁾.

وبما أنّ الدساتير تحرص على النصّ في صلبها على الحرّيات العامّة إلّاّ أنّها عادةً ما تترك تنظيم ممارسة هذه الحرّيات للتشريع العادي، وفي هذه الحالة يجب ألاّ يترتّب على تنظيم القانون للحرّيات مخالفة المبادئ الأساسية المنصوص عليها في الدستور⁽²⁾، كما يتعيّن أن يكون تناوله لهذه الحرّيات مقتصرًا على التنظيم المباح واللازم للممارسة الصحيحة من جانب الأفراد لهذه الحرّيات دون انتقاص منها⁽³⁾، فإذا فرض الدستور على المشرّع قيوداً معيّنة في تنظيمه للحرّية، فإنّه يجب مراعاتها واحترامها وإلاّ كان القانون الذي يصدرُ معيباً، فإذا لم يفرض

(1) - حمدي أبو النور السيد، الشامل في القانون الإداري في دولة الإمارات، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013م، ص 292.

(2) - من أهم المواد الواردة في دستور دولة الإمارات والمتعلّقة بحماية الحقوق والحرّيات العامّة والتي حُصّص الباب الثالث لها في الدستور تحت عنوان: "الحرّيات والحقوق والواجبات العامّة"، وتضمّنت هذه الحقوق والواجبات المواد من المادة 25 إلى المادة 44 من الدستور ومنها على سبيل المثال، المادة 37 التي تنصّ على أنّه: "لا يجوز إبعاد المواطنين أو نفيهم من الاتحاد". والمادة 36 من الدستور والتي تنصّ على: "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها إلّاّ وفق أحكام القانون وفي الأحوال المحدّدة فيه". وأيضاً المادة 31 المتعلّقة بحريّة وسائل الاتّصال حيث أكّدت هذه المادة على هذا المبدأ حين نصّت على أنّ: "حرّية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتّصال وسريتها مكفولتان وفقاً للقانون". أمّا على صعيد الدستور المغربي، فقد أفرد المشرّع المغربي الباب الثاني من الدستور الجديد لعام 2011م للحديث عن الحقوق والواجبات العامّة وذلك في المواد من 19 إلى المادة 40.

(3) - تنصّ المادة 44 من دستور دولة الإمارات على هذا المبدأ حيث جاءت المادة سائلة الذكر لتوكّد ما يلي: "احترام الدستور والقوانين والأوامر الصادرة من السُلطات العامّة تنفيذاً لها ومراعاة النظام العام واحترام الآداب العامّة، واجب على جميع سكّان الاتحاد".

الدستور مثل هذه القيود فإنَّ المُشرِّع لا يكون عليه إلا قيد قانوني واحد، وهو عدم إلغاء أو سلب الحرّية وبعد ذلك يملك وضع قيود على هذه الحرّية كما يترأى له. وفي مجال التقييد القانوني لسلطة الضّبط نجد أنّ جميع إجراءات الضّبط تخضع لمبدأ المشروعية شأنها في ذلك شأن كلّ الأعمال الإدارية، فالإجراء الضّبطي يجب أن يصدر من السّلطة المختصة باتخاذها واتباع الإجراءات والأشكال المقرّرة، وكذلك أن يكون هناك سبب لاتخاذها وأن تستهدف المحافظة على النظام العام.

ولمّا كان مبدأ الفصل بين السّلطات يقضي باستقلالية السّلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية عن بعضها البعض استقلالاً وظيفياً وعضوياً، فإنّه لا يُتصور أن تحلّ الإدارة محلّ القضاء والعكس صحيح بحيث لا يمكن للقاضي أن يحلّ محلّ رجل الإدارة، ولهذا فإنّ الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية فهي تمارسها بحكم القانون الذي حوّلها هذا الحق، وبالتالي لا يمكن للقاضي في حالة ما إذا رُفِع له طعن في قرار صادرٍ على أساس السّلطة التقديرية للإدارة أن يعقّب أو ينظر في مدى صحّة التقدير الذي مارسته الإدارة، و يقف عند حدّ مراقبة مدى التطبيق السليم للقانون فقط⁽¹⁾.

ووفقاً لما تقدّم ذكره، فإنّه لا يحقّ للقاضي أن يمارس رقابة الملائمة من منطلق أنّ القاضي مكلف بمراقبة المشروعية وليس الملائمة، وتبعاً لذلك فإنّ الإدارة إذ تمارس سلطتها التقديرية في بعض أعمالها فهي تستند على إرادة المُشرِّع الذي منح لها هذه السّلطة التقديرية، والذي كان يمكن له أن يفرض عليها قيوداً أو حدوداً تظهر في عدم الخروج عن السّلطة المقيدة أو المحددة. وعليه لا يمكن للقاضي الإداري أن يتصدّى لمدى ملاءمة التصرفات الإدارية، إذ هي من

(1) - محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضّبط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص

اختصاص رجل الإدارة وحده، وأنَّ النظر في مدى ملائمة الأعمال الإدارية يعتبر من صلاحيات الإدارة، وليس للقضاء حقَّ التعقيب عليها والتصدي لها، ولا يجوز للقاضي أن يتعدى الرقابة القانونية أو رقابة المشروعية على أعمال الإدارة ليحلَّ محلَّها، بأن يصدر مثلاً بدلاً من الإدارة قرارات إدارية أو يُعدِّل لها قراراتها⁽¹⁾.

ويؤيِّد هذه الفكرة الدكتور (سليمان محمد الطمّاوي)، حيث يرى أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية لا ملاءمة، وأنَّ ملاءمة الوسيلة في هذه الحالة هي عنصر من عناصر المشروعية، ذلك أنَّ تقييد الحريّات العامّة لا يكون إلاّ بالقدر الذي تقتضيه الطُّروف العامّة وبحسب الأحوال، حتى لا تنتزع الإدارة في أيّ وقتٍ بالطُّروف وتقيّد من خلالها الحريّات والحقوق العامّة للأفراد⁽²⁾.

وننوّه أخيراً إلى أنَّ الرقابة الخارجية تُعدُّ من أهم ضمانات تكريس مبدأ المشروعية وتحقيقه وضمان عدم الانحراف في استعمال السُلطة والاستبداد بها وبالتالي حماية حقوق وحريات الأفراد³، فلا يمكن الحديث عن رقابة ذاتية داخل الجهاز الإداري في ظلِّ ممارسة الإدارة لسُلطتها التقديرية سواء كانت الرقابة تشريعية أو تنفيذية، لأنّه لا يوجد ما يمنع الإدارة التشريعية أو التنفيذية من تأييد قرار الجهة الإدارية الأدنى منها ما دام مجال التصرّف هو السُلطة التقديرية لهذه الأخيرة. وهنا تتأتّى أهمية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة نظراً لنظرية الفصل بين السُلطات

(1) - ماجد راغب الحلو ، مبادئ القانون الإداري في الإمارات، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 98 - 99.

(2) - سليمان محمد الطمّاوي ، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 99.

(3) - تنص المادة 26 من دستور الإمارات 1971م على أن: " الحرية الشخصية مكفولة لجميع المواطنين ولا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حجزه إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة" .

أولاً، وثانياً لاختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

يتمتع القضاء الاتحادي في دولة الإمارات العربية بالاستقلالية التامة، ولا يسمح الدستور بأيّ تدخّلٍ من أيّ جهة أياً كانت (1). حيث يعمل النظام القضائي في الإمارات بشكلٍ ثنائي يشمل القضاء الاتحادي برئاسة المحكمة الاتحادية العليا من جهة، والقضاء المحلي على مستوى الحكومات المحلية الأعضاء في الاتحاد (2). وينص دستور الدولة على تساوي الجميع أمام القانون، ويضمن حق الجميع من مواطنين ووافدين في الحصول على محاكمة عادلة. وهنا يتبيّن لنا أن رقابة المحكمة الاتحادية العليا تنبسط على كافة التشريعات باختلاف أنواعها ومراتبها، سواء كانت تشريعات أصلية صادرة عن السلطة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية .

كما يلعبُ النظام السياسي القائم في دولة الإمارات العربية المتحدة والذي نشأ من اتحاد سبع إمارت عربية في اتحاد فيدرالي عام 1971م، دور في بناء الإنسان العربي في هذه الدولة الفنية وفق توجّهات سياسية واقتصادية واجتماعية مدروسة الخطوات تستند على نمط الإمكانيات المتوقّرة في كلّ إمارة من إماراته، مع توفّر بيئة نظام مناسبة تتشكّل منها الدولة وفق خصائص بنيوية تتبّع سياسات وتحالفات في مستوى السياسة الخارجية لها.

(1) - مادة 94 من دستور دولة الامارات تنص على ان " العدل أساس الملك والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمانتهم " .

(2) - المادة 95 من دستور دولة الامارات : " يكون للإتحاد محكمة اتحادية عليا ، ومحاكم اتحادية ابتدائية وذلك على الوجه المبين في المواد التالية " .

هذا وقد جاءت الجهود البارزة لقادة وحكام الإمارات المكونة لها وعلى رأسهم المغفور له بإذن الله الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان (1971 - 2004م) الذي وظّف جهوده بالتعاون مع أشقائه الحكام، في بناء نظامٍ سياسي رصين في ظلّ دولة اتحادية فريدة من نوعها في النظام الإقليمي العربي، وبالأخصّ منه في منطقة الخليج العربي في ظلّ ظروفٍ ومتغيّراتٍ دولية وإقليمية غايةً في الصعوبة.

إنّ قيام دولة الإمارات العربية المتّحدة باتباع طريق التحوّلات على صعيد الإصلاح السياسي والمشاركة السياسية ومسألة الديمقراطية بوجهٍ عام، قد جاء بسبب عدد من المعطيات والضغوط الداخلية والخارجية، والتي كانت تتركّز على ضرورة إحداث تحوّلات مهمّة على أولويات سياسة نظام الحكم القائم، فكان التوجّه نحو الاهتمام بحقوق الإنسان وفتح المجال للتعددية السياسية. ومن المعلوم أنّ دولة الإمارات العربية المتّحدة لها وضع خاص يختلف عن باقي دول الخليج العربي، كون نظام الحكم فيها اتحادياً فيدرالياً، فهناك الحكومة الاتحادية، ولها دور محدّد، وهناك الحكومات المحلية ولها دورٌ ضمن حدود إماراتها. وللحكومة الاتحادية الكلمة الأولى في معظم مسائل القانون والحكم، ومسؤوليتها في الدرجة الأولى تتعلّق بالعلاقات الخارجية والدفاع عن الوطن. ولم تعد قضية الإصلاح اليوم في دولة الإمارات العربية المتّحدة خياراً من مجموعة خيارات يمكن أخذه أو تركه بل أصبحت ضرورة هامّة داخلياً قبل أن تكون خارجياً لكي يعزّز النظام السياسي من شرعيته، كونه عضواً مهماً في النظام الإقليمي الخليجي والعربي، وبالنظر لما يمتلكه من موارد اقتصادية ومالية كبيرة، فقد أصبح للدولة دورٌ فاعلٌ في مقدرات وأوضاع منطقة الشرق الأوسط البالغة الأهمية في السياسة الدولية.

مما تقدّم سنقوم ومن خلال (المبحث السادس) من هذا البحث بشرح أنواع وأساليب الرّقابة القضائية من حيث المزايا والعيوب في كلّ من دولة الامارات العربية المتّحدة (القضاء الموحد) ودولة المملكة المغربية (القضاء المزدوج). وذلك من خلال الآتي.

المبحث السادس

أساليب الرقابة القضائية (القضاء الموحد والقضاء المزدوج من حيث المزايا والعيوب)

تتفق النظم القانونية المعاصرة على أهمية وجود الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بالمقارنة مع الرقابة السياسية أو الإدارية، فقد أدى ظهور مبدأ المشروعية إلى خضوع الإدارة للقانون شأنها شأن الأفراد، وكان عمل الإدارة في بداية الأمر مقصوراً على أعمال الأمن والدفاع، أما الأنشطة التجارية والاقتصادية فقد كانت من اختصاص الأفراد دون تدخل من جانب الدولة⁽¹⁾.

ومع زيادة حاجة الأفراد إلى المرافق العامة والمصالح المشتركة أضحت من الطبيعي تدخل الدولة لتحقيق تلك المصالح وإشباع الحاجات الأساسية لأفراد المجتمع، ومن ثم تطلب الأمر وجود تشريعات خاصة تحكم سلوك الإدارة وتختلف عن القانون المطبق على الأفراد بحيث تتناسب هذه التشريعات وتلك القوانين مع طبيعة عمل الإدارة وما تهدف إليه من تحقيق المصلحة العامة.

ومع اتساع مجالات الحياة اليومية وظهور العديد من المنازعات على مستوى الأفراد أو بين الأفراد والجهة الإدارية، فقد بات واضحاً أن مُصدّر القرار قد يرفض الاعتراف بالخطأ وقد يجاريه رئيسه، وقد تكون للإدارة مصلحة أو رغبة في التحرر من قيود المشروعية، لذا فإن ترك النزاع بين الإدارة والأفراد لتفصل فيه الإدارة بنفسها لا يمكن أن يبيث الثقة في نفوس الأفراد، وهو ما تقتضيه العدالة التي تستوجب ألا يكون الحاكم خضماً وحكماً في نفس الوقت في النزاع، ناهيك عن أن

(1) - محمد عبدالعال السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2000م، ص 162.

القضاء لديهم الخبرة والدراية القانونية الكافية للحكم في موضوع النزاع وصون الحقوق ضدّ اعتداءات الإدارة، ما يعني أنّ رقابة نشاط الإدارة يجب أن يعهد به للقضاء دون غيره من أنواع الرقابة الأخرى سواءً السياسية أو الإدارية⁽¹⁾.

ويثور التساؤل هنا حول نوعية الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية التي تمارس من خلاله الجهات الإدارية وظائفها، وهل يوجد تقارب في القضاء الذي يراقب مشروعية أعمال الإدارة؟ أم أنّ هناك تفاوت بين الدول بحسب نظامها القانوني والقضائي؟.

بدايةً نُوضّح أنّ الدول اختلفت في تحديد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وفقاً لتاريخها وتقاليدها وظروفها الاجتماعية وسلكت في ذلك مذهبين اثنين هما:

المذهب الأول: النظام الإنجلو سكسوني (القضاء الموحد):

وفيه يتم إخضاع كافة أعمال ونشاطات الإدارة للمحاكم العادية التي تختص بنظر كافة المنازعات سواءً العادية أو الإدارية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة أو بين جهات الإدارة نفسها، فالقضاء في نظر هذه الدول ذات الاتجاه القضائي الموحد⁽²⁾، يُحقّق أكبر ضماناتاً للأفراد، إذ لا سلطان للإدارة عليه ولا يخضع إلاً لحكم القانون،

(1) - محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م، ص 16. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007م، ص 95. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 20.

(2) - من أمثلة الدول التي تعتنق مبدأ وحدة القضاء الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وأستراليا وكندا، ومن بين الدول العربية التي أخذت بوحدة القضاء السودان والعراق ودولة الامارات العربية المتحدة.

وبالتالي يقوم القضاء في ظلّ هذا النظام بمراقبة الأعمال الإدارية والفصل في المنازعات الإدارية. ويرى أنصار هذا المذهب أنّ إنشاء محاكم إدارية إلى جانب المحاكم العادية من شأنه تعقيد الأمور بلا مُبرّر، ناهيك عن المُشكلات المتعلّقة بتوزيع الاختصاص ممّا يترتّب على ذلك كُله من هدرٍ للوقتِ والمالِ بلا فائدة، فضلاً عن إثقال كاهل الخزينة العامّة للدولة بمصاريف لا عوض فيها⁽¹⁾. ويقصد بالنظام القانوني والقضائي الموحد، أنّ يتمّ من ناحية إخضاع كافّة أنواع الروابط الثنائية في المجتمع لقواعد وأحكام القانون العادي الموحد أو المشترك بغض النظر عن نوع تلك الرابطة أو العلاقة أو طبيعة أطرافها أفراداً كانوا فيما بينهم بعضهم البعض أو أفراداً وهيئات حكومية ذات صفة عمومية مُمثّلة للدولة، كما يتمّ من ناحيةٍ أخرى - في حال وجود منازعة بخصوص تلك الروابط - إسناد الاختصاص القضائي بالنظر والفصل فيها للمحاكم العادية تلك المنفردة بالولاية القضائية وبالتصديّ للفصل في المنازعات في هذه الدول⁽²⁾.

هذا ويعتمد نظام القضاء الموحد على فكرة القضاء والمساواة، وهو ما يعني معاملة الأفراد والإدارة بذات المعيار دون تَمَنُّع جهة الإدارة بأية امتيازات في مواجهة الأفراد، حيث لا توجد أيّة فوارق بين الحكومة والأفراد في مواجهة تطبيق القاعدة

(1) - سليمان محمد الطمّاوي، النظرية العامّة للقرارات الإدارية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 21. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتّحدة، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2019م، ص 15. محمد كامل عبيد، الرقابة على أعمال الإدارة، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1999م، ص 655.

(2) - مصطفى محمود عفيفي، الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 285. كريم لحرش، القضاء الإداري المغربي، الرباط، مطبعة طوب بريس، 2012م، الطبعة الأولى، ص 37.

القانونية، ويقوم مبدأ القضاء الموحد على شقين أحدهما: نظري يتمثل في مبدأ فصل السلطات وبمقتضاه تستقل كل سلطة عن السلطات الأخرى في مزولة الاختصاص المسند إليها بموجب الدستور وبالتالي لا يجوز لأي سلطة أن تعدي على اختصاص سلطة أخرى. أما الشق الآخر الذي يقوم عليه مبدأ وحدة القضاء فيتمثل في الجانب العملي، الذي يخضع جهة الإدارة والأفراد لحكم القانون والقاضي العادي، حيث يملك القاضي العادي في ظل النظام القضائي الموحد سلطات واسعة في مواجهة الإدارة بحيث يمكنه الفصل في كافة الدعاوي التي تكون الإدارة طرفاً فيها إلا ما استثني منها بنص خاص⁽¹⁾. ومن ثم يكون للسلطة القضائية ولاية كاملة واختصاصاً شاملاً ينصرف إلى البت في سائر أنواع المنازعات سواء كانت مدنية أو جنائية أو إدارية، وأياً كان أطرافها، وهنا تخضع الإدارة في منازعاتها في ظل القضاء الموحد لنفس القاضي الذي يخضع له الأفراد، كما يطبق على الإدارة ذات القواعد القانونية التي تسري على المنازعات بين الأفراد.

ويترتب على الأخذ بنظام القضاء الموحد عدّة نتائج⁽²⁾ نذكر منها على سبيل الحصر بصدد موضوع الدراسة ما يلي:

(1) - محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 23 - 24. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 15-16.

(2) - محمد كامل عبيد، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 659. محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 25. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 16. إعاد

1. تقوم فكرة النظام القضائي الموحد على أسلوب الرقابة السابقة أو الرقابة الوقائية على أعمال الإدارة العامة، ما يعني أن القضاء يستطيع رقابة رجال الإدارة قبل إصدارهم للقرارات الإدارية أو مباشرتهم للتصرفات القانونية وذلك للتحقق من مدى مشروعية هذه القرارات وتلك التصرفات.

2. يستطيع القاضي العادي من خلال نظام القضاء الموحد أن يصدر أوامر أو نواهٍ للجهة الإدارية للقيام بعملٍ أو الامتناع عن أدائه، كما له صلاحية إيقاف العمل الصادر ناهيك عن إمكانية تعديله.

3. صلاحية القاضي في أن يصدر أوامره للإدارة العامة لمثل موظفيها أمامه على قدم المساواة مع باقي أطراف الدعوى، وله إمكانية الحكم على ممثلي الإدارة بعقوبة جنائية، متى كان التصرف الصادر من قبلهم يشكّل جريمة جنائية، وله الحكم عليهم بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك التصرفات.

المذهب الثاني: القضاء المزدوج⁽¹⁾ (ازدواجية القضاء):

علي حمود القيسي، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1999م، ص 88 وما بعدها.

(1) - نشأ نظام القضاء المزدوج في بداية الأمر بسبب عوامل تاريخية خاصة بفرنسا ثم ما لبثت أن أصبحت هذه العوامل هي أسس واقعية وقانونية اقتضتها الحياة العملية للإدارة من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة حماية حقوق وحريات الأفراد، حيث قام رجال الثورة الفرنسية في بداية الأمر بتفسير مبدأ الفصل بين السلطات تفسيراً ضيقاً، ما يعني في منظورهم استقلال كل سلطة عن السلطة الأخرى، ومن خلاله يتمتع على السلطة القضائية ممثلة في محاكمها وعلى اختلاف درجاتها في الفصل في القضايا الإدارية، وإلا اعتبر ذلك تدخلاً في الوظيفة التنفيذية وبالتالي

وهو الذي يقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين تتولى أحدهما الفصل في المنازعات التي تتور بين الأفراد، وتختصُّ الجهة القضائية الأخرى بالفصل في المنازعات الإدارية سواءً كانت بين الأفراد والإدارة أو بين جهات الإدارة نفسها. ويقصد بنظام القضاء المزدوج ألا تكون المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء العادي، و لا تكون كذلك من اختصاص الإدارة، وإنما يُعهدُ بها إلى قضاءٍ مستقلٍّ عن المحاكم العادية وعن الإدارة ويسمى هذا القضاء بالقضاء الإداري (1).

هذا وقد نشأ هذا النوع من القضاء المزدوج لأول مرة في فرنسا لأسباب واعتبارات تاريخية خاصة بها، منها ما يتعلّق بالفكرة السيئة عن المحاكم القضائية ووقوفها في وجه كلّ إصلاح يراد إدخاله على الجهاز الإداري، الأمر الذي اعتبرته المحاكم أنه اعتداء على امتيازاتها، وكان هذا الدافع الحقيقي لرجال الثورة الفرنسية إلى إعتناق التفسير الخاطيء لمبدأ فصل السلطات والذي بمقتضاه ليس للسلطة القضائية أن تحكم في قضايا الإدارة حتى لا تهدر استقلالها، وهنا نشأت نتيجةً لذلك المحاكم الإدارية بمثابة امتياز لجهة الإدارة (2).

اعتداء على مبدأ فصل السلطات. محمد كامل عبيد، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 683. مصطفى محمود عفيفي، الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 219. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 329 وما بعدها.

(1) - محمد عبدالعال السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 170.

(2) - محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 17. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 21 وما بعدها. مصطفى محمود عفيفي، الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة

هذا وقد تلى ذلك أن أصدرت الثورة الفرنسية نصوصاً قانونية صريحة تؤكد حرمان القضاء العادي من نظر المنازعات الإدارية أو التّدخل في الأعمال الإدارية ومن بين هذه النصوص:

- قانون 16 - 24 أغسطس عام 1790 م، الذي قرّر المبدأ العام في مادته الثالثة عشر، عندما نصّ على ما يلي: " الوظائف القضائية يجب أن تكون متميزة وأن تظلّ وظائف منفصلة عن الوظائف الإدارية، ولا يحقّ للقضاة أن يعرقلوا بأيّة طريقة كانت العمليات الإدارية أو أن يستدعوا أمامهم رجال الإدارة بسبب عمل من أعمال وظائفهم، وقد توعّد القانون القضاة الذين يخالفون هذا المبدأ بالعقاب".

- كما صدر مرسوم آخر في السنة الثالثة للثورة يؤكد مرّة أخرى مبدأ حرمان القضاة من التعرّض للأعمال الإدارية وذلك بأيّ وجه من الوجوه⁽¹⁾.

ومن النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ القضاء المزدوج (ازدواجية القضاء) عدّة نتائج من أهمّها:

1- أن رقابة القضاء الإدارة كقاعدة عامّة هي رقابة مشروعية القرار الإداري للتأكد من مطابقتها للتصرّفات والأنشطة الإدارية للقواعد القانونية، وهنا يستطيع القاضي الإداري تثبيت القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية أو إبطاله لمخالفته مبدأ المشروعية، ما يعني أنّ دور القاضي في هذه الحالة هو التأكد من مشروعية القرار الصادر أو مخالفته لمبدأ المشروعية وبالتالي إمكانية إبطاله.

والمنازعات الإدارية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 217. إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 82 وما بعدها.

(1) - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 110.

2- القاضي الإداري هو قاضي مشروعية لا قاضي ملاءمة، وبالتالي لا يحقُّ له التصديّ لمدى ملاءمة تصرُّفات الإدارة من عدمها، حيث تستقلُّ الأخيرة بتقدير قراراتها بمفردها، وتصدرُ قراراتها وفق سلطتها التقديرية، باستثناء القرارات المقيدة لحريتها كقرارات الضُّبط الإداري، التي تُمكن القاضي الإداري من بسط رقابته عليها وتقدير ملاءمة القرار المتَّخذ من جهة الإدارة مع السُّلطة التقديرية الممنوحة لها في مثل هذه الحالات.

3- إنّ من حقِّ القاضي الإداري أن يقوم بمراقبة مشروعية قرارات الإدارة وتصرُّفاتها، دونما أن يكون له الحقُّ في التَّدخُّل في شؤون الإدارة أثناء مزاولتها لنشاطها الإداري، أو أن يحلَّ محلَّها في إصدار القرارات الإدارية التي تعتبر حقاً محضاً للجهة الإدارية. كما لا يحق للقضاء الإداري أن يوجِّه الإدارة للقيام بعملٍ معيَّن أو الامتناع عن أداء عملٍ معيَّن، ولا يستطيع بالتالي إجبار الإدارة من خلال الغرامة التهديدية على القيام بعملٍ أو الامتناع عن أدائه⁽¹⁾.

مما سبق، وتطابقاً مع موضوع الدراسة والتي تُعنى بالتركيز على النِّظام الإماراتي والنظام المغربي، سنقوم بشرح مُبسِّطٍ عن النظام القانوني في دولة الإمارات العربية المتَّحدة، كونها تتبَّع أسلوب القضاء الموحد (القضاء الإنجلو سكسوني - الموحد) في كافة المنازعات المعروضة وسواء كانت منازعات إدارية أو عادية حيث يختصُّ بنظرها القضاء العادي (المطلب الأول)، ثم سنستعرضُ

(1) - إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 95 - 96. عبدالقادر باينه، الرقابة على النشاط الإداري، المحمدية، دار القلم، 2010م، الطبعة الأولى، ص 199 - 200.

أسلوب الرقابة القضائية في دولة المملكة المغربية التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء (القضاء المزدوج) حيث تعرض المنازعات العادية التي تثور بين الأفراد على القضاء العادي، في حين يختص القضاء الإداري -المحاكم الإدارية- بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها (المطلب الثاني). وذلك من خلال الآتي.

المطلب الأول

أسلوب الرقابة القضائية في دولة الامارات العربية المتحدة (القضاء الموحد)

تتتمي دولة الامارات العربية المتحدة من حيث نظامها القانوني والقضائي إلى مجموعة الدول ذات النظام الموحد، حيث لا يوجد بها قضاء إداري مستقلاً ومُتَخَصِّص، وهذه الحقيقة لم تمنع وجود منازعات إدارية متخصصة وفقاً لما قرره كل من دستور دولة الامارات العربية وقوانين تنظيم القضاء فيها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فقد تصدى القضاء العادي للفصل في الدعاوى والمنازعات الإدارية سواء على مستوى القضاء الاتحادي أو المحلي الخاص بالإمارة. وهذا الأمر ما تقرره النصوص الدستورية والقانونية فضلاً عن الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العادي بصدد حسم المنازعات الإدارية على المستويين الاتحادي والمحلي.

حيث نجد أن الدستور والقوانين الاتحادية المنظمة للسلطة القضائية، قد أوردت مجموعة من المبادئ المقررة ابتداءً للوجود الفعلي لطائفة المنازعات الإدارية، فضلاً عن تحديد المحاكم المختصة بنظرها، ومن ذلك ما نص عليه الدستور في المادة رقم 99 في الفقرة الخامسة والمتعلقة بموضوع الدراسة، حين نصت على منح الاختصاص في الرقابة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية للمحكمة الاتحادية العليا بإمكانية مساءلة كبار موظفي الاتحاد المعيّنين بموسوم

عمّا يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية بناءً على طلب المجلس الأعلى ووفقاً للقانون الخاصّ بذلك⁽¹⁾.

أيضاً نجدُ المادة رقم 102 من الدستور الاتحادي تنصُّ في الفقرة الأولى على ما يلي: يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر تتعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة أو في بعض عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية:

- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد فيها مدّعياً أو مدّعى عليه".

ثم أورد الدستور الاتحادي مجموعة من المواد من 103 - 105 لتكون بمثابة أحكاماً مُكَمِّلةً لهذا الاختصاص العام بنظر المنازعات الإدارية الموصوفة بكونها اتحادية⁽²⁾.

(1) - تنصُّ المادة رقم 99 من دستور دولة الإمارات في الفقرة الخامسة منه على ما يلي: "تختصُّ المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية: - مسائل الوزراء، وكبار موظفي الاتحاد المعيّنين بمرسوم، عمّا يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية بناءً على طلب المجلس الأعلى ووفقاً للقانون الخاصّ بذلك".

(2) - طبقاً لنصِّ المادة رقم 104 من الدستور الاتحادي، فقد أسند أمر الفصل في المنازعات الإدارية غير الاتحادية إلى القضاء المحلي في كلّ إمارة بوصفه صاحب الاختصاص الأصلي بنظر جميع المسائل التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي في الدستور. وجاء نصُّ المادة كما يلي: "تتولى الهيئات القضائية المحلية في كلّ إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام هذا الدستور". كما أضاف الدستور في الفقرة الثانية من المادة 105 من الدستور الاتحادي توسعة في الصلاحيات لنظر كافة أنواع المنازعات بما فيها ذات الطبيعة الإدارية على المستوى الاستئنافي أمام المحاكم الاتحادية، عن طريق تقرير صدور قانون اتحادي

كما قرّر الدستور الاتحادي بعض القواعد الأساسية التي تتعلّق بموضوعات القانون الإداري مثل التنظيم الإداري والخدمات المدنية والأموال العامّة ونزع الملكية للمنفعة العامّة⁽¹⁾ والضّبط الإداري⁽²⁾. وتعتبر كلّها أساساً للتشريعات

يتحدّد من خلاله الحالات التي يتمّ استئناف أحكام القضاء المحلي في كافّة القضايا المدنية والتجارية والجزائية وغيرها أمام المحاكم الاتحادية. حيث جاء نصّ هذه الفقرة كما يلي: " - كما يحدّد بقانون اتّحادي الحالات التي يجوز فيها استئناف أحكام الهيئات القضائية المحلية في القضايا الجزائية والمدنية والتجارية وغيرها أمام المحاكم الاتحادية على أن يكون قضاؤها عند الفصل في هذا الاستئناف نهائياً "

(1) - تنصّ المادة رقم 11 من دستور دولة الإمارات العربية الاتحادي على ما يلي: "تشكّل إمارات الاتحاد وحدة إقتصادية وجمركية وتنظّم القوانين الاتحادية المراحل التدريجية المناسبة لتحقيق تلك الوحدة: -

- حرية انتقال رؤوس الأموال ومرور جميع البضائع بين إمارات الاتحاد مكفولة ولا يجوز تقييدها إلا بقانون اتّحادي.

- تلغى جميع الضرائب والرسوم والعوائد والمكوس المفروضة على انتقال البضائع من إمارة إلى أخرى من الإمارات الأعضاء ". وكذا جاء نصّ المادة رقم 21 من الدستور الاتحادي لتنصّ على ما يلي: " الملكية الخاصّة مصونة وبيّن القانون القيود التي ترد عليها ولا ينزغ من أحد ملكه إلا في الأحوال التي تستلزمها المنفعة العامّة وفقاً لأحكام القانون وفي مقابل تعويضٍ عادل ".

(2) - تنصّ المادة رقم 60 من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية في الفقرة الخامسة منها على ما يلي: " يتولى مجلس الوزراء، بوصفه الهيئة التنفيذية للاتّحاد وتحت الرقابة العليا لرئيس الاتحاد وللمجلس الأعلى، تصريف جميع الشئون الداخلية والخارجية التي يختصّ بها الاتحاد بموجب هذا الدستور والقوانين الاتحادية. ويمارس مجلس الوزراء بوجه خاص الاختصاصات التالية: - - وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وكذلك لوائح الضّبط، واللوائح الخاصّة بترتيب الإدارات والمصالح العامّة، في حدود أحكام هذا الدستور والقوانين الاتحادية ويجوز بنص خاص في القانون، أو لمجلس الوزراء، تكليف الوزير الاتحادي المختص أو أيّة جهة إدارية أخرى في إصدار بعض هذه اللوائح".

الإدارية التي تنظّم هذه الموضوعات سواء كانت مراسيم بقوانين أو قوانين اتحادية أو لوائح إدارية.

وجاء تأكيداً على إمكانية نظر القضاء العادي للمنازعات ذات الصبغة الإدارية، ما نصّ عليه الفصل رقم 72 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1974م في شأن المحكمة الاتحادية العليا، على أنّه: "إلى أن تنشأ المحاكم الاتحادية الابتدائية تختصّ المحكمة العليا بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد مدّعياً أو مدّعى عليه فيها"⁽¹⁾.

كما أوردت المادة الثالثة من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1978 م في شأن إنشاء المحاكم الاتحادية الابتدائية على اختصاص المحاكم الاتحادية الابتدائية بالنظر في كافة المنازعات بما فيها الإدارية وجاء نصّ المادة الثالثة من هذا القانون على النحو التالي: " مع مراعاة ما تقضى به المادة السابقة تختصّ المحكمة الاتحادية الابتدائية في عاصمة الاتحاد بالنظر في جميع المنازعات الإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد مدّعياً أو مدّعى عليه فيها، ويجوز للمحكمة أن تعقد جلساتها في إحدى عواصم الإمارات المشار إليها في المادة الأولى إذا اقتضت الظروف ذلك. أمّا المنازعات المدنية والتجارية التي تقام بين الاتحاد والأفراد فتختصّ بنظرها المحكمة الاتحادية الابتدائية حسب مقرّر إقامة المدّعي عليه " ⁽²⁾. وعندما صدر القانون رقم 11 لسنة 1992م في شأن الإجراءات المدنية الاتحادية لدولة الامارات نصّ في المادة 25 منه على ما يلي: "

(1) - قانون اتّحادي رقم 10 لسنة 1973 بشأن المحكمة الاتحادية العليا، الجريدة الرسمية العدد 12 السنة الثالثة بتاريخ 1973/8/2 وعمل به من تاريخ 1973/9/2م.

(2) - قانون اتّحادي رقم 6 لسنة 1978 — بتاريخ 1978/6/5 م، بشأن إنشاء محاكم اتّحادية ونقل اختصاصات الهيئات القضائية المحلية في بعض الإمارات إليها.

تختص المحكمة الاتحادية الابتدائية في عاصمة الدولة بالنظر في جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الدولة والأفراد سواء كانت الدولة مدعياً أو مدعى عليها فيها. ويجوز للمحكمة عند الاقتضاء أن تتعقد في أية عاصمة من عواصم الإمارات. وجاء النص النهائي للمادة المذكورة بتاريخ: 30-11-2014 م كما يلي: "تختص المحاكم الابتدائية بنظر المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والعلمالية والأحوال الشخصية باستثناء المنازعات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها، حيث تختص بنظرها المحاكم الاتحادية"⁽¹⁾.

وجاء استكمالاً لمنهاج القضاء الإماراتي بإمكانية نظر القضاء العادي للمنازعات المُنتَوِيَّة على الصِّفَةِ الإدارية في القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1983 م، في شأن السُّلطة القضائية الاتحادية في المادة رقم 10 منه والتي تنص على أن: "تختص المحاكم الاتحادية بالفصل في جميع المنازعات والجرائم التي تدخل في اختصاصاتها طبقاً لأحكام الدستور وما ينقل إليها من اختصاصات الهيئات القضائية المحلية بناءً على طلب الإمارة المعنية وتبين قواعد اختصاص المحاكم الاتحادية في قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجنائية والقوانين الأخرى"⁽²⁾. كما نصت المادة رقم 11 من ذات القانون في الفقرة الثالثة على مبدأ فتح الباب أمام إنشاء الدوائر الإدارية تحت تسمية "الدوائر الخاصة بنظر المواد الأخرى" غير الجنائية أو المدنية أو التجارية وذلك بنص المادة التالية: " - وتكون بها دائرة أو أكثر لنظر المواد الجنائية ودائرة أو أكثر لنظر المواد المدنية والتجارية

(1) - قانون 11 لسنة 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 235 مكرّر السنة الثانية والعشرين بتاريخ 1992/3/8 يعمل به من تاريخ 8-6-1992 م.

(2) - قانون اتحادي 3 لسنة 1983 م، بشأن السُّلطة القضائية الاتحادية، الجريدة الرسمية العدد 126 السنة الثالثة عشر بتاريخ 1983/5/30 وعمل به من تاريخ 1983/6/30 م.

والمواد الأخرى". وأجازت الفقرة الثالثة من المادة رقم 12 من هذا القانون استئناف الأحكام الصادرة ابتدائياً في المنازعات الإدارية أمام المحاكم الاتحادية الاستئنافية المشكّلة من رئيس وعدد كافٍ من القضاة، وجاء نص الفقرة الثالثة كما يلي: " -- - وتختص المحاكم الاتحادية الاستئنافية بالنظر في طعون الاستئناف التي ترفع عن الأحكام الجائز استئنافها قانوناً الصادرة من المحاكم الاتحادية الابتدائية ومن الهيئات القضائية المحلية بحسب الأحوال كما تنظر في المنازعات الأخرى وفق القوانين النافذة".

إذاً يتّضح لنا ومن خلال النصوص السابقة بأنّ القضاء الإماراتي يؤكّد وعلى مستوى القضائين الاتحادي والمحلي الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد أو بين الإدارة وموظفيها. من هنا وبعد أن أتممنا بشكلٍ مختصرٍ وموجزٍ نظام القضاء المعمول به في دولة الإمارات وأنه ينتمي إلى نظام القضاء الموحد، سننقلُ بالمقارنة ونحن بصدد موضوع الدراسة إلى دولة المملكة المغربية حيث تأخذ بنظام القضاء المزدوج، لبيان كيفية اتباعها لأساليب الرقابة القضائية على أعمال السلطات العمومية من خلال نظام القضاء المزدوج، وذلك من خلال المطالب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

أسلوب الرقابة القضائية في دولة المملكة المغربية (القضاء المزدوج)

كنا قد تعرّفنا على الرقابة القضائية في المملكة المغربية من خلال أعمال الفصل الرابع من هذا البحث، وذكرنا أنّ الرقابة القضائية في المغرب قد مرّت بثلاث مراحلٍ أساسيةٍ بدأت بمرحلة القضاء الموحد (والتي يمكن تقسيمها إلى فترتين، أولهما: فترة ما قبل الحماية، أي قبل عام 1912 م، وفترة ما بعد الحماية والتي استمرت منذ العام 1912 م إلى سنة 1956 م حيث نيل المغرب لاستقلاله، وصولاً إلى إنشاء المجلس الأعلى (سابقاً) سنة 1957 م ثم صدور قانون المحاكم الإدارية سنة 1993 م بمقتضى قانون 90 - 41)، والذي جمع المغرب من خلاله بين ازدواجية القضاء إلى جانب ازدواجية القانون. ولمزيد من التوضيح سنقوم بتقسيم هذه المراحل وشرح كلّ مرحلةٍ على حده حتى يتسنى للقارئ فهم كلّ مرحلةٍ وتطوّرها فيما يخصّ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وذلك من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول

مرحلة القضاء الموحد (فترة ما قبل الحماية)

وهذه الفترة ممتدة قبل عام 1912م، حيث كانت الإدارة تقوم بوظائف التنفيذ والتشريع والقضاء، خاصة في ظل غياب مبدأ الفصل بين السلطات، ولم يكن لأحد أن يطعن في تصرفاتها أو قراراتها، ولكن يحق لأي شخص مُتضرر من أعمال الإدارة أن يتظلم إلى وزير الشكايات (ولاية المظالم)⁽¹⁾ الذي يقوم بدوره بتسجيل الشكوى إلى السلطان - الملك - الذي بدوره يتخذ القرارات النهائية في شأنها أو يُحيلها على قاضي الجماعة الذي يوجد بالمدن الكبرى مثل مدينة فاس أو مراكش مثلاً⁽²⁾.

كما وُجدت في هذه الفترة بعض المؤسسات التي كُلفت بمراقبة سير عدّة مرافق من أجل المحافظة على الصالح العام وجعل حدّ لأيّ تعسف يمكن أن يمسّ هذا الصالح العام، ومن تلك المؤسسات ما يسمى بالمحتسب⁽³⁾، الذي كان يسهر

(1) - يشتمل اختصاص قاضي المظالم من الناحية النظرية على كافة أنواع المظالم، إلا أن اختصاصه من الناحية العملية، يقتصر على نظر المنازعات المتعلقة بتعدي ذوي الجاه والحسب وموظفي الدولة وعمّال الدولة على الأفراد، والذي يعجر القاضي العادي عن نظرها. محمد الوزاني ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، وجده، دار النشر الجسور، الطبعة الأولى، 2000 م، ص 60.

(2) - مليكة الصروخ ، القانون الإداري، (دراسة مقارنة)، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2010م ، ص 30 - 31.

(3) - ظهير شريف رقم 82.70 بتاريخ 82 شعبان 1402 هـ (21 يونيو 1982 م) يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 02.82 المتعلق باختصاصات المحتسب وأمناء الحرف. ج. ر. عدد 3636 بتاريخ 7 يوليو 1982 م، ص 836 - 838.

على احترام النصوص الخاصّة بعلاقة المواطنين مع بعضهم البعض في معاملاتهم اليومية ومراقبة الأسعار وزجر الغش ومعاقبة المخالفين. وإذا سلّمنا القول بعدم تمتّع المغرب بأيّ فصلٍ للسلطات في هذه المرحلة، فليس معنى ذلك أن ممارسة الجهة الإدارية لتلك السلطات تقودها للاستبداد والتسلّط، بل إنّ تخفيف أثر هذا الإنطباع نجد جذوره في الشريعة الإسلامية التي تَقفُ بالمرصادِ أمامَ كلِّ رغبة للاستبداد والتعسف في استعمال السُلطة (1).

وقد بدأت هذه المرحلة بالانتهاء بمجرد التغلغل الأجنبي بالمغرب نتيجة أطماعه الإستعمارية والتي تُوَجِّتُ بمعاهدة الجزيرة الخضراء الموقّعة بتاريخ 7 أبريل 1906 م، والتي تمّ بموجبها إدخال قواعد جديدة تتعلّق بنزع الملكية وتحديد البتّ في القضايا الخاصّة بالأشغال العامّة وعقود الامتياز من أجل حماية مصالح الشركات الأجنبية، وهذه البنود الواردة بالاتفاقية السابقة الذكر كانت بمثابة قواعد متميّزة عن القانون الخاص ولها ارتباط مباشرٌ بالقانون الإداري، إلّا أنّها لم تصل إلى حدّ خلق قضاء إداري مستقلّ كما هو عليه الحال اليوم في فرنسا (2).

أخيراً نؤوّه أنّ المغرب عرف أساليب متميّزة في فضّ المنازعات الإدارية في فترة ما قبل الحماية من حيث مراقبة الحاكمين، وخاصّة الممثلين للسلطان في الأقاليم والنواحي، وذلك للبتّ في أمر الشكايات المرفوعة إلى السلطات المشرفة على الشؤون العامّة.

(1) - عبدالقادر باينه ، الرّقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 279.

(2) - كريم لحرش ، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 76.

الفرع الثاني

فترة الحماية

في أعقاب إعلان فرنسا الحماية على المغرب في تاريخ 30 مارس 1912م، قامت فرنسا رغبةً منها في خدمة مصالحها بإنشاء محاكم فرنسية تختصُّ بالنظر في بعض القضايا الإدارية طبقاً للفصل الثاني من ظهير 12 أغسطس 1913م، ورغم تطبيق ازدواجية القانون في هذه الفترة⁽¹⁾، إلا أنَّ مشرّع الحماية لم يرى أيَّ ضرورة لإنشاء قضاء إداري متخصص، والسبب في ذلك يرجع إلى قلة المنازعات الإدارية وبساطتها، حيث لم تكن تؤثر على النشاط الإداري باستثناء المنازعات المتعلقة بصفقات الدولة والأشغال العمومية، والتي أوكل لها مشرّع الحماية حقَّ النظر فيها للمحاكم الفرنسية في محاولة منه لحماية الإمتيازات الأجنبية فيه⁽²⁾.

(1) - تطبيقاً للفصل الثامن من ظهير التنظيم القضائي الصادر في 12 أغسطس 1913م، منح المشرّع للمحاكم القضائية العادية (المحاكم العصرية) مهمّة الفصل في المنازعات الإدارية، حيث نصّت الفقرة الرابعة من الفصل المذكور على أنه: " في المواد الإدارية، تختصُّ جهات القضاء الفرنسية المنشأة في مملكتنا وذلك في حدود الاختصاص الممنوح لكلٍ منها، بنظر جميع الدعاوى التي تهدف إلى تقرير مديونية الإدارات العمومية سواءً بسبب تنفيذ العقود المبرمة من جانبها، أو بسبب الأشغال العامّة التي أمرت بها أو بسبب جميع الأعمال الصادرة منها والتي تلحق ضرراً بالغير... ". ويتبيّن من خلال هذا النصِّ أنّ المحاكم العصرية التي تمَّ تأسيسها في المغرب هي المختصة بمراقبة أعمال الإدارة في هذه المرحلة ولم تكن المحاكم حينها تطبّق قواعد القانون الإداري، وخاصّة فيما يتعلّق بالمسؤولية الإدارية. محمد الوزاني ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، وُجِدَه، دار النشر الجسور، الطبعة الأولى، 2000م ، ص 61.

(2) - مليكة الصروخ ، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 32.

من خلال ما تقدّم من المعطيات، فإنّ النظام القضائي الذي وضعته سلطات الحماية، قد عمل على تمييز القضايا الإدارية عن غيرها، وبالتالي حمّل الإدارة مسؤولية الأضرار الناتجة عن تسيير إدارتها، وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها، وهنا يتبيّن لنا في هذه الفترة أن المحاكم بمختلف أنواعها كانت محرومة من نظر الدعاوى الإدارية التي تتطوي على طلب إلغاء القرارات الإدارية أو طلب تنفيذها، حيث إقتصر الأمر على النظر في طلبات التعويض المرفوعة إليها عن بعض أعمال الإدارة والتي لحقت ضرراً بالغير⁽¹⁾.

ونشير أخيراً إلى أنّه ونتيجة لبعض التّدّمات التي عبّر عنها الموظفون الفرنسيون الذين يعملون بالمغرب، سمحت لهم الحماية الفرنسية وفق ظهير فاتح سبتمبر 1928 م، بالتقدّم بدعوى الإلغاء من أجل الشّطط في استعمال السّلطة ضدّ القرارات الإدارية الخاصّة بهم أمام مجلس الدولة الفرنسي، وذلك إقتداء بالحلّ الذي اختارته من قبل في تونس سنة 1926م⁽²⁾.

وهنا احتفظ المغرب بما فرضته عليه الهيمنة الفعلية لسلطات الحماية، بفرض "الإدارة القاضية"، وجعل "المقيم العام" الممثل الأول لسلطات الحماية بالمغرب هو الحاكم بأمره سياسياً وإدارياً، ولا يمكن الطعن على قراراته وقرارات السّلطات التابعة له عن طريق دعوى الإلغاء من أجل الشّطط في استعمال السّلطة أو تجاوزها، إلّا في حدود ضيقة⁽³⁾.

(1) - كريم لحرش ، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 78.

(2) - عبدالقادر باينه ، الرّقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 282.

(3) - عبدالقادر باينه ، الرّقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 313.

وفي نهاية المطاف وبعد حصول المغرب على استقلاله سنة 1956 م، تمَّ إستحداث المجلس الأعلى بظهير 27 سبتمبر 1957 م، وإدخال إصلاحات جديدة عليه تمثَّلت بوجود غرفة إدارية داخل المجلس، وإمكانية نظر المجلس في طلبات إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن السُّلطات الإدارية والمشوبة بعيب إساءة استعمال السُّلطة أو التعسُّف فيها.

الفرع الثالث

مرحلة الاستقلال

تمتد هذه الفترة من تاريخ المغرب العربي منذ إنشاء المجلس الأعلى (سابقاً) بظهير 27 سبتمبر سنة 1957 م إلى سنة 1993م قبل العمل بقانون المحاكم الإدارية، حيث كان الاختصاص في هذه الفترة فيما يتعلّق بنظر المنازعات بأنواعها موكولاً إلى القضاء العادي مُمثلاً في المجلس الأعلى ثم المحاكم الأخرى كلّ في حدود اختصاصه، وهنا أصبح المجلس الأعلى مختصاً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالإلغاء لعدم المشروعية، وأيضاً دعاوى التعويض في إطار دعوى القضاء الشامل. وبالرغم من إنشاء المجلس الأعلى وهي الخطوة الأهم في مجال الإصلاح القضائي، إلا أنّ نظر الدعاوى الإدارية في هذه الفترة لم يكن حصراً على المجلس الأعلى وحده، بل إنّ المحاكم الأخرى كان لها الحق في نظر بعض القضايا الإدارية، ناهيك عن أنّ التنظيم الجديد والذي أحدث المجلس الأعلى سنة 1957م، لم يدخل أيّ تعديلات جوهرية على المبادئ العامّة التي أرسّتها الحماية الفرنسية والخاصّة بوحدة القضاء، ولم يميّز بين المنازعات العادية والتي يختصّ بها القضاء العادي والمنازعات ذات الصبغة الإدارية والتي يختصّ بها القضاء الإداري، إلا أنّ إنشاء المجلس الأعلى باعتباره محكمة عليا قد حقّق قضاء مغربي مستقل إستتبعه بإنشاء غرف إدارية في المجلس الأعلى من أجل تمييز القضايا الإدارية عن القضايا العادية⁽¹⁾.

(1) - عبدالقادر باينه ، الرقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 288. مليكة الصروخ ، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 33.

ونتيجة لتزايد القضايا الإدارية المعروضة على المجلس الأعلى، إضطرَّ المشرِّع المغربي إلى إنشاء المحاكم الإدارية بالقانون رقم 90 - 41 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 91.225.1، بتاريخ 10 سبتمبر 1993م المحدث بموجبه محاكم إدارية⁽¹⁾، رغبةً منه في تخفيف العبء على المجلس الأعلى من جهة، ومن جهةٍ أخرى عرض القضايا على قضاة متخصصين فضلاً عن ضمان حقوق وحريّات الأفراد والتزام جهة الإدارة بمبدأ المشروعية. ثم لحق هذا الإصلاح القضائي إنشاء محاكم الاستئناف الإدارية بالقانون رقم 80.03 لسنة 2006 م، المُنفَّذ بالظهير الشريف رقم 07-06-1 الصادر في 14 فبراير 2006م، لتختصَّ في استئناف أحكام المحاكم الإدارية الصادرة من المحاكم الإدارية⁽²⁾.

(1) - قرَّر المشرِّع المغربي في المادة الثامنة من قانون إنشاء المحاكم الإدارية في الفقرة الأخير على اختصاص المحاكم الإدارية بفحص شرعية القرارات الإدارية، وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من القانون المحدث لهذه المحاكم والتي تنصُّ على ما يلي: "وتختصُّ المحاكم الإدارية أيضاً بفحص شرعية القرارات الإدارية وفق الشُّروط المنصوص عليها في المادة 44 من هذا القانون".، حيث تنصُّ المادة رقم 44 من هذا القانون على ما يلي: "إذا كان الحكم في قضية معروضة على محكمة عادية غير زجرية يتوقَّف على تقدير شرعية قرار إداري وكان النزاع في شرعية القرار جدياً، يجب على المحكمة المثار ذلك أمامها أن توجِّل في القضية وتحيل تقدير شرعية القرار الإداري محلَّ النزاع إلى المحكمة الإدارية أو إلى محكمة النقض بحسب اختصاص كلِّ من هاتين الجهتين القضائيتين كما هو محدد في المادتين 8 و9 أعلاه، ويترتَّب على الإحالة رفع المسألة العارضة بقوة القانون إلى الجهة القضائية المحال إليها البتَّ فيها. للجهات القضائية الزجرية كامل الولاية لتقدير شرعية أيِّ قرار إداري وقع التمسُّك به أمامها سواء باعتباره أساساً للمتابعة أو باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع".

(2) - كريم لحرش ، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 84 - 85. محمد الوزاني ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 72 وما بعدها.

من جملة ما تقدّم، وبعد أن استعرضنا أساليب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في كلِّ من دولة الامارات العربية المتّحدة ودولة المملكة المغربية ورأينا أنّ دولة الامارات تنتمي بنظامها القضائي والقانوني إلى نظام القضاء الموحد والذي يقوم على وحدة القضاء وتعدّد درجات التقاضي، وأنّ النظام القضائي في المملكة المغربية يأخذ بنظام القضاء المزدوج، تأتي في مرحلةٍ مهمّة لموضوع الدراسة لبيان ما هي الإيجابيات والسلبيات لنظام القضاء الموحد والنظام القضائي المزدوج، حيث سننقّص هذه المزايا والعيوب لفرعين اثنين، سننّاول في (المطلب الثالث) منها مزايا وعيوب القضاء الموحد، ثمّ في (المطلب الرابع) من هذا المبحث سنذكر مزايا وعيوب النظام القضائي المزدوج. وذلك على النحو التالي.

المطلب الثالث

مزايا وعيوب القضاء الموحد

مما لا شك فيه أنّ لكلّ دولة نظامها القانوني والقضائي الخاصّ بها، والتي من خلاله تقضي المنازعات المعروضة عليها، فنجد أنّ الدول ذات النظام القضائي الموحد، يختصّ القضاء العادي بها بنظر جميع المنازعات بما فيها المنازعات الإدارية مع تعدّد درجات التقاضي، في حين تنظر المحاكم الإدارية في المنازعات الإدارية إلى جانب المحاكم العادية في دول التنظيم القضائي المزدوج. وهذه الأفضلية في اختيار نوع النظام القضائي في كلّ دولة له مؤيّدوه والمنتقدون له بحسب نظرهم إلى كلّ نظامٍ على حده، ويثور التساؤل في هذه الجزئية عن مدى ملاءمة تطبيق القضاء الموحد أو تطبيق القضاء المزدوج؟ وهل إتاحة الفرصة للمحاكم العادية بنظر القضايا الإدارية هو أفضل وسيلة لإحكام الرقابة القضائية على أعمال ونشاطات جهة الإدارة؟ أم أنّ تخصيص قضاء إداري مُتمرّس بنظر القضايا الإدارية إلى جانب القضايا العادية هو الوسيلة الأنسب والأفضل لممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة؟.

إنّ جوابنا على هذه الأسئلة ستكون بشرح مزايا (الفرع الأول) وعيوب (الفرع الثاني) كلاً من النظامين، لمعرفة أسباب اختيار كلّ دولة لنظامها القضائي والقانوني فضلاً عن الأسباب الأخرى التي دعت الدول إلى اختيار مثل هذه التنظيمات القضائية والتي ترجع إلى أسباب تاريخية واقتصادية واجتماعية وثقافية وغيرها، وذلك من خلال التالي:

الفرع الأول

مزايا القضاء الموحد

1. يُعتبرُ أنصار هذا المبدأ أنّ القضاء الموحد أكثرُ اتفاقاً وتلائماً مع مبدأ المشروعية، من حيث خضوع الأفراد والإدارة على حدٍ سواء لمبدأ القانون الواحد ممّا لا يسمح للإدارة بأية امتيازات استثنائية في مواجهة الأفراد قد تمثّل إجحافاً بحقوقهم وحرّياتهم، وبالتالي تتحقّق المساواة بين الحاكم والمحكوم أمام القانون. كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن تخصيص جهة معيّنة لنظر المنازعات الإدارية وتطبيق قانون معيّن عليها، يمثّل ثغرة خطيرة في مبدأ المشروعية وإخلال بحق المساواة أمام القانون.

2. يمتاز هذا النظام بخُلُوه من التعقيدات التي قد تطرأ على مسألة إشكاليات توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء الإداري والعادي في النظام المزدوج والتي لم تجد حلاً حاسماً إلى الآن في فرنسا فضلاً عن إمكانية حدوث التّضارب في الأحكام بينهما⁽¹⁾.

(1) - سامي جمال الدين ، القضاء الإداري (الرّقابة على أعمال الإدارة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 337. محمد كامل عبيد، الرّقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 675 - 676. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 98 - 99. كريم لحرش ، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 40. محمد الوزاني ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 33. إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 88 - 89. محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 26. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 22.

3. يُحَقِّق هذا النظام في نظر تابعيه مبدأ فصل السُّلطات في صورته الطبيعية، حيث يراقب القاضي العادي أعمال جهة الإدارة من خلال احترامها للقواعد القانونية وتطبيقها، ناهيك عن أنه يحدُّ من تعسُّفات جهة الإدارة واستبدادها⁽¹⁾.

(1) - عبدالقادر باينه ، الرقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 198.

الفرع الثاني

عيوب القضاء الموحد

بالرغم من تلك المزايا التي يتمتع بها القضاء الموحد بحسب نظرة تابعيه، إلا أن هذا النظام تكتنفه بعض العيوب التي تحد من فاعليته وتقلل من أهميته ومنها:

1. أن تدخل القضاء في كل أعمال الإدارة وتوجيهها واتخاذ قرارات عوضاً عنها أو التعويض عن القرارات التي اتخذتها أو سحبها، من شأنه بحسب الفقيه " WALINE " أن يؤدي إلى وصف هذا النظام بنظام الإدارة بواسطة القضاء.
2. قد يحد هذا النظام وتطبيقه أحياناً من خدمة المصالح العمومية نتيجة تطبيق أحكام القانون الخاص في المنازعات الإدارية، على اعتبار أن الإدارة في منزلة الخواص وتقوم بعملها من أجل خدمة مصالحها الخاصة.
3. ليس صحيحاً بأن إخضاع المنازعات التي تنطوي على جهة الإدارة للقضاء العادي يحقق أكبر حماية للأفراد في مواجهة جهة الإدارة، فالقضاء الإداري وإن كان قضاءً متخصصاً إلا أنه يمكن أن يحكم لصالح الأفراد على حساب جهة الإدارة.
4. قد يمنع المشرع في ظل القضاء العادي جهة القضاء من التعرض لبعض أعمال الإدارة، ممّا يمكن معه أن تستبد الإدارة بسلطتها التقديرية وبالتالي تشط في استعمالها وتجاوز حدود سلطاتها على حساب حقوق وحريات الأفراد.

5. أن الأخذ بهذا النظام يؤدي إلى إنكار استقلال الإدارة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها، وتدخل القضاء في اتجاهات وتصرفات الحكومة وهذا يشكل اعتداء وتجاهل لمبدأ فصل السلطات.

6. أن هذا النظام لا يحقق ضمانات كبيرة للأفراد في مواجهة جهة الإدارة، خاصة إذا لجأت الإدارة إلى الوسائل الخفية التي من شأنها التخلص من الرقابة القضائية ومن المسؤولية، ومن ذلك إخراجها للأوامر والأنظمة التي تصدر من الوزراء أو الرؤساء الإداريين لتنفيذاً لقانون من الرقابة القضائية باعتبارها من أعمال السيادة، وبالتالي تحصين هذه الأعمال من الرقابة القضائية أو إمكانية إلغائها والتعويض عنها.

7. كما ينتقد البعض نظام القضاء الموحد، بأنه لا يراعي طبيعة المنازعات الإدارية، والتي تختلف تماماً عن المنازعات بين الأفراد، لاختلاف الهدف بين كلٍ من المنازعتين العادية والإدارية.

8. أن إتاحة هذا النظام لإقامة دعوى المسؤولية الشخصية ضدَّ الموظفين، دون الدولة، يؤدي إلى تقليل أمل الأفراد في الحصول على التعويض اللازم عن الضرر الذي لحق بهم، نتيجة عدم قدرة هؤلاء الموظفين على الوفاء بالتعويض، خصوصاً إذا كانت درجة التعويض على قدر كبير من الجسامة. فضلاً عن أن شعور الموظفين من خطر التعويض المُسلط على رقابهم في حال ارتكابهم لأي خطأ، من شأنه إجمامهم عن أداء مهامهم الوظيفية بفاعلية بما يؤدي إلى جمود الإدارة مثلما فعل موظفيها.

9. عدم نجاح تجربة القضاء الموحد في البلاد التي أخذت به، فمثلاً نلاحظ أن النظم الإنجلوسكسونية مثل إنجلترا والولايات المتحدة، لم تثبت فاعلية الرقابة

القضائية على أعمال الإدارة فيها، حيث ظلت الإدارة لفترةٍ طويلةٍ غيرٍ مسؤولةٍ عن أعمالها ونشاطاتها الإدارية، ولم يستطع القضاء العادي تقرير المسؤولية بمبادرةٍ منه، دون نصٍ خاصٍ على ذلك في قانونٍ كلِّ دولةٍ على حده⁽¹⁾.

10. أيضاً يُعاب على نظام القضاء الموحد أن القضاء العادي لا يستطيع أن يُدع ويَطوّر في المبادئ القانونية بما يتفقٌ وحاجات الأفراد المتطورة والمستمرة، ناهيك عن أنه يؤدي إلى التَّحكُّم والاستبداد الإداري، ويجعل دور القضاء في مراقبة أعمال وتصرفات الإدارة شاقاً وصعباً⁽²⁾.

(1) - مثال ذلك القانون الصادر سنة 1946 م في إنجلترا، والقانون الصادر سنة 1947 م في الولايات المتحدة. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 128.

(2) - إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 89-90. عبدالقادر باينه، الرقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 198 - 199. محمد الوزاني، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 33. كريم لحرش، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 40. محمد كامل عبيد، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 676 - 678. سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 337-338. محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 27. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 23 - 24.

المطلب الرابع

مزاياء وعبوب القضاء المزدوج

يرتكز النظام القضائي المزدوج في فرنسا التي تعتبر من أوائل الدول التي مهّدت لاتباع أسلوب القضاء المزدوج، على أسسٍ ثلاثة، يتمثل أولها في الطبيعة الخاصة للمنازعات الإدارية، ويتراى ثانيهما في أنّ الفصل في مثل هذه المنازعات يتطلب هيئة قضائية متخصصة إلى جانب الاختصاص القانوني في الوقوف على متطلبات ونشاطات أعمال الإدارة ومقتضيات ظروفها العملية، وثالث الأسس التي يركز عليها هذا النظام هو حماية حقوق وحرّيات الأفراد وإجبار الإدارة على احترام مبدأ المشروعية والخضوع لسلطانه.

علاوة على ما تقدّم، فإنّ هناك بعضاً من المزايا (الفرع الأول) والعبوب (الفرع الثاني) التي قد تلحق بهذا النظام القضائي والتي يمكن إختصارها بما يلي:

الفرع الأول

مزايا القضاء المزدوج

(1) من محاسن هذا النظام ما يتعلّق بضمانة حقوق الأفراد وكفالة حرّياتهم في مواجهة الإدارة، وأيضاً ما وضعه القضاء الإداري من قواعد موضوعية وإجرائية للقانون الإداري ناهيك عن أثره الظاهر في تقويم سلوك الإدارة وإرشادها إلى الالتزام بمبدأ المشروعية والخضوع لأحكامه. فالقاضي الإداري يقوم بعمل الموازنة بين حقوق وحرّيات الأفراد من ناحية، وضمان حسن سير المصالح العمومية والمصلحة العامّة من ناحية أخرى.

(2) يواجه القضاء الإداري التغييرات التي تطرأ على الحياة العملية في المجتمع، بما يطرحه من حلول إذا واجهت الإدارة ظروفاً استثنائية، بأن يُمكنها من تجاوز تلك الظروف وتوسيع دائرة سلطاتها، خاصّة إذا لم تسعفها النصوص القانونية لتجاوز تلك الظروف، حيث يقوم القاضي الإداري في مثل هذه الأوضاع بمراقبة سلوك الإدارة، وأنّ مسلكها في مثل هذه الأوضاع قد اقتضتها الظروف الاستثنائية، وبالتالي يراقب القضاء الإداري انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي دعت إليها حالة الضّرورة، والتي قد إنتهكت الإدارة من خلالها الحقوق وإنقصت من الحرّيات. وبالتالي نجد أنّ الإدارة في مثل هذه الأوضاع تستأنس من نوعية القضاء الإداري المرن والمتطوّر بتطوّر الحياة اليومية، فضلاً عن أن الأفراد ينعمون في ظلّه بضمانات قد لا يوفّرها القضاء العادي.

3) يمتاز القضاء الإداري بسرعة الفصل في المنازعات وسهولة في الإجراءات، عن طريق توجيهه لإجراءات التقاضي الإدارية، على عكس الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تُتَّبَع أمام المحاكم العادية.

4) يتميَّز القضاء الإداري عن القضاء العادي، بتشبيده مجموعة من القواعد الموضوعية للقانون الإداري مثل ضوابط المسؤولية الإدارية ونظرية المرافق العامة ونظرية الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية، وكلُّ ذلك ساهم في تقويم سلوك الإدارة وتوجيهها إلى مبدأ المشروعية الإدارية.

5) مراعاة مبدأ الفصل بين السلطات، بحيث يتمُّ الفصل من الناحية العضوية والناحية الوظيفية، وتكْمُنُ مهمَّة القاضي في هذا النظام في الفصل في المنازعة الإدارية عن طريق البحث والتحري في مدى مطابقتها تصرف الإدارة مع مبدأ المشروعية ولا يملك أن يحلَّ محلَّها في ذلك.

6) يتمتَّع القضاء الإداري في ظلِّ النظام القضائي المزدوج بسلطة إلغاء القرارات الإدارية المعيبة أو التعويض عنها، وهو ما يعني تفعيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ومراقبة احترام الإدارة لمبدأ المشروعية مع ضمان وحماية حقوق وحريَّات الأفراد ضدَّ تعسف الإدارة أثناء استخدامها لسلطاتها.

7) ثَبَّتْ بالتجربة العملية نجاح واقع الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظلِّ القضاء المزدوج أكثر منه في القضاء الموحد من ناحية صون وحماية حقوق وحريَّات الأفراد في مواجهة الإدارة، فضلاً عن أن ممارسة القضاء الإداري لرقابة الإلغاء ضدَّ أعمال ونشاطات الجهة الإدارية يعدُّ من أهمِّ الوسائل التي تحكم عمل الإدارة وتحدُّ من تعسفها في استخدام سلطاتها التقديرية أو استبدالها في مواجهة الأفراد.

8) ليس من الصعوبة التمييز بين اختصاص كلٍ من جهتي القضاء الإداري والعادي بنظر المنازعة، إذ يتحدّد ذلك بواسطة قواعد معيّنة وواضحة، يمكن من خلالها للقضاء الإداري الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، بينما ينظر القضاء العادي في المنازعات الخاصّة التي تثور بين الأفراد⁽¹⁾.

(1) - محمد كامل عبيد، الرّقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 688 - 690. عبدالقادر باينه ، الرّقابة على النشاط الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 201. كريم لحرش ، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 42. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 124 وما بعدها. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري (الرّقابة على أعمال الإدارة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 338. محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 29 - 30. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 25 - 26.

الفرع الثاني

عيوب القضاء المزدوج

بالرغم من كلِّ تلك المزايا التي يتمتّع بها القضاء الإداري إلا أنّ خصومه وجَّهوا إليه بعض الانتقادات لعلَّ من أهمِّها ما يلي:

(1) أنّ الأخذ بنظام القضاء المزدوج يؤدي إلى إثارة مشاكل معقّدة تتعلّق بتحديد اختصاص جهتي القضاء العادي والإداري، وتنازع الاختصاص بينهما، ممّا يؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار حقوق الأفراد.

(2) أنّ الأخذ بنظام القضاء المزدوج ينطوي على بطءٍ شديدٍ في إجراءات الفصل في المنازعات الإدارية، بسبب الزيادة المُطرَّده والمستمرة في المنازعات، وهو ما يقود أيضاً إلى إهدار حقوق الأفراد وتأخير حصولهم على التعويض اللازم لجبر الضرر في الوقت المناسب.

(3) يرى منتقدوا هذا النظام أنّ القضاء الإداري كثيراً ما يتوسّع في قبول دعوى الأفراد لإلغاء القرارات الإدارية، وخاصّة فيما يتعلّق بمفهوم المصلحة اللازم توافرها في رافع دعوى الإلغاء، حيث يكفي أنّه يصل إلى حد قبول مصلحة المواطن كناخب أو كدافع للضرائب أو مصلحته كساكن أو مقيم في بلدة.

(4) إذا كان القانون الإداري بناءً على المبادئ التي قرَّرها القضاء الإداري يعترف للإدارة بسلطة تقديرية عند إصدارها للقرارات الإدارية، إلا أنّ هذه القرارات وتلك السُلطة مقيّدتين بعدم الانحراف في استعمال السُلطة، فضلاً عن أن الإدارة تلتزم بأن تضع نفسها في أفضل الظروف عند قيامها بالتقدير وإصدار القرار.

5) أيضاً من بين الانتقادات الموجهة لهذا النظام القضائي المزدوج، ما ذهب إليه البعض منهم بأن تخصيص قاضي إداري للنظر في القضايا التي تنطوي على جهة الإدارة، فيه محاباة وإجحاف لحق الطرف الآخر ضد جهة الإدارة، من حيث إيثارها بقاضٍ خاصٍ يفصل في خصوماتها مع الأفراد.

6) أنّ وجود قاضي إداري يفصل في المنازعات الإدارية بقواعد قانونية خاصة، فيه إستثناء من قانون الشريعة الإسلامية الذي ينبغي أن يخضع له الجميع بلا استثناء، كما ينطوي على إهدار حقوق الأفراد في اللجوء إلى القضاء الطبيعي أو القضاء العادي⁽¹⁾.

في نهاية المطاف، وبعد أن استعرضنا مزايا وعيوب كلاً من النظام القضائي الموحد والنظام المزدوج، نأتي إلى حقيقة لا يمكن تجاهلها وهي أنّ النظام القضائي المزدوج يتمتع بخصائص تفوق تلك التي يتمتع بها القضاء الموحد، ولا ينال من تلك الخصائص أو ينتقص من قيمتها ما قاله بعض الفقه من العيوب، فالقضاء المزدوج لما له من آثار بعيدة المدى - لا يستطيع أحد إنكارها - يحقق ميزان العدالة الإدارية، ويساعد في إلزام الإدارة في الخضوع لمبدأ المشروعية، كما يساوي بين كفتين متناقضتين هما كفة المصالح الخاصة للأفراد وتوفير ضمانات

(1) - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 131. محمد كامل عبيد، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 690 - 691. كريم لحرش، القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 43. سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 339 - 340. محمد عبدالكريم عمر المنهالي، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 30. سليمان علي سليمان الحاطي، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 26.

كفيلة بحماية حقوقهم وحرّياتهم في مواجهة تعسّف الإدارة، وكفّة تحقيق المصلحة العامّة للمجتمع. أيضاً فإنّ المتأملّ في استقراء تاريخ هذا النظام في البلاد التي طبّقته مثل فرنسا والمغرب، يرى فاعلية هذا النظام وجدواه ممّا دفع العديد من الدول إلى إعتناق هذا المبدأ وإدخاله في التنظيم القضائي والقانوني الخاصّ بها.

هذا من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى نجد أنّ الرد على منتقدي هذا النظام وخاصةً فيما يتعلّق بمحاياة هذا النظام للإدارة على حساب حقوق وحرّيات الأفراد ليس صحيحاً البتّة، خاصّة أنّ بداية تطبيق هذا النظام المزدوج في فرنسا وإنشاء القضاء الإداري كان لغرض إبعاد القضاء العادي من التّدخّل في نشاط الإدارة بما يعيق عملها ويمنعها من الإصلاحات الضرورية اللازمة، كما أنّ الواقع العملي للتطبيق الفعلي لهذا النوع من القضاء في فرنسا لم يثبت إهدار حقوق وحرّيات الأفراد لحساب مصلحة الإدارة، بل العكس من ذلك تماماً، فقد كان القضاء الإداري أكثر حرصاً على حقوق وحرّيات الأفراد في مواجهة تعسّف وشطط الإدارة عند استخدامها لسلطاتها التقديرية.

ومن الجانب الآخر، نجد أنّ القضاء الإداري مستقلّ تماماً عن الإدارة، حيث لا تجرؤ جهة الإدارة على الاعتداء على هذا الاستقلال، وبالتالي لا توجد تبعية للقضاء الإداري لجهة الإدارة، ممّا يُتخوّف منه تحيّر القضاء للإدارة على حساب حقوق وحرّيات الأفراد، وأيضاً ليس هناك ما يمنع أيّ دولة من إنشاء جهة القضاء الإداري وتنظيمه على نحوٍ مخالفٍ لذلك الذي كان مطبّقاً في النظام الفرنسي.

أمّا فيما يتعلّق بمشكلة تحديد جهة القضاء المختصة بالفصل في المنازعة المعروضة، فقد أمكن للقضاء الفرنسي حلّها عن طريق إنشاء محكمة تنازع الاختصاص أو التعارض بين الأحكام، فضلاً عن أنّ القول بتعارض الأحكام

الصادرة من جهة القضاء الإداري مع مبدأ المشروعية والتي تقتضي ضرورة خضوع كلاً من الأفراد وجهة الإدارة لقانونٍ واحدٍ ومحاكمٍ واحدة، فإنَّه قولٌ مردودٌ عليه بأنَّه لا يوجد تعارض بين مبدأ المشروعية وبين قانون خاص يطبَّق على المنازعات الإدارية ومحاكم إدارية تفصل في المنازعات وفقاً لهذا القانون، فالروابط التي تجمع بين الأفراد فيما بينهم تختلف عن الروابط التي تجمع بينهم وبين جهة الإدارة التي تتبغى من وراء نشاطها أهداف الصالح العام ووسائل تحقيق مقتضيات الحياة العملية⁽¹⁾.

(1) - سامي جمال الدين ، القضاء الإداري (الرّقابة على أعمال الإدارة)، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 340-341.

الخاتمة

جاء هذا المقال لبيان كيفية إدارة الدولة من خلال نشاط وصلاحيات السلطات العامة فيها، حيث تُعدُّ وظيفة الضبط الإداري ضرورية لضمان ممارسة الحريات في جوٍّ خالٍ من صراعٍ أو تضارب، فتعمل هيئات الضبط الإداري على وضع قيود على ممارسة الحريات العامة من أجل الحفاظ على النظام العام بمختلف عناصره، وسلطتها في ذلك ليست مطلقة بل هي مُقيّدة ومحدّدة بعدّة ضوابط قانونية. كما أنّ الارتباط بين الحرية وأعمال الضبط الإداري ليس نتيجة صراع بينهما، وإنّما هو ثمرة لعلاقة تكاملية وتوافقية وتساندية، وذلك لإيجاد الإطار الذي تمارس داخله هذه الحريات العامة، مع الإبقاء على بعض الضمانات والضوابط القانونية لضمان عدم تعسف هيئات الضبط الإداري في سلطاتها. وممّا لاشك فيه أنّ وضع الحقوق والحريات العامة في دولة لا يقاس بالمبادئ الأساسية، والقواعد التي نصّ عليها القانون، بقدر ما يقاس، بمدى فعالية الحماية التي تريدها الدولة وتقدّمها فعلاً لها، لذلك كان ولا يزال القضاء بغض النظر عن موقعه الزمني أو المكاني، عبارة عن ميزان يحمل في الكفة اليمنى الحرية وفي الكفة اليسرى النظام، فإذا رجحت كفة الحرية على كفة النظام العام أو حدث العكس، إختلّ الميزان، وظلّ المجتمع في الحالة الأولى فوضوياً، وفي الحالة الثانية مستتبداً، فيجب تسوية الميزان بجعل كفتيه متساويتين في الثقل والوزن، وذلك بوضع مقدار ثقل الحرية مساوياً لمقدار ثقل النظام، والمفهوم أن يتأثران عكسياً بالزيادة أو النقصان حسب الظروف التي قد تطرأ على نظام الدولة.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ وظيفة الضبط الإداري من أولى واجبات الدولة وأهمّها، فهي ضرورية ولازمة لاستقرار النظام العام وصيانة الحياة الاجتماعية

والمحافظة عليها، إذ بدونها تَعُمُّ الفوضى وينهار النظام الاجتماعي، لذا فإنَّ هذه الوظيفة تُعدُّ عَصَبَ السُّلطة العامَّة وجوهرها.

وتأتي أهمية هذه الوظيفة في أنَّها ضرورية وحيوية بالنظر إلى قيامها على أكثر الأمور أهميةً في المجتمع، فهي تهدف إلى حماية نظام الدولة وكيانها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، فتنوِّى حماية المجتمع ووقايته من جميع الأخطار التي تُهدِّده في أمنه وصحَّته وسكينته بما تفرضه من قرارات وأوامر تُنفَّذ قسراً على المعنيين بتنفيذه. وتخضع إجراءات الضُّبط شأنها شأن سائر الأعمال الإدارية لقواعد المشروعية، حيث يجب أن يراعى حين صدور تدابير الضُّبط الإداري أن تصدر من مختص، وفقاً للإجراءات والأشكال المقرَّرة قانوناً، وأن تردُّ على محلِّ جائزٍ قانوناً، وليسبب بيبزِّره، وأن تستهدف الإدارة تحقيق الهدف الذي من أجله منحت الاختصاص. ومنعاً من تعسُّف الإدارة في استعمال سلطاتها كان لا بدَّ من خضوعها للرقابة على أعمالها، ويختلف مدى هذه الرقابة في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية.

أخيراً، يتَّضح ممَّا تقدَّم ذكره أنَّ الضُّبط الإداري ضرورة اجتماعية لا غنى عنها في كلِّ المجتمعات، فهو يعتبر من أهمِّ وأقدم واجبات الدولة وترجع أهمية هذه الوظيفة بالنظر إلى غايته الأساسية والتي تتمثَّل في حماية النظام العام. وتمثِّل فكرة النظام في مجال الضُّبط الإداري الهدف أو الغاية التي تسعى سلطات الضُّبط الإداري لتحقيقها، ومن ثمَّ لا يجوز لهذه الأخيرة أن تتبغى بإجراءاتها الضُّبطية تحقيق أهدافٍ أخرى غير المحافظة على النظام العام حتى ولو كانت تتَّصفُ بالمصلحة العامَّة، وإلَّا كانت هذه الإجراءات مشوبةً بعيب الانحراف بالسُّلطة. وتلجأ سلطات الضُّبط الإداري للعديد من الوسائل والأساليب من أجل تحقيق غرضها في وقاية النظام العام داخل المجتمع بصورةٍ مستمرةٍ ودائمة، وفي الوقت

نفسه نجد أنّ الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على وسائل ممارسة سلطات الضبط الإداري لاختصاصاتها بمثابة الضمانة الأكبر لحماية حريات وحقوق الأفراد من تعسف هذه الأخيرة في استخدام سلطاتها أو الانحراف باستعمال هذه السلطات.

وإذا كان الوضع الطبيعي أو العادي يحتاج إلى منح هيئات الضبط الإداري سلطات عادية، فمن البديهي في الوضع الاستثنائي إعطاء هذه الهيئات سلطات استثنائية واسعة لمعالجة الأمر وتحقيق النظام العام، لكنّ هذا الوضع الاستثنائي لا يُعفي هذه السلطات من احترام مبدأ المشروعية الذي يبقى موجوداً ومحترماً من قِبَل الجميع.

ولقد سبق التأكيد بأنّه لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ينبغي ترتيب وتقرير الجزاء نتيجة لقيام مسؤولية هيئات الضبط الإداري عن أعمالها، والذي يتخذ صورة تعويض الأشخاص عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بهم، وذلك بلجوئهم للقضاء المختص، من خلال رفعهم لدعوى التعويض التي تُعتبر تطبيقاً لمسؤولية الإدارة عن أعمالها، والحكم لهم بالتعويض المناسب على أساس الخطأ المرفقي. غير أنّ أساس قيام مسؤولية هيئات الضبط الإداري عن أعمالها لم يبق محصوراً في مجال الخطأ، وإنما توسّع إلى الإقرار بالمسؤولية بدون خطأ، أي على أساس المخاطر، أو على أساس القانون، ولكن مع هذا الإمتداد فإنّ المسؤولية على أساس الخطأ تبقى هي القاعدة العامّة، والاستثناء هي المسؤولية بدون خطأ. إلا أنّنا نؤيّد توسيع مجال تطبيق مسؤولية هيئات الضبط الإداري بدون خطأ، لتشمل مختلف نشاطات الإدارة، وهذا بلا شك في صالح المضرور، وخاصّةً إذا كانت الاعتبارات المالية هي التي جعلت المسؤولية الإدارية بدون خطأ هي الاستثناء، ولهذا فيجب على القضاء الإداري أن يتحرّر من هذه الفكرة، وأن يلجأ إلى تطبيق هذه المسؤولية

الإدارية بدون خطأ في نطاق شامل، يجعل منها أساساً قانونياً يشترك ويتساوى مع الخطأ في إقامة مسؤولية هيئات الضبط الإداري عن أعمالها الغير المشروعة والضارة، وهذا ضماناً لحقوق الأشخاص المضرورين، التي تأبى العدالة أن يتحملوا عبء الضرر لوحدهم، وذلك بسبب انتفاء الخطأ، أو عدم قدرتهم على إثباته.

وختاماً، فقد أفردنا هذا البحث للحديث ومن خلال خمسة مباحث عن كيفية ممارسة الدولة لأنشطتها وأعمالها الإدارية، حيث ذكرنا في المبحث الأول تعريف الضبط الإداري والتمييز بينه وبين أنواع الضبط الأخرى، وتمّ تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، ثم تناولنا في المبحث الثاني من هذا الفصل أهداف الضبط الإداري وما هي الدوافع التي إستندت إليها جهة الإدارة في تطبيقها لمفهوم الضبط الإداري. أمّا المبحث الثالث من هذا الفصل فقد خصّصناه للحديث عن وسائل الضبط الإداري التي تتخذها جهة الإدارة للمحافظة على النظام العام، وسواء كانت في الظروف العادية أو في ظلّ الظروف الاستثنائية، في حين تحدّث المبحث الرابع عن الرقابة القضائية لأعمال سلطات الضبط الإداري وأهمية الرقابة القضائية للأعمال والتصرّفات الصادرة عن سلطات الضبط الإداري حفاظاً على الحقوق والحريّات، والتأكّد من ملاءمة القرارات والأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية وأنّها جاءت بحسب طبيعة الظروف المحيطة والتي كانت سبباً لإصدارها. هذا وقد أتمنا هذا الفصل بالحديث في المبحث الخامس منه على تقييد سلطات الضبط الإداري بمبدأ المشروعية، ودكّرنا أنّ مبدأ المشروعية يُعدّ صمام أمان لحقوق وحريّات الأفراد ولضمان عدم استبداد جهة الإدارة أو تعسفها في استعمال سلطاتها في ظلّ السُلطة التقديرية الممنوحة لها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

1. القرآن الكريم.
2. السنة النبوية والأحاديث الشريفة.
3. صحيح البخاري.
4. صحيح مسلم.

ثانياً : الكتب والمؤلفات العلمية باللغة العربية

1. إعاد علي حمود القيسي ، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1999م .
2. حمدي أبو النور السيد، الشامل في القانون الإداري في دولة الإمارات، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013م.
3. خالد سيد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011 م.
4. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1996م - القضاء الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003م.

5. سليمان علي سليمان الحاطي ، دعوى الإلغاء وفقاً لأحكام القضاء الإداري الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ، 2019م.
6. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري -دراسة مقارنة- القاهرة، دار الفكر العربي، 2007م، بدون طبعة، ص 794.
7. صلاح يوسف عبدالعليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007م.
8. طعيمة الجرف ، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاطات السلطات الإدارية، دار النهضة العربية، 1978م.
9. عادل السعيد محمد أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995م.
10. عبدالحميد عبدالعظيم عبدالسلام و النقي سالم جروان ، القانون الإداري، الشارقة، إصدارات أكاديمية العلوم الشرطية، 2009م.
11. عبدالله عبدالغني بسيوني ، القضاء الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997م - القانون الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996م.
12. عبدالقادر باينه ، الرقابة على النشاط الإداري، المحمدية، دار القلم، 2010م، الطبعة الأولى - تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، الدار البيضاء، دار توبقال للنشر، 1988م، الطبعة الأولى.

13. فؤاد العطار ، القانون الإداري (أصول النظام الإداري وتنظيم الإدارة العامة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الجزء الأول، 1976م.
14. كريم لحرش ، القضاء الإداري المغربي، الرباط، مطبعة طوب بريس، 2012م، الطبعة الأولى .
15. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2008م .
16. محمد الوزاني ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، وُجِدَه، دار النشر الجسور، الطبعة الأولى، 2000م.
17. محمد رفعت عبدالوهاب ، القضاء الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007م .
18. محمد عبدالعال السناري ، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتّحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتّحدة، سنة 2000م.
19. محمد عبدالكريم عمر المنهالي ، مبدأ المشروعية في القانون الإماراتي وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م.
20. محمد فتوح محمد عثمان ، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، بدون سنة إصدار .
21. محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري ،المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2016م.

22. محمد كرامي ، القانون الإداري، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2015م.
23. محمد كامل عبيد ، الرقابة على أعمال الإدارة، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، 1999م .
24. محمود سامي جمال الدين ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات، دبي، دار القلم، 1989-1990م، الطبعة الثانية.
25. مصطفى محمود عفيفي ، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، (النظرية العامة للتنظيم الإداري)، إصدارات أكاديمية شرطة دبي، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، 1989-1990م.
26. مليكة الصروخ ، القانون الإداري، (دراسة مقارنة)، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2010م
27. موسى مصطفى شحاده ، القانون الإداري في دولة الإمارات، عمّان، إثراء للنشر والتوزيع، 2012 م، الطبعة الأولى .

ثالثاً: الأطروحات والرسائل العلمية

1. محمد حسن أحمد إبراهيم الحوسني ، الرقابة القضائية على أعمال الضَّبط الإداري، الطبعة الأولى، أبو ظبي، الضياء للنشر والتوزيع، 2009م.

رابعاً: النصوص القانونية والقرارات والأحكام القضائية والمجالات المتخصصة في دولة الإمارات العربية المتحدة:

1. الجريدة الرسمية لدولة الامارات العربية المتَّحدة.
2. دستور الإمارات العربية المتَّحدة الصادر بتاريخ الثامن عشر من شهر يوليو سنة 1971م.
3. قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992م.
4. قانون المعاملات المدنية الاتحادي الصادر بالقانون رقم 5 لسنة 1985م والمعدَّل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987م.
5. القانون رقم 3 لسنة 1983م في شأن السُّلطة القضائية.
6. القانون رقم 10 لسنة 1973م في شأن المحكمة الاتحادية العليا.
7. القانون رقم 6 لسنة 1978م بشأن إنشاء المحاكم الاتحادية ونقل اختصاصات الهيئات القضائية المحلية في بعض الإمارات إليها.
8. قرار وزير المالية والصناعة رقم (20) لسنة 2000م، بشأن نظام عقود الإدارة.
9. القرارات والمبادئ والأحكام القضائية.

سادساً: النصوص القانونية والقرارات والأحكام القضائية والمجالات المتخصّصة
في دولة المملكة المغربية:

1. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية.
2. الدستور الجديد للمملكة المغربية الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432هـ (29 يوليو 2011م)، بتنفيذ نص الدستور.
3. الظهير الشريف رقم 1.02.297 صادر في 25 رجب 1423هـ، 3 أكتوبر 2002م، كما تمّ تغييره وتنميه بمقتضى القانون رقم 01.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.82 صادر في 20 محرم 1424هـ (24 مارس 2003م) والقانون رقم 17.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.153 صادر في 22 صفر 1430هـ (18 فبراير 2009م).
4. ظهير شريف رقم 1.57.223، يتعلّق بالمجلس الأعلى.
5. ظهير شريف رقم 1.58.008، يحتوى على القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. حرّر بالرباط في 4 شعبان 1377 هـ، الموافق 24 فبراير سنة 1958م.
6. ظهير شريف رقم 1.63.137، بشأن القانون التنظيمي للغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى.

أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية

كفالة حق التقاضي في الكويت بين النظرية والتطبيق

إعداد

محمود محمد محمود

المحامي

Abstract:

The right to litigation and how to ensure thereof, is considered one of the most important constitutional rights relied on affirming the rule of law, respecting human rights against violation, and freedoms from being derogated to the adequate extent that ensure the legitimacy, and the provisions of the Constitution and the laws confirm this, although this right confirms the core of its constitutional nature, which allows that right to litigation is guaranteed to all, and appeals is similar to it for all, however, there are some laws, which are ranked below the constitutional text, which stipulates that there is a variety of actions of a political nature that are outside the scope of appeal for being acts of sovereignty, the legislator has assisted in this the Court of Cassation and the Constitutional Court, and it has been relied on to consider such acts out of appeal and appeal before all judicial authorities is equal in this regard. Ensuring the right to litigation is one of the outcomes of the legitimacy provided by laws at all levels, ensuring the right to litigation is a general

term, which is applicable to all litigation authorities and also during all stages of litigation, until the completion of litigation by achieving prompt justice.

This research concluded that: The right to litigation is a natural right, shall not be deprived or derogated from, as its guarantee is a constitutional rule that its inviolability is set in the constitution, so any laws that prevent or limit this right are considered a violation of the rules of legitimacy, so that article (1) paragraph " V" of the Court Act is unconstitutional.

So, we suggest that article (1) paragraph "V" of Decree-Law No. 20 of 1981 of establishing a circuit at the Plenary-court to hear the administrative disputes, as amended by Law No. 61 of 1982, shall be amended, which stipulated that: "Requests submitted by individuals or bodies to cancel final administrative decisions except for decisions issued regarding nationality, residence and deportation of non-Kuwaitis, licenses of newspapers, magazines and places of worship," " so that issues of nationality and residence and deportation of

non-Kuwaitis must be excluded from the scope of inviolability and imposing judicial oversight on it, otherwise as we mentioned, is constitutes abuse by the executive authority on the work of the judiciary, which results in a violation of the right to litigation.

المخلص

إن الحق في التقاضي وكفالاته يعد إحدى أهم الحقوق الدستورية المعول عليها في تأكيد سيادة القانون، واحترام حقوق الإنسان من التعدي عليها، وحياته من الانتقاص بها بالقدر الواف الذي يضمن المشروعية، وتؤكد نصوص الدستور والقوانين ذلك، ورغمًا عن أن هذا الحق يؤكد جوهره ذو الطبيعة الدستورية والتي تسمح بأن التقاضي مكفول للكافة وأن الطعن كذلك مثيلاً له للكافة إلا أن هناك بعض القوانين والتي هي في مرتبة أقل من مرتبة النص الدستوري تقضي بأن هناك طائفة من الأعمال ذو الطابع السياسي هي خارج نطاق الطعن لكونها أعمال سيادة، وقد ساعد المشرع في ذلك قضاء محكمة التمييز وقضاء المحكمة الدستورية وقد تم التعويل على اعتبار مثل هذه الأعمال محصنة من الطعن، يستوي في ذلك الطعن أمام كافة جهات التقاضي. ويعتبر كفالة الحق في التقاضي إحدى نتائج المشروعية التي نصت عليها القوانين على اختلاف درجاتها، ويعتبر كفالة الحق في التقاضي يعد اصطلاح عام النطاق، أي ينطبق أمام كافة جهات التقاضي وأيضًا أثناء مراحل التقاضي كافة، إلى الانتهاء من التقاضي بتحقيق العدالة الناجزة.

ولقد خُص هذا البحث إلى أن: أن حق التقاضي حقًا طبيعيًا لا يحق والحال الحرمان أو الانتقاص منه، فكفالاته قاعدة دستورية حرمتها قائمة بين دفتي الدستور،

لذلك فإن أية قوانين تمنع هذا الحق أو تحد منه تعتبر منتهكة لقواعد المشروعية، لذا يعد نص المادة الأولى "خامسًا" من قانون المحكمة غير دستوري.

لذا فإننا نقترح في سبيل ذلك: : وجوب تعديل نص المادة الأولى بند خامسًا من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982، والتي نصت على أن: "الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية، إقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص الصحف والمجلات ودور العبادة"، بحيث يجب إخراج مسائل الجنسية والمسائل المتعلقة بإقامة وإبعاد غير الكويتيين من نطاق التحصين وفرض رقابة القضاء عليها، والقول بغير ذلك كما أشرنا يعد إفتئات من قبل السلطة التنفيذية على أعمال القضاء بما يترتب عليه انتهاك حق التقاض.

مقدمة

يعد الحق في التقاضي إحدى الحقوق الطبيعية التي يتمتع بها الإنسان، إذ يحق بموجب كفالة هذا الحق للأفراد كافة اللجوء إلى القضاء، يستوي في ذلك أية جهة قضائية حسبما والحال وما يتفق مع طبيعة الحق نفسه، أي أن اللجوء إلى القضاء يُكن إلى القاضي الطبيعي حسب طبيعة المنازعة؛ لذا يجب احترام هذا الحق، ويجب كفالته؛ نظرًا لأصلاته وتأصيله بين غيره من الحقوق، إذ أن طبيعة الحق الدستورية تُعلي من مكانته بين غيره من الحقوق والمبادئ ذات الطابع الدستوري، ولما كان الحق في التقاضي وثيق الصلة بتنظيم الحقوق داخل المجتمع اعتداديًا بأنه لا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع بلا قانون الأمر الذي بات معه اعتبار الحق في التقاضي أحد أهم ثمرات الجهود الدولية التي خاضتها الدول والمنظمات الدولية على طاولات البحث القانوني في المحافل الدولية.

لما كان ذلك وكان حق التقاضي من الحقوق الدستورية نرى أن هذا الحق ذو علاقة وطيدة بعددًا من المبادئ الأصولية، كمبدأ المشروعية ومبدأ المساواة ومبدأ الفصل بين السلطات، لذلك لا يجوز حرمان أي فرد من حقه من التقاضي أيًا كان المانع وأيًا كان العارض، إذ المانع في مواجهة النص الدستوري يعد غير مشروع، ولما كان ذلك وكان مبدأ التقاضي وكفالته أحد أهم الوسائل القانونية التي تحقق مبدأ سيادة القانون، فإنه لا يحق لأية سلطة مهما كان قدرها أو طبيعتها مصادرة حق التقاضي أو الانتقاص منه، سواء كان ذلك بموجب قرارات أو قوانين صدرت

في هذا الخصوص، وإلا لحقت هذه القوانين والأعمال انشغال المحكمة الدستورية بأمرها.

لذلك يجب أن نقف على حقيقة حق التقاضي وكفالاته، وكذلك الانتهاكات الدستورية التي لحقت، وتم تنظيمها بموجب نصوص صريحة في القانون، إذ أن المشرع على النحو الذي أسلفنا قد اعوج قلمه متجهًا نحو إرساء ما يقضي بأن بعض الأعمال خارج إطار الحق في التقاضي كما هو الحال في نظرية أعمال السيادة، والتي أخذ بها المشرع الكويتي، وكذلك بعض القرارات التي لا يجوز الطعن عليها بحجة أنها داخل نطاق التحصين، وعلى ضوء ذلك نتولى في هذا البيان تقسيم بحثنا إلى ثلاثة مباحث بخلاف المطلوب التمهيدي، حيث تم تقسيم هذا البحث على النحو الآتي؛

- المبحث الأول: موقف المشرع الكويتي حق التقاضي.
- المبحث الثاني: المبادئ التي تحكم حق التقاضي في الكويت.
- المبحث الثالث: تطبيقات حق التقاضي في القانون الإداري الكويتي.

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية الحق في كفالة التقاضي إلى عدد من الأمور الجوهرية العامة نلخصها في الآتي:

- أن الحق في التقاضي وكفالاته حق اجتماعي لا يجوز والبتة الاستغناء عنه، ولا يحق والحال لأية جهة أيًا كانت الحيلولة دون ممارسة هذا الحق، إذ أن هذا الحق مقرر للأشخاص كافة، يستوي في ذلك كانوا من الأشخاص الطبيعية أم المعنوية.

- أن كفالة الحق في التقاضي يعتبر إحدى نتائج المشروعية التي نصت عليها القوانين على اختلاف درجاتها، ومما يجدر الإضافة إليه والتنويه عنه أن كفالة حق التقاضي يحتم علينا من باب الأهمية التعرض إلى مبدأ الفصل بين السلطات، ويعد هذا الأخير إحدى المبادئ التي قامت عليه هذا الحق.

- إن كفالة الحق في التقاضي يعد اصطلاح عام النطاق، أي ينطبق أمام كافة جهات التقاضي وأيضًا أثناء مراحل التقاضي كافة، إلى الانتهاء من التقاضي بتحقيق العدالة الناجزة.

إشكالية البحث:

تعرض إشكالية الدراسة عددًا من الفرعيات تعد والحال بمثابة تساؤلات، وهذه الأخيرة تتلخص في الآتي:

1. ماهية حق التقاضي وأهميته في التشريع الكويتي؟
2. ماهية المبادئ الجوهرية التي تحكم الحق في التقاضي في التشريع الكويتي؟
3. ماهية الموانع التي أقامها المشرع الكويتي بخصوص التقاضي أمام القضاء الإداري؟
4. ماهية الآثار الناتجة عن قيام المنع من التقاضي في نطاق عمل القضاء الإداري؟
5. ماهية موقف القضاء الدستوري الكويتي من كفالة حق التقاضي؟

أهداف البحث:

تتلخص أهداف الدراسة البحثية في إطار الحق في التقاضي وكفالته في الآتي:

1. بيان المفاهيم المعتمدة في خصوص الحق في التقاضي ووقوفاً على المفاهيم التي تحتمل المعاني ذات الطابع الموسع والمضيق لغتها واصطلاحاً، تشريعاً وفقهاً وقضاءً.
2. عرض وتوضيح للمبادئ التي أقيمت دعماً لحق التقاضي، وكذلك بيان تأصيل هذه المبادئ على النحو الوارد في الدستور والقانون.
3. بيان الموانع التي أقامها النظام القانوني الكويتي، والتي بموجبها يقيم حائل بين الشخص وبين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه.
4. كشف الحقائق الجوهرية عن الآثار التي تترتب على كفالة احترام حق التقاضي وذلك في نطاق دراسة القضاء الإداري.

منهجية البحث:

انتهج الباحث في هذه الدراسة -وبعد تعمق شاق في الاطلاع- المنهج الاستقرائي الاستنباطي، لما في استخدام المنهج الاستقرائي من التعرف على النصوص القانونية المقامة في التشريع والدستور والتي تنظم حق التقاضي وكذلك موانعه، بالإضافة إلى استقراء نصوص المواثيق والمعاهدات الدولية في هذا الخصوص، ومن ثم استنباط العديد من الأحكام الهامة والخاصة بالحق في التقاضي من خلال تمحيص النصوص المتقدمة والاطلاع على اجتهاد القضاء في هذا الشأن.

• مقدمة.

• أهمية الدراسة.

• إشكالية الدراسة.

• أهداف الدراسة.

• منهجية البحث.

• خطة البحث.

• المطلب التمهيدي: ماهية حق التقاضي.

– الفرع الأول: مفهوم حق التقاضي.

– الفرع الثاني: طبيعة حق التقاضي.

المبحث الأول: موقف المشرع الكويتي من حق التقاضي.

• **المطلب الأول:** موقف المشرع الدستوري من حق التقاضي.

• **المطلب الثاني:** موقف المشرع العادي من حق التقاضي.

المبحث الثاني: المبادئ التي تحكم حق التقاضي في القانون الكويتي.

• **المطلب الأول:** مبدأ الفصل بين السلطات وكفالة حق التقاضي.

• **المطلب الثاني:** مبدأ المشروعية وكفالة حق التقاضي.

المبحث الثالث: تطبيقات حق التقاضي في القانون الإداري الكويتي.

• **المطلب الأول:** الحق في الطعن.

• **المطلب الثاني:** الحق في قضاء عادل منصف.

• خاتمة.

• نتائج.

• توصيات.

• قائمة المراجع.

• الفهرس .

• الملخص .

المطلب التمهيدي

ماهية حق التقاضي

تمهيد وتقسيم:

يعد كفالة الحق في التقاضي نظامًا ومبدأً معمولًا به في كافة النظم القانونية، يستوي في ذلك أية نظام، فهو معمولًا به في النظم الأنجلوسكسونية والنظم اللاتينية، فهناك إجماع من الفقه على ذلك، ومما يجدر العلم به والإشارة أن الحق في التقاضي حقًا ذو نطاق واسع، أي أنه يشمل كافة جهات التقاضي التي قد يستعين بها الأفراد في المثل أمامها للمطالبة بالإنصاف، بل إن الأمر يتعدى ذلك كي ينتج هذا الحق ثماره أيضًا في كافة مراحل التقاضي حتى نهايتها، ولما كان اتجاه مشرعي العالم بالاعتراف تجاه هذا المبدأ واتخاذ كافة القواعد الإجرائية والموضوعية للحيلولة دون الإعراض عن تطبيق هذا المبدأ، فقد كان للمشرع الكويتي في هذا المقام دورًا خلابًا في هذا الخصوص، نظرًا لما تقوم به كافة الأجهزة من تدعيم هذا المبدأ، بالإضافة إلى الوعي القانوني واحترام أحكام القضاء الكويتي الصادرة في الأنزعة المقامة أمامه، وعلى ضوء التمهيد المتقدم، نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم حق التقاضي.

الفرع الثاني: طبيعة حق التقاضي.

الفرع الأول

مفهوم حق التقاضي

أولاً: المفهوم اللغوي للحق في التقاضي

نعني في بيان المفهوم اللغوي بيان مصطلحين، (الحق) وكذلك مصطلح (التقاضي)، ويعد الحق هو نقيض الباطل وجمعه حقوق، والحق: العدل والأمر المقضي، أما القضاء فهو الحكم، القاضي في معاجم اللغة تأتي بمعنى القاطع للأمور المحكم لها، والقول بأن فلان استقضى أي أنه قضى بين الناس، ويقال قضى ويقضي فهو قاضٍ إذا حكم وفصل، ويقال: قد قضى القاضي بين الخصوم أي قد قطع بينهم في الحكم⁽¹⁾.

ثانياً: المفهوم الاصطلاحي للحق في التقاضي

تتعدد المفاهيم التي أقيمت بصدد الحق في التقاضي، وهي مفاهيم عدة، وعلى الرغم من اختلاف صياغتها إلا أنها كأصل عام تنطوي على مفهوم واحد ومضمون واحد، فيرى بعض الفقه أن حق التقاضي هو: "حق كل فرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي عندما تتعرض أي من حقوقه أو حرياته أو مصالحه المعترف

(1) لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، طبعة ابن منظور، 1968، ص: 49، 186، 188، كذلك الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الثالث، دار الفكر، ص: 211 - 222.

بها عمومًا للمساس أو التهديد بالمساس، بغض النظر عن مصدر هذا المساس أو التهديد⁽¹⁾.

ويرى البعض الآخر أن حق التقاضي هو: "حق الشخص في اللجوء إلى القضاء طالبًا الحماية لحق له، أو مصلحة، أو مركز قانوني وطالبًا رد الاعتداء عنه، أو استرداده إذا سُلِب منه"، أو هو: "حق الادعاء بغية تحصيل حق ما"، أو هو: "حق في طلب الانتصاف أمام سلطة تملك إعطاء النصفة طبقًا للقانون"⁽²⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه أن حق التقاضي هو: "ذلك الحق الذي يخول لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين سبل القضاء بكافة أنواعه ودرجاته، دون تقييد أو تمييز بسبب اللون أو الجنس أو العنصر أو الوضع الاجتماعي أو الاعتبار المالي، إذ أن الناس جميعًا أمام القضاء سواسية، فلا يجوز حرمان أحد من اللجوء إلى القضاء لحماية حقه بسبب أن هناك حصانة لجهة معينة، أو أن هناك قرار قد صدر من جهة ما، وكان هذا الأخير غير قابل للطعن عليه أمام

(1) البياتي، عبد الله رحمة الله، حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1998م، ص: 4.

(2) فوده، محمد سعد إبراهيم، الحماية الدستورية لحق التقاضي، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (57)، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، إبريل 2015م، ص 168.

القضاء، وهذا مفاده أن حق الأشخاص في التقاضي يعد حقاً من الحقوق التي والبتة لا تقبل التقييد⁽¹⁾.

ونرى أن الحق في التقاضي هو حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي دون عائق أو حائل، ودون أدنى اعتبار لقواعد تمييز أو تفضيل، إذ يتمتع كافة الأفراد بهذا الحق، وهذا الحق يعد حقاً قائماً أثناء سير مراحل التقاضي كافة، مفاد ذلك أن الحق في التقاضي هو حق أصيل ينطبق على كفالة سائر حقوق التقاضي الإجرائية منها والموضوعية.

وبذلك يكتسب الحق في التقاضي أهمية بالغة نظراً إلى الدور الاجتماعي الذي يعمل على تحقيقه، الأمر الذي يتفرع منه القول بالحيولة دون اللجوء إلى استعمال القوة كما كان عليه الحال في السابق⁽²⁾، لما كان ذلك وكانت حقوق الإنسان من الحقوق رفيعة القيمة بات استقلال القضاء وكفالة واحترام حق التقاضي من المبادئ

(1) إدريس، شيراز حمد النيل، كفالة حق التقاضي كمبدأ دستوري: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2014م، ص: 1-2.

ويؤكد هذا الاتجاه أن حق التقاضي حقاً يتمتع به كافة الأشخاص بلا تفاضل بينهم، إذ أن هذا الحق على حد قولهم -وهذا قولاً محموداً- حقاً منبثقاً من عدالة الشريعة الإسلامية وإعلان هذه الأخيرة لمبدأ المساواة، وعلى ضوء المتقدم فإن منع الأفراد من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي يعد والحال بمثابة انتهاكاً لمبدأ المساواة والذي يعد إحدى سمات الشريعة الإسلامية الغراء، لذلك يعد هذا الحق حقاً أصيلاً وهو عماد الحريات في ذات الوقت.

(2) مزوغي، شاكراً، حق التقاضي، ودولة القانون، بحث منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، بجامعة محمد خيضر بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، المجلد/ العدد 9، مارس 2013، ص: 57.

المستقرة والتي تعطي الضمير الإنساني، وقد أثبت الواقع صحة القول بأن استقلال
وحيدة ونزاهة القضاء أحد أهم الضمانات التي ساعدت على ضمان الحق في
التقاضي والاحتفاظ بجوهره⁽¹⁾.

ويؤكد قولنا في هذا الخصوص ما ذهب إليه البعض في بيان مفهوم الحق في
التقاضي قائلاً "يكون حق الفرد في اللجوء إلى المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها
فالأفراد يلجأون إلى القضاء ولو كان خصمهم سلطة عاتية، والقضاء يعمل على
حمايتهم ورد الاعتداء عن حقوقهم وحررياتهم طبقاً لما توجبه أحكام الدستور والقانون
مهما تكن السلطة المعتدية"⁽²⁾.

وبعد أن تناولنا ماهية حق التقاضي سوف نعرض في الفرع الثاني طبيعة هذا الحق
متناولين في هذا الصدد كافة الأحكام المتعلقة به على النحو التالي بيانه.

(1) يوسف أحمد الزمان، حق التقاضي وتحسين القرارات الإدارية في قطر، بحث أُعد للقاء
الأثنين (24) للسنة الثالثة وقدم للمناقشة بتاريخ 2013/6/3م، الدوحة، 2013م، ص: 2.
(2) إدريس، شيراز حمد النيل، كفالة حق التقاضي كمبدأ دستوري، المرجع السابق، ص: 5.

الفرع الثاني

طبيعة حق التقاضي

فى بيان طبيعة حق التقاضي يجب العلم أولاً بالنظر إلى ما نص عليه المشرع الدستورى فى هذا الخصوص، إذ قضت المادة (166) من الدستور على أن: "حق التقاضى مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق"، الأمر الذى يؤكد بطبيعة الحال الطبيعة الدستورية لهذا الحق، على اعتباره إحدى الحقوق الأساسية التى يجب التعويل عليها فى نطاق الحماية الدستورية للحقوق، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

النتيجة الأولى فى أن الحق فى التقاضي يعد إحدى الحقوق العامة الطبيعية للإنسان والتي قد استقرت فى ضمير العالم المتمدن، دونما الحاجة إلى ضرورة وجود نص صريح يقر ذلك، ويعد القول بغير ذلك فيه مصادرة على المطلوب، ومخالفة لمقصود المشرع، الأمر الذى يتعين معه القول بعدم دستورية التشريع الذى يصادر الحق فى التقاضي⁽¹⁾، لذا يتعين على المشرع ويقع على عاتقه سلطة تنظيم

(1) أنظر لمزيد من التفاصيل؛

Lesage (Michel): Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (Contribution) à étude du principe de séparation des pouvoirs, thèse, Lille, éd. L. G. D. J. 1960, P. P. 67 et s.

القضاء في الدولة، فيجب والحال ألا تصل هذه السلطة حال تنظيمها إلى حد هدر الحقوق⁽¹⁾.

أما النتيجة الثانية تتلخص في أن الحق في التقاضي بات أحد أهم ركائز دولة القانون، وهو ينبوع المشروعية كونه ضمان بقاء القاعدة القانونية، وبدون تمكين الأفراد من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي لحل الأنزعة واسترجاع الحقوق تفقد القاعدة القانونية أهميتها وهيبتها وتبقي بذلك إقرار لا تجسيد ولا قيمة له على أرض الواقع، فلا يمكن والحال تصور وجود قاعدة قانونية تعمل في ظل غياب الحماية القضائية المقررة لديها، لذلك يعد الحق في التقاضي وبحق من الآليات الجوهرية والأساسية لنجاح القاعدة القانونية⁽²⁾.

أما النتيجة الثالثة والأخيرة فهي أن الحق في التقاضي يجب كفالاته، إذ هو من قبيل الحقوق ذات الطابع الدستوري، والذي يعمل في إطار العديد من المبادئ التي تحكم وتثير القانون العام، ألا وهي مبدأ المشروعية من جانب ومبدأ الفصل بين السلطان من الجانب الآخر.

LARNAUDE (FERDINAND): La séparation des pouvoirs et la justice en France et aux états – Unis, Revue des Deux Mondes, 1905, P. P. 3 – 15.

(1) إدريس، شيراز حمد النيل، كفالة حق التقاضي كمبدأ دستوري، المرجع السابق، ص: 5.

(2) يوسف أحمد الزمان، حق التقاضي وتحسين القرارات الإدارية في قطر، المرجع السابق، ص: 4 – 5.

المبحث الأول

موقف المشرع الكويتي من حق التقاضي

تمهيد وتقسيم:

حرصت غالبية التشريعات الحديثة بل جميعها على إقرار الحق في التقاضي كونه من قبيل الحقوق الأولية، والتي لا يحق والبتة لأي مجتمع من المجتمعات العمل بدونها، لما كان ذلك وكان الحق في التقاضي إحدى الحقوق العلية الجانب والجوهر بات اهتمام المشرع الكويتي بها أمرًا لازمًا، يستوي في هذا المقام المشرع الدستوري أو المشرع العادي، وهذا ما نتولى إيضاحه في المطلبين التاليين على النحو التالي.

- المطلب الأول: موقف المشرع الدستوري من حق التقاضي.
- المطلب الثاني: موقف المشرع العادي من حق التقاضي.

المطلب الأول

موقف المشرع الدستوري من حق التقاضي

بالنظر إلى المشرع الدستوري ونظرته نحو الحق في التقاضي نجد النصوص الدستورية جلية، إذ قضت المادة (166) من الدستور الكويتي على أن: "حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق"⁽¹⁾، وفي تفصيل وبيان نص المادة (166) من الدستور، نرى أن المشرع الدستوري قد كفل هذا الحق وبصورة واضحة، ويرجع ذلك إلى طبيعة الحق الذي أسلفنا الحديث عنها، ولما كان الاعتراف من جانب المشرع الدستوري بأن التقاضي حق وليس واجباً فهو يعد في بعض الأحوال رخصة يحق للفرد استخدامها وقد يعرض عنها، فإن مضمون هذا الحق يتلخص في الصفة الاستثنائية التي تحول دون استخدام هذا الحق إلا من قبل صاحبه، ولما كان القانون على ضوء المتقدم هو الذي يبين الإجراءات والأوضاع المتعين اتباعها من أجل ممارسة هذا الحق

(1) إذا كان المشرع الدستوري الكويتي قد نص في المادة (166) منه على أن التقاضي حق مكفول للناس كافة فإننا نرى أن موقف المشرع الدستوري الكويتي لم يكن مغايراً عن موقف غيره من مشرعي النظم الدستورية المقارنة، وفي هذا الصدد تنص المادة (41) من الدستور الإماراتي على أن: "لكل إنسان أن يتقدم بالشكوى إلى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهان الحقوق وللحريات المنصوص عليها..."، وما نراه أن المشرع الدستوري الإماراتي لم يكن حديثه في هذا الصدد صريحاً على النحو الذي أتى به المشرع الدستوري الكويتي من صراحة القول بأن التقاضي مكفول للناس كافة، الأمر الذي يعقد في طياته تقرير المساواة رغم ذلك وتأكيداً في اللجوء إلى القضاء.

فإن السلطة التي يستوجب الأمر عليها وضع هذه الإجراءات يجب على ضوء المسلمات المتعارف والمستقر عليها في النظم الدستورية ألا تكون قد تعسفت في استعمال السلطة التي حولها إياها المشرع الدستوري، وإلا فإنها بذلك تعد قد خرجت عن الإطار الشرعي للتنظيم المسموح به، وإذا كان المشرع الدستوري قد نص بصورة صريحة على الحق في التقاضي في نصوصه إلا أننا نؤكد القول بأن حق التقاضي حق أصيل، ملاصقاً له ومرتبباً به عددًا من الحقوق والتي يلزمها ضوابط، وإذا كان الحق في التقاضي مكفول للكافة أمام المشرع الدستوري فإنه يتفرع عنه والحال الحق في المساواة، "مبدأ المساواة"، ومقصود هذه الأخيرة عدم التفضيل في استعمال حق التقاضي، لذلك كانت الضمانات المقامة من قبل المشرع الدستوري بصدد حماية حق التقاضي قائمة، إذ تنص المادة (173) من الدستور الكويتي على أنه: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها، ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح، وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

مفاد ذلك أننا نود القول أنه طالما أن الحق في التقاضي كونه حقًا دستوريًا لذا يجب عدم التعدي عليه من قبل الجهات أو الأفراد، الأمر الذي يترتب عليه تحصين هذا الحق من التجريح، وعليه فإن أي قانون قد يصدر من المشرع مخالفًا أو معارضًا أو منتهكًا للحق في التقاضي بات هذا القانون منتهكًا لتأصيل المبدأ

كونه حقًا دستوريًا صريحًا واردةً في نصوص الدستور⁽¹⁾، إذ يتم الطعن على هذا القانون أمام الجهة القضائية المختصة بذلك، وهي الجهة التي أسلفنا الحديث عنها في المادة (173) من الدستور الكويتي سالف الحديث عنها.

وعلى الرغم من كفالة حق التقاضي للناس كافة إلا أن هذا لا يعني عدم الاعتداد بالضوابط الإجرائية القائمة في الحصول على هذا الحق، وعلى وجه الخصوص أمام المحكمة الدستورية الكويتية، إذ أنه لا يحق والبتة للأفراد على نحو مباشر الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن هناك قانون تم إصداره من قبل المشرع ينتهك حق التقاضي، طالبين في ذلك من المحكمة سالفة الذكر أن تقضي بعدم الدستورية تجاه هذا القانون، وذلك لأن قانون المحكمة لا يقر ذلك.

(1) Les grands decisions du conseil constitutionnel, paris, 17 edition, 2013, P. 66.

المطلب الثاني

موقف المشرع العادي من حق التقاضي

بالرجوع إلى قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 نجد أن سبيل اللجوء إلى المحكمة الدستورية هو طريق الدفع الفرعي، وذلك على النحو الذي قضت به المادة الرابعة من هذا القانون الأخير، إلا أنه من أجل تعزيز سيادة القانون أصدر المشرع القانون رقم (109) لسنة 2014 بشأن التعديل على قانون المحكمة الدستورية، والذي أعطى بموجبه الحق إلى الأفراد باللجوء إلى المحكمة الدستورية مباشرة عن طريق الدعوى الأصلية، ويعد الاتجاه الذي سلكته المحكمة الدستورية الكويتية في التعديل الأخير المقام على قانون إنشائها هو ذات ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية الألمانية تجاه مسألة الرقابة⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع العادي واعتباره لمبدأ الحق في التقاضي، فنجد أن التقاضي واقعياً مكفولاً وبلا شك إلا فيما هو خاص بمسألة جوهرية، ألا وهي مسألة التحصين من الطعن، مفاد ذلك أن المشرع حال بين الطعن والحق في التقاضي

(1) د/ ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، 2014م، ص: 116، إذ يؤكد سيادته على أن المحكمة الدستورية الألمانية لها طريقين في الرقابة، الدفع الفرعي، وأسلوب الدعوى الأصلية وورد الحديث عنه في دستور ألمانيا عام 1949م، والذي به تختص المحكمة برقابة الدستورية بطريق مباشر من جانب الأفراد حال كون القانون قد أضر أو اعتدى على حقوقهم الأساسية، إذ أنه لا شك بأن المساس بالحقوق الفردية للمواطنين يعد من أهم الأسباب التي يتأذى منها الأفراد مما يدفعهم إلى الطعن بالدستورية.

بحائل يعيق الأفراد في مباشرة حقهم الدستوري، والتحصين من الطعن كما هو متقدم هو نظرية أعمال السيادة.

وإن كنا نرى أن المشرع العادي يجب عليه في هذا الخصوص احترام ما قضت به النصوص الدستورية، وإعمال تطبيقات الحق في التقاضي على النحو المشروع، إلا أننا نرى بطبيعة الحال أنه من الناحية الواقعية لم يكن المشرع العادي قد كفل حق التقاضي، ويرجع قولنا في هذا الصدد لما نص عليه المشرع من خروج بعض الأعمال والقرارات من نطاق الطعن وتحصينها من الرقابة القضائية⁽¹⁾ بما يتعين معه انتفاء أية ضمان لحق التقاضي.

(1) راجع لمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه الفرنسي؛ أنظر الآتي؛

TC 2, déc. 1991, COFACE, D. 1992. J., P. 237.

G. E 4 Juil, 1862 simon, Rec, P ; 531, C.E 1er Juil, 1943 Rec P. 139.

G. E, 26 mars 1980, minister c/chamber de commerce français au li – ban, Rec, P 171.

G. E, 5 juil 2002, M. megnt. M. mekhantar, A. J. D. A, 2002, P. 95.

المبحث الثاني

المبادئ التي تحكم حق التقاضي في القانون الكويتي

تمهيد وتقسيم:

لما كان حق التقاضي مكفول وكان كفالاته في ضوء المتقدم في التمهيد أمراً بالغ الإلزام فإن الحق في التقاضي -كما أوضحنا- أحد أهم الحقوق التي أوردتها الدساتير المدونة وغير المدونة الغربية وغيرها، فهذا الحق معهوداً به منذ أزمنة سحيقة، لشموله وأصالته وجوهره المتمثل في صيانة الحقوق وحماية الحريات من التعدي عليها، لذا يعد حق التقاضي حقاً وثيق الصلة بالمشروعية، حيث أن التطبيق السليم للقانون ونفاذ سريانه وأثره على الكافة هو المشروعية بعينها، ليس فقط ذلك بل إن المشروعية تمنع من تخصيص النصوص القانونية وتطبيقها على البعض دون البعض الآخر، لذلك فإن المشروعية تعد أحد مسببات كفالة حق التقاضي.

أضف إلى ذلك أن مسألة المشروعية وتحقيق صحيح القانون على النحو الذي يتجه إليه إرادة المشرع، يجد ذاته بحاجة إلى فعالية تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، ولما كان الفقيه مونتسكيو قد أرسى مبدأه سالف الحديث عنه قال فيه بأن الفصل بين السلطات يعد إحدى المبادئ التي تقوم عليها الأنظمة الكلية في النظم القانونية المختلفة، وفي إطار الحديث عن علاقة مبدأ الفصل بين السلطات وكفالة حق التقاضي نجد أن السلطة القضائية لا تقدر على تحقيق المشروعية

وكفالة حق التقاضي إذا كانت مقيدة في مباشرة سلطاتها المنوطة بها قانونًا، ويؤكد صيانة ذلك المادة (163) من الدستور الكويتي، التي قضت بأنه: "لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضاؤه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل".

وعلى ضوء التمهيد المتقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي بيانه؛

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات وكفالة حق التقاضي.

المطلب الثاني: مبدأ المشروعية وكفالة حق التقاضي.

المطلب الأول

مبدأ الفصل بين السلطات وكفالة حق التقاضي

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ وثيقة الصلة بمسألة كفالة حق التقاضي، إذ أن هذا الأخير لا يتحقق إلا بتحقيق مبدأ الفصل بين السلطات، يستوي في ذلك كون الفصل بين هذه السلطات فصلاً مرئياً أو فصلاً جامداً، إذ أن تخصيص العمل المكلف على عاتق كل سلطة من السلطات يتحقق به ضماناً جوهرياً يتحقق معها عدداً من النتائج، وأخص بالذكر من بين هذه النتائج كفالة حق التقاضي، والفصل بين السلطات⁽¹⁾ الذي يقصد به أن يتم توزيع وظائف الدولة وسلطاتها على ثلاثة هيئات منفصلة عن بعضها؛ منعاً للتجاوزات التي قد تقع من إحداهما على الأخرى، ويعد الفصل بين السلطات في الدستور الكويتي فصلاً مرئياً على النحو الذي فسره الفقيه مونتسكيو، ويؤكد ذلك ما قضت به المادة (50) من الدستور الكويتي بنصها على أن: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور"؛ أضف إلى ذلك أن المشرع الدستوري قسم سلطات الدولة في المواد 51، 52، 53، حيث قضت بالآتي:

(1) د/ ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 43، كذلك راجع لمزيد من التفاصيل، يوسف أحمد الزمان، حق التقاضي وتحسين القرارات الإدارية في قطر، المرجع السابق، ص 4 وما بعدها.

قضت المادة (51) من الدستور الكويتي على أن: "السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور"؛

كما قضت المادة (52) من ذات الدستور على أن: "السلطة التنفيذية يتولاها الأمير ومجلس الوزراء والوزراء على النحو المبين بالدستور"؛

كما قضت كذلك المادة (53) من هذا الأخير على أن: "السلطة القضائية تتولاها المحاكم باسم الأمير، وفي حدود الدستور". وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات وثيق الصلة بكفالة حق التقاضي فإنه يجب والحال بيان هذه المظاهر بياناً جوهرياً يتعين معه بيان الرابط بين كليهما، وهذه المظاهر على النحو التالي:

المظهر الأول: تأكيد الفصل بين السلطات القضائية ذاتها

لما كانت الأنظمة القضائية في ذاتها قد تكون تتبع النظام الموحد أو النظام المزدوج فإننا نرى أن المشرع الكويتي في هذا النهج قد اتبع النظام المزدوج⁽¹⁾، وهو ذات ما فعله نظيره المصري، وذلك كما هو الحال في المادة (190) من الدستور.

مفاد ذلك والقول أن يكون هناك استقلال بين جهتي القضاء في النظام المزدوج، إذ تكون إحدى جهات القضاء في هذا الصدد هي جهة القضاء العادي والثانية هي

(1) ويقصد بالقضاء المزدوج أن تتولى الوظيفة القضائية داخل الدولة جهتين قضائيتين مستقلتين أحدهما هي جهة القضاء العادي والأخرى هي جهة القضاء الإداري، وقد نشأ هذا النظام وتطور في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، راجع، د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري بدون دار نشر، 2019م.

جهة القضاء الإداري، ويؤكد النص الدستوري ذلك، إذ قضت المادة (171) من الدستور الكويتي على أنه: "يجوز بقانون إنشاء مجلس الدولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين"، أي المواد (170)، (169) من ذات الدستور، ويعد النظام المزدوج⁽¹⁾ أحد النظامين الناجحين نظرًا لفكرة التخصص القضائي ومسألة تقسيم العمل، وقد عملت بهذا النظام أنظمة قانونية عديدة، كما هو الحال في النظام القانوني الكويتي ونظيره المصري والفرنسي.

ولكننا وعلى ضوء ذلك لنا تعليق هام في خصوص اعتناق النظام المزدوج في النظام القانوني الكويتي، حيث نرى أن الاتجاه السائد هو اعتناق النظام المزدوج حيث أقام المشرع المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية⁽²⁾، إذ نصت المادة الأولى من هذا الأخير على

(1) لمزيد من التفاصيل، د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ أريج محمد عويضة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.

(2) بتاريخ 1981/2/17، أصدر المشرع الكويتي مرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، إذ تختص هذه الدائرة بالفصل في أية نزاع يتسم بالصفة الإدارية أو الطابع الإداري، وقد أنيط بهذه الدائرة دون غيرها ولاية الإلغاء والتعويض سواء رفعت الدعوى أمام هذه الدائرة بطريق أصلي أم تباعي، وفي ضوء ذلك أوردت المذكرة الإيضاحية للمرسوم سالف الحديث أنه "عندما صدر الدستور أجازت المادة (169) منه أن تخول الفصل في الخصومات الإدارية لغرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري"، مفاد ذلك أن الدائرة التي تم إنشائها بالمحكمة الكلية باتت هي المختصة بنظر كافة المنازعات الإدارية إلا ما استثنت منها لتحصلها، راجع، فكري أحمد

أنه: "تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاة الإلغاء والتعويض:

- أولاً: الطلبات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

- ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية.

- ثالثاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.

- رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم، ويستثنى من ذلك إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء".

مغاوري، تطور القانون الإداري الكويتي مع عرض اتجاهات أحكام القضاء والمبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، منشور إلكتروني؛ ص 1.

www.law.gov.kw

- **خامساً:** الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

ومن جانب آخر نرى أن فعالية تطبيق قواعد الاختصاص الولائي بصورة عامة يؤدي إلى تفادي إشكالية تعارض الاختصاص بين الجهات القضائية، وهو أمرًا مُحيرًا إذ ينعقد الاختصاص الإيجابي لجهتي قضاء في آن واحد، وقد لا ينعقد لأيهما الاختصاص، وهو ما يعرف بالتنازع الإيجابي والسلبى⁽¹⁾.

المظهر الثاني: عدم جواز إصدار تشريعات تقيد السلطة القضائية في مباشرة أعمالها:

لما كان مبدأ الفصل بين السلطات يقرر عدم تدخل أية سلطة في اختصاص سلطة أخرى فإن ذلك يقضي وبحق بأن مبدأ الاحترام بين السلطات، إذ أن كل سلطة من هذه السلطات هي سلطة دستورية نظرًا لتنظيم أمرها في النصوص الدستورية، لما كان ذلك وكان على عاتق السلطة التشريعية التكليف بمهمة سن القوانين على ضوء ما يقضي به نصوص الدستور المعمول بها في النظام الدستوري فلا يحق والحال أن يصدر قانون من البرلمان ويكون منطويًا على الآتي:

(1) د/ محمد عبد العال، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، 2018م، ص 237 وما بعدها، كذلك، د/ فهيمة أحمد على القماري، المحكمة الدستورية العليا كنموذج للتخصص القضائي، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م، ص 83 وما بعدها.

- الانتقاص من حقوق الأفراد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي بصورة مباشرة.

- الانتقاص من حق السلطة القضائية في كفالة هذا الحق وتأمين استعماله للأفراد.

مفاد ذلك أنه لا يجوز والحال للسلطة التشريعية الاعتداء على الحق في التقاضي، إذ هي لا تملك الحق في هذا الاعتداء، إذ لا يحق لها منع القضاء من بحث أوجه نزاع معين أو التصدي لموضوع معين بأن تصدر تشريعات من شأنها إخراج بعض الأنزعة والموضوعات التي بحاجة إلى الفصل منها من اختصاص القضاء؛ الأمر الذي يحمل بين طياته اعتداءً صارخاً على مبدأ الفصل بين السلطات ليس فقط بل أيضاً على مبدأ المساواة بين الأفراد، لذا فإننا نجد وبحق أن مصادرة الحق في التقاضي يعد بطبيعة الحال عملاً غير مشروع، وعليه فإن أية نص يقضي بذلك يكن مصيره الطعن عليه بعدم الدستورية⁽¹⁾.

(1) د/ خالد فايز الحويلة، مبدأ حق التقاضي: دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين (فرنسا - مصر - الكويت)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الرابع - "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد (2)، الجزء الثاني، صفر/ ربيع الأول 1439هـ نوفمبر 2017م، ص 87 وما بعدها.

المطلب الثاني

مبدأ المشروعية وكفالة حق التقاضي

في خصوص الحديث عن المشروعية وكفالة حق التقاضي فإن كافة سلطات الدولة الثلاثة ينبغي عليها أن تحترم الحق في التقاضي، ويجب عليها إزالة العوارض التي تقضي إلى التأثير في هذا الحق، لذلك وفي إطار الحديث عن مبدأ المشروعية في تطبيقه وعلاقته بحق التقاضي يجب أن نبين دور كل سلطة من سلطات الدولة الدستورية واحترامها للقانون وكيفية كفالة حق التقاضي من قبل هذه السلطات؛ لذلك سوف نقسم الحديث عن هذه العلاقات في ثلاثة نقاط بدءاً من السلطات القضائية ومن ثم النظر على غيرها من السلطات الأخرى، وذلك على النحو التالي؛

أولاً: احترام السلطة القضائية للقوانين التي تكفل حق التقاضي

السلطة القضائية يقع على عاتقها احترام مبدأ المشروعية وقواعد القانون في الأحكام التي تصدر عنها، أي الأحكام التي تصدر عن المحاكم المختلفة والتي تتشكل وتتألف منها السلطة القضائية، مفاد ذلك أنه وعلى وجه القطع يقع على عاتق القضاء السهر على احترام الأفراد والهيئات في المجتمع للقانون، وتعد هذه الوظيفة هي الوظيفة الأساسية التي يتعين على كافة مختلف السلطات القضائية إعمالها، وعلى هذا النحو يخضع القضاء في أحكامهم لسيادة القانون، ولما كان ذلك وكان القاضي محتمل في عمله السهو والخطأ فإنه من الوارد أن يخطئ في

حكمه ويصدر حكماً معيباً يمثل مخالفة قانونية سواء كانت هذه المخالفة مخالفة شكلية أم مخالفة موضوعية.

ويندرج عن مبدأ المشروعية وكفالة حق التقاضي مبدأ التقاضي على درجتين، ويتضمن هذا المبدأ القول بأن الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى يتم الطعن عليه أمام محكمة الدرجة الثانية، يستوي في ذلك أن الحكم قد صدر من محاكم القضاء الإداري أم من محاكم القضاء العادي.

ولما كان الحق في التقاضي إحدى الأصول الدستورية المتقررة لما فيه من كفالة تجاه الكافة في تطبيق هذا الحق قضت محكمة التمييز الكويتية بأن "الأصل الدستوري وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن حق التقاضي مكفول للناس كافة، فيكون لكل ذي شأن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي بما في ذلك الطعن على القرارات الإدارية النهائية وإخضاعها لرقابة القضاء، لذلك كان الأصل في حق التقاضي هو خضوع الأعمال والقرارات الإدارية لرقابة القضاء"⁽¹⁾.

لما كان ذلك وكان حق التقاضي وثيق الصلة في إطار المشروعية بضرورة الفصل في الأنزعة القضائية التي تقام أمامه إذ أن ضرورة فصل القاضي في النزاع المعروض أمامه على النحو الذي يقضي به القانون يعد من الأمور المسلم بها والتي يتعين على القاضي إعمالها، إذ هو أمرًا واجبًا عليه ويدخل في نطاق وظيفته

(1) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية الأولى، الطعون أرقام 647، 659، 694 لسنة 2015 إداري/1، جلسة 14 جمادي الآخر 1437هـ، 2016/3/23م.

الأساسية، فالقاضي ملتزمًا بالفصل في النزاعات التي تقام أمامه، شريطة أن تكون مفترضات الدعاوي وأدلتها كاملة لا ينقصها بيان أو دليل، وفي هذه الحالة يعد حكمه في الدعوى لازماً، والقول بغير ذلك فيه مصادرة على المطلوب، ويمثل جريمة من الناحية القانونية، هي جريمة إنكار العدالة⁽¹⁾.

ثانياً: احترام السلطة التنفيذية للقوانين التي تكفل حق التقاضي

على السلطة التنفيذية في هذا المقام ألا يكون لها تأثيراً سلبياً على مباشرة القضاء لأعماله، ولكي تصبح هذه الضمانة ذو فعالية في هذا المقام فإنها لا بد أن تحاط بسياج من الحرمة والتي يمنع المساس بها، وعلى ضوء ذلك تنص المادة (163) من الدستور الكويتي على أن: "لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل"، كما تؤكد كذلك المادة (168) على ذلك بقولها أن: "يكون للقضاء مجلس أعلى ينظمه القانون ويبين صلاحياته".

(1) لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك، د/ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2020م، ص 35 وما بعدها، ويرى سيادته أن القاضي يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة إذا امتنع عن الفصل في قضية صالحة للحكم فيها أو عن الإجابة على عريضة قدمت إليه، أي أنه يرفض صراحة أو ضمناً الفصل في الدعوى أو أنه يؤخر الفصل فيها رغم صلاحيتها لأن يتم القضاء فيه بحكم.

وما نحن بصدده يؤكد ما جاء بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 بشأن قانون تنظيم القضاء، إذ تقضي المادة (23) من هذا المرسوم بقانون الأخير على أن: "رجال القضاء والنيابة العامة عدا من هم في درجة وكيل نيابة (ج) غير قابلين للعزل إلا وفقاً لإجراءات المحاكمة التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون..."، وما يؤكد استقلالية القضاء كذلك في مواجهة السلطة التنفيذية ما قضت به المادة (40) من ذات المرسوم والتي نصت على أن: "تأديب القضاة بجميع درجاتهم من اختصاص مجلس تأديب يشكل من ثلاثة من مستشاري محكمة التمييز واثنين من مستشاري محكمة الاستئناف، على ألا يكون من بينهم رئيس أو أعضاء المجلس الأعلى للقضاء، وتكون رئاسة المجلس لأقدم المستشارين، وتختار الجمعية العامة لكل من المحكمتين سنويًا المستشارين اللازمين لتشكيل مجلس التأديب، ومثلهم بصفة احتياطية، وينعقد المجلس بمقر محكمة التمييز، ويمثل الادعاء أمامه رئيس التفتيش القضائي أو من يكلفه بذلك".

ثالثاً: احترام السلطة التشريعية للقواعد التي تكفل حق التقاضي

إن القوانين لا تصدر إلا بعد الموافقة عليها من مجلس الأمة، وذلك على النحو الذي تنص عليه المادة (79) من الدستور الكويتي، لما كان ذلك وكانت القوانين في إصدارها تستهدف تحقيق الصالح العام للجماعة، وكان من بين تحقيق هذا الصالح أن يكون لكل فرد من الأفراد داخل المجتمع الحق في الذهاب إلى قاضيه الطبيعي لكي يكفل حقوقه المنوط العمل بها في الدستور والقانون، وكان على عاتق

السلطة التشريعية الالتزام بإصدار القوانين التي تتفق غايتها مع الصالح العام، أي أنه محظور بنص أو بدون نص على مجلس الأمة أن يصدر تشريعات يترتب على تنفيذها تعطيل حق التقاضي في مواجهة المواطنين أو التأثير على السلطة القضائية ذاتها، ففي كل الأحوال يعد الأمر غير جائزاً.

المبحث الثالث

تطبيقات حق التقاضي فى القانون الإدارى الكويتى

تمهيد وتقسيم:

تعد تطبيقات حق التقاضي هي الشكل الخارجي والمظهر الملموس في صدد ما إذا كان هناك كفالة لحق التقاضي من قبل القانون من عدمه، وعلى ذلك وفي هذا الخصوص سوف نتناول هذه التطبيقات في المطلبين التاليين؛

• المطلب الأول: الحق في الطعن.

• المطلب الثاني: الحق في قضاء عادل منصف.

المطلب الاول

الحق فى الطعن

الأصل العام في هذا المقام هو أن أية موضوع يصلح لأن تقام بشأنه دعوى أو أن يقام بشأنه طعن إلا إذا كان طبيعة هذا الموضوع لا يصلح لأن تقام بشأنه دعوى أو طعن، أو أن هناك نص في القانون يقتضي بأن هناك بعض الأعمال لا يحق الطعن عليها، وسوف نتناول في هذا المقام بعض الأعمال التي تخرج من نطاق الطعن والرقابة أمام القضاء الإداري، وذلك على النحو التالي.

أولاً: أعمال السيادة

لم يبين القانون في نصوصه ماهية أعمال السيادة ولكنه اكتفى بالنص عليها، حيث قضت المادة (2) من قانون تنظيم القضاء رقم (23) لسنة 1990 على أنه: "ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة"، إذ نجد أن نص المادة المتقدم لم يبين ماهية أعمال السيادة، ولا غرابة لنا في هذا الأمر، إذ أن ذلك يعد حال العديد من النظم القانونية⁽¹⁾، فغالبية النظم القانونية قد تركت تنظيم أمر أعمال السيادة للقضاء، إذ هو من يقرر ما إذا كان العمل يعد من قبيل أعمال السيادة من عدمه، والفقهاء

(1) ذهب النظام القانوني المصري إلى ذات ما ذهب إليه النظام القانوني الكويتي، حيث قضت المادة الحادية عشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أن: "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، كما نص كذلك قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 على أنه: "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة".

مختلف في شأن أعمال السيادة، إذ البعض يراها حقيقة قانونية وواقعية والبعض الآخر ينكرها دون تردد؛ لما فيها من امتهان لمبدأ المشروعية وسيادة القانون⁽¹⁾.

ويقصد بأعمال السيادة الأعمال السياسية التي لا يحق تعطيلها للرقابة عليها، إذ أن تعطيل مثل هذه الأعمال وتوقفها يترتب عليه تجميد سياسة الدولة، وقد سميت هذه الأعمال في فرنسا بمسمى أعمال الحكومة، وتعد جميع طوائف الأعمال السيادية من عمل السلطة التنفيذية، وهذه الأعمال تخرج جميعها من الرقابة القضائية، يستوي في ذلك القضاء العادي أو القضاء الإداري، فهي لا تبقى محلاً للطعن أو وقف التنفيذ في أي حال من الأحوال، وإذا كانت هذه الأعمال جميعها تصدر من السلطة التنفيذية فإنه يجب التنويه إلى أن السلطة التنفيذية لها في هذا المقام نوعين من الأعمال، إما أنها تحكم أو أنها تدير، فإن كانت تدير باتت كافة الأعمال التي تصدر منها أعمال إدارية، والأعمال الإدارية هي محل طعن وتخضع لرقابة الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، أما إذا كانت الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية تصدرها بوصفها جهة حكم فهذا مفاده أن كافة الأعمال التي تصدرها بطبيعة الحال تعد أعمال حكومية، وهي أعمال السيادة مقصود حديثنا⁽²⁾.

(1) راجع دراسات وبحوث، نظرية أعمال السيادة وموقف المشرع والقضاء الكويتي منها، منشور إلكتروني لدى الصفحة الرسمية لمجلس الأمن على الرابط "kna.kw" بتاريخ 2020/7/11م.

(2) د/ أيمن فتحي محمد عفيفي، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2017، ص 70 وما بعدها.

وإن كانت أعمال السيادة على هذا النحو فإنها تعد في نظر البعض خروجًا على المشروعية، حيث أن وجود وتفعيل نظرية أعمال السيادة قد يجعل الإدارة تصدر أعمالها تحت مسمى أعمال السيادة بحجة التهرب من رقابة القضاء، إذ يعد ذلك سلاحًا في يد السلطة التنفيذية يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم، وذلك على الرغم من أن القضاء هو من يبين ما إذا كان الأمر من قبيل أعمال السيادة من عدمه، وذلك الحال على خلاف البعض من الفقه والذي يقرر جدوى نظرية أعمال السيادة لما لها من طبيعة تختلف عن الأعمال الإدارية؛ حيث أن كافة الأعمال التي قد تصدرها السلطة التنفيذية هي من قبيل الأعمال السياسية⁽¹⁾.

مفاد ذلك أنه وعلى ضوء ما قضت به المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء سالف الحديث عنها جاءت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون تنظيم القضاء سالف الحديث عنه أن تؤكد المادة الثانية خروج أعمال السيادة من ولاية القضاء عمومًا لاتصالها بسيادة الدولة، وهو مبدأ مستقر في الفقه والقضاء منذ أمد بعيد، ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلبًا يمس أعمال السيادة، سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو تعويضه"، مفاد ذلك أن المشرع لم يحدد بعد ما يعد من قبيل أعمال السيادة من عدمه، ولكنه ترك هذه المهمة للقضاء، إذ أن هذا الأخير

(1) د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، بدون دار نشر، 2019م، ص 182 وما بعدها.

هو من يحدد ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة التنفيذية يعد من قبيل الأعمال الإدارية أم أنه يعد من قبيل أعمال السيادة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لما أوردناه ذهبنا محكمة التمييز الكويتية إلى أنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع إذا لم يورد تعريفاً أو تحديداً لأعمال السيادة التي نص في المادة الثانية من تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 المعدل على منع المحاكم من نظرها، فإنه يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء، اكتفاءً بإعلان مبدأ وجودها، ومن ثم تكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة وما إذا كان يعد من أعمال السيادة، وحينئذ لا يكون للقضاء أي اختصاص بالنظر فيه"⁽²⁾.

ويعد من قبيل أعمال السيادة كافة الأعمال التي تنظم علاقة الحكومة بالبرلمان، وتتمثل هذه الأعمال في القرارات الصادر بعقد المعاهدات والاتفاقات الدولية والتي تشمل مراحل إبرام المعاهدة من مفاوضات وتوقيع وتصديق وتفسير، كذلك يعد من قبيل أعمال السيادة العلاقات السياسية التي تعقدها الدول مع بعضها البعض أو مع الهيئات الدولية مثل حالات الاعتراف بدولة أو حكومة معينة أو القرارات الصادرة بالانضمام إلى منظمة دولية معينة أو الانسحاب منها، كما أن الأعمال المتصلة

(1) د/ خالد فايز الحويلة، مبدأ حق التقاضي، دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين، المرجع السابق، ص 95.

(2) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 258 لسنة 2007 - إداري - الصادر بجلسة 2010/6/22م.

بالنشاط الدبلوماسي للقنصليات والسفارات كالتعليمات الصادرة من الحكومة للدبلوماسيين وكافة الأعمال الرسمية التي تخص البعثة تعد كذلك من قبيل الأعمال السيادية، كما يعد من قبيل أعمال السيادة في هذا الخصوص التصرفات التي تجريها الحكومة كأحوال الضم والتنازل على الأقاليم على النحو الذي تقضي به الدساتير⁽¹⁾.

(1) أنظر الأحكام التالية؛

C.E. 5 Mars 1926. Général Gramat. Rec. P. 245.

C.E. Févriewr 1926. Dame oaraco. Rec. P. 125 Dalloz. 1927, III. 5
note Devaux.

C.E. 25 Novembre 1968. Tallagrand. Rec. P. 607.

C.E. 23 Juillet 1924. Paulat. 723.

C.E. Novembre 1933, Mamon, Rec. P. 1071.

C.E. 8 Janvier 1952. Gény, Rec. P. 19

C.E. 20 Février 1953, Weiss, Rec. P. 87.

C.E. 18 décembre 1926, Amoudoin, Rec. P. 458.

C.E. Ler Juin 1943, corbier Rec. P. 140.

C.E. 18 Mars 1898. Conseil general du sénégál. Rec. P. 233.

C.E. 13 decembre 1935, Rabvabondasky. Rec. P. 1189.

راجع لمزيد من التفاصيل، د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ أريج محمود عويضة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 201 وما بعدها.

مفاد ذلك أن كافة الأعمال ذات الطابع السياسي والتي تعد حلقة وصل في العمل تجمع مجلس الأمة⁽¹⁾ في علاقته بالحكومة تعد جميعها بمثابة أعمال سيادة، وهذا الأمر يعد محل اتفاق بين غالبية النظم القانونية، وتعد كافة الأعمال التي قد أسلفنا الحديث عنها هي أعمال تتعلق بالعلاقات الخارجية فقط، إذ أنه ومن جانب آخر توجد بعض الأعمال التي تنظم علاقة الحكومة بالبرلمان، وهي تشمل كافة الأعمال التي تشترط بموجبها السلطة التنفيذية مع مجلس الأمة في أداء وظيفته التشريعية، وذلك كالقرارات الصادرة بالاعتراض على القوانين ونشرها، والاقتراحات المقدمة كذلك بشأن القوانين، وبالإضافة إلى هذه الأعمال يعد من قبيل أعمال السيادة أيضًا الأعمال التي تساهم فيها السلطة التنفيذية في شأن تشكيل البرلمان أو تكوينه، مثل القرارات الصادرة بدعوة البرلمان للانعقاد سواء في أدوار الانعقاد العادية وغير العادية، وكذلك قرارات قضاها، وغير ذلك من الأعمال والموضوعات التي تحت إطار هذه الطائفة من الأعمال⁽²⁾، ويعد كذلك من قبيل أعمال السيادة

(1) بالنظر إلى الدستور الكويتي نجد أن كافة الأعمال التي تعد من قبيل أعمال السيادة منظمة بنصوص الدستور، كما هو وارد بالمادة (86، 87، 88، 89، 104، 106، 107).

(2) د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 204 وما بعدها.

بعض الأعمال المتصلة بأمن الدولة الداخلي⁽¹⁾، وكذلك الأعمال والعمليات التي تتصل بالحرب⁽²⁾.

ثانيًا: مسائل الجنسية

بعد أن انعقد الاتفاق على اعتبار أعمال السيادة من قبيل الأعمال التي لا يحق لأية جهة تقاضي الطعن عليها، يستوي في ذلك القضاء العادي أو الإداري، وبجانب الحديث عن هذه الأعمال تجد فكرة التحصين بين دفاف أعمال السيادة، إذ تؤكد محكمة التمييز ذلك في حكمها قائلة بأنه: "لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن أورد ما تنص عليه المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء من أنه ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، وما ينص عليه قانون إنشاء المحكمة الإدارية من إخراج مسائل الجنسية من نطاق اختصاصها، أقام قضاؤها بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى على قوله (... أن طلب تغيير ما ثبت في سجلات الجنسية وشهاداتها وخاصة البيان المتعلق باسم صاحب الجنسية يخرج عن اختصاص المحاكم لتعلق ذلك بالأساس الذي مُنح على مقتضاه

(1) راجع لمزيد من التفاصيل، د/ أيمن فتحي محمد عفيفي، مبادئ القانون الإداري المرجع السابق، ص 79 وما بعدها.

(2) يقصد بالأعمال المتصلة بأمن الدولة الداخلي كافة الأعمال التي من شأنها الحفاظ على سلامة الدولة من ناحية الداخل وحماية الأمن القومي، مثل الأعمال القائمة في الظروف الاستثنائية، لمزيد من التفاصيل، د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ أريج محمود عويضة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 208 وما بعدها.

الجنسية وما سبق ذلك من تحقيقات أجرتها اللجان المختصة في نطاق سلطتها المخولة لها، وصدرت الشهادة بإثبات الجنسية بعد ذلك على أساسها)، وهي تقديرات سليمة تتفق وصحيح القانون، ومن ثم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس⁽¹⁾.

ونجد تأصيل ذلك في المادة الأولى بند خامساً الذي سبق الحديث عنها من قانون إنشاء الدائرة الإدارية، التي قضت بإخراج مسائل الجنسية من رقابة القضاء.

وفي حكم آخر أصدرته ذات المحكمة قضت فيه بأنه: "لما كان ذلك، وكان المشرع، إعمالاً لنص المادتين (166)⁽²⁾ و(169)⁽³⁾ من الدستور سالفتي البيان، قد أنشأ بالقانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 دائرة إدارية بالمحكمة الكلية تختص دون غيرها بنظر المنازعات الإدارية المبينة به، وكان النص في البند (خامساً) من المادة (1) من هذا القانون سالفة البيان، بعد أن قرر الأصل العام في إجازة طعن الأفراد والهيئات في القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم، استثنى من ذلك بعض القرارات الإدارية، ومنها القرارات

(1) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 18 لسنة 1987 مدني جلسة 1987/12/21، كذلك الطعن رقم 21 لسنة 1994 مدني/ جلسة 1995/1/22م.

(2) تنص المادة (166) من الدستور على أن: "حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق".

(3) تنص المادة (169) من الدستور على أن: "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية لمخالفة القانون".

الصادرة في مسائل الجنسية، وكان هذا الاستثناء يُعد قيّدًا على حق التقاضي، لما ينطوي عليه من حرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى القضاء والطعن على القرارات الإدارية الصادرة في مجال الجنسية.

وباعتبار أن حق التقاضي هو وسيلة حمايتها وضمن فاعليتها والأصل فيه - كما سبق القول - خضوع الأعمال والقرارات الإدارية لرقابة القضاء لذلك فإن هذا الاستثناء يتعين قصر نطاقه على القرارات المتعلقة بمنح الجنسية أو رفض منحها، باعتبار أنها ترتبط بكيان الدولة، وحقها في اختيار من يتمتع بجنسيتها في ضوء ما تراه وتقدره في هذا الشأن، وفقًا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، ومما يؤكد هذا النظر أن المادة (27) من الدستور الكويتي نصت على أن: "الجنسية الكويتية يحددها القانون، ولا يجوز إسقاط الجنسية أو سحبها إلا في حدود القانون"، وهذا الأمر لا يتأتى تحقّقه إلا بالرقابة القضائية على عمل الإدارة، ومن ثم يجوز له الطعن عليها إلغاءً وتعويضًا أمام الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن قضاء التمييز في الحكم سالف الإشارة إليه قد ضيق من نطاق التحصين في شأن الجنسية إلا أنه بعد ذلك أصدر حكمًا في غاية الغرابة، قال فيه أنه: "لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أورد ما تنص عليه المادة الأولى والثانية من قانون تنظيم القضاء وما ينص عليه قانون إنشاء المحكمة الإدارية من

(1) محكمة التمييز الكويتية الطعن رقم 647، 659، 694 لسنة 2015 إداري/ 1، جلسة 2016/3/23م.

إخراج مسائل الجنسية من نطاق اختصاصها أقام القضاء بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددًا بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى، تأسيسًا على أن طلبات الطاعنين وفقًا لما ورد بصحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في إلغاء قرار مجلس الوزراء رقم 968 لسنة 2014 المتضمن سحب شهادات جنسيتهم الكويتية التي حصلوا عليها وجنسية من كسبها تبعًا لهم، استنادًا إلى إقرار الطاعنين بأن والدهم لم يحصل على الجنسية الكويتية قبل وفاته، فضلًا عن أن شهادات إثبات الجنسية التي يحوزها الطاعنون قد حصلوا عليها بطريقة غير قانونية، حيث أنها صدرت بناءً على شهادات شهر غير صحيحة، وذلك وفقًا لإفادة وزارة الداخلية... وأن هذه الطلبات - بهذه المثابة - تخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية إلغاءً وتعويضًا، وفقًا لقانون إنشائها رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982... وخلص الحكم إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولانئياً بنظر الدعوى... وكان هذا الذي خلص إليه الحكم سائغًا، وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، ومن ثم فإن النعي عليه بسبب الطعن يكون على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الطعن⁽¹⁾.

بالنظر في الأحكام المتقدمة التي أسلفناها البيان نجد أن محكمة التمييز قد عدلت عن قضائها، إذ أنها قد ضيقّت نطاق تحصين أعمال الجنسية ومن ثم توسعت فيه على نحو خالفت به قضاء أصدرته، وعدلت عنه، إلا أننا مع ذلك ننتقد موقف

(1) محكمة التمييز الكويتية الطعن رقم 1713 لسنة 2015 إداري/ 2 الصادر بتاريخ 2017/2/7م.

محكمة التمييز الأخير وهو الذي توسع في اعتبار مسائل الجنسية من قبيل الأعمال المحصنة التي لا يحق المساس بها وهذه الحجج التي نبني عليها هذا النقد وهي:

- **أولاً:** أن ما ذهب إليه التشريع والقضاء الكويتي من كون مسائل الجنسية من قبيل الأمور الماسة بكيان الدولة وسياساتها العليا هو أمرًا لا نرجحه، إلا في خصوص مسائل التجنس فقط، دون القرارات الصادرة بسحب وإسقاط الجنسية، فإننا نرى أن التحصين الوارد في نص المادة الأولى بند (خامسًا) سالف الحديث عنه يشير إلى التحصين بصدد مسائل التجنس دون السحب أو الإسقاط، إذ أن هذه الأخيرة من القرارات واجبة التسبب فلا يجوز منع عرضها على القضاء.

- **ثانيًا:** أن النظام القانوني المصري لم يعول على اعتبار مسائل الجنسية من قبيل الأعمال المحصنة، إذ فرض رقابته عليها كافة، حيث قضت المادة العاشرة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 47 لسنة 1972 على أن: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: ... (سابعًا) دعاوي الجنسية، مفاد ذلك وعلى ما جرى به قضاء مجلس الدولة المصري أن تختص المحاكم الإدارية دون غيرها بالأنزعة الخاصة بالجنسية، يستوي في ذلك أية شكل يقام به

النزاع، سواء دعوى أصلية أو أن النزاع قد عرض أمام القضاء بوصفه مسألة أولية⁽¹⁾.

- **ثالثاً:** أن ما ذهبت إليه محكمة التمييز بقولها بأن: "الجنسية الكويتية بالدم اللصيقة بالميلاد والتي تستحق لكل من وُلد لأب كويتي دون حاجة إلى صدور قرار بذلك من الجهة الإدارية أو أي إجراء آخر لا تكون إلا إذا ثبت على وجه قاطع دون منازعة تسلسل الولد عن أب كويتي الجنسية وثبوت نسبه منه، أما عدا ذلك فلا يكون إلا اكتساباً للجنسية لا يتم إلا بطريق المنح من الجهة المختصة وهي مسائل تتسم بطابع سياسي يتعلق بكيان الدولة وحقها في اختيار المنضمين إلى جنسيتها وتحديد ركن الشعب المنتمي إليها في ضوء ما تراه، وبما تعد معه صوراً من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم، ورتبت المحكمة على ذلك أن المنازعة في ثبوت النسب لأب كويتي وصدور حكم بات ينفي هذا النسب يجعل ما يدعيه الطاعن من حق في الجنسية الكويتية غير ثابت له قانوناً بمجرد الميلاد، ويُضحي طلبه الحكم بالزام الجهة الإدارية بإدراج اسمه في ملف جنسية الأب الكويتي المتوفي إثر امتناعها عن الاستجابة له في ذلك منطوياً على منازعة في مسألة من مسائل الجنسية، ومستهدفاً في حقيقته طلب إلغاء قرار الجهة الإدارية السلبي بالامتناع عن منحه الجنسية الكويتية، وهو أمر يعد من

(1) د/ حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومراكز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2019م، ص 301 وما بعدها.

أعمال السيادة تتأى عنه ولاية القضاء"⁽¹⁾، فهذا الحكم الصادر عن محكمة التمييز لم نجد له أية أساس، فلم يكن على سبيل الفرض هناك باعثاً سياسياً نحو اعتبار مسائل الجنسية ومثيلاتها من الأحكام ذات نفس المنطوق من قبيل أعمال السيادة، إذ أننا نرى أن موضوع الحكم خاص وبصورة واضحة بحقوق المواطنين والتي لا يحق والحال التجرد من الفصل بشأنها أمام القضاء.

- رابعاً: إن اعتبار مسائل الجنسية من قبيل أعمال التحصين والتي تخرج عن نطاق الطعن والرقابة يجعل وبصدق السلطة التشريعية تنتهك حق التقاضي بصورة جلية، وهذا أمراً غير منصف لما لطبيعة هذا الحق الدستورية من احترام واجب ورفعة مُخلدة.

وتعد الحجج التي أسلفنا الحديث عنها قد زادت تأكيداً بعد ظهور الموقف المغاير من قبل القضاء الفرنسي، إذ أن القضاء في فرنسا قد ضيق من نطاق أعمال السيادة إلى حدٍ كبير في هذه الآونة، بحيث باتت أعمال السيادة على هذا النحو قاصرة على الأعمال الصادرة عن الحكومة في علاقاتها مع البرلمان، وكذلك الأعمال الصادرة عنها في علاقاتها الخارجية بالدول الأخرى⁽²⁾، أما عن مسألة التحصين والخاصة بالنصوص التي تمنع حق التقاضي فإن مجلس الدولة الفرنسي

(1) الطعن رقم 687، 702 لسنة 2005 إداري، جلسة 2007/10/30م.

(2) د/ يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1999، ص 68، أشار إلى ذلك، د/ خالد فايز الحويلة، مبدأ حق التقاضي، المرجع السابق، ص 103.

يؤكد بأن دعوى الإلغاء لا تعد والحال مرتبطة بقانون من القوانين، وإنما هي بمثابة أداة تهدف إلى تحقيق المشروعية وزيادة تأكيدها، وانتهى المجلس في قائلته إلى إهدار كافة النصوص التشريعية التي تمنع القضاء من التصدي لرقابة القرارات الإدارية على أساس أنه غير مختص بها⁽¹⁾.

مفاد ما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسي يؤكد وبحق اختصاصه بشأن الأعمال المحصنة، حتى ولو كانت هذه الأعمال المحصنة من الطعن تجد سندها وتأصيلها في نصوص البرلمان، إذ يؤكد في مضمون القول بأن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية يعد والحال من قبيل الأمور المتعلقة بالنظام العام ولا يحق والبتة استبعادها حتى ولو جاء القانون بنصوصه الصريحة ونص على خلاف ذلك.

وعلى ضوء المتقدم فإن النص في صدر التشريع على أن هناك قرارًا معيّنًا غير قابلاً للطعن عليه يستوي في ذلك أية طريق من طرق الطعن، يجعل مجلس الدولة الفرنسي يغلب المبادئ العامة للقانون على مثل هذه النصوص، إذ أن احترام

(1) د/ عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء، 1994، ص 108، أشار إلى ذلك، د/ خالد فائز الحويلة، مبدأ حق التقاضي، المرجع السابق، ص 103.

مبادئ المشروعية والالتزام بقديسيته يفتح باب الطعن بالإلغاء ضد كل القرارات الإدارية حتى إن لم ينص القانون على ذلك طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

وفي خصوص مسائل الجنسية وتضارب أحكام القضاء، نرى خضوع قرارات السحب والإسقاط لرقابة القضاء، إذ أن مسائل الجنسية التي يقصدها النص هي مسائل التجنس دون غيرها، لما فيها من سلطة مطلقة للدولة في القبول والرفض، إذ يعد ذلك مظهر من مظاهر سيادتها⁽²⁾.

ثالثاً: إبعاد الوافدين (الأجانب)⁽³⁾

إن مسألة إبعاد الأجانب أمراً مستقر عليه في غالبية النظم القانونية المقارنة، ليس فقط في النظام القانوني الكويتي، ولما كان المواطن منهي عن إبعاده أيّاً كان ما يقوم به من أعمال على النحو الذي اعترفت به المواثيق الدولية من حظر إبعاد المواطنين، ولكن الأجانب الوافدين لا يحق والحال تطبيق هذا الحظر عليهم، لما في ذلك من إمكانية حدوث اضطرابات قد تؤثر على كيان الدولة.

(1) د/ داود العيسى، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر 1994، ص 869، أشار إلى ذلك، د/ خالد فائز الحويلة، مبدأ حق التقاضي، المرجع السابق، ص 103.

(2) راجع، فيصل صالح اليحيى، التعليق على حكم الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز الصادر بجلسة 2017/2/7 في التمييز رقم 2015/1713 إداري/2 بشأن الطعن على قرار سحب الجنسية عن عائلة البرغش.

(3) لمزيد من التفاصيل، أنظر ندوة "الإبعاد الإداري بين سيادة الدولة وحقوق العمالة"، صفحة الأنباء، 2015/1/4م، راجع الرابط التالي "alanba.com" بتاريخ 2020/7/11م.

ومن الأمور المسلم بها أن الإبعاد الإداري كما نعلم هو صلاحية تم منحها لوزير الداخلية فقط، بموجب المرسوم الأميري رقم 17 لسنة 1959م، علمًا بأن القرار الصادر بالإبعاد من جانب هذا الأخير لا يحق التظلم منه، بالإضافة إلى الحيلولة والرقابة القضائية على هذه الأعمال، لذلك فإننا نود إلقاء الضوء في هذا المقام على عدد من الملاحظات بشأن إبعاد الوافدين، وهي:

- **الملاحظة الأولى:** أنه لا يجوز استبعاد الأجنبي كما هو متعارف عليه إلا إذا كان وجوده داخل الأراضي الكويتية يشكل خطرًا على أمنها القومي، أو أنه يمس النظام العام أو الآداب العامة، الأمر الذي يفهم منه أن سلامة دولة الكويت وأمنها القومي فوق أية اعتبارات، لا سيما وأن المخاطب أجنبي لم تكن مصلحته حماية أراضي الدولة.

- **الملاحظة الثانية:** عدم جواز التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة، مفاد ذلك أن انتواء وزير الداخلية على إصداره قرار إبعاد وافد فإنه يتعين عليه أمرين أولهما ذكر أسباب الإبعاد -على اعتبار أن القرار ماسًا بحريات الأفراد- بالإضافة إلى إمهاله مدة زمنية كافية لإنهاء وضعه ومركزه القانوني داخل الأراضي الكويتية.

- **الملاحظة الثالثة:** إحاطة السلطات المختصة علمًا بأن الإبعاد لا يجوز أن يكون وسيلة للتهرب من التزامات قائمة في حق الوافد داخل الأراضي الكويتية،

وعلى وجه الخصوص الالتزامات المالية، إذ أنه في بعض الآونة قد يسعى الوافد إلى أية عمل من شأنه جعل السلطات المختصة تتولى إصدار قرارها بإبعاده.

وإن كان الإبعاد حق من حقوق الدولة تصدره وقتما تشاء وفق الضوابط التي أسلفنا الحديث عنها إلا أنه مع ذلك يبقى عدم التنظيم أو الطعن في هذا القرار مسألة يترتب عليها انتهاك حق التقاضي، ولما كانت الرقابة القضائية هي خير دليل على إتمام صحة قرارات الإبعاد، فإننا نرى ضرورة إنشاء جهة قضائية تتولى نظر هذه القرارات أو تشكيل لجنة تختص بمسائل الإبعاد كما هو الحال في قانون الجنسية المصري⁽¹⁾.

رابعاً: تراخيص إصدار الصحف والمجلات⁽²⁾

إذا كانت نصوص الدستور صارمة وصريحة نحو إقرار حق التقاضي وكفالاته للناس كافة، وأن ضرورة تواجد الاستثناء حالة ضرورية لابد أن تقدر بقدرها دون أن يكون هناك توسع أو امتطاط في التفسير، ولما كان الاستثناء الوارد النص عليه في البند (خامساً) من المادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 1981م المعدل بالقانون رقم 86 لسنة 1982م، من كون تراخيص إصدار الصحف والمجلات

(1) د/ حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومراكز الأجانب، المرجع السابق، ص 406 وما بعدها.

(2) مروة أبو العلا، تراخيص إصدار الصحف والمجلات في ضوء أحكام القانون والقضاء الكويتي، منشور إلكتروني على موقع محاماة نت، تم النشر بتاريخ 2019/6/5م، متابعة بتاريخ 2020/7/11م.

والقرارات الصادرة بشأنها غير قابلة للطعن، فإن هذا الاستثناء الوارد في النص المشار إليه يجب قصره في الحدود التي ورد بخصوصها، وهي القرارات المتعلقة بإصدار الصحف والمجلات التي تصدر من الجهة الإدارية ابتداءً، وذلك عن البت في طلبات الحصول على التراخيص، يستوي في ذلك المنح أو المنع وفقاً لما ورد بالقانون رقم (3) لسنة 1961م بإصدار قانون المطبوعات والنشر دون أن يمتد هذا الاستثناء ليشمل ما عدا ذلك من قرارات أخرى في هذا الشأن، فهذه الأخيرة تخضع بالتالي لرقابة القضاء⁽¹⁾.

ولما كان النص في المادة (13) من القانون رقم 3 لسنة 1961 بإصدار قانون المطبوعات والنشر وتعديلاته على أنه: "لا يجوز إصدار جريدة إلا بعد الترخيص في إصدارها من رئيس دائرة المطبوعات والنشر"، وفي المادة (35) بعد إلغاء التعديلات التي أدخلت عليها بالقانون رقم 73 لسنة 1986، لعدم إقرار مجلس الأمة له في 19/1/1993 على أنه: 1- "لا يجوز تعطيل أية جريدة أو إلغاء ترخيصها إلا بموجب حكم نهائي صادر من محكمة الجنايات، ولا يجوز أن تزيد مدة تعطيل الجريدة على سنة واحدة".... 3- ومع ذلك يجوز لرئيس دائرة الجنايات عند الضرورة أن يقرر بناءً على طلب يقدم إليه من النيابة العامة إيقاف صدور الجريدة مؤقتاً أثناء التحقيق أو أثناء المحاكمة لمدة لا تجاوز ثلاثة أسابيع، وفي المادة (35) لما كان ذلك وكان المشرع في القانون رقم 3 لسنة 1961 بإصدار المطبوعات والنشر وتعديلاته نظم إجراءات الحصول على الترخيص بإصدار

(1) حكم محكمة التمييز الكويتية (الطعن 2004/294 إداري، جلسة 2005/3/28م).

جريدة أو مجلة والسلطة المختصة بإصدار هذا الترخيص وهو رئيس دائرة المطبوعات، ثم حدد في ذات القانون السلطة المختصة بإلغاء هذا الترخيص بالطريق الإداري وقصرها على مجلس الوزراء وحده ولم يخول وزير الإعلام في هذا الشأن سوى وقف الجريدة لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وعند الضرورة القصوى، فإنه يكون قد حدد صراحةً الجهة المختصة التي أراد أن يكون لها وحدها دون غيرها سلطة إلغاء تراخيص الصحف بالطريق الإداري، وكان الثابت من الأوراق - وعلى ما سجله الحكم المطعون فيه- أن القرار محل النزاع بإلغاء ترخيص مجلة الشاهد صدر بتاريخ 2002/12/11 من وزير الإعلام فإنه يكون صادراً من سلطة لا تملك إصداره، ويكون معيباً بعبء عدم الاختصاص، ومن ثم غير مشروع وواجب الإلغاء، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وخلص إلى أن القرار صدر من غير السلطة المختصة بإصداره قانوناً -وهي مجلس الوزراء- ورتب على ذلك عدم مشروعيه القرار لهذا السبب فإنه يكون قد طبق صحيح حكم القانون، ولم يخالف الثابت بالأوراق، ولا ينال من ذلك ما أثاره الطاعن من أن الترخيص صدر معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط، وهو عدم الخوض في الأمور السياسية، ذلك أن تراخيص إصدار الصحف والمجلات منظمه بالقانون رقم 3 لسنة 1961 المشار إليه الذي حدد إجراءات إصداره والموافقة عليه، كما حدد حالات إبعاده، وتعطيل الجريدة ووقفها، والسلطة المختصة بذلك سواء كانت السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية، وهي القواعد الحاكمة للترخيص الصحفي إصداراً وتعطيلاً وإبعاده، أو التي يتعين الالتزام بها والاحتكام إليها، وأن القواعد القانونية المنظمة

للاختصاص بإصدار القرارات الإدارية من النظام العام ويجب الالتزام بها، ويكون النعي برمته على غير أساس⁽¹⁾.

خامسًا: دور العيادة

نضيف إلى ذلك أن القرارات الخاصة بدور العيادة ومركزها القانوني هي أيضًا ضمن الأعمال المحصنة، وأن القرارات الصادرة بشأنها لا يحق الطعن عليها أو التظلم منها، ولا نرى غضاضه في ذلك، إذ أن المشرع قدر أن جهات الإدارة المختصة بدور العيادة هي أجدر من ناحية ثبوت المصلحة عنه في أي جانب آخر، طالما أنها ساعية في ذلك إلى تحقيق ضوابط المشروعية وعدم التعسف في استعمال السلطة.

(1) حكم محكمة التمييز الكويتية (الطعن 2004/294 إداري، جلسة 2005/3/28م).

المطلب الثاني

الحق في قضاء عادل منصف

من تطبيقات حق التقاضي -إلى جانب الحق في الطعن- الحق في قضاء عادل منصف, ويعد حقًا منفصلاً ومستقلاً عن الحق في الطعن، مفاد ذلك أنه ليس بالضرورة أن مكنة الطعن على عمل أو قرار معين يترتب عليه أن يكون هذا الطعن قد راعى قواعد الإنصاف والعدالة، نرى أن القول بغير ذلك يجعل من بعض الأنظمة القانونية كالطعن والرد لا محل لهما في الواقع القانوني.

ويقصد بالحق في القضاء العادل المنصف هو أن يتم إعمال -وبصورة أولية- قواعد المساواة، والتي يجب في ظل إعمالها عدم التمييز أو التفرقة بين الخصوم أمام القضاء أيًا كانت اعتبارات التفرقة أو التمييز، إلا إذا كانت هذه الاعتبارات منصوصًا عليها في أحد التشريعات تطبيقًا لغاية معينة، مبناهَا اعتبارات العدالة التي في بعض الأحيان يرى المشرع سموها على فكرة المساواة، لذلك يجب على أية جهة قضائية ألا تنحرف في قضاءها، وألا تستجيب إلى أية اعتبارات شخصية في خصوص الدعاوى التي تنظرها.

ويعد إعمال قاعدة المساواة أمرًا مستقرًا عليه في غالبية النظم القانونية والدستورية، وإزاء ذلك قضت المحكمة الدستورية بأنه: "وحيث إنه من المقرر - في قضاء هذه

المحكمة - أن حق التقاضي للناس كافة مبدأ دستوري أصيل باعتباره الوسيلة التي تكفل للأفراد حماية حقوقهم والتمتع بها والذود عنها ورد الاعتداء عليها⁽¹⁾.

وتعد المساواة أحد جوانب العدل الواجب التطبيق، والذي يقع على عاتق القاضي الالتزام به، نظرًا إلى أن العدل لا يتحقق دون مساواة، لذلك إذا صدر عن القضاء ما يفيد أن ثمة عمل قد صدر عنه وكان هذا العمل لم يحقق المساواة بين أطراف الدعوى فلا يمكن والحال اعتبار هذا العمل سليمًا من الناحية القانونية، لما فيه من مخالفة للغاية المخصصة للعمل القضائي، إذ يعد هذا الأخير هو الصورة الأولى للحماية القضائية وهي حماية المراكز القانونية من أية تجهيل قد يقع عليها⁽²⁾.

وإذا كنا نجد أن الحق في القضاء العادل المنصف هو إحدى التطبيقات الفعالة في هذا الخصوص وأن المساواة هي الضابط المعول عليه في تحقيق هذا القضاء العادل إلا أننا نرى أن المشرع لم يحقق ضابط المساواة في خصوص الأعمال القانونية، وذلك في نطاق القضاء الإداري نظرًا لما أسلفناه في الفرع السالف من إبقاء بعض القرارات والأعمال خارج الطعن، فهي محصنة، مفاد ذلك أن هذه الأعمال لم تكن متساوية مع غيرها من الأفعال من إمكانية الطعن عليها.

(1) الطعن رقم 34 لسنة 2014م، دستوري جلسة 2014/6/22م، كذلك الطعن رقم 38 لسنة 2014م دستوري جلسة 2015/11/4م.

(2) د/ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، 2018م، ص 99.

مفاد ذلك أن المساواة لم تكن على هذا النحو متحققة كضرورة في جانب الخصوم فقط بل إنها كذلك متحققة في جانب العمل القانوني ذاته، وعليه فإننا نجد أن القضاء العادل المنصف لم يقع على عاتق القاضي فقط، فمعلوم أن القاضي هو من يحقق العدالة، ولكن ما الحال إذا كان القانون المطلوب التعويل عليه والقضاء به لم يكن يحقق هذه العدالة، فلا يقدر القاضي في هذه الحالة الخروج عن تطبيق النص، وعليه فإن القول باللجوء إلى القضاء الدستوري قد لا يُجدي نفعًا إذا كان موقفها تجاه مسألة معينة متواترًا غير مستقر، لذلك على المشرع في هذا الخصوص وإعمالًا لتحقيق كافة القواعد التي تحقق القضاء العادل المنصف إصدار تشريعات تسمح بتطبيق المساواة في الأشخاص والأعمال، الأمر الذي يجعلنا نقول أن الحق في المساواة لتحقيق العدالة أمرًا يقع على عاتق المشرع والقاضي وليس الأخير بمفرده، ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي كفالة هذا الحق وتفعيله وحمايته، بخلاف القضاء الإداري الكويتي الذي لم يكن في خصوص ما تناولناه مسبقًا قد أقام حماية هذا الحق⁽¹⁾.

(1) د/ آمنة سلطاني، الحقوق القضائية الإجرائية أمام القاضي الإداري ومستلزمات المحاكمة العادلة المنصفة، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، يناير (كانون الثاني)، 2013م، ص 97 - 100.

الخاتمة:

إن حق التقاضي كما أسلفنا يعد أحد الحقوق الدستورية الطبيعية التي تناولها المشرع في نصوص الدستور الحالي لما في هذا من أهمية واعتبار، إذ هو الضمانة الجوهرية والأساسية التي يتعين معها تحقيق مبدأ سيادة القانون واحترام قواعد المشروعية، ويعد حق التقاضي في الدستور الكويتي مكفولاً، بل وفي غالبية النظم الدستورية المقارنة، وقد سُوهِد في سياق الحديث عن ماهية حق التقاضي وكفالاته، إذ كان ما نص عليه المشرع الدستوري في هذا الخصوص نصاً صريحاً مقطوعاً به اليقين نحو اعتبار حق التقاضي مكفولاً للكافة، أي أن النص يقرر في طيات مضمونه تقرير مبدأ المساواة أمام القضاء بين المتقاضين، مفاد ذلك أنه طالما تم اعتبار الحق في التقاضي وكفالاته من قبيل الحقوق الطبيعية فلا يجوز بناءً على ذلك حرمان أي فرد منها.

ولكن قد تقف نصوص القوانين في بعض الأحوال عائقاً أمام تحقيق قواعد المشروعية الدستورية، وهذا ما نحن بصددده الآن في إطار التعرض لنظرية أعمال السيادة وقرارات السيادة المحصنة التي تم استثناءها من الطعن أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية على النحو الذي أشارت إليه المادة الأولى، بند خامساً من قانون هذه الأخيرة، وفي ضوء ذلك وبعد أن سردنا مفهوم حق التقاضي وأهميته وكفالاته وأوضحنا موقف المشرع والقضاء منه، تناولنا موانع التقاضي والآثار المترتبة على ذلك، سوف نقدم في ذلك عددًا من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

- أن كافة الأعمال الصادرة بشأن سيادة الأراضي الكويتية ووجدانها وكيانها تعد من المسائل السياسية، أي تعد من قبيل أعمال السيادة، وهي محصنة لا يحق والحال نظر أمرها أمام أية جهة قضاء مهما علا شأنها، ولو كانت هذه الجهة هي المحكمة الدستورية ذاتها أو قضاء التمييز.
- أن حق التقاضي حقًا طبيعيًا لا يحق والحال الحرمان أو الانتقاص منه، فكفالاته قاعدة دستورية حرمتها قائمة بين دفتي الدستور، لذلك فإن أية قوانين تمنع هذا الحق أو تحد منه تعتبر منتهكة لقواعد المشروعية، لذا يعد نص المادة الأولى "خامسًا" من قانون المحكمة غير دستوري.
- أن القرارات الصادرة في خصوص مسائل الجنسية لا يجوز الطعن عليها أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، وبالتالي فهي تخرج كأصل عام من اختصاص القضاء العادي، الأمر الذي يتعين معه تحصين هذه الأعمال بصورة جمة من رقابة القضاء بأسره، وأمام تعارض الأحكام كما أسلفنا أوجدنا أن مسائل السحب والإسقاط تدخل في رقابة القضاء دون مسائل التجنس فهي لا تدخل في إطار الرقابة القضائية.

ثانيًا: التوصيات

- **التوصية الأولى:** وجوب تعديل نص المادة الأولى بند خامسًا من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982، والتي نصت على أن: "الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية، إقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص الصحف والمجلات ودور العبادة"، بحيث يجب إخراج مسائل الجنسية والمسائل المتعلقة بإقامة وإبعاد غير الكويتيين من نطاق التحصين وفرض رقابة القضاء عليها، والقول بغير ذلك كما أشرنا يعد إفتئات من قبل السلطة التنفيذية على أعمال القضاء بما يترتب عليه انتهاك حق التقاضي.

- **التوصية الثانية:** نوصي المحكمة الدستورية وكذلك محكمة التمييز العدول عن مسلكهم ووضع حقوق وحرريات الأفراد فوق أية اعتبار، بالإضافة إلى ضرورة الاعتراف بسمو الدستور وعلو نصوصه، والتي من بينها حق التقاضي والمساواة، إذ يجب أخذهم بعين الاعتبار فوق النصوص التي تنظم أعمال السيادة وتحصين القرارات.

- **التوصية الثالثة:** طالما أن حق التقاضي منظم دستوريًا وكذلك سلطات الدولة منظمة دستوريًا، وطالما هناك اتفاق في التشريع والقضاء على الاعتراف بأعمال السيادة، فإننا نوصي المشرع صراحة بالنص على أعمال السيادة ضمن

النصوص الدستورية؛ كي لا يعد الحق في التقاضي في غير ذلك أمرًا منتهكًا، وتكون أعمال السيادة منظمة بموجب نص قانوني عادي صادر عن مجلس الأمة ومخالف في ذات الوقت للقواعد والمبادئ المسلم به في القانون الدستوري.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العلمية

1. لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، طبعة ابن منظور، 1968.
2. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الثالث، دار الفكر، بدون سنة نشر.
3. د/ ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، 2014م.
4. د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ أريج محمود عويضة، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2020م.
5. د/ محمد عبد العال، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، 2018م.
6. د/ فهيمة أحمد على القماري، المحكمة الدستورية العليا كنموذج للتخصص القضائي، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م.

7. د/ أحمد عوض هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دار النهضة العربية، 1992م.
8. د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، 2016م.
9. د/ أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
10. د/ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2020م.
11. د/ أيمن فتحي محمد عفيفي، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2017م.
12. د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، بدون دار نشر، 2019م.
13. د/ حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومراكز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2019م.
14. د/ يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 16999.

15. د/ عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء، 1994م.

16. د/ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، 2018م.

ثانياً: الرسائل العلمية (ماجستير - دكتوراه)

1. البياتي، عبد الله رحمة الله، حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1998م.

2. إدريس، شيراز حمد النيل، كفالة حق التقاضي كمبدأ دستوري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلسن، السودان، 2014م.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات

1. د/ داود العيسى، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر 1994م.

1. مزوغي، شاكراً، حق التقاضي، ودولة القانون، بحث منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، بمجلة الاجتهاد القضائي، بجامعة محمد خيضر بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، المجلد/ العدد 9، مارس 2013م.

2. يوسف أحمد الزمان، حق التقاضي وتحسين القرارات الإدارية في قطر، بحث أعد للقاء الأثنين (24) للسنة الثالثة وقدم للمناقشة بتاريخ 2013/6/3م، الدوحة، 2013م.

3. فكري أحمد مغاوري، تطور القانون الإداري الكويتي مع عرض اتجاهات أحكام القضاء والمبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، منشور إلكتروني؛

www.law.gov.kw

4. د/ خالد فايز الحويلة، مبدأ حق التقاضي، دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحسين (فرنسا - مصر - الكويت)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الرابع "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد (2)، الجزء الثاني، صفر/ ربيع الأول 1439هـ نوفمبر 2017م.

5. دراسات وبحوث، نظرية أعمال السيادة وموقف المشرع والقضاء الكويتي منها، منشور إلكتروني لدى الصفحة الرسمية لمجلس الأمن على الرابط "kna.kw".

6. فيصل صالح اليحيى، التعليق على حكم الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز الصادر بجلسة 2017/2/7 في التمييز رقم 2015/1713 إداري/2 بشأن الطعن على قرار سحب الجنسية عن عائلة البرغش.

7. مروة أبو العلا، تراخيص إصدار الصحف والمجلات في ضوء أحكام القانون والقضاء الكويتي، منشور إلكتروني على موقع محاماة نت، تم النشر بتاريخ 2019/6/5م.

8. فوده، محمد سعد إبراهيم، الحماية الدستورية لحق التقاضي، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (57)، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ابريل 2015م.

9. د/ أمنه سلطاني، الحقوق القضائية الإجرائية أمام القاضي الإداري ومستلزمات المحاكمة العادلة المنصفة، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، يناير (كانون الثاني)، 2003م.

رابعًا: المراجع الأجنبية

Lesage (Michel): Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (Contribution) à étude du principe de séparation des pouvoirs, thèse, Lille, éd. L. G. D. J. 1960.

LARNAUDE (FERDINAND): La séparation des pouvoirs et la justice en France et aux états – Unis, Revue des Deux Mondes, 1905.

Les grands decisions du conseil constitutionnel, paris, 17
edition, 2013.

TC 2, déc. 1991, COFACE, D. 1992.

G. E 4 Juil, 1862 simon, Rec. C.E 1er Juil, 1943.

G. E, 26 mars 1980, minister c/chamber de commerce
français au li – ban, Rec.

G. E, 5 juil 2002, M. megnrt. M. mekhantar, A. J. D. A,
2002.

أثر التحول الرقـمى
على نظرية الاختصاص القضائى
فى منازعات التقاضى الالكترونى

د/أحمد محمد عصام

دكتوراه فى قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

ملخص البحث:

بمناسبة إتجاه الدولة المصرية والعالم أجمع نحو التحول الرقوى ودخول عالم الثورة المعلوماتية فمن المفترض أن هذا التحول سوف يطال الحياه القانونية⁽¹⁾، ومنها مرفق القضاء الحيوى من خلال الاسهام فى تحقيق سرعة الفصل فى الدعاوى المدنية وعلى الرغم ان وزارة العدل المصرية والنيابة العامة ومحكمة النقض قد إتخذت حزمة من الاجراءات والقرارات لمواكبة ذلك التطور التكنولوجى لتنفيذ برامج التحول الرقوى إلا انه لازلت هناك اشكالية عدم معاجة هذا التطور تشريعيا وان كان قد اخذ به القانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008 والمعدل بالقانون رقم 146 لسنة 2019.

الا ان قانون المحاكم الاقتصادية يعتبر قانون خاص والمقصود بالمعالجة التشريعية محل بحثنا هو قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى حيث انه يعتبر مرجع لجميع القوانين الاخرى⁽²⁾، وجميعها تنص على انه فى حالة عدم وجود نص يرجع فيه الى قانون المرافعات المدنية والتجارية وحتى يكون متماشيا مع التحديثات التى تقوم بها الدولة ومنها الحكومة الالكترونية والتعليم عن بعد و التجارة الالكترونية والمختص بها قانون المرافعات المدنية والتجارية ونرى ان عدم تحديثه يؤثر تائير

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص 11.

(2) الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٧٢ قضائية الصادر بجلسة 2020/12/21 الموقع الرسمى لمحكمة

بالغ فى شتى مناحى الحياه الاجتماعيه والاقتصاديه والعلميه وما نلقى الضوء عليه
بالاخص فى هذا البحث هى قواعد الاختصاص التى ينظمها هذا القانون والتى
تطلب ضرورة ملحة لاستحداث تشريعات تسهل اجراءات التقاضى الالكترونى
ومواجهة مستجدات العصر الرقمى والتكنولوجى.

حصر نطاق البحث:

تم حصر نطاق البحث فى التعريف بالتقاضى الالكترونى والمحكمة الالكترونية
والتوقيع الالكترونى واهم التشريعات الحديثه لبعض الدول الاخذة به وتأثير التحول
الرقمى على قواعد الاختصاص المنظمة لعملية رفع الدعوى فى ظل الاتجاه الى
رفع الدعوى عن بعد.

أهمية البحث:

تكمن فى ضرورة تعديل بعض مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية بما يتناسب
مع التحول الرقمى وانشاء الحكومة الرقميه وكيفية استنباط الحلول الملائمة بما
يناسب وينسجم مع الواقع المنتظر؛ حيث انه من المعروف والثابت ان المحاكم جزء
حيوى من العملية القضائية وكان من الضرورى السعى الى تطويرها بانشاء محاكم
ذات تقنية وجودة عالية بما لا يخل بالاسس القضائية وضمانات التقاضى
المتعارف عليها بالحقاق نظام قضائى الالكترونى مؤمن من خلال ربط الاجهزة
القضائية ضمن دائرة الكترونية واحدة وربطها معا لتؤدى عملها عبر الوسائل
الالكترونية وهذا امر اصبح ضرورة حتمية اسوة بما تم اتخاذه فى بعض دول

العالم بل وهناك ضرورة اخرى وهى تكس الدعوى داخل اورقة المحاكم مما يزيد امد التقاضى وهذا ضد العدالة الناجزة ناهيك عن ظهور ما يعرف بالجرائم الالكترونية ومن غير المقبول ان نعتمد على وسائل واجراءات تقليدية فى العملية القضائية الالكترونية.

ومع ظهور التجارة الالكترونية ودخول الدولة عصر التحول الرقى فكان لابد من الاستفادة من هذا التطور من خلال ما يتخذه المشرع من توسع فى الوسائل الاجرائية فى عملية التقاضى الالكترونى الذى يعتبر مساير للاتجاهات الحديثة فى المجال الاجرائى⁽¹⁾. خصوصا بعد ان اصبحت التجارة الالكترونية حقيقة واقعية وليس بمقدور العاملين تجاهلها ويجب على الدولة توفير بيئة قانونية مناسبة للتجارة الالكترونية والا فانها ستكون على الهامش فى ذلك الاقتصاد الرقى او الشبكى⁽²⁾.

والتقاضى الالكترونى هو تنظيم معلوماتى يتيح للمتداعين تسجيل دعواهم وتقديم ادلتهم وحضور جلسات المحاكمة تمهيدا للوصول الى الحكم وتنفيذه من خلال وسائل الاتصال الالكترونية كما يتيح سرعة الوصول للمعلومات دون حضورهم الشخصى وهذا يحتاج الى تجهيز المحاكم بهذه التقنيات الحديثة وتاهيل القضاة والجهاز المعاون حتى المحامون فمرفق القضاء بالتاكيد يحتاج الى تطوير حتمى وهو مؤهل لذلك تماما وتطبيقا لذلك اخذت بعض الدول العربية على عاتقها هذا

(1) د/ احمد هدى، التقاضى الاعلان القضائى بين الواقع والمنطق فى التنظيم القانونى لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص400.

(2) د/ احمد هدى، التحكيم دراسة اجرائية دار الجامعة الجديدة 2016، ص 311.

التطوير ومنها السعودية والامارات ونرى انه من غير المعقول نظر دعوى تجارة
الالكترونية بتشريعات غير محدثة ومواكبة لنظر الدعوى التى من هذا النوع الامر
الذى يؤثر على المجتمع ككل فى كافة المناحى ومن الجدير بالذكر ان الاخذ
بنظام التقاضى الالكترونى سوف يسهم فى عدالة ناجزة وتقليل امد التقاضى
ويقضى على الفساد الادارى.

تساؤلات البحث:

- ما هو اهمية التحول الرقمة لمرقق القضاة؟
- هل يوجد تاثير على قواعد الاختصاص فى ظل التحول الرقمة لمرقق القضاة؟

اهداف البحث:

لفت نظر المشرع بوجود بعض الفجوات التشريعية فى نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن التحول الرقمة تخص قواعد الاختصاص المكانية، معالجة الصعوبات والمعوقات التى تخص التقاضى الالكترونى عن بعد، والتعرف على الاجراءات والاليات التى اتخذتها الدولة فى تحويل مرفق القضاة الى قضاة الكترونى.

مشكلة البحث:

معالجة الاثار المترتبة على التحول الرقمة فى الجهاز القضائى للدولة فى ظل عدم وجود تشريع يواكب تطورات العصر الرقمة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وخصوصا قواعد الاختصاص المكانية امام المحاكم فى ظل استخدام وسائل الاتصال الالكترونية وصولا الى تحقيق العدالة الاجرائية السريعة والناجزة وبما ينسجم مع الواقع المفروض ومسايرة احداثه بما لا يتعارض مع القواعد القانونية الصحيحة ورد هذا الواقع ووضعه فى موضعه القانونى الصحيح.

منهج البحث:

تم اتباع المنهج الوصفي والتحليلي من خلال استقراء النصوص القانونية لقانون المرافعات المدنية والتجارية وبالاخص الاختصاص المكانى وتطبيقها على التحول الرقمى المنتظر، وفى هذا السياق فاننا سنعالج موضوع البحث المعنون اثر التحول الرقمى على نظرية الاختصاص القضائى فى منازعات التقاضى الالكترونى من خلال مبحثين على النحو التالى:

المبحث الاول: أهمية التحول الرقمى فى التنظيم القضائى

المبحث الثانى: تاثير التحول الرقمى على نظرية الاختصاص القضائى

المبحث الاول

اهمية التحول الرقوى فى التنظيم القضائى

يعتبر التحول الرقوى مصطلح حديث فى الالونة الالخرة ولكننا نرى انه ليس حديث من الناحية الوظيفية فى ظل سرعة انتشاره وتوغله فى جميع مرافق الدولة التى قطعت فيه شوطا كبير بعمل طفرة تكنولوجيا فى جميع مؤسساتها ومنها مرفق القضاء الحيوى.

تعريف التحول الرقوى

يكتسب مصطلح التحول الرقوى اهتمام بحثى كبير فى الالوساط الالكاىمية وحتى الان لم يتم التواصل الى مصطلح منضبط نحو مفهوم التحول الرقوى الى ان توصلنا الى بعض التعريفات التى يجدها الباحث انها من مفهوم خاص حتى الان و من ضمن هذه التعريفات.

ان التحول الرقوى يعتبر عملية معقدة تتطلب التزام جميع موارد المنظمة البشرية والمادية والتنظيمية والتكنولوجيا بتطبيق التقنيات الرقمية فى جميع انحاء المنظمة (1).

(1) د/ اسر احمى خميس اثر التحول الرقوى على الالاء الوظيفى للعاملين فى البنوك التجارية المصرفية المجلة العلمية للدراسات والبحوث المالية والتجارية كلية التجارة جامعة دمياط المجلد الثانى العدد الثانى الجزء الثالث يوليو 2021 ص 1005.

وهناك تعريف اخر يعتبر التحول الرقوى انه توظيف لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخل المؤسسات والهيئات سواء الحكومية او الخاصة بهدف تطوير الاداء المؤسسى والخدمات وتحسين الكفاءة التشغيلية وزيادة الفاعلية والانتاجية مما يهدف حسن سير العمل داخل المؤسسة فى كافة اقسامها⁽¹⁾.

ويعرفه الباحث على انه عملية يتم بها تحويل جميع الورقيات والمعاملات التقليدية داخل المؤسسات الحكومية وغير الحكومية الى الكترونية باستخدام كافة الوسائل التكنولوجية الحديثة من شبكة انترنت و كاميرات و هواتف و اجهزة سمعية بهدف التسهيل والتيسير على المواطن من حصوله على خدماته واحتياجاته المطلوبة بصورة قانونية ناجزة وسريعة.

وهذا ما تتطلبه المرحلة الراهنة التى تتبناها الدولة والمتماشية مع الاتجاهات العالمية.

ومن خلال هذا التعريف نجد ان محاكم الدولة المصرية فى اشد الاحتياج الى تطبيق التحول الرقوى داخل النيابة والمحاكم المختلفة ولكن كيف يتم هذا التحول والى اى مدى يجوز تطبيقه وخصوصا قواعد الاختصاص المكانية التى ينظمها قانون المرافعات المصرى وللتعرف على ذلك المدى سوف نقوم بسرد بعض التعريفات الالكترونية القضائية كالاتى

(1) د/ محمود عبدالله محمد منصور التحول الرقوى كالية لتنمية راس المال البشرى بمؤسسات التعليم الجامعى مجلة دراسات فى الخدمة الاجتماعية جامعة حلوان ص172 العدد 53 ابريل 2021.

تعريف التقاضى الإلكتروني:

اصبح مصطلح التقاضى عبر الوسائل الإلكترونية ليس بالغريب ؛ على الرغم انه مصطلح قانوني حديث النشأة لم يتم استخدامه حتى وقت قريب من قبل فقهاء القانون على المستويين العربي والدولي باستثناء عدد محدود جدًا منهم؛ والتقاضى الإلكتروني تم التطرق له فى بداية الألفية الثالثة، ويقصد به رفع الدعاوى الإلكتروني في المحاكم،⁽¹⁾. وهو يعتبر طفرة تكنولوجيا فى فقه القانون فى ظل التقدم التقني المعلوماتي، وما له من مردود إيجابي على عملية التقاضى ، وعرفه البعض الآخر بأنه: "عبارة عن سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة النظاميين بنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة، ⁽²⁾. وهذا النظام القضائى يعتبر نظام معلوماتي متكامل الأطراف والوسائل، وهو يعتمد على منهج تقنية شبكة الربط الدولية (الإنترنت) بنظر الدعاوى والفصل بها، مع إخضاع هذه الوسائل والإجراءات التي تمت من خلال الأصول المتبعة فى الإثبات، بهدف الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضين ⁽³⁾.

والدعوى هى وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق وهى الوسيلة التى خولها القانون

(1) د/ محمد على سويلم، التقاضى عبر الوسائل الإلكترونية فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2020، ص33.

(2) أ/ محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2013، ص66؛

(3) د/ محمد عصام إبراهيم الترساوي، إلكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019.

صاحب الحق فى الالتجاء الى القضاء لحماية حقه⁽¹⁾.

ويوجد شروط عامة للدعوى وضعها المشرع بدونها لا تقبل الدعوى ولا نتحدث هنا عن شرط الصفة والمصلحة الاساسيين لانها من الشروط العامة البديهية ولكن نتحدث عن بعض الشروط الخاصة مثل المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى فهل هذه الشروط الخاصة سوف تتاثر وتتجه الى التعديل فى ظل التقاضى الالىكترونى ورفع الدعوى عن بعد ونحن نرى انه لا مانع من تعديلها حيث ان مضمون تلك المواعيد اجرائى لا يؤثر على مضمون العدالة فى حالة تعديلها

ولما لهذا المصطلح من دلالة عن استخدام وسائل تقنية حديثة يتم من خلالها اجراءات الخصومة⁽²⁾ التي يرغب ايا من أحد أطراف الدعوى القيام بها، وكان لابد ان يتم اتباع إجراءات حديثة ومتطورة ومتطورة في قانون المرافعات المصرى أمام المحاكم بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية وتحقيق العدالة بين المواطنين بأقصر الطرق وأسرعها وهذه العملية تندرج تحت مسمى المحكمة الالىكترونية التي تعد نقلة نوعية تواكب مستجدات ومتطلبات الوقت الحالى لارتباطها بعملية تحويل البيانات الى معلومات يسهل التعامل معها بشكل يومى⁽³⁾.

(1) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 186.

(2) يقصد باجراءات الخصومة مجموعة الاجراءات التي تبدأ من وقت ايداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب الى حين صدور الحكم فى موضوعها او انقضائها بغير حكم فى الموضوع د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 305.

(3) د/ جابر فهمى عمران لوجستيات التقاضى دار الجامعة الجديدة 2014 ص 104

ولكن كيف يتم ذلك فى ظل خضوع اجراءات رفع الدعوى لقواعد الاختصاص التى ينظمها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى وهذه القواعد هى التى تبين المنازعات والحدود التى تدخل فى سلطة كل محكمة فى مواجهة الاخرى⁽¹⁾ وهل هذا التطور سوف يؤثر على قواعد الاختصاص وخصوصا ان هذا التطور اصبح يلامس المنظومة القضائية فى كافة صورها وتجده ظهر عندما انحصر النظام الورقى اليدوي المتبع فى إجراءات التقاضي التقليدية والاستعانة بالنظام الإلكتروني للتخلص من الكم الهائل للورق التي تكاد تملئ بها غرف المحاكم، والتي تؤدي الى تاخر الفصل فى القضايا⁽²⁾. وخصوصا بعد ان احتلت الطباعة محل الكتابة اليدوية⁽³⁾. وفى جمهورية مصر العربية اعتمد النائب العام بتاريخ 12 مارس 2020 نشر برنامج العدالة الجنائية الإلكتروني بجميع نيابات الجمهورية، فى إطار سياسة التحول الرقمي لإنفاذ القانون، حيث تم إدراج جميع التحقيقات التي تجريها النيابة العامة والقرارات المتعلقة بها ووجه التصرف فيها فى ذلك البرنامج بشكل الكتروني، ويتيح للنائب العام وقادة النيابة العامة متابعة سير تلك التحقيقات بصورة فورية، فضلاً عن توفير نُسخ رسمية منها لذوي الشأن. كما أصدر النائب العام القرار رقم 346 لسنة 2020 بشأن إنشاء إدارة التحول الرقمي لإنفاذ القانون

(1) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 83.

(2) د/ زعزوعة نجاه المحكمة الالكترونية بين المفهوم والتطبيق مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر المجلد 4 العدد 2 لسنة 2021 ص 96.

(3) د/ اسماعيل سيد اسماعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص 97.

والذى نص على أن تتولى الإدارة أحد أعضاء النيابة العام بدرجة محام عام على الأقل، ويعاونه عدد كاف من الأعضاء يصدر بتحديدهم قرار من النائب العام، ويلحق بالإدارة عدد من الموظفين المتخصصين وفقاً للهيكل الإداري الذي يصدر في هذا الشأن⁽¹⁾.

وهي تعد خطوة جيدة للنيابة العامة لمواكبة التطور الهائل في مجال الثورة المعلوماتية وتنفيذاً لسياسة الدولة الحديثة في تطوير ورقمنة جميع مرافق الدولة كما أن هذا التطور الملحوظ يحسن في أداء النيابة العامة سعياً لتحقيق رسالتها في صيانة المجتمع من أخطار الجرائم المختلفة، وحرصها على مواجهة التحديات التي كانت تعوق أعمال أعضائها لتوفر لهم المناخ الأفضل الذي يمكنهم من أداء رسالتهم على أفضل وجه كما أن «النيابة العامة» تواكب توجه مؤسسات الدولة في تفعيل سياسة التحول الرقمي في كافة أعمالها؛ إذ إنها تعتمد على برنامج «العدالة الجنائية» في تداول القضايا بين النيابة ورئاستها بصورة رقمية دون تداول أوراقها، وهو ما أكدته أحكام محكمة النقض بحجية المحررات الإلكترونية سواء تم تخزينها أو إرسالها أو استقبالها بوسيلة الكترونية⁽²⁾. فضلاً عن تفعيلها تلك السياسة في تنفيذ الأحكام القضائية.

تعريف المحكمة الإلكترونية

(1) القرار رقم 346 لسنة 2020 بشأن إنشاء إدارة التحول الرقمي لإنفاذ القانون بمكتب النائب العام نشر بالجريدة الرسمية، العدد 31 مكرر (و)، بتاريخ 26 أغسطس 2020.

(2) الطعن رقم 1378 لسنة 88 قضائية الصادر بجلسته 2020/1/19 الموقع الرسمي لمحكمة النقض

المحاكم الالكترونية هي احد التطبيقات العديدة لثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وهذا المصطلح لم يظهر الا عقب ظهور مصطلح الحكومة الالكترونية الذى يشمل كافة التعاملات الالكترونية ومنها المحكمة الالكترونية بخدمات المحاكم⁽¹⁾. والمحكمة الالكترونية هي التى تقوم بجميع الاعمال الموكلة اليها قانونا باستخدام الحاسب الالى الذى يحتوى على البرامج الخاصة بتطبيق اجراءات التقاضى والموصول بشبكة الانترنت لاختصار الوقت واصدار الاحكام باسسط واسرع الطرق دون الحضور الشخصى للمحكمة⁽²⁾. وهى محكمة لا حضور فيها للخصوم أو ممثلهم وتقدم فيها جميع الاوراق والمستندات عبر الانترنت⁽³⁾.

وهذا التعريف يبين ان المحكمة تتلقى الطلبات طيلة ايام الاسبوع وخلال 24 ساعة من السادة المحاميين اذا رغبو فى اجراءات رفع الدعوى الكترونيا عبر البريد الالكترونى⁽⁴⁾. وعقب ذلك يقوم الموظفين المخ لمستخدم اما بالقبول او الرفض ثم يتم تصيين بارسال المستندات الى المحكمة المختصة بعد التأكد من هوية ا ارسال

(1) د/ هادى حسين عبد على الكعبى مفهوم التقاضى عن بعد ومستلزماته مجلة المحقق المحلى للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول السنة الثامنة 2016.

(2) د/ هادى حسين عبد على الكعبى مفهوم التقاضى عن بعد ومستلزماته مجلة المحقق المحلى للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول السنة الثامنة 2016.

(3) د/ احمد هندى التقاضى الالكترونى دار الجامعة الجديدة 2014 ص 53 .

(4) د/ زعزوعة نجاه المحكمة الالكترونية بين المفهوم والتطبيق مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر المجلد 4 العدد 2 لسنة 2021 ص 97.

رسالة للمتقاضى يعلمه فيها باستلام المستندات والقرارات المتخذة بشأنها (1).

تعريف التوقيع الإلكتروني:

صدر القانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني المعرف في المادة 1 الفقرة ج (2). وصدرت عدة تعديلات على اللائحة التنفيذية لهذا القانون والمتعلقة بالاشتراطات الفنية والتقنية للاعتراف بحجية المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني في الإثبات وأهم ما استحدثته اللائحة التنفيذية في ان القانون ذاته في المادة 15(3). استوجب لثبوت الحجية للمحررات الإلكترونية ليس فقط استيفاء الشروط التي وضعها المادة 18 (4). من القانون ولكن ايضا استخدام الضوابط

(1) /^د امير فرج يوسف المحاكم الإلكترونية المعلوماتية والتقاضى الإلكتروني المكتب العربي الحديث 2014 ص31.

(2) القانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني المادة 1 الفقرة ج ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شحص الموقع ويميزه عن غيره

(3) القانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني المادة 15 للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية ، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددتها اللائحة التنفيذية لهذا القانون

(4) القانون الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني مادة 18 يتمتع التوقيع:

الفنية والتقنية التي تحددها لائحته التنفيذية ولذلك اوردت نصوص هذه اللائحة عدة تعريفات تستخدم في اعمال الضوابط التقنية لتنفيذ اشتراطات القانون ومنها على سبيل المثال الختم الالكتروني الذي يقوم بنفس وظيفة التوقيع الالكتروني بالنسبة للاشخاص الاعتبارية⁽¹⁾. وهذا ما اكدته محكمة النقض في ظل التطوير المتلاحق للاعتماد على الالكترونية المحررات الرسمية واعتماد حجية الاثبات الالكتروني في ثبوت نسبة المحرر الى صاحبه وهو ما يبرر منح حجية الاثبات لكل الدعامات الورقية او الالكترونية متى تقيدت الاخيرة بالشروط التي حددها القانون⁽²⁾.

(أ) ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.

(ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

(ج) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني .

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك.

(1) الوقائع المصرية العدد(95) تابع في 2020/4/23 المصدر بالقرار الوزاري رقم 2005/109

(2) د/ احمد شرف الدين ضوابط حجية المحررات الالكترونية في الاثبات تعليق على تحديثات اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني في ضوء احكام محكمة النقض المجلة الدولية للغة والقضاء والتشريع العدد 1 لعام 2021 ص 96.

وفي مصر:

اصدرت وزارة العدل يناير 2021 الماضى⁽¹⁾. خدمة إقامة الدعاوى المدنية عن بعد فى ست محاكم

ابتدائية هى محاكم: «القاهرة الجديدة وبورسعيد وشمال القاهرة و جنوب القاهرة وجنوب الجيزة وشمال الجيزة»، وأوضحت أن الخدمة خطوة على طريق تطوير منظومة التقاضى الإلكتروني، تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية بتطوير منظومة التقاضى وميكنتها، واتساقاً مع سياسة التحول الرقمى التى تنتهجها الدولة.

وتتمثل تلك الخدمة فى إمكانية إقامة الدعاوى المدنية وسداد الرسوم وتحديد الجلسات والإخطار بمواعيدها، دون التوجه للمحكمة،⁽²⁾. وتعمل هذه الخدمة من خلال بوابة مصر الرقمية، وتتمثل خطوات تلك الخدمة فى أن يدخل المتقاضى على خدمات المحاكم من خلال بوابة مصر الرقمية ويختار المتقاضى خدمة إقامة دعوى ويحدد المتقاضى المحكمة الابتدائية التابع لها دائرته ثم يحدد نوع الدعوى المدنية التى يريد أن يقيمها ويرفق المستندات التى لديه من خلال مسحها ضوئياً وتقوم المحكمة المختصة بتحصيل رسوم التقاضى إلكترونياً وتحدد موعداً لنظر أولى الجلسات وتخطر المحكمة المتقاضى بموعد الجلسات فى رسالة إلكترونية.

(1) صدر بوزارة العدل بتاريخ السبت الموافق 2 يناير 2021.

(2) زعزوعة نجاه المحكمة الالكترونية بين المفهوم والتطبيق مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر المجلد 4 العدد 2 لسنة 2021 ص 97

ونجد ان قرار وزارة العدل حريص على عدم الاخلال بمبادئ و ضمانات التقاضى وهى المواجهة احدى الحقوق المكفولة للاطراف⁽¹⁾.

وان كنا نرى ان بعض الدول العربية قد اخذت بنظام الفيديو كونفرانس دون حضور الاطراف كما سوف ياتى عرضه و ان هذا النموذج لا يجوز تطبيقه فى بعض القضايا التى تحتاج الى تقدير السلطة القضائية فى الوقت الحالى اذ ينبغى على القاضى مسايرة معطيات العصر التكنولوجى للاستفادة منها فى فهم الوقائع واستجلاء وجه الحق فيها وتكوين عقيدته التى لا تتحقق الا بحضور الاطراف امامه⁽²⁾.

وتطبيقا لذلك قامت وزارة العدل باعداد مشروع مئول المتهمين المحبوسين احتياطياً بالسجون العمومية والمركزية⁽³⁾ عن بعد من خلال استخدام التكنولوجيا الرقمية فى مجال تيسير وتحسين إجراءات التقاضى من المشروعات التى تبنتها وزارة العدل والذى من خلاله يمكن للقضاة داخل قاعة مجهزة بالمحكمة نظر تجديد حبس المتهمين الذين يتواجدون داخل السجون فى قاعات أيضا مجهزة بحضور المحامين من خلال تلك الشبكة التليفزيونية المغلقة والمؤمنة بين المحاكم والسجون ويعد ذلك

(1) الطعن رقم 10379 لسنة 89 قضائية الصادر بجلسة 2020/1/27 الموقع الرسمى لمحكمة النقض

(2) د/ نبيل عمر امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى منشاة المعارف الاسكندرية 1998 ص55

(3) صدر بوزارة العدل بتاريخ الاحد الموافق 18 سبتمبر 2020.

تطبيقاً لفكرة تنفيذ الأحكام الإلكترونية وتسهيل إجراءات المتقاضين و دون إخلال بضمانات المتهم المقررة في الدستور والقانون ويهدف المشروع إلى نظر تجديد حبس المتهمين دون الحاجة إلى نقل المتهمين من مقر حبسهم، بهدف الحد من المخاطر الأمنية أثناء نقل المتهمين وتوفير نفقات نقل المتهمين⁽¹⁾ . ونستنتج مما سبق ذكره انه يمكن الاستغناء عن النظم التقليدية والاعتماد على النظم الحديثة عبر الموقع الإلكتروني القضائي⁽²⁾.

ونصت المادة (14) من القانون 146 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام القانون 120 لسنة 2008، بشأن المحكمة الاقتصادية على أنه فيما عدا حالات الطعن بالنقض، يجوز إقامة الدعاوى التي تختص بها المحكمة الاقتصادية والطعن على الأحكام الصادر فيها من الأشخاص والجهات المقيدة بالسجل الإلكتروني، وذلك بموجب صحيفة موقعة ومودعة إلكترونياً بالموقع المخصص لقلم كتاب المحكمة الاقتصادية المختصة، وتفيد الدعوى بعد سداد المدعي الرسوم والدمغات المقررة قانوناً إلكترونياً، ورفع المستندات إلكترونياً...⁽³⁾.

وقد بينت المادة (13) من القانون 146 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية السداد الإلكتروني كوسيلة توفرها المؤسسات المالية

(1) صدر بوزارة العدل بتاريخ الثلاثاء الموافق 17

(2) ^د زعزوعة نجاه المحكمة الإلكترونية بين المفهوم والتطبيق مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر المجلد 4 العدد 2 لسنة 2021 ص 99،

(3) نشر بالجريدة الرسمية، العدد 31 مكرر (و)، بتاريخ 7 أغسطس 2019.

المصرفية وغير المصرفية لسداد كافة رسوم استخدام خدمة التقاضي الإلكتروني بالمحاكم الاقتصادية والرسوم القضائية والدمغات المقررة لإقامة الدعاوى، ومنها: البطاقات المدفوعة مسبقاً (بطاقات السحب والإئتمان) الحوالات المصرفية وعرفت المادة (1) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم (15) لسنة 2004: "أ- الكتابة الإلكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو دلالة قابلة للإدراك. ب- المحرر الإلكتروني بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"⁽¹⁾.

كما صدرت عدة تعديلات بالقانون رقم 146 لسنة 2019 المعدل على بعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية الصادر برقم 120 لسنة 2008، وتتعلق هذه التعديلات بإعلان الدعوى وقيد صحيفتها وسداد رسومها وسيرها إلكترونياً ورفع المستندات والمذكرات إلكترونياً... إلخ.

وعرفت المادة (13) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 146 لسنة 2019 الموقع الإلكتروني بأنه: "موقع خاص بالمحكمة الاقتصادية المختصة والمخصص لإقامة وقيد وإعلان دعاوى إلكترونياً". وإضافة إلى هذا التعديل صدر قرار وزير العدل رقم 8548 لسنة 2020 والمتضمن إنشاء سجل الكتروني موحد للمحاكم

(1) د/ محمد على سليمان، التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2020، ص142.

الاقتصادية لقيدها العنوان الإلكتروني المختار للجهات والأشخاص راغبي الحصول على خدمة التقاضي الإلكتروني لإعلانهم بجميع إجراءات الدعوى الإلكترونية⁽¹⁾.

وتماشيا مع ما سبق عرضه أطلقت وزارة العدل «إدارة التحول الرقمي ومركز معلومات النيابة العامة» بمكتب النائب العام خدمة «منظومة العرائض الإلكترونية الموحدة للنائب العام» عبر الموقع الرسمي «للنيابة العامة» وذلك في إطار تفعيل سياسة التحول الرقمي بـ«النيابة العامة» وميكنة أعماله، إذ تتيح تلك الخدمة لذوى الشأن أو وكلائهم داخل الجمهورية وخارجها إلكترونياً عن بُعد تقديم عرائضهم وشكاواهم وبلاغاتهم كما تكفل الخدمة تسهيل متابعة العرائض المقدمة وما آلت إليه إلكترونياً عن بُعد برسائل نصية ترسلها «النيابة العامة» إلى مقدمى العرائض عبر الهواتف المحمولة والبريد الإلكتروني، إذ كفلت تلك المنظومة ترابطاً إلكترونياً ناجحاً داخل «النيابة العامة»؛ تسهياً على المواطنين وحفظاً لأوقاتهم، وحرصاً على تحقيق العدالة الناجزة⁽²⁾.

ومن تجارب بعض الدول

في الولايات المتحدة الأمريكية

يعطى الدستور الأمريكي الحق لكل ولاية من الولايات الخمسين حق سن تشريعات

(1) الوقائع المصرية العدد 279 بتاريخ 9 ديسمبر 2020.

(2) د/ زعزوعة نجاه المحكمة الإلكترونية بين المفهوم والتطبيق مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر المجلد 4 العدد 2 لسنة 2021 ص 99،

خاصة بكل ولاية⁽¹⁾. الى ان اصدر البيت الابيض قواعد تنظيم التجارة الالكترونية الحديثة متضمنة صدور القانون الاتحادي الامريكى الذى ارسى مبدا الاستفاة من الوسائل الالكترونية الحديثة⁽²⁾. حيث اتاح للقضاة والمحامين والخصوم الاطلاع على ملف الدعوى (online) ومعرفة تفاصيل الدعوى وما تم فيها وهذا النظام تم العمل به منذ عام 2000⁽³⁾.

ويتم رفع الدعوى إلكترونيًا عبر موقع إلكتروني خاص تملكه شركة خاصة يقع مركزها الرئيسي في مدينة سانتا بربرا بولاية كاليفورنيا"، وقد بدأت في تشغيل هذا الموقع في غضون شهر "أيلول" سبتمبر عام 1999⁽⁴⁾. وتم الاعتماد على الاخذ بالوسائل الحديثة فى طرق الاعلان القضائى الالكترونى على المستوى الفيدرالى بشرط وجود اتفاق على استخدام هذه الاساليب⁽⁵⁾. وهذه القواعد قررت ان موافقة الخصوم على الايداع الالكترونى موافقة ضمنية على قبول الاعلان بالبريد

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص261.

(2) د/ احمد هندى التقاضى الالكترونى دار الجامعة الجديدة 2015 ص34.

(3) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص263.

(4) د/ هادي حسين عبد العلي الكعبي، أ. نصيف جاسم محمد الكرعوي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثامنة، 2016، ص284.

(5) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص264.

الالكترونى وتعنى التزامه الاجابة على الدفوع والطلبات بذات الوسيلة الالكترونية وتم تصميم موقع خاص يتضمن جميع عناوين البريد الالكتروني للخصوم فى جميع الدعاوى وقد انتهجت ولاية بنسلفانيا ونيفاذا وهاواوى نفس النهج بالنسبة لاعلان الدعوى الكترونيا⁽¹⁾. وبذلك يكون النظام القانونى الامريكى من اوائل النظم التى استجابت لاستعمال الوسائل الحديثة بالايدياع الالكترونى الى ان تم تعميم هذا النظام فى محاكم كافة الولايات وتبع ذلك الاخذ بنظام الاعلان والاطار الالكتروني باستخدام البريد الالكتروني للخصم طبقا لنص المادة الرابعة من قانون المرافعات الاتحادى⁽²⁾.

فى دولة الامارات العربية

اصبحت دولة الامارات تتصدر قائمة الدول الاكثر شفافية فى نظامها القضائى بعد ادخال الوسائل الالكترونية الحديثة فى كافى مناحى الحياه⁽³⁾. وقامت بانشاء محكمة اليوم الواحد فى اماره راس الخيمة بالقرار رقم 38 لسنة 2016 وهذه المحكمة تختص بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التى تقل قيمتها عن 20 الف درهم وتشكل من قاض فرد ويتم دعوة الخصوم الكترونيا ويصدر الحكم فى نفس يوم تسجيلها بعد سماع الاطراف وفى يناير 2017 انشأت المحكمة الجزئية بامارة

(1) د/ احمد هندى النقاضى الالكترونى دار الجامعة الجديدة 2015 ، ص49 .

(2) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص271.

(3) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص388.

راس الخيمة تنتظر قضاياها بجلسة واحدة دون الحاجة الى تاجيل على ان تقبل الاستئناف⁽¹⁾. كما نص القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2014 المعدل لقانون الاجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 المادة 42 على انه ترفع الدعوى الى المحكمة بناء على طلب المدعى وذلك بايداع صحيفة الدعوى لدى مكتب ادارة الدعوى او بقيدها الكترونيا كما اجاز ان يتم اعلان صحف الدعاوى او الطعون الكترونيا⁽²⁾. وفي عام 2013 تم تدشين المحكمة الذكية بالامارات وفي هذا النظام يتم ايداع الدعوى الكترونيا من قبل المحامين ويستطيع القاضى متابعة الدعوى والحصول على اى نسخة عن بعد⁽³⁾. واصبح بمقدور المحامين واصحاب الصفة تسجيل دعواهم من خلال موقع محاكم دبي دون التقيد بوقت او مواعيد⁽⁴⁾.

ومن هنا نجد ان استخدامات التكنولوجيا فى القضاء لها صور متعددة ومتدرجة فلم يعد الامر قاصرا على الكترونية التقاضى باستخدام الوسائل الرقمية فى رفع الدعوى واعلانها وتبادل مستنداتها ولكن امتد الى اصدار الاحكام دون تدخل بشرى من القاضى نفسه او القاضى الربوت وان الامر لم يعد قاصر على التحول الرقوى بل

(1) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 26.

(2) د/ سيد احمد محمود نحو الكترونية القضاء المدنى الاماراتى بحث منشور مجلة الحقوق- جامعة عين شمس المعنون مؤتمر القانون والتكنولوجيا المنعقد فى ديسمبر 2017 ص 311.

(3) د/ احمد هندى التقاضى الالكترونى دار الجامعة الجديدة 2015 ، ص 64 .

(4) موقع محاكم دبي والخدمات المقدمة عليه والنماذج الخاصة بالتعاملات.

اننا اصبحنا فى مرحلة الذكاء الاصطناعى⁽¹⁾.

وفى المملكة العربية السعودية:

اتخذت بعض الخطوات الجادة فى سبيل تطبيق نظام التقاضى الالكترونى باستخدام النظام الشامل ابتدا من التسجيل الالكترونى للدعوى القضائية واجراء الاعلان الالكترونى وانتهاهه باصدار الحكم القضائى وذلك بمقر محكمة جدة حيث نظم المشرع السعودى⁽²⁾. اعلان الاوراق القضائية فى نظام المرافعات الشرعية على ان يتم التبليغ بواسطة المحضرين بناء على الخصم او ادارة المحكمة او امر القاضى ويقوم الخصوم او وكلاؤهم بتوجيه الاجراءات وتقديم اوراقها للمحضرين لتبليغها ويجوز التبليغ بواسطة صاحب الدعوى اذا طلب الدعوى ذلك ولم ينظم الاعلان بالوسائل الالكترونية الحديثة صراحة وان كان قد اخذ بالاعلان المباشر من قبل المدعى او طالب الاعلان⁽³⁾.

وصدر نظام المرافعات الشرعية السعودى الاخير الصادر فى عام 1435هـ/2014 علامة فارقة فى التقاضى الالكترونى فى المملكة العربية

(1) د/ سحر عبدالستار امام جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية دار النهضة العربية 2020 ص91.

(2) المادة 12 من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/21) بتاريخ 1421/5/20 .

(3) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص404.

السعودية بعد ان قنن الاعلان بعدة وسائل الكترونية حديثة منها التبليغ بواسطة المحضرين بناء على امر القاضى او طلب الخصم او ادارة المحكمة ويقوم الخصوم او وكلاؤهم بمتابعة الاجراءات وتقديم اوراقها المحضرين لتبليغها ويجوز التبليغ بواسطة صاحب الدعوى اذا طلب⁽¹⁾. واصبح من الجائز تدوين بيانات صف دعاوى والتبليغات ومحاضر الدعاوى والانهايات عبر ذلك الكترونيا ويكون لها حكم المحررات المكتوبة وفقا لنظام التعاملات الالكترونية⁽²⁾.

وقيل ان هناك صعوبات تعترض مسيرة تطور العملية القضائية من حيث تطبيق إجراءاتها بوسائل التقنية العلمية الحديثة والتي

تتمثل في عدم وجود تشريعات كافية من قوانين وطنية ومعاهدات دولية لتنظيم أحكام التقاضي الإلكتروني، وآلية تطبيق إجراءاته، والأحكام التي يصدرها وكيفية تنفيذها، وإن كان بعضها يواكب هذه المستجدات إلا أن البعض الآخر يحتاج إلى تدخل تشريعي لتعديلها مع وجود حالات في ظل غياب النصوص تحتاج إلى وضع تنظيم قانوني لها من خلال استحداث نصوص جديدة لمعالجتها.

كذلك من الصعوبات ضعف الإلمام باللغات الأجنبية إلى جانب ضعف الثقة والأمان بشبكة الإنترنت، للتأكد من مصداقية نقل المستندات والكتابة والتوقيع

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص406.

(2) جريدة الجزيرة الرئيسية المملكة / محليات اعلان 26 يناير 2015 - 6 ربيع الاخر 1436.

الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية⁽¹⁾.

ولا شك في زوال تلك الصعوبات والعقبات بالتطور التكنولوجي في وسائل الاتصال الحديثة، والجهود العلمية المخلصة واعتراف جميع دول العالم بالتقنيات الحديثة والتعامل معها بمصادقية بعد توثيقها، من خلال تبني مجموعة آليات يمكن أن تصنع الأسس العلمية القانونية والإدارية لتطبيقها تطبيقاً جيداً وناجحاً وتجاوز كل الصعوبات التي تعترض مسيرة تطور الإجراءات القضائية⁽²⁾. ناهيك عن امتصاص مشاكل المواطنين الناجمة من ازدحام المحاكم⁽³⁾. كما ان انعكاس هذا التأثير على مرفق القضاء ينتج اثره في تحقيق العدالة الناجزة المنشودة ومن مميزاتة ايضا انه سوف يغلق باب التاجيلات الناتجة عن تخلف حضور الجلسات بافتعال الاعذار لكسب الوقت والتسويق الذي يفعله بعض الخصوم كما انه سوف يقلل من تكسب دعاوى القضائية و ان من ضمن مميزاتة انه يجعل تداول الاوراق والمستندات اكثر امانا ويضمن عدم فقد اى ورقة من الملفات جراء تداولها⁽⁴⁾. كما

(1) د/ خيرى عبد الفتاح، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2012، ص42.

(2) د/ محمد على سويلم، التقاضى عبر الوسائل الالكترونية فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2020، ص156.

(3) الأستاذ محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2013، ص 13 ليلى عصمانى نظام التقاضى الالكترونالية لنجاح الخطط التنموية مجلة الفكر العدد الثالث عشر 2016 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، ص218.

(4) د/ سحر عبد الستار امام، انعكاسات العصر الرقمة على قيم وتقاليد القضاء، بحث منشور فى

يساعد في استبدال الارشيف الورقى بارشيف الكترونى مما يساعد فى سرعة بحث واستخراج الملفات.

وقيل ايضا ان هناك مميزات عديدة لعل اهمها ان اجراءات الدعوى تتم ابتداء من تقديم وعلان صحيفة الدعوى وحتى صدور حكم نهائى فيها باستخدام وسائط الكترونية دون الحاجة لانتقال الاطراف لمقر المحكمة وكذلك يستطيع المحامى الالكترونى ان يتواجد فى جميع انحاء العالم ويعطى استشاراته عبر شبكة الانترنت (1). وهذا ما تتميز به التكنولوجيا الحديثة فى التطوير وتوقير سبل الراحة للبشرية من توفير الجهد والوقت دون التقيد بالزمان والمكان لتحقيق العدالة الاجرائية الناجزة للمتقاضين (2) وبذلك يتم القضاء على مشكلة البعد الجغرافى بين الدول وتكاليفها الباهظة (3).

يتضح مما سبق ان التكنولوجيا الحديثة لها اثر بالغ فى تطوير مرفق القضاء الذى ينعكس اثره على المواطنين وان بعض الدول قد اخذت به وثبت نجاحه بشرط تنفيذ بنية تحتية بعمل شبكة ربط مؤمنة تتيح للقاضى والخصوم الاستفادة منها دون

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر، ص53.

(1) د/ سيد احمد محمود، دور الحاسب الالكترونى امام القضاء، دار النهضة العربية، 2008، ص30.

(2) د/ سرحيد الستار امام، انعكاسات العصر الرقى على قيم وتقاليده القضاء، بحث منشور فى مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر، ص53.

(3) صفوان محمد شديفات التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية الدراسات علوم الشريعة والقانون (المجلد 41 العدد 1 لسنة 2015 عمادة البحث العلمى الجامعة الاردنية ص353

تعطل و للقاضى فى سبيل ذلك ان يتحقق من الوقائع والمستندات كيفما يشاء كما
ان للخصوم والمحامون لهم نفس الكيفية من التأكد من حسن سير دعواهم
والاستفادة من قاعدة المعلومات التشريعية والقضائية

المبحث الثاني

تأثير التحول الرقمي على نظرية الاختصاص القضائي

رغم الضرورة الملحة والحتمية في استخدام ادوات العصر الرقمي وتطبيقاته المختلفة في المنظومة القضائية الا ان هناك مخاوف من احتمالية المساس بقيم وتقاليد القضاء التليدة ومبادئ القضاء الرصينة من استخدام هذه التكنولوجيا حفاظا على الحقوق والحريات احد ضمانات التقاضى المعترف بها عالميا ولذا يجب توظيف هذه التكنولوجيا لاختصار الوقت والجهد اعمالا لمبدا الاقتصاد في الاجراءات ولكن دون الجور على قواعد العدالة و ضماناتها بما يحقق جودة العدالة (1).

ويعد مبدا تقرب جهات التقاضى الى المتقاضين احد المبادئ الهامة التى تقوم عليها النظرية القضائية وذلك بتيسير وازالة اى عوائق او عراقيل بتشر محاكم الدرجة الواحدة الجزئية فى دائرة كل قسم و المحاكم الابتدائية فى كل محافظة من محافظات الدولة وكذلك محاكم الاستئناف والمقرر لها 8 محاكم فى جميع انحاء الجمهورية ولا يستثنى من هذا المبدأ سوى محكمة النقض على قمة الهرم القضائى الكائنة بمقر العاصمة والتي تقوم بتوحيد المبادئ وتفسير القوانين مما يساهم فى

(1) د/ سحر عبدالستار امام جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية دار النهضة العربية 2020 ص90.

تدعيم وارساء العدالة بما يحقق المساواة امام المتقاضين (1).

نظرية الاختصاص:

اختصاص المحكمة هو صلاحيتها لمباشرة الولاية القضائية في نطاق معين على نحو صحيح، وبالأحرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه المحكمة ولايتها. في ظل نظام تعدد الجهات التقاضى (2).

فالولاية القضائية هي الصلاحية المجردة التي يعترف بها القانون لجهة المحاكم بأن تباشر أعمال القضاء، والاختصاص هو نتيجة تعدد وحدات هذه الجهة وتقسيم القانون للعمل بينها، ومن ثم يعد الاختصاص جزء من الولاية، أو هو نصيب كل محكمة من الولاية القضاء (3).

تعريف الاختصاص القضائي هو السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما وقواعد الاختصاص هي المنوطة بتحديد المنازعات التي تدخل

(1) د/ احمد هندی احكام محكمة النقض اثارها وقوتها دار الجامعة الجديدة 2006 ص 280.

(2) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة 2016، ص 261.

(3) د/ وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، 1974، ص؛ ولسيادته أيضا: مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، 1999، ص 289.

فى سلطة كل محكمة باستبيان نصيب كل محكمة من ولاية القضاء (1)

الاختصاص الولاىى :

يقصد بالاختصاص الولاىى (أو الوظيفى) سلطة وولاية قضاء أو محكمة معينة للنظر فى الدعوى المرفوعة إليها. وبالتالي ينصرف مصطلح الولاية والوظيفة للقضاء والمحكمة وليس للدعوى ونوعها، ويستعمل هذا المصطلح قانونا فى توزيع الاختصاص بين القضاة العادى والإدارى وغيرهما من جهات القضاء واللجان ذات الاختصاص القضائى (2).

الاختصاص النوعى :

يقصد به توزيع العمل بين المحاكم المختلفة داخل الجهة القضائية الواحدة بحسب نوع القضية (3) أى تحديد المحكمة المختصة بحسب نوع الدعوى وموضوعها و هذا الاختصاص يعتبر من النظام العام (4). وبالتالي ينصرف مصطلح النوع الى موضوع الدعوى وليس للقضاء أو المحكمة، ويستعمل هذا المصطلح قانونا فى

(1) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 83.

(2) د/ أحمد أبو الوفا :المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة عشرة، 1990، رقم 231، ص 281 وما بعدها.

(3) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 85.

(4) الطعن رقم 18295 لسنة 83 قضائية، الصادر بجلسة 2020/2/5 الموقع الرسمى لمحكمة

النقض

توزيع الاختصاص بين درجات المحاكم التابعة لقضاء واحد كتوزيع الدعاوى حسب موضوعها (1).

ويقوم الاختصاص النوعي على أساس موضوع أو نوع الدعوى بصرف النظر عن قيمتها، أي أن الاختصاص النوعي «الموضوعي» يقوم على إسناد الاختصاص للمحكمة ببعض الدعاوى بسبب موضوعها أو طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية مهما كانت قيمتها (2).

واختصاص المحكمة هو صلاحيتها في البت في نزاع ما عرض عليها، وعدم اختصاصها هو عدم هذه الصلاحية للبت في النزاع المعروض عليها .

و الأصل. النظري هو الاختصاص القيمي بينما الأصل العملي هو الاختصاص النوعي بمعنى أنه إذا أريد معرفة أي المحاكم مختصة بنظر الدعوى لابد أن ننظر أولاً في القائمة التشريعية التي أعدها المشرع لكل محكمة من الناحية النوعية إذا لم نعثر على الدعوى المعنية ضمن أي من القائمتين قائمة المحكمة الجزئية او قائمة المحكمة الابتدائية فنبدأ في تحديد قيمتها لمعرفة المحكمة المختصة بمعنى ان

(1) د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، رقم 370، ص331 وما بعدها؛ أ. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، الجزء الأول، دار ابن فرحون، الطبعة الخامسة 1433هـ، 2012، ص131.

(2) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 83.

تنظر اولاً في قواعد الاختصاص النوعي لاي من المحكمتين⁽¹⁾.

فقد خص الشارع المحكمة الجزئية بنظر بعض الدعاوى حسب نوع الدعوى المادة 43 من قانون المرافعات، كما خص المحكمة الابتدائية بنظر أنواع أخرى من الدعاوى بصرف النظر عن قيمة الدعوى (المادة 47 من قانون المرافعات)، كما أن هناك قضاء متخصص كالقضاء المستعجل خصه المشرع بنوع ثالث من الدعاوى هي الدعاوى المستعجلة (المادة 45 من قانون المرافعات)⁽²⁾.

وان كنا نقترح انشاء قضاء متخصص بالدعاوى الالكترونية على ان يكون من ضمن مستلزماتها انشاء شبكة داخلية وانشاء موقع الكترونى وحاسب الى وافراد مؤهلة فنيا وقانونيا للقيام بعملية التقاضى الالكترونى⁽³⁾. تكون تجربة اولية يتم فيها تعيين قضاة متخصصون وكذلك اعوان القضاة المؤهلين على ان يتم نظر القضايا الالكترونية على سبيل الحصر للوقوف على الثغرات والمعوقات التى قد تحدث اثناء نظر القضايا من اعمال فنية وتقنية وادارية للعمل على تصحيحها ثم تعميمها على المحاكم تطبيقا للتكنولوجيا الحديثة التى من اهم مميزاتا اختصار الوقت والجهد دون التقيد بالزمان والمكان مما يساهم فى تحقيق العدالة

(1) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة 2016، ص263.

(2) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 86.

(3) زعزوعة نجاه المحكمة الالكترونية بين المفهوم والتطبيق مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر المجلد 4 العدد 2 لسنة 2021 ص100،

للمتناقضين⁽¹⁾. وهو ما يؤيد فكرة بحثنا في تأثير التحول الرقمي على المنظومة القضائية وخصوصا في قواعد الاختصاص المكانية او المحلي عن طريق الاعلان الالكتروني بالبريد الالكتروني بتجاوز مشكلة البعد الجغرافي بين المدن بل والدول ايضا وتجاوز تكاليفها الباهظة وتلافى ما ينتج عن مشاكل التاجيل واجراءات التقاضى الروتينية الطويلة من خلال منظومة لاقرار العدالة⁽²⁾. وهذا كله يؤدي الى اختصار الزمن وتوفير الجهد وتقليل النفقات وتقليل وامتناس مشاكل ازدحام الجمهور فى المحاكم⁽³⁾.

الاختصاص القيمي:

يتخذ الاختصاص القيمي من قيمة الطلب، محل الدعوى، أساسا لتوزيع ولاية القضاء المدني على محاكمه المختلفة⁽⁴⁾. ويعتبر هذا المعيار هو الاصل فى

(1) د/ سحر عبدالستار امام انعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليده القضاء بحث منشور فى مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية العدد العاشر ص 53.

(2) د/ صفوان محمد شديفات التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية الدراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 41 العدد 1 لسنة 2015 عمادة البحث العلمى الجامعة الاردنية ص353.

(3) د/ محمد عصام الترساوى تداول الدعاوى امام المحاكم الالكترونية ص13، ليلى عصمانى نظام التقاضى الالكترونى الية لانجاح الخطط التنموية مجلة المفكر العدد الثالث عشر 2016 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يسكرة ص2018.

(4) د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة عشرة، 1990، رقم 305، ص363؛ د/ محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، الجزء الأول، قواعد التنظيم القضائي، الطبعة الثانية 1990-1991، رقم 223، ص357؛ أ. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، الجزء الأول، دار ابن

توزيع الاختصاص بين محاكم اول درجة وقد أورد الشارع في قانون المرافعات مجموعة من القواعد العامة التي يتعين مراعاتها عند تقدير أي دعوى أو طلب في المواد 36 إلى 41. من قانون المرافعات (1).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض أن «قواعد الاختصاص بسبب نوع الدعوى أو قيمتها من النظام العام (2)، ويجوز الدفع به في أية حاله كانت عليها الدعوى، وهو لا ينعقد باتفاق الخصوم ولكن بقيام موجه في القانون، و لا يجوز الاعتماد في تقدير قيمة الدعوى لتحديد اختصاص المحكمة الابتدائية أو الجزئية علي القيمة الحقيقية التي حددها المدعي وسكت عنها المدعي عليه، بل يجب علي المحكمة أن تعتمد في ذلك علي القواعد التي نص عليها قانون المرافعات في المواد 36 إلى 41 (3). وهذا النوع من الاختصاص نرى انه لا يتاثر من اثار التحول الرقمي الا في تغيير قواعد النصاب من حين لآخر كما فعل الشرع اخرا بشأن تعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 والمعدل بالقانون رقم 191 لسنة 2020. (1).

فرحون، الطبعة الخامسة 1433هـ 2012، ص189.

(1) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 147.

(2) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة 2016، ص300.

(3) الطعن رقم 2331 س58ق، جلسة 10 ديسمبر 1992 الموقع الرسمي لمحكمة النقض.

(1) نشر بالجريدة الرسمية 36 مكرر بتاريخ 5 سبتمبر 2020.

الاختصاص المحلي:

يقصد به سلطة المحكمة في نظر الدعوى التي تقع في دائرة اختصاصها المكانية او الجغرافي⁽¹⁾ على الرغم من ان قواعد الاختصاص النوعي والقيمي تحدد نصيب كل محكمة من طبقات المحاكم الا انه لا يكفي لتعيين محكمة بالذات لذا اهتم المشرع بالتقسيم المكانية لارجاء الدولة بالكامل التي تنتشر عليها المحاكم⁽²⁾. والاختصاص المحلي هو النطاق المكاني أو الجغرافي الذي تمارس فيه المحكمة جزء من الاختصاص النوعي للطبقة التي تتبعها فكل محكمة تختص بكل ما تختص به طبقتها ولكن في حدود نطاقها الإقليمي أو المحلي .

ولا تخفى أهمية انتشار المحاكم داخل إقليم الدولة وتحديد الاختصاص المحلي لها، بحيث تختص المحكمة الأقرب إلى المتقاضين . فكلما كانت المحكمة قريبة من موطن المتقاضين، كلما كان تحقيق العدالة أيسر وأسرع وأقل مشقة وتكلفة⁽³⁾.

وقواعد الاختصاص المحلي هي تلك القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم بالنظر

(1) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة 2016، ص308.

(2) د/ احمد هندي المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 147.

(3) د/ رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة 1968-1969، رقم 245، ص290-291؛ أ. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، الجر الأول، دار ابن فرحون، الطبعة الخامسة 1433هـ، 2012، ص211 وما بعدها.

إلى محل المحكمة أو بالنظر إلى مجالها المكاني الإقليمي⁽¹⁾ .

وتوزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي أو محلي اعتمد المشرع المصري قاعدة عامة للاختصاص المحلي، هي قاعدة موطن المدعى عليه،⁽²⁾ .ولكنه اعتمد إلى جانبها بعض القواعد التي تمثل خروجها على القاعدة العامة لسبب أو لآخر، بحث يؤدي تطبيقها إلى استبعاد تطبيق القاعدة العامة أو يؤدي إلى جعل الاختصاص مشتركاً بين محكمة القاعدة العامة ومحكمة أو محاكم أخرى وبيان ذلك على النحو التالي:

القاعدة العامة للاختصاص المحلي (محكمة موطن المدعى عليه):

القاعدة العامة في تحديد المحكمة المختصة محلياً هي اختصاص محكمة المدعى عليه، فالمدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته (المادة 1/49 مرافعات)⁽³⁾ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أن « القاعدة العامة في الاختصاص المحلي أن ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه⁽¹⁾، وأنه في

(1) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 147.

(2) الطعن رقم 7067 لسنة 63 ق جلسة 2012/1/14 الموقع الرسمي لمحكمة النقض.

(3) د/ عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر، 1340هـ، 1921، رقم 582، ص430؛ د/ يوسف سيد عواض، خصوصية التقاضي عبر الوسائل الالكترونية، 2012، ص265-272.

(1) الطعن رقم 2210 لسنة 83 قضائية الصادر بجلسته 2019/3/24 الموقع الرسمي لمحكمة

النقض

حالة النص على تخويل الاختصاص لمحكمة أخرى غير محكمة موطن المدعي عليه لا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذا الاختصاص حماية للطرف الضعيف في الاتفاق (1).

والموطن هو محل الإقامة المعتاد، أو هو المكان الذي يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد والاستقرار (2)، وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقض بموطن السكن (3).

وفي حالة تعدد موطن المدعى عليه يجوز رفع الدعوى أمام محكمة أي موطن منها بحسب اختيار المدعي (4).

وفي حالة تعدد المدعى عليهم في خصومة وكان موطن كل منهم يقع في دائرة محكمة غير الدوائر التي بها موطن الآخرين فالمدعى الحق في هذه الحالة ان يرفع الدعوى امام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن احدهم (1)، وهذه القاعدة

(1) الطعن رقم 61 2507 ق، جلسة 25 مارس 2006، مجموعة أحكام النقض س57، ص277.

(2) د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة عشرة، 1990، رقم 332، ص 398؛ د/ عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، رقم 583، ص 430-431.

(3) الطعن رقم 45 س 48ق، جلسة 23 ديسمبر 1980، مجموعة أحكام النقض، س31، ج2، ص2115.

(4) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، 1991، رقم 166، ص247-248.

(1) الطعن رقم 486 لسنة 88 قضائية الصادر بجلسته 2019/2/4 الموقع الرسمي لمحكمة

تفترض ان الامر يتعلق بصحيفة واحدة ويشترط لاعمال هذه القاعدة ان تكون المحكمة التى ترفع اليها الدعوى هى محكمة شخص مدعى عليه فى الدعوى بصفة اصلية .المادة (3/49 مرافعات) (1).

والعبرة بالمدعى عليهم المتعددين تعددا حقيقيا على اختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم، وأن يكون اختصاصهم اختصاصا حقيقيا، وليس بصفة احتياطية أو تبعية، وأن تكون المحكمة التى ترفع إليها الدعوى محكمة موطن أحد المدعى عليه (2).

اختصاص محكمة أخرى على عكس القاعدة العامة :اعتمد المشرع المصرى بعض قواعد للاختصاص المحلي تمثل خروجاً على القاعدة العامة بحيث يترتب على تطبيقها منح الاختصاص لمحكمة أخرى على عكس محكمة القاعدة العامة (وهي محكمة موطن المدعى عليه .ويهدف المشرع من ذلك تحقيق تركيز الاختصاص لبعض الدعاوى المتعلقة بمال معين أو بشخص معين في محكمة قريبة له⁽¹⁾ . او محكمة اخرى يحددها القانون⁽¹⁾ .ويتطبيق التحول الرقوى على قواعد

النقض.

(1) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 151.

(2) د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، رقم 250، ص 266-267؛ د/ أحمد هندي، المرجع السابق، رقم 91، ص 254-255؛ د/ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 249، ص 253-294.

(1) الطعن رقم 1697، س 55، جلسة 23 فبراير 1989، مجموعة أحكام النقض، س 40،

الاختصاص المحلى نجد ان البديل هو البريد الالكتروني عن طريق الاعلان الالكتروني الذى يعتبر وسيلة قانونية يتم عن طريقها ابلاغ الخصم بواقعة معينة وذلك عن طريق وسيلة الكترونية ويشترط ان يتم ذلك عن طريق قلم المحضرين (2). وتطبيقا لذلك نجد ان المشرع اعتمد عليه فى قانون المحاكم الاقتصادية رقم 146 لسنة 2019 المادة 18، الذى بينته من نفس القانون ان الأصل فى الإعلان بالوسائل الالكترونية بضوابط معينة، فإذا تعذر ذلك يتم اتخاذ الطريق المعتاد للإعلان بقانون المرافعات المدنية والتجارية(3). واصبح البريد الالكتروني الوسيلة الاولى للتواصل والتراسل حول العالم الان ومن اهم تطبيقات الانترنت واكثرها استخداما (4). ويعتبر العمود الفقري لشبكة الانترنت ويرجع ذلك الى سرعة وسهولة استخدامه وتكلفته البسيطة اذا قورن بوسائل الاتصال الاخرى (5) وينطبق التقاضى الالكتروني على قواعد الاختصاص المكانى نجد امكانية تطبيقها على النحو التالى إذا كان القانون يحدد الموطن الخاص في بعض الحالات، فإن تحديد هذا الموطن

1، ص593؛ الطعن رقم 1389 س 56ق، جلسة 30 أبريل 1995، س46ج1، ص749.

(1) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 153.

(2) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص20.

(3) نشر بالجريدة الرسمية، العدد 31 مكرر (و)، بتاريخ 7 أغسطس 2019.

(4) الطعن رقم17689 لسنة 89 قضائية الصادر بجلسته2020/3/10 موقع محكمة النقض

(5) د/ رجائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض الاجراءات المتبعة فى التحكيم عبر الوسائط الالكترونية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص51.

قد يتوقف على إرادة الأفراد. ويطلق عليه في هذه الحالة الموطن المختار .

والموطن المختار يتم تحديده بإرادة الشخص تنفيذا للقانون أو عمل من الأعمال القانونية. وقد يكون الموطن المختار هو المال الأصلي (العام) أو الموطن الخاص أو أي مكان آخر يختاره الشخص .

وقد أجاز القانون للشخص أن يتخذ موطناً لتنفيذ عمل قانوني معين ويكون هذا الموطن هو الموطن المختار⁽¹⁾، بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل، المادة 214 من قانون المرافعات وعلى ذلك تكون المحكمة المختصة بالدعاوى التي تتعلق بهذا العمل هي المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن المختار .

والعنوان أو البريد الإلكتروني أو الهاتف الخاص بالمحامي أو وكلاء الشركات يعتبر عنوان أو موطن الكتروني مختار .ومن ثم يجوز الإعلان القضائي بصحف الدعاوى وسائر الإعلانات القضائية وصحف الطعون على هذا الموطن المختار، سواء عن طريق البريد الإلكتروني أم من خلال الرسائل النصية عن طريق الهاتف الخليوي أم عن طريق الحساب الإلكتروني المنشأ للمحام⁽¹⁾. بمعنى انه ما هو الا مجرد عنوان افتراضى للأشخاص عبر شبكات الانترنت مقتضاه يمكن ارسال

(1) الطعن رقم 10256 لسنة 87 قضائية الصادر بجلسة 2019/1/26 الموقع الرسمي لمحكمة النقض

(1) د/ محمد على سليمان، التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2020، ص203.

واستقبال الرسائل الالكترونية وهو يعادل عنوان مادي او موطن قانوني على ارض الواقع طالما كان ملكا خاص ويمكن تمييزه عن غيره عبر شبكات الانترنت⁽¹⁾. نستخلص من ذلك ان التحول الرقمي له تأثير على قواعد الاختصاص المكانية اذا تم الاخذ في الاعتبار ان البريد الالكتروني يعتبر موطن مختار ويمكن تطبيق قواعد الاعلان الالكتروني عن طريق البريد الالكتروني شأنه شأن نص المادة 40 مدني بنصها المكان الذي يستقر فيه الشخص بنية الاستيطان⁽²⁾، ونستنتج ايضا ان البريد الالكتروني المختار يجوز اختياره باتفاق الاطراف على تنفيذ العقد في مكان معين فيكون هذا المكان هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل⁽³⁾. كما نرى ان البريد الالكتروني للمدعي عليه يمكنه معالجة مشكلة عدم وجود موطن للمدعي عليه داخل جمهورية مصر العربية على ان يتم تعديل المادة 61 مرافعات⁽¹⁾.

وفي قانون المحاكم الاقتصادية رقم 146 لسنة 2019

(1) د/ مجدى عبد الغنى خليف خصوصيات التحكيم الالكتروني دار الجامعة الجديدة 2019 ص90.

(2) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 148 ونقض 1987/12/7 الطعن 2084 لسنة 52 ق لدى احمد ابو الوفا المرافعات ص 365 ز .

(3) د/ احمد هندی المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2021 ص 150.

(1) المادة 61- إذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة علي موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة.

نجد ان المشرع قصد تزويد المرفق القضائي باجراءات تتسم بالسرعة والمرونة محاولا القضاء على بطء الاجراءات التقليدية للتقاضى⁽¹⁾. حيث نصت المادة 16 من القانون المصري للمحاكم الاقتصادية رقم 146 لسنة 2019 على أن يتم إعلان أطراف الدعوى المقامة الكترونيا بصحيفتها وطلباتها العارضة والإدخال على العنوان الالكتروني المختار، وهنا نجد ان الاعلان الالكتروني له العديد من المميزات فى توفير الوقت وتبادل المعلومات وتقليل الورقيات⁽²⁾ فإذا تعذر ذلك اتبع الطريق المعتاد للإعلان بقانون المرافعات المدنية والتجارية. حتى لو جاء ذلك خروجاً على المنظومة الاجرائية التى صاغ احكامها وادعها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية وغيرها من القوانين الاخرى⁽³⁾.

وأكدت المادة 17 من القانون ذاته على التزام المخاطبين بأحكام هذا القانون بتحديد عنوان الالكتروني مختار يتم الإعلان من خلاله "....".

وأضافت المادة 18 من القانون ذاته أن يتم الإعلان الالكتروني بإعلان الدعوى

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص438.

(2) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص20.

(3) د/ محمد ابراهيم محمود احمد احمد الشافعى -المحاكم الاقتصادية كوسيلة للتغلب على بطء التقاضى وحفز الاستثمار الاجنبي المباشر (دراسة تطبيقية على قانون المحاكم الاقتصادية المصرى رقم 2008/120) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية عدد خاص ديسمبر 2012 ص332.

على الموقع المخصص لذلك بالمحكمة الاقتصادية قبل تاريخ الجلسة المحددة بخمسة أيام عمل على الأقل، وبإعلان الدولة على العنوان الإلكتروني المختار الخاص بفرع هيئة قضايا الدولة المختص محليا، وبالإعلان بذات الوسيلة على مكاتب المحامين المقيدین بالسجل إذا اتخذ منه المعلن إليه محلا مختارا له، ويعتبر الإعلان الإلكتروني منتجا لأثره في الإعلان متي ثبت إرساله " بالوسائل الالكترونية لتجنب بطء التقاضى (1).

ومفاد هذه النصوص أن الشارع نص صراحة على اصطلاح « العنوان الإلكتروني المختار، سواء بالنسبة للدولة أم للمحامين المقيدین بالسجل الإلكتروني، واعتبر الإعلان الإلكتروني منتجا لأثره في الإعلان متي ثبت إرساله بالوسائل الالكترونية. (2) لذا وجب تعيين اسم للموقع للمحاكم الالكترونية التي تقوم بالتعامل الالكتروني ويجب ان يؤمن بكافة وسائل الامان الممكنة فاسم الموقع هو عبارة عن عنوان فريد ومميز يتكون من عدد من الأحرف الأبجدية اللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول لموقع ما على الإنترنت(1).

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص29.

(2) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص258.

(1) أ. بوشعبة أمين: تسوية المنازعات بين أسماء المواقع على الانترنت والعلامات التجارية المشهورة، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، نوفمبر 2011، ص168 وما بعدها؛ أ. رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع

ومن ثم يتضح أن اسم الموقع له أهمية تقنية متمثلة في تسهيل التعامل مع الإنترنت، وله أهمية تجارية كأداة تعريف تجارية، وله قيمته الاقتصادية لذلك أصبحت أسماء المواقع تساوي ملايين الدولارات⁽¹⁾.

وحسنا فعل المشرع بنص المادة 18 من القانون رقم 146 لسنة 2019 بتعديل قانون المحاكم الاقتصادية في قواعد الإعلان في المواد المدنية والتجارية، وجعل الأصل في الدعاوى التي تختص بها المحكمة الاقتصادية الإعلان بالوسائل الإلكترونية على العنوان الإلكتروني، وجعل الطريق المعتاد للإعلان بقانون المرافعات المدنية والتجارية وسيلة احتياطية أو تكميلية ونرى ان المشرع لازال متمسكا بالقواعد المعتادة التي من المؤكد وحتما سوف يتم تعديلها مرة اخرى بجعل قواعد الاعلان بالطريق المعتاد في حالة تعذر الوصول لاحد اطراف الدعوى الالكترونياً. وتطبيقا لنص المادة 10 من قانون المرافعات المصري الذي يقضى بان تسلم الاوراق المطلوب اعلانها الى الشخص نفسه او في موطنه واذا تم غير

الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون - العدد الثاني والعشرون، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، ذو القعدة 1425هـ، 2005، ص246؛ أ. هلا شحادة، حل المنازعات المتممة بأسماء المواقع الإلكترونية التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة حلب، 1434هـ، 2013، ص8.

(1) د/ إبراهيم مفلح أبو رمان: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن استعمال العلامات التجارية والمواقع الإلكترونية، ص63-65؛ أ. حنان بادي مليكة، الحماية القانونية للمتجر الإلكتروني - مجلة الحقوق - جامعة الكويت العدد 1، السنة 38 جماد الأولى 1435هـ، 2014 ص 541-542.

ذلك يحول دون انعقاد الخصومة ولتغلب على عدم الوصول لاحد اطراف الخصومة (1) وللقضاء على ذلك ولتطبيق الوسائل الحديثة فى اجراءات الخصومة ونرى ان للبريد الالكتروني دور مهم خصوصا بعد ان شهد البريد الالكتروني تطور ملحوظ فى وسائل تنظيمه وربطه بوسائل التقنية الحديثة حتى وصل الى وسائل الامان المطلوبة والممكنة لحل مشكلة تعذر الوصول الى احد اطراف الدعوى المرفوعة عن بعد(2). ومن مميزات البريد الالكتروني انه يتيح نقل الرسائل والملفات والصور والفيديوهات الى اى شخص يتم اختياره فى ثوانى لان هذا الشخص له عنوان بريد الكترونى محدد

على الشبكة (3) وهو ما يؤيد فكرة البحث من امكانية استخدام البريد الالكتروني فى محاكم القضاء العادى ذات الولاية العامة اسوة بالقضاء المتخصص (المحاكم الاقتصادية-قانون التحكيم).

وتاكيدا على امكانية التوصل لاطراف الدعوى عبر البريد الالكتروني يجوز استخدام خدمة البريد الموصى (1) وهى خدمة تتم وفق اجراءات تكفل ضمان الارسال ضد

(1) الطعن رقم 767 لسنة 76 ق جلسة 2010/5//27 الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(2) د/ خالد ممدوح ابراهيم التحكيم الالكتروني فى عقود التجارة الدولية دار الفكر الجامعى الاسكندرية 2009ص391.

(3) د/ رجائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض الاجراءات المتبعة فى التحكيم عبر الوسائط الالكترونية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص55.

(1) د/ رجائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض الاجراءات المتبعة فى التحكيم عبر الوسائط

مخاطر الفقد او السرقة نظير مبلغ مالى لدى هيئة البريد⁽¹⁾. وذلك لاثبات استلام المرسل اليه اسوة بالاعلان القضائى التى جاءت بالمادة 11 من قانون المرافعات⁽²⁾. ومن الجدير بالذكر ان البريد الالكترونى الموصى به له نفس القيمة القانونية للبريد العادى طالما ان الوسيلة المستخدمة تضمن تحديد هوية الغير والمرسل والمرسل اليه⁽¹⁾.

وفى قانون التوقيع الالكترونى المصرى رقم 15 لسنة 2004 نصت المادة 18 على أن يتمتع التوقيع الالكترونى والكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية بالحجية فى الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

أ- ارتباط التوقيع الالكترونى بالموقع وحده دون غيره. وتطبيق لذلك اسبغ قانون

الالكترونية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص63.

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائى عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص109.

(2) المادة 11 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى :إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن الاستلام، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال. ويجب على المحضر في جميع الأحوال خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الورقة إلى غير شخص المعلن إليه أن يوجه إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة. ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته. ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً.

(1) د/ رجائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض الاجراءات المتبعة فى التحكيم عبر الوسائط الالكترونية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص65.

البنك المركزي رقم 149 لسنة 2020 على الصور الالكترونية للسجلات والعقود والاوراق التجارية والوثائق المتعلقة بالمعاملات البنكية وخدمات الدفع حجية النحررات فى الاثبات (1).

ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني وتطبيقا لذلك فإنه بشأن استخدام البطاقات الالكترونية لسحب الأموال، فإن مجرد إدخال الرقم السري الخاص الذي يعد من قبيل التوقيع الالكتروني يعطي الأمر للألة بالسماح بسحب الأموال المطلوبة من حساب العميل، ورغم الاستعمال المتواصل لهذه الآلة إلا أن التوقيع الرقمي السري المرتبط بالبطاقة يبقى علامة مميزة تختلف عن غيرها من التطبيقات، ويمكن أن يشبه التوقيع الالكتروني بصفته متميزا كبصمة الإصبع التي أثبت العلم أنه لا يمكن إنشاء مماثلا لها(1).

ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني، ويجرى التحقق من هذه الشروط طبقا للضوابط التي تحددها اللائحة (2).

(1) د/ احمد شرف الدين ضوابط حجية المحررات الالكترونية فى الاثبات تعليق على تحديثات اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني فى ضوء احكام محكمة النقض المجلة الدولية للفقعة والقضاء والتشريع العدد 1 لعام 2021 ص 98.

(1) د/ محمد على سويلم، التقاضى عبر الوسائل الالكترونية فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2020، ص 223.

(2) د/ احمد شرف الدين ضوابط حجية المحررات الالكترونية فى الاثبات تعليق على تحديثات

وهنا تظهر اهمية البريد الالكتروني فى الاثبات وهو يتكون من مقطعتين يفصل بينهما الرمز @ ولا توجد فواصل او مسافات معنى ذلك ان البريد الالكتروني يعتبر موطن افتراضى (1).

وقد اثرت فكرة الموطن الافتراضى امام محكمة استئناف باريس فى حكم صادر لها عام 1996 والتي تتلخص وقائعها فى قيام شاب بانشاء بريد الكترونى بغرض بس اغانى لبعض المغنيين المشهورين وعندما رفعت عليه دعوى التقليد دفع امام المحكمة بانتهاك حرمة موطنه الافتراضى على اساس ان هذا الموقع موطن خاص ولكن رفضت المحكمة هذا الدفع وقالت فى اسباب حكمها ان الشخص عندما يصمم موقعا فهو يوجه الى كل مستخدمى الانترنت ولا يقتصر استخدامه على صاحبه ولا يجوز لهذا الشخص استخدام الموقع موطنا خاصا ويمنع احد من الاطلاع عليه (1).

ويعد المشرع الفرنسى من الرواد فى الاخذ بالوسائل الالكترونية الحديثة فى

اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني فى ضوء احكام محكمة النقض المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع العدد 1 لعام 2021 ص 99.

(1) د/ مجدى عبد الغنى خليف خصوصيات التحكيم الالكتروني دار الجامعة الجديدة 2019 ص90.

(1) د/ رجائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض الاجراءات المتبعة فى التحكيم عبر الوسائط الالكترونية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص59.

المجلات القضائية⁽¹⁾. حيث تبنى الكترونية التقاضي في مجال تبادل الأوراق القضائية بعد عدة تعديلات في قانون العقود والقواعد العامة لاثبات الالتزام والقانون المدني في سبتمبر عام 2019 بهدف تأمين عملية التبادل الإلكتروني فإنه يمكن أن تتم المراسلات والإعلانات والاختبارات والتبقيات والمحاضر بالطريق الإلكتروني بموجب موافقة المعلن إليه صراحة على استخدام الطريق الإلكتروني في تلقي واستلام وتبادل الأوراق القضائي⁽²⁾.

وفي حالة النص على وجوب إبلاغ الخصم بأي وسيلة عن طريق قلم الكتاب يمكن أن يتم عن طريق البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية الذي قام الخصم بتحديدته⁽¹⁾. وهنا نجد ان المدعى يتم تخييره في الاجراءات الالكترونية للدعوى اى انه له حق القبول او الرفض ويعد الزاما عليه⁽²⁾ ونرى ان هذه خطوة جيدة افضل من العودة للطرق المعتادة السابق الاشارة لها وبهذا نجد أن المشرع الفرنسي أقرب الى إمكانية تبادل الأوراق والامانات الإلكترونية شريطة موافقة صريحة على ذلك وهذا

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص284.

(2) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص325.

(1) د/ اسماعيل سيد اساعيل الاعلان القضائي عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص290.

(2) د/ سحر عبدالستار امام جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية دار النهضة العربية 2020 ص114.

النظام يشمل المحامين المنضمين للشبكة ايضا (1).

لذا وجب التدخل التشريعي لحسم الجدل القائم حول ملكية البريد الالكتروني مع مراعاة وجوده في العالم الافتراضي ومن الجدير بالذكر ان انظمة التحكيم الالكتروني تبنت البريد الالكتروني بحسابه وسيلة اتصال سريعة وغير مكلفة(2)، والبريد الالكتروني له حجية كاملة في الاثبات شان حجية المحرر العرفي وخصوصا اذا كان مزيل بتوقيع الكتروني (3)، ومعنى ذلك أنه إذا قام أكثر من شخص باستعمال أدوات إنشاء التوقيعات الالكترونية التي تمتلكها مؤسسة معينة، فإن تلك الأدوات يجب أن تكون قادرة على تحديد هوية مستعمل واحد، عن طريق تمييز توقيعه الالكتروني، تحديدا لا لبس فيه في سياق كل توقيع على حدة فيكون بذلك التوقيع الالكتروني متميزة (1).

ومن الجدير بالذكر ان جائحة كورونا اظهرت مدى الحاجة الى ادخال نظام الذكاء الاصطناعي في المنظومة القضائية لمواجهة تكس القضايا المثقل بها كاهل

(1) رضوى مجدى شاكر الطرق المستحدثة لتبادل اوراق المرافعات - دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 2019.

(2) د/ مجدى عبد الغنى خليف خصوصيات التحكيم الالكتروني دار الجامعة الجديدة 2019 ص89.

(3) د/ رجائي عبدالرحمن عبدالقادر عوض الاجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الالكترونية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2018 ص62.

(1) الطعن رقم 17051 لسنة 87 قضائية الصادر بجلسة 2019/3/28 الموقع الرسمي لمحكمة النقض

القضاء في بعض القضايا الحسابية ليتفرغ القاضي البشر في القضايا التي تحتاج إلى سلطة القاضي التقديرية ويصح أن يتم تنفيذ القضاء الإلكتروني في المنازعات المالية المعتمدة على العمليات الحسابية للقاضي الريبوت كما ان مرفق القضاء ليس بالبعيد عن مرافق الدولة المتجهة نحو التحول الرقمي ولا شك أن استخدام منظومة التقاضي الإلكتروني سوف يوفر الوقت والجهد والمال للمتقاضين وطبيعي أن أدخل أي شيء جديد له مخاوفه حال تطبيقه وهذا أمر طبيعي⁽¹⁾.

ونرى أنه طالما سيتم توظيف إمكانات العصر الرقمي في خدمة العدالة فلا بد من تحقق عنصر الامان القضائي المعلوماتي لاعتماده بشكل كامل على السوابق القضائية التي سوف يصدر الحكم بناء عليها من خلال الحفظ في ما يعرف بالسجل الإلكتروني الذي يتم انشاؤه او تكوينه او ارساله او استلامه او تخزينه بوسائل الكترونية المادة ٢٧ من القانون الامريكى الموحد للتجارة الالكترونية فهو يشتمل على اى حامل او وسيط او دعامة معدة لانشاء البيانات والمعلومات او حفظها او ارسالها او استلامها الكترونيا⁽¹⁾.

ونرى انه باتت ضرورة ملحة نحو ضرورة اخذ المشرع المصزى نحو تحديث بعض نصوصه لمواكبة التطور القادم لا محالة لتقديم اقتراحات بقوانين بشأن إلكترونية التقاضي في ما يتعلق بالاعلان القضائي وتبادل المستندات حتى يتم اتخاذ

(1) د/ سحر عبدالستار امام جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية دار النهضة العربية 2020، ص90.

(1) د/ احمد هندی التحكيم دراسة اجرائية دار الجامعة الجديدة 2016 ص 309.

خطوات فعلية باصدار قوانين متكاملة⁽¹⁾. وببدا ان الانتقال من النظام القضائى التقليدى الى النظام القضائى الالىكترونى لا يمكن ان يتم بين يوم وليلة ولا بد من مرحلة انتقالية يتم فيها الاعداد والتجهيز لتطبيق نظام المحاكم الالىكترونية بشكل كامل⁽²⁾.

وحسنا فعل المشرع باتخاذ هذه الخطوات ومنها قانون التوقيع الالىكترونى رقم 15 لسنة 2004 نجد أن التوقيع الالىكترونى ذو حجبية فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية كما نجد فى الكتابة الالىكترونية و المقررات الالىكترونية ذات حجبية

كما نجد الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الالىكترونى الرسمية حجة على الكافة، وفى مجال المعاملات التجارية يعتد به مخرجات الالىكترونية كدليل اثبات.⁽¹⁾

⁽¹⁾ أعدت وزارة العدل مشروع قانون المرافعات الموحد لسنة 2019 متضمنة نصوص المشروع تعديلا لبعض مواد قانون المرافعات تجيز الإعلان عن طريق الوسائل الالىكترونية القابلة فى الحفظ والاستخراج المحددة مسبقا من قبل أطراف الخصومة إلى أن يصدر وزير العدل بالتنسيق مع وزير الاتصالات قرار بشروط وضوابط الخاصة بتنظيم إجراءات الإعلان الالىكترونى او غيره من البيانات الالىكترونية و شهادات التصديق التى تصدرها ويكون التوقيع الالىكترونى فى ما يتعلق بالإعلان ذات الأثر المقرر للتوقيع فى القانون

⁽²⁾ د/ الانصارى حسن النيدانى القاضى والوسائل الالىكترونية الحديثة دار الجامعة الجديدة 2009 ص 213

⁽¹⁾ د/ احمد شرف الدين ضوابط حجبية المحررات الالىكترونية فى الاثبات تعليق على تحديثات

كما نجد أن أحكام النقض قد أخذت هذه الوسائل في الإثبات والإعتداد بحجياتها كما يشترط توافر الضوابط الفنية والتقنية في تحديد مصدر وتاريخ الكتابة وسيطرت منشئها على الوسائل المستخدمة لإنشاءها من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل⁽¹⁾، وذلك تماشياً مع التطور التكنولوجي في المعاملات وما يترتب من آثار قانونية يتمثل في عدم اقتصار المحرر على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات ولا يشترط في الكتابة والأوراق بالمفهوم التقليدي وإنما يمكن قبول كل الدعامات سواء ورقية كانت أو إلكترونية.⁽²⁾

ونستخلص من ذلك أن التحول الرقمي داخل المحاكم ذات القضاء العادي سوف يؤثر تآثر إيجابي بتطبيق تلك المنظومة الإلكترونية القضائية القانونية الحديثة وهذا التأثير سيعمل على تقليل النفقات والوقت والجهد لكلا من القضاة والمتقاضين والمحامين وكذلك اعوان القضاء كما أن قواعد الاختصاص سوف تتحرر من بعض القيود السابق ذكرها إذا تم تطبيق هذه القواعد على البريد الإلكتروني واعتباره موطن قانوني أو مختار أو خاص أو أصلي وبالتالي يجوز رفع الدعوى من أي مكان بناء على البريد الإلكتروني المختار والمنتج لآثاره قانوناً .

اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني في ضوء أحكام محكمة النقض المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع العدد 1 لعام 2021 ص 101.

(1) الطعن رقم 17689 لسنة 89 قضائية الصادر بجلسة 2020/3/10 الموقع الرسمي لمحكمة النقض.

(2) الطعن رقم 17051 لسنة 78 قضائية الصادر بجلسة 2019/3/28. الموقع الرسمي لمحكمة النقض.

الخاتمة

رأينا دور الثورة المعلوماتية والتكنولوجية فى منظومة القضاء وتأثيرها فى قواعد الاختصاص المحلى من حيث الية رفع الدعاوى ومواعيد الاعلان وتبادل المستندات وايضا ومدى امكانية التماشى مع هذا التقدم وتيسيرا للمتقاضين فى اخذ حقوقهم بالطرق الحديثة و بما لا يخالف مبدا ضمانات التقاضى.

ونامل ان يتخذ المشرع نفس الاجراءات باصدار التشريعات فى قانون الاجراءات المدنية والتجارية بتحديث مواد الاعلان الالكترونى وغيرها بما يخدم العدالة الالكترونية وبعض القوانين المرتبطة به مثل قانون الاثبات وقانون الخبرة لمواكبة ذلك التطور وما له من اثار تفيد العدالة وتاكيدا للضرورة الملحة للاخذ بتكنولوجيا العصر الرقى فى مرفق القضاء الذى بدا فى تكوين بنية تحتية جيدة اسوة ببعض الدول للتعامل الكترونيا فى الدعاوى الالكترونية وهو الأمر الذى يؤكد السعى الجاد نحو مواكبة القضاء المصرى لكافة الأنظمة القضائية المتطورة .

وتعمل وزارة العدل بالتنسيق مع وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، على تنفيذ خطة "عدالة مصر الرقمية"، من خلال دعم خطة رفع الدعاوى القضائية عن بُعد، ونظام تجديد الحبس الإلكتروني، وتطوير مكاتب التوثيق على مستوى الجمهورية.

وعلى الجانب الخرى تأتي خطة "العدالة الرقمية" فى إطار توجه الدولة؛ وتنفيذاً لتعليمات السيد رئيس الجمهورية نحو نشر المجتمع الرقى، وتفعيل منظومة إنفاذ القانون فى كافة أنحاء الجمهورية من خلال ربط أقسام الشرطة بجهات التحقيق،

ممثلة في النيابة العامة وصولاً إلى المحاكم بدرجاتها، بغرض إنشاء منظومة قضائية تكنولوجية موحدة تسهم في تيسير إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة الناجزة.

تنفيذ مشروع «عدالة مصر الرقمية» للارتقاء وتطوير آليات التقاضى ومنع الازدحام بالمحاكم.

التوصيات:

سن تشريعات فى بعض نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية توائم التحول الرقمة بمرفق القضاء المصرى.

اعداد بنية تحتية تكنولوجية لتمكين الجهاز القضائى من العمل بها وذلك بتجهيز القاعات وعمل شبكات استعلام وتقوية شبكات النت والمحمول وتركيب وسائل اتصال مرئية ومسموعة.

تدريب الجهاز القضائى المساعد من الاداريين وارسالهم فى دورات تدريبية مكثفة بالتناوب واعادة النظر بوضع امتحانات مؤهلة عند تعيينهم.

عمل نظام تامين كامل لهذه الشبكات على ان تجدد هذه الانظمة بصفة دورية.

تعديل النظام الادارى لعمل المحضرين بعد ادخال نظام الاعلان الالكترونى.

انشاء محكمة الكترونية متخصصة فى المنازعات الالكترونية تكون تجربة اولية.

وختاماً لهذا العرض، فإن الباحث لا يملك سوى ترديد القول المأثور عن القاضي
الفاضل/ عبد الرحيم البيساني وهو يعتذر إلى العماد الأصفهاني، عن كلام
استدركه عليه: "إنه قد وقع لي شيء، وما أدري أوقع لك أم لا؟" وها أنا أخبرك به،
وذلك إني رأيتُ أنه ما كتب أحدهم في يومه كتاباً، إلا قال في غَدِهِ، لو غَيَّرَ هَذَا
لَكَانَ أَحْسَنَ، وَلَوْ زَيْدٌ ذَلِكَ لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تَرِكَ ذَلِكَ
لَكَانَ أَجْمَلَ، وهذا من أعظم العِبَرِ، وهو دليلٌ على استيلاء النِّقْصِ على جُمْلَةِ
البَشَرِ(1).

(1) راجع العلامة حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مكتبة المثنى، بغداد،
1941م، 14/1.

النزول عن الحكم
دراسة تأصيلية وتطبيقية
في قانون المرافعات المدنية والتجارية

دكتور

علي أبو عطية هيكل

أستاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية المساعد

كلية الحقوق - جامعة صحار

سلطنة عُمان

1 - مقدمة:

بقدر حرص الإنسان على التمسك بما قد يكون له من حق أو مركز قانوني - بل قد يبلغ هذا الحرص أقصاه إذا ما كان هذا الحق أو تلك المركز تقرر بمقتضى حكم قضائي - بقدر ما قد يجد الإنسان نفسه مدفوعاً لا إلى مجرد عدم التمسك بحقه أو مركزه القانوني، وإنما إلى النزول عنه نزولاً يسقطه ويؤدي إلى

انقضائه⁽¹⁾، ونزوله لا يمكن إنكاره عنه، فهو جائز شرعاً⁽²⁾، وقانوناً لأنه بمثابة تصرف في الحق وتصرف الإنسان في حقه جائز⁽³⁾.

والحياة القانونية⁽⁴⁾، سواء في القانون الموضوعي⁽¹⁾، أو الإجرائي زاخرة بمثل هذا النزول والذي يعد إسقاط. وما يعيننا هو القانون الإجرائي، وفيه للخصم النزول

(1) انظر: د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص. مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية السنة 13 - 1963 - 1964 العددان الثالث والرابع ص 181 بند 1.

(2) وفي الفقه الإسلامي: النزول عن الحق يعد إسقاطاً له، وهو من التصرفات المشروعة في الجملة متى تصرف الإنسان في خالص حقه، ودون أن يمس حقاً لغيره، ولذا كان الأصل فيه النذب، لأنه من باب العون والإحسان الذي أمر به الله سبحانه وتعالى، وذلك بإجماع الفقهاء. وقد يكون مباحاً عملاً بالأصل الذي تجري عليه معظم العقود والتصرفات التي بعث الرسول ﷺ والناس يتعاملون بها، فأمرهم عليها لأنها تختص بأمر دنياهم. وقد يكون مكرهاً، كما لو تنازل المدين عن أكثر من ثلث ماله الذي في ذمة أحد الورثة وهو في مرض الموت. وقد يكون واجباً، وذلك في حالة ما إذا سبقه إستيفاء، أي أن الشخص الذي ثبت الحق في ذمته أدى ما عليه من الحق لصاحبه. وقد يكون حراماً، كما لو جاء النزول ضمن عقد باطل أصلاً، لأن إستيفاء الباطل حرام، وفي إجازة النزول عن الحق الثابت ضمن عقد باطل إستيفاء للباطل وهو غير جائز. انظر وزارة الأوقاف الكويتية - الموسوعة الفقهية - دار السلاسل الكويت - الطبعة الثانية ج 1 ص 146 وما بعدها.

Book<<https://al-Maktaba.org>.

(3) د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى، 2005، دار الجامعة الجديدة، ص 1.

(4) وفي الفقه الإسلامي: النزول قد يكون عن حق مالي أو متعلق بالمال، وقد يكون عن حق غير مالي ولا يتعلق بالمال. ومثال الأول: النزول عن الدين الثابت في ذمة المدين، نزول

بإرادته عن حقه الإجرائي⁽²⁾، وعن إجراء من إجراءات الخصومة⁽³⁾، وعن الطلب القضائي⁽⁴⁾، وعن الخصومة بتركها⁽⁵⁾، وعن الدعوى برمتها⁽⁶⁾، وعن التمسك

الزوجة عن حقها في المهر، أو عن حقها في النفقة والسكنى. ونزول الأولياء عن حقهم في الدية في القتل الخطأ. ومثال الثاني: النزول عن حق القصاص أو عن الحق في فسخ العقد، ونزول المرأة عن حقها في الحضانة، والنزول عن الحق في الشفعة. انظر وزارة الأوقاف الكويتية - الموسوعة الفقهية - ج 18 ص 40 وما بعدها.

(1) انظر: د. جلال العدوي: المقال المشار إليه سابقاً، والمراجع المشاركة لديه.

(2) انظر: د. محمد السيد رفاعي: التنازل عن الحق الإجرائي رسالة الزقازيق 2010؛ د. نبيل عمر : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء 2011 - دار الجامعة الجديدة ص 66 وما بعدها بند 46 وما بعده؛ د. رجب محمد مرعي: الحق الإجرائي - رسالة عين شمس 2009 ص 151 وما بعدها.

(3) انظر: د. ياسر السبعواوي؛ محمد رياض فيصل: التنازل عن إجراء أو ورقة في الدعوى المدنية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - العراق ص 332. رابط:

www.jasj.net

طعن 62/253 ق - أحوال شخصية - نقض 1995/11/20.

(4) في تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 79/7263 ق نقض 2012/6/9 مجموعة الأحكام السنة 63 ص 842 طعن مدني 58/2599 ق نقض 1992/3/12 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 438.

(5) انظر: د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفع في قانون المرافعات 2012 دار الفكر العربي ص 600 وما بعدها بند 392 وما بعده.

RAYNAUD, (R); le desistement d'instance. R.T.D. Civ. 1942.p. 1 etss.

طعن مدني 82/8826 ق نقض 2019/1/28 طعن مدني 68/1918 ق نقض 2010/4/10 طعن مدني 68/1340 ق نقض 2010/3/17.

(6) د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى ، سابق الإشارة إليه..

بالجزاء الإجرائي⁽¹⁾. كما أن الطاعن قد ينزل بإرادته عن طعنه⁽²⁾، وكذلك للمحكوم له بإرادته النزول عن الحكم .. وهكذا.

2 - والنزول عن الإجراء أو الحق الإجرائي، وإن اعتبر إسقاطاً لهذا الإجراء وذلك الحق، إلا أنه لا يعد إسقاطاً للحق الموضوعي الذي يحمه، لأنه فضلاً عن إستقلالية⁽³⁾، الحقين الإجرائي والموضوعي؛ فالحق الإجرائي⁽⁴⁾، يعد وسيلة قانونية لحماية الحق الموضوعي عن طريق الحصول علي الحماية القضائية. ولا يتصور مع هذا الاستقلال، فضلاً عن كَوْن الحق الإجرائي خادماً للحق الموضوعي أن يستتبع النزول عن الحق الإجرائي، النزول عن الحق الموضوعي.

(¹) في النزول الإرادي عن التمسك بالجزاء الإجرائي. انظر: المؤلف: فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب 2017 دار الجامعة الجديدة ص 75 وما بعدها بند 20 وما بعده؛ د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات 1997 - الطبعة الثانية دار النهضة العربية ص 674 وما بعدها بند 364 وما بعده.

STRICKLER: Desistement. Encyclopedie, Dalloz, rep. Pr. Civ. 2003.

(²) انظر: د. عيد القصاص: التنازل عن الحق في الطعن 1995 دار النهضة العربية.
FERPAND: (F). appel. Rep dr. pr. Civ. Dalloz. Mai, 2018 NH. 480 etss.
Houtcie, FF; Renonciation a l'appel. Rep. dr. pr. Civ. Dalloz dec. 2017,
N. 542.

طعن مدني 76/10291 ق نقض 2015/4/21.

(³) في الاستقلال أساسه وسببه ومضمونه. انظر: د. أحمد عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي 2009 دار الجامعة الجديدة ص 54 وما يليها بند 21 وما يليه.

(⁴) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص 21 بند 17.

ومع اعتماد ذلك، قد يؤدي النزول عن الحق في الدعوى النزول عن الحق الموضوعي التي تحميه⁽¹⁾. والنزول عن الحكم إلى النزول عن الحق الثابت به. وإن كان النزول عن الحق في الدعوى لا يؤدي إلى النزول عن الحق الموضوعي التي تحميه إلا إذا تضمن⁽²⁾، النزول عن الدعوى النزول عما إشتملت عليه تلك الدعوى من حقوق في الحال والاستقبال⁽³⁾. أما النزول عن الحكم يؤدي في جميع الأحوال وبقوة القانون إلى النزول عن الحق الثابت به تضمنت ورقة النزول عن

(1) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 201 وما بعدها، والمراجع والأحكام المشاركة لديه.

(2) أما إذا لم يتضمن النزول عن الحق في الدعوى النزول عن الحق الموضوعي ظل هذا الحق قائماً يجوز التداعي به. وتطبيقاً لذلك قضي بأن " قضاء المحكمة الجنائية بإثبات تنازل الطاعن بصفته عن دعواه المدنية استجابة لطلبه اعتبار هذا التنازل تركاً منه لتلك الدعوى آثرة إلغاء جميع إجراءاتها وآثارها الإجرائية والموضوعية، عدم تضمنه تنازله عن الحق في التعويض أو مساسه بأصل الحق المرفوعة به الدعوى، مؤداه جواز إقامة دعوى عن ذات الحق أمام المحكمة المدنية. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاؤه بعدم جواز نظر الدعوى الطاعن بالتعويض عن ذات الحق لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر من المحكمة الجنائية، معتبراً الأخير قد حاز الحجية في موضوعها بما يمنع معاودة المطالبة به مرة أخرى أمام المحكمة المدنية - مخالفة للقانون خطأ " طعن مدني رقم 71/808 ق نقض 2012/3/11 - البوابة القانونية لمحكمة النقض.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "إذا رفع المدين دعوى ببطلان إقرار الدين الصادر منه تأسيساً على التدليس وفقدان الإرادة وإنعدام السبب القانوني، وكان إقراره بالتنازل عن دعوى البطلان قد تضمن أيضاً التنازل عما إشتملت عليه تلك الدعوى من حقوق في الحال والاستقبال، فإن هذا التنازل ينصرف قانوناً إلى التنازل عن حق الإدعاء". طعن مدني رقم 23/214 ق نقض 1957/4/4 مجموعة الأحكام السنة 8 ع 2 ص 362.

الحكم النزول عن هذا الحق أم لم تتضمن⁽¹⁾. وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب العديد من التشريعات المقارنة والتشريع المصري حيث تنص المادة 145 مرافعات إن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به".

3 - وكون النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، هو ما يظهر خصوصه هذا النزول ويميزه عن غيره من الأعمال والحقوق التي يرد عليها النزول في القانون الإجرائي، هذه الخصوصية توجب النظر إلى النزول عن الحكم لا لكونه فقط مجرد إجراء وإنما أيضاً إلى الغاية من النزول، والمتمثلة في إسقاط محله وهو الحكم والحق الثابت به.

وعدم النظر إلى النزول عن الحكم على أنه مجرد إجراء، رغم كونه أهم إجراءات الخصومة قاطبة، لأن النزول عن الحكم كإجراء يزيل الحكم وحده، ويظل الحق الثابت به قائماً، يتنازل فيه الخصوم بعد النزول، مما يجيز للمحكوم له معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، وهو ما لا يستقيم لما قد يحدثه من اضطراب في التطبيق العملي من تناقض وتكرار في الأحكام.

وإنما ينظر إلى النزول عن الحكم كإجراء والغاية من النزول معاً. ولما كانت الغاية من النزول هي إسقاطه، فيستتبع إسقاطه وبقوة القانون إسقاط الحق

(1) انظر إلى الأحكام المشار إليها في هوامش البنود 32 وما بعده.

الثابت به، لتعود المراكز والأوضاع القانونية⁽¹⁾، التي حسمها الحكم إلى سابق وضعها التي كانت عليه قبل رفع الدعوى وإلى ما لا نهاية لذات السبب الذي فصل في هذه الدعوى وفقاً له، بهذا الحكم.

وإعمال هذه الخصوصية يرتب نتيجة مؤداها تجرد الحق الثابت بالحكم الذي نزل عنه واستتبع هذا النزول، النزول عن هذا الحق من أية حماية قضائية، ليصبح هذا الحق بالنزول عنه هذا غير ذي موضوع، فتتخلف المصلحة في معاودة المطالبة به مرة ثانية، ويولد دفعاً بعدم القبول تقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها.

4 - موضوع الدراسة: النزول عن الحكم، رغم إعتداد المشرع له صراحة في ظل قانون المرافعات الملغي، وظل مواظباً عليه في القانون الحالي وفقاً للمادة 145 مرافعات، إلا أنه لم يلقي عناية الفقه وإهتمامه سوى في سطور وردت في المؤلفات العامة رغم خطورة الموضوع وأهميته.

وتظهر خطورة هذا الموضوع فيما يترتب من آثار إجرائية وموضوعية. فيترتب على النزول عن الحكم من الناحية الإجرائية زواله وزوال كافة آثاره من الحياة القانونية. ومن الناحية الموضوعية: زوال الحق الثابت بالحكم وعلى نحو يمنع معاودة المطالبة به مرة ثانية. كما أن المحكوم له فضلاً عن تنازله عن الحكم قد يتحمل

(1) إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ الستة 41 ج 1 ص 937.

مصارييف الدعوى على درجتي التقاضي، ودون⁽¹⁾ أن يمكنه بحال الإيداع بجهله بالقانون.

الضرورة التي بات معها النزول عن الحكم بحاجة إلى دراسة وعناية تكشف سبر أغواره الواقعية، لتبين نطاقه وأحكامه. ونطاق النزول يكون ببيان ماهيته وأساسه التشريعي والفني، وطبيعته القانونية، وما يعد محلاً للنزول من الأحكام وما لا يعد، وتمييزه عما قد يختلط به - أما أحكامه يكون بيان أركان النزول عن الحكم وشروط صحته، ومدى لزومه وآثاره.

كما تظهر أهمية الموضوع من الناحية العلمية والعملية. فمن الناحية العلمية. تبدو أهمية هذه الدراسة في قانون المرافعات، وخاصة أنها تتعلق بالأحكام القضائية أسوة بغيره من فروع القانون الأخرى التي لاقت عناية الفقه واهتمامه⁽²⁾،

(1) تطبيقاً لمبدأ "عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون" فهو من البدييات التي ترتبط بفكرة القانون ووجوده، ولذلك فعامة الناس مما لا يعملون في الحقل القانوني تحس بحدسها إن جهلها بالقانون لا ينهض مبرراً للإفلات من أحكامه، بمثل ما تحس بوجود سنن تضبط أفعالها وتصرفاتها. انظر: د. مصطفى الجمال: الجهل بالأحكام المدنية - مجلة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - السنة 16 - 1974 - العدد الأول - ص 3.

وفي تطبيق ذلك انظر: إدارية عليا - الدائرة الثالثة - الطعن رقم 38/3456 ق جلسة 2018/9/2 - طعن مدني 70/3117 ق - نقض 2002/6/30 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 2 ص 903.

(2) انظر: د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص. مشار إليه سابقاً؛ د. محمد عبد الحميد مكي: التنازل عن الشكوى كسبب خاص لإنقضاء الدعوى الجنائية 2009 دار النهضة العربية.

ولا يغيب عن أحد أهمية النظريات الإجرائية، فهي وكما قيل بحق⁽¹⁾، تعبر عن تطور العلم الإجرائي ليلحق بسائر العلوم القانونية الموضوعية كفقهاء القانون المدني والجنائي والإداري، وهي إذ تتسق القواعد الإجرائية وتكشف منطقها الخاص، تيسر السيطرة على زمام هذه القواعد، تفسيراً وتطبيقاً، بل وتطويراً.

أما من الناحية العملية فإن للنزول عن الحكم تطبيقاته القضائية⁽²⁾، التي لا تقع تحت حصر سواء الصريح منها أو الضمني - والتي تكشف عنها هذه الدراسة

(1) د. وجدي راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوتقي في قانون المرافعات - مجلة حقوق عين شمس - السنة 15 يناير 1973 العدد الأول، ص 167 وما بعدها.

(2) من تطبيقات ذلك انظر: طعن مدني 4546 / 80 ق نقض 2015/5/26 - طعن مدني 82/11508 ق نقض 2104/12/1 طعن إيجارات 79/11611 ق نقض 2011/5/19 - طعن مدني 68/1819 ق نقض 2010/5/8 - طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13 طعن 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22 - طعن مدني 63/611 ق نقض 1997/3/3 - طعن مدني 65/5468 ق نقض 1996/10/31 - طعن مدني 63/4654 ق نقض 1995/12/6 طعن مدني رقم 63/8718 ق نقض 1995/3/29.

إدارية عليا طعن 40/3414 ق جلسة 1997/8/5 مجموعة المبادئ السنة 42 ص 1429 - إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ص 937 - إدارية عليا طعن 34/3205 ق جلسة 1991/2/12 مجموعة المبادئ السنة 36 ص 692 - إدارية عليا طعن 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 ص 774.

- وهو ما يستلزم دراسته⁽¹⁾، والوقوف على نطاقه وأحكامه وإيضاح موقف القانون منها. ولذا تنتظم هذه الدراسة في فصلين:

الأول: نطاق النزول عن الحكم.

الثاني: أحكام النزول عن الحكم.

(1) فالنظريات الإجرائية شأن كل النظريات العلمية، لا يمكن أن تحقق الثمرة المرجوة منها، إلا إذا عبرت عن الواقع. فاستمدت مادتها من القواعد الوضعية والتطبيقات القضائية، ثم جاء دور الفقه ليكشف ويصوغ منطق هذه القواعد والتطبيقات.

د. وجدي راغب: الإشارة السابقة.

الفصل الأول

نطاق النزول عن الحكم

5 - تمهيد:

الأساس التشريعي والفني للنزول عن الحكم، وبيان ماهيته وطبيعته القانونية. ونطاق النزول من الأحكام التي لا يجوز النزول عنها، والتي يجوز النزول عنها، وتمييز النزول عما قد يختلط به. مباحث ثالث نتعرض إليها تباعاً على النحو التالي:

المبحث الأول: الأساس التشريعي والفني للنزول عن الحكم.

المبحث الثاني: ماهية النزول عن الحكم وشروطه وبيان طبيعته القانونية.

المبحث الثالث: نطاق النزول عن الحكم وتمييزه عما قد يختلط به.

المبحث الأول

الأساس التشريعي والفني

للنزول عن الحكم

6 - تمهيد:

اعتمدت التشريعات المقارنة للنزول عن الحكم أساساً تشريعياً، وأوردت بشأنه قاعدة مؤداها: أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به. كما أن النزول يجد له أساساً فنياً في قواعد فقهية ثابتة في الفقه الإسلامي. وهو ما نتناوله تباعاً في مطلبين:

الأول: الأساس التشريعي للنزول عن الحكم.

الثاني: الأساس الفني للنزول عن الحكم.

المطلب الأول

الأساس التشريعي للنزول عن الحكم

7 - النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به: من الأصول المعتمدة في التشريعات المقارنة لما للحكم بشأن النزول عنه من خصوصية تجعله لا يقتصر على كونه مجرد إجراء من إجراءات الخصومة⁽¹⁾. هذه الخصوصية تقتضي مراعاة ما اشتمل عليه من تقرير أو إنشاء من حقوق للخصوم أو الإلزام بها. وفي نفس الوقت منع معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية لأنه أصبح غير ذي موضوع.

ومع اعتماد هذا الأصل فإن إقراره في التشريعات المقارنة يظهر في أنماط وأشكال مختلفة، فتتحو بعض التشريعات في اعتمادها لهذا الأصل نحو أسلوب الصياغة العامة فتطبق بشأنه قاعدة عامة يمكن إعمالها في كل حالة يؤدي فيها

(1) فالحكم وإن كان يعد أهم الأعمال الإجرائية، إذ تتوفر فيه كافة خصائص هذه الأعمال، فهو أهم عمل في الخصومة. فقد يؤدي إلى إنهاء الخصومة انتهاءً طبيعياً بالفصل في موضوعها. أو إلى انتهائها إنتهاءً مبسراً دون الحكم في موضوعها، كما قد يؤدي إلى إنهاء جزء من الخصومة حالة لو صدر أثناء سيرها دون أن يؤدي إلى إنتهاء الخصومة كلها.

انظر: د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات، ص

84 بند 34.

إلا أن اعتبار الحكم عمل إجرائي يؤدي النزول عنه إعمالاً للقواعد العامة إلى زواله مع بقاء الخصومة وعودتها إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم، مما يسمح بمعاودة نظر ذات النزاع مرة ثانية وهو ما لا يستقيم.

انظر: د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية 2007 - دار المطبوعات

الجامعية ص 651 وما بعدها بند 495.

نزول المحكوم له عن الحق الثابت بالحكم إعتباره نزولاً عن الحكم رغم تخلف النص الصريح على ذلك. ومن التشريعات التي أخذت بهذا الأسلوب قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي.

وعلى النقيض من ذلك نهجت بعض التشريعات الأخرى نهجاً مغايراً باعتمادها لأسلوب الصياغة الخاصة والتي تقرر الأصل وتؤكد عليه في خصوصيته، وعلى الوجه الذي يتفق معه في كل حالة ترد بشأنه، وهو الأسلوب التي اعتمده معظم التشريعات المقارنة ومنها التشريع المصري.

8 - وبصدد التشريعات التي اعتمدت أسلوب الصياغة العامة، ومنها قانون المرافعات الفرنسي⁽¹⁾، حيث أجاز النزول عن الحكم ووفقاً لمفهوم الموافقة للنصوص التي تناولت عدم تنفيذ الحكم من جانب المحكوم له، أو لقبول الحكم وترك الطعن للنزول عن الحكم أو للتنازل عن الحق في الطعن، إستئناف أو معارضة أو نقض، ذلك في تلك المواضيع وبالنصوص الآتية: فنصت المادة 403 على أن " ترك الاستئناف يستتبع قبول الحكم". والمادة 404 على أن " ترك المعارضة دون تحفظ يستتبع قبول الحكم". والمادة 1025 على " سريان هذا الحكم على خصومة الطعن بالنقض". والمادة 2/409 والتي نصت على أن "قبول الحكم

(1) وفي قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني انظر: د. عوض أحمد الزغبى: الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، إثراء للنشر والتوزيع - الأردن ص 394، 412.

جائز في جميع الأحوال ما لم يوجد نص يخالف ذلك" ولذا اعتبر قبولاً⁽¹⁾ "تنفيذ حكم غير قابل للتنفيذ دون تحفظ" مادة 2/410. وأيضاً يعد قبولاً للحكم⁽²⁾، التنازل عن الحق في الطعن بالاستئناف وفقاً للمواد 556 – 558 على أن يراعي في كل ذلك ما نصت عليه المادة 2/408 من القانون السابق "إن قبول الحكم المانع من الطاعن لا يجوز إلا بشأن الحقوق التي يكون للخصم حرية التصرف فيها".

وتطبيقاً لذلك يعد قبول الحكم صراحة أو ضمناً سبباً للنزول عن الطعن⁽³⁾. وبمفهوم الموافقة للنصوص السابقة وتطبيقاً للقواعد العامة، قد يكون التنازل عن الحق في الطعن للنزول عن الحق الثابت بالحكم مما يعد نزولاً عن الحكم، فيستتبع النزول عن الحق في الطعن بالطريق الذي كان جاز الطعن به على الحكم محل

(1) STRICLER (Y.): répertoire de procédure civile – Dalloz – Octobre 2015, N. 51 ets. Civ. 7 Act. 1992 N. 91 – 11 – 440. Bull. Civ. 11. N. 226 p. 113. Civ. 17 Juin. 1998. N. 96. 15 211. Bull Civ. 11. N. 191. Bicc.

(2) HOUTCIEFF. (D): répertoire de droit civil Dalloz. Decembre 2017, renunciation appel N 542 ets; FERRAND; (F.): répertoire de procedure civil. Dalloz mai 2018, N. 480 ets.

(3) يمنع من إعادة رفع الطعن بعد تركه إلا في حالة واحدة هي حالة تقديم طعن على ذات الحكم من الطرف الآخر بعد حدوث الترك من قبل الطرف الأول تطبيقاً للمادة 403، 1025 مرافعات. في تطبيق ذلك انظر:

Civ. 6 fevr. 1985, N. 82 – 17. 004 Bull. Civ. 11. N. 28 Gaz – Pol 1985 Pan. 242. obs Guinchard.

النزول. فالمشرع الفرنسي رغم عدم نصه الصريح على النزول عن الحكم إلا أنه أجازهُ وفقاً للقواعد العامة وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء⁽¹⁾.

9 - أما التشريعات التي اعتمدت أسلوب الصياغة الخاصة، فقد نصت صراحة على النزول عن الحكم وأفردت لذلك نصاً خاصاً وبصورة مباشرة في خصوص الحكم القضائي أياً كان مقررأً أو منشأً أو صادراً بإلزام، ودون الاعتداد بما إذا كان قابلاً للطعن من عدمه، لأن النزول عن الحكم من آثاره - وكما سنرى - إنقضاء خصومة الطعن وبقوة القانون، ومن هذه التشريعات قانون المرافعات المصري⁽²⁾، حيث اعتمد ذلك صراحة وفقاً للمادة 145 على أن " النزول عن الحكم يستتبع

(1) Natatie FRICERO: Desistement 26 act. 2018. jur. Pr. Civ. Fas 800 - 40; FERRAND: Prec N. 494 et Appel: rep. pr. Civ. Dalloz mars 1999. N. 245 etss. Civ. 20 mars 2014, N. 13 - 11. 273. Bull. Civ. 11. N. 79. R.T.D. Civ. 2014. 440 abs. parrot. Caur d'appel de Novmeo. Ch. Civ. 3 Juin. 2013. N. de R. 6 : 12/00/68. Cass. Com. 26 Nov. 1979. Bull. Civ. N. 306.

(2) والتشريع العراقي حيث نصت المادة 90 مرافعات على أنه " يترتب على التنازل ن الحكم النزول عن الحق الثابت به" ونصت على ذلك المادة 97 من قانون المرافعات القطري رقم 13 لسنة 1990. والمادة 100 من قانون المرافعات الكويتي 38 لسنة 1980. والمادة 175 من قانون المرافعات البحريني 12 لسنة 1971 والمادة 158 من قانون المرافعات اليمني، والمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني 29 لسنة 2002 والمادة 173 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري والمادة 2/113 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والمادة 526 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني.

النزول عن الحق الثابت به" ووفقاً لصراحة النص يعد نزول المحكوم له عن الحكم الصادر لصالحه نزولاً وبقوة القانون عن الحق الموضوعي الثابت به.

وإذا كان مما لا شك فيه أن الحكم عند إصداره لم يحدث تغييراً في الحقوق والمراكز القانونية للخصوم، وإنما ما قضي به هو مجرد كشف عن الحق الموجود من قبل للمحكوم له. فعمل الحكم بإصداره على تقوية هذا الحق وزود المحكوم له بهذا السند الرسمي ليحل محل السند السابق قبل حصوله على هذا الحكم. كما غير من مدة التقادم المسقط ليصبح تقادم الحكم خمسة عشر سنة ولو كان الحق الثابت به يتقادم بحسب الأصل بمدة أقل من ذلك تطبيقاً للمادة 2/385 مدني. وأيضاً أجاز لصاحبه أخذ حق اختصاص على عقارات مدنية وفوق كل ذلك زود القانون هذا الحكم بمركز إجرائي لم يكن للحق الثابت به من قبل هو حجية الأمر المقضي به والذي يؤدي ما بقي الحكم قائماً إلى استهلاك الوسيلة التي يمكن بمقتضاها المطالبة بذات الحق مرة ثانية.

وإعمالاً لذلك يعد الحق الموضوعي الثابت بالحكم هو أساس الأخير، وفي نفس الوقت نتيجة لهذا الحكم الذي أكد هذا الحق وأثبتته وقضي به وتضمنه في محتواه، والذي بإصداره تكون قد استنفدت غاية هذا الحق ليحل الحكم محله، ليصبح المتداول في اقتضاء هذا الحق هو الحكم وليس الحق.

ولما كان هذا الحق قبل حلول الحكم محله وتاكيده يجوز لصاحبه النزول عنه⁽¹⁾، فبإصدار الحكم وحلوله محل الحق ليصبح الحكم هو المتداول ، فإذا أراد من صدر لصالحه النزول عنه كان الحديث عن النزول عن الحكم وليس الحق⁽²⁾. فعمدت التشريعات المقارنة واحتراماً لإرادة المحكوم له، نزوله عن الحكم، ونصت على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، لتجد تبعية النزول عن الحق الثابت بالحكم بالنزول عن الأخير مصدرها ومبناها في نصوص قانونية معتمدة، غاية الأمر أن يتم النزول بتصريف إرادي من جانب المحكوم له، ولا يوجد مانع - وكما سنرى - أن يتم النزول باتفاق بين المحكوم له والمحكوم عليه، وإنما الممنوع أن يتم الاتفاق⁽³⁾، على النزول عن الحكم دون النزول عن الحق الثابت به لمخالفة ذلك للنظام العام.

(1) في النزول عن الحقوق انظر : د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص - مشار إليه سابقاً.

(2) شأن تقادم الأحكام والحديث عنه وليس تقادم الحقوق: د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام القضائية، 2015 - دار النهضة العربية؛ وصورية الأحكام وليس صورية العقود - انظر: أنور طلبه: بطلان الأحكام وانعدامها 2006 - المكتب الجامعي الحديث ص 9 والأحكام المشاركة لديه.

(3) هذا الاتفاق لم يكن ممنوعاً في ظل قانون المرافعات الملغي 1949/77 رغم صراحة المادة 312 والتي كانت تنص على أن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به " حيث كان يجوز الاتفاق بين المحكوم له والمحكوم عليه على النزول عن الحكم فقط باعتباره ورقة من أوراق المرافعات، فيكون النزول عن الحكم دون الحق الثابت به، وفي هذه الحالة يبقى الحق المدعي به باعتباره حقاً غير محكوماً فيه، فتجوز إعادة الخصومة به مرة ثانية.

والنزول عن الحكم وتبعية الحق الثابت به لهذا النزول وبقوة القانون هو ما تلقاه الفقه⁽¹⁾ بالقبول وتواترت عليه أحكام القضاء⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضي " بأن النزول عن الحكم أثره النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه ولا

انظر: د. رمزي سيف: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية بدون تاريخ طبع ونشر ص 636 بند 512؛ د. أحمد مسلم : أصول المرافعات 1969 - دار الفكر العربي ص 551.

(¹) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام 2012 - دار الفكر العربي ص 611 وما بعدها بند 411؛ د. فتحي والي: المبسوط في قانون القضاء المدني 2017 - دار النهضة العربية ج 2 ص 367 بند 135؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية 2019 - دار الجامعة الجديدة ص 487 بند 244؛ المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني 2019 إحيال - مسقط المجلد الثاني ص 623 وما بعدها بند 261؛ د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص 1980 منشأة المعارف ج 2 ص 185 بند 366؛ د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني 2001 دار النهضة العربية ص 682؛ أنور طلبة: المرجع السابق ص 9 وما بعدها.

(²) طعن مدني 80/4546 ق نقض 2015/5/26 - طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13 طعن مدني 63/611 ق نقض 1997/3/3 مجموعة الأحكام السنة 48 ص 418. طعن مدني 63/4654 ق نقض 1995/12/6 مجموعة الأحكام السنة 46 ص 312. طعن مدني 54/1078 ق نقض 1992/1/5 مجموعة الأحكام السنة 43 ص 107.

إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 937. إدارية عليا طعن 34/3205 ق جلسة 1991/2/12 مجموعة المبادئ السنة 35 ص 774.

Cass Civ. 111. 9 juin 2015 N. Pourvoi I - 14 - 11125. Cour d'appel denovmea 3 juin 2013. N. de R.G. 12/00/68.

يكون ثمة نزاع بين طرفيها لإفتقاده مقومات وجوده، وتغدو مهمة المحكمة مقصورة على أساس ذلك، دون التصدي للفصل في أصل النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع".

10 - إمتداد الأساس التشريعي للنزول عن الحكم لكل حكم أو أمر فاصل في أصل الحق متى اتجهت إرادة المحكوم له إلى النزول عنه: إذا كان مبرر اعتماد التشريعات المقارنة للنزول عن الحكم هو لحلول الأخير محل الحق الثابت به وقابلية هذا الحق للنزول، فعند إصدار الحكم واتجاه إرادة المحكوم له إلى النزول عنه استتبع النزول عن الحكم، النزول عن الحق الثابت به.

وتطبيقاً لذلك نرى - وعما تكشفه هذه الدراسة - امتداد هذا الأساس إلى كل حكم أو أمر يتوافر بشأنه، بأن يكون فصل في أصل الحق وهذا الحق يقبل النزول، فيقبل الحكم أو الأمر الصادر في هذا الحق النزول عنه طالما كان هذا الحق يقبل النزول عنه، فالحكم التحكيمي⁽¹⁾ بإصداره يحل محل الحق الثابت به ويؤكد ويتضمن محتواه، ويتمتع هذا الحكم بالحجية فور صدوره، ليصبح هذا الحكم بإصداره هو المتداول وليس الحق الثابت به. فإذا اتجهت إرادة المحكوم له بالحكم التحكيمي إلى النزول عنه استتبع هذا النزول، النزول عن الحق الثابت به.

(1) انظر فيما يلي.: بند 72 وما بعده.

وكذلك أمر الأداء⁽¹⁾، حيث بإصداره يحل محل الحق الثابت به، لحسم الأمر لأصل الحق، كما أن الغاية من الحق استنفدت بحلول الأمر محله، ليصبح المتداول أمر الأداء وليس الحق، فإذا نزل عنه من صدر لصالحه، استتبع النزول عنه النزول عن الحق الثابت به.

وترتيباً على ذلك، فإن الحكم أو الأمر متى فصل في أصل الحق حل محل الحق، وأصبح المتداول هو الحكم أو الأمر وليس الحق، فإذا كان الحق الثابت بالحكم أو الأمر يقبل بحسب الأصل النزول عنه، فالحكم أو الأمر الصادر بإثبات هذا الحق وتأكيدده يقبل بالتبعية النزول عنه، فمتى اتجهت إرادة المحكوم لصالحه بالحكم أو الأمر إلى النزول عنه وتوافرت للنزول مقوماته استتبع هذا النزول، النزول عن الحق الثابت بالحكم أو الأمر، لتوافر المبرر والغاية من النزول رغم غياب النص.

(1) انظر فيما يلي: بند 75 وما بعده.

المطلب الثاني

الأساس الفني للنزول عن الحكم

11 - تمهيد:

رغم أن للنزول عن الحكم في قانون المرافعات أساساً تشريعياً يقوم عليه، ويستند إليه، مقتضاه أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، فإن للنزول أيضاً أسس فنية تبرر وجوده، وتقرره في هذا القانون، وتمنع من الرجوع فيه.

والأسس الفنية للنزول عن الحكم في قانون المرافعات تتمثل - في تصورنا - في قواعد ثلاث تتكامل مع بعضها البعض، وتتعاقد معاً للتأكيد على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، وتمنع من الرجوع فيه والمطالبة بذات الحق مرة ثانية، تحقيقاً لاستقرار المجتمع لإستقرار الحقوق والمراكز القانونية من ناحية. ومن ناحية ثانية: أن النزول عن الحكم يعد بمثابة إسقاط له ولآثاره وللحق الثابت به والقاعدة أن الساقط لا يعود. ومن ناحية ثالثة: أنه لا يقبل من الشخص نقض ما تم من جهته ومعاودته للمطالبة بما أسقطه وإلا كان مردود عليه. تلك هي القواعد التي تعد أسس فنية للنزول عن الحكم نتعرض إليها تباعاً على النحو التالي:

12 - القاعدة الأولى: المصلحة في الاستقرار⁽¹⁾: يعد تحقيق إستقرار المجتمع أحد أهم وظائف الدولة. ويتحقق الإستقرار باليقين القانوني⁽²⁾. وإذا كانت الأداة التلقائية لهذا اليقين هو الرأي القانوني الذاتي⁽³⁾، فذلك طالما لم يلقي هذا الرأي شيئاً يتعارض معه أو يناقضه. أما حيث يصطدم بأي ظاهرة تتعارض معه، فإنه يفقد صلاحيته لتحقيق هذا اليقين. وفي هذه الحالة يتطلب تحقيق هذا اليقين إيجاد رأي

(1) في القاعدة بصدد تقادم الأحكام، انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 38 وما بعدها بند 35 والمراجع المشار لديه.

CH. Gignoux: Les action préventives – Thés. 1935, N. 89 p. 117.

وفي هذه المصلحة كأساس فني للتقادم المسقط، انظر: د. السنهوري: الوسيط في القانون المدني الجديد 2011 ج 3 نهضة مصر ص 996 وما بعدها، بند 592؛ د. نبيل سعد: النظرية العامة للإلتزام – أحكام الإلتزام 2020 – دار الجامعة الجديدة ص 519؛ د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للإلتزام – أحكام الإلتزام – 2006 – دار الجامعة الجديدة ص 560 وما بعدها.

(2) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 49؛ د أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات – دار النهضة العربية ص 929 وما بعدها بند 428؛ المؤلف: الوسيط – المجلد الأول ص 164 وما بعدها بند 60.

(3) بأن يتم نفاذ القانون تلقائياً عن طريق النشاط اليومي الأصيل للأفراد، وينطبق هذا أيضاً بالنسبة لليقين القانوني، إذ يعرف الأفراد مراكزهم القانونية تلقائياً بوسيلة ذاتية هي تطبيق القانون على وقائع حياتهم، واستخلاص كحكم القانون بالنسبة لها، وبهذا يتكون للفرد رأي قانوني ذاتي عن مركزه القانوني.

انظر: د. وجدي راغب: المرجع السابق ص 50؛ د. جلال العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية 1996 – منشأة المعارف ص 14 وما بعدها.

قانوني يؤكد الحق أو المركز القانوني المدعي به أو على العكس نفيه وهي مهمة القضاء الموضوعي، إذ يقوم هذا القضاء بتكوين الحكم القضائي أو الرأي القضائي الذي يعد الأداة القضائية لتحقيق اليقين القانوني لما يتمتع به هذا الحكم من حماية تأكيدية.

هذه الأداة يتحقق بمقتضاها الاستقرار في المجتمع، يستوي في ذلك كون المحكوم له قد استوفي بهذا الحكم حقه الثابت به، سواء بنفاذ هذا الحكم أو بتنفيذه⁽¹⁾، أو سقط حقه الثابت بالحكم لتقادم الأخير بمرور الزمن، أو بنزول المحكوم له بإرادته عن الحكم، فيستتبع نزوله عن الحكم النزول عن الحق الثابت به. ففي الصور الثلاث التي لحقت بالحكم ما يمنع من العودة مرة ثانية للمطالبة بذات الحق لذات السبب لأن الحق أصبح غير ذي موضوع، والسماح بخلاف ذلك يتعارض مع إستقرار المجتمع بل يهدره ويقوضه. فتوجد إذن مصلحة في تحقيق هذه الوظيفة يطلق عليها المصلحة في تحقيق الاستقرار واليقين القانوني. ومن ثم فنزول المحكوم له عما قضي به الحكم لصالحه يعد إسقاطاً لهذا الحكم وإسقاطاً للحق

(1) ونفاذ الحكم هو الأثر المباشر الذي يترتب على الحكم بمجرد صدوره دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ، ودون أن يتوقف على صيرورة الحكم نهائياً، ويتحقق هذا الأثر بالنسبة للحكم المقرر والمنشئ. أما تنفيذ الحكم إذا لم يتم اختياري يتم إجباري باتخاذ إجراءات التنفيذ كما في الحكم بالزام.

انظر : د. أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون المرافعات 1990 - الطبعة السادسة منشأة المعارف ص 1098؛ د. أحمد هندي: التنفيذ الجبري 2016 - دار الجامعة الجديدة ص 22 وما بعدها بند 10.

الثابت به، مما يتحقق بالنزول كوجهين لتصرف واحد إستقراراً للحقوق والمراكز القانونية في المجتمع الذي هو في النهاية تحقيقاً لمصلحة المجتمع.

13 - والمصلحة في الاستقرار واليقين القانوني هي ذاتها التي تقف خلف عدم قابلية بعض الأحكام القضائية للنزول عنها، وهي الأحكام الحاسمة للحقوق بحسب طبيعتها أو بمقتضى نص في القانون، أو لكون هذه الأحكام تتمتع بحجية مطلقة بحسبانها ذات حجية عينية. فلكون هذه الحقوق غير قابلة للنزول، فیتبعها الأحكام الحاسمة لها لا يجوز النزول عنها⁽¹⁾. وإلا شكل ذلك⁽²⁾، إرهاباً للمتقاضين، وإشغال مرفق القضاء بما سبق حسمه من دعاوي وصدر بشأنها أحكاماً قضائية، حيث أن بعض الدعاوي يكفي التدخل القضائي بشأنها مرة واحدة شأن المسائل الشخصية البحتة، الدستورية، الجنائية ... إلخ وإلا هدم الاستقرار في المجتمع ودبت القوض، وتعارضت الأحكام⁽³⁾، أو تكررت⁽⁴⁾ بشأن الموضوع الواحد وهو ما لا يجوز بحال⁽¹⁾.

(1) في الأحكام التي لا يجوز النزول عنها. انظر فيما يلي: بند 53 وما بعده.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 39.

(3) ومن تطبيقات التعارض - انظر: طعن 61/3038 ق نقض 2000/3/7 المحاماة 2001 ع 1 ص 73.

Cass. Civ. 2re 23. janv. 1991. Bull. Civ. 11. N. 25 – Cass. Soc. 12
déc. 1990. Bull. Civ. V. N. 653.

(4) كالحكم الصادر بمنح حضانة الصغير للأب ومنحها في ذات النزاع للأم - فالحكمين متكررين، ويكونا محلاً للطعن بسبب تكرار الأحكام شأن تعارض الأحكام. انظر:

فإذا كان تحقيق الاستقرار في المجتمع هو الذي يقف خلف كون النزول⁽²⁾، عن الحقوق والمراكز القانونية يعد إسقاطاً لها ويؤدي إلى إنقضائها، وما سقط لا يعود وفقاً للمادة 2/4 مدني عراقي، فهو أيضاً الذي يقف خلف النزول عن الأحكام الثابتة لهذه الحقوق لحلول هذه الأحكام محل تلك الحقوق بمجرد إصدارها، يبرر النزول عنها ذات الهدف من النزول عن الحقوق تحقيقاً للمصلحة في الاستقرار، ولذا كان النزول عن الحكم - وعما تكشفه هذه الدراسة - سبباً من أسباب إنقضاء الحق.

14 - القاعدة الثانية: الساقط لا يعود: من القواعد الفقهية الكلية. والساقط في اللغة⁽³⁾، يأتي على معاني متعددة، تعود إلى الوقوع، والإلغاء، والإقلاع، والخطأ، والذلل، والسقط من الأشياء، وما سقط فلا تُعدت به. وقول الفقهاء: سقط الفرض معناه سقط طلبه والأمر به. والمعدوم معناه غير الموجود، والعدم فقدان الشيء وذهابه.

Paris. 16 mars. 1922 D. 1923, p. 165.

(¹) لاستحالة تنفيذ الأحكام وخروجاً عن مبدأ احترامها. انظر: المؤلف : الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات 2007 - دار المطبوعات الجامعية ص 642 وما بعدها بند 631 وما بعده.

(²) د. جلال العدوي: المقال ص 171؛ د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ص 66 وما بعدها بند 46 وما بعده.

(³) أ. التهامي الوركة "الساقط لا يعود" مدونة الثقافة الإسلامية 2011/3/22 رابط:

= Thamimoster biogspot. Com.

والقاعدة من الناحية الاصطلاحية عرفها البعض⁽¹⁾، بأن المراد بالساقط هو الحكم أو التصرف الذي تم أو الحق الذي سقطه صاحبه ويبرئ عنه غريمه. ومعنى لا يعود : أي يصبح كالمعدوم ولا سبيل لإعادته إلا بسبب جديد يعيد مثله لا عينه - فإذا أسقط⁽²⁾ شخص حقاً من الحقوق التي يجوز له إسقاطها، يسقط ذلك الحق وبعد إسقاطه لا يعود.

وعرفها البعض⁽³⁾، بأن الساقط من الحقوق القابلة للسقوط لا يعود، معناه أن ما يقبل السقوط من الحقوق، إذا سقط منه شيء بُمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه، وكما أن المعدوم لا يعود، والساقط أصبح معدوماً بعد سقوطه فلا يعود. فلو أبرأ الدائن مدينه من الدين⁽⁴⁾، فقبل أو سكت ولم يردّ، سقط الدين، فلا يمكن إستعادته إذا ندم الدائن، ولا تسمع دعواه، وإن أقر به المدين بعد ذلك.

15 - والدليل على اعتماد القاعدة من القرآن الكريم قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون)⁽⁵⁾. ويقول بن كثير⁽¹⁾ في

(1) الدكتور البورنو في موسوعته الفقهية مشار إليه في الرابط السابق.

(2) علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية - دار القلم دمشق ص 410؛ د. محمد الذحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. دار الفكر - دمشق 2006 - الجزء الأول ص 521.

(3) د. مصطفى الزرقا: شرح القواعد الفقهية - الطبعة الثانية - دار القلم دمشق ص 265.

(4) د. محمد الذحيلي: الإشارة السابقة.

(5) سورة البقرة - الآية 280.

تفسير الآية "ويندب إلى الوضع عنه، ويعد ذلك من الخير، وله به الثواب الجزيل،
" وأن تصدقوا " أي أن تتركوا رأس المال بالكلية وتضعوه عن المدين، فالنزول عن
المعسر الذي عجز عن أداء ما عليه نوع من التصدق.

ومن السنة النبوية الشريفة: حديث محمد بن عبد الرحمن، أن أمه عمرة بنت
عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: "سمع رسول الله ﷺ صوت
خصوم بالباب عاليه أصواتهما، وإذا أحدهما يستوضع الآخر "يطلب منه أن يحط
بعض الدين" ويسترفقه في شيء، وهو يقول والله لا أفعل، فخرج رسول الله ﷺ عليهما
فقال (أين المتألي على الله لا يفعل المعروف) قال أنا يا رسول الله وله أي ذلك
أحب"⁽²⁾.

والحديث يدل على استحباب الوضع من الدين والنزول عنه إذا أعسر
المدين على الوفاء به، وهو يسترفقه بالوضع، والذي صدقه من الوجوب قوله " وله
أي ذلك أحب " أي لصاحب الدين الوضع، والحط من رأس المال إن شاء استحباباً
لا وجوباً⁽³⁾.

(1) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم - تحقيق
سامي بن محمد سلامة 1420 هـ ط 2 - دار طيبة للنشر ج 1 ص 717.

(2) أخرجه البخاري : صحيح البخاري ج 3 ص 187 حديث 2705، ومسلم : صحيح
مسلم: باب استحباب الوضع من الدين ج 5 ص 30 حديث 4066.

(3) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، شرح صحيح البخاري ج 5 ص 308.

ووفقاً للأدلة الشرعية أن الحق متى كان خالصاً للعبد جاز له النزول عنه شأن تصرفه فيه بالبيع والهبة. ومن ثم يكون الحكم العام للنزول عن الحق كونه مباحاً⁽¹⁾، عملاً بالأصل الذي تجري عليه معظم التصرفات والعقود التي بعث النبي ﷺ والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها لأنها تختص بأمور دنياهم، ولا سيما في حالة عجز المتنازل عن تحصيل حقه من منكره - فالتنازل هنا ليس فيه إحسان، فهو غير وارد لفقدان محله، لأن الإحسان يكون مع القدرة على تحصيل الحق⁽²⁾.

16 - والقاعدة لا يقتصر نطاقها على كونها قاعدة فقهية بحتة، بل امتدت بشأن التصرفات القانونية، ولذا اعتمدها التشريعات القانونية المعاصرة، فنص عليها صراحة القانون المدني العراقي⁽³⁾ رقم 1951/40 في المادة 2/4 على أنه "وإذا زال المانع عاد الممنوع ولكن الساقط لا يعود". والقانون المدني الأردني رقم 1976/43 في المادة الرابعة والتي نصت على أن " ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه". كما لا يقتصر تطبيق القاعدة على هذه التصرفات فحسب، وإنما يتعدها ليشمل⁽⁴⁾، القواعد التشريعية أيضاً. بل للقاعدة نصيب في

(1) انظر فيما سبق: بند (1) حاشية (2).

(2) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية ج1 ص 147.

(3) كما اعتمدت القاعدة في تطبيقاته القضائية: انظر: تمييز تنفيذ رقم 2016/333 جلسة 2016/6/19 تمييز مدني رقم 2016/1224 جلسة 2016/3/10 قاعدة التشريعات العراقية.

(4) د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق - المقال ص 218 وما بعدها بند 90 وما بعده؛ د. الكوني اعبوده: " قاعدة الساقط لا يعود" المنظمة الليبية للقضاة - ديسمبر 2015.

التطبيق القضائي، فاستقر قضاء النقض والإدارية العليا⁽¹⁾، على " أن النزول عن الحكم يستتبع وبقوة القانون النزول عن الحق الثابت به، سواء نص على ذلك في ورقة التنازل أو لم ينص، مؤداه إنقضاء الخصومة التي صدر فيها وامتناع المطالبة بالحق الثابت فيه. الطعن بالنقض المقصود به مخاصمة الحكم النهائي الذي يطعن عليه بهذا الطريق، تنازل المطعون ضده عن الحكم فيه آثره عدم قبول الطعن".

وتطبيقاً للقاعدة يجد النزول عن الحكم له فيها أساساً فنياً، مؤداه أن النزول عن الحكم إسقاطاً له، والذي أسقطه من صدر لصالحه الحكم، المحكوم له، لأن إسقاطه من جانبه يعد أحد صور التصرف في الحق الثابت به، والذي حل الحكم بإصداره محله، وكوجه مقابل لعدم تنفيذ هذا الحكم، فمتى اتجهت إرادة المحكوم له بالنزول عنه، فهذا يعني إسقاطاً من جانبه للحكم، لينتج أثره في الحال بإسقاطه، وإسقاطه يستتبع وبقوة القانون إسقاط الحق الثابت به، ولما كان الساقط لا يعود، لأنه أصبح كالمعدوم لا سبيل لإعادته، فلا يجوز للمتنازل أن يطالب بالحق الذي أسقطه من جديد، لأنه أصبح غير ذي موضوع، مؤداه إنقضاء الخصومة التي

. <https://ar.facebook.com>

(¹) طعن مدني رقم 80/4546 ق نقض 2015/5/26، طعن مدني 63/4654 ق نقض 1995/12/6 طعن مدني 63/8718 ق نقض 1995/3/29. إدارية عليا طعن 40/3414 ق جلسة 1997/8/5 إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26.

صدر فيها الحكم وعدم قبول الطعن المرفوع بشأنه⁽¹⁾، وإلا قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبوله⁽²⁾.

17 - القاعدة الثالثة: من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه: ومعناها أن من أقر أمراً بإرادته واختياره، ثم أراد نقض ما تم، فلا يقبل منه، ويكون سعيه مردوداً، لأنه والحالة هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه أو أقره، والمطالبة بما تم لا تسمع لما فيها من التعارض والمنافاة هنا بين الشيء الذي تم من قبل وبين سعيه الأخير في نقضه⁽³⁾، كما لو أقر، ثم ادعي الخطأ في الإقرار، وأراد أن يرجع عن إقراره السابق فإنه لا يسمع منه ولا يصح⁽⁴⁾.

ويستدل على عدم الرجوع فيما تم النزول عنه من حقوق تكون محلاً للنزول حديث بن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ρ قال "العائد في هبته

(1) طعن 73/417 ق - أحوال شخصية نقض 2004/3/13 - إدارية عليا طعن 40/3414 ق جلسة 1997/8/5.

(2) طعن 65/4/9 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22 - طعن 63/611 ق نقض 1997/3/3 طعن 63/4654 ق - نقض 1995/12/6 - طعن 44/278 ق نقض 1977/5/4.

(3) د. محمد الذحيلي: المرجع السابق ص 512؛ دلاموت : التصرف القانوني الإفرادي - رسالة باريس 1951 ص 140 مشار إليه لدى. د. جلال العدوي: المقال ص 250 بند 136.

(4) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ص 475.

كالكلب يقى ثم يعود في قيئه ..".⁽¹⁾ وفي رواية أن الرسول ﷺ قال " مثل الذي يرجع في صدقته كمثل الكلب يقى ثم يعود في قيئه يأكله"⁽²⁾.

وفي ذلك يقول ابن عبد البر⁽³⁾ " والأصل عندي الذي تلزم الحجة به، أنه لا يجوز لأحد الرجعة فيه لقول الرسول ﷺ "العائد في هبته كالكلب ...". إلا أن تثبت سنة تخص هذه الجملة، أو يتفق على معنى من ذلك علماء الأمة". وقال ابن حجر⁽⁴⁾ عن هذا القول "كذا بت الحكم في هذه المسألة لقوة الدليل عنده فيها".

18 - والقاعدة لا يقف نطاقها على مجرد كونها مسألة فقهية بحتة، بل يمتد نطاقها وتطبيقاتها إلى التصرفات القانونية، ومن هذه التطبيقات، نزول المحكوم له بإرادته عن الحكم الصادر لصالحه، ولكون النزول عن الحكم يعد إسقاطاً له وللحق الثابت به، فلا يقبل من المتنازل ما يناقض سبق مسلكه، والرجوع فيما سبق أن سعي إليه، ومعاودة المطالبة بذات الحق الذي سقط بإسقاط الحكم الثابت له، لأن

(1) رواه البخاري: صحيح البخاري ج 3 ص 158 حديث 2589. ورواه مسلم: صحيح

مسلم - باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض ج 5 ص 64 حديث 4259.

(2) رواه مسلم: صحيح مسلم - باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض ج 5 ص 64 حديث 4255.

(3) أبو عمر يوسف بن عبد البر الغمري القرطبي: الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار - تحقيق سالم محمد عطا - محمد علي معوض، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت 2000 ج 7 ص 237.

(4) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 5 ص 235.

النزول عن الحكم تصرف قانوني إرادي ملزم للمحكوم له ولا يجوز له الرجوع فيه،
فما تم بإرادته لا يقبل منه إثبات عكسه وإلا كان مردوداً عليه.

فإذا سلك المحكوم له مسلك يناقض مسلك السابق وأراد الرجوع فيما سبق
أن سعي إليه بإرادته، فسعيه مردود ولا يقبل منه، ولخصمه اتخاذ الإجراءات
القانونية في مواجهته بالتمسك بصحة النزول، وعدم قبول المطالبة بذات الحق مرة
ثانية وتطبيقاً لذلك قضي " (1) "كما وأنه يبدو من أقوال المدعي نفسه أن الجهة
الإدارية أخذت في اعتبارها هذا التنازل وعاملته على أساسه، فلا يجوز لها بعد ذلك
التصل منه على أي وجه من الوجوه مادام قد صدر صحيحاً".

19 - كما أن القاعدة اعتمدها القانون الإنجليزي هو الآخر بصدد الدفع بحجية
الشئ المقضي به والتي اعتبرها أحد الدفوع المتصلة بنظرية الأستوبل(2)
Estoppel وماهيتها منع الشخص من إثبات ما يخالف موقفه وسلوكه السابق، أو
يخالف قراراً قضائياً سابقاً.

(1) إدارية عليا طعن رقم 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 مجموعة المبادئ السنة 20
ص 401.

(2) في نظرية الإستوبل انظر: د. محمد عبد الخالق عمر: عناصر الدفع بالشئ المقضي به
في القانون الإنجليزي - مطبعة دار الكتب - بيروت، لبنان، بدون تاريخ طبع ص 4؛ د. محمد
سعيد عبد الرحمن: نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات 2005 - دار النهضة العربية
ص 50 بند 50؛ د. هادي نعيم المالكي: قاعدة الإغلاق في القانون الدولي - منشورات جامعة
كربلاء كلية القانون السنة السابعة العدد الثالث مارس 2016.

وفي تصورنا تطبق هذه النظرية في شقها الذي يمنع على الشخص إثبات ما يخالف موقفه أو سلوكه السابق على واقعة النزول عن الحكم، باعتباره تصرف قانوني أحادي الجانب، يصدر من المحكوم له فيما صدر لصالحه واتجهت إليه إرادته بالنزول عنه. ولما كان الأصل في هذا التصرف طالما وقع صحيحاً لا يجوز الرجوع فيه، فلا يقبل من المحكوم له ما يخالف ما سبق واتجهت إليه إرادته وإثبات عكسه، وإلا وقع ما صدر منه بالمخالفة غير مقبول. ووفقاً لذلك يعد النزول عن الحكم أحد تطبيقات النظرية فيما اعتمده في منع الشخص من إثبات ما يخالف موقفه وسلوكه السابق.

وقد يعترض على ذلك بأن نظرية الإستوبل محل إعمالها ومصدر تطبيقاتها القانون الإنجليزي والذي ينتمي إلى قوانين خلاف ما ينتمي إليها القانون المصري. حيث ينتمي الأول إلى القوانين الأنجلوسكسونية، والثاني إلى القوانين اللاتينية. ومن ثم لا يصلح تأسيس النزول عن الحكم فنياً وفقاً لنظرية مصدرها قوانين لا ينتمي إليها القانون المصري.

إلا أن هذا الاعتراض مردود⁽¹⁾، ذلك أن مقابل هذه النظرية توجد قاعدة من القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، والذي يعد أسبق زماناً وتطبيقاً من القانون الإنجليزي، تقرر ذات المعنى وتعتمده، وهي القاعدة محل التطبيق "من سعي في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه" والتي تمنع الشخص أن يسلك مسلك

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: الإشارة السابقة.

يناقض سبق ما سعي إليه وإلا كان مسلكه مردود عليه، أي تمنع الرجوع فيما سعي إليه الشخص بإرادته، وهو ذاته المعتمد بشأن النزول عن الحكم، حيث لا يقبل من المحكوم له الرجوع فيما نزل عنه بإرادته وإثبات عكسه أو ما يخالف سلوكه بشأنه. ومن ثم لا يوجد ما يمنع من اعتماد القاعدة الفقهية الكلية في الشريعة الإسلامية والتي تعد مصدراً خاصة وأنها من القواعد الفقهية الكلية في الشريعة الإسلامية والتي تعد مصدراً رسمياً⁽¹⁾ للتشريع في مصر تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور، كما أنها أحد المصادر التي يحكم بها القاضي عند عدم وجود نص تشريعي أو عرف.

بل إن نظرية الإستوبل نفسها لم يعد هناك مانع يحول دون الأخذ بها رغم إنتمائها لنظام يختلف عن النظام المنتمي إليه القانون المصري، لأن قضاء الأخير أصبح يستند إلى هذه النظرية في بعض أحكامه⁽²⁾. كما أخذ بها قضاء النقض

(1) دستورية عليا دعوى رقم 11/29 ق جلسة 1994/3/26.

بل المشرع الفرنسي بإصداره للقانون المدني الجديد 2016/131 لم يفعل في الكثير من النصوص التي تضمنها هذا القانون سوى تكريسه لحلول قضائية سابقة ومبتدعة في ظل نقض تشريعي في مواجهة العديد من المشكلات.

انظر: د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستجدات - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية نوفمبر 2017 - العدد الثاني الجزء الثاني ص 285 وما بعدها خاصة ص 287.

(2) طعن تجاري رقم 89/18309 ق جلسة 2020/10/27 البوابة الإلكترونية. ثم انظر في ذلك: د. فتحي والي: في تعليق سيادته على حكم محكمة استئناف القاهرة "الدائرة 7 تجاري" في الدعاوي أرقام 35، 41، 44، 45 لسنة 129 ق الصادر في 2013/2/5 - حيث اعتمدت

الفرنسي⁽¹⁾، وطبقتها هيئات التحكيم⁽²⁾، رغم أن كل من القانون المصري والفرنسي لا ينتمي أي منهما إلى النظام الأنجلوسكسوني الذي يعتد بالنظرية.

وإعمالاً لكل من القاعدة الفقهية "من سعي في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه" ونظرية الإستوبل " لا يقبل من الشخص إثبات ما يخالف موقفه أو سلوكه السابق"، ليجد النزول عن الحكم له أساساً فنياً في كل من القاعدة والنظرية، حيث يعد تطبيقاً لكل منهما ممثلاً في عدم قبول نقض ما سعي إليه المحكوم له بإرادته - النزول عن الحكم - وإلا كان سعيه مردود عليه، فمحاولته إثبات عكس ما تم على يده لا يقبل منه، لأن القاعدة لا يجوز الرجوع فيما تم على يده وإلا كان رجوعه مردود عليه. وتطبيقاً لذلك تقول المحكمة العليا العُمانية⁽³⁾: "تحكم التنازل قاعدة فقهية كلية تنص على أن "من سعي في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه". لذا كان من العدالة الحق أن يرد سعي المطعون ضدها دون نكث ما غزله

المحكمة نظرية الإستوبل بصدد هذا الحكم - كتابات في القضاء المدني والتحكيم - دار النهضة العربية ص 825 وما بعدها خاصة ص 836.

(1) حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية بنظرية الإستوبل بالنسبة لبطلان حكم التحكيم في حكمها الصادر في 2009/5/6. انظر: د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

(2) كما أخذت بالنظرية هيئة التحكيم في القضية التحكيمية رقم 2009/621 مركز القاهرة الإقليمي جلسة 2010/5/17 مجلة التحكيم العربي العدد 14 ص 223. لدى: د. فتحي والي: الإشارة السابقة. نقض 2003/3/13 - الدائرة التجارية الطعن رقم 1973/76 مجلة التحكيم 2009 العدد الأول ص 542 مشار إليه سابقاً.

(3) طعن مدني رقم 2017/508 جلسة 2018/4/24 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1335.

بيديها الأمر الذي تطلب معه الطاعنة نقض الحكم المطعون فيه هذه الجزئية تحديداً".

20 - تلك هي القواعد الثلاث التي نجد فيها للنزول عن الحكم أساساً فنياً، بجانب الأساس التشريعي التي اعتمدت التشريعات المقارنة. حيث يؤدي النزول عن الحكم إلى انقضاء الحق الثابت به، مما يؤدي إلى استقرار الحقوق، ومن ثم استقرار المجتمع، ليتحقق بالنزول عن الحكم المصلحة في الاستقرار وهو ما اعتمده القاعدة الأولى "المصلحة في الاستقرار". ولما كان النزول عن الحكم يؤدي إلى إسقاطه وإسقاط الحق الثابت به والقاعدة أن " الساقط لا يعود" فلا يجوز معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية لأنه بإسقاطه أصبح غير ذي موضوع، واعتبار النزول عن الحكم تصرف إرادي ملزم لمن صدر منه فلا يجوز له الرجوع فيه، وإذا سعي إلى نقض ذلك كان سعيه مردود عليه، لأن القاعدة "من سعي في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه".

المبحث الثاني

ماهية النزول عن الحكم

وبيان طبيعته القانونية

21 - تمهيد:

ماهية النزول عن الحكم وما يشترط فيه ليكون محلاً للنزول - وبيان الطبيعة القانونية للنزول لمطلبين نتعرض إليهما تباعاً على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية النزول عن الحكم

المطلب الثاني: بيان الطبيعة القانونية للنزول

المطلب الأول

ماهية النزول عن الحكم

22 - تحديد المصطلح وبيان المقصود بالنزول عن الحكم. شروط النزول عنه مسألتين نتعرض إليهما تباعاً على النحو التالي:

23 - أولاً: تحديد المصطلح وبيان المقصود بالنزول عن الحكم:

أ - النزول عن الحكم أو التنازل عنه مصطلحان مترادفان: لم تتفق التشريعات المقارنة التي اعتمدت النزول عن الحكم حول مصطلح واحد بشأنه. فالبعض استخدم مصطلح التنازل، والبعض استخدم مصطلح النزول، ومن التشريعات - في معرض النزول عن الحكم - لم يستخدم هذا ولا ذاك صراحة وإن أجاز النزول عن الحكم تطبيقاً للقواعد العامة. في حين أن المشرع المصري استخدم المصطلحين: مصطلح التنازل في معرض الوكالة بالخصومة واستلزم وجود تفويض خاص⁽¹⁾، وفقاً لنص المادة 76 مرافعات والتي نصت على " ولا التنازل عن الحكم"،

(1) المحامي وإن وُكل عن الخصم وكالة خاصة في قضية معينة، أو وكالة عامة في جميع القضايا التي ترفع من موكله أو عليه، فوكالته في المرافعة أمام القضاء لا تبرر له النزول عن الحكم بدون وكالة خاصة أو تفويض خاص.

انظر: المؤلف: شرح قانون المحاماة العُماني 2020 - دار الجامعة الجديدة ص 127 وما بعدها بند 85؛ طعن مدني رقم 78/10158 ق نقض 2012/1/8 مجموعة الأحكام السنة 63 ص 80.

ومصطلح النزول وفقاً للمادة 145 من ذات القانون والتي نصت على أن " النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به".

وفي تصورنا سواء استخدم مصطلح التنازل أو النزول؛ فالمصطلحين مترادفين⁽¹⁾، ومتفقين في الغاية، الممثلة في الإسقاط أو التخلي عن الحكم وعن الحق الثابت به⁽²⁾. فالنزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، وعلى نحو يصبح هذا الحق ولذات السبب الذي تم حسمه وفقاً له، مجرد من أية حماية قضائية. واستخدام مصطلح التنازل لدى البعض، ومصطلح النزول لدى البعض الآخر ما هو إلا أزمة مصطلح⁽³⁾، يعاني منه البحث في قانون المرافعات، بل

(1) فالتنازل يعرف في اللغة بالنزول من نزل نزولاً، أي هبط من علو إلى أسفل، ويقال نزل فلان عن الأمر والحق أي تركه، فكأنه كان مستعلياً ومستولياً عليه ثم تركه، واستنزل فلان أي حط عن مرتبه.

انظر: إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط - تحقيق مجمع اللغة العربية، طبعة دار الدعوة مادة نزل ج 2 ص 915.

(2) ففي معجم اللغة العربية المعاصرة "التنازل عن الشيء" تركه والتخلي عنه ليستلمه غيره، فيقال تنازل عن حقه في الرئاسة، وتنازلت عن حقها في التركة أي تركته وتخلت عنه.

د. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة 1429هـ - الطبعة الأولى، علم الكتب القاهرة ج 3 ص 2196.

(3) في أزمة المصطلح في قانون المرافعات - انظر: د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات 2016 - دار الجامعة الجديدة ص 12 وما بعدها. النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية 2014 - دار الجامعة الجديدة ص 14 وما بعدها.

بصدد المصطلح الواحد قد تتعدد الألفاظ بشأنه⁽¹⁾. ومن ثم فمصطلح التنازل أو النزول عن الحكم ما هي إلا مسألة إصطلاحية بحتة، وأنه في الاصطلاح تؤخذ الألفاظ بمعناها المتفق عليه علمياً بصرف النظر عن معناها اللغوي⁽²⁾، وأنه لا مشاحة في الاصطلاح، لذلك فإن مصطلح التنازل يمكن أن يؤدي الغرض منه في معرض التنازل عن الحكم وكذلك مصطلح النزول، لكن المصطلح الأخير هو الشائع لدى معظم التشريعات في معرض النزول عن الحكم، ودرج عليه أيضاً الفقه

(1) فالمرجع الفرنسي استخدم مصطلح التنازل بألفاظ متعددة. فتارة استخدم لفظ التنازل Désistement كما في المواد 384، 385، 394 التي تنظم التنازل عن الحق الإجرائي. وفي المواد 400 إلى 405 مرافعات بخصوص التنازل عن خصومة الاستئناف والمعارضة. وعبر المشرع بمصطلح *acceptation du défendeur* بشأن قبول المدعي عليه للحكم باعتبار القبول الشكل الذي يتم به التنازل كما في المواد 394 إلى 397 مرافعات. وكذلك عبر المشرع بمصطلح *Acquiescement* والذي يعني القبول للحكم المانع من الطعن وذلك في المواد 408، 409، 1025 مرافعات. وأيضاً استخدم مصطلح *renunciation* في المواد 556 إلى 558 مرافعات لتنظيم أحكام التنازل عن حق الطعن بالاستئناف. انظر:

Nouveau Code de procedure civile 99 e edition 2008 – Dalloz.

P. 2424. Dalloz – Action – web.www.deouvrir.Daloz-Fr.

بالإضافة إلى كل ذلك عبر المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد 2016 – بمصطلح *renunciation* في المواد 1216 إلى 3/1216 مدني وذلك لتنظيم أحكام التنازل عن العقد code civil. Dalloz – Action

web.site. www.decouverir.Dalloz.Fr.

(2) استئناف إداري عُمان رقم 16/480 ق جلسة 2016/519 مجموعة المبادئ السنة 16 لعام 2015/2016 ج 2 ص 2187.

والقضاء، لذا تؤيده حتى نتحدث جميعاً لغة واحدة⁽¹⁾، ولنساهم في الخروج من أزمة المصطلح التي يعاني منها قانون المرافعات.

24 - ب - المقصود بالنزول عن الحكم: رغم شيوع المصطلح واعتماد التشريعات المقارنة له، إلا أنها لم تبين مقصوده، وشأنها في ذلك شأن القضاء. كما أنه فقير من جانب الفقه هو الآخر، ذلك لكون مصطلح النزول نفسه مصطلح فضفاض، وفيما وراء هذا المصطلح تختلف طبيعة النزول وشكله وموضوعه وسببه⁽²⁾، باختلاف المحل الذي يرد عليه.

وعرف البعض⁽³⁾ النزول في معرض النزول عن الحق بأنه تصرف يهدف إلى إنقضاء حق حال دون أن يتم نقله إلى الغير، أو يهدف منع نشأة حق معين، أو

(1) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 7 وما بعدها؛ د. طلعت دويدار: الوسيط : الإشارة السابقة.

وفي الفقه الإسلامي: من القواعد الفقهية الكلية قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني" في القاعدة وأحكامها. انظر: د. محمد الذحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة - دار الفكر دمشق 2006 ج 1 ص 403 وما بعدها.

(2) د. جلال العدوي: المقال ص 173 بند 5.

BRETON (A.) Theorie général de la renunciation aux droits réels.

R.T.D. Civ. 1928 T.27 p. 261 - et 364.

(3) د. جلال العدوي: المقال ص 173 وما بعدها خاصة ص 175.

هو تصرف إرادي يتخلى به شخص عن حقه أو ميزة قانونية دون نقلها إلى الغير⁽¹⁾.

وعرفه البعض⁽²⁾ في معرض النزول عن الحكم، بأنه إفصاح المحكوم له عن رغبته في عدم التمسك بما قضي به الحكم لصالحه. وفي تصورنا أن التعريف غير جامع وغير مانع. وغير جامع لأن النزول عن الحكم - كما سنرى - قد يكون ضمناً وينتج أثره بمجرد وقوعه. وغير مانع لأنه لم يرد قيد على إرادة الخصوم يمنعهم من معاودة المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم، ومن ثم يجعل النزول عن الحكم لمجرد كونه إجراء من إجراءات الخصومة وهو ما لا يستقيم⁽³⁾. كما أن عدم تمسك المحكوم له بما قضي به الحكم لصالحه قد لا يتجاوز كونه مجرد اكتفاء منه بعدم

(1) وفي ماهية التنازل عن الطعن، انظر: د. عبيد القصاص: التنازل عن الحق في الطعن 1995 دار النهضة العربية ص 37.

وفي التنازل عن العقد انظر: د. نبيل سعد: التنازل عن العقد 2017 - دار الجامعة الجديدة ص 68.

وفي النزول عن الحق الإجرائي - انظر : د. محمد السيد رفاعي: التنازل عن الحق الإجرائي 2010 رسالة الزقازيق ص 283 وما بعدها.

وفي التنازل عن الحق في الدعوى - انظر: د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى ص 4.

وفي التنازل عن الخصومة - انظر: د. أحمد أبو الوفا : قانون المرافعات ص 643 وما بعدها بند 491.

(2) د. عيد القصاص: المرجع السابق ص 58.

(3) انظر فيما يلي. بند 36.

المطالبة بتنفيذه، فإذا ما تغيرت الظروف أمكنه تنفيذه، أما إذا نزل عن الحكم فإنه يستحيل عليه تنفيذه أو المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم بعد ذلك بأية صورة⁽¹⁾.

وعرف البعض⁽²⁾ النزول عن الحكم بأنه تصرف إرادي يصدر من المحكوم له، ولا يحتاج إلى قبول من المحكوم عليه. ولكن هذا التعريف - وكما سنرى - لا يتجاوز كونه بيان للطبيعة القانونية للنزول عن الحكم.

وفي تصورنا أن النزول عن الحكم هو تخلي المحكوم له بإرادته عن ما قضي له الحكم به كلياً أو في شق منه، ليسقط وتسقط كافة آثاره والحق الثابت به - مادام يجوز النزول عنه - لتعود الأوضاع والمراكز القانونية إلى ما قبل صدور الحكم وفي حدود ما تم النزول عنه، ومنع معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية لتجرده ولذات السبب من أية حماية قضائية لأنه أصبح غير ذي موضوع⁽³⁾.

(1) د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص 488 بند 244.

(2) د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ص 185 بند 336.

(3) وفي الفقه الإسلامي: التنازل في اللغة يطلق على عدة معاني، ومن أهمها ترك الحق والتخلي عنه والتسامح فيه، والعفو عنه وإسقاطه، يقال التنازل عن الحق والتنازل عن الدعوى وعن الحكم أي إسقاطه وتركه. أما اصطلاحاً: فمعناه لا يخرج عن المعنى اللغوي وهو الإسقاط، وصيغته هي نفس صيغ الإسقاط، إلا أن التنازل على إطلاقه أعم لتعدد استعماله، وعلى هذا فإن التنازل بمعنى الترك لا يقع على الأعيان، وإنما على الحقوق كحق الرهن، وحق الدين، وكل حق يسقط بالتنازل عنه، وعلى هذا فإن التنازل بمعنى الترك أو التخلي يساوي الإسقاط في المعنى الاصطلاحي. انظر: د. حسن عبد الفتاح السيد محمد: التنازل عن الحق كوسيلة من وسائل فض

فالنزول عن الحكم يعني إسقاطه وإسقاط كافة آثاره والحق الثابت به، وفي حدود ما قضي به للمحكوم له واتجهت إليه إرادته لا بما قضي به الحكم عليه⁽¹⁾، ومنعه من معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية لأنه أصبح غير ذي موضوع.

والنزول عن الحكم على هذا النحو له خصوصيته التي اعتمدها التشريعات المقارنة والتي نصت على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به. وبصد هذه الخصوصية لا ينظر فقط إلى طبيعة الحكم كإجراء من إجراءات الخصومة، وإلا جاز للمحكوم له معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية وهو ما لا يستقيم، وإنما أيضاً إلى الغاية من النزول بالتخلي عن الحكم بإسقاطه وإسقاط كافة آثار والحق الثابت به، لتعود المراكز والأوضاع القانونية⁽²⁾، التي حسم الحكم المتنازل عنه إلى سابق وضعها التي كانت عليه قبل رفع الدعوى، وصدور الحكم المتنازل عنه، بحيث يعود المحكوم له الذي تنازل عن الحكم إلى ما قبل رفع الدعوى وصدور الحكم. هذا من ناحية.

النزاع عند تساوي الحقوق وتعارضها. دراسة فقهية معاصرة 2015 - مكتب الوفاء القانونية ص 78 وما بعدها، والمراجع المشاركة لديه.

(1) د. رمزي سيف: المرجع السابق ص 636 بند 512؛ د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص 651 وما بعدها بند 495.

(2) إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 937.

ومن ناحية أخرى، يترتب على إعمال هذه الخصوصية نتيجة مؤداها تجرد الحق الموضوعي الثابت بالحكم المتنازل عنه، وبقوة القانون، وفي حدود ما قضي به للمحكوم له، ولذات السبب التي فصل في الحق وفقاً له من أية حماية قضائية، لأن هذا الحق أصبح غير ذي موضوع، ومن ثم تتخلف المصلحة في معاودة المطالبة به مرة ثانية، لتقضي المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم القبول.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ " بأن النزول عن الحكم يستتبع بقوة القانون النزول عن الحق الثابت به سواء نص على ورقة التنازل أم لم ينص، وأنه يترتب على النزول انقضاء الخصومة التي صدر فيها وامتناع تجديد المطالبة بالحق الثابت به، وأن مقتضى هذا التنازل أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، ومن ثم يصبح الطعن المرفوع غير مقبول".

25 - ثانياً: شروط النزول عن الحكم: يتضح من بيان المقصود بالنزول عن الحكم، أنه يشترط في هذا النزول الشروط الآتية:

(1) طعن إيجارات 79/11611 ق نقض 2011/5/19، طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13 - طعن مدني 64/4654 ق نقض 1995/2/6 طعن مدني 54/1078 ق نقض 1992/1/5 - إدارية عليا طعن 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 ج 1 ص 774.

26 - 1 - أن نكون بصدد حكم قائم: إذا كان المستقر عليه لدى قضاء النقض⁽¹⁾، أن الحكم - قضائي أم تحكيمي - بالنزول عنه لم يعد قائماً، لذا يجب في الحكم ليكون محلاً للنزول أن يكون قائماً وموجوداً. ويكون للحكم وجوداً قانونياً يعتد به ويعول عليه متى توافرت له أركان معينة لا يقوم ولا يوجد إلا بتوافرها. وهي في الحكم القضائي⁽²⁾، أركاناً موضوعية ممثلة في الإرادة والمحل والسبب وأركاناً شكلية هي وجود الخصومة وورقة الحكم، كما أن له ركن شخصي وجود أشخاص الخصومة والحكم - العضو القضائي والخصوم - كما أن الحكم التحكيمي⁽³⁾،

(1) في الحكم القضائي انظر : طعن مدني 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13. طعن مدني 65/5468 ق نقض 1996/10/31. طعن مدني 63/4654 ق نقض 1995/12/6. طعن مدني 63/8718 ق نقض 1995/3/29.

وفي الحكم التحكيمي انظر: نقض 2003/3/13 - الدائرة التجارية - الطعن رقم 1973/76 مشار إليه سابقاً.

(2) في أركان الحكم القضائي انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي 2002 - دار النهضة العربية ص 21 وما يليها بند 11 وما يليه؛ د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطله للحكم - دار الجامعة الجديدة ص 21 وما يليها؛ د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي 1974 منشأة المعارف ص 413 وما يليها؛ د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 21 بند 11.

Vincent et Guinchard: Procedure civile 23ed. Dalloz 1994, p. 710 ets.

N. 1196 etss CADIET: Droit judiciaire prive. éd litec 1992, p. 563. N.

1073.

(3) المؤلف: الوجيز في قانون التحكيم العُماني 2019 - دار الجامعة الجديدة ص 161 وما بعدها، الطعانان رقما 88، 73/515 ق نقض 2010/2/9 مجموعة الأحكام السنة 61 ص 202.

يصدر عن إرادة المحكم لا عن إرادة الأطراف وفي خصومة، ولذات الشكل المقرر للأحكام القضائية، كما يجب أن يكون مكتوباً وموقع عليه من كل المحكمين أو من أغلبهم مادة 1/43 تحكيم.

هذه الأركان متى توافرت في الحكم القضائي أم التحكيمي اعتبر قائماً وموجوداً ويرتب كافة آثاره، ويصلح أن يكون محلاً تتجه إليه إرادة المحكوم له بالنزول عنه أو عن شق منه. وعلى العكس إذا تخلفت هذه الأركان أو بعضها فإن ما يصدر عن المحكمة أو هيئة التحكيم لا يعد حكماً ولا يكون له وجود، ومن ثم لا يعتد به ولا يعول عليه، كما أنه لا يترتب أي أثر من الآثار القانونية التي ترتبها الأحكام، ولا يكون محلاً للتنفيذ، كما لا يرد⁽¹⁾ عليه التقادم.

وحيث يصدر حكماً على هذا النحو فهو يتجرد من صفته القضائية أو التحكيمية ويعد مجرد واقعة⁽²⁾، فهو حكم منعدم، قضائي⁽³⁾. هذا الحكم أم

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 16 بند 19.

(2) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية - دار النهضة العربية ص 408 وما بعدها بند 204.

المؤلف: دعوى عدم الاعتداد بالحجز 2018 دار الجامعة الجديدة ص 73 - 76 بند 25.

(3) طعن مدني 70/6011 ق نقض 2013/2/27. طعن مدني 78/10158 ق نقض 2012/1/8. طعن مدني 70/5663 ق نقض 2002/5/28. طعن جنائي 60/11961 ق نقض 1997/5/11. طعن مدني 60/2509 ق نقض 1996/2/27.

تحكمي⁽¹⁾، لعدم وجوده من الناحية القانونية، وإن وجد من الناحية المادية، وجوده من هذه الناحية لا يعتد به ولا يعول عليه، لكونه حكماً ولد منعماً، وانعدامه يجعله غير قابل للتصحيح بأي طريق من طرق الطعن، لأن المعدوم لا يمكن رأب صدعه، وإنما السبيل للتمسك بانعدامه هي دعوى البطلان الأصلية⁽²⁾. بل ويمكن رفع دعوى جديدة بذات المسألة المقضي فيها بين الخصوم دون إمكان دفعها بسابقة الفصل فيه استناداً إلى الحكم المعدوم⁽³⁾.

ويضاف إلى الآثار التي تترتب على الحكم المعدوم أنه لا يكون محلاً للنزول عنه، لأن النزول لا يرد إلا على حكماً موجوداً وقائماً ومرتباً لكافة آثاره القانونية، وحيث أن الحكم المنعدم غير قائم وغير موجود فلا يكون بحال محلاً للنزول عنه.

(1) طعن تجاري 80/9882 ق نقض 2013/10/8. وفي عدم قابلية الأحكام المنعومة للنزول انظر فيما يلي.

(2) طعن مدني 70/6011 ق نقض 2013/2/27. طعن مدني 83/1698 ق نقض 2013/2/19. طعن 73/337 ق نقض 2013/1/18 - إدارية عليا دائرة توحيد المبادئ في الطعن 32/3546 ق جلسة 1990/6/30 مجموعة المبادئ السنة 35 ص5.

(3) د. أحمد ماهر زغول: مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن - دار النهضة العربية ص 148 وما بعدها بند 84.

وعلى عكس الحكم المنعدم، إذا توافرت للحكم أركانه اعتبر موجوداً وقائماً ولو اعتوره شائبة تصيب صحته، كالقصور في التسبب⁽¹⁾، أو الفساد في الاستدلال⁽²⁾، أو مخالفته لحق من حقوق الدفاع⁽³⁾. فالحكم رغم ما شابه من عيوب تصيب صحته إلا أنه قائم وموجود، وإذا لم يطعن عليه لإزالة هذا العيب أصبح صحيحاً، أو طعن عليه بالفعل وقامت بمقتضاه خصومة طعن، ففي الحالتين يجوز النزول عنه لكونه حكم قائم وموجود، وبالنزول عنه سواء حالة عدم الطعن عليه، أو كانت هناك خصومة طعن قائمة بشأنه ترتب على النزول عنه زوال الخصومة التي صدر فيها، وإنهاء خصومة للطعن وبقوة القانون، وتكون مهمة المحكمة قاصرة على إثبات ذلك التنازل دون التصدي للفصل في موضوع النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع⁽⁴⁾. فكون الحكم قائم ولو يه شائبة تصيب صحته يصلح أن يكون محلاً للنزول عنه.

(¹) طعن إجازات 87/2258 ق نقض 2018/4/18. طعن مدني 78/10158 ق نقض 2012/1/8 طعن مدني 72/40 ق نقض 2009/5/12 مجموعة الأحكام السنة 60 ص 587.

(²) طعن مدني 78/5952 ق نقض 2016/2/22.

(³) طعن مدني عُماني 2017/709 جلسة 2018/2/20 مجموعة الأحكام السنة 17، ص 18. طعن مدني عُماني 2016/916 جلسة 2016/12/19 المجموعة السابقة 17، ص 143.

(⁴) طعن مدني 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22 - طعن مدني 63/4654 ق نقض 1995/12/6. طعن مدني 63/8718 ق نقض 1995/3/29.

27 - 2 - أن يكون الحكم فاصل في أصل الحق: لكي يستتبع النزول عن الحكم الحق الثابت به تطبيقاً للمادة 145 مرافعات يجب أن يكون الحكم فاصلاً في أصل الحق - الموضوع - أو في شق منه متى ورد النزول عن هذا الشق. ويعد الحكم فاصلاً في أصل الحق متى كان حسماً لمراكز الموضوعية، ولو كان هذا الحق⁽¹⁾، مسلماً به من المحكوم عليه قبل رفع الدعوى. ومن ثم فلا محل للكلام عن الحكم إلا إذا كان فاصلاً في الموضوع، يستوي في الحكم أن يكون صادراً بالزام أو كان مقررراً أو منشأ، كما يستوي أن يكون ابتدائي أو انتهائي أو بات طالما لم يكن قد تم تنفيذه أو ورد عليه التقادم. كذلك يستوي فيه كونه حكم قضائي أو تحكيمي، فمتى كان فاصلاً في أصله الحق كان محلاً للنزول عنه، والنزول عنه يستتبع النزول عن الحق الثابت به.

ويلحق بهذا الحكم في صورتيه القضائي أو التحكيمي، العمل القضائي الفاصل في أصل الحق، ولو لم يتأخذ شكل الحكم والمثال الواضح لهذا العمل أوامر الأداء وفقاً للمواد 210/201 مرافعات. هذه الأوامر⁽²⁾، نظام خاص بالنسبة لبعض الحقوق لا يتبع بصدها الإجراءات المعتادة للخصومة القضائية، بل هو

(1) طعن 61/1235 ق نقض 1996/4/7.

(2) طعن 29/527 ق نقض 1964/6/7 مجموعة الأحكام السنة 15 ج 2 ص 963. طعن مدني 27/264 ق نقض 1963/4/4 مجموعة الأحكام السنة 14 ج 2 ص 475. نقض 1963/1/17 مجموعة الأحكام السنة 14 ص 136 نقض 1961/6/1 مجموعة الأحكام السنة 12 ص 257، وفي بيان طبيعة أوامر الأداء وقابليتها لتكون محلاً للنزول عنها. انظر فيما يلي بند 75 وما بعده..

نظام مختصر يتبع بصدده إجراءات شبيهة بإجراءات الأوامر على العرائض. ويصدر القاضي في الطلب المقدم بشأنه أمر أداء، وهو عبارة عن أمر بإلزام المدين بأداء الدين. ووفقاً للاتجاه الراجح يعد هذا الأمر بمثابة حكماً قضائياً، لأنه يتضمن قضاء بالدين، وهو بذلك يعد أمر موضوعي يترتب كافة الآثار المترتبة على القضاء الموضوعي مثل حجية الأمر المقضي به والقوة التنفيذية للحكم بإلزام -وكما سنرى - يكون محلاً للنزول عنه من جانب من صدر لصالحه.

فالأحكام والأوامر الفاصلة في أصل الحق - الموضوع - تكون محلاً للنزول عنها ولو لم يتضمن النص على بعضها صراحة المادة 145 مرافعات. فالمادة نصت على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به. وهذا الحق لا يستتبع النزول عن الحكم إلا إذا كان الحكم حاسماً لموضوعه، ومن ثم فالنص يقبل التطبيق في كل حالة يستتبع فيها الحق النزول عن القرار الذي حسمه، حكماً كان أو أمراً مادام الحق يقبل النزول عنه، خاصة وأن النزول عن الحكم أو الأمر يعد سبباً لإنقضاء الحق تحقيقاً لاستقرار المجتمع.

28 - أما الأحكام غير الفاصلة في أصل الحق أو الموضوع⁽¹⁾. وهي الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى وقبل الفصل في موضوعها كالأحكام الإجرائية⁽¹⁾،

(1) انظر: د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع في القانون المصري والتشريع المقارن 2007 دار المطبوعات الجامعية. نظرية الأحكام ص 323 وما بعدها بند 196 وما بعده.

فهي أحكام تفصل في مسائل المرافعات التي تثور أثناء سير الخصومة، ومثالها الحكم في مسألة الاختصاص أو بطلان الإجراءات. كذلك الأحكام المنظمة لسير الخصومة مثل الحكم بالتأجيل أو الحكم بضم دعويين أو الحكم بوقف الخصومة أو بسقوطها أو بانقطاعها. وأيضاً الأحكام الحاسمة لمسألة قبول أو عدم قبول الدعوى، فكل ذلك تعد أحكاماً إجرائية حاسمة لمسائل إجرائية تنحصر قوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صدرت خلالها.

كما يندرج في هذه الطائفة من الأحكام كافة الأحكام⁽²⁾، الصادرة باتخاذ إجراء تحقيقي أو تتعلق بإجراء من إجراءات الإثبات كالحكم بإحالة الدعوى للتحقيق أو الانتقال للمعينة أو الاستجواب أو نذب خبير ..إلخ. وتصدر هذه الأحكام من تلقاء نفس المحكمة أو هيئة التحكيم، أو بناء على طلب الخصوم أو بعضهم. هذه الأحكام لا تمس الموضوع محل الخصومة ولا تصدر تأكيدات بشأنه سواء بالإقرار

Bosquet (Y.): jugements avant dire droit. Jun clsss, pr. Civ. 1989 Fasc. 532.

(¹) طعن إجراءات 77/13350 ق نقض 2019/3/10. طعن جنائي 87/2199 ق نقض 2018/2/15 طعن تجاري 85/8700 ق نقض 2016/7/20. طعن إجراءات 65/4998 ق نقض 2010/5/23 طعن مدني 65/16866 ق نقض 2007/5/13 مجموعة الأحكام السنة 58 ص 399. طعن مدني 61/2507 ق نقض 2006/3/25 مجموعة الأحكام السنة 57 ص 277.

(²) طعن جنائي 87/7464 ق نقض 2017/10/3. طعن مدني 77/1290 ق نقض 2015/4/20. طعن جنائي 79/6904 ق نقض 2010/11/3 مجموعة الأحكام السنة 61 ص 609.

أو بالنفي، فهي لا تعد أحكاماً موضوعية أو تأكيدية، وإن كان يجوز العدول عنها⁽¹⁾، إلا أنها لا تكون محلاً للنزول عنها تطبيقاً للمادة 145 مرافعات لكونها لا تكشف عن عقيدة محددة للمحكمة أو هيئة التحكيم بشأن موضوع النزاع.

كذلك يستبعد من أن يكون محلاً للنزول الأوامر على العرائض⁽²⁾. فهي أوامر مرهون وجودها وبقائها ببقاء الظروف التي صدرت فيها. فإذا فرض وورد عليها النزول فقد لا يصادفه محل لتغيير الظروف التي قد لا يوجد معها الأمر. كما أن الفصل فيهما لا يعد فصلاً في الموضوع. فأصدار القاضي للأمر وإن قام على أساس رجحان حق الطالب إلا أنه لا يمنع قاضي الموضوع من رفض دعوى الطالب لإنتقاء حقه وكذلك الأمر يستهلك بصدور الحكم في الموضوع. فينتفي بصدده فكرة استقرار الأوضاع القانونية التي تعد أساساً فنياً للنزول عن الحكم. ولذا فإن هذه الأوامر لا تصلح أن تكون محلاً للنزول عنها، لأن ما فصلت فيها هذه الأوامر ليس هو أصل الحق، وإنما يواجه بمقتضاها خطر يهدد الحق بالضياع أو الانتقاص منه نهائياً إذا لم يتخذ التدبير الوقفي لدرء هذا الخطر. فالأوامر على العرائض وإن كان يجوز للمحكوم له بها أن يكتفي بعدم المطالبة بتنفيذها، وهو ما لا يعد نزولاً. إلا أنها لا تصلح أن تكون محلاً للنزول.

(1) طعن مدني 68/750 ق نقض 1996/6/24 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 2 ص 903. طعن مدني 59/1518 ق نقض 1996/3/14 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 493. الطعن رقم 55/1724 ق، 57/2277 ق نقض 1991/5/30 مجموعة الأحكام السنة 42 ج 1 ص 1272.

(2) طعن 60/2659 ق نقض 1999/3/9. طعن 48/450 ق نقض 1978/12/18.

وأيضاً يستبعد من أن يكون محلاً للنزول، الأحكام التي لا تعد أعمالاً قضائية، فهذه الأعمال وإن صدرت في شكل الأحكام وبديباجيتها، إلا أنه ليس لها من معناها سوى الاسم، لأنها لا تفصل في خصومة، كما أن القاضي يصدرها بمقتضى سلطته الولائية وليست القضائية، كالحكم بالتصديق على الصلح القضائي مادة 103 مرافعات⁽¹⁾. والحكم بإيقاع بيع العقار مادة 446 مرافعات⁽²⁾، فمثل هذه الأحكام⁽³⁾، لا تفصل في نزاع ومن ثم لا تكون محلاً للنزول عنها.

29 - وحيث أن الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع تجمعها فكرة واحدة، وهي أنها تصدر أثناء سير الدعوى وقبل الحكم في موضوعها، وأنه ليس لها كيان مستقل بذاتها، كما لا ينسجم بمقتضاها النزاع حول أصل الحق، فلا تنهي بها ولاية القاضي أو المحكم، بل تصدر بإجراء أولي سابق للفصل في النزاع دون أن يمس موضوعه. وطالما أن أصل الحق مازال قائماً يتنازل فيه أصحاب الشأن، فلا

(1) طعن مدني 45/654 ق نقض 1978/5/25 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 1328.

طعن مدني 41/399 ق نقض 1976/6/26 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 1421.

(2) طعن مدني 79/2608 ق نقض 2010/5/11 مجموعة الأحكام السنة 61 ص 672.

طعن مدني رقم 60/1530 ق نقض 1999/11/18 مجموعة الأحكام السنة 50 ص 1101.

(3) في عدم قابلية الأحكام التي لا تعد أعمالاً قضائية للنزول انظر فيما يلي، بند 62.

تكون الأحكام الصادرة بشأن سير الخصومة المنعقدة بصدده محلاً للنزول، وإنما النزول يكون للأحكام الفاصلة في الموضوع.

ولما كان النزول عن الأحكام الفاصلة في أصل الحق يعد إسقاطاً لها ولآثارها والحق الثابت بها. فالنزول عن هذه الأحكام يلحق به كافة الأحكام السابقة على إصدارها، ويتم النزول عن الأحكام الصادر قبل الفصل في أصل الحق تبعاً للنزول عن الحكم الفاصل في أصل الحق، لكون هذا الحكم يعد أصل للأحكام السابقة على صدوره، وهي فرع له، والفرع يسقط لسقوط الأصل. كما أن النزول عن الحكم يعود بأطرافه إلى ما كانوا قبل إصداره - فالنزول عن الحكم فضلاً عن أنه يستتبع النزول عن الحق الثابت به يستتبع كافة ما سبقه من أحكام فرعية تم إصدارها لكي يصدر الحكم محل النزول. فيصبح الحكم غير قائم وما اتخذ بصدده من أحكام فرعية، وما رتبته من آثاره وما ثبت به من حق.

30 - وإذا كان الشرط، هو كون الحكم محل النزول فاصلاً في أصل الحق، ذلك بحسب الأصل لأن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به بما يمنع معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية. فالاستثناء من هذا الأصل هو جواز النزول عن الأحكام المستعجلة، لأنها قد تسكن المراكز المتنازع عليها إلى ما لا نهاية⁽¹⁾. ويحسم بمقتضاها واقعة يمنع العودة إليها مرة ثانية طالما لم تتغير الظروف كالحكم

(1) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص 470 وما بعدها بند 228 والمراجع المشاركة لديه.

بالإخلاء. مع ملاحظة أنه إذا تغيرت الظروف فلا يجوز التمسك بالحكم المستعجل المتنازل عنه كسابقه في دعوى الإخلاء لتكرار التأخير في سداد الأجرة.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾، بأنه " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الخبير المنتدب أمام محكمة الاستئناف قد أثبت في تقريره تنازل المطعون ضدهما عن حكم الإخلاء الصادر في الدعوى رقم لسنة 1996 مستعجل إسكندرية، وإذا كان الأثر المترتب على ذلك هو زوال الحكم المشار إليه وإعتباره كأن لم يكن وإنقضاء الخصومة التي صدر بشأنها فلا يصلح أن يكون أساساً لتوافر التكرار في الدعوى الراهنة، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر واعتد بهذا الحكم المستعجل كسابقه في دعوى الإخلاء لتكرار التأخير في سداد الأجرة ورتب على ذلك قضاءه بالإخلاء فإنه يكون معيباً ".

30 - 3 - أن يكون الحكم صادر لصالح المتنازل عنه: النزول - وكما سنرى - تصرف قانوني أحادي الجانب يصدر من شخص ويرد على حق يملك التصرف فيه⁽²⁾. وفي نطاق النزول عن الحكم لا يملك النزول عنه إلا ممن صدر لصالحه، أي بما قضي له الحكم به لا بما قضي به عليه. وما قضي به الحكم للمحكوم له

(1) طعن إيجارات رقم 79/11611 ق نقض 2011/5/19.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "لا يجوز النزول ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه" طعن 51/1477 ق نقض 1984/12/30. نقض 1981/6/24 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 1935 نقض 1978/1/10 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 138.

هو ما صدر منه لصالحه بأن يكون قضي له بكل طلباته أو بعضها، ولو كان ما قضي به جاء تسليماً من المحكوم عليه⁽¹⁾، بالحق محل الحماية القضائية المطلوبة.

معنى ذلك، أن من صدر حكماً لصالحه أن يتنازل عنه كلياً أو في شق منه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. فالمحكوم له كما له أن يتمسك بالحكم ويطلب تنفيذه له أن يتنازل عنه، وفي هذه الحالة يكون قد أسقط حقه فيما قضي له الحكم به، ودون أن تمتد إرادته إلى ما قضي به الحكم عليه، لأنه لا يملك التصرف فيه، فما لا يقضي به الحكم لصالح المحكوم له لا يملك النزول عنه.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأنه " من حيث أن نص المادة 145 مرافعات تنص على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، وقد جرى قضاء

(1) طعن 61/1235 ق نقض 1996/4/7.

(2) إدارية عليا طعن 40/3414 ق جلسة 1997/8/5 مجموعة المبادئ السنة 42 ص 1429. إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 937. إدارية عليا 34/3205 ق جلسة 1991/2/12 مجموعة المبادئ السنة 36 ص 692. إدارية عليا طعن 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 ص 774. إدارية عليا طعن 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 مجموعة المبادئ السنة 20 ص 401. إدارية عليا طعن 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 مجموعة المبادئ السنة 13 ع 1 ص 27.

طعن مدني 57/871 ق نقض 1989/6/7 مجموعة الأحكام السنة 40 ج 2 ص 540. طعن مدني 37/170 ق نقض 1972/3/23 مجموعة الأحكام السنة 23 ج 1 ص 499.

هذه المحكمة على أن تنازل الخصم عن الحكم الصادر لصالحه يترتب عليه إنقضاء الخصومة ويقتصر دور المحكمة على إثبات ذلك...".

وإذا كان النزول عن الحكم يقتصر على الحكم الصادر لصالح المحكوم له دون ما قضي به عليه، فهو أيضاً يقتصر على ما اتجهت إليه إرادته بالنزول عنه دون غيره من الأحكام الصادرة لصالحه، ولو كانت هذه الأحكام صادرة مع الحكم المتنازل عنه في منازعات مرتبطة أشخاصاً وموضوعياً. وقضي تطبيقاً لذلك⁽¹⁾، بأنه "إذا كان الثابت في إقرار الطالب المؤرخ أنه اقتصر في التنازل عن الطلب رقم ... فإن الحكم بإثبات تنازله عن هذا الطلب لا تأثير له على الطلب المائل، ويكون إثبات تنازله عنه على غير أساس".

كما يقتصر النزول عن الحكم على الشق منه القاضي لصالح المحكوم له دون الشق الآخر الذي لم يقضي به لصالحه، فيرد النزول على الشق الأول دون الآخر وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأن " ... ذلك على سند من أنه بموجب العقد سالف الذكر باعت الشركة المطعون ضدها للطاعنة الشقة المبينة بالعقد والصحيفة وإذ

(1) طعن رقم 56/81 ق - رجال قضاء - نقض 1987/6/23 مجموعة الأحكام السنة 38 ص 54. طعن مدني رقم 20/87 ق نقض 1952/3/20 مجموعة الأحكام السنة الثالثة العدد الثاني ص 658. إدارية عليا طعن 8/1205 ق جلسة 1965/7/13 مجموعة المبادئ السنة العاشرة ع 3 ص 1653.

(2) طعن مدني 82/11508 ق نقض 2014/12/1. طعن مدني عُماني 2017/508 جلسة 2018/4/24 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1335.

تخلفت الأخيرة عن سداد الأقساط، ومن ثم أقامت الشركة الدعوى حكمت المحكمة بالفسخ والتسليم ورفضت ما عدا ذلك من طلبات بحكم استأنفته الطاعنة برقم تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف قضت المحكمة بإثبات التنازل عن الفسخ والتسليم وانتهاء الخصومة وألزمت المستأنفة بالمصروفات".

فالحكم يصلح أن يكون محلاً للنزول عنه متى كان صادراً لصالح المحكوم له. واتجهت إرادته لهذا النزول، ويكون نزوله قاصراً على هذا الحكم وحده، وفي حدود ما قضي له، أو على الشق القاضي به لصالحه، ودون أن يمتد النزول إلى ما قضي به الحكم على المحكوم له، أو قضي له به ولم تتجه إرادته بالنزول عنه، لأن النزول تصرف قانوني إرادي يرد على ما يملكه المتنازل دون ما لا يملكه.

31 - 4 - أن يصلح الحكم ليكون محلاً للنزول عنه: لا يكفي للنزول عن الحكم أن يكون قائم وموجود، وأن يكون فاصل في أصل الحق، وأن يكون صادر لصالح المتنازل عنه. وإنما يجب فضلاً عن كل ذلك أن يصلح الحكم لأن يكون محلاً للنزول عنه، لأن الأحكام ليست كلها مما تقبل النزول. وإن كانت القاعدة التي تحكمها من حيث قابليتها للنزول هي أن تكون الحقوق الثابتة بها تقبل بطبيعتها أو بمقتضى نص في القانون النزول عنها. فقابلية الحق الثابت بالحكم للنزول عنه يجعل الحكم عند إصداره وحلوله محل هذا الحق قابل للنزول عنه. بل ويضاف إلى هذه القاعدة جواز النزول عن الحق المالي المتفرع عن الحق الثابت بالحكم، وإن

كان هذا الحق لا يقبل بطبيعته أو بنص في القانون النزول عنه لجواز تصرف المحكوم له في الحق المالي، فيجوز له النزول عنه⁽¹⁾.

وخلاف هذه القاعدة وما يضاف إليها، هناك حقوق بطبيعتها أو بمقتضى نص في القانون لا يجوز النزول عنها، وتبعاً لذلك ما يصدر في هذه الحقوق من أحكام لا تكون محلاً للنزول عنها، لأن هذه الأحكام تكتسب طبيعة هذه الحقوق وتأخذ حكمها، ومتى صدرت وأصبحت باثة كانت عنواناً للحقيقة سواء في حق من صدرت لصالحه أو خلفه أو من صدر ضده أو لخلفه، بل قد تكون هذه الأحكام ذات حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة.

ومن الأحكام ما لا تقبل بطبيعتها النزول عنها، الأحكام ذات الطبيعة الشخصية البحتة⁽²⁾، أو المتعلقة بالحالة الشخصية للإنسان⁽³⁾، أو لكون هذه الأحكام لا يجوز النزول عنها بمقتضى نص في القانون كالأحكام الصادرة لصالح العمال لتعلقها بحقوق قررتها قوانين العمل⁽⁴⁾، أو لكون هذه الأحكام ذات حجية

(1) طعن 80/2431 ق - هيئة عامة - نقض 2012/5/28 البوابة القانونية لمحكمة النقض.

(2) طعن 73/481 ق - أحوال شخصية - نقض 2013/7/2.

(3) نقض 2006/7/10 مجلة المحاماة العددان 5، 6 سبتمبر 2009 ص 528 مشار إليه لدى: د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 53. طعن مدني عُماني رقم 2015/122 جلسة 2016/2/21 مجموعة الأحكام السنة 15، 16 ص 25.

(4) طعن عمالي عُماني 2016/665 جلسة 2017/12/31 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1474.

مطلقة تسري في مواجهة الكافة بحسبانها ذات طبيعة عينية ومنها الأحكام الدستورية⁽¹⁾، والأحكام الصادرة في دعاوي الإلغاء⁽²⁾، والأحكام الجنائية⁽³⁾. وعلى كل الأحكام المدومة أياً كانت المحكمة أو الجهة الصادرة لها، لكونها ليست أحكاماً.

فهذه الأحكام بحسب طبيعتها أو بمقتضى نص في القانون، أو لكونها ذات حجية مطلقة لا يجوز النزول عنها⁽⁴⁾، استقراراً للحقوق والمراكز القانونية التي صدرت فيها، فهي تصدر لمرة واحدة وتظل إلى ما لا نهاية إلى أن تعدل وتزول بمقتضى حكم آخر.

32 - 5 - تجرد الحق الثابت بالحكم المتنازل عنه من أية حماية قضائية: قلنا أن النزول عن الحكم يعني إسقاطه وإسقاط آثاره والحق الثابت به ليجد هذا النزول أساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة، وقواعد فقهية ثابتة وفقه وقضاء مستقر، حيث نصت المادة 145 مرافعات على أن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن

(1) طعن 82/4647 ق نقض 2019/11/24. دستورية عليا دعوى 6/31 ق جلسة 1986/1/4 أحكام المحكمة الدستورية العليا ج 3 من يناير 1984 - 1986 ص 296.

(2) إدارية عليا طعن 57/4931 ق جلسة 2010/11/25 مجموعة المبادئ الصادرة في شأن الأحزاب السياسية والطعون الانتخابية في الفترة من 2010/1/1 إلى 2011/6/30 ص 150.

(3) طعن مدني 88/7046 ق نقض 2019/3/28.

(4) في الأحكام التي لا يجوز النزول عنها انظر فيما يلي، بند 53 وما بعده.

الحق الثابت به" وهو عين ما كانت تنص عليه المادة 312 من قانون المرافعات الملغي 1949/77.

ومع صراحة المادة 312 والتي كانت تنص على أن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به" إلا أن الخصوم كان يمكنهم الاتفاق بعد النزول عن الحكم على معاودة المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم مرة ثانية سواء أمام القضاء أو قضاء بديل.

33 - وتصور الفقه الإجرائي⁽¹⁾، أن عدم وجود ما يمنع مثل هذا الاتفاق في ظل القانون الملغي مرجعه عدم تعلق الحجية التي كان يتمتع بها الحكم المتنازل عنه بالنظام العام، ومن ثم فلا يوجد ما يحول بين الخصوم وبين معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، كما لا يوجد ما يمنع المحكمة من نظر ذات النزاع عن ذات الحق مرة ثانية طالما لم يتم التمسك أمامها بسابقة الفصل في النزاع، وهو ما يوجد معه نوع من الاضطراب في التطبيق العملي لما قد يترتب عليه من تعارض وتكرار في الأحكام مما يتنافى معه استقرار الحقوق والمراكز القانونية.

(1) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات 1997 الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ص 738 وما بعدها بند 392؛ د. رمزي سيف: المرجع السابق ص 637 بند 512؛ د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 573 بند 383؛ د. أمينة النمر: مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة 1967 منشأة المعارف ص 361 بند 219.

ووفقاً لهذا التصور أخذ الفقه بزمam المبادرة ونادى بضرورة تعلق الحجية بالنظام العام، لتتعالى كأثر للحكم على كل محاولة تخول للخصوم معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، كما يمنع المحكمة من معاودة نظره، وتوجب عليها أن تقضي ولو من تلقاء نفسها بعدم جواز نظره لسابقة الفصل في النزاع، تحقيقاً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي تم حسمها بحكم يجوز الحجية.

ورغبة من المشرع في تحقيق هذا الاستقرار اعتمد في قانون المرافعات الحالي تعلق الحجية بالنظام العام، فنص على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يتعلق بالنظام العام وفقاً للمادة 116 مرافعات. وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم تطبيقاً للمادة 101 إثبات، وعليه أصبحت الحجية⁽¹⁾، كأثر إجرائي للحكم الذي يتمتع بها متعلقة بالنظام العام.

وبهذا التدخل التشريعي استقر لدى الفقه في مجموعه بصدد النزول عن الحكم أن له خصوصيته التي تقتضي مراعاة ما يشتمل عليه من تقرير أو إنشاء حقوق للخصوم وما يرتبه القانون الإجرائي على هذا الحكم من حجية، فإذا كان يجوز للمحكوم له النزول عن الحكم وعن الحق الثابت به وفقاً للمادة 145 مرافعات، لأن الغاية من النزول هي إسقاط للحكم والحق الثابت به، إلا أنه لا يجوز له النزول

(1) طعن 66/52 ق - أحوال شخصية - نقض 2000/12/16. طعن مدني 52/2142 ق نقض 1985/12/19 طعن 51/1136 ق نقض 1984/12/9. طعن 51/47 ق نقض 1984/11/7.

عن الحجية لتعلقها بالنظام العام، واحتراماً لها، لا يجوز تجديد المطالبة بذات الحق مرة ثانية، وإلا قضت المحكمة من تلقاء نفسها بسابقة الفصل في النزاع.

مؤدى ذلك أن نزول المحكوم له عن حقه الثابت بالحكم يعد شئاً وحجية الحكم شئاً آخر، فالمسألة الأولى تتعلق بحق خاص به. أما المسألة الثانية فإنها تتعلق بمرفق تقوم به الدولة. والدولة وإن أعطت لكل شخص إمكانية الالتجاء إلى القضاء، ولكن ذلك يكون لمرة واحدة لنفس النزاع، والذي لا يستتم معه الفصل في النزاع الواحد أكثر من مرة، كما أن القاضي يطبق القانون، ويجب على القضاة الآخرين احترام هذا التطبيق ولو أراد الخصوم عدم احترامه⁽¹⁾.

35 - هذا التصور هو ما استقر عليه الفقه، وذهبت إليه بعض أحكام القضاء⁽²⁾، وظل يردده إلى وقتنا هذا، بأن النزول عن الحكم وإن استتبع النزول عن الحق الثابت به، إلا أن هذا النزول لا يمس حجية هذا الحكم بالرغم من زواله من قريب أو بعيد لتعلق الحجية بالنظام العام، وهي التي تحول دون معاودة المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم الذي تم النزول عنه ولو بدعوى جديدة.

(1) د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص 739 وما بعدها بند 392؛ د. أحمد ماهر زغلول: الحجية الموقوفة ص 85 وما بعدها بند 54؛ د. أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات 2016 مكتبة الوفاء القانونية ص 412.

(2) إدارية عليا طعن 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 ج 1 ص 774. طعن مدني 52/2543 ق نقض 1988/12/15 مجموعة الأحكام السنة 39 ص 1323. نقض 1977/5/4 مجموعة الأحكام السنة 28 ص 1146.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يتصور بقاء الأثر رغم زوال الحكم؟
بمعنى هل يتصور بقاء الفرع - الحجية - رغم زوال الأصل - الحكم؟ وعلى
فرض بقاء الفرع - وهو غير متصور - ماذا يحمي الأثر أو الفرع بعد زوال
الأصل والحق الثابت به. أو بمعنى آخر. ماذا تحمي الحجية كأثر أو فرع بعد
زوال الأصل - الحكم - والحق الثابت به.

ولما كانت القاعدة أن الأثر يتبع الحكم أو الفرع يتبع الأصل وجوداً وهدماً
فلا يستقيم ما تصوره الفقه لا في صحة تصوره ولا في دقة أساسه، لأن الحجية
كأثر إجرائي للحكم، كما أنها تعد فرع الأصل هو الحكم، وإذا كان الأخير بالنزول
عنه لم يعد - وعلى ما جرى عليه قضاء النقض⁽¹⁾ - قائماً بل زال من الحياة
القانونية، ولم يعد له وجود، وتبعاً زالت معه آثاره، بل استتبع النزول عنه وبقوة
القانون الحق الثابت به. الأمر الذي لا يستقيم بحال عدم بقاء الحكم بالنزول عنه
ويظل أثره - الحجية - قائماً. فمتى زال الأصل زال بالتبعية الفرع. لأن بقاء الفرع
أو الأثر مرتبطاً ارتباطاً حتمياً ببقاء الأصل - الحكم - ولذا تقول محكمة النقض
في أحدث أحكامها⁽²⁾ " وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة تبقى الحجية

(1) طعن مدني 79/2818 ق نقض 2017/10/16. طعن مدني 80/4546 ق نقض
2015/5/26 طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/3. طعن مدني
63/4654 ق نقض 1995/12/6 طعن مدني 65/5468 ق نقض 1996/10/31 طعن
مدني 63/8718 ق نقض 1995/3/29.

(2) طعن تجاري 89/7348 ق نقض 2019/12/24. طعن تجاري رقم 73/76 ق
نقض 2007/3/13.

قائمة طالما بقي الحكم قائماً " فالحجية كأثر للحكم تدور معه وجوداً أو عدماً، كما قضت⁽¹⁾ بأن عدم تمسك الطاعنة بالحكم التحكيمي السابق صدوره في ذات النزاع أمام محكمة الاستئناف واستمرارها في نظرها للدعوى، يبنى بتنازلها عن الحق الثابت به مما يمنع معه أعمال أثر هذا الحكم على المركز القانوني الذي تحقق للمطعون ضدها الأولى بقضاء محكمة النقض. كذلك قضت⁽²⁾ بتبعية الفرع للأصل وجوداً وعدماً فإسقاط الأصل يستتبع إسقاط الفرع، تطبيقاً للقاعدة الفقهية "إذا سقط الأصل سقط الفرع"⁽³⁾.

ولو على فرض بقاء الحجية بعد زوال الحكم المرتب لها - وهو غير متصور - فماذا تحمي الحجية. صحيح أن وظيفتها أنها تحول دون معاودة المطالبة بذات الحق الذي سبق وأن فصل فيه، ولكن لما كان هذا الحق قد زال مع زوال الحكم بالنزول عنه، فيكون بقاء الحجية بعد هذا النزول من قبيل التزايد الذي لا جدوى منه لعدم وجود المحل التي تقوم الحجية حالة وجوده بوظيفتها وتعمل على حمايته.

ووفقاً لذلك لم يعد هناك مجالاً لمجرد الشك في أن بقاء الحجية أو على العكس زوالها مرتبطاً ارتباطاً حتمياً بالحكم المرتب لها، والتي تعد أثراً له. فالحجية

(1) نقض 2007/3/13 - الدائرة التجارية - القضية رقم 73/76 ق مجموعة الأحكام السنة 58 ص 261.

(2) دستورية عليا دعوى رقم 40/27 ق جلسة 2020/2/1.

(3) في مفهوم القاعدة وأحكامها انظر فيما يلي، بند 145.

تظل قائمة ما بقي الحكم قائماً وتزول تبعاً لزواله، ومن صورته، النزول عنه. فلا محل لبقاء الفرع أو الأثر بعد النزول عن الأصل وهو الحكم، لأن النزول عنه يعد إسقاطاً له ولآثاره وللحق الثابت به.

36 - وإذا كانت الحجية كأثر للحكم قد زالت بزواله عند النزول عنه، ففي تصورنا يعد المانع من معاودة المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم المتنازل عنه ولو بدعوى جديدة، هو تخلف وجود هذا الحق كشرط⁽¹⁾، يتكامل معه شرط ثان هو وقوع الاعتداء على هذا الحق، لوجود الشرطين معاً الصفة لصاحب الحق في الدعوى، لينشأ منهم مجتمعين للشخص الحق في الدعوى، أي تنشأ له مصلحة في الحصول على الحماية القضائية.

وحيث لا يوجد حق أو مركز قانوني لإسقاطه بإسقاط الحكم بالنزول عنه، فلا يكون هناك محلاً للاعتداء عليه، وتخلف الشرطين معاً يتخلف تبعاً لهما وجود صفة المطالب بالحق، فلا ينشأ له الحق في الدعوى، أي لا يكون له مصلحة في

(1) لكي ينشأ للشخص الحق في الدعوى، أي تنشأ له مصلحة في الحصول على حماية قانونية معينة بواسطة القضاء، تعين توافر شروط ثلاث مجتمعة أولها: وجود حق أو مركز قانوني. الثاني: أن يقع اعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني. الثالث: أن يكون طالب الحماية هو من وقع اعتداء على حقه أو مركزه القانوني. وفي الغالب بمجرد توافر الشرطين الأول والثاني، تثبت الصفة في الدعوى، ومن ثم ينشأ للشخص مصلحة في طلب الحماية القضائية. انظر: د. فتحي والي، المبسوط ج 1 ص 138 - 162، بند 60 - 66.

الحصول على الحماية القضائية، ولتعلق المصلحة بالنظام العام⁽¹⁾، فإن المحكمة لها وحدها تقديرها⁽²⁾. فإذا تبين لها تخلفها لعدم وجود الحق قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽⁴⁾ بأنه " إذا كان النزول عن الحق الشخصي المدعي به عملاً قانونياً يتم بالإرادة المنفردة، وينتج أثره في إسقاطه، فإنه يترتب على تنازل المدعي إنتفاء مصلحته في الفصل في مدى دستورية المواد الطعينة، إذا لم يعد ذلك لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية، مما يتعين معه الحكم بعدم

(1) وتطبيقاً لذلك قضي " تعلق المصلحة بالنظام العام مؤداه إلحاق الدفع بعدم القبول لانتهاء المصلحة بالدفع الموضوعية وسريان أحكامها عليه، فضلاً عن وجوب بحث الموضوع عند نظر الدعوى أو الطعن توافر المصلحة بمفهومها القانوني بغير طلب من الخصوم علة ذلك المادة 3 مرافعات " طعن مدني 78/5441 ق نقض 2017/3/6.

(2) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا " هي وحدها التي تتحرى توافر شرط المصلحة في الدعوى المقامة أمامها للتثبت من هذا الشرط اللازم لقبولها، وليس لجهة أخرى أن تنازعا ذلك أو تحل محلها فيه" دعوى رقم 20/158 ق جلسة 2000/5/6.

(3) قارب حيث أنه من المستقر عليه في قضاء النقض " أنه يلزم فيمن يختصم في الطعن أن تكون له مصلحة في الدفاع عن الحكم المطعون فيه، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الأخير لم ينازع الطاعنين، إذ تنازل لهم - أمام محكمة أول درجة - عن عقد إيجار الشقة المؤجرة له ب عقار النزاع فاختلفت بذلك مصلحته في الدفاع عن الحكم المطعون فيه ويضحي اختصاصه في الطعن غير مقبول" طعن مدني رقم 69/1193 ق نقض 2001/4/30 مجموعة الأحكام السنة 52 ج 1 ص 614، دعوى رقم 20/158 ق جلسة 2000/5/6.

(4) دستورية عليا دعوى رقم 11/30 ق جلسة 28 يوليه 1990 أحكام المحكمة الدستورية العليا ج 4 من يناير 1987 حتى آخر يونيو 1991 ص 294.

قبول الدعوى". وقضي⁽¹⁾ بأن " النزول عن الحكم هو عودة المراكز والأوضاع القانونية للخصوم إلى ما قبل صدور الحكم، أثره يقتصر دور المحكمة على إثبات ذلك دون التصدي للفصل في أصل النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع " لتقضي بعدم قبوله⁽²⁾.

(¹) إدارية عليا طعن 40/3414 ق جلسة 1997/8/5 مجموعة المبادئ السنة 42 ج 2 ص 1429. إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 937.

(²) دستورية عليا دعوى رقم 40/27 ق جلسة 2020/2/1 - دستورية عليا دعوى 6/31 ق جلسة 1986/1/4.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للنزول عن الحكم

37 - النزول عن الحكم لا يعد عملاً إجرائياً: على الرغم من أن الحكم يعد عملاً إجرائياً⁽¹⁾ بل يعد أهم الأعمال الإجرائية قاطبة⁽²⁾، إذ تتوفر فيه خصائص

(1) قارن يرى بعض الفقه الفرنسي بأن الحكم ليس عملاً إجرائياً، ورتب هذا الفقه على ذلك، أن قواعد بطلان الأعمال الإجرائية لا تنطبق على الأحكام، خاصة قاعدة "لا بطلان بغير ضرر".

من هذا الرأي:

- Rodier: Traite de competence. T.I. P. 146.
- Boncenne: Theorie de la procedure civile, Continuee par, Bourdeau. 7 vd., Paris 1863. T. III, P. 271.
- Boitard: le cons de procedure civ. T. II, N. 1213, P. 762.
- Garsonnet et Cezar - Bru: Traite. T. II, No. 86, P. 148.

مشار إليهم لدى: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص 84 بند

34.

(2) د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 399 بند 147. نظرية البطلان: الإشارة السابقة؛ د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي، ص 684 وما بعدها؛ المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية - المجلد الثاني ص 663 وما بعدها بند 266 وما بعده.

العمل الإجرائي، فهو جزء من الخصومة، بل أهم عمل فيها⁽¹⁾، لكونه يعد النهاية الطبيعية لها، فالحكم هي الغاية التي يرمى إليها الخصوم دون أن تنهي كلها⁽¹⁾.

واعتبار النزول عن الحكم عمل إجرائي، وتطبيق القواعد العامة بشأنه يؤدي إلى زوال الحكم وحده مع بقاء الخصومة وعودتها إلى الحالة التي كانت عليها قبل إصداره⁽²⁾، أي يقتصر النزول عن الحكم فقط دون المساس بالحق الثابت به، ومن ثم يمكن أن ترفع به دعوى جديدة باعتباره حقاً غير محكوم فيه⁽³⁾.

(1) د. نبيل عمر: الحكم القضائي 2016 دار الجامعة الجديدة ص 5 بند 1.

(1) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 683؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات، 2019 دار الجامعة الجديدة، ص 528 بند 259؛ د. الأنصاري التيداني: العيوب المبطللة للحكم، ص 11؛ المؤلف: الإشارة السابقة.

(2) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية ص 651 وما بعدها بند 495، نظرية الأحكام ص 640 بند 435؛ د. رمزي سيف: الإشارة السابقة؛

Notalie, Fricero: Desisstement jur – class. Pr. Civ. Fac. 800 – 40, 26 – act. 2018, N. 5.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 65/3438 ق نقض 1996/6/23 مجموعة الأحكام السنة 47 ص 996؛ طعن 62/253 ق – أحوال شخصية – نقض 1995/11/2، طعن 45/854 ق نقض 1978/5/11.

Cass. Civ. 3 janv. 1969, Bull. Civ. II, N. 3, Cass. Civ. 30 mars 1966, Bull. Civ. II, N. 444, Civ. 21 Nov. 1963, Bull. Civ. II, N. 754.

(3) د. رمزي سيف : المرجع السابق ص 627 بند 512؛ د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 573 بند 383؛ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 2011 دار النهضة العربية ص 828 بند 465.

ولكن اعتبار النزول عن الحكم عمل إجرائي هو ما لا يستقيم مع الأساس الفني والتشريعي للنزول، والتي اعتمده التشريعات المقارنة وواظبت عليه، ونصت على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، والذي اعتبر معه أن النزول يعد إسقاطاً للحكم وللحق الثابت به، ليصبح هذا الحق بعد النزول عن الحكم الثابت به غير ذي موضوع، يمنع من معاودة المطالبة مرة ثانية وإلا قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم القبول لتخلف المصلحة في المطالبة به⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأن " النزول عن الحكم أثره النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه مادة 145 مرافعات، تقديم شركة التأمين أمام محكمة الاستئناف مخالصة منسوب صدورها للمضرور تفيد اقتضاء التعويض منها وتنازله عن حكم التعويض الابتدائي الصادر لصالحه، وقوف الحكم الاستئنافي بشأنه عند حد القول بأنه مجرد ورقة من أوراق الدعوى لا يحول الاستمرار في نظرها، خطأ وقصور".

38 - النزول عن الحكم تصرف قانوني أحادي الجانب: والتصرف القانوني⁽³⁾، وإن كان هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني يرتبه القانون، أيا كان

(1) انظر فيما سبق، بند 32 وما بعده.

(2) طعن رقم 65/5468 ق نقض 1996/10/31.

(3) في التصرف القانوني انظر: د. محمود أبو عافية: نظرية التصرف القانوني المجرد، رسالة القاهرة 1947، ص 207، بند 57؛ د. السنهوري: الواقعة القانونية والتصرف القانوني،

هذا الأثر، إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني معين. فهذا التصرف كما يكون اتفاقياً قد يكون من جانب واحد مادة 1/1100 من القانون المدني الفرنسي الجديد⁽¹⁾.

والنزول عن الحكم أحد صور⁽²⁾ التصرف القانوني إحدادي الجانب، فهو عمل إرادي أو تصرف قانوني من جانب المحكوم له يتم بإرادته المنفردة وملزم

1954/1953، ص 9 وما بعدها؛ د. جميل الشراقوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، 1994، دار النهضة العربية ص 14 بند 8.

Petit (B.): Contracts et obligations. Jur. Class. Dr. Civ. 1997, ar. 1001 – 1008. Fasc. 1 – 2. No. 45; Mestre: R.T.D. Civ. 1987, P. 755.

(4) Art. 1100 – 1: Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ils peuvent être conventionnels au unilatéraux.

(²) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 641 بند 435؛ د. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية 1986، منشأة المعارف ص 955 بند 862؛ د. وجدي راغب: مبادئ ص 732، دراسات في مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 18 العدد الأول يناير 1976، ص 197؛ د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص 185 وما بعدها بند 366؛ د. الأنصاري النيداتي: التنازل عن الحق في الدعوى ص 37، الصلح القضائي 2009 دار الجامعة الجديدة ص 150 بند 102؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام، ص 27 بند 26؛ د. عصمت عبد المجيد بكر: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية – بيروت 2019؛ د. السنهوري ص 540.

– Natalie Fricera: Desistement préc.

له⁽¹⁾. وبدون أن يحتاج إلى قبول من المحكوم عليه، لأن إسقاط الحق لا يتطلب قبولاً.

هذا النزول يتم وينتج أثره ولو لم يصادفه قبول بالمرة من المحكوم عليه، لأن النزول عن الحق عمل فردي ملزم بدون حاجة إلى قبول يصدر عن المتنازل له. فكما لا يجوز للمدعي أن يقيم دعوى لا تستند إلى مصلحة قانونية، لا يجوز أيضاً للمدعي عليه أن يتقدم بطلب أو دفع أو اعتراض لاجني منفعة من ورائه⁽²⁾. كما أن المنطق القانوني⁽³⁾، يقبل أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة، فهو حر في أن يرتب على عاتقه ما يريد من التزامات. ولكن هذا لا يعني في حد ذاته أنه يمكن أن يجبر على قبوله تلك الالتزامات، لأنه لا يمكن إلزام شخص بقبول حق لا

وفي تطبيق ذلك قضي بأن " التنازل عن إجراءات الخصومة والحكم فيها هو أمر اختياري للمدعي وإرادته الحرة " طعن إدارية عليا رقم 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 العدد الأول ص 774.

(¹) وفي مناط الإلزام بالتصرف القانوني والتصرف الإرادي ومبناه انظر: د. مصطفى الجمال: مناط الإلزام بالأحكام المدنية - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - حقوق الإسكندرية 1974، العدد الثاني السنة 16 ص 217 وما بعدها بند 54 وما يليه.

(²) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، ص 613 بند 407.

(³) د. خليل قداة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - الجزء الأول - مصادر الالتزام 1991 ديوان المطبوعات الجامعية ص 185 بند 110.

Mazeaud (H.) et Chahas (F.) : leçon de droit civil. Tome - II. Volume, I, obligations Théorie générale ger. Della 2000, P. 357 ets.

يريده. وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب العديد من التشريعات المقارنة⁽¹⁾، واستقرت عليه أحكام القضاء.

فقضت المحكمة الدستورية العليا⁽²⁾، بأن النزول عن الحق الشخصي عملاً قانونياً يتم بالإرادة المنفردة، وينتج أثره في إسقاطه. وقضت محكمة النقض⁽³⁾، بأن إسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة يحميها القانون لا يكون إلا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه".

(1) وفي ذلك نصت المادة 304 من القانون المدني اليمني على أن "الالتزام بالإرادة المنفردة هو صدور إيجاب من شخص لا يتوقف على قبول من آخر يلتزم به الموجب لشخص معين أو قابل للتعيين فيترتب على الالتزام أثره من تولد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه عند الامتناع".

والمادة 250 من القانون المدني الأردني على أنه يجوز " أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قبول المتصرف إليه".

(2)، (3) دستورية عليا الطعن رقم 7/15 ق جلسة 1985/12/21، نقض مدني 1996/1/7 طعن 57/2411 ق مشار إليهما لدى د. الأنصاري النيداني : التنازل عن الحق في الدعوى، ص 6.

وفي تطبيقات النزول عن الحكم في التعويض الصادر عن إساءة استعمال العين المؤجرة وتوقفه على إرادة المؤجرة المنفردة، باعتباره نزول عن حقه فيه. انظر: طعن رقم 45/100 ق جلسة 1979/4/28 مجموعة الأحكام السنة 30 ص 217، طعن 43/409 ق نقض 1977/1/26 مجموعة الأحكام السنة 28 ص 291.

وقضي⁽¹⁾ بأن " النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها وبعد ثبوت الحق فيه، ولا حاجة فيه إلى قبول الدائن، ولما كان النزول لا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى، ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر فيها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه". وفي ذلك نصت المادة 2251 مدني فرنسي على أن " النزول عن التقادم يكون صريحاً أو ضمناً، والنزول الضمني الناشئ عن الظروف الذي يدل بدون لبس على إرادة عدم التمسك بالتقادم".

وقضي⁽²⁾ بأنه "لما كان النزول عن الحق في الطعن يتم وتتحقق آثاره بمجرد حصوله وبغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما

(1) نقض 2002/2/26 طعن 63/7044 ق، نقض 1994/2/17 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 379. طعن مدني 56/1905 ق نقض 1993/6/7 مجموعة الأحكام السنة 44 ج 2 ص 575. نقض 1978/12/20 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 1977. نقض 1978/1/10 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 138 نقض 1981/6/24 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 1935. تمييز قطري مدني رقم 2014/284 جلسة 2015/1/27 البوابة القانونية القطرية - الميزان:

Rulingpage<almeezan.90

استئناف مختلط 12 يونيه 1923 م 35 ص 503 مشار إليه لدى د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 3 طبعة نهضة مصر 2011 ص 1147.

(2) طعن رقم 70/380 ق نقض 2009/4/9 - طعن 64/4329 ق نقض 1996/2/27 مجموعة الأحكام السنة 47 ص 373. طعن 61/4239 ق نقض

أسقط حقه فيه، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه باعتبار أنه يتضمن تنازلاً عن الحق في الطعن ملزماً لصاحبه بغير حاجة إلى قبول المتنازل إليه".

وقضي بأن النزول عن الحكم عمل فردي ملزم بدون حاجة إلى قبول يصدر من المتنازل له⁽¹⁾. هذا النزول يخضع في أحكامه - وكما سنرى - للقواعد العامة في التصرف القانوني المنصوص عليها في القانون المدني، سواء من حيث أركانه أو شروط صحته أو من حيث بطلانه وطرق الطعن فيه أو من حيث آثاره. فالنزول عن الحكم تصرف قانوني إنفرادي يصدر من المحكوم له ولا يحتاج إلى قبول من المحكوم عليه، لكون إسقاط للحكم والحق الثابت به، كما أنه لا يرتد بالرد. هذا التصرف هو ما اعتمده المشرع الأردني وفقاً للمادة 2/253 مدني والتي

1995/1/30. طعن 51/849 ق نقض 1985/3/12. طعن 40/257 ق نقض 1979/1/27 نقض 1973/5/22 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 807. طعن مدني عماني 2011/375 جلسة 2011/12/10 مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة العليا السنة 12 ص 226.

(¹) طعن مدني 82/11508 ق نقض 2014/12/1 طعن تجاري 81/5692 ق نقض 2012/2/25. نقض مدني 1933/1/5 مجموعة عمر 1 ص 162. طعن إدارية عليا 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مشار إليه سابقاً.

نصت على أنه " إذا كان التصرف الإنفرادي إسقاطاً محضاً، فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولا يرتد بالرد"⁽¹⁾.

39 - وفي الفقه الإسلامي⁽²⁾: المستقر عليه أن النزول يعتبر إسقاط، والأصل في الإسقاط أن يتم بإرادة المسقط وحده، لأنه جائز التصرف ولا يمنع من إسقاط حقه، مادام لم يمس حق غيره. ومن هنا اتفق الفقهاء على أن الإسقاط المحض الذي ليس فيه معنى التملك والذي لم يقابل بعوض، يتم بصدور ما يحقق معناه من قول، أو ما يؤدي معناه دون توقف على قبول الطرف الآخر. بل ذهب البعض من

(1) ووفقاً للمادة 1/10 إجراءات جنائية مصري يعد التنازل عن الشكوى حق للمجني عليه في أي دور من أدوار الدعوى الجنائية إلى أن يصدر فيها حكم بات، ويترتب على التنازل إنقضاء الدعوى، فلا يجوز اتخاذ أي إجراء آخر فيها بعد صدور هذا التنازل، وإلا كان باطلاً، لأن الانقضاء مقرر بقوة القانون، كما أن التنازل ملزم للمتنازل ولا يجوز الرجوع فيه، فضلاً عن أنه من النظام العام، ولا يشترط قبول المتهم لهذا التنازل كي ينتج أثره، أي أن إرادة المتهم ليست محل اعتبار، بالرغم من مصلحته في بعض الأحيان استمرار الإجراءات لإثبات براءته. انظر: د. محمد عبد الحميد مكي: التنازل عن الشكوى كسبب خاص لانقضاء الدعوى الجنائية 2009، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ص 241 وما بعدها بند 205 وما بعده. نقض جنائي 1980/5/12 مجموعة الأحكام السنة 31 ص 615.

(2) الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف الكويتية ج 4 إسقاط بند 12.

المذهب الشافعي إلى القول⁽¹⁾ "لا يشترط القبول على المذاهب سواء أقلنا الإبراء إسقاط أم تملك"⁽²⁾.

40 - مدى جواز النزول عن الحكم في صورة عقد يبرمه طرفا الحكم: رغم أن النزول الانفرادي عن الحق لا يكون إلا على سبيل التبرع، فليس هناك ثمة ما يمنع أن يكون النزول اتفاقياً وعندئذ يكون على سبيل المعاوضة فلا فرق بين النزول المسقط والاتفاق المسقط، فالأخير ما هو إلا صورة من صور النزول الذي يمكن أن يكون اتفاقياً⁽³⁾. شأن ذلك النزول عن الحكم، ليس هناك ما يمنع أن يرد في شكل اتفاق يبرمه طرفا الحكم، المحكوم له والمحكوم عليه، وإذا كان النزول

(1) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت 977 هـ) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: ط. دار الفكر - بيروت ج 2 ص 179.

(2) والدليل على عدم اشتراط القبول من ناحية: أن جوهر ومضمون التنازل هو الإسقاط لا التملك فلا يشبه الهبة، والإسقاط لا يشترط فيه القبول.

انظر: السرخس: المبسوط - تحقيق: خليل محيي الدين الميسي - الطبعة الأولى 1421 هـ دار الفكر - بيروت، ج 2 ص 92. مجلة الأحكام العدلية ج 1 ص 306.

ومن ناحية ثانية: أن التنازل عن الحق المالي، هو تملك لهذا الحق، والتملك لا يكون جبراً عن المعطي له، حتى قال البعض: لو حلف المدين لاقضيتك حقه في أجل كذا، وقبل الهبة، فيحنث بمجرد القبول، وإن لم يقبل لم يحنث ووفى الحق لصاحبه قبل الأجل بـ. الدردير: أبو البركات أحمد بن العدوي الشهير بالدردير: الشرح الكبير - دار الفكر - بيروت ج 2 ص 152 - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر بيروت ج 4 ص 99.

(3) في تفصيل ذلك. انظر: د. جلال العدوي: المقال ص 250 وما بعدها بند 135 ومابعده.

الانفرادي عن الحكم لا يقابله تضحية من جانب المحكوم عليه، فعلى العكس النزول الذي يقابله تضحية يكون بناء على اتفاق، هذا الاتفاق في حقيقته صلح.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض⁽¹⁾ ... " وحسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن، وحيث إنه من المقرر في - قضاء هذه المحكمة - إن قابلية الحكم للطعن تتعلق بالنظام العام، فيتعين على محكمة الطعن أن تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن ومدى اختصاصها بنظره، وكان يشترط في المطعون ضده ألا يكون قد تنازل عن الحكم المطعون فيه، وحيث أن الطاعنة قدمت صورة محضر صلح بين الطرفين بتاريخ مصدق عليه ... يقر فيه المطعون ضده بعودة الطاعنة لمنزل الزوجية وتنازله عن الحكم المطعون فيه، إذ تتعدم بذلك مصلحة المطاعن في مفاضاته، وكان النص في المادة 145 من قانون المرافعات على أن " النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به " يدل على أن النزول عن الحكم يستتبع بقوة القانون النزول عن الحق الثابت به، سواء نص على ذلك في ورقة التنازل أم لم ينص، وأنه ترتب على النزول عن الحكم انقضاء الخصومة التي صدر فيها، وامتنع المطالبة بالحق الثابت فيه، وأن مقتضى هذا التنازل أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، ومن ثم الطعن

(1) طعن رقم 65/419 ق أحوال شخصية نقض 2001/1/22 - طعن مدني رقم 35/459 ق نقض 1970/1/15 طعن إيجارات 66/980 ق نقض 2017/1/21 البوابة القانونية لمحكمة النقض - طعن شرعي عُمانى رقم 2013/34 جلسة 2014/6/8 مجموعة الأحكام السنة 13، 14 ص 43.

المرفوع غير مقبول، لما كان ذلك وكان من المقرر أن الطعن بالنقض يقصد به في واقع الأمر مخاصمة الحكم النهائي الذي يطعن فيه بهذا الطريق، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده تنازل عن الحكم المطعون فيه بموجب محضر الصلح، ومن ثم فإن الطعن يكون وارداً على غير محل ويتعين لذلك القضاء بعدم قبوله".

ووفقاً لذلك متى كان المتنازل عن الحكم قد اشترط الحصول على مقابل أو تضحية من المحكوم عليه، فلا شك أن ذلك لا يعتبر تنازل محضاً عن الحكم، وإنما هو⁽¹⁾ في حقيقته إيجاباً بالصلح، يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر، فلا ينتج هذا النزول أثره إلا إذا صادفه قبول من جانب الطرف الآخر.

وفي الفقه الإسلامي، الفقهاء⁽²⁾ متفقون على أن الإسقاط الذي يقابل بعوض يتوقف نفاذه على قبول الطرف الآخر في الجملة، لأن الإسقاط حينئذ يكون

(1) قارب د. جلال العدوي: المقال ص 253 بند 140. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص9.

(2) ذهب القرافي: في الفروق مع الهوامش ج 2 ص 202. والكاساني: في بدائع الصنائع ج 6 ص 13 إلى أن " التنازل فيه إلزام الغير، حيث أن المتنازل له يملك الحق المتنازل به، فكان لابد من اشتراط قبول لهذا الحق الذي سيدخل في ملكه سداً لباب المنة التي قد تلحق به بسبب هذا التبرع (التنازل).

معاوضة، فيتوقف ثبوت الحكم على قبول دفع العوض من الطرف الآخر، إذ المعاوضة لا تتم إلا برضي الطرفين⁽¹⁾.

41 - النزول عن الحكم إسقاط لحق وليس إنشاء للالتزام: الإرادة المنفردة كما تعد مصدراً للالتزام، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب العديد من التشريعات المقارنة⁽²⁾، تعد سبباً لإسقاط الحق وهو ما اتفق عليه الفقه⁽³⁾، وصادف به اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري وفقاً لصراحة المادة 371 مدني والتي نصت على أنه " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين"⁽⁴⁾. والنزول عن الحكم إسقاط له وللحق الثابت به وليس إنشاء للالتزام.

(1) الموسوعة الفقهية ج 4 إسقاط بند 13.

(2) انظر فيما سبق، بند 38.

(3) وفي ذلك يذهب العلامة السنهوري بقوله " لا شك في أن الإرادة المنفردة وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد تنتج آثاراً قانونية مختلفة، فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة، وقد تجعل عقداً يسري على الغير كالإقرار، وقد تنهي رابطة عقدية كعزل الوكيل: الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، 2011، طبعة نهضة مصر، ص 1282 بند 906.

(4) والمادة 1350 مدني فرنسي جديد عرفت الإبراء بأنه " هو العقد الذي بمقتضاه يبرئ الدائن المدين من التزامه".

وإذا كان صحيحاً أن النزول عن الحكم ليس إبراءً لأن الأخير يرتد بالرد⁽¹⁾، وإنما إسقاط للحكم والحق الثابت به ولا يرتد بالرد. ولكن ليس معنى ذلك أن النزول لا يجوز بالإرادة المنفردة، لأنه إذا كان يجوز إبراء المدين بالإرادة المنفردة⁽²⁾، فإنه يجوز من باب أولى النزول عن الحكم بالإرادة المنفردة. ومبرر ذلك ومبناه، أن النزول عن الحكم إسقاط، والإسقاط أعم من الإبراء⁽³⁾. كما أن للإبراء معنيين: الإسقاط والتملك⁽⁴⁾، وإذا كان يجوز للشخص بإرادته المنفردة إسقاط حقه وتملكه

(1) وعلى ذلك نصت المادة 371 مدني " لأن الإبراء يرتد بالرد" حيث يجوز للمدين أن يرد الإبراء، فقد يرى فيه مساس بكرامته أو تفضلاً عليه من الدائن هو في غنى عنه، ويترتب على الرد زوال أثر الإبراء، ويعود الدين إلى ذمته كما كان بعد انقضائه، تصرف قانوني يفقر المدين إذ يزيد في التزاماته.

انظر: د. السنهوري : الوسيط في القانون المدني، ج 3، نظرية الالتزام بوجه عام. الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، 975 وما بعدها، بند 582. د. محمد حسين منصور: أحكام الالتزام 2006، دار الجامعة الجديدة ص 549 وما بعدها. في حين أن النزول عن الحكم لا يرتد بالرد، فهو إسقاط ولا يجوز الرجوع فيه. انظر فيما سبق.

(2) د. السنهوري: المرجع السابق، ص 964 بند 577.

(3) فالإسقاط قد يقع على حق ثابت في ذمة آخر على سبيل المديونية كإسقاط الأجير حق الأجرة الثابت على المستأجر، كما هو الحال في الإبراء. وقد يقع على حق ثابت بالشرع ولكن لم تشغل به الذمة، وذلك كحق الشفعة، وحق المرأة في الزواج بكفاء، فهو حق ولكن لم تشغل به الذمة. انظر: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية ج 1 ص 141.

د. محمد يعقوب الدهلوي: حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها. الطبعة الأولى 1422هـ دار الفضيلة الرياض ص 81.

(4) ذهب الشافعية إلى أن الإبراء من الحق هو تملك من وجه. وإسقاط من وجه، وفي هذا يقال أن الإبراء وإن كان تملكاً، إلا أن المقصود منه الإسقاط، فهو وإن كان في أصله

لآخر، فمن باب أولى يجوز له إسقاط حقه دون تملكه لآخر بالإرادة المنفردة. فالنزول عن الحكم إسقاط له وللحق الثابت له بالإرادة المنفردة، ودون أن يرتد بالرد.

42 - النزول عن الحكم قد يكون عملاً تبرعياً أو عملاً من أعمال التصرف: إذا كان الإسقاط أو التخلي هو الغاية القانونية التي تتجه إليها إرادة المحكوم له بالنزول عن الحكم والحق الثابت به كتصرف قانوني يتم بإرادته المنفردة دون أن يتوقف على قول المحكوم عليه. فما هو الباعث أو الدافع⁽¹⁾، لاتجاه إرادة المحكوم له نحو تحقيق هذه الغاية، هل لكون النزول عن الحكم عملاً تبرعياً، أم عمل من أعمال التصرف بعوض، أم لتحقيق مصلحة شخصية مادية أو أدبية؟

تمليك، إلا أن مقصوده إسقاط الحق. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنكي (ت 926هـ) أسني المطالب في شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي ج 2 ص 239. الزركشي (ت 794 هـ): المنشور في القواعد الفقهية، الطبعة الثانية 1405هـ. وزارة الأوقاف الكويتية ج 1 ص 81.

وذهب إلى ذلك أيضاً الحنابلة بقولهم : " وإن سلمنا أنه إسقاط فكأنه ملكه إياه ثم سقط" ابن مفلح (ت 763هـ) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى 1424هـ مؤسسة الرسالة ج 6 ص 42.

(¹) وهو لدى البعض يعد السبب الموضوعي والذي يختلف عن الباعث الشخصي الذي يختلف من شخص لآخر. في حين أن السبب الموضوعي لا يختلف باختلاف الأشخاص شأنه في ذلك شأن سبب الالتزام. د. جلال العدوي: المقال ص 275 بند 119.

43 - أ - النزول عن الحكم عملاً تبرعياً : والتبرع هو التصرف في الحق بدون عوض⁽¹⁾، هذا التصرف قد يكون عقد "عندما يقدم أحد الأطراف للطرف الآخر منفعة دون الحصول أو انتظار الحصول على مقابل لما يقدمه" مادة 2/1107 مدني فرنسي⁽²⁾.

وقد يكون تصرفاً قانونياً من جانب واحد⁽³⁾. وشأن الأخير النزول عن الحكم متى تضمن إسقاط حق المحكوم له في ذمة المحكوم عليه اعتبر عملاً تبرعياً⁽⁴⁾. فنزول

(1) د. السنهوري: المرجع السابق، الجزء الأول، المجلد الأول ص 162 وما بعدها بند 59؛ د. نبيل سعد: التنازل عن العقد، ص 111.

(3) L'une des parties procure à l'autre une avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie".

(3) د. السنهوري: الإشارة السابقة؛ د. جلال العدوي: ا لمقال ص 246 وما بعدها بند 130.

(4) وفي الفقه الإسلامي: أن التنازل عن أي حق بوجه عام لا بد له من توافر أهلية الأداء الكاملة في التنازل، لأنه عقد من عقود التبرع التي تحتاج لهذه الأهلية، فلا يصح تنازل الصغير أو المجنون عن حق القصاص، ولا ينفذ هذا التنازل حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون، لقول الرسول p في حديث عائشة رضي الله عنها "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق". ويتمثل ذلك في التصرف في الحق المالي وغير المالي طالما يجوز النزول عنه.

انظر: الكاساني: بدائع الصنائع ج 7 ص 246؛ د. وهبة الدخيلي: الفقه الإسلامي وأدلته. الطبعة الثانية، دار الفكر - دمشق ج 5 ص 331. والحديث أخرجه النسائي: سنن النسائي ج 6 ص 468 حديث 3432. وأخرجه أبي داود : سنن أبي داود ج 4 ص 244 حديث 4403.

المحكوم له عن الحكم الصادر لصالحه بالتعويض⁽¹⁾، أو بالأجرة⁽²⁾، أو بالقرض أو بالثمن يعتبر متبرعاً، لأن تنازله عن هذا الحكم يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض وفي الأجرة وفي القرض وفي الثمن ... إلخ. لذا⁽³⁾ اشترط المشرع في المحكوم له أقصى درجات الأهلية اعتباراً بأنه يجري عملاً يضره ضرراً محضاً، فلا يكفي أن تتوفر فيه أهلية الإدارة ولا حتى أهلية التصرف، وإنما يجب أن تتوفر فيه أهلية الأداة الكاملة⁽⁴⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽⁵⁾ بأن "الاتفاق المبرم بين مدير الشركة المساهمة والدين وتضمن التنازل عن جزء من الدين وفوائده بدون أي مقابل - من جانب المدين - لا يعتبر صلحاً، وإنما إبراء من جزء من الدين، وهو عمل تبرعي محض، لا يملك

(1) وورد بالحكم "أن هيئة قضايا الدولة قدمت حافظة طويت على تنازل مؤثق بالشهر العقاري من المطعون ضده بتنازله عن الحكم الصادر لصالحه في الدعوى رقم 6213 لسنة 38 ق، وكذلك عن أي حق يكون تقرر بمقتضاه. وبعد أن سمعت المحكمة ما رأته سماعه من إيضاحات وصدرت حكمها بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً "طعن إدارية عليا رقم 2/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 ع 1 ص 774. تمييز عراقي رقم 2016/1224 جلسة 2016/3/10 مشار إليه سابقاً.

(2) الطعان رقما 3177، 61/3922 ق جلسة 1996/3/21 مجموعة الأحكام السنة 47 ص 523.

(3) د. نبيل سعد: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام 2020، دار الجامعة الجديدة ص 83.

(4) د. السنهوري: الإشارة السابقة؛ د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 11.

(5) طعن مدني رقم 36/225 ق جلسة 1971/1/2 مجموعة الأحكام السنة 22 ص 100.

مجلس الإدارة إجراءه أو إجازته طبقاً لنص المادة 40 من قانون الشركات المساهمة رقم 26 لسنة 1954. وبالتالي فلا يملك التنازل عن هذا الحق أحد أعضائه أو أحد المديرين، وإلا كان العمل باطلاً طبقاً لنص المادة 102 من هذا القانون. كما أن المادة 31 من نظام الشركة، وأن أعطت مجلس الإدارة سلطة إجراء التسويات والصلح والتنازل عن التأمينات إلا أنها لم تخول له سلطة التنازل عن الديون لتعارض ذلك مع الغرض الذي قامت الشركة من أجله".

44 - النزول عن الحكم يعتبر عملاً من أعمال التصرف: إذا لم يتضمن النزول عن الحكم إسقاط لحق المحكوم له في ذمة المحكوم عليه بدون مقابل، فإن النزول في هذه الحالة لا يعتبر عملاً تبرعياً، لأن المحكوم له لم يتبرع بشئ، يستوي في ذلك أن يكون النزول عن الحكم بعوض عن التزام قديم للمحكوم له في ذمة المحكوم عليه. أو يكون مجرد نزول عن حق إرادي محض دون أن يكون بعوض لالتزام قديم في ذمة المتنازل كما لو كان تحقيقاً لمصلحة شخصية مادية أو أدبية. أو دون أن يؤدي النزول إلى إسقاط لحق للمحكوم له في ذمة الغير وهو ما نتناوله في فرضين:

45 - الفرض الأول: إذا كان النزول عن الحكم يؤدي إلى حصول المحكوم له لعوض كحق مكتسب لالتزام قديم في ذمة المحكوم عليه، فإن هذا النزول لا يعتبر

عملاً تبرعياً، لأن المحكوم له قد حصل على عوض⁽¹⁾، كحق مكتسب عن التزام قديم له في ذمة المحكوم عليه ولم يتبرع بشئ. ومن تطبيقات ذلك النزول عن الحكم الصادر بالفسخ والتسليم والإخلاء، فالنزول عن هذه الأحكام لا يحتاج إلى أهلية تبرع، وإنما يحتاج فقط إلى أهلية تصرف.

وتطبيقاً للنزول عن الحكم الصادر بالفسخ والتسليم ووفقاً لما جاء بالحكم⁽²⁾ " وحيث أن الوقائع - على ما بين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن النزول عن الحكم أثره النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه مادة 145 مرافعات تقديم شركة التأمين أمام محكمة الاستئناف مخالفة منسوب صدورها للمضور تقيده اقتضاء التعويض منها وتنازله عن حكم التعويض الابتدائي الصادر لصالحه، وفوق الحكم الاستئنافي بشأنه عند حد القول بأنه مجرد ورقة من أوراق الدعوى لا يحول دون الاستمرار في نظرها خطأ وقصور.

نقض 1996/10/31 طعن رقم 65/5468 ق لدى د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات 2005 طبعة نادي القضاة الطبعة الرابعة ج 3 ص 540، طعن رقم 50/1648 ق جلسة 1988/2/17 مجموعة الأحكام السنة 39 ج 1 ص 254، طعن تجاري رقم 81/5692 ق نقش 2012/2/25.

وفي التنازل عن العقد بعوض، انظر: د. نبيل سعد: التنازل عن العقد، ص 111.

(2) طعن مدني رقم 82/11508 ق جلسة 2014/12/1 مشار إليه سابقاً.

وفي الفقه الإسلامي: يقول الإمام القرافي: أن الإسقاط " إما بعوض كالخلع والعتق على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين والتقرير، فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينقل إلى البازل ما كان يملكه المبدول له. وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد ونحوها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول".

أن الشركة المطعون ضدها إقامة الدعوى رقم لسنة 2010 م. ك. جنوب القاهرة على الطاعنة بطلب الحكم بفسخ عقد البيع المؤرخ في 2004/8/8 وإقرار التنازل المؤرخ 2006/6/29 والتسليم واعتبار ما تم سداه من أفساط حقاً مكتسباً لها كتعويض عن الفسخ. وذلك على سند من أنه بموجب العقد سالف الذكر باعت الشركة المطعون ضدها للطاعنة الشقة المبينة بالعقد والصحيفة، وإذ تخلفت الأخيرة عن سداد الأقساط، ومن ثم أقامت الشركة الدعوى، حكمت المحكمة بالفسخ والتسليم. ورفضت ما عدا ذلك من طلبات بحكم استأنفته الطاعنة رقم 4941 لسنة 128 ق القاهرة. تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف. وبتاريخ 2012/5/8 قضت المحكمة بإثبات التنازل وانتهاء الخصومة وألزمت المستأنفة بالمصروفات.

الفروق - الفرق 79 ص 110 مشار إليه لدى د. جلال العدوي: المقال ص 247 وما

بعدها..

ويقول رحمة الله تعالى عليه " ولن نجد قولاً يجمع بين ما قل ودل كقول الإمام القرافي

في العبارة السابقة حيث تعبر بجلاء عن معنيين عميقين:

الأول: تعبر تلك العبارة على أن الحصول على عوض لا يتعارض مع طبيعة

الإسقاط، مادام الحق الثابت لا ينتقل إلى ما يؤدي العوض، وإنما يسقط عن يحصل على هذا

العوض، بحيث لا يكون ثمة نقل، وإنما مجرد إسقاط.

الثاني: تعبر تلك العبارة عن أن سقوط الحق وعدم انتقاله إلى الطرف الآخر لا ينفي

أن يحصل على عوض عما يؤديه إلى من أسقط حقه، فالعوض كما قد يكون إيجابياً قد يكون

سلبياً وإسقاط الحق شأنه شأن الالتزام بالامتناع عن عمل، يمكن أن يكون عوضاً سلبياً يحقق

إثراء مادياً أو معنوياً سلبياً أو إيجابياً مباشر أو غير مباشر.

طعنت الطاعنة بالنقض ... وجاء بالحكم، وحيث أن هذا النعي غير مقبول، إذ أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالنقض إنما يعني محاكمة الحكم المطعون فيه، ومن ثم يتعين أن ينصب النعي على عيب قام عليه الحكم، فإذا خلا من ذلك العيب الموجه إليه كان وارداً على غير محل، ومن ثم فهو غير مقبول، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بإثبات تنازل المستأنف ضدها عن الحكم المطعون فيه وانتهاء الخصومة دون أن يتعرض لموضوع الاستئناف، وما كان له أن يعرض، فإن النعي بهذا السبب يكون غير مقبول لوروده على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه".

46 - الفرض الثاني: النزول عن الحكم قد لا يكون عملاً تبرعياً ولا عوض كحق مكتسب لالتزام قديم، وإنما قد يكون مجرد تصرف إرادي محض تحقيقاً لمصلحة شخصية مادية أو أدبية، أو لكون النزول لا يؤدي إلى إسقاط للمحكوم له في ذمة الغير. وهو ما نتناوله على النحو التالي:

47 - أ - النزول عن الحكم تصرف إرادي محض تحقيقاً لمصلحة مادية: قد تكون المنفعة التي تعود على المحكوم له من الحكم الصادر لصالحه لا تتناسب البت مع ما ينفقه عن تكاليف على تنفيذه، أو لمواجهة مصاريف الطعن إذا ما ألغي هذا الحكم من محكمة الطعن أو قضت ببطلانه، فينزل المحكوم له عن الحكم لمواجهة هذه التكاليف أو تلك المصاريف، ويكون نزوله هنا لا تبرعياً ولا عوضاً، وإنما لمصلحة شخصية مادية.

ومن تطبيقات ذلك النزول عن الحق العيني للتخلص من التكاليف العينية تحقيقاً لمصلحة شخصية مادية⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 1022 مدني بصدد التخلي عن العقار المرتفق به، وهو ما يحدث في حالة زيادة النفقات عن قيمة العقار، فينزل عنه تحقيقاً لمصلحة مادية وهي التكاليف، والنزول هنا تصرف إرادي أحادي الجانب من مالك العقار المرتفق به ولا حاجة لقبوله من مالك العقار المرتفق، بل يكفي إخطاره به، كما لا يجوز للمتنازل الرجوع فيه⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽³⁾ بأنه إذا كان الطاعنان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عن مخالفة المطعون عليه لقيود البناء، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً - على ما حصله الحكم المطعون فيه - مما يعتبر معه هذا الطلب إنكاراً منهما للتنازل الصادر من جانبهما، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره، لا يكون مخالفاً للقانون.

(1) كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر، ويتخلى فقط عن الجهة التي يبشر فيها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين، فيكون التخلي عن هذا الطريق وحده. انظر د. السنهوري: المرجع السابق ج 9 المجلد الثاني - أسباب الملكية ص 1376 بند 606؛ د. جلال العدوي: المقال، ص 254، بند 143، والمراجع المشار إليه؛ د. نبيل سعد: التنازل عن العقد ص 111 وما بعدها.

(2) نقض فرنسي 11 مايو 1908 دالوز 1908 - 1 - 365 جرنيل 1943/10/21 دالوز 1943 - 35 مشار إليهما لدى د. السنهوري : الإشارة السابقة.

(3) نقض 1964/5/28 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 758، نقض 1953/4/22 طعن رقم 21/70 ق.

ومما لا شك فيه أن النزول عن الحكم هو نزول عن الحق الثابت به، وقد يكون هذا النزول لتحقيق مصلحة شخصية مادية هي التخلص من التكاليف التي قد ينفقها المحكوم له لتنفيذ الحكم، أو التخلص من مصاريف الطعن إذا طعن على هذا الحكم، وقضي⁽¹⁾ تطبيقاً لذلك بأن النزول عن الحكم مقبول لتجنب تكاليف حكم الاستئناف الذي يمكن أن يقضي بإلغاء الحكم أو ببطلانه.

48 - ب - النزول عن الحكم تصرف إرادي محض تحقيقاً لمصلحة أدبية: إذا كان النزول يؤدي إلى استبقاء لالتزام قديم في ذمة المحكوم له، فإن هذا النزول لا يعتبر عملاً تبرعياً، ذلك لأن هذا الالتزام القديم واجب في ذمته من قبل، فهو بتنازله عن الحق في هذا الفرض يستبقي التزاماً قديماً ولم يتبرع بشئ⁽²⁾.

ومن تطبيقات ذلك: التقادم، النزول عن الحكم. فالنزول عن التمسك بالتقادم قد يكون لتحقيق مصلحة أدبية للمدين إذ قد يأبى عليه ضميره أو علاقته بالدائن أن يتمسك بالتقادم، وعدم تمسكه به أو نزوله عنه لا يعني أنه تبرعاً، ولا أدل على ذلك من أن الوفاء بالالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن التقادم لا يعد تبرعاً⁽³⁾، وهو ما صادق اعتماداً ثابتاً من جانب كل من المشرع المصري والفرنسي، حيث نص الأول صراحة في المادة 2/388 مدني على أنه " يجوز لكل شخص يملك

(2) Cass. Com. 26 Nov. 1979. Bull – Civ. V. N. 306.

(²) في نفس المعنى انظر: د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 13.

(³) في الالتزام الطبيعي كسبب لالتزام مدني وفقاً للمادة 22 مدني انظر: د. جلال العدوي: الإشارة السابقة.

التصرف في حقوقه" أن ينزل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. ونص المشرع الثاني في المادة 2252 من القانون المدني الجديد على أن "لا يستطيع من لا يملك مباشرة حقوقه بنفسه أن ينزل وحده عن التقادم الذي ثبت الحق فيه". فالأهلية الواجبة وفقاً لصراحة النصين للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، هي أهلية التصرف⁽¹⁾، فالتكفي أهلية الإدارة ولا تلزم أهلية التبرع.

وحيث أن النزول عن التقادم هو نوع من النزول عن الحق، فنزول المحكوم له عن الحكم الصادر له بالتقادم يكون قد نزل عن الحكم وعن الحق الثابت به ببراءة الذمة من الدين لسقوطه بالتقادم⁽²⁾.

وقضي⁽³⁾ تطبيقاً لذلك "إذا كان المدعي قد وازن بين المركز الذي يقرره تنفيذ الحكم المطعون فيه إذا ما قضي برفض الطعن بما ينطوي عليه من تعرضه لاحتمال إحالته إلى المعاش إعمالاً للسلطة التقديرية المقررة لجهة الإدارة بمقتضى

(1) د. السنهوري: المرجع السابق ج 3 ص 1146 وما بعدها بند 661؛ د. محمد حسين منصور: أحكام الالتزام، ص 589.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 63/7044 ق نقض 2002/2/26 طعن رقم 51/1477 ق نقض 1984/12/30. نقض 1981/6/24 مجموعة الأحكام السنة 32.

(2) وقضي بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لإنقضائه بالتقادم ينافي اعتباره معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم التي لم تكن قد تكاملت. نقض مدني رقم 15/11 ق جلسة 1946/1/17 مشار إليه لدى: د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 14.

(3) طعن إدارية عليا رقم 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 مجموعة المبادئ السنة 20 ص 401.

الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 61 لسنة 1964 بإصدار قانون هيئة الشرطة وبين المزايا التي يفيد منها في حالة بقاءه في وظيفته المدنية فأثر عدم الدخول في مجال السلطة التقديرية للإدارة حتى يضمن استمراره في الخدمة ... "

49 - ج - النزول عن الحكم تصرف إرادي محض لكونه لا يؤدي إلى إسقاط حق للمتنازل في ذمة الغير: فالنزول هنا ليس عملاً تبرعياً ولا بعوض، ومن ثم تكفي فيه أهلية التصرف⁽¹⁾، فنزول المحكوم له عن الحكم الصادر لصالحه بالشفعة، يعد نزولاً عن حق إرادي محض لا يؤدي إلى انقضاء حق للمحكوم له في ذمة المحكوم عليه البائع أو المشتري، لأنه لم يكن له ثمة حق في ذمة أي منهما، كما أن هذا النزول لا يؤدي إلى استبقاء لالتزام قديم في ذمة المحكوم له الشفيع المتنازل، لأنه لم يكن ثمة التزام في ذمته.

وقضي تطبيقاً لذلك⁽²⁾، لما كانت الشفعة قيداً على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة في عقاره الذي يشفع به، ومن ثم يقع باطلاً تعامله في هذه الرخصة أو حوالة إياها أو تنازله عنها إلى غيره لزوال العلة منها في هذه الأحوال التي تأبأها طبيعة الشفعة ذاتها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الإقرار موضوع الدعوى صحيحاً فيما تضمنه من أنه إذا حكم للشفيع

(1) د. السنهوري: المرجع السابق ص 1147 بند 661؛ د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 14.

(2) طعن 54/2474 ق نقض 1989/1/17.

بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكاً للمطعون ضده، وأن هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العام، فإنه يكون قد خالف القانون.

50 - الحق في النزول عن الحكم ينتقل إلى الورثة: كما أن الحق للموضوعي⁽¹⁾، والحق في الدعوى⁽²⁾، والحكم الصادر في حق السلف⁽³⁾، متى كان قابلاً للانتقال يمتد أثره ويسري في حق الخلف. كذلك النزول عن هذه الحقوق سواء كان الحق الموضوعي⁽⁴⁾، أو الحق في الدعوى⁽⁵⁾، أو الحكم الذي حل محل الحق الذي أزل تجهيله، يسري هذا النزول في حق الورثة.

(1) طعن مدني رقم 57/342 ق نقض 1992/4/15 مجموعة الأحكام السنة 43 ص 597.

(2) طعن إيجارات رقم 81/7496 ق نقض 2013/4/14 البوابة القانونية لمحكمة النقض، طعن تجاري عماني رقم 2006/374 جلسة 2007/1/24 مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة العليا السنة 7 ص 782.

(3) طعن رقم 75/14068 ق جلسة 2014/5/13. طعن مدني رقم 59/1323 ق جلسة 1994/3/30 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 584. طعن مدني رقم 51/1578 ق جلسة 1987/12/30 مجموعة الأحكام السنة 37 ص 1203.

(4) د. السنهوري : التصرف القانوني والواقعة القانونية ص 116. د. جلال العدوي: المقال سابق الإشارة إليه؛ طعن 20/322 ق جلسة 1953/1/29؛ طعن 20/87 ق جلسة 1952/3/20.

(5) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 15؛ د. عيد القصاص: الخلافة في الصفة الإجرائية 1996، دار النهضة العربية ص 39 بند 13؛ طعن مدني رقم 23/214 ق نقض 1957/4/4 مجموعة الأحكام السنة 8 ص 362.

وإذا كان الحكم بما يقرره من حق ينتقل إلى الخلف، فإنه باعتباره حقاً خاصاً يمكن للخلف النزول عنه. وهذا النزول لا يصح إلا يعد صدور الحكم ولا يجوز قبل ذلك. فيمكن للخلف النزول عن الحكم طالما لم يتم تنفيذه، أو لم يسقط بالتقادم. ويتم النزول عن الحكم والحق الثابت به، ويترتب أثره بمجرد حصوله سواء تم النزول من جانب السلف أو من جانب الخلف دون حاجة إلى قبول المحكوم عليه، وليس للخلف الرجوع في هذا النزول سواء كان نزل عنه السلف، أو الخلف هو الذي نزل عن الحكم ولو قبل المحكوم عليه هذا الرجوع، إذ لا حاجة لهذا القبول⁽¹⁾.

مؤدى ذلك أن الحكم الذي نزل عنه السلف، يسري هذه النزول بكافة آثاره وما يترتب من إلزام في مواجهة الخلف، لوحدة الغاية من النزول والممثلة في إسقاطه وإسقاط الحق الثابت به "، ليصبح هذا الحق بإسقاطه غير ذي موضوع، معاودة المطالبة به من جانب الخلف تقضي المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم القبول⁽²⁾. هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، إذا صدر حكم لصالح المورث انتقل إلى الورثة، ولهم النزول عنه ما لم يكن الحكم من الأحكام المتعلقة بشخص من صدر لصالحه، فلا ينتقل الحق في النزول عنه إلى الورثة، كما لا يمكنهم النزول عن حكم متعلق بالمصلحة

(1) قرب نقض إيجارات 1980/1/26 في الطعن رقم 48/1286 ق.

(4) Boyez: les effets des jugements à L'égard des Tires. R.T. dr. Civ. 1951, P. 163 ets.

العامّة كالحكم الصادر برد القاضي أو بمخاصمته في طلب الرد أو دعوى
المخاصمة المرفوعة من مورثهم⁽¹⁾.

(¹) لأن هذه الدعاوي ذات أثر خطير ورفعها في ذاته يثير الشبهات. فالمصلحة العامة تقتضي أن يحكم في موضوعها صيانة للقضاء من الريب والشبهات وحرصاً على دوام احترامه، هذا فضلاً عن أن الحكم فيها يبعد بالقاضي عن الشك المحيط به. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع ص 624 بند 419.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض 1985/1/29 طعن 49/921 ق لدى د. أحمد هندي:
التعليق على قانون المرافعات 2008 دار الجامعة الجديدة ج 3 ص 330 مادة 157.

المبحث الثالث

نطاق النزول عن الحكم

وتمييزه عما قد يختلط به

51- تمهيد:

في مطلبين نتناول، نطاق النزول عن الحكم وتمييز عما قد يختلط به:

المطلب الأول: نطاق النزول عن الحكم

المطلب الثاني: تمييز النزول عن الحكم عما قد يختلطوا به

المطلب الأول

نطاق النزول عن الحكم

52- تمهيد:

نظراً لغياب النص التشريعي الذي يحدد الأحكام التي لا يجوز أو يجوز النزول عنها⁽¹⁾ فيطبق بشأن هذا أو ذاك ما يطبق بشأن الحقوق من حيث ما يقبل النزول منها وما لا يقبل⁽²⁾ ومناطه النظام العام الذي يقيد النزول بصفة عامة بعدم المساس به⁽³⁾.

(1) كما يصعب أيضاً ربط ما يجوز وما لا يجوز النزول عنها من الأحكام بالصلح، بحيث يقال أن كل ما لا يجوز الصلح بشأنه لا يجوز النزول عنه، أم أن دائرة ما يجوز وما لا يجوز النزول عنه تختلف بالنسبة للنزول عن الحق أو عن الحكم عنها. قرب. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 100.

(2) في المحل الذي يرد عليه النزول عن الحقوق انظر: د. جلال العدوي: المقال ص 180 وما بعدها بند 18 وما بعده.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج1 ص 363.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني عماني رقم 2008/152 جلسة 2008/6/29 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في الفترة 2001 حتى 2010 الدائرة المدنية 1/10 ص 124.

Cass.civ.26jan.1956.D.1956.p.605.Note Malaurie. R.T.D.Civ. 1957-

99.

ومبرر ذلك ومبناه، أن الأحكام عندما تصدر تحل محل الحقوق عند إزالة الأولى للتجهيل بالعارض الذي لحق بالثانية، فتصبح الأحكام هي المتداولة وليست الحقوق، فيرد النزول على الأحكام التي حلت محل الحقوق التي كانت تقبل النزول. كما أن النزول عن الأحكام نوعاً من التصرفات، والتي تكون جائزة ما لم تكن مخالفة للنظام العام. فإذا كان النزول متصلاً بالنظام العام فإرادة الأفراد لا يجب أن تؤثر فيه سواء كان حقاً أم حكماً عملاً بالقواعد العامة، ومن ثم لا يعتد بهذه الإرادة لإسقاط الحق أو الحكم المتعلق بالنظام العام.

في فرعين نتناول في:

الأول: تطبيقات للأحكام القضائية التي لا يجوز النزول عنها.

الثاني: تطبيقات للأحكام القضائية التي يجوز النزول عنها.

الفرع الأول

تطبيقات للأحكام القضائية

التي لا يجوز النزول عنها

53 - 1 - الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية البحتة: "وهي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو قعيدها بسبب من أسباب القانونية..."⁽¹⁾.

فالحقوق المتعلقة بالنسب والرضاع والنفقة والإرث... إلخ لا يجوز النزول عنها⁽²⁾ ولا في النزول عن الحق في الدعاوى التي ترفع بشأن هذه الحقوق عند التجهيل بها⁽³⁾ كما أن الأحكام التي تصدر بشأن هذه الحقوق لا تسقط بالتقادم⁽⁴⁾ وبالتبعية

(1) في بيان المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية لدى الفقه والقضاء انظر: د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية 2000 دار المطبوعات الجامعية ص 24 وما بعدها؛ د. هادي شلوف: دور المشرع الفرنسي في تسهيل إجراءات الطلاق بالتراضي مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد 2 الجزء الأول مايو 2017 ص 188 وما بعدها. طعن مدني رقم 49/1694 ق نقض 1985/4/28 مجموعة الأحكام الستة 36 ج 1 ص 668.

(2) في الحقوق التي لا يجوز النزول عنها انظر: د. جلال العدوي: المقال ص 181 وما بعدها بند 20 وما بعده.

(3) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 101 وما بعدها.

(4) د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 48 وما بعدها بند 44.

لكل ذلك لا يجوز النزول عن الأحكام الصادرة بشأن هذه الحقوق، لكونها أحكام تتجاوز مصلحة من صدرت لصالحه إلى المصلحة المشتركة أو العامة، كما أنها أحكام تتمتع بالحجية المطلقة.

ففيما يتعلق بالإرث، فهو من الحقوق المشتركة بين أكثر من شخص لا يصلح النزول عنه إلا بتنازل الجميع⁽¹⁾ وطالما لم يتحقق ذلك فلا يجوز النزول عنه بحال وورد بقضاء النقض حديثاً⁽²⁾ بأنه "إذا كانت الأحكام الصادرة في المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً... فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع، بما يتمتع معه التحايل عليها وتبديلها والنزول عنها مهما اختلف الزمان والمكان، ومن ثم لذوي الشأن إثارة ما قد يخالف ذلك سواء كان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أو في صورة دفع...".

(1) وفي الفقه الإسلامي: من الحقوق التي لا يملك العبد إسقاطها أو التنازل عنها لتغلق حق الغير بها، لكون الحق إذا كان مشتركاً بين أكثر من شخص لم يصح التنازل عنه بالكلية إلا بتنازل الجميع. ذلك كما لو تنازل أحد الورثة عن نصيبه في التركة، فلا يسقط نصيب باقي الورثة فيها، بل يسقط نصيب المتنازل وحده، لأن الشخص إذا كان له ولاية على إسقاط حقه، فليس له الحق في إسقاط حق غيره. انظر د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر دمشق ج 4 ص 17.

(2) طعن رقم 73/481 ق - أحوال شخصية - نقض 2013/7/2 البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

وفيما يتعلق بالنسب، فإنه يتعلق به حق الأم وحق الصغير، وحق الله تعالى⁽¹⁾، ولا تملك الأم إسقاط حق وليدها في الحكم الصادر بإثبات النسب، كما لا يملك الصغير إسقاط حق أمه بمقتضى هذا الحكم، ذلك لتعلق حق الله تعالى به، فلا تملك الأم ولا الصغير إسقاط هذا الحق لأن فيه صيانة الإنسان من الاختلاط.

فلا يجوز للأب النزول عن دعوى النسب⁽²⁾ ولا ينزل الصغير عن هذه الدعوى⁽³⁾ كما لا يستطيع الورثة النزول عنها⁽⁴⁾ وبالتبعية لكل ذلك لا يجوز لأي من هؤلاء النزول عن الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى. فالنزول الصريح أو الضمني الصادر من أي هؤلاء عن الحكم بإثبات النسب لا يرتب أي أثر في مواجهة

(1) وفي الفقه الإسلامي: الحق غير المالي المشترك الذي يغلب فيه حق الله تعالى، لا يملك العبد إسقاطه أو التنازل عنه، وذلك لتعلق حق الله تعالى به، ومثاله عدة المرأة المطلقة، فهي من الحقوق التي اجتمع فيها الحقان، وحق الله غالب، فحق العبد بثبوت نسب أولاده له، وحق الله لأنه فيه صيانة الأنساب من الاختلاط، فذلك لا يملك المكلف إسقاطه أو التنازل عنه لتعلق حق الله به. د. وهبه الزحيلي: المرجع السابق ج 4 ص 15.

(2) طعن رقم 35/30 من نقض 1967/11/8 مجموعة الأحكام السنة 18 ص 1639.

(3) طعن رقم 44/28 من نقض 1976/5/12 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 1093.

طعن رقم 39/29 من نقض 1975/2/26 مجموعة الأحكام السنة 26 ص 483.

(4) طعن رقم 73/3 من نقض 2017/2/14 البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

الآخر⁽¹⁾ فليس للنزول عن الحكم من جانب البعض أي أثر قانوني في إنتاجه لكافة آثاره في مواجهة الآخرين.

وتطبيقاً لذلك إذا أنكرت الأم نسب الصغير من والده⁽²⁾ أو أقرت بأن زوجها لم يعاشرها معايشرة الأزواج⁽³⁾ أو اختلف الزوجين معاً على إثبات النسب⁽⁴⁾. فإن هذا الإنكار أو تلك الإقرار أو ذلك الاختلاف، لا يترتب أي أثر⁽⁵⁾. كما لا يمنع الصغير ولو يعد بلوغه سن الرشد من إثبات نسبه من والده⁽¹⁾.

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "وإذا استأنفت الطاعنة وحدها الحكم الابتدائي واختصمت وصي الخصومة في مرحلة الاستئناف الذي قدم مذكرة بانضمامه إليها في دفاعها وطلباتها، فإن مصلحة الطاعنة - الأم - في إقامة الطعن المائل بادية ولا يترتب على عدم مشاركة وصي الخصومة لها في رفعه صيرورة الحكم نهائياً بالنسبة للصغيرة للارتباط الوثيق بين حق الأم وحق الصغير ويكون الدفع بعدم قبول الطعن غير وارد، طعن 39/29 من نقض 1975 مشار إليه سابقاً.

(2) طعن 39/24 من نقض 1973/5/23 مجموعة الأحكام السنة 24 من ص 816. طعن 35/30 ق نقض 1967/11/8 مجموعة الأحكام السنة 18 ص و 163.

(3) طعن 46/19 من نقض 1978/1/11 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 171.

(4) وقضى تطبيقاً لذلك "اختلاف الزوجين في دعوى النسب، وادعاء الزوج بأن الحمل لم يكتمل ستة أشهر، وادعاء الزوجة بأن الولادة تمت بعد مضي ستة إلا شهر، الأصل فيها نسب الولد للزوج ما دام ولد على فراش الزوجية بينهما، سند ذلك وجود العقد الصحيح ومراعاة لحق الولد حتى لا يفقد حقوقه المشروعة" طعن شرعي عماني 2011/1/5 جلسة 2012/2/11 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 12 ص 44.

(5) وقضى تطبيقاً لذلك بأن "ثبوت النسب وإن كان حقاً أصلياً للأُم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف، إلا أنه في نفس الوقت حق أصيل للولد لأنه يرتب له

كما أن نزول الصغير عن دعوى النسب، وكذلك عن ما قد يصدر فيها من حكم لا يؤثر في حق الأم في إثبات نسبه من أبيه لتعلق حقها بهذه الدعوى وبتلك الحكم حتى تدفع عن نفسها تهمة الزنا، أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف⁽²⁾.

كما لا يجوز النزول على الحق في النفقة، ولا عن الحكم الصادر بها وقضى تطبيقاً لذلك⁽³⁾ "بأن الحكم بالنفقة - وقد قام سببها من قبله - لا يعد وأن يكون مظهراً للحق فيها كاشفاً عنه وليس منشئاً لوجوده من العدم. ذلك أن ثبوت نفقة الولد دين في ذمة أبيه يعتبر أثراً مترتباً على اكتمال وجوبها ولو كان تدخل القاضي لازماً لتحديد مقدارها عند النزاع فيه، ولقد قال المالكية بما يفيد جواز

حقوقاً بينها المشرع والقوانين الوضعية، كحق النفقة والرضاع والحضانة والإرث، ويتعلق به أيضاً حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها، فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها، أو المساس بحقوق الله تعالى، فإذا كان المطعون عليها قد تركت الخصومة في دعوى ثبوت النسب نزولاً منها عن حقها فيه فلا ينصرف هذا النزول إلى حق الصغير أو حق الله تعالى " طعن 44/28 من نقض 1976/5/12 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 1093 طعن رقم 39/29 ق 1975/2/26 مجموعة الأحكام السنة 26 ص 483. طعن رقم 39/24 ق جلسة 1973/5/23 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 816. طعن رقم 35/30 ق نقض 1967/11/8 مجموعة الأحكام السنة 18 ص 1639. طعن رقم 34/16 ق نقض 1966/3/30؛ مجموعة الأحكام لسنة 17 ص 772.

(1) طعن شرعي عماني رقم 2011/115 جلسة 2012/2/11 مشار إليه سابقاً.

(2) طعن رقم 39/29 من نقض 1975/2/26 مشار إليه سابقاً.

(3) المحكمة الدستورية العليا قضية رقم 11/29 من جلسة 1994/3/26 طعن رقم 59/10 ق - أحوال شخصية - نقض 23 / 4 / 1991 مجموعة الأحكام السنة 42 ص 921. طعن رقم 32/19 ق نقض 1965/1/20 مجموعة الأحكام السنة 16 ص 68.

تحصيل النفقة عن مدة واحد، إذ يبين من بعض أقوالهم أنه إذا رفع الولد مستحق النفقة دعواه عما يكون متجمداً منها في الماضي إلى حاكم لا يرى السقوط بمضي الزمن، فإن قضاءه بلزومها لا يعني أنه فرضها عما يأتي مستقبلاً من الزمان، إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئاً على الدوام قبل وقته". فالحق في النفقة من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها وعند الادعاء يتجهلها ويحكم بإزالة هذا التجهيل فالحكم الذي يحل محل هذا الحق لا يجوز النزول عنه إلا بحكم أو بفقد الشروط القانونية المقررة لها⁽¹⁾.

فالحقوق الشخصية البحتة حقوق بطبيعتها لا يجوز النزول عنها، وبالتبعية لذلك الأحكام التي تصدر فيها حالة إزالتها للتجهيل الذي لحق بهذه الحقوق لا يجوز النزول عنها هي الأخرى. ونزول من صدر الحكم له بناء على طلبه ليس له أثر قانوني في مواجهة كل من تعلق حقه بهذا الحكم ومخالفة ذلك يمس بالنظام العام.

54 - 2 - الأحكام القضائية المتعلقة بشخص الإنسان: توجد طائفة من الحقوق والمراكز القانونية للأفراد توصف بأنها لصيقة بأشخاصهم لشدة ارتباطها الوثيقة

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "نفقة الصغار بأنواعها من الأصول الثابتة على عاتق الأب دون غيره عدم سقوطها ولو كان ميسراً ما دام قادراً على الكسب"
طعن رقم 82/8125 ق - أحوال شخصية - نقض 2019/2/18 المستحدث من المبادئ
الصادرة من الدوائر المدنية محكمة النقض 2019/2018.

بشخص الإنسان⁽¹⁾. تهدف إلى حماية كيانه ومقوماته سواء من الناحية المادية والمعنوية. من هذه الحقوق حق الإنسان على اسمه وسلامة جسده وحقه في الجنسية التي يحملها، وحقه في حريته الشخصية، وأهليته، وما قد يلحق بها من عوارض، وحقه على أعماله العلمية والفنية... الخ.

هذه الحقوق وتلك المراكز تعد حقوق عامة مطلقة⁽²⁾ وليست بحقوق مالية⁽³⁾ ولذا فإنها غير قابلة للتصرف⁽⁴⁾ سواء بالاتفاق أو بالإرادة المنفردة، كما لا تدخل في ذمة المتوفى⁽⁵⁾ فلا تنتقل بالميراث ولا تخضع لنظام التقادم⁽⁶⁾ ولا تقبل بطبيعتها

(1) د. جلال العدوي: المقال ص 173 بند 24. د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 52 بند 46 - د. جلال العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم: الحقوق وغير من المراكز القانونية 1996 منشأة المعارف ص 349.

(2) د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية 1987 الدار الجامعية بيروت القسم الثاني ص 477.

(3) د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق ص 487. د. نبيل سعد: المدخل القانون نظرية الحق 2011 دار الجامعة الجديدة ص 126.

(4) د. حسام الأهواني: مبادئ القانون 1975 دار النهضة العربية ص 60.

(5) د. محمد حسين منصور: نظرية الحق 1998 ص 117. مع مراعاة أن نقل الحقوق الأدبية بعد وفاة المؤلف إلى الورثة قاصر على واجب الحراسة فقط خشية الإساءة إلى المؤلف وحماية للمصنف من التقليد أو الاقتباسات غير المشروعة. فمهمة الورثة إذا قاصرة على حراسة حقوق المؤلف، لأن هذه الحقوق أبدية لا تنتثر مكونها ملتصقة بشخصية المؤلف لا تقبل النزول ولا التقادم. انظر: عبد الحميد المنشاوي: حماية الملكية الفكرية 2018 دار الجامعة الجديدة ص 60 وما بعدها. د. نبيل سعد: الإشارة السابقة.

(6) د. حسام الأهواني: المرجع السابق ص 157. د. محمد سعيد عبد الرحمن: الإشارة السابقة.

للإسقاط أو النزول عنها⁽¹⁾ ولذا نصت المادة 48 مدني ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها والمادة 49 من ذات القانون ليس لأحد النزول عن حرته الشخصية، ولا عن الحق الأدبي وفقاً للمواد 143، 144 من قانون الملكية الفكرية 82 لسنة 2002.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ لا يجوز للشخص النزول عن حالته لما في ذلك من مساس بالنظام العام. وقضى بأن⁽³⁾ جواز السفر وثيقة قانونية خاصة بالشخص تابع له حيث يدور. وقضى⁽⁴⁾ بأن "... الحقوق الأدبية المنصوص عليها في القانون التي تخول المؤلف وحده تقرير نشر أو عرض مصنفة على الجمهور ونسبته إلى نفسه

(1) د. جلال العدوي: الإشارة السابقة د. نبيل سعد: الإشارة السابقة.

(2) – Cass.civ.26 juill.1956.D.1956 Note Malauzie

(3) طعن مدني عماني رقم 2015/122 جلسة 2016/2/21 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 15، 16 ص 25.

(4) نقض 2006/7/10 مجلة المحاماة العددان الخامس والسادس سبتمبر 2009 ص 528 مشار إليه سابقاً.

- بخلاف الحق باستغلال المؤلف مالياً يجوز النزول عنه وفقاً للمادة 37 من القانون رقم 354 لسنة 1954 يترتب عليه انتقال هذا الحق إلى المتنازل إليه الذي يكون له الحق في مباشرته وحده ما لم يتنازل عنها إلى غيره، ويقتصر أثر التنازل على الحق الذي ذكره المؤلف صراحة في تصرفه ولا يمتد إلى غيره من الحقوق الأخرى التي لم يرد ذكرها فيه. الطعون مدني أرقام 791، 832، 838/72 ق نقض 2005/3/22 مجموعة الأحكام السنة 56 ص 266. القاهرة الاقتصادية؛ 2012/3/28 الدعوى 2011/1296 ص3

Paris 3 juin 1987 auteur 1988 p. 17.

وسحبه من التداول وإلزام الغير باحترام المصنف بمنعه من إجراء أي تعامل عليه، فقد نص المشرع على أن هذه الحقوق دائمة غير قابلة للتقادم ولا تسقط بالنزول عنها أو عدم استعمالها مهما طال الزمن وتخرج عن دائرة التعامل باعتبار أن المصنف هو ثمار تفكير الإنسان، ومظهر من مظاهر شخصيته ذاتها..."

وقضى⁽¹⁾ بأن ثبوت شيوخ حالة العته عن المحجور عليه يكفي لإبطال البيع الصادر منه طبقاً للمادة 114 مدني ويغني عن إثبات علم المشتري بهذه الحالة لأن هذه المادة لا تتطلب اجتماع الأمر معاً - الشيوخ والعلم - وإنما تكتفي بتحقق أحدهما.

ومتى أثير نزاع أمام القضاء حول حق من هذه الحقوق أو بشأن عارض من عوارض الأهلية، وصدر حكم قضائي بإزالة عارض التجهيل الذي لحق بهذا الحق، أو بالتأكيد لعارض من عوارض الأهلية، فهذا الحكم لا يمكن أن يرد عليه النزول، ويظل بما قرره للشخص ثابت له ولصيق به ومنتجاً لأحقيته به مدى الحياة. كما يظل الحكم⁽²⁾ القاضي يعارض من عوارض الأهلية قائماً ولا يمكن رفعه إلا بحكم.

(1) طعن مدني رقم 34/147 ق نقض 1967/6/15 مجموعة الأحكام السنة 18 ع3 ص 1398. طعن مدني عماني رقم 2011/188 جلسة 2011/11/20 مجموعة الأحكام السنة 12 ص 394.

(2) طعن مدني رقم 51/1909 ق نقض 1992/2/23 مجموعة الأحكام السنة 43 ع1 ص 365.

ومبرر عدم النزول عن هذه الأحكام ومبناه ذلك لحلولها محل هذه الحقوق وإزالتها لعارض التحجيل بها. فأخذت هذه الأحكام طبيعة تلك الحقوق واصطبغت بصبغتها وخضعت لنفس أحكامها ومنها عدم النزول عنها لكونه غير مشروع لتعارضه مع النظام العام⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضى⁽²⁾ بأن طلب الحجر لعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله فهو بهذه المثابة طلب شخص لصيق بإنسان على قيد الحياة وهو المطلوب الحجر عليه أو تستدعي حالته اتخاذ تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير وذلك بغير القوامة عليه وإخضاعه لإشراف محكمة الولاية على المال بإجراءات توجه إلى شخص المطلوب الحجر عليه، ولذلك ناطت المادة 969 من قانون المرافعات بالنيابة العامة رعاية مصالحه والتحفظ على أمواله والإشراف على إدارتها... ولما كان ذلك فإن الحكم الذي يصدر في دعوى الحجر من محكمة الولاية على المال تكون له حجية مطلقة قبل الكافة.

(1) وفي الفقه الإسلامي: الحقوق التي تعتبر شرعاً من الأوصاف الملازمة للإنسان لا تتفك عنه، هذه الحقوق لا يجوز النزول عنها مطلقاً، لأنها ثابتة للشخص ملازمة له، لا تسقط بالإسقاط أو بغيره، ومن هذه الحقوق حق الأبوة والبنوة، فلا يصح تنازل الابن عن حق البنوة، ولا تنازل الأب عن حق الأبوة، لأن هذه الحقوق من هذه الأوصاف الذاتية الملازمة لكل منهما، فلا تتفك عنهما، ولا تسقط بالتنازل والإسقاط - الزركش: المنشور في القواعد الفقهية ج3 ص 393. د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق ج4 ص 15.

(2) طعن 51/2051 ق نقض 1983/6/3 مجموعة الأحكام السنة 34 ص 1527.

55 - 3 - الأحكام التي تم تنفيذها: الحماية القضائية لا تقف بالحقوق عند حد تأكيدها أو نفيها، وإنما تمتد إلى تنفيذها جبراً عند الاقتضاء، فمن صدر لصالحه حكماً بإلزام سواء كان انتهائياً⁽¹⁾ وفقاً للقاعدة العامة مادة 287 مرافعات، ومن باب أولى إذا كان باتاً، أو كان الحكم ابتدائياً خروجاً عن هذه القاعدة وتطبيقاً لفكرة التنفيذ المعجل⁽²⁾ وفقاً للمواد 287 - 295 مرافعات⁽³⁾ أن يطلب من القضاء تنفيذه رغماً عن إرادة المحكوم عليه إذا لم يتم بتنفيذه بإرادته واختياره.

ويتم تنفيذ الحكم جبراً لإزالة الاعتداء وإعادة فرض التوفيق بين الواقع والقانون الذي أخل بوجود هذا الاعتداء، وهو الدور الذي تنهض به الحماية القضائية التنفيذية للحقوق والمراكز القانونية المعتدي عليه.

(1) في تطبيق ذلك انظر: طعن رقم 43/373 ق نقض 1977/6/28 مجموعة الأحكام الستة 28 ثم ص 1524 طعن رقم 40/59 ق نقض 1975/12/13 مجموعة الأحكام السنة 26 ع 2 ص 1653.

(2) وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي هو النخر يعد تطور تدريجي وبطء استهلها بالقانون 81 - 50 في 1981/5/12 وواظب عليها في قانون التنفيذ 91/650 في 1991/7/9 ومرسوم إجراءات التنفيذ 783 لسنة 2012. في القوة التنفيذية للأحكام والقرارات غير الانتهائية وما لحق به من تعديلات منها القانون رقم 2017/86 والمرسوم التنفيذي رقم 2017/892، انظر:

Gerand. Couchez et Daniel'lebeau: voies d'execution 2013. ll éd sirey.p.
10 et Thomas: la réforme de l'execution provisoine des jugements j.c.p.
1943. 1. 358. n. 17 ets.

(3) طعن 52/2235 ق نقض 1993/2/15. طعن رقم 46/559 ق نقض 1979/5/24.
طعن رقم 44/46 ق نقض 1977/11/8.

هذه الحماية متى تم إعمالها ونفذ الحكم أنتج كافة آثاره التي يمكن أن ترد عليه، بحيث لم يتبقى منها ما يمكن أن يحمل عليه تصرف إرادي كالنزول لتخلف المحل الذي يرد عليه الأخير وهو الحكم والحق الثابت به.

مؤدي ذلك، أن التصرف المقصود من المحكوم له بالنزول عن الحكم لا يتم إلا بشروط وهو أن المحل الذي يرد عليه النزول موجوداً - الحكم - وأن يكون النزول في حدود ما قضى به الحكم لصالح المحكوم له⁽¹⁾. فالوجود إذن يتعلق بالشيء المادي والحق على حد سواء، ومن ثم يعد من قبيل المحل غير الموجود، الحكم الذي تم تنفيذه، فيكون المحل انقضى قبل النزول، فيرد التصرف الإرادي بالنزول على عدم، ومن ثم يقع التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽²⁾. وهو ما صادف اعتماداً ثانياً من جانب المشرع اللبناني وفقاً لنص المادة 188 من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على أن "عدم وجود الموضوع يستلزم انتفاء وجود العقد".

فتنفيذ الحكم يجعل النزول الذي يرد عليه لا محل له، ومن ثم يجعل النزول كتصرف قانوني وارد على غير محل ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف المحل. فالأحكام التي تم تنفيذها بآتة أو انتهائية أو ابتدائية لا يرد بحال عليها النزول.

(1) في المحل كشرط لصحة التصرف الإرادي انظر فيما يلي، بند 88.

(2) كما لو أبرم عقد إيجار من الباطن، ثم تبين أن عقد الإيجار الأصلي قد انقضى قبل إبرام عقد الإيجار من الباطن. في تطبيق ذلك انظر: نقض مدني 1980/11/30 مجموعة الأحكام السنة 31 ص 2179.

56 - 4 - الأحكام التي سقطت بالتقادم⁽¹⁾: ويترتب على تقادمها⁽²⁾ أياً كانت طبيعتها أحكاماً تقريرية أو منشئة أم بالزام سقوطها وسقوط الحق الثابت بها، ذلك كنتيجة حتمية ولازمة للتقادم، أي زوالها من الحياة القانونية، ولم يعد لها وجود يعتد به أو يعول عليه بما فيه الحجية التي لحقت بهذه الأحكام من وقت إصدارها وحتى تقادمها، كما يمتد التقادم ليشمل ما تضمنته هذه الأحكام من التزامات أياً كانت طبيعة هذه الالتزامات تطبيقاً للمادة 1/386 مدني والتي نصت على أنه "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام"⁽³⁾ أياً كان مصدره اتفاق أم تصرف أحادي الجانب.

ولما كان النزول عن الحكم تصرف أحادي الجانب محله حكم قائم وموجود، والغاية منه إسقاط هذا الحكم والحق الثابت به، وحيث أن هذه الغاية تحققت كأحدى نتائج سقوط هذا الحكم بالتقادم، على نحو لم يعد له وجود يعتد به أو يعول عليه، ولما كانت القاعدة أن الساقط لا يعود، فالأحكام التي سقطت بالتقادم لا تصلح أن تكون محلاً يرد عليه النزول لانعدام المحل الذي يرد عليه وسقوطه.

(1) في ماهية تقادم الأحكام وشروطه وأساسه انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 12 وما بعدها بند 12 وما بعده؛ وفي تطبيق ذلك انظر: طعن رقم 78/9146 من نقض 2016/4/11. طعن رقم 68/4167 ق نقض 2010/11/22.

(2) في الآثار الإجرائية والموضوعية لتقادم الأحكام انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 125 - 141 والمراجع والأحكام المشار إليها.

(3) والمادة 2249 مدني فرنسي والتي نصت على أن "الوفاء الذي يتم لقضاء دين معين لا يمكن استرداده لمجرد أن مدة التقادم قد انتهت".

كما أن بالتقادم ينقضي الالتزام ومصدره، ولما كان الالتزام هو الحكم محل النزول، ومصدره التصرف الإداري، وكلاهما انقضى بالتقادم، فأصبح لا محل للتصرف هو الآخر لانقضائه بانقضاء الالتزام نفسه. فالأحكام التي سقطت بالتقادم لا تصلح أن تكون محلاً للنزول عنها.

57 - 5 - الأحكام الصادرة بالإلغاء: وهي الأحكام⁽¹⁾ الصادرة في الدعاوى التي يطالب فيها المدعي بإلغاء قرار إداري غير مشروع. وتتمتع هذه الأحكام بالحجية المطلقة⁽²⁾ قبل الأفراد كافة وقبل جهات الإدارة وجهات القضاء الأخرى. ومبرر ذلك ومبناه الطبيعة العينية أو الموضوعية لدعاوى الإلغاء، والتي تقوم على مخاصمة القرار الإداري لإصابته بأحد عيوب هذا القرار، دون الاعتداد بمصدره، وبالتالي فصدور حكم بإلغائه يعد إعداماً له في مواجهة الكافة، ومحو كل آثاره المحددة في الحكم من وقت صدوره في الخصوص والمدى الذي حدده هذا الحكم⁽³⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري للدائرة الأولى في 23/2/2010 دعوى رقم 60/2940 ق.

(2) طعن 77 80/179 ق نقض 2015/5/18 إدارية عليا طعن 57/4931 ق جلسة 2010/11/25 إدارية عليا طعن 54/8684 ق جلسة 2010/2/27. إدارية عليا طعن 44/6972 ق جلسة 2006/12/6 مجموعة المبادئ السنة 52 ق ص 152. إدارية عليا طعن 36 /3516 ق جلسة 19 / 1 / 1993، إدارية عليا طعن 31/2812 ق جلسة 1989/5/13. طعن رقم 9/1184 ق إدارية عليا جلسة 1969/1/20.

(3) قضاء إداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - دائرة 9 دعوى رقم 64/31227 جلسة 2015/4/18 قضاء إداري الدائرة العاشرة في 2008/5/18 في الدعوى رقم 62/3278

ووفقاً لذلك، فإن حكم الإلغاء لا يؤدي مهمته كاملة إلا إذا كان ينتج آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل على السواء، فلا يقتصر أثره على المستقبل فقط، وإلا أدى ذلك إلى نتيجة غير منطقية، مفادها الاعتراف بشرعية القرار وآثاره التي رتبها في الماضي، وهو ما يخالف الواقع، ولذا كان ما يتفق مع المنطق والواقع أن يكون لحكم الإلغاء للقرار الإداري غير المشروع أثره على الماضي والمستقبل معاً⁽¹⁾.

ونتيجة لانعدام القرار الإداري غير المشروع بالحكم الصادر بإلغائه، على نحو أصبح المحل الذي ورد عليه هذا الحكم هو والعدم سواء على نحو لا يتبقي من آثاره ما يمكن أن يحمل عليه تصرف قانوني شأن النزول عنه لانعدام المحل الذي يرد عليه الأخير، وهو ما لا يستقيم مع ما اعتمدته التشريعات المقارنة بشأن النزول عن الحكم، بأن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به مادة 145 مرافعات، وهو ما يحول بين النزول عن الحكم والحكم بالإلغاء على نحو لا يصلح أن يكون محلاً للنزول وفقاً للنص السابق.

كما أن في النزول عن حكم الإلغاء ما يمس النظام العام لحجية هذا الحكم المطلقة في مواجهة الكافة، ولو فرض ونزل عنه من صدر له بناء على طلبه فلا أثر لنزوله على قيام الحكم وأعمال آثاره إلا أن عليه تبني الرقابة الفعالة على مشروعية

ق. حكم قضاء إداري رقم 24/684 جلسة 1984/6/16، وحكمها في الطعن رقم 31/495 ق جلسة 1986/11/9.

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، ماجد راغب الحلو: الدعاوى الإدارية 2005 دار الجامعة الجديدة ص 305 وما بعدها.

القرارات الإدارية. وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁾ " أن التصالح الحاصل بين الوزارة والمدعي قد تضمنت نزوله عن دعوى إلغاء قرار إحالته إلى المعاش وعن حقه في المرتب خلال تركه الخدمة ولما كان التنازل عن التقاضي بدعوى الإلغاء هو بلا ريب تنازل عن حق يتعلق بالنظام العام، لأن عليه تبني الرقابة الفعالة على شرعية القرارات الإدارية، فإن هذا الإسقاط يكون باطلاً وإذا كان النزول عن دعوى الإلغاء يتعارض مع النظام العام لكونه إسقاط باطل، فكذلك يكون النزول عن ما يصدر في هذه الدعوى من حكم نزول باطل، والغاية من إسقاطه تكون باطلة. فالأحكام الصادرة بالإلغاء لا تصلح أن تكون محلاً للنزول عنها وفقاً للمادة 145 مرافعات.

58 - وإذا كانت الأحكام الصادرة في دعاوى الإلغاء يحظر النزول الإداري عنها تغليباً للجانب العيني على الجانب الذاتي في هذه الدعاوى وما يصدر فيها من أحكام، لتعلق الأمر بالنظام العام الذي يقوم على أساس الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، إلا أن هذا الحظر يقف عند هذا الحد ولا يطبق إذا ما عبر المحكوم لهم بهذه الأحكام عن رغبتهم في عدم تنفيذها، وهنا يعد إقرارهم بعدم الرغبة في التنفيذ بمثابة عدول عن إعلان الأحكام للتنفيذ⁽²⁾. والعدول عن تنفيذ

(1) إدارية عليا طعن رقم 8/1205 ق جلسة 1965/6/13 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا السنة العاشرة العدد الثالث من أول يونيو 1965 آخر سبتمبر 1965 ص 1653.

(2) وفي ذلك يقول قسم الفتوى بمجلس الدولة " فإذا ما أراد صاحب الشأن العدول عن طلبه تنفيذ الحكم وقام بسحب صورته التنفيذية فلا مناص من الاعتداد بإرادته وأعمال أثرها بحسبان أن ذلك بمثابة عدول من صاحب الشأن عن إرادته في تنفيذ الحكم، وهذه الإرادة هي

الأحكام على خلاف النزول عنها، ويتمثل جوهر هذا الاختلاف أن العدول عن التنفيذ لا يمنع من التنفيذ إذا ما تغيرت الظروف ما لم يتقدم بخلاف النزول لا يجوز الرجوع فيه، كما لا يطبق على العدول قواعد وأحكام النزول.

59 - 6 - الأحكام الصادرة بإشهار الإفلاس: إذا كان النزول عن الدعاوى التي تصدر فيها هذه الأحكام غير جائز⁽¹⁾ ولو نزل أحد أصحاب الصفة عن حقه في رفعها، فليس لنزوله أثر قانوني وتستمر الدعوى رغم هذا النزول وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بشهر الإفلاس⁽²⁾. فكذاك قضائها بهذا الحكم لا يجوز النزول عنه،

التي بها تحركت الدعوى واستمر نظرها مما لا يمكن معه إهدارها فيزول بها التزام حصة الإدارة تنفيذ هذا الحكم ودون أن يخل ذلك بالواجب العام وهو احترام القانون بما يستلزم ذلك منها من العودة بذاتها إلى دائرة المشروعية كلما استطاعت إلى ذلك سبيلاً وبما لا يمس المراكز القانونية للغير التي أضحت حصينة - الثابت من الأوراق أنه صدر حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة 1997/2/24 في الدعوى رقم 50/1385 من المقامة من ... ضد وزير الداخلية بصفته بقبول الدعوى شكلاً بالنسبة لقرار نقل المدعي وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار. ويعد أن الملف السيد المذكور وزارة الداخلية بالصورة التنفيذية لهذا الحكم طلب سحبها لعدم رغبته في تنفيذ الحكم الأمر الذي يعد عدولاً منه عن طلب تنفيذ هذا الحكم تتحلل بمقتضاه جهة الإدارة من الالتزام الذي يوجبها القانون بتنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام في ضوء ما سلف بيانه فتوى رقم 814 بتاريخ 1998/6/24 ملف رقم 534/6/86 جلسة 1998/6/17 مجلس الدولة - المكتب الفني - المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من 2000/1996 ج2 ص 128 7.

(1) في عدم جواز النزول عن دعاوى الإفلاس. انظر. د. الأنصاري التيداني: المرجع السابق ص 5. أ. د أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع ص 624 بند 418.

(2) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "دعوى الإفلاس ماهيتها ليست دعوى خصومة، إنما دعوى إجراءات هدفها إثبات توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية. مؤداها عدم اعتبارها مطالبة قضائية تقطع

"ولو تنازل الدائن⁽¹⁾ عن هذا الحكم الذي يصدر بناء على طلبه، فتنازله غير مؤثر على قيام هذا الحكم وإعمال آثاره، لأنه في حقيقة الأمر لم يصدر لمصلحته فحسب، وإنما لمصلحة جميع الدائنين ولو لم يكونوا طرفاً في الإجراءات أو كانوا دائنين غير ظاهرين" ذلك لتعلق قواعد⁽²⁾ الإفلاس بالنظام العام، فضلاً عن ما يصدر في دعاوى التي ترفع بشأنه من أحكام تتمتع⁽³⁾ بالحجية المطلقة تسري على الكافة، وبما يرتبه القانون على صدرها من آثار.

مدة التقادم المسقط، لمحكمة الموضوع أن تقضى بشهر الإفلاس من تلقاء نفسها متى توافرت الشروط الموضوعية، لا يغير من ذلك أن يكون الطلب قد قدم من غير ذي صفة أو من ذي صفة ثم تنازل عن طلبه لتعلق ذلك بالنظام العام "الطعنان مدني رقما 69/795 ق، 72 /679 ق نقض 2004/4/13 مجموعة الأحكام الستة 55 ص 410. طعن مدني رقم 65/6549 ق نقض 2002/4/9 مجموعة الأحكام الستة 53 ص 495. طعن مدني رقم 64 /2891 ق نقض 2000/1/20. مجموعة الأحكام الستة 51 ص 964. طعن مدني رقم 66/7886 ق نقض 2000/1/20 مجموعة الأحكام الستة 51 ج 1 ص 171. طعن مدني رقم 47/359 ق نقض 1982/2/15 مجموعة الأحكام الستة 33 ص 241. لا طعن مدني رقم 38/478 ق نقض 1974/3/28 مجموعة الأحكام الستة 25 ص 606 طعن رقم 22191 ق نقض 1955/7/7. مجموعة الأحكام الستة 6 ص 1357.

(1) طعن مدني رقم 40/278 ق نقض 1975/5/4. طعن مدني رقم 438/ق 3 ق نقض 1974/3/28 مجموعة الأحكام الستة 25 ص 606.

(2) نقض مدني 1975/5/4 مجموعة الأحكام الستة 26 ص 919 والحكم الابتدائي المشار إليه في هذا الحكم طنطا الابتدائية في 1999/3/22 في الدعوى رقم 1999/54 مدني كلي إفلاس.

(3) وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة بقولها "ولما كان لحكم الإفلاس حجية مطلقة من حيث الأشخاص الذين يسري عليهم، والأموال التي تناولها...".

ونتيجة لتعلق قواعد الإفلاس بالنظام العام، وما يصدر بشأنه من أحكام بشهره تتمتع بالحجية المطلقة، الأمر الذي تبقى معه هذه الأحكام قائمة إلى أن ازول بالطعن فيها بأحد طرق الطعن في الأحكام عموماً، أو بالحكم بإعادة اعتبار المفلس متى توافرت الشروط القانونية ، وهو ما لا يستقيم معه بحال النزول عن هذه الأحكام وفقاً للمادة 145 مرافعات ولو تنازل الدائن عن الحكم الذي صدر بناء على طلبه، فيظل الحكم قائماً منتجاً لكافة آثاره تحقيقاً لمصلحة عامة تتعلق بالنظام العام، وهي تنشيط الائتمان في الدولة، وحماية القائمين به من الدائنين والمدنيين، ولكون النزول عن الحكم يتعارض مع هذا وذلك، فالأحكام الصادرة بشهر الإفلاس، وشأنها الصادرة بالإعسار المدني لا يجوز النزول عنها.

60 - 7 - الأحكام الدستورية: وهي ما تصدره المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - سواء فيما فصل فيه من ناحية العيوب الشكلية أو المطاعن

- وفي الحجية المطلقة لحكم الإفلاس. انظر: د. طلعت دويدار: الطعن في حكم الإفلاس 2004 دار الجامعة الجديدة ص 27 - 33.

وفي تطبيق ذلك: انظر: الطعان مدني رقما 609، 613/72 ق نقض 2007/5/22. طعن مدني رقم 70/679 ق نقض 2005/6/28. طعن مدني رقم 71/553 ق نقض 2005/2/22 مجموعة الأحكام السنة 56 ص 198. الطعان مدني رقما 69/795 ق، 72/679 ق نقض 2004/4/13 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 410. الطعان مدني رقما 684، 72/783 ق نقض 2004/7/5. طعن مدني رقم 44/413 ق نقض 1978/4/5 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 952. طعن مدني رقم 38/438 ق نقض 1974/3/28 مجموعة الأحكام السنة 25 ص 606. طعن مدني رقم 37/183 ق نقض 1972/3/7 مجموعة الأحكام السنة 23 ص 311.

الموضوعية - وتحوز هذه الأحكام⁽¹⁾ حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة للدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو السعي لنقضه من خلال إعادة طرحه على هذه المحكمة لمراجعته. ذلك أن الخصومة في الدعوى الدستورية - وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية - قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً لتطبيقها معها إعلاء للشرعية الدستورية. ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وإهدارها بقدر تهاتها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة. وقضاء المحكمة في شأن تلك النصوص، هو القاعدة الكاشفة عن حقيقة صحتها أو بطلانها. ومن ثم لا يعتبر قضاء هذه المحكمة باستيفاء النص التشريعي المطعون عليه لأوضاعه الشكلية أو انحراف عنها، أو اتفاقه مع الأحكام الموضوعية في الدستور أو مروقة منها، منصرفاً إلى ما كان طرفاً في الخصومة الدستورية دون سواه، بل منسحباً إليه وإلى الأغيار كافة، ومتعدياً إلى الدولة التي ألزمها الدستور بالخضوع للقانون.

(1) دستورية عليا دعوى 40/27 ق جلسة 2020/2/1. والدعوى 24/59 من جلسة 2004/2/8 والدعوى 21/71 من جلسة 2003/12/14 والدعوى 24/202 ق جلسة 2003/12/14. والدعوى 8/20 ق جلسة 1994/1/8. الدعوى 14/7 ق جلسة 1993/6/19. الدعاوى أرقام 29، 126، 128، 6/130 ق، 16، 24، 25، 33، 34، 36، 7/37 ق جلسة 1986/5/3. الدعاوى أرقام 32، 61، 63، 64، 65، 66، 69، 74، 90، 91، 94، 101، 102، 122، 127، 129، 134، 135/6 ق، 3، 12، 13، 14، 17، 19، 7/28 ق جلسة 1986/2/1.

والمحكمة الدستورية وهي بصدد إصدارها لهذه الأحكام تستمد ولايتها مباشرة من الدستور، ومرجعها إلى أحكامه - وهو القانون الأعلى - فيما يصدر عنها من قضاء في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، وكلمتها في شأن دلالة النصوص التي يضمها الدستور بين دفتيه هي القول الفصل، وضوابطها في التأصيل ومناهجها في التفسير، هي مدخلها إلى معايير منضبطة تحقق لأحكام الدستور وحدتها العضوية، وتكفل الانحياز لقيم الجماعة في مختلف مراحل تطورها. فكان حتماً أن يكون التقيد بهذه الأحكام مطلقاً سارياً على الدولة والناس أجمعين وعلى قدم المساواة الكاملة، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الدستوري وفقاً للمادة 195 من الدستور الحالي، وللمادة 49 من قانون هذه المحكمة. وملزم لغيرها⁽¹⁾ من المحاكم بكافة أنواعها ودرجاتها.

وحيث أن سريان الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية على الدولة بأفرعها المختلفة وفي مواجهة كافة باعتبار أنهم مخاطبون بها لا يملكون لها تبديلاً، ولا يستطيعون عنها حولاً، مؤداه أنها تحمل في ذاتها أسس فرضها في النطاق الإقليمي للدولة، ليكون الاحتجاج بها واقتضاء تنفيذها حقاً لهؤلاء الذين تتعلق مصالحهم الشخصية المباشرة بإعمال مضمونها دون استثناء ينال منها⁽²⁾ ولو تعلق

(1) طعن مدني 82/4647 ق نقض 2019/11/24. طعن تجاري 86/1520 ق نقض 2018/3/25 طعن مدني 62/2820 ق نقض 2006/6/13.

(2) دستورية عليا دعوى رقم 14/7 ق جلسة 1993/6/19. دعوى رقم 14/2 ق جلسة 1993/3/20.

بالتصرفات الإدارية للأشخاص، فلا تكون بحال محلاً للنزول عنها، ولا يطبق بشأنها ما اعتمده المشرع وفقاً للمادة 145 مرافعات.

61 - 8 - الأحكام الجنائية: إذا كانت النيابة العامة لا يجوز لها التنازل عن الدعوى العمومية، لأنها أوتمنت عليها لمصلحة الجماعة⁽¹⁾ فالمشرع أجاز للمجني عليه بإرادته التنازل عن شكواه، واعتبر هذا التنازل سبباً من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية وفقاً للمادة 1/10 إجراءات جنائية. والتنازل⁽²⁾ عن الشكوى يكون جائز طوال مراحل نظر الدعوى إلى أن يصدر حكماً باتاً فيها. فإذا ما صدر هذا الحكم فلا يعتد بتنازل الشاكي ولا أثر له على ما يترتب عليه من آثار، فإذا كان الحكم قد قضى بعقوبة وجب تنفيذها رغم التنازل⁽³⁾ ذلك للحجية المطلقة لهذا الحكم⁽⁴⁾ وفي حدود ما فصل فيه، في مواجهة الكافة بما فيها المحاكم المدنية.

-
- (1) د. الأنصاري التيداني: المرجع السابق ص 107 وما بعدها والأحكام المشارية لديه.
- (2) في التنازل عن الشكوى دون النزول عن الحكم الصادر فيها. انظر: د. محمد عبد الحميد مكي: التنازل عن الشكوى كسبب خاص لانقضاء الدعوى الجنائية 2009 ط2 دار النهضة العربية خاصة ص 240 والمراجع والأحكام المشارية لديه. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية 2016 دار النهضة العربية الكتاب الأول ص 410 وما بعدها.
- (3) باستثناء حالتان يجوز فيهما وقف تنفيذ الحكم البات إعمالهما المشرع وفقاً للمادتين 274، 312 إجراءات جنائية، الأولى: تناولت جريمة زنا الزوجة. والثانية: تناولت جريمة السرقة بين الأصول والفروع. في تفاصيل ذلك ومبرراته انظر: د. محمد عبد الحميد مكي: المرجع السابق ص 213 وما بعدها بند 181 وما بعده.
- (4) طعن مدني رقم 88/7046 ق نقض 2019/3/28 البوابة القانونية لمحكمة النقض طعن 64/110 ق نقض 2006/1/24. طعن 65/321 ق نقض 2005/10/22.

وتتعلق حجية الأحكام الجنائية بالنظام العام تحقيقاً للمصلحة العامة، لا يصلح بمقتضاه تكون هذه الأحكام محلاً للنزول عنها وفقاً للمادة 145 مرافعات ولو نزل عن الحكم من قضي لصالحه الحكم بناء على شكواه، فالنزول من جانبه لا أثر له على بقاء الحكم منتجاً لكافة آثاره وأهمها تنفيذ العقوبة التي قضى بها هذا الحكم. فالأحكام الجنائية لا تصلح أن تكون محلاً للنزول عنها⁽¹⁾.

62 - 9 - الأحكام التي لا تعتبر أعمالاً فضائية⁽²⁾: كالحكم بإيقاع البيع مادة 446 مرافعات، والحكم بالتصديق على الصلح القضائي وفقاً للمادة 103 مرافعات،

الطعان مدني رقما 65/132 ق، 66/435 ق نقض 2000/3/21 مجموعة الأحكام السنة 51 ع1 ص 443. طعن مدني رقم 64/3395 ق نقض 1995/11/26 مجموعة الأحكام السنة 26 ع2 ص 1225 طعن مدني رقم 39/218 ق نقض 1975/5/4 مجموعة الأحكام السنة 26 ص 913.

(1) وفي الفقه الإسلامي: أن الحقوق الخالصة لله سبحانه وتعالى، أو الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد، ولكن حق الله تعالى فيها راجح، هي بالجملة حقوق لا تقبل الإسقاط، ولا تسقط بإسقاط العبد لها، ومنها العقوبات حد السرقة، والزنا والشرب والقذف، فلا تسقط هذه العقوبات بالعتف من صاحب الحق أو الصلح عليها. ويقول القرافي: "وحق الله تعالى هو ما ليس للعبد إسقاطه" الفروق ج1 ص 256. وانظر: د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق ج4 ص 14. وزارة الأوقاف الكويتية الموسوعة الفقهية ج 18 ص 26.

(2) في هذه الأحكام ومبرر عدم اعتبارها أعمالاً قضائية وصورها انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 678 وما بعدها والمراجع المشار له. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تؤثر الحجية ص 109 وما بعدها بند 61.

مثل هذه الأحكام يصدرها القاضي بمقتضى سلطته الولائية⁽¹⁾، وهي وإن كانت تصدر في شكل الأحكام وبديباجيتها إلا أنه ليس لها من معناها سوى الاسم⁽²⁾. فالحكم بإيقاع البيع ليس حكماً بالمعنى الدقيق فبيع العقار لا يشكل خصومة قضائية بالمعنى الدقيق⁽³⁾. كما في تصديق القاضي على الصلح لا يفصل في

(1) وإن كان الاتجاه الحديث في الفقه يرى أن القضاء الولائي ليس عملاً إدارياً ولا شبه إداري، وإنما نشاط قضائي، وأن الاختلاف بينه وبين العمل القضائي بالمعنى الدقيق ليس اختلافاً جذرياً في الطبيعة، وإنما هو اختلاف في الدرجة، وهو يستهدف مثله نفاذ القانون ويعمل على تحقيقه. في تفاصيل ذلك انظر: د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 84 وما بعدها. المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات بند 63.

ZAGHLOUL (A.M.) La jurisdiction gracieuse the. Lyon 1981. p. 389 ets.
N.333. NORMAND. Le juge el litige the L.G.D.J. 1965. P.59.N.61.

(2) د. رمزي سيف: الوسيط في قانون المرافعات ص 587 حاشية أ. د. أحمد أبو الوفا؛ نظرية الأحكام ص 41 بند 29. د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ص 99 بند 329 والأحكام المشاركة لديه نقض 9 مايو 1940، 1951/4/19 مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 عاماً ج 2 ص 75.

د. أحمد هندي: التنفيذ الجبري 2016 دار الجامعة الجديدة ص 143 بند 48.

(3) د. طلعت دويدار: النظرية العامة في التنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية 2014 دار الجامعة الجديدة ص 601.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن 79/2608 ق نقض 2010/5/11 مجموعة الأحكام الستة 61 ص 672 طعن مدني رقم 60/1530 ق نقض 1999/11/18 المجموعة السنة 5 ع 2 ص 1101

طعن مدني رقم 47/1156 ق نقض 1981/6/25 المجموعة الستة 32 ع 2 ص 1939.

خصومة، وإنما تصديقه يكون مقصور على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق⁽¹⁾ وبالتالي فإن هذه الأحكام لا تعد فاصلة في الخصومة⁽²⁾ ولا ينطبق عليها قواعد الأحكام وخاصة الطعن فيها، ولا آثارها وخاصة الحجية، فالمعتمد فقهاً⁽³⁾ وقضاً⁽⁴⁾ خلافاً للبعض⁽¹⁾ أن هذه الأحكام لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به.

(1) د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ص 99 بند 329.

(2) فالحكم بالمعنى الغني للكلمة لا يصدر إلا في خصومة، والمشرع ينظم قواعد إصداره وتوثيقه ضمن نموذج الخصومة العادية، وإن اقتضى استخدام شكله في الخصومات الغير عادية - كما هو وارد بالمتن - فإصدار الحكم في خصومة هو الحد الأدنى المشترك لمعاني الحكم في القانون المقارن. وهذا يعني أنه إجراء من إجراءات الخصومة. في تفاصيل ذلك انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 184 وما بعدها؛

وتطبيقاً لذلك بأن "الصلح لا يترتب عليه قانوناً انحلال التصرف الذي صدر الصلح في شأنه ليحل محل هذا الصلح محله، وإنما يظل التصرف الأصلي قائماً ومنتجاً لآثاره المعدلة يعقد الصلح، بحيث إذا أبطل هذا العقد أو نسخ ظل التصرف الأصلي منتجاً لآثاره دون أن يقال منها الصلح الذي أبطل أو فسخ "طعن رقم 45/654 ق نقض 1978/5/25 مجموعة الأحكام الستة 29 ص 1328 طعن 41/399 ق نقض 1976/6/26 مجموعة الأحكام الستة 27 ص 1421.

(3) د. فتحي والي: المبسوط ج2 ص 278 بند 101. د. فتحي والي: د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص 782 وما بعدها بند 412 وما بعده. د. وجدي راغب: مبادئ ص 84. د. أحمد هندي: المرجع السابق ص 141 بند 48. المؤلف. المرجع السابق ص 568 بند 237. د. الأنصاري النيداني: الصلح القضائي ص 208 بند 139. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية ص 591 بند 457 حاشية. د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ص 145 بند 353.

(4) في عدم حجية الحكم الصادر للتصديق على الصلح انظر: طعن مدني رقم 87/8277 ق نقض 2019/1/28. طعن مدني رقم 78/2747 ق نقض 2016/4/18 البوابة القانونية. طعن

وتطبيقاً لذلك، لا يعد تصديق القاضي على الأعمال التصالحية حكماً، لأن الحكم⁽²⁾ لا يعتبر واقعة أساسية قائمة بذاتها، بل هو عنصر مشترك في عدة وقائع أساسية، وأنه عندما يضاف إلى غيره من العناصر يحدث آثاراً قانونية تتنوع بتنوع العناصر الأخرى، أي أن الحكم الذي يفصل في موضوع النزاع يرتب حجية الأمر المقضي. أما الحكم الذي يتضمن تصديقاً على تصرف معين فإنه يرتب آثاراً مخالفاً، ممثلاً⁽³⁾ في عدم جواز المساس به بعد إصداره، ليجد ذلك في خصوص

مدني رقم 59/595 ق نقض 1994/2/24 مجموعة الأحكام الستة 45 ع1 ص 412. طعن رقم 1694 / 49 ق نقض 1985/4/28 مجموعة الأحكام الستة 36 ع1 ص 668. طعن مدني رقم 43/899 ق نقض 1981 /12/110 مجموعة الأحكام الستة 32 ع2 ص 2256. طعن مدني 45/990 ق نقض 1980/6/22 مجموعة الأحكام الستة 31 ص 1823. طعن مدني رقم 43/466 ق نقض 1977/1/31 مجموعة الأحكام الستة 28 ع1 ص 328. طعن مدني عماني رقم 2012/172 جلسة 2013/6/18 مجموعة الأحكام الستة 13، 14 ص 164. تمييز مدني قطري رقم 2016/209 جلسة 2016/11/15 البوابة القانونية القطرية. في عدم حجية الحكم بإيقاع البيع انظر: طعن 60/1530 نقض 1999/11/18. طعن رقم 47/1156 ق نقض 1981/6/25 مشار إليهما سابقاً.

(1) ذهب البعض إلى أنها حجية منقوصة. في الحجية المنقوصة للصلح القضائي. د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات دار النهضة العربية ص 982 وما بعدها بند 949.

والبعض إلى أنها حجية كاملة في الحجية الكاملة للصلح القضائي انظر: طلعت خاطر: انقضاء الخصومة بالصلح القضائي 2014 دار الفكر والقانون ص 192 وما بعدها.

(2) د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 681. د. محمود محمد هاشم: استنفاد ولاية القاضي المدعي: المحاماة للعددان 5، 6 السنة 61 مايو ويونيه 1981 ص 74 وما بعدها.

(3) في التمييز بين حجية الأمر المقضي وعدم المساس بالحكم بعد إصداره، أساسه والنتائج المترتبة عليه انظر: د. وجدي راغب: المرجع السابق ص 210 وما بعدها.

الحكم بالتصديق على الصلح أساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة وفقاً للمواد 553 مدني مصري 384 مرافعات فرنسي⁽¹⁾.

وعليه فتصديق القاضي على الأعمال التصالحية ليس بحكم لأنه لم يفصل في خصومة، ومن ثم لا يجوز القرار بالتصديق بحجية الأمر المقضي، وإنما غاية ما يرتبه هو عدم جواز المساس به يعد إصداره، لأنه يولد دعواً بالصلح⁽²⁾ يمنع من معاودة نظر ما تم الاتفاق عليه صلحاً، وصدق عليه القاضي كأحد أوجه الانقضاء المبتسر للخصومة.

هذا القرار الصادر بالتصديق لا يجوز النزول عنه، لأن من شأن ذلك يعود بمقتضاه الخصوم إلى لحظة الاتفاق على الصلح، وهذا الاتفاق يجوز العدول عنه⁽³⁾ وعلى فرض جواز النزول عن الحكم الصادر بالتصديق، والعدول عن

(1) والتي تنص علي:

"L'instance s'eteint accessoirement al'action par l'effet de la transaction l'extinction de l'instance est constatée par une decision de dessaisissement"

(2) في تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 72/1577 ق نقض 2003/6/24 مجموعة الأحكام السنة 54 ع 2 ص 1079 طعن مدني 58/3318 ق نقض 1994/2/9 مجموعة الأحكام السنة 45 ع 1 ص 324. طعن مدني 51/911 ق نقض 1991/1/20 مجموعة الأحكام السنة 42 ع 1 ص 262.

(3) كما أنه يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الإتفاق في الصلح أو بإلغائه. طعن مدني 55/337 ق نقض 1991/2/28. طعن مدني 43/899 ق نقض 1981/12/10 مجموعة الأحكام السنة 32 ع 2 ص 2256. الطعان مدني رقما 290، 35/303 ق نقض

الاتفاق على الصلح أمر وارد، ففي هذه الحال، يبقى الحق المدعي به باعتباره حقاً غير محكوم فيه، فيجوز إعادة الخصومة أمام القضاء أو طرحه على التحكم حسب اتفاق الأطراف، وهو ما لا يستقيم مع النزول عن الحكم والغاية منه.

وحيث أن الأحكام التي لا تعد أعمالاً قضائية ليست بأحكام لأنها لا تأخذ منها سوى الاسم، كما أنها لا تفصل في أصل الحق وإن أنهت الخصومة إنهاءً مبتسر، كذلك الاتفاق بشأنها يمكن طلب بطلانه، فيعود بأطرافه إلى ما كانوا عليه قبل الاتفاق، ليظل الحق المتنازع عليه قائماً يتنازل فيه أصحاب الشأن، وكل ذلك ما يفترق معه النزول عن الحكم شروط تطبيقه ربما لا يجوز معه أن تكون هذه الأحكام محلاً لتطبيق المادة 145 مرافعات.

63 - 10 - الأحكام المنعدمة⁽¹⁾: هي تلك الأحكام التي فقدت ركنان من أركانها الأساسية⁽²⁾ كما لو صدر الحكم ممن ليس له ولاية القضاء، أو في خصومة غير

1970/6/11 مجموعة الأحكام الستة 21 ص 1031 - طعن مدني عماني رقم 2012/172
جلسة 2013/6/18 مشار إليه سابقاً.

(1) في فكرة انعدام الأحكام مصدرها والخلاف بشأنها انظر: المؤلف: دعوى عدم الاعتداد بالحجز 2018 دار الجامعة الجديدة ص 73 وما بعدها بند 25 وما بعده والمراجع والأحكام المشاركة لديه.

(2) على عكس الأحكام الباطلة، وهي التي تفتقد شرطاً من شروط صحتها، وتقبل التصحيح عن طريق الطعن فيها بالطرق التي قررها المشرع وفي مواعيدها المحددة. انظر: المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية. المجلد الثاني ص 644 وما بعدها بند 260 وما بعده. طعن مدني رقم 86/13695 ق نقض 2017/5/4 البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

منعقدة أو بغير طلب. وحيث يصدر حكم على هذا النحو، فهو يتجرد من صفته القضائية، ويعد مجرد واقعة، لا يستند به القاضي سلطته، ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضي به، ولا يرد عليه التصحيح بأي طريق من طرق الطعن المقررة للأحكام القائمة، ولا يقبل التنفيذ الجبري، ولا يرد عليه التقادم، لأن المعدوم رأب صدعه، وليس في حاجة إلى ما يعدمه، فهو في القانون غير موجود أصلاً. ويكون السبيل لتقرير ذلك هو طريق الدعوى المبتدأة، أو إنكاره والتمسك بعدم وجوده عند الاحتجاج به⁽¹⁾.

والأحكام المنعقدة على هذا النحو لا وجود لها من الناحية القانونية، ولا يعتد بها ولا يعول عليها، ولا ترتب أي أثر من الآثار العامة للأحكام. كما أنها لا تصلح أن يترتب عليها الآثار الخاصة بهذه الأحكام فلا يمكن للأحكام المنعقدة أن تصبح صحيحة بمرور الزمن، التقادم⁽²⁾. كما لا تصلح أن تكون محلاً لتصرف قانوني إرادي بالنزول عنها وفقاً للمادة 145 مرافعات، لكون هذه الأحكام غير موجودة، وعدم وجودها يتخلف معه المحل الذي يرد عليه النزول، فيجعل التصرف الإرادي بالنزول وارد على عدم وهو ما لا يجوز لتخلف ركن في التصرف الإرادي، فيصبح

(1) طعن مدني رقم 61/651 من نقض 1999/2/11 مجموعة الأحكام الستة 50 ص 224.
طعن مدني عماني رقم 2007/346 جلسة 2008/4/26 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا ص 228.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 54 وما بعدها بند 47 وما بعده.

هو الآخر منعدم لتخلف ركن من أركانه لا يقوم إلا به. فالأحكام المنعدمة لا تصلح أن تكون محلاً للتصرف الإرادي بالنزول عنها⁽¹⁾.

(1) وفي الفقه الإسلامي: يجب أن يكون الحق محل النزول موجود وثابت، فإذا كان غير ذلك فلا يصح النزول عنه، لأن النزول إسقاط للحق من جهة وما سيجدد ساقط فعلاً فلا يلحقه الإسقاط. السرخسي: المبسوط ج15 ص 203 د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق ج5 ص 334.

الفرع الثاني

الأحكام التي يرد عليها النزول وتطبيقاتها

64 - تمهيد:

خارج نطاق الأحكام التي لا يجوز النزول عنها سواء بحسب طبيعتها أو لعدم المساس بالنظام العام يرد النزول الإرادي على الأحكام القضائية وأحكام المحكمين، كما يرد على الأعمال القضائية التي لا تعد أحكاماً. مسائل ثلاث نتعرض إليها تبعاً: الأحكام القضائية، الأحكام التحكيمية، الأعمال القضائية التي لا تعد أحكاماً.

أولاً: الأحكام القضائية:

65 - 1 - تحديد الأحكام القضائية محل النزول: الأحكام التأكيدية الموضوعية، هذه الأحكام طالما أنها ليست من الأحكام الممنوع النزول عنها⁽¹⁾ فتكون محلاً للنزول الإرادي عنها. والتقسيم السائد في الفقه لهذه الأحكام تبعاً لآثارها القانونية إلى أحكام تقريرية ومنشئة وأحكام بإلزام⁽²⁾.

(1) أيًا كانت الصلة من المنع سواء لطبيعة الحق الذي صدر عنه الحكم، أو لكون الحكم ليس عملاً قضائياً أو على الكل كون النزول عنه يمس بالنظام العام. انظر فيما سبق.

(2) في الدراسة التفصيلية لهذه الأحكام انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 250 - 305. مبادئ القضاء ص 59 - 67.

والأحكام التقريرية أيًا كانت الصورة التي توجد لها⁽¹⁾ هي التي تقرر وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني معين. أما إذا كانت الأحكام لا تقتصر على مجرد التقرير، بل ينشأ عن هذا التقرير تغيير في المراكز القانونية القائمة، أو إنشاء لمراكز قانونية جديدة فهذه الأحكام هي أحكام منشئة⁽²⁾. وقد تكون الأحكام صادرة بإلزام المحكوم عليهم بأداء معين وهي الأحكام بإلزام⁽³⁾.

والأحكام بصورها الثلاث تكون محلاً للنزول الإرادي عنها، ولو كانت أحكاماً ابتدائية، أو انتهائية أو باتة، وهو التقسيم السائد في الفقه من حيث قابلية هذه الأحكام للطعن من عدمه⁽⁴⁾. فالأحكام الابتدائية⁽¹⁾ يجوز النزول عنها فوري

Solus (H)et parrot (R.) drait judiciaire prive t.l. introduction nations
fondamentales organization judiciaire ed. 1961. p. 209 etss.N. 233
etss.

(1) في الحالات التي يصدر فيها الحكم التقريري انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 252 - 256 مبادئ ص 59 وما بعدها. د. فتحي والي: المبسوط ج1 ص 283 وما بعدها بند 118.

(2) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "الأحكام الموضوعية الصادرة من المحاكم مقررة للحقوق..... بما في ذلك الأحكام التي توصف في كتب الفقه بأنها منشئة... ذلك أن هذه الأحكام إنما تقرر حق لهم سابقاً على رفع الدعوى فيترتب على هذا التقرير تغيير في مركز الخصوم" طعن مدني 58/1837 ق نقض 2006/2/12.

(3) طعن مدني رقم 64/7871 ق نقض 1995/10/22 مجموعة الأحكام السنة 46 ص 1021 طعن رقم 28/215 ق نقض 1963/6/6 مجموعة الأحكام السنة 14 ص 786.

(4) في هذا التقسيم والعلّة منه انظر: د. فتحي والي: المبسوط ج2 ص 369 وما بعدها بند 137. المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ج2 ص 674 وما بعدها بند 272.

صدورها وقبل الطعن عليها، كما يجوز النزول عنها أثناء نظر خصومة الطعن فيها. وكذلك الأحكام الانتهائية⁽²⁾ تكون محلاً للنزول عنها قبل الطعن عليها وأثناء نظر خصومة الطعن فيها طالما لم يتم تنفيذها، وفي الحالتين تزول المصلحة في الطعن بزوال المصلحة فيه وتقضي المحكمة بإنهاء الخصومة⁽³⁾. وأيضاً يمتد النزول الإرادي ليطبق على الأحكام الباتة طالما لم تنفذ أو يكون الحكم صادر بالطلاق أو بالتطبيق⁽⁴⁾ أو على الكل يكون الحكم قد تقادم.

وهذه الأحكام بنوعيتها، سواء بحسب تقسيمها تبعاً لآثارها القانونية أم تبعاً لقبليتها أو عدم قابليتها للطعن يطبق بشأنها النزول الإرادي عنها وفقاً للمادة 145 مرافعات. أي كانت المحكمة التي أصدرتها، سواء كانت من طبقات محاكم جهة القضاء العادي، ولو كانت أحكاماً مدنية صادرة بالتبعية⁽⁵⁾. من القضاء الجنائي.

(1) طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/1/3 مجموعة الأحكام السنة 48 ص 418 إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 المجموعة السنة 41 ص 637.

(2) طعن مدني رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6 مجموعة الأحكام السنة 46 ص 1312. إدارية عليا طعن 32/1735 ق جلسة 1990/1/13 المجموعة السنة 35 ص 774.

(3) طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1 البوابة القانونية. طعن إدارات رقم 65/6217 ق. نقض 2002/11/25. طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3. إدارية عليا طعن 40/3414 ق جلسة 1997/8/5. إدارية عليا طعن رقم 34/3205 ق جلسة 1991/2/12.

(4) انظر فيما يلي بند 67.

(5) طعن مدني عماني رقم 2016/8 جلسة 2016/11/15 مجموعة الأحكام السنة 17، 18 ص 923.

أو كانت هذه الأحكام صادرة من طبقات محاكم جهة القضاء الإداري فيما يتعلق بدعاوى التسوية⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك، يمكن القول بأنه فيما عدا الأحكام التي لا يجوز النزول عنها سواء بحسب طبيعتها تبعاً لطبيعة الحقوق التي حلت محلها هذه الأحكام، أو لكون النزول عنها يمس بالنظام العام، فإن كافة الأحكام القضائية الأخرى من غير هذه الأحكام تكون محلاً للنزول الإداري عنها⁽²⁾ أيّاً كانت طبيعتها تقريرية أو منشئة أم صادرة بإلزام، قابلة للطعن من عدمه.

(1) إدارية عليا طعن 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 المجموعة السنة 20 ص 401.

(2) وفي الفقه الإسلامي: يجوز النزول عن الحقوق المالية والحقوق غير المالية الغير متعلقة بحق من حقوق الله تعالى أو كانت حقوق مشترك بين العباد. والنزول عن الحقوق المالية الأصل فيه النذب لأن من باب العون والإحسان الذي أمر به الله سبحانه وتعالى، وذلك باتفاق الفقهاء، لأنها خالصة للعبد، يجوز له التصرف فيها كيف يشاء بالبيع والهبة والنزول. وزارة الأوقاف الكويتية الموسوعة الفقهية ج 1 ص 147.

كما يجوز النزول عن الحقوق غير المالية، وهي الحقوق غير المتعلقة بحق من حقوق الله تعالى ولا بالحقوق المشتركة للعبد مع غيره، وإنما هي الحقوق الخالصة للعبد والنزول عنها مشروع ومندوب كغيره من حالات البر والإحسان والعفو التي أمر الله سبحانه وتعالى بها، ولأنها تصرف فيما يملك الإنسان به من حقوقه دون وجود مانع شرعي من هذا التصرف، مثل التنازل عن الحق في القصاص. وتنازل الزوجة عن حقها في المبيت بعد انقضاء عقد الزواج، وتنازل الوارث عن ما يخصه في التركة.

انظر: الإمام: القرافي: الفروق ج 2 ص 18 وما بعدها. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية: إشارة السابقة.

66 - 2 - ومن تطبيقات هذه الأحكام: أ - الأحكام التي تقضي بأداء معين أو بعمل أو بالامتناع عن عمل: فالحكم الذي يقضي للمحكوم له بأداء معين⁽¹⁾ تجاه المحكوم عليه كدفع مبلغ نقدي عن قيمة الأعمال الإضافية الناشئة عن عقد المقاولة. أو الحكم بالفسخ والتسليم لعدم سداد الأقساط. أو بفسخ عقد الإيجار أو بالإخلاء والتسليم لعدم سداد الأجرة، ولم يقم المحكوم له بتنفيذ هذه الأحكام، ولم تسقط بالتقادم، وإنما نزل عنها مقابل تنازل المحكوم عليه عن قيمة الغرامات التأخيرية، أو لاعتبار ما تم سداه من أقساط حقاً مكتسباً كتعويض عن الفسخ، أو لسداد الأجرة. فنزول المحكوم له عن الحكم يسقطه ويسقط الحق الثابت به، ولما كان الساقط لا يعود، فيمتنع على المتنازل المطالبة بذات الحق مرة أخرى.

وتطبيقاً لذلك قضى⁽²⁾ بأن "موافقة المطعون ضدها على المتنازل عن قيمة الأعمال الإضافية مقابل تنازل الطاعنة عن قيمة الغرامات التأخيرية تحكمه قاعدة فقهية كلية تنص على (من سعى في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه) لذا كان من العدالة والحق أن يرد سعى المطعون ضدها دون نكث ما غزله بيدها الأمر الذي تطلب معه الطاعنة نقض الحكم المطعون فيه هذه الجزئية تحديداً".

(1) طعن مدني 17051 / 87 ق نقض 2019/3/28 البوابة القانونية لمحكمة النقض.

(2) طعن مدني عماني رقم 2017/508 جلسة 2018/4/24 مجموعة الأحكام السنة 17، 18 ص 1335.

وقضى بأنه⁽¹⁾ "لما كان ذلك على سند من أنه بموجب العقد سالف الذكر باعت الشركة المطعون ضده للطاعنة الثقة المبينة بالعقد والصحيفة، وإذا تخلفت الأخيرة عن سداد الأقساط، ومن ثم أقامت الشركة الدعوى، حكمت المحكمة بالفسخ والتسليم - ورفضت ما عدا ذلك من طلبات بحكم استأنفته الطاعنة برقم - تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف قضت المحكمة بإثبات التنازل وانتهاء الخصومة..."

وقضى بأنه⁽²⁾ "وحيث أن الواقع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى.... ضد الطاعن بطلب الحكم بالإخلاء والتسليم لتأخيره في سداد الأجرة عن الفترة من رغم تكليفه بالوفاء، ومحكمة أول درجة قضت بالطلبات. استأنف الطاعن هذا الحكم ... حضر الطرفان وقرر المطعون ضده أنه تنازل عن الحكم المستأنف لأن الطاعن سدد الأجرة. طلب الطرفان شطب الاستئناف فقررت المحكمة ذلك. ثم عجله المطعون ضده بطلب اعتبار الاستئناف كأن لم يكن فقضت المحكمة بذلك طعن الطاعن في هذا الحكم بالنقض قررت المحكمة وحيث أن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك أن المطعون ضده تنازل عن الحكم المستأنف، فأصبح ذلك الحكم غير قائم وانقضت الخصومة في الاستئناف، بما يمنع المتنازل من تجديد السير فيه، وإذا خالف الحكم

(1) طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/1211 مشار إليه سابقاً.

(2) طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3 مجموعة الأحكام السنة 48 ص 418.

المطعون فيه هذا النظر، وقبل تجديد المطعون ضده السير في الاستئناف فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه".

كما أن الحكم الذي يقضي بقيام المحكوم عليه بعمل معين لصالح المحكوم له كالحكم بفسخ عقد الإيجار والزام المستأجر بترميم ما أتلفه في العين المؤجرة، عدم تنفيذ المحكوم له للحكم وقيامه هو بالترميمات وبقاء المحكوم عليه في العين المؤجرة للانتفاع بها مقابل الأجرة يعد نزولاً من جانب المحكوم له عن الحكم. وقضى تطبيقاً لذلك⁽¹⁾ "تعود الطاعة عن تنفيذ حكم فسخ الحكر وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين مقابل الأجرة المبينة بالعقد - وقيام الطاعة بالترميمات على نفقتها - مفاده النزول عن التمسك بالحكم عدم ضرورة إبرام عقد جديد بالحكر في هذه الحالة".

وكذلك لو صدر حكم ضد أحد الأشخاص يمنع من القيام بعمل معين تجاه المحكوم لهم كمنعه من فتح النوافذ والمطبات التي أقامها بعقاره والتي تطل على الشارع الخاص بالمحكوم لهم، ولم يتم أحد المحكوم لهم بتنفيذ الحكم فيما قضى له به ونزل عنه، فإن الحكم في شأنه يسقط ويسقط الحق الثابت به، ودون أن يكون لنزوله عن الحكم أثر قانوني على غيره من المحكوم لهم وقضى تطبيقاً لذلك⁽²⁾

(1) طعن مدني رقم 37/170 ق نقض 1972/3/23 مجموعة الأحكام السنة 23 ج 1 ص 499.

(2) طعن مدني رقم 57/871 ق نقض 1989/617 مجموعة الأحكام السنة 40 ج 2 ص 540.

"النزول عن الحكم أثره النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه تعدد المحكوم لهم في موضوع غير قابل للتجزئة وتنازل أحدهم عن الحكم أثر تعلقه بالنظام العام"

وورد بالحكم أنه ولئن كان مؤدي نص المادة 145 مرافعات أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه، إلا أنه إذا تعدد المحكوم لهم في موضوع غير قابل للتجزئة، وتنازل أحدهم عن الحكم فإن أثر هذا التنازل يقتصر عليه وحده وينشئ بالنسبة له دعواً بعدم قبول الطعن المرفوع عنه، كما ينشئ دعواً بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق الثابت به، وهما من النظام العام، ودون أن يؤثر هذا التنازل على حقوق باقي المحكوم لهم، ولا يترتب عليه في حقهم انقضاء الخصومة الصادر فيها هذا الحكم".

67 - ب - الأحكام الصادرة بالطلاق أو التطليق: يجوز للمحكوم له بإرادته المنفردة أو بالاتفاق النزول عن الحكم الابتدائي منها وكذلك الانتهائي، دون الحكم البات الآن هذه الأحكام لا تعد نافذة إلا بصيرورتها باتة إما بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض، فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني استمر عدم نفاذها إلى حين الفصل في الطعن مادة 63 من القانون 2000/1⁽¹⁾. ونزول المطعون ضده عن الحكم حتى الانتهائي من هذه الأحكام يؤدي إلى انقضاء الخصومة التي صدر

(1) في تفسير النص ومبرراته انظر د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص 182 - 190. طعن رقم 494 / 68 ق - أحوال شخصية - نقض 2008/2/18.

فيها وامتناع المطالبة بالحق الثابت به، وأنه بمقتضى هذا النزول يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، ومن ثم يصبح الطعن المرفوع عنه غير مقبول.

وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁾ بأنه "وحيث أن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ... على الطاعنة بطلب الحكم بتطبيقها منه. وقال بياناً لدعواه أنه روج لها وأنهما قبطين أرثونكسيان، وأنها اعتادت إيذائه جسماً بما يعرض حياته للخطر، ومن ثم أقام الدعوى، أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن استمعت إلى شاهدي المطعون ضده حكمت بتاريخ... بالتطبيق. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ... وبتاريخ ... قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت صورة محضر صلح بين الطرفين وصدق عليها، يقر فيه المطعون ضده بعوده الطاعنة لمنزل الزوجية وتنازله عن الحكم المطعون فيه. وقدمت النيابة مذكرة أيدت فيها الرأي بعدم قبول الطعن. وبتاريخ... حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وألزمت الطاعنة بالمصروفات" وقضى بأنه⁽²⁾ "لا يقع الطلاق القضائي المعلق على صيرورة الحكم نهائياً قبل ذلك. المصالحة بين الزوجين قبل ذلك وتعاشرهما جائز وينبغي وقوع الطلاق".

(1) طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية نقض 2001/1/22 مشار إليه سابقاً.

(2) طعن شرعي عماني رقم 2013/34 جلسة 2014/6/8 مجموعة الأحكام السنة 13، 14 ص 43.

68 - ج - الأحكام القضائية الصادرة بحقوق للعامل من غير التي تقررها قوانين العمل⁽¹⁾: نزول العامل عن المطالبة بحق لم يمس حقوقاً قررتها قوانين العمل جائزاً ومرتباً لأثاره⁽²⁾. فإذا لم ينزل العامل عن مطالبته بهذا الحق وصدر فيها حكماً لصالحه جاز له أيضاً النزول عنه، وينتج نزوله عن الحكم آثاره القانونية. كما لو صد الحكم بأحقية في بدل أجازة عن مدة انقضت، كان يستحقها دون أن يحصل عليها. فهذا الحكم يقرر حقاً من الحقوق العادية للعامل لانقضاء المدة التي كان يعد فيها هذا الحق من الحقوق التي يقررها قانون العمل. وطالما أن ما يقرره الحكم أصبح من الحقوق العادية للعامل، وهذه الحقوق النزول عنها جائز، فيجوز للعامل النزول عنه بإرادته المنفردة والنزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به مادة 145 مرافعات.

(1) أما الأحكام الصادرة بحق من حقوق العامل التي تقررها قوانين العمل لا يجوز النزول عنها لتعارضه مع اعتبارات تتعلق بالنظام العام. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "يقع باطلاً كل إبراء أو مصالحه أو تنازل عن الحقوق الناشئة عن هذا القانون إذا كان مخالفاً لأحكام قانون العمل...". طعن عمالي عماني رقم 2016/665 جلسة 2017/12/31 مجموعة الأحكام الستة 17، 18 ص 1474؛ طعن عمالي عماني رقم 2016/792 جلسة 2018/1/29 المجموعة الستة السابقة ص 1528 طعن مصري رقم 76/8523 ق نقض 2011/4/5 مجموعة الأحكام الستة 62 ص 467.

(2) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 105 وما بعدها والأحكام المشاركة لديه.

وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁾ بأن الإجازة السنوية وإن كانت حقاً أوجبها القانون سنوياً للعامل لاستعادة نشاطه وقواه المادية والمعنوية تنمية للإنتاج، مما يجعل هذا الحق بسبب ذلك متعلقاً بالنظام العام لا يجوز النزول عنه. إلا أن مناط ذلك إلا تكون السنة التي تستحق فيها الأجازة قد مضت قبل حصول العامل على تلك الأجازة، فلا يجوز عندئذ النزول قبل موعد حلولها. أما إذا حل ميعاد الأجازة وانقضت السنة التي تستحق فيها دون أن يحصل العامل عليها، فقد انقطعت الصلة بين الأجازة المذكورة واعتبارات النظام العام التي يتحررها، وانقضت تبعاً لذلك على هذا الخطر بالنسبة لأجازة السنة المذكورة، وتحولت إلى مصلحة مالية يجوز النزول عنها والإبراء منها شأن كافة الحقوق العادية للعامل يجوز النزول عنها⁽²⁾.

69 - د - الأحكام الاتفاقية: على عكس الأحكام التصالحية التي لا تأخذ من الأحكام سوى الاسم⁽³⁾ الأحكام الاتفاقية، فهي أحكام تنهي الخصومة طبقاً لمجراها الطبيعي، حيث تشتمل الوقائع فيها على اتفاق تم بين الخصوم على حسم النزاع

(1) طعن مدني رقم 25/11 ق نقض 1959/4/11 مشار إليه لدى د. الأنصاري النيداني: الإشارة السابقة.

(2) وأيضاً قضى تطبيقاً لذلك "استثناءً من مبدأ عدم جواز الانتقاص من حقوق العامل المقررة بقانون العمل يجوز أن يتضمن العقد شرطاً يبتقن من تلك الحقوق ويشترط لذلك أن يكون العقد لا يقبل التجزئة بشأن ما تضمنه من شروط، وأن تكون أكثر فائدة للعامل ولمحكمة الموضوع سلطة مراقبة تحقق هذين الشرطين "طعن عماني رقم 2016/665 جلسة 2017/12/31 مشار إليه سابقاً طعن مصري رقم 76/8523 ق نقض 2011/4/5 مشار إليه سابقاً.

(3) انظر فيما سبق بند 62.

والقاضي يستأنس بهذا الحال ويصدر قراره في صورة حكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي ويخضع لنظام الطعن في الأحكام⁽¹⁾.

ومؤدى ذلك، حالة أن تنبئ مذكرات الخصوم وأقوالهم أمام المحكمة عن وجود اتفاق أو عناصر اتفاق على الحال الذي يرتضونه، دون أن يتقدموا بطلب الصلح بينهما، أو أن يصرحوا به. وما دام الأمر لا يتعلق بالنظام العام أو بحقوق لا يجوز الصلح فيها، كالدعوى بصحة ونفاذ عقد بيع عقار غير مسجل⁽²⁾ فتتظرها المحكمة وتصدر فيها حكماً يتضمن أسباباً ومنطوقاً يعلن عن الحل التي استقرت عليه

(1) في الأحكام الاتفاقية وجودها ومبررها انظر: د. إبراهيم نجيب سعد: ج 2 ص 145 بند 352. د. عيد القصاص: المرجع السابق ص 57.

- Garsonnet et cezar – BRN: traite thearique et civile et commercaille
3^eed.T.3. sirey. 1913. p. 291. N.628. GLASSON (E) Tissier (A) et
MOREL (R.) Traite thearique et pratique d'angarisatim judiciaire de
competence et de procedure civile. T.3. 1929. P.220 N.736.
BENABENT (A.): jugement. ENCYC. Dalloz. Pr. Civ. 1979 N. 27. solus
et PERROT: op. cit. p. 452. N. 490

(2) وهي دعوى شخصية عقارية وشخصية لأن المدعي يستند فيها إلى حقه الشخص المتولد عن عقد البيع غير المسجل، لأنه لم يصبح بعد صاحب حق عيني. وعقارية لأن الغرض منها الوصول إلى كسب حق عقاري، انظر د. نبيل سعد: العقود المسماة عقد البيع 2010 دار الجامعة الجديدة 5 ص 273.

وفي تطبيق ذلك قضى بأنه وفقاً للمقرر في قضاء النقض أن المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام العقد في نقل الملكية نقض 12110 / 1981 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 2256.

عقيدتها، وهو يتفق مع الحل الذي ارتضته إرادة الخصوم على نحو ما تكشف عنه مذكراتهم المتبادلة⁽¹⁾. فالأحكام الاتفاقية هي الأحكام التي تكشف مراجعة أسبابها أن القاضي وإن انتهى إلى اعتماد حل يتفق مع إرادة الخصوم، فإنه لم يركن إلى هذا الاتفاق، وإنما نظر الدعوى وكون فيها رأياً وعقيدة خاصة أعلن عنها بصفة رسمية في الحكم الصادر فيه، فأرادة القاضي مستغرقة لإرادة الخصوم، ولذا يعد الحكم فيه عمل من أعمال القضاء التأكيدي يرتب عليه آثاره.

وحيث أن الأحكام الاتفاقية، أحكام فأصله في الموضوع، وتحوز الحجية، وتخضع لنظام الطعن في الأحكام، فيتوافر بمقتضاها على عكس الأحكام التصالحية المحل الذي يرد عليه النزول الإرادي عنها كتصرف قانوني يستلزم وجود محل يرد عليه، وحيث وجد المحل الذي يرد عليه النزول، فهو تصرف جائز بشأن الأحكام الاتفاقية. فالحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد بيع عقار لصالح المشتري⁽²⁾ يمكنه

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا محل لأن يجري القاضي الخصوم في هذا السبيل السوري، فإذا علم القاضي بتمام الصلح بين الطرفين وجب عليه التصديق بما له من سلطة ولائية، ويجب ألا يصدر حكماً متفقاً عليه بين الخصوم" استئناف مختلط 4 فبراير 1903 مجلة التشريع والقضاء 15 ص 131.

وقررت نفس المحكمة "أنه من حق الخصم أن يحصل على حكم إذا كانت له مصلحة مشروعة في ذلك ولو كان هذا الحكم يقرر طلبات متفق عليها بين الخصوم" 14 نوفمبر 1934 مجلة التشريع والقضاء 47 - ص 23 مشار إليهما لدى. د. إبراهيم نحيب سعد: الإشارة السابقة.

(2) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "دعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه، والحكم الذي يصدر فيها هو الذي يكون مقررراً لكافة ما اتفق

بدلاً من تنفيذ النزول عنه متى اتجهت إرادته إلى ذلك، ونزوله عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به تطبيقاً للمادة 145 مرافعات. مما يمنع عليه من معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية لأنه أصبح غير ذي موضوع.

70 - هـ - أحكام القضاء الإداري الصادرة في دعاوى التسوية: وهي الدعاوى التي يقوم النزاع فيها على أن رافع الدعوى يسند إلى المدعي عليه عملاً أو أعمال تحس مركزاً قانونياً خاصاً بالمدعي، وتتضمن اعتداء على حق خاص له أو تهديداً بالاعتداء على هذا الحق. ويكون هدف المدعي من دعواه حماية المراكز القانونية الخاصة التي تمنح شاغلها حقوقاً شخصية يستمدها مباشرة من القانون⁽¹⁾.

والأحكام الصادرة⁽²⁾ في هذه الدعاوى بوصفها من قضاء الحقوق لها حجية نسبية قاصرة على أطراف الدعوى دون غيرهم. خاصة وأن الحكم في دعاوى التسوية يتضمن بطبيعته إلزام أحد طرفي الدعوى بمبلغ معين طبقاً لما ينتهي إليه من تسوية للحالة المطروحة في الدعوى.

عليه الرضا بين المتعاقدين" نقض 1980/12/9 مجموعة الأحكام السنة 31 ص 2010. نقض 1981/12/20 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 2341.

(1) إدارية عليا طعن 7/874 ق جلسة 1964/5/24 المجموعة السنة 9 ص 1054

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي، ماجد الحلو: المرجع السابق ص 366 والحكم المشار لديهما. محكمة القضاء الإداري في 1953/6/25 قضية 1015 لسنة 6 ق المجموعة السنة 7 ص 1803.

ولما كانت هذه الأحكام تقرر الحقوق الشخصية لأصحاب الشأن وتبت في مراكزهم القانونية فمن المستقر⁽¹⁾ أنه يجوز لهم أن يعدلوا عن مطالبة الإدارة والزامها بتنفيذ هذه الأحكام وأن يقرروا النزول عنها، وهو ما اعتمده القانون وفقاً للمادة 145 مرافعات واستقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا والتي قضت بأنه⁽²⁾ "إذا كانت الدعوى المتنازل عن الحكم الصادر فيها من دعاوى التسويات، فمن ثم وأياً كان الرأي القانوني في أحقية المدعي - فإن مثل هذا التنازل جائز قانوناً - ذلك أن الوضع الذي يحظره القانون ويمكن العدول عنه في أي حالة كانت عليها الدعوى، هو ذلك التنازل الذي يتعلق بدعوى الإلغاء لتعلق الأمر فيها بالنظام العام، الذي على أساسه تبنى الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية. كما وأنه يبدو من أقوال المدعي نفسه أن الجهة الإدارية أخذت في اعتبارها هذا التنازل وعاملته على أساسه، فلا يجوز له بعد ذلك التنصل منه على أي وجه من الوجوه ما دام قد صدر صحيحاً حسبما سلف البيان". وبناء عليه تزول الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وتكون مهمة المحكمة قاصرة على إثبات ذلك، دون التصدي للفصل في موضوع النزاع أصبح غير ذي موضوع.

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، ماجد الحلو: المرجع السابق ص 369.

(2) إدارية عليا طعن رقم 40/34/4 ق جلسة 1997/8/5 المجموعة السنة 42 ص 1429. إدارية عليا طعن رقم 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 المجموعة السنة 41 ص 937. إدارية عليا طعن رقم 34/3205 ق جلسة 1991/2/12 المجموعة السنة 36 ص 692. إدارية عليا طعن رقم 32/353 ق جلسة 1990/1/13 المجموعة السنة 35 ص 774. إدارية عليا طعن رقم 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 المجموعة السنة 20 ص 401. إدارية عليا طعن رقم 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 المجموعة السنة 13 ص 27.

وينزول المحكوم له عن الحكم بتسوية حالته طبقاً للقوانين واللوائح يزول الحكم، وتزول معه آثاره ومنها الحجية⁽¹⁾. كما يستتبع زوال الحكم بالنزول عنه زوال الحق الثابت به. ورغم زوال الحجية كأثر للحكم إلا أنه يتمتع على المحكوم له معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية ولو بدعوى جديدة، لكون هذا الحق أصبح غير ذي موضوع، يقتصر دور المحكمة على إثبات التنازل وإنهاء الخصومة.

71 - و - الأحكام المدنية الصادرة من القضاء الجنائي: متى رفعت الدعوى المدنية أمام هذا القضاء تبعاً للدعوى الجنائية التزمت المحكمة الجنائية بالفصل في الدعويين معاً بحكم واحد، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 1/209 إجراءات جنائية. وتخضع الدعوى المدنية في سيرها أمام هذا القضاء لقانون الإجراءات الجنائية وليس لقانون المرافعات مادة 266 إجراءات جنائية. ودون أن يمتد هذا الخضوع إلى القواعد التي تحكم موضوع هذه الدعوى سواء فيما يتعلق بفكرة الضرر أو التعويض، ففي هذه الحالة يتعين الرجوع للقانون المدني تطبيقاً للمادة 259 من القانون السابق.

وعلى الرغم من اعتماد هذه التبعية، ونظر القضاء الجنائي للدعوى المدنية وفقاً للإجراءات المتبعة أمامه. إلا أن هذه التبعية لا تفقد بحال استقلالية الدعوى المدنية

(1) في النزول عن الحكم يزول معه ما للحكم من حجية، وبالرغم من زوال الحجية إلا أنه يمنع المتنازل من أن يثير المنازعة من جديد انظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي، ماجد الطو: الإشارة السابقة.

عند نظر موضوعها والحكم فيها، وما يربته هذا الحكم من آثار، ومن مظاهر هذا الاستقلال⁽¹⁾:

أولاً: "إذا سقطت الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة، فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها" مادة 2/259 إجراءات⁽²⁾. ثانياً: قابلية الحكم الصادر في الدعوى المدنية وحده للطعن بالاستئناف أو بالنقض، وعندئذ يكون المطروح أمام محكمة الطعن الحكم المدني دون الجنائي لعدم قابلية الأخير للطعن وحيازته لقوة الأمر المقضي به⁽³⁾. ثالثاً: الحكم بالتعويض رغم الحكم بالبراءة عند توافر مانع من موانع العقاب وفقاً للمادتين 107 مكرراً، 205 عقوبات، ومن ثم فلا أثر للحكم بالبراءة على الحكم بالتعويض⁽⁴⁾. رابعاً: الدعوى

(1) في الدعوى المدنية التبعية واستقلاليتها عن الدعوى الجنائية انظر: د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص 411 وما يليها خاصة ص 499 وما بعدها والمراجع والأحكام المشار له.
(2) ومقتضى ذلك أن تكون الدعوى المدنية قد رفعت على وجه سليم أمام المحكمة الجنائية، ثم تنقضي بعد ذلك الدعوى الجنائية لسبب طارئ بعد رفعها من الأسباب الخاصة بها كوفاة المتهم أو العفو الشامل عنه أو مضي المدة، وفي هذه الأحوال تنقضي الدعوى الجنائية وتلتزم المحكمة بالفصل في الدعوى المدنية. انظر: د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص 500 لند 330 والأحكام المشار له لديه نقض 16 مارس 2004. الطعن رقم 65/20123 ق. نقض 6 نوفمبر 2004 الطعن رقم 65/8437 ق.

(3) د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص 501 بند 330 والأحكام المشار له.

(4) د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص 503، 504 بند 332. طعن مدني 32/102 ق نقض 1966/3/10 مجموعة الأحكام السنة 17 ص 558. طعن مدني رقم 23/60 ق نقض 1957/10/24 مجموعة الأحكام السنة 8 ص 733.

المدنية عند نظر القضاء الجنائي لموضوعها تخضع لقواعد القانون المدني مادة 259 إجراءات جنائية، فنظرها من قبل هذا القضاء لا يخرجها عن طبيعتها المدنية والحكم الصادر فيها يعد حكماً مدنياً، ويختص بتنفيذه قاضي التنفيذ، ويخضع في تقادمه⁽¹⁾ لقواعد القانون المدني مادة 385.

كما تمت استقلالية الأحكام المدنية الصادرة عن القضاء الجنائي ليطبق بصددها ما اعتمده المشرع بشأن جواز النزول عنها وفقاً للمادة 145 مرافعات. فعلى الرغم من عدم جواز النزول عن الأحكام الجنائية⁽²⁾ إلا أن الدعوى المدنية وما يصدر فيها من حكم لاستقلاليتها، وما يتضمنه الحكم من حق خاص للمحكوم له يجوز النزول عنه ولا أثر قانوني من النزول على الحكم الجنائي.

ويجوز النزول عن الشق المدني دون الجنائي حالة لو كان الصادر في الدعويين المدنية والجنائية حكم واحد، فينزل المحكوم له عن الشق المدني وفي مواجهة جميع المحكوم عليهم أو في مواجهة البعض دون البعض⁽³⁾. كما يجوز للمحكوم له النزول عن الحكم المدني ولو كان وحده الصادر من القضاء الجنائي لسقوط

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 78 وما بعدها خاصة ص 83 بند 66 والحكم المشار لديه.

Cass.com.25.ma7s2014.R.T.D.civ.2014.p.442abs.perroT.

(2) انظر فيما سبق بند 61.

(3) طعن 80/2431 ق هيئة عامة 2012/5/28 البوابة القانونية لمحكمة النقض.

الدعوى الجنائية، أو حكم فيها بالبراءة وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁾ بأن المدعية تنازلت عن التعويض أمام القضاء الجنائي مكتفية بالمطالبة بمعاقبة المتهم وفقاً للقانون.

فالأحكام المدنية الصادرة عن القضاء الجنائي يجوز النزول عنها تطبيقاً للمادة 145 مرافعات لتعلق الحق الثابت بهذه الأحكام بالمصلحة لمن صدرت لصالحه، فتبعاً لجواز النزول عن هذا الحق يجوز النزول عن الحكم الصادر فيه، وبالنزول عن الحكم يسقط وتسقط آثاره والحق الثابت به، ليصبح هذا الحق بإسقاطه غير ذي موضوع، مما يمنع معاودة المطالبة به مرة ثانية وإلا تولد دعواً بعدم القبول، تقضي به المحكمة ولو لم يدفع به أحد الخصوم من تلقاء نفسها.

ثانياً: الأحكام التحكيمية:

72 - تمهيد:

الحكم التحكيمي: يعتبر عملاً قضائياً وفقاً لمكونات العمل القضائي، فيتكون من عناصر ثلاث الادعاء، التقرير والقرار، وإذ ينتهي المحكم إلى تطبيق القانون فإنه ينقل الالتزام الوارد فيه إلى حكمه، وبالتالي يزول العارض الذي عاق السير التلقائي للقانون.

(1) طعن مدني عماني 2014/912 جلسة 2014/12/29 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 15، 16 ص 263.

ونتيجة ذلك، يولد الحكم التحكيمي ذات الآثار التي يولدها الحكم القضائي⁽¹⁾ فالمحكم يستنفذ ولايته في كل مرة يصدر فيها حكم قطعي سواء صدر في الموضوع، أو في مسألة فرعية غير موضوعية. كما أن حكم المحكم الصادر في أصل الحق يحوز حجية الأمر المقضي به، أو لصفة قوة الأمر المقضي به، ذلك بمجرد صدوره، ودون حاجة إلى أي إجراء، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب معظم التشريعات المقارنة مادة 55 تحكيم مصري، 1474 مرافعات فرنسي، وكذلك الاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم، بل الأكثر من ذلك فإن الحكم التحكيمي

(1) بما فيه قوته التنفيذية، غاية ما هناك أن الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي هو مجرد شرط واقف للتنفيذ الجبري لحكم المحكم. بمعنى أنه لا يجوز التنفيذ قبل الحصول على إذن في صورة أمر بالتنفيذ يؤدي إلى إطلاق القوة التنفيذية الموجودة من قبل ضمن عناصر الحكم من عقالتها لتؤدي آثارها، فهو يفتح الباب أمام نشاط هذه القوة ولا يخلقها أو يضيعها. وهذه هي طبيعة الأمر الولائي، فهو لا يكسب حقاً ولا يهدره. في تفاصيل ذلك انظر: د. نبيل عمر: تحديد لحظة ثبوت القوة التنفيذية لحكم التحكيم. مجلة الدراسات القانونية كلية الحقوق جامعة بيروت العدد السادس يناير 2001 خاصة ص 115 وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 25 وما بعدها بند 13.

– Boulbes (R.) sentence arbitral de la chaise jugéet ardonnauce de exequctur.j.c.p. 1961 – 1660 MEYERC (P.) drait de L'arbitrage bruylanl. Brauxelles 2002. p. 221

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن 44/521 ق نقض 1978/2/15 مجموعة الأحكام السنة 29 ج1 ص 472. طعن 23/93 ق 1957/3/14.

في القانون يصدر باتاً منذ ميلاده، لأنه لا يقبل الطعن⁽¹⁾ فيه بأي طريق مادة 1/52 تحكيم.

73 - النزول عن الحكم التحكيمي يستتبع النزول عن الحق الثابت به: على الرغم من أن الحكم التحكيمي التأكيدي يحسم النزاع حول أصل الحق على نحو يمنع من معاودة نظره مرة ثانية⁽²⁾. إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه يرى⁽³⁾ بأن النزول عن الحكم التحكيمي لا يستتبع النزول عن الحق الثابت به، معللاً على صحة مسعاه

(1) طعن عماني رقم 2018/137 جلسة 2018/1/30 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1219.

(2) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "متى كان الثابت أن طرفي الخصومة قد لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشئاً بينهما من منازعات متعددة بشأن زراعة الأطنان المملوكة لهما، وكان حكم المحكمين قد فصل بصفة نهائية في هذه المنازعات، وقضى لأحدهما بأحقية في استلام أطنان معينة بما عليها من الزراعة، وكانت الزراعة قائمة في تلك الأرض فعلاً وقت صدور حكم المحكمين، فإن أحقية المحكوم له للزراعة المذكور تكون أمر مقضياً له به بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر، وتكون دعوى هذا الأخير بطلب أحقيته لهذه الزراعة مردود بما للحكم من قوة الأمر المقضي به ومن حجية قبله، ولا يقدر في ذلك أيضاً ألا يكون الحكم قد تنفذ بالاستلام، فإن عدم تنفيذ الأحكام لا يخل بما لها من حجية لم تنقضي بأي سبب من الأسباب التي تنقضي بها قانوناً طعن رقم 23/93 ق نقض 1957/3/14.

(3) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق 2007 منشأة المعارف الطبعة الأولى ص 460 وما بعدها بند 264 د. أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية 2015 دار الجامعة الجديدة ص 119 بند 29. قانون المرافعات ص 488 بند 244. المؤلف: الوجيز في التحكيم العماني ص 188. د. أحمد السيد صاوي: التحكيم 2002 دار النهضة العربية ص 408 بند 289 د. محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي 2014 دار النهضة العربية ص 258 بند 154.

بعدم وجود نص في قانون التحكيم يقابل المادة 145 مرافعات والتي تنص على "أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به". كما أن هيئات التحكيم هيئات خاصة وليست من مرفق القضاء التي تنظمه الدولة، فيمكن للأطراف اللجوء إليها أكثر من مرة في ذات النزاع، ودون أن يمثل ذلك تكرراً لشغل مرفق القضاء، ويساهم في كل ذلك أن حجية الحكم التحكيمي لا تتعلق بالنظام العام.

ومؤدى هذا الاتجاه أن من صدر لصالحه حكم تحكيمي له أن ينزل عنه، ودون أن يترتب على نزوله نية النزول عن الحق الثابت به. وبالتالي يمكنه - بعد هذا النزول - أن يطالب به أمام محكمة الدولة أو يتفق مع خصمه على التحكيم بشأنه، وهنا لا يستطيع المحكم أن يقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه.

وفي تصورنا أن هذا الاتجاه انطلق من ذات النقطة التي تصورها الفقه بشأن المادة 312 من قانون المرافعات الملغي 1949/77 والتي تقابل المادة 145 من قانون المرافعات الحالي، وتصوره حينذاك، هو عدم تعلق حجية الحكم القضائي بالنظام العام في ظل القانون الملغي، الأمر الذي لم يكن يوجد مانع يحول بين الخصم ومعاودته للمطالبة بذات الحق بعد النزول عن الحكم. كما أن المحكمة لا يمكنها أن تقضي من تلقاء نفسها بسابقة الفصل في النزاع.

وقد انتهينا في موضع سابق أن الحجية ليست هي المانع من معاودة المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم بعد النزول عن الأخير، لأن الحجية كأثر إجرائي للحكم

تزول بزوال الحكم عند النزول عنه⁽¹⁾ وتطبيقاً لذلك قضى⁽²⁾ " ... أن أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء، تحوز حجية الشيء المحكوم فيه بمجرد صدورها، وتبقى الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولم يقضي ببطلانه وهو ما أكدته المادة 55 تحكيم ...".

ولو على فرض أن الحجية هي المانع - وهو غير صحيح - فحجية الحكم التحكيمي تتعلق بالنظام العام⁽³⁾ شأن الحكم القضائي لوحدة الحجية⁽⁴⁾ في

(1) انظر فيما سبق بند 32.

(2) طعن تجاري 89/7348 ق نقض 2019/12/24. طعن 73/76 ق نقض 2007/3/13 مجموعة الأحكام السنة 58 ص 261. طعن 61/1004 ق نقض 1997/12/27 مجموعة الأحكام السنة 48 ج 2 ص 1547. طعن 59/2660 ق نقض 1996/3/27. طعن 57/2994 ق نقض 1990/11/16 مجموعة الأحكام السنة 41 ص 234. طعن 23/93 ق نقض 1957/3/14.

Lyon 25 janv. 1994. R. arb. 1994. 527.

(3) د. فتحي والي: الإشارة السابقة. المؤلف: المرجع السابق ص 187. د. عيد القصاص: حكم التحكيم: دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن 2007 دار النهضة العربية ص 177 وما بعدها بند 58. د. سمير شعبان صالح: حجية الأمر المقضي لأحكام المحكمين: رسالة القاهرة 2016 ص 88 وما بعدها. د. عماد قيماناسي: سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام رسالة القاهرة 2005 ص 465 بند 544.

قارن: اتجاه آخر في الفقه والقضاء يرى بعدم تعلق حجية الحكم التحكيمي بالنظام العام. في عرض هذا الاتجاه وحججه والرد عليه انظر: د. سمير شعبان صالح: المرجع السابق ص 83 - 87.

(4) والتي تعد الصفة الغير قابلة للمنازعة الثابتة بواسطة القانون لمضمون الحكم. انظر: د. أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير. دار النهضة العربية ص 123 بند 176.

أساسها⁽¹⁾ وأثرها⁽²⁾. فمن غير المتصور أن تقوم الحجية بدور وهي بصدد الحكم القضائي يختلف عن الدور التي تقوم به بصدد الحكم التحكيمي. والقول بخلاف ذلك يؤدي⁽³⁾ إلى مصادرة الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم، ويجرده من الحكمة والبواعث التي أوجبت ضرورة تقريره، أهمها السرعة في حسمه للمنازعات، مما يجعل غير مسلم به القول بأن تكرار ذات النزاع الذي سبق حسمه بالحكم التحكيمي لا يتمثل تكراراً لشغل مرفق القضاء.

أما عن غياب النص التشريعي - في قانون التحكيم - المقابل لنص المادة 145 مرافعات لا يقف - في تصورنا - عائق يحول دون أن يستتبع الحق الثابت بالحكم التحكيمي هو الأخير عند النزول عنه، لأن النزول كتصرف قانوني يعد إسقاط للحكم والحق الثابت به يستوي كونه حكم قضائي أم تحكيمي. ولو لم يوجد نص - ولو على فرض أن قانون المرافعات لا يعد الشريعة العامة لقانون التحكيم لأنها مسألة لم يحتدم الخلاف بشأنها بعد⁽⁴⁾ رغم حسم القضاء لها في أكثر من حكم⁽¹⁾ -

(1) في أساس الحجية ومبناها وكونها أثر لمضمون العمل التأكيدي وليس لشكله انظر: د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص 341 وما يليها بند 196 وما يليه.

(2) في الأثر المترتب على حجية الحكم التحكيمي انظر: د. سمير شعبان صالح: المرجع السابق ص 60 وما بعدها والمراجع والأحكام المشار له.

(3) د. سمير شعبان صالح: المرجع السابق ص 92 وما بعدها د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.

(4) في هذا الخلاف انظر: د. فتحي والي: كتابات في القضاء المدني والتحكيم 2015 دار النهضة العربية ص 807 - 824.

فالمشكلة لم تعد في مجرد وجود النص من عدمه، وإنما في مدى موثمة النص
لحاجة المجتمع التي تعلقو على اعتبارات النظام العام⁽²⁾. هذه الحاجة تكمن في
الاستقرار ولو لم يوجد نص واستتباع الحق الثابت بالحكم التحكيمي لهذا الحكم عند
النزول عنه من أهم الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق الاستقرار لكون النزول عن
الحكم يعد سبباً لانقضاء الحق الثابت به. والقول بخلاف ذلك يصطدم بالقواعد
المعتمدة للأساس الفني للنزول عن الحكم، ورغم أن بعض التشريعات⁽³⁾ لم تعتمد
- النزول - بنصوص صريحة إلا أن العمل القضائي بها مستقر على العمل به
وبهذه القواعد.

(1) نقض 2010/5/11 في الطعن 78/10132 ق من استئناف القاهرة الدائرة 7 تجاري
بتاريخ 2011/3/9 في الدعوى رقم 123/70 ق مجلة التحكيم العالمية العدد 2012/4/14 ص
389 مشار إليهما لدى د. فتحي والي: الإشارة السابقة. طعن 68/338 ق نقض 2006/5/22
وفيه "بأن خلو تشريع خاص من تنظيم أمر معين لا يرجع في ذلك إلى تشريع خاص آخر، وإنما
يكون المرجع للقانون الإجرائي الأساسي وهو قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(2) في هذا المعنى انظر: د. فتحي والي: المرجع السابق ص 228 وما بعدها، ص 272 وما
بعدها. المؤلف: فكرة التصدي امام محكمة الاستئناف 2019 دار الجامعة الجديدة ص 11 وما
بعدها.

(3) انظر فيما سبق بند 7.

74 - وترتيباً على ذلك، نرى مع اتجاه آخر في الفقه⁽¹⁾ إلى أن النزول عن الحكم التحكيمي يستتبع النزول عن الحق الثابت به، وعلى نحو يمنع المطالبة بذات الحق مرة ثانية سواء أمام محكمة الدولة⁽²⁾ أو هيئة التحكيم⁽³⁾ ولكن تأييدنا لهذا الاتجاه ليس على أساس أن المانع من معاودة المطالبة بذات الحق الثابت بالحكم التحكيمي المتنازل عنه هو الحجية، لأن الأخيرة كأثر إجرائي للحكم تزول لزواله عند النزول عنه ولكن لتخلف المصلحة في طلب الحماية القضائية أو التحكيمية عند معاودة المطالبة بذات الحق بعد النزول عن الحكم الثابت له، والذي يعد هذا الحكم بالنزول عنه غير قائم لزواله وزوال آثاره والحق الثابت به، والذي يصبح غير ذي موضوع⁽⁴⁾.

فالنزول عن الحكم التحكيمي يستتبع النزول عن الحق الثابت به وهو ما صادف اعتماداً ثانياً من جانب القضاء وقضى تطبيقاً لذلك⁽⁵⁾ بأنه "..... ولما كانت الطاعنة على الرغم من صدور حكم هيئة التحكيم الأمريكية في ذات النزاع بينها وبين المطعون ضدها الأولى بتاريخ 1997/5/7 لم تتقدم به وبترجمة رسمية له

(1) في هذا الاتجاه والحجج التي ساقها انظر: د. عيد القصاص: المرجع السابق ص 183 وما بعدها. د. سمير شعبان صالح. المرجع السابق ص 92 وما بعدها والمراجع والأحكام المشار إليه.

(2) طعن رقم 23/93 ق نقض 1957/3/14.

(3) طعن 74/1626 ق نقض 2006/4/20.

(4) انظر فيما سبق بند 32.

(5) طعن تجاري 73/76 ق نقض 2007/3/13 مشار إليه سابقاً.

للتمسك بأثره في منع محكمة الاستئناف من الاستمرار في النظر في الدعوى أمامها إلا بجلسة 2002/10/27 على نحو ما ينبئ بتنازلها عن الحق الثابت به بما يمنع معه إعمال أثره على المركز القانوني الذي تحقق للمطعون ضدها الأول بقضاء محكمة النقض الصادر في الطعن 67/405 ق - على النحو السالف البيان - والذي ساهمت الطاعنة فيه إذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة، فإنه لا يعيبه خطأه في أسبابه القانونية بالاستناد إلى المادة 2/58 تحكيم مصري، إذا لمحكمة النقض أن تنشئ أسباباً جديدة تقوم بها هذا القضاء دون أن تنقضه".

ثالثاً: الأعمال القضائية التي لا تعتبر أحكاماً "أوامر الأداء"

75 - أوامر الأداء أعمال قضائية تفصل في أصل الحق: تعد هذه الأوامر أعمال قضائية ذات شكل استثنائي تتوافر فيها كافة العناصر الموضوعية لهذه الأعمال بشأن بعض الحقوق، ورغم ما بينها وبين الأوامر على العرائض من ثمة تشابه وفقاً للمواد 194 - 200 مرافعات، إلا أنها من حيث الوظيفة تتجه إلى تكوين عمل قضائي، فيطبق بشأنها القواعد العامة للعمل القضائي⁽¹⁾.

(1) في تطبيق هذه القواعد وحدود هذا التطبيق انظر: د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 658 وما بعدها مبادئ القضاء ص 847. د. عبد الباسط جميسي: الاستئناف المباشر لأوامر الأداء مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليو 1961 العدد الثالث ص 378 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول: الأوامر على العرائض وأوامر الأداء في ضوء التعديلات المستحدثة بالقانون 23 لسنة 1992 مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير 1994 العدد الأول السنة 36

ومن هذه القواعد حجية الأمر المقضي به، والتي تعد أثر للمضمون التأكيدي للعمل القضائي. ونتيجة ذلك، تثبت الحجية للعمل القضائي متى توافر فيه هذا المضمون أياً كان الشكل الذي يعتمده المشرع لكي يصدر فيه هذا العمل حكماً أوامراً⁽¹⁾ ولا يقدح في هذه النتيجة أو يؤثر فيها اصطلاح الأحكام الذي استخدمه المشرع بالمادة 101 إثبات، فلا يعني الاعتماد على الشكل كأساس للحجية، غاية الأمر مجرد إشارة إلى الوضع الغالب من ارتباط الشكل بأعمال القضاء التأكيدي الذي يفصل في الحقوق والمراكز الموضوعية، فإذا لم يتحقق الوضع الغالب، وصدر العمل ذو المضمون التأكيدي في شكل الأمر، فإن هذا لا يعني تجرده من الحجية لأن

ص 75 بند 13. د. فتحي والي: المبسوط ج2 ص 373 بند 265. د. أحمد هندي: التعليق على قانون المرافعات ج3 ص 638. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص 994 وما بعدها بند 568. د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضي المدني المحاماة العددان 625 السنة 61 مايو، يونيه 1981 ص 78 وما بعدها بند 81 وما بعده.

(1) ومرجع الاختلاف في الشكل بين الحكم والأمر ليس طبيعة محتوى ما يتضمنه كلاهما، فكليةما يتضمن قضاءً قطعياً ملزماً، وإنما يرجع لاختلاف إلى طبيعة الخصومة التي يصدران فيها. فبينما يصدر الحكم في خصومة رفعت بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، فإن الأمر يصدر في خصومة رفعت بإجراءات مخصوصة استثناءً من القواعد العامة في رفع الدعاوى مادة 1/201 مرافعات. ومن ثم فإنه لا يشترط والحال كذلك لإنزال الأمر منزلة الأحكام أن يراعى فيه عند إصداره ما يراعى في الأحكام من حيث البيانات التي يجب أن يشتمل عليها أو إجراءات إصداره. انظر: د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق ص 996 وما بعدها بند 568.

الأساس فيها وفقاً لأحكام النصوص ذاتها يكمن في المضمون التأكيدى أو الموضوعى للعمل⁽¹⁾.

ويجد هذا التأسيس فيما ذهب إليه الفقه⁽²⁾ واعتمده القضاء في الأحكام الصادر في مواد أوامر الأداء، حيث تتمتع هذه الأوامر بالحجية. وقضى بأن⁽³⁾ "أوامر الأداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرافع الدعاوى وتشتبه بطريقة استصدار الأوامر على العرائض، إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية لا الولائية ولها ما للأحكام من قوة".

(1) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص 342 وما بعدها بند 169 والمراجع والأحكام المشاركة لديه.

(2) د. وجدي راغب: الإشارات السابقة. د. أمينة النمر: أوامر الأداء في القانون المصري والقوانين العربية والأجنبية 1975 الطبعة الثانية ص 55 بند 12، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. فتحي والي: الإشارة السابقة. المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية مجلد 2 ص 750 بند 296.

(3) طعن مدني 52/888 ق نقض 1983/11/10 مجموعة الأحكام السنة 34 ص 1574. طعن مدني 61/4746 ق نقض 1992/6/7 مجموعة الأحكام السنة 43 ص 802 القاهرة الابتدائية جلسة 1964/10/12 القضية 35 مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة 10 العدد 3 ص 242.

76 - النزول عن أمر الأداء يستتبع النزول عن الحق الثابت به: هذا الأمر يعد بمثابة حكم بالإلزام⁽¹⁾ لأنه فصل في مطالبة قضائية بحق ترتب عليها كافة آثار هذه المطالبة⁽²⁾ إذا لم يسقط هذا الأمر لعدم إعلانه ما لم ينزل عن السقوط من تقرر لمصلحته صراحة أو ضمناً⁽³⁾ ولم ينفذ هذا الأمر بناء على طلب ممن صدر لصالحه⁽⁴⁾ وإنما اتجهت إرادته بالنزول عنه، فنزوله عنه يستتبع النزول عن الحق الثابت به.

ويبرر ذلك ويؤكد خضوع أوامر الأداء للقواعد العامة للعمل القضائي. ويترتب على هذا الخضوع أن أي نقص في التشريع المنظم لهذه الأوامر يجب الرجوع فيها لتلك القواعد، ولما كانت هذه الأوامر تعد فاصلة في أصل الحق، ويتحقق بمقتضاها الاستقرار القانوني، فالنزول عنها يعد سبباً لانقضاء هذا الحق. والنتيجة

(1) د. رمزي سيف: الوسيط ص 744 بند 570. د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق ص 994 وما بعدها بند 568. عبد الحميد الوشاحي: أوامر الأداء. القاهرة 1958 ص 6 بند 3. نقض مدني 1964/617 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 1963.

(2) د. وجدي راغب: مبادئ ص 851. د. فتحي والي: المبسوط ج2 ص 759 بند 256.

(3) نقض 1983/11/10 طعن 52/888 من السنة 34 ص 1574 رقم 308. نقض 1983/11/15 طعن 50/2111 ق. نقض 1977/5/16 السنة 28 ص 1220. د. أحمد هندي التعليق على قانون المرافعات ج3 ص 671 مادة 205.

(4) في القوة التنفيذية لأوامر الأداء انظر: د. أحمد هندي: التنفيذ الجبري 2016 دار الجامعة الجديدة ص 117 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها دار النهضة العربية ط2 ص 78 وما بعدها بند 55 وما بعده.

الحتمية التي تترتب على ذلك هو خضوع أوامر الأداء في تنظيمها الإجرائي للنزول عنها للمادة 145 مرافعات.

ولا يقدر في هذه النتيجة أو يؤثر فيها، اصطلاح الحكم الذي استخدمه المشرع في المادة السابقة للإشارة للعمل الذي يجوز النزول عنه. فلا تعني هذه الإشارة تعول المشرع على شكل العمل القضائي كمحل للنزول عنه وإنما بمضمونه وفصله في أصل الحق، ليعد سبباً لانقضائه، إذا ما تم النزول عنه. فالنزول عن أمر الأداء يستتبع النزول عن الحق الثابت به، ومنع معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، لأنه أصبح غير ذي موضوع، ليتخلف أحد الشروط الموضوعية لإصدار الأمر ويقضي القاضي⁽¹⁾ بعدم قبول الطلب دون تحديد جلسة لنظر الدعوى.

(1) د. وجدي راغب: المرجع السابق ص 853 والمرجع المشاره لديه.

المطلب الثاني

تمييز النزول عن الحكم عما قد يختلط به

77 - تمهيد:

ميز الفقه بين النزول عن الحكم وبين كل من النزول عن الإجراء⁽¹⁾ وعن الحق الإجمالي⁽²⁾ وعن الحق في الدعوى⁽³⁾ وعن ترك الخصومة⁽⁴⁾ وعن الصلح القضائي⁽⁵⁾ وعن قبول الحكم والرضا به⁽⁶⁾ وعن العدول عن تنفيذه⁽⁷⁾ وعن الحق في الطعن⁽⁸⁾ وعن تقادمه⁽¹⁾. وفي هذا الصدد نميز بين النزول عن الحكم وبين كل من

(1) انظر: د. ياسر باسم السباعوي، محمد رياض فيصل: التنازل عن الإجراء أو ورقة في الدعوى المدنية. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - العراق ص 367 وما بعدها.
الرابط: [iasj<wwwiasj.Net FRiCERo:DesisTement.Prec.N5](http://www.iasj.net/FRICERO:DesisTement.Prec.N5)

(2) انظر: د. رجب محمد مرعي: المرجع السابق ص 160 وما بعدها. د. محمد السيد رفاعي: التنازل عن الحق الإجمالي مشار إليه سابقاً.

(3) د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى ص 36 وما بعدها.

(4) د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 367 بند 135 طعن مدني 65/1871 ق نقض 1996/6/16.

(5) د. الأنصاري النيداني: الصلح القضائي ص 148 وما بعدها بند 102.

(6) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 618 بند 411.

- FERRAND:appel.prec. p 37. N. 25 Lets FRICERO: Préc. N. 61

(7) انظر فيما سبق بند 58.

(8) د. عيد القصاص: التنازل عن الحق في الطعن ص 58 وما بعدها.

اعتباره كأن لم يكن، وعن إلغاؤه، والرجوع عنه. مسائل ثلاث نتعرض إليها تبعاً على النحو التالي:

78 - أولاً: النزول عن الحكم واعتباره كأن لم يكن: واعتبار الحكم كأن لم يكن كعارض إجرائي اعتمده التشريعات المقارنة في بعض الحالات، حيث نصت المادة 86 مرافعات مصري على أنه "إذا حضر الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة اعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن" والمادة 2/205 من ذات القانون على أنه "وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها كأن لم يكن إذا لم يتم إعلانها للمدين خلال ثلاث أشهر من تاريخ صدور الأمر".

والمادة 1/478 مرافعات فرنسي على أن "الحكم الغيابي والحكم المعتبر حضورياً بسبب أنه يقبل الاستئناف يعتبر كأن لم يكن إذا لم يتم إعلانه في خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره"⁽²⁾. كما نصت المادة 472 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "إذا حضر الخصم الغائب في الجلسة نفسها أو في جلسة لاحقة اعتبر القرار الصادر بمحاكمته غيابياً كأن لم يكن". وكذلك نصت المادة 1/474

- FERRAND: Lic.cit.

طعن مدني 62/6097 ق نقض 1999/4/29 مجموعة الأحكام السنة 50 ص 572. طعن مدني 63/5657 ق نقض 1994/6/16 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 1038.

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 26 وما بعدها بند 26.

(1) "Le jugement rendu par défaut au le jugement repute contradictione au seul motif qu'il est susceptible d'appel est non avenue s'il n'apas 'eténotifie dans les six mais de sa date".

من ذات القانون السابق على أنه "إذا صدر حكم غيابي ولم يطلب تبليغه ولم تدفع الرسوم عنه خلال ثلاث أشهر من تاريخ النطق به يعتبر ساقطاً حكماً".

ووفقاً لذلك لا يعد اعتبار الحكم كأن لم يكن بطلاناً للحكم، كما لا يشكل انعداماً له، لأن الحكم صدر صحيحاً خالياً من أي عيب يؤثر في وجوده أو في صحته، فهو حكم قائم وموجود وصحيح، وإنما اعتباره كأن لم يكن يشكل سقوطاً وزوالاً للحكم، وذلك بسبب خارجي عنه ولاحق لصدوره، كما لو لم يعلن الحكم خلال مدة معينة⁽¹⁾ أو لمجرد حضور الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة التي صدر فيها الحكم عليه غيابياً⁽²⁾. أو لعدم قيام المحكوم عليه بعد صدور الحكم بتصرف معين وفي غضون مدة معينة⁽¹⁾.

(2) – Ferrand: appel.rép.pre.civ. Dalloz mars 1999 p. 16. N. 60 ets
cadiet: droit judiciaire prive. 1992. p. 611 N.1170. coss.civ. il. Act.
1995. D. 1997. 73. Note.Ruelianet lauba.

ونفس المعنى: انظر: المؤلف: دعوى عدم الاعتداد بالحجز ص 83 وما بعدها بند 30 وما بعده. د. نبيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء 2011 دار الجامعة الجديدة ص 48 وما بعدها بند 32.

(2) طعن مدني 55/904 ق نقض 1989/12/13 مجموعة الأحكام السنة 40 ج 2 ص 322.

كما أن قضاء النقض كان مستقراً على أنه إذا طعن بالنقض في حكم غيابي صادراً من محكمة الجنايات في جنائية قبل إلغاء ذلك بالقانون رقم 47 لسنة 2007 تم حضر المحكوم عليه بعد غيبته أو قبض عليه، فإنه يترتب عليه أن الحكم المطعون يعتبر كأن لم يكن، وبالتالي يكون الطعن عليه بالنقض غير ذي موضوع، ويعد إسقاطاً بسقوطه. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط

وترتيباً على ذلك يعد اعتبار الحكم كأن لم يكن إسقاطاً للحكم بصريح عبارة المادة 1/474 أصول محاكمات مدينة لبناني، وكونه إسقاطاً فهو ما يشترك فيه مع النزول عن الحكم، لأن الغاية من الأخير هي إسقاطه وزواله من الحياة القانونية، ومن ثم فالغاية واحدة في النزول عن الحكم واعتباره كأن لم يكن، مما قد يثير اللبس والغموض بين النزول عن الحكم واعتباره كأن لم يكن.

79 - وعلى الرغم من هذه الوحدة، إلا أن الاختلاف والمغايرة بين النزول عن الحكم، واعتباره كأن لم يكن هي الجوهر، فالنزول عن الحكم تصرف إداري أحادي الجانب يصدر ممن صدر الحكم لصالحه، واعتباره تصرف قانوني فهو يخضع في قواعده وأحكامه للقانون المدني، ويقع وينتج أثره فوري تحققه متى توافرت مقوماته ليسقط الحكم وتسقط آثاره والحق الثابت به، ليقنصر دور المحكمة على إثبات واقعة النزول، دون أن تتصدى للنزاع الذي أصبح غير ذي موضوع، لتتقضي وبقوة القانون الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم، وخصومة الطعن إذا كانت قائمة. فالنزول عن الحكم هو زواله وزوال آثاره والحق الثابت به من الحياة القانونية، ولذا يعد النزول عن الحكم سبباً لانقضاء الحق.

أما اعتبار الحكم كأن لم يكن كعارض إجرائي يؤدي إلى زوال الحكم وإسقاطه بقوة القانون ولو لم يتعلق بالنظام العام فوري حضور الخصم الغائب - المحكوم عليه -

في قانون الإجراءات الجنائية الكتاب الثاني 2016 دار النهضة العربية ص 711 بند 364 والحكم المشار لديه نقض 1962/10/29 مجموعة الأحكام السنة 13 ص 688.

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 28 بند 27.

قبل انتهاء الجلسة ولو لم يطلبه⁽¹⁾ فذلك احتراماً لحقوق دفاع هذا الخصم لكونه لم يحضر الجلسة⁽²⁾ ومظهراً من مظاهر الحق في الحضور⁽³⁾ تحقيقاً لمبدأ المواجهة والتي تعد المحكمة الضامنة لتحقيقه⁽⁴⁾ وتطبيقاً للمادة 16 مرافعات والتي توجب على القاضي في جميع الأحوال أن يحافظ على مبدأ المواجهة وأن يلزم نفسه بالمحافظة عليه، فلا يستطيع أن يعتد في حكمه بالوسائل أو الإيضاحات والمستندات التي آثرها أو قدمها خصم، إلا إذا كان الخصوم قد تواجدوا وتناقشوا بشأنها⁽⁵⁾.

(1) لأن الأحكام التي تزول في هذا الصدد هي الصادرة على المحكوم عليه، فمن غير المتصور أن يتمسك ببقائها ولا حاجة إلى تمسكه بزوالها، لكونها صادرة ضد مصلحته، ويفترض أن إرادته اتجهت ضمناً إلى إهدارها. انظر: د. أحمد هندي: التعليق على قانون المرافعات ج2 ص 150 مادة 86. د. أحمد مسلم: المرجع السابق ص 522 بند 487. قارن د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 316 بند 189. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف 2015 دار الجامعة الجديدة ص 484 بند 238. د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم. المقال ص 163.

(2) د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ج2 ص 73 – 76 بند 330

NORMAND (i.) le juge et le litige. These L.G.D.J. paris 1965 p. 175 N. 184 ETS.

(3) د. وجدي راغب: المقال ص 162 وما بعدها.

(4) Couctez (G.) principes directeurs du process de la contradiction. jur. Class. Civ. Fass. 156. 1973. N. 35.

(1) – BENABENT (A.): L'article 16 du nouveau code de procedure civile. Dalloz.chron. 1982. p. 55.

مؤدى ذلك أن اعتبار الحكم كأن لم يكن يقع وبقوة القانون وفوري تحقق سببه، ومن تلقاء نفس القاضي ولو لم يطلبه الخصم الذي طعن، ليقصر السقوط على الحكم وحده وأثره دون الإجراءات الصحيحة السابقة عليه ولا الحق الثابت به. هذا الحق يوجب على القاضي متى حضر الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة أن يصدر أحكاماً أو قرارات بدل الأحكام والقرارات التي اعتبرت كأن لم تكن، وحتى ولو اتفقت هذه الأحكام وتلك القرارات مع الأحكام والقرارات التي حلت محلها واعتبرت كأن لم تكن، طالما صدرت في حضور الخصم الذي كان غائباً⁽¹⁾. فالحق الثابت بالحكم لا يسقط ولا يزول بسقوط الحكم الذي اعتبر كأن لم يكن، بل يظل هذا الحق موجوداً يفصل فيه القاضي من جديد متى حضر المحكوم عليه الغائب قبل انتهاء الجلسة. كما لا يوجد ما يمنعه من رفع دعوى جديدة⁽²⁾ للمطالبة بهذا الحق، دون إمكان دفعها بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، ذلك لأن الحكم الذي اعتبر كأن لم يكن ليس له حجية على الخصم الذي لم يحضر في الخصومة، كما أنه لم يعلن إليه خلال مدة معينة.

كما يظهر الاختلاف والمغايرة بين النزول عن الحكم واعتباره كأن لم يكن فيما يتعلق بالمصاريف القضائية. فنزول المحكوم له عن الحكم قد يجعله يتحمل

(1) د. أحمد هندي: المرجع السابق ص 162.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 29 بند 27 والأحكام المشار إليه.

المصاريف خلافاً للقاعدة العامة⁽¹⁾ باعتباره من كسب الدعوى تطبيقاً للمادة 185 مرافعات. كما أنه يتحمل هذه المصاريف إذا ما تم النزول أثناء سير خصومة الطعن، لأن تنازله يؤدي إلى إنهاء الخصومة دون الحكم فيها، قياساً على ترك الخصومة وفقاً للمادة 143 مرافعات⁽²⁾.

أما اعتبار الحكم كأن لم يكن لعدم إعلان المحكوم عليه في الميعاد الذي حدده القانون - أو لحضور الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة، أو لعدم قيامه بتصرف معين وفي موعد معين - فإن المحكوم عليه يعفى من المصاريف والرسوم القضائية التي حكم بها عليه بموجب الحكم الذي اعتبر كأن لم يكن⁽³⁾ حيث إن إسقاط هذا الحكم وزواله في مواجهته، يسقط ويزول بالتبعية التزامه بالمصاريف التي حكم بها عليه⁽⁴⁾ تطبيقاً للقاعدة الأصولية⁽⁵⁾ "إذا سقط الأصل سقط الفرع"

(1) والممثلة في تحمل خاسر الدعوى للمصاريف. انظر: طعن 65/5355 ق نقض 2007/2/13 مجموعة الأحكام السنة 58 ص 140. طعن 64 /2486 ق نقض 2005/5/18 مجموعة الأحكام السنة 51 ج1 ص 19. إدارية عليا طعن 56/21738 ق جلسة 2011/6/11 قضاء إداري جلسة 2015/1/25 في الدعوى رقم 68/86108 ق.

(2) انظر فيما يلي. بند 152 وما بعده.

(3) – Vinventet guinchard: ap.cit.p.751.n. 1266 ferrand: appel. Préc. N. 60.

(4) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 30 بند 27. د. إبراهيم النفاوي: مسؤولية الخصم عن الإجراءات 1991 الطبعة الأولى ص 391 وما بعدها.

(5) انظر فيما يلي.

80 - ثانياً: النزول عن الحكم وإلغاؤه: وإلغاء الحكم بمعناه العام⁽¹⁾ هو إهدار وإعدام وجوده بما تضمنه من قضاء وما رتبته من آثار، فيزول وتزول معه كافة آثاره المترتبة عليه، ويعتبر كأن لم يكن. ليعود الخصوم⁽²⁾ إلى مراكزهم السابقة على صدور الحكم.

ويستوي في الإلغاء أن يكون صادر من قاضي الموضوع أم من قاضي الطعن، على أن يراعى بالنسبة للأخير ما إذا كان الإلغاء كلي⁽³⁾ أو جزئي⁽¹⁾ وما قد يمتد

(1) د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام ص 129 وما بعدها بند 86. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض 2015 دار الجامعة الجديدة ص 388 وما بعدها بند 203. الوسيط في الطعن بالتماس غعادة النظر 2015 دار الجامعة الجديدة ص 365 وما بعدها بند 214. الوسيط في الطعن بالاستئناف ص 561 بند 271

د. أحمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها 1997 دار الجامعة الجديدة ص 65 بند 13
CADIET: ap. Cit. p. 771 N. 1497. VINCENTET Guinchazd: ap. Cit. p.
834 etsn. 1425. FERRAUD: appel.prec. N661

(2) في قاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم بعد إلغاؤه، أساسها ومفترضها انظر: د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص 47 وما يليها بند 33 وما يليه. طعن 65/482 ق - أحوال شخصية - نقض 2000/6/26 مجموعة الأحكام السنة 51 ج 2 ص 842. الطعنان مدني رقما 64/9552 ق، 67/5191 ق نقض 1999/6/24 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 2 ص 896.

(3) طعن مدني 70/777 ق نقض 2015/5/14. طعن مدني 69/4273 ق نقض 2013/3/23. الطعون مدني أرقام 8023، 74/8005 ق؛ 58، 75/910 ق نقض 2006/6/27 مجموعة الأحكام السنة 57 ص 640. طعن مدني 53/2156 ق نقض 2005/3/10 مجموعة الأحكام السنة 56 ص 246.

إليه إلغاء الحكم من إلغاؤه لأحكام أخرى لأحقية عليه أو مرتبطة به⁽²⁾ تطبيقاً للمواد 562، 602، 624 مرافعات فرنسي 1/271 مرافعات مصري.

وإلغاء الحكم قد يكون بخصومة جديدة. وقد يكون مرحلة أولية لا تنتهي بصور الخصومة، بل تستمر سواء أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة أخرى. فيطلب إلغاء الحكم بالنفقة كلياً⁽³⁾ وطلب المفقود⁽⁴⁾ - الذي عاد - بإلغاء الحكم الصادر بموته أو تعديل الآثار التي ترتبت عليه، يكون بخصومة جديدة غير الخصومة التي صدر فيها الحكم، تنظرها محكمة أول درجة، ويترتب على حكمها بالإلغاء زوال الحكم بالنفقة، وأن يسترد المفقود العائد شخصيته ويسترد أمواله أو ما بقي منها.

(1) الطعان مدني رقما 5825، 59/8734 ق نقض 2008/3/25 مجموعة الأحكام السنة 59 ص 335.

(2) الطعان مدني 5825، 77/7549 ق نقض 2008/11/26 مجموعة الأحكام السنة 59 ص 817. طعن مدني 65/5866 ق نقض 2008/4/22 مجموعة الأحكام السنة 59 ص 456. طعن 53/2156 ق نقض 2005/3/10 مجموعة الأحكام السنة 56 ص 246 طعن مدني 59/1762 ق نقض 2003/3/25 مجموعة الأحكام السنة 54 ج2 ص 409.

(3) فالحكم بالنفقة قد يلغى كلياً إذا تيسرت حالة الدائن بالنفقة بحيث لم بعد بحاجة إليها إذا ما انتهت حاجة الدائن وافقر المدين أو بزوال موجبها كحدوث الطلاق بين الزوجين تطبيقاً للمادة 92 مدني فرنسي. في مراجعة الحكم بالنفقة والمحكمة المختصة به انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطي 1998 دار النهضة العربية ص 241 - 265 بند 202 - 230 والمراجع والأحكام المشاركة لديه.

(4) في عودة المفقود بعد الحكم بموته وطلب إلغاؤه للحكم والآثار المترتبة عليه. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 338 - 346 بند 320 - 330. د. نبيل سعد: المدخل إلى القانون. نظرية الحق ص 150.

وقد يكون إلغاء الحكم مراحل أولية لا تنتهي بصدوره الخصومة، وإنما تعود الخصومة والخصوم إلى ما كانت عليه، وكانوا عليه قبل صدور الحكم، وهو ما يعني أن موضوع النزاع في حالتي الإلغاء ما زال قائماً وفي حاجة إلى حكم ينهيه ويسكن مراكزه⁽¹⁾. ويستوي في حاله كون الإلغاء يعد مرحلة أولية لا تنتهي بصدوره الخصومة واستمرارها لتتولى نظر موضوعها ذات المحكمة التي ألغت الحكم، كما في الاستئناف⁽²⁾ أو التماس إعادة النظر⁽³⁾ أم استمرارية الخصومة يكون أمام محكمة أخرى، كما في عودة الخصومة إلى محكمة أول درجة لعدم استفاد ولايتها⁽⁴⁾ أو إلى محكمة الإحالة بعد النقض⁽⁵⁾.

(1) طعن مدني 61/425 ق نقض 1994/6/16 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 2 ص 1032.

(2) المؤلف: فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف 2019 دار الجامعة الجديدة ص 140 وما بعدها بند 40. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف: الإشارة السابقة.

FERRND: appel. Préc. N.16. CADIET: ap. Cit. p. 773. N. 1501.

Vincent et Guinchazd: ap.cit.p.918.N. 1562.

(3) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالالتماس ص 364 وما بعدها بند 313 وما بعده. الطعن رقم 7166، 63/7167 ق نقض 2000/1/27. طعن 57/2863 ق نقض 1991/1/10 مجموعة الأحكام السنة 42 ص 156.

(4) الطعن مدني رقم 5870، 66/7251 ق نقض 1997/6/12. طعن 66/10130 ق نقض 1997/11/23 طعن 53/560 ق نقض 1992/12/6.

(5) في الإحالة بعد النقض انظر: د. الأنصاري النيداني: النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض 2002 دار الجامعة الجديدة.

Bore(j.) pourvoi en cassation. Ency. Dalloz 1995. p. 371.

81 - ووفقاً لذلك يترتب إلغاء الحكم في حالتيه آثاراً أهمها عودة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم، ليظل النزاع قائماً يتناضل فيه أصحاب الشأن ويكون بحاجة إلى تسكين مراكزه وحسم موضوعه سواء من جانب المحكمة التي ألغت الحكم أو محكمة أخرى. وهو ما يختلف بمقتضاه إلغاء الحكم عن النزول عنه. فالنزول عن الحكم وإن إتفق مع إلغاؤه، من حيث إن كان كل منهما يزال الحكم تبعاً له، كما تزول معه كافة آثاره بما فيها الحجية ويعتبر كأن لم يكن⁽¹⁾. إلا أن النزول عن الحكم يختلف عن إلغاؤه، وموطن هذا الاختلاف يتمثل في أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، مما يمنع معاودة المطالبة بالحق مرة ثانية لأنه أصبح غير ذي موضوع، مما اعتبر معه النزول سبباً من أسباب انقضاء الحق. على عكس إلغاء الحكم يعود بمقتضاه الخصوم إلى ما كان عليه قبل صدوره، ليظل الحق قائماً وفي حاجة إلى تسكين مراكزه، ولا يستطيع بحال القضاء التوصل من نظره وإلا كان منكرًا للعدالة، فالإلغاء الحكم شيء والنزول عنه شيء آخر، فالأول يوجب نظر الموضوع بعد إلغاء الحكم، أما الثاني لا يوجد موضوع بعد النزول عن الحكم، حيث يزول الحكم والحق الثابت به من الحياة القانونية.

(1) الطعون أرقام 8023، 74/8005 ق، 58، 75/910 ق نقض 2006/6/27 مجموعة الأحكام الستة 57 ص 640 الطعون أرقام 3617، 3822، 3826، 3846، 3868، 67 ق نقض 1999/5/25 مجموعة الأحكام السنة 50 ج1 ص 717.

82 - ثالثاً: النزول عن الحكم والرجوع عن الحكم البات: ويقصد بالرجوع عن هذا الحكم⁽¹⁾ هو عدول المحكمة التي أصدرته - أياً كانت هذه المحكمة نقض أو استئناف⁽²⁾. باعتباره آخر درجة - لبطلانه نتيجة خطأ إجرائي وقعت فيه المحكمة أو الأجهزة المعاونة لها دون أي خطأ من الخصوم، متى كان هذا الخطأ الإجرائي قد أثر تأثيراً جوهرياً في النتيجة التي انتهى إليه هذا الحكم، ودون أن يوجد طريق قانوني آخر لمعالجة هذا الخطأ وإزالة هذا الخطأ وإزالة هذا البطلان.

ومن تطبيقات هذا الخطأ الذي يجيز الرجوع بمقتضاه عن الأحكام الباتة، الأحكام الفاصلة في شكل الطعن أو جوازه⁽³⁾. والصادرة بسقوط الطعن⁽¹⁾ والصادرة بناء على خطأ مادي⁽²⁾. كما يجوز الرجوع عن الحكم لأسباب قانونية⁽³⁾.

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: الرجوع عن الأحكام الباتة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة الإسكندرية العدد الثاني 2012 ص 217 وما بعدها بند 28 وما بعده. د. أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص 713 وما بعدها بند 368.

(2) Cass.civ.21 - 7 - 1986. j. c.p. 1986 éd. G. IV. 300

وفيه أن محكمة الاستئناف قد أخطأت إن هي اعتبرت أن التنازل عن الاستئناف غير قانوني بحجة أن الأمر الصادر من رئيس المحكمة بقبول التنازل قد صدر في غياب المستأنف عليه ولم يعلن آلية، ورتب على ذلك قبول الاستئناف الفرعي المرفوع من المستأنف عليه بعد هذا التنازل.

(3) وتطبيقاً لذلك استقر قضاء النقض على أن للطاعن أن يطلب منه إعادة النظر في حكمه إذا تبين أن القضاء بعدم قبوله لطعنه شكلاً قد بني على أن الطاعن لم يقدم تقرير الطعن أو أسبابه، ثم تبين أن التقرير أو الأسباب قد قدما في الميعاد، أو بسبب عدم التحقق من صفة المحامي الذي وقع أسباب الطعن.... الخ. الطعن رقم 64/11379 ق نقض 2005/3/14 س 56 ق رقم 31 ص 207. الطعان رقما 62/17419 ق، 62/17432 ق نقض 1996/5/15.

ويتم الرجوع عن الحكم البات⁽⁴⁾ أما بناء على طلب الخصم المتضرر من هذا الحكم، أو بناء على طلب النيابة العامة. أو من تلقاء نفس المحكمة التي أصدرت هذا الحكم، ولو بدون طلب من أحد الخصوم أو النيابة العامة، ومتى قبلت المحكمة طلب الرجوع أو تأكد لديها صحة موقفها في رغبتها في الرجوع من تلقاء

الطعن رقم 62/17417 ق نقض 1995/12/11. في هذه الأحكام وغيرها انظر: د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص 714 وما بعدها؛ كما قضى حديثاً بالعدول عن القرار السابق صدوره بعدم قبول الطعن وإعادة نظره من جديد طعن مدني رقم 89 /30613 ق نقض 2020/10/24.

(1) وقضى بأنه إذا تحدد لنظر الطعن جلسة معينة ثم عجلت المحكمة الجلسة دون علم الطاعن أو إعلانه بذلك حيث صدر الحكم بسقوط الطعن، فإنه يجوز الرجوع في هذا الحكم. نقض 2003/10/20 مجموعة الأحكام السنة 54 رقم 137 ص 1010 د. أحمد فتحي سرور: ص 716. طعن جنائي رقم 61/2770 ق نقض 1998/11/19 مجموعة الأحكام السنة 49 ص 1320.

(2) وقضى بأنه "إذا كان البين مما هو ثابت بملف الطعن وصورته ومسودة الحكم إن المحكمة قصدت إلى القضاء بنقض الحكم المطعون فيه والإعادة للطاعنين، وأن ما ورد بمنطوقه - على السياق المتقدم - لا يعدوا أن يكون خطأ مادياً، فإن هذا الخطأ وإن كان مادياً وقد انصب على منطوق الحكم، فبلغ بذلك حداً يوجب أن يكون تصويبه عن طريق نظره بالجلسة والحكم بتصحيحه" نقض 2011/12/12 الطعن رقم 80/7684 ق. د. أحمد فتحي سرور: ص 717.

(3) وقضت محكمة النقض أنه إذا فاتها عند نقض الحكم، ان تقضي بنقضه بالنسبة للمسئول عن الحقوق المدنية، فإن الأمر يقتضي الرجوع عن الحكم، والقضاء بنقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للمسئول عن الحقوق المدنية أيضاً نقض 1997/4/14 الطعن 59/46649 ق. د. أحمد فتحي سرور: الإشارة السابقة.

(4) في إجراءات الرجوع عن الحكم البات الباطل: انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 303 وما بعدها بند 88 وما بعده.

نفسها، ففي ذلك تحكم المحكمة بإلغاء الحكم والرجوع عنه، واعتباره كأن لم يكن، سواء بصفة كلية أو جزئية، وتشير في قرارها إلى الرجوع، ثم الحل النهائي للنزاع.

83 - فالرجوع عن الحكم وإن اتفق مع النزول عنه في زوال الحكم واعتباره كان لم يكن، إلا أن الفارق بينهما جوهري، ويظهر هذا الفارق من عدة نواحي: فمن ناحية: متى قبلت المحكمة طلب الرجوع عن الحكم أو تأكد لديها صحة موقفها في رغبتها في الرجوع ولو من تلقاء نفسها، نكون إزاء خصومة⁽¹⁾ قضائية بالمعنى الفني للكلمة، إذ يتعلق مصالح الخصوم بهذا الحكم، وهو ما يوجب احترام حقوق الخصوم عند النظر في طلب الرجوع أو الرجوع التلقائي من جانب المحكمة، ومن أهم هذه الحقوق التي يتعين مراعاتها عند الفصل في هذه الخصومة مبدأ المواجهة ومراعاة حقوق الدفاع.

هذه الخصومة تفقد مقوماتها وآثارها والتمسك بها عند النزول عن الحكم على نحو يعدم كيانها، لأن النزول عن الحكم يعني إسقاطه وإسقاط آثاره والحق الثابت به، ومن هذه الآثار إنقضاء الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم وبقوة القانون.

ومن ناحية ثانية: يترتب على الرجوع عن الحكم لخطأ إجرائي، أن تضع المحكمة يدها على موضوع الطعن لتفصل فيه، والتي قد تنتهي من نظره إلى رفض الطعن الموجه ضد الحكم المطعون فيه أمامها، أو إلى تأييد الحكم المطعون فيه لعدم

(1) في قواعد الرجوع عن الأحكام انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 309 بند 92 والأحكام المشار له.

قيام هذا الطعن على أسباب قد تنال من مضمون الحكم المطعون فيه⁽¹⁾. وقد تقوم المحكمة بتصحيح مضمون حكمها السابق صدوره على نحو يتفق مع ما ظهر من أمور بعد صدوره أدت إلى بطلانه⁽²⁾، أو تقوم المحكمة بإحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف لتفصل في القضية من جديد⁽³⁾.

وشأن ذلك هو ما لا يستقيم مع النزول عن الحكم لكونه حكم فاصل في أصل الحق، والنزول عنه استتبع النزول عن الحق الثابت به ليصبح غير ذي موضوع.

(1) في تطبيق ذلك انظر:

Cass Crim. 31 act. 1901. Bull. Crim. N°. 269. Cass. Comm. 10 mai 1988, Pourvoi N°. 06 – 11763, legi France gouv. Fr. Cass. Soc. 22 févr 2000 Pourvoi N° 97 – 430638 legi France gouv. Fr.

مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 313.

(2) كأن تكون محكمة النقض قد قضت بالطلاق بين الزوجين، ثم يتضح أن الزوجة كانت قد توفت قبل صدور هذا الحكم. فإن المحكمة بعد أن ترجع عن هذا الحكم الباطل، وتتعرض للفصل في الموضوع، فإنها تقضي بإثبات إنقضاء دعوى الطلاق بسبب وفاة الزوجة. نقض جنائي 1962/12/4 مجموعة الأحكام 13 رقم 198، ص 824.

Civ. 2e 18 déc 1995. Pourvoi No. 95. 11062 Legi France.

Gouv. Fr. Soc. 2 dec. 2009. Pourvoi No. 08 – 43207. Legi france.

Gouv. Fr.

مشار إليه لدى: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 314. طعن مدني

عُماني 2016/6/5 جلسة 2016/10/31 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 131.

(3) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 314 والأحكام المشار إليه.

وأن مقتضى هذا النزول أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم⁽¹⁾، ومن ثم يصبح الطعن المرفوع عنه غير مقبول، لكونه وارد على غير محل ويتعين القضاء بعدم قبوله.

ومن ناحية ثالثة: في الرجوع عن الحكم تتحمل الخزنة العامة للدولة المصاريف والرسوم القضائية، ذلك لأن الذي أدى إلى إعادة الفصل في النزاع، ومن ثم استحقاق مصاريف ورسوم جديدة ليس الخصوم، ولكن خطأ القضاة أو معاونوهم⁽²⁾، على خلاف النزول عن الحكم قد يتحمل المصاريف من خسر القضية⁽³⁾. وقد يتحملها المحكوم له المتنازل عن الحكم باعتباره من كسب القضية، وأيضاً قد يتحملها قياساً على التارك للخصومة مادة 143 مرافعات⁽⁴⁾.

وأخيراً: التعويض عن الأضرار التي أصابت الخصوم من جراء الحكم الصادر من المحكمة خطأ بعدم قبول الطعن أو بسقوطه. فإذا ما رجعت عن الحكم تحققت واقعة الإضرار بالخصوم يحكم لهم بناء على طلبهم في هذه الحالة بالتعويض على قضاة المحكمة التي أصدرت الحكم أو معاونوهم بحسب من ارتكب الخطأ الذي

(1) طعن مدني 80/4546 ق نقض 20/5/26. طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13. طعن 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 316 وما بعدها. بند 98 وما بعده والمراجع والأحكام المشار له.

(3) انظر فيما يلي بند 153..

(4) انظر فيما يلي بند 154

أدى إلى بطلان الحكم⁽¹⁾. هذا التعويض لا محل له ولا مبرر بشأنه بصدد النزول عن الحكم، لكون النزول تصرف قانوني إرادي بعوض أو بغير عوض صادر من المحكوم له، ودون أن يتوقف على قبول المحكوم عليه، فلا محل للضرر الذي قد يصيبه، كما لا محل للخطأ من جانب المحكوم له، ومن ثم لا توجد علاقة سببية لعدم وجود خطأ ولا ضرر، فتفتقد عناصر المسؤولية مجتمعة، ومن ثم فلا يكون هناك محل للكلام عن التعويض بشأن النزول عن الحكم.

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 317 وما بعدها بند 100 وما بعده.

د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ص 342 وما يليها بند 224 وما بعده.

الفصل الثاني

أحكام النزول عن الحكم

84 - تمهيد:

النزول عن الحكم كتصرف قانوني يستلزم لكي ينتج آثاره أركان وشروط صحة، كما أنه له صور، ومدى لزمه لمن صدر منه، فإذا ما توافرت أركانه وشروط صحته رتب آثاراً إجرائية وأخرى موضوعية، في مباحث ثلاث نتعرض إليها تباعاً:

المبحث الأول: أركان النزول عن الحكم وشروط صحته.

المبحث الثاني: صور النزول عن الحكم ولزمه.

المبحث الثالث: الآثار الإجرائية والموضوعية للنزول عن الحكم .

المبحث الأول

أركان النزول عن الحكم وشروط صحته

85 - تمهيد:

في مطلبين نتعرض فيهما تباعاً لأركان النزول عن الحكم وشروط صحته:
الأول: أركان النزول عن الحكم. الثاني: شروط صحة النزول عن الحكم

86 - تمهيد:

النزول عن الحكم تصرف قانوني أحادي الجانب. هذا التصرف قوامه إرادة واحدة، ومحل يرد عليه، وسبب مشروع. فالنزول عن الحكم كتصرف قانوني شأن أي تصرف يستلزم توافر أركان ثلاث: الإرادة والمحل والسبب⁽¹⁾، وهي ما نتعرض إليهم تباعاً على النحو التالي:

(1) والمحل والسبب كركنان في التصرف القانوني استبدالهما المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد 2016 بمصطلح مضمون العقد وفقاً للمادة 1128، رغبة منه في تبسيط المفاهيم الأساسية لهذا المصطلح والذي يحقق بمقتضاه وظائف ثلاث رئيسة هي التحقق من مشروعية التصرف، ووجود محل للالتزام، والتعادل بين الإدارات في التصرف.

في تفصيل ذلك، انظر: د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنعة قضائية وصياغة تشريعية، مجلة كلية القانون الكويتية العمالية، نوفمبر 2017، العدد الثاني، الجزء الثاني ص 304 وما بعدها بند 19 وما بعده؛ د. نبيل سعد: مصادر الالتزام، ص 229 وما بعدها؛ د. محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 345 وما بعدها.

المطلب الأول

أركان النزول عن الحكم

87 - 1 - وجود الإرادة : لما كان الإسقاط هو الغاية القانونية التي تتجه إليه الإرادة بالنزول عن الحق محل النزول⁽¹⁾، فإسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة مقررة يحميها القانون لا يكون إلا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه، وهو ما ذهب إليه الفقه⁽²⁾، واستقر عليه القضاء⁽³⁾، واعتمده التشريعات المقارنة حيث نصت المادة 2252 مدني فرنسي جديد على أنه "لا يستطيع من لا يملك مباشرة حقوقه بنفسه أن ينزل وحده عن التقادم الذي يثبت الحق فيه". والنزول عن الحكم كعمل قانوني يعتد به القانون كعمل يتم بإرادة القائم به، فإن ذلك يعني وجود إرادة لكونها ركناً في هذا العمل.

(1) د. جلال العدوي: المقال ص 235 بند 119.

(2) وفي ذلك يقول العلامة السنهوري "الإرادة ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني" الوسيط، ج 1 المجلد الأول ص 173 حاشية.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " لا يجوز النزول ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه" طعن مدني رقم 66/11337 ق نقض 1998/3/25 مجموعة الأحكام السنة 49 ص 254. نقض 1981/6/24 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 1935. نقض 1978/2/10 مجموعة الأحكام السنة 29 ص 138. طعن تجاري 81/5692 ق نقض 2012/2/25.

والمقصود بوجود الإرادة⁽¹⁾، هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون، بنية إحداث أثر قانوني. وعلى ذلك فوجود الإرادة يتعلق بمسألتين يكمل بعضهما البعض: الأولى: صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون. والثانية: اتجاه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين.

والمسألة الأولى: تتمثل في وجود إرادة للمحكوم له للقيام بعمل يعتد به القانون، وهو ما يعني ضرورة وجود إرادة للقيام بهذا العمل. فإذا انعدمت هذه الإرادة أصلاً لدى المحكوم له، اعتبرت لا وجود ولا قيمة لها. كما لو وجد عارض يعدم إرادة المحكوم له، أو وجدت الإرادة ولكن لا يعتد بها القانون، ولذا لا يعتد بنزول الصبي غير المميز أو المحجور عليه لسفه أو عته أو غفلة أو جنون، فنزول هؤلاء لا يعتد به لانعدام الإرادة⁽²⁾.

والمسألة الثانية: أن تتجه إرادة المحكوم له إلى إحداث أثر قانوني معين هو النزول عن الحكم بالتخلي عنه وإسقاطه وإسقاط الحق الثابت به، فلا يكفي أن يكون للمحكوم له إرادة دون أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني وهو النزول عن الحكم الذي

(1) د. السنهوري: المرجع السابق ص 172 وما بعدها بند 71 وما بعده؛ د. نبيل سعد: المرجع السابق ص 97؛ د. محمد حسن قاسم: المرجع السابق ص 102 وما بعدها؛ د. عيد القصاص: التنازل عن الحق في الطعن، ص 63 وما بعدها بند 23؛ نقض 1998/3/25 مشار إليه سابقاً، نقض رقم 3166 ق جلسة 1934/3/8.

(2) د. السنهوري : المرجع السابق، ص 289 بند 161؛ طعن مدني رقم 54/1078 ق نقض 1992/1/5 مجموعة الأحكام السنة 43 ص 107.

قضي له بحقه. فإذا لم تتجه إرادة المحكوم له إلى إحداث هذا الأثر، فإنه لا يكون هناك إرادة يبني عليها النزول، وكذلك لو ساور إرادته الشك، فإنه يفسر لمصلحته ولا يكون هناك نزول عن الحكم.

ويشترط لوجود الإرادة أن تتوافر لدى المحكوم له القدرة على التمييز⁽¹⁾، فيجب أن تكون لديه أهلية الوجوب، وإلا يلحق بها عارض يعدمها، وأن يكون له القدرة على الاختيار⁽²⁾، بأن لا يخضع لإكراه يعدمها. كما يجب أن يكون جاد⁽³⁾، في نزوله عن الحكم، وإلا وقع النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽⁴⁾.

فالنزول عن الحكم كتصرف قانوني أحادي الجانب يستلزم وجود إرادة واحدة، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فإذا لم توجد هذه الإرادة، أو وجدت ولم تتجه إلى النزول عن الحكم والحق الثابت به، أو تخلف شرط من شروط التصرف القانوني بشأنها، لا يقوم النزول حتى ولو كان القانون ذاته قد نص عليه.

(1) وفي الفقه الإسلامي: إذا لم تتوافر الإرادة لا يصح تنازل الشخص عن حقه، كتنازل الصبي أو المجنون عن حقه فلا يعتد بهذا التنازل: د. محمد الذحيلي: المرجع السابق ج 1 ص 135؛ ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار ج 1 ص 562.

(2) وفي الفقه الإسلامي: إذا طرأ على الإرادة ما يخل بالرضا كالإكراه، انتقت الإرادة وأصبح نوع من أكل أموال الناس بالباطل. د. محمد الذحيلي: المرجع السابق، ج 5 ص 331.

(3) د. السنهوري: المرجع السابق ص 173 والهامش الملحق بها.

(4) طعن رقم 45/32 ق - أحوال شخصية - نقض 1976/11/24 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 1649 نقض 1973/2/27 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 336. طعن مدني عُماني رقم 2011/878 جلسة 2012/3/11 مجموعة الأحكام السنة 12 ص 500.

88 - 2 - وجود محل يرد عليه النزول: القاعدة أنه لا يجوز النزول عن الحق إلا إذا كان موجوداً وثابتاً، وهو ما ذهب إليه الفقه⁽¹⁾، واستقر عليه القضاء⁽²⁾، واعتمده التشريعات المقارنة⁽³⁾، حيث نصت المادة 365 مدني مصري على أنه " لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ولايجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها". والمادة 1347 مدني فرنسي على أن " تقع المقاصة بشرط التمسك بها في حدود ما هو مستحق في التاريخ الذي تستوفي فيه شروطها". كما نصت المادة 388 مدني مصري على أنه " لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه" والمادة 2250 مدني فرنسي على أن "التقادم الذي يثبت الحق فيه هو الوحيد الذي يكون قابلاً للنزول عنه".

(1) في المحل الذي يرد عليه النزول عن الحقوق انظر: د. جلال العدوي: المقال ص 180 وما بعدها بند 18 وما بعده.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي " بأن النزول عن التقادم عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه مخالفة ذلك خطأ في تطبيق القانونين 388، 698 مدني "طعن مدني رقم 59/1704 ق نقض 1994/2/17 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 379، طعن مدني رقم 56/1905 ق نقض 1993/6/17 مجموعة الأحكام السنة 44 ص 575. طعن مدني رقم 51/1477 ق نقض 1984/2/30 مجموعة الأحكام السنة 35 ج 2 ص 2315. طعن مدني رقم 37/94 ق نقض 1972/2/17 مجموعة الأحكام السنة 23 ص 211.

(3) وفي الفقه الإسلامي: التنازل عن الحق بعد وجود سببه ووجوبه تنازل صحيح، لأنه تنازل فيما ثبت لصاحبه الحق شرعاً، وفيما من حقه أن يملكه في حينه، وذلك كتنازل الوارث عن حقه في التركة بعد وفاة المورث، فإن حقه بعد وفاة المورث ثابت وواجب مع وجود سببه. د. محمد الزحيلي: المرجع السابق ج 5 ص 334.

ووفقاً للقاعدة إذا لم يكن الحق موجوداً⁽¹⁾ وثابتاً، أو كان موجوداً ولكنه محل نزاع⁽²⁾، فإنه لا يكون ثابتاً ومن ثم لا يجوز النزول عنه⁽³⁾، إلا بعد ثبوته بحكم وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي صراحة وفقاً للمادة 1348 من القانون المدني الجديد والتي نصت على أنه "يجوز أن تقع المقاصة عن طريق القضاء، فمع أن أحد الالتزامات مؤكد إلا أنه لم يكن خالياً من النزاع أو مستحقاً الأداء، تنتج المقاصة حينئذ آثارها من تاريخ الحكم بها ما لم يكن قد تقرر غير ذلك". فالمقاصة تقع من تاريخ الحكم بها الذي يصدر بناء على طلب المدعي عليه بعد تقدير حقوق كل من

(1) ومع ذلك يجوز استثناءً في حالات النزول عن الحق قبل وجوده، في هذه الحالات، انظر: د. جلال العدوي: المقال ص 195 وما بعدها. د. الأنصاري النيداني: التنازل عن الحق في الدعوى، ص 87 - 90.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن رقم 20/87 ق نقض 1952/3/20. طعن 25/330 ق نقض 1960/3/10.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "تنازل المضرور من حادث السير عن التعويضات التي يستحقها بسبب الفصل الضار أمام الشرطة وقبل اكتمال التقارير الطبية عن إصاباته تنازل غير معتبر ولا يمنعه لاحقاً من المطالبة بالتعويضات أمام المحكمة. علة ذلك أن التنازل صحيح، والصلح في المعاوزات لا يصح إن كان العوض مجهول القيمة جهالة فاحشة. وعدم صدور التقارير النهائية بالإصابات يجعل مقدار التعويض عنها مجهولاً جهالة فاحشة" طعن مدني عماني رقم 2017/422 جلسة 2017/11/12 مجموعة الأحكام السنة 17، 18 ص 423.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه باكتمال مدته، عدم جوازه، جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل، هذا النزول يقطع التقادم على اعتبار أنه إضرار من المدين" طعن مدني 46/14 ق نقض 1979/1/9 مجموعة الأحكام السنة 30 ص 137. طعن مدني رقم 34/577 ق نقض 1969/1/30 مجموعة الأحكام السنة 20 ص 210.

الخصمين⁽¹⁾. والحكم بإصداره يحل محل الحق ويكون هو المتداول، ليصبح هو المحل الذي يرد عليه النزول متى اتجهت إليه إرادة المحكوم له.

89 - والحكم بإصداره يعد هو المحل الذي يرد عليه النزول، ولا يكون محلاً للنزول إلا بوجوده. ويعد الحكم موجوداً⁽²⁾، من لحظة النطق به⁽¹⁾. أما قبل ذلك

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " المقرر - في قضاء النقض - أن المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض يقدمه المدعي عليه رداً على دعوى خصمه طبقاً للمادة 125 مرافعات، ليحكم فيه بعد تقدير حقوق كل من الخصمين" طعن مدني 67/279 ق نقض 1998/5/25 مجموعة الأحكام السنة 49 ص 453. طعن مدني رقم 58/257 ق نقض 1990/2/25 مجموعة الأحكام السنة 41 ص 591. طعن مدني رقم 51/96 ق نقض 1984/12/16 مجموعة الأحكام السنة 35 ص 2012. طعن مدني رقم 31/362 ق نقض 1966/2/3 مجموعة الأحكام السنة 17 ص 247.

(2) في ربط وجود الحكم بلحظة النطق به انظر: د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 380 بند 142. د. نبيل عمر: الحكم القضائي 2016 دار الجامعة الجديدة ص 50. د. أحمد هندي: أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق 2005 دار الجامعة الجديدة ص 19 وما بعدها بند 3. د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي 2002 دار النهضة العربية ص 244 بند 264. المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية المجلد الثاني ص 679 بند 275. د. عصمت عبد المجيد: المرجع السابق ص 716.

Vincent, et Guinchard: op. cit., P. 733 N. 1235; Glasson, Tissier et Moral: op. cit., T. 3, P. 38, N. 743.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " لما كان الحكم بالتطبيق معلقاً إلى صيرورة الحكم نهائياً فإن المطعون ضدها تعتبر خارجة من عصمة الطاعن مستقبلة لعدتها الشرعية اعتباراً من تاريخ النطق بهذا الحكم".

طعن عُمانى رقم 2014/112 - أحوال شخصية - جلسة 2015/2/8 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 15، 16 ص 5.

وحتى هذه اللحظة، فإن الحكم وإن كتبت مسودته لايوجد قانوناً، لأنه طالما لم ينطق به، يمكن لأي من القضاة الذين اشتركوا في المداولة العدول عن رأيه، وقد يحدث العدول من أحد القضاة، مما يؤدي إلى جعل الأغلبية في الجانب الآخر.

ويستوي في النطق بالحكم لوجوده ومن ثم يكون محلاً للنزول عنه، أن تكون المحكمة نطقت به عقب إنتهاء المرافعة⁽²⁾، أو في جلسة أخرى قريبة تحدها⁽³⁾، تطبيقاً للمادة 171 مرافعات أو في جلسة سابقة على الجلسة التي كانت حددتها للنطق بالحكم⁽⁴⁾. ففي أية جلسة من هذه الجلسات، طالما نطقت المحكمة بالحكم

(1) لأن النطق بالحكم يعد ويتضمن أهم أجزاءه، ففيه يتجسد قرار المحكمة، وعن طريق يتم حسم المنازعات، وإقرار الحقوق، وبمقتضاه يتم التنفيذ الجبري، وضده يوجه الطعن، ونتيجة له تستنفد المحكمة التي أصدرته ولايتها وبه تلتصق الحجية. انظر: د. أحمد هندي: المرجع السابق ص 8 وما بعدها بند 1؛ د. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه 1971 دار النهضة العربية ص 23 بند 7.

(2) د. أحمد هندي : التعليق على قانون المرافعات ج 3 ص 398؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 245.

(3) د. أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام، ص 64 وما بعدها بند 38؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 246 وما بعدها بند 268 وما بعده. طعن مدني 37/472 ق نقض 1973/3/8 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 185، طعن 32/362 ق نقض 1967/1/24 مجموعة الأحكام السنة 18 ص 47.

(4) حيث يجوز للمحكمة أن تعجل النطق بالحكم إلى جلسة سابقة على الجلسة التي حددتها للنطق به، ولكن هذا التعجيل يتم وفق شروط وضوابط معينة. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 248 - 250 بند 271. د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص 67 بند 38 مكرر. المؤلف: المرجع السابق، ص 681 بند 275.

اعتبر موجوداً، ويكون محلاً للنزول، مادام الحكم لم ينفذ أو يسقط بالتقادم. أما إذا لم تنطق المحكمة بالحكم، فينعدم وجوده، لأنه لا يوجد حكم شفوي، ومن ثم لا يكون هناك محل يرد عليه النزول، وإذا حدث فيكون وارد على عدم لانعدام محله.

90 - وإذا كان الحكم القضائي يعد موجوداً من لحظة النطق به، فعلى العكس الحكم التحكيمي يعد موجوداً بمجرد كتابته والتوقيع عليه مادة 43 تحكيم مصري ولو لم ينطق به ما لم يتفق الأطراف على النطق به، فيعد موجوداً من لحظة النطق به⁽¹⁾. أما أمر الأداء يعد موجوداً من وقت إصداره والتوقيع عليه وفقاً لمفهوم المخالفة لنص المادة 204 مرافعات إذا التوقيع هو الذي يدل على صدور الحكم ممن صدر منه⁽²⁾.

ويكمل كون الحكم موجوداً، أن يكون قضي بحق للمحكوم له المتنازل، ويكون المحكوم عليه ملزم بمقتضى هذا الحكم بأداء هذا الحق أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، ودون أن يمتد المحل الذي يرد عليه النزول إلى ما قضي به على المحكوم

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن رقم 68/381 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/6/12 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 600. طعن مدني رقم 29/81 ق نقض 1964/1/16 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 86. طعن مدني رقم 28/295 ق نقض 1963/4/10 مجموعة الأحكام السنة 14 ص 504. طعن مدني رقم 27/257 ق نقض 1962/1/31 مجموعة الأحكام السنة 13 ص 141.

(1) المؤلف: الوجيز في التحكيم ص 165 وما بعدها.

(2) الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية - المجل الثاني ص 758 بند 299.

له، لأن النزول قاصر على ما قضي له به، أو شق منه، لأن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به.

91 - 3 - سبب النزول عن الحكم: والسبب وفقاً للنظرية الحديثة لدى فقه القانون المدني⁽¹⁾، هو الباعث أو الدافع الذي يحمل المتعاقد على التعاقد أو إبرام التصرف. ومن ثم فالسبب في النزول عن الحكم هو الباعث أو الدفع الذي دفع المحكوم له إلى النزول عن الحكم أو شق منه. فهو سبب شخصي أو ذاتي يعود إلى المحكوم له وما حمله شخصياً على النزول، وهو لذلك لا يمكن أن يكون الباعث واحد، فهو يختلف من شخص إلى آخر وبحسب الدوافع الخاصة به، بل من حكم إلى آخر، ولذا فهو عنصر خارجي عن الحكم، فهو عنصر شخصي يختلف باختلاف البواعث الخاصة بالمحكوم له. فقد يكون الباعث إلى النزول هو الإبقاء على صلة الرحم أو الموادة بينه وبين المحكوم عليه⁽²⁾. وقد يكون الباعث تحقيقاً لمصلحة شخصية مادية كما لو كان الدافع هو للتخلص من التكاليف التي

(1) د. السنهوري: الوسيط الجزء الأول المجلد الأول ص 451 وما بعدها بند 276 وما بعده. د. نبيل سعد: مصادر الالتزام ص 223 وما بعدها. د. محمد حسن قاسم: المرجع السابق ص 334 وما بعدها. طعن مدني رقم 28/302 ق نقض 1963/10/24 مجموعة الأحكام السنة 14 ص 967.

(2) طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22. طعن شرعي عُماني رقم 2013/34 جلسة 2014/6/8 مشار إليهما سابقاً.

قد يدفعها المحكوم لتنفيذ الحكم، أو التخلص من مصاريف الطعن إذا طعن على الحكم⁽¹⁾. وقد يكون الباعث على النزول أدبي⁽²⁾.... وهكذا.

فالسبب ركن⁽³⁾، في النزول عن الحكم كتصرف قانوني أحادي الجانب، ممثلاً في الباعث الرئيسي الدافع إلى النزول، وينظر إلى توافره أو العكس عدم توافره إلى وقت النزول عن الحكم، فإذا صدر صحيحاً يتوافر سببه، ولا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده.

(1) نقض 1964/5/28 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 758.

Cass. Com. 26 Nov. 1979 مشار إليهما سابقاً.

(2) إدارية عليا قضية رقم 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 مشار إليه سابقاً.

(3) فالسبب كركن في التصرف القانوني له أهميته التي لا يمكن بحال إهمالها، فالمشعر الفرنسي في القانون المدني الجديد 2016 رغم استبداله لمصطلح السبب بمصطلح مضمون العقد وفقاً للمادة 1128، إلا أنه أبقى على السبب ضمناً في تطبيقات عديدة المواد 135، 1162، 1169، 1170 مدني، مما يدل على أهمية السبب كركن في التصرف القانوني لا يغني البحث عنه بفكرة أخرى رغم غموض فكرة السبب. ولعل كانت رغبة المشعر في استبداله لمصطلح السبب بمصطلح مضمون العقد فذلك ليوافق ما قام به في قوانين أخرى باستبداله لمصطلح السبب بمصطلح أساس الادعاء كما هو وارد بنص المادة 3/12، 565 مرافعات أو ليوافق ما قامت به بعض التشريعات بهذه الخطوة. انظر:

Jan M. Smits et Caroline Calomme: The reform of the French law of obligations: les jeux sont faits Maastricht. European private law institute waasking Paper 2016, 5. orticle puble sur le site suivant.

ويجب أن يكون الباعث إلى النزول عن الحكم مشروعاً، سواء كان النزول تبرعاً أو بعوض. فإذا كان الباعث غير مشروع كان النزول باطلاً، كما لو نزل المحكوم له عن الحكم الصادر له بالإخلاء ضد المستأجر لعدم سداد الأجرة، على أن يقوم المحكوم عليه بإعداد العين المؤجرة كدار للأعمال المنافية للأداب العامة. أو ينزل المحكوم له عن الحكم الصادر لصالحه ضد امرأة حتى يبقى على العلاقة غير المشروعة التي تربطها به، فالنزول عن الحكم في الحالتين يكون باطلاً لعدم مشروعية النزول.

المطلب الثاني

شروط صحة النزول عن الحكم وجزاء تخلفها

92 - تمهيد :

النزول عن الحكم تصرف إرادي يشترط لصحته توافر شروط معينة، ويترتب على تخلفها البطلان ومع اعتماد هذا الجزاء، إلا أنه يمكن الحد منه بإجازة هذا النزول. في فرعين نتعرض إليهما تباعاً.

الأول: شروط صحة النزول.

الثاني: الجزاء المترتب على تخلف شروط صحة النزول والحد من الجزاء.

الفرع الأول

شروط صحة النزول

93 - تمهيد:

النزول عن الحكم كتصرف قانوني أحادي الجانب يشترط فيه ما يشترط في أي تصرف قانوني. فيجب أن يصدر ممن يملكه، وأن تكون إرادته خالية من العيوب. وأن تتوافر لديه الأهلية اللازمة للنزول عن الحكم، ودون أن يشترط لصحة هذا النزول الكتابة. وهو ما نتناوله تباعاً على النحو التالي:

94 - الشرط الأول: أن يصدر النزول ممن يملكه⁽¹⁾. سواء ممن صدر لصالحه الحكم، أو من ممثله القانوني - الولي - أو القضائي - الوصي أو القيم - أو الاتفاقي، الوكيل. ذلك على النحو التالي:

95 - 1 - صدور النزول ممن صدر الحكم لصالحه بنفسه: لا يكون النزول صحيحاً منتجاً لآثاره إلا إذا صدر ممن صدر الحكم لصالحه وهو المحكوم له⁽¹⁾،

(1) وقضي تطبيقاً لذلك "الأصل أن التنازل الذي ينتج أثره هو ذلك الذي يصدر ممن يملكه التنازل المقدم إلى قلم كتاب محكمة القضاء الإداري من مندوب الجهة الإدارية بأنه لن يطعن في الحكم مثار الطعن وهو لا يملك هذا التنازل قانوناً ولم يثبت أنه فوض فيه فإن هذا التنازل والأمر كذلك لا يعتد به في مواجهة الإدارة" - إدارية عليا طعن رقم 17/344 ق جلسة 1973/6/23 مجموعة المبادئ السن 18 ص 161. إدارية عليا طعن 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 مجموعة المبادئ السنة 13 ع 1 ص 27.

فهو وحده⁽²⁾، الشخص الذي تعود عليه منفعة الحكم، كما أنه صاحب الحق في إجراء تنفيذه⁽³⁾، إذا كان الحكم بإلزام مادة 181 مرافعات. وعلى الوجه المقابل لعدم تنفيذ الحكم، يجوز لمن صدر لصالحه النزول عنه متى اتجهت إرادته لذلك، يستوي في ذلك كون المحكوم له واحد، أو كانوا متعددون، وحالة تعددهم يجوز النزول من إحداها دون الباقيين، أو من البعض دون البعض الآخر، ودون أن يكون لنزول إحداها أثر على الآخرين.

وقضي تطبيقاً لذلك⁽⁴⁾ "بأن مؤدى نص المادة 145 مرافعات عودة المراكز والأوضاع القانونية التي رتبها الحكم المتنازل عنه إلى سابق وضعها الذي كانت

(1) ويتعين ذكر اسمه في الحكم وإلا كان باطلاً، ودون أن يغني عن بيان ذكر اسم المحكوم له، إيمان معرفته من ورقة أخرى نقض 1968/4/24 مجموعة الأحكام السنة 19 ص 830. ما لم يكن الحكم قد أحال إلى أسباب الحكم الابتدائي المطعون فيه، وكان هذا الأخير قد بين في أسبابه اسم الخصم، مما يؤدي إلى عدم التشكيك في شخصه. طعن مدني رقم 49/43 ق نقض 1980/2/4.

(2) ودون أن يمتد إلى من يختصم في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته دون أن يوجه طلباً أو يوجه إليه طلباً. طعن مدني رقم 44/223 ق نقض 1979/1/10. نقض 1971/5/25 مجموعة الأحكام السنة 22 ص 681. إدارية عليا طعن 17/344 ق جلسة 1973/6/23 مجموعة المبادئ السنة 18 ص 161.

(3) طعن مدني رقم 67/1278 ق نقض 1998/7/1.

(4) طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1. طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3. إدارية عليا الطعن رقم 39/1735 ق جلسة 1996/3/26. إدارية عليا طعن رقم 32/353 ق جلسة 1990/1/13 - إدارية عليا طعن رقم 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 مشار إليها سابقاً .

عليه قبل رفع الدعوى و صدور الحكم المتنازل عنه بحيث يعود المحكوم له الذي تنازل عن الحكم إلى مركزه القانوني الذي كان عليه قبل صدور الحكم ...".

وقضي بأنه⁽¹⁾ " إذا كان مؤدى نص المادة 145 مرافعات أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، وانقضاء الخصومة بشأنه، إلا أنه إذا تعدد المحكوم لهم في موضوع غير قابل للتجزئة، وتنازل أحدهم عن الحق، فإن أثر هذا التنازل يقتصر عليه وحده، وينشئ بالنسبة له دعواً بعدم قبول الطعن المرفوع عنه، كما ينشئ دعواً بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق الثابت به، وهما من النظام العام، ودون أن يؤثر هذا التنازل على حقوق باقي المحكوم لهم، ولا يترتب عليه انقضاء الخصومة الصادر فيها هذا الحكم".

96 - 2 - صدور النزول من الممثل القانوني - الولي أو الوصي. إذا لم يكن المحكوم له أهلاً للنزول، فلا يتم النزول عن الحكم إلا من ممثله. ونظراً للمغايرة فيما يتعلق بنزول الولي عن الوصي، فنعرض لموقف كل منهما على حدة:

97 - أولاً - فيما يتعلق بالولي: يختلف بين ما إذا كان ما يقوم به الولي عمل من أعمال التبرع، أم كونه عملاً من أعمال التصرف.

أ - إذا كان نزول الولي يتضمن إسقاط حق للقاصر في ذمة الغير فإن نزوله يعد عمل من أعمال التبرع، وهو ما لا يجوز للولي القيام به إلا لأداء واجب إنساني أو

(1) طعن مدني رقم 57/871 ق نقض 1989/6/7.

عائلي وبإذن من المحكمة إعمالاً للمادة الخامسة من قانون الولاية على المال 119 لسنة 1952، ووفقاً لذلك لا يجوز للولي النزول عن الحكم الصادر بالأجرة أو بالثمن أو بالدين، إلا أن يكون هذا النزول لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة.

وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁾ بأن " النص في المادة السابقة من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال، مؤداه أن الولي إذا تنازل عن حقوق القاصر المشمول بولايته دون إذن المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته ولا تتصرف آثاره إلى القاصر، فلا يجوز للولي دون إذن المحكمة التنازل عن حق القاصر الشخصي في الانتفاع بالعين المؤجرة الناشئ عن امتداد عقد الإيجار بحكم القانون". وللقاصر عند بلوغه سن الرشد⁽²⁾، المطالبة ببطلان هذا النزول⁽³⁾.

ب - إذ لم يتضمن النزول عن الحكم إسقاط حق للقاصر في ذمة الغير، فإن النزول يعد عملاً من أعمال التصرف، فلا يجوز للولي القيام به دون إذن المحكمة إذا ما كان الحكم يتعلق بعقار، وكان المتنازل له هو الأب أو زوجته أو لأقاربه أو أقارب زوجته إلى الدرجة الرابعة. كما لا يجوز للولي النزول عن الرهن الوارد على

(1) طعن مدني رقم 61/5235 ق نقض 1999/5/26 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 1 ص 712.

(2) طعن مدني رقم 3/1902 ق نقض 1989/3/22 مجموعة الأحكام السنة 40 ج 1 ص 820.

(3) انظر فيما يلي بند 117 وما بعده.

عقار القاصر لدين على نفسه⁽¹⁾، إعمالاً للمادة السادسة من القانون 119 لسنة 1952. كذلك لا يجوز له النزول عن الحكم الصادر بأحقية القاصر في عقار أو محل تجاري أو أوراق مالية متى زادت قيمته على ثلاثمائة جنيهه إلا بإذن المحكمة إعمالاً للمادة السابقة من القانون السابق⁽²⁾.

أما إذا كان الحكم محل النزول لا يتعلق بالتصرف في عقار كالحكم بالإخلاء أو التقادم أو بالفسخ ولو ترتب على النزول استبقاء للالتزام قديم في ذمة القاصر. أو كان النزول لمجرد نزول عن حق إرادي كالنزول عن الحكم

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " إذا كان الدفع ببطلان التصرف الصادر من الولي فيما يملكه القاصر من ماله، وفقاً للمادة السابعة من القانون 119 لسنة 1952 هو دفع جوهرى يتغير به وجه الرأي في الدعوى ويتعين على المحكمة أن تتناوله بالبحث والتمحيص، وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان التنازل سند الدعوى لصدوره من والده بصفته ولياً شرعياً عليه إلى زوجته دون إذن المحكمة، ورغم أن العين محل النزاع تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه أنفقها من ماله الخاص، وهو دفاع جوهرى من شأنه إن صح تغيير وجه الرأي في الدعوى، وإذ لم يعرض الحكم لهذا الدفاع ولم يتناوله بالبحث والتمحيص، فإنه يكون معيباً" طعن 61/5235 ق نقض 1999/5/26 مشار إليه سابقاً.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " يدل النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام والولاية على المال على أن الصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله، فلا يملك الصلح على الحقوق، إلا أنه يجوز لوليّه إذا كان هو الأب أن يصلح على حقوقه، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذ كان محل الصلح عقاراً أو محلاً تجارياً أو أوراقاً مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيهه" طعن مدني رقم 70/3101 ق.

نقض 2001/6/5 مجموعة الأحكام السنة 52 ق ج 2 ص 817. طعن مدني رقم 64/6677 ق نقض 1996/3/12 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 460. طعن رقم 58/1020 ق نقض 1990/2/7 مجموعة الأحكام السنة 41 ق ص 465.

بالشفعة⁽¹⁾. فنرى مع البعض⁽²⁾، أنه يجوز النزول دون الحصول على إذن من المحكمة.

ولكن إذا كان القائم بالنزول هو الجد فلا يجوز له ذلك بغير إذن المحكمة تطبيقاً للمادة 15 من قانون الولاية على الحال، والتي تنص على أنه " لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها".

98 - ثانياً: فيما يتعلق بالوصي: حيث تنص المادة 13/39 من قانون الولاية على المال "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات التي من شأنها التنازل عن الحقوق والدعاوي وقبول الأحكام القابلة للطعون غير العادية في الأحكام". وشأن الوصي القيم حيث يسري على القوامة الأحكام المقررة في شأن الوصاية وفقاً للمادة 78 من القانون السابق. وتطبيقاً لذلك لا يجوز للوصي ولا للقيم النزول عن الحكم الصادر لصالح القاصر المشمول بالوصاية أو القوامة، يستوي في النزول كونه عملاً من أعمال التبرع، كما لو كان النزول يتضمن إسقاط حق للقاصر في ذمة الغير⁽³⁾،

(1) في تطبيق ذلك انظر: طعن رقم 51/1477 ق نقض 1984/12/30. طعن رقم 48/1478 ق نقض 1982/11/11 نقض 1981/6/24 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 1935.

(2) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 115.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " إذا كان البين من الأوراق أنه بموجب الإقرار المؤرخ 1981/7/6 تنازلت ولدة الطاعنين - بصفتها وصية عليهما - عن عقد إيجار العين محل النزاع للمالك بعد وفاة المستأجر الأصلي مورثهم عام 1980 دون إذن من المحكمة المختصة، فإن هذا

كالنزول عن الحكم بالأجرة أو بالقرض أو بالثمن. أو كان النزول يعتبر عملاً من أعمال التصرف، ولو ترتب عليه استبقاء الالتزام قديم في ذمة القاصر، ودون أن يؤدي إلى إسقاطه حق له في ذمة الغير⁽¹⁾، كالنزول عن الحكم الصادر له بالإخلاء أو بالتقادم. أو كان النزول لا يتضمن إسقاط لحق القاصر في ذمة الغير، كما لا يتضمن استبقاء لالتزام قديم في ذمته، وإنما مجرد تنازل عن حق إرادي محض. ففي جميع الأحوال لا يجوز للوصي ولا للقيم النزول إلا بعد استئذان

التنازل يكون قد وقع باطلاً ولا يسري في حق القاصرين المذكورين الذين تمسكا أمام محكمة الموضوع بهذا البطلان، مما يتعين معه القضاء بعدم نفاذ التصرف من الوصية لا يستلزم صدور إذن مسبق من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال باعتبار أن عقد إيجار العين لا يدخل ضمن أموال الشركة التي آلت للطاعنين عن مورثهما - المستأجر الأصلي - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" طعن مدني رقم 61/1644 ق نقض 1995/3/22 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 516. طعن رقم 55/1165 ق نقض 1991/4/4 مجموعة الأحكام السنة 42 ج 1 ص 875 - طعن مدني 51/872 ق نقض 1982/5/13 مجموعة الأحكام السنة 33 ج 1 ص 517.

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "النص في المادة 39 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال مفاده أنه لا يجوز للوصي إلا بإذن من المحكمة إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني أو مدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد بأكثر من سنة" طعن مدني 61/4194 ق نقض 1998/1/10 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 1 ص 75.

المحكمة⁽¹⁾. ولو كان أي منهما قد تعهد بالحصول على هذا الإذن وقصر في ذلك⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽³⁾ بأنه " لما كان مفاد نص المادة 39 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع حظر على الوصي مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ومن بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق فإنه ينبغي على ذلك أن الوصي إذا باشر تصرفاً من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته القانونية عن القاصر، ويكون هذا التصرف

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن القيم يعتبر متجاوزاً حدود سلطته متنازلة عن حق محجور في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه جزئية كانت أو كلية حسب القانون، وفي نظره أمام جميع درجات التقاضي، ذلك التنازل الذي لا يملكه القيم إلا بإذن من المجلس الحسبي لما فيه من الأضرار بالمحجوز عليه قياساً على الصلح الذي أوجبه القانون صراحة في المادة 21 من قانون المجالس الحسبية الإذن به وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق طعن مدني رقم 10/7 ق نقض 1940/5/16 لدى الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 118.

(2) طعن مدني رقم 32/304 ق نقض 1966/5/12 مجموعة الأحكام السنة 17 ج 3 ص 1106. نقض مدني 1965/1/21 مجموعة الأحكام السنة 16 ص 73. نقض 1964/1/23 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 131.

(3) طعن مدني رقم 54/1078 ق نقض 1992/1/5 مجموعة الأحكام السنة 43 ق ج 1 ص 107. طعن مدني 52/2143 ق نقض 1986/12/10 مجموعة الأحكام السنة 37 ج 2 ص 963. طعن مدني 49/1640 ق نقض 1983/11/10 مجموعة الأحكام السنة 34 ج 2 ص 1567.

باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر لتعلقه في هذه الحالة بأهلية ناقصة، أوجب القانون إذن المحكمة لتكتمتها، فإذا صدر الإذن اكتملت للعقد شروط صحته وارتد أثر الإذن إلى تاريخ إبرام العقد، فإذا تضمن الإذن شروطاً معينة ونفذ بعضها دون البعض فليس مؤدى ذلك تعليق نفاذ العقد طالما أن ما لم ينفذ من الشروط كان الغرض منها حفظ حق القاصر قبل ا لمشتري والوصي ولم يكن الغرض منها تعليق البيع على شرط واقف".

99 - 3 - صدور النزول من الوكيل يستلزم وكالة خاصة: تنص المادة 702 مدني على أنه " 1 - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء". كما نصت المادة 76 مرافعات على أنه " لا يصلح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعي به ولا التنازل عنه ولا ولا التنازل عن الحكم ولا أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويض خاص". فلا بد إذن من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف، ومنها النزول عن الحكم، ولا تجوز فيه الوكالة العامة⁽¹⁾. ولكن هل يلزم تعيين محل النزول في الوكالة، وتحديد نطاقها، في مسألتين نتعرض إليهما تبعاً على النحو التالي:

(1) وقضي تطبيقاً لذلك بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - لما كان مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 702 من القانون المدني والمادة 76 من قانون المرافعات أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطوياً على تصرف قانوني هو النزول عن حق فإنه يعد عملاً من أعمال التصرف التي يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن

100 - أولاً - مدى ضرورة تعيين محل النزول في الوكالة: تنص المادة 2/702 مدني على أن "الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات". وبتطبيق ذلك على النزول عن الحكم كعمل من أعمال التصرف يقتضي التفرقة بين ما إذا كان هذا النزول يعد عملاً تبرعياً أو لا يعد عملاً تبرعياً، ليستلزم التخصيص في الأولى دون الثانية⁽¹⁾.

101 - أ - تعيين المحل على وجه التخصيص إذا كان النزول عن الحكم عملاً تبرعياً: فإذا كان النزول يتضمن إسقاط حق للموكل المحكوم له في ذمة المحكوم عليه أو الغير، كان هذا العمل عملاً تبرعياً، كالنزول عن الحكم الذي قضى بإلزام

توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التقويض". طعن إيجارات رقم 77/10270 ق نقض 2019/3/16 البوابة. طعن مدني 64/6714 ق نقض 2010/12/26 طعن مدني رقم 79/2608 ق نقض 2010/5/11 مجموعة الأحكام السنة 61 ص 672. طعن مدني 57/74 ق نقض 1990/1/25 مجموعة الأحكام السنة 41 ج 1 ص 258. طعن مدني رقم 35/258 ق نقض 1969/5/15 مجموعة الأحكام السنة 20 ج 2 ص 2794. طعن مدني رقم 32/185 ق نقض 1966/11/15 مجموعة الأحكام السنة 17 ج 4 ص 1694. إدارية عليا طعن رقم 56/23375 ق جلسة 2010/12/11 مجموعة المبادئ السنة 55، 56 ق ص 755. محكمة القضاء الإداري - دائرة المنازعات الاقتصادية - دائرة 9 دعوى رقم 69/24363 ق جلسة 2015/4/18.

(1) ومبرر التفرقة ومبناه أن التبرعات أشد خطورة في المعاوزات. فيجب أن يكون التوكيل فيها محددًا تحديداً أدق من التحديد في المعاوزات، فيعين نوع التصرف ومحله معاً حتى لا تطلق حرية الوكيل في التبرع بمال موكله كما يشاء.

انظر: د. السنهوري: الوسيط ج 7 المجلد الأول. ص 442 بند 241.

وقضي بأنه⁽¹⁾ " إذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه في ميراث ولم يعين في عقد الوكالة المال الذي انصب عليه التبرع بالذات، فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده في ذات سند التوكيل".

102 - ب - لا يستلزم تعيين المحل على وجه التخصيص إذا لم يكن النزول عن الحكم من أعمال التبرع: كما لو كان النزول لا يؤدي إلى إسقاط حق للمحكوم له في ذمة المحكوم عليه أو الغير، فإن النزول لا يعتبر عملاً تبرعياً، لذلك فإن الوكالة بالنزول لا تحتاج إلى بيان محل النزول، فتكون الوكالة خاصة في نوع التصرف عامة في محله. فالوكالة في النزول عن الحكم الصادر بالفسخ أو بالتطبيق لا تحتاج إلى بيان محل النزول.

وتطبيقاً لذلك قضي بأن⁽²⁾ "تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف الصادر بالفسخ والتسليم تقضي المحكمة بإثبات التنازل وانتهاء الخصومة". وقضي بأن⁽³⁾ "إقرار المطعون ضده بعودة الطاعنة لمنزل الزوجية وتنازله عن الحكم المطعون

(1) نقض مدني 8 نوفمبر 1962 مجموعة الأحكام 13 رقم 149 ص 977. نقض مدني أول إبريل 1937 مجموعة عمر 2 رقم 49 ص 141. استئناف مختلط 3 فبراير 1915 م 27 ص 146 - 24 مارس 1926 م 28 ص 306 - 31 يناير 1935 م 47 ص 141 لدى السنهوري: المرجع السابق، ص 441 وما بعدها. نقض 1971/1/2 مجموعة الأحكام السنة 22 ص 100.

(2) طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1 مشار إليه سابقاً.

(3) طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22 مشار إليه سابقاً.

فيه، يجعل الحكم المطعون فيه غير قائم، ومن ثم يصبح الطعن المرفوع غير مقبول.

103 - ثانياً - تحديد نطاق الوكالة الخاصة: تنص المادة 702 مدني على أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء وهي وإن اقتصرت على عمل معين فهي تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقاً لطبيعة الأشياء والعرف الساري".

ووفقاً لذلك يجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من التصرفات، كما يجوز أن تشمل على طائفة منها، ولكن يجب في الحالة الأخيرة أن تبين الوكالة على وجه التحديد كل نوع من أنواع التصرفات التي تدخل فيها. فتنعقد الوكالات الخاصة بتعدد أعمال التصرف وإن كان يضمها جميعاً ورقة واحدة⁽¹⁾. ولكن ما سكنت الوكالة عن ذكره في معرض التخصيص يكون خارج حدود الوكالة⁽²⁾. وبعد تحديد مدى سعة الوكالة تفسيراً لمضمونها، مما يضطلع به

(1) د. السنهوري: المرجع السابق، ص 440 بند 241.

(2) طعن مدني رقم 54/590 ق نقض 1984/11/13 مجموعة الأحكام السنة 35 ص 751. طعن مدني عُماني 2003/109 جلسة 2003/11/17 مجموعة أحكام المحكمة العليا لغاية 2003/12/31 ص 248.

قاضي الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام تفسيره مما تحتمله عبارة سند الوكالة بغير فسخ⁽¹⁾.

104 - ومن تطبيقات ذلك: أ - الوكالة بالنزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به: فإذا وكل المحكوم له شخص في النزول عن الحكم الصادر لصالحه، فإن هذه الوكالة تتسع لتشمل الحق الثابت بهذا الحكم ولو لم تتضمن ورقة الوكالة ذلك، بل تتسع الوكالة لتشمل توابع هذا الحكم وما رتبته من آثار ليعود المحكوم له بالنزول عن الحكم إلى سابق وضعه الذي كان عليه قبل رفع الدعوى وصدور الحكم المتنازل عنه.

وتطبيقاً لذلك قضي بأن⁽²⁾ "المادة 145 مرافعات والتي تنص على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به - مؤدى هذا النص - عودة المراكز والأوضاع القانونية التي رتبها الحكم المتنازل عنه إلى سابق وضعها الذي كانت عليه قبل رفع الدعوى وصدور الحكم المتنازل عنه بحيث يعود المحكوم له الذي تنازل عن الحكم إلى مركزه القانوني الذي كان عليه قبل صدور الحكم ...".

(1) طعن مدني رقم 50/957 ق نقض 1984/5/31. طعن مدني رقم 58/3091 ق نقض 1993/2/11 مجموعة الأحكام السنة 44 ص 563. إدارية عليا طعن 56/23375 ق جلسة 2010/12/11 مجموعة المبادئ السنة 55، 56 ص 655.

(2) إدارية عليا طعن رقم 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مشار إليه سابقاً.

105 - ب - الوكالة للقيام بتصرف أو النزول عن حق تتسع لرفض هذا التصرف أو النزول عن هذا الحق: فالتفويض بالصلح يستتبع التفويض برفضه، باعتبار أن تمام الصلح أو على العكس رفضه وجهين لتصرف واحد، وقضي بأنه⁽¹⁾ "لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن وكيل المطعون عليها المفوض بالصلح قد رفضه، فإن ذلك يكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

106 - ج - الوكالة بالصلح لا تتسع للوكالة بالنزول عن الحق أو بالنزول عن الحكم: التصرفات المتشابهة والتي تحتاج إلى وكالة خاصة. الوكالة في واحد من هذه التصرفات لا تتسع للوكالة في غيرها⁽²⁾. فالوكالة في الصلح⁽³⁾، لا تخول للوكيل السلطة في النزول عن دعوى الدين، كما لا تخول له النزول عن الحكم الذي صدر في هذه الدعوى كما لا تخول هذه الوكالة النزول عن الحكم بالتعويض.

(1) طعن رقم 42/483 ق - أحوال شخصية - نقض 1981/11/30 مجموعة الأحكام السنة 32 ص 2169. طعن رقم 45/1052 ق - أحوال شخصية - نقض 1980/3/5 مجموعة الأحكام السنة 31 ص 752. طعن رقم 48/45 ق - أحوال شخصية - نقض 1980/12/23 مجموعة الأحكام السنة 31 ص 2115.

(2) الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في الأمور المحددة فيها. انظر: د. السنهوري: المرجع السابق، ص 442 - 445 والأحكام المشار إليه. وقضي بأنه "... ليس للوكيل أن يتعد على ما وكل عليه لأنه لم يؤكل في الإقرار...". طعن شرعي عُمانى رقم 2014/41 جلسة 2014/7/22 مجموعة الأحكام السنة 13، 14 ص 48.

(3) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 123.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأنه " إذا خلت عبارة التوكيل عن النص على التنازل عن الحقوق، ولكنها كانت صريحة في تخويل الوكيل إجراء الصلح، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه، فهذا لا يكون تنازلاً محضاً من طرف واحد، وإنما هو صلح مما يتسع له حدود التوكيل".

وقضي بأنه⁽²⁾ " لما كان الحكم المطعون فيه قدر التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق القصر بمبلغ خمسمائة جنيه لكل منهم وهو ذات ما قضي به الحكم الابتدائي لهم ومن ثم فإن التخالص والتنازل المؤرخ في لم يتضمن تنازل المطعون ضده الأول بصفته ولياً على القصر على شئ من حقهم في التعويض المستحق بل اقتصر - في حقيقته - على قبض المستحق لهم فيه فلا يتطلب الحصول على إذن المحكمة، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واطرح ذلك الإيصال ولم يقضي في موضوع الاستئناف وفقاً لما تضمنه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(1) نقض مدني 18 نوفمبر 1943 مجموعة عمر 4 رقم 78 ص 219. لدى السنهوري ص 440 حاشية رقم 1 ونفس الحكم في مجموعة القواعد القانونية في 25 عاماً ص 1236 قاعدة 20 لدى أحمد هندي: التعليق ج 2 ص 44.

(2) طعن مدني رقم 64/6677 ق نقض 12/3/1996 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 460.

وقضي بأنه⁽¹⁾ "لما كانت المادة 31 من قانون الشركات رقم 26 لسنة 1954 بشأن شركات المساهمة تعطي مجلس إدارة الشركة سلطة إجراءات التسويات والصلح والتنازل عن التأمينات. إلا أنها لم تخول له سلطة التنازل عن الديون لتعارض ذلك مع الغرض التي قامت الشركة من أجله".

107 - الشرط الثاني: يجب أن تكون إرادة من يملك النزول صحيحة غير معيبة: وما يعيب الإرادة بصفة عامة هي عوارض نفسية تؤثر في إرادة من له الحق في النزول، ويمكن أن تؤدي إلى إبطاله⁽²⁾. ولذا يجب⁽³⁾ أن تكون إرادة المتنازل خالية من الغلط والتدليس والإكراه⁽⁴⁾، ذلك على النحو التالي.

(1) طعن مدني رقم 36/225 ق نقض 1971/1/21 مجموعة الأحكام السنة 22 ج 1 ص 100.

(2) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي حيث نصت المادة 1131 مدني فرنسي جديد على أن "عيوب الرضا تعتبر سبباً للبطلان النسبي للعقد" "Les vices du consentement son une cause de nullite relative du contrat".

(3) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 622 بند 414. د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، ص 186 بند 366. طعن مدني رقم 30/379 ق نقض 1965/5/20 مجموعة الأحكام السنة 16 ص 602.

(4) وهي العيوب التي اعتمدها القانون المدني المصري والفرنسي حيث نص الأخير وفقاً للمادة 1130 على أن "الغلط والتدليس والإكراه يعيب الرضاء عندما يكون من طبيعتها أنه لولاها لما تعاقد أحد المتعاقدين، أو لكان تعاقد بشروط مختلفة تماماً، ويتم تقدير طابعها الحاسم بعد أخذ الأشخاص والظروف بعين الاعتبار".

108 - أ - الغلط: وهو تصور كاذب للواقع يحمل من صدر الحكم لصالحه إلى النزول عنه، ما كان ينزل عنه لو أدرك حقيقته. ولذا فهو غلط يقع فيه المحكوم له أو ممثله القانوني أو الاتفاقي حالة تكوين إرادته. فهو عيب يصيب الإرادة ويتوهم أمراً على غير الحقيقة، فعندئذ تنطلق إرادته إلى التصرف، كمن ينزل عن الحكم الصادر لصالحه بالإخلاء من العين المؤجرة، توهماً منه أن المستأجر - المتنازل له - تربطه به صلة قرابة، ثم يتضح أنه لا وجود لهذه الصلة وهو ما يعد غلط في الشخص المتنازل له يجعل النزول قابلاً للإبطال.

وقد يكون الغلط في صفة جوهرية في المحل الذي ورد النزول عليه، كما لو نزل المحكوم له عن الحكم توهماً منه أن قيمة الحق الذي قضى به الحكم محل النزول قليلة جداً لا تتناسب مع ما يدفعه من مصاريف التنفيذ، ثم يتضح بأن قيمة هذا الحق عالية جداً، لو كان المحكوم له يعلم ذلك وقت النزول ما نزل عن الحكم، وهو ما يعد غلط في صفة الشيء الذي نزل عنه يسمح له بطلب إبطاله.

وفي الفقه الإسلامي: الإرادة والرضا هي أساس إنشاء العقود، فيجب أن تقوم العلاقة بين المتعاقدين بمحض إرادتهما دون أن تشوب هذه الإرادة أي شائبة تخل بها، والتنازل عن الحق يعد نوع من التصرفات التي تحتاج لإرادة حرة، لأن التنازل هو نوع من التبرع لا يتم إلا بالرضا والإرادة الكامنة، فإذا طرأ عليه ما يخل بالرضا كالإكراه أو الخلافة والتدليس بالعبث مما تدلل على إنتفاء الإرادة، فإن العقد في هذه الحالة لا يكون صحيحاً لأنه نوع من أكل أموال الناس بالباطل. د. محمد الذحيلي: المرجع السابق ج 5 ص 331.

وفي ذلك نجد أن الغلط يعيب إرادة المتنازل، لأنه يؤهم له أمر على خلاف حقيقته، ولذا فإن معيار الغلط هو معيار ذاتي⁽¹⁾، يقتضي تحليل موقف المتنازل الواقع في الغلط لتقدير أثر الغلط على موقفه من النزول، وهو أمر يتعلق بالواقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع⁽²⁾، لتقف على حقيقة ما إذا كان المتنازل قد وقع في غلط فيكون تنازله قابلاً للإبطال⁽³⁾، أم لم يقع في غلط فيكون تنازله

(1) إعمالاً للمادة 121 مدني مصري، 2/1130 مدني فرنسي والتي نصت على أنه "يتم تقدير الطابع الحاسم لهذه العيوب بالأخذ في الاعتبار الأشخاص والظروف التي صدر فيها الرضا "Leur corac tere déterminant s'apprécie eu é gard aux personnes .et aux circonstances dans le squelles le consentement à été donne"

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " تقدير ثبوت الغلط المصحوب بالتدليس الذي يجيز إبطال العقد أو عدم ثبوته هو من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض مادام قضائها مقاماً على أسباب سائغة". الطعنان مدني رقما 8240، 65/8296 ق نقض 1997/6/23 مجموعة الأحكام السنة 48 ج 2 ص 952. طعن مدني رقم 38/39 ق نقض 1973/3/13 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 396.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الغلط في تحديد الفئة الإيجابية يبطل العقد فيما زاد عن حدها المسموح به قانوناً، ويكون دفعه بغير حق يوجب استرداده باعتباره إثراء على حساب الغير دون اعتبار لاستمرار عقد الإيجار". طعن مدني رقم 39/55 ق نقض 1974/3/11 مجموعة الأحكام السنة 25 ص 488. طعن مدني رقم 36/134 ق نقض 1970/6/2 مجموعة الأحكام السنة 21 ج 2 ص 961.

Cass. Civ. 14 mars 1972, J.C.P., 1972, 11. 17189 – Nole Level.

وفي الفقه الإسلامي: لو تنازل إنسان عن حقه على آخر ظاناً أن ماله قليل بمخادعة ممن عليه الحق، فتبين أن ماله كثير، فلا يصح هذا التنازل، ولا ينفذ لأنه تم بجهالة محل التنازل بمخادعة من المتنازل له، لقول الرسول ρ في الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما "أن رجلاً نكر للنبي ρ أنه يخدع في البيوع فقال إذا بايعت فقل لا خلافة". انظر: د.

صحيحاً⁽¹⁾. وبدون أن تخضع هذه المحكمة في تقديرها لرقابة محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة⁽²⁾.

مصطفى الزرقا: المدخل لدراسة الفقه ص 450 وما بعدها. في الحديث انظر: البخاري، صحيح البخاري ج 3 ص 65 حيث 2117.

(¹) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " إذا كان طلب المطعون ضدها إخلاء شقة النزاع يقوم على تنازل المطعون ضده الثاني عنها إلى الطاعنة بالمخالفة لشروط عقد الإيجار، وكان إقرار الطاعنة بتسليمها بحق المطعون ضدها الذي أخذ به الحكم المطعون فيه هو إقرار منها بأن التنازل الصادر إليها عن شقة النزاع قد تم بالمخالفة لأحكام العقد مما يحق معه للمطعون ضدها الأولى طلب إخلاء الشقة. وكان هذا الإقرار بالحق المدعي به لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام الوارد في قوانين الإيجارات، فإن الحكم إذا عمل أثر هذا الإقرار يكون قد التزم صحيح القانون" طعن مدني 51/2351 ق نقض 1987/11/29 مجموعة الأحكام السنة 38 ج 2 ص 1025. طعن مدني 8/9 ق نقض 1938/6/2 مجموعة عمر 2 ص 394.

(²) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد نفت عن الإقرار بالتنازل عن الأجرة وجود الغلط الجوهرى المدعي به بما استخلصه من الوقائع التي أوردتها ولها أصلها في الأوراق من أن الطاعن "المؤجر" كان يعمل وقت صدور الإقرار فيه بحقيقة التلف الذي أصاب زراعة المطعون ضدها "المستأجرين" والذي يدعي الطاعن أنه وقع في غلط في شأنه معتقداً أنه يرجع إلى ظروف غير متوقعة ومستحيلة الدفع، فإنه لا سبيل لمحكمة النقض عليها في ذلك لأن استخلاص توافر هذا العلم أو عدم توافره من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع" طعن رقم 40/12 ق - أحوال شخصية - نقض 1974/6/12 مجموعة الأحكام السنة 25 ص 1035 طعن مدني 30/413 ق نقض 1965/12/16 مجموعة الأحكام السنة 16 ص 1278.

Cass. Civ. 27 jan 2006 R.T.D. Civ. 2006, P. 761 abs. Mestre et Fages.

109 - ب - التدليس: قوامه⁽¹⁾ التضليل والتمويه والخداع، de l'autre par dec

.monoe de l'autre par des manoeuvres au des mensonges

وهو بهذه المثابة يعيب الإرادة، إذ أنه يدفع على تصرف ما كان الشخص يقبله لو كان مدركاً للحقيقة ويشترط⁽²⁾ في هذه الحيلة أن تكون غير مشروعة قانوناً.

والتدليس على هذا النحو من الصعوبة بمكان أن يكون المتنازل عن الحكم الصادر لصالحه قد دلس عليه، لأن النزول من جانبه يعد تصرف إرادي أحادي الجانب. إلا أنه لا يوجد⁽³⁾ ما يمنع أن يكون المستفيد من النزول قد استعمل طرق احتيالية لخداع المتنازل للنزول عن الحكم. فإذا استطاع المتنازل أن يثبت هذا التدليس، فإن النزول يعد باطلاً لوجود عيب بإرادة المتنازل.

(¹) طعن مدني 53/1050 ق نقض 1986/5/8 مجموعة الأحكام السنة 37 ج 1 ص530.

(²) طعن مدني 61/3639 ق نقض 1997/3/1 مجموعة الأحكام السنة 48 ج 1 ص 389.

(³) د. السنهوري: الوسيط ج 1 المجلد الأول ص 329 بند 183؛ د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 94.

وتقدير ثبوت أو عدم ثبوت التدليس الذي يجيز إبطال النزول هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديره محكمة الموضوع، دون معقب عليها من محكمة النقض متى قامت قضاءها على أسباب سائعة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأنه " لما كان الإقرار قضائياً كان أو غير قضائي يتضمن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، فإنه بهذه المثابة ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد، ويشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، ومن ثم فإذا شاب الإقرار تدليس كان قابلاً للإبطال وحق للمقر الرجوع فيه".

110 - ج - الإكراه: من أكثر العيوب التي قد تصيب إرادة المتنازل. ويتحقق⁽³⁾ إذا تولد عن الرهبة التي قامت في نفس الشخص نتيجة الضغط غير المشروع مما دفعه إلى النزول عن حقه أو عن الحكم الصادر لصالحه. فالإكراه الدافع إلى

(1) طعن مدني 50/1340 ق نقض 1984/12/10 مجموعة الأحكام السنة 35 ج 2 ص 2029. طعن مدني رقم 29/301 ق نقض 1964/2/20 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 263. طعن رقم 21/345 ق نقض 1956/2/9 مجموعة الأحكام السنة 7 ص 168.

(2) طعن مدني رقم 32/202 ق نقض 1966/5/5 مجموعة الأحكام السنة 17 ج 3 ص 1019.

(3) طعن مدني رقم 64/1249 ق نقض 1995/1/22 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 224. طعن مدني رقم 36/142 ق نقض 1970/6/9 مجموعة الأحكام السنة 21 ج 2 ص 1022. طعن مدني رقم 12/23 ق نقض 1943/2/25 مجموعة عمر ج 4 ص 59.

النزول عن الحكم يتمثل في الضغط الذي تتأثر به إرادة من له الحق في النزول عنه تحت تأثير الرهبة التي تقع في نفسه لا عن حرية أو اختيار. ودون الاعتداد بالوسيلة المستخدمة في الإكراه، فيستوي أن تكون مشروعة أو غير مشروعة. مؤرست من قبل المتنازل له أو الغير⁽¹⁾، متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة في نفس المتنازل إلى النزول. لذلك كان المشرع حريصاً فيما يتعلق بنوع من النزول عن الحق أن يؤكد ضرورة صدوره عن إرادة حرة مختارة، فنص في المادة 371 مدني⁽²⁾ على "أنه ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً"⁽³⁾.

(1) حيث نصت المادة 1142 مدني فرنسي جديد على أن " يعتبر الإكراه سبباً للبطلان سواء تمت ممارسته من قبل الطرف الآخر أو الغير".

"la violence est une cause de nullite qu'elle ait été exercée par une partie au par un tiers".

(2) وتنص المادة 1350 مدني فرنسي على أن " الإبراء هو العقد الذي بمقتضاه يبرئ الدائن المدين من التزامه".

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الاتفاق المبرم بين مدير الشركة المساهمة والمدين وتضمن التنازل عن جزء من الدين وفوائده بدون أي مقابل من جانب المدين لا يعتبر صلحاً وإنما إبراء من جزء من الدين، وهو عمل تبرعي محض لا يملك مجلس الإدارة إجراءه أو إجازته طبقاً لنص المادة 40 من قانون شركات المساهمة رقم 26 لسنة 1954، وبالتالي فلا يملك التنازل عن هذا الحق لأحد أعضائه أو لأحد المديرين وإلا كان عمله باطلاً طبقاً لنص المادة 102 من القانون المذكور". طعن مدني رقم 36/225 ق نفص 1971/1/21 مجموعة الأحكام السنة 22 ج 1 ص100.

وبحث وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في مسلك المتنازل، وما إذا كان ما وقع عليه غير مؤثر على إرادته فلا يعد إكراهاً⁽¹⁾. أو على العكس مؤثر عليها فيعد إكراهاً⁽²⁾، من الأمور المتعلقة بالواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، وفي حدود سلطتها التقديرية على وقوع إكراه مؤثر أو غير مؤثر على إرادة المتنازل، ودون رقابة عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة⁽³⁾. أما تقديرها لكون الوسائل التي وقع بها الإكراه مشروعاً أو غير

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الإقرار بالملكية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هو نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه من ملكية وإخبار منه بملكية سابقة للمقرر له وحجة على المقر دون حاجة إلى تسجيل طالما صدر منه عن إرادة حرة ويضحي دليلاً للمقر له في إثباته للملكية قبل المقر " طعن مدني رقم 64/2983 ق نقض 2003/12/24 مجموعة الأحكام السنة 54 ج 2 ص 1400. طعن مدني رقم 58/7 ق نقض 1989/12/5 مجموعة الأحكام السنة 40 ص 34.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " وإذ كان يبين مما أوردته محكمة الاستئناف أنها قد دلت بأسباب سائغة وفي حدود سلطتها التقديرية على وقوع إكراه مؤثر على إرادة المطعون عليه أدى إلى تنازله عن الاستئناف في الدعوى المعروضة، وأنه على الرغم من استعمال الطاعن حقاً مشروعاً هو تنفيذ حكم الإخلاء الصادر لصالحه إلا أنه استغل هذا الحق فضغط على إرادة مدينه للتوصل إلى أمر لاحق له فيه". طعن مدني رقم 41/172 ق نقض 1976/3/31 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 815.

(3) طعن مدني رقم 86/13695 ق نقض 2017/5/4. الطعان رقما 636، 65/645 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/1 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 248. طعن رقم 65/468 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/11/24 مجموعة الأحكام السنة 52 ج 2 ص 1126. الطعان رقما 54/2479 ق 55/163 ق نقض 1988/12/7 مجموعة الأحكام السنة 39 ج 2 ص 1274. طعن مدني 36/463 ق نقض 1971/5/25 مجموعة الأحكام السنة 22 ج 2 ص 674.

مشروعة - فهو وعلى ما جرى به قضاء النقض - بما يخضع لرقابة هذه المحكمة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأن " مؤدى نص المادة 145 مرافعات من أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، قيام الحكم والحق الثابت به إلى أن يتم هذا التنازل باختيار الصادر لصالحه الحكم وفي الوقت الذي يختاره " وقضي⁽³⁾ بأن "محصل ما ينعاه المدعي من إكراه شاب رضاه عند تقديمه التنازل عن الحكم المطعون فيه أنه كان واقعاً تحت ضغط أولي الشأن بالوزارة لحمله على تقديمه وإلا تعرض لحكم الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون هيئة الشرطة باحتمالاته التي قد تتمخض عن وضع أسوأ له فلم يكن أمامه إلا أن يختار أخف الضررين، وأن ما اتبعته الوزارة معه يبلغ حد الوسائل غير المشروعة التي بعثت في نفسه بغير حق الرهبة الجيدة التي ضغطت على إرادته فأفسدت رضاه".

111 - الشرط الثالث : يجب أن تتوافر في المتنازل الأهلية اللازمة للنزول -
إحالة: قلنا في موضع سابق أن النزول عن الحكم قد يؤدي إلى إسقاط حق

(1) طعن مدني رقم 64/1249 ق نقض 1995/1/22 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 224.

(2) إدارية عليا طعن رقم 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مجموعة المبادئ السنة 35 ع 1 ص 774.

(3) إدارية عليا طعن رقم 14/1396 ق جلسة 1975/5/18 مجموعة المبادئ السنة العشرون ص 401.

للمتنازل في ذمة الغير، وقد لا يؤدي إلى ذلك. وفي الأول يعد عملاً تبرعياً: كتنازل المحكوم له - أو من له الحق في النزول - عن الحكم الصادر لصالحه بالأجرة أو القرض أو الثمن أو التعويض إلخ. فيعتبر متبرعاً، لأن تنازله عن الحكم يؤدي إلى إنقضاء الأجرة والقرض والثمن والتعويض. ولذا يجب أن تتوفر في المتنازل في هذه الحالة أقصى درجات الأهلية وهي أهلية الأداء⁽¹⁾، فلا يكفي أن تتوفر فيه أهلية الإدارة ولا حتى أهلية التصرف.

أما في الثانية: فلا يعد العمل تبرعياً، لأن النزول عن الحكم لا يتضمن إسقاط حق للمتنازل في ذمة شخص آخر، سواء ترتب على النزول إستبقاء للالتزام قديم في ذمة المتنازل، أو يكون مجرد نزول عن حق إرادي محض. ثمة فرضين:

112 - الفرض الأول: إذا كان النزول يؤدي إلى استبقاء للالتزام قديم في ذمة المتنازل، ولكون الالتزام واجب في ذمته من قبل، فنزوله عن الحكم يستبقي الالتزام القديم كالنزول عن الحكم بالإخلاء وعن الحكم بالتقادم، فالنزول عن أي من ذلك لا يحتاج إلى أهلية التبرع وإنما يحتاج فقط إلى أهلية التصرف⁽²⁾.

(1) د. السنهوري: الوسيط ج 3 ص 973 وما بعدها بند 581. إدارية عليا طعن 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مشار إليه سابقاً.

(2) د. السنهوري : المرجع السابق ص 1146 وما بعدها بند 661. طعن مدني رقم 59/1704 ق نقض 1994/2/17 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 1 ص 379. طعن رقم 54/1078 ق نقض 1992/1/5 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 107.

113 - الفرض الثاني: إذا كان النزول يشكل نزولاً عن حق إرادي محض ودون أن يستتقي للالتزام قديم أو إسقاط حق للمتنازل في ذمة الغير، فإن النزول فهذا الفرض لا يعتبر عملاً تبرعياً ويكفي فيه أهلية التصرف، مثل النزول عن الحكم بالشفعة، فهو نزول لا يؤدي إلى اقتضاء حق للمتنازل في ذمة المحكوم عليه، البائع والمشتري، لأنه لم يكن له أي ثمة حق في ذمة أيهما. كما أن هذا النزول لا يؤدي إلى استبقاء للالتزام قديم في ذمة الشفيع المتنازل لأنه لم يكن هناك ثمة الالتزام في ذمته، لذلك يكفي في النزول أهلية التصرف⁽¹⁾.

114 - الشرط الرابع: يجب أن يكون محل النزول معيناً ومشروعاً: فمن ناحية: يجب أن يكون محل النزول معيناً. فيتعين على من له الحق في النزول أن يحدد محله، أو يحدد الشق الذي ينزل عنه من الحكم محل النزول. وتحديد له للحكم محل النزول يكون ببيان رقمه وتاريخه والمادة التي صدر فيها، لأن النزول عن حكم يختلف عن النزول عن حكم آخر. فالنزول عن الحكم بالإخلاء والتسليم لسداد الأجرة⁽²⁾، يختلف عن النزول عن الحكم بفسخ عقد الإيجار وقبول المستأجر البقاء في العين المؤجرة ينتفع بها مقابل الأجرة⁽³⁾. وعن الحكم بالطرد لعدم توافر الإقامة

(1) طعن مدني رقم 56/1390 ق نقض 1988/11/15 مجموعة الأحكام السنة 39 ج 2 ص 1162.

(2) طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3.

(3) طعن مدني رقم 37/170 ق نقض 1972/3/23.

المستقرة التي يترتب عليها استمرارية عقد الإيجار⁽¹⁾. فالنزول كتصرف إرادي لا يلحق إلا بالحكم الذي اتجهت إليه إرادة الناظر عنه دون غيره ولو كانت هذه الأحكام واردة على ذات الحق⁽²⁾.

كما يحدد من له الحق في النزول عن الشق من الحكم الذي ينزل عنه، ويرد النزول على هذا الشق وحده الذي اتجهت إليه إرادة الناظر. فنزوله عن شق من الحكم لا يمتد ولا أثر له على الشق الآخر من الحكم. كما لو نزل عن الشق الصادر بالفسخ والتسليم دون الشق الصادر بالتعويض عن الفسخ⁽³⁾. فعلى الرغم من وحدة الحكم ووحدة الحق الوارد عليه. فالنزول لا يلحق إلا بالشق الذي اتجهت إليه إرادة الناظر، دون أن يمتد هذا النزول أو يكون له أثر على الشق الآخر من الحكم⁽⁴⁾.

-
- (1) طعن مدني رقم 87/7450 ق نقض 2018/4/5 البوابة القانونية لمحكمة النقض.
- (2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " متى كان الطاعن قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير من جاره المتنازل له، والواقع على الأرض المجاورة، وبالتالي فإنه لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهري. فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه" طعن مدني 55/970 ق نقض 1991/5/14. نقض 1992/6/30 مجموعة الأحكام السنة 43 ص 951 طعن مدني 20/87 ق نقض 1952/3/20 مجموعة الأحكام السنة 3 ج 3 ص 658.
- (3) طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1.
- (4) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " إذا كان الثابت في إقرار الطالب المؤرخ أنه اقتصر في التنازل على الطلب رقم فإن الحكم بإثبات تنازله عن هذا الطلب لا تأثير له على الطلب

ومن ناحية أخرى: مشروعية المحل أو لكونه قابل للنزول عنه: ولكي يكون النزول صحيحاً ويرتب أثره يجب أن يرد على حكم من الأحكام التي يجوز النزول عنها. ولغياب النص القانوني الذي يحدد ما يجوز وما لا يجوز النزول عنه من الأحكام. كما يصعب ربط النزول بالنصوص المتعلقة بالصلح وخاصة المادة 551 مدني بأن ما يجوز فيه الصلح يجوز النزول عنه إذا صدر فيه حكم. ولكن لما كان النزول تصرف قانوني أحادي الجانب. هذا التصرف يكون جائز دائماً ما لم يخالف النظام العام⁽¹⁾، فالحق يجوز النزول عنه طالما لم يتعلق بالنظام العام.

ولما كان الحكم يحل محل الحق عند إزالة عارض التجهيل القانوني بالأخير، وكان هذا الحق قبل التجهيل به من الحقوق التي يجوز النزول عنها لعدم تعلقه بالنظام العام. فعند إزالة عارض التجهيل بهذا الحق وحلول الحكم محله ليصبح الحكم هو المتداول بعد صدوره والمحل الذي يرد عليه النزول متى اتجهت إليه إرادة من صدر الحكم لصالحه. فمن كان يرد عليه النزول من الحقوق، يرد

المائل ويكون طلب إثبات تنازله عنه على غير أساس". الطلب رقم 56/81 ق - رجال القضاء - جلسة 1987/6/23 مجموعة الأحكام السنة 38 ج 1 ص 54.

(1) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 135 مدني مصري، 1162 مدني فرنسي حيث نصت على أنه " لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه، سواء كان هذا الهدف معلوماً من قبل جميع الأطراف أم لا". وقد ورد في شروط صحة التصرف في المادة 3/1128 من القانون السابق على "ضرورة أن يكون مضمون أو محتوى العقد مشروعاً ومؤكداً" "Un contenu licite et certain".

على الأحكام عند حلولها محل هذه الحقوق، ولذا كانت القاعدة أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به مادة 145 مرافعات.

وترتيباً على ذلك يمكن ربط المحل الذي يرد عليه النزول - في هذا الصدد - بالأحكام غير المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾، دون التي تتعلق بالنظام العام فلا يجوز النزول عنها⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضي⁽³⁾، بأن " تنازل الطاعن عن الفروق المالية الناتجة عن منحه مرتباً يقل عن أول مربوط الفئة التي سويت حالته عليها طبقاً لأحكام اللائحة 1962/3546 وتنازله عن الدعوى بهذه الفروق اتفاق باطل. القضاء بترك الخصومة استناداً إلى هذا الإقرار خطأ في القانون. وقضي بأن⁽⁴⁾ " تنازل المؤسسة المطعون ضدها عن تراخيص الاستيراد الشخصية المخصصة لها إلى الطاعن الذي ليس له حق الاستيراد أصلاً اتفاق باطل، علة ذلك مخالفته لقواعد تنظيم الاستيراد المتعلقة بالنظام العام وفقاً للقانون 95 لسنة 1963 في شأن تنظيم الاستيراد".

(1) انظر فيما سبق بند 65 وما بعده.

(2) انظر فيما سبق بد 53 وما بعده.

(3) طعن مدني رقم 41/399 ق نقض 1976/6/26 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 1421.

(4) طعن مدني رقم 48/326 ق نقض 1982/12/20 مجموعة الأحكام السنة 33 ج 2 ص 1197.

115 - الشرط الخامس: شكل النزول: المبدأ والاستثناء: والمبدأ هو أن الكتابة ليست لازمة لوجود النزول، كما أنها ليست ضرورية لصحته. فالنزول عن الحكم تصرف قانوني إرادي لا يشترط أن يصدر في شكل معين. فلا يلزم أن يكون النزول مكتوباً في محرر رسمي أو عرفي أو إلكتروني، أو يكون موثقاً⁽¹⁾. كما لا يشترط أن يعبر صاحبه عن إرادته بالنزول صراحة، فكما يجوز أن يكون النزول صريحاً يجوز أن يكون ضمناً⁽²⁾، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع

(¹) فقد يشترط القانون توثيق النزول وشهره بشأن بعض الحقوق رغم أن هذا الشهر لا شأن له بوجود النزول كتصرف قانوني غاية الأمر عدم القيام بهذا الشهر لا ينتج النزول أثره رغم قيامه. وقضي تطبيقاً لذلك " بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع الدعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أو لا يسقطه بحالة أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون. ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 الذي حصل التنازل وقف سريانه، ولا يغني عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق في الدعوى بعد رفعها " نقض مدني 17 نوفمبر 1955 مجموعة أحكام محكمة النقض 6 رقم 204 ص 1201 لدى د. السنهوري: الوسيط ج 9 المجلد الأول ص 574.

(²) طعن تجاري رقم 81/5692 ق نقض 2012/2/25. طعن مدني 56/1905 ق نقض 1993/6/7 مجموعة الأحكام السنة 44 ج 2 ص 575. طعن مدني رقم 51/1477 ق نقض 1984/12/30 مجموعة الأحكام السنة 35 ج 3 ص 2315. طعن رقم 26/133 ق نقض 1962/1/25 مجموعة الأحكام السنة 13 ج 1 ص 97.

الفرنسي حيث نصت المادة 1172 مدني على أن " تكون العقود رضائية من حيث المبدأ"⁽¹⁾ "Les contrats sont par principe consensuels".

ووفقاً للمبدأ أن الكتابة ليست لازمة لإثبات النزول، كما أنها ليست ضرورية لصحته، فيجوز النزول عن الحكم أو شق منه دون إفراغه في شكل معين، ومن ثم يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، بل أن النزول ينتج أثره إذا استخلص من واقع لا يدل إلا عليه ولا يحتمل إلا إنصراف النية إلى التعبير عنه ضمناً⁽²⁾. بل يعتبر السكوت الملابس⁽³⁾، في بعض الحالات معبراً عن النزول، كما لو علم المحكوم له أن الوكيل الذي وكله في النزول عن الحكم أو شق منه تجاوز حدود الوكالة، فإن سكوته إجازة، لأنه وكما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية " السكوت في معرض الحاجة بيان".

(1) باعتبارها تصرفات قانونية، وهي تعبيرات عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية، هذه التصرفات يستوي فيها أن تكون اتفاقية أو من جانب واحد مادة 1/1100 مدني فرنسي جديد.

"ils peuvent être conventionnels au unilate raux".

(2) ما لم يكن الواقع يدل على أكثر من احتمال فلا يمكن استخلاص الإرادة الضمنية منه، لأنه ترجيح لأحد الاحتمالات على الآخر بغير مرجح. طعن مدني 51/1477 ق نقض 1984/12/30. نقض 1963/2/6 مجموعة الأحكام السنة 14 ص 218.

(3) د. السنهوري: الوسيط ج 1 المجلد الأول ص 224 بند 113. على عكس السكوت المجرد لا يعتبر دليلاً على النزول عن الحق لانتفاء التلازم بين هذا الموقف السلبي والتعبير الإيجابي عن الإرادة. طعن رقم 71/876 ق نقض 2002/6/20 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 2 ص 826.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأن " إقرار من صدر حكم لصالحه أمام المحكمة الإدارية العليا عند نظرها للطعن بتنازله عنه أثره بالنسبة للحكم والحق الثابت به". وقضي بأن⁽²⁾ "عدم قيام الطاعنة - وزارة الأوقاف - بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقد الحكر المقضي بفسخه حتى تم استبدالها سنة 1962 يتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ، وبالتالي فإنه لا يكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يجب إفرغه في الشكل الذي تطلبه القانون المدني في المادة 1000 منه".

116 - الاستثناء: الكتابة لإثبات النزول لا لانعقاده: فقد يشترط القانون أن يكون النزول عن حق معين تنازلاً مكتوباً، بحيث لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها⁽³⁾، وعندئذ لا يحول عدم توافر الكتابة دون وجود النزول، وإنما يحول فقط دون إثباته بالبينة والقرائن القضائية، وإن كان يجوز مع ذلك إثباته بما يقوم مقام الكتابة وهو الإقرار واليمين، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع

(1) إدارية عليا طعن رقم 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 مشار إليه سابقاً.

(2) طعن مدني رقم 37/170 ق نقض 1972/3/23 مشار إليه سابقاً.

(3) ورغم ضرورة الكتابة للإثبات، إلا أن القانون لا يتطلب بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، ويكفي أن تكون صادرة من الخصم أو يحتج عليه بها، وأن تجعل التصرف المدعي به قريب به قرب الاحتمال. طعن رقم 47/423 ق نقض 1979/11/27 مجموعة الأحكام السنة 30 ص 80.

الفرنسي حيث نصت المادة 1173 مدني جديد على أن " الشكليات المتطلبة للإثبات أو الاحتجاج ليس لها أثر على صحة التصرفات"⁽¹⁾.

ومثال ذلك⁽²⁾، ما تشترطه المادة 18/ج من القانون 136 لسنة 1981⁽³⁾، من وجوب حصول المستأجر على إذن كتابي صريح من المالك بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار، وفي مثل هذه الحالة لا يجوز إثبات تنازل المؤجر من حظر التأجير من الباطن إلا بالكتابة⁽⁴⁾، أو بما يقوم مقامها كالإقرار واليمين⁽¹⁾،

(1) "Les formes exigées aux fins de prevue au d'opposabilite sont sans effet sur la validité des contrats".

(2) "مثال في بيع" قضي بأنه - لما كان المقرر في قضاء النقض - أن إقرار الوكيل في حدود وكالته حجة على موكله وينصرف أثره إليه، لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن البند الثالث عشر من عقد البيع المؤرخ 1966/8/8 المتضمن بيع الشركة المطعون ضدها الثانية للمطعون ضده الأول قطعة الأرض موضوع الدعوى، حظر على الأخير التنازل عنها للغير إلا بعد الحصول على موافقة الشركة الكتابية الصريحة على العقد بقبول التنازل، وذلك لكي تحصل الشركة على حقوقها الثابتة في هذا العقد من التنازل إليه، وكانت الكتابة المتطلبة في هذا الشأن هي للإثبات ". طعن مدني رقم 59/1862 ق نقض 1994/1/13 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 1 ص 143.

(3) المقابلة للمادة 31/ب من القانون 49 لسنة 1977 والمادة 23/ب من القانون رقم 52 لسنة 1969.

(4) طعن رقم 79/7656 ق نقض 2011/5/25. طعن رقم 65/880 ق نقض 2001/5/2. طعن رقم 64/4993 ق نقض 2000/2/16. طعن رقم 63/2056 ق نقض 1999/12/2. الطعون أرقام 67/1725 ق، 67/1730 ق، 67/1736 ق نقض 1999/5/30. الطعن رقم 60/655 ق نقض 1994/11/23 غير منشورة.

وكذلك بالبينة⁽²⁾، والقرائن، وذلك في الأحوال التي يجيز فيها المشرع استثناءً من قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، فيجوز إثبات التنازل الضمني بكافة طرق الإثبات اعتباراً بأن الإرادة الضمنية تستمد من وقائع مادية وهي تثبت بجميع وسائل الإثبات⁽³⁾.

ويقع عبء إثبات النزول صريحاً كان أو ضمناً على عاتق مدعيه، فلا يكفي مجرد الزعم بذلك⁽⁴⁾، كما يجب عليه أن يثبت⁽¹⁾ أن المتنازل هو من صدر

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " قبض المالك أو وكيله الأجرة من المستأجر من الباطن أو التنازل له عن عقد الإيجار مباشرة دون تحفظ يقوم مقام الإذن الكتابي الصريح الذي اشترطه القانون باعتبار أن الكتابة هي وسيلة الإثبات وليست ركناً شكلياً في الإذن، ومن ثم يعد بمثابة إقرار من المالك للإيجار من الباطن أو التنازل عنه" طعن مدني رقم 71/876 ق نقض 2002/6/20 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 2 ص 826. طعن رقم 64/5102 ق نقض 2000/2/16. الطعن رقم 64/3295 ق نقض 1999/5/31.

(2) طعن مدني رقم 83/4255 ق نقض 2014/6/2.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " وفي الحالات التي تجيزها القواعد العامة استثناءً فيجوز إثبات التنازل الضمني بالبينة والقرائن باعتبار أن الإرادة الضمنية تستمد من وقائع مادية وهي تثبت بجميع الوسائل". طعن مدني رقم 68/1857 ق نقض 2000/4/9. طعن مدني رقم 68/2513 ق نقض 2000/2/20 غير منشورة. طعن مدني رقم 51/1150 ق نقض 1992/6/16 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 948. طعن مدني رقم 51/898 ق نقض 1985/11/25 مجموعة الأحكام السنة 36 ج 2 ص 1183.

(4) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "تمسك الطاعن بتنازل مورث المطعون ضدهم الخمسة الأوائل - المؤجر - عن الشرط المانع من التأجير من الباطن تدليله على ذلك بالمستندات، دفاع جوهرى. قضاء الحكم المطعون فيه بالإخلاء للتأجير من الباطن بدون موافقة كتابية من المالك معرضاً عن هذا الدفاع. خطأ وقصور". طعن رقم 69/1700 ق نقض 2000/5/24. طعن

الحكم لصالحه أو من فوضه في ذلك، ونزل عنه في الوقت الذي اختاره⁽²⁾ وباختياره.

وتقدير الأدلة على النزول الضمني عن حق من الحقوق من إطلاقيات السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، ولها أصل ثابت في الأوراق وتؤدي التي انتهت إليها، ولا عليها بعد ذلك أن تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحجهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل قول أو

رقم 62/690 ق نقض 2000/2/23. طعن رقم 67/1777 ق نقض 1999/5/23 غير منشورة.

(¹) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الدفع بالتقادم المسقط رخصة للمدين وقاصر على من له مصلحة فيه في مواجهة من تمسك من قبله. مؤداه. إنقضاء مدة التقادم لا يرتب حتماً سقوط الالتزام. بقاءه قائماً إلى أن يُدفع بتقادمه م 1/387 وجوب التمسك به أمام محكمة الموضوع وعدم ثبوت التنازل عنه وقضاء المحكمة بسقوط الحق في التقادم من تلقاء نفسها خطأ في تطبيق القانون. طعن رقم 83/518 ق - رجال القضاء - نقض 2014/5/13.

(²) إدارية عليا طعن رقم 32/353 ق جلسة 1990/1/13 مشار إليه سابقاً. كما قضي بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أن الحق في الإجازة ليس من الحقوق المتعلقة بشخص المستأجر خاصة، وإنما هو حق مال يجوز التصرف فيه والحجز عليه فإن التنازل عنه يعني حوالة في الخصومة وفي الالتزامات فتؤول إلى المتنازل إليه حقوق المستأجر الأصلي والتزاماته، كما أنه يعتبر خلفاً خاصاً للمستأجر الأصلي المتنازل". طعن مدني رقم 51/898 ق نقض 1985/2/25 مجموعة الأحكام السنة 36 ج2 ص 1183.

حجة أو طلب آثاره مادام أن قيام الحقيقة التي اقتتعت بها وأورد دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات⁽¹⁾.

(¹) طعن مدني 65/767 ق نقض 2001/4/4. طعن رقم 69/716 ق نقض 2000/3/1. طعن رقم 69/104 ق نقض 2000/1/23. طعن رقم 51/1150 ق نقض 1992/6/16. طعن رقم 52/2134 ق نقض 1986/12/10 مجموعة الأحكام السنة 37 ج 2 ص 963.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على تخلف شروط النزول والحد منه

117 - بطلان النزول حالة تخلف أحد شروطه: إذا كان تخلف أحد أركان النزول يترتب البطلان المطلق مادة 1179 مدني فرنسي. فتخلف أحد شروط صحته يترتب البطلان النسبي وفقاً للفقرة الثانية من المادة السابقة، كأن يصدر النزول كتصرف إرادي أحادي الجانب نتيجة وقوع من صدر منه في غلط أو تدليس أو إكراه⁽¹⁾. كما يجوز التمسك بالبطلان إذا كان النزول عن الحكم قد صدر من قاصر أو صدر من الممثل القانوني⁽²⁾، أو الاتفاقي⁽¹⁾، دون أن يكون لأي منهم سلطة في

(¹) في تطبيقات ذلك انظر: طعن مدني رقم 82/2978 ق نقض 2019/2/4. طعن رقم 64/2983 ق نقض 2003/12/24 مجموعة الأحكام السنة 54 ج 2 ص 1400 طعن رقم 64/1249 ق نقض 1995/1/22 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 224. طعن رقم 53/1050 ق نقض 1986/5/8 مجموعة الأحكام السنة 37 ج 1 ص 530. طعن رقم 32/202 ق نقض 1966/5/5 مجموعة الأحكام السنة 17 ج 2 ص 1019.

Cass. Civ. 28 mai 2008. Bull. Civ. 1. N° 154.

Cass. Civ. 21 fevr. 2001. N°. 98 - 20 - 817 Bull. Civ. III, N°. 20.

(²) طعن مدني رقم 58/2475 ق نقض 2002/11/10 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 2 ص 1033. الطعون أرقام 1026، 1130، 60/1179 ق نقض 1992/1/26 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 242. طعن مدني 52/2143 ق نقض 1986/12/10 مجموعة الأحكام السنة 37 ج 2 ص 963. نقض 1969/11/6 مجموعة الأحكام السنة 20 ص 1164. نقض 1962/5/3 مجموعة الأحكام السنة 13 ص 595.

النزول أو تجاوز حدود هذه السلطة⁽²⁾. وفي جميع الأحوال لا يقع البطلان إلا بحكم من القاضي إعمالاً للمادة 1/1178 من القانون السابق⁽³⁾.

(¹) تطبيقاً للمادتين 699، 1/703 مدني أن الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، وأن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة ومن ثم ليس للوكيل أن يتجاوز حدود وكالته فإذا جاوزها فإن العمل الذي يقوم به لا ينفذ في حق الموكل "...". انظر: د. السنهوري: المرجع السابق، ج 7 المجلد الأول ص 438 وما بعدها بند 234. طعن شرعي عُمانى رقم 2014/41 جلسة 2014/7/22 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 13، 14 ص 48.

(²) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الأصل أن التنازل الذي ينتج أثره وهو ذلك الذي يصدر ممن يملكه قانوناً - التنازل المقدم إلى قلم كتاب محكمة القضاء الإداري من مندوب الجهة الإدارية بأنه لن يطعن في الحكم مثار الطعن وهو لا يملك هذا التنازل قانوناً ولم يثبت أنه فوض فيه، فإن هذا التنازل والأمر كذلك لا يعتد به في مواجهة الجهة الإدارية".

طعن مدني رقم 61/5235 ق نقض 1999/5/26 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 1 ص 732. طعن مدني 64/2748 ق نقض 1995/6/28 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 2 ص 936. طعن مدني 54/1978 ق نقض 1992/1/5 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 107. طعن مدني رقم 51/872 ق نقض 1982/5/13 مجموعة الأحكام السنة 33 ج 1 ص 517. إدارية عليا طعن رقم 17/344 ق جلسة 1973/6/23 مجموعة المبادئ السنة 18 ص 161.

(³) والمشرع الفرنسي وإن أجاز للأطراف باتفاق بينهم أن يثبتوا البطلان.

Les parties na la constatent d'un commun accord

إلا أنه لم يتعرض لجواز البطلان بالإرادة المنفردة وإن كان نظام مطبق في بعض الأنظمة. انظر:

Thibault Douville El Aulres: le refome du droit des contrats commentaire article par article, sous la direction de. Lextenso editions 2016, P. 147.

ويقع البطلان بناء على طلب صاحب الصفة في التمسك به⁽¹⁾، وهو المتنازل وحده المحكوم له⁽²⁾، أو من فوضه في ذلك⁽³⁾، أو ممن يمثله⁽⁴⁾، وقضي تطبيقاً لذلك⁽⁵⁾ أن " محصل ما ينعاه المدعي من إكراه شاب رضاه عند تقديمه التنازل عن

مشار إليه لدى د. أشرف جاد: المقال، ص 318 وما بعدها.

وفي تطبيق ذلك انظر: إدارية عليا طعن 37/2573 ق جلسة 1996/1/2 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 241.

(¹) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري وفقاً للمادة 138 مدني. والفرنسي حيث تنص المادة 1/1181 مدني جديد على أنه " لا يجوز التمسك بالبطلان النسبي إلا من جانب الطرف الذي يرمي القانون إلى حمايته". وهو القاصر عند بلوغ سن الرشد والمحجور عليه عند رفع الحجر، والموكل عند تجاوز الوكيل حدود وكالته".

طعن مدني رقم 70/3101 ق نقض 2001/6/5 مجموعة الأحكام السنة 52 ج 2 ص 817. طعن رقم 45/32 ق - أحوال شخصية - نقض 1976/11/24 مجموعة الأحكام السنة 27 ج 2 ص 1649.

(²) طعن رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3. طعن رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6 طعن رقم 52/1261 ق نقض 1987/1/14. إدارية عليا طعن 17/344 ق جلسة 1973/6/23 مجموعة المبادئ السنة 18 ص 161.

(³) طعن رقم 81/6479 ق نقض 2017/2/6. طعن رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1 طعن رقم 57/74 ق نقض 1990/1/25 مجموعة الأحكام السنة 41 ج 1 ص 258. نقض 1966/11/15 مجموعة الأحكام السنة 17 ص 1694. إدارية عليا طعن 17/344 ق جلسة 1973/6/23 مشار إليه سابقاً.

(⁴) طعن رقم 54/1078 ق نقض 1992/1/5 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 107. طعن رقم 55/1165 ق نقض 1991/4/4.

(⁵) إدارية عليا طعن رقم 14 / 1396 ق جلسة 1975/185 مشار إليه سابقاً.

الحكم المطعون فيه أنه كان واقعاً تحت ضغط أولي الشأن بالوزارة لحمله على تقديمه وإلا تعرض لحكم للفقرة الثانية من المادة 17 من قانون هيئة الشرطة باحتمالاته التي قد تتمخض عن وضع أسوأ له فلم يكن أمامه إلا أن يختار أخف الضررين وأن ما اتبعته الوزارة معه يبلغ حد الوسائل غير المشروعة التي بعثت في نفسه بغير حق الرهبة الجدية التي ضغطت على إرادته فأفسدت رضاه مما يخول له طلب إبطال تصرفه".

ولصاحب المصلحة التمسك ببطلان تنازله أمام محكمة الموضوع⁽¹⁾، لأنه يتمسك بواقع⁽²⁾، وما يرد عليه بشأن يعد دفاع يخالطه واقع⁽³⁾، وهو ما لا يجوز إثارته والتمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض⁽¹⁾.

طعن رقم 45/32 ق - أحوال شخصية - نقض 1976/11/24 مجموعة الأحكام
السنة 27 ج 2 ص 1649.

(¹) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " وإذ كان البين مما أوردته محكمة الاستئناف أنها قد دلت بأسباب سائغة وفي حدود سلطتها التقديرية على وقوع إكراه مؤثر على إرادة المطعون عليه أدى إلى تنازله عن الاستئناف في الدعوى المعروضة، وأنه على الرغم من استعمال الطاعن حقاً مشروعاً هو تنفيذ حكم الإخلاء الصادر لصالحه إلا أنه استغل هذا الحق فضغط على إرادة مدينه للتوصل إلى أمر لاحق له فيه". طعن مدني رقم 41/172 ق نقض 1976/3/31 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 815.

(²) طعن رقم 71/453 ق نقض 2003/3/24 مجموعة الأحكام السنة 54 ج 1 ص 547. طعن رقم 70/3010 ق نقض 2002/6/5 مجموعة الأحكام السنة 52 ج 2 ص 817.

(³) طعن مدني رقم 26/362 ق نقض 1962/4/28 مجموعة الأحكام السنة 13 ع 2 ص 528.

118 - ومتى قضت المحكمة ببطلان النزول زال بأثر رجعي واعتبر النزول كأن لم يكن *cense n'avoir jamais existe* بحيث يعود المتنازل إلى الحالة التي كان عليها قبل النزول، فيجب رد ما تم النزول عنه وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة 2/1178 وأيضاً وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 1352 إلى 9/1352 مدني⁽²⁾. فإذا كان المحكوم له أو من فوضه في النزول قد نزل عن الحكم الصادر بالفسخ والتسليم⁽³⁾، أو عن الحكم بالإخلاء والتسليم للتأخير في سداد الأجرة⁽⁴⁾، أو عن الحكم بفسخ الحكر⁽⁵⁾، أو الحكم بسد المطل⁽⁶⁾، إلخ. فإن الحكم ببطلان النزول يجعل الحكم بالفسخ

(1) طعن مدني رقم 37/94 ق نقض 1972/2/17 مجموعة الأحكام السنة 23 ج 1 ص 211.

(2) حيث تنص المادة 2/1178 مدني على أنه " يعتبر التصرف الباطل كأن لم يكن ويجب رد الأدوات التي تم تنفيذها وفق الشروط المنصوص عليها في المواد 1352 إلى 9/1352 مدني".

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 51/2292 ق نقض 1988/3/22 مجموعة الأحكام السنة 39 ج 1 ص 451. طعن رقم 53/31 ق - أحوال شخصية - نقض 1984/4/10 مجموعة الأحكام السنة 35 ج 1 ص 959.

الطعون أرقام 1747، 51/1748 ق نقض 1983/11/2 مجموعة الأحكام السنة 34 ج 2 ص 1637.

(3) طعن 82/11508 ق نقض 2014/12/1.

(4) طعن 63/611 ق نقض 1997/3/3.

(5) طعن 37/170 ق نقض 1972/3/23.

(6) طعن 57/871 ق نقض 1989/6/7.

والتسليم. وبالإخلاء والتسليم وبفسخ الحكر والحكم بسد المطل قائماً وللمتنازل طلب تنفيذه، ولا يصح الدفع في مواجهته بسبق النزول عن الحكم لبطلان النزول.

وفضلاً عن البطلان، وإعادة الحال إلى ما كان قبل النزول، وأحقية المتنازل في تنفيذ الحكم ما لم يكن تقادم، يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه طبقاً للقواعد العامة للمسئولية غير التعاقدية مادة 3/1178 مدني فرنسي⁽¹⁾.

119 - الحد من البطلان بإجازة النزول: تنص المادة 1181 مدني فرنسي على أن " يزول البطلان النسبي بالإجازة Elle peut etre couverte par la confirmation، والتي هي عبارة عن تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يعبر فيه المتنازل الذي تقرر البطلان لمصلحته عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك بهذا البطلان⁽²⁾. ولذا تعد الإجازة من ناحية: تأييد للنزول - عن الحكم - بإزالة الخطر الذي يهدده، لأنه تصرف قائم ومنتج لكافة آثاره إلى أن يقضي ببطلانه،

"La partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilite extracontractuelle". (5)

(²) وفي اعتماد ذلك نصت المادة 1182 مدني فرنسي على أن " الإجازة تصرف يتنازل بمقتضاه من له الحق في التمسك بالبطلان عن هذا الحق يبين هذا التصرف محل الالتزام والعيب الذي لحق بالعقد".

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 85/5734 ق نقض 2017/2/15 طعن مدني 64/119 ق نقض 1995/4/19 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 666. الطعان رقما 512، 53/531 ق نقض 1987/6/30 مجموعة الأحكام السنة 38 ص 862. طعن مدني 46/306 ق نقض 1980/5/31 مجموعة الأحكام السنة 31 ج 2 ص 1628.

فإذا ما تم إجازته زال هذا الخطر ورتب النزول كافة آثاره على أن تتم الإجازة من ناحية أخرى: من صاحب الشأن بتصحيحه للنزول الذي كان ينقصه شرط من شروطه الصحة وذلك بإكمال هذا النقض. وأخيراً: يقع على مدعي إجازة النزول عبء إثبات ما يدعيه⁽¹⁾.

فالنزول الإرادي المعيب كما يخول لصاحبه طلب بطلانه وزوال آثاره بأثر رجعي، يخول له أيضاً إجازته وتصحيح ما لحق إرادته من نقص⁽²⁾. وبإجازته ينتج النزول عن الحكم أثر من وقت إن اتجهت إليه إرادة المتنازل⁽³⁾، ويصبح ملزماً له⁽⁴⁾، ولا يجوز له العدول عنه.

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " عبء إثبات إجازة التصرف يقع على عاتق مدعي الإجازة، وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذي عقده وهو قاصر، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات" طعن رقم 21/36 ق نقض 1953/11/26 مجموعة الأحكام السنة 5 ج 1 ص 203.

(2) قرب طعن مدني 66/9263 ق نقض 1998/10/20 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 2 ص 616. طعن مدني 60/2137 ق نقض 1995/2/1 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 302.

(3) طعن مدني رقم 37/162 ق نقض 1972/4/6 مجموعة الأحكام السنة 23 ج 2 ص 618. طعن مدني 57/5420 ق نقض 1990/12/16. طعن 42/308 ق نقض 1976/2/3 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 376. نقض 1964/1/23 مجموعة الأحكام السنة 15 ج 1 ص 131.

(4) طعن مدني 73/1092 ق نقض 2008/1/22 مجموعة الأحكام السنة 59 ص 125.

ويستوي في هذه الإجازة أن تكون صريحة أو ضمنية، ويتم ذلك بعدم تمسك صاحب الشأن بتجاوز سلطاته⁽¹⁾، وهي مسألة تستقل بتقديرها محكمة الموضوع لاتصالها بفهم الواقع في الدعوى بغير رقابة عليها من محكمة النقض مادام استخلاصها سائغاً وله أصل ثابت في الأوراق⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه⁽³⁾ " إذا رفع المدين دعوى ببطلان إقرار الدين الصادر منه تأسيساً على التدليس وفقدان الإرادة وانعدام السبب القانوني وكان إقراره بالتنازل عن دعوى البطلان قد تضمن أيضاً التنازل عما اشتملت عليه تلك الدعوى من حقوق في الحال والاستقبال، فإن هذا التنازل ينصرف قانوناً إلى التنازل عن حق الإدعاء بالبطلان بنفس الأسباب سواء عن طريق الدعوى أو الدفع أو ليس بمانع من ذلك ألا يكون التنازل قد تضمن الاعتراف بصحة الإقرار لأن عدم الاعتراف بصحته لا يحول دون أن ينتج التنازل عن حق الادعاء بالبطلان أثره القانوني الذي تتم به إجازة الإقرار بالرغم مما شابه من تدليس وانعدام السبب وتطهيره من جزاء البطلان النسبي لهذه الشوائب".

(1) طعن مدني 37/162 ق نقض 1972/4/6 مشار إليه سابقاً طعن مدني 49/207 ق نقض 1979/12/22 مجموعة الأحكام السنة 30 ص 361.

(2) طعن 46/306 ق نقض 1980/5/31 مشار إليه سابقاً.

(3) طعن 23/214 ق نقض 1957/4/4 مجموعة الأحكام السنة 8 ص 362.

المبحث الثاني

صور النزول عن الحكم ولزومه

120 - تمهيد:

في مطلبين نتناول في الأول: صور النزول عن الحكم من حيث شكله وآلياته.
وفي الثاني: إلزامية النزول عن الحكم.

المطلب الأول

صور النزول عن الحكم وآلياته

121 - تمهيد:

النزول عن الحكم قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، ذلك تطبيقاً للقواعد العامة للتعبير عن الإدارة. وهو ما اعتمده المشرع وفقاً للمادة 2/90 مدني مصري، 2/1113 مدني فرنسي والتي نصت على أنه " يمكن أن تنتج هذه الإرادة عن تصريح أو مسلك لا لبس فيه صادر عن صاحبه"⁽¹⁾. فالنزول تطبيقاً لذلك قد يكون

(1) "Cette volonté peut résulter d'une déclaration au d'un comportement non équivoque de son auteur".

وفي تطبيق ذلك : قضي بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض - أن إسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة مقررة يحميها القانون لا يكون إلا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه، وأن علم المؤجر بواقعة التأجير من الباطن وسكوته لا يعتبر بذاته دليلاً على قبوله لها ولا يدل على النزول عن حقه في طلب الإخلاء لانتفاء التلازم بين هذا الموقف السلبي والتعبير الإيجابي عن الإرادة ".

طعن مدني 73/2090 ق نقض 2004/5/5 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 492.
طعن رقم 71/876 ق نقض 2002/6/20 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 2 ص 826. طعن مدني رقم 59/1704 ق نقض 1994/2/17 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 1 ص 379.
طعن مدني رقم 56/1905 ق نقض 1993/6/17 مجموعة الأحكام السنة 44 ج 2 ص 575.

صريحاً أو ضمناً. وبجانب هذا أو ذلك هل يمكن أن يعد السكوت نزولاً، وهو ما نتعرض إليه تباعاً في مسائل ثلاث على النحو التالي:

122 - أولاً: النزول الصريح عن الحكم: هو إعلان إرادة صريحة من المحكوم له أو من فوضه في ذلك بالنزول عما قضي له به هذا الحكم أو شق منه وعدم رغبته في تنفيذه. والنزول على هذا النحو وإن كان لا يتحقق إلا بموجب كلمات صريحة تفيد هذا المعنى⁽¹⁾، إلا أنه لا يلزم لوجوده أن يصدر لشخص محدد⁽¹⁾، أو في

Cass. 2^e Civ. 6 mai 2010 N^o. 09 – 65 – 266. juris. Data. N^o. 20 – 10 – 005536. Cass. 2^e Civ. 9 act. 1985, Bull. Civ. II. N^o. 146. J.C.P.G. 1985. IV, P. 359.

وفي الفقه الإسلامي: النزول عن الحق قد يكون باللفظ الصريح الدال على الرضا به أو ما يقوم مقامه. انظر: د. مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام 1418 هـ ط. دار العلم بدمشق، ص 405 وما بعدها.

وفي ذلك يقول ابن قدامة: " وإذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه، أو أحله منه، صح، وبرئت ذمة الغريم منه، وإن قال تصدقت به عليك صح، وإن قال عفوت لك عنه، صح، وإن قال أسقطته عنك، صح، وإن قال: ملكتك إياه صح. لأنه بمنزلة هبته إياه" المغني ج 6 ص 288.

(¹) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " لما كان ذلك وكان الإقرار المكتوب الموقع عليه بإمضاء منسوبه للمستأنفة قد تضمن بياناً صريحاً وقاطعاً يتركها للخصومة في الاستئناف، فإنه وقد قدم إلى المحكمة يقوم - وعلى ما جرى به قضاء النقض - مقام المذكرة الموقع عليها" نقض مدني رقم 42/675 ق نقض 1976/3/3 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 562. نقض 1973/2/2 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 336. نقض 1966/6/9 مجموعة الأحكام السنة 17 ص 1350.

صورة محددة أو بألفاظ معينة، فقد يتم شفاهة أو كتابة⁽²⁾، يستوي في هذا الكتابة أن تكون موثقة أو عرفية أو إلكترونية.

فإذا لم يكن النزول صريحاً قاطعاً في الدلالة على حقيقة مقصودة وبيان مرماه أو لم يفصح الموقف الذي اتخذ بمقتضاه عنه ضمناً - كما سنرى - فإن الحكم يظل قائماً ومنتجاً لكافة آثاره، ولمن صدر لصالحه أو لممثله المطالبة بهذه الآثار⁽³⁾.

إدارية عليا طعن رقم 37/2573 ق جلسة 1996/1/2 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 241.

(¹) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " لا يشترط في الإقرار أن يكون صادرة للمقر له، بل يجوز استخلاصه من أي دليل، فإذا كان الإقرار شفويّاً وأنكره من نسب إليه وجب على من يحتج به أن يثبت صدوره من خصمه ويخضع في ذلك للقواعد العامة للإثبات". طعن مدني رقم 64/897 ق نقض 2003/6/3 مجموعة الأحكام ج 2 ص 927.

(²) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه: " متى كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة الطاعنة، تحتمل المعنى الذي حصلته المحكمة منها وكان هذا المعنى متسقاً مع الوقائع الثابتة في الدعوى والتي فصلتها المحكمة في الحكم، فلا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في ذلك". طعن 40/12 ق - أحوال شخصية - نقض 1974/6/12 مجموعة الأحكام السنة 25 ص 1035. طعن رقم 51/2351 ق نقض 1987/11/29 مجموعة الأحكام السنة 38 ج 2 ص 1025.

(³) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " متى كان الممول من الممولين الخاضعين لربط الضريبة عليهم بطريق التقدير وطعن في تقدير أرباحه في سنة 1948 ثم تنازل عن طعنه بعد صدور المرسوم بقانون 240 لسنة 1952 فإن ربط الضريبة عن أرباح تلك السنة لا يكون قد أصبح نهائياً وقت صدور هذا المرسوم بقانون ويتعين تطبيقه على الممول المذكور واتخاذ أرباح سنة

ومؤدى ذلك، إذا كان النزول الصريح عن الحكم يلزم أن يتم بالقول مكتوباً أو شفاهة، فإنه لا يلزم لصحته استخدام ألفاظ معينة أو عبارات محددة، وإنما يدل عليه كل ما يقيد رغبة المحكوم له في النزول عن الحكم الذي صدر لصالحه أو شق منه، كأن يصرح بأن نزل عن الحكم الموضوعي الصادر من محكمة أول درجة ولا يرغب في تنفيذه، ويقر بذلك⁽¹⁾، صراحة خارج القضاء سواء ورد إقراره كتابة وموقع عليه من جانبه، أو إقرار مصدق عليه ولو كانت مجرد رسالة أو برقية، أو مجرد التصريح بالنزول شفاهة⁽²⁾.

1947 أساساً لتقدير الضريبة عليه عن سنة 1948 لا يغض من ذلك تنازل الممول عن طعنه، لأن هذا التنازل قد حصل بعد صدور المرسوم بقانون سالف الذكر فلم يصادف محلاً له بعد أن أسقط هذا القانون الطعن بالنسبة لأرباح سنة 1948 بمجرد صدوره ولا ينسحب أثره إلى ذلك الطعن". طعن مدني رقم 4/159 ق نقض 1958/5/1 مجموعة الأحكام السنة 9 ج 2 ص 420. طعن 26/32 ق - أحوال شخصية - نقض 1958/6/19 مجموعة الأحكام السنة 9 ص 609. طعن مدني رقم 57/2411 ق نقض 1996/1/7 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 119.

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " إقرار الطاعن في عبارات قاطعة الدلالة على حقيقة المقصود منها بتنازله نهائياً عن الطعن وعن أصل الحق المطالب به وتوثيق هذا الإقرار، فإنه يكون قد تجاوز بهذا الإقرار مرحلة ترك الخصومة التي يقتصر أثرها على إجراءات الطعن دون المساس بأصل الحق ويعتبر قابلاً للحكم المطعون فيه الأمر الذي ينطوي حتماً على التنازل عن الطعن". إدارية عليا طعن رقم 37/2573 ق جلسة 1996/1/2 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 241. طعن مدني رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6.

(2) طعن تجاري رقم 81/5692 ق نقض 2012/2/25. طعن مدني رقم 59/41987 ق نقض 1995/3/27 مجموعة الأحكام السنة 46 ص 619 طعن رقم 55/509 ق نقض 1990/5/9 مجموعة الأحكام السنة 41 ص 86.

وقد يتم النزول أمام المحكمة التي تنظر الطعن في الحكم محل النزول،
كأن يقدم في صورة إقرار مكتوب مصدق عليه سواء أمام محكمة الاستئناف⁽¹⁾، أو
النقض⁽²⁾، أو يقر به المحكوم له⁽³⁾، أو من فوضه في ذلك⁽⁴⁾، أو يقدم النزول في

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه - ورد بالحكم - " تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف
وبتاريخ 2012/5/8 قضت المحكمة بإثبات التنازل وانتهاء الخصومة وألزمت المستأنفة
بالمصروفات" طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1.

(2) ورد بالحكم " طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت صورة
محضر الصلح بين الطرفين بتاريخ 1995/7/8 مصدق عليه برقم 336/د لسنة 1995 توثيق
المنيا يقر فيه المطعون ضده بعودة الطاعنة لمنزل الزوجية وتنازله عن الحكم المطعون فيه"
طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22. طعن إجراءات رقم
65/6217 ق نقض 2002/11/25. طعن مدني رقم 57/871 ق نقض 1989/6/7.

(3) وقضي بأنه " ومن حيث أن المطعون ضده قد تنازل في جلسة 1991/1/2 عن
الحكم المطعون فيه الصادر لصالحه وأثبت تنازله بمحضر الجلسة، ومن ثم يتعين القضاء بإنهاء
الخصومة وإلزامه بالمصروفات" طعن مدني رقم 61/4239 ق نقض 1995/10/30 مجموعة
الأحكام السنة 46 ج 2 ص 1070. إدارية عليا طعن 34/3205 ق جلسة 1991/2/12
إدارية عليا طعن 32/353 ق جلسة 1990/1/3 مجموعة المبادئ السنة 35 ع 1 ص 774.
إدارية عليا طعن 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 مجموعة المبادئ السنة 13 ع 1 ص
27.

(4) وقضي بأنه - وحيث جاء بالحكم - " وفيه قدم وكيل الطاعن الثالث إقراراً موثقاً
بالتنازل عن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه بتعيين المطعون ضده الخامس مصفياً
قضائياً لتركه مورث الخصوم للتصالح صادر من المطعون ضد الطاعن الأول التي حضرت
بشخصها وأقرته والتزمت النيابة رأياً". طعن مدني رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6.
إدارية عليا طعن رقم 40/3414 ق جلسة 1997/8/5 مجموعة المبادئ السنة 42 ج 2 ص
1429.

صورة مذكرة مكتوبة أمام المحكمة⁽¹⁾، أو يقر به شفاهة في الجلسة ويثبت في محضرها⁽²⁾، فالنزول عن الحكم يستوي فيه أن يتم أمام المحكمة أو بعيداً عنها⁽³⁾، غاية الأمر أن تتوافر لدى المقر، الإرادة، لأن الإقرار يشترط فيه ما يشترط في الأعمال القانونية، بمعنى يجب أن يدرك المقر مرمى إقراره، وأن يقصد به إلزام نفسه بمقتضاه، وأن يكون مبصر أنه سيتخذ حجة عليه، وأن خصمه سيعفي بموجبه من تقديم أي دليل⁽⁴⁾.

(¹) طعن مدني عُمانى رقم 2017/508 جلسة 2018/4/24 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1335 وفيه ورد " أن يأت على لسان الطاعنة إطلاقاً أنها طلبت مقايضة مبلغ الغرامات التأخيرية مقابل الأعمال الإضافية إطلاقاً بل قالت بالحرف الواحد في مذكرتها المؤرخة في 2013/6/20 أمام المحكمة بناء على ما جاء في خطاب الاستشاري المؤرخ في 2012/5/20 موافقة المطعون ضدها على التنازل عن قيمة الأعمال الإضافية مقابل تنازل الطاعنة عن قيمة الغرامات التأخيرية وحيث أن هذا التنازل تحكمه قاعدة فقهية كلية تنص على أن " من سعي في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه" لذا كان من العدالة والحق أن يرد سعي المطعون ضدها دون نكث ما غزلته بيديها الأمر الذي تطلب معه الطاعنة نقض الحكم المطعون فيه هذه الجزئية تحديداً.

(²) نقض مدني رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 2 ص 1312 إدارية عليا طعن رقم 34/3205 ق جلسة 1991/2/12 مجموعة المبادئ السنة 36 ص 692 وفيه " ومن حيث أن المطعون ضده قد تنازل في جلسة 1991/1/2 عن الحكم المطعون فيه الصادر لصالحه وأثبت تنازله بمحضر الجلسة ومن ثم يتعين القضاء بإنهاء الخصومة وإلزامه بالمصروفات".

(³) طعن 46/685 ق نقض 1983/11/21.

(⁴) الطعانان رقما 2300، 65/3550 ق نقض 2006/5/16 مجموعة الأحكام السنة 57 ص 460. طعن مدني رقم 57/173 ق نقض 1992/4/9 مجموعة الأحكام السنة 43 ج

ويقع على عاتق من يتمسك بالنزول الصريح عن الحكم عبء إثباته⁽¹⁾، ويتم ذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فيكون بالكتابة وما يقوم مقامها متى كانت قيمة الحق محل الحكم الوارد عليه النزول تزيد عن ألف جنيه مادة 60 إثبات. مع مراعاة أن الإثبات بالكتابة في هذه الحالة تكون لازمة لإثبات النزول وليست شرطاً لصحته أو لزومه، ومن ثم يمكن إثبات النزول عن الحكم بما يقوم مقام الكتابة بالإقرار واليمين بل يمكن الاستعاضة عنها بالبينة والقرائن في الحالات التي تجيزها القواعد العامة⁽²⁾.

1 ص 550 إدارية عليا طعن 8/1557 ق جلسة 1967/12/3. مجموعة المبادئ السنة 13 ص 209.

(¹) طعن جنائي رقم 74/2614 ق نقض 2004/12/21 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 702. طعن مدني رقم 71/1230 ق نقض 2002/3/28 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 1 ص 444.

(²) وتطبيقاً لذلك قضي بأن "..... أن المشرع اشترط أن يكون الترخيص الصادر من المؤجر للمستأجر بالتنازل كتابة ليحول دونه ودون طلب الإخلاء بما مؤداه أنه في الأصل لا يجوز عند المنازعة في حصوله إثباته بغير هذه الوسيلة التي حددها المشرع، فإثبات الإذن بالتنازل الصريح يجب أن يكون بالكتابة أو ما يقوم مقامها من يمين أو إقرار. إلا أن الكتابة في الإذن الخاص ليست ركناً شكلياً بل هي مطلوبة لإثبات التنازل عن الشرط المانع لا لصحته، فيمكن الاستعاضة عنها بالبينة أو القرائن في الحالات التي تجيزها القواعد العامة، واستثناءً، فيجوز الإثبات باعتباره وقائع مادية بجميع وسائل الإثبات" طعن مدني رقم 51/898 ق نقض 1985/12/25 مجموعة الأحكام السنة 36 ج 2 ص 1183. طعن مدني رقم 49/1694 ق نقض 1985/4/8 مجموعة الأحكام السنة 36 ج 2 ص 668.

123 - ثانياً : النزول الضمني عن الحكم: وهو ما يستفاد من سلوك من له الحق في النزول عنه بقول أو بفعل أو عمل لا يتفق مع إرادة نفاذ الحكم أو تنفيذه اختياريًا كان أو إجباريًا⁽¹⁾. وكما تقول محكمة النقض⁽²⁾، أن إسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة مقررة يحميها القانون لا يكون إلا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع طرف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، وذلك بإتيان⁽³⁾ من له الحق في النزول عملاً أو تصرفاً أو اتخاذ موقفاً يكشف بوضوح في دلالاته على هذا النزول.

(1) ونفاذ الحكم على خلاف تنفيذه. فالنفاذ يكون كأثر مباشر للحكم يترتب عليه أيأ كانت طبيعته سواء كان الحكم منشئاً أو كاشفاً أو حكماً بإلزام، وذلك كأثر لحجية الأمر المقضي به، فهذا النفاذ يترتب بقوة القانون دون حاجة لاتخاذ أي إجراءات لذلك. على العكس من ذلك التنفيذ وخاصة الجبري هو اتخاذ إجراءات التنفيذ وضع الحكم موضع التنفيذ عن طريق السلطة المختصة. انظر: د. أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية 2007 دار المطبوعات الجامعية ص 43.

(2) طعن مدني رقم 66/11337 ق نقض 1998/3/25 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 1 ص 254.

(3) طعن مدني 67/3563 ق نقض 2010/12/21. طعن مدني رقم 63/787 ق نقض 2007/1/13 البوابة القانونية لمحكمة النقض طعن مدني رقم 73/2090 ق نقض 2004/5/5 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 492. طعن مدني رقم 59/2311 ق نقض 1994/6/22 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 2 ص 1092. طعن مدني رقم 56/1390 ق نقض 1988/11/15 مجموعة الأحكام السنة 39 ج 2 ص 1162.

وتسري على النزول الضمني - وكما يسري على النزول الصريح - القاعدة العامة⁽¹⁾ في ضرورة أن تكون إرادة المتنازل واضحة لا غموض فيها قاطعة في الدلالة، وتستخلص هذه الإرادة من كافة الظروف والملابسات المحيطة بواقعة النزول. كما لا يساورها الشك أو الاحتمال⁽²⁾، ومن ثم فهذه الإرادة لا تستخلص إلا بعد واقع لا يدل إلا عليها ولا يحتمل إلا إنصراف النية إلى التعبير عنها ضمناً، وذلك حتى يصادف صحيح القانون تطبيقاً للمادة 90 مدني مصري 1113 مدني فرنسي.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه⁽³⁾ " ولما كان المقرر في قضاء النقض أن قابلية الحكم للطعن تتعلق بالنظام العام فيتعين على محكمة الطعن أن تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن ومدى اختصاصها بنظره، وكان يشترط في المطعون

(1) طعن مدني رقم 57/2411 ق نقض 1996/1/7 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 119. طعن رقم 61/3113 ق نقض 1995/11/16 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 2 ص 1165. طعن مدني رقم 61/4239 ق نقض 1995/10/30 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 2 ص 1070. طعن مدني رقم 58/3216 ق نقض 1993/10/28 مجموعة الأحكام السنة 44 ج 3 ص 83. طعن مدني رقم 51/477 ق نقض 1984/12/30 مجموعة الأحكام السنة 35 ج 2 ص 2315.

(2) إدارية عليا طعن 8/1557 ق جلسة 1967/12/3 مجموعة المبادئ السنة 13 ع 1 ص 209.

(3) طعن مدني رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 2 ص 1312.

ضده ألا يكون قد تنازل عن الحكم المطعون فيه، إذ تتعدم بذلك مصلحة الطاعن في مقاضاته".

وقضي بأنه⁽¹⁾ " ومن حيث إن الطاعن يقيم طعنه أساساً على أنه عدل عن الاستقالة عدولاً فعلياً وأنه مستمر في العمل وأنه حصل على علاوته الدورية وعلى علاوة تشجيعية وفقاً للمستندات المقدمة منه وأن ذلك يجعل الحكم مخالفاً للواقع لأنه يبني على عزوفه عن العمل. وإن لذلك يطالب بإلغائه وبإثبات تنازله عن الدعوى رقم 147 لسنة 42 ق التي صدر فيها الحكم، ومن حيث أن طلبات الطاعن إنما تسفر في حقيقتها عن تنازل عن الحكم الصادر لصالحه في موضوع الدعوى وإذ سبق أن قبلت الإدارة تنازله عن الحكم الصادر لصالحه في الشق العاجل من تلك الدعوى وفقاً للثابت بأسباب الحكم الصادر في الطعن رقم وكانت قد مكنته من الاستمرار في العمل الذي ينم عن قبول تنازله عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى " .

وقضي⁽²⁾ بأن " عدم قيام الطاعنة - وزارة الأوقاف - بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقد الحكر المقضي بفسخه حتى تم استبدالها سنة 1962 يتضمن تنازلها عن التمسك

(1) إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 937.

(2) طعن مدني رقم 37/170 ق نقض 1972/3/23 مجموعة الأحكام السنة 23 ج 1 ص 499.

بالحكم الصادر بالفسخ، وبالتالي فإنه لا تكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يجب إفرغه في الشكل الذي تطلبه القانون المدني في المادة 1000 منه".

123 - وبالمقابل فقد رفضت محكمة النقض في حالات أخرى اعتبار سلوك من له الحق في النزول دالاً على إسقاط حقه لعدم قطعية هذا السلوك في الدلالة على النزول. ومن ذلك ما قضت به⁽¹⁾ من أن " النزول عن التقادم وقوعه بإرادة المتنازل بعد ثبوت الحق فيه صراحة أو ضمناً، الإرادة الضمنية استخلاصها من واقع لا يدل إلا عليها. طلب الملكية استناداً إلى الميراث عدم اعتباره تنازلاً". وقضت⁽²⁾ بأن

(¹) طعن مدني رقم 51/1477 ق نقض 1984/12/30 مجموعة الأحكام السنة 35 ج 2 ص 2315. وفيه " أن الإرادة الضمنية لا تستخلص إلا بعد واقع لا يدل إلا عليها ولا يحتمل إلا انصراف النية إلى التعبير عنها ضمناً، أما إذا كان هذا الواقع يدل على أكثر من احتمال فلا يمكن استخلاص الإرادة الضمنية منه لأنه ترجيح لأحد الاحتمالات على الآخر بغير مرجح. ولما كان رفع الدعوى بطلب الملكية بسبب الميراث باعتباره الأيسر سبيلاً في كيفية إثباته لا يمكن اعتباره بذاته ولا على توافر الإرادة الضمنية على التنازل عن التمسك بأي سبب آخر تكسبها ومنها اكتسابها بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(²) طعن مدني رقم 56/1905 ق نقض 1993/6/7 مجموعة لأحكام السنة 44 ص 575. وفيه " المقرر ي قضاء هذه المحكمة أن الدفع بالتقادم دفع موضوعي يجوز إبدائه في أي حالة كانت عليها الدعوى وهو كما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف التي تظهر إرادة المدين بوضوح لا غموض فيه وهو لا يفترض عند الشك ولا يؤخذ بالظن، وقاضي الموضوع وإن كان له تقدير وقوعه بلا معقب عليه إلا أنه يتعين أن يكون مستخلصاً ومستمداً من مواقف صدرت من المدين يستفاد منها حتماً إظهار إرادته فيه وأن مجرد عدم إيراد الدفع بالتقادم في المذكرة الختامية لا يعد في ذاته نزولاً عنه".

"الدفع بالتقادم موضوعي جواز النزول عن هذا الدفع صراحة أو ضمناً بعد ثبوت الحق فيه. تقدير محكمة الموضوع ذلك شرطه عدم إيراد الدفع في المذكرة الختامية لا يعد في ذاته نزولاً عنه".

وقضت⁽¹⁾ بأنه "إذا كانت المحكمة قد استخلصت من أقوال الشهود وفي حدود سلطتها الموضوعية وبأسباب سائغة أن ما قرره المطعون عليه الأول - من رفض الصفقة لضيق ذات يده وقت إبرام عقد بيع العقار المشفوع فيه - لا يتضمن تنازلاً عن استعمال حقه في الشفعة، فإن ما استطرد إليه الحكم تزييداً من أن التنازل الضمني لا يثبت إلا بعد تمام البيع لا يؤثر على قضائه في هذا الخصوص".

وقضت⁽²⁾ بأن "رفع النزاع إلى القضاء من جديد مع قيام الطعن لا يعتبر تنازلاً عن هذا الطعن. كما قضت⁽³⁾ بأن "عرض العقار المشفوع به على الشفيع قبل بيعه وعدم قبول شراؤه لا يعد نزولاً عن حقه في الأخذ بالشفعة".

(1) طعن 38/414 ق نقض 1973/3/14 مجموعة الأحكام السنة 24 ص 502. طعن 59/291 ق نقض 1989/12/12.

(2) طعن رقم 30/37 ق - أحوال شخصية - نقض 1963/2/6 مجموعة الأحكام السنة 14 ع 1 ص 218.

(3) الطعان رقما 3658، 58/3659 ق نقض 1990/10/25 مجموعة الأحكام السنة 41 ج 2 ص 555 وفيه أن "المقرر في قضاء النقض أن النزول الضمني عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة. كما أن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبول شراؤه لا يعتبر تنازلاً عن حقه في أخذه بالشفعة إذا بيع وكان الثابت أن الطاعن قد ذهب في دفاعه أمام محكمة

124 - وتقدير ما إذا كان ما صدر ممن له الحق في النزول يعتبر نزولاً ضمناً عن الحكم أو لا يعتبر مسألة تتعلق بالواقع تستقل بتقديرها محكمة الموضوع على أن تقييم قضاءها في ذلك على أسباب سائغة تكفي لحمله، ولها أصل ثابت في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وتقديرها لذلك لا تخضع فيه لرقابة النقض⁽¹⁾.

125 - والنزول عن الحكم صريحاً كان أو ضمناً لا يجوز أن يقترن بأي تحفظ، بمعنى أن يكون خالياً من أية شروط تهدف إلى تمسك المحكوم له بالحكم أو بأي

الموضوع إلى أن الشركة المطعون ضدها الأولى قد تنازلت عن حقها في الشفعة لرفضها شراء أرض النزاع واستند في ذلك إلى صورة الخطاب المؤرخ 1981/12/14 الذي عرضت فيه البائعة له على تلك الشركة شراء هذه الأرض بواقع 35000 جنيهاً للقدان، وأنها عرضت عن الصفقة، وكانت فرض الشركة المذكورة شراء تلك الأرض قبل تمام البيع الحاصل منها إلى الطاعن في تاريخ لاحق بموجب العقد المؤرخ 1982/8/22 لا يعتبر تنازلاً عن حقها في أخذ أرض النزاع بالشفعة طبقاً لهذا العقد وشروطه، فإن الحكم المطعون فيه وقد خلص إلى ذلك بقضائه بأحقية الشركة المطعون ضدها الأولى في الشفعة طبقاً لهذا العقد فإنه يكون صحيح النتيجة قانوناً".

(¹) طعن مدني 66/5979 ق نقض 1990/4/30 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 1 ص 379. طعن مدني 61/3113 ق نقض 1995/11/16 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 2 ص 1165. طعن رقم 59/923 ق نقض 1994/1/19 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 1 ص 203. طعن مدني رقم 51/1150 ق نقض 1992/6/16 مجموعة الأحكام السنة 43 ج 1 ص 948. طعن مدني رقم 53/359 ق نقض 1989/6/9 مجموعة الأحكام السنة 40 ج 2 ص 751.

أثر من الآثار القانونية التي يترتبها⁽¹⁾. ومع ذلك لا يمنع من أن يعلق النزول على شرط، وعند تحقق هذا الشرط ينتج النزول حكمه ويرتب آثاره، كما لو علق المحكوم له النزول عن الحكم على إلغاء جهة الإدارة قرارها برفض إنهاء خدمة الطاعن للاستقالة وإعطائه شهادة تقييد ذلك وخلو طرفه ومدة خدمته⁽²⁾، أو علقت الشركة موافقتها على النزول بالوفاء لها بكامل الثمن⁽³⁾. وتعليق المحكوم له النزول عن

(1) طعن مدني رقم 59/1623 ق نقض 1993/10/28 مجموعة الأحكام السنة 44 ج 3 ص 89. طعن رقم 43/266 ق نقض 1982/11/14 مجموعة الأحكام السنة 33 ج 2 ص 905. طعن مدني 45/32 ق نقض 1976/11/24 مجموعة الأحكام السنة 27 ج 2 ص 1649.

(2) إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 917.

(3) وقضي تطبيقاً لذلك بأن " إقرار الوكيل في حدود وكالته حجة على مؤكلة وينصرف أثره إليه، لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن البند الثالث عشر من عقد البيع المؤرخ 1966/8/8 المتضمن بيع الشركة المطعون ضدها الثانية للمطعون ضده الأول قطعة الأرض موضوع الدعوى حظر على الأخير التنازل عنها للغير إلا بعد الحصول على موافقة الشركة الكتابية الصريحة على العقد بقبول التنازل وذلك لكي تحصل الشركة على حقوقها الثابتة في هذا العقد من التنازل إليه، وكانت الكتاب المتطلبة في هذا الشأن هي للإثبات، وكان المحامي الحاضر عن رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها الثانية قد قرر بمحضر جلسة 1975/1/26 أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة بموافقة الشركة على التنازل المؤرخ المتضمن تنازل المطعون ضده الأول للطاعن عن قطعة الأرض مشتراة، وذلك إذا دفع لها مؤجل الثمن، وهو ما أكدته أيضاً في مذكرتها المقدمة لتلك المحكمة في، ومن ثم فإن التكييف القانوني الصحيح لها أقرت به الشركة أنها موافقة على التنازل معلقة على شرط الوفاء لها بكامل الثمن، وإذ تحقق هذا الشرط بسداد الطاعن المتنازل له عن الأرض كامل الثمن فإن موافقة الشركة تكون قد تحققت ولا يجوز لها أن تعود، فتعول عما وافقت عليه قائلة أن هذه الموافقة

الحكم بينة الأعمال الإضافية شريطة تنازل المحكوم عليه عن الحكم بالغرامة التأخيرية⁽¹⁾.

ويقع على عاتق المتمسك بالنزول الضمني عبء إثبات⁽²⁾ النزول عن الحكم، وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة للإثبات، فيجب إثباته بالكتابة متى كانت قيمة الوارد بالحكم تزيد عن ألف جنيه، مع مراعاة أن الكتابة لازمة للإثبات وليست لوجود النزول وصحته، ولذلك يمكن إثباته بما يقوم مقام الكتابة، فيجوز الإثبات بالإقرار أو اليمين⁽³⁾. كما يمكن إثباته بالبينة والقرائن في الحالات التي تجيزها

تتطلب اتخاذ إجراءات معينة لم تتخذ بعد". طعن مدني 59/1862 ق نقض 1994/1/13 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 143.

(¹) طعن مدني رقم 67/3563 ق نقض 2010/12/21 . طعن مدني عُمانى رقم 2017/508 جلسة 2018/4/24 مشار إليه سابقاً.

(²) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " عبء إثبات التنازل وقوعه على من يدعيه " طعن رقم 45/100 ق نقض 1975/4/28 مجموعة الأحكام السنة 30 ج 2 ص 217.

(³) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الإدعاء بأن السبب المذكور في سند الدين غير صحيح أو أنه سبب صوري لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنياً لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، إلا أن إثباته يكون جائزاً بطريق الإثبات كافة إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي عملاً بالمادة 1/63 من قانون الإثبات " طعن مدني رقم 62/2522 ق نقض 1998/5/17 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 1 ص 419.

القواعد العامة⁽¹⁾. بل إن عدول من يقع عليه عبء الإثبات عن دليل، فذلك لا يحول بينه وبين اللجوء في إثباته إلى أية وسيلة أخرى يقرها القانون⁽²⁾.

126 - ثالثاً: مدى اعتبار السكوت نزولاً عن الحكم: والسكوت موقف سلبي تام لا يمكن أن يرتب آثاراً قانونية باعتباره تعبيراً عن الإرادة، ما لم يتبين عكس ذلك من نص في القانون أو من العرف أو من علاقات الأعمال أو الظروف الخاصة، وهو ما اعتمده القانون المدني وفقاً للمادة 1120 مدني فرنسي⁽³⁾ 98 مدني مصري.

(1) طعن مدني رقم 56/1390 ق نقض 1988/11/15 مجموعة الأحكام السنة 39 ج 2 ص 1162.

(2) وقضي بأنه " إذا كان للشفيع باعتباره من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع إثبات صورته بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، فإن عدوله عن إثبات هذه الصورة بالبينة لا يحول بينه وبين اللجوء في إثباتها إلى القرائن أو أية وسيلة أخرى يقرها القانون، وكان الثابت أن المطعون ضدها الأولى قد تمسكت بصورية عقد الطاعنين صورية مطلقة فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الدفع ثم طلبت من المحكمة العدول عن الحكم التمهيدي بإجراء التحقيق مع إصدارها عن دفعها بالصورية واكتفائها في إثباته بالقرائن التي ساققتها والمستندات التي قدمت فاستجابت المحكمة إلى طلبها فإن دفاع الطاعنين بخصوص تنازل تلك الشركة عن تمسكها بالصورية، إذ انبني على استبدالها وسيلة إثبات هذه الصورة بوسيلة قانونية أخرى يكون غير صحيح وظاهر البطلان ومن ثم فلا يعيب الحكم المطعون فيه إغفال الرد عليه".

الطعن رقم 3658، 58/3659 ق نقض 1990/10/25 مجموعة الأحكام السنة 41 ج 2 ص 555.

(2) " Le silence ne vaut pas acceptation à mains qu'il n'en resulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires au de circonstances particulières".

واستقر عليه الفقه⁽¹⁾ والقضاء⁽²⁾ حيث قضي بأن الحقوق لا تسقط عن أصحابها إلا بإرادة النزول عنها، وهي إرادة لا تفرض، بل يجب أن يقوم الدليل عليها قاطعاً⁽³⁾.

وفي قانون المرافعات كذلك لا يمكن بحال أن يفسر سكوت الخصم أو مسلكه السلبي على أنه نزولاً عن الحق في الدعوى⁽⁴⁾، أو عن حق إجرائي⁽⁵⁾، أو ترك للخصومة⁽⁶⁾، أو على اعتبار أنه قبولاً للحكم⁽⁷⁾، أو نزولاً عنه ... وهكذا. فسكوت

(1) د. السنهوري: الوسيط، ج 1 المجلد الأول ص 220 وما بعدها بند 112 وما بعده. د.نبيل سعد: مصادر الالتزام ص 99 وما بعدها.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " اعتبار السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن نزولاً عن الحق شرطه اتخاذ صاحب الشأن من سكوته موقفاً لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على قصد النزول مادة 90 مدني " طعن إيجارات رقم 75/9515 ق نقض 2016/1/16. البوابة. طعن مدني رقم 71/876 ق نقض 2002/6/20 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 1 ص 826. طعن رقم 66/11337 ق نقض 1998/3/25 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 1 ص 254. طعن رقم 57/2411 ق نقض 1996/1/7 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 119. طعن رقم 45/100 ق نقض 1979/4/28 مجموعة الأحكام السنة 30 ج 2 ص 217. طعن شرعي عُمانى 2017/291 جلسة 2018/5/20 أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 104.

(3) دستورية عليا القضية رقم 11/29 ق جلسة 1994/3/26.

(4) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 186 وما بعدها.

(5) د. محمد السيد رفاعي: رسالة ص 265 وما بعدها.

(6) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفع ص 601 وما بعدها بند 393.

(7) د. عيد القصاص: المرجع السابق ص 80 وما بعدها بند 31. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 628 وما بعدها بند 422.

من له الحق في النزول عن الحكم لا يمكن بحال اعتباره نزولاً ضمناً مهما طالَّت مدة السكوت. وإطالة هذه المدة إلى أن تكتمل مدة التقادم دون تنفيذ الحكم، فيعد تقادماً له وليس نزولاً عنه⁽¹⁾، لكون الأخير لا يكون إلا بعمل إيجابي يعرب فيه من له الحق في النزول عن إرادته صراحة أو ضمناً وعلى وجه قاطع بالنزول عنه، لأن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت على نحو يمنع من معاودة المطالبة به مرة أخرى. فلا يفترض التخلي عن الحكم وإسقاطه لمجرد سكوت المحكوم له أو اتخاذه موقف سلبي بشأنه، فالإرادة المفترضة مرفوضة⁽²⁾، فلا يمكن إفتراض اتجاه الإرادة لتصرف معين، بل يجب أن تكون الإرادة قد اتجهت فعلاً لهذا التصرف.

(1) كما أن تقادم الحكم ليس استخلاصاً لسكوت المحكوم له وإنما تطبيقاً للقانون مادة 2/385 مدني، 68 من قانون التجارة 1999/17 انظر فيما سبق.

(2) د. الأنصاري النيداني: الإشارة السابقة.

وفي تطبيق ذلك قضي بأن مفاد نص المادة 39، 78 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 في شأن الولاية على المال أن القيم على المحجور عليه شأن الوصي على القاصر لا يملك إجازة العقد - عقد البيع - القابل للإبطال ضمناً، لأن هذه الإجازة باعتباره من أعمال التصرف لا يكون إلا بناء على إذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال. لما كان ذلك، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر سكوت الطاعن (القيم) مدة طويلة عن طلب إبطال العقد الصادر من محجوزه بمثابة إجازة ضمنية له، فإذا يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون" طعن مدني رقم 52/1261 ق نقض 1978/1/14 مجموعة الأحكام السنة 38 ج 1 ص 98. طعن مدني رقم 60/2008 ق نقض 1994/12/15 مجموعة الأحكام السنة 45 ج 2 ص 1618. طعن مدني 63/7044 ق نقض 2002/2/26.

127 - ومع ذلك قد يكون للسكوت في إطار النزول عن الحكم دور، ولكنه أبسط من اعتباره تعبيراً عن إرادة المحكوم له، وإنما باعتباره واقعة أو قرينة⁽¹⁾، يرتب عليها القانون جزاء في غير صالح الخصم الساكت نتيجة لعدم قيامه بنشاط معين كان ملزماً القيام به.

ومؤدى ذلك، أن القانون قد يفرض على الخصم الالتزام بالكلام أو بإتيان سلوك إيجابي معين، فيعد السكوت أو عدم إتيان هذا السلوك من قبيل الخطأ من جانبه، فالحكم متى حاز حجية الأمر المقضي به فإن مناط التمسك به في المنع من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها ذات المسألة و تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيه والتمسك بأثره فوري صدوره⁽²⁾. أي يحتاج إلى همه من الخصوم⁽¹⁾، وعدم قيام الخصم بتقديم الحكم

(1) وقد يترتب على السكوت أثر قانوني ممثلاً في كونه قبولاً في بعض الحالات خاصة في مسائل الاتفاقات، مثل شرط الاتفاق على اختصاص محكمة معينة أو شرط الاتفاق على التحكيم. وقد يتمثل هذا الأثر في حرمان الشخص من القيام بإجراء ما إذا سكت عن القيام به في الوقت المناسب المحدد قانوناً، كما هو الشأن بالنسبة للدفع الإجرائية التي تبدي في موعدها والظعن في الأحكام.

انظر: د. علي الشيخ: الحكم الضمني، 1997، دار النهضة العربية ص 130 وما بعدها بند 88 وما بعده؛ المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، ص 343 وما بعدها بند 343 وما بعده: فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، ص 99 وما بعدها بند 290 وما بعده؛ د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 187 وما بعدها.

(2) طعن تجاري 73/76 ق نقض 2003/3/13 مشار إليه سابقاً.

التحكيمي الصادر في الخارج وترجمة رسمية له أمام المحكمة الوطنية التي طرح أمامها ذات النزاع، فيكون مقبولاً اعتبار سكوت الخصم وامتناعه عن القيام بما يقتضيه هذا الالتزام خطأ من جانبه، يرتب جزاء هو عدم الاعتداد بأثر الحكم على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم، والذي ساهم من صدر هذا الحكم لصالحه في تحقيقها، ومن ثم فإن الآثار التي تترتب على السكوت في هذه الحالة إنما تبدو كجزاء يرتبه القانون على سلوك الخصم الخاطئ.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأن " عدم قيام الخصم على الرغم من صدور حكم في ذات النزاع بينه وبين خصمه ولم يتقدم بما يفيد ذلك للتمسك بأثره من منع

(1) د. أحمد خليل : التعارض بين الأحكام القضائية 1998 دار المطبوعات الجامعية ص 62.

(2) نقض 3/13 - الدائرة التجارية - الطعن رقم 73/76 ق مشار إليه سابقاً وجاء بهذا الحكم والذي نعرضه لأهميته: "وحيث أن الطعن أقيم علي سببين تنعي الطاعنة بالسبب الأول منهما علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله إذ قضي برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم الأمريكية (AAA) في 7 من مايو سنة 1997 علي ما ذهب إليه من أن الفقرة (1) من المادة 58 من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية تشترط لتنفيذ الحكم، إلا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، فإنه يكون بذلك قد خلط بين الحالات التي تناولتها تلك المادة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وبين حجية تلك الأحكام التي إنتظمتها المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958 والتي لا ينال منها صدور الحكم الابتدائي رقم 499 لسنة 1994 جنوب القاهرة

الابتدائية بتاريخ 29 من فبراير سنة 1996 والذي لم تثبت له الحجية بعد لكونه محلاً للاستئناف فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه..

وحيث أن النعي غير سديد، ذلك بأنه ولئن كان الأصل أنه متى حاز الحكم حجية الأمر المقضي فإن مناط التمسك به في المنع من العودة إلي مناقشة المسئلة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها ذات النزاع هو تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيها والتمسك بأثره فور صدوره، فإذا إستصل تمسك الخصم - في دعوى مقامة بالفعل - إلي أمد ينبئ بتنازله عن الحق الثابت فيه فإنه يتعين عدم الاعتداد بأثره علي المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق علي صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحقيقها اتساقاً مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وكان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - إن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقي هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً، وكان قضاء محكمة النقض يحوز هذه الحجية في حدود المسئلة التي يتناولها ويمتنع علي المحكمة المحال عليها عند إعادة النظر في الدعوى المساس بهذه الحجية، ويتعين عليها أن يقتصر نظرها علي موضوع الدعوى في نطاق المسئلة التي أشار إليها الحكم الناقض، كما يمتنع علي الخصوم أن يعودوا إلي المناقشة شأنها من جديد.

وأن متى فصل الحكم المحاج به في مسئلة كلية شاملة أمتنع النظر في مسئلة فرعية منقرعة عنها، لما كان ذلك، وكان الواقع في الدعوى حسماً حصله الحكم المطعون فيه وسائل الأوراق أن حكم محكمة أول درجة قضي بأحقية المطعون ضدها الأولي في المبلغ محل الحجز التحفظي رقم 28 لسنة 1994 جنوب القاهرة وتثنيته مع إلزام الطاعنة بأن تؤدي له مبلغ مليون دولار تعويضاً عن الإضرار التي لحقت به في صدر بتاريخ 1996/2/29 وتأييد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم 1377/113 ق القاهرة بتاريخ 1997/6/18. وإذا طعن الطاعنة عليه بطريق النقض تحت رقم 67/1405ق، وقضت محكمة النقض فيه بتاريخ 1999/4/26 برفض ما تمسكت به من نفي لخطئها في توريد وشحن رسالة القمح إلي المطعون ضدها الأولي، بعد أن ثبت لها من أسباب الحكم الاستئنافي السائغة والتي لها معيها من الأوراق أن كما أصابها من تلف كان سابقاً علي شحنها، وما رتبته هذا القضاء من مسؤولية الطاعنة عما أصاب المطعون ضدها الأولي من ضرر سببه ذلك الخطأ علي نحو تعد هذه المسئلة التي فصل فيها

المحكمة من الاستمرار في نظرها للنزاع يبنى بتنازله عن الحق الثابت بما يتعين عدم الاعتداء بأثر هذا الحكم علي المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق علي صدوره. فالسكوت وأن رتب أثره - هنا - إلا أنه ليس علي مستوي التعبير عن الإرادة لكنه لاعتباره سلوك خاطئ رتب عليه القانون جزاء هو عدم الاعتداد بأثر الحكم علي المراكز القانونية التي استقرت بعد صدوره⁽¹⁾.

حكم النقض مسألة كلية شاملة حازت حجية الأمر المقضي بالنسبة غليها وما يتفرع عنها من مسائل فرعية منها بيان عناصر الضرر المؤسس عليه طلب التعويض والذي كان محلاً لنقض الحكم المطعون فيه، وكانت الطاعنة علي الرغم من صدور حكم هيئة التحكيم الأمريكية في ذات النزاع بينها وبين المطعون فيه، وكانت الطاعنة علي الرغم من صدور حكم ضدها الأولي بتاريخ 1997/5/7، لم تتقدم به وبترجمة رسمية له للتمسك بأثره في منع محكمة الاستئناف من الاستمرار في النظر في الدعوى أمامها، إلا بجلسة 2002/10/27 علي نحو يبنى بتنازله عن الحق الثابت له بما يمتنع معه إعمال أثره علي المركز القانوني الذي تحقق للمطعون ضدها الأولي بقضاء محكمة النقض الصادر في الطعن رقم 67/405ق - علي النحو السالف - والذي ساهمت الطاعنة فيه. وإذ أنتهي الحكم المطعون فيه إلي هذه النتيجة فإنه لا يعيبه خطأ في أسبابه القانونية بالاستناد إلي المادة 2/58 من القانون رقم 1994/27، إذ لمحكمة النقض إن تنشئ أسباباً جديدة تقوم بها هذا القضاء دون أن تتقضه.

(1) وتطبيقاً لذلك قُضي بأن تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن هيئة الأوقاف المطعون ضدها، عدلت عن تنفيذ الحكم علي مورثه بفسخ عقود الاستبدال لأطيان الداعي وذلك بقبول المستحقة من الورثة ومن بينهم الطاعن وتركهم الانتفاع بالأطيان محل النزاع دون اعتراض وقيامها برفع جنحة علي شقيقه لتأخره في سداد باقي الأقساط بعد صدور حكم الفسخ وقيامها يقيد حق الامتياز بالشهر العقاري لصالحها عن جزء من الأطيان نظير باقي الثمن. طرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وقضاه برفض دعوى الطاعن تثبت ملكيته لأطيان النزاع تأسيساً علي أن قبول الهيئة للأقساط المتأخرة هو مقابل انتفاع وأن قبولها لا يعد تنازلاً عن تنفيذ حكم

وفي هذه الحالة لا يشغل القاضي تقديره لواقعة السكوت في ذاته والتي تتسبب للخصم بعدم تمسكه بالحكم الصادر لصالحه ليمنع المحكمة من معاودة نظرها للنزاع مرة ثانية. كما لا يبحث في الظروف المصاحبة لهذا السكوت وما إذا كان يعد نزولاً عن الحكم من عدمه، بل يكفي التحقق من واقعة معينة هي عدم تقديم الخصم صورة رسمية من الحكم في النزاع والتمسك بأثره فور صدوره، ثم يرتب الأثر القانوني لهذه الواقعة، فمثلاً في عدم الاعتداد بأثر هذا الحكم علي ما استقر من مراكز قانونية بعد صدوره. فالسكوت يوجد هنا لا علي أنه نزول ضمني عن الحكم ولكن علي أنه واقعة⁽¹⁾ يرتب عليها القانون أثر محدد .

الفسخ لأن التنازل عن الحكم يجب أن يكون صريحاً وواضحاً. خطأ. قصور. فساداً، طعن مدني رقم 67/3563ق نقض 2010/12/21.

(1) قارب حيث قضي بأنه "... ولما كان سكوت الحاضر عن المدعية بالحقوق المدنية عن الاعتراض علي سماع الشهود والذين طلب الطاعن سماعهم يعد تنازلاً منه علي التمسك بوجوب الإثبات بالكتابة، ويمتنع عليه بعد ذلك العدول عن هذا التنازل، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يتعين معه نقضه" طعن جنائي رقم 59/41987ق، نقض 1995/3/27، مجموعة الأحكام السنة 46، ص 619.

المطلب الثاني

إلزامية النزول عن الحكم

128- تمهيد:

القاعدة والاستثناء: والقاعدة هي أن النزول عن الحكم أمر بات لا يمكن الرجوع فيه. أما الاستثناء هو جواز الرجوع في النزول عن الحكم الصادر بشأن المراكز القانونية الممتدة في الزمان، كذلك يجوز الرجوع في النزول إذا كان معلقاً علي شرط في مسائل ثلاث نتعرض إليها تباعاً علي النحو التالي:

129- 1 - **القاعدة:** لا يجوز الرجوع في النزول⁽¹⁾: إذا نزل عن الحكم من صدر لصالحه صراحة كان هذا النزول أو ضمناً ترتب علي نزوله إسقاط هذا الحكم

(1) وهي القاعدة المعتمدة في النزول عن الحقوق موضوعية كانت أو إجرائية:

- في عدم الرجوع في النزول عن الحق الموضوع: أنظر د. جلال العدوي: المقال ص 176. وعن التقادم: انظر د. السنهوري : الوسيط ج 9 المجلد الثاني ص 1068 بند 412.

- وفي عدم الرجوع في النزول عن الحق في الدعوى: انظر - د. الأنصاري النيدائي: المرجع السابق، ص 129 وما بعدها. حق مدني رقم 1/1667 ق، نقض 1999/12/12 مجموعة الأحكام لسنة 50ق، ص 1258.

- وفي عدم الرجوع في النزول عن الطلب انظر: الطلب رقم 46130ق - رجال القضاء - نقض 1979/12/11 مجموعة الأحكام السنة 30 ج1 ص 79.

- وعن الإجراء أو ورقة من أوراق المرافعات. انظر: طعن مدني رقم 45/854 ق نقض 1978/5/11 مجموعة الأحكام السنة 29 ج1 ص 1235.

والحق الثابت به، ولما كان لخصمه أن يدفع بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق الذي تم النزول عنه بالنزول عن الحكم، وهو دفع يتعلق بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها بعدم القبول⁽¹⁾.

فالنزول عن الحكم يعد إسقاطاً له، وينتج هذا النزول أثره بمجرد التصريح به لأنه يعد نزولاً عن الحق الثابت به. هذا النزول يتم ويتحقق أثره بغير حاجة إلي قبول المحكوم عليه كما لا يتوقف صحة هذا النزول ونفاذه علي حصول المتنازل

- وعن الإقرار: انظر: طعن مدني رقم 70/3101 ق نقض 2001/6/5 مجموعة الأحكام السنة 52 ج2 ص 817 طعن شرعي عُماني رقم 2017/151 جلسة 2017/12/17 مجموعة أحكام المحكمة العليا ، السنة 18، 17، ص 54.

- وعن الطعن: انظر د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص 108 وما بعدها بند 45 - طعن مدني رقم 68/4849ق، نقض 2015 /11/24 - طعن مدني رقم 78/ 3553 ق نقض 2014/5/22. طعن رقم 64/1002ق، نقض 1999/4/29. طعن مدني رقم 37/2573ق، نقض 1996/1/2. إدارية عليا طعن رقم 4/498ق - جلسة 1963/7/29 مجموعة المبادئ السنة 8 ع 3 ص 1374.

وعن الشكوى : لا يجوز الرجوع في النزول عنها ولو كان ميعادها ما زال ممتداً إلا أنه من غير المستساغ قانوناً العودة للدعوى الجنائية بعد انقضائها. انظر: طعن جنائي رقم 64/10445ق نقض 2001/3/9. طعن جنائي رقم 54/8185ق نقض 1986/10/8. طعن جنائي رقم 53/2091 نقض 1983/12/21.

⁽¹⁾ طعن مدني رقم 63/611ق نقض 1997/3/3. إدارية عليا، طعن 40/3414ق جلسة 1997/8/5 مشار إليه سابقاً.

علي مقابل تنازله⁽¹⁾. أو لمجرد الادعاء بأن إرادته كانت معيبة وقت النزول دون أن يقدم الدليل علي ذلك⁽²⁾. ومن ثم لا يملك المتنازل أن يعود إلي ما أسقط حقه فيه لعدم وجود ما نزل عنه وهو الحكم لتعود المراكز والأوضاع القانونية⁽³⁾، التي رتبها الحكم المتنازل عنه إلى سابق وضعها الذي كانت عليه قبل رفع الدعوى وصدور الحكم المتنازل عنه، بحيث يعود المحكوم له المتنازل إلى مركزه القانوني الذي كان عليه قبل صدور الحكم، مما يمنع عليه العودة بالمطالبة بأصل الحق مرة ثانية لأنه أصبح غير موضوع.

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " متى كان الحكم المطعون فيه انتهى صحيحاً إلى تأييد الحكم الابتدائي فيما قضي به من رفض الدعوى الفرعية تأسيساً على صحة ونفاذ عقد التنازل موضوع النزاع، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون، إذ قضي بعدم جواز استئناف الحكم الصادر في الدعوى الأصلية بإلزام الطاعن بدفع مقابل التنازل، يكون غير منتج، إذ أن القضاء بمقابل التنازل لا يعدو أن يكون نتيجة حتمية لصحته ونفاذه، ومن ثم لا تتحقق للطاعن من هذا النعي سوى مصلحة نظرية بحتة لا تنهض قوياً لنقض الحكم". طعن مدني رقم 41/750 ق نقض 1975/12/31 مجموعة الأحكام السنة 26 ج 2 ص 1746.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " وقد أجدبت الأوراق أن جهة الإدارة قد استخدمت طرناً احتيالية على المطعون ضده لحمله على التنازل وجاء قوله من التدليس عليه مراسلاً من ثمة دليل يؤيده في عيون الأوراق بما يتعين معه طرح هذا القول، أخذاً في الاعتبار أن المطعون ضده كان يعلم علم اليقين بمعاينة للأرض محل التعاقد أنها من عداد الأراضي الزراعية بل وقبل نص البند التاسع من التعاقد بالتزامه بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما في ذلك استخراج الرخصة من المبادئ القانونية العريقة لا يعذر أحد بجهله بأحكام القانون" إدارية عليا - الدائرة الثالثة - الطعن رقم 38/3456 ق جلسة 2018/9/2.

(3) إدارية عليا طعن رقم 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مشار إليه سابقاً.

فإذا نزل المحكوم له عن الحكم الصادر له بالدين، أو بالفسخ أو التسليم أو الإخلاء أو بالأجرة أو بالتقادم، أو على الكل عن الأحكام الصادرة في الحقوق غير الممتدة في الزمان - متى كانت محلاً للنزول - فإن هذا النزول ينتج أثره بمجرد صدوره، ولا يجوز له الرجوع في هذا النزول صراحة أو ضمناً، ورجوعه لا محل له ولا ينتج أثره، وعلى فرض رجوعه، فإنه يولد دفع بعدم القبول. وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، لأن الحق الذي عاود الشخص المطالبة به غير ذي موضوع.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأن " التنازل سواء كان صريحاً أو ضمناً يعتبر ملزماً للمتنازل مما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه ينطوي على إنكار لهذا التنازل، ولا يغير من ذلك أن يكون التنازل مما يوجب تسجيله، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراضي زوال الحق العيني المتنازل عنه. فإذا كان الطاعنان قد أقاما دعوتهما بطلب التعويض عن مخالفة المطعون عليه لقيود البناء وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً، على ما حصله الحكم المطعون فيه، مما يعتبر معه هذا الطلب إنكاراً منهما للتنازل الصادر من جانبهما، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً للقانون".

130 - وفي الفقه الإسلامي⁽²⁾، جمهور الفقهاء بما فيهم الحنفية متفقون على عدم جواز الرجوع في الإبراء بعد قبوله لأنه إسقاط، والساقط لا يعود كما تنص على

(1) نقض مدني 1964/5/28 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 758.

(2) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 1 ص 461. د. مصطفى الزرقا: شرح القواعد الفقهية ص 96. وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية ج 1 ص 144.

ذلك القاعدة، ولا خلاف بين هبة الدين والإبراء عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية فكلاهما لا يجوز الرجوع فيه، ولكن الخلاف عند الحنفية فهم يقولون بجواز الرجوع في الهبة ومنتقون مع الجمهور في الإبراء بعدم جواز الرجوع فيه، ومع قبولهم بجواز الرجوع في الهبة، إلا أنهم منعوا من الرجوع في هبة الدين لأنها عندهم من باب الإبراء الذي لا يجوز الرجوع فيه اتفاقاً.

131 - 2 - الاستثناء : جواز الرجوع في النزول عن الأحكام الصادرة بشأن المراكز القانونية الممتدة في الزمان: يضيف البعض⁽¹⁾، المراكز القانونية إلى مراكز قانونية فورية، ومراكز ممتدة في الزمان. والمراكز القانونية الفورية لا تتور مشكلة فيما يتعلق بالحجية، حيث أن الحكم الذي يسكن هذه المراكز يحوز حجية الأمر المقضي به، والنزول عن هذا الحكم لا يجوز الرجوع فيه، لأنه ينتهي والمركز الثابت به بمجرد النزول عنه⁽²⁾.

(1) في تصنيف المراكز القانونية إلى فورية وممتدة في الزمان. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطي ص 61 وما بعدها بند 42 وما بعده. وفي تأييد ذلك انظر: د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 131.

(2) وفي الفقه الإسلامي تعرف بالحقوق غير المتجددة، وهي الحقوق التي تنتهي بمجرد النزول عنها، فلا يصح الرجوع فيها، كالنزول عن حق القصاص، فالنزول عنه يسقط هذا الحق أيضاً كان سبب السقوط - العقد أو الصلح أو غيره - فسقوط هذا الحق يلغيه، ولا يكون للأولياء حق الرجوع فيه ولو كان هذا الحق مشترك بين اثنين فأكثر من الأولياء، فتنازل بعضهم أو تصالحه عليه يسقط حق الباقيين، ذلك لأن القصاص لا يتبعض، فهو واحد وإذا سقط، سقط كله وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء.

أما المراكز القانونية الممتدة في الزمان⁽¹⁾، وهي المراكز التي يمتد وجودها لفترات زمنية، وتكون قابلة للتغيير كلما تغيرت الظروف خلال هذا الامتداد⁽²⁾. ولنفس الطبيعة والخصائص استقر الفقه والقضاء⁽³⁾، على أن الأحكام⁽⁴⁾ الصادرة

انظر: السرخسي: المبسوط، ج 26 ص 298. المغني ابن قدامة: ج 8 ص 281. الكاساني: بدائع الصنائع ج 7 ص 247.

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 73 - 79 بند 49 - 55، والمراجع المشار إليه.

(2) وفي الفقه الإسلامي، تعرف بالحقوق المتجددة، وهي الحقوق التي تتجدد وتستمر باستمرار سببها، وهي حقوق قابلة للرجوع فيها كتنازل المرأة عن حق القسم في المبيت، فهو حق واجب للمرأة باستمرار العلاقة الزوجية. فالتنازل عنه لا يلغي الرجوع فيه، بل يبقى للزوجة حق الرجوع فيه. ابن قدامة: المغني ج 8 ص 149. الكاساني: بدائع الصنائع ج 2 ص 333. السرخس: المبسوط ج 5 ص 397. الذحيلي: فتاوى معاصرة - الطبعة الأولى، 1424هـ، دار الفكر دمشق ص 226.

(3) د. محمد سعيد عبد الرحمن: الإشارة السابقة، ص 293 بند 258. د. أحمد السيد صاوي: رسالة ص 144 وما بعدها بند 92. د. السنهوري: المرجع السابق، الجزء الأول - المجلد الثاني ص 947 وما بعدها بند 649. نقض مدني 497/4/17 مجموعة عمر 5 ص 398. المحاماة 28 - 759 - 249.

Cass. Civ. 17 janv. 1974, J.C.P., 1975, 18063.

(4) تعد أحكام موضوعية إلا أنها لا تحوز الحجية لأنها تقوم على أساس مراكز ممتدة ف الزمان، والقول بأن لها حجية مؤقتة بحسب تعبير محكمة النقض فهو تعبير غير دقيق، في تعبيران محكمة النقض انظر: طعن رقم 68/524 ق - أحوال شخصية - نقض 2003/1/28 مجموعة الأحكام السنة 54 ج 1 ص 289. طعن رقم 49/69 ق - أحوال شخصية - نقض 1980/4/30 مجموعة الأحكام السنة 31 ج 1 ص 1269.

في هذه المراكز تقبل المراجعة على الدوام إلى أن تستقر هذه المراكز أو تنقضي وذلك حتى توافر الحماية الدائمة والمستمرة لأصحاب هذه المراكز.

وتطبيقاً لذلك إذا نزل الشخص عن هذه المراكز فيجوز له الرجوع في هذا النزول إذا تغيرت الظروف⁽¹⁾. ونعتقد أيضاً ذلك بالنسبة للنزول عن الأحكام الصادرة في هذه المراكز. فإذا نزل المحكوم له عن الحكم الصادر بشأن مركز من هذه المراكز يجوز له الرجوع في هذا النزول. ومن تطبيقات ذلك:

132 - الرجوع في النزول عن الحكم الصادر بالحضانة: إذا تنازلت الحاضنة عن حضانة الصغير حتى ولو صدر بتنازلها حكماً، فإنه يجوز لها الرجوع عن تنازلها وأخذ المحضون. لأنه أقوى الحقين⁽²⁾ في الحضانة، يكون للمحضون. ولئن أسقطت الحاضنة حقها، فلا يمكنها إسقاط حق المحضون.

وفي نقد هذه التسمية انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 255 وما بعدها بند 217.

(1) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 131 وما بعدها.

(2) طعن شرعي عُماني رقم 2017/206 جلسة 2018/4/29 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 98. طعن شرعي عُماني رقم 2016/273 جلسة 2017/6/18 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة السابعة ص 36. طعن شرعي عُماني رقم 2016/1 جلسة 2016/10/16 المجموعة السنة السابعة ص 3. طعن شرعي عُماني رقم 2011/108 جلسة 2012/1/28 مجموعة الأحكام السنة 12 ص 39.

وقضي⁽¹⁾ تطبيقاً لذلك "بتأييد حكم أول درجة بإسقاط حضانة الأم والجدّة لأم ونقلها إلى الجدّة لأب بناء على زواج الأم من أجنبي وعدم أمانة الجدّة لأم وتنازلها عن حكم الحضانة الصادر لصالحها".

وقضي⁽²⁾ بأن إسقاط حضانة الصغر عن الأم لعدم أمانتها عليه، مؤداه انتقال الحضانة لأم الأم التالية في ترتيب الحاضنات، قضاء الحكم المطعون فيه بإسقاط الحضانة عن الأم وأم الأم استناداً إلى أن الأخيرة لم ترشد ابنتها إرشاداً صحيحاً إلى ما يأمر به الدين الحنيف".

وفي الفقه الإسلامي⁽³⁾، ذهب جمهور الفقهاء عدا قول مرجوح للمالكية أن التنازل عن حق الحضانة لا يسقط حق الرجوع فيه، فللحاضن الرجوع عن حقه في حضانة الطفل إذا كان أهلاً لها، وذلك لأن حق الحضانة حق يتجدد بتجدد الزمان وباستمرار وجود سببه، فالتنازل عنه لا يكون تنازل مبتوت لا رجعة فيه.

(1) استئناف دمياط رقما 3246، 50/3321 ق جلسة 2019/4/9 شبرا الخيمة الابتدائية قضية رقم 2018/5242 جلسة 2019/2/19.

(2) طعن رقم 79/17070 ق - أحوال شخصية - نقض 2011/2/8 مجموعة الأحكام السنة 62 ق ص 188. طعن شرعي عُماني رقم 2017/237 ق جلسة 2018/2/4 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18، ص 79.

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار 1412هـ الطبعة الثانية - دار الفكر بيروت، ج 3 ص 559. البهوتي: كشف القناع على متن القناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، 1402هـ، دار الفكر بيروت، ج 5 ص 498.

فالنزول عن حق الحضانة بعد ثبوتها ولو بحكم لا يحول دون العودة إليها وهو ما اعتمدته المحكمة الدستورية العليا حيث قضت⁽¹⁾، بأنه "لولي الأمر بالتالي أن يقدر ما يراه خير للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه في الحضانة لا يعتبر متوقفاً على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسي ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التي لا تجوز المجادلة فيها، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها. بل إن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها - بافتراض اجتماع شروطها فيها - كلما كان ذلك ضرورياً لصيانة الصغير وحفظه".

133 - النزول عن الحكم بالتعويض لا يشمل تفاقم الضرر: قضاء القاضي بالتعويض دون أن يوضع في اعتباره احتمال تفاقم الضرر، أو لم يستطيع حينذاك أن يقدر مدى تفاقم الضرر بواسطة الوسائل العلمية المعتادة، في الحالتين، التشريع وفقاً للمادة 170 مدني والفقهاء والقضاء⁽²⁾، مجمع على أحقية المضرور في المطالبة بزيادة التعويض لتفاقم الضرر. ولكن ماذا لو نزل المحكوم له عن الحكم الصادر

(1) قضية رقم 8/7 ق "دستورية" جلسة 1993/5/15.

(2) انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 314 وما بعدها بند 292 وما بعده. د. أحمد السيد صاوي: الإشارة السابقة.

طعن مدني رقم 83/18547 ق نقض 2015/5/25. طعن مدني رقم 67/1252 ق نقض 1999/6/15 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 2 ص 843.

لصالحه بالتعويض عن الضرر هل يمتد هذا النزول ليشمل حالة تقاوم الضرر، أم يمكنه الرجوع في النزول عن الحكم لتقاوم الضرر؟

إعمالاً لفكرة المراكز القانونية الممتدة في الزمان ومنها مركز المحكوم له والتي لم تستقر حالته ورغم نزوله عن الحكم الذي قضي له بالتعويض عما أصابه من ضرر وعما يمكن أن يحدث من ضرر في المستقبل يرى البعض⁽¹⁾، أنه للمضرور المتنازل عن التعويض الرجوع عنه لتقاوم الضرر. ونرى ذلك أيضاً بالنسبة للنزول عن الحكم، حيث يجوز للمحكوم له الذي نزل عن الحكم بالتعويض عن الضرر الرجوع عن النزول لتقاوم الضرر.

ومبرر ذلك ومبناه كون الحكم بالتعويض عن الضرر من أهم تطبيقات الحكم الشرطي⁽²⁾، وهو يصدر بشأن مراكز قانونية ممتدة في الزمان، ويكون دائماً قابلاً للتغيير والمراجعة متى تغيرت الظروف إلى أن يستقر مركز المضرور أو ينقضي. كما أن الرجوع في النزول عن هذا الحكم لا يصطدم بفكرة الحجية والتي تعد هي العائق الذي يحول دون معاودة نظر ذات النزاع مرة ثانية، لكون هذا الحكم لا يتمتع بالحجية⁽³⁾، وإن كان يمنع المساس به إلا إذا تغيرت الظروف، فإذا تغيرت جاز مراجعته. فكذاك إذا تغيرت الظروف جاز الرجوع في النزول لتقاوم الضرر.

(1) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 134.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 335 بند 317.

(3) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 548 وما بعدها بند 571 وما بعده.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأنه " وإن كان لمحكمة الموضوع أن تفسر العقود والإقرارات وتؤولها إلا أنه يجب عليها مع ذلك إلا تخرج في تفسيرها عما تحتمله عباراتها مع ما أحاط بها من ملابسات، ولمحكمة النقض مراقبة ذلك، فإذا كان المجني عليه قد تنازل يوم الحادث في محضر التحقيق عن حقه قبل المتهم الذي أحدث بأصبعه جرحاً، ثم تضاعف الجرح بعد ذلك وخلف عاهة مستديمة بالإصبع، فهذا التنازل لا يثقل التعويض عن العاهة لأن المجني عليه لم يقدر، عند تنازله حدوثها. فإذا رفضت المحكمة - اعتماداً على هذا التنازل - الدعوى المدنية التي أقامها المجني عليه فإنها تكون قد أخطأت في تأويل التنازل، ويكون حكمها متعيناً نقضه".

وقضي⁽²⁾ بأن " تنازل المضرور من حادث السير عن التعويضات التي لم يستحقها بسبب الفعل الضار أمام الشرطة وقبل اكتمال التقارير الطبية، لا يمنعها لاحقاً من المطالبة بالتعويضات أمام المحكمة، وعلّة ذلك أن التنازل صلح والصلح في المعاوضات لا يصح إذا كان العوض مجهول القيمة جهالة فاحشة وعدم صدور التقارير النهائية بالإصابات يجعل مقدار التعويض عنها مجهولة جهالة فاحشة".

(1) طعن مدني رقم 8/35 ق نقض 1938/2/14 مشار إليه لدى : د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق، ص 133.

(2) طعن مدني عُمانى رقم 2017/422 جلسة 2017/11/12 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 423.

133 - 3 - جواز الرجوع في النزول عن الحكم المعلق على شرط: يجوز تعلق الإبراء على شرط⁽¹⁾، كما يجوز تعلق الحق في النزول عن الدعوى⁽²⁾، والحق في النزول عن الطعن⁽³⁾ على شرط. ولكون النزول عن الحكم تصرف إرادي أحادي الجانب فيجوز تعليقه على شرط واقف أو فاسخ.

ومن أمثلة تعلق النزول على شرط واقف، أن يعلق المحكوم له نزوله عن الحكم الصادر لصالحه بالإخلاء والتسليم في مواجهة أحد المستأجرين على حصوله على حكم في دعوى أخرى بالإخلاء والتسليم في مواجهة مستأجر آخر⁽⁴⁾. وتعلق المحكوم له تنازله عن الشق من الحكم القاضي له بالتعويض على قيام

(1) د. السنهوري: المرجع السابق ج 3 ص 968 وما بعدها بند 579 والحكم المشار لديه استئناف مختلط 26 يونيه 1926 م 38 ص 498. وفيه "وإذا لم يف المدين المفلس بما تعهد به انفسخ الصلح، لأن الصلح مع المفلس معلق دائماً على شرط فاسخ وهو فاء المفلس بما تعهد به لدائنيه، فإذا تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملاً في ذمة المفلس لدائنيه".

وفي الفقه الإسلامي: للفقهاء في حكم الإبراء المعلق على شرط آراء: أحدهما: عدم الجواز ولو كان الشرط متعارفاً عليه. وهذا مذهب الحنفية والشافعية، والرواية المنصوصة عن أحمد بن حنبل، لما في الإبراء من معنى التمليك، والتعليق مشروع في الإسقاطات المحضة لا في التمليكات، فإنها لا تقبل التعليق. الثاني: جواز التعليق إذا كان الشرط متعارفاً عليه، وعدم الجواز في عكسه، وهو رأي لبعض الحنفية. الثالث: جواز التعليق مطلقاً وهو مذهب لمالكيه ورواية عن أحمد، وذلك لما في الإبراء من معنى الإسقاط. الموسوعة الفقهية الكويتية ج 4 إسقاط بند 25 - 26.

(2) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 134 وما بعدها والأحكام المشاركة لديه.

(3) د. عيد القصاص: المرجع السابق ص 37 وما بعدها بند 15.

(4) قارب نقض 1991/1/10 مجموعة الأحكام السنة 42 ص 138.

المحكوم عليه بتنفيذه اختيارياً للشق الآخر من الحكم القاضي عليه بالإخلاء والتسليم. تعلق الشركة موافقتها على النزول على شرط الوفاء لها بكامل الثمن⁽¹⁾. والنزول في كل ذلك لا ينتج أثره إلا من وقت تحقق الشرط الواقف⁽²⁾. فإذا لم يتحقق جاز للمحكوم له الرجوع في النزول والمطالبة بما رتبته الحكم من آثار⁽³⁾.

(1) طعن مدني رقم 59/1862 ق نقض 1994/1/13 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 143.

(2) وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 268 مدني مصري والمادة 6/1304 مدني فرنسي جديد، والتي نصت على أن "يصبح الالتزام نافذاً اعتباراً من تحقق الشرط الواقف".

"L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive".

مع مراعاة أن الشرط الواقف يعتبر متحققاً إذا حال من كانت له مصلحة فيه دون تحقيقه تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة السابقة.

(3) وقضي بأنه "إذ كان الاتفاق الذي عقد بين المشتري والبائع - بشأن تحديد التزامه بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد القرض - معلقاً على شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر من أطيانه رهناً تأمينياً في المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضماناً لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري برهن هذه الأطنان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكداً أن الأمر الذي علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم - وهو التزام المشتري بدفع باقي الثمن - على أصله دون أن ينقضي واعتبار التجديد كأن لم يكن" نقض 1964/11/12 مجموعة الأحكام السنة 15 ص 1028. وقضي "بعدم الاعتداد بالتنازل المعلق على شرط عند العدول عنه والتمسك بالطعن" طعن جنائي 30/1556 ق نقض 1960/11/22 مجموعة الأحكام السنة ج 3 ص 817.

وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأنه إذا كانت العلاقة بين طرفي النزاع تقوم بصفة أصلية على اتفاق تحررت ببعض الدين الوارد فيه سندات إذنية وتنازل الدائن عن باقيه مع حفظ حقه في الرجوع في هذا التنازل إذا ما تخلف المدين عن الوفاء بأي سند منها فإن تحرير هذه السندات لا يعتبر تجديداً للدين، والدعوى التي ترفع للمطالبة بقيمتها مع باقي الدين لا تعتبر من دعاوي السندات الإذنية التي قصدت إليها المادة 118 من قانون المرافعات، ومن ثم فيتعين عند استئناف الحكم الصادر فيها رفعه بطريقة إيداع عريضة الاستئناف قلم الكتاب طبقاً للمادة 405 مرافعات المعدلة بالقانون 1953/264 وإلا كان الاستئناف باطلاً.

ومن أمثلة تعليق النزول على شرط فاسخ، أن يعلق المحكوم له نزوله عن الحكم على عدم تنفيذ جهة الإدارة قرارها بتخطيته في الترقية⁽²⁾. وتعلق المطعون ضده نزوله عن الحكم الصادر له بقيمة الأعمال الإضافية على عدم تنفيذ الطاعن

(1) طعن مدني رقم 26/34 ق جلسة 1961/4/20 مشار إليه لدى د. الأنصاري النيداني: الإشارة السابقة.

(2) إدارية عليا طعن رقم 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 مشار إليه سابقاً.

للحكم الصادر لصالحه بالغرامة التأخيرية⁽¹⁾. وتحقق الشرط الفاسخ يزول معه النزول بأثر رجعي⁽²⁾.

ولعدم تحقق الشرط الواقف، أو لتحقق الشرط الفاسخ يمكن للمحكوم له الرجوع في النزول عن الحكم، على أن يقتصر الرجوع على المستقبل دون الماضي، سواء كان النزول معلق على شرط، أو كان النزول بصدد أحكام صادرة بشأن مراكز قانونية ممتدة في الزمان⁽³⁾.

(1) طعن مدني عُماني رقم 2017/508 جلسة 2018/4/14 مجمعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1335.

(2) حيث تنص المادة 7/1304 مدني فرنسي على أن "تحقق الشرط الفاسخ يزول الالتزام بأثر رجعي".

" L'accomplissement de la condition resolution éte int rétroactivement l'obligation".

مع مراعاة أن الشرط الفاسخ يعتبر متخلفاً إذا تحقق بسبب الطرف الذي كان له مصلحة فيه ووفقاً للفقرة الثالثة من المادة السابقة.

(3) وفي الفقه الإسلامي، يقول ابن قدامه "ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل، لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى، لأنه بمنزلة المقبوض". المغني لابن قدامة، ج 8 ص 149.

المبحث الثالث

الآثار الإجرائية والموضوعية للنزول عن الحكم

135 - تمهيد: يرتب النزول عن الحكم العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية. في مطلبين: نتناول في الأول: الآثار الإجرائية للنزول عن الحكم ونسبته. والثاني: الآثار الموضوعية للنزول عن الحكم.

المطلب الأول

الآثار الإجرائية للنزول ونسبته

136 - تمهيد: في فرعين نتناول في الأول: الآثار الإجرائية للنزول. وفي الثاني:

الأثر النسبي للنزول.

الفرع الأول

الآثار الإجرائية للنزول عن الحكم

137 - تمهيد : يرتب النزول العديد من الآثار الإجرائية، أهمها أنه يؤدي إلى إسقاط الحكم وزواله من الحياة القانونية، كما أنه يؤدي وبقوة القانون إلى إنقضاء الخصومة التي صدر فيها وخصومة الطعن متى انعقدت، كذلك يؤدي إلى زوال حجية الأمر المقضي به. آثار ثلاث نتناولها تباعاً على النحو التالي:

138 - 1 - إسقاط الحكم وزواله: متى توافر للنزول أركانه والشروط اللازمة له، أنتج النزول أثره وهو إسقاط الحكم وزواله، ذلك كنتيجة حتمية و لازمة للنزول، فيزول الحكم ويتلاشى من الحياة القانونية على نحو لم يعد له وجود يعتد به أو يعول عليه، ليصبح هو والعدم سواء، في العودة إلى الماضي، فيما يتعلق بالنزاع الذي صدر فيه هذا الحكم، أو فيما يتعلق بالمستقبل بشأن ما يرتبه من آثار، أياً كانت هذه الآثار ووظيفتها. فالحكم بالنزول عنه يعد - وعلى حد تعبير محكمة النقض - غير قائم⁽¹⁾. ومن ثم لا وجود له سواء فيما حسمه الحكم أو فيما رتبه من آثار.

(1) طعن مدني رقم 79/2818 ق نقض 2017/10/16 البوابة القانونية لمحكمة النقض. طعن مدني 82/11508 ق نقض 2014/12/1. طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22. طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3. طعن مدني رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6. طعن مدني رقم 63/8718 ق نقض 1995/3/29 - طعن 54/6 ق نقض 1986/2/11.

ويترتب على كون الحكم غير قائم فيما حسمه من نزاع، فتعود المراكز والأوضاع القانونية التي رتبها الحكم المتنازل إلى سابق وضعها التي كانت عليه قبل رفع الدعوى وصدور الحكم المتنازل عنه، بحيث يعود المحكوم له الذي تنازل عن الحكم إلى مركزه القانوني الذي كان عليه قبل صدور الحكم⁽¹⁾، فيزول ما يكون قد اتخذ بصفة وقتية كفرض الحراسة على أموال المحكوم عليه⁽²⁾، أو منعه من التصرف فيه، أو ما وقع على هذه الأموال من حجز تحفظية، فكل ذلك يزول بزوال الحكم. كما أن النزول يجعل الحكم غير قائم فيما رتبته من آثار في المستقبل، فتزول هذه الآثار تبعاً له والتي من أهمها - وكما سنرى - الحجية.

وإسقاط الحكم وزواله من الحياة القانونية هو الأثر الإجرائي التي اعتمده التشريعات المقارنة⁽³⁾، حيث نصت المادة 145 مرافعات على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، ليصبح الحكم غير قائم ولا الحق الثابت به.

(1) طعن مدني رقم 68/3205 ق نقض 1999/12/1 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 2 ص 1209. إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ج 1 ص 937.

(2) طعن مدني رقم 27/125 ق نقض 1962/11/1 مجموعة الأحكام السنة 13 ج 3 ص 952. نقض 1962/5/23 مجموعة الأحكام السنة 13 ج 2 ص 646.

(3) في الأساس التشريعي للنزول عن الحكم انظر فيما سبق بند 7 وما بعده.

139 - هذا الأثر يتم ويتحقق بمجرد توافر الشروط اللازمة للنزول، ودون حاجة إلى حكم أو قرار قضائي جديد⁽¹⁾، يقرر النزول أو يكشف عنه متى تم بمقتضى آلية تحدد مقصوده وتبين مرماه، تمت هذه الآلية خارج مجلس القضاء، كالتصريح الشفوي به، أو بالإقرار الرسمي أو العرفي الموثق. أم تمت هذه الآلية أمام مجلس القضاء أثناء خصومة الطعن على هذا الحكم ولو بمجرد تنازل المحكوم له عنه شفاهة وإثباته في محضر الجلسة. وأياً كانت الآلية التي تم بها النزول ومكان إعمالها⁽²⁾، ويقتصر دور المحكمة على إثبات واقعة النزول، ما لم تكن المحررات المنسوبة إلى المحكوم له قد خلت من عبارات النزول، الأمر الذي يتعين معه الحكم بإثبات ترك الطاعن لخصومة الطعن⁽³⁾.

فالقاعدة العامة⁽⁴⁾، يكفي المحكمة إثبات واقعة النزول في محضر الجلسة، دون حاجة للفصل في أصل النزاع أو صدور حكم بذلك، لأن النزاع أصبح غير ذي

(1) طعن مدني رقم 69/4273 ق نقض 2013/3/23

(2) طعن مدني 46/685 ق نقض 1983/11/21.

(3) وتطبيقاً لذلك قضي " ولما كانت عبارات المحرر المنسوب إلى المطعون ضده قد خلت من أي تنازل عن أي حق من حقوقه المقررة في القانون الأمر الذي يتعين معه بالحكم بإثبات ترك الطاعنة الخصومة في الطعن". طعن رقم 76/8523 ق نقض 2011/4/5 مجموعة الأحكام السنة 62 ص 467. طعن جنائي رقم 46/30 ق - رجال قضاء - نقض 1979/12/11 مجموعة الأحكام السنة 30 ص 79.

Touluses 11 dec. 1982, G.P., 1983, 2 - Somm. 419.

(4) في كفاية إثبات المحكمة لواقعة النزول دون الحكم به انظر:

موضوع. وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ " بأنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض
- على أن النزول عن الحكم يستتبع بقوة القانون النزول عن الحق الثابت به سواء
نص على ذلك في ورقة التنازل أم لم ينص، وأنه يترتب على النزول عن الحكم
إنقضاء الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، ولا يكون ثمة نزاع بين
طرفي الطعن لانتفاء مقومات وجوده، وتكون مهمة المحكمة قاصرة على إثبات
ذلك التنازل دون التصدي للفصل في موضوع النزاع الذي أصبح غير موضوع"

- في النزول عن الحق في الدعوى: د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 257 والأحكام
المشاركة لديه.

- وفي النزول عن الحق في الطعن: د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص 74 بند 29. طعن
مدني 83/13658 ق نقض 2014/10/22 مجموعة الأحكام السنة 65 ص 736.

- وفي النزول عن الحق في الطلب القضائي: طعن 46/30 ق - رجال القضاء - نقض
1979/12/11.

- وفي النزول عن حق الارتفاق: نقض 1970/1/15 مجموعة الأحكام السنة 21 ص 112.

- وفي النزول عن الحق في الشفعة: طعن مدني رقم 48/1478 ق نقض 1982/11/11.

- وفي النزول عن الحق في التقادم: نقض 1978/12/2 مجموعة الأحكام السنة 29 ص
1977.

- وفي النزول عن الخصومة: طعن مدني 68/1340 ق نقض 2010/3/17.

(1) طعن مدني رقم 68/4849 ق نقض 2015/11/24. طعن مدني رقم 80/4546 ق
نقض 2015/5/26. طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/1. طعن مدني
83/13658 ق نقض 2014/10/22 مجموعة الأحكام السنة 65 ص 736. طعن مدني رقم
74/26214 ق نقض 2004/10/21. طعن مدني رقم 45/100 ق نقض 1975/4/28
مجموعة الأحكام السنة 30 ج 2 ص 217.

وقضي⁽¹⁾ بأنه " متى كان الطاعن قد تقدم بإقرار لمأمور السجن يقر فيه بتنازله عن الطعن، فإنه يتعين إثبات نزول الطاعن عن طعنه".

وقضي⁽²⁾ بأنه "إذا حضر المطعون ضده شخصياً أمام هذه المحكمة وقرر أنه يتنازل عن الحكم المطعون فيه الصادر لصالحه من المحكمة الإدارية بعد أن قامت الجهة الإدارية بتنفيذه مع تحمله جميع المصروفات سواء مصروفات الدعوى أو مصروفات الطعن، فإن هذا الإقرار الصادر منه على الوجه المتقدم يعتبر نزولاً ممن يملكه عن الحكم محل الطعن الراهن الأمر الذي يستتبع لزوماً النزول عن الحق الثابت به طبقاً لنص المادة 312 مرافعات، ومن ثم نزول الخصومة التي صدر فيها الحكم المذكور ولا يكون ثمة نزاع بين طرفيها لافتقاده مقومات وجوده وتغدو مهمة المحكمة مقصورة على إثبات ذلك دون التصدي للفصل في أصل النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع" كما أن إثبات⁽³⁾ المحكمة لواقعة النزول يحسم ما قد يثار بشأن صحة هذا النزول وقانونيته.

(1) طعن جنائي رقم 60/7757 ق نقض 1999/5/16 مجموعة الأحكام السنة 50 ص 298. طعن جنائي رقم 38/2005 ق نقض 1969/1/10 مجموعة الأحكام السنة 20 ج 1 ص 235.

(2) إدارية عليا 40/3414 ق جلسة 1997/8/5. إدارية عليا طعن 37/1239 ق جلسة 1992/5/16. إدارية عليا طعن 34/3205 ق جلسة 1991/2/12. إدارية عليا طعن 8/557 ق جلسة 1967/12/3. إدارية عليا طعن 8/1453 ق جلسة 1967/10/22. قضاء إداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار - الدعوى رقم 67/14115 ق جلسة 2015/4/18.

(3) د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 258.

140 - وينتج النزول أثره بإسقاط الحكم وزواله ولو تراخت المحكمة في إثباتها لواقعة النزول⁽¹⁾، لأن دورها في القيام بذلك لا يخرجها عن مركز الموثق⁽²⁾، لإقرار المحكوم له أو تصريحه ولو شفاهة باتخاذ موقف لا يدعي مجالاً للشك أو الظن

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " مفاد نصوص المواد 141، 142، 143 من قانون المرافعات أن ترك الخصومة هو تنازل أو إسقاط لها لما يترتب عليه زوالها، ويتحقق آثاره القانونية بمجرد إبدائه دون توقف على صدور حكم به فلا يمنع من ترتيب هذه الآثار تراخي القاضي في الحكم بإثبات الترك إذ هذا الحكم ليس قضاء في خصومة بل هو مجرد إعلان من القاضي ينقض يده من الدعوى، وإذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الثالث قد أبدى دعواه الفرعية يطلب الحكم بطرد الطاعنين من أطيان النزاع بعد أن كانوا قد قرروا بترك الخصومة في دعواهم الأصلية بجلسة 1983/10/17 ومن ثم فإن محكمة أول درجة إذا انتهت إلى القضاء بإثبات ذلك الترك واعتبرت أن الدعوى الفرعية مازالت قائمة رغم ذلك وتصدت للفصل فيها وحكمت بطرد الطاعنين من أطيان النزاع، فإن الحكم المطعون فيه إذ سايرها في هذا النظر الخاطيء، وقضي بتأييد الحكم المستأنف يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

طعن مدني رقم 55/235 ق نقض 1985/12/17 مجموعة الأحكام السنة 36 ج 2 ص 1132.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " لئن كان الإقرار بالتنازل عن الحكم الصادر ممن يملكه يستتبع بالضرورة النزول عن الحق الثابت بالتطبيق لنص المادة 312 من قانون المرافعات بحيث تزول الخصومة التي صدر فيها الحكم وتغدو مهمة المحكمة في هذه الحالة مقصورة على إثبات ذلك، إلا أنه إزاء خلو الأوراق من دليل تطمئن المحكمة معه إلى شخصية من واقع إقراري التنازل العرفيين عن الحكم المطعون فيه المقدمين من إدارة قضايا الحكومة على النحو السابق بيانه والمنسويين إلى المدعي الذي تخلف عن الحضور في جميع مراحل الطعن على الرغم من إعلانه إعلاناً صحيحاً يكون للمحكمة هي في مركز الموثق...".

إدارية عليا طعن 8/1557 ق جلسة 1967/12/3 مجموعة المبادئ السنة 13 ع 1 ص 209.

في نزوله عن الحكم، ومن ثم فإن النزول عن الحكم يحسم النزاع إلى ما لا نهاية ويسقط الحق ويحول دون العودة إليه.

وإذا كان النزول يتناول شق من الحكم، اقتصر أثره على الشق المتنازل عنه دون غيره ليظل الشق من الحكم الذي لم يتم النزول عنه منتجاً لكافة آثاره، سواء بالنسبة لموضوع النزاع الذي حسمه، أم بالنسبة لآثاره المستقبلية، وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأنه " إذا كان الثابت في إقرار الطالب المؤرخ أنه اقتصر في التنازل عن الطلب رقم فإن الحكم بإثبات تنازله عن هذا الطلب لا تأثير له على الطلب المائل ويكون طلب إثبات تنازله عنه على غير أساس".

2 - إنقضاء الخصومة التي صدر فيها الحكم وخصومة الطعن:

141 - أ - إنقضاء الخصومة التي صدر فيها الحكم: كأن يتم النزول عن الحكم فور صدوره وقبل الطعن عليه، كما لو كان الحكم ابتدائي أو استئنافي، أو لم يطعن على أي منهما لفوات ميعاد الطعن، أو لكون الحكم غير قابل للطعن، كأن يكون حكم ابتدائي صادر في حدود النصاب النهائي، أو حكم بالنقض أو بالالتماس، فإن من آثار النزول انقضاء الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم. فالخصومة تزول بزواله، وزوالها وانقضائها يقع بقوة القانون.

(1) الطلب رقم 56/81 ق - رجال القضاء - نقض 1987/6/23 مجموعة الأحكام السنة 38 ج 1 ص 54.

ومؤدى ذلك أن الحكم الذي صدر في هذه الخصومة لم يعد قائماً لزوال وجوده من الحياة القانونية، وباعتباره عمل إجرائي غير مستقل عن الخصومة التي صدر فيها، يؤدي النزول عنه وكنتيجة لها استتبعه هذا النزول من النزول عن الحق الثابت به إلى زوال الخصومة التي صدر فيها وبالتبعية لزاله مما يؤدي إلى انقضاء الخصومة بقوة القانون.

وتطبيقاً لذلك لذلك قضي⁽¹⁾ بأنه " - وعلى ما جرى عليه قضاء النقض - أن النزول عن الحكم يستتبع وبقوة القانون النزول عن الحق الثابت به سواء نص على ذلك في ورقة التنازل أم لم ينص، وأنه يترتب على النزول عن الحكم إنقضاء الخصومة التي صدر فيها". كما تواترت على ذلك أيضاً أحكام المحكمة الإدارية العليا حيث قضت⁽²⁾ بأن "تنازل الخصم عن الحكم الصادر له يستتبع النزول عن الحق الثابت به أثر ذلك انقضاء الخصومة التي صدر فيها - ويقصر دور المحكمة على إثبات النزول دون الفصل في أصل النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع".

(1) طعن مدني رقم 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13. طعن مدني 63/4654 ق نقض 1995/12/6. طعن 63/8718 ق نقض 1995/3/29.

(2) إدارية عليا طعن 40/3414 ق نقض 1997/12/5. إدارية عليا طعن 34/3205 ق جلسة 1991/12/12.

وقضي⁽¹⁾ بأن " النزول عن الحكم أثره انقضاء الخصومة بشأنه مادة 145 مرافعات تقديم شركة التأمين أمام محكمة الاستئناف مخالصة منسوب صدورها للمضرور تعيد اقتضاء التعويض فيها وتنازله عن حكم التعويض الصادر لصالحه، وقوف الحكم الاستئنافي بشأنه عند حد القول بأنه مجرد ورقة من أوراق الدعوى لا يحول دون الاستمرار في نظرها خطأ وقصور".

142 - ب - انقضاء خصومة الطعن: الحكم كعمل إجرائي ليس مستقل عن الخصومة التي صدر فيها، ومن ثم فإن الطعن فيه يرتبط بهذه الخصومة، ويكون مرحلة فيها، وهي مرحلة الطعن في الحكم، وقابليته للطعن، وعلى - ما جرى عليه قضاء النقض - يتعلق بالنظام العام⁽²⁾، يتعين على المحكمة أن تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن، ومدى اختصاصها بنظره. ومن هذه الشروط ألا يكون المطعون ضده قد تنازل عن الحكم المطعون فيه، وإلا انعدمت مصلحة الطاعن في مقاضاة لزواله المصلحة بزوال الحكم المطعون فيه، مما يؤدي إلى انقضاء خصومة الطعن بقوة القانون.

(1) طعن مدني رقم 65/5468 ق نقض 1996/10/31.

(2) طعن جنائي رقم 86/31646 ق نقض 2017/11/7 - طعن مدني رقم 78/15441 ق نقض 2017/3/6. الطعون أرقام 68/798 ق، 674، 744، 71/749 ق نقض 2003/10/28 مجموعة الأحكام السنة 54 ج 2 ص 1210. طعن 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22.

ويترتب على النزول عن الحكم انقضاء الخصومة التي صدر فيها وامتناع المطالبة بالحق الثابت به، وبمقتضى هذا النزول يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، ومن ثم يزول لزواله المصلحة في الطعن، وتتقضي الخصومة، وتقضي المحكمة بانتهاء الخصومة في الطعن ولا تقضي بعدم قبوله حالة إذا ما تم النزول عن الحكم أثناء سير الخصومة. أما في غير هذه الحالة كما لو تم النزول عن الحكم قبل انعقاد خصومة الطعن، أو بعد انعقادها وأثناء تعطيل سيرها لشطب أو سقوط أو انقطاع، فعند تعجيلها من هذا العارض من جانب الطاعن تقضي المحكمة بعدم قبول الطعن لتخلف المصلحة فيه⁽¹⁾. وفي الحالتين لا يجوز الاتفاق على النزول عن الحكم مع جواز الطعن فيه، لأن النزول عن الحكم ينشئ دعواً بعدم قبول الطعن وهو دعواً يتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

(1) ومؤدى ذلك وكما تقول محكمة النقض "أن تأثير زوال المصلحة في الدعوى على خصومة الطعن تختلف تبعاً لكل حالة، إذا قد تتقلب مصلحة الطاعن في الاستمرار في نظر طعنه إلى مصلحة نظرية أو يصبح الطعن غير منتج إذا كان بقاء الحكم المطعون فيه لا يؤثر على المركز القانوني للطاعن، وقد يقتضي الحكم المطعون فيه لإزالة حجيته وآثاره على المركز القانوني للطاعن ثم الحكم في موضوع الدعوى بانتهاء الخصومة أو رفضها إلى غير ذلك من الفروض بحسب الأحوال وبحسب موضوع كل دعوى" نقض إيجارات 2002/11/25 في الطعن 65/62/7 ق مشار إليه لدى د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 490 حاشية إ. طعن رقم 87/81 ق - رجال القضاء - نقض 2011/2/22 مجموعة الأحكام السنة 62 ص 7. طعن مدني 41/750 ق نقض 1975/12/31 مجموعة الأحكام السنة 26 ص 1746.

(2) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، ص 640 وما بعدها بند 435.

ومقتضى ذلك، إذا نزل المطعون ضده عن الحكم أثناء سير خصومة الطعن، فإن المصلحة في الطعن تزول بزوال الحكم المطعون فيه، وتتقضي الخصومة بقوة القانون⁽¹⁾، وتقضي المحكمة بانتهاء الخصومة في الطعن وليس بعدم قبوله، وتطبيقاً لذلك قضي⁽²⁾ بأنه " ولأن الطعن بالنقض ليس امتداداً للخصومة المطروحة على محكمة الموضوع وإنما مخاصمة للحكم، فإن المصلحة في الطعن تزول بزوال الحكم المطعون فيه كنتازل المطعون ضده عن الحكم المطعون فيه ففي هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تقضي بانتهاء الخصومة في الطعن ولا تقضي بعدم قبوله"⁽³⁾.

(1) طعن مدني 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/3. إدارية عليا طعن 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 مجموعة المبادئ السنة 13 ص 27.

(2) نقض إيجارات 2002/11/25 مشار إليه سابقاً.

(3) طعن مدني 82/11508 ق نقض 2014/12/1 وأضاف الحكم " بحكم استأنفته الطاعنة برقم 128/14941 ق القاهرة تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف، وبتاريخ 2012/5/18 قضت المحكمة بإثبات التنازل وانتهاء الخصومة.....".

إدارية عليا الطعن رقم 8/1453 ق جلسة 1967/10/22 وفيه " ومن حيث أن المطعون عليه حضر شخصياً أمام هذه المحكمة وقرر أنه يتنازل عن الحكم المطعون فيه الصادر لصالحه من المحكمة الإدارية بعد إذ قامت الجهة الإدارية بتنفيذه مع تحمله جميع المصروفات سواء مصروفات الدعوى أو مصروفات الطعن، وقد عقب الحاضر عن الجهة الإدارية الطاعنة على هذا التنازل بأنه أجريت تسوية للمدعي بعد أن حكم ببراءته في الدعوى التأديبية ولكنها لم تكن تنفيذاً للحكم المطعون فيه إلا أنه إزاء تنازل المدعي عن هذا الحكم وقبوله

أما إذا نزل المحكوم له عن الحكم قبل انعقاد خصومة الطعن أو بعد انعقادها وأثناء تعطيل سيرها، فعند استئناف سيرها في الميعاد القانوني تنقضي الخصومة بقوة القانون لتخلف شرط المصلحة في الطعن وتنقضي المحكمة بعدم قبول الطعن، وتطبيقاً لذلك قضي⁽¹⁾ بأن " النص في المادة 145 من قانون المرافعات على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به سواء نص على ذلك في ورقة التنازل أم لم ينص وأنه يترتب على النزول عن الحكم انقضاء الخصومة التي صدر فيها وإمتناع المطالبة بالحق الثابت به، وأن مقتضى هذا التنازل أن يصبح الطعن المرفوع غير مقبول، فإذا كان ذلك وكان من المقرر أن الطعن بالنقض يقصد به في واقع الأمر مخاصمة الحكم النهائي الذي يطعن عليه بهذا الطريق وكان البين من الأوراق تنازل المطعون ضدهن عن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه، ومن ثم يضحى الطعن وارداً على غير محل ويتعين لذلك القضاء بعدم قبوله".

تحمل جميع المصروفات فإن ثمة محلاً للقضاء باعتبار الخصومة منتهية مع إلزام المدعي بالمصروفات".

(¹) طعن مدني رقم 68/1819 ق نقض 2010/5/8. طعن مدني رقم 73/981 ق نقض 206/5/21 مجموعة الأحكام السنة 57 ص 470. طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية - 2001/1/22. طعن مدني 63/611 ق نقض 1997/3/3. طعن رقم 63/4654 ق نقض 1995/12/6. طعن رقم 63/8718 ق نقض 1995/3/29. طعن رقم 54/6 ق نقض 1986/2/11.

وترتيباً على ذلك ينتج النزول عن الحكم أثره في انقضاء خصومة الطعن بقوة القانون، قضت المحكمة بانتهاء الخصومة أم بعدم قبول الطعن، ولو كانت هذه الخصومة طرحت أمام محكمة غير مختصة⁽¹⁾، وقوف الحكم الاستثنائي بشأن النزول عند حد القول بأنه مجرد ورقة من أوراق الدعوى لا يحول دون الاستمرار في نظرها، خطأ وقصور⁽²⁾.

(1) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " إذا كان ما ورد بالإقرار عن تنازل الطالب عن طلبه والمقدم منه ضد رئيس الجمهورية وآخرون، وتسلم الإقرار إلى وزير العدل الذي يمثل وزارة العدل قانوناً في النزاع المائل، إنما يفيد نزول الطالب عن الطلب المطروح برمته وقبل جميع المطعون عليهم، وكان لا يعتد برجوع الطالب عن تنازله بعد قبلته الحكومة وقدمته للمحكمة وطلب الحكم بموجبه، وكان يرتب على التنازل زوال الخصومة كلها ولو كانت المحكمة غير مختصة أصلاً بنظر الطلبات المطروحة فيها، إذ كان ما تقدم فإنه يتعين القضاء بإثبات تنازل الطالب عن الطلب" الطلب رقم 46/30 ق - رجال القضاء - نقض 1979/12/11 مجموعة الأحكام السنة 30 العدد الأول ص 79.

(2) طعن مدني رقم 65/5468 ق نقض 1996/10/31.

وأيضاً: قضي بأن " المطعون ضده الأول تنازل عن استئنافه بموجب الإقرار الموثق بالشهر العقاري بتاريخ..... والمقدم بالأوراق وكان الحكم المطعون فيه قد أعرض عن بحث ذلك الدفاع المتعلق بصفة المطعون ضدهم المذكورين في إقامة الاستئناف ويتنازل أولهم عنه، وقضي بقبول الاستئناف شكلاً وتصدى لموضوعه دون أن يورد في مدوناته الأسباب الموسوعة لذلك القبول بشرائها القانونية التي تجيز الطعن منهم بالاستئناف، فإنه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد عاره القصور في التسبيب" طعن مدني رقم 65/2517 ق نقض 2006/7/24 مجموعة الأحكام السنة 57 ص 613. الطعان رقما 3177، 61/3922 ق نقض 1996/3/21 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 532.

143 - 3 - زوال حجية الأمر المقضي لزوال الحكم الذي تنازل عنه: تعد فكرة الحجية أهم الآثار الإجرائية للحكم القضائي قاطبة⁽¹⁾، ويقصد بهذه الفكرة⁽²⁾، " أن الحكم القضائي إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعنية فإنه يحوز الفاعلية سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى تعين عدم قبولها، وإذا أثير ما قضي به الحكم أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد". فالحكم بمجرد صدوره يعتبر عنوان الحقيقة⁽³⁾. إذ يتمتع بنوع من الحرمة تفيد أنه يعتبر حجة فيما قضي به وأنه يحمل مركز قانوني فور صدوره يفيد أنه صحيح شكلاً وموضوعاً⁽⁴⁾، مما

(1) د. وجدي راغب : نظرية العمل القضائي ص 158، مبادئ القضاء المدني ص 58. د. فتحي والي: المبسوط ج 1 ص 333. د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص 774 بند 406. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية، دار النهضة العربية ص 54 بند 27. د. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المقضي به 1971 رسالة القاهرة. د. أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات 2016، مكتبة الوفاء القانونية ص 413.

(2) د. فتحي والي: المبسوط ج 1 ص 321 بند 135.

(2) Yves Bosquel: Jugements avant dire droit, Ecylopedie Dalloz –
procedure Civil 1989, Fac. 530.

(4) المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية مجلد 2 ص 714 بند
281.

Vincent et Guinchard: op. cit., P. 162 ets N. 172.

يوجب منع معاودة نظر ذات النزاع من جديد، كما يمنع المحكمة التي أصدرته وسائر المحاكم الأخرى من أن تعيد النظر فيما فصل فيه⁽¹⁾.

144 - ومبرر هذه الفكرة ومبناها هو تحقيق الاستقرار القانوني في المجتمع، فلا يسوغ العودة لإثارة النزاع توكياً لزعزعة الوضع الذي استقر، وللحيلولة دون تناقض الأحكام أو تكرارها⁽²⁾.

هذا المبرر وكما قيل⁽³⁾ - وبحق - نجده في وظيفة العمل القضائي لأنه بدون هذه الفكرة لا يمكن للعمل القضائي تحقيق اليقين القانوني للمراكز القانونية، بل تظل

(1) الطعون مدني أرقام 68/798 ق، 674، 71/744 ق نقض 2003/10/28 مجموعة الأحكام السنة 54 ص 1210. طعن مدني رقم 61/2605 ق نقض 1996/1/7 مجموعة الأحكام السنة 47، 12855. طعن رقم 53/41 ق نقض 1979/11/20 مجموعة الأحكام السنة 30 ص 41. إدارية عليا الطعانان رقما 29/3721، 33/3284 ق جلسة 1991/1/13 مجموعة المبادئ السنة 36 ق ع 1 ص 454.

(2) وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا " أن حجية الأمر المقضي تقوم على اعتبارين: أولهما: أن المركز القانوني قد انحسم بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه، فلا يسوغ العودة لإثارة النزاع توكياً لزعزعة الوضع الذي استقر. وثانيهما: هي الحيلولة دون التناقض في الأحكام" الطعن رقم 44/6472 ق جلسة 2006/12/7 مجموعة المبادئ السنة 52 ص 152. إدارية عليا طعن 45/835 ق جلسة 2000/11/14 المحاماة 2001 ع 1 ص 477. نقض 1991/5/8. مجموعة الأحكام السنة 42 ج 1 ص 1028. طعن 40/607 ق نقض 1980/4/21 مجموعة الأحكام السنة 31 ص 1154. طعن 39/74 ق نقض 1974/12/19 مجموعة الأحكام السنة 25 ص 1477.

(3) وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 160.

هذه المراكز نهياً للإدعاءات. وهكذا تبدو حجية الأمر المقضي هو المؤدى الطبيعي لفكرة العمل القضائي، وهي أدواته في تحقيق وظيفته".

وإعمالاً لهذا المبرر تكون الغاية التي يتوخاها القانون من فكرة الحجية هي في منع تجديد المنازعة أمام القضاء حول ذات المسألة المقضي فيها بإجراءات مبتدأة، ولذلك فإن الأثر المانع للحجية يقتصر على الدعاوي المبتدأة التي تقوم أمام القضاء والتي يرفعها الخصوم بإجراءات جديدة وتتضمن تجديداً للمنازعة حول ما سبق أن حسمه القضاء وفصل فيه من مسائل⁽¹⁾، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 101 إثبات، 116 مرافعات⁽²⁾.

Glasson, Tissier et Morel: op. cit. T. 3, P. 93 N. 772. Abd El – Khalek – Omar: Lanation d'irrevabilite en droit judiciaire prive. The Paris. 1967, P. 187, N. 378. Vincent et Guinchard: Lic. cit.

(1) فالقاعدة أن الحجية في قيامها بأداء وظيفتها لا تعمل في إطار مطلق، بل تؤدي هذه الوظيفة في إطار من النسبية، في هذه القاعدة.

انظر: د. أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية ص 122 وما بعدها؛ المؤلف: المرجع السابق ص 716 وما بعدها بند 281.

(2) طعن مدني رقم 85/19287 ق نقض 2018/1/2. الطعان رقما 5379، 79/7113 ق نقض 2011/4/26. مجموعة الأحكام السنة 62 ص 562. طعن مدني رقم 70/1116 ق نقض 2002/4/22 مجموعة الأحكام السنة 53 ج 1 ص 566، طعن مدني 60/1636 ق نقض 1994/6/19 مجموعة الأحكام السنة 45 ص 1052. طعن مدني رقم 58/257 ق نقض 1990/2/25 مجموعة الأحكام السنة 41 ج 1 ص 591. إدارية عليا طعن رقم 36/2130 ق جلسة 1997/10/11 مجموعة المبادئ السنة 43 ج 1 ص 5. إدارية

ووفقاً لذلك تعد الحجية أثر إجرائي للأحكام الموضوعية التأكيدية، تحيط هذه الأحكام بنوع من الحرمة التي تحول دون المساس بها بعد صدورها، بل وتفرض مضمون هذه الأحكام على المحاكم الذي أوجب عليها كلما بدأ لها احتمال تناقض الأحكام أن تدره بما يسره القانون من وسائل في مقدمتها الحجية كأثر لاحترام الأحكام.

145 - وكون الحجية أثر للحكم، فهي تعد⁽¹⁾ فرع لأصل وهو الحكم القضائي أو التحكيمي، ونتيجة لمقدمة حتمية هي هذا الحكم، فوجود الحجية مرتبط بوجود الحكم، وطالما أن الحكم موجود وقائم فإنه يرتب كافة آثاره ومنها حجية الأمر المقضي، أما إذا ألغي الحكم فإنه يزول وتزول معه كافة آثاره ومنها الحجية، حيث أن آثار الحكم بما فيها الحجية تدور معه وجوداً وعدمًا. فحجية الأمر المقضي ترتبط بالحكم الذي رتبها بعلاقة طردية، فهي تبقى ببقائه وتزول بزواله⁽²⁾.

عليا الطعان رقما 29/3721ق، 33/3284 ق جلسة 1991/1/13 مجموعة المبادئ السنة 36 ع 1 ص 454.

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام ص 155 بند 136.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " ولما كان ذلك أن النص في الفقرة الأولى من المادة 271 من قانون المرافعات على أنه " يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام - أيا كانت الجهة التي أصدرتها - والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن نقض الحكم كلياً يترتب عليه اعتباره كأنه لم يكن، فيزول وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه، ويعود الخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدوره، كما يترتب عليه إلغاء الأحكام اللاحقة التي كان ذلك الحكم المنقوض أساساً لها، لما كان ذلك،

وبقضاء يتصف بالثبات والاستقرار تؤكد محكمة النقض على هذه العلاقة الطردية وارتباط الأثر - الحجية - بالحكم أو الفرع بالأصل وجوداً أو عدماً. فلكي تثار الحجية ويتم التمسك بها، يشترط أن يكون الحكم الذي رتبها قائماً لتظل الحجية قائمة وتحول دون معاودة المطالبة بذات النزاع مرة أخرى، أما إذا زال الحكم زال تبعاً له كافة آثاره بما فيها الحجية.

فقضي⁽¹⁾ بأنه " لكي يجوز التمسك بحجية الحكم يتعين كشرط أساسي أن يكون هناك حكم قضائي صادر من جهة قضائية لها ولاية في النزاع المطروح عليها وأن يظل هذا الحكم قائماً ولم يتم إلغائه من جهة القضاء المختصة، وأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت الجهة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض كما يعود الخصوم إلى مراكزهم الأولى".

وكانت المحكمة قد انتهت في قضائها سالف البيان إلى نقض الحكم الصادر في الاستئناف رقم لسنة 64 ق الإسكندرية، والذي اتخذته الحكم المطعون فيه أساساً لقضائه، ومن ثم فإن ذلك الحكم المنقوض يُعتبر كأن لم يكن، فيزول وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه ويعود الخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدوره". طعن إيجازات رقم 79/11654 ق نقض 2019/1/5.

(¹) طعن مندي 59/306 ق نقض 1993/4/29 مجموعة الأحكام السنة 44 ج 2 ص 293.

وقضي⁽¹⁾ بأنه " ولما كانت أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم فيه بمجرد صدورها، وتبقى هذه الحجية - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - طالما بقي الحكم قائماً، ومن ثم فلا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذها التحقق من عدالتها أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد، لما كان ذلك وكان ما تتعاه الطاعنة من إخلال حكم التحكيم المطلوب تنفيذه بحقها في الدفاع بشأن دفاعها بعدم صلاحية شحنة النزاع وعدم مطابقتها للمواصفات المصرية - أيا كان وجه الرأي فيه - لا يندرج ضمن أي من الحالات التي تسوغ إجابتها إلى طلب عدم تنفيذ الحكم أو تنهض سبباً لرفض دعوى التنفيذ، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يرد على هذا السبب الذي لا يستند إلى أساس قانوني صحيح".

وقضي⁽²⁾ بأنه " ولما كانت الطاعنة على الرغم من صدور حكم هيئة التحكيم الأمريكية في ذات النزاع بينها وبين المطعون ضدها الأولى بتاريخ 7 مايو 1997 لم تتقدم به وبترجمة رسمية له للتمسك بأثره في منع محكمة الاستئناف من الاستمرار في النظر في الدعوى أمامها إلا بجلسة 27 أكتوبر سنة 2002 على نحو ينبئ بتنازلها عن الحق الثابت به بما يمنع معه إعمال أثره على المركز

(1) طعن تجاري رقم 89/7348 ق نقض 2019/12/24. طعن تجاري رقم 81/11685 ق نقض 2017/1/8.

(2) نقض 2007/3/13 - الدائرة التجارية - الطعن رقم 73/76 ق مجموعة الأحكام السنة 58 ص 261.

القانوني الذي تحقق للمطعون ضدها الأولى بقضاء محكمة النقض الصادر في الطعن رقم 67/405 ق - على النحو السالف البيان - والذي ساهمت الطاعنة فيه، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة فإنه لا يعيبه خطأه في أسبابه القانونية بالاستئناف إلى المادة 2/58 من القانون رقم 27 لسنة 1994 إذ لمحكمة النقض إذ تنشئ أسباباً جديدة تقوم بها هذا القضاء دون أن تنتقضه".

146 - ويعد النزول عن الحكم أحد هذه التطبيقات التي تزول فيها الحجية تبعاً لزوال الحكم، حيث أن الحكم بالنزول عنه - وعلى ما جرى عليه قضاء النقض - لم يعد قائماً⁽¹⁾، فحتماً تبعاً لعدم قيامه لم تعد آثاره هي الأخرى - ومنها الحجية - قائمة، فهي أثر للحكم قد زال من الحياة القانونية بل وزال معه الحق الثابت به. فكيف يظل أثر للحكم رغم زواله - بل وزوال الحق الثابت به - قائماً، ولو على فرض - وهو غير صحيح - بقاء الحجية بعد زوال الحكم الذي رتبها، بل وزال الحق الثابت به، فماذا تحمي هذه الحجية، والحق محل الحماية زال، فيكون بقاء

(1) طعن مدني رقم 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن رقم 65/419 ق - أحوال شخصية - نقض 2001/1/22. طعن مدني رقم 63/611 ق نقض 1997/3/3. طعن مدني رقم 63/4654 ق نقض 2 1995/12/6. طعن مدني رقم 63/8718 ق نقض 1995/3/29. إدارية عليا طعن رقم 39/1735 ق جلسة 1996/3/26. طعن تجاري إماراتي 2014/943 جلسة 2015/2/26 مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض السنة القضائية التاسعة 2015.

الحجية بعد زوال الحكم ضرب من العبث، ولذا فالحجية⁽¹⁾ كأثر للحكم أو فرع الأصل هو الحكم القضائي تزول بزواله حالة النزول عنه، ولما كان النزول عن الحكم هو إسقاط له فيسقط تبعاً له الفرع وهو الحجية تطبيقاً للقاعدة الفقهية "إذا سقط الأصل سقط الفرع".

هذه القاعدة من القواعد الأصولية⁽²⁾ والتي اعتمدها القضاء⁽³⁾ ورتب آثارها، وتعني هذه القاعدة⁽¹⁾ "أن الشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك الفرع مبني عليه، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه".

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 159 بند 137. د. نبيل سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية 2020 دار الجامعة الجديدة ص 200 وما بعدها.
د. مصطفى أبو زيد فهمي، ماجد الحلو: المرجع السابق ص 369.

(2) في القاعدة الفقهية "إذا سقط الأصل سقط الفرع" معناها وفروعها وتطبيقاتها واستثناءاتها.
انظر: د. محمد الزحيلي: المرجع السابق ج 1 ص 450 وما بعدها.

(3) وقضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "... وحيث عن طلب المدعي بوقف تنفيذ حكمي محكمة شمال القاهرة الابتدائية ومحكمة استئناف القاهرة سالفى البيان فإنه يُعد فرعاً من أصل النزاع، وإذ انتهت المحكمة - الدستورية - إلى القضاء بعدم قبول الدعوى على النحو السالف ذكره، فإن قيامها بمباشرة اختصاص البت في طلب وقف التنفيذ - طبقاً لنص المادة 50 من قانونها الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 يكون غير ذات موضوع" الدعوى رقم 40/27 ق - منازعة تنفيذ - جلسة 2020/2/1.

وفي قضاء النقض انظر: طعن إيجارات رقم 79/17363 ق نقض 2013/5/14. طعن مدني رقم 55/235 ق نقض 1985/12/17 مجموعة الأحكام السنة 36 ج 2 ص 1132.
طعن مدني رقم 35/82 ق 1969/11/3 مجموعة الأحكام السنة 20 ج 3 ص 1151.

ووفقاً لذلك تعد الحجية وسيلة وليست هدف. فهي وسيلة⁽²⁾ إجرائية لحماية الحكم الذي يتمتع بها تعمل على عدم المساس به من قبل الخصوم والقضاء. والطبيعي وفقاً لهذه الوظيفة أنه متى زالت الغاية التي شرعت من أجلها الوسيلة زالت الوسيلة مع زوال الغاية المطلوب عدم المساس بها وهو الحكم المطلوب حمايته، ولذا كان حتماً أن تزول الحجية لزوال الحكم بالنزول عنه، لأن الحكم⁽³⁾ بزواله تزول معه كافة آثاره.

وإذا كانت الحجية على هذا النحو تزول مع زوال الحكم بالنزول عنه، لكن ليس معنى ذلك إمكان معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، ذلك لزوال هذا الحق بالنزول عن الحكم، لأن النزول عن الأخير استتبع النزول عن الحق الثابت به مادة 145 مرافعات، لتعود المراكز والأوضاع القانونية⁽⁴⁾ التي رتبها الحكم المتنازل عنه إلى سابق وضعها التي كانت عليه قبل رفع الدعوى وصدور الحكم المتنازل عنه بحيث يعود المحكوم له الذي تنازل عن الحكم إلى مركزه القانوني الذي كان عليه قبل صدور الحكم والذي حسم النزاع إلى ما لا نهاية. مما لا يجوز معه معاودة المطالبة به مرة ثانية ولو بدعوى جديدة، لزوال الحق الذي يكون محلاً

(1) د. محمد الزحيلي: الإشارة السابقة.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن: الإشارة السابقة. د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص 160.

(3) طعن مدني رقم 69/4273 ق نقض 2013/3/23. طعن رقم 661، 72/662 ق نقض 2005/8/1.

(4) إدارية عليا طعن 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مشار إليه سابقاً.

للاعتداء عليه، ليتخلف عن الحق والاعتداء عليه الحق في الدعوى، ومن ثم لا يكون هناك مصلحة في الحصول على الحماية القضائية، لتقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى وليس بسابقة الفصل في النزاع⁽¹⁾.

(1) انظر فيما سبق بند 32.

الفرع الثاني

الأثر النسبي للنزول عن الحكم

147 - تمهيد: القاعدة : إن النزول عن الحكم لا ينتج أثره إلا في الحدود التي تم بشأنها، وفي مواجهة من صدر منه وإليه. فالنزول له أثر نسبي من حيث موضوع الحكم وكذلك من حيث أطرافه.

148 - أولاً: النزول النسبي من حيث موضوع الحكم: قد يكون النزول عن الحكم كلياً، وقد يكون عن شق منه، وأثر النزول في الحالتين ينحصر في الحدود التي اتجهت إليه إرادة المحكوم له ودون أن يتعدها، كما لا يتعدها إلى ما حكم به على المحكوم له، لأن النزول أثر قاصر على ما حكم به لا بما حكم به عليه.

فإذا كانت إرادة المحكوم له قد اتجهت إلى النزول عن الحكم كلياً أنتج هذا النزول أثره متى توافرت الشروط اللازمة له وبشأن هذا الحكم وحده وما يتفرع عنه وما رتبته من آثار، دون أن يمتد هذا النزول بأثره إلى أحكام أخرى تكون قد صدرت بين المحكوم له والمحكوم عليه. فالنزول عن حكم أثر قاصر عليه وحده⁽¹⁾ دون غيره من أحكام أخرى ولو كانت صادرة في منازعات مرتبطة، موضوعاً وأشخاصاً.

(1) انظر: طعن مدني رقم 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13. طعن 65/5468 ق نقض 1996/10/31. طعن 63/4654 ق نقض 1995/12/6 طعن رقم 63/8718 ق نقض 1995/3/29.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽¹⁾ "إذا كان الثابت في إقرار الطالب المؤرخ... أنه اقتصر في التنازل عن الطلب رقم... فإن الحكم بإثبات تنازله عن هذا الطلب لا تأثير له على الطلب المائل ويكون طلب إثبات تنازله عنه على غير أساس".

أما إذا كانت إرادة المحكوم له قد اتجهت إلى النزول عن شق من الحكم دون الشق الآخر⁽²⁾ أنتج النزول أثره بشأن هذا الشق الذي تم النزول عنه دون أن يكون لهذا النزول أثر على الشق الذي لم يتم النزول عنه، حيث يرتب الحكم بشأنه كافة آثاره الموضوعية والإجرائية. كما لو صدر الحكم بالأجرة المتأخرة وبالتعويض عن إساءة استعمال العين، فيطلب المحكوم له تنفيذ الشق القاضي بالأجرة ويتنازل عن الشق الآخر من الحكم والقاضي له بالتعويض. أو أن يصدر الحكم بالفسخ والتسليم واعتبار ما تم سداده من أقساط حقاً مكتسباً كتعويض عن الفسخ، تنازل المحكوم له عن الشق القاضي بالفسخ والتسليم دون التعويض.

(1) طعن مدني رقم 64/6677 ق نقض 1996/3/12 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 460. طعن رقم 56/81 ق - رجال قضاء - نقض 1987/6/23 مجموعة الأحكام السنة 38 ج 1 ص 54. طعن رقم 26/32 ق - أحوال شخصية - نقض 1958/7/19 مجموعة الأحكام السنة 9 ج 2 ص 609.

طعن مدني رقم 20/87 ق نقض 1952/3/20 مجموعة الأحكام السنة الثالثة العدد الثاني ص 658 إدارية عليا طعن رقم 8/1205 ق جلسة 1965/7/13 مجموعة المبادئ السنة العاشرة العدد 3 ص 1653.

(2) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص 641 بند 435. د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 683. المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية المجلد الثاني ص 625 بند 261. د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ج 2 ص 186 بند 366.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽¹⁾ "..... وذلك على سند من أنه بموجب العقد سالف الذكر باعت الشركة المطعون ضدها للطاعنة الشقة المبينة بالعقد والصحيفة، وإذ تخلفت الأخيرة عن سداد الأقساط ومن ثم أقامت الشركة الدعوى، حكمت المحكمة بالفسخ والتسليم - ورفضت ما عدا ذلك من طلبات بحكم استأنفته الطاعنة برقم 128 /4941 ق القاهرة - تنازل وكيل الشركة عن الحكم المستأنف، وبتاريخ 2012/5/8 قضت المحكمة بإثبات التنازل وانتهاء الخصومة وألزمت المستأنفة بالمصروفات".

وفي الفرضين، سواء تم النزول عن الحكم كلياً أم كان قاصراً على شق منه، أنتج النزول أثره في حدود ما تم النزول عنه وحده، ودون أن يمتد هذا الأثر إلى غيره، كما لا يمتد⁽²⁾ إلى ما قضى به الحكم على المتنازل من طلبات، فحيث يصدر الحكم⁽³⁾ لصالح المحكوم له والمحكوم عليه معاً، فإن نزول أحدهما عن ما حكم له به لا يؤثر على ما قضى به للخصم الآخر، ما لم يكن النزول من الخصمين.

(1) طعن مدني رقم 82 /11508 من نقض 2014/12/1. طعن مدني عماني رقم

2017/508 جلسة 2018/4/24 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1335.

(2) د. رمزي سيف: المرجع السابق ص 637 بند 512. إدارية عليا رقم 17/344 ق جلسة

1973/6/23 مجموعة المبادئ السنة 18 ص 161.

(3) د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص 488 بند 244. المؤلف: المرجع السابق ص 623

وما بعدها بند 261.

149 - ثانياً - الأثر النسبي للنزول من حيث الأطراف: لا يكون للنزول عن الحكم أثر في مواجهة غير المتنازل، ولمن وجه إليه النزول، كان يصدر الحكم لصالح محكوم لهم في مواجهة محكوم عليه أو محكوم عليهم. فينزل أحد المحكوم لهم عن الحكم، فلا أثر لنزوله على حقوق غيره من المحكوم لهم، كأن ينزل عن الحكم الصادر بسد أحد المطالبات، فإن أثر هذا النزول يقتصر عليه وحده فيما رتبته من آثار إجرائية وموضوعية، ودون أن يمتد هذا الأثر إلى غير المتنازل من المحكوم لهم، حيث يكون لهم الحق في التمسك بما يرتبه الحكم من آثار إجرائية كانت أو موضوعية.

كما لا يكون للنزول أثر في مواجهة من لم يوجه إليهم النزول، كأن ينزل المحكوم له عن الحكم لبعض المحكوم عليهم دون الآخرين، فينتج أثره في مواجهة من وجه إليهم، كما ينتج الحكم أثره في مواجهة من لم يوجه إليهم، كما لو صدر حكم بطرد مجموعة من المستأجرين، فنفذ المحكوم له - المؤجر - الحكم في مواجهة البعض وتنازل عنه في مواجهة الآخرين. ما لم يتنازل المحكوم له عن الحكم⁽¹⁾ دون تحديد المحكوم عليه الذي يرغب في النزول بالنسبة له، فيعد نزول عن الحكم قبل جميع المحكوم عليهم.

(1) قارب حيث قضى بأن "نزول التارك عن الدعوى برمتها دون تحديد الخصم الذي يرغب في الترك بالنسبة له، اعتباره نزول عن الدعوى قبل جميع المدعي عليهم "طعن مدني رقم 61/1667 ق نقض 1999/12/12 مجموعة الأحكام السنة 50 ج 2 ص 1258. طعن مدني رقم 63/5118 ق نقض 1995/1/12 مجموعة الأحكام السنة 46 ج 1 ص 156.

فنزول المحكوم له عن الحكم لا أثر له على غيره من المحكوم لهم فيما يترتب هذا الحكم من آثار. كما أن نزوله لبعض المحكوم عليهم دون الآخرين لا أثر لهذا النزول لمن لم يوجه لهم النزول فيما يترتب الحكم في مواجهتهم من آثار، ما لم يرد النزول عام دون تحديد أحد المحكوم عليهم فينتج أثره في مواجهة جميع المحكوم عليهم. فالقاعدة أن النزول عن الحكم ينصب أثره على محله وحده موضوعاً وأطرافاً، ولو كان الحكم محل النزول صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽¹⁾ "ولئن كان مؤدى نص المادة 145 من قانون المرافعات أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه إلا أنه إذا تعدد المحكوم لهم في موضوع غير قابل للتجزئة وتنازل أحدهم عن الحكم فإن أثر هذا التنازل يقتصر عليه وحده وينشئ بالنسبة له دعواً بعدم قبول الطعن المرفوع عنه، كما ينشئ دعواً بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق الثابت به وهما من النظام العام ودون أن يؤثر هذا التنازل على حقوق باقي المحكوم لهم ولا يترتب عليه انقضاء الخصومة الصادر فيها هذا الحكم، ولما كان ذلك وكان البين من الحكم الابتدائي أنه قضى لصالح المطعون ضدهما بإلزام الطاعن بسد

(1) طعن مدني رقم 57/871 ق نقض 1989/6/7 مجموعة الأحكام السنة 40 ج 2 ص 540. إدارية عليا طعن رقم 4/498 ق نقض 1963/7/29 مجموعة المبادئ السنة 8 ع 3 ص 1374 وفيه "نزول المطعون لصالحه عن مخاصمة الجهة الإدارية في مرحلة الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا من جانب هيئة مفوض الدولة وحدها - أثر هذا النزول على الخصوم الآخرين وهم جهة الإدارة وبعض الأشخاص - ليس له أثر بالنسبة لهؤلاء ويظل الطعن منظوراً أمام المحكمة الإدارية العليا بالنسبة لهم".

المطلات التي أقامها بعقاره على الشارع الخاص بعائلتهما - وهو موضوع غير قابل للتجزئة - إذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى عدم قبول الاستئناف بالنسبة للمطعون ضده الأول لتنازله عن الحكم المستأنف وقضى في موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف بالنسبة للمطعون ضده الثاني، فإنه يكون قد أصاب في النتيجة التي انتهى إليها ولا يعيبه أو يفسده القصور في بعض أسبابه القانونية، إذ لمحكمة النقض أن تستوفي هذا القصور متى كان غير مؤثر في النتيجة التي استقام عليها قضاءه ويضحى النعي بهذا السبب على غير أساس".

المطلب الثاني

الآثار الموضوعية للنزول عن الحكم

150 - تمهيد: يترتب على النزول عن الحكم العديد من الآثار الموضوعية، فهو يؤدي إلى إسقاط الحق الثابت به. كما أنه يؤثر في مصاريف الدعوى فقد يتحملها المتنازل عن الحكم، وأيضاً يمنع من إعطاء صورة تنفيذية له أو البدء في تنفيذه أو وقف هذا التنفيذ. آثار ثلاث نتناولها تباعاً على النحو التالي:

151 - 1 - إسقاط الحق الثابت بالحكم المتنازل عنه: حلول الحكم محل الحق عند إزالته لعارض التجهيل به، واتجاه إرادة المحكوم له إلى النزول عنه يعني إسقاطه وزواله من الحياة القانونية، والإسقاط⁽¹⁾ هو التخلي عن المنفعة المقررة للحكم، ولما كانت هذه المنفعة هي الحق الثابت بالحكم، فالنزول عنه يعني إسقاطه والتخلي عن المنفعة المقررة به، ولذا كانت القاعدة أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، مما يؤدي إلى إسقاط هذا الحق في ذاته قصد المحكوم له تحقق هذا الأثر أم لم يقصده، ودون أن يتخلف عنه التزام طبيعي. فإذا نزل المؤجر عن الحكم الصادر له بالأجرة، ودفعها المستأجر كان له أن يستردها

(1) طعن مدني رقم 73/2040 ق نقض 2004/5/5 مجموعة الأحكام السنة 55 ص 492.

لأنه⁽¹⁾ دفع غير المستحق إذ أن الأجرة كحق مقرر بالحكم أسقطت بالنزول عن الحكم، لأن النزول إسقاط.

هذا الإسقاط الذي لحق بالحق الثابت بالحكم يجد أساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة، حيث نصت المادة 1/386 مدني يترتب على التقادم "انقضاء الالتزام" والمادة 948 مدني تنص على أنه يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية: "إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع". وعلى الكل تنص المادة 145 مرافعات على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به. وإعمال هذا الأساس يترتب نتيجة مؤداها أن النزول عن الحكم يعد سبباً من أسباب إسقاط الحق وانقضاءه مثله في ذلك مثل الإبراء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام تطبيقاً للمادة 371 مدني مصري، 1350 مدني فرنسي.

فالنزول عن الحكم الصادر بالإخلاء أو بالأجرة أو بالشفعة أو بالتقادم أو بالفسخ أو عن حق من حقوق الارتفاق... الخ. يؤدي هذا النزول - عن تلك الأحكام -

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "في هذه الحالة يلتزم المدفوع له بالرد، إلا إذا نسب إلى الدافع فيه القيام بتبرع أو أي تصدق قانوني آخر "الطعن رقم 1716، 51/1761 ق نقض 1992/4/19.

إلى إسقاط الحق الثابت بها، ليقصر⁽¹⁾ دور المحكمة على إثبات النزول دون التصدي للفصل في أصل النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع⁽²⁾.

ومقتضى ذلك يؤدي النزول عن الحكم بالإخلاء إلى إسقاط الحكم والحق الثابت به، فيسقط الحق في إنهاء عقد الإيجار لذات السبب الذي تم به الإخلاء، مما يجعل معاودة المطالبة به غير ذو موضوع وتطبيقاً لذلك قضى⁽³⁾ بأن "المقرر في قضاء محكمة النقض أن قيام المؤجر بعد علمه بوفاة المستأجر بالتعامل مع ورثته بحسبانهم مستأجرين بأن قبل منهم الأجرة بصفتهم ورثة دون تحفظ لمدة تكشف عن رضائه بقيام علاقة إيجاريه جديدة فإن ذلك يمنعه من المنازعة في صحة انتقال الحق إليهم ويكون قد اسقط حقه في طلب إنهاء عقد الإيجار السابق بوفاة المستأجر الأصلي".

(1) طعن مدني رقم 80/4546 ق نقض 2015/5/26. طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/11 طعن رقم 73/417 ق - أحوال شخصية - نقض 2004/3/13.

(2) وفي الفقه الإسلامي "تسقط المطالبة به، لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل، وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص" وزارة الأوقاف الكويتية ج 1 ص 124 دور الحكام شرح مجلة الأحكام 89/1.

(3) طعن إيجارات رقم 86/1964 ق نقض 2017/12/2. وقضى بأن "ترخيص المؤجر" المالك السابق "للمستأجر بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار لا يجوز الرجوع فيه. علة ذلك. الساقط لا يعود مقتضاه. سريان هذا الترخيص في حق المالك الجديد "طعن إيجارات رقم 77/21109 ق نقض 2019/4/6. طعن إيجارات رقم 67/613 ق نقض 2010/4/13. الطعن رقم 1345، 73/1658 ق إيجارات نقض 2005/1/9 مجموعة الأحكام السنة 56 ص 71.

والنزول عن الحكم بالأجرة يستتبع النزول عن الحق في الأجرة، فيسقط هذا الحق ويجعل معاودة المطالبة مرة أخرى غير ذو موضوع⁽¹⁾ وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽²⁾ "متى كانت عبارات الإقرار صريحة وقاطعة في الدلالة على أن التنازل الذي تضمنه هو تنازل نهائي عن الأجرة المطالبة بها في الدعوى، وليس مقصوراً عن الحق في السير فيها، فإن مقتضى هذا التنازل سقوط حق المقر نهائياً في المطالبة بتلك الأجرة بأي طريق، وبالتالي فكل دعوى يرفعها بالمطالبة بهذه الأجرة تكون خليقة بالرفض إذا لا يجوز أن يعود فيما أسقط حقه فيه".

والنزول عن الحكم بالشفعة يؤدي إلى إسقاط حق الشفيع واستقرار المبيع للمشتري، ولا يجوز للشفيع أن يطالب بأخذ العقار بالشفعة بعد ذلك إلا لسبب جديد وقضى تطبيقاً لذلك⁽³⁾ بأن "النزول الضمني عن الحق في الأخذ بالشفعة، ذلك هو كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له من شأنه أن يفيد النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة، فإذا ساوم الشفيع المشتري على العقار

(1) وفي الفقه الإسلامي "الإسقاط قد يقع على حق ثابت في ذمة آخر على سبيل المديونية كإسقاط الأجير حق الأجرة الثابت على المستأجر كما هو الحال في الإبراء" وزارة الأوقاف: الموسوعة الفقهية في ص 143.

(2) طعن مدني رقم 30/413 ق نقض 1965/12/15 مشار إليه الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 201.

(3) طعن مدني رقم 62/4173 ق نقض 1999/5/13. طعن مدني رقم 56/1390 ق نقض 1988/11/15

طعن رقم 53/1318 ق نقض 1987/4/28. طعن مدني رقم 48/1478 ق نقض 1982/11/11 مجموعة الأحكام السنة 33 ص 897.

المشفوع فيه بأن طلب بيعه له بثمن شرائه أو بما يزيد عنه، فإن ذلك يعني طلب تملك بعقد جديد من هذا المشتري وفي ذلك دلالة الرضا به مالاً بمقتضى البيوع الصادرة له، كذلك فإن طلب الشفيع من المشتري مقاسمته العقار المشفوع فيه أو إشراكه بالشفعة ورضائه بالمشتري مالاً، وهذه أمور اعتبرت لهذا السبب من مسقطات الشفعة في فقه الشريعة الإسلامية التي هي مصدر نظام الشفعة في القانون المدني".

والنزول عن الحكم بالتقادم بعد اكتمال مدته يؤدي إلى انقضاء الالتزام وفقاً لصراحة المادة 1/386 مدني ودون أن يتخلف عنه التزام طبيعي بالوفاء، احتراماً لاستقرار الأوضاع⁽¹⁾ ومنعاً لمعاودة المطالبة به مرة أخرى لإسقاط الحق فيه وقضى تطبيقاً لذلك⁽²⁾ "بأن تمسك الطاعنين أمام محكمة الموضوع باعتبار سداد المطعون ضده مقابل الانتفاع لأرض النزاع عن سنوات انتفاعه بها نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، دفاع جوهري إطراح الحكم المطعون فيه ذلك الدفاع استناداً إلى أن سداد المطعون ضده مقابل الانتفاع بعد اكتمال مدة التقادم لا أثر له خطأ وقصور" وقضى بأن⁽³⁾ "الالتزام لا ينقضي بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً

(1) د. السنهوري: الوسيط ج3 ص 996 وما بعدها بند 592.

(2) طعن مدني رقم 76/3828 ق نقض 2015/1/5. طعن مدني رقم 69/597 ق نقض 2000/217 مجموعة الأحكام السنة 51 ص 276.

(3) نقض 1975/2/18 طعن 39/349 ق مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 162.

واجب الوفاء إلى أن يقضي بتقادمه، فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد اكتمال مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدينياً ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعي "فإذا صدر الحكم بالتقادم ونزل عنه من صدر لصالحه سقط الحق في التقادم ودون أن يبقى التزاماً مدينياً ودون أن يتخلف عنه التزام طبيعي.

والنزول عن الحكم بالفسخ يستتبع النزول عن الحق الثابت به، وإسقاط هذا الحق مما يحول دون معاودة المطالبة به مرة ثانية. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽¹⁾ "إذا كان كل من الحكمين الابتدائي والمطعون فيه الذي أيده وأحال إلى أسبابه قد استدل من قعود الطاعنة - وزارة الأوقاف - عن تنفيذ حكم فسخ الحكر الصادر لصالحها منذ سنة 1941 حتى تم الاستدلال سنة 1962، ومما ورد بفقد الاستبدال من أن الأرض المستبدلة عليها مبان ملك المورث المطعون عليه، ومن استمرار الطاعنة في اقتضاء مقابل الانتفاع بالأرض المحكرة حتى تم استبدالها، على أن رغبة الطاعنة انصرفت عن التمسك بانتهاء عقد الحكر، واتجهت إلى الإبقاء على صفة المطعون عليه كمستحكر، وكان هذا الاستبدال سائغاً مستمداً من أوراق الدعوى ووقائعها، فإن المجادلة في ذلك لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره، ولا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة".

(1) طعن مدني رقم 37/170 ق نقض 1972/3/23 مجموعة الأحكام السنة 23 ج 1 ص 499.

والنزول عن الحكم بحق الارتفاق يستتبع النزول عن الحق ذاته. أثره⁽¹⁾ إسقاط حق الارتفاق - دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة - مما يمنع المطالبة به مرة أخرى. وتطبيقاً لذلك قضى⁽²⁾ بأنه "ولئن كان مؤدى نص المادة 145 من قانون المرافعات أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به وانقضاء الخصومة بشأنه إلا أنه إذا تعدد المحكوم لهم في موضوع غير قابل للتجزئة وتنازل أحدهم عن الحكم فإن أثر هذا التنازل يقتصر عليه وحده وينشئ بالنسبة له دعواً بعدم قبول الطعن المرفوع عنه كما ينشئ دعواً بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق الثابت به وهما من النظام العام، ودون أن يؤثر هذا التنازل على باقي حقوق المحكوم لهم ولا يترتب عليه في حقهم انقضاء الخصومة الصادر فيها هذا الحكم. لما كان ذلك

(1) د. محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية ص 232.

(2) طعن مدني رقم 57/871 ق نقض 1989/7/7 مجموعة الأحكام السنة 40 ص 540. طعن مدني رقم 40/128 ق نقض 1975/1/8 مجموعة الأحكام السنة 26 ص 140 وفيه أن "التنازل الصريح هو الذي يصدر من صاحبه في عبارة واضحة تدل على ذلك ولا تحتل التأويل، وإذا كانت العبارة التي وردت في عقد شراء سلف الطاعن من أن العقار خال من أي حق من حقوق الارتفاق لم تصدر من سلف المطعون ضده - مدعي حق الارتفاق - وكل ما يمكن نسبته إلى ذلك السلف في هذا الصدد أنه وقع كشاهد على العقد المتضمن لها، دون إجازة صريحة لما ورد فيه، وهذا لا يعني أنه تنازل صراحة عن حق الارتفاق المقرر لمنزله على العقار موضوع العقد، وكان التنازل الضمني عن حق الارتفاق قد نفاه الحكم - بماله من سلطة تقديرية في استخلاص القرائن متى كان استخلاصه سائماً - بما قاله من أن عدم اعتراض سلف المطعون ضده على تعدي الطاعن لا يسقط حقه، وأنه ليس في الأوراق ما يفيد تنازله عن هذا الحق، وهو منه سائغ ومقبول، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس".

وكان البين من الحكم الابتدائي أنه قضى لصالح المطعون ضدهما بإلزام الطاعن بسد المطلات التي أقامها بعقاره على الشارع الخاص بما بعائلتهما - وهو موضوع غير قابل للتجزئة - إذا انتهى الحكم المطعون فيه على عدم قبول الاستئناف بالنسبة للمطعون ضده الثاني فإنه يكون قد أصاب في النتيجة التي انتهى إليها ولا يعيبه أو يفسده القصور في بعض أسبابه القانونية، إذ لمحكمة النقض أن تستوفي هذا القصور متى كان غير مؤثر في النتيجة التي استقام عليها قضاؤه ويضحى النعي بهذا السبب على غير أساس"

ووفقاً لذلك، فإن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، مما يؤدي إلى زوال هذا الحق وإسقاطه، ويمنع معاودة المطالبة به مرة ثانية لأنه أصبح غير موضوع. مقتضى ذلك أن النزول عن الحكم يعد سبباً من أسباب إسقاط الحق وانقضاه، مثله في ذلك مثل الإبراء كسبب لانقضاء الالتزام.

152 - 2 - الرسوم أو المصاريف القضائية⁽¹⁾: إذا كانت القاعدة هي تحمل خاسر الدعوى المصاريف التي تحملها خصمه تطبيقاً للمادة 184 مرافعات⁽¹⁾

(1) عدم الاختلاف بين مدلوليهما، اشتمال كل منهما على رسم الدعوى ورسم الصور والشهادات والملصقات والأوراق القضائية والإدارية واجر نشر الإعلانات والمصاريف الأخرى كأمانة الخبير وبدل سفر الشهود وغيرها مما كان لازماً لتحقيق الدعوى أو اتخاذ إجراءات تحفظية أثناء سيرها وأتعاب المحاماة.

انظر: دستورية عليا دعوى رقم 33/19 ق جلسة 2020/1/4. طعن مدني رقم 81/4011 ق نقض 2018/2/19. طعن رقم 64/2486 ق نقض 2005/5/18 مجموعة الأحكام الستة 51

فالاستثناء تحمل من كسب الدعوى المصاريف متى توافرت حالة من الحالات الواردة بنص المادة 185 مرافعات. وتحرت المحكمة موقف طرفي التداعي وقت رفع الدعوى، وتبين لها أن المحكوم عليه كان مسلماً بطلبات المحكوم له، أو لكون الأخير تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة منها، أو لكونه ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بضمون تلك المستندات تحمل المحكوم له المصاريف، وإلا اعتبر المحكوم عليه خاسراً للدعوى وتحمل المصاريف. فالمناط الذي يعول عليه فيمن يتحمل مصاريف الدعوى وفقاً للمادة 185 مرافعات هو تقدير المحكمة لموقف طرفي التداعي وقت رفع الدعوى.

بجانب ذلك يتحمل المتنازل عن الحكم مصاريف الدعوى متى أدى تنازله إلى إنهاء خصومة الطعن دون الحكم فيها قياساً على ترك الخصومة المنصوص عليه وفقاً للمادة 143 مرافعات. فروض ثلاث نتناولها تباعاً بشأن أثر النزول عن الحكم على المصاريف القضائية.

ج1 ص 19 طعن مدني رقم 50/1763 ق نقض 1986/2/17 مجموعة الأحكام السنة 37 ج1 ص 215.

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بان "خاسر الدعوى هو من رفعها أو دفعها بغير حق وأنه تكفي خسارة الخصم للدعوى سبباً للحكم عليه بالمصاريف بغير حاجة إيراد أي سبب آخر. ويعتبر الخصم قد خسر الدعوى إذا كان مدعياً وقضى برفض طلباته أو مدعي عليه وقضى عليه بطلبات المدعي" طعن مدني رقم 49/236 ق نقض 1983/2/28 مجموعة الأحكام السنة 34 ج2 ص 1723.

153 - 1 - تحمل خاسر الدعوى المصاريف للوفاء بالتزاماته بعد صدور الحكم المتنازل عنه: يكشف هذا الفرض عن تخلف تطبيق الحالات المنصوص عليها في المادة 185 مرافعات متى انتهت المحكمة بتقديرها إن وفاء المحكوم عليه بالتزاماته لم يكن إلا بعد صدور الحكم في مواجهته، فينتفي تطبيق المادة السابقة، وتطبق بشأن هذا الفرض القاعدة العامة وفقاً للمادة 184 مرافعات ومقتضاها أن من خسر الدعوى يتحمل التي دفعها مقدماً ويدفع لخصمه ما دفعه هذا الأخير من نفقات بما فيها أتعاب المحاماة. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽¹⁾ ".... فإذا الحكم قد ألزم الطاعن بمصاريف الدعوى معتبراً أن مجرد تنازله عن الحكم المستأنف يعد دليلاً على تسببه في إنفاق مصاريف لا طائل منها بإقامة دعواه بغير سند دون أن يعني بحث أسباب ذلك التنازل وإن كان سداد المطعون ضده لباقي الثمن سابقاً على إقامة الدعوى أم لا حقاً لإقامتها أو تالياً لصدور حكم أول درجة فيها فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبب مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة مدى صحة تطبيق القانون "وقضى بأنه"⁽²⁾ ولما كان من المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن شرط الحكم بالزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصروفات كلها أو بعضها إذا كان

(1) طعن رقم 76/8523 ق نقض 2011/4/5 مجموعة الأحكام السنة 76 ص 467. طعن مدني رقم 68/2252 ق نقض 2010/12/27 مجموعة الأحكام السنة 61 ص 01038 طعن مدني رقم 68/1819 ق نقض 2010/5/8

(2) طعن مدني رقم 61/1125 ق نقض 1996/4/17 مجموعة الأحكام السنة 47 ج 1 ص 666. طعن مدني رقم 49/1357 ق نقض 1983/5/31 مجموعة الأحكام السنة 34 ج 2 ص 1346.

الحق مسلماً به من المحكوم عليه حسبما تقضي به المادة 185 مرافعات هو أن يكون التسليم بالطلبات من المحكوم عليه قبل رفع الدعوى، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنين لم يسلموا بحق المطعون ضدهما في العشرة أفدنة المسدد ثمنها إلا بعد رفع الدعوى فإنه لا محل لإعمال المادة 185 مرافعات وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

154 - ب - تحمل المتنازل عن الحكم المصاريف متى توافرت في حقه إحدى حالات المادة 185 مرافعات: كما لو كان الحق الذي حكم له به مسلماً بوجوده من المحكوم عليه، أو تسبب المحكوم له في إنفاق مصاريف لا فائدة منها، أو ترك المحكوم عليه على جهل بما كان في يده من مستندات قاطعة في الدعوى، فيتحمل المحكوم له رغم تنازله عن الحكم بمصاريف الدعوى.

ويبرر الحكم على المحكوم له بالمصاريف على سبيل التعويض تطبيقاً للقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، ذلك على أساس أن الضرر الذي يصيب الخصم من جراء الخصم الآخر في الخصومة يمكن حصده في قيامه بدفع المصاريف القضائية فيها⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽²⁾ "إذا كان عدم تنفيذ التزام البائع بنقل

(1) دستورية عليا دعوى رقم 16/27 ق جلسة 1995/4/15

(2) طعن مدني رقم 69/4423 ق نقض 2007/5/3 مجموعة الأحكام السنة 65 ص 380 طعن مدني 52/1562 ق نقض 1989/5/22 مجموعة الأحكام السنة 40 ج2 ص 354. طعن مدني 55/2532 ق نقض 1989/3/30 مجموعة الأحكام السنة 40 ص 914. طعن مدني رقم 43/15 ق نقض 1977/4/20 مجموعة الأحكام السنة 28 ص 1000.

الملكية في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع المشتري الأول مرجعه تقصير المشتري في القيام بما أوجبه عليه العقد أو لتراخيه فيه أو عدم رغبته في تسجيل العقد فإن عزم التداعي في الدعوى التي ترفع عليه - إذا ما باع العقار إلى مشتري ثان - بطلب صحة ونفاذ العقد الصادر إليه توصلًا إلى القضاء بصحة ونفاذ العقد الصادر منه إلى المشتري الثاني يقع على عاتق المشتري الأول باعتباره قد تسبب في إنفاق مصروفات لا فائدة لها".

وتطبيقاً لتحمل المتنازل عن الحكم للمصاريف قضي بأنه⁽¹⁾ "ومن حيث أنه لما كان الثابت مما تقدم أن المطعون ضده قد تنازل عن الحكم المطعون فيه، فمن ثم يتعين القضاء بإنهاء النزاع وإلزام المطعون ضده بالمصروفات عن درجتي التقاضي".

وقضي بأنه⁽²⁾ "ومن حيث أن طلبات الطاعن إنما تسفر في حقيقتها عن تنازل عن الحكم الصادر لصالحه في موضوع الدعوى رقم 42/147 ق وإذ سبق أن قبلت الإدارة تنازله عن الحكم الصادر لصالحه في الشق العاجل من تلك الدعوى وفقاً

(1) طعن مدني رقم 68/1819 ق نقض 2010/5/8 إدارية عليا طعن رقم 40/3414 ق جلسة 1997/5/5 مجموعة المبادئ السنة 42 ج2 ص 1429. إدارية عليا طعن رقم 34/3205 ق جلسة 1991/2/12 مجموعة المبادئ السنة 36 ج1 ص 692.

(2) إدارية عليا طعن رقم 39/1735 ق جلسة 1996/3/26 مجموعة المبادئ السنة 41 ص 937. طعن مدني رقم 43/380 ق نقض 1976/12/28 مجموعة الأحكام السنة 27 ص 1820. طعن مدني رقم 21/258 ق نقض 1954/11/25 مجموعة الأحكام السنة 6 ص 188.

للتأثير بأسباب الحكم الصادر في الطعن رقم 34/1442 ق وكانت مكنته من الاستمرار في العمل الذي يتم عن قبول صريح لتنازله عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى، وإذ تنص المادة 145 من قانون المرافعات رقم 13/1968 على أن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به" وكان مقتضى هذا النص عودة المراكز والأوضاع القانونية التي رتبها الحكم المتنازل عنه إلى سابق وضعها الذي كانت عليه قبل رفع الدعوى وصدور الحكم المتنازل عنه بحيث يعود المحكوم له الذي تنازل عن الحكم إلى مركزه القانوني الذي كان عليه قبل صدور الحكم، ولما كان الأمر كذلك وكان تنازل الطاعن عن الحكم الصادر لصالحه إنما ينهي النزاع في الطعن، فإنه يتعين الحكم بانتهاء النزاع مع إلزام الطاعن بالمصروفات".

155 - ج - تحمل المتنازل عن الحكم للمصاريف إذ أدى تنازله إلى إنهاء خصومة الطعن دون الحكم فيها: القواعد التي نظمها المشرع بالمواد 184، 185، 186 مرافعات لا تسري على حالة انتهاء الخصومة بغير حكم في موضوعها. ولما كان هذا الانتهاء يرجع إلى أسباب مختلفة نظم المشرع في بعضها الخصم الذي يتحمل مصاريف الدعوى، كما فعل في حالة ترك الخصومة وفقاً للمادة 143 مرافعات. ولم ينظم البعض الآخر، كما في حالة انتهاء خصومة الطعن بغير حكم بسبب نزول المحكوم له عن الحكم المطعون فيه أثناء نظر الطعن المرفوع من المحكوم عليه. هذا النزول يترتب عليه أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، وتنقضي تبعاً لذلك خصومة الطعن بقوة القانون. ولما كان إغفال مثل هذا التنظيم يعد نقصاً تشريعياً يوجب على القاضي تكملته بالالتجاء إلى المصادر التي نصت

عليها المادة الأولى من القانون المدني، ومنها قواعد العدالة. وهذه القواعد بصددها الحالة تقتضي أن يتحمل المتنازل عن الحكم المطعون فيه لجميع المصروفات الناشئة عن الخصومة، لأن المحكوم له بتنازله عن الحكم قد حال بتنازله بين المحكمة والمضي في نظرها للدعوى والفصل في موضوعها وبيان وجه الحق فيها. وهو ما يستقيم ويتساوى مع ترك الخصومة الذي يترتب عليه الحكم على التارك بجميع المصاريف التي نشأت عنها⁽¹⁾ وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 143 مرافعات والتي نصت على "... والحكم على التارك بالمصاريف".

فنزول المحكوم له عن الحكم المطعون فيه أثناء خصومة الطعن يحكم عليه بالمصروفات وأساس ذلك ومبناه ليس لكونه كسب الدعوى أمام أول درجة، وإنما لكونه حال بنزوله عن الحكم وبين المحكمة والمضي في نظرها للطعن والفصل في موضوعه وبيان وجه الحق فيه.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن⁽²⁾ "قواعد تحديد الخصم الملزم بأداء الرسوم القضائية والمصاريف الرسمية لرفع الدعوى وسيرها وقت الفصل في موضوعها نظمتها

(1) إدارية عليا طعن رقم 6/215 ق جلسة 1961/3/11 مجموعة المبادئ السنة 6 ع 2 ص 792.

(2) طعن مدني رقم 77/12797 ق نقض 2017/11/26. طعن مدني رقم 79/2818 ق نقض 2017/10/16. طعن مدني رقم 82/11508 ق نقض 2014/12/11. البوابة القانونية لمحكمة النقض.

نصوص المواد 184، 185، 186 مرافعات، عدم تنظيم القانون لجميع حالات انتهاء الخصومة بغير حكم، أثره الالتجاء إلى قواعد العدالة مادة 1 مدني، انتهاء خصومة الاستئناف بقوة القانون لتنازل المحكوم له عن الحكم المستأنف أثناء نظره. اعتباره مساوي لترك الخصومة. أثره تحمل المتنازل عن الحكم المستأنف أثناء نظره. اعتباره مساوي لترك الخصومة. أثره تحمل المتنازل عن الحكم المستأنف للمصاريف الناشئة للخصومة، مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بالمصاريف برغم تنازل المطعون ضده عن الحكم المستأنف الصادر في غيبة الطاعن يتساوى مع ترك الخصومة بما يوجب تحمله جميع المصاريف الناشئة عنها، فإن الحكم المطعون يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يوجب نفضه نقضاً جزئياً فيما قضى من إلزام الطاعن بالمصاريف".

156 - 3 - عدم جواز تنفيذ الحكم المتنازل عنه: النزول عن الحكم يجعله غير قائم، ومن ثم لم يعد محلاً ليكون سنداً تنفيذياً⁽¹⁾ مما لا يجوز معه ولا يستقيم إعطاء صورة تنفيذية، كما يجب عدم البدء في تنفيذه أو وقف هذا التنفيذ.

(1) والمشرع الفرنسي بتعديله لإجراءات التنفيذ بالمرسوم 2012/783 وإن أعطى للدائن الحق في قهر عناد المدين الممتنع عن التنفيذ إلا أنه قيد هذا الحق بضرورة احترام الشروط المنصوص عليها في القانون مادة 1/111 "وأهم هذه الشروط وجود سند من السندات التنفيذية التي نص عليها القانون" انظر:

Gerand Couhoz et Danie Lebeau: voies d'execution 2013. II. éd. sirey. P. 10. N. 13.

157 - أ - عدم جواز إعطاء صورة تنفيذية للحكم المتنازل عنه: الحكم باعتباره أهم أنواع السندات التنفيذية بعد صدوره وكتابة نسخته الأصلية وتوقيع رئيس الجلسة وكتابتها عليها مادة 179 مرافعات⁽¹⁾ يتم استخراج صورة من النسخة الأصلية تُختم بخاتم المحكمة ويزيلها الكاتب بالصيغة التنفيذية ثم يوقعها، ويسلمها إلى الخصم الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم بشرط أن يكون الحكم جائز التنفيذ مادة 181 مرافعات.

وتطبيقاً لذلك يوجب القانون عدم تسليم الصورة التنفيذية إلا بشأن سند جائز تنفيذه، كما لا يجوز تسليم هذه الصورة إلا للخصم الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم. فثمة شرطين يكمل احدهما الآخر. الأول: يجب على الكاتب عند تسليم الصورة التنفيذية أن يتأكد من أن الحكم المطلوب منه صورة تنفيذية جائز تنفيذه. فلا يجوز إعطاء صورة تنفيذية لحكم غير جائز تنفيذه⁽²⁾ كما لو كان الحكم غير قابل للتنفيذ الجبري، أو لكونه بحسب الأصل قابلاً للتنفيذ ولكنه لم يعد قائماً للنزول عنه، حيث لم يعد للحكم وجود في الحياة القانونية، ومن ثم لم يعد محلاً ليكون سنداً تنفيذياً، أو توضع عليه الصيغة التنفيذية. فإذا وضعت هذه الصيغة⁽³⁾ خطأ على ورقة زالت قيمتها القانونية وأجري التنفيذ بها وقع التنفيذ باطلاً بطلان يتعلق بالنظام العام، ولا

(1) وفي تطبيق ذلك انظر: طعن 62/18 ق - أحوال شخصية - نقض 1996/11/25.

(2) طعن مدني رقم 67/1278 ق نقض 1998/7/11 مجموعة الأحكام السنة 49 ج 2 ص 600.

(3) د. أحمد هندي: التنفيذ الجبري ص 154 حاشية رقم 2 والمراجع المشاركة لديه.

يصححه بحال أن الورقة أصبحت لها قوة تنفيذية بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها.

والشرط الآخر: لا يجوز تسليم الصورة التنفيذية إلا للخصم الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ لأن الصيغة في طلب التنفيذ تقترب بالحق الموضوعي - الثابت في السند التنفيذي - وتلتصق بصاحبه ولذا لا تسلم الصورة إلا للخصم الذي تعود عليه المنفعة من تنفيذ الحكم. ولما كان الحكم بالنزول عنه قد زال من الحياة القانونية، بل استتبع النزول عنه النزول عن الحق الموضوعي الثابت به، واستقرت المراكز القانونية على الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم إلى ما لا نهاية، لأن الحق الذي استتبع نزوله بالنزول عن الحكم أصبح غير ذو موضوع، ومن ثم لم يعد يوجد حكم حتى يكون جائز تنفيذه كما لا يكون للمتنازل عنه منفعة تبرر استلامه لصورة تنفيذية. ولذا فإن النزول عن الحكم يعد أحد الحالات التي لا يجوز تسليم صورة تنفيذية بشأنه وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 181 مرافعات.

وتطبيقاً لذلك قضى⁽¹⁾ بأن "مفاد المواد 181، 1/280، 3، 1/281، 3 من قانون المرافعات أنه وقد نهى القانون عن تسليم صورة الحكم المزيلة بالصيغة التنفيذية إلا للخصم الذي تضمنت الحكم عودة منفعة عليه من تنفيذه، ونهي عن تسليمها إليه إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذه، فإن وضع صيغة التنفيذ على الحكم المراد تنفيذه

(1) طعن 67/1278 ق نقض 1998/7/11 مشار إليه سابقاً.

الذي بيد الخصم يكون مشاهداً على أنه صاحب الحق في إجراء التنفيذ وأنه لم يسبق له إجراؤه وأن هذا الحكم جائز تنفيذه جبراً".

158 - ب - عدم البدء في تنفيذ الحكم المتنازل عنه أو وقف هذا التنفيذ⁽¹⁾: قد يحصل المحكوم له على صورة تنفيذية للحكم الصادر لصالحه قبل النزول عنه، ثم يتنازل له عنه، أو بعد نزوله، خاصة وأن الصورة التنفيذية الأولى لا يشترط حضور المحكوم عليه أثناء تنفيذها وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 353 مرافعات، فيفاجأ المحكوم عليه بمباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته وهو ما لا يجوز لأنها تتم بالاستناد إلى حكم تم النزول عنه، بل وزال من الحياة القانونية ولم يعد قائماً. وفي هذه الحالة يجوز للمنفذ ضده أن يتمسك أمام قاضي التنفيذ بواقعة النزول عن الحكم بعدم البدء، في التنفيذ، أو بوقفه إذا كان شرع فيه، وفي الحالتين يتعين وقف التنفيذ أو عدم البدء فيه إذا لم يكن شرع فيه بعد، لكون إجراءات التنفيذ تتخذ بسند تنفيذي لحكم زال من الحياة القانونية وزالت معه آثاره وتبعاً لذلك الصيغة التي كانت تثبت له - القوة التنفيذية - وتخول بمقتضاه الحصول على الحماية القضائية التنفيذية. ويدخل في سلطة قاضي التنفيذ التأكيد من صلاحية السند التنفيذي الذي يقدم للتنفيذ، حيث يثير أمامه المنفذ ضده أن السند الذي يجري بمقتضاه لا يصلح للتنفيذ، لأنه لم يعد هناك حكماً بعد النزول عنه، ومن ثم يجب عدم البدء في تنفيذه، وإن كان قد بدء في تنفيذه وقع ما تم اتخاذه من إجراءات تنفيذ باطلة.

(1) في تقادم الأحكام انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص 168 بند 141.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه⁽¹⁾ "إذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الصورة التنفيذية الأولى موجودة في حيازة المؤسسة العامة للنقل البري ولم تقعد من الطاعن، وإنما سلمها هو إليها مقابل إعادته لعمله فعلاً بإحدى وظائفها بعد تنازله عن الحكم، فإن وجود الصورة التنفيذية الأولى لدى المؤسسة مع علم الطاعن بذلك يخرج الواقعة من نطاق الفقد والضياع الذي يجيز المطالبة بتسليم صورة تنفيذية ثانية في حكم المادة 183 من قانون المرافعات، ويحصر النزاع بشأنها في مدى أحقية الطاعن في المطالبة القضائية باستردادها، وإذا كانت الدعامة الصحيحة التي أسس عليها الحكم قضاءه كافية بذاتها لحمله، فإن ما ينعاه الطاعن من أنه سلم الصورة التنفيذية الأولى خطأ إلى المؤسسة أو أن الحكم أخطأ في تفسير ورقة التنازل - أيأ كان وجه الرأي فيه - يكون نوعياً غير منتج ولا جدوى منه".

(1) طعن عمالي رقم 40/100 ق نقض 1977/2/13 مجموعة الأحكام السنة 28 ج 1 ص 449.

خاتمة

- وبعد أن استوت الدراسة على عودها، يمكن إجمالي أهم النتائج والتوصيات التي انتهت إليها:

• النزول عن الحكم من الأصول المعتمدة في معظم التشريعات المقارنة، ومنها المصري الذي اعتمده صراحة في قانون المرافعات الملغي، وظل مواظباً عليه في القانون الحالي، فنصت المادة 145 مرافعات على أن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به" والتي تعد أساساً تشريعياً لهذا النزول.

وبجانب هذا الأساس، يوجد للنزول عن الحكم أسس فنية تنطبق عليه وتنظمه، وهي قواعد ثلاث، منها القانوني، ومنها ما يعد من القواعد الفقهية الكلية. فالنزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، فيؤدي النزول إلى انقضاء الحق، وبدوره يؤدي إلى استقرار الحقوق، ومن ثم استقرار المجتمع ليتحقق بالنزول عن الحكم "المصلحة في الاستقرار" وهي من القواعد القانونية المعتمدة. كما أن النزول عن الحكم يؤدي إلى إسقاطه، وإسقاط آثاره والحق الثابت به، والقاعدة الفقهية أن "الساقط لا يعود" فلا يجوز معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، لأن بإسقاطه أصبح غير ذي موضوع، ولكون النزول عن الحكم تصرف إرادي ملزم لصاحبه، فلا يجوز له الرجوع فيه، فإذا سعى من نزل عن الحكم إلى نقض ما سعى إليه كان سعيه مردود، لأن القاعدة الفقهية "من سعى في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه".

• وكل من الأساس التشريعي والفني للنزول عن الحكم يؤكد على خصوصية لهذا النزول تميزه عن غيره من الأعمال والحقوق الإجرائية التي تكون محلاً للنزول. هذه الخصوصية لا تقتصر بالنزول عن الحكم على أنه مجرد إجراء، وإلا زال الحكم وظل الحق الثابت به قائماً يتناضل فيه الخصوم بعد النزول، وإنما توجب هذه الخصوصية النظر إلى النزول عن الحكم بجانب كونه إجراء إلى الغاية من النزول، وهي إسقاط الحكم وإسقاط آثاره والحق الثابت به، ولذا كان النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به.

• هذا الأساس سواء التشريعي والفني وتلك الخصوصية ساعد في بيان المقصود بالنزول عن الحكم وهو تخلي المحكوم له بإرادته عن ما قضي له الحكم به كلياً أو في شق منه، ليسقط وتسقط كافة آثاره والحق الثابت به، ما دام هذا الحق يجوز النزول عنه، لتعود الأوضاع والمراكز القانونية إلى ما قبل صدور الحكم، وفي حدود ما تم النزول عنه، ومنع معاودة المطالبة بذات الحق مرة ثانية، لتجرده ولذات السبب من أية حماية قضائية لأنه أصبح غير ذي موضوع.

• ووفقاً لهذا المفهوم يشترط في الحكم ليكون محلاً للنزول توافر مجموعة من الشروط تكمل بعضها البعض: أولها: أن تكون بصدد حكماً قائماً. والثاني: أن يكون الحكم فاصلاً في أصل الحق. والثالث: أن يكون الحكم صادراً لصالح المتنازل عنه. الرابع: أن يصلح الحكم ليكون محلاً للنزول عنه. الخامس: تجرد الحق الثابت بالحكم المتنازل عنه من أية حماية قضائية تمنع من معاودة المطالبة

به مرة ثانية، لأنه أصبح غير ذي موضوع، وألا تولد عنه دعماً بعدم القبول وليس بسابقة الفصل فيه.

• وبتحديد الدراسة للأساس التشريعي والفني للنزول عن الحكم، وبيان مقصوده، وما يشترط في الحكم ليكون محلاً للنزول، مضت لتبين طبيعة النزول القانونية، والتي لا تعد بحال عملاً إجرائياً، وإنما تصرفاً قانونياً أحادي الجانب. ولذا يعد هذا النزول إسقاطاً لحق وليس إنشاءً الإلتزام. ولذا يتنوع الباعث أو الدافع لهذا النزول، فقد يكون عملاً من أعمال التبرع، أو عملاً من أعمال التصرف بعوض، وقد يكون الباعث عليه مجرد تحقيقاً لمصلحة شخصية مادية أو أدبية.

• كما بينت الدراسة نطاق النزول عن الحكم وميزت هذا النزول عما قد يختلط به. وفيما يتعلق بنطاق النزول ولغياب النص التشريعي الذي يحدد الأحكام التي لا يجوز أو يجوز النزول عنها، كان ما يطبق بشأن هذا أو ذاك ما يطبق بشأن الحقوق الثابتة بهذه الأحكام من حيث ما يقبل منها وما لا يقبل النزول ومناطه النظام العام الذي يقيد النزول بصفة عامة بعدم المساس به، وأوردت تطبيقات للأحكام التي لا يجوز النزول عنها ومبررات عدم النزول. ثم أوردت تطبيقات للأحكام التي يجوز النزول عنها، يستوي فيها أن تكون أحكاماً قضائية أم تحكيمية، طالما كان الحق الثابت بها يقبل بحسب الأصل النزول عنه. كما يلحق بهذه الأحكام أوامر الأداء لكونها تفصل في أصل الحق، وما دام هذا الحق يقبل بحسب

الأصل النزول عنه، وأمر الأداء يعد فاصلاً له، فيقبل الأمر النزول عنه، والنزول عنه يستتبع النزول عن الحق الثابت به.

• أما فيما يتعلق بتمييز النزول عن الحكم عما قد يختلط به، فلم نتعرض لما سبق وأن نعرض له الفقه في هذا الصدد، وتعرضنا لحالات أخرى قد تثير الخلط بينها وبين النزول عن الحكم، وكان من أهم هذه الحالات: النزول عن الحكم واعتباره كأن لم يكن، والنزول عن الحكم وإلغاؤه. والنزول عن الحكم والرجوع عن البات منه لخطأ إجرائي لعدم وجود طريق آخر لمعالجة هذا الخطأ.

• وبعد أن بينت الدراسة نطاق النزول عن الحكم، مضت قدماً لتبين أحكامه ببيان أركان النزول وشروط صحته، وصوره، ومدى لزومه، والآثار الإجرائية والموضوعية التي يربتها النزول عن الحكم.

• فمن ناحية: لما كان النزول عن الحكم يعد تصرفاً قانونياً أحادي الجانب فهو يخضع في قواعده وأحكامه للقانون المدني. وكتصرف قانوني يستلزم فيه توافر أركان هذا التصرف من إرادة ومحل وسبب كما يشترط فيه ما يشترط في التصرف القانوني من شروط صحة هي:

1. أن يصدر النزول عن الحكم ممن يملكه سواء بنفسه أو من ممثله القانوني أو القضائي أو الاتفاقي.

2. يجب أن تكون إرادة من يملك النزول صحيحة غير معيبة.

3. يجب أن تتوافر في المتنازل الأهلية اللازمة للنزول.

4. يجب أن يكون محل النزول معيناً ومشروعاً.

5. شكل النزول المبدأ أو الاستثناء عليه.

ويترتب على تخلف شرط من هذه الشروط بطلان التصرف، ولكنه بطلان نسبي يقبل الأجازة.

• ومن ناحية ثانية: لما كان النزول عن الحكم يعبر فيه النازل عن إرادته، فهذا التعبير يستوي فيه أن يكون صريحاً أو ضمناً. والنزول الصريح عن الحكم هو إعلان إرادة صريحة من المحكوم له، أو من فوضه في ذلك بالنزول عن ما قضى له به الحكم أو شق منه وعدم رغبته في تنفيذه. أما النزول الضمني عن الحكم هو ما يستفاد من سلوك من له الحق في النزول عنه بقول أو فعل أو عمل لا يتفق وإرادته في نفاذ الحكم أو تنفيذه. ويسري على النزول الضمني كما يسري على النزول الصريح القاعدة العامة في ضرورة أن تكون إرادة المتنازل واضحة لا غموض فيها، قاطعة في الدلالة، وتستخلص هذه الإرادة من كافة الظروف والملابسات المحيطة بواقعة النزول، كما لا يساورها الشك أو الاحتمال. ومن ثم فهذه الإرادة لا تستخلص إلا بعد واقع لا يدل إلا عليها، ولا يحتمل إلا انصراف النية إلى التعبير عنها ضمناً، وذلك حتى يصادف صحيح القانون تطبيقاً للمادة 90 مدني مصري 1113 مدني فرنسي.

أما سكوت من له الحق في النزول عن الحكم لا يمكن اعتباره نزولاً ضمناً مهما طال مدة السكوت، فلا يفترض التخلي عن الحكم وإسقاطه لمجرد سكوت المحكوم له، أو اتخاذه موقف سلبي بشأنه. فالإرادة المفترضة مرفوضة.

ومع ذلك قد يكون للسكوت في إطار النزول عن الحكم دور، ولكنه أبسط من اعتباره تعبيراً عن إرادة المحكوم له، وإنما باعتباره واقعة أو قرينة يرتب عليها القانون جزاء في غير صالح الخصم الساكت نتيجة لعدم قيامه بنشاط معين كان ملزم القيام به. هذا الجزاء هو عدم الاعتراف بأثر الحكم على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور الحكم، والذي ساهم من صدر لصالحه هذا الحكم في تحقيقها، ومن ثم فإن الآثار التي تترتب على السكوت في هذه الحالة، إنما تبدو كجزاء يرتبه القانون على سلوك الخصم الخاطئ.

• ومن ناحية ثالثة: لما كانت الطبيعة القانونية للنزول عن الحكم هي تصرف قانوني أحادي الجانب ملزم لمن صدر منه، لذا كانت القاعدة، هي أن النزول عن الحكم تصرف لا يجوز الرجوع فيه، لكون النزول إسقاطاً، والساقط لا يعود، كما أن سعي المتنازل في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه، مما يتمتع عليه الرجوع فيما نزل عنه ولو بدعوى جديدة.

ومع اعتماد هذه القاعدة إلا أنها ليست مطلقة، ولذا كان الاستثناء منها هو جواز الرجوع في النزول عن الحكم الصادر بشأن المراكز القانونية الممتدة في الزمان، كذلك يجوز الرجوع في النزول عن الحكم إذا كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ.

• وأخيراً: كشفت الدراسة عن الآثار التي يربتها النزول عن الحكم، وهي آثار منها ما هو إجرائي ومنها ما هو موضوعي. والآثار الإجرائية التي يربتها النزول عن الحكم هي إسقاطه وزواله من الحياة القانونية. كما أنه يؤدي وبقوة القانون إلى انقضاء الخصومة التي صدر فيها وخصومة الطعن إذا انعقدت، وكذلك يؤدي إلى زوال آثاره وفي مقدمتها حجية الأمر المقضي به. مع مراعاة أن النزول عن الحكم لا ينتج هذه الآثار إلا في الحدود التي تم بشأنها، وفي مواجهة من صدر منه وإليه.

أما الآثار الموضوعية للنزول عن الحكم فهي إسقاط الحق الثابت بهذا الحكم. وعدم جواز تنفيذ هذا الحكم أو المطالبة بتنفيذه. وأخيراً: الرسوم والمصاريف القضائية، وإذا كان بحسب الأصل يتحملها من خسر الدعوى، إذا ما تم النزول عن الحكم فوري صدوره وقبل الطعن عليه. واستثناءً من الأصل يتحملها النازل عن الحكم باعتباره من كسب القضية ولو نزل عن الحكم فوري صدوره وقبل الطعن عليه إذا ما توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها بالمادة 185 مرافعات، وسواء طبق الأصل أو الاستثناء يعتبر الحكم المتنازل عنه منهي للخصومة.

أما إذا تنازل المحكوم له - المطعون ضده - عن الحكم أثناء نظر خصومة الطعن، فتعد هذه الخصومة قائمة إلى أن تقضي المحكمة بانتهائها أو بعدم قبولها دون الحكم في موضوعها، وهنا لا يطبق بشأن المصاريف ما نصت عليه المادة

185 مرافعات. ومن ثم يوجد فراغ تشريعي، والقضاء مستقر⁽¹⁾ على سد هذا الفراغ بتحمل المتنازل عن الحكم للمصاريف قياساً على التارك للخصومة وفقاً للمادة 143 مرافعات. الأمر الذي يمكن معه القول لسد هذا الفراغ التشريعي بإضافة عبارة للمادة 145 مرافعات هي "ويحكم على النازل بالمصاريف متى أدى نزوله إلى إنهاء خصومة الطعن دون الحكم في موضوعها".

وهذه العبارة عبارة عن توصية تضاف إلى النتائج السابقة لتشكل المحصلة الإجمالية لهذه الدراسة.

النص قبل التعديل

مادة 145 - النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به.

النص بعد التعديل

مادة 145 - النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به، ويحكم على النازل بالمصاريف متى أدى نزوله إلى إنهاء خصومة الطعن دون الحكم في موضوعها.

(1) في المحل الذي يرد عليه النزول عن الحقوق انظر: د. جلال العدوي: المقال ص 180 وما بعدها بند 18 وما بعده.

قائمة المراجع

المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1 - المؤلفات العامة:

- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص - الجزء الثاني، 1980، منشأة المعارف.
- د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية 2007، دار المطبوعات الجامعية.
-: التعليق على نصوص قانون المرافعات 1990، منشأة المعارف الطبعة السادسة.
- د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 2011، دار النهضة العربية.
-: التحكيم 2002 دار النهضة العربية.
- د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الكتاب الأول 2016، دار النهضة العربية.

- د. أحمد مسلم: أصول المرافعات 1969، دار الفكر العربي.
- د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات - بدون تاريخ - طبع دار النهضة العربية.
- د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية 2019، دار الجامعة الجديدة.
-: التنفيذ الجبري 2016، دار الجامعة الجديدة.
-: التعليق على قانون المرافعات - الأجزاء 2، 3، 4 - 2008، دار الجامعة الجديدة.
- د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية 1987، الدار الجامعية بيروت.
- د. جلال العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية 1996 منشأة المعارف.
- د. حسام الأهواني: مبادئ القانون 1975، دار النهضة العربية.
- د. رمزي سيف: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية - بدون تاريخ طبع ودار نشر.
- د. طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات 2016، دار الجامعة الجديدة.

- د. عصمت عبد المجيد بكر: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية 2019، دار السنهوري بيروت.

- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2011، الطبعة الثالثة، نهضة مصر.

-: الجزء الأول: مصادر الالتزام - الالتزام بوجه عام
- المجلد الأول والثاني.

-: الجزء الثالث: الأوصاف - الحوالة - الانقضاء.

-: الجزء السابع: العقود الواردة على العمل والمقاوله
والوكالة والوديعة والحراسة.

-: الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية - المجلد الأول
والثاني.

- د. علي أبو عطية هيكل: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية
العُماني 2019، دار أجيال مسقط المجلد الأول والثاني.

-: الوجيز في قانون التحكيم العُماني
2019، دار الجامعة الجديدة.

-: شرح قانون المحاماة العُماني 2020، دار
الجامعة الجديدة.
- د. فتحي والي : المبسوط في قانون القضاء المدني 2017، جزءين - دار
النهضة العربية.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي - ماجد راغب الحلو: الدعاوي الإدارية 2005، دار
الجامعة الجديدة.
- د. محمد حسن قاسم: القانون المدني - الالتزامات - المصادر - العقد، المجلد
الأول 2017، دار الجامعة الجديدة.
- د. محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية 2007، دار الجامعة الجديدة.
-: النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام
2006، دار الجامعة الجديدة.
-: نظرية الحق 1998.
- د. محمود مختار البربري: التحكيم التجاري الدولي 2014، دار النهضة العربية.
- د. نبيل سعد: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - أحكام الالتزام
2020، دار الجامعة الجديدة.

-: المدخل إلى القانون - نظرية الحق
2011، دار الجامعة الجديدة.

- د. نبيل عمر : أصول المرافعات المدنية والتجارية 1986، منشأة المعارف.

- د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني 2001، دار النهضة العربية.

2 - المؤلفات الخاصة:

- د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفع في قانون المرافعات 2012، دار الفكر
العربي.

-: نظرية الأحكام في قانون المرافعات
2012، دار الفكر العربي.

-: الأحكام الصادرة قبل الفصل في
الموضوع في القانون المصري والتشريع المقارن 2007، دار المطبوعات الجامعية.

- د. أحمد السيد صاوي: أثر الأحكام بالنسبة للغير - دار النهضة العربية.

-: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ
المحكوم فيه 1971 - دار النهضة العربية.

- د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - 2000
دار المطبوعات الجامعية.

- د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية 1990 - دار النهضة العربية.

-: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - دار النهضة العربية.

-: مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن - دار النهضة العربية.

- د. أحمد هندي: التحكيم - دراسة إجرائية 2015 دار الجامعة الجديدة.

-: أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق 2005، دار الجامعة الجديدة.

- د. الأنصاري النيداني: الصلح القضائي 2009، دار الجامعة الجديدة.

-: التنازل عن الحق في الدعوى 2005، دار الجامعة الجديدة

-: العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها 2004، دار الجامعة الجديدة.

-: النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض 2002، دار الجامعة الجديدة.

- د. أنور طلبة: بطلان الأحكام وانعدامها 2006، المكتب الجامعي الحديث.
- د. رجب محمد مرعي: الحق الإجرائي - رسالة عين شمس، 2009.
- د. سمير شعبان صالح: حجية الأمر المقضي لأحكام المحكمين - رسالة القاهرة، 2016.
- د. طلعت خاطر: إنقضاء الخصومة بالصلح القضائي 2014، دار الفكر والقانون.
- د. عبد الرزاق السنهوري: التصرف القانوني والواقعة القانونية 1953/1954، مطبعة البرلمان.
- د. علي أبو عطية هيكل: فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف 2019، دار الجامعة الجديدة.
-: دعوى عدم الاعتداد بالحجز 2018، دار الجامعة الجديدة.
-: فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب 2017، دار الجامعة الجديدة.
-: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات 2007، دار المطبوعات الجامعية.

- د. علي الشيخ: الحكم الضمني 1997، دار النهضة العربية.
- د. عيد القصاص: حكم التحكيم - دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن 2007، دار النهضة العربية.
-: التنازل عن الحق في الطعن 1995،
دار النهضة العربية.
- د. فتحي والي: كتابات في القضاء المدني والتحكيم 2015، دار النهضة العربية.
-: نظرية البطلان في قانون المرافعات -
قام بتحديثها د. أحمد ماهر زغلول 1997، الطبعة الثانية - دار النهضة العربية.
- د. محمد السيد رفاعي: التنازل عن الحق الإجرائي - رسالة الزقازيق، 2010.
- د. محمد سعيد عبد الرحمن: تقادم الأحكام القضائية 2015، دار النهضة العربية.
-: نظرية الوضع الظاهر في قانون
المرافعات 2005، دار النهضة العربية.
-: الحكم القضائي 2002، دار النهضة
العربية

-: الحكم الشرطي 1998، دار النهضة العربية

- د. محمد عبد الحميد مكي: التنازل عن الشكوى كسبب خاص لإنقضاء الدعوى الجنائية 2009، دار النهضة العربية.

- د. محمد عبد الخالق عمر: عناصر الدفع بالشئ المقضي به في القانون الإنجليزي - مطبعة دار الكتب بيروت، لبنان.

- د. نبيل سعد: التنازل عن العقد 2017، دار الجامعة الجديدة.

- نبيل عمر : الوسيط في الطعن بالاستئناف 2015، دار الجامعة الجديدة.

-: الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر 2015، دار الجامعة الجديدة

-: الوسيط في الطعن بالنقض 2015، دار الجامعة الجديدة.

- :: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء 2011، دار الجامعة الجديدة

- د. وجدي راغب : نظرية العمل القضائي 1974، منشأة المعارف.

3 - المقالات:

- د. أحمد ماهر زغلول: الأوامر على العرائض وأوامر الأداء في ضوء التعديلات المستحدثة بالقانون 1992/23، مجلة حقوق عين شمس - السنة 36 - العدد الأول - يناير 1994.

- د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستجدات - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - نوفمبر 2017 - العدد الثاني - الجزء الثاني.

- د. جلال العدوي: النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص - مجلة حقوق إسكندرية - السنة 13 - 1964/1963 العددان الثالث والرابع.

- د. عبد الباسط جميعي: الاستئناف المباشر لأوامر الأداء - مجلة حقوق عين شمس - يوليو 1961 - العدد الثالث.

- د. محمد سعيد عبد الرحمن: الرجوع عن الأحكام الباتة - مجلة حقوق إسكندرية - العدد الثاني 2012.

- د. محمود محمد هاشم: استنفاد ولاية القاضي المدني - المحاماة - مايو ويونيو 1981 - السنة 61 - العددان 5، 6.

- د. مصطفى الجمال: مناط الالتزام بالأحكام المدنية - مجلة حقوق إسكندرية -
السنة 16 - العدد الثاني - 1974.

- د. هادي شلوف : دور المشرع الفرنسي في تسهيل إجراءات الطلاق بالتراضي
- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - مايو 2017 - الجزء الأول - العدد
الثاني.

- د. نبيل عمر: تحديد لحظة ثبوت القوة التنفيذية لحكم التحكيم - مجلة
الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة بيروت يناير 2001 - العدد السادس.

- د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم - مجلة حقوق عين شمس -
السنة 18 - يناير 1976 - العدد الأول.

-: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون
المرافعات - مجلة حقوق عين شمس - السنة 15 - يناير 1973 - العدد الأول.

4 - الدوريات ومجموعات الأحكام:

- البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.

- المحاماة - تصدرها نقابة المحامين، القاهرة.

- مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

- مجموعة أحكام النقض - يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية.

- مجموعة أحكام المحكمة العليا - يصدرها المكتب الفني للمحكمة العليا العُمانية.

- مجموعة الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية.

• **مراجع في الشريعة الإسلامية:**

- ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار - 1412هـ، ط 2 ج 3 - دار الفكر بيروت.

- ابن قدامة: المغني - الطبعة الأولى 1405هـ - الأجزاء 6، 8 - دار الفكر بيروت.

- البهوتي: كشف القناع على متن القناع - تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال 1402هـ - الجزء الخامس - دار الفكر بيروت.

- الدردير (أبو البركات أحمد بن العدوي الشهير بالدردير): الشرح الكبير ج 2 - دار الفكر بيروت.

- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - تحقيق محمد عيش - ج 2 - دار الفكر بيروت.

- السرخس: المبسوط - تحقيق خليل محيي الدين الميس - ط 1 - 1421هـ الأجزاء 2، 5، 15 - دار الفكر بيروت.

- القرافي: الفروق مع الهوامش - تحقيق : خليل منصور - دار الكتب العلمية بيروت - 1418هـ - الجزء الثاني.

- الكاساني: بدائع الصنائع - الأجزاء 2، 6، 7.

- د. حسن عبد الفتاح السيد: التنازل عن الحق كوسيلة من وسائل فض النزاع عند تساوي الحقوق وتعارضها - دراسة فقهية معاصرة 2015 - مكتبة الوفاء القانونية.

- الشربيني (شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني) (ت 977هـ): الإقناع في حل ألقاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر بيروت ج 2.

- د. محمد الذحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة 2006، دار الفكر دمشق.

- د. محمد يعقوب الدهلوي: حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها - 1422هـ الطبعة الأولى - دار الفضية - الرياض.

- د. مصطفى الزرقا: شرح القواعد الفقهية - الطبعة الثانية - دار القلم دمشق.
- وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية - دار السلاسل - الكويت - الطبعة الثانية - الأجزاء 1، 3، 4، 18 رابط.

Book<www.llal-Martaba.org.

- د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته - الطبعة الثانية ج 5 - دار الفكر دمشق.

- : فتاوى معاصرة - الطبعة الأولى - 1424هـ - دار الفكر دمشق.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- BENABENT (A.): L'article 16 du nouveau code de procedure civile Dalloz. Chron 1982.
-: Jugement Encyc. Dalloz. Pr. Civ. 1979.
- BORE (J.): Pourvoi en Cassation Ency. Dalloz. 1995.
- BOSQUET (Y.): Jugements avant dire droit Jur. Class. Pr. Civ. 1989. Fasc. 530 et Fasc. 532.

- BOYER: Les effets des jugements à l'égard des Tiers.
R.T.D. Civ. 1951.

- BRETON (A.): Théorie Général de la renunciation aux
droite reels. R.T.D., Civ. 1928.

- CADIET (E.): droit judiciaire prive litée, 1992.

- COUCHEZ (G.): Principes directeurs du process de la
contradiction. Jur. Class. Civ. Fasc. 156, 1973.

- COUCHEZ (G.) et LEBEAU (D.): Voies d'exécution 2013,
II. éd. Sirey.

- FERPAND (F.): Appel rep. dr. pr. Civ. Dalloz , mai 2018,
et appel rep. pr. Civ. Dalloz, mars 1999 N. 245.

- FRICERO (N.): Désistement Jur. Class. Pr. Civ. Fasc.
800 – 40 – 26 oct. 2018.

- GARSONNET, et CEZAR – BRN: Traite Theorique et Civil
et Commercaile 3er éd. T. 3, Sirey. 1913.

- GLASSON (E.) TISSIER (A.) et MOREL (R.): Traite
theaique et Protique d'argarisation Judiciaire de Compétence
et de Procedure Civile. T. 3, 1929.

- HOUTCIEFF (D.): Rénonciation a l'appel. Rep. dr. pr. Civ.
Dalloz. Déc. 2017.

- MAZEAUD (H.) et CHAHAS (F.): Lec'on de droit civil. Tome
II. Volume, l'abligaliws Théorie Générale 9er Della. 2000.

- MEYEPC (P.): Droit de l'arbitrage bruglani brauxelles.
2002.

- NORMAND (J.): Le juge et litige. Thé. L. G.D.J., 1965.

- PETIT (B.): Contracte et abligations. Jur. Class. Dr. civ.
1997, ar. 1001– 1008. Fasc. 1 – 2, N. 45.

- RAYNAUD (R.): Le desisstement d'instance . R.T.D. Civ.
1942.

- SOLUS (H.) et PERROT (R.): Droit judiciaire prive T. I. Introduction Nations fondamenta les organisation judiciaire. éd. 1961.
- STRICKLER (Y.): Désisstement . Cncy. Lape. Dia Dalloz, rép. pr. Civ. 2003.
- VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.): Procédure Civil 23e ed entierement refondur. Dalloz. 1994.
- ZAGHLOUL (A.M.): La jridiction gracieue. Thé Lyon. 1981.

● الدوريات ومجموعات الأحكام:

– Bull. Civ. : Bulletin des arrest des chambers de la cour de cassations française.

D; recueil Dalloz de doctrine de juris prudence le de legislation.

G.P. : Gazette du Palais.

J.C.P.: Jris – Classeur Peridique – Semaine juridique

R.T.D.Civ.: Revue Trimestrielle de droit civil.

S. recueil general des lois et eles arrels sirey.

أبحاث في الاقتصاد والمالية العامة

تقييم أداء قطاع البحث العلمى فى مصر
"دراسة تحليليه خلال الفترة 2005-2020"

**Evaluating The Performance Of Scientific
Research Sector In Egypt "An Analytical
Study during 2005-2020"**

د/ عبير إبراهيم ابو المجد
مدرس الإقتصاد العام بكلية التجارة, جامعة دمنهور

ملخص البحث

يكتسب البحث العلمي أهميته من الدور الفعال الذي لعبه في دفع حركة التنمية في كثير من دول العالم, حيث تعد القاعدة البحثية وما ينشأ عنها من مهارات علمية وابتكارات تكنولوجية من اهم العوامل المعززة للتنمية المستدامة, وهو ما يبرز ضرورة الإهتمام بأنشطة البحث العلمي والتطوير.

وعلى الرغم من جهود الحكومة المصرية خلال العقود الماضية في دعم البحث العلمي والتطوير التكنولوجي, الا أن التقارير الدولية تشير الى تراجع ترتيب مصر التنافسي في العديد من المؤشرات الدولية للبحث العلمي والابتكار.

وإنطلاقاً من هذا السياق وللوقوف على أهم التحديات التي يواجهها القطاع والتي تعيق وتضعف من فاعليته, إستهدف البحث تقييم الوضع الراهن لقطاع البحث العلمي في مصر, وذلك من خلال دراسة وتحليل تطور مؤشرات أداء القطاع خلال الفترة 2005-2020, والتي تضمنت كل من المؤشرات الدولية للبحث العلمي والابتكار ومؤشرات مدخلات ومخرجات القطاع في مصر مقارنة بالمتوسط العالمي وبعض الدول ذات مستوى الدخل المتقارب, وكذلك دراسة وتفنيد أهم الاستراتيجيات والمبادرات المعاصرة التي تم تنفيذها لتطوير القطاع.

وتوصل البحث للعديد من النتائج كان من أهمها:

- محدودية الموارد المخصصة من الموازنة العامة للدولة للانفاق على البحث العلمي والتطوير وعدم الوصول لمتوسط المعدل العالمي, بالإضافة الى أن تلك

المخصصات على ضآلتها يُوجه معظمها نحو الانفاق الجارى دون الاستثمارى

للقطاع مما يؤثر سلبا على نتائج التطوير .

- عدد الباحثون العاملون فى مجال البحث العلمى/مليون شخص فى مصر يُعد

أقل من المعدل السائد فى مجموعة الدول ذات الدخل المماثل .

- التفاوت الكبير فى توزيع مراكز البحوث على النطاق القومى, حيث تستحوذ

محافظة الجيزة والقاهرة على حوالى 80.2% من إجمالى المراكز البحثية, بينما

وحتى عام 2011 خلت الغالبية العظمى من محافظات الوجه القبلى من اى مركز

بحتى.

- ندرة الشراكات الفاعلة بين مؤسسات البحث العلمى والقطاعات الاقتصادية

التي لها علاقة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بالبحث العلمى.

- إنخفاض كفاءة آليات تسويق نتائج البحث العلمى مما يترتب عنه ضعف

مساهمة مخرجات البحث العلمى فى حل مشاكل الانتاج, تحسين نوعية الحياه

والبيئة.

- تعددت وتعاقبت استراتيجيات تطوير البحث العلمى فى مصر ولكن مع قصور

فى التخطيط القطاعى والذى يربط بين الاهداف الاستراتيجية للدولة بصفة عامة

والأهداف الاقتصادية ومنظومة البحث العلمى بصفه خاصة .

وفى ضوء ما تم رصده من مشكلات ومعوقات تواجه قطاع البحث العلمى, ومن

خلال الإطلاع على الأدبيات والدراسات السابقة والدروس المستفادة منها, أُختتم

البحث بعدد من التوصيات التي من شأنها المساهمة في حل مشكلات القطاع, ومن ثم المساهمة في تحسين كفاءته, وقدرته التنافسية.

المقدمة

تؤكد الشواهد في عالم اليوم على أن التقدم الإقتصادي يأتي ثمره التطور العلمي والتكنولوجي, حيث يُعد البحث العلمي في شتى المجالات هو المدخل الحقيقي والصحيح لبناء المجتمعات وتطويرها. ولقد أدركت العديد من الدول هذه الحقيقة منذ زمن، فسخرت إمكاناتها البشرية والمادية لدعم البحث العلمي وفتحت كل القنوات لتسويق منتجاتها البحثية وبراءات الاختراع، مما عزز من قوتها الاقتصادية, ويعكس الإنفاق الاجمالي على البحث العلمي مدى اهتمام أي الدولة بدعم مسيرة العلم والتقدم التكنولوجي والارتقاء بمجالات التنمية.¹

ويوضح الجدول التالي الدول التي تحتل المراكز الاولى في الانفاق على البحث والتطوير كنسبه من الناتج المحلي الاجمالي, حيث تحتل اسرائيل المرتبه الاولى بنسبه إنفاق بلغت 4.94% من الناتج المحلي الاجمالي في عام 2018, وفي المرتبه الثانية كوريا الجنوبية بنسبه 4.53% , ثم تاتي سويسرا في المرتبه الثالثه بنسبه 3.37% وتحتل اليابان المرتبه الخامسه بنسبه انفاق على البحث العلمي 3.28% و في المرتبه التاسعه تاتي الولايات المتحده والصين في المرتبه الرابعه عشر بمعدل انفاق 2.14% من الناتج المحلي. في حين ان نسبة الانفاق على

¹ د/ روضة يوسف أمين, أثر الإنفاق على البحث والتطوير على النمو الإقتصادي في مصر, مجلة الدراسات والبحوث التجارية, جامعة بنها - كلية التجارة, ع2, 2017, ص718-721.

البحث العلمى فى مصر لم تتجاوز 0.72% وجاءت فى المركز التاسع والاربعين

1.

جدول 1- قائمة الدول الأوائل من حيث الانفاق على البحث العلمى والتطوير كنسبه من الناتج المحلى

الاجمالى عام 2018

الترتيب	.1	.2	.3	.4	.5	.6	.7	.8	.9	10	11	12	13	14	15			
الدولة	إسرائيل	الجزيرة	كوريا	سويسرا	السويد	اليابان	النمسا	المانيا	البنما	الجمهورية	المتحدة	الولايات	بلجيكا	فنلندا	فرنسا	هولندا	الصين	الترويج
الانفاق على البحث العلمى والتطوير/الناتج المحلى الاجمالى.	4.9 %4	4.5 %3	3.3 %7	3.3 %1	3.3 %1	3.2 %8	3.2 %1	3.1 %3	3.0 %3	2.8 %3	2.7 %7	2.7 %6	2.1 %9	2.1 %6	2.1 %4	2.0 %7		

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , Research and development expenditure (%of GDP).<https://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

وعلى المستوى المحلى, تعددت المبادرات والاستراتيجيات التى قامت بها الحكومه المصريه من بدايه تسعينيات القرن العشرين وحتى الان لتطوير قطاع البحث العلمى, وتبلور إهتمام الدولة من خلال استراتيجية 2030, حيث تضمنت الاستراتيجية عشر محاور, يمثل الابتكار والبحث العلمى المحور الثالث بالاستراتيجية. كما ضاعفت وزارة التعليم العالى والبحث العلمى جهدها منذ انطلاق

¹ The World Bank, Data Bank Micro data , Research and development expenditure (%of GDP)

<https://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

إستراتيجية التنمية المستدامة فى إتجاه مسارين, الاول: تهيئة بيئة محفزة وداعمة للتميز والابتكار فى البحث العلمى، والثانى : إنتاج المعرفة ونقل وتوطين التكنولوجيا للمساهمة فى التنمية الاقتصادية والمجتمعية.¹

وفى إطار دور التشريعات فى تهيئة البيئة الداعمة للعلوم والتكنولوجيا, تضمن دستور 2014 العديد من المواد القانونية المنظمة للبحث العلمى فى مصر.²

وعلى الرغم من كل الجهود المبذولة خلال العقود الماضيه من الحكومة المصرية, الا أن تلك الجهود والمبادرات والاستراتيجيات المتتبعه لم تُحدث تطور ملحوظ فى أداء القطاع، بل شهدت الفتره 2005-2020 تراجع ترتيب مصر التنافسى فى معظم المؤشرات الدوليه للبحث العلمى والابتكار.

¹ وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية - إستراتيجية التنمية المستدامة 2030- رؤية مصر 2030, 2016, ص 88-92 <https://enow.gov.eg/Report/Vision-Ar.pdf>

"إن إستراتيجية التنمية المستدامة " رؤية مصر 2030 "تركز على مفهوم التنمية المستدامة بأبعادها الأساسية الثلاثة: البعد الإقتصادى والبعد الإجتماعى والبعد البيئى . ويتضمن البعد الإقتصادى محاور التنمية الإقتصادية والطاقة والعلوم والتكنولوجيا والإبتكار والشفافية وكفاءة المؤسسات الحكومية بحيث يهدف أن يكون المجتمع المصرى مجتمعا مبدعا ومبتكرا ومنتجا للعلوم والتكنولوجيا والمعارف "

² وثيقة الدستور المصرى, 2014

https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=ar

مشكلة البحث

على الرغم من جهود الحكومة المصرية خلال العقود الماضية في دعم البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، إلا أن البيانات الرسمية تشير إلى تدهور ترتيب مصر التنافسي في العديد من المؤشرات الدولية للبحث العلمي والإبتكار، حيث تراجع ترتيب مصر التنافسي في مؤشر المنتدى الإقتصادي العالمي للتنافسية الدولية للبحث العلمي والابتكار، وكان من أهم نقاط الضعف التي أشارت إليها التقارير خلال الفترة 2005-2019، هي ضعف السوق وعدم استغلال القوى البشرية، وتدهور النظم التعليمية.¹

كذلك تراجع ترتيب مصر التنافسي في مؤشر البحث العلمي والابتكار للمنظمة العالمية للملكية الفكرية خلال الفترة 2011-2018، بينما حدث تحسن طفيف خلال الفترة 2018-2020، ولكن ما زالت هناك فجوة كبيرة بين المحقق حاليا والمستهدف تحقيقه وفقا لرؤية مصر 2030.²

أما مؤشر المعرفة العالمي فقد أوضح ان مصر أحرزت تقدم ملحوظ في ترتيبها التنافسي الدولي، و أنها تتمتع بأداء جيد في مدخلات التعليم العالي، إلا أن ترتيبها لا يزال متأخرا مقارنة بغيرها من الدول العربية، كذلك يوضح المؤشر أن هناك ثمة

¹ World Economic Forum: The Global Competitiveness Report ,2005-2018

² World Intellectual Property Organization(WIPO), Global Innovation Index.

<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4560&plang=AR>

تحديات تواجه مصر في نسبة الطلاب الملتحقين ببرامج مهنية وتقنية، وإنخفاض نسبة خريجي برامج العلوم والتكنولوجيا والهندسة والرياضيات في التعليم العالي.¹ كما أن الجامعات المصرية تحتل مراكز متأخرة في الترتيب العالمي للجامعات، وذلك سواء لتصنيف ويب ماتريكس، أو تصنيف شنغهاي.² كما تشير البيانات الرسمية الى انه يغلب على هيكل القطاع الصناعي المصري الصناعات ذات المحتوى التكنولوجي المنخفض، حيث ان نسبة الصادرات ذات المحتوى التكنولوجي متدنية ولم تتجاوز 2.4% من إجمالي الصادرات الصناعية المصرية في عام 2019.³

¹ مؤشر المعرفة العالمي، المكتب الاقليمي للدول العربية (برنامج الامم المتحدة الانمائي)، مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم، 2018-2020.

<http://www.knowledge4all.org/ar/gki>

² Shanghai Ranking, Academic Ranking of World Universities, 2014-2020 <http://www.shanghairanking.com/rankings/arwu/2020>

- Webometrics Ranking, Academic Ranking of World Universities, 2014-2020

<https://www.webometrics.info/en/Africa/Egypt>

³ The World Bank, Data Bank Micro data. High-technology exports (% of manufactured exports).

<https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.MF.ZS?view=chart>

وتؤكد دلائل المؤشرات السابقة ان قطاع البحث العلمى يواجه مشكلات وتحديات تحول دون اداء القطاع لرسالته فى ظل عصر العولمة, ومن ثم أهمية بذل المزيد من الجهود لتحسين اوضاع البحث العلمى وبناء قاعدة علمية قوية قادرة على إنتاج المعرفة وتحسين ترتيب مصر العلمى الدولى, وللحاق بركب الدول المتقدمة.

وفى ضوء ما سبق تتبلور مشكلة البحث حول التساؤل الرئيسى التالى:

ماهى أهم المشكلات والمعوقات التى تواجه قطاع البحث العلمى فى مصر, وينبثق من ذلك التساؤل عدد من التساؤلات الفرعية وهى :

– كيف تطورت مؤشرات أداء قطاع البحث العلمى فى مصر مقارنة بالوضع العالمى خلال الفترة 2005-2020.

– ماهى أهم إيجابيات وسلبيات الجهود المصرىة المعاصره فى تطوير قطاع البحث العلمى ؟

– ما هى أهم الاليات والسياسات التى من شأنها تحسين اداء القطاع وتصحيح وضعه التنافسى ؟

هدف البحث

يُعد البحث العلمى والتطوير التكنولوجى من أهم العوامل المعززة للتنمية المستدامة, وهو ما يبرز ضرورة الاهتمام بانشطة البحث والتطوير .

وانطلاقا من ذلك يهدف البحث الى:

- دراسة وتحليل واقع قطاع البحث العلمى والوقوف على اهم المشكلات والتحديات التى يواجهها.

- دراسة وتقييم الجهود المصرية المعاصرة فى تطوير البحث العلمى.
- إقتراح حزمة من الآليات والسياسات التصحيحية التى من شأنها تحسين اداء القطاع وتصحيح وضعه التنافسى.

منهجية ومصادر البحث

اعتمد البحث بصفة أساسية على البيانات الثانوية المنشورة والتقارير الصادرة عن الجهات والوزارات المعنية بموضوع البحث، كالجهاز المركزى للتعبئة العامة والإحصاء، وزارة المالية، وزارة التعليم العالى والبحث العلمى، وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية، البنك الدولى، المنتدى الإقتصادى العالمى للتنافسية الدولية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، بالإضافة إلى البحوث والدراسات السابقة ذات الصلة. واستند البحث الى أسلوب التحليل الوصفى والكمى فى تحليل البيانات والمؤشرات الرسميه لأداء القطاع خلال الفترة 2005-2020، وكذلك فى تقييم المبادرات والاستراتيجيات المصرية المعاصرة فى تطوير قطاع البحث العلمى. وفى ضوء ذلك تم طرح عدد من المقترحات التى من شأنها المساهمة فى رفع كفاءة وتطوير أداء القطاع فى مصر.

حدود الدراسة

إقتصرت حدود الدراسة على تحليل إستراتيجيات ومؤشرات البحث العلمى والتطوير التكنولوجى خلال الفترة الزمنية 2005-2020. حيث تضمنت تلك الفترة العديد من المبادرات والاستراتيجيات التى قامت بها الحكومه المصريه لتطوير القطاع.

خطة البحث

اشتمل البحث على ثلاثة مباحث, حيث تناول المبحث الأول الإطار النظرى حول المفاهيم الاساسية المتعلقة بالبحث العلمى والتطوير التكنولوجى والدورالحيوى للبحث العلمى والتطوير فى تحقيق التنمية المستدامة. واستعرض المبحث الثانى واقع البحث العلمى, وذلك من خلال دراسة وتحليل المؤشرات الرئيسيه المرتبطه باداء القطاع فى مصر مقارنة بالعديد من دول العالم خلال الفترة 2005-2020. والتى امكن من خلالها الوقوف على أهم المشكلات والتحديات التى يواجهها القطاع, اما المبحث الثالث تناول دراسته وتقييم أهم الجهود المصريه المعاصره فى تطويرقطاع البحث العلمى. ثم اختتم البحث بعدد من التوصيات التى من شأنها تحسين اداء القطاع وتصحيح وضعه التنافسى.

المبحث الأول

مفهوم واهمية البحث العلمى والتطوير التكنولوجى

يتناول البحث فيما يلى؛ الإطار النظرى حول المفاهيم الاساسية المتعلقة بالبحث العلمى والتطوير التكنولوجى ودورهم الحيوى فى تحقيق التنمية المستدامة.

اولا - مفهوم البحث العلمى والتطور التكنولوجى

تتعدد تعريفات البحث العلمى والتطوير بتعدد مجالاته وتعدد الكتابات فى ذلك الموضوع :

حيث يُعرف البحث العلمى اصطلاحياً بأنه: "مجموعة من الإجراءات النظامية التي ينتهجها الباحث أو الدارس؛ من أجل التعرف على جميع الجوانب المتعلقة بموضوع أو إشكالية علمية، والهدف النهائي هو حل تلك المشكلة، أما التطوير هو التطبيق المنهجي للمعرفة الموجه نحو انتاج مواد, منتجات, اساليب جديدة لتلبية متطلبات محددة, اى ان التطوير هو نقل نتائج البحوث التطبيقية الى الواقع العملى.¹

كما يعرفه البعض بأنه التحرى عن حقيقة الظواهر عن طريق التقصى الشامل والدقيق لجميع الشواهد التي يمكن التحقق منها والتي تتعلق بمشكلة محددة, بهدف المساعدة فى حل المشكلات بالاساليب العلمية واكتشاف معرفة جديدة على أمل أن

¹ د/ جابر جاد نصار, أصول وفنون البحث العلمى (الطبعة الثالثة), دار النهضة العربية, القاهرة, 2005, ص 12.

تكون هذه المعرفة مفيدة في تطوير منتج أو خدمة جديدة أو إحداث تحسين كبير لمنتج أو عملية قائمة.¹

كما تعرف منظمة اليونسكو البحث العلمي والتطوير بأنه نشاط يقوم به الباحث من خلال محاولات منتظمة يراد منها دراسة الظواهر القابلة للملاحظة بموضوعية والتي تهدف الى الإكتشاف ومعرفة الأسباب والفهم الكامل لها.²

كما ذهب البعض الى تعريف البحث العلمي بأنه: العمل المنظم لزيادة حجم المعرفة والذي يتضمن المعرفة بسلوك وتطورات العلم المادى والبشرى وكذلك الثقافى والمجتمعى, وتشكيل طرق جديدة لاستخدام الحجم المتنامى للمعرفة فى كافة المجالات واستخدام هذه المعارف لابتكار ممارسات عملية جديدة لتحسين المواد والمنتجات او الأجهزة والعمليات والأنظمة والخدمات او ايجاد حلول للمشاكل.³

¹ محمود أحمد محمود , البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ٢٠٠٦، ص 13-16.

² United Nations Educational, Science and Cultural Organization, Unesco Institute Statistics: Research and experimental development (R&D), Definition.

<http://uis.unesco.org/en/glossary-term/research-and-experimental-development-rd>

³ Report of publicly Funded R&D and Economic Development in Northern Ireland, No 133 , December 1999, p.8

كما عرفت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) البحث العلمى والتطوير التكنولوجى بأنه اعمال الفكر وبذل الجهد الذهنى المنظم حول مجموعة من المسائل أو القضايا بالتفتيش والتقصى عن المبادئ او العلاقات التى ترتبط بينهما، واكتشاف معلومات جديدة من اجل زيادة المعرفة العلمية والتقنية، مع مراعاة خطوات المنهج العلمى فى إختيار الطرق والادوات اللازمة للبحث وجمع البيانات، واستخدام هذا المخزون من المعرفة لابتكار تطبيقات جديدة.¹

كما عرفت مؤسسة العلوم الوطنيه (NSF) البحث العلمى والتطوير بأنه منهجية مكثفة وموجه نحو معرفه اكمل لموضوع الدراسة والاستخدام المنظم لهذه المعرفة لانتاج التطبيقات والمواد المفيدة.²

ويمكن تقسيم أنشطة البحث والتطوير الى ثلاثة أنواع رئيسية هى :³

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Frascati Manual: Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, Chapter 2: Concepts and definitions for identifying R&D, 2015, pp44-45.

<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264239012-en.pdf?expires=1640518320&id=id&accname=guest&checksum=1BD8C159BA35E786B97BAEE34085A1C3>

² National Science Foundation (NSF), Definitions of Research and Development: An Annotated Compilation of Official Sources, 2018, P2 <https://www.nsf.gov/statistics/randdef/rd-definitions.pdf>

³ مجلس الوزراء - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار: البحث العلمى فى مصر هل يكفل التقدم المنشود، تقرير السنة الخامسة، العدد 59 ، نوفمبر 2011 ، ص3- 10

- البحث الأساسي: هو البحث النظري الذي تم القيام به في المقام الأول لاكتساب معرفة جديدة مثال الأسس الكامنة وراء الظواهر والحقائق التي يمكن ملاحظتها واختبار الفرضيات، دون أي تطبيق محدد.
- البحث التطبيقي: هو جمع للمعلومات وتقصى للحقائق من أجل اكتساب معرفة جديدة موجهة في المقام الأول نحو هدف عملي محدد، كالأبحاث والتجارب في مجال الفيزياء والكيمياء والهندسة والطب.
- البحث والتطوير التجريبي هو العمل المنهجي المنظم بالاعتماد على المعرفة المكتسبة من البحث والتجريب العملي وإنتاج معرفة إضافية موجهة لإنتاج منتجات أو عمليات جديدة أو لتحسين المنتجات أو العمليات الحالية.

خلاصه ما سبق : بالرغم من تعدد التعريفات المتداولة عن البحث العلمي والتطوير إلا أنها اتفقت جميعا في أن الهدف من البحث العلمي والتطوير هو التعرف على حقيقه الظواهر والمشكلات باتباع طرق منظمة ومحددة للبحث والسعى الى تطوير المعارف العلمية واستخدام تلك المعارف في تصميم منتجات (سلع وخدمات) جديدة ذات جدوى.

أما منظومة البحث العلمي فيمكن تعريفها بانها: مجموعة من المؤسسات والتنظيمات التي تعمل سويا لتحقيق مخرجات تستهدف تلبية احتياجات المجتمع

- د/ محمد رشيد الفيل، البحث والتطوير والابتكار العلمي في الوطن العربي في مواجهة التحدي التكنولوجي والهجرة المعاكسة، دار مجدلاوى للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، 2000، ص 35-

من المعارف والخدمات العلمية والتكنولوجية باستخدام المدخلات اللازمة من إمكانات مادية وقوى بشرية ومعلومات تكنولوجية.¹

ثانياً- دور البحث العلمى والتطوير فى تحقيق التنمية المستدامة

على المستوى الدولى، ظهر مصطلح "التنمية المستدامة" لأول مرة فى منشور أصدره الاتحاد الدولى للحفاظ على البيئة (IUCN) سنة 1980²، كما أُعيد استخدامه فى تقرير "مستقبلنا المشترك" المعروف باسم "تقرير برونتلاند" الذى صدر 1987 عن اللجنة العالمية للبيئة والتنمية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وقد عرف التقرير التنمية المستدامة بأنها "التنمية التى تستجيب لاحتياجات الحاضر دون أن تُعرض للخطر قدرة الأجيال القادمة على تلبية احتياجاتها". ويركز هذا التعريف ضمناً على فكرتين هما: فكرة الاحتياجات، وخصوصاً الاحتياجات الأساسية للفئات الاجتماعية الأكثر فقراً، وفكرة محدودية قدرة البيئة على الاستجابة

¹ د/ محمد ضياء الدين زاهر وآخرون، منظومة البحث العلمى بمراكز البحث فى الجامعات المصرية"الواقع والمأمول"، مجلة كلية التربية ببنها، ع105، ج 1، 2016، ص278.

- د/ أشرف العربى وآخرون، حول بيئته جاذبة لرأسمال البشرى فى ظل إقتصاد المعرفة، مركز دراسات وبحوث الدول النامية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة، 2006، ص 36-39.

² The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Conservation for Sustainable Development report, 1980, PP32-35.

<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCS-004.pdf>

للاحتياجات الحالية والمستقبلية في ظل أنماط الإنتاج والاستهلاك السائدة والتقنيات المتوفرة.¹

كما تعرف التنمية المستدامة (Sustainable Development) بأنها: التنمية التي تُلبّي احتياجات البشر في الوقت الحالي دون المساس بقدرة الأجيال القادمة على تحقيق أهدافها، وتركز على النمو الاقتصادي المتكامل المستدام والإشراف البيئي والمسؤولية الاجتماعية. فالتنمية المستدامة هي عملية تطوير الأرض والمدن والمجتمعات، وكذلك الأعمال التجارية بشرط أن تلبي احتياجات الحاضر بدون المساس بقدرة الأجيال القادمة على تلبية احتياجاتها.²

وتعرف منظمة الأغذية والزراعة (الفاو) التنمية المستدامة بأنها: هي إدارة وحماية قاعدة الموارد الطبيعية وتوجيه التغيير التقني والمؤسسي بطريقة تضمن تحقيق واستمرار إرضاء الحاجات البشرية للأجيال الحالية والمستقبلية. حيث ان التنمية المستدامة (في الزراعة والغابات والمصادر السمكية) تحمي الأرض والمياه

¹ The World Commission on Environment and Development(WCED): Our Common Future, Brundtland report,1987

² United Nations Development Programme ,Sustainable Development Goals, Historic New Sustainable Development Agenda Unanimously Adopted by 193 UN Members.

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/09/historic-new-sustainable-development-agenda-unanimously-adopted-by-193-un-members/>

والمصادر الوراثية النباتية والحيوانية ولا تضر بالبيئة وتتسم بأنها ملائمة من الناحية الفنية, الاقتصادية والاجتماعية.¹

ومن التعريفات السابقة يتضح لنا أن التنمية المستدامة هي مفهوم شامل يرتبط تحقيقه بأربع أبعاد رئيسية هي :

1- **البعد البيئي** : تهدف التنمية المستدامة إلى حماية الموارد الطبيعية والاستخدام الامثل للاراضى الزراعية والموارد المائية, والتوفيق بين التنمية الاقتصادية والمحافظة على البيئة مع مراعاة حقوق الأجيال القادمة في الموارد الطبيعية خاصة الناضبة منها.

2- **البعد الاقتصادي**: حيث تهدف التنمية المستدامة بالنسبة للبلدان المتقدمة إلى التخفيض المستمر فى استهلاك الطاقة والموارد الطبيعية, اما بالنسبة للدول النامية تعنى الاستدامة الاقتصادية توظيف الموارد بما يؤدي الى رفع مستوى المعيشه والحد من الفقر.

3- **البعد الاجتماعي**: إنّ عملية التنمية المستدامة تتضمن تنمية بشرية تهدف إلى تحسين مستوى الرعاية الصحية والتعليم، فضلاً عن عنصر المشاركة بحيث يشارك الناس في صنع القرارات التنموية التي تؤثر في حياتهم، بالإضافة الى ضرورة تحقيق العدالة أو الإنصاف والمساواة.

¹ The Food and Agriculture Organization (United Nations) FAO, Sustainable agriculture and rural development,

<http://www.fao.org/3/u8480e/u8480e0l.htm>

4- **البعد التكنولوجي:** تستهدف التنمية المستدامة تحقيق تحولاً سريعاً في القاعدة التكنولوجية للمجتمعات الصناعية إلى التكنولوجيا النظيفة التي تستخدم موارد أقل وينتج عنها الحد الأدنى من الغازات والانبعاثات الملوثة للبيئة، كذلك تهدف إلى تحول تكنولوجي في البلدان النامية الآخذة في التصنيع، لتفادي تكرار أخطاء التنمية، وتفادي التلوث البيئي الذي تسببت فيه الدول الصناعية، ويشكل التحسن التكنولوجي الذي تستهدفه التنمية المستدامة، وسيلة هامة للتوفيق بين أهداف التنمية والقيود التي تفرضها البيئة، بحيث لا تتحقق التنمية على حساب البيئة.

ومن ثم يعد البحث العلمي والتطور التكنولوجي بعد أساسي في تحقيق أهداف التنمية المستدامة بشكل عام، حيث ان أنشطة البحث والتطوير وما ينشأ عنها من مهارات علمية وابتكارات تكنولوجية من اهم العوامل المعززة للتنمية المستدامة. وهذا ما اكدت عليه العديد من الدراسات العلمية، والتي أشارت الى ان مساهمه القطاعات الاقتصادية في النشاط الاقتصادي ترتفع بشكل اكبر من خلال ربط مخرجات البحث العلمي والابتكار باحتياجات تلك القطاعات، كما ان رفع جودة الخدمات العامة في كافة القطاعات مثل مياه الشرب، الزراعة، الاسكان، الطاقة،

الصحة، التعليم، يعتمد بشكل كبير على البحث والعلمى والتطوير التكنولوجى فى تلك القطاعات.¹

¹ د / نادر مبارك مطلق فهد العدوانى، دور البحث العلمى فى تحقيق التنمية المستدامة فى الكويت دراسة مقارنة، مجلة الدراسات التجارية المعاصرة، كلية التجارة-جامعة كفر الشيخ، المجلد السابع . العدد الحادى عشر الجزء الثانى، يناير 2021، ص 561- 587.

- د/ ابتسام على حسين وآخرون، دور البحث العلمى والابتكار المعرفى فى تحقيق النمو الاقتصادى المستدام تجارب دولية مختارة، مجلة التنمية الاقتصادية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادى- العراق، ع1، ج6، 2021، ص37-39 .

- د/ هيثم محمد عبد القادر، دور البحث العلمى فى زيادة الإنتاجية الكلية وإنعكاسها على التقدم الإقتصادى للدولة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، ج104، ع510، 2013، ص384-395.

المبحث الثانى

مؤشرات البحث العلمى والابتكار فى مصر وأهم التحديات التى يواجهها

فيما يلى دراسة وتحليل لواقع البحث العلمى فى مصر خلال الفترة 2005-2020، وذلك من خلال دراسة وتحليل المؤشرات الرئيسيه المرتبطه بأداء القطاع والتى يمكن تقسيمها الى ¹ :

- مؤشرات البحث العلمى والابتكار الدولية.
- مؤشرات مدخلات البحث العلمى والابتكار.
- مؤشرات مخرجات البحث العلمى والابتكار .

¹ المؤشرات : هى قياسات كمية أو نوعية تستند إلى الإحصائيات التي تسمح بالحكم القيمي حول السمات الرئيسية لعمل نظم البحث العلمى، كما يمكن استخدامها في أغراض المقارنة عبر الزمن أو بين المناطق وبين الدول.

ومن ثم يمكن حصر وظيفة المؤشرات في غرضين رئيسيين أولهما :وصف الوضع الحالى للمنظومة وكيفية اشتغالها، ومردودها، والتغيرات التي يمكن أن تطرأ عليها، بقصد التقييم والمتابعة والمراقبة والتعديل، أو بقصد إجراء مقارنات محلية وإقليمية ودولية، وثانيهما :استشراف المستقبل، بقصد التنبؤ بتطور الأداء مستقبلاً، وإجراء إسقاطات من شأنها أن تنير القرار حول اتجاهات التطوير، وتساعد على مواجهة المستجدات والمتطلبات المحتملة.

المطلب الأول

دراسة وتحليل لمؤشرات البحث العلمي والابتكار الدولية لمصر

فيما يلي عدد من مؤشرات البحث والتطوير الدولية والتي تتيح فرصة المقارنه بين ترتيب مصر وغيرها من الدول على مستوى العالم, ومن ضمن تلك المؤشرات؛ مؤشر الابتكار العالمي وتقارير التنافسية العالمية وهما من المؤشرات المركبة التي تتكون من مجموعة من المؤشرات الفرعية, وكذلك مؤشرالتصنيف العالمي للجامعات, ومؤشر المعرفة العالمي .

اولا- تطور مؤشر المنتدى الإقتصادي العالمي للتنافسية الدولية للبحث العلمي والابتكار لمصر

يعتبر التقرير العالمي للتنافسية هو أهم إصدار للمنتدى الإقتصادي العالمي ويضم تقييم مفصل ومقارن لتنافسية دول العالم المختلفة. وعلى مدار السنوات السابقة تم تطوير المنهجية المتبعة لقياس القدرة التنافسية للدول الى يضمها التقرير وبما يعكس جميع العوامل المؤثرة على إنتاجية مختلف الدول التي يتم دراستها.¹

¹ يصدر تقرير التنافسيه العالمي عن المنتدى الإقتصادي الدولي منذ 1979والذى يقوم على دراسة تنافسية الدول والعوامل التي تؤثر فى التنمية الإقتصادية المستدامه, اذ يقوم المنتدى سنويا بإصدار تقرير التنافسية العالمي والذى يعد أداه هامه لصانعى القرار فى تلك الدول عند رسم السياسات الإقتصادية كما يعد التقرير مؤشرا هاما للإنتاجية الكليه التي تتمتع بها الدول, إذ يفترض التقرير أن الإقتصاد الذى يتمتع بتنافسية عالية يكون قادراً على توليد دخل أعلى لمواطنى تلك الدوله ومعدل نمو إقتصادي أسرع, وتوسع التقرير فى عدد الدول التي يقوم بدراستها الى أن وصل عدد الدول محل الدراسة 141 دوله عام 2020/2019 .

ويضم المؤشر كلاً من العوامل الإقتصادية الكلية والجزئية والتي تعتبر أساساً لما يعرف بالاثنتي عشرة ركيزة للتنافسية. وقد ركز مؤشر التنافسية العالمية في البداية على تسع ركائز وهي : المؤسسات، البنية التحتية، الإقتصاد الكلي، الصحة والتعليم الأساسي، التعليم العالي والتدريب، كفاءة سوق العمل، درجة الإستعداد التقني، حجم السوق، وأخيراً الإبداع والإبتكار. وفي تقرير عام 2008/2007 تم إضافة ثلاث ركائز أخرى ليصبح عددهم اثنتي عشرة ركيزة، كل ركيزة مقسمة إلى عدد من المتغيرات ليصل مجموعهم إلى (164) متغيراً يكونون معاً مؤشر التنافسية العالمية المستدامة (GCI).¹

يقيس التقرير تنافسيه الدول من خلال 12 محور (ركيزة) تضم 103 مؤشر فرعي. وتترابط هذه الركائز المحاور فيما بينها، فكل ركيزة تقود إلى تعزيز الركيزة الأخرى، ويعتمد التقييم بنسبة 70% من وزن التقرير على البيانات والإحصاءات الصادرة عن الدول المدرجة في التقرير و30% المتبقية تأتي من نتائج استطلاعات الرأي واستبيانات التنفيذيين وكبار المستثمرين في تلك الدول.

World Economic Forum; The Global Competitiveness Report 2008–2009, World Economic Forum, Geneva, 2008, P 3.

¹ ميز تقرير التنافسية للمنتدى الإقتصادي الدولي لسنة 2000 بين التنافسية الجارية ومؤشرها CCI, وبين التنافسيه المستدامه ودليلها GCI وتركز الأولى على مناخ الأعمال وعمليات المؤسسات وإستراتيجياته، وتحتوى على عناصر مثل التكلفة، النوعية، والحصة من السوق ... أما التنافسيه المستدامه تركز على الإبداع التكنولوجي، رأس المال البشرى والفكرى ويحتوى على عناصر مثل التعليم ورأسمال البشرى والإنتاجية ومؤسسات البحث والتطوير والطاقة الإبداعية والوضع المؤسسى وقوى السوق، ولذلك يعد المؤشر الثانى أكثر شموليه من نظيره .

وفيما يلي دراسة وتحليل لتطور مؤشرات تنافسية البحث العلمى والتطوير فى مصر خلال الفترة 2005-2020.

يوضح الجدولين (2, 3) ان مصر احتلت المركز (52) من بين دوله 117 يشملهم التقرير لعام 2005, واحتلت المركز (81) من بين دوله 139 يشملهم التقرير لعام 2010, واستمر تراجع الترتيب التنافسى, فقد تراجع المركز التنافسى لمصر (13) مركز فى عام 2011 مقارنة بعام 2010 لتحتل المركز (94) واستمر التراجع حيث احتلت مصر المرتبة (116) من بين 140 دولة يشملهم التقرير لعام 2015, وكان من اهم نقاط الضعف التى اشارت اليها التقارير خلال تلك الفتره هى ضعف السوق وعدم استغلال القوى البشرية, وتدهو النظم التعليمية, بالاضافه الى حاله التوتر السياسى التى مرت بها البلاد خلال فتره الربيع العربى, حيث تراجع مؤشر الوضع الامنى, اتساع العجز المالى, وإستمرار الضغوط التضخمية. وجدير بالملاحظة أن مصر تراجعت مركزا واحدًا إلى المركز (119) فى عام 2014.

جدول 2- ترتيب مصر التنافسي بمؤشرات البحث العلمي والابتكار خلال الفترة (2005-2017)

(2017)

المؤشرات الفرعية للقدرة على الابتكار					الابتكار		الإستعداد التكنولوجي		المؤشر العام		البيان السنوات
مشتريات الحكومة للتكنولوجيا المتقدمة	التعاون البحثي بين الجامعات والصناعة	إنفاق الشركات على البحث والتطوير	جودة المؤسسات البحثية	القدرة على الابتكار	النقاط/7	الترتيب	النقاط/7	الترتيب	النقاط/7	الترتيب	
الترتيب	الترتيب	الترتيب	الترتيب	الترتيب	النقاط/7	الترتيب	النقاط/7	الترتيب	النقاط/7	الترتيب	
-	-	-	-	-	-	-	3.36	58	3.96	117/52	2005
83	-	98	-	84	3.0	82	3.00	79	4.07	122/71	2006
-	-	81	-	84	303	74	3.02	81	3.96	131/77	2007
57	79	57	96	85	3.15	67	3.04	84	3.98	134/81	2008
72	96	54	101	96	3.03	74	3.35	82	4.04	133/70	2009
86	120	74	110	109	2.97	83	3.32	87	4.00	139/81	2010
104	128	106	113	83	2.84	103	3.31	95	3.88	142/94	2011
95	128	116	114	80	2.84	109	3.43	91	3.73	144/107	2012
116	133	123	127	111	2.79	120	3.21	100	3.63	148/118	2013
113	133	133	135	132	2.65	124	3.21	95	3.60	144/119	2014
80	132	133	128	133	2.75	120	3.19	98	3.66	140/116	2015
72	137	133	128	135	2.75	122	3.26	99	3.67	138/115	2016
61	117	103	121	123	2.9	109	3.5	94	3.90	137/100	2017

Source: World Economic Forum: The Global Competitiveness Report ,, 2005-

2017

* لاحظ ان تلك المؤشرات تم ادخالها ورصدها بتقارير التنافسيه الدولي بدءا من عام 2008-2009

جدول 3- ترتيب مصر التنافسي بمؤشرات البحث العلمى والابتكار خلال الفتره (2018-
(2019)

المؤشرات الفرعية للقدرة على الابتكار						القدرة على الابتكار		المؤشر العام		البيان
البحث والتطوير	نمو الشركات المبتكرة	جودة المؤسسات البحثية	الانفاق على البحث والتطوير كنسبة من الناتج المحلى الاجمالى	الابحاث العلمية المنشورة	الاختراعات الدولية المشتركة	النقاط	الترتيب	النقاط-0	الترتيب	
الترتيب	الترتيب	الترتيب	الترتيب	الترتيب	الترتيب	7-0		100		
-	53	86	50	49	88	-	64	53.6	140/94	2018
60	29	85	53	48	89	-	61	54.5	141/93	2019

Source: World Economic Forum: The Global Competitiveness Report ,, 2018, 2019.

وشهد المركز التنافسي لمصر تحسن تدريجى خلال الفتره من 2015 الى 2019, حيث احتلت المرتبه (116, 115, 100, 94, 93) على التوالى فى عام 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 على التوالى. ويعكس بدء تحسن الوضع التنافسي لمصر فى عام 2015 تحسن فى المركز التنافسي لاداء مؤسسات الدولة, تحسن فى بيئه الاقتصاد الكلى وكذلك تطوير الاسواق المالىه وخفض دعم الطاقة والاصلاحات الضريبية وبيئه اعمال و مزيد من الاستقرار السياسى.¹

¹ World Economic Forum: The global competitiveness report 2005-2019.

وفيما يتعلق بمؤشرات تنافسيه الاستعداد التكنولوجي والابتكار. فكما هو موضح بالجدولين (2, 3), شهدت الفترة من 2006-2013 تدهور في المؤشر فقد تراجع ترتيب مصر من المركز (79) في عام 2006 الى المركز (100) في عام 2013, الا ان الفترة من 2013-2017 شهدت تحسن نسبي, من المركز (100) في 2013 الى (94) في 2017.

اما بالنسبة لمؤشر الابتكار وما يتضمنه من مؤشرات فرعية فقد شهدت الفترة 2006-2013 ايضا تدهور مركز مصر التنافسي لذلك المؤشر فقد تراجع ترتيب مصر التنافسي بمؤشر الابتكار من (82) عام 2006 الى (120) عام 2013, كما تراجع المؤشر الفرعي جودة المؤسسات البحثية من المركز (96) عام 2008 الى (127) عام 2013, وتراجع مؤشر انفاق الشركات على البحث والتطوير من المركز (98) عام 2006 الى المركز (123) عام 2013, اما بالنسبة للتعاون البحثي بين الجامعات والقطاع الصناعي فقد شهد ذلك المؤشر تدهور كبير فقد تراجع الترتيب التنافسي من (79) عام 2008 الى (133) عام 2013.

الا ان الفترة 2013-2019 شهدت تحسن المراكز التنافسية لتلك المؤشرات , حيث تقدم المركز التنافسي لمؤشر الابتكار من المركز (120) عام 2013 الى المركز (109) عام 2017 ثم المركز (61) عام 2019, كما تحسنت المؤشرات الفرعية لمؤشر الابتكار, فقد تحسن ترتيب المؤشر الفرعي جودة المؤسسات البحثية من المركز (135) عام 2014 الى المركز (85) عام 2019, كما تحسن المركز التنافسي لانفاق الشركات على البحث والتطوير من المركز (133) عام 2014

الى (103) عام 2017, كذلك تحسن المركز التنافسي لمؤشر التعاون البحثي بين الجامعات وقطاع الصناعة من المركز (133) عام 2013 الى المركز (117) عام 2017.

اما بالنسبة للمؤشرات الفرعية المستحدثه, فقد حدث تحسن ملحوظ في مؤشر نمو الشركات المبتكرة فقد تحسن المركز التنافسي من المركز (53) عام 2018 الى المركز (29) عام 2019. اما بالنسبة لمؤشر الابحاث العلمية المنشورة فقد حدث تحسن طفيف.

ويوضح الجدول التالي أن الوضع التنافسي لمصر في مؤشر قدره على الابتكار مقارنة بغيرها من الدول ذات الدخل المتقارب مثل المغرب والجزائر وضع تنافسي جيد, حيث جاء ترتيب مصر في المركز (61) في عام 2019 بينما جاء ترتيب كل من الجزائر والمغرب في المركز (86, 81) على التوالي. الا ان ترتيب مصر التنافسي يظل متاخرا وذلك مقارنة ببعض الدول ذات الدخل المتوسط الشريحة العليا مثل تركيا وماليزيا الذي جاء ترتيبهم التنافسي (49, 30) على التوالي, وهو ما يؤكد على أهمية بذل المزيد من الجهود لتحسين اوضاع البحث العلمي والتطوير في مصر.¹

¹ World Economic Forum: The Global Competitiveness Report, 2019

جدول 4- الترتيب التنافسي لمؤشر القدرة على البحث العلمي والابتكار في مصر والعالم في عام

2019¹

المؤشرات الفرعية للقدرة على الابتكار						البيان	القدرة على الإبتكار
البحث والتطوير	نمو الشركات المبتكرة	جودة المؤسسات البحثية	% الانفاق على البحث والتطوير الى الناتج المحلي	الابحاث العلمية المنشورة	الاختراعات الدولية المشتركة		
98	119	103	-	122	126	141/130	اليمن
132	140	117	79	137	126	141/136	تشاد
89	58	81	72	83	111	141/89	غانا
60	29	37	53	48	89	141/61	مصر
71	93	48	59	80	104	141/86	الجزائر
67	100	53	51	68	92	141/81	المغرب
83	22	45	116	56	98	141/74	اندونيسيا
38	70	49	40	36	64	141/49	تركيا
39	6	38	24	44	34	141/30	ماليزيا
85	59	76	117	82	83	141/108	الكويت
3	2	1	11	1	19	141/2	الولايات المتحدة
2	8	4	8	3	11	141/1	المانيا

Source: World Economic Forum: The Global Competitiveness Report, 2019.

¹ أستخدمت الباحثة في تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولي للدول

حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

<https://data.worldbank.org/?locations=XM-XN-XT-XD>

ثانيا - تطور مؤشر المنظمة العالمية للملكية الفكرية للبحث العلمي والابتكار في

مصر.¹

يوضح الجدول (5) مؤشر الابتكار العالمي وتطورة لمصر خلال الفترة 2011-2020 كذلك المستهدف تحقيقه في عام 2030 وفقا لاستراتيجية التنمية المستدامة

¹ قام المعهد الاوروبي لادارة الاعمال (INSEAD) بإطلاق مشروع المؤشر العالمي للابتكار عام 2007 بهدف تحديد مقاييس تساعد تعزيز القدرة الابتكارية للمجتمعات، وذلك بجانب غيرها من المقاييس التقليدية (مثال، عدد البحوث والمقالات العملية، براءات الاختراع، عدد مراكز البحوث، الانفاق على البحث العلمي والابتكار)، ويقوم المعهد باصدار التقرير السنوى لمؤشر الابتكار العالمي بالتعاون مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية " (World Intellectual Property Organization (WIPO) ويتيح مؤشر الابتكار العالمي 2020 مقاييس مفصلة بشأن أداء الابتكار لأكثر من 131 دولة واقتصاد حول العالم. وتستكشف المؤشرات، البالغ عددها 81 مؤشراً، رؤية شاملة للابتكار، ومنها البيئة السياسية والتعليم والبنى التحتية وتطوير الأعمال التجارية .

ويتكون مؤشر الابتكار من مؤشرين فرعيين : المؤشرات الفرعية لمدخلات الابتكار: وتتكون من خمس ركائز تشمل: المؤسسات، رأسمال البشرى، البحوث العلمية، البنية التحتية، تطور الاسواق والأعمال . اما المؤشرات الفرعية لمخرجات الابتكار : وتشمل ثلاثة ركائز تتمثل فى الانتاج العلمى والابداعى للبحث العلمى، والبيئة التنظيمية والتشريعية.

ويضم مؤشر راسمال البشرى والبحاث العلمية: التعليم والتعليم العالى والبحث والتطوير، بينما يشمل مؤشر التطور فى الاسواق كلا من الائتمان والاستثمار، ويشكل مؤشر التطوير فى الاعمال عمال المعرفة ونقل المعرفة، بينما مؤشر البنية التحتية تقنيات المعلومات والاتصالات. ويساعد المؤشر العالمى للابتكار على خلق بيئة تخضع فيها عوامل الإبتكار للتقييم المستمر، كما يتيح وسيلة رئيسية وقاعدة بيانات قوية لتوصيف وقياس الابتكار.

World Intellectual Property Organization (WIPO), Global Innovation Index.

<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4560&plang=AR>

2030- رؤية مصر 2030¹, حيث احتلت مصر المركز (87) عالميا من اجمالى 125 دولة فى 2011, والمركز (103) من اجمالى 141 دولة فى عام 2012, واحتلت المركز (99) من بين 143 دولة واستمر التراجع حيث احتلت المركز (107) من اجمالى 128 دولة فى عام 2016, ثم حدث تحسن طفيف حيث احتلت مصر المركز (95) من بين 126 دولة فى عام 2018, والمركز (96) من بين 131 دولة فى 2020, فى حين ان المركز المستهدف فى عام 2030 هو المركز (60) وهو ما يعكس الفجوه الكبيرة بين المحقق حاليا والمستهدف تحقيقه .

أما بالنسبة للمؤشرات الفرعية التى يتكون منها مؤشر الابتكار العالمى, فيوضح الجدول (5) تقدم المؤشر الفرعى لنقل المعرفة مركز واحد من المركز (95) من بين 125 دولة فى عام 2011 الى المركز (94) من بين 131 دولة فى عام 2020 بينما المستهدف ان تحتل مصر المركز (30). كذلك حدث تحسن فى المؤشرات الفرعية التعليم والتعليم العالى وتحسن ملحوظ فى مؤشر البحث

¹ أكدت العديد من الدراسات ان الابتكار يودى الى تحسين نوعية المنتجات والخدمات المقدمة وان الدول التى تملك مستويات عالية من الابتكار تحقق معدلات نمو اسرع, ويعد البحث والتطوير والاستثمارات الاخرى فى البرمجيات والتعليم والتدريب هى مدخلات رئيسيه للابتكار, كما يعتبر كل ابتكار من الابتكارات أداة من الأدوات التى تساهم فى التطور التكنولوجي في المجتمعات البشرية.

وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية - استراتيجية التنمية المستدامة 2030 - مرجع سابق, 2016,

والتطوير، وإن كان مازالت هناك فجوة كبيرة بين المركز المحقق في 2020 وبين المركز المستهدف تحقيقه في 2030. بينما حدث تدهور شديد في ترتيب مصر في المؤشرات الفرعية لتكنولوجيا المعلومات والاتصال، مؤشر الاستثمار، مؤشر البيئة التشريعية والتنظيمية فقد تراجع ترتيب مصر في تلك المؤشرات من المركز (65، 59، 70) على التوالي من بين 125 دولة في عام 2011 الى المركز (96، 119، 115) على التوالي من بين 131 دولة في عام 2020 بينما المستهدف ان تحتل مصر المركز (30، 60، 60) على التوالي.

جدول 5- مقارنة بين الواقع والمستهدف لترتيب مصر في المؤشر العالمي للابتكار خلال الفترة 2011-2030

المؤشر	2011	2012	2014	2016	2018	2020	المستهدف *2030
المؤشر العالمي للابتكار	125/87	141/103	143/99	128/107	126/95	131/96	60
المؤشر الفرعي لنقل المعرفة	125/95	141/119	143/119	128/118	126/111	131/94	30
المؤشر الفرعي لتكنولوجيا المعلومات	125/65	141/49	143/48	128/72	126/91	131/96	30
المؤشر العالمي الابتكار الفرعي للاستثمار	125/59	141/71	143/138	128/127	126/116	131/119	60
المؤشر الفرعي للبيئة التشريعية والتنظيمية	125/70	141/116	143/133	128/123	126/120	131/115	60
المؤشر العالمي الابتكار الفرعي للتعليم	125/84	141/86	143/53	128/56	126/74	131/80	30
المؤشر العالمي الابتكار الفرعي للتعليم العالى	113/125	141/113	143/102	128/103	126/106	131/109	60
المؤشر الفرعي للبحث والتطوير	125/99	141/110	143/50	128/52	126/53	131/55	30

Source: World Intellectual Property Organization (WIPO), Global Innovation Index.

<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4560&plang=AR>

(*) وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإدارى سابقاً) - استراتيجية التنمية

المستدامة 2030- رؤية مصر 2030، 2016، ص 88- 92 .

ثالثاً - التصنيف العالمى للجامعات المصرية

من المؤشرات الهامة المرتبطة بالتعليم العالى هو الطلب فى الدراسات العليا والذي ينعكس بشكل مباشر على البحث والتطوير حيث يتم اعتبار الطلاب فى مرحلة الماجستير والدكتوراه على أنهم باحثون فى البحث والتطوير ويمكن اضافتهم الى اجمالى اعداد الباحثون فى وفقا للمعايير المستخدمة دوليا (Frascati Manual)¹ 2015. وعلى مدى السنوات الماضية إرتفع عدد الطلبة المسجلين للحصول على درجات جامعية عليا بمعدلات مختلفة. وقد بلغ عدد الطلاب الحاصلين على الماجستير والدكتوراه فى اخر ثلاث سنوات 83306 طالب منهم 71.6% حاصلين على ماجستير و 28.4% حاصلين على درجة الدكتوراه.²

كما يعد من مؤشرات اداء التعليم العالى, الترتيب العالمى للجامعات المصرية, ويوجد العديد من التصنيفات لترتيب الجامعات عالميا من ابرزها تصنيف ويب ماتريكس والذي يعتمد على عدد من المعايير منها حجم الموقع الالكترونى للجامعة

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Frascati Manual: The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development. 2015, pp 67-70.

² وزارة التعليم العالى والبحث العلمى, الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030, 2019, ص 9-10.

وعدد الابحاث العلمية المنشورة الكترونيا من خلال الجامعة.¹ ويوضح الجدول (6) تأخر الترتيب العالمى للجامعات المصرية وفقا لتصنيف ويب ماتريكس خلال الفترة 2014-2020. حيث تحتل أكاديمية السادات للعلوم الادارية المرتبة 14381 عالميا فى عام 2014, والمرتبة 10023 فى عام 2016 , اما جامعة القاهرة فقد احتلت المركز الاول محليا خلال الفتره من 2014 الى 2018 الا ان الترتيب العالمى للجامعة تراجع من المركز 299 فى 2014 الى 595 فى 2016 ثم الى المركز 758 فى 2018, بينما احتلت جامعة المنصوره المركز الاول محليا والمركز 754 عالميا فى 2020.²

¹ المقصود بالتصنيف العالمى للجامعات: نظام ترتيب الجامعات من حيث المستوى الأكاديمى والعلمى والأدبى, انتاج البحث العلمى فى مختلف المجالات العلمية, نوعية الخريجين ومستوياتهم, مشاركة الجامعات.

² يوجد العديد من التصنيفات لترتيب الجامعات عالميا من ابرزها: ترتيب تاوان, ترتيب التايمز, ترتيب الويب ماتريكس, ترتيب شنغهاى. ويصدر تصنيف ويب ماتريكس للجامعات عن المركز الوطنى للبحوث بدير- اسبانيا, وقد بدا التصنيف منذ عام 2004 بتصنيف 16000 جامعة حول العالم, ويعد ذلك التصنيف مؤشر لتقييم الجامعات حسب الجودة والمكانه العلمية بالاضافة الى مدى الاستفادة من الانترنت لعرض المحتوى العلمى للجامعة.

جدول 6- ترتيب بعض جامعات مصر وفقا لتصنيف ويب ماتريكس خلال الفترة من 2014-2020

2020

2020		أسم الجامعة	2018		أسم الجامعة	2016		أسم الجامعة	2014		أسم الجامعة
الترتيب العالمي	الترتيب المحلي		الترتيب العالمي	الترتيب المحلي		الترتيب العالمي	الترتيب المحلي		الترتيب العالمي	الترتيب المحلي	
754	1	جامعة المنصورة	758	1	جامعة القاهرة	592	1	جامعة القاهرة	299	1	جامعة القاهرة
881	2	جامعة عين شمس	1135	2	جامعة الاسكندرية	1229	2	جامعة الامريكية	1520	2	جامعة الامريكية
905	3	جامعة الاسكندرية	1284	3	جامعة المنصورة	1113	3	جامعة المنصورة	1397	3	جامعة المنصورة
954	4	جامعة أسيوط	1318	4	جامعة الامريكية	1557	4	جامعة عين شمس	1302	4	جامعة عين شمس
959	5	جامعة طنطا	1389	5	جامعة عين شمس	1640	5	جامعة أسيوط	2224	5	جامعة أسيوط
1100	6	جامعة الامريكية	1759	6	جامعة بنها	1248	6	جامعة الاسكندرية	1363	6	جامعة الاسكندرية
1252	7	جامعة الزقازيق	1807	7	جامعة أسيوط	9649	7	جامعة النيل	9184	7	جامعة النيل
1266	8	جامعة المنيا	1930	8	جامعة الزقازيق	10700	8	جامعة أكتوبر	11045	8	جامعة أكتوبر
1295	9	جامعة بنها	2131	9	جامعة طنطا	9575	9	جامعة دمياط	11089	9	جامعة دمياط
1300	10	جامعة حلوان	2240	10	جامعة الازهر	10023	10	أكاديمية السادات	14381	10	أكاديمية السادات

Source: <https://www.webometrics.info/en/Africa/Egypt>

ويوضح الجدول (7) ترتيب الجامعات المصريه وفقا لتصنيف شنغهاي خلال الفترة من 2014-2020 , ويتضح من الجدول انه لم يدخل فى تصنيف شنغهاي من

الجامعات المصرية سوى جامعة القاهرة خلال الفترة من 2014-2016, كما ان
الجامعة احتلت الترتيب الاول محليا وفقا للتصنيف, وجاءت ضمن افضل 500
جامعة عالميا خلال الفترة 2014-2020, بينما جاءت جامعة الاسكندرية في
الترتيب الثانى محليا فى عامى 2018, 2020 كما جاءت ضمن افضل 700
جامعة عالميا فى عام 2018 وتراجعت فى عام 2020 لتصبح ضمن افضل
800 جامعة, وحافظت جامعة عين شمس على المركز الثالث لها محليا فى عامى
2018, 2020 لكنها تراجعت عالميا.¹

¹يعتمد تصنيف شنغهاي لتصنيف الجامعات على عدد من المعايير منها مخرجات البحث
العلمى وتأخذ وزن نسبى 40% من درجة التصنيف, الاهتمام بجودة اعضاء هيئة التدريس وتأخذ
وزن نسبى 40% من درجة التصنيف, اما جودة العملية التعليمية وحجم الجامعة فيأخذ كل منها
حوالى وزن نسبى حوالى 10% من درجة التصنيف.

- Shanghai Ranking, Academic Ranking of World Universities,
2014-2020 <http://www.shanghairanking.com/rankings/arwu/2020>

جدول 7- ترتيب بعض جامعات مصر وفقا لتصنيف شنغهاى خلال الفترة من 2014-

2020

2020		أسم الجامعة	2018		أسم الجامعة	2016		أسم الجامعة	2014		أسم الجامعة
الترتيب العالمى	الترتيب المحلى		الترتيب العالمى	الترتيب المحلى		الترتيب العالمى	الترتيب المحلى		الترتيب العالمى	الترتيب المحلى	
-401 500	1	جامعة القاهرة	-401 500	1	جامعة القاهرة	-401 500	1	جامعة القاهرة	-401 500	1	جامعة القاهرة
-701 800	2	جامعة الاسكندرية	-6001 700	2	جامعة الاسكندرية						
-801 900	3	جامعة عين شمس	-701 800	3	جامعة عين شمس						
-801 900	4	جامعة المنصورة	-801 900	4	جامعة المنصورة						
-9001 1000	5	جامعة الزقازيق	-9001 1000	5	جامعة بنى سوف						

Source: Shanghai Ranking, Academic Ranking of World Universities, 2014-2020

<http://www.shanghairanking.com/rankings/arwu/2020>

رابعاً- مؤشر المعرفة العالمي لمصر¹

يَعْنى مؤشر المعرفة العالمي بقياس المعرفة كمفهوم شامل يتضمن سبع مؤشرات قطاعية (التعليم قبل الجامعي، التعليم التقني والمهني، التعليم العالي، البحث والتطوير والابتكار، تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، الاقتصاد، البيئات المكتبية). ويوضح الجدول التالي ترتيب مصر في مؤشر المعرفة العالمي، حيث تشير بيانات الجدول الى تقدمها (27) مركز، من المركز (99) من إجمالي 134 دولة عام 2018 الى المركز (82) من إجمالي 136 عام 2019 ثم الى المركز (72) من إجمالي 138 في عام 2020.

¹ مؤشر المعرفة العالمي، المكتب الاقليمي للدول العربية (برنامج الامم المتحدة الانمائي)، مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم، 2018-2020.

<http://www.knowledge4all.org/ar/gki>

تم إطلاق مؤشر المعرفة العالمي لأول مره في عام 2017 وذلك بالتعاون بين برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم للمعرفة، وغطى المؤشر بالقياس والتحليل في ذلك العام 138 دول حول العالم. ويقاس المؤشر الأداء المعرفي في 7 مجالات هي التعليم قبل الجامعي، والتعليم التقني والتدريب المهني، والتعليم العالي، والبحث والتطوير والابتكار، وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والاقتصاد، والبيئات التمكينية. ويتراوح معدل النقاط في المؤشر من (0) الاقل ، (100) الافضل. وتوفر نتائج المؤشر نظرة على أداء كل دولة من حيث بنيتها التحتية المعرفية.

ووفقاً لمؤشر المعرفة العالمي لعام 2020، تصدرت سويسرا دول العالم على القائمة. ومن بين دول المنطقة جاءت دولة الإمارات العربية المتحدة في المركز الـ 15 على القائمة عالمياً، والأول عربياً، وتبعتها قطر في المركز الـ 39 عالمياً، والثاني عربياً، والسعودية في المركز الـ 42 عالمياً والثالث عربياً.

وأظهر المؤشر أنّ مصر تتمتع بأداء جيد في مدخلات التعليم العالي، حيث حلت في المرتبة (42) ضمن هذا المحور من المؤشر في عام 2020. كذلك تتمتع مصر بنقاط قوة تتمثل في نسبة الطلاب الملتحقين بجامعة مصنفة عالمياً، ونسبة الطلاب الملتحقين بالباكالوريوس أو ما يعادلها، إضافة إلى نسبة الطلاب الملتحقين ببرامج التعليم المهني في المرحلة الثانوية.

جدول 8- ترتيب مصر في مؤشر المعرفة العالمي خلال الفترة 2018-2020

2020		2019		2018		البيان
المرتبة	القيمة	المرتبة	القيمة	المرتبة	القيمة	
72	45	82	43	99	39	مؤشر المعرفة العالمي
المؤشرات القطاعية						
83	57.2	94	49.2	110	41	التعليم قبل الجامعي
80	47.6	103	44.8	113	41.5	التعليم التقني والمهني
42	45.6	49	44.3	59	41.7	التعليم العالي
74	19.9	83	17.7	108	17.2	البحث والتطوير والابتكار
74	52.4	78	47.3	90	44.2	تكنولوجيا المعلومات والاتصالات
66	41.8	67	42.7	90	41.3	الاقتصاد
92	53.4	99	51.5	118	46.4	البيئات التمكينية

المصدر: مؤشر المعرفة العالمي، المكتب الاقليمي للدول العربية(برنامج الامم المتحدة الانمائي)، مؤسسة محمد بن

راشد آل مكتوم، 2018-2020. <http://www.knowledge4all.org/ar/gki>

كذلك يتضح من بيانات الجدول السابق أن ثمة تحديات تواجه مصر في نسبة الطلاب الملتحقين ببرامج مهنية وتقنية ما بعد المرحلة الثانوية، ونسبة خريجي برامج العلوم والتكنولوجيا والهندسة والرياضيات في التعليم العالي. وكان أفضل أداء

لمصر في قطاع التعليم العالي، حيث احتلت المرتبة (42) عالمياً، ثم قطاع الاقتصاد في المرتبة (66)، يليه كل من قطاعي تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والبحث والتطوير والابتكار (74)، ثم التعليم التقني والتدريب المهني الذي احتل المركز (80)، ثم التعليم قبل الجامعي (83)، وأخيراً قطاع البيئات التمكينية في المرتبة (92) .

وجدير بالملاحظة انه على الرغم من التحسن النسبي في مركز مصر التنافسي في مؤشر المعرفة العالمي الا انه لا يزال ترتيب مصر متأخرا مقارنة بغيرها من الدول العربية مثل البحرين التي احرزت المركز (43) عام 2020 والسعودية التي احرزت المركز (42) عام 2020، مما يعنى ضرورة بذل مزيد من الجهد لتطوير منظومة التعليم والبحث العلمى .

ووفقا لتصنيف مؤسسة SCImago الأسبانية، إحتلت مؤسسات التعليم الجامعى والبحث العلمى المصرية فى عام 2020 ستة مراكز ضمن أفضل (15) مركز من اجمالى 218 مؤسسة بحثية فى إفريقيا: جامعة القاهرة (المركز 4)، المركز القومى للبحوث (المركز 9)، أكاديمية البحث العلمى (المركز 11)، جامعة عين شمس (المركز 12)، جامعة المنصورة (المركز 14)، جامعة الاسكندرية (المركز 15).

وفى مؤشر الإبتكار الفرعى من ذات التصنيف لعام 2020 إحتلت المؤسسات البحثية المصرية (12) مركز من بين أفضل (15) مركز فى إفريقيا حيث جاء الترتيب على النحو التالى: الجامعة المصرية اليابانية للعلوم والتكنولوجيا

(المركز2), المركز القومى للبحوث (المركز3), جامعة قناة السويس (المركز5),
جامعة عين شمس(المركز7), جامعة القاهرة (المركز8), جامعة المنصورة
(المركز9), مركز بحوث و تطوير الفلزات (المركز10), جامعة الاسكندرية
(المركز11), جامعة المستقبل (المركز12), جامعة المنيا (المركز13), معهد
بحوث البترول (المركز 15).¹

[/https://www.scimagoir.com](https://www.scimagoir.com) ¹SciMago Institutions Rankings,

مؤسسة " SciMago " هي منظمة دولية في مجال تحليل البحوث وتصنيفاتها، وقد يهتم هذا التصنيف بترتيب الجامعات والمراكز البحثية وفقاً لمؤشر يجمع بين ثلاثة مؤشرات مختلفة تستند إلى أداء البحث العلمى (50%)، ومخرجات الابتكار (30%)، والتأثير المجتمعي (20%).

المطلب الثانى

دراسة وتحليل مؤشرات مدخلات البحث العلمى والابتكار

تشمل مدخلات البحث والتطوير كل من الإنفاق على البحث والتطوير وعدد مراكز

البحث العلمى والعاملين بها، وفيما يلى دراسته وتحليل للمؤشرات التالية :

1- تطور مؤشر الإنفاق على البحث العلمى كنسبة من إجمالي الانفاق العام وإجمالى الناتج المحلى الاجمالى.

2- تطور مؤشر الانفاق الاستثمارى الحكومى على البحث والتطوير.

3- تطور مؤشر مصادر تمويل البحث العلمى.

4- تطور مؤشر عدد مراكز البحث العلمى فى مصر والعاملين بها من

باحثون وفنيون.

1- تطور مؤشر الإنفاق على البحث العلمى كنسبة من إجمالي الانفاق العام وإجمالى الناتج المحلى الاجمالى.

يعرف الإنفاق على البحث والتطوير بأنه كافة النفقات التي تتم داخل أحد قطاعات

الاقتصاد، بما في ذلك إجمالي الانفاق الراسمالي الثابت على البحث والتطوير

بالإضافة الى كل من المصروفات الجارية (الأجور والمرتببات السنوية وكافة

تكاليف الباحثين والفنيين وموظفي الدعم، وغيرها من التكاليف الجارية).¹

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Frascati Manual ,Op cit, 2015..p136-138

وتشير البيانات الرسمية وكما هو موضح بالجدول (9) والشكل رقم (1) ان جملة الانفاق على البحث العلمى والتطوير فى زيادة مضطردة من سنة لآخرى، فقد سجل الانفاق على البحث العلمى والتطوير حوالى 1.29 مليار جنيه عام 2005، وحوالى 1.94 مليار جنيه عام 2007، واخذت القيمة المطلقة فى التزايد حتى وصلت الى حوالى 52.9 مليار جنيه فى عام 2020.

جدول 9- تطور الإنفاق العام على البحث العلمي والتطوير كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي وإجمالي الإنفاق العام خلال الفترة من 2005 - 2020 (القيمة بالمليار جنيهه)

السنة	إجمالي الإنفاق العام	الناتج المحلي الإجمالي	إجمالي الانفاق على البحث والتطوير	% الإنفاق العام على البحث والتطوير إلى إجمالي الإنفاق العام	% الإنفاق العام على البحث والتطوير إلى الناتج المحلي الإجمالي
2006/05	207.463	538.500	1.29	%0.62	%0.24
2007/06	222.029	617.744	1.61	%0.73	%0.26
2008/07	282.432	744.787	1.94	%0.69	%0.26
2009/08	351.500	895.501	2.42	%0.69	%0.27
2010/09	365.987	1042.155	4.48	%1.2	%0.43
2011/10	401.866	1206.589	5.19	%1.3	%0.43
2012/11	470.922	1371.105	7.27	%1.5	%0.53
2013/12	588.188	1674.746	8.37	%1.4	%0.50
2014/13	701.514	1860.408	11.91	%1.7	%0.64
2015/14	733.350	2129.994	13.63	%1.9	%0.64
2016/15	817.847	2443.900	17.60	%2.2	%0.72
2017/16	1031.941	2709.410	19.24	%1.9	%0.71
2018/17	1207.183	3470.004	23.60	%1.9	%0.68
2019/18	1424.002	4437.398	31.95	%2.2	%0.72
2020/19	1584.559	5322.300	45.70	%2.9	%0.86
2021/20	1713.178	5820.000	52.98	%2.2	%0.91

المصدر: وزراء المالية، بيانات الموازنة العامة للدولة، سنوات مختلفة.

الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء، مصر في أرقام، ، كتاب الإحصاء ، سنوات مختلفه
مؤشرات البنك الدولي 2021 ، الإنفاق على البحث والتطوير (% من إجمالي الناتج المحلي) - مصر

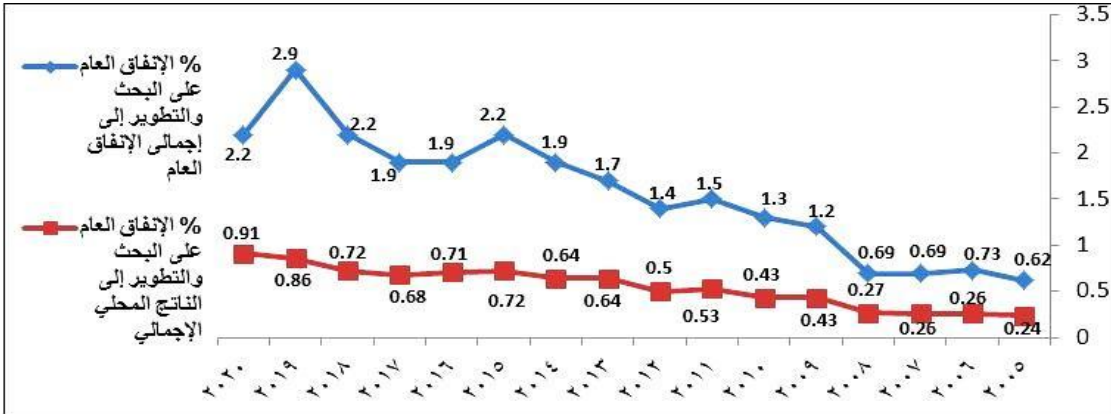
<https://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

كما ارتفعت نسبة الانفاق على البحث العلمى والتطوير/ إجمالي الإنفاق العام من حوالي 0.62% عام 2005 إلى نحو 1.4% عام 2012 حتى وصلت الى 2.9% عام 2019/ 2020 وهى اعلى نسبة تحققت خلال الفتره باكملها ثم انخفضت الى 2.2% فى عام 2020/2021. كما إرتفعت ايضا نسبة الانفاق على البحث العلمى والتطوير /الناتج المحلي الإجمالي من 0.24% عام 2005 إلى 0.43% تقريباً عام 2010 حتى وصلت النسبة الى حوالى 0.91% عام 2020

شكل 1 : تطور الإنفاق العام على البحث العلمى والتطوير كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي

وإجمالي الإنفاق العام

خلال الفترة من 2005 - 2020 (القيمة بالمليار جنيهه)



المصدر : وزره المالية، بيانات الموازنة العامة للدولة، سنوات مختلفه.

- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء، مصر في أرقام، ، كتاب الإحصاء ، سنوات مختلفه .

- مؤشرات البنك الدولي 2021 ، الإنفاق على البحث والتطوير (% من إجمالي الناتج المحلي) - مصر .

[https://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?end=2018&locations=EG&st](https://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?end=2018&locations=EG&start=2005)
[art=2005](https://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?end=2018&locations=EG&start=2005)

أما على الصعيد العالمي وكما هو موضح في الجدول (10)، تنخفض نسبة الإنفاق على البحث العلمى والتطوير كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي فى مصر عن المعدل العالمى وكذلك تنخفض النسبة فى مصر عن النسبة فى مثيلاتها من الدول ذات الدخل المتقارب مثل تونس، وتقاربت مع نسب الانفاق السائدة فى الهند خلال الفترة 2014-2018.

جدول 10- نسبة الإنفاق العام على البحث والتطوير الى اجمالى الناتج المحلى فى مصر والعالم خلال الفترة 2005-2020¹

2018	2016	2014	2012	2010	2008	2005	البيان	
0.72	0.71	0.64	0.50	0.43	0.27	0.24	جمهورية مصر العربية	دول الدخل المتوسط (الشريحة الدنيا)
0.65	0.67	0.70	0.74	0.79	0.86	0.83	الهند	
1.2	1.1	1.3	1.2	1.1	0.88	0.90	تونس	
-	0.94	0.86	0.83	0.8	0.69	0.57	تركيا	دول الدخل المتوسط (الشريحة العليا)
-	1.44	1.26	1.09	1.04	0.79	0.61	ماليزيا	
2.20	2.11	2.07	1.90	1.70	1.54	1.32	الصين	
-	-	0.82	0.88	0.88	0.05	0.04	المملكة العربية السعودية	الدول ذات الدخل المرتفع
3.28	3.16	3.4	3.21	3.14	3.34	3.18	اليابان	
2.83	2.76	2.72	2.68	2.74	2.77	2.52	الولايات المتحدة الأمريكية	
4.53	3.99	4.08	3.85	3.32	2.99	2.52	كوريا الجنوبية	
3.09	2.92	2.87	2.87	2.71	2.60	2.43	المانيا	
1.69	1.72	1.67	1.68	-	-	-	المعدل العالمى *	
0.60	0.61	0.54	0.55	-	-	-	المعدل العربى *	

¹ أستندت الباحثة فى تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولى للدول حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

<https://data.worldbank.org/?locations=XM-XN-XT-XD>

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , Research and development expenditure (%of GDP).<https://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

(*)Alecso Observatory, Shares of world R&D expenditure (GERD) by region.

<http://observatory.alecso.org/Data/en/>

اما الدول المتقدمة ذات الدخل المرتفع مثل الولايات المتحدة الامريكية, المانيا واليابان فقد تراوحت نسبه الانفاق على البحث والتطوير من الناتج القومى 2.84% , 3.09% , 3.28% على الترتيب وهو ما يبرز الفجوة الكبيرة بين حجم الانفاق على البحث والتطوير فى تلك الدول مقارنة بالدول ذات الدخل المتوسط من الشريحة الدنيا والتي من ضمنها مصر, وهو ما يؤكد على ضرورة تعزيز الجهود المبذولة فى مجالات البحث والتطوير.

2- تطور مؤشر نسبة الانفاق الاستثمارى الحكومى على البحث والتطوير فى

مصر.

يوضح الجدول (11) الإنفاق العام الاجمالى والاستثمارى الموجه للبحث العلمى فى مصر وفقا لجهات الاسناد الرئيسية. ووفقا للبيانات الرسميه الواردة فى الجدول, فقد تزايد الانفاق على البحث والتطوير من 1370.8 مليون جنيه فى عام 2005 الى 7575.3 مليون جنيه فى عام 2020, وكذلك تزايد الانفاق الاستثمارى على

البحث والتطوير من 425.6 مليون حنية فى 2005 الى 2245.3 مليون حنية
فى 2020 .

جدول 11- الإنفاق العام الاجمالي والاستثمارى الموجه للبحث العلمى فى مصر بحسب جهات الاسناد

الرئيسية خلال الفترة (2005-2020) (القيمة بالمليون)

الجهة البحثية	2020		%الاستثمارى الى الاجمالي	2015		%الاستثمارى الى الاجمالي	2010		%الاستثمارى الى الاجمالي	2005	
	الاستثمارى	الاجمالي		الاستثمارى	الاجمالي		الاستثمارى	الاجمالي		الاستثمارى	الاجمالي
معهد التخطيط القومى	9.0	54.9	%30.2	12.0	39.7	%20.1	3.9	19.4	%12.9	1.3	10.1
المركز القومى للبحوث	160.0	905.1	%13.1	89.0	681.2	%10.3	28.4	276.9	%25.9	30.3	117.0
المركز القومى للمقياس والمعايرة	57.3	137.5	%26.5	20.0	75.4	%24.1	8.3	34.5	%58.4	15.6	26.7
معهد بحوث البترول	31.7	162.9	%17.5	20.4	116.5	%7.9	4.1	51.6	%22.7	7.0	30.8
المعهد القومى للبحوث الفلكية	62.0	125.6	%41.8	30.5	72.9	%34.9	10.3	29.5	%48.7	12.7	26.1
المعهد القومى لعلوم البحار والمصايد	50.0	168.7	%18.5	21.5	116.5	%20.0	9.4	46.9	%12.5	3.1	24.8
مركز بحوث وتطوير الفلزات	70.0	139.9	%28.4	16.5	58.2	%13.9	3.4	24.4	%47.2	11.9	25.2
معهد بحوث الالكترونيات	44.0	487.7	%70.1	55.2	78.8	%56.3	12.0	21.3	%33.0	3.2	9.7
المجلس الاعلى لمراكز	4.0	11.7	%35.3	3.0	8.5	%15.4	0.6	3.9	%30.8	0.8	2.6

												ومعاهد البحث العلمي
%70.1	36 3. 8	518. 7	%71.9	23 4.0	32 5. 5	%23.3	17. 3	74. 1	%47.6	30.1	63. 3	أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا
%41.9	14 8. 6	354. 8	%4.4	7.0	15 9. 4	%18.2	11. 8	65. 0	%48.8	30.0	61. 5	مركز بحوث الصحراء
%41.6	45 .0	108. 3	%18.0	8.5	47 .3	%23.9	5.7	23. 8	%37.9	5.0	13. 2	مصلحة الكيمياء
%21.9	40 .0	182. 5	%17.9	22. 0	12 3. 0	%17.7	10. 1	57. 2	%18.0	5.5	30. 6	معهد تيودور بلهارس للبحوث
%20.1	25 .0	124. 6	%21.1	18. 4	87 .4	%13.0	4.4	33. 8	%8.2	1.8	22. 0	معهد بحوث امراض العيون
0.0	0	1.7	0.0	0	1. 3	0.0	0	1.4	0.0	0.0	2.4	صندوق الاستشارات والدراسات البحثية
%85.0	17 7. 2	208. 5	%92.5	23 5.7	25 4. 9	%78.5	31. 1	39. 6	%86.3	27.7	32. 1	الهيئة القومية للاستشعار من بعد
%60.3	11 9. 0	197. 4	%67.6	85. 9	12 7. 0	%54.0	19. 8	36. 7	%72.1	21.5	29. 8	الهيئة القومية لمدينة مبارك للبحوث العلمية
-	-	-	%100.0	60 0.0	60 0. 0	%100.0	177 .8	17 7.8	-	-	-	صندوق العلوم والتنمية التكنولوجية
%16.6	2. 5	15.1	%14.2	1.5	10 .6	%17.4	1.2	6.9	-	-	-	المركز القومي لدراسات سلامة الصحة المهنية

%7.4	22 0. 8	300 4.0	%2.5	49. 5	19 41 .5	%10.9	104 .1	95 6.5	%10.1	57.4	567 .9	مركز البحوث الزراعية
%33.7	83 .0	246. 2	%26.3	36. 7	13 9. 5	%37.9	26. 9	71. 0	%52.5	31.0	59. 0	المركز القومي لبحوث المياه
%34.0	56 .5	166. 4	%16.8	12. 5	74 .4	%45.1	25. 6	56. 8	%56.2	23.2	41. 3	المركز القومي لبحوث الاسكان والبناء
%60.6	20 .0	33.0	%15.3	1.5	9. 8	%52.0	3.9	7.5	%70.9	6.1	8.6	صندوق البحوث والدراسات فى مجال التعمير
%34.7	2. 5	7.2	%5.3	0.2	3. 8	%6.3	0.1	1.6	%15.8	0.3	1.9	المعهد القومى للتنقل
%30.0	14 .0	46.6	%24.7	6.7	27 .1	%39.1	7.7	19. 7	%69.7	18.2	26. 1	المعهد القومى للتصالات السلكية واللاسلكية
-	0	0	%16.3	21. 8	13 3. 8	%14.3	6.3	44. 2	%14.2	5.0	35. 1	الهيئة القومية للمراقبة والبحوث الدوائية
%5.3	2. 3	43.5	%4.1	1.1	26 .7	%3.2	0.4	12. 6	%8.0	0.7	8.7	المركز القومى للامتحانات
%2.8	1. 0	35.3	%9.1	2.3	25 .3	%3.0	0.4	13. 2	%7.5	0.5	6.7	المركز القومى للبحوث التربوية
%19.7	10 .1	51.3	%35.8	13. 0	36 .3	%33.6	4.5	13. 4	%31.3	2.6	8.3	المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية
%82.9	30 .0	36.2	%82.7	23. 0	27 .8	%89.4	52. 9	59. 2	%92.2	73.1	79. 3	مكتب وزير الدولة لشئون البحث العلمى

	22	757		16	54		592	22		425.	137	الاجمالي
%29.6	45	5.3	%30.4	49.	30	%26.0	.5	80	%31.0	6	0.8	
	.3			4	.1							

المصدر : وزراء المالية, بيانات الموازنة العامة للدولة, سنوات مختلفة.

وعلى الرغم من تزايد اجمالي الانفاق العام والانفاق الاستثمارى على البحث والتطوير خلال الفترة المشار إليها. الا أن متوسط نسبة الانفاق الاستثمارى لم تتعدى 31% من اجمالي الانفاق العام على البحث والتطوير خلال الفترة 2005-2020 . بينما استحوذ بند الانفاق الجارى على اكثر من ثلثى مخصصات الانفاق على البحث العلمى والتطوير, الا ان الفترة 2010-2015 شهدت تحسن فى متوسط نسبة الانفاق الاستثمارى والتي ارتفعت من 26% فى عام 2010 الى 30.4% فى عام 2015, الا انها اخذت مره اخرى فى الانخفاض حتى بلغت النسبة 29.6% فى عام 2020.¹

وخلاصة ما سبق, تعاني السياسه الانفاقية للبحث العلمى فى مصر من عدم الكفايه ومحدودية الموارد المخصصة من الموازنة العامة للدولة وعدم الوصول لمتوسط المعدل العالمى, بالاضافة الى عدم كفاءة تلك المخصصات على ضآلتها حيث توجه الغالبية العظمى منها نحو الانفاق الجارى دون الاستثمارى للقطاع مما يؤثر سلبا على نتائج التطوير .

¹ وزراء المالية, بيانات الموازنة العامة للدولة, سنوات مختلفة.

3- تطور مؤشر مصادر تمويل البحث العلمي .

تعد الحكومة المصدر الرئيسي لتمويل البحث العلمي في مصر، وكما هو موضح في الجدول التالي، تراوحت نسبة الانفاق الحكومي العام من جملة الانفاق على البحث العلمي من 91.7% الى 95.4% خلال الفتره من 2014 الى 2018، بينما تمثل مساهمات القطاع الخاص في التمويل نسبة ضئيلة بلغت 8% في عام 2014 ثم اخذت تلك النسبة في الإنخفاض حتى بلغت 3.9% في عام 2018، وذلك على الرغم من أن الحكومات في اغلب الدول لم تعد هي المسؤولة بمفردها على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، اذ تتولى ذلك بمساهمات ملحوظه من شركات القطاع الخاص والمنظمات غير الحكومية.¹

¹ تغريد حسين محمد الميالي، الانفاق على البحث والتطوير مدخلاً معاصراً للتنمية الاقتصادية في العراق في ضوء تجارب مختارة، رسالة مقدمة ماجستير في العلوم الاقتصادية /جامعة القادسية-العراق، 2016.

- د/ روضة يوسف أمين، أثر الإنفاق على البحث والتطوير على النمو الإقتصادي في مصر، مرجع سابق، 2017، ص723-727.

- د/ دعاء حسن رفعت، اقتصاديات الإنفاق على البحث والتطوير في مصر وأثره على القدرة التنافسية: دراسة إحصائية، المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية، جامعة قناة السويس - كلية التجارة بالاسماعيلية، ج7، 2016، ص 115-118.

د/ هشام محمد العجمي، دور المجتمع الأهلي في دعم وتمويل التعليم العالي والبحث العلمي، دراسة تطبيقية على مصر، مجلة التجارة والتمويل، كلية التجارة، جامعة طنطا، 2012، ع2، ص345-356.

جدول 12- مصادر تمويل البحث العلمى فى مصر خلال الفتره 2014-2018

السنة	% الإنفاق الحكومى / إجمالى الانفاق على البحث العلمى	% الإنفاق الخاص / إجمالى الانفاق على البحث العلمى	% اى جهات أخرى / إجمالى الانفاق على البحث العلمى
2014	91.72%	8.09%	0.19%
2015	93.74%	6.20%	0.06%
2016	93.77%	5.92%	0.31%
2017	93.76%	4.82%	1.42%
2018	95.39%	3.93%	0.68%

المصدر: هيئة اليونسكو

<http://uis.unesco.org/en/country/eg?theme=science-technology-and-innovation&fbclid=IwAR0ghUsvT9JnphtPz-07PPvnDnvWeyKweg9YkiJKY-I-NtSVo9QpMYQpgul>

4- عدد مراكز البحث العلمى فى مصر والعاملين بها من باحثون وفنيون

تتكون منظومة البحث العلمى فى مصر فى الوقت الحالى من مجموعة من المؤسسات البحثية والادارية ويعمل جزء كبير منها تحت مظلة وزارة البحث العلمى ومنها اكااديمية البحث العلمى والتكنولوجيا, المجلس الاعلى للمراكز والمعاهد البحثية, صندوق العلوم والتنمية التكنولوجية, وبرنامج البحوث والتنمية والابتكارات.¹

¹ للمزيد عن خريطة مؤسسات البحث العلمى فى مصر, والرسالة والمهام والامكانيات لكل منهم برجاء الرجوع الى: الملخص المرجعى لكل الأماكن البحثية الحكومية والخاصة فى مصر. وزارة الدولة للبحث العلمى, اصدارات, خريطة مؤسسات البحث العلمى فى مصر 2010

<http://www.crci.sci.eg/wp-content/uploads/2015/06/sci.pdf>

ويوضح الجدول (13) عدد المراكز البحثية والعلمية التابعة للوزارات والهيئات المختلفة وكذلك القوى العاملة (باحثون وفنيون) في كل منهم.¹ ويتضح من الجدول ان عدد مراكز البحث العلمى التابعه لوزارة البحث العلمى بلغت 12 مركز فى 2010 انخفضت الى 11 مركز ومعهد بحثى، وتزايد عدد الباحثين والفنيين فى مراكز البحث العلمى التابعه للوزارة من 14548 فى عام 2010 الى 21843، 24255 باحث وفنى فى عام 2017، 2018 على التوالى.²

وإعتامادا على معادل كامل الوقت (FTE) لحساب العدد الفعلي للباحثين بما يعادل كامل الوقت فى أنشطة البحث والتطوير، بلغ إجمالي الباحثين وفقا للمعادل 22713 فى عام 2018. ويستحوذ قطاع التعليم العالى (الجامعات الحكومية والجامعات الخاصة) على النسبة الاكبر من عدد الباحثين والفنيين 42.4% من الاجمالي فى 2010، واحتلت جامعة الازهر النسبة الاكبر من الباحثين فى قطاع التعليم الجامعى بنسبة 15% بينما جاءت الاكاديمية العربية للعلوم والنقل البحرى من اكثر الجامعات الخاصة فى عدد الباحثين بنسبة 12.8% فى عام 2018. وتحليل عدد الباحثين والفنيين بمعادل كامل الوقت، بلغ عدد الباحثين بمعادل كامل

¹ لا يوجد تحديث للبيانات الرسمية عن تطور عدد الباحثين من حيث توزيعها على المراكز البحثية حيث لم تتوافر بيانات عن تلك المعلومة منذ عام 2010، كذلك تطور المراكز البحثية وتوزيعها الجغرافى اخر تحديث لها كان لعام 2014 .

² الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء، مصر فى ارقام، 2012.

الوقت في قطاع التعليم العالي 40408 في عام 2018 بنسبة 37.2% من
الإجمالي.¹

جدول 13- المراكز البحثية والعلمية والعاملين بها وفقاً لتبعتها للهيئات والوزارات المختلفة في عام
2010

الوزارة/الجهة	عدد المراكز	عدد العاملين (باحثين/فنيين)
البحث العلمي	12	14548
التعليم العالي	39	101849
الاتصالات	1	312
الإسكان والمرافق	3	1592
الطيران المدني	1	2000
الكهرباء والطاقة	6	6234
الموارد المائية والرى	15	3260
النقل	2	104
البتترول	6	42609
التجارة والصناعة	4	1788
التربية والتعليم	1	140
الزراعة	24	47073
الصحة والسكان	7	2206
هيئة الاستثمار	1	29

¹ يتم تصنيف الباحثين وفقاً للعدد الإجمالي للباحثين (HC) ، وهو العدد الإجمالي للأشخاص الذين يعملون بصورة رئيسية أو جزئياً في أعمال البحث والتطوير. وايضا يتم تصنيفهم وفقاً لعدد العاملين بمعادل كامل الوقت (FTE) وهو حساب الوقت الفعلي الذي يقضيه الباحث في أعمال البحث والتطوير. لمزيد من التفصيل الرجوع الى :

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030، مرجع سابق، 2019، ص 10-11.

13000	1	هيئة قناة السويس
3397	2	الشركات الخاصة
240141	125	الاجمالي

المصدر: الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء, مصر فى ارقام, 2012.

وبلغ عدد الباحثون والفنيون فى القطاع الخاص 3397 فى عام 2010 ارتفع الى 5340 باحث وفنى فى عام 2018, وبلغ عدد الباحثين بمعادل كامل الوقت فى القطاع الخاص 4272 باحث وفنى بنسبة 80% من الاجمالي فى عام 2018.¹ ويوضح الجدول (14) المراكز البحثية والعلمية وفقا للتوزيع الجغرافى, حيث تطور إجمالى عدد المراكز البحثية من 125 مركز بحثى عام 2010 الى 146 مركز بحثى فى عام 2011 وأستمرت الزيادة فى عدد المراكز البحثية حتى بلغت 574 مركز بحثى فى عام 2014.²

وتستحوذ محافظتى الجيزة والقاهرة على حوالى 80.2% من إجمالى المراكز البحثية, بينما وحتى عام 2011 خلت الغالبية العظمى من محافظات الوجه القبلى من اى مركز بحثى. اما فى عام 2014 اصبحت محافظة القاهرة الاعلى من حيث عدد المراكز البحثية 135 مركز بحثى بنسبه 23.5% من الاجمالي وتليها محافظه الجيزه 80مركز بحثى بنسبه 14% من الاجمالي, واحتوت محافظه البحر الاحمر على مركز بحثى واحد.

¹وزارة التعليم العالى والبحث العلمى, الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030, 2019, مرجع سابق, ص11

² الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء, مصر فى ارقام, أعداد مختلفه (2012-2016)

جدول 14- المراكز البحثية والعلمية والعاملين بها وفقا للتوزيع الجغرافى خلال الفترة 2011-2014

البيان	القاهرة	الإسكندرية	بورسعيد	السويس	دمياط	القهلية	الشرقية	القليوبية	مركز الشيخ	الغربية	المنوفية	البحيرة	الإسماعيلية	الجيزة	بنى سويف	الفيوم	المنيا	أسيوط	سوهاج	قنا	أسوان	الأقصر	البحر الأحمر	الوادى الجديد	شمال سيناء	مطروح	الإجمالى
2011	56	5	0	0	0	0	4	1	0	*	4	0	0	6	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	146
2014	13	2	1	7	1	2	2	3	1	1	2	1	1	8	2	1	1	2	1	1	1	1	1	6	5	9	574

المصدر: الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, مصر فى ارقام, اعداد مختلفه (2012-2016) , (*) بيان غير متوفر .

ويستخدم أعداد المشتغلين فى أنشطة البحث العلمى والتطوير ونسبتهم لكل مليون من السكان كأحد مؤشرات قياس اداء منظومة البحث العلمى ومقارنتها بغيرها بالدول الاخرى, ويوضح الجدول (15) تزايد عدد الباحثين فى مصر من 438.6 باحث/ مليون نسمة فى عام 2008 الى 686.7 باحث/ مليون نسمة فى عام 2018, ويعد ذلك اقل من المعدل السائد فى مجموعة الدول ذات الدخل المماثل مثال تونس والمغرب كذلك اقل من المتوسط العالمى خلال نفس الفترة.

وعالميا تحتل الدنمارك المرتبة الاولى على مستوى العالم, حيث بلغ معدل عدد الباحثين 8066 باحث/مليون شخص فى عام 2018, بينما تأتى كوريا الجنوبية المرتبة الثانية فى عام 2018, فى حين احتلت اليابان المركز الثانى عشر والمانيا المركز الرابع عشر, وفرنسا والولايات المتحدة فى المركز الثامن عشر, والثانى والعشرين على الترتيب.¹

¹ The World Bank, Data Bank Micro data , Researchers in R&D (per million people).

<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.SCIE.RD.P6>

جدول 15- الباحثون العاملون في مجال البحث والتطوير (لكل مليون شخص) (2005-)

1(2018)

2018	2016	2014	2012	2010	2008	2005	البيان
48.1	32.2	38.1	35.8	34.3		33.2	الدول ذات الدخل المنخفض
34.0	24.7		50.9	51.9	46.5	47.9	توغو
							مدغشقر
686.7	689.3	675.2	517.1	492.4	438.6	-	جمهورية مصر العربية
1771.6	1982.2	1814.1	1627.9	1384.7	1217.5	-	تونيس
-	-	-	850.3	719.8	656.5	-	المغرب (الدنيا)
1307.1	1196.7	1089.2	1014.3	884.6	1176.5	840.6	الصين
-	1254.7	1160.9	1100.0	889.6	749.9	576.4	تركيا
-	2396.5	2054.2	1790.7	1462.5	600.1	369.9	ماليزيا
5331.2	5209.4	5328.4	5032.9	5103.6	5108.8	5303.9	اليابان
4412.4	4247.8	4205.3	3990.6	3885.1	3935.5	3742.5	الولايات المتحدة الامريكية
7980.40	7086.45	6826.27	6304.14	5330.8	4801.2	3692.17	كوريا الجنوبيه
5211.8	4861.8	4320.7	4352.3	4058.0	3733.3	3335.0	المانيا
-	-	-	-	-	-	-	مجموعة الدول منخفضة الدخل
		716.6		619.3		566.9	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة الدنيا)
1280.4	1203.9	1095.9	1070.5	967.5	1127.9	911.9	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة العليا)
4412.9	4223.2	4120.6	3927.4	3830.3	3749.5	3548.6	مجموعة الدول مرتفعة الدخل
-	-	-	1410.9	1282.5	-	1204.43	العالم

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , Researchers in R&D (per million people).

<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.SCIE.RD.P6>

(-) بيان غير متوفر

¹ أستخدمت الباحثة في تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولي للدول حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

<https://data.worldbank.org/?locations=XM-XN-XT-XD>

المطلب الثالث

دراسة وتحليل مؤشرات المخرجات والنتائج الاستراتيجية للبحث العلمي والابتكار

لقياس مخرجات البحث العلمي في مصر، تم الاعتماد على الأدلة والمؤشرات الدولية التالية :

- 1- مؤشر البحوث المنشوره كمقياس للانتاج العلمى.
- 2- مؤشر طلبات تسجيل براءات الاختراع وعدد ما تم تسويقه منها.
- 3- مؤشر صادرات التكنولوجيا المتقدمة كنسبة من صادرات السلع المصنوعة.
- 4- مؤشر صادرات التكنولوجيا المتقدمة بالاسعار الجارية بالدولار .

1- تطور مؤشر البحوث العلمية والتقنية المنشوره كمقياس للانتاج العلمى
تعتبر البحوث العلمية والتقنية المنشورة فى المجالات العلمية بمجالاتها المختلفة من مؤشرات الانتاج العلمى¹، ويوضح الجدول (16) ان عدد الابحاث المنشورة لمصر بلغ 3623 بحث فى عام 2005. واخذ عدد الابحاث المنشورة فى التزايد حتى بلغ 13326 بحث فى عام 2018 بمعدل زياده سنوى حوالى 19.1%. وتتجاوز الابحاث المنشورة لمصر ضعفى المنشوره لبعض الدول ذات الدخل المتقارب مثال تونس والمغرب، ولكن فى نفس الوقت يعد الانتاج العلمى من الابحاث المنشوره لمصر فى عام 2018 حوالى 25.2% من الابحاث المنشوره للصين، و13% من

¹ معهد التخطيط القومى، تطوير منظومة التعليم العالى فى مصر، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية 286، 2017، ص 62.

الانتاج العلمى للابحاث المنشوره لليابان, وحوالى 3.2% فقط من الانتاج العلمى
للابحاث المنشوره للولايات المتحدة الامريكىة لنفس العام.

جدول 16- المقالات والبحوث العلمية والتقنية المنشوره كمقياس للانتاج العلمى فى مصر ودول العالم
(2005-2018)¹

البيان	2005	2008	2010	2012	2014	2016	2018
الدول ذات الدخل المنخفض	102	171	256	267	237	377	398
السودان							
مدغشقر	57	82	81	95	121	108	127
دول الدخل المتوسط (الشريحة الدنيا)	3623	4961	6609	8345	9172	11109	13326
جمهورية مصر العربية							
تونس	1717	2776	2510	3913	4616	5445	5565
المغرب	914	1211	1650	2234	2900	3839	5057
دول الدخل لمتوسط (الشريحة العليا)	165335	249048	312516	329015	390396	438348	52826
الصين							
تركيا	17824	22100	26486	28451	31593	35510	33535
ماليزيا	2475	5994	11237	14460	17379	20468	23661
اليابان	111707	108241	109024	109643	105855	101297	98792
الدول ذات الدخل المرتفع	384572	393979	408817	427997	433192	427265	422807
الولايات المتحدة الامريكىة							
كوريا الجنوبيه	31833.9	44094.5	50589.1	56267.5	60705.3	62735.1	66376.2
المانيا	83968	91903	97252	105433	108474	108296	104396
مجموعة الدول منخفضة الدخل	1233	1780	2318	2771	3390	3982	5216

¹ أستندت الباحثة فى تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولى للدول حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

<https://data.worldbank.org/?locations=XM-XN-XT-XD>

288510	224431	187362	158902	126089	96524	63085	مجموعة الدول متوسطه الدخل (الشريحة الدنيا)
828113	698129	613961	528363	489381	396774	279292	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة العليا)
1439963	1457431	1466317	1420023	1329473	1258357	1148386	مجموعة الدول مرتفعة الدخل
2554373	2376419	2263604	2102913	1943521	1749903	1488551	العالم

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , Scientific and technical journal articles

<https://data.worldbank.org/indicator/IP.JRN.ARTC.SC?start=2005&view=chart>

ووفقاً للتخصص العلمي, جاء فى المقدمة النشر العلمى فى مجال العلوم الطبيعية بنسبة 44.4% من الاجمالي, ثم العلوم الطبية 24.8%, العلوم الهندسية 21.2%, العلوم الزراعية 6.2%, العلوم الاجتماعية 2.8%, العلوم الإنسانية 0.6%. وبمقارنة الانتاج البحثى للجامعات والمراكز والمعاهد البحثية, تحتل جامعة القاهرة المرتبة الاولى محليا فى النشر العلمى الدولى 4070 بحث , تليها جامعة عين شمس فى المرتبة الثانية 2286 بحث, ثم المركز القومى للبحوث 2035 بحث.

وبدراسة التعاون الدولى للباحثين المصريين فى نشر الابحاث, نجد أنه خلال الفترة 2015 -2018 تم تعاون الباحثين المصريين مع 196 دولة حول العالم وتم نشر 37549 بحث مشترك، وكانت السعودية من اعلى الدول فى التعاون مع مصر فى

نشر الابحاث العلمية حيث تم نشر 12720 بحث مشترك ، تليها الولايات المتحدة الامريكية بعدد 7607 بحث مشترك ثم المانيا و الولايات المتحدة والصين.¹

2- تطور مؤشر طلبات تسجيل براءات الاختراع وعدد ما تم تسويقه منها يقصد ببراءات الاختراع, تسجيل الملكية الخاصه بإبتكار ما او منتجا او فكره جديده لحل مشكلة ما, حيث تتيح براءات الاختراع حماية الاختراع لصالح مالك براءة الاختراع لفته من الزمن. ويوضح الجدولين (17, 18) ان طلبات تسجيل براءات الاختراع للمقيمين فى مصر 428 ولغير المقيمين 1008 فى عام 2005. وارتفع العدد الى 1027 براءة اختراع للمقيمين و1256 براءة اختراع لغير المقيمين فى عام 2018. وتتجاوز براءات الاختراع سواء للمقيمين او غير المقيمين لمصر أكثر من اربعة اضعاف طلبات التسجيل لبراءات الاختراع لبعض الدول ذات الدخل المتقارب مثال تونس والمغرب خلال الفتره 2005-2019.

ولكن فى نفس الوقت يعد الانتاج العلمى لمصر من طلبات التسجيل لبراءات الاختراع فى عام 2018 حوالى 3.6% من متوسط طلبات تسجيل براءات الاختراع للدول ذات الدخل المتوسط الشريحه الدنيا, و2.12% من متوسط طلبات تسجيل براءات الاختراع المانيا, وحوالى 0.23% فقط من الانتاج العلمى لطلبات تسجيل براءات الاختراع للولايات المتحدة الامريكية لنفس العام.

جدول 17- طلبات تسجيل براءات الاختراع للمقيمين فى مصر ودول العالم (2005-2018)¹

¹ وزارة التعليم العالى والبحث العلمى, الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030, 2019, مرجع سابق, ص12

2018	2016	2014	2012	2010	2008	2005	البيان	
238	284	267	269	252	340	6	السودان	الدول ذات
9	6	5	4	9	14	7	مدغشقر	الدخل المنخفض
1027	920	752	683	605	481	428	جمهورية مصر العربية	دول الدخل
180	237	142	150	113	76	56	تونس	المتوسط
187	237	355	197	152	177	140	المغرب	(الشريحة الدنيا)
1243568	1204981	801135	535313	293066	197579	93485	الصين	دول الدخل
7871	6230	4766	4434	3180	2221	928	تركيا	لمتوسط
1071	1109	1353	1114	1231	818	522	ماليزيا	(الشريحة العليا)
162561	163424	164073	148136	131805	127114	122188	كوريا الجنوبية	الدول ذات الدخل المرتفع
285113	295327	285096	268782	241977	231588	207867	الولايات المتحدة الأمريكية	
253630	260244	265959	287013	290081	330110	367960	اليابان	
46632	48480	48154	46620	47047	49240	48367	المانيا	
-	-	-	-	-	-	-	مجموعة الدول منخفضة الدخل	
40362	35270	32024	25111	25555	27112	14396	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة الدنيا)	
127217	1017339	888850	582181	340431	238869	131978	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة العليا)	
816804	840423	836449	825271	786527	813849	813012	مجموعة الدول مرتفعة الدخل	
2144825	2128683	1713038	1441076	1160899	1080237	965511	العالم	

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , Patent applications, residents.

<https://data.worldbank.org/indicator/IP.PAT.RESD?end=2019&locations=XM&start=2005&view=chart>

لأستدنت الباحثة في تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولي للدول حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

<https://data.worldbank.org/?locations=XM-XN-XT-XD>

جدول 18- طلبات تسجيل براءات الاختراع لغير المقيمين في مصر ودول العالم (2005-2018)

2018	2016	2014	2012	2010	2008	2005	البيان	
7	1	8	-	2	3	16	السودان	الدول ذات الدخل المنخفض
30	30	29	40	34	63	35	مدغشقر	
1156	1258	1384	1528	1625	1649	1008	جمهورية مصر العربية	دول الدخل المتوسط (الشريحة الدنيا)
271	348	400	476	508	472	282	تونس	
2531	1066	742	843	882	834	520	المغرب	
157093	133522	127042	117464	98111	9525	79842	الصين	دول الدخل لمتوسط (الشريحة العليا)
217	618	331	232	177	176	218	تركيا	
6480	6127	6267	5826	5152	4485	5764	ماليزيا	
1846	1738	1443	1331	1325	-	-	الإمارات العربية المتحدة	
59937	58137	60030	55783	54517	6089	59118	اليابان	الدول ذات الدخل المرتفع
336340	310244	293706	274033	248249	2247	182866	الولايات المتحدة الأمريكية	
47431	45406	46219	40779	38296	4351	38733	كوريا الجنوبية	
20802	19419	17811	14720	12198	1317	11855	المانيا	
-	-	-	-	-	-	-	مجموعة الدول منخفضة الدخل	
61741	56757	53488	50178	51570	4999	35071	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة الدنيا)	
232819	215790	214757	200968	168346	1752	145409	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة العليا)	
590468	541688	525822	492519	452686	4574	409958	مجموعة الدول مرتفعة الدخل	
885152	817899	795583	725312	674	68510	592862	العالم	
				530	3			

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , Patent applications, nonresidents.

كما تعد براءات الاختراع المسجّله دليل على مقدرة الدولة التكنولوجية¹، ويوضح الجدول (19) ان عدد براءات الاختراع المسجّلة لدى مكتب البراءات المصري قد تزايد من 147 فى عام 2005 الى 690 براءة اختراع مسجّله فى عام 2018. وتراجع الوزن النسبى لبراءات الاختراع الممنوحة للمصريين خلال الفتره المشار اليها من 34% فى عام 2005 الى 22.5% فى عام 2018 وفى المقابل تزايد الوزن النسبى لبراءات الاختراع المسجّل للاجانب فى مصر من 66% فى عام 2005 الى 77.5% فى عام 2018². وفى عام 2019 بلغ عدد براءات الاختراع 1766 براءة بينهم 1140 براءة للمصريين و626 براءة اختراع لغير المصريين.

كذلك يشير الجدول الى براءات الاختراع المصرية التى تم تحويلها الى جهاز تنمية الإبتكارات وما تم تسويقه منها خلال الفتره 2008-2018، حيث يتضح من الجدول انه فى عام 2008 بلغ عدد البراءات الممنوحة 361 براءة اختراع، ما تم تحويله لجهاز تنمية الابتكارات 33 اختراع فقط اى بنسبه 9.1% وما تم تسويقه 7 اختراعات، وهو ما يعكس الاستفادة الضعيفه من براءات الاختراع التى يتم تسجيلها، وقد إتسعت الفجوه بين براءات الاختراع التى يتم تسجيلها وبين ما يتم

¹ معهد التخطيط القومى، البحث العلمى والتطوير فى مصر والوطن العربى : واقعه ومستقبله، مجدى عبد الحافظ، 2013، ج1، ع1، ص 187.

² The World Bank, Data Bank Micro data , Patent applications, nonresidents.

تحويله الى جهاز تنمية الابتكارات, حيث بلغ عدد البراءات الممنوحة 690 براءة اختراع فى عام 2018, ما تم تحويله لجهاز تنمية الابتكارات 6 اختراعات اى بنسبه 0.87% وما تم تسويقه عدد 2 اختراع فقط .

كما تم إصدار 10 براءات اختراع لحساب الجامعات للمرة الأولى في عام 2019، علماً بأن إجمالي عدد البراءات المسجلة لحساب الجامعات المصرية في مكتب براءات الاختراع المصري في آخر عشر سنوات 2008-2018 لم يتجاوز 8 براءات، حيث كانت البراءات تسجل بأسماء الباحثين دون ذكر للجامعة.¹

جدول 19- البراءات الممنوحة من مكتب البراءات المصري وما تم تحويله لجهاز تنمية الإبتكارات وما تم تسويقه خلال الفترة (2005-2018)

السنة	البراءات الممنوحة للمصريين		البراءات الممنوحة للأجانب		الإجمالى	براءات الإختراع المصرية المحولة لجهاز تنمية الإبتكارات وما تم تسويقه		
	العدد	النسبة	العدد	النسبة		الاجمالي	ما تم تسويقه	نسبة التسويق
2005	50	34.0	97	66.0	147	-	-	-
2008	81	22.4	280	77.9	361	33	7	21.2
2010	38	11.8	283	88.2	321	76	3	3.9
2012	92	14.5	542	85.5	634	46	11	23.9
2014	66	15.9	349	84.1	415	26	13	50.0
2016	73	16.2	377	83.8	450	7	7	100.0
2018	155	22.5	535	77.5	690	6	2	29.0

المصدر: الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, مصر فى ارقام, اعداد متفرقه (2005-2018). (-) بيان غير متاح

¹ (وزارة البحث العلمى) <http://portal.mohesr.gov.eg/ar-eg/Pages/Scientific-research-in-numbers.aspx>

كما يوضح الجدول (20) براءات الاختراع الممنوحة للمصريين وفقا لمجال التخصص, حيث استحوذت الاحتياجات الانسانية على اكبر عدد من البراءات والتي بلغت 40 من اجمالى 81 فى عام 2008 يليها فى براءات الاختراع فى الكيمياء والفلزات ثم مجال التشكيل والنقل وظلت الاهميه النسبيه لتلك المجالات كما هى طوال الفتره من 2008-2018, وكانت المجالات الاقل فى براءات الاختراع خلال تلك الفتره هى الكهرباء والاتصالات حيث سجلت براهه اختراع واحدة فى 2008 ولم تسجل اى براءات اختراع فى عامى 2010, 2015 بينما تم تسجيل اربع براءات اختراع فى ذلك المجال فى عام 2018.

ويلاحظ ان هناك عدد من المجالات الحيويه مثال مجال الكهرباء والطاقة يعانى من ندرة براءات الاختراع مما يعكس عدم وجود خطة واضحة تدار بها عملية الاختراع والابتكار فى مصر وتوجيهها فى الاتجاهات ذات الاولوية.

جدول 20- البراءات الممنوحة للمصريين وفقا لمجال التخصص خلال الفترة (2005-2018)

التصنيف ⁽¹⁾	البيان	2008	2010	2015	2018
A	الإحتياجات الإنسانية	40	15	27	49
B	عمليات التشكيل والنقل	12	4	20	21
C	الكيمياء والفلزات	14	9	23	41
D	النسيج والورق	2	1	0	1
E	المباني الثابته	2	1	7	12
F	الهندسة الميكانيكية	5	4	4	17
G	الطبيعة والنوويات	5	4	11	10
H	الكهرباء والاتصالات	1	0	0	4
الإجمالى		81	38	92	155

المصدر: الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء, مصر فى ارقام, اعداد متفرقه (2005-2018).

(1) الرموز طبقا للتصنيف الدولى الموحد للبراءات (IPC)

3- تطور مؤشر صادرات التكنولوجيا المتقدمة كنسبة من صادرات السلع المصنوعة

تشمل صناعات التكنولوجيا المتقدمة المنتجات القائمة على البحوث العلمية ومنها الصناعات العسكرية المتطورة والصناعات الطبية والصيدلانية والأنظمة الزراعية التكنولوجية وأجهزة الإدارة الذكية والمراقبة والشرايح الإلكترونية وأنظمة الدوائر المتكاملة والحواسيب.¹

جدول 21- صادرات التكنولوجيا المتقدمة كنسبة من صادرات السلع المصنوعة في مصر ودول العالم (2019-2005)²

البيان	2019	2016	2014	2012	2010	2008	2007
الدول ذات الدخل المنخفض	-	-	-	1.38	0.2	0.1	-
السودان							
مدغشقر	0.37	0.77	064	0.46	1.21	072	1.1
دول الدخل المتوسط (الشريحة الدنيا)	2.34	0.5	1.25	0.62	0.95	1.1	-
جمهورية مصر العربية							
تونس	6.9	7.9	6.8	7.01	8.0	5.61	-
الهند	10.3	7.7	9.2	7.7	7.8	9.7	-
دول الدخل المتوسط (الشريحة العليا)	30.8	30.2	29.7	30.9	32.1	29.4	30.2
الصين							
تركيا	3.0	3.2	3.6	2.2	2.2	1.86	2.2
ماليزيا	51.9	49.1	49.2	47.5	49.3	-	-

¹ د/ عادل عبد الفتاح سلامة، دور الحاضنات التكنولوجية في إدارة البحث العلمي بالجامعات، مجلة كلية التربية، جامعة عين شمس - كلية التربية، ع39، ج3، 2015، ص105-106.
- معهد التخطيط القومي، نحو تعليم داعم للتنمية المستدامة في مصر، زينات محمد محمد طباله، ج25، ع1، 2017، ص152-154.

² أستندت الباحثة في تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولي للدول حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

18.7	17.6	17.8	18.3	19.1	18.8	20.1	اليابان	الدول ذات الدخل المرتفع
18.9	22.7	20.9	20.6	23.0	28.9	30.4	الولايات المتحدة الامريكية	
36.4	30.5	30.1	28.2	32.1	30.3	32.2	كوريا الجنوبية	
16.4	18.2	17.3	17.3	16.9	15.1	15.5	المانيا	
-	-	-	-	-	-	-	مجموعة الدول منخفضة الدخل	
17.7	10.9	9.4	8.2	6.9	-	-	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة الدنيا)	
23.8	23.8	22.7	22.2	23.4	18.8	20.1	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة العليا)	
20.4	19.8	18.6	18.7	21.1	20.1	20.6	مجموعة الدول مرتفعة الدخل	
21.0	20.1	18.9	18.8	20.8	19.5	20.4	العالم	

Source: The World Bank, Data Bank Micro data. High-technology exports (% of manufactured

exports). <https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.MF.ZS?view=chart>

(-) بيانات غير متاحة

ويوضح الجدول السابق ان الصادرات التكنولوجية المتقدمة كنسبة من صادرات السلع المصنوعة في مصر قد أخذت في التزايد خلال الفترة 2008-2019 من 1.1% في عام 2008 الى 2.34% في عام 2019, وعلى الرغم من تزايد نسبه صادرات مصر من التكنولوجيا المتقدمة الا ان ما احرزته مصر في ذلك يعد ضئيل جدا مقارنة بغيرها من الدول ذات الدخل المتساوي حيث يبلغ متوسط نسبه صادرات التكنولوجيا المتقدمة لمجموعة الدول متوسطة الدخل الشريحة الدنيا والشريحة المرتفعة على الترتيب الى 17.7% , 23.8% في عام 2019, وعلى سبيل المثال نجد ان كلا من تونس والهند (وهما دولتين يقعا في نفس المجموعة الدخلية التي تقع فيها مصر), قد نجحا في تنمية صادراتهما التكنولوجية

حيث بلغت 6.9%، 10.3% على الترتيب، بينما بلغ المعدل لكل من الصين وماليزيا الى 30.8%، 51.9% على الترتيب فى عام 2019.¹

4- تطور مؤشر صادرات التكنولوجيا المتقدمة بالاسعار الجارية بالدولار يوضح الجدول (22)، قيمة صادرات التكنولوجيا المتقدمة بالاسعار الجارية بالدولار، حيث توضح بيانات الجدول ان قيمة صادرات مصر من التكنولوجيا المتقدمة اخذت فى الارتفاع خلال الفتره من 2008-2020 حيث ارتفعت القيمة من 98 مليون دولار فى 2008 الى 125، 350 مليون دولار فى 2018، 2020 على التوالى . ولكن على الرغم من تزايد قيمة صادرات مصر للتكنولوجيا المتقدمة الا ان ما تم إحرازه يعد ضئيل جدا مقارنة بغيرها من الدول ذات الدخل المتساوى حيث يصل متوسط قيمة صادرات التكنولوجيا المتقدمة لمجموعة الدول متوسطه الدخل الشريحة الدنيا 148.69 مليار دولار فى عام 2018، اى ان نصيب مصر من تلك القيمة لا يتجاوز 0.08%، كذلك نجد ان كلا من تونس والهند (وهما دولتين يقعا فى نفس المجموعة الدخلية التى تقع فيها مصر)، قد نجحا فى تنمية صادراتهما التكنولوجيه خلال الفتره المشار اليها حيث بلغت قيمة الصادرات التكنولوجيه لكل من تونس والمغرب 833، 839 مليون على الترتيب

¹ The World Bank, Data Bank Micro data. High-technology exports (% of manufactured exports).

<https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.MF.ZS?view=chart>

دولارفى عام 2018 اى ما يتجاوز سته اضعاف قيمه ما حققته مصر فى نفس العام.¹

جدول 22- صادرات التكنولوجيا المتقدمة بالاسعار الجارية بالدولارفى مصر ودول العالم (القيمة بالمليار دولار)² (2005-2020)

2020	2018	2016	2014	2012	2010	2008	البيان
0.350	0.125	0.056	0.168	0.79	0.105	0.098	جمهورية مصر العربية
-	0.833	0.879	0.871	0.856	1.00	0.775	تونس
-	0.839	0.602	0.564	-	-	-	المغرب
757.7	731.9	594.6	653.9	593.9	474.5	390.1	الصين
4.20	3.77	3.44	4.31	2.34	1.95	1.93	تركيا
92.12	90.40	63.22	70.97	66.50	65.68	55.66	ماليزيا
102.96	111.01	99.29	107.61	129.76	130.19	130.66	اليابان
143.41	156.04	176.35	179.26	172.39	168.94	246.88	الولايات المتحدة الامريكية
163.99	192.79	135.90	149.05	130.66	132.07	110.79	كوريا الجنوبيه
180.66	210.08	206.13	216.30	204.07	180.52	183.54	المانيا
-	148.69	80.28	66.50	-	-	-	مجموعة الدول متوسطه الدخل (الشريحة الدنيا)
-	984.94	801.95	868.37	795.29	660.29	511.68	مجموعة الدول متوسطة الدخل (الشريحة العليا)
-	1780	1360	1440	1370	1390	-	مجموعة الدول مرتفعة الدخل

¹ The World Bank, Data Bank Micro data , High-technology exports (current US\$)

<https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.CD?end=2020&start=2008&view=chart>

² أستندت الباحثة فى تصنيف الدول حسب مستوى الدخل الى تصنيف البنك الدولى للدول حسب مستوى الدخل لعام 2020-2021 .

<https://data.worldbank.org/?locations=XM-XN-XT-XD>

-	2920	2240	2370	2220	-	-	العالم
---	------	------	------	------	---	---	--------

Source: The World Bank, Data Bank Micro data , High-technology exports (current US\$)

<https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.CD?end=2020&start=2008&view=chart>

ويتضح مما دراسته وتحليل مؤشرات واحصائيات واقع البحث العلمى وتطوره فى مصر خلال الفتره 2005-2020 , أن قطاع البحث العلمى فى مصر يتمتع بالعديد من نقاط القوة, وعلى الرغم من ذلك ما زال القطاع يعانى من بعض نقاط الضعف ويواجه العديد من المشكلات والمعوقات.

المبحث الثالث

أهم الجهود المصرية المعاصرة فى تطوير قطاع البحث العلمى¹

تعددت المبادرات والاستراتيجيات التى قامت بها الحكومة المصرية من بدايه تسعينيات القرن العشرين وحتى الان, وفيما يلي دراسة تحليلية لأهم المبادرات والاستراتيجيات التى تم الاخذ بها لتطوير البحث العلمى خلال الفتره 2005-2020.

¹ بدأت منظومة البحث العلمى فى مصر بصور مرسوم رسمى عام 1939 بإنشاء مجلس فؤاد الأول الاهلى والذى بدأ نشاطه العلمى عام 1947, ثم أصدرت الحكومة قانونا بإنشاء المجلس الأعلى للعلوم فى يناير 1956 والذى يعتبر البداية الحقيقيه لاعداد كوادر من الباحثين والعلماء, ثم انشأت أول وزارة للبحث العلمى والتكنولوجيا فى 1971, كما تم إنشاء مدينة الابحاث العلميه والتطبيقات التكنولوجية (مبارك سابقا) بالقرار الجمهورى رقم 5 لعام 1993 بهدف تعزيز القدرات المصرية للابتكار, ثم تم إنشاء المجلس الأعلى للعلوم والتكنولوجيا بقرار جمهورى رقم 217 لعام 2017. كما صدر قرار جمهورى رقم 218 لسنة 2007 بإنشاء صندوق العلوم والتنمية التكنولوجية ليتبع وزارة البحث العلمى.

لمزيد من التفصيل برجاء الرجوع الى : - محرم الحداد وآخرون, تطوير النظام القومى لادارة الدولة بالمعلومات وتكولوجياتها كركيزة أساسية لتنمية مصر, معهد التخطيط القومى, 2012, ص63-78.

- The World Bank, Reviews of National Policies for Education: Higher Education in Egypt,2010, p217-226.
https://read.oecd-ilibrary.org/education/reviews-of-national-policies-for-education-higher-education-in-egypt-2010_9789264084346-en#page9

اهم المبادرات والاستراتيجيات وما تم تحقيقه من انجازات خلال الفتره 2005-2014

- تمثلت أهم اهداف وسياسات البحث العلمى خلال تلك الفتره فيما يلى:¹
- وضع آليات للاستفادة من الانفاق على البحث العلمى لتفعيل دوره فى علاج قضايا المجتمع.
- تعديل نظام تمويل البحوث, حيث يتم انشاء صندوق يتم تمويله من المستثمرين المستفيدين من تطبيقات الابحاث العلمية.
- تطوير أداء مؤسسات البحث العلمى بما يتوافق ونظم الاعتماد وضمان الجودة.
- انشاء حضانات لتصنيع المنتجات الدوائية.
- تفعيل دور صندوق العلوم والتنمية التكنولوجية فى دعم القدرات الابتكارية والبحوث العلمية.
- دعم دور المجالس العلمية فى إعداد دراسات للتخطيط الاستراتيجى للعلوم والتكنولوجيا وفى تحديد المجالات البحثية ذات الأولوية القومية.
- استكمال بعض الاعمال الانشائية لمؤسسات ومراكز البحث العلمى.

¹ Ministry of Higher Education and Scientific Research of Egypt, Evaluation of the Egyptian Science, Research and Technology Landscape for the Design of the Egyptian Innovation Policy and Strategy, 2010, pp92-109

- رحاب حلمي منصور عثمان, البحث العلمى والتطوير التكنولوجى فى مصر كركيزة أساسية للتنمية القائمة على المعرفة, لنيل درجة ماجستير التخطيط والتنمية, معهد التخطيط القومى, 2017, ص51-67.

وكما هو موضح فى الجدول (23)، استهدفت خطط التنمية خلال تلك الفترة زيادة الانفاق الإستثمارى على البحث العلمى والتي تزايدت من حوالى 0.43 مليار جنيه فى عام 2005 الى 0.59 مليار جنيه فى 2010 ثم الى حوالى 1.65 مليار جنيه فى عام 2015، وعلى الرغم من الزيادة فى الرقم المطلق لحجم الانفاق الاستثمارى، الا ان نسبته من اجمالى الاستثمارات العامة المنفذة انخفضت خلال الفترة من 0.86% فى 2005 الى 0.68 % فى 2010 ثم ارتفعت النسبة الى 0.91% فى عام 2015. وقد تم توجيه تلك الاستثمارات فى أغلبها الى تأهيل مراكز ومعاهد البحوث، مثال : إمداد المعامل والمحطات البحثية بالاجهزة العلمية المتطورة. واستكمال مشروعات مدينة الابحاث العلمية والتطبيقات التكنولوجية (مبارك سابقا)، استكمال إنشاء محطة التحكم والاستقبال الارضية ببرنامج الفضاء المصرى بالهيئة القومية للاستشعار عن بعد.¹

جدول 23- تطور الانفاق الاستثمارى على البحث العلمى كنسبة من اجمالى الاستثمارات المنفذة

البيان	الانفاق الاستثمارى على البحث العلمى(1)	إجمالى الاستثمارات العامة المنفذة(2)	% الاستثمار فى البحث العلمى الى اجمالى الاستثمارات العامة المنفذة
2005	425.6	49415.9	0.86%
2010	592.5	87390.3	0.68%
2015	1649.4	181422.0	0.91%

المصدر : العمود (1) من إعداد الباحثه استنادا إلى البيان المالى للموازنة العامة للدولة، السنوات 2005-2015 .

المصدر : العمود (2) من اعداد الباحثة استنادا الى بيانات وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية، التنمية الاقتصادية،

بيانات الحسابات القومية، الاستثمارات العامة. <https://mped.gov.eg/Investment/Index?lang=ar>

¹ وزارة المالية، بيانات الموازنة العامة للدولة، سنوات مختلفة.

ويتضح مما سبق ضآله المخصص الاستثمارى لقطاع البحث العلمى كنسبة من الإجمالى، مما يعكس محدودية تضمين البحث العلمى فى الخطط القومية، وعدم وجود نسق واضح سواء بالزيادة او بالانخفاض خلال تلك الفترة.

اهم المبادرات والاستراتيجيات وما تم من تحقيقه من انجازات خلال الفترة 2015-2020

تبلور إهتمام الدولة بالبحث العلمى والتطوير فى تلك الفترة من خلال استراتيجية 2030، وتضمنت الاستراتيجية عشر محاور يمثل الابتكار والبحث العلمى المحور الثالث بها.¹ وتتمثل الرؤية الاستراتيجية للمعرفة والابتكار والبحث العلمى فى ثلاثة أهداف رئيسية:

- تهيئة بيئه محفزة لتوطين وإنتاج المعرفة: من خلال تعظيم الانتاج المعرفى وتهيئة البيئه التشريعية والاستثمارية والتمويلية وتوفير البنية الاساسية.

¹وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإدارى سابقاً)- استراتيجية التنمية المستدامة 2030- مرجع سابق، 2016، ص 88- 92

<https://enow.gov.eg/Report/Vision-Ar.pdf>

"إن إستراتيجية التنمية المستدامة " رؤية مصر 2030 "تركز على مفهوم التنمية المستدامة بأبعادها الأساسية الثلاثة: البعد الإقتصادى والبعد الإجتماعى والبعد البيئى . ويتضمن البعد الإقتصادى محاور التنمية الإقتصادية والطاقة والعلوم والتكنولوجيا والابتكار والشفافية وكفاءة المؤسسات الحكومية بحيث يهدف أن يكون المجتمع المصرى مجتمعا مبدعا ومبتكرا ومنتجا للعلوم والتكنولوجيا والمعارف عن طريق وجود نظام متكامل يضمن القيمة التتموية. "

- تفعيل وتطوير نظام وطنى متكامل للابتكار: من خلال تشجيع الانتاج الابداعى وزيادة الروابط بين الابتكار والاحتياجات التنموية وتطوير التعليم الاساسى والعالى والبحث والتطوير .
- ربط تطبيقات المعرفة ومخرجات الابتكار بالاولويات وكذلك تحديد التحديات القطاعية .

وضاعفت وزارة التعليم العالى والبحث العلمى جهودها منذ انطلاق إستراتيجية التنمية المستدامة والمتضمن محور الاستراتيجية القومية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار بمسارها:

المسار الاول: تهيئة بيئة محفزة وداعمة للتميز والابتكار في البحث العلمى.

المسار الثانى: إنتاج المعرفة ونقل وتوطين التكنولوجيا للمساهمة في التنمية الاقتصادية والمجتمعية وفي ضوء محور الريادة الدولية لمصر .

واستهدفت وزارة البحث العلمى خلال الفتره الممتده من 2015-2020 تحقيق اهداف الرؤية الاستراتيجية للمعرفة والابتكار والبحث العلمى 2030 من خلال عدد من البرامج الفرعية من أهمها :

البرنامج الفرعى تعميق التنمية التكنولوجية وربط البحث العلمى بالصناعة وتعميق التصنيع المحلى. حيث قامت وزارة البحث العلمى بإطلاق عدد من البرامج خلال تلك الفتره من شأنها المساهمه فى تحقيق ذلك من بينها:

- إطلاق البرنامج القومي للحاضنات التكنولوجية "انطلاق" فى عام 2015، حيث قامت أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا بإطلاق البرنامج ليكون مظلة لإنشاء وإدارة الحاضنات التكنولوجية، القادرة على تحويل الأفكار والابتكارات ومخرجات البحوث إلى منتجات ذات قدرة تنافسية وذلك من خلال استكشاف الأفكار الجديدة واحتضان أصحابها من الباحثين والمبتكرين ورواد الأعمال والطلاب فى الجامعات المصرية والمدارس الفنية، وتوفير البيئة المناسبة والدعم المادى والفنى للأفكار التكنولوجية المتميزة.

وبلغ إجمالي عدد الحاضنات ضمن برنامج الحاضنات بالاكاديمية فى عام 2018 عدد 19 حاضنة بتكلفة 28 مليون جنيه. وهي تتنوع ما بين حاضنات عامه وحاضنات متخصصة فى مجال النسيج والذكاء الصناعى والالكترونيات، كما قامت بدعم ما يزيد عن 90 شركة تكنولوجية وتخريج عدد 63 شركة عاملة فى الأسواق المحلية او العالمية على حد سواء وذلك بإجمالى 48 مليون جنيه مصري بين شركات مع جامعات حكومية مثل جامعة السويس وجامعه دمياط وجامعه الإسكندرية وجامعه عين شمس، ومراكز بحثية مثل معهد بحوث الالكترونيات، وبعض منظمات العمل المدنى، وبالتعاون مع جهات أجنبية عاملة فى مجال دعم الحاضنات والابتكار وريادة الأعمال مثل SEED, GIZ. كما قام البرنامج القومي

للحاضنات التكنولوجية انطلاق بتوفير ما يزيد عن 270 فرصة عمل بمتوسط 3 فرص عمل داخل كل شركة.¹

وفى عام 2018 كانت بدايه العمل ببرنامج الحكومة 2019/18-2022/21 (مصر تنطلق) وتضمن البرنامج السعى لتحقيق خمسة اهداف رئيسيه واعتبرت الحكومة المصرية حماية الامن القومى المصرى حجر الزاوية خلال الاربع سنوات الممتد خلالها تنفيذ البرنامج, ويعد الهدف الاستراتيجى الثانى للبرنامج هو بناء الانسان المصرى من خلال تطوير شامل للعملية التعليمية ونشر ثقافى العلوم والابتكار. ومن البرامج الفرعية التى تضمنها برنامج مصر تنطلق وترتبط بالبحث العلمى ما يلى :²

¹وزارة التعليم العالى والبحث العلمى, إنجازات البحث العلمى خلال عام 2018 والخطة المستقبلية للوزارة فى 2019.

- معهد التخطيط القومى, دور الابتكار فى التنمية الصناعية المستدامة فى مصر, سلسلة مذكرات خارجيه, رقم 1659, 2018, ص53.

² رئاسة مجلس الوزراء, برنامج عمل الحكومة 2019/18-2022/21 (مصر تنطلق)

https://mped.gov.eg/AdminPanel/sharedFiles/c5bcdef0-985f-4c9b-bf0c-4184a706ae6a_gov_program_2018_2019_2021_2022.pdf

تضمن برنامج مصر تنطلق خمسة اهداف استراتيجية هى :

- 1- حماية الامن القومى وسياسة مصر الخارجيه
- 2- بناء الانسان المصرى
- 3- التنمية الاقتصادية ورفع كفاءة الاداء الحكومى
- 4- النهوض بمستويات التشغيل
- 5- تحسين مستوى معيشة المواطن المصرى.

- البرنامج الفرعى نشر ثقافة العلوم والابتكار

إستهدف البرنامج تعظيم دور البحث العلمي في تطوير المرافق العامة والتحسين البيئي، وفى إطار ذلك البرنامج اطلقت الاكاديمية خلال العام المالى 2019/18 برنامج تحالفات المعرفة والتكنولوجيا بهدف توجيه ودعم الكفاءات الوطنية في الجامعات والمنظومات البحثية والمنظمات غير الحكومية لتسويق الابتكار ونقل التكنولوجيا لحل المشكلات الوطنية الملحة. ويمثل البرنامج شراكة جماعية للمنظومات المختلفة في التنمية الصناعية والتكنولوجيا حيث تكون القطاعات الصناعية هم الممثلين الأساسيين للإبتكار في التحالف، ويتكون كل تحالف من عشرة شركاء يضم على الأقل شريك واحد يمثل جهة بحثية أو أكاديمية بالإضافة إلى المنظمات الغير حكومية ذات الصلة والسلطات المحلية على أن يضم ثلاثة شركاء على الأقل من قطاع الصناعة، وبلغت عدد التحالفات 14 تحالف فى مجالات تحلية المياه والدواء والإلكترونيات والصناعات الغذائية والفضاء والطاقة الجديدة والبتروكيمياويات وتعميق التصنيع المحلى ويصل الدعم المالى لكل تحالف إلى 10 مليون جنيه مصري، بإجمالي تمويل قدره 170 مليون جنيه، ويشترك في تنفيذهم أكثر من 120 مؤسسة صناعة ما بين جامعات ومعاهد ومراكز بحثية ومؤسسات صناعية ومؤسسات مجتمع مدني.¹

ويقوم البرنامج على منهجية موازنة البرامج، وبرامج تنفيذية واضحة مع وضع مؤشرات اداء كل برنامج وتكلفته بما يسمح بمتابعة وقياس النتائج على مدار الاربع سنوات.

¹ لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع الى : وزارة التعليم العالى والبحث العلمى، الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030، 2019، مرجع سابق، ص ص 22-23.

وتم التعاقد لتنفيذ 582 مشروع بمجالات الطاقة والمياه والصحة والاتصالات والزراعة والتطبيقات التكنولوجية الحديثة والصناعات الإستراتيجية، وذلك في إطار تعزيز دور البحث العلمي في تطوير المرافق العامة والتحسين البيئي بإجمالي تمويل 195 مليون جنيه مصري.¹

كما قام معهد بحوث وتطوير الفلزات بدور في حسن استغلال الثروات المعدنية المنتشرة بمصر في إنتاج منتجات ذات قيمة مضافة (منتج وسيط أو منتج نهائي) بدلاً من تصديرها كمواد خام للخارج بأسعار متدنية وبالتالي المساهمة في خلق فرص عمل جديدة وزيادة الدخل القومي حيث قام المعهد بتنفيذ 22 مشروعاً لتعميق التصنيع المحلي و 18 مشروعاً دولياً و 7 مشروعات من مشاريع التحالفات تكنولوجية و 7 مشروعات لتقديم استشارات وتنفيذ 50 مشروع داخلي ممولة من ميزانية المركز لتمويل رسائل الماجستير والدكتوراة وشباب الباحثين كما قام المركز بتقديم أكثر من 4300 خدمة موجهة لخدمة المجتمع والصناعات الصغيرة والمتوسطة، وشارك المعهد في 15 مهمة علمية ما بين حضور مؤتمرات وورش عمل دولية.²

- د/ محمد صلاح السيد، دور الدولة في دعم البحث العلمي في مصر، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة- جامعة عين شمس، ع4، 2019، 236-240 .

¹ وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري سابقاً)، تقرير متابعة الاداء الاقتصادي والاجتماعي خلال العام المالي/18/ 2019، ص176-180.

² لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع الى : وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030، 2019، مرجع سابق، ص ص47-52.

- البرنامج الفرعى : تحسين جودة النظام البحثى والتكنولوجى

استهدف البرنامج استكمال العمل بالخطة القومية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار والربط بين البحث العلمى وقطاعات الانتاج والخدمات وتوجيه البحث العلمى نحو التخصصات ذات الاولوية مثل الطاقة المتجددة وتحتية المياه، الزراعة والغذاء والتخصصات الدقيقة لعلوم الحياة والعلوم الهندسية والتكنولوجيا الحديثة. وفى إطار ذلك البرنامج قام المركز القومى للبحوث بتنفيذ 49 مشروعاً محلياً فى عام 2018 بميزانية قدرها 30.94 مليون جنيه و9 مشروعات مع جهات محلية وأجنبية بميزانية قدرها 7,3 مليون جنيه. كما قامت مدينة الابحاث العلمية والتطبيقات التكنولوجية بعمل مخطط كامل للمنطقة الصناعية فى مدينة برج العرب وتحديد أنواع الشركات ومدى مطابقتها للشروط البيئية، وتم البدء فى تنفيذ خطة للتواصل مع الصناعة عن طريق زيارات أسبوعية لشركتين على الأقل فى الاسبوع وتنظيم لقاءات دورية لرفع وعى المجتمع فى منطقة جهاز برج العرب القديم والاتفاق مع جهاز برج العرب القديمة للبدء فى حل مشكلة تراكم المخلفات الصلبة باستخدام الهضم اللاهوائى.¹

كما تم اطلاق برنامج استاذ لكل مصنع ويهدف هذا البرنامج الى ربط البحث العلمى بالصناعة من خلال اتاحة الفرصه لباحث من الجامعات او المراكز البحثية

¹ الهضم اللاهوائى هو عملية يتم من خلالها تكسير المواد العضوية ، مثل فضلات الحيوانات أو الأطعمة المهذرة ، بواسطة البكتيريا فى غياب الأوكسجين. يتم ذلك عادة فى وعاء يسمى الهاضم. وتنتج هذه العملية سماداً يمكن استخدامه للزراعة وغاز حيوي يتكون فى الغالب من الميثان . لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع الى :د/أحمد جاد الله المقداد، الغاز الحيوى طاقة صديقة للبيئه، الهيئة العامة للبحوث العلمية الزراعية، دمشق، 2015، ص 2.

بدراسة مشكلة المؤسسات الصناعية وطرح حل لها. كذلك تم اطلاق برنامج بدايتى لدعم مشروعات التخرج الابتكارية للطلاب بتمويل 2.5 مليون جنيه مصرى، كما تم اطلاق برنامج جسور التنمية باجمالى تمويل 41 مليون جنيه ويستهدف البرنامج تنفيذ مشروعات بحثية مشتركة بين العلماء فى الداخل والخارج مما يقلل من الاثر السلبى لهجرة العقول المصرية للخارج، وبلغت عدد المشروعات 43 مشروع.¹

دعم إنشاء 56 معملاً مركزياً بتمويل 240 مليون جنيه للجامعات والمعاهد والمراكز البحثية، وإستكمال الأعمال الإنشائية بمقر معهد بحوث الالكترونيات بالمنطقة الصناعية، ودعم المراكز البحثية التابعة لوزارة البحث العلمي بالاستثمارات اللازمة للأنشطة البحثية والآلات والمعدات التي تساهم في رفع مستوى الأداء بالمعاهد لمواكبة التقدم العالمي.

البرنامج الفرعى : تعزيز دور البحث العلمى فى تحسين بيئة الأعمال. من خلال السعى إلى تطوير منظومة البحث العلمى، ووضع هيكل تنظيمى فاعل لها، وتعزيز قدرات العاملين بها، وبلغت تكلفة البرنامج 4.6 مليار جنيه، واستهدف البرنامج اصدار حزمة من التشريعات والقوانين مثل: قانون (المعايرة) والذى يهدف الى التأكد من ان الضوابط القانونية الحاكمة لوحدات ومعايير القياس فى مصر

¹وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإدارى سابقاً)، خطة التنمية المستدامة العام المالى 2016/ 2017، العام الاول من استراتيجية التنمية المستدامة: رؤية مصر 2030، ص 183-184.

متوافقه مع المعايير الدولية, كذلك اصدار قانون حوافز الابتكار, واستهداف زيادة الانفاق الكلى على البحث العلمى الى الدخل القومى الى 1.2% فى 2022/21.

وفى اطار دور التشريعات فى تهيئة البيئة الداعمة للعلوم والتكنولوجيا, فقد جاء دستور 2014 اكثر تفصيلا لدور التعليم والبحث العلمى فى عصر الثورة المعرفية فى الالفية الثالثة باعتبارهما قاطرة والتنمية والتقدم, حيث تضمن دستور 2014 العديد من المواد القانونية المنظمة للبحث العلمى فى مصر فقد تناولت المواد من 19-21 من دستور 2014 حق المواطن فى التعليم وتوفير خدمات البحث العلمى وفقا لمعايير الجودة العالمية كما تم التاكيد فى المادة 19 على ضرورة ربط البحث العلمى بالابتكار التكنولوجى من اجل اغلاق الفجوة بين البحث العلمى ومتطلبات الانتاج السلعى والخدمى.¹

ويعد تحديد مخصصات الدولة لدعم التعليم والبحث العلمى وللمرة الاولى من اهم اضافات دستور 2014 حيث توضح المادة رقم 23 فى دستور 2014 نسبا رقمية لنصيب الانفاق على التعليم والبحث العلمى من الناتج القومى المحلى تتصاعد تدريجيا لتتناسب مع النسب العالمية, حيث قدرت نسبة الانفاق على التعليم بشكل عام 4% والتعليم الجامعى 2% , اما البحث العلمى خصصت له نسبة إنفاق عام منفصلة قدرت ب 1% من الناتج المحلى الاجمالى, كما اكدت المادة 23 على دور البحث العلمى فى بناء اقتصاد المعرفة.

¹ وثيقة دستور جمهورية مصر العربية 2014.

كما نصت المادة 32 من دستور 2014 على التزام الدولة بالاستغلال الامثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها وتشجيع البحث العلمى المتعلق بها. كما تنص المادة 66 على ان حرية البحث العلمى مكفولة، وتلتزم الدولة برعاية الباحثين والمخترعين وحماية ابتكارتهم والعمل على تطبيقها. كما تنص المادة 69 على التزام الدولة بحمايه حقوق الملكية الفكرية بشتى انواعها، على ان تنشئ جهازا مختصا لرعاية تلك الحقوق وحمايتها القانونية .

كذلك يعد صدور قانون حوافز العلوم والتكنولوجيا والابتكار القانون رقم 23 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية رقم لسنة 2019، من التشريعات الداعمة لمنظومة العلوم والتكنولوجيا والابتكار، وزمن ضمن الحوافز التى يقدمها القانون للعلوم والتكنولوجيا والابتكار، الآتى:¹

- لهيئات التعليم العالى والبحث العلمى إنشاء أودية للعلوم والتكنولوجيا وحاضنات تكنولوجية بقرار من الوزير المختص، وبعد موافقة السلطة العلمية المختصة.
- لهيئات التعليم والبحث العلمى منفردة أو بالاشتراك مع الغير استغلال البحوث العلمية للنهوض بالمجتمع وتوفير موارد ذاتيه لها .
- لهيئات التعليم العالى والبحث العلمى تأسيس شركات بمفردها أو بالاشتراك مع الغير فى مجال تخصصها البحثى بهدف استغلال مخرجات البحث العلمى،

¹ الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرر (أ)، قانون حوافز العلوم والتكنولوجيا والابتكار، قانون رقم 23 لسنة 2018، ابريل 2018.

وللسلطة العلمية المختصة الموافقة على اشتراك الباحثين فى تلك الشركات بنسبة تحددها.

- تُعفى هيئات التعليم العالى والبحث العلمى من أداء الضرائب والرسوم الجمركية بما فيها الضريبة على القيمة المضافة على الأدوات والأجهزة والمواد اللازمة للمشروعات البحثية التى تستوردها من الخارج وذلك بالاتفاق بين الوزير المختص ووزير المالية.
 - للشركات الحق فى تمويل مشروعات البحث العلمى التى يتم الموافقة عليها من جانب السلطة العلمية المختصة، ويحسب هذا التمويل من ضمن مصروفات تلك الشركات عند حساب الوعاء الضريبي لضريبة الأرباح الصناعية والتجارية، وللأفراد كذلك تمويل هذه المشروعات ويخصم هذا التمويل من صافى الإيرادات الخاضعة للضريبة على الدخل، وذلك كله بما لا يتعارض مع مقتضيات الأمن القومى للبلاد.
 - تُعفى مكآفات الفرق البحثية لمشروعات البحث العلمى أو التطوير التى تتم الموافقة عليها من جانب السلطة العلمية المختصة من كافة أنواع الضرائب والرسوم إذا تم تمويل المشروع من منح خارجية وفقا للقواعد المعمول بها فى هذا الشأن.
- وإجمالاً لما سبق عرضه : تؤكد الجهود المصرية المعاصرة فى تطوير قطاع البحث العلمى والابتكار على حقيقة؛ توجه الدولة الى دعم القطاع والاهتمام به، الا ان تلك الجهود والمبادرات والاستراتيجيات المتتابعه لم تحدث تطوير ملحوظ فى أداء القطاع، وهذا ما اكدته المؤشرات والاحصائيات الرسمية التى تعكس أداء

البحث العلمى وتطوره فى مصر مقارنة بالمتوسط العالمى وبعض الدول ذات مستوى الدخل المتقارب خلال الفترة 2005-2020.

وفى ضوء مؤشرات أداء القطاع, والمشكلات والتحديات التى يواجهها, ومن خلال الإطلاع على الأدبيات والدراسات السابقة والدروس المستفادة منها, فيما يلى عدد من التوصيات للمساهمة فى حل المشكلات وتحسين الأداء.

النتائج والتوصيات

النتائج المستخلصة من البحث

فى ضوء دراسة وتحليل الوضع الراهن للبحث العلمى والتطوير فى مصر مقارنة بالعديد من دول العالم, فيما يلى أهم النتائج المستخلصة حول نقاط القوة وكذلك أهم التحديات والمشكلات التى يواجهها القطاع.

يعد من نقاط القوة فى قطاع البحث العلمى فى مصر

- على الرغم من تراجع ترتيب مصر فى المؤشر العالمى للتنافسية الدولية للبحث العلمى والابتكار خلال الفترة 2005-2014, الا ان المركز التنافسى لمصر تحسن تدريجيا خلال الفترة من 2015-2019, حيث تحسن الترتيب التنافسى للمؤشرات الفرعية : جودة المؤسسات البحثية, المركز التنافسى لانفاق الشركات على البحث والتطوير, التعاون البحثى بين الجامعات وقطاع الصناعة, نمو الشركات المبتكرة. كما ان أن الوضع التنافسى لمصر فى مؤشر القدره على الابتكار مقارنة بغيرها من الدول ذات الدخل المتقارب يُعد وضع تنافسى جيد. وكذلك وفقا لتصنيف مؤسسة SCImago الأسبانية, تحتل مؤسسات التعليم

الجامعى والبحث العلمى المصرىة فى عام 2020 ستة مراكز ضمن أفضل 15 مركز من اجمالى 218 مؤسسة بحثية فى إفريقيا.

- تحتل مصر مراكز متقدمة فى إنتاجية البحوث العلمية والتقنية المنشوره حيث تحتل المرتبة 28 من بين 230 دولة فى عام 2018, , بالاضافه الى التعاون الدولى للباحثين المصريين فى نشر الابحاث الدولية, حيث تعاون الباحثين المصريين مع 196 دولة حول العالم وتم نشر 37549 بحث مشترك خلال الفترة 2015-2018. مع زيادة ملحوظة فى النشر العلمى الدولى فى بعض المجالات, مثال: مجال العلوم الطبيعىة44.4%, العلوم الطبيعىة 24.8%, العلوم الهندسىة 21.2% .

- وتتجاوز براءات الاختراع سواء للمقيمين او غير المقيمين لمصر أكثر من اربعة اضعاف طلبات التسجيل لبراءات الاختراع لبعض الدول ذات الدخل المتقارب مثال تونس والمغرب خلال الفترة 2005-2019.

- وتضمن برنامج الحكومة (مصر تنطلق 2019/18-2022 /21) السعى لتحقيق خمسة اهداف رئيسيه, من ضمنها الهدف الاستراتيجى بناء الانسان المصرى من خلال تطوير شامل للعملية التعليمية ونشر ثقافى العلوم والابتكار, تحسين جودة النظام البحثى والتكنولوجى, وتعزيز دور البحث العلمى فى تحسين بيئة الأعمال. وأسفرت جهود الحكومة المعاصرة فى تطوير البحث العلمى على

عدد من النتائج الايجابية منها وجود شبكة من الحاضنات التكنولوجية وزيادة الدعم فى انشاء الشركات التكنولوجية.

- وفى اطار دور التشريعات فى تهيئة البيئة الداعمة للعلوم والتكنولوجيا , جاء دستور 2014 اكثر تفصيلا لدور التعليم والبحث العلمى , حيث تضمن دستور 2014 العديد من المواد القانونية المنظمة للبحث العلمى فى مصر والتي تؤكد على حق المواطن فى التعليم وتوفير خدمات البحث العلمى وفقا لمعايير الجودة العالمية, ودور البحث العلمى فى بناء اقتصاد المعرفة, وكذلك التزام الدولة بحمايه حقوق الملكية الفكرية بشتى انواعها, وتحفيز الاستثمار فيها وتشجيع البحث العلمى المتعلق بها. ويعد صدور قانون حوافز العلوم والتكنولوجيا والابتكار القانون رقم 23 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية رقم لسنة 2019, من التشريعات الداعمة لمنظومة العلوم والتكنولوجيا والإبتكار , حيث تضمن القانون العديد من الحوافز للعلوم والتكنولوجيا والابتكار.

اما عن اهم نقاط الضعف والتحديات التى تواجهها قطاع البحث العلمى فى مصر:

بالنسبة للجانب التمويلى

- يعد التمويل العام هو المصدر الاساسى لتمويل البحث العلمى فى مصر , وعلى الرغم من أن المادة رقم 23 فى دستور 2014 نصت على تخصيص نسبة إنفاق عام على البحث العلمى قدرت ب 1% من الناتج المحلى الاجمالى , تتصاعد تدريجيا لتتناسب مع النسب العالمية, الا ان قطاع البحث العلمى فى

مصر يعانى من ضعف الإنفاق العام بصفة عامة و ضآله المخصص الاستثمارى منه بصفه خاصه حيث لم تتعدى النسبة 31% من اجمالى الانفاق العام على البحث والتطوير خلال الفتره 2005-2020. وعلى الرغم من ضآلة مخصص الانفاق الاستثمارى على البحث العلمى الا انه يوجه فى معظمه الى تطوير المبانى والانشاءات والتجهيزات.

كما انه لا يتم نشر تقارير توضح الاستثمارات المنفذة فى القطاع ونتائج تنفيذها وما يُستهدف استكمالها حتى ينتهى تقييم تلك البرامج, كذلك لم يتم تحديد القطاعات الرائدة فى البحث العلمى والتي تحتاج للتركيز عليها لاحداث التنمية القائمة على المعرفة.

أما على الصعيد العالمى تعد نسبة الإنفاق على البحث العلمى والتطوير كنسبة من الناتج المحلى الإجمالى فى مصر اقل من المعدل العالمى, كذلك تتخض النسبة فى مصر عن النسبة فى مثيلاتها من الدول ذات الدخل المتقارب مثل تونس, وهو ما يبرز ضرورة تعزيز الجهود المبذولة فى مجالات البحث والتطوير.

- ضآلة دور القطاع الخاص والمنظمات غير الحكومية فى تمويل البحث العلمى, حيث لم تتعدى مساهمات القطاع الخاص فى التمويل نسبة 8% فى عام 2014 ثم اخذت تلك النسبة فى الإنخفاض حتى بلغت 3.9% فى عام 2018, وذلك على الرغم من أن الحكومات فى اغلب الدول لم تعد هى المسؤولة بمفردها على البحث العلمى والتطوير التكنولوجى.

بالنسبة للموارد البشرية والبنية التحتية بقطاع البحث العلمي

- على الرغم من تزايد عدد الباحثين والفنيين في مراكز البحث العلمي، إلا أن عدد الباحثون العاملون في مجال البحث العلمي/مليون شخص في مصر خلال الفترة من 2005-2018 يُعد أقل من المعدل السائد في مجموعة الدول ذات الدخل المماثل مثل تونس والمغرب كذلك أقل من المتوسط العالمي خلال نفس الفترة.

- قصور في مكونات البرامج التعليمية التي تؤسس لتنمية الجدارات البحثية والإبتكارية للطالب في مرحلة التعليم ما قبل الجامعي والجامعي. وكذلك قصور في الوعي الثقافي لدى الأفراد و المؤسسات والقطاعات المختلفة بدور البحث العلمي في التصدي للتحديات المجتمعية.

بالإضافة الى عدم التنسيق الجيد بين مراكز الابحاث المختلفة والجامعات في مجال البحوث العلمية، الأمر الذي يؤدي إلى إحتمالية تكرار الموضوعات البحثية وهدر الطاقات والامكانيات المادية وغيرها.

- كما يلاحظ على الخطط والاستراتيجيات المعاصرة لتطوير نشاط البحث العلمي أنها اهتمت بشكل اساسى بتطوير البنية التحتية للبحث العلمي من مباني وانشاءات وتجهيزات. وعلى الرغم من التزايد المضطرد لعدد مراكز ومؤسسات البحث العلمي إلا أن القطاع يعاني من الإفتقار للتوزيع الجيد لمراكز البحوث علي النطاق القومي حيث خلت الغالبية العظمى من محافظات الوجه القبلى حتى عام

2011 من اى مركز بحثى, وتركز معظمها فى محافظتى القاهرة والجيزة حيث استحوذا على حوالى 37.5% من إجمالى المراكز البحثية فى عام 2014.

بالإضافة الى تركيز حوالى 40.8% من المؤسسات العلمية فى قطاع التعليم العالى , بينما لا تتعدى نسبة المؤسسات العلمية التابعة للقطاعات الاقتصادية الانتاجية والخدمية مثال القطاع الزراعى او الصناعى والقطاع الصحى 8.8%, وندرة المراكز والمؤسسات البحثية التابعة للقطاع الخاص حيث لم تتعدى نسبة المؤسسات البحثية التابعة للقطاع الخاص 0.02% من الاجمالى فى عام 2010 بينما ينتمى غالبيتها الى الحكومة.

بالنسبة لمخرجات البحث العلمى والمنافسه الدولية

- يعانى القطاع من قلة وجود الشراكات الفاعلة بين مؤسسات البحث العلمى والقطاعات الاقتصادية التي لها علاقة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بالبحث العلمى. وحتى فى حالة وجود تعاون بين الصناعة وبعض الباحثين فإن ذلك يتم بصفة شخصية وليست مؤسسية لإيجاد بعض الحلول وحل بعض مشاكل التصنيع.
- على الرغم من أن براءات الاختراع سواء للمقيمين او غير المقيمين لمصر تجاوز أكثر من أربعة اضعاف طلبات التسجيل لبراءات الاختراع لبعض الدول ذات الدخل المتقارب مثال تونس والمغرب خلال الفترة 2005-2019. الا أن عدد البراءات المسجلة سنوياً للمقيمين لم تتجاوز نسبه 27% خلال الفترة 2005-2010 واخذت التنسبة فى الارتفاع حتى بلغت 47% عام 2018. كما ان هناك عدد من المجالات الحيويه مثال مجال الكهرباء والطاقة يعانى من قلة براءات

الاختراع مما يعكس عدم وجود خطة واضحة تدار بها عملية الاختراع والابتكار في مصر وتوجيهها في الاتجاهات ذات الاولوية.

- إنخفاض كفاءة آليات تسويق نتائج البحث العلمى للمستثمرين و رجال الأعمال, حيث بلغ عدد البراءات الممنوحة 690 براءة اختراع فى عام 2018, ما تم تحويله منهم لجهاز تنمية الابتكارات ستة اختراعات اى بنسبه 0.87% وما تم تسويقه عدد 2 اختراع فقط . مما يترتب عنه ضعف مساهمة مخرجات البحث العلمى فى حل مشاكل الانتاج, تحسين نوعية الحياه والبيئة.

- بالنسبة للمنافسة الدولية فقد تناول البحث عدد من مؤشرات البحث والتطوير الدولية والتي تتيح فرصة المقارنه بين ترتيب مصر وغيرها من الدول على مستوى العالم, حيث تراجع ترتيب مصر التنافسى فى مؤشر المنظمة العالمية للملكية الفكرية للبحث العلمى والابتكار خلال الفتره 2011-2018, بينما حدث تحسن طفيف خلال الفتره 2018-2020, الا انه ما زالت هناك فجوه كبيرة بين المحقق حاليا والمستهدف تحقيقه فى 2030 وفقا لرؤية مصر 2030.

أما مؤشر المعرفة العالمى فقد أوضح ان مصر أحرزت تقدم ملحوظ فى ترتيبها التنافسى الدولى, و أنّ مصر تتمتع بأداء جيد في مدخلات التعليم العالى كذلك تتمتع بنقاط قوة تتمثل في نسبة الطلاب الملتحقين بجامعةات مصنفة عالمياً، الا أنه لا يزال ترتيب مصر متاخرا مقارنة بغيرها من الدول العربيه, مما يعنى ضرورة بذل مزيد من الجهد لتطوير منظومة التعليم والبحث العلمى . كذلك يوضح المؤشر أن

هناك ثمة تحديات تواجه مصر في نسبة الطلاب الملتحقين ببرامج مهنية وتقنية ما بعد المرحلة الثانوية، وإنخفاض نسبة خريجي برامج العلوم والتكنولوجيا والهندسة والرياضيات في التعليم العالي. وعلى الرغم من تزايد عدد الجامعات المصرية خلال الخمسين سنة الماضية إلا أن الجامعات المصرية تحتل مراكز متأخرة في الترتيب العالمي للجامعات، وذلك سواء لتصنيف ويب ماتيريكس، أو تصنيف شنغهاي.

- تزايدت الصادرات التكنولوجية المتقدمة كنسبة من صادرات السلع المصنوعة في مصر من 1.1% في عام 2008 الى 2.34% في عام 2019، إلا أن ما أحرزته مصر في ذلك يعد ضئيل جدا مقارنة بغيرها من الدول ذات الدخل المتساوي حيث يبلغ متوسط نسبه صادرات التكنولوجيا المتقدمة لمجموعة الدول متوسطة الدخل الشريحة الدنيا والشريحة المرتفعة على الترتيب 17.7% ، 23.8% في عام 2019.

فيما يتعلق بخطط واستراتيجيات تطوير البحث العلمي في مصر

- تعددت وتعاقبت استراتيجيات تطوير البحث العلمي في مصر ولكن مع قصور في التخطيط القطاعي والذي يربط بين الاهداف الاستراتيجية للدولة بصفة عامة والأهداف الاقتصادية ومنظومة البحث العلمي بصفه خاصة وعدم وجود آلية ملزمة لمتابعة تنفيذ الخطط الإستراتيجية ومتابعة الأداء البحثي للجامعات والمراكز البحثية حتى يتسنى تقييم ما تم تنفيذه من تلك الخطط. بالإضافة الى انه لم يتم

تحديد القطاعات الرائدة فى مجال البحث العلمى ذات الاثر الأكبر فى إحداث التنمية القائمة على المعرفة .

حتى جاءت رؤية مصر 2030 تستهدف بشكل أساسى بشأن محور المعرفة والابتكار والبحث العلمى: تهيئة بيئه محفزة لتوطين وإنتاج المعرفة, تفعيل وتطوير نظام وطنى متكامل للابتكار, وربط تطبيقات المعرفة ومخرجات البحث العلمى بالاهداف والتحديات الوطنية, الا انه لم يتم ربط الاستراتيجية بالخطط السنوية للدولة باعتبارها المرآه التى تعكس الاهداف والاستراتيجيات القائمه ومحل التنفيذ. حيث جاءت الموازنة العامة للعام المالى 2017/2016 وهو العام الاول بعد اطلاق استراتيجية التنمية المستدامه 2030 دون أى ربط بين استراتيجيات البحث العلمى برؤية 2030 وخطة الموازنة العامة.

وكما سبق الاشارة فقد تم اضافته مجموعة من المؤشرات المستحدثة للبحث العلمى فى رؤية مصر 2030 بالاضافة الى المؤشرات الكمية الموجوده بالفعل, الا ان المؤشرات المستحدثة لم يتم تحديد القيم المستهدفه لها بحلول 2030. ولا قيم الاساس التى تعكس الوضع الحالى لتلك المؤشرات. فى حين اوضحت الرؤيه القيم الحالية للمؤشرات الكمية فى عام 2020 والقيم المستهدفه فى عام 2030.

توصيات البحث

فى ضوء مؤشرات أداء البحث العلمى فى مصر, والمشكلات والتحديات التى يواجهها القطاع, ومن خلال الإطلاع على الأدبيات والدراسات السابقة والدروس المستفادة منها, فيما يلى عدد من التوصيات للمساهمة فى حل المشكلات وتحسين الأداء.

أولاً- تعزيز الجانب التمويلي ومخصصات الانفاق على البحث العلمي

لتعزيز الجانب التمويلي ومخصصات الانفاق على البحث العلمي يوصى بالاتي:

أ- زيادة الانفاق العام على البحث العلمي

من الأهمية زيادة الانفاق العام على البحث العلمي للوصول الى النسبة المنصوص عليها دستوريا (1% من الناتج القومي الإجمالي) وأن تتزايد النسبة تدريجياً حتي تتفق مع المعدلات العالمية, مع ضرورة تحديد آلية لتوزيع ميزانية البحث العلمي بين المراكز والمؤسسات البحثية. آليه تضمن ترشيد الانفاق العام وتعظيم الإستفادة من الموارد المتاحة . كأن يتم الربط بين التمويل العام للبحث العلمي والعائد المتحقق منه, حيث يمكن من خلال التقييم الدوري إعداد قوائم يتم نشرها دوريا بالترتيب التنافسي المحلي بين مؤسسات ومراكز البحث العلمي, إعتمادا على عدد من المؤشرات منها عدد الابحاث العلمية المنشوره والمحكمة دوليا, عدد براءات الاختراع, الجوائز المحلية والدولية, على أن يتوقف الاعتماد المخصص للمؤسسات البحثية على ما تحرزه من تقدم في ترتيبها التنافسي.

ب- تنوع مصادر التمويل ودعم دور القطاع الخاص

يهتم هذا المسار بتنوع مصادر تمويل البحث العلمي وإيجاد مصادر تمويل جديدة لتخفيف العبء عن موازنة الدولة, ويمكن تحقيق ذلك من خلال:

- فرض رسوم على المختبرات والورش والمرافق البحثية التي تستخدمها مؤسسات الإنتاج بالمجتمع, كما يمكن السماح باستثمار شعارات الجامعة على المنتجات مقابل رسوم لصالح البحث العلمي. والتوسع في تقديم الخدمات البحثية المدفوعة للشركات ووحدات الانتاج .
- تبني برامج توعوية لافراد ومؤسسات القطاع الخاص تحث على التبرع للبحث العلمي, وان يتم خصم نسبة 0.5% من قيمه تجديد الاشتراكات السنويه في النقابات المهنية والنوادي الاجتماعية المختلفة لصالح نهضة مصر العلمية والتكنولوجية .

- دعم الشراكة بين الجامعات والمؤسسات البحثية والقطاعات الانتاجيه, مع وضع إستراتيجية بحثية تتحدد من خلالها الاهداف التكنولوجية والإحتياجات والموارد الماليه والبشرية اللازمة لتحقيق هذه الاهداف وفقا لبرامج زمنية محددة.
- دعم التجمعات الابتكارية وحاضنات ريادة الاعمال, لتهيئة بيئه محفزه للشركات الصغيرة والمتوسطة وتمكينها من المشاركة فى الأنشطة البحثية والابتكار.
- تبني حزمة من المحفزات التى من شأنها تشجيع القطاع الخاص على المساهمه فى أنشطة البحث العلمى ويمكن تحقيق ذلك من خلال: منح حوافز ضريبية تميزيه للمشروعات التى تساهم فى تمويل المجالات البحثيه ذات الأولويه فى خطط التنمية, كما يمكن منح امتيازات ضريبية وتقديم دعم مالى للاستثمارات الخاصة التى تنشئ مراكز بحثية.

كذلك يمكن للحكومة استحداث شهادات يمكن تسميتها بشهادات المسؤولية الاجتماعية يتم منحها كجوائز تقديرية للشركات التى تقوم بدعم البحث العلمى, على ان تخلق حيازه تلك الشهادات بعض المزايا لأصحابها مثال الإعفاء الكلى أو الجزئى من بعض الرسوم العامة .

ج- إنشاء صناديق وقفية بالجامعات تحت إشراف مجالسها لتمويل البحث العلمى.

لتخفيف العبء المالى عن موازنة الدولة ولتوفير موارد ماليه لتطوير المستوى التعليمى والبحثى والمساهمه فى تمويل التجهيزات وعمليات الاحلال والتجديد والصيانه لمنشآت ومراكز البحث العلمى, تبرز أهمية إنشاء صناديق وقفية بالجامعات تحت إشراف مجالسها لتمويل البحث العلمى, مع مراعاة ان يتم تسويق المشروعات البحثية للشركات والمؤسسات الانتاجية, وإخضاع الجهة المشرفة على إدارة الأوقاف بالجامعات للجهات الرقابية؛ لطمأنة الواقفين على مشروعية وسلامة

التعاملات، مع إصدار تقارير دورية عن التبرعات الوقفية تشمل، حجم إيراداتها، مجالات استثمارها، وإتاحة هذه التقارير للاطلاع للراغبين من ذوي الشأن.¹

مع منح بعض الحوافز المعنوية التشجيعية للمتبرعين، مثال: إطلاق اسم المتبرعين على بعض مباني وإنشاءات الجامعة، قاعات بحثية، أو معامل تدريبية. كذلك يمكن إشراك كبار المتبرعين في مجالس الجامعات والكليات للمشاركة في اتخاذ قرارات لها علاقة بالأوقاف، وكذا للاستفادة من خبراتهم كرجال أعمال في مجال الاستشارات والدراسات والبحوث والمشكلات التي تواجهها هذه المؤسسات من أجل تطوير استثماراتها وكفاءتها الإنتاجية والخدمية.

مع ملاحظة ان زيادة مخصصات الانفاق على البحث العلمى يجب أن تتواكب مع تخطيط استراتيجى يربط بين مخرجات البحث العلمى والاولويات القومية والتحديات القطاعية. وان تراعى الخطط الاستراتيجية للتطوير الابعاد الاخرى فى المنظومة والتي يأتى فى مقدمتها القوى البشرى من باحثين وعلماء والاطار التشريعى والتنظيمى لمنظومة البحث العلمى .

ثانيا- رفع كفاءة الموارد البشرية والمادية لمنظومة البحث العلمى

إن الارتقاء بمخرجات منظومة البحث العلمى يتوقف بدرجة كبيرة على جودة مدخلاته، والتي يعد من أهمها الموارد المادية والبشرية من باحثين وعلماء، وفيما يلي عدد من التوصيات فى ذلك المسار:

- ربط جميع الجامعات والمراكز والمؤسسات البحثية بمنصة الكترونيه تعمل على شبكه المعلومات الدولية تحتوى على قاعده بيانات متكامله لكافه الموارد التكنولوجية المصرية فى مختلف التخصصات والمجالات التكنولوجية وكافة الموارد من الكوادر العلميه الرئيسيه والمساعدة والاصول المادية والابحاث الأكاديمية والفنية مما يتيح إمكانية قياس مستوى الاستعداد التكنولوجي لكافة الجهات

¹ د /فياض عبد المنعم حسانين، دور الوقف الخيري في تمويل التعليم العالي في مصر، المجلة العلمية لقطاع كليات التجارة -جامعة الأزهر، ع11، 2014، ص236- 241.

الأكاديمية والبحثية المصرية، وتسهيل الوصول للكوادر والموارد المادية اللازمة لتنفيذ مختلف الأنشطة البحثية المشتركة، كما ان إتاحة قاعدة البيانات لمتخذي القرار تمكنهم من بناء رؤية واقعية عن الاعمال البحثية المطلوب تنفيذها في إطار أولويات برنامج الحكومة المصرية.

- زيادة عدد البعثات والمنح الدراسية لطلاب الدراسات العليا وأعضاء هيئتي التدريس والبحوث الى الجامعات والمؤسسات البحثية ذات التصنيف العالمي المتقدم. مع التركيز على مجالات العلوم الحديثة والمستقبلية، والبحوث التطبيقية وبحوث نقل التكنولوجيا. والإهتمام بالإرتقاء بمستوى المجالات العلمية المصرية ووضعها في مصاف المجالات العالمية.

- توفير الاجهزة والمختبرات والمعدات اللازمة للقيام بالابحاث العلمية وذلك من خلال الموارد الخاصة بالجامعات أو بالتعاون مع مؤسسات القطاع العام والخاص. وزيادة الدورات التدريبية المكثفة وورش العمل للإرتقاء بمستوى الباحثين الناشئين وطلاب الدراسات العليا ونشر ثقافة زيادة الأعمال فيما بينهم.

- إنشاء مجموعات بحثية ذات قدرات متميزة ومتخصصة، كأن يتم تشجيع الغرف التجارية والصناعية والنقابات العمالية على إنشاء وحدات بحوث وتطوير بما يتيح فرصة إجراء بحوث متميزة في مجالها .

- من الأهمية تطوير المناهج التعليمية وطرق التعلم ومراعاة التوظيف الجيد للتكنولوجيا الرقمية بما يسهم في تنمية القدرات والمهارات البحثية للطلاب في مراحل التعليم قبل الجامعي والجامعي. مع ضرورة نشر ثقافة البحث والابتكار، من خلال قيام الجامعة والمراكز والمعاهد البحثية بعمل إتفاقيات (بروتوكولات) تعاون وشراكة مع مؤسسات التعليم ما قبل الجامعي (عام وفني)، كما يجب مواصلة تحسين الصورة الذهنية للمجتمع عن التعليم الفني .

- ربط الابحاث العلمية بالاستراتيجية العامة للبحث العلمي في مصر، والاهتمام بالحوافز المادية والمعنوية المناسبة للكفاءات المتميزة في مجال البحث

العلمي، على ان يرتبط الحافز بمدى امكانيه تطوير المشروع البحثي لمنتج مادي او خدمي يساهم في سد احتياجات المجتمع.

- الاهتمام بدور حاضنات الاعمال في استيعاب الباحثين والعلماء للحد من هجرة العقول الى الخارج. حيث تعمل الحاضنات على توفير البئيه الملائمة للعلماء، والمساهمه في تسويق الاختراعات الجيدة، دعم الافكار الابتكارية وتوفير الدعم المادي والفنى اللازم لذلك .

- إن توفير بيئه ملائمة ومشجعة للبحث العلمي من العناصر الضرورية للابداع، كما ان الاهتمام بتحسين الوضع المادي للعاملين في مجال البحث العلمي، يعنى تكريس وقت الباحث للبحث العلمي فقط دون تشتت في او الانشغال في محاولة البحث عن عمل اضافي يساهم في سد إحتياجاته المادية.¹

ثالثا- تطوير الإطار التنظيمي والمؤسسي لقطاع البحث العلمي

يستهدف تطوير الاطار التنظيمي لقطاع البحث العلمي، إعادة الهيكلة بما يساهم في تحقيق التكامل بين قطاع البحث العلمي وبين أولويات الاستراتيجية العامة للدولة، ويمكن ان يتم ذلك من خلال:

- إعتداد استراتيجية واضحة للبحث العلمي على مستوى الاقتصاد تتضمن الأهداف، الأولويات والرؤى المستقبلية العامة، بما يتوافق مع الاستراتيجية العامة للدولة. على ان يتم ترجمة تلك الاستراتيجية من خلال صياغة هيكل تنظيمي فاعل يُحدد المسؤوليات، الصلاحيات، العلاقات البينية بين جميع الأطراف المعنية بالبحث العلمي، ومؤشرات قياس الأداء والمحاسبة، مع تحديد التوجهات

¹ د/ المرسى السيد حجازى، الاستثمار في الإنسان والتنمية الاقتصادية في مصر: قراءة تحليلية مقارنة لمؤشرات التنمية البشرية، المؤتمر العلمي الحادى عشر، إستراتيجيات إعادة بناء الاقتصاد الوطنى وتنمية المجتمع فى المرحلة القادمة، 17، 18 اكتوبر 2012، كلية التجارة، جامعة الاسكندرية، ص2-4.

الاستراتيجية لكل مؤسسة. على أن يتم نشر تقارير دورية توضح مؤشرات أداء المؤسسات البحثية المختلفة.

- إنشاء لجنة قومية تتولى مسؤولية صياغة آليات الشراكة والتكامل بين مراكز التميز البحثي محلياً ودولياً. على أن يكون من مهام تلك اللجنة تطبيق معايير الجودة العالمية في تجهيزات وإنشاءات مراكز ومؤسسات البحث العلمي في مصر، بالإضافة الى ضرورة متابعة تقييم وتحليل مركز مصر التنافسي في التقارير الدولية فيما يتعلق بمؤشرات البحث العلمي والابتكار.

- إنشاء شبكة عربيه للبحث العلمي والتطوير لتعزيز التعاون الاقليمي بين مصر والدول العربية وتبادل الخبرات فيما بينها، تقوم على المشاركة في التمويل وتوفير الموارد البشرية مما يساهم في حل جانب من المشكلة التمويلية لبعض الدول ومنها مصر. بالإضافة الى تحسين جودة البحوث العلمية المشتركة.

- تنسيق وتطوير التعاون الدولي لخدمة الأهداف الإستراتيجية للدولة، على أن يتزامن ذلك مع انشاء مراكز نقل التكنولوجيا تقوم على إمداد الصناعات بالمعلومات الكافية عن التكنولوجيات المتاحة وافضل البدائل .

- الانتقال التدريجي من مجرد نقل وتوطين التكنولوجيا الى محاكاة تلك التكنولوجيا وتطويرها ونتاجها محليا، مع توجيه البحث العلمي ومخرجاته للمساهمة في حل المشاكل الملحة والضاغطة التي يعانى منها المجتمع، خاصة في مجالات الطاقة، المياه، الصحة، السكان والزراعة، الغذاء، البيئة والصناعات الإستراتيجية. ثم الانتقال التدريجي من الصناعات كثيفة العمالة الى الصناعات كثيفة التكنولوجي، مما يؤهل الى الاتجاه نحو الانتاج التصديري ذو المحتوى التكنولوجي الراقى والقيمة المضافة العاليه.

رابعا- تكثيف الاهتمام بتسويق مخرجات البحث العلمي من خلال

- إنشاء برنامج لتبنى مخرجات البحث العلمي والاستفادة من براءات الاختراع المسجلة. وتقديم الدعم اللازم للوصول الى مرحلة التطبيق، بالتعاون مع مراكز

عالمية متميزة في الابتكار والتسويق التكنولوجي. كذلك يمكن إنشاء منصة إلكترونية تربط بين الباحثين والمستفيدين من الأبحاث ونتائجها.

- تكثيف التعاون بين مكتب براءات الاختراع وجهاز تنمية الابتكار والاختراع المصرى، حيث ان هناك فجوة بين براءات الاختراع التى يتم تسجيلها وبين ما يتم تحويله الى جهاز تنميه الابتكارات وتسويقه، وهو ما يعكس الاستفاده الضعيفه من براءات الاختراع التى يتم تسجيلها. فكما سبق الاشارة أن براءات الاختراع للمصريين بلغت 155 اختراع فى 2018، بينما ما تم تحويله فقط منهم الى مكتب براءات الاختراع 6 اختراعات، وما تم تسويقه 2 اختراع فقط.

خامسا - تطوير الإطار التشريعي واللوائح الحاكمة لمنظومة البحث العلمى

إن تهيئة بيئه محفزة لتوطين وإنتاج المعرفة يتطلب تحديث منظومة القوانين والتشريعات واللوائح الحاكمة لإدارة عملية البحث العلمى، وفيما يلى بعض التوصيات فى ذلك المسار:

- سن التشريعات التى تعطى تسهيلات ضريبية بالإعفاء النهائى أو بالخصم من الوعاء الضريبي لرجال الأعمال والشركات الصناعية التى تستثمر أموالها فى أوقاف تعليمية.

- النص قانونا على إمكانية تلقي الجامعات للأوقاف من المانحين، وإدارتها، ويمكن الاسترشاد فى ذلك بالخبرات العربية والعالمية.

سادسا - رفع الجانب التوعوى للمجتمع بأهمية البحث العلمى من خلال

- زيادة وعى المجتمع بأهمية العلم والتكنولوجيا والتشجيع على التفكير الابداعى وتنمية ثقافة الابتكار لدى النشء والمجتمع.

- نشر الوعي بين أفراد المجتمع بمشروعية الوقف وكونه من قبيل الصدقة الجارية، وإبراز أهميته ودوره الرائد فى صناعة الحضارة الإسلامية وإسهاماته العظيمة فى النهضة العلمية فى المجتمع الإسلامى. وتكثيف الدعاية المجتمعية

لتغيير النظرة الضيقة القاصرة التي تحصر مفهوم الوقف وتربطه بممارسات متعلقة بالمساجد والمصاحف والمقابر .

- التأكيد على المسؤولية الاجتماعية للقطاع الخاص والمجتمع المدني تجاه المساهمة في حل مشكلا المجتمع كالبطالة والرعاية الصحية والمشكلات البيئية ومشكلات البحث والتطوير والتدريب والتأهيل المهني.

قائمة المراجع

أو لا- المراجع العربية

أ- الكتب

- د/ أشرف العربي وآخرون, حول بيئه جاذبة لرأسمال البشرى فى ظل إقتصاد المعرفة, مركز دراسات وبحوث الدول النامية, كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة, 2006.

- د/ جابر جاد نصار, أصول وفنون البحث العلمي (الطبعة الثالثة), دار النهضة العربية, القاهرة, 2005.

- د/ محمد رشيد الفيل, البحث والتطوير والابتكار العلمي في الوطن العربي في مواجهة التحدي التكنولوجي والهجرة المعاكسة, دار مجدلاوى للنشر والتوزيع, عمان - الاردن, 2000.

ب- الرسائل العلمية

- تغريد حسين محمد الميالي, الانفاق على البحث والتطوير مدخلاً معاصراً للتنمية الاقتصادية في العراق في ضوء تجارب مختارة, لنيل درجة ماجستير في العلوم الاقتصادية /جامعة القادسية- العراق, 2016.

- رحاب حلمي منصور عثمان, معهد التخطيط القومي, البحث العلمي والتطوير التكنولوجى في مصر كركيزة أساسية للتنمية القائمة على المعرفة, لنيل درجة ماجستير التخطيط والتنمية, 2017.

- محمد حنفي محمد حنفي, معهد التخطيط القومي, دور رأس المال البشري في الاقتصاد القائم على المعرفة (مع التطبيق على جمهورية مصر العربية), لنيل درجة ماجستير التخطيط والتنمية, 2018.

- محمود أحمد محمود , البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية, لنيل درجة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة المنصورة ٢٠٠٦.

ج- الدوريات والمؤتمرات العلمية والبحثية

- د/ المرسى السيد حجازى, الاستثمار في الإنسان والتنمية الاقتصادية في مصر: قراءة تحليلية مقارنة لمؤشرات التنمية البشرية, المؤتمر العلمى الحادى عشر, إستراتيجيات إعادة بناء الاقتصاد الوطنى وتنمية المجتمع فى المرحلة القادمة, 17, 18 أكتوبر 2012, كلية التجارة , جامعة الاسكندرية.

- د/ ابتسام علي حسين وآخرون, دور البحث العلمي والابتكار المعرفي في تحقيق النمو الاقتصادي المستدام تجارب دولية مختارة, مجلة التنمية الاقتصادية, جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي- العراق, ع1, ج6, 2021, ص36-52.

- د/ دعاء حسن رفعت, اقتصاديات الإنفاق على البحث والتطوير في مصر وأثره على القدرة التنافسية :دراسة إحصائية, المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية, جامعة قناة السويس - كلية التجارة بالاسماعيلية, ج7, ص 111-140.

- د/ روضة يوسف أمين, أثر الإنفاق على البحث والتطوير على النمو الإقتصادي فى مصر, مجلة الدراسات والبحوث التجارية, جامعة بنها - كلية التجارة, ع2, 2017, ص713-738.

- د /فياض عبد المنعم حسانين, دور الوقف الخيري في تمويل التعليم العالي في مصر, المجلة العلمية لقطاع كليات التجارة -جامعة الأزهر, ع11, 2014, ص220-253.

- د/ محمد ضياء الدين زاهر وآخرون، منظومة البحث العلمي بمراكز البحث فى الجامعات المصرية"الواقع والمأمول"، مجلة كلية التربية ببنها، ع105، ج 1، 2016، 273-313.
- د/ محمد صلاح السيد، دور الدولة فى دعم البحث العلمى فى مصر، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة- جامعة عين شمس ، ع4، 2019، 231-250 .
- د/محمود عطا محمد على، العلاقة بين البحث العلمى الجامعى والمؤسسات الإنتاجية فى مصر فى ضوء خبرات بعض الدول الأجنبية، مجلة كلية التربية بالزقازيق جامعة الزقازيق - كلية التربية، ع28، 1997، ص233-296.
- د / نادر مبارك مطلق فهد العدوانى، دور البحث العلمى فى تحقيق التنمية المستدامة فى الكويت دراسة مقارنة، مجلة الدراسات التجارية المعاصرة، كلية التجارة-جامعة كفر الشيخ، المجلد السابع . العدد الحادى عشر الجزء الثانى، يناير 2021، ص564 ، ص 561-587.
- د/ عادل عبد الفتاح سلامة، دور الحاضنات التكنولوجية فى إدارة البحث العلمى بالجامعات، مجلة كلية التربية، جامعة عين شمس - كلية التربية، ع39، ج3، 2015، ص93-158.
- د/هشام محمد العجمى، دور المجتمع الأهلى فى دعم وتمويل التعليم العالى والبحث العلمى، دراسة تطبيقية على مصر، مجلة التجارة والتمويل، كلية التجارة، جامعة طنطا، 2012، ع2، ص329-384.
- د/ هيثم محمد عبد القادر، دور البحث العلمى فى زيادة الإنتاجية الكلية وإنعكاسها على التقدم الإقتصادى للدولة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، ج104، ع510، 2013، ص375-414.
- د- النشرات والتقارير الرسمية**
- الجهاز المركزى للتعبئة والإحصاء، مصر فى ارقام، اعداد متفرقه (2005-2018).

- الهيئة العامة للبحوث العلمية الزراعية، أحمد جاد الله المقداد، الغاز الحيوى طاقة صديقة للبيئة، دمشق، 2015.
 - رئاسة مجلس الوزراء، برنامج عمل الحكومة 2019/18-2022/21 (مصر تتطلق) .
 - مجلس الوزراء- مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار: البحث العلمى فى مصر هل يكفل التقدم المنشود، تقرير السنة الخامسة، العدد 59 ، نوفمبر 2011.
 - معهد التخطيط القومى، محرم الحداد واخرون، تطوير النظام القومى لادارة الدولة بالمعلومات وتكنولوجياتها كركيزة أساسية لتنمية مصر ، 2012.
 - معهد التخطيط القومى، دور الابتكار فى التنمية الصناعية المستدامة فى مصر، سلسلة مذكرات خارجيه، رقم 1659، 2018.
 - معهد التخطيط القومى، نحو تعليم داعم للتنمية المستدامة فى مصر، زينات محمد محمد طباله، ج25، ع1، 2017، 150-163.
 - معهد التخطيط القومى، البحث العلمى والتطوير فى مصر والوطن العربى : واقعه ومستقبله، مجدى عبد الحافظ، 2013، ج21، ع1، 184-197.
 - معهد التخطيط القومى، تطوير منظومة التعليم العالى فى مصر، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية 286، 2017.
 - مؤشر المعرفة العالمى، المكتب الاقليمى للدول العربية (برنامج الامم المتحده الانمائى)، مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم، 2018-2020.
 - وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإدارى سابقاً)، تقرير متابعة الاداء الاقتصادى والاجتماعى خلال العام المالى 2019 /18.
 - وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإدارى سابقاً)- استراتيجية التنمية المستدامة 2030- رؤية مصر 2030، 2016.
- <https://enow.gov.eg/Report/Vision-Ar.pdf>

- وزارة التخطيط والتنمية الاقتصادية (وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإدارى سابقاً)، خطة التنمية المستدامة العام المالى 2016/2017، العام الاول من استراتيجية التنمية المستدامة: رؤية مصر 2030.
- وزارة التعليم العالى والبحث العلمى، الاستراتيجية القومية المصرية للعلوم والتكنولوجيا والابتكار 2030، 2019.
- وزارة التعليم العالى والبحث العلمى، إنجازات وزارة البحث العلمى خلال عام 2018 والخطة المستقبلية للوزارة فى 2019.
- وزارة التعليم العالى والبحث العلمى، خريطة مؤسسات البحث العلمى فى مصر . <http://portal.mohe.gov.eg/ar-eg>
- وزارة المالية، بيانات الموازنة العامة للدولة، سنوات مختلفة.

هـ- التشريعات والقوانين

- الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرر (أ)، قانون حوافز العلوم والتكنولوجيا والابتكار، قانون رقم 23 لسنة 2018، ابريل 2018.
- وثيقة الدستور المصرى، 2014.

https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=ar

ثانيا - المراجع الأجنبية

- Alecso Observatory, Shares of world R&D expenditure (GERD) by region. <http://observatory.alecso.org/Data/en/>
- David B. Hertz: The Theory and Practice of Industrial Research, McGraw hill co, 1950.
- Ministry of Economy, Trade, and Industry, Japan. (February, 2003) Overview of the results of the Japan-US Entrepreneurial Forum. Retrieved January 29, 2004 .

<http://www.meti.go.jp/english/information/data/JUSrelation/cJUSEntree>

- Ministry of science & technology of the people republic of china, support information center, 2007.
- Ministry of Higher Education and Scientific Research of Egypt, Evaluation of the Egyptian Science, Research and Technology Landscape for the Design of the Egyptian Innovation Policy and Strategy – Final Report, 2010
- Ministry of Higher Education and Scientific Research of Egypt, Innovation Policy and Strategy, Final report, ,Cairo, 2010
- National Science Foundation (NSF), Definitions of Research and Development: An Annotated Compilation of Official Sources, 2018.

<https://www.nsf.gov/statistics/randdef/rd-definitions.pdf>

- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Frascati Manual: Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, Chapter 2: Concepts and definitions for identifying R&D, 2015, pp43–80.

<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264239012-4>

- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Frascati Manual: The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities Guidelines for

Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development.2015

- Report of publicly Funded R&D and Economic Development in Northern Ireland, No 133 , December 1999.
- SciMago Institutions Rankings, <https://www.scimagoir.com/>
- Shanghai Ranking, Academic Ranking of World Universities, 2014–2020
- <http://www.shanghairanking.com/rankings/arwu/2020>
- The Food and Agriculture Organization (United Nations) FAO, Sustainable agriculture and rural development, <http://www.fao.org/3/u8480e/u8480e0l.htm>
- The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Conservation for Sustainable Development report,PP32–35, 1980.
<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCS-004.pdf>
- The World Bank, Data Bank Micro data , Research and development expenditure (%of GDP).
<https://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>
- The World Bank, Data Bank Micro data , Researchers in R&D (per million people).
<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.SCIE.RD.P6>
- The World Bank, Data Bank Micro data , Scientific and technical journal articles.

<https://data.worldbank.org/indicator/IP.JRN.ARTC.SC?start=2005&view=chart>

– The World Bank, Data Bank Micro data , Patent applications, residents, nonresidents.

<https://data.worldbank.org/indicator/IP.PAT.NRES?locations=XT&start=2005&view=chart>

– The World Bank, Data Bank Micro data. High–technology exports (% of manufactured exports).

<https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.MF.ZS?view=chart>

– The World Bank, Data Bank Micro data , High–technology exports (current US\$).

<https://data.worldbank.org/indicator/TX.VAL.TECH.CD?end=2020&start=2008&view=chart>

– The World Bank, Data for Low income, Lower middle income, Upper middle income, High income.

<https://data.worldbank.org/?locations=XM–XN–XT–XD>

–The World Bank, Reviews of National Policies for Education: Higher Education in Egypt, 2010, p217–226. https://read.oecd-ilibrary.org/education/reviews-of-national-policies-for-education-higher-education-in-egypt-2010_9789264084346-en#page9

– United Nations Development Programme, Sustainable Development Goals, Historic New Sustainable Development Agenda Unanimously Adopted by 193 UN Members.

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/09/historic-new-sustainable-development-agenda-unanimously-adopted-by-193-un-members/>

– United Nations Educational, Science and Cultural Organization, Unesco Institute Statistics: Research and experimental development (R&D), Definition.

<http://uis.unesco.org/en/glossary-term/research-and-experimental-development-rd>

– Webometrics Ranking, Academic Ranking of World Universities, 2014–2020

<https://www.webometrics.info/en/Africa/Egypt>

– World Economic Forum: The Global Competitiveness Report, 2005–2019.

– World Intellectual Property Organization (WIPO), Global Innovation Index.

https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4560&plan_g=AR

أبحاث في القانون الدولي العام

النظام القانوني الدولي للمسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم
الاعتداء على الممتلكات الثقافية

د. أحمد المهدي بالله

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية الحقوق-جامعة القاهرة

المقدمة

أولاً: موضوع البحث:

هناك تاريخ ممتد للاعتداء على الممتلكات الثقافية إبان فترة النزاعات المسلحة. فكان تدمير الممتلكات الثقافية، سواء بشكل مباشر ومتعمد أو كأثر عارض للعمليات العسكرية، من الأمور السائدة خلال النزاعات المسلحة. وكان الاتجاه السائد قديماً هو استهداف الممتلكات الثقافية التي تمثل التراث الروحي للشعوب بغية إضعاف عزيمة الطرف الآخر في النزاع المسلح. ومن الأمثلة البارزة على ذلك، الأمر الصادر من الإمبراطور الروماني تيودوسيوس عام 391 ميلادية بتدمير معبد سيرابيس، وذلك للقضاء على آخر معقل لغير المسيحيين¹. والأمر ذاته حدث عندما سقطت الأندلس عام 1492 على يد القوات الصليبية، التي عمدت نحو هدم المساجد وإحلال الكنائس مكانها².

وفي عصور لاحقة، أصبح الاعتداء على الممتلكات الثقافية يتمثل في الاستيلاء على ممتلكات العدو لتعزيز ودعم الجهود الحربية. وتطور الأمر إلى أن

¹ Francesco Francioni, Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a shared Interest of Humanity, Michigan Journal of International Law, Vol. 25, no. 4, 2004, p. 619-620.

² أنظر: عبد الواحد ذنون طه، تحالف الممالك الإسبانية في الأندلس وأثره على سقوط غرناطة، جامعة محمد الخامس، المعهد الجامعي للبحث العلمي، العدد 34، 1984، ص 59-78.

صار الهدف من الاعتداء على الممتلكات الثقافية هو طمس ومحو هوية جماعة معينة لأسباب دينية أو عرقية أو اجتماعية أو غيرها.

وكان لكتابات الفقهاء، منذ القرن الثامن عشر، أثرها في لفت انتباه المجتمع الدولي لضرورة حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة. وترتب على ذلك ظهور مبادرات فردية على المستوى الدولي لوضع قواعد تهدف إلى إقرار تلك الحماية. وساهم ذلك في إرساء قواعد قانونية دولية عرفية لحماية الممتلكات الثقافية، الأمر الذي ظهر جلياً في اتفاقيتي لاهاي لعامي 1889 و1907، وكان أساساً لوضع العديد من الاتفاقيات الدولية التي أقرت حماية فعالة للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

وقد تعرضت الممتلكات الثقافية لانتهاكات جسيمة إبان الحرب العالمية الأولى، وزادت وتنوعت صور تلك الانتهاكات بعد الحرب العالمية الثانية. وكان لذلك أثره في المحاكمات التي نظرتها المحكمة العسكرية بنورمبرج بشأن كبار مجرمي الحرب الألمان، ثم في المحاكمات التالية على نورمبرج.

وبالرغم من تطور النظام القانوني الدولي المتعلق بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، إلا أن أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية ما زالت تُرتكب بشكل ممنهج وواسع النطاق، وأبرزها أفعال الاعتداء المرتكبة خلال النزاع المسلح الذي اندلع في يوغسلافيا السابقة، وكذلك أفعال الاعتداء التي وقعت إبان فترة الخمير الحمر في كمبوديا. وحرصت

محكمة يوغسلافيا السابقة على إقرار المسؤولية والعقاب على ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، والأمر ذاته أقرته الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا¹.

وإذا كانت محكمة يوغسلافيا السابقة أرست في العديد من أحكامها مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، إلا أن ذلك لم يمنع من وقوع انتهاكات جسمية تجاه الممتلكات الثقافية خلال النزاعات المسلحة التي اندلعت في الآونة الأخيرة، وتحديداً الانتهاكات التي ارتكبتها تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، الملقب بداعش، وتنظيم القاعدة وجماعة النصرة في كل من العراق والشام، وترتب عليه خسائر فادحة في التراث الثقافي الذي امتد لقرون من الزمان، والذي يمثل تراثاً ثقافياً هاماً للإنسانية بصفة عامة، وللمجتمع الإسلامي والعربي بصفة خاصة.

والاعتداء على الممتلكات الثقافية لا يقتصر فحسب على زمن النزاعات المسلحة، بل يمكن أن يقع أيضاً في زمن السلم، ومن أبرز الأمثلة على ذلك أفعال التدمير العمدي التي ارتكبتها طالبان تجاه الممتلكات الثقافية خلال فترة سيطرتها على أفغانستان عام 2001.

¹المقصود بجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، أفعال التدمير والتخريب والإتلاف والسلب والنهب والاستيلاء غير المشروع التي يتم ارتكابها على الممتلكات الثقافية بالمخالفة لقواعد القانون الدولي المنطبقة.

كذلك فإن أعمال سلب ونهب الممتلكات الثقافية يمكن أن تقع خلال فترة عدم الاستقرار السياسي داخل دولة معينة، ومن أبرز الأمثلة فترة عدم الاستقرار التي مرت بها مصر من 2011 إلى 2013، حيث تشير الإحصاءات إلى أنه يوجد ما يزيد عن الأف قطعة أثرية قد تم نهبها من المتاحف المصرية خلال فترة الثورات وعدم الاستقرار في مصر¹.

علاوة على ذلك، قد يتم التهديد باستهداف الممتلكات الثقافية التي تمثل أهمية عظمى لشعب معين كوسيلة لإضعاف عزيمة حكومتها عن الدخول في نزاع مع الدولة التي تمارس التهديد. ويعد أبرز مثال على ذلك الأحداث التي أعقبت قيام الولايات المتحدة الأمريكية في 2 يناير 2020، بتوجيه ضربة جوية باستخدام طائرة بدون طيار أدت إلى مقتل قائد فيلق القدس، الإيراني قاسم سليمانى، بالقرب من مطار بغداد²، حيث توعدت إيران بالقيام برد قاسي على الولايات المتحدة

¹ The Fate of Cultural Property in Wartime: why it Matters and What Should be Done, Carnegie Council Transcripts and Articles, September 17, 2013. available at:

https://www.carnegiecouncil.org/publications/ethics_online/0085 (last visited on 10 March 2020).

² انظر سكاي نيوز: تفاصيل مقتل قاسم سليمانى.. كيف طالته القذائف الأمريكية؟ متاح من خلال الرابط التالي:

www.skynewsarabia.com/middle-east/1309743-تفاصيل-اغتيال-قاسم-

سليمانى-طالته-القذائف-الأميركية؟ (آخر زيارة للموقع في 20 يناير 2020).

الأمريكية¹. فهدد الرئيس الأمريكي دونالد ترامب بأن أي إجراء سوف تتخذه إيران سوف يؤدي إلى استهداف اثنين وخمسين موقعاً هاماً في إيران، من بينها عشرين موقعاً أثرياً من مواقع قائمة التراث العالمي التابعة لمنظمة اليونسكو². وكان من شأن تهديدات الرئيس الأمريكي أن دفعت منظمة اليونسكو إلى تنكير الرئيس الأمريكي بأن استهداف المواقع الثقافية تعد جريمة حرب وفقاً لقواعد القانون الدولي العام³.

¹ انظر سي إن إن بالعربي: مجلس الأمن القومي الإيراني: أمريكا ستواجه الانتقام القاسي في الوقت والمكان المناسبين. متاح من خلال الرابط التالي:

<https://arabic.cnn.com/middle-east/article/2020/01/03/iran-supreme-national-security-council-soleimani-usa> (آخر زيارة للموقع في 20 يناير 2020).

² انظر بي بي سي: أبرز المواقع الأثرية الإيرانية التي قد تكون هدفاً لتهديدات ترامب. متاح من خلال الرابط التالي:

<https://www.bbc.com/arabic/art-and-culture-51023246> (آخر زيارة للموقع في 20 يناير 2020).

³ انظر فرانس 24: اليونسكو تذكر ترامب بأن ضرب مواقع ثقافية إيرانية قد يرقى إلى جرائم حرب. متاح من خلال الرابط التالي:

www.france24.com/ar/20200107-اليونسكو-تذكر-ترامب-بالمعاهدات-الدولية-بعد-تهديده-بضرب-مواقع-ثقافية-إيرانية (آخر زيارة للموقع في 20 يناير 2020).

ثانياً: أهمية البحث:

بالرغم من تطور قواعد القانون الدولي، أصبح تدمير وتخريب وسلب ونهب الممتلكات الثقافية ذات الطابع الديني أو العلمي أو التعليمي أو الفني من الأفعال المحرمة، بموجب الاتفاقيات والأعراف الدولية¹، إلا أن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية ما زالت قائمة على نحو ممنهج وواسع النطاق حتى وقتنا الراهن.

وجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية هي تلك المتمثلة في أفعال التدمير والتخريب والسلب والنهب والاستيلاء والإتجار غير المشروع في الممتلكات الثقافية، فضلاً عن أعمال التنقيب والحفر غير المرخص به في المناطق الأثرية، وغيرها من الأفعال الأخرى التي تمثل انتقاصاً من قيمة الممتلكات الثقافية. كذلك فإن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية لا تتخذ شكلاً أو طابعاً واحداً؛ فهي يمكن أن تمثل جرائم حرب إذا تم ارتكابها خلال النزاعات المسلحة بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بقواعد وأعراف الحرب، كذلك يمكن أن تتخذ شكل الجريمة ضد الإنسانية متى توافرت شروط معينة، بل قد يتم تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية في سياق خطة إبادة جماعية تجاه جماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية بصفتها كذلك.

وأصبح ثمة اهتماماً متزايداً بالممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، ليس فحسب من جانب حكومات الدول، وإنما أيضاً من جانب الأفراد

¹ المادة (8) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

العاديين. وبرزت الضغوط على حكومات الدول في سبيل اتخاذ تدابير دولية ووطنية فعالة في سبيل حماية الممتلكات الثقافية تجاه كافة أنواع الانتهاكات التي تتعرض لها¹.

وبرز في الآونة الأخيرة اهتمام القضاء الدولي الجنائي بالمحاكمة والعقاب على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية في صورته المختلفة. ولعل الدعوى التي نظرتها المحكمة الجنائية الدولية في قضية أحمد الفقي المهدي، عن انتهاكه للتراث الثقافي المشترك في عدة مناطق بتمبوكتو مالي، يمثل نقطة فارقة بشأن اهتمام القضاء الدولي الجنائي بإقامة محاكمة خاصة لإقرار المسؤولية والعقاب على جرائم تدمير الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية².

¹ مجلة رسالة اليونسكو الجديدة، التراث، مركز مطبوعات اليونسكو، نوفمبر 2005، ص 19-23.

² المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحالة في جمهورية مالي، الحكم والعقوبة، الدائرة الابتدائية الثامنة (ICC-01/12-01/15)، 27 سبتمبر 2016.

ثالثاً: أهداف البحث:

نهدف من تلك الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

1. بيان وتحليل القواعد الدولية التي تهدف إلى إقرار حماية للممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة.
2. مدى فاعلية القواعد والآليات الدولية المطبقة، في تحقيق حماية فعالة للممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية.
3. التطور الذي طرأ في العمل والقضاء الدولي فيما يتعلق بإعمال المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية.
4. كيفية إقرار المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية في زمن السلم.
5. تحديد مدى الحاجة إلى استحداث آليات أو وسائل، سواء على المستوى الدولي أو الوطني، لمنع أو الحد إلى أقصى درجة ممكنة من انتهاك الممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية.

رابعاً: منهج البحث:

سوف نتبع في تلك الدراسة المنهج التاريخي والوصفي والتحليلي:

- المنهج التاريخي: ويتمثل في بيان الحالات التي وقعت على مر العصور وتمثل اعتداء على الممتلكات الثقافية، والجهود المختلفة التي تم اتخاذها منذ القدم لإقرار قواعد قانونية دولية لمنع أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية.
- المنهج الوصفي: ويتمثل في بيان القواعد القانونية الدولية الاتفاقية والعرفية التي تقرر حماية على الممتلكات الثقافية، وكذلك القواعد التي تقرر المسؤولية الجنائية الفردية على ارتكاب أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية.
- المنهج التحليلي: ويتمثل في تحليل النصوص القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية لبيان مدى فعاليتها في إقرار الحماية المرجوة للممتلكات الثقافية، فضلاً عن تحليل الأحكام القضائية لاستخلاص القواعد القانونية القابلة للتطبيق على أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

خامساً: خطة البحث:

يتم تقسيم هذا البحث إلى مبحث تمهيدي وفصلين، بحيث يتناول المبحث التمهيدي الاصطلاحات المختلفة التي استخدمها الفقه لمعالجة موضوع الممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، ونجتهد في بيان مفهوم الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية القانون الدولي، ونعرض لخلفية تاريخية عن حماية الممتلكات الثقافية المختلفة أثناء النزاعات المسلحة.

ويتناول الفصل الأول النظام القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة. ويدعونا ذلك إلى تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، يناقش الأول الجهود التي بذلها أعضاء الجماعة الدولية في سببين تقنين قواعد قانونية دولية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، والتي تمثلت في إصدار مدونة ليبر وإعلان بروكسل ودليل أوكسفورد، بينما يعالج المبحث الثاني حماية التراث الثقافي في القانون الدولي الإنساني، لا سيما في سياق قواعد لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب لعامي 1899 و1907، واتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977. أما المبحث الثالث فيحل بشكل أكثر تعمقاً مسألة حماية الممتلكات الثقافية بموجب اتفاقيات دولية خاصة، وأبرزها: اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954، والبروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لعام 1954، والبروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

ونتعرض في الفصل الثاني بصفة خاصة للقواعد التي تحكم المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، بحيث يتم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث. ونبين في المبحث الأول صور المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية؛ وتشمل المسؤولية عن المساهمة الأصلية في الجريمة، والمسؤولية عن المساهمة التبعية في الجريمة، والمسؤولية عن الجريمة الناقصة، فضلاً عن توضيح أهمية التمييز بين صور المساهمة في ارتكاب الجريمة. ونعرض في المبحث الثاني للطبيعة القانونية للجرائم الدولية المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية، والتي قد تتخذ شكل جريمة الحرب أو جريمة ضد الإنسانية أو جريمة الإبادة الجماعية. ويتناول المبحث الثالث جانب تطبيقي لجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية؛ فنسرد ونحلل المحاكمات الدولية على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، سواء تلك التي تمت بعد الحرب العالمية الثانية، أو التي نظرتها المحاكم الدولية المؤقتة والمختلطة أو التي اختصت بها المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجرائم الدولية المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية

المطلب الأول: الاعتداء على الممتلكات الثقافية كجريمة حرب

المطلب الثاني: تدمير الممتلكات الثقافية كجريمة ضد الإنسانية

المطلب الثالث: تدمير التراث الثقافي لإثبات جريمة الإبادة الجماعية

المبحث الثالث: المحاكمات الدولية على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية

المطلب الأول: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية بعد الحرب العالمية الثانية

المطلب الثاني: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام المحاكم المؤقتة والمختلطة

المطلب الثالث: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام المحكمة الجنائية الدولية

المبحث التمهيدي

المفاهيم والخلفية التاريخية في سياق حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

تمهيد وتقسيم:

تشتمل الممتلكات الثقافية على عنصرين أساسيين، يتمثل أولها في أنها المعبر على وجود وهوية شعب معين وتطوره الثقافي والحضاري، ويتمثل الثاني في أنها وسيلة ربط بين الأجيال السابقة والأجيال الحاضرة. ومع ذلك، فإنه يلاحظ عدم وجود مفهوم عام ودقيق مستقر عليه في الفقه والعمل الدولي بشأن المقصود بالممتلكات الثقافية. ويرجع السبب في ذلك-في رأينا-إلى التطورات التاريخية التي أحاطت بموضوع حماية الممتلكات الثقافية، والتي أدت إلى اتساع العناصر التي تدخل ضمن دائرة الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية¹.

ولم تكن مسألة حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة الدولية من المسائل التي حظيت بأهمية ملموسة بين الدول في العصور القديمة، بل على النقيض، كان يُنظر إلى تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية للعدو، أو نهبها والاستيلاء عليها، باعتبارها من الأعمال المشروعة في الحرب. وظل هذا الاتجاه قائماً في العصور الوسطى وحتى القرن التاسع عشر، بالرغم من وجود العديد من الممارسات والمحاولات الفردية التي استهدفت حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات.

¹ Mlle Assaf Nour, La Protection de Bien Culturels Lors des Conflits Armes « Identitaires » : Exposé Critique et Propositions de Réforme, Master 2 Recherche Droit International Public, Année Universitaire, 2017-2018, p.16-17.

وبناء على هذا التمهيد، فإننا نقسم هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين على

النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة.

المطلب الثاني: خلفية تاريخية عن حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

المطلب الأول

مفهوم الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة

لم يكن ثمة توافق بين الاتفاقيات الدولية المنطبقة أثناء النزاعات المسلحة بشأن تحديد تعريف موحد للممتلكات الثقافية، بل إن تلك الاتفاقيات اختلفت فيما بينها بشأن تحديد عناصر الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية.

وانعكس هذا الأمر على الفقه الدولي، واتضح عدم اتفاقهم على تعريف موحد وشامل للمقصود بالممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة. لذلك تعددت التعريفات التي أوردها الفقهاء في هذا الصدد متأثراً بمعايير وعوامل مختلفة.

ولم يقتصر الخلاف بين فقهاء القانون الدولي على تعريف الممتلك الثقافي فحسب، وإنما امتد أيضاً ليشمل الاصطلاح المستخدم، حيث استخدم غالبية الفقهاء اصطلاح "الممتلك الثقافي" بينما استخدم جانب آخر اصطلاح "التراث الثقافي"، وذهب جانب ثالث إلى استخدام الاصطلاحين باعتبارهما مترادفين.

وفيما يلي نوضح تلك الأمور تفصيلاً على النحو التالي:

أولاً: الجدل بشأن الاصطلاح القانوني:

تعددت الاصطلاحات التي استخدمها الفقهاء لمعالجة الموضوع محل الدراسة، فنجد أن العديد من الكتاب استخدم اصطلاح الممتلكات الثقافية Cultural property¹، والبعض الآخر استخدم اصطلاح التراث الثقافي Cultural Heritage²، واستخدم جانب ثالث اصطلاح الأعيان الثقافية Cultural

¹ أنظر: غالبية عز الدين، المسؤولية الدولية المترتبة عن انتهاك قواعد وأحكام حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي، 2016، ص416-429. انظر أيضاً: حبيب عباس على مانع الجنيد، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2007. انظر أيضاً:

Ronald T. P. Alcala, Babylon Revisited: Reestablishing a Corps of Specialists for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Harvard National Security Journal, vol. 6, no. 1, 2015, p. 206 et seqq.

² انظر: د. محمد سامح عمرو، اتفاقيات اليونسكو لحماية التراث الثقافي: دراسة قانونية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2009، ص 151 وما بعدها. انظر أيضاً: رضا فراوة، معايير دولية في مجال حماية التراث الثقافي وإدارته وتعزيزه، المجلة العربية للثقافة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2008، ص 71-99. أنظر أيضاً:

Janet Blake, On Defining the Cultural Heritage, International and Comparative Law Quarterly, vol. 49, no. 1 January 2000, 61-85. See also: Waseem Ahmad Qureshi, The Protection of Cultural Heritage by International Law in Armed Conflict, Loyola University Chicago International Law Review, vol. 15, no. 1, Fall 2017, p. 63-100.

Objects¹، بينما لم يفرق جانب آخر من الفقه بين هذه المصطلحات واستخدمها باعتبارها مترادفات لمعنى واحد²، مما أثار الجدل حول أي من تلك الاصطلاحات هو الأولى بالاستخدام فيما يتعلق بدراسة ومعالجة الموضوعات المتعلقة بالامتلاكات الثقافية، لا سيما في سياق حمايتها أثناء النزاعات المسلحة.

ولعل السبب في ذلك أن الاتفاقيات الدولية لم تستقر على استخدام مصطلح واحد لمعالجة الموضوعات ذات البعد الثقافي، مثال ذلك: اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح 1954، والاتفاقية المتعلقة بحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي لعام 1972، واتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا) بشأن الأعيان الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة لعام 1995.

¹ عليوة سليم، واقع الأعيان الثقافية الفلسطينية تحت نير الاحتلال الإسرائيلي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2016، ص 118-137. انظر أيضاً: خالد روشو، فقدان حماية الأعيان الثقافية في القانون الدولي الإنساني، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات بالجلفة، 2013، 135-143.

² انظر: محمد نصر، الحماية الدولية والإقليمية للتراث الإنساني والأعيان الثقافية: دراسة تطبيقية على الحماية من الجرائم التي تقع على التراث، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 2016، ص 1-39. انظر أيضاً: محمود عبد علي الزبيدي، النظام القانوني لحماية الأعيان الأثرية والثقافية وتطبيقاته في العراق، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، 2011، ص 270-321.

ويذهب رأي إلى أن اصطلاح "الممتلكات الثقافية" يعد اصطلاحاً عاماً يشمل في مضمونه مجموعة من المصطلحات المتداخلة، وأبرزها التراث والثقافة والحضارة والآثار، معرّف اصطلاح التراث بأنه "منظومة من القيم ذات الأبعاد الثقافية والحضارية ويشير إلى تراكم معرفي وتاريخي تتناقله الأجيال جيلاً عبر جيل، فضلاً عن معالم علمية وصناعية تشكل جزء من حاضر الأمة ومنطلقاً لمستقبلها"¹، أي أن التراث الثقافي، وفقاً لهذا الرأي، يعد أحد عناصر الممتلكات الثقافية.

ويذهب رأي آخر إلى أن اصطلاح "التراث الثقافي" يعد اصطلاحاً أكثر شمولاً بحيث يشمل في مضمونه كافة أشكال الممتلكات الثقافية. واستند هذا الرأي في تبرير وجهة نظره إلى أن فكرة التراث تعني الموروثات التي تؤول إلى الأجيال الحالية، بحيث تؤتمن عليها، لكي تسلمها للأجيال القادمة، أما لفظ الملكية، فإنه عند اقترانه بالأعيان الثقافية، فإن معنى ذلك أنها أعيان ثقافية جديدة تقع عليها ملكية خالصة ومانعة، سواء كانت عامة أو خاصة².

¹ عمار مراد غركان، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، المرجع السابق، ص 8.

² Janet Blake, International Cultural Heritage Law, Oxford University Press, 2015, p. 6-8.

وبالرغم من وجاهة الآراء السابقة إلا أننا نرى أن الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية قد استخدمت كلا من اصطلاحي "الممتلكات الثقافية" و"التراث الثقافي" و"الأعيان الثقافية" باعتبارها مترادفات، ولم تورد أية تفرقة بينهم.

كذلك، نجد أن اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح استهلت تعريف الممتلكات الثقافية بأنها "الممتلكات المنقولة والثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي". ويستفاد من ذلك أن الممتلكات المنقولة والثابتة التي يثبت عليها وصف الأعيان الثقافية تعد مستحقة للحماية الدولية، ولا يشترط في تلك الممتلكات-أو الأعيان- أن تكون مملوكة ملكية خاصة وحصرية لأشخاص أو جهات محددة، ولكن الشرط الأساسي هو أن تكون لها أهمية كبرى لتراث الشعوب الثقافي، وذلك لكي تشملها الحماية المقررة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

وبالرغم من أن البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999، قد استخدم اصطلاح "التراث الثقافي ذات الأهمية العظمى للشعوب"¹، على خلاف الاصطلاح المستخدم في اتفاقية لاهاي لعام 1954، وهو "الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الكبرى للشعوب، إلا أننا مع ذلك نتفق مع ما ذهب إليه رأي في الفقه، بأن استخدام اصطلاح "التراث" جاء لاعتبارات بلاغية، من أجل التأكيد على المسؤوليات

¹ المادة 10(أ) من من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، 26 مارس 1999. (يشار إليه فيما بعد بالبروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999).

الأخلاقية ذات الطبيعة الائتمانية التي تقع على عاتق الأجيال في المحافظة على الممتلكات الثقافية¹.

ويتعين الانتباه إلى أن اصطلاح "التراث الثقافي" لا يقتصر فحسب على الأعيان الثقافية التي تنتقل من السلف إلى الخلف، وإنما تشمل كذلك الأعيان الثقافية ذات الأهمية الفنية والمعمارية والدينية التي يمكن أن تمثل أهمية كبيرة لتراث الأجيال المستقبلية.

ونخلص مما سبق أنه بغض النظر عن الاصطلاح المستخدم، سواء كان الممتلكات الثقافية أو التراث الثقافي أو الأعيان الثقافية، فإنه لا توجد تفرقة حقيقية بينها من الناحية القانونية؛ ويعني ذلك بالتبعية أنه يمكن استخدام أي من تلك الاصطلاحات للدلالة على عناصر مادية وقانونية واحدة تكون مستحقة للحماية الدولية.

ثانياً: تعريف الممتلكات الثقافية في الاتفاقيات الدولية:

اختلفت الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة في المفاهيم التي أوردتها للممتلكات الثقافية، فنجد أن بعضها لم يورد تعريفاً محدداً للمقصود بتلك الممتلكات، وإنما اكتفت بإيراد عناصر الممتلكات الثقافية التي يتعين على المتحاربين تجنبها خلال العمليات الحربية.

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Cambridge University Press, 2006, p. 265.

فجاءت المادة (27) من قواعد لاهاي الملحقة بالاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام 1907، لتشمل بالحماية المباني المخصصة للفنون والعلوم والأعمال الخيرية والآثار التاريخية¹.

كذلك أشارت المادة (1) من اتفاقية حماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية، المعروف باسم ميثاق رويرخ لعام 1935، إلى الآثار التاريخية والمتاحف والمؤسسات العلمية والفنية والتعليمية والثقافية².

وفي ذات السياق، أشارت المادة 53(أ) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977 إلى أن الممتلكات الثقافية تشمل الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب³.

وتعد اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح لعام 1954، أول اتفاقية أوردت تعريفاً محدداً للمقصود بالممتلكات الثقافية، مقرر أن الممتلكات الثقافية هي:

¹ الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، لاهاي، 18 أكتوبر 1907.

² اتفاقية حماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية (ميثاق رويرخ)، واشنطن، 15 إبريل 1935.

³ البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق على المنازعات المسلحة وتطويره، وذلك بتاريخ 8 يونيو 1977، ودخل حيز النفاذ في 7 ديسمبر 1978، وفقاً لأحكام المادة (95).

"أ. الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الديوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها؛

ب. المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ" كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح؛

ج. المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين (أ) و(ب) والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية"¹.

ويلاحظ من هذا التعريف أن اتفاقية لاهاي لعام 1954 اتجهت نحو وضع تعريفاً شاملاً وجامعاً لكي يشمل بالحماية كافة أنواع الممتلكات الثقافية. وسوف نتعرض لعناصر هذا التعريف تفصيلاً عند تحليل أحكام وقواعد الاتفاقية.

¹ انظر المادة (1) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، 14 مايو 1954.

ووفقاً للمادة (1) من الاتفاقية المتعلقة بحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي لعام 1972، فإن التراث الثقافي يعني:

"الآثار: الأعمال المعمارية، وأعمال النحت والتصوير على المباني، والعناصر أو التكاوين ذات الصلة الأثرية، والنقوش، والكهوف، ومجموعات المعالم التي لها جميعاً قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ، أو الفن، أو العلم.

المجموعات: مجموعات المباني المنعزلة أو المتصلة التي لها بسبب عمارتها أو تناسقها أو اندماجها في منظر طبيعي، قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ، أو الفن، أو العلم.

الموقع: أعمال الإنسان، أو الأعمال المشتركة بين الإنسان والطبيعية، وكذلك المناطق بما فيها المواقع الأثرية، التي لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة النظر التاريخية، أو الجمالية، أو الأثولوجية، أو الأنتروبولوجية".

وإذا كانت الاتفاقية المتعلقة بحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي لعام 1972 تضمنت كذلك تعريفاً واسعاً للممتلكات الثقافية، إلا أنها تتسم باشمالها على قائمة تفصيلية بعناصر دقيقة للممتلكات الثقافية، أكثر من تلك الواردة في المادة (1) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن اتفاقية 1972 استهدفت حماية الممتلكات الثقافية ليس فحسب خلال النزاعات المسلحة، وإنما أيضاً تجاه خطر الزوال الناشئ

عن المشروعات العامة والخاصة، والتطور العمراني والهدم نتيجة تغيير استخدام الأرض أو تبدل ملكيتها، أو هجر الأماكن أو النكبات المتمثلة في الحرائق، والكوارث الطبيعية الناشئة عن الهزات الأرضية والاندفاعات البركانية أو الفيضانات أو ارتفاع منسوب مياه البحر¹.

ووفقاً لاتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا) بشأن الأعيان الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة لعام 1995، فإن الأعيان الثقافية هي تلك التي تتمتع، بناء على أسس دينية أو دنيوية، بأهمية لعلم الآثار وعلم ما قبل التاريخ، والآداب الفنون والعلوم والتاريخ².

وهذا التعريف استهدف تحديد الأعيان الثقافية، وبخاصة الأعيان الثقافية المنقولة التي تتعرض للسرقة أو البيع بطرق غير مشروع، لذلك فهو لا يشمل كافة أنواع الممتلكات الثقافية التي يمكن حمايتها في زمن النزاعات المسلحة.

¹ المادة 11(4) من اتفاقية لحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي، اعتمدت في باريس، في 23 نوفمبر 1972.

² المادة (2) من اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا) بشأن الأعيان الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة لعام 1995.

وعرفت اتفاقية التراث الثقافي المغمور بالمياه لعام 2001 التراث الثقافي

المغمور بالمياه بأنه:

"جميع آثار الوجود الإنساني التي تتسم بطابع ثقافي أو تاريخي أو أثري والتي ظلت مغمورة بالمياه جزئياً أو كلياً، بصورة دورية أو متواصلة، لمدة مائة عام على الأقل مثل:

1. المواقع والهياكل والمباني والمصنوعات والرفات البشرية مع سياقها الأثري والطبيعي؛

2. السفن والطائرات وغيرها من وسائل النقل أو أي جزء منها أو حمولتها أو أي من محتوياتها مع سياقها الأثري والطبيعي؛ و

3. الأشياء التي تنتمي إلى عصر ما قبل التاريخ"¹.

وهذا التعريف قد أخذ بمعيار زمني، حيث اشترط لحماية الممتلكات الثقافية المغمورة بالمياه أن يكون قد مر عليها مائة عام على الأقل. أضيف إلى ذلك أن

¹ المادة 1 (أ) من اتفاقية التراث الثقافي المغمور بالمياه، اليونسكو، باريس، 2 نوفمبر 2001. وحرصت الفقرة (ب) و(ج) من المادة (1) على استبعاد خطوط الأنابيب والكابلات الممتدة في قاع البحر والتي لا تزال مستخدمة من مفهوم التراث الثقافي.

تلك الاتفاقية استهدفت حماية نوع معين من الممتلكات الثقافية؛ أي تلك المغمورة بالمياه.

ومن جماع ما تقدم يتبين أن الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية لم تنتهج معياراً واحداً لتحديد مفهوم الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية سواء في زمن السلم أو النزاعات المسلحة. وعلّة ذلك أنه نظراً للانتهاكات العديدة التي تتعرض لها الممتلكات الثقافية، فقد تعددت الاتفاقيات الدولية التي تستهدف حمايتها، وذلك بحسب عناصر تلك الممتلكات، أو شكل وزمن الانتهاكات التي تقع عليها وآليات قمعها. لذلك نجد أن كل اتفاقية أوردت تعريفاً خاصاً يتفق مع طبيعتها ونطاق تطبيقها.

ثالثاً: التعريف الفقهي لاصطلاح الممتلكات الثقافية:

لم يتفق فقهاء القانون الدولي على تعريف موحد وجامع للمقصود باصطلاح الممتلكات الثقافية، لذلك نجد أن تعريفات الفقهاء قد تعددت واختلفت بحسب المعيار الذي تم الأخذ به في وضع التعريف، والتي تباينت بين الأخذ بمعيار زمني ونوعي وشخصي وموضوعي:

1. من حيث المعيار الزمني، عرفها جانب من الفقه بأنها: "وسيلة الاتصال بين الشعوب في أنحاء المعمورة والتي تؤثر في تطور الشعوب من جيل إلى آخر ومن مدة زمنية إلى أخرى"¹.

وعرفها رأي آخر بأنها: "كل ما أنشأه الإنسان مما هو ثابت بطبيعته وكل ما أنتجه بيده أو بفكره والبقايا التي خلفها ولها علاقة بالتراث الإنساني، ويرجع عهدها إلى أكثر من مائة عام إضافة إلى بقايا السلالات"².

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه استند إلى معيار زمني لبيان الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية، سواء من خلال ضرورة تأثيرها على الأجيال المستقبلية، أو من خلال تحديد فترة زمنية معينة، يضاف إلى ذلك أنه لم يورد بياناً أو توضيحاً لعناصر الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية. وبالتالي، فإنه لا يتضمن الممتلكات الثقافية التي تعبر عن القيمة الروحية والدينية والهوية التاريخية لشعب معين، وإن لم تكن تمثل وسيلة تواصل بين هذا الشعب وغيره من الشعوب الأخرى، أو لم يكن من شأنها أن تحدث تطوراً مادياً ملموساً لهذا الشعب أو غيره من الشعوب.

¹ د. صالح محمد بدر الدين، حماية التراث الثقافي والطبيعي في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، 1999، ص 15.

² د. أحمد سي علي، حماية الأعيان المدنية في القانون الدولي الإنساني، دار الأكاديمية، 2011، ص 12.

2. من حيث المعيار النوعي، عرفها جانب من الفقه بأنها: "كل أنواع المنقولات والعقارات التي تمثل أهمية للتراث الثقافي لشعب ما، مثل الجامعات، المتاحف، دور العبادة، الأضرحة الدينية، الأَنْصبة التذكارية، مواقع الآثار، وأماكن حفظ الأعمال الفنية والكتب والمخطوطات وما إلى ذلك"¹.

ونرى أن هذا التعريف وإن كان استهدف أن يكون شاملاً وجامعاً لكافة أنواع الممتلكات الثقافية، من خلال الإشارة إلى أن الممتلكات الثقافية تشمل "كل أنواع المنقولات والعقارات التي تمثل أهمية للتراث الثقافي لشعب ما"، إلا أن عبارة "التراث الثقافي لشعب ما" يستفاد منها أن الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية تقتصر فحسب على تلك الممتلكات الموروثة بين الشعوب، مما يعني استبعاد الممتلكات الثقافية الأخرى التي لم يتم توارثها بين الأجيال، كما هو الحال بالنسبة للكتب والأبحاث والمنشآت العلمية والأدبية والدينية، والقطع والرسومات والأعمال الفنية.

كذلك نجد أن هذا التعريف بالرغم من إقراره بأن الممتلكات الثقافية تشمل الممتلكات الثابتة والمنقولة، إلا أنه قصر الأمثلة التي ساقها على المنقولات الثابتة فقط، وهو ما يفتح التساؤلات حول المقصود بالممتلكات الثقافية المنقولة.

¹ د. مصطفى كامل الإمام شحاته، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة، مع دراسة تطبيقية عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977، ص 257.

3. من حيث المعيار الشخصي، عرفها رأي بأنها: "كل أعمال الإنسان المنسوبة إلى نشاطه الإبداعي في الحاضر والماضي فنياً وعلمياً وتربوياً والتي لها أهمية من أجل تفسير ثقافة الماضي ومن أجل تطويرها حاضراً ومستقبلاً"¹. ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر الممتلكات الثقافية على الأعمال الذهنية والإبداعية والفنية التي ينتجها الإنسان، وتحديداً الممتلكات الثقافية المنقولة وذلك دون غيرها من الممتلكات الثقافية الثابتة، ومنها: المنشآت والمباني التي يقيمها الإنسان وتتمتع بقيمة تاريخية، أو تلك التي تحتوي على الكتب والآثار والقطع الفنية، كما هو الحال بالنسبة للمتاحف والمكتبات، أو المؤسسات والمباني التي تستخدم في العبادة.

4. من حيث المعيار الموضوعي، عرفها رأي بأنها: "النصب الهندسية المهمة والأعمال الفنية والكتب والوثائق ذات الأهمية الفنية أو التاريخية والمتاحف والمكتبات الكبيرة والأرشيف والمواقع الأثرية والمباني التاريخية"².

وإذا كان هذا الرأي قد أورد تعداداً لعناصر الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة، إلا أنه يؤخذ عليه أنه أوردها على سبيل الحصر،

¹ عمار مراد غركان، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2013، ص 7.

² د. محمد ثامر مخاط ود. عدنان محمد الشود، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية (دراسة تطبيقية على الممتلكات الثقافية في محافظة ذي قار)، مجلة الحقوق، الجامعة المس تنصيرية، العدد الخامس عشر، 2011، ص 3.

الأمر الذي من شأنها استبعاد العديد من الممتلكات الثقافية الأخرى، سواء المنقولة أو الثابتة.

ومن جماع ما تقدم، فإنه حري بنا أن نأخذ كافة المعايير السابقة في الاعتبار عند اقتراح معيار عام يشمل كافة عناصر الممتلكات الثقافية التي يتعين إقرار حماية دولية لها أثناء النزاعات المسلحة.

يمكن تعريف الممتلكات الثقافية بأنها الممتلكات المنقولة والثابتة التي تكتسب أهمية كبرى في التراث الثقافي للشعوب، وتشمل الأعمال الفنية والأدبية والذهنية، والقطع الأثرية والمباني التي تحتوي على تلك الأعمال، كالمتاحف والمخازن وغيرها، وتشمل أيضاً مجموعة الكتب والمحفوظات والمخطوطات الهامة، والمباني التي تحتوي عليها، كالمكتبات والمؤسسات العلمية، والمباني التي تتسم بقيمة فنية أو معمارية أو تاريخية، والمباني التي تتسم بقيمة فنية أو معمارية أو تاريخية، سواء كانت دينية أو دنيوية¹.

¹ ويتفق هذا التعريف الذي ننادي به مع تعريف آخر في الفقه في الفرنسي وإن كان قد جاء أكثر اختصاراً على النحو التالي:

« Un ensemble de valeurs dont il faudrait assurer la transmission aux générations futures. Toutes sortes de choses, de lieux, d'objets sont porteurs de ces valeurs. Ainsi le patrimoine n'est pas seulement dans les choses tangibles, il est aussi dans les coutumes, les savoir-faire, la langue, etc. » Pascale Coissard, La Protection du Patrimoine Culturel en

ويتفق هذا التعريف مع التعريف الوارد في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954، وهو تعريف واسع استهدف حماية كافة عناصر الممتلكات الثقافية¹.

Cas de Conflit Arme : enjeux et limites du cadre international, Institut d'études Politique de Lyon, Université Lyon 2, p. 7.

¹ المادة (1) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954.

المطلب الثاني

خلفية تاريخية عن حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة

كان الوضع السائد في العصور القديمة أن تدمير الأعيان المدنية والممتلكات الثقافية والاستيلاء عليها هو إحدى الوسائل الهامة أثناء الحرب لإضعاف عزيمة الطرف الآخر وتحقيق الانتصار عليه¹. وكان يلجأ المنتصر إلى تدمير وسلب المراكز السياسية والدينية للدولة المحتلة في سبيل فرض السيطرة على شعبها. يضاف إلى ذلك أن الاستيلاء على الممتلكات الثقافية في الدول التي يتم غزوها يعد من الحقوق المشروعة الثابتة للمنتصر².

¹ ويطلق مفهوم الحرب، في النظام القانوني الراهن على المنازعات المسلحة الدولية، وذلك تمييزاً لها عن المنازعات المسلحة غير الدولية. وتتميز الحرب بعدة خصائص على النحو التالي:

1. أنها تتم بين الدول.
2. تتطوي على استخدام القوى المسلحة، سواء كانت برية أو بحرية أو جوية.
3. تتسم بأنها تتم على نطاق واسع، أي اتساع مسرح العمليات العسكرية.
4. تهدف إلى تحقيق غرض معين، سواء تمثل في قيام الدولة المعتدية باحتلال إقليم دولة أخرى، أو إجبار الأخيرة على الامتثال لمطالبها، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل رغما عنها، كذلك قد يكون الهدف من الحرب هو إضعاف قدرة دولة معينة من المناحي السياسية والاقتصادية على المستوى الدولي. أنظر: أ.د. أحمد أبو الوفا، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، 2009، ص 12-13.

² Albert Elsen, Why Do We Care about Art, Hastings Law Journal, Vol. 27, No. 5, May 1976, p. 952.

وبالرغم من ذلك، ظهرت في المجتمعات القديمة بعض الأفكار والممارسات التي نادى بأهمية حماية الممتلكات الثقافية ضد أعمال التدمير والتخريب والسلب والنهب¹.

ولم يتغير الوضع كثيراً في العصور الوسطى التي عززت فيها الكنيسة لفكرة الحرب العادلة وما صاحبها من أفكار تنادي بمشروعية أعمال تدمير وتخريب الممتلكات المدنية والثقافية للعدو في سبيل تحقيق أهداف الحرب.

وأدى عدم وجود تنظيم قانوني دولي يهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية أثناء الحروب إلى تعرض العديد من الممتلكات والآثار الثقافية ذات القيمة الفنية والتاريخية الهامة للدمار والتخريب، الأمر الذي لفت انتباه كبار فقهاء القانون الدولي التقليدي، منذ بداية القرن السادس عشر، أمثال جروسيوس وفيتوريا وجينتيلى وفاتيل، لإرساء قواعد قانونية دولية، في محاولة لتقليل الأعمال العسكرية المدمرة الموجهة للممتلكات الثقافية. ومع ذلك استمرت الممارسات المدمرة تجاه الممتلكات الثقافية، لا سيما بعد اندلاع الحروب النابليونية في أوروبا، مما عزز من الجهود الدولية، منذ بداية القرن التاسع عشر، في سبيل إقرار حماية دولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

¹ Matthew Smart, An Issue of Monumental Proportions: The Necessary Changes to be made before International Cultural Heritage Laws Will Protect Immovable Cultural Property, Chicago-Kent Law Review, Vol. 91, 2016, p. 769.

ويتعين علينا دراسة ممارسات الدول تجاه الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وسبل ومحاولات حمايتها، خلال العصور القديمة والوسطى، ثم في القانون الدولي التقليدي، وأخيراً في القرن التاسع عشر، وذلك على النحو التالي:

أولاً: حماية الممتلكات الثقافية في العصور القديمة والوسطى

لقد كانت الأفكار السائدة في المجتمعات القديمة، لاسيما في الحضارات الفرعونية واليونانية، هي إقامة النصب الشامخة والمدافن الكبيرة، وبناء المعابد والمنشآت الضخمة باعتبارها وسيلة لتخليد الحضارات القديمة لوجودها وما توصلت إليه من تقدم وازدهار في ذلك الوقت.

والحقيقة أن الاعتبارات الدينية كانت هي العامل الرئيسي في المحافظة على الممتلكات الفنية المرتبطة ارتباطاً وثيقاً ومباشراً بالمعابد الدينية. ومع ذلك أدت النزاعات والحروب المستمرة بين الحضارات المتعاقبة في ظل عدم وجود قواعد دولية تحكم سلوك المتحاربين خلال تلك النزاعات والحروب¹، بالإضافة إلى غياب التنظيم الدولي الذي يضع المعايير الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية، إلى تعرض العديد من الممتلكات الثقافية السائدة في العصور القديمة للهلاك والدمار².

¹ د. علي خليل إسماعيل الحديشي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي: دراسة تطبيقية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 18، ص 27.

² Emil Alexandrov, International Legal Protection of Cultural Property, Sofia Press, 1979, p. 21-22.

فكان من العادات السائدة في اليونان القديمة أن المنتصر كان يستولي على الأعمال الفنية للمهزوم، ويعرضها على جموع الشعب داخل دولته كعلامة على النصر، وتحديداً كان يتم الاستيلاء على التماثيل والصور التي ترمز إلى الآلهة، لإهانة المهزوم وتعزيز قوة آلهة المنتصر. ويأتي هذا السلوك انطلاقاً من نظرة اليونانيين الدونية لغيرهم من سكان الدول الأخرى¹.

ومع ذلك، تظهر كتابات المؤرخين أن اليونانيين القدماء قد شنوا الحروب من أجل حماية المناطق الثقافية، مثال ذلك ما أورده هيرودوت فيما يتعلق بمحاربة ومعاقبة خشايارشا الأول Xerxes ملك الفرس بحملة لسلب المراكز الدينية والسياسية اليونانية والمصرية².

وكان المؤرخ اليوناني بوليبيوس Polybius أول من نادى بحماية الممتلكات الثقافية الوطنية ضد الاستيلاء من جانب المتحاربين³، واعتبر أن

¹ سلامة صالح عبد الفتاح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2005، ص4.

² ففي خلال الحملة التي قام بها خشايارشا، تم تدمير المركز الثقافي والديني البابلي الذي امتد لأكثر من ألف عام. أنظر:

Captain Joshua E. Kastenber, Usaf, The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict, The Air Force Law Review, Vol. 42, 1997, p. 281.

³ ووجه المؤرخ اليوناني بوليبيوس النقد للجيش الرومانية بسبب أعمال السلب المفرطة التي قامت بها أثناء حصارها لمدينة سيراكوزا Syracuse مؤكداً على ما يلي:

الاستيلاء على الممتلكات الثقافية للدولة المهزومة سوف يزيد من صعوبة حكم شعبها، لأن الاستيلاء على الممتلكات التي تمثل هوية الشعب سيأجج روح الكراهية تجاه المنتصر¹.

وكان ثمة حالات انطوت على استعادة الممتلكات الثقافية التي تم الاستيلاء عليها من الدولة المهزومة؛ مثال ذلك: استعادة بعض التماثيل التي تم الاستيلاء عليها من أثينا القديمة بواسطة الفرس عام 480 قبل الميلاد، عندما تمكن الإسكندر الأكبر من هزيمة الفرس عام 331 قبل الميلاد، وسعى نحو حماية واستعادة الممتلكات الثقافية التي تم الاستيلاء عليها. كذلك نجح الإسكندر الأكبر

“The Romans, then, decided . . . to transfer all these objects to their own city and leave nothing behind. As to whether in doing so they acted rightly and in their own interest or the reverse, there is much to be said on both sides, but the more weighty arguments are in favor of their conduct having been wrong then and still being wrong. . . . At any rate these remarks will serve to teach all those who succeed to empire, that they should not strip cities under the idea that the misfortunes of others are an ornament to their own country.” Mathew Smart, *An Issue of Monumental Proportions*, op. cit. p. 770

¹ Margaret M. Miles, *The Art of International Law: War and Passion: Who Keeps the Art?* Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 49, Spring 2017, p. 10. See also: John Moustakas, *Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability*, Cornell Law Review, Vol. 74, September 1989, p. 1179.

خلال تلك الحملة العسكرية من غزو بابل، وعمل على إحياء المراكز التاريخية والدينية التي تم تدميرها في ظل الحكم الفارسي¹.

ورسخت الإمبراطورية الرومانية لفكرة "غنائم الحرب" التي تسمح للمتحاربين بمصادرة وتدمير ممتلكات العدو، العامة والخاصة، حيث أشار سييسيرو Cicero إلى أحقية المنتصر بالاحتفاظ بغنائم الحرب باعتبارها تعويضاً عن الأعباء التي تكبدها أثناء الحرب².

ولا يخفى دور الحضارة الإسلامية في حماية الممتلكات الثقافية انطلاقاً من تعاليم الإسلام التي حرمت القتل والتدمير دون جدوى أو ضرورة، الأمر الذي ساهم في الحفاظ على العديد من الآثار والممتلكات الثقافية داخل الدول والمناطق التي فتحها المسلمون³.

ولم يكن ثمة نظام قانوني دولي في العصور الوسطى يهدف إلى إقرار حماية شاملة للممتلكات الثقافية، وإنما نشأت الحماية فحسب انطلاقاً من

¹ A. B. Bosworth, *Conquest and Empire: The Reign of Alexander the Great*, Cambridge University Press, 1993, p. 85-88.

² John Alan Cohan, *An Examination of Archaeological Ethics and Repatriation Movement Respecting Cultural Property (Part Two)*, *Environs: Environmental Law & Policy Journal*, Vol. 28, Fall, 2004, p. 23.

³ سلامة صالح عبد الفتاح الرهايفة، المرجع السابق، ص 6-12.

الاعتبارات الأخلاقية التي نادى بها أهل الفكر والثقافة والمعنيين بالامتلاكات الثقافية.

ولعبت الكنيسة الكاثوليكية دوراً بارزاً في إرساء فكرة "الحرب العادلة"؛ أي تلك التي تهدف إلى تحقيق الخير والقضاء على الشر-من وجهة نظر الكنيسة. ويترتب على ذلك بالتبعية أن كافة الأفعال التي يتم ارتكابها في سبيل تحقيق أهداف الحرب العادلة، تعد أفعالاً مشروعة¹. وكان لفكرة الحرب العادلة أثرها المدمر على العديد من الممتلكات والمنشآت الثقافية، خاصة تلك التي تتسم بطابع ديني مغاير عن الديانة المسيحية².

¹ وعرف سان أوجستين للحرب العادلة بأنها تلك التي تهدف إلى الانتقام من الأضرار، كما إذا كانت الدولة تستحق العقاب بسبب تقاعسها إما في تصحيح الأخطاء المرتكبة من قبل مواطنيها أو في إعادة ما تم الاستيلاء عليه دون وجه حق. وقد جاء التعريف على النحو التالي:

“A Just war is customarily defined as one which avenges injuries, as when a nation or a state deserves to be punished because it has neglected either to put right the wrong done by its people or to restore what it has unjustly seized.” Robert J. Delahunty and John Yoo, From Just War to False Peace, Chicago Journal of International Law, Vol. 13, Summer, 2013, p.14.

² لم يكتف سان توماس أكويناس بقبول الطابع العقابي للحرب، بل ذهب إلى أن هناك التزاماً دينياً على عاتق الملوك والأمراء بقتل أعدائهم وتدمير ممتلكاتهم من أجل الحفاظ على العقيدة المسيحية. أنظر:

علاوة على ذلك، أرست كتابات سان توماس أكويناس وسانت أوجستين مبدأ "الأثر المزدوج" الذي يقرر أن لكل فعل أثرين: أحدهما مقصود والآخر غير مقصود؛ فإذا كان الأثر المقصود يتسم بالمشروعية، فإن عدم مشروعية الأثر غير المشروع لا يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية الفعل. ويترتب على ذلك بالضرورة أن التدمير الذي يلحق بالممتلكات المدنية وغيرها من الممتلكات الثقافية لن يخلع عن الأعمال العسكرية صفة المشروعية، طالما أنها تتم في إطار الحرب العادلة¹.

وحي بالبيان أنه الإمبراطورية الرومانية خلال القرن الخامس عشر أصدرت بعض التشريعات التي حرمت الاعتداء على الممتلكات الثقافية التاريخية. وتلا ذلك قيام السويد بإصدار قوانين تقرر حماية خاصة للمناطق التراثية².

Frederick H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge University Press, 1975, p. 261–2. See also: Emil Alexandrov, *op. cit.*, p. 23–24.

¹ Ronald T.P. Alcala, *Babylon Revisited: Reestablishing a Corps of Specialists for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, *Harvard National Security Journal*, Vol. 6, 2015, p. 218. See also: Craig J. S. Forest, *The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflict*, *California Western International Law Journal*, Vol. 42, Spring 2007, p. 186.

² Janet Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2015, p. 2.

ثانياً: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي التقليدي

القاعدة التي سادت في إطار القانون الدولي التقليدي في القرنين السادس عشر والسابع عشر، هي قيام الدولة التي تمارس حقها المشروع في الحرب العادلة بإدارة العمليات الحربية على نحو يقلل إلى أقصى حد ممكن من الأضرار الناجمة عن الحرب¹. وكانت قاعدة الضرورة، باعتبارها من القواعد العامة المستمدة من قوانين الطبيعة، هي المعيار الفاصل لتحديد الأعمال المشروعة أثناء الحرب، وبالتالي فإن تدمير ممتلكات العدو يعد أمراً مشروعاً طالما أنه يتم لتحقيق غاية مشروعة في إطار الحرب العادلة، وفي حدود الضرورة العسكرية، مع ملاحظة أنه لم تكن ثمة معاملة خاصة للأثار والممتلكات الثقافية عن غيرها من الممتلكات المدنية الأخرى².

وأكد الفقهاء القدامى جروسيوس وسواريز وفيتوريا وأيالا وتيكستور على فكرة "الأثر المزدوج"³، ومؤداها أنه في سياق اعتبارات الضرورة يمكن أن يترتب على الهجمات العسكرية الموجهة مباشرة نحو أهداف عسكرية، إلحاق أضراراً

¹ انظر: على خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 28-29.

² Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 5-6.

³ وأكد هوجو جروسيوس على دعمه للحقوق القانونية المشروعة للمنتصر في الحصول على الممتلكات الثقافية للمهزوم كغنائم للحرب. انظر:

Mathew Smart, An Issue of Monumental Proportions, op. cit. p. 770.

عرضية تجاه المدنيين والممتلكات المدنية، ومنها الممتلكات والأعيان الثقافية والفنية¹؛ أي أنه لا توجد مخالفة قانونية إذا كان قتل المدنيين أو تدمير الممتلكات الثقافية يعد أمراً لا يمكن تجنبه في إطار الهجوم المسلح على الأهداف العسكرية.

وقد حاول فيتوريا وجروشويوس التخفيف من قسوة القاعدة الصارمة التي تقر بمشروعية الأضرار العرضية على المدنيين والأعيان المدنية من جراء الهجوم

¹ Id. p. 6–7, citing: H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, first published 1625, text of 1646, translated by F. W. Kelsey (Oxford: Clarendon Press, 1925); F. de Vitoria, ‘*De Indis Relectio Posterior, sive De Jure Belli Hispanorum in Barbaros*’, first published 1557, text of 1696, in *De Indis et De Jure Belli Relectiones*, translated by J. P. Bate (Washington, DC: Carnegie Institution, 1917), p. 163 at para. 18; F. Sua´rez, ‘*On Charity*’, text of 1621, in *Selections from Three Works of Francisco Sua´rez, S.J.*, translated by G. L. Williams et al. (Oxford: Clarendon Press, 1944), p. 797, disputation 13, s. 7, para. 6; and, subsequently, S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, first published 1672, text of 1688, translated by C. H. and W. A. Oldfather (Oxford: Clarendon Press, 1934), book 8, chap. 6, para. 7; J. W. Textor, *Synopsis Juris Gentium*, text of 1680, translated by J. P. Bate (Washington, DC: Carnegie Institution, 1916), chap. 18, para. 33, as regards ‘palaces and other fine buildings’; B. Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari Libri III*, text of 1582, translated by J. P. Bate (Washington, DC: Carnegie Institution, 1912), book 1, chap. 4, para. 9.

المسلح، من خلال إجراء توازن بين الأضرار والمزية العسكرية المحققة من الهجوم المسلح؛ فإذا كانت الأضرار التي تصيب المدنيين والأعيان المدنية تفوق إلى حد كبير المزية العسكرية المحققة، فإنه يتعين البحث عن وسائل أخرى لتحقيق الغرض العسكري المرجو، وإلا خرج الهجوم المسلح عن إطار المشروعية¹.

وذهب فيتوريا إلى أنه لا توجد أية قيود على تدمير ممتلكات العدو لتحقيق مزية عسكرية، بل إن ممتلكات العدو تصبح مملوكة للمنتصر وله الحق في التصرف فيها. بل إن جينتيلي Gentili ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك وأقر بحق جنود القوات المسلحة المنتصرة بسلب ونهب ممتلكات العدو. وإذا كان فيتوريا أقر بمشروعية السلب والنهب إذا كانت تقتضيه ضرورة إدارة العمليات العسكرية أو لتحفيز عزيمة أفراد القوات المسلحة، إلا أنه حظر على الجنود القيام بالسلب والنهب دون وجود إذن صريح من القادة بذلك².

ولم يتغير الوضع كثيراً خلال عصر التنوير في القرن الثامن عشر، حيث أيدت كتابات فاتيل وولف القاعدة العامة التي أقرها سابقهم من الفقهاء فيما يتعلق بالحق في تدمير الممتلكات المدنية للعدو في سبيل تحقيق غاية مشروعة أثناء

¹ Id. p. 7.

² Id. p. 8.

الحرب¹. ويعني ذلك، بمفهوم المخالفة، أن أي تدمير لممتلكات العدو، بما في ذلك الآثار والأعيان الثقافية والتماثيل الأثرية وأماكن العبادة والقطع والرسوم الفنية، على نحو لا تبرره أية ضرورة عسكرية يعد أمراً محظوراً أثناء النزاع المسلح².

وكان من شأن اندلاع الثورة الفرنسية عام 1789، ثم بعد ذلك الحروب النابليونية أثراً ملموساً بشأن الحماية المقررة على الآثار والفنون الثقافية. فكان من شأن الانفعال الذي صاحب الثورة الفرنسية أن مثّل تهديداً كبيراً على الآثار والأعمال الفنية في فرنسا، الأمر الذي حدا بالجمعية التأسيسية في فرنسا إلى إنشاء

¹ M. Cherif Bassiouni, Reflections on Criminal Jurisdiction in International Protection of Cultural Property, *Syracuse Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, 1983, p. 288.

² E. de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqué's a` la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, text of 1758 (Washington, DC: Carnegie Institution, 1916), book 3, chap. 8, paras 136–8. See also: C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, first published 17409, text of 1764, translated by J. H. Drake (Oxford: Clarendon Press, 1934), chap. 7, paras. 781–2.

لجنة الآثار عام 1790، لتتولى جمع الأعمال الفنية والآثار ووضعها في مخازن آمنة¹.

واقترنت الحروب التي شنها نابليون بونابارت على دول أوروبا في وقت لاحق من اندلاع الثورة الفرنسية بأعمال التدمير والتخريب والمصادرة والسلب والنهب للممتلكات الثقافية للدول التي تمكنت فرنسا من هزيمتها وغزوها، الأمر الذي دفع أحد الفنانين والكتاب البارزين في مجال الثقافة، أنطوان كواترمير دكونسي Antoine Quatremère de Quincy، بنشر العديد من الرسائل التي تدين إدانة الانتهاكات التي تقوم بها الجيوش الفرنسية بقيادة بونابارت، مؤكداً على ضرورة وضع اعتبارات حماية كل ما يتعلق بالثقافة من فنون وعلوم فوق اعتبارات شن الحروب وتحقيق الانتصار فيها².

ثالثاً: حماية الممتلكات الثقافية في القرن التاسع عشر

بعد انتهاء الحروب النابليونية بهزيمة نابليون بونابارت عام 1815، قام البابا بيو السابع بإرسال أنطونيو كانوفا، وهو أحد النحاتين الإيطاليين البارزين، إلى

¹ Joseph L. Sax, Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbe Gregoire and the Origins of an Idea, Michigan Law Review, vol. 88, no. 5, April 1990, p. 1152.

² Charles de Visscher, Protection Internationale des Objets d'Art et des Monuments Historiques, La Revue de Droit International et de Législation Comparée, vol. 16, no. No. 2, 1935, p. 248–250.

الملك لويس التاسع عشر، ملك فرنسا، ليطالب باسترداد مائة عمل فني وما يقارب الخمسمائة كتاب. وتمكن أنطونيو كانوفا بالفعل من إعادة خمسة وسبعين بالمائة من الثروات المنهوبة مرة أخرى إلى إيطاليا¹.

وفي عام 1830، تم إنشاء لجنة الأعمال التاريخية في فرنسا، حيث خصص لها تمويلاً خاصاً للمحافظة على الآثار التاريخية، ثم تلا ذلك إنشاء هيئة تفتيش الآثار التاريخية عام 1833. وفي عام 1837 تم إصدار قانون الآثار التاريخية الذي قرر إنشاء لجنة خاصة بغرض تنفيذ أحكام هذا القانون².

وكان للقوانين واللجان والهيئات التي أنشأتها فرنسا لحماية الآثار التاريخية انعكاسه على الدول الأوروبية في إقرار أنظمة مؤسسية لحماية الممتلكات الثقافية، حيث قامت المملكة المتحدة عام 1845 بإصدار تشريع لتوفير حماية فعالة للأعمال الفنية من خلال فرض عقوبات جزائية على التخريب الآثم والتدمير العمدي لأي تمثال أو نصب أثري معروض للمشاهدة العامة، ثم أصدرت عام 1882 قانون حماية الآثار التاريخية³. وبالنسبة للمؤسسات المعنية بحماية

¹ Angela Saltarelli, Restitution of Looted Art in Europe: Few Cases, Many Obstacles, Revista la Propiedad Inmaterial, 25, 2018, p. 149.

² Françoise Choay, The Invention of the Historic Monuments, Translated by Lauren M. O'Connell, Cambridge University Press, 2001, p. 97.

³ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 17.

الممتلكات الثقافية، أنشأت المملكة المتحدة عام 1895 صندوق ائتمان وطني كهيئة خاصة تضطلع بمهمة المحافظة على المناطق الوطنية التاريخية، وقد عضد من تلك المهمة إصدار قانون الائتمان الوطني عام 1907¹، كما أنشأت عام 1908 اللجنة الملكية بشأن الآثار التاريخية².

¹ وفي عام 1949 تم إنشاء صندوق الائتمان للحماية التاريخية في الولايات المتحدة الأمريكية، وهي منظمة غير حكومية، تتولى وضع البرامج بهدف حماية وصيانة المباني والمجاورات والمناطق التاريخية والتراثية في الولايات المتحدة. انظر:

Diane Barthel, The Role of Fictions in the Redefinition of Mission, Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly, vol. 26, no. 4, December 1997, p. 406.

² وبعد صدور قانون التخطيط في المملكة المتحدة عام 1900، فإنه لا يجوز لأي مالك عقار موضوع في قائمة المباني ذات الطبيعة التاريخية أو المعمارية الخاصة إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من السلطة المختصة بالتخطيط. وفي حالة الرغبة في هدم مبنى يدخل ضمن قائمة المباني المحمية، فإنه لا تكفي الموافقة الكتابية، وإنما يتعين أن يتم إخضاع المبنى للفحص من جانب اللجنة الملكية للآثار التاريخية لإبداء الرأي. انظر:

Christopher Parkin, A Comparative Analysis of the Tension Created by Disability Access and Historic Preservation Laws in The United States and England, Connecticut Journal of International Law, vol. (22), No. (379), 2007, p. 386.

الفصل الأول

النظام القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة

تمهيد وتقسيم:

بُذلت منذ أواخر القرن التاسع عشر العديد من الجهود التي استهدفت إقرار نظام قانوني يقرر الحماية للممتلكات الثقافية، ولا سيما أثناء النزاعات المسلحة. وكان هناك العديد من المبادرات والمحاولات سواء الفردية أو من جانب حكومات الدول في سبيل تعنين القواعد التي تقرر حماية الممتلكات الثقافية، الأمر الذي تكمل بإقرار تلك الحماية بموجب اتفاقيتي لاهاي لعامي 1899 و1907 الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية.

ويعد إنشاء منظمة اليونسكو عام 1945 نقطة فارقة في تطور الحماية المقررة للتراث الثقافي، حيث سعت منذ إنشائها نحو العمل على إقرار قواعد دولية تقرر حماية فعالة للممتلكات الثقافية، سواء في زمن السلم أو النزاعات المسلحة.

لذلك برزت قيمة الممتلكات الثقافية في العديد من المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ومنها تحديداً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية².

وإذا كان الوضع الغالب هو تعرض الممتلكات الثقافية للاعتداءات الجسيمة أثناء النزاعات المسلحة، والتي تشمل أفعال التدمير والتخريب وغيرها من الأفعال غير المشروعة المتمثلة في السلب والنهب والاستيلاء غير المشروع، فقد حرصت اتفاقيات القانون الدولي الإنساني على إقرار حماية لتلك الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة، وعلى وجه الخصوص اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977.

وبرز دور اليونسكو في تشجيع الدول على إبرام اتفاقية دولية في لاهاي عام 1954 تستهدف بصفة خاصة حماية الممتلكات التي تمثل التراث الثقافي للشعوب، وذلك بالإضافة للبروتوكول الأول لعام 1954، والبروتوكول الثاني لعام 1999.

¹ المادة (22) و(27) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217(د-3) في 10 ديسمبر 1948.

² المادة (3) والمادة 15(ب) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200(د-21) في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 3 يناير 1976.

وكان من شأن الاتفاقيات الدولية السابقة في مجملها إرساء النظام القانوني الخاص بحماية الممتلكات الثقافية، لا سيما في زمن النزاعات المسلحة، الدولية وغير الدولية على حد سواء. وكذلك إقرار المسؤولية الجنائية الفردية عن الانتهاكات التي يتم ارتكابها تجاه تلك الممتلكات الثقافية، مما كان له أثره في وضع تلك المسؤولية موضع النفاذ أمام القضاء الجنائي الدولي.

وبناء على ذلك، فإننا نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، وفقاً لما يلي:

المبحث الأول: جهود تقنين قواعد قانونية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

المبحث الثاني: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي الإنساني.

المبحث الثالث: حماية الممتلكات الثقافية بموجب اتفاقيات دولية خاصة.

المبحث الأول

جهود تقنين قواعد قانونية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة

لقد كان للاعتداءات الجسيمة التي ارتكبت على الممتلكات الثقافية خلال الحروب النابولونية، وما نجم عنها من خسارة في الأعيان والقطع الفنية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية، أن لاقى اهتمام الأفراد والجماعات على المستوى الدولي والدولي، حيث بُذلت منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر جهوداً واضحة في سبيل تقنين قواعد قانونية تهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

وتبلورت الجهود الفردية والجماعية التي استهدفت إقرار نظام قانوني يهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة في صدور مدونة لبيير وإعلان بروكسل ودليل أوكسفورد.

المطلب الأول

مدونة ليبر (1863)

أصدر فرانسيس ليبر Francis Lieber عام 1863 مجموعة من التعليمات للقوات المسلحة للولايات المتحدة الأمريكية في الميدان، أطلق عليها مدونة ليبر، لكي تكون أول تقنين لقوانين الحرب¹.

ونصت المادة (14) من مدونة ليبر على أن الضرورة العسكرية وفقاً لإدراك الأمم المتمدينة، تشمل التدابير الضرورية التي لا غنى عنها لتحقيق غايات الحرب، والتي تعد ضرورية وفقاً للقوانين المعاصرة وعادات الحرب.

ووضعت مدونة ليبر ضوابط للضرورة العسكرية؛ حيث أباح توجيه هجمات مباشرة تجاه العدو لتحقيق غرض وحيد، وهو إنهاء الحرب. ولا تكون ثمة مخالفة إذا ترتب على تلك الهجمات تدمير أشخاص آخرين، طالما أن هذا التدمير يعد أمراً عرضياً ولا يمكن تجنبه في سياق العمليات الحربية أثناء الحرب. ويمكن كذلك أن يتم توجيه الهجمات لممتلكات العدو، بما في ذلك الطرق ووسائل الانتقال والاتصالات، إذا كان من شأن تلك الممتلكات أن تمثل عائقاً أمام تأمين سلامة القوات المسلحة². ومع ذلك، أكد إعلان ليبر على عدم جواز استخدام العنف

¹ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863.

² المادة (15) من مدونة ليبر.

والقسوة خلال المعارك الحربية بغرض إلحاق معاناة غير ضرورية بالعدو، أو تدمير أو تخريب ممتلكات العدو بسوء نية¹.

ويذهب رأي في الفقه إلى أن الصياغة الواردة في مدونة لبير تقر بمشروعية اللجوء إلى الضرورة العسكرية إذا كان من شأنها تحقيق غايات الحرب، بغض النظر عن مدى مشروعيتها تلك الغايات المرجو تحقيقها².

والحقيقة أن التحقق من مدى مشروعيتها الغاية من الحرب لم تكن ذات أهمية حقيقية خلال تلك الحقبة الزمنية، حينما لم يكن اللجوء إلى القوة المسلحة لتسوية النزاعات والخلافات الدولية أمراً محرماً بموجب قواعد القانون الدولي.

وجاءت المادة (26) من مدونة لبير لترسي الأساس القانوني للتمييز بين الأهداف العسكرية والأهداف غير العسكرية، حيث طالبت بضرورة التمييز بين

¹ جاءت المادة (16) من مدونة لبير لتقرر أنه لا توجد ضرورة عسكرية على الإطلاق من خلال إلحاق معاناة لمجرد إيذاء العدو أو الانتقام منه، أو التشويه أو البتر أو الإصابة خارج الاشتباكات الحربية، كما لا يجوز تعذيب العدو للحصول على الاعترافات. ويحذر كذلك استخدام السم بأي طريقة، أو التدمير الوحشي لمنطقة معينة. أنظر أيضاً المادة (11) من مدونة لبير. أنظر أيضاً: الحرب وقيودها الأخلاقية: مقارنات بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني، إعداد مجموعة من الباحثين، الطبعة الأولى، بيروت، 2018، ص 18.

² انظر: دراسات في القانون الدولي الإنساني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم د. مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، 2000، ص 323-333. انظر أيضاً: أزهري عبد الأمير الفتلاوي، العمليات العدائية طبقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص 2.

المدنيين المنتمين للدولة المعادية من ناحية، والدولة المعادية وجنودها الذين يحملون السلاح نيابة عنها. ومن ثم يتعين عدم توجيه الهجمات للمدنيين وممتلكاتهم كلما سمحت بذلك ضرورات الحرب.

وبالنسبة لمصادرة الممتلكات، أقرت مدونة ليبير أن السلطة المحتلة تتمتع ببعض الحقوق بالنسبة للممتلكات المنقولة وغير المنقولة في الإقليم المحتل، على أن يتم معاملة الممتلكات المخصصة للفنون والعلوم باعتبارها ملكية خاصة، ومن ثم لا يجوز مصادرتها¹.

وبالنسبة للممتلكات الثقافية، وتحديداً الأعمال الفنية، والمقتنيات والأصول التابعة للدولة المعادية، أقرت المدونة أنه إذا أمكن إزالة تلك الممتلكات بدون إلحاق أضرار بها، فإنه يمكن لحاكم دولة الاحتلال أن يأمر بالحجز عليها ونقلها لمنفعة الدولة الأخيرة، ويتم تحديد ملكية تلك الممتلكات بموجب اتفاقية سلام. ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تباع تلك الممتلكات أو يتم مصادرتها بشكل شخصي أو أن يتم تدميرها أو تخريبها بشكل جائر.

ومع ذلك، فإنه يبدو أن المدونة باعتبارها تعليمات عسكرية موجهة للقوات المسلحة الأمريكية أعطت الأولوية لغنائم الحرب على حساب حماية الممتلكات

¹المادة (34) من مدونة ليبير

الثقافية؛ إذ قرر ليبير أن يتم الحجز على الممتلكات الثقافية ونقلها لمنفعة دولة الاحتلال، وليس لمنفعة الدولة المحتلة التي يثبت لها الحق على تلك الممتلكات¹.

ويلاحظ أن مدونة ليبير حرمت نهائياً أعمال السلب والنهب للمنطقة التي يتم السيطرة عليها حتى ولو تم ذلك بالقوة².

واشتملت المدونة على نصوص تقرر عقوبات جزائية حال مخالفة قواعدها، والتي قد تصل إلى حد الإعدام بحسب جسامة الفعل المرتكب³.

¹ Theodor Meron, Francis Lieber's Code and Principles of Humanity, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 36, no. Issues 1&2, 1998, p. 272.

² ويعرف النهب بأنه "أخذ الممتلكات الخاصة عنوة من رعايا العدو من قبل جيش غازٍ أو محتل". انظر: جون-ماري هنكرتس وآخرين، القانون الدولي الإنساني العرفي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلد الأول: القواعد، بدون سنة نشر، ص 165.

³ المادة (44) من مدونة ليبير.

المطلب الثاني

إعلان بروكسل (1874)

صدر مشروع القواعد الدولية بشأن قوانين وأعراف الحرب، في بروكسل عام 1874 (إعلان بروكسل)، وهو أول وثيقة دولية بين حكومات الدول¹، وبالرغم من عدم إلزاميته على الصعيد الدولي²، إلا أنه كان أساساً لوضع اتفاقيتي لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب عامي 1899 و1907.

وجاءت الصيغة الواردة في إعلان بروكسل أكثر صرامة من مدونة ليبير، عندما قررت تحريم تدمير ممتلكات العدو التي لا تملئها ضرورة عسكرية ملحة³، كما أكدت أنه لا يجوز أن تتعرض المدن المفتوحة أو الكتل السكانية أو القرى غير

¹ جاء إعلان بروكسل بناء على مبادرة من سيزار ألكسندر الثاني، إمبراطور روسيا، عندما عقدت خمسة عشرة دولة أوروبية مؤتمراً دولياً في بروكسل، بلجيكا، في 27 يولييه 1874، للتباحث والتشاور بشأن مشروع اتفاقية دولية بشأن قوانين وأعراف الحرب تم تقديمها من قبل الحكومة الروسية. وأتم المؤتمر أعماله بإقرار مشروع الاتفاقية مع إجراء بعض التعديلات. ونظراً لعدم رغبة العديد من الحكومات المشاركة في المؤتمر قبول المشروع كاتفاقية ملزمة، فلم يتم التصديق عليها، وصدرت في شكل إعلان. انظر بشأن إقرار إعلان بروكسل لعام 1874، قاعدة بيانات اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

(آخر زيارة للموقع في 10 يونيو <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>)

(2019).

² انظر مشروع الإعلان الدولي بشأن قوانين وأعراف الحرب، اعتمد في بروكسل، في 27 أغسطس 1874.

³ المادة 13(ز) من إعلان بروكسل.

المحمية للهجوم أو القصف¹، وفي حالة توافر الحماية للمناطق المذكورة، فإنه يتعين على الضابط المسؤول قبل الشروع في الهجوم أو القصف على تلك المناطق، أن يتخذ كافة ما يلزم لتتبيه سلطات الدولة المعادية²، ويعني ذلك أنه لا يمكن استهداف المناطق المحمية بشكل مباشر، وإنما يتعين التقيد أيضاً باعتباريات الضرورة العسكرية التي تستدعي شن الهجوم أو القصف على تلك المناطق³.

¹ المادة (15)، المرجع نفسه.

² المادة (16)، المرجع نفسه.

³ ومن أبرز الفقهاء الذين أقروا بضرورة التقيد باعتباريات الضرورة جوان كاسبر بلونتشلي Johann Caspar Bluntschli، أول رئيس لمعهد القانون الدولي، حيث أرسى مبدأ الضرورة كأساس لإنشاء وتطبيق القواعد القانونية، ويقول تأكيداً لذلك:

« L'assiégeant doit, autant que possible, prendre les mesures nécessaires pour que les églises, hôpitaux, collections artistiques, etc., d'une place assiégée, soient ménagés pendant le bombardement. L'assiège est tenu, de son côté, de designer ces édifices d'une manière visible et de ne pas les utiliser pour la lutte ». Johann Caspar Bluntschli, Le Droit International Codifié, Cinquième Edition Revue et Augmentée, Guillaumin, 1895, p. 314.

See also: Betsy Baker Roben, The Method behind Bluntschli's Modern International Law, Journal of the History of International Law, vol. 4, no. 2, 2002, p. 265-269.

أنظر أيضاً بالنسبة للفقهاء الذين تطلبوا توافر الضرورة العسكرية عند شن هجمات على المناطق المدنية المحمية.

وأقر إعلان بروكسل حماية المؤسسات الدينية والتعليمية والتطوعية، والمخصصة للفنون والعلوم. ودعت إلى ضرورة معاملتها باعتبارها ملكية خاصة، حتى ولو كانت مملوكة للدولة. وعلى عكس مدونة ليبير التي أجازت الاستيلاء على الممتلكات الثقافية أو نقلها، فإن إعلان بروكسل أكد على أن كافة أعمال الاستيلاء والتدمير والتخريب العمدي للمؤسسات الثقافية، وغيرها من الآثار التاريخية والأعمال الفنية والعملية تكون محلاً للإجراءات القضائية من قبل السلطات المختصة¹. وهذا الحكم الأخير لم يقرر حظراً مباشراً وتاماً على التدمير والتخريب العمدي للممتلكات الثقافية، وإنما جعلته خاضعاً للإجراءات القضائية للسلطات المختصة لتقدير مشروعية الفعل المرتكب من عدمه.

وعلى غرار ما قرره مدونة ليبير، أورد إعلان بروكسل حظراً تاماً على أعمال السلب والنهب لممتلكات العدو²، مؤكداً على عدم جواز قيام قوات الدولة المنتصرة بسلب ونهب المدن التي يتم احتلالها، حتى ولو تم ذلك بالقوة³.

William Edward Hall, Treatise on International Law, 4th Edition, Oxford, The Clarendon Press, 1895, p. 488. See also: Edwin F. Glenn, Hand-Book of International Law. St. Paul, Minn, West Pub. Co, 1895, p. 228.

¹ المادة (8) من إعلان بروكسل.

² المادة (39)، المرجع نفسه.

³ المادة (18)، المرجع نفسه.

المطلب الثالث

دليل أوكسفورد (1880)

جاء دليل أوكسفورد 'Oxford Manual' بشأن قوانين الحرب البرية لعام 1880 نتاجاً لجهود خاصة من مجمع القانون الدولي المؤسس عام 1873 الذي يتكون من مجموعة من الأعضاء والمشاركين من عدة دول، بغية المساعدة على تطوير قواعد القانون الدولي، من خلال السعي نحو إيراد المبادئ العامة المتعلقة بالقانون الدولي، وتقديم المساعدة لتقنين قواعد القانون الدولي¹.

وأقر دليل أوكسفورد العديد من الأحكام التي أقرها إعلان بروكسل فيما يتعلق بحماية الممتلكات الثقافية، عندما حظر أية هجمات أو أعمال قصف بالقنابل على المناطق غير المحمية، كما حظر الهجمات التي لا تملئها ضرورة عسكرية ملحة تجاه الممتلكات العامة والخاصة².

وبالرغم من أن المادة (53) من دليل أوكسفورد أكدت على الحكم الوارد في إعلان بروكسل فيما يتعلق بعدم جواز الاستيلاء على المؤسسات المخصصة لأغراض دينية أو تعليمية أو تطوعية، أو للفنون والعلوم، إلا أنه على خلاف

¹ أنظر بشأن إنشاء معهد القانون الدولي وأهدافه، قاعدة بيانات اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

(آخر زيارة <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument>)

للموقع 10 يونية 2019).

² المادة 32(ب) و(ج) من دليل أوكسفورد بشأن قوانين الحرب البرية، 9 سبتمبر 1880.

إعلان بروكسل أورد حظراً رسمياً وصريحاً على التدمير أو التخريب العمدي للمؤسسات السابقة¹، بالإضافة للآثار التاريخية والمحفوظات والأعمال الفنية والتاريخية، وأقرت استثناءً وحيداً على هذا الحظر، والذي يتمثل في مقتضيات الضرورة العسكرية الملحة².

¹ وكان إعلان بروكسل كان أخضع التدمير والتخريب العمدي لتلك الممتلكات للإجراءات القضائية للسلطات المختصة لتقدير مدى مشروعيته، مما يعني أن الحظر لم يرد بشكل تام.

² المادة (53) من دليل أوكسفورد. ووفقاً لرأي في الفقه، فإن الصيغة المستخدمة في دليل أوكسفورد بشأن تحريم التدمير والتخريب العمدي للممتلكات تعد أكثر صلابة ووضوحاً من الصيغة المستخدمة في إعلان بروكسل، ويؤكد ذلك بقوله إن:

“The problem of pillage was addressed in most of the early instruments and has been provided for in the later treaties. The language of article 17 of the Brussels Conference is virtually identical to the language of article 34 of the Oxford Manual with respect to pillage. Both documents contain prohibition against pillage, but the English version of the Brussels Conference uses weaker language than the English version of the Oxford Manual with respect to the prohibition on pillage. Article 18 of the Brussels Conference states that “[a] town taken by assault ought not to be given over to pillage by the victorious troops,” whereas article 32(a) of the Oxford Manual states that “it is forbidden to pillage, even towns taken by assault.” Joseph F Edwards, Major Global Treaties for the Protection and Enjoyment of Art and Cultural Objects, University of Toledo Law Review, vol. 22, no. 4, Summer 1991, p. 943.

علاوة على ذلك، أكد دليل أوكسفورد على الأحكام الواردة في كل من مدونة لبير وإعلان بروكسل فيما يتعلق بالحظر التام لسلب ونهب المدن المحتلة، حتى ولو كان احتلالها قد تم بالقوة¹. ولا مرء أن تكرار هذا الحظر، في الوثائق السابق ذكرها، يعكس عقيدة راسخة بأن أعمال السلب والنهب للممتلكات الخاصة، وعلى وجه الخصوص الممتلكات الثقافية، سواء تمت تلك الأعمال في سياق النزاعات المسلحة، أو خلال فترة الاحتلال، أو بموجب أمر صادر من قائد عسكري، هو حظر مطلق، ولا يمكن، بأي حال من الأحوال أن يشكل ضرورة عسكرية لتحقيق غايات الحرب.

¹ المادة 23(أ)، المرجع نفسه. أنظر أيضاً:

Johann Caspar Bluntschli, *Le Droit International Codifié*, op. cit., p. 373.

المبحث الثاني

حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي الإنساني

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية مباشرة، عكفت الأمم المتحدة على تقنين قواعد القانون الدولي الإنساني لتنظيم سلوك المتحاربين أثناء النزاعات المسلحة، وترتب على ذلك وضع اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949¹. وتضمنت اتفاقيات جنيف الأربعة قواعد لتأكيد الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية.

وبعد مرور فترة زمنية وفي ظل النداءات المطالبة بتأكيد وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني، عُقد مؤتمر دبلوماسي في جنيف نتج عنه عام 1977 تبني بروتوكولين إضافيين لاتفاقيات جنيف. وجاء البروتوكول الأول ليقرر حماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية²، والبروتوكول الثاني ليقرر حماية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية³.

¹ اتفاقية جنيف الأولى بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، واتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، واتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب، في 12 أغسطس 1949، ودخلت حيز النفاذ في 21 أكتوبر 1950.

² البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

³ البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق

ونبين بناء على ذلك الحماية المقررة للممتلكات الثقافية بموجب قواعد
لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب لعام 1907 (مطلب أول)، ثم ننتقل لبيان
الحماية المقررة بموجب اتفاقيات جنيف لعام 1949 (مطلب ثان)، وأخيراً الحماية
المقررة بموجب البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977 (مطلب
ثالث).

والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق على المنازعات
المسلحة وتطويره، وذلك بتاريخ 8 يونية 1977، ودخل حيز النفاذ في 7 ديسمبر 1978، وفقاً
لأحكام المادة (23).

المطلب الأول

قواعد لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب

سبق أن ذكرنا أن أهمية إعلان بروكسل برزت بشكل جلي، عند وضع القواعد المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية المرفقة بالاتفاقية الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية، المبرمة في 29 يوليه 1899، في مؤتمر لاهاي الأول. وفي عام 1907، عُقد مؤتمر لاهاي الثاني لإجراء بعض التعديلات على القواعد المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية¹، فضلاً عن إقرار اتفاقية خاصة بشأن القصف البحري بالقنابل في زمن الحرب².

اشتملت قواعد لاهاي المرفقة باتفاقية لاهاي الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام 1907 على قواعد عامة تهدف إلى حظر تدمير ممتلكات العدو والاستيلاء عليها وفقاً لشروط وضوابط معينة، كما اشتملت على قواعد خاصة بحظر تدمير وقصف الممتلكات الثقافية أثناء حصار المدن وغيرها من المناطق المحمية، علاوة على قواعد تتعلق بحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي.

¹ الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، المرجع السابق.

² القواعد المتعلقة بالقصف البحري، الواردة في الاتفاقية الخاصة بالقصف البحري بالقنابل في زمن الحرب، لاهاي، 18 أكتوبر 1907.

وإذا كان من شأن اتفاقية لاهاي لعام 1907 أن تقنن قواعد وأعراف الحرب التي يتعين على المتحاربين الالتزام بها خلال الحروب، وأن تساهم في حماية الممتلكات الثقافية ضد التدمير والتخريب والاستيلاء والسلب والنهب، إلا أن اندلاع الحرب العالمية الأولى قد أبرزت أوجه القصور في قواعد لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية.

وفيما يلي نبين القواعد التي اشتملت قواعد لاهاي فيما يتعلق بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

أولاً: القواعد العامة بحظر تدمير ممتلكات العدو:

استهدفت المادة 23(ز) من قواعد لاهاي إقرار حماية عامة، تتمثل في حظر تدمير ممتلكات العدو والاستيلاء عليها، ما لم تقتض ذلك ضرورة عسكرية ملحة.

ويلاحظ أن اتفاقية لاهاي لم تبين المقصود بالضرورة العسكرية التي تبيح استهداف ممتلكات العدو، وإن كانت الكتابات الفقهية السائدة في ذلك الوقت، بخاصة كتابات أوبنهايم Oppenheim قد أبرزت المقصود بالضرورة العسكرية، بأنه التدمير الذي يتم بواسطة القوات المسلحة، سواء في حالة الهجوم أو الدفاع، لتقوية موقف القوات المسلحة في الحرب، أو لتأمين انسحاب القوات دون التعرض لخطر العدوان من جانب العدو، ولتحقيق هذا الغرض، فإن التدمير قد يرد على مصنع أو منشأة لتصنيع الذخيرة أو تقديم الإمدادات والمؤن للعدو، وقد يرد التدمير

أو القصف على منزل أو قرية أو جسر أو مزارع إذا كانت تُستخدم في الدفاع أو يتم إعدادها للدفاع. وفي جميع الأحوال، يتعين أن يملّي هذا التدمير الضرورة العسكرية الملحة، وألا يتم انطلافاً من الانتقام من العدو وتخریب ممتلكاته دون مقتضى لتحقيق غايات الحرب¹. ووفقاً لهذا المفهوم، فإن الضرورة تقدر بقدرها؛ وبالتالي يتعين ألا يتجاوز استخدام القوة تجاه ممتلكات العدو الحدود التي تهدف إلى تحقيق غرض عسكري معين، وإلا أصبح هناك تجاوز لحدود الضرورة، ومن ثم مخالفة القوانين والأعراف المطبقة أثناء الحرب².

وجاءت المادة (25) من قواعد لاهاي لتقرر حظر "مهاجمة أو قصف المدن أو القرى والمساكن والمباني غير المحمية أياً كانت الوسيلة المستعملة". وتشمل عبارة "أياً كانت الوسيلة المستعملة" بصفة خاصة القصف الجوي الذي يتم بواسطة الطائرات³.

¹ L. Oppenheim, International law, A Treatise, Vol. II-War and Neutrality, Third Edition, edited by Ronald F. Roxburgh, Longmans, Green and Co., 1921, p. 212-213.

² انظر أيضاً بشأن هذا المفهوم في الفترة التي لم يكن يتوافر خلالها غير اتفاقيتي لاهاي لعامي 1899 و1907 لحكم سلوك المتحاربين أثناء النزاعات المسلحة:

Amos S. Hershey, The Essentials of International Public Law and Organizations, Revised Edition, The Macmillan Company, 1927, p. 554.

³ Paul Fauchille, and Henry Bonfils. Traite de Droit International Public, Paris, Rousseau et Cie, 1921, p. 615.

ويستفاد من نص المادة (25) أنها لم تحظر قصف المناطق المدنية بشكل مطلق، وإنما قصرت الحظر فقط على المناطق المدنية غير المحمية، مما يعني مشروعية قصف كافة الممتلكات في المدن، وذلك باستثناء الممتلكات الثقافية المحمية بموجب نص المادة (27). وتعذو مشروعية قصف كافة المناطق المدنية غير المحمية إلى اعتبارات الضرورة العسكرية؛ حيث كان الاتجاه السائد في أوائل القرن العشرين هو عدم فرض قيود على الضرورة العسكرية، وبالتالي يمكن للقوات المسلحة أن تشن الهجوم والقصف على المباني العامة والخاصة للعدو، باعتبارها إحدى الوسائل التي تجبر سلطات العدو على الاستسلام وإنهاء الحرب¹.

وتكمن أهمية التفرقة بين المناطق المحمية وغير المحمية تحديداً فيما يتعلق بالقصف بالقبائل، نظراً إلى أنه يعد الوسيلة الأخيرة التي يمكن لأي قوة عسكرية أن تلجأ إليها للدخول أو احتلال أية مدينة تابعة للعدو، ومن ثم لا يجوز قصف أية مدينة غير محمية، نظراً لعدم توافر الضرورة العسكرية، وفقاً للحظر العام المقرر بموجب المادة 23(ز) من قواعد لاهاي².

¹ L. Oppenheim, International Law, op. cit., p. 183.

² Charles de Visscher, Protection Internationale des Objets d'Art et des Monuments Historiques, La Revue de Droit International et de Legislation Comparee, vol. 16, no. No. 2, 1935, p. 258.

بالإضافة إلى ما سبق، جاءت المادة (28) لتؤكد على الحظر التام لأعمال السلب والنهب للمدن أو المناطق المحتلة، حتى ولو كان قد تم احتلالها أو أخذها بالقوة.

ثانياً: القواعد المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء الحصار والقصف:

أقرت اتفاقية لاهاي قواعد خاصة لحماية الممتلكات الثقافية أثناء الحصار والقصف الذي يقع على مدينة أو منطقة تابعة لأحد المتحاربين. وسعت قواعد لاهاي لعام 1907 إلى توسيع نطاق الحماية ليشمل فئات عديدة من المباني والممتلكات التي لا تخدم العمليات الحربية، لذلك لم تقتصر الحماية فحسب على الممتلكات التي تتمتع بقيمة فنية وتاريخية، وإنما امتدت لتشمل أيضاً الممتلكات المخصصة لأغراض دينية وفنية وعلمية.

ولتعزيز الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية، كان لزاماً إقرار وسيلة تساعد على تجنب استهدافها أثناء حصار المدن والمناطق المحمية، من خلال القصف بعيد المدى.

ضوابط حماية الممتلكات الثقافية أثناء الحصار والقصف:

قررت المادة (27) من قواعد لاهاي أنه في حالات الحصار والقصف، "يتعين اتخاذ كافة التدابير اللازمة لتفادي الهجوم، قدر المستطاع، على المباني المخصصة للعبادة والفنون والعلوم والأعمال الخيرية والآثار التاريخية والمستشفيات

والمواقع التي يتم فيها جمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تستخدم في الظروف السائدة آنذاك لأغراض عسكرية".

وقد وسعت المادة (27) من نطاق الحماية المقرر على الممتلكات الثقافية، بالمقارنة بالوثائق السابقة. فبينما نصت المادة (35) من مدونة لبير على حظر تدمير الممتلكات الثقافية المنقولة دون ضرورة تقتضيه، فإن النص لم يشتمل في مفهومه حماية الممتلكات الثقافية الثابتة أو غير المنقولة التي تستحق الحماية لأسباب فنية وتاريخية. وبالنسبة لإعلان بروكسل ودليل أوكسفورد وقواعد لاهاي لعام 1899، فبالرغم من حظرها لتدمير المباني المخصصة للأعمال الفنية، إلا أنها مع ذلك أغفلت إقرار هذا الحظر بالنسبة للمباني التي تتمتع بقيمة فنية وتاريخية¹. لذلك جاءت قواعد لاهاي لعام 1907 لتضيف إلى نص المادة (27) "الأثار التاريخية" ضمن فئات الممتلكات الثقافية التي يتعين تجنبها أثناء الهجوم أو القصف بالقنابل. وجاءت تلك الإضافة بناء على اقتراح من الجانب اليوناني خلال مؤتمر لاهاي الثاني للسلام، وتم قبول هذه الإضافة بالإجماع من جانب المشاركين في المؤتمر².

¹ المادة (17) من إعلان بروكسل، والمادة (34) من دليل أوكسفورد، والمادة (27) من قواعد لاهاي لعام 1899.

² وكان نص المادة (27) الوارد في قواعد لاهاي لعام 1899 قد جاء خالياً من النص على "الأثار التاريخية" 'historic monuments' ضمن فئات الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية. انظر:

وإذا كان لا يوجد تعريف قانوني دقيق للمقصود بالأغراض العسكرية، فإنه من المتفق عليه فقهاً أنها تشمل استخدام المباني والمنشآت العامة والخاصة، سواء كانت مدارس أو مستشفيات أو دور عبادة أو مؤسسات بحثية، بغرض تخزين الذخائر أو إيواء الجنود أو شن هجمات عسكرية¹.

وإذا كانت المادة (27) من قواعد لاهاي لم توضح فيما إذا كان استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية يسمح بتوجيه الهجوم عليها أو قصفها في جميع الأحوال، ولو لم تكن هناك ضرورة تبرر ذلك. والحقيقة أننا نتفق مع ما يذهب إليه رأي في الفقه من أنه يتعين قراءة نص المادة (27) في ضوء كافة نصوص الاتفاقية، وعلى وجه الخصوص المادة 23(ز) التي تحظر تدمير ممتلكات العدو، إلا إذا أملت ذلك ضرورة عسكرية ملحة²، ويعني ذلك أنه لا يجوز

Joseph R. Baker and Henry G. Crocker, *Laws of Land Warfare concerning the Rights and Duties of Belligerents as Existing on August 1, 1914*. Washington, Govt. Print. Off, 1919, p. 209–211.

¹ L. Oppenheim, *International law*, op. cit., p. 198–199.

² أكد أوبنهايم على أنه يمكن تدمير كافة المنشآت والممتلكات العامة والخاصة للدولة المعادية، إذا كان يتم استخدام تلك المنشآت لأغراض عسكرية، ومع ذلك اشترط أوبنهايم لشن الهجوم وبدء القصف تجاه تلك الممتلكات أن تكون ثمة ضرورة تبرر ذلك. المرجع نفسه، ص 199. انظر أيضاً:

Paul Fauchille, and Henry Bonfils. *Traite de Droit International Public*, op. cit., p. 786

تدمير الممتلكات الثقافية التي يتم استخدامها لأغراض عسكرية، إذا لم تكن هناك ضرورة عسكرية ملحة تبرر ذلك.

ومن اللافت للانتباه أن المادة (27) رغم إقرارها لحماية الممتلكات الثقافية أثناء الحروب إذا لم تكن تستخدم لأغراض عسكرية، إلا أنها مع ذلك لم تفرض التزاماً إيجابياً على عاتق الدولة المتحاربة التي تحوز تلك الممتلكات بالامتناع عن استخدامها لأغراض عسكرية¹؛ ونخلص من ذلك أن استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية لا يعد مخالفة لقواعد لاهاي.

علاوة على ذلك، فإنه يستفاد ضمناً من نص المادة (27) أن الضرر الذي يصيب المباني المحمية والآثار التاريخية باعتبارها ضرراً عرضياً ناشئاً عن استهداف مواقع عسكرية أخرى، لا يمثل مخالفة لأحكام اتفاقية لاهاي. ويعنى ذلك بالتبعية أنه لا توجد قاعدة إيجابية تلزم الطرف المحارب بأن يحدد مسبقاً فيما إذا كانت الفائدة العسكرية المرجوة من الهجوم على هدف عسكري مشروع تتجاوز الضرر المحتمل على الممتلكات الثقافية². ويؤكد هذا الاستنتاج أن المادة (2) من اتفاقية لاهاي الرابعة الخاصة بالقصف بواسطة القوات البحرية في زمن الحرب لعام 1907، أكدت على أنه طالما أن القصف الذي يأمر به قائد القوات البحرية

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 25.

² Id, p. 17.

موجهاً نحو هدف عسكري، فإنه لا يتحمل ثمة مسؤولية عن أية أضرار عرضية
يحتمل أن تقع¹.

وسائل أعمال الحظر المقرر على الممتلكات الثقافية أثناء الحصار والقصف

لكي يتم أعمال الحظر المقرر على الممتلكات الثقافية بموجب نص المادة
(27) من قواعد لاهاي، خاصة في حالة قصف مدينة تابعة لأحد المتحاربين أثناء
وقوعها تحت الحصار، لا سيما أنه يتعذر، في أغلب الأحوال، على الطرف
المُحاصر أن يحيط علماً بأماكن الممتلكات الثقافية وغيرها من المباني المحمية
بموجب المادة (27) من قواعد لاهاي، جاءت الفقرة الثانية من نص المادة (27)
لتفرض واجباً على عاتق الطرف الواقع تحت الحصار بأن يحدد أماكن تلك المباني
من خلال علامات واضحة ومرئية من مسافة بعيدة، وأن يتم إخطار العدو بها قبل
بدء الحصار والقصف بالمدفعية².

¹ A. Pearce Higgins, Hague Peace Conferences and Other International
Hague Peace Conferences and Other International Conferences
concerning the Laws and Usages of War, Cambridge England, University
Press, 1909, p. 354-355.

² ولم توضح النسخة العربية أو الإنجليزية لاتفاقية لاهاي ولائحتها المرفقة، فيما إذا كان
المقصود بالأخطار المسبق للعلامات المقررة على المباني المحمية، هو أن يتم الإخطار قبل
اندلاع الاشتباكات الحربية، أم قبل قصف المدينة الواقعة تحت الحصار. والحقيقة إن النسخة
الفرنسية قد أوضحت أن الإخطار يتعين أن يتم في الحالة الثانية، حيث جاءت صيغة النسخة
الفرنسية على النحو التالي:

ويتعين الانتباه إلى أن الهدف من التزام الطرف الواقع تحت الحصار بإخطار العدو بالعلامات الموضوعية على المباني المحمية، هو استبعاد قرينة عدم العلم لدى العدو بأماكن المباني المحمية عند البدء في القصف المدفعي. ويترتب على ذلك بالضرورة أن عدم قيام الطرف الواقع تحت الحصار بالوفاء بالتزامه بالإخطار، لا يعني تحلل الطرف الآخر من التزامه المقرر بموجب قوانين وأعراف الحرب بعدم قصف المباني المحمية، طالما توافرت القرائن التي تدل على علمه بأماكن تواجدها¹.

ولكن ما هو الحكم في حالة إخلال الطرف الواقع تحت الحصار بواجبه المتمثل في وضع علامة واضحة ومرئية على الممتلكات الثقافية والمباني المحمية وإخطار الطرف الآخر بها؟

« Le devoir des assiégés est de désigner ces édifices ou lieux de rassemblement par des signes visibles spéciaux qui seront notifiés d'avance à l'assiégeant. » Article 27 de les règlements de la Haye. On voit aussi : Jean de Breucker, Pour les Vingt Ans de la Convention de la Haye du 14 Mai 1954 pour la Protection des Biens Culturels, Revue Belge de Droit International / Revue Belge de Droit International, vol. 11, no. 2, 1975, p. 529.

¹ Joseph R. Baker and Henry G. Crocker, Laws of Land Warfare concerning the Rights and Duties of Belligerents as Existing on August 1, 1914, op. cit., p. 209–213.

وللإجابة على هذا التساؤل فإننا نشير إلى ما قرره رأي في الفقه بأن الفقرة الثانية من نص المادة (27) قد فرضت واجباً على عاتق الدولة الواقعة تحت الحصار وأن لفظ "واجب" أو 'duty' أو 'devoir' يختلف في مداه عن الالتزام 'obligation' المقرر بموجب قواعد قانونية دولية رسمية، وبالتالي يشكك هذا الرأي في مدى جدوى وفاعلية الواجب المقرر على عاتق الطرف الواقع تحت الحصار في إقرار حماية للمدن المعمارية الكبرى المأهولة بالسكان ضد القصف المدفعي والجوي إبان فترة الحرب¹.

ونؤكد مع ذلك أن واضعي الفقرة الثانية من المادة (27) من قواعد لاهاي قد حاولوا التوفيق بين اعتبارات إقرار حقوق المتحاربين أثناء الحروب واعتبارات حماية المدنيين والمناطق والأعيان المدنية التي لا تساهم في الأعمال الحربية، كذلك لم تحدد قواعد لاهاي علامات محددة يتم وضعها على المباني والممتلكات المحمية، فضلاً عن عدم تواجد المنظمات الدولية العامة والمتخصصة التي يتوافر لديها سجلات بأماكن المباني المحمية التي يمكن لأطراف النزاع الاطلاع عليها.

وبناء على ذلك، فإن فرض واجب بوضع علامات على المباني المحمية وإخطارها للعدو، إنما قرر لمصلحته الطرف المحارب الواقع تحت الحصار، لتجنب القصف المدفعي بعيد المدى تجاه تلك المباني من قبل العدو. ومن ثم، فإن عدم

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 30.

القيام بواجب الإخطار يعني عدم استفادة المباني التابعة للطرف الواقع تحت الحصار إذا ما تعرضت للقصف، طالما لم يثبت علم العدو بأماكن تلك المباني.

ثالثاً: حماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي:

تضمنت اتفاقية لاهاي لعام 1907 قواعد لتحديد بداية الاحتلال الحربي، وكذلك قواعد عامة تفرض التزامات معينة على عاتق قوات الاحتلال، ويكون من شأنها حماية الممتلكات الثقافية، بالإضافة إلى قواعد خاصة لحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال.

1. تحديد بداية الاحتلال الحربي:

وفقاً لنص المادة (42) من قواعد لاهاي، فإن أرض الدولة تعتبر محتلة إذا كان واقعة تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، ويكون الاحتلال قائماً فحسب بالنسبة للأراضي التي يتمكن جيش العدو من إقامة وممارسة سلطته عليها بصورة فعلية.

ويتضح من هذا النص أن هناك شرطان يتعين توافرها لبدء الاحتلال:

الأول: أن تتواجد قوات الاحتلال بشكل فعلي في المنطقة المحتلة، على نحو يجعل الحكومة الشرعية غير قادرة على ممارسة سلطاتها واختصاصاتها على تلك المنطقة.

الثاني: أن تمارس قوات الاحتلال سلطة فعلية على المنطقة المحتلة¹.

ولا مناص أن توافر الشرط الأول يعد أمراً لازماً لتحقيق الشرط الثاني؛ فممارسة قوات الاحتلال لسلطاتها الفعلية داخل الإقليم المحتل لن يتحقق إلا إذا كان هناك تواجد مادي حقيقي لتلك القوات في الإقليم المحتل².

ومن جماع ما تقدم، فإن الاحتلال الحربي يتم تحديده بناء على أساس موضوعي مفاده الخضوع الفعلي لإقليم معين لسلطة القوات المسلحة للدولة المعادية، وليس بناء على أساس شخصي يستند إلى المفاهيم الخاصة بالأطراف للأوضاع القائمة³.

القواعد العامة لحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي:

¹ Gerhard von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, 1957, p. 28.

² إذا كانت مدونة ليبر لم تتضمن أي تعريف صريح للاحتلال، إلا أنها أول وثيقة قانونية تنطوي على أن الاحتلال يعني التواجد المادي الفعلي للقوات العسكرية داخل إقليم دولة أجنبية. أنظر:

Marten Zwanenburg, *The Law of Occupation Revisited: The Beginning of an Occupation*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 10, No. 99, 2007, p. 110.

³ Dana Wolf, *Transitional Post-conflict Occupation Obligations under the Law of Belligerent Occupation*, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 27, No. 5, Winter 2018, p. 12.

فرضت المادة (43) من قواعد لاهاي على سلطة الاحتلال أن تحقق وتضمن، قدر الإمكان، الأمن والنظام العام، مما يعني أنه يقع على عاتقها اتخاذ كافة التدابير اللازمة للحيلولة دون انتهاك القواعد والقوانين السارية داخل الإقليم المحتل، ومنها أعمال السلب والنهب والتخريب التي ترد على الممتلكات الثقافية¹.

ويقع على عاتق سلطات الاحتلال كذلك احترام القوانين السارية في الدولة المحتلة، وتشمل القوانين المتعلقة بالحصول على تراخيص البناء في المناطق الأثرية، أو المتعلقة بإجراء التعديلات والتحسينات على المباني التاريخية، أو المتعلقة بإجراء التنقيب عن الآثار.

ولا يحول دون تقييد سلطات الاحتلال بالتزامها بتحقيق وضمان النظام العام واحترام القوانين السارية داخل الإقليم إلا حالات الضرورة القصوى، التي تعد ضمن موانع المسؤولية عند الإخلال بالتزام دولي.

وأقرت المادة (47) حظر تام على كافة أعمال السلب والنهب التي تتم خلال فترة الاحتلال². ويستفاد من تكرار هذا النص في مدونة ليبير وإعلان بروكسل

¹ نصت المادة (43) من قواعد لاهاي لعام 1907 على أنه "إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة الاحتلال، يتعين على هذه الأخيرة، قدر الإمكان تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في حالات الضرورة القصوى التي تحول دون ذلك".

² انظر فيما يتعلق بالحظر التام لأعمال السلب والنهب وتخریب الممتلكات أثناء النزاعات المسلحة:

ودليل أوكسفورد وقواعد لاهاي لعام 1899 أنه يعد من قواعد القانون الدولي العرفي التي يتعين على كافة المتحاربين الالتزام به دون حاجة للانضمام إلى أية اتفاقية تقره صراحة¹.

القواعد الخاصة لحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي:

جاءت المادة (56) من قواعد لاهاي لتقرر القواعد الخاصة بمعاملة الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي:

فمن ناحية أولى، "يتعين معاملة ممتلكات البلديات وممتلكات المؤسسات المخصصة للعبادة والأعمال الخيرية والتربوية، والمؤسسات الفنية والعلمية، كممتلكات خاصة، حتى عندما تكون ملكاً للدولة". وتشمل الممتلكات المقصودة هنا كل من الممتلكات المنقولة وغير المنقولة على حد سواء، ومنها الأعمال الفنية والآثار القديمة المحفوظة في البلديات أو المباني الخاصة². ويترتب على اشتراط

Michael A. Lundberg, The Plunder of Natural Resources during War: A War Crime(?), Georgetown International Law, Vol. 39, No. 495, Spring 2008, p. 513.

¹ ورد حظر السلب والنهب في المادة (44) من مدونة ليبير، و(18) من إعلان بروكسل، والمادة 32(أ) من دليل أوكسفورد، والمادة (28) من قواعد لاهاي لعام 1899.

² ويذهب رأي إلى أنه لا يجوز لسلطات الاحتلال أن تصدر المحفوظات والسجلات الخاصة التي لا تتمتع بأية قيمة عسكرية، بينما يمكن مصادرة أية ممتلكات، سواء عامة أو خاصة، إذا كان لها قيمة عسكرية بالنسبة لقوات الاحتلال. أنظر:

معاملة تلك الممتلكات باعتبارها ممتلكات خاصة، أنه يتعين على المتحاربين احترامها وعدم مصادرتها¹.

ومن ناحية أخرى، فإنه "يحظر كل حجز أو تدمير أو إتلاف عمدي لمثل هذه المؤسسات، والآثار التاريخية والفنية والعلمية، وتتخذ الإجراءات القضائية ضد مرتكبي هذه الأعمال"². وإذا كانت تلك القاعدة قد استقت أحكامها من المادة (8) من إعلان بروكسل لعام 1874، إلا أنها أوردت استحداثاً هاماً يتمثل في إقرار حظر تام على أفعال الحجز أو التدمير أو الإتلاف العمدي للمؤسسات سالفة الذكر، على عكس إعلان بروكسل الذي جعل مثل تلك الأعمال خاضعة للإجراءات القضائية لتقدير مدى مشروعيتها. واقتران هذا الحظر التام مع الخضوع للإجراءات القضائية يدل على أن اتفاقية لاهاي لعام 1907 قد أقرت مبدأ

Douglas Cox, Archives and Records in Armed Conflict: International Law and the Current Debate over Iraqi Records and Archives, Catholic University Law Review, Vol. 59, No. 1001, 2010, p. 1018-9. See also: Mary Ellen O'Connell, Beyond Wealth: Stories of Art, War and Greed, Alabama Law Review, Vol. 59, No. 1075, 2008, p. 1085-6.

¹ المادة (46) من قواعد لاهاي لعام 1907. أنظر أيضاً:

Michael A. Lundberg, The Plunder of Natural Resources during War, op., cit., p. 513.

² الفقرة الثانية من المادة (56) من قواعد لاهاي لعام 1907.

المسؤولية الفردية عن ارتكاب تلك الانتهاكات، وإن كانت القاعدة لم توضح فيما إذا كانت تلك المسؤولية تتسم بالطابع الجزائي أم أنها فحسب ذات طابع تأديبي¹.

ويتعين الانتباه إلى أن هذا الحظر التام المقرر على كافة أعمال تدمير المؤسسات المحمية أو الآثار التاريخية، مشروط بعدم استخدامها للأغراض العسكرية، وإلا خضعت للقاعدة العامة المقررة في المادة 23(ز) والتي تسمح بتدمير ممتلكات العدو إذا أملت ذلك ضرورة عسكرية ملحة².

¹ Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, op. cit., p. 31.

² Nobuo Hayashi, *Military Necessity as Normative Indifference*, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, No. 675, Winter 2013, p. 685.

المطلب الثاني

اتفاقيات جنيف لعام 1949

جاءت المادة (2) المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربعة لتقرر أربعة أحكام

هامة في سياق النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي:

أولاً: تطبق أحكام اتفاقيات جنيف على كافة النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي، حتى لو لم يكن هناك حالة حرب معلنة بين الأطراف؛ وهي مسألة هامة أقرتها اتفاقيات جنيف لتطبيق أحكامها في ظل عدم وجود إعلان رسمي من قبل المتحاربين بوجود حالة حرب.

ثانياً: يتعين على الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف الالتزام بأحكامها أثناء النزاعات المسلحة، وفي حالة وجود دولة غير طرف في الاتفاقيات، فإن الدول الأطراف تلتزم بأحكام الاتفاقية في علاقاتها المتبادلة. بل إن الاتفاقية تنطبق في العلاقة بين دولة طرف ودولة غير طرف أثناء النزاع المسلح، إذا أعلنت الأخيرة قبولها التقيد بأحكام الاتفاقية.

ثالثاً: تنطبق اتفاقيات جنيف على كافة حالات الاحتلال، سواء كان كلياً أو جزئياً، بل حتى ولو تم هذا الاحتلال بدون أية مقاومة مسلحة. ولم تورد اتفاقيات جنيف

تعريفًا محددًا للمقصود بالاحتلال الحربي، وبالتالي يتم تعريفه وفقاً لما هو مستقر عليه في القانون الدولي العرفي التي انعكست في المادة (42) من اتفاقية لاهاي¹.

رابعاً: تنطبق أحكام اتفاقيات جنيف على كافة الأعمال العسكرية التي تتم خلال النزاع المسلح؛ أي تلك التي تتم من البر والبحر والجو. وإذا كان هذا الحكم لم يرد بشكل صريح في اتفاقيات جنيف، إلا أن انطباق المادة (2) في اتفاقيات جنيف الأربعة، ومنها الاتفاقية الثانية المتعلقة بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، بالإضافة إلى وجود نصوص في الاتفاقيات الأربعة تتعلق بإقرار الحماية تجاه الهجمات التي تقع من الجو².

وإذا كان المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف أقرت للمرة الأولى بعض القواعد التي يتعين على المتحاربين الالتزام بها خلال النزاعات المسلحة غير الدولية، إلا أن القواعد التي أوردتها لم تشمل على حماية الممتلكات الثقافية أو غيرها من الممتلكات المدنية. ومع ذلك، فإن المادة (3) المشتركة أكدت على أن الالتزامات التي قررتها صراحة تعد الحد الأدنى، ودعت أطراف النزاع إلى الدخول في اتفاقيات خاصة لتطبيق كل أو بعض أحكام اتفاقيات جنيف في حالات النزاعات المسلحة غير الدولية.

¹ انظر ما سبق مناقشته بشأن تحديد بداية الاحتلال الحربي وفقاً لاتفاقية لاهاي لعام 1907.

² (42) من الاتفاقية الأولى، والمادة 24(ب) من الاتفاقية الثانية، والمادة (23) من الاتفاقية الثالثة، والمادة (18) من الاتفاقية الرابعة لاتفاقيات جنيف لعام 1949.

ويلاحظ أن اتفاقيات جنيف لم تتضمن نصوصاً خاصة لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، كما كان الوضع في اتفاقيتي لاهاي لعامي 1899 و1907، وإنما اكتفت بإيراد قواعد عامة لحماية الممتلكات العامة والخاصة التي لا تستخدم لأغراض عسكرية، والتي لا تبرر تدميرها الضرورة العسكرية. وبالتالي، فإن من شأن تلك القواعد أن تقرر للممتلكات الثقافية بغض النظر عن أهميتها حماية مماثلة لغيرها من الممتلكات العامة والخاصة أثناء النزاعات المسلحة.

ووفقاً للقواعد العامة المقررة في اتفاقيات جنيف فإن "تدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية، وبطريقة غير مشروعة وتعسفية، يعتبر مخالفة جسيمة لأحكام اتفاقيات جنيف¹. وبناء على ذلك، طالبت الاتفاقية من الدول الأطراف أن تلتزم بملاحقة الأشخاص المتهمين باقتراف المخالفات الجسيمة، أو الذين يأمرون باقترافها، وتقديمهم للمحاكمة. وفي سبيل تحقيق ذلك، تتعهد الدول الأطراف باتخاذ ما يلزم من تدابير تشريعية لفرض

¹ المادة (50) من اتفاقية جنيف الأولى، المادة (51) من اتفاقية جنيف الثانية، المادة (130) من اتفاقية جنيف الثالثة، المادة (147) من اتفاقية جنيف الرابعة.

وجدير بالانتباه أن المادة (130) من اتفاقية جنيف الثالثة بالرغم من إقرارها بأن المخالفات الجسيمة تتضمن أحد الأفعال التي ترتكب ضد أشخاص محميين أو ممتلكات محمية بالاتفاقية، إلا أنها لم تورد ضمن أمثلة المخالفات الجسيمة، أفعال التدمير والاستيلاء على الممتلكات على نطاق واسع، على نحو لا تبرره الضرورة العسكرية. ويرجع السبب في ذلك أن اتفاقية جنيف الثالثة تعني، في المقام الأول، بتوفير الحماية لأسرى الحرب. ولكن بشكل عام، يعد الحكم الخاص بالمخالفات الجسيمة والآثار المترتبة عليها من الأحكام المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربعة.

عقوبات جنائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرن باقتراف المخالفات الجسيمة لاتفاقيات جنيف. وهذا الحكم يعد من الأحكام المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربعة¹.

وعليه، فإن اتفاقيات جنيف لم تورد نصوصاً خاصة لحماية الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الفنية والعلمية، بالإضافة للآثار التاريخية، أثناء النزاعات المسلحة. ويبدو أن واضعي اتفاقيات جنيف اتجهت إرادتهم نحو ضرورة معالجة مسألة حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة بموجب اتفاقية خاصة، الأمر الذي تحقق بعد أربعة أعوام من وضع اتفاقيات جنيف، عندما تم إقرار اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954.

¹ المادة (49) من اتفاقية جنيف الأولى، المادة (50) من اتفاقية جنيف الثانية، المادة (129) من اتفاقية جنيف الثالثة، المادة (146) من اتفاقية جنيف الرابعة.

المطلب الثالث

البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977

جاء البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف بمثابة تطوير للقواعد الدولية المطبقة في زمن النزاعات المسلحة. وينطبق البروتوكول الإضافي الأول في زمن النزاعات المسلحة الدولية، بينما ينطبق البروتوكول الإضافي الثاني في زمن النزاعات المسلحة غير الدولية.

واشتمل كلا البروتوكولين على قواعد عامة وخاصة من شأنها حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة، لا سيما شن الهجوم على الممتلكات الثقافية، أو استخدامها لدعم العمل العسكري، أو جعلها هدفاً للأعمال الانتقامية.

أولاً: البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977:

يسري البروتوكول الأول على النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي وفقاً للمفهوم المقرر في المادة (2) المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949¹، كما ينطبق البروتوكول على "النزاعات المسلحة التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير، كما كرسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق

¹ أشارت المادة 1(3) من البروتوكول الإضافي الأول إلى انطباقه على الحالات المشار إليها في المادة (2) المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949.

بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة¹.

واشتمل البروتوكول الإضافي الأول على قواعد عامة لحماية الأعيان المدنية، بما في ذلك الممتلكات الثقافية، كما اشتمل على قواعد خاصة لحماية تلك الممتلكات.

1. القواعد العامة لحماية الأعيان المدنية:

قرر البروتوكول الإضافي الأول نظاماً قانونياً شاملاً لحماية الأعيان المدنية أثناء النزاعات المسلحة، بحيث لا يجوز استهدافها إلا إذا كانت أهدافاً عسكرية مشروعة، من خلال تحديد ضوابط الضرورة العسكرية. واعتبرت الهجمات العشوائية التي تلحق خسائر عرضية بالأعيان المدنية انتهاكاً لأحكامها، لذلك فرضت على عاتق أطرافها التزاماً باتخاذ عدة تدابير وقائية للحد من وقوع خسائر عرضية للأعيان المدنية².

¹ المادة 1(4) من البروتوكول الإضافي الأول.

² Pascale Coissard, op. cit., p. 9.

نطاق الحماية المقررة على الأعيان المدنية

أقر البروتوكول الإضافي الأول في المادة (52) حماية عامة على جميع الأعيان المدنية التي لا تعد أهدافاً عسكرية، بحيث لا يجوز أن تكون محلاً للهجمات العسكرية أو الأعمال الانتقامية. والأعيان التي تعد أهدافاً عسكرية هي تلك التي "تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها أو بموقها أو بغايتها أو باستخدامها، والتي يحقق تدميرها الكلي أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة"¹.

ووفقاً لهذا المفهوم، تعد الممتلكات الثقافية أعيان مدنية لا يجوز استهدافها طالما لا تعد أهدافاً عسكرية. والحقيقة أن استهداف الممتلكات الثقافية باعتبارها أهدافاً عسكرية مشروعة يعد أمراً نادراً من الناحية العملية. ويمكن أن يتحقق ذلك في الحالات التي تساهم فيها بعض الأعيان التاريخية مثل الجسور والموانئ ومحطات السكك الحديدية بفعالية في الأعمال العسكرية.

كذلك يمكن أن يكون موقع الممتلكات الثقافية في أرض المعركة من شأنه أن يساهم بفعالية في العمليات العسكرية، كما لو كانت تحجب الرؤية أو تحول دون توجيه ضربات مباشرة للطرف الآخر، وفي بعض الحالات قد يعتمد الطرف الآخر إلى التمرکز خلف تلك الممتلكات، مما يعني أن هناك ضرورة عسكرية،

¹ الفقرة الأولى والثانية من المادة (52) من البروتوكول الإضافي الأول.

يجعل استهدافها أمراً مشروعاً لتحقيق ميزة عسكرية أكيدة¹. ويتعين في جميع الأحوال أن يكون استهداف الممتلكات الثقافية، سواء من خلال تدميرها الكلي أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها، مقيداً بحدود الضرورة التي تقتضيه، وإلا حاد عن إطار المشروعية.

ويلاحظ أن المادة (52) من البروتوكول الإضافي الأول قد أوردت استحداثاً على مفهوم الضرورة العسكرية التي تبيح الهجوم والاستيلاء على الممتلكات الثقافية باعتبارها من الأعيان المدنية، حيث اشترطت أن تساهم تلك الممتلكات مساهمة فعالة في العمليات العسكرية، ولم يعد الأمر كما هو مقرر في القانون الدولي العرفي، وكما أكده نص المادة (27) من قواعد لاهاي بأن الضرورة العسكرية تستند إلى تقدير وقدرة الطرف الذي يشن الهجوم.

وبعبارة أخرى، أصبحت المساهمة الفعالة للأعيان المدنية أو الممتلكات الثقافية في العمليات العسكرية هي الضابط الذي يثير التمسك بالضرورة العسكرية، وليس تقدير الطرف الذي يشن الهجوم في أن هناك ضرورة عسكرية استدعت الهجوم على الأعيان المدنية في سبيل تحقيق تفوق عسكري. ويترتب على ذلك أمرين هامين:

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 205.

أولاً: الشك دائماً يفسر لمصلحة الأعيان المدنية، بحيث تكون الأولوية دائماً لحماية تلك الأعيان؛ فإذا ثار الشك حول ما إذا كان أحد الممتلكات الثقافية يتم استخدامه للمساهمة الفعالة في الأعمال العسكرية، فإنه يفترض أنها لا تستخدم لهذا الغرض¹.

ثانياً: أنه يخرج من إطار الضرورة العسكرية الأضرار العرضية الجسيمة التي تلحق بالأعيان المدنية، بما فيها الممتلكات الثقافية².

وفي سبيل تجنب إلحاق أضرار عرضية بالأعيان المدنية على نحو يتجاوز الضرورة العسكرية، حظر البروتوكول توجيه هجمات عشوائية. وتعتبر هجمات عشوائية:

أ. الهجمات التي لا توجه إلى هدف عسكري محدد.

ب. الهجمات التي تستخدم وسيلة قتالية لا يمكن بحكم طبيعتها أن توجه إلى هدف عسكري محدد، أو لا يمكن حصر آثارها، بحيث يمكن أن تصيب الأهداف العسكرية والأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنية دون تمييز¹.

¹ المادة 52(3) من البروتوكول الإضافي الأول.

² Olivera Medenica, Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality? Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review, Vol. 23, No. 329, May, 2001, p. 402.

ج. القصف بالقنابل على عدة أهداف عسكرية واضحة التباعد والتمييز، باعتبارها هدفاً عسكرياً واحداً، ولكنها واقعة في مدينة أو بلدة أو قرية أو منطقة أخرى بها كثافة سكانية أو أعداد كبيرة من الأعيان المدنية.

د. الهجمات التي لا يتوافر بشأنها التناسب، بحيث تتسبب في خسارة بالأعيان المدنية على نحو يتجاوز ما يتوقع أن تسفر عنه تلك الهجمات من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة².

التدابير الوقائية لمنع وقوع خسائر عرضية:

جاءت المادة (57) من البروتوكول لتفرض على الدول الأطراف اتخاذ عدة تدابير وقائية لتجنب وقوع أية خسائر عرضية للممتلكات المدنية، وتمثلت تلك التدابير فيما يلي³:

¹ المادة 51(4) من البروتوكول الإضافي الأول.

² المادة 51(5)، المرجع السابق.

³ جاء اتخاذ التدابير الوقائية خلال القيام بالهجمات العسكرية أثناء النزاعات المسلحة، بناء على جهود دولية تمثلت في القرار رقم 2675 بشأن المبادئ الأساسية لحماية السكان المدنيين أثناء المنازعات المسلحة، الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الخامسة والعشرين، في 9 ديسمبر عام 1970 مقررًا أن "كافة الجهود يجب أن تبذل، في تسيير العمليات العسكرية، لتجنب السكان المدنيين ويلات الحرب، وجميع الاحتياطات الضرورية يجب أن تتخذ لتفادي إصابة السكان المدنيين بجروح وخسائر أو أضرار". وكذلك ما أورده اللجنة الدولية للصليب الأحمر من إشارة في الوثائق المقدمة لمؤتمر خبراء الحكومات عام 1971 من أن القانون الدولي

أولاً: ضرورة بذل عناية دائمة أثناء إدارة العمليات العسكرية لتفادي الأعيان المدنية¹. وهذا الالتزام بما يفرضه من التزام إيجابي على عاتق أطراف النزاع يعد من الالتزامات المستحدثة في القانون الدولي الإنساني بموجب البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف². وهو أيضاً يُكْمِلُ الالتزام الوارد في المادة (48) بشأن ضرورة التمييز بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، بحيث يتعين توجيه الهجمات فحسب تجاه الأهداف العسكرية دون غيرها. وقد عرّفت اللجنة الدولية

الإنساني يفنقر إلى متطلبات صريحة بخصوص أخذ الاحتياطات العامة لحماية السكان المدنيين من الآثار السلبية الناشئة عن العمليات العسكرية. أنظر:

International Committee of the Red Cross, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law in Armed Conflict: Report on the Work of the Conference, 1st Session, 24 May–12 June 1971.

وكانت المادة (57) من البروتوكول الإضافي الأول محل مناقشات معقدة ومستفيضة بين مفوضي الدول في المؤتمر الدبلوماسي، حتى تم التوصل إلى تفاهم مشترك، ترتب عليه إقرار المادة (57) في صيغتها الحالية. أنظر:

ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, by Yves Sandoz et al., Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 678.

¹ المادة 57(1) من البروتوكول الإضافي الأول.

² Michael N. Schmitt and Major Michael Schauss, Uncertainty in the Law of Targeting: Towards a Cognitive Framework, Harvard National Security Journal, Vol. 10, No. 148, 2019, p. 179.

للصليب الأحمر الأهداف العسكرية بأنها تشمل أية تحركات أو مناورات أو أنشطة تقوم بها القوات المسلحة للأغراض القتالية¹.

ثانياً: يقع على عاتق كل طرف يخطط أو يتخذ قراراً بشن هجمات على أعيان مدنية أن يراعي ما يلي:

أ. يبذل كل طرف أقصى طاقته من الناحية العملية للتحقق من أن الأعيان المدنية المبتغى مهاجمتها هي أهداف عسكرية مشروعة، لا تشملها الحماية المقررة بموجب أحكام البروتوكول.

ب. يتخذ كل طرف كافة الاحتياطات الممكنة عند اختيار وسائل وأساليب الهجوم لتجنب إحداث أضرار عرضية، أو لحصر هذه الأضرار في أضيق نطاق.

ج. الامتناع عن اتخاذ قرار بشن هجوم على الأعيان المدنية، يتوقع منه إحداث خسائر بالأعيان المدنية لا تتناسب مع الميزة العسكرية الملموسة والمباشرة.

وإذا كان عنصر التناسب بين الهجمات العسكرية والميزة العسكرية يعد أمراً ضرورياً، فإنه في حد ذاته غير كافي للقول بمشروعية الهجمات العسكرية؛ إذ يتعين أن تكون الميزة العسكرية المرجو تحقيقها ذات أثراً مباشراً وملموساً، ويعني

¹ ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 600.

ذلك، بعبارة أخرى، أن عنصر التناسب لا يتوافر إذا كان من شأن الهجمات العسكرية تحقيق ميزة عسكرية مستقبلية أو غير ملموسة وقت شن الهجوم المسلح.

وعليه، فإن اتخاذ قرار بشن هجمات عسكرية على الممتلكات المدنية مع العلم بعدم تحقيق ميزة عسكرية مباشرة ولموسة، يعد انتهاكاً جسيماً لأحكام البروتوكول الإضافي الأول¹؛ أي جريمة حرب تستوجب توقيع أقصى العقوبات الجزائية².

ثالثاً: يتعين إلغاء أو تعليق أي هجوم إذا تبين أن الأعيان المدنية ليست هدفاً عسكرياً أو كانت من الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة، أو إذا كان يتوقع من الهجوم أن يلحق خسائر بالأعيان المدنية لا تتناسب مع الميزة العسكرية الملموسة والمباشرة³.

ويستفاد من هذا الالتزام أنه يتعين أن تكون هناك سيطرة من الأطراف على كافة مراحل الهجمة العسكرية التي تقوم بها القوات المسلحة، وأن يتم التقيد

¹ وأورد البروتوكول الإضافي الأول نصاً صريحاً للتأكيد على أن مخالفة هذا الالتزام يعد انتهاكاً جسيماً لأحكامه، وفقاً لنص المادة 85(3)(ج) من البروتوكول تشمل الانتهاكات الجسيمة "شن هجوم على الأشغال الهندسية والمنشآت التي تحوي قوة خطرة عم معرفة بأن مثل هذا الهجوم يسبب خسائر بالغة في الأرواح، أو إصابات بالأشخاص المدنيين، أو أضرار للأعيان المدنية كما جاء في الفقرة الثانية "أ" ثالثاً من المادة 57".

² ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 684-5.

³ المادة 57(2) من البروتوكول الإضافي الأول.

بمقتضيات التناسب خلال هذا الهجوم العسكري، بحيث إذا تبين خلال أي مرحلة من مراحل الهجوم العسكري، عدم تحقق التناسب مع الميزة العسكرية المباشرة والملموسة، تعين على الطرف القائم بهذا الهجوم العسكري اتخاذ قراراً بإلغائه أو تعليقه على الفور.

رابعاً: عندما يكون هناك عدة أهداف عسكرية متاحة للحصول على ميزة عسكرية مماثلة، يتعين اختيار الهدف العسكري الذي من شأنه إحداث أقل خسائر ممكنة بالأعيان المدنية¹.

ويعد هذا الالتزام أيضاً من الالتزامات المستحدثة في البروتوكول الإضافي الأول، وهو أكثر تشدداً من الالتزامات الأخرى؛ ففي هذه الحالة لا يكفي مجرد بذل العناية الدائمة للتحقق من أن الأعيان المدنية وغيرها من الممتلكات الثقافية تمثل أهدافاً عسكرية مشروعة، كما لا يكفي كذلك مراعاة التناسب عند استهداف الأعيان المدنية، بل يتعين عند وجود أكثر من عين مدنية تمثل جميعها أهدافاً عسكرية مشروعة، ولكنها في الوقت ذاته تحقق ميزة عسكرية متساوية، أن يتم اختيار الهدف العسكري الذي يحقق أقل الخسائر الممكنة².

¹ المادة 57(3)، المرجع نفسه.

² Michael N. Schmitt and Major Michael Schauss, Uncertainty in the Law of Targeting, op. cit., p. 182.

كذلك يعد هذا الالتزام بمثابة تقييد على فكرة الضرورة العسكرية؛ إذ لا يكفي مجرد مساهمة أي عين مدنية أو ممتلك ثقافي في الأعمال العسكرية لكي يتم الإقرار بمشروعية استهدافه، طالما توجد أعيان أخرى يمكن استهدافها على نحو يحقق ميزة عسكرية مماثلة وبأقل الخسائر لكافة الأعيان المدنية التي تعد أهدافاً عسكرية مشروعة.

خامساً: يتعين على كل طرف أن يتخذ كافة الاحتياطات المعقولة عند شن هجمات من البحر والجو لتجنب إحداث خسائر بالأعيان المدنية¹. وتبرز أهمية هذا الالتزام فيما يتعلق بالقصف الجوي والبحري الذي ينتج عنه في العديد من الحالات أضراراً عرضية بالسكان المدنيين والأعيان المدنية، لذلك كان لزاماً على أطراف البروتوكول قبل الشروع في الغارات الجوية أو القيام بأعمال القصف المدفعي من البحر أن يتخذوا كافة الاحتياطات المعقولة². ولا يوجد في الواقع معيار ثابت لتحديد معقولية تلك الاحتياطات، إذ أن الأمر يحكمه عدة اعتبارات، منها أماكن تواجد المدنيين والأعيان المدنية في المنطقة التي تعد هدفاً عسكرياً مشروعاً، ومدى توافر الوسائل التي تساعد على التحقق من الأهداف العسكرية، وتجنب الإضرار

¹ المادة 57(4) من البروتوكول الإضافي الأول.

² وأكدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تعليقها على تلك المادة أن اتخاذ الاحتياطات المعقولة عند القيام بالقصف الجوي والبحري من شأنه أن يقلل من الخسائر العرضية التي تصيب الأشخاص المدنيين والأعيان المدنية. أنظر:

ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 679.

بالأشخاص والأعيان المدنية. ولعل هذا الأمر يختلف كذلك وفقاً للتطور التكنولوجي في عملية إدارة المعارك الحربية، حيث أصبح من السائد في الوقت الراهن اللجوء إلى الأقمار الصناعية، والطائرات بدون طيار، لتحديد الأهداف العسكرية، قبل استهدافها عن بعد، سواء من الجو أو البحر، أو حتى من البر من خلال استخدام الصواريخ بعيدة المدى من البر¹.

القواعد الخاصة لحماية الممتلكات الثقافية:

أقرت المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف حماية خاصة للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة. وأكدت هذه المادة على الحماية المقررة بموجب كافة المواثيق الدولية للممتلكات الثقافية، وعلى وجه التحديد اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954.

وأشارت المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول بصفة خاصة للحماية المقررة على الآثار التاريخية والأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب². وكانت المادة 1(أ) من اتفاقية لاهاي بشأن حماية

¹ لذلك ألزمت المادة 57(1) من البروتوكول الإضافي الأول الأطراف ببذل رعاية متواصلة "من أجل تقادي السكان المدنيين والأشخاص والأعيان المدنية".

² نصت المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات لاهاي على ما يلي:

"تحضر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ 14 أيار/مايو 1954 وأحكام المواثيق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع:

الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح أشارت إلى أن الممتلكات الثقافية تشمل "الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي". وأوضحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تعليقها على المادة (53) أن هذا الاختلاف الشكلي بين عبارة "تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب" وعبارة "ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب" ليس من شأنه أن يؤدي إلى معاني قانونية مختلفة، ولا يؤدي بالتبعية إلى إنشاء فئات جديدة من الممتلكات الثقافية¹، حيث إن المقصود باصطلاح "التراث الثقافي" هو المؤسسات والآثار التاريخية والأعمال الفنية، بينما المقصود باصطلاح "التراث الروحي" هو أماكن العبادة التي تتمتع بقيمة فريدة تتجاوز الحدود الجغرافية لمنطقة معينة، وتتمتع بالتبعية بقيمة ثقافية

-
- (أ) ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب،
(ب) استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي،
(ج) استخدام مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الردع".

¹ ومع ذلك يذهب رأي إلى أن المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول قد وسع من نطاق الحماية الواردة في المادة (1) من اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاع المسلح، لكي يمتد ليشمل المباني الدينية بغض النظر عن قيمتها التاريخية أو الثقافية، وإنما لعبارة بقيمتها الروحية للشعوب. أنظر:

Gregory Raymond Bart, The Ambiguous Protection of Schools under the Law of War, Time for Parity with Hospitals and Religious buildings, Georgetown Journal of International Law, vol. 40, No. 405, Winter, 2009, p. 424. See also: Mlle Assaf Nour, op. cit., p. 16–17.

وتاريخية¹. وبناء على ذلك، لا تتمتع كافة أماكن العبادة بالحماية المقررة بموجب نص المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول، وإنما فحسب تلك التي تمثل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب².

¹ وجاء في تعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر على نص المادة (23) من البروتوكول الإضافي الثاني ما يلي:

“Article 1 of the Hague Convention of 1954 refers to property which is “of great importance to the cultural heritage” and not, as in the present Article 53, to objects which “constitute cultural or spiritual heritage”. Despite this difference in terminology, the basic idea is the same. However, the reference to places of worship and to the spiritual heritage clarifies the qualification of protected objects by introducing the criterion of spirituality. It was stated that the cultural or spiritual heritage covers objects whose value transcends geographical boundaries, and which are unique in character and are intimately associated with the history and culture of people.” ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 646.

² وجاءت هذه الصياغة بناء على اقتراح تقدمت به المملكة العربية السعودية ومصر والفاثيكان ومجموعة من الدول العربية والإسلامية خلال المؤتمر الدبلوماسي الذي عُقد في جنيف (1974-1977). أنظر:

Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflict, Geneva, Vol. III (1974-1977), p. 215.

وأقرت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة في قضية كورديتش الاتجاه الذي سلكته اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مؤكدة على أن اختلاف الاصطلاحات المستخدمة في المادتين، ليس من شأن أن يؤدي إلى اختلاف الفكرة القانونية الرئيسية¹.

وتتطبق الحماية المقررة بموجب المادة 53(أ) على الممتلكات الثقافية الكائنة في إقليم إحدى الدول المتحاربة، كما تنطبق أيضاً على الإقليم الواقع تحت الاحتلال الحربي².

وبالنسبة لنطاق الحماية المقررة بموجب المادة 53(أ)، نجدتها تقرر حظراً عاماً بالنسبة لكافة الأعمال العدائية الموجهة للممتلكات الثقافية؛ ويعني ذلك أن الحظر يشمل أعمال التدمير الناتجة عن الهجمات العسكرية الموجهة تجاه

¹ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, ICTY, Appeal Judgment, IT-95-14/2-A, 17 December 2004, para. 91. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Appeal Judgment)

² وينطبق هذا الحكم مع نص المادة 4(1) من اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954، الذي قرر ما يلي:

"تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة باحترام الممتلكات الثقافية الكائنة سواء في أراضيها أو أراضي الأطراف السامية المتعاقدة الأخرى، وذلك بامتناعها عن استعمال هذه الممتلكات أو الوسائل المخصصة لحمايتها أو الأماكن المجاورة لها مباشرة لأغراض قد تعرضها للتدمير أو التلف في حالة نزاع مسلح، وبامتناعها عن أي عمل عدائي إزائها".

الممتلكات الثقافية، بالإضافة إلى أي عمل آخر من أعمال تخريب تلك الممتلكات¹.

وحظرت المادة 53(ب) أي استخدام للممتلكات الثقافية لدعم الجهود الحربية، وجاء هذا الحكم ليتوافق مع الحظر المقرر في الفقرة الأولى من المادة (53)، حيث إنه من غير السائغ أن يُفرض التزاماً على عاتق أحد أطراف النزاع المسلح باحترام الممتلكات الثقافية، في الوقت الذي يستخدم فيه الطرف الآخر تلك الممتلكات لدعم الجهود الحربية².

والحظر الوارد على استخدام الممتلكات العسكرية لدعم الجهود الحربية يعد أوسع نطاقاً من الحظر الوارد على استخدامها في الأعمال العسكرية؛ إذا أن الاستخدام لدعم الجهود الحربية يشمل كافة الأنشطة العسكرية المرتبطة بالحرب. فعلى سبيل المثال يعد استخدام مخازن المتاحف لتخزين المؤن والذخيرة الخاصة

¹ ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 647.

² George H. Aldrich, Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, American Journal of International Law, vol. 85, No. 1, January 1991, p.18.

بالقوات المسلحة من الأعمال التي تدعم الجهود الحربية، حتى ولو لم تكن تساهم مساهمة فعالة في الأعمال العسكرية¹.

ويتعين الانتباه أنه إذا استخدمت الممتلكات الثقافية لدعم الجهود الحربية، فإن ذلك يعد مخالفة لنص المادة 53(ب)، ولكنه لا يؤدي بالضرورة إلى تبرير الهجوم على تلك الممتلكات، إذ يتعين في هذه الحالة التقيد بالقواعد العامة الواردة في المادة (52) التي تقصر الهجوم على الممتلكات الثقافية إذا كانت تمثل أهدافاً عسكرية من خلال المساهمة الفعالة في العمل العسكري، بحيث أن تدميرها التام أو الجزئي أو تعطيلها في ظل الظروف السائدة يمثل ميزة عسكرية أكيدة².

وتبرير ذلك أن المادة (53) من البروتوكول تقرر حماية خاصة للممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبرى، وهي حماية تتجاوز في نطاقها الحماية العامة المقررة لكافة الأعيان المدنية بموجب نص المادة (52). لذلك فإنه من غير المقبول قانوناً أن يترتب على مجرد دعم الممتلكات الثقافية للجهود الحربية إمكانية تعرضها للهجوم العسكري، بالرغم من أن هذا الدعم لم يرق إلى مستوى المساهمة

¹ ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 648.

² Gregory Raymond Bart, The Ambiguous Protection of Schools under the Law of War, Time for Parity with Hospitals and Religious Buildings, Georgetown Journal of International Law, Vol. 40, No. 405, Winter, 2009, p. 428-9.

الفعالة للعمل العسكري، في الوقت الذي تقرر فيه المادة (52) حماية عامة لكافة الأعيان المدنية، بما في ذلك الممتلكات الثقافية، بحيث لا يجوز استهدافها إلا إذا كانت تساهم مساهمة فعالة في العمل العسكري.

وأعادت المادة 53(ج) التأكيد على الحظر التام والعام المقرر بالنسبة للأعمال الانتقامية الموجهة تجاه كافة الممتلكات المدنية، ومنها الممتلكات الثقافية¹.

وبصفة عامة، يمكن القول إن المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات لاهاي قد جاءت بمثابة تأكيد للأهمية الخاصة لحماية الممتلكات الثقافية وفقاً لما هو مقرر في الميثاق والاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، وعلى وجه الخصوص اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954. وتأكيداً لذلك، أعتمد المؤتمر الدبلوماسي بشأن إعادة تأكيد وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة القرار رقم (20) بشأن حماية الممتلكات الثقافية، ليقدر أن الهدف من المادة (53) هو تعزيز تطبيق اتفاقية لاهاي لعام 1954، ولا يؤدي إلى الانقراض منها بأي حال من الأحوال².

¹ وقد ورد النص على تحريم الأعمال الانتقامية في المادة 4(4) من اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاع المسلح لعام 1954، وكذلك تعد المادة 52(1) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات لاهاي لعام 1977.

² جاء في القرار رقم (20) الصادر عن المؤتمر الدبلوماسي بشأن إعادة تأكيد وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة ما يلي:

ثانياً: البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977:

يسري البروتوكول الإضافي الثاني على النزاعات المسلحة غير الدولية، حيث أورد البروتوكول تعريفاً للنزاعات المسلحة غير الدولية بأنها تلك التي "تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه

“Welcoming the adoption of Article 53 relating to the protection of cultural objects and places of worship as defined in the said Article, contained in the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). Acknowledging that the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Additional Protocol, signed at The Hague on 14 May 1954, constitutes an instrument of paramount importance for the international protection of the cultural heritage of all mankind against the effects of armed conflict and that the application of this Convention will in no way be prejudiced by the adoption of the Article referred to in the preceding paragraph.”

The Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Resolution 20: Protection of Cultural Property, Geneva, vol. 1, 1974–1977, p. 213.

من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وتستطيع تنفيذ هذا البروتوكول"¹.

ويلاحظ أن هذا التعريف أورد عدداً من الشروط الموضوعية، يتعين تحققها جميعاً لكي يتم وصف النزاع القائم بأنه نزاع مسلح غير دولي، حتى لا يترك الأمر للسلطة التحكيمية للدول الأطراف في البروتوكول، وتتمثل تلك الشروط فيما يلي:

1. أن تكون هناك مواجهات عسكرية بين القوات المسلحة النظامية لإحدى الدول الأطراف، وقوات مسلحة منشقة عن القوات المسلحة التابعة للدولة أو أية جماعة أخرى من المتمردين تتخذ شكل القوات المسلحة النظامية. وبالتالي لا يتحقق هذا الشرط إذا كانت المواجهات تتم بين القوات المسلحة النظامية للدولة الطرف وأشخاص متفرقين دون وجود تنسيق أو تنظيم بينهم.

2. أن تمارس القوات المنشقة أو الجماعات النظامية المسلحة العمليات العسكرية تحت قيادة مسؤولة. ولا يشترط أن يكون هناك قائد محدد بعينه أو تسلسل قيادي بين أفراد الجماعة المسلحة كما هو الحال بالنسبة للقوات العسكرية النظامية للدول، وإنما المقصود أن يكون هناك قدر من التنظيم على نحو يسمح بالتخطيط وتوجيه العمليات العسكرية للجماعة العسكرية النظامية.

¹ وقد جاء البروتوكول ليطور ويكمل المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 "دون أن يعدل من الشروط الراهنة لتطبيقها على جميع النزاعات المسلحة التي لا تشملها المادة الأولى من البروتوكول الإضافي". المادة I(1) من البروتوكول الإضافي الثاني.

3. يتعين أن تكون الجماعة العسكرية النظامية، سواء كانت منشقة أو متمردة، مسيطرة على جزء من إقليم الدولة التي يقع فيها النزاع. ولا يشترط مساحة معينة في الجزء الذي يتم السيطرة عليه، وإنما يتعين أن يكون كافياً على نحو يُمكن الجماعة العسكرية المنشقة أو المتمردة من التخطيط للعمليات العسكرية وتوجيهها.

4. أن تقوم الجماعات المسلحة بالعمليات العسكرية بشكل متواصل ومنسق على نحو يدل على وجود تخطيط وتوجيه لتلك العمليات من قبل جماعات منظمة.

5. يتعين أن تكون الجماعة العسكرية النظامية قادرة على تطبيق أحكام البروتوكول؛ إذ من غير المنطقي إلزام القوات المسلحة النظامية للدولة الطرف باحترام أحكام البروتوكول في الوقت الذي تنتهك فيه الجماعات العسكرية، المنشقة أو المتمردة، لتلك الأحكام¹.

ويتعين الانتباه إلى أن تلك الشروط يتعين توافرها لتطبيق أحكام البروتوكول الإضافي الثاني على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، ولا تهدف إلى تعديل الشروط المقررة في المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949. وعليه، فإنه قد لا تتوافر شروط تطبيق البروتوكول الإضافي الثاني على النزاع المسلح القائم، ومع ذلك تتوافر شروط تطبيق المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة.

¹ ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit., p. 1351-3.

ولمزيد من التأكيد بشأن نطاق تطبيقه، أورد البروتوكول الإضافي الثاني نصاً يقرر عدم سريان البروتوكول على "حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية، مثل أعمال الشغب والعنف العرضية والمتفرقة، وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد نزاعات مسلحة"¹.

والحقيقة إن الشروط التي أقرها البروتوكول لتحديد النزاعات المسلحة غير الدولية من شأنها استبعاد حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية دون حاجة إلى أي نص آخر، ولكن الهدف من هذا النص هو التأكيد منعاً لأي جدل في هذا الشأن.

وفي سياق حماية الممتلكات الثقافية، استقت المادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني أحكامها من المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول، حيث حظرت "ارتكاب أية أعمال عدائية موجهة ضد الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي والروحي للشعوب، واستخدامها في دعم المجهود الحربي، وذلك دون الإخلال باتفاقية لاهاي الخاصة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954". وعليه، يسري التفسير الوارد على المادة (53) على المادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني². ومع ذلك، لم

¹ المادة 1(2) من البروتوكول الإضافي الثاني.

² Mlle Assaf Nour, op. cit., p. 23.

تقرر المادة (16) -على عكس الوضع في المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول- حظر الأعمال الانتقامية للممتلكات الثقافية¹.

ويتعين الانتباه إلى أن البروتوكول الإضافي الثاني لم يشتمل على نص مماثل لنص المادة (52) من البروتوكول الإضافي الأول فيما يتعلق بقصر الهجوم المسلح على الأهداف العسكرية، أي تلك التي تساهم مساهمة فعالة في الأعمال العسكرية. ويترتب على ذلك بالتبعية أن مخالفة نص المادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني، وتحديداً استخدام الممتلكات الثقافية في دعم المجهود الحربي سوف يجعل الهجوم المسلح عليها أمراً مشروعاً، ولو لم تكن تساهم مساهمة فعالة في الأعمال العسكرية.

وكان مشروع البروتوكول الإضافي الثاني يتضمن التمييز بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ولكن تم إلغاؤه في آخر لحظة، نظراً لرغبة واضعي البروتوكول في اعتماد صيغة مبسطة². وبالرغم من عدم وجود نص صريح في البروتوكول الإضافي الثاني فيما يتعلق بالتمييز بين الأعيان المدنية والأهداف

¹ L. Lynn Hogue, Identifying Customary International Law of War in Protocol I: A Proposed Restatement, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, vol. 13, no. 2, December 1990, p. 295. See also: John Rubinstein, Looting of Art and Cultural Property – a War Crime, International Legal Practitioner, vol. 24, no. 3, September 1999, p. 84.

² جون-ماري هنكرتس وآخرين، القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص 24.

العسكرية، إلا أن هناك اتجاه يذهب إلى أن الحماية العامة المقررة في المادة 13(1) من البروتوكول الإضافي الثاني يتسع لكي يشمل مبدأ قصر الهجوم المسلح على الأهداف العسكرية¹.

وبالرغم من ذلك، فإنه أصبح من الثابت الآن أن القاعدة التي تقصر الهجمات المسلحة على الأهداف العسكرية التي "تسهم إسهاماً فعالاً في العمل العسكري، سواء بطبيعتها أو موقعها أو غايتها أو استخدامها، والتي يحقق تدميرها كلياً أو جزئياً، أو الاستيلاء عليها، أو تعطيلها في الأحوال السائدة في حينه ميزة عسكرية أكيدة" قد أصبحت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، ومن ثم تنطبق على النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية دون تمييز. وبالتالي فإنه لا يجوز في النزاعات الدولية المسلحة استهداف الممتلكات الثقافية، إذا لم تكن تساهم مساهمة فعالة في الأعمال العسكرية².

¹ Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Second Edition, Martinus Nijhoff publishers, 2013, p. 778-790

² جون-ماري هنكرتس وآخرين، القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص 25-28. أنظر أيضاً:

Craig J. S. Forest, op. cit., p. 213.

المبحث الثالث

حماية الممتلكات الثقافية بموجب اتفاقيات دولية خاصة

تمهيد وتقسيم:

لا غرو أن ما خلفته النزاعات المسلحة، لا سيما خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية، من دمار وتخريب وسلب ونهب للممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، أن لفتت انتباه المجتمع الدولي إلى ضرورة وضع اتفاقية خاصة تكون بمثابة نظام قانوني شامل لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة¹.

وأخذت منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) مهمة صياغة تلك الاتفاقية، عندما قام المؤتمر العام للمنظمة بتوجيه المدير العام بإعداد تقرير بشأن التدابير الملائمة لضمان التعاون بين الدول فيما يتعلق بحماية وصيانة الآثار والمناطق التاريخية، وغيرها من الأعيان ذات القيمة الثقافية، وبخاصة تلك التي يتم الاحتفاظ بها في المتاحف والمكتبات، تجاه الآثار المحتملة للنزاعات المسلحة².

¹ Pascale Coissard, op. cit., p.9.

² Records of the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Resolutions, Fifth Session, July, 1950, p. 141-5.

وبناء على ذلك، عقد المدير العام لليونسكو عدة اجتماعات للخبراء في الفترة من 1950 حتى عام 1952 لإعداد مشروع اتفاقية دولية لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاع المسلح. وبعد الانتهاء من هذا المشروع، دعت حكومة هولندا إلى عقد مؤتمر دبلوماسي بين ممثلي الحكومات في الفترة من 21 إبريل حتى 14 مايو 1954 لكي يتم اعتماد الاتفاقية.

وكانت ديباجة اتفاقية عام 1954 حاسمة في تحديد الأساس القانوني لإقرار تلك الاتفاقية، عندما أكدت على أن "الممتلكات الثقافية قد منيت بأضرار جسمية خلال النزاعات المسلحة الأخيرة، وأن الأخطار التي تتعرض لها تلك الممتلكات في ازدياد مطرد نتيجة لتقدم تقنية الحرب". وأشارت الاتفاقية صراحة إلى أن الأضرار التي تلحق بالممتلكات الثقافية الخاصة بشعب معين، تؤدي لا محالة إلى الإضرار بالتراث الثقافي للبشرية بأسرها، لأن كل شعب يساهم بنصيبه في الثقافة العالمية، الأمر الذي دعا إلى إقرار تلك الاتفاقية لحماية التراث الثقافي المشترك¹.

وتم وضع بروتوكول إضافي لاتفاقية لاهاي عام 1954 (البروتوكول الأول) ليعالج مسألة نقل وإعادة الممتلكات الثقافية من الأراضي المحتلة. والسبب في عدم إدراج تلك المسألة في الاتفاقية ذاتها أن بعض الدول أبدت تخوفها من أن مسألة نقل وإعادة الممتلكات الثقافية قد يتداخل مع بعض حقوق الملكية الخاصة،

¹ ديباجة اتفاقية لاهاي لعام 1954.

لذلك استقر الرأي على معالجتها بشكل منفرد حتى لا تكون سبباً في إنشاء الدول عن الاشتراك في الاتفاقية¹.

وفي عام 1999، جاء البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي ليقرر عبئاً إضافياً على عاتق أطرافه بضرورة تحريم وتجريم أي شكل من أشكال التدمير العمدي للممتلكات الثقافية.

وتعتبر اتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها الإضافيين يمثلون القانون الخاص الذي يحكم حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة. ويترتب على ذلك بالضرورة أنه إذا كان المتحاربين أطراف في أكثر من اتفاقية دولية من اتفاقيات القانون الدولي الإنساني التي تقرر حماية للممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة، بالإضافة لاتفاقية لاهاي وبروتوكولها، فإن الأولوية في التطبيق سوف تثبت لاتفاقية لاهاي وبروتوكولها، وذلك وفقاً للمبدأ المستقر في القانون الدولي بأن الخاص يقيد العام².

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 196.

² انظر بالنسبة لإعطاء الأولوية لبعض قواعد القانون الدولي في حالة التعارض بينهما وفقاً للمبدأ المستقر في القانون الدولي "lex specialis derogat legi generali" :

Dr. Ahmed Abou-EI-Wafa, Public International Law, Dar-Al-Nahda-Al Arabia, 2002, p. 48. See also: Brownlie's Principles of Public

وبناء على التمهيد السابق، سوف يتم عرض وتحليل قواعد وأحكام اتفاقية
لاهاي لعام 1954، وبروتوكولها الإضافيين من خلال تقسيم هذا المبحث إلى
ثلاثة مطالب.

International Law, by James Crawford, Eighth Edition, Oxford University
Press, 2012, p. 654.

وكانت محكمة العدل الدولية قد أقرت في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة
النووية أو استخدامها بأنه كمبدأ لا تتعطل التزامات حقوق الإنسان في زمن النزاعات المسلحة،
إلا إذا كان الاستبعاد مقررًا بموجب اتفاقية دولية، ومع ذلك يمكن للقانون الدولي الإنساني أن
يكون بمثابة قانون خاص يؤدي إلى استبعاد القواعد الأكثر عمومية في قانون حقوق الإنسان.
أنظر:

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ, Advisory
Opinion, 8 July 1996, p. 239–240.

المطلب الأول

اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954

جاءت اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954 كأثر قانوني مباشر للأعمال المدمرة التي لحقت بالتراث الثقافي خلال الحرب العالمية الثانية. وأبرزت الاتفاقية رغبة المجتمع الدولية في منع أية محاولات مستقبلية لإلحاق تدمير شامل وواسع النطاق للممتلكات الثقافية. والسبب في ذلك جد بسيط؛ فالتراث الثقافي هو همزة الوصل الملموسة بين الماضي والمستقبل، ويتم النظر إليه باعتباره أمراً لا غنى عنه لحياة وهوية أية جماعة¹.

واشتملت اتفاقية لاهاي على بيان مفهوم الممتلكات الثقافية ونطاق تطبيقها، ووضعت نظامين لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وهما نظام الحماية العامة، ونظام الحماية الخاصة، وأوردت الاستثناءات التي يمكن أن ترد على أنظمة الحماية المقررة بموجب الاتفاقية.

¹ Mark S. Ellis, The ICC's Role in Combatting the Destruction of Cultural Heritage, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 29, no. 1, 2017, p. 35.

أولاً: مفهوم الممتلكات الثقافية في اتفاقية 1954:

اشتملت المادة (1) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 على تعريف عام لمفهوم الممتلكات الثقافية¹، مقرر حماية الممتلكات المنقولة وغير المنقولة²، بغض النظر عن أصلها أو ملكيتها. ولم تكن بإقرار حماية مباشرة للممتلكات الثقافية المنقولة

¹ وأكد ممثل فرنسا خلال المؤتمر الدبلوماسي لمناقشة بنود الاتفاقية، أنه من الضروري في القانون الدولي أن يكون هناك تعريف عام للممتلكات الثقافية، وأن يكون بمقدرة السلطات الوطنية تقرير عناصر الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية. وجاء في كلمته ما يلي:

« Il faut éliminer ce qui n'a qu'un intérêt secondaire, sinon l'infinité de biens culturels qui existe en Provence par exemple, empêcherait une armée quelconque d'y jamais mettre les pieds sans enfreindre la Convention. Les autorités nationales doivent pouvoir déterminer, dans le cadre de la définition générale, les biens culturels précis qu'il est indispensable de protéger » Actes de la Conférence Convoquée Par L'organisation des Nations Unies Pour l'éducation, La Science et La Culture, Conférence Intergouvernementale Sur La Protection Des Biens Culturels En Cas de Conflit Arme, Tenue à La Haye du 21 Avril au 14 Mai 1954, Publiés par Le Gouvernement Des Pays-Bas, 1961, para. 164, p. 127. (Ci-après dénommé : Actes de la Conférence Intergouvernementale Sur La Protection Des Biens Culturels En Cas de Conflit Arme).

² وذلك على خلاف ما ورد في "اتفاق روبرتس" الذي اعتمده الدول الأمريكية في واشنطن عام 1935، من حيث قصره للحماية على الممتلكات الثقافية غير المنقولة. أنظر:

Ronald T.P. Alcalá, *Babylon Revisited*, op. cit. p. 249–250.

وغير المنقولة فحسب، وإنما قررت حماية للمباني والمراكز والمناطق الكبرى التي تحتوي على ممتلكات ثقافية منقولة وغير منقولة. لذلك تضمنت ثلاثة أصناف للممتلكات الثقافية المحمية، وهي: الممتلكات الثقافية المحمية بصورة مباشرة، والممتلكات الثقافية المحمية بصورة غير مباشرة، والممتلكات الثقافية المحوطة بحماية شاملة.

1. الممتلكات الثقافية المحمية بصورة مباشرة:

يشمل الصنف الأول "جميع الممتلكات المنقولة وغير المنقولة التي لها أهمية كبيرة للتراث الثقافي لكل شعب كالمباني المعمارية أو الفنية أو التاريخية، الديني منها أو الديني، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها"¹.

ومن الملاحظ أن الحماية المقررة بموجب الاتفاقية تشمل الممتلكات المنقولة وغير المنقولة ذات الأهمية الكبرى للتراث الثقافي لكل شعب؛ ويعني ذلك أن تقدير قيمة الممتلك الثقافي يتم بحسب أهميته بالنسبة للشعب الذي يتواجد داخل دولة معينة².

¹ المادة 1(أ) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954.

² وكان هذا النص قد أثار بعض الجدل في مفهومه نظراً للاختلاف بين الصيغة باللغة الإنجليزية واللغة الفرنسية، حيث جاءت صيغة النص باللغة الإنجليزية:

ويترتب على ذلك بالضرورة أن كل دولة يقع على عاتقها مسؤولية تحديد الممتلكات التي تعد ذات أهمية كبرى لشعبها¹، ويتعين على الدول أن تستند عند قيامها بهذا

“movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people”

بينما جاءت صيغة النص باللغة الفرنسية:

“les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples”

فمن الممكن أن يستفاد من الصيغة الإنجليزية أن المقصود هو كل شعب داخل دولة معينة، بينما يستفاد من الصيغة الفرنسية هو كل شعوب العالم. ومع ذلك، أصبح من المستقر عليه في الفقه أن الصيغة الأولى هي المقصودة، بحيث تشمل الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الكبرى بالنسبة لكل شعب معني بتلك الممتلكات، وهي بالتأكيد الأكثر إقراراً للحماية للممتلكات الثقافية. واستند هذا الرأي في تبريره إلى ما جاء في ديباجة الاتفاقية من أن "الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب يمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء" انظر:

Roger O’Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, op. cit., p. 103–4. See also: Ronald T.P. Alcalá, *Babylon Revisited*, op. cit. p. 234–5.

¹ وأشار ممثل إيطاليا أثناء المؤتمر الدبلوماسي لاعتماد الاتفاقية أنه يتعين أن يُترك لكل طرف حرية اختيار الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية. وأكد ممثل الاتحاد السوفيتي على أنه بالرغم من أن تدمير الممتلكات الثقافية يؤثر على الإنسانية بأسرها، إلا أن لكل شعب خصائصه المميزة التي تؤدي إلى اختلاف التراث الثقافي لكل دولة. انظر:

Actes de la Conférence Intergouvernementale Sur La Protection Des Biens Culturels En Cas de Conflit Arme, op. cit., para. 128,136, p. 114, 118.

التحديد إلى أسس موضوعية ومعقولة وأن تتصرف بحسن نية عند قيامها بهذا التحديد¹، وفقاً لما تقرره المادة (26) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات².

وحرية أطراف الاتفاقية في تحديد الممتلكات التي تعد ذات أهمية كبرى للتراث الثقافي لكل شعب، على نحو يمنحها صلاحية الاستعادة من الحماية المقررة بموجب الاتفاقية، إنما يستعاد ضمناً من أحكام المواد (6) و(10) و(16) و(17) التي منحت أطراف الاتفاقية الاختصاص بوضع شعار مميز، مكون من "درع مدبب من أسفل مكون من قطاعات منفصلة ذات لون أزرق وأبيض" على الممتلكات الثقافية لتسهيل التعرف عليها، أثناء النزاعات المسلحة³.

¹ Ronald T.P. Alcala, *Babylon Revisited*, op. cit. p. 235. See also: Elizabeth Varner, *Symposium on Moral and Ethical Perspectives in War, Terrorism, and Military Law: The Art of Armed Conflicts: An Analysis of The United States' Legal Requirements Towards Cultural Property under The 1954 Hague Convention*, *Creighton Law Review*, Vol. 44, June, 2011, p.1193-4.

² تنص المادة (26) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أن "كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية". اعتمدت وعرضت للتوقيع في 23 مايو 1969، ودخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980.

³ ويعد وضع الشعار المميز أمراً خاضعاً للسلطة التقديرية لأطراف الاتفاقية بالنسبة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية عامة، بينما يعد أمراً إلزامياً بالنسبة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة. أنظر:

Jan Hladik, *Marking of Cultural Property with the distinctive emblem of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the*

وتشمل النصب المعمارية أو الفنية أو التاريخية وفقاً لما هو وارد في المادة (1) المنشآت الممتدة لزمن معين أو التي تتمتع بتصميم متميز، بغض النظر عن الغرض المخصصة له، كما هو الحال بالنسبة للمباني التي تخلد ذكرى شخص أو واقعة معينة؛ وبعبارة أخرى فهي تشمل المباني غير المنقولة التي تتمتع بقيمة فنية وتاريخية في حد ذاتها، دون اعتداد للأهمية الفنية والتاريخية للممتلكات المنقولة التي تضمها.

كذلك فإن إقرار الحماية على "مجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية" يعني أن الحماية يمكن أن تقرر على بلدة بأكملها نظراً للأهمية الثقافية التي تتمتع بها، ولو لم يكن هناك مبنى واحد بمفرده يتمتع بالحماية نظراً لقيمته التاريخية والفنية¹.

الممتلكات الثقافية المحمية بصورة غير مباشرة:

يشمل الصنف الثاني "المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة" وفقاً لما هو وارد في الصنف الأول، كما هو الحال

Event of Armed Conflict, International Review of the Red Cross, Vol. 86, no. 854, June 2004, p. 379-381.

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 102.

بالنسبة "للمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة"¹.

والحماية المقررة بموجب الاتفاقية في هذه الحالة هي حماية غير مباشرة، لأن أساس إقرار الحماية على المباني الواردة في هذا الصنف هو الغرض الأساسي الذي تسعى إلى تحقيقه، وهو حفظ وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة، لذلك فإن الحماية لم تقرر بسبب أهمية تلك المباني بحكم طبيعتها، وإنما بسبب أهمية الممتلكات الثقافية المنقولة التي تحتويها.

ويتعين الانتباه إلى أنواع الممتلكات الثقافية الواردة في الصنفين الأول والثاني قد وردت على سبيل المثال وليس الحصر، وبالتالي فإن الصنفين الأول والثاني يمكن أن يشتملا على ممتلكات ثقافية أخرى متى توافرت بشأنهما الشروط المطلوبة؛ وتحديداً تلك التي تكون ذات أهمية كبرى للتراث الثقافي للشعوب، وكذلك المباني والمؤسسات التي تخصص بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض ممتلكات ثقافية ذات أهمية كبرى للتراث الثقافي للشعوب.

¹ المادة 1 (ب) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954.

الممتلكات الثقافية المحوطة بحماية شاملة:

يشمل الصنف الثالث المراكز التي جمعت فيها كمية كبيرة من الممتلكات الثقافية المقررة في الصنفين الأول والثاني، والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية"¹.

ويشمل هذا الصنف حماية المراكز الكبرى، ومنها المناطق أو البلدات التي تضم أعداد كبيرة من الممتلكات الثقافية المنقولة وغير المنقولة. وإذا كان الصنف الأول يشتمل على كافة الممتلكات الثقافية المنقولة وغير المنقولة التي تتمتع بقيمة فنية وتاريخية، بهدف إقرار حماية مباشرة لها، بينما يشتمل الصنف الثاني على المباني التي تضم العديد من الممتلكات الثقافية المنقولة بغرض حمايتها بطريق غير مباشر، فإن ما يميز هذا الصنف من الممتلكات الثقافية أنه يقرر حماية شاملة للعديد من الممتلكات الثقافية المنقولة وغير المنقولة التي تتواجد داخل المدن أو المناطق الكبرى التي تحتوي على تلك الممتلكات الثقافية بحكم تاريخها، الأمر الذي استدعى إقرار الحماية بالنسبة لتلك المدن والمناطق تجاه أية أعمال عسكرية خلال النزاعات المسلحة، كما هو الحال بالنسبة لمدينة الأقصر في مصر، ومدينة

¹ المادة 1 (ج) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954.

البندقية والفاتيكان في إيطاليا، وباريس في فرنسا، وغيرها من المدن التي تعد مراكز للممتلكات الثقافية¹.

ثانياً: نطاق تطبيق اتفاقية 1954:

لا مرأ أن أحكام اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح تنطبق على أطرافها، بموجب ما تم النص عليه في بنودها، بيد أن الممارسات العملية أبرزت أن المنظمات الدولية تلتزم بتطبيق أحكام الاتفاقية في حالة العمليات العسكرية التي تقوم بها بعض القوات المسلحة التابعة لها، وعلى وجه الخصوص العمليات العسكرية التي تضطلع بها قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة².

¹ وذلك على خلاف ما يذهب إليه رأي من أن الفقرة الثالثة من المادة (1) قد شابها الغموض لاشتمالها على الممتلكات الثقافية الواردة في الفقرتين الأولى والثانية. ويرجع السبب في ذلك أن المادة ضمت المراكز التي تحتوي على كافة الممتلكات الثقافية الواردة في الفقرتين (أ) و(ب)، أي الصنفين الأول والثاني، ثم أطلق عليها مراكز المباني التذكارية أو الأثرية، وهو ما يوحي أن تلك المركز تنال الحماية فقط لاشتمالها على ممتلكات ثقافية غير منقولة على عكس الفقرة الثانية التي قررت الحماية للمباني التي تشتمل على ممتلكات ثقافية غير منقولة. أنظر:

Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 103.

² المرجع نفسه، ص 100.

1. نطاق تطبيق الاتفاقية على أطرافها:

تطبق الاتفاقية على "الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي، كالمباني المعمارية أو الفنية منها، أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها"¹.

وبالنظر إلى أن اتفاقيات جنيف لعام 1949 هي الشريعة العام للقانون الدولي الإنساني، فقد جاءت اتفاقية لاهاي لعام 1954 باعتبارها تهدف إلى إقرار حماية خاصة للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، لتستقي بعض أحكامها من اتفاقيات جنيف، وعلى وجه الخصوص المواد المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربعة.

عليه، تم صياغة المادة (18) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 على غرار المادة (2) المشتركة لاتفاقيات جنيف المتعلقة بالنزاعات المسلحة الدولية، حيث قررت سريان الاتفاقية في الحالات التالية:

1. إعلان الحرب.

¹ المادة (1) من اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، 14 مايو 1954.

2. النزاعات المسلحة بين طرفين أو أكثر ولو لم يكن هناك اعتراف من جانب طرف أو أكثر من أطراف النزاع بوجود حالة حرب¹.

3. الاحتلال الحربي، سواء كان كلياً أو جزئياً، حتى ولو لم يكن هذا الاحتلال ناشئاً عن مقاومة حربية². ويلاحظ أن الاتفاقية لم تبين مفهوم الاحتلال، ومن ثم يفترض أنها استندت لمفهومه المقرر في القانون الدول العرفي الذي انعكس في المادة (42) من قواعد لاهاي³.

4. العلاقة بين دولة طرف ودولة غير طرف، إذا أعلنت الأخيرة قبولها لأحكام الاتفاقية واستمرت في تطبيقها⁴.

¹ المادة 18(1)، المرجع السابق.

لا تنطبق على العمليات الإرهابية العشوائية التي لا ترتقي لمرتبة النزاعات المسلحة. أنظر:

Mackenzie Warner, The Last Poor Plunder from a Bleeding Land: The Failure of International Law to Protect Syrian Antiquities, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 42, 2016, p. 501.

² المادة 18(2)، المرجع السابق.

³ ووفقاً لنص المادة (42) من قواعد لاهاي لعام 1907 "تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها".

⁴ المادة 18(3) من اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954. أنظر أيضاً: سلامة صالح عبد الفتاح الرهايفة، المرجع السابق، ص 87.

وجاءت المادة (19) من اتفاقية لاهاي مستقاة من المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف المتعلقة بالنزاعات المسلحة غير الدولية، حيث فرضت على أطراف الاتفاقية الالتزام كحد أدنى بالأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية¹؛ أي الأحكام الخمس الواردة في المادة (4) من الاتفاقية²، والتي تمثل أبرز القيود القانونية الواجبة التطبيق على الممتلكات الثقافية، المنقولة وغير المنقولة³. علاوة على ذلك شجعت الاتفاقية أطرافها على عقد اتفاقات خاصة لتطبيق باقي أحكام الاتفاقية أو جزء منها⁴.

¹ نصت المادة 19(1) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 على أنه "في حالة نزاع مسلح ليس له طابع دولي ينشب على أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية".

² Cody Corliss, Prosecuting Members of ISIS for the Destruction of Cultural Property, Florida State University Law Review, Vol. 45, 2017, p. 197-8.

³ وذلك على خلاف ما يذهب إليه رأي أن المادة 19(1) قد شابها الغموض في عدم تحديدها للأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية؛ حيث جاءت المادة (4) من الاتفاقية بعنوان "احترام الممتلكات الثقافية"، مما يعني أن المادة 19(1) تعني الإشارة إلى الأحكام الواردة في تلك المادة. أنظر:

Mackenzie Warner, The Last Poor Plunder from a Bleeding Land, op. ci., p. 501.

⁴ فرضت المادة 19(2) على الدول الأطراف أن "تحاول، بعقد اتفاقات خاصة، تطبيق باقي أحكام هذه الاتفاقية أو جزء منها".

ويلاحظ أن المادة (19) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 لم تحاول تقادي القصور الوارد في المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة فيما يتعلق بتعريف النزاعات المسلحة غير الدولية، خاصة فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في أطراف النزاع، وبيان نطاق العنف وصور الاشتباكات بين الأطراف، لكي يجعلها ترقى إلى مستوى النزاع المسلح. ويستفاد من ذلك أن نطاق تطبيق المادة (19) فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية هو ذاته المقرر بالنسبة للمادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة.

وبما أن اتفاقية عام 1954 قد تم التوقيع عليها بواسطة 133 دولة، فإن القواعد التي تشتمل عليها تعد جزء من القانون الدولي العرفي. وبالرغم من الطبيعة العرفية للأحكام التي اشتملت عليها الاتفاقية، إلا أن تلك الأحكام قد تم تجاهلها بشكل واسع النطاق، ولم تك أساساً لأية محاكمة وطنية أو دولية. ويرجع ذلك-في عقيدتنا- إلى غياب الآليات الفعالة، بالإضافة إلى عدم توافر سبل التعاون الدولي الواقعي في سبيل وضع أحكام الاتفاقية موضع التنفيذ.

التزام المنظمات الدولية بتطبيق أحكام الاتفاقية:

جاء في القرار الأول في الوثيقة الختامية للمؤتمر الحكومي الدولي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح عام 1954، ليعرب عن أمله في أن تقرر الأجهزة المختصة للأمم المتحدة في حالة العمل العسكري الذي يتم اتخاذه تنفيذاً للميثاق، أن تضمن تطبيق أحكام الاتفاقية بواسطة القوات العسكرية التي تقوم

بهذا العمل¹. وقام المدير العام لمنظمة اليونسكو باعتماد هذا القرار في العام ذاته، وأخطر الأمين العام للأمم المتحدة بتعميمه على الأجهزة المختصة للأمم المتحدة².

وقام معهد القانون الدولي عام 1971، بإصدار قرار بعنوان "شروط تطبيق القواعد الإنسانية للنزاعات المسلحة على المعارك التي تشترك فيها قوات الأمم المتحدة، حيث جاءت المادة 2(ج) لتقرر أن القواعد الإنسانية لقانون النزاعات المسلحة تنطبق على قوات الأمم المتحدة التي تشترك في المعارك في جميع الأحوال، ومنها القواعد التي تهدف إلى حماية الأشخاص والممتلكات المدنية³، وتشمل بالتبعية كافة قواعد القانون الدولي الإنساني التي تهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة.

وأكد الاتفاق النموذجي لعام 1991 بين الأمم المتحدة والدول الأعضاء المساهمة بأفراد ومعدات في علميات صيانة السلم التي تضطلع بها الأمم المتحدة،

¹ Resolutions of the Intergovernmental Conference on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.

² Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 99.

³ Conditions of Application of Rules, other than Humanitarian Rules, of Armed Conflict to Hostilities in which United Nations Forces may be engaged, Adopted by the Institute of International Law, Session of Wiesbaden 1975.

على ضرورة تقييد واحترام قوات الأمم المتحدة لصيانة وحفظ السلام، بمبادئ وروح الاتفاقيات الدولية السارية على سلوك المتحاربين، وتحديدًا اتفاقيات جنيف الأربع وبروتوكوليهما، واتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، كما ألزمت الدول المشاركة بقوات في عمليات الأمم المتحدة لصيانة وحفظ السلم أن تضمن معرفة تلك القوات بمبادئ تلك الاتفاقيات¹.

وأصدر الأمين العام نشرة بشأن مراعاة قوات الأمم المتحدة للقانون الدولي الإنساني في 6 أغسطس 1999، جاء فيها أنه "يحظر على قوات الأمم المتحدة الهجوم على الآثار الفنية والمعمارية، والمواقع الأثرية، وأماكن العبادة والمتاحف والمكتبات التي تمثل التراث الثقافي والروحي للشعوب، كما يتعين على قوات الأمم المتحدة، في منطقة عملها، ألا تستعمل الممتلكات الثقافية أو المناطق المحيطة بها مباشرة لأغراض يمكن أن تعرضها للدمار أو التخريب أو السرقة أو السلب أو الاختلاس أو أي عمل تخريبي آخر يعد محظوراً خطراً تاماً"¹.

¹ تقرير الأمين العام بشأن اتفاق نموذجي بين الأمم المتحدة والدول الأعضاء المساهمة بأفراد ومعدات في عمليات صيانة السلم التي تضطلع بها الأمم المتحدة، دراسة شاملة لكامل مسألة عمليات صيانة السلم من جميع نواحي هذه العمليات، وثيقة رقم A/46/185، 23 مايو 1991، الفقرة 28.

¹ Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, Doc. No. ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, para 6.6.

ولا شك أن ما جاء في نشرة الأمين العام يعد تطبيقاً للمواد (1) والفقرتين الأول والثالثة من المادة (4) لاتفاقية لاهاي لعام 1945، فضلاً عن الفقرتين الأول والثانية للمادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف¹.

وفي اجتماعها الحادي عشرة الذي عقد في مقر اليونسكو في الفترة من 8 إلى 9 ديسمبر 2016، ناقشت اللجنة الحكومية بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح آليات تعزيز تطبيق اتفاقية لاهاي لعام 1954 والبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1999، ودعت إلى وضع خطة عمل تركز على تطوير الوسائل التدريبية لمنفذي القانون والقوات المسلحة بشأن حماية الممتلكات الثقافية، على أن تشمل تلك الخطط قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة².

ويدلل ذلك أن القواعد الدولية المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة تنطبق على القوات العسكرية التابعة للأمم المتحدة، بل وعلى غيرها من المنظمات الدولية التي تقوم بعمليات عسكرية لصيانة وحفظ السلم

¹Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 100.

² UNESCO, Committee Takes Decisions for the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts, Culture Sector, 13 December 2016. Available at: http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/single-view/news/committee_takes_decisions_for_the_protection_of_cultural_property/ (last visited on June 25, 2019).

والأمن الدولي، كما هو الحال بالنسبة للناتو، وعلى وجه الخصوص اتفاقية لاهاي لعام 1954.

وحرى بالبيان أن رأياً في الفقه ذهب إلى تقييد قوات الأمم المتحدة بقواعد اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، ليس في حد ذاته كافياً، بل يتعين أن يكون لقوات الأمم المتحدة دوراً إيجابياً في تعزيز إنفاذ قواعد الاتفاقية من خلال تمركزها على مقربة من الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الكبرى للتراث الثقافي والروحي للشعوب، بحيث لا تشتبك عسكرياً إلا إذا وقع اعتداء غير مشروع على تلك الممتلكات¹.

ثالثاً: نظام الحماية العامة للممتلكات الثقافية:

يقع على عاتق جميع الأطراف في الاتفاقية توفير حد أدنى من الحماية العامة لجميع الممتلكات الثقافية، تجاه الآثار الناجمة عن النزاعات المسلحة، وتتمثل آليات الحماية العامة المقررة بموجب الاتفاقية في اتخاذ تدابير وقائية واحترام كل طرف للممتلكات الثقافية الكائنة داخل إقليمه¹، فضلاً عن استخدام شعار لتمييز الممتلكات الثقافية²، واتخاذ بعض التدابير العسكرية بهدف حماية الممتلكات

¹ Matthew Smart, An Issue of Monumental Proportions, op. cit. p. 797-8

¹ نصت المادة (2) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 على أن حماية الممتلكات الثقافية تشمل "وقاية الممتلكات واحترامها".

² المادة (6)، المرجع نفسه.

الثقافية¹، ووضع قواعد لحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي². وبالرغم من ذلك، فإن الحماية العامة المقررة بموجب الاتفاقية يمكن أن تتعطل في حالة الضرورة العسكرية القهرية³.

1. اتخاذ التدابير الوقائية:

اشتملت الاتفاقية على جانب وقائي يتمثل في إلزام الدولة التي تقع على أراضيها الممتلكات الثقافية باتخاذ التدابير التي تراها ملائمة في أوقات السلم لحماية هذه الممتلكات من الأضرار المتوقعة أثناء النزاعات المسلحة⁴.

ويستند الالتزام المقرر على عاتق الدول باتخاذ تدابير وقائية ملائمة وفقاً لأنظمتها وقوانينها الوطنية إلى أن الممتلكات الثقافية تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، وبالتالي فإن اتخاذ كل دولة التدابير الملائمة لوقايتها، يعد من المسائل التي تهم الجماعة الدولية بأسرها¹، ومن ثم فإن الأثر المترتب على عدم اتخاذ تلك التدابير

¹ المادة (7)، المرجع نفسه.

² المادة (5)، المرجع نفسه.

³ Mlle Assaf Nour, op. cit., 28-29.

⁴ أنظر أيضاً: المادة (3) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Volume 1: Sources, Subjects and Contents, Third Edition, Martinus Nijhoff, 2008, p. 986

¹ Francesco Francioni, Beyond State Sovereignty, op. cit., p. 623.

لن يقتصر فحسب على إلحاق الضرر بالدولة التي تتواجد بها الممتلكات الثقافية، وإنما سوف يمتد ليلحق الضرر بالتراث المشترك للإنسانية.

وإذا كانت الاتفاقية قد تركت للدول الأطراف السلطة التقديرية في اختيار التدابير الملائمة لحماية الممتلكات الثقافية الكائنة في أراضيها¹، إلا أنه يتعين مع ذلك أن تتسم تلك التدابير بالفعالية²، لا سيما حينما يرتبط الأمر بحماية الممتلكات الثقافية المنقولة.

وتشمل التدابير التي يمكن اتخاذها لوقاية الممتلكات الثقافية؛ إنشاء مأوى لها، أو إعداد وتنظيم نقلها إلى منطقة آمنة بعيداً عن مناطق المعارك المسلحة، أو وضع شعار مميز عليها وفقاً لما تقرره المادة (6) من الاتفاقية¹.

¹ وهذه السلطة التقديرية المتروكة للدول الأطراف تستفاد من عبارة "اتخاذ التدابير التي تراها مناسبة" الواردة في نص المادة (3) من الاتفاقية. والسبب في عدم فرض الاتفاقية تدابير محددة على أطرافها لصيانة الممتلكات الثقافية الكائنة على أراضيها، هو مراعاة الاختلاف بين الدول الأطراف فيما يتعلق بالقدرات المالية والتقنية التي تمكنها من اتخاذ تدابير موحدة لصيانة تلك الممتلكات. انظر:

Patty Gerstenglieth, The Destruction of Cultural Heritage: A Crime Against Property or a Crime Against People? The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law, Vol. 15, No. 336, 2016, p. 348.

² انظر: د. محمد سامح عمرو، اتفاقيات اليونسكو لحماية التراث الثقافي، المرجع السابق، ص 153-154.

¹ Section by Section Analysis of Provisions of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and

ومن أبرز الأمثلة على التدابير الوقائية التي تتخذها دولة خلال فترة نزاع مسلح، تلك التي اتخذتها كرواتيا في بداية النزاع المسلح الذي اندلع في يوغسلافيا السابقة في بداية التسعينات من القرن المنصرم، حيث قامت وزارة التربية والثقافة بنقل المتاحف والمعارض الفنية إلى أماكن آمنة، وتم اختيار الآثار التي تتسم بأهمية كبرى وتغليفها بعناية وتخزينها في مناطق ومباني آمنة. ولتحقيق أقصى درجات الوقاية للممتلكات المنقولة، ومنها المنحوتات، والرسومات والتماثيل، تم اتباع معايير فنية دقيقة، تمثلت في وضع تلك الممتلكات في هياكل خشبية وإحاطتها بأكياس من الرمال¹.

كذلك قامت السلطات العراقية المسؤولة عن الممتلكات الثقافية، خلال حرب العراق عام 2012، بوضع كتل خرسانية لأغلاق العديد من المداخل ومناطق التخزين لمنع اللصوص من الوصول إليها، وغلفت العديد من التماثيل المنقولة بمادة رغوة لمنع إتلافها بسبب القصف بالقنابل، كما وضعت أكياس الرمال على أراضي المنطقة التي يتواجد بها التماثيل الآشورية، للحيلولة دون دمارها، حال سقوطها على الأرض بسبب القصف. إضافة إلى ذلك، قامت السلطات بوضع

the Hague Protocol, U.S. Government Printing Office, Washington, 1999, p. 3.

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 112.

العلامة الدولية، في شكل درع أزرق، على أسطح المتاحف، لكي تتجنب القوات المعادية قصفها أثناء الاشتباكات¹.

ويتعين الانتباه إلى أنه يجوز لأية دولة طرف أن تطلب المساعدة الفنية من منظمة اليونسكو بشأن اتخاذ تدابير الوقاية اللازمة لممتلكاتها الثقافية ضد الأضرار التي يمكن أن تسببها أثناء النزاع المسلح. وتقدم المنظمة مساعدتها في حدود ما تسمح به إمكانياتها².

علاوة على ذلك، فإنه بغرض تعزيز صيانة الممتلكات الثقافية، فرضت الاتفاقية على عاتق أطرافها، كلما سمحت مقتضيات الأمن العام، احترام الموظفين المكلفين بحماية الممتلكات الثقافية، والسماح لمن يقع منهم في يد الطرف المعادي أن يستمر في أداء مهامه، وذلك إذا ما وقعت أيضاً الممتلكات الثقافية المكلفين بحمايتها في يد الطرف المعادي¹.

¹ Elizabeth Varner, op. cit., p. 1195–6. See also: Corine Wegener and Marjan Otter, Cultural Property at War: Protecting Heritage during Armed Conflict, The Getty Conservation Institute, spring 2008, available at: http://www.getty.edu/conservation/publications_resources/newsletters/23_1/feature.html (last visited on August 29, 2019).

² المادة 23(1) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

¹ المادة (15)، المرجع نفسه.

وإذا كان هذا الحكم تبرز أهميته في حالات الاحتلال الحربي، إلا أنه ينطبق أيضاً في أية حالة أخرى تقع فيها الممتلكات الثقافية والموظفون المسؤولون عنها في يد الطرف المعادي. لذلك ألزمت الاتفاقية الموظفين المكلفين بحماية الممتلكات الثقافية ارتداء شعار محدد، حتى يتم تمييزهم أثناء النزاع المسلح¹.

2. احترام الممتلكات الثقافية:

تعد أبرز الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف الاتفاقية هو الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية. وينقسم هذا الالتزام، وفقاً لمفهوم الاتفاقية، إلى خمس التزامات أساسية:

أولاً: الالتزام بالامتناع عن استعمال الممتلكات الثقافية أو الوسائل المخصصة لها أو الأماكن المجاورة لها مباشرة لأغراض قد تعرضها للتدمير أو التلف في حالة نزاع مسلح.

ثانياً: الالتزام بالامتناع عن أي عمل عدائي موجه تجاه الممتلكات الثقافية².

ثالثاً: الالتزام بالامتناع عن اتخاذ أية تدابير انتقامية من شأنها المساس بالممتلكات الثقافية¹.

¹ المادة 17(2)(ج)، المرجع نفسه.

² المادة 4(1)، المرجع نفسه.

¹ المادة 4(4)، المرجع نفسه.

رابعاً: الالتزام بعدم الاستيلاء على الممتلكات الثقافية المنقولة الكائنة في إقليم دولة أخرى من الدول الأطراف.

خامساً: الالتزام بتحريم ومنع ووقف أي عمل من أعمال السرقة والنهب والاختلاس للممتلكات الثقافية¹.

ويتعين الانتباه إلى أنه يمكن للدول الخروج على الالتزامين الأول والثاني في حالة الضرورة العسكرية القهرية. والحقيقة أن تقييد هذين الالتزامين استناداً إلى الضرورة العسكرية القهرية كان محلاً لمناقشات مستفيضة بين ممثلي الدول أثناء مؤتمر وضع الاتفاقية، حيث رأت الأغلبية أهمية تغليب الاعتبارات العملية، عوضاً عن التقييد بمبادئ صارمة قد يصعب تحقيقها، لا سيما أن فكرة الضرورة العسكرية القهرية، تفترض عدم وجود وسائل أخرى لتحقيق الهدف العسكري غير تعريض الممتلكات العسكرية لخطر التدمير أو التلف².

ومن أبرز الأمثلة العملية على وضع الأهداف العسكرية في منطقة مجاورة للممتلكات الثقافية، ما أوردته الحكومة الأمريكية في إحدى تقاريرها عام 1992، في أن القوات العراقية تعمدت وضع طائرتين مقاتلتين بجوار أحد المعابد القديمة. وبالرغم من أن تواجد الطائرتين بهذا الوضع يبيح للقوات الأمريكية، وفقاً لقوانين

¹ المادة 4(3)، المرجع نفسه. انظر أيضاً: د. محمد سامح عمرو، المرجع السابق، ص 153.

² Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 121-123.

وأعراف الحرب، استهداف الطائرتين، بحيث تقع المسؤولية عن أي دمار أو تخريب يلحق بالمعبد على عاتق العراق، إلا أن القيادة العسكرية الأمريكية اتخذت قراراً بعدم استهداف الطائرتين، انطلاقاً من التزامها باحترام الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح، خاصة في ظل عدم وجود تناسب بين الميزة العسكرية المبتغاة من تدمير الطائرتين، وخطر إلحاق أضرار جسيمة بالمعبد¹.

ويتضح من هذا المثال العملي أن وضع الأهداف العسكرية بجوار الممتلكات الثقافية، لا يبرر في جميع الأحوال التذرع بالضرورة العسكرية القهرية، بغرض استهدافها، طالما أن الميزة العسكرية المرجو تحقيقها لا تتناسب مطلقاً مع الأضرار الجسيمة المتوقع أن تلحق بالممتلكات الثقافية.

وكان المستشار القانوني لليونسكو قد أشار، أثناء صياغة نصوص الاتفاقية، إلى أن المفهوم السليم لنص المادة 4(4) يقضي بأن " يظل الالتزام باحترام عنصر من عناصر الممتلكات الثقافية قائماً، إذا كان هذا العنصر قد تم استخدامه بواسطة الطرف المعادي لأغراض عسكرية، وأن الالتزام بالاحترام يمكن فقط سحبه في حالة الضرورة العسكرية القهرية"¹.

¹ United States: Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf-Appendix on the Role of the Law of War, Vol. 31, No. 3, May 1992, p. 612-644.

¹ Craig Forrest, International Law and the Protection of Cultural Heritage, Routledge, 2010, p. 90-91.

وعلى خلاف الحالة السابقة التي يعد فيها استعمال الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية، أو وضع الأهداف العسكرية على مقربة من تلك الممتلكات، مخالفة لأحكام الاتفاقية، وبالتالي يمكن استهدافها إذا كانت هناك ضرورة عسكرية قهرية، فإنه يمكن في حالات أخرى الاستناد إلى الضرورة العسكرية القهرية لتبرير استعمال الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية، أو لوضع الأهداف العسكرية بجوار الممتلكات الثقافية. ويعد أبرز مثال على ذلك ما ورد في الكتيب البريطاني بشأن النزاعات المسلحة من أنه يجوز في بعض الحالات النادرة استعمال جسر له قيمة تاريخية، إذا كان هو الوسيلة الوحيدة لتمكين القوات العسكرية من عبور نهر¹.

وينطبق الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية، سواء كانت الممتلكات الثقافية كائنة في إقليم الطرف الذي يشن الهجوم، أو في إقليم الطرف المعادي، كما ينطبق هذا الالتزام أيضاً في حالات الاحتلال الحربي².

وينطبق الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح غير الدولي الذي يندلع على إقليم إحدى الدول الأطراف¹.

¹ The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, UK, 2004 Edition, Para. 5.25.3, p. 71.

² ألزمت المادة 5(3) من الاتفاقية الدول الأطراف بضرورة احترام الممتلكات الثقافية في حالة الاحتلال الحربي.

ويتعين الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية دون الاعتداد بما إذا كان الطرف الآخر الذي توجد على إقليمه الممتلكات الثقافية قد اتخذ التدابير الوقائية المقررة بموجب المادة (3) من الاتفاقية².

3. استخدام شعار لتميز الممتلكات الثقافية:

حرصت اتفاقية لاهاي لعام 1954 على إقرار إحدى التدابير الهامة التي يتعين على الدول الأطراف اتخاذها في وقت السلم، في سبيل تعزيز احترام الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية العامة في حالة اندلاع النزاعات المسلحة، وذلك من خلال تمييزها بشعار خاص أقرته الاتفاقية، يجعل من السهل على أطراف النزاع التعرف على الممتلكات الثقافية، وتجنبها أثناء المعارك الحربية.

ويتخذ هذا الشعار، وفقاً لنص المادة (16) من الاتفاقية، شكل "درع مدبب من أسفل مكون من قطاعات منفصلة ذات لون أزرق وأبيض)، وذلك وفقاً للشكل التالي:

¹ تنص المادة 19(1) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 على أنه "في حالة نزاع مسلح ليس له طابع دولي ينشأ على أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية.

² المادة 4(5) من اتفاقية لاهاي لعام 1954. انظر أيضاً:

Elizabeth Varner, op. cit., p. 1197.



ويستخدم الشعار المميز على كل من الممتلكات الثقافية المنقولة والثابتة على حد سواء، ومع ذلك فإنه يتعين مراعاة ما يلي عند استخدام الشعار المميز¹:
أولاً: لا يجوز استعمال الشعار المميز إلا بالنسبة للممتلكات الثقافية التي تستوفي التعريف الوارد في المادة (1) من الاتفاقية، ولا يجوز استعمال هذا الشعار فيما عداها من الممتلكات².

ثانياً: لا يجوز استعمال الشعار المميز إلا مرة واحدة بالنسبة للممتلكات المشمولة بالحماية العامة، حيث إن تكرار استعمال الشعار لا يجوز إلا بالنسبة للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية الخاصة، التي يجوز تكرار الشعار ثلاث مرات بالنسبة لها¹.

¹القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص 115.

² المادة 17(3) من اتفاقية لاهي لعام 1954.

¹ المادة 17(1)، (2)، المرجع السابق.

ثالثاً: لا يجوز استعمال الشعار المميز على الممتلكات الثقافية الثابتة دون أن يوضع عليه في الوقت ذاته تصريح مؤرخ وموقع عليه من السلطة المختصة للدولة الطرف في الاتفاقية¹.

والحقيقة أننا نرى أن استعمال الشعار المميز إذا كان من شأنه أن يوفر قدراً من الحماية للممتلكات الثقافية في حالة الاشتباكات والقصف قريب المدى الذي يمكن الطرف الذي يشن الهجوم من تمييزها من خلال رؤية هذا الشعار، فإنه في ظل تطور الآليات والتقنيات العسكرية، المتمثلة في استخدام الأقمار الصناعية لتحديد الأهداف العسكرية، واستخدام وسائل القصف بعيد المدى، أو من خلال الطائرات بدون طيار، فإنه قد يصعب، في أغلب الأحوال، رؤية هذا الشعار المميز، لتجنب إلحاق أضرار بالغة بالممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية. وتأكيداً لذلك، اقترح شركاء حلف شمال الأطلسي (الناتو) في مؤتمر حماية التراث الثقافي في زمن الحرب وحالة الضرورة الذي عقد عام 1995، أهمية إقرار تقنيات حديثة في الشعار المستخدم لتمييز الممتلكات الثقافية¹، ويمكن أن يتم ذلك من خلال وضع شريحة إلكترونية على الشعار المميز، تبث إشارات بعيدة المدى، على

¹ المادة 17(4)، المرجع السابق.

¹ Final Communiqué of the NATO–Partnership for Peace Conference on Cultural Heritage Protection in Wartime and in State of Emergency, 1996, para. 3.4.

نحو يمكن الطرف المعادي من استقبالها بواسطة أجهزة خاصة، ومن ثم تمييز الممتلكات الثقافية وتجنب استهدافها قبل الشروع في عمليات القصف بعيد المدى.

4. اتخاذ التدابير العسكرية لحماية الممتلكات الثقافية:

وفقاً لاتفاقية لاهاي، فإن أطراف الاتفاقية تتعهد باتخاذ تدابير وإجراءات فعالة، منذ وقت السلم، لتحقيق ما يلي:

أولاً: إدراج الاتفاقية في اللوائح والتعليمات الخاصة بقواتها المسلحة، لضمان التنفيذ الفعال لتلك الأحكام.

ثانياً: غرس روح الاحترام الواجب إزاء الممتلكات الثقافية في أعضاء قواتها المسلحة¹.

ثالثاً: إدراج دراسة اتفاقية لاهاي ولوائحها التنفيذية في برامج التعليم العسكري والمدني، لكي يكون جميع سكان أطراف الاتفاقية على علم بمبادئها، وعلى وجه الخصوص أفراد القوات المسلحة والموظفون المكلفون بحماية الممتلكات الثقافية².

وتبدو أهمية تعهد الدول باتخاذ التدابير العسكرية لحماية الممتلكات الثقافية في أن القوات المسلحة هي التي يقع على عاتقها الالتزام الرئيسي بإنفاذ أحكام اتفاقية لاهاي، وحماية الممتلكات الثقافية.

علاوة على ذلك، فإن الدول الأطراف في الاتفاقية تتعهد، منذ وقت السلم "بإعداد أقسام أو أخصائيين أو بإلحاقهم في صفوف قواتها المسلحة، وتكون

¹ المادة (1)7 من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² المادة (25)، المرجع السابق.

مهمتهم السهر على احترام الممتلكات الثقافية ومعاونة السلطات المدنية المسؤولة عن وقاية هذه الممتلكات"¹.

وتتولى هذه الأقسام وقاية واحترام الممتلكات الثقافية، وفقاً للأحكام المقررة في المادتين (3) و(4) من نصوص الاتفاقية، على النحو الذي سبق توضيحه في البندين (1) و(2)².

ومعاونة هذه الأقسام للسلطات المدنية المسؤولة عن وقاية الممتلكات الثقافية، يشمل أيضاً السلطات المختصة داخل الأراضي المحتلة. وتخضع تلك الأقسام بما تشمله من أخصائيين في مجال وقاية الممتلكات الثقافية، للحماية المقررة بموجب المادة (15) من الاتفاقية، كلما كان ذلك متسقاً مع مقتضيات الأمن العام. ومن ثم، فإنه لا يجوز توجيه أية هجمات عسكرية تجاههم، كما ينبغي تمكينهم من أداء واجباتهم حال وقوعهم في يد الطرف المعادي، متى وقعت، كذلك، الممتلكات الثقافية المكلفين بحماياتها تحت سيطرة الطرف المعادي. وفي حالة وقوع الأشخاص المسؤولين عن حماية الممتلكات الثقافية في يد الطرف المعادي، فإنهم

¹ المادة 7(2)، المرجع السابق.

² انظر ما سبق مناقشته في البند (1) بعنوان "اتخاذ التدابير الوقائية، والبند (2) بعنوان "حماية الممتلكات الثقافية".

يستحقون الحماية المقررة بموجب اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949؛ أي أن وضعهم لا يختلف عن وضع أفراد الخدمات الطبية أثناء النزاعات المسلحة¹.

ولكي يتمكن الطرف المعادي من تمييز أفراد القوات المسلحة المختصين بحماية الممتلكات الثقافية، ويتجنب استهدافهم أثناء النزاع المسلح، أجازت الاتفاقية لهم بارتداء سوار أعلى الذراع موضوع عليه شعار مميز، على أن يتم إصداره وختمه بواسطة السلطات المختصة². ويتعين عليهم حمل بطاقة هوية خاصة تحمل شعار مميز ومختومة من السلطات المختصة³. ولا يجوز حرمانهم، بدون أي مبرر قانوني، من الحق في حمل بطاقة الهوية أو ارتداء السوار المميز⁴.

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 119.

² المادة 17(2)(ج) من اتفاقية لاهاي لعام 1954. المادة 21(1) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي لعام 1954.

³ المادة 21(2) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي لعام 1954.

⁴ المادة 21(4)، المرجع السابق.

5. قواعد الحماية أثناء الاحتلال الحربي:

اشتملت اتفاقية لاهاي لعام 1954 على قواعد تهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي، حيث نظمت العلاقة بين سلطة الاحتلال والسلطات الوطنية المختصة بحماية ووقاية الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة¹.

وفرضت الاتفاقية التزاماً على عاتق الطرف الذي يحتل أراضي طرف آخر أو جزء منها، أن "يعضد جهود السلطات الوطنية المختصة في المناطق الواقعة تحت الاحتلال بقدر استطاعتها في سبيل وقاية ممتلكاتها الثقافية والمحافظة عليها"².

وينبثق عن هذا الالتزام التزام رئيسيان، يتمثل الأول في الالتزام بوقاية الممتلكات الثقافية، بينما يتمثل الثاني في الالتزام بالمحافظة على الممتلكات الثقافية:

¹ المادة (5) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² المادة (1)5، المرجع السابق. والحكم الذي أقرته المادة (1)5 يعد انعكاساً للمادة (43) من لوائح لاهاي لعام 1907، والتي نصت على أنه في حالة "إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة الاحتلال، يتعين على هذه الأخيرة، قدر الإمكان، تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في حالات الضرورة القصوى التي تحول دون ذلك".

فمن ناحية أولى، يتطلب الالتزام بوقاية الممتلكات الثقافية قيام سلطات الاحتلال بأن تبذل قدر استطاعتها، بالتعاون مع السلطات المحلية المختصة، لنقل الممتلكات الثقافية بعيداً عن نطاق العمليات العسكرية.

ومن ناحية أخرى، يتطلب الالتزام بالمحافظة على الممتلكات الثقافية، قيام سلطات الاحتلال، بعد توقف المعارك العسكرية، باتخاذ ما يلزم من تدابير، لحفظ وحماية الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة. وتشمل تلك التدابير تعاون سلطات الاحتلال مع السلطات الوطنية المختصة، كلما كان ذلك ممكناً، لإنفاذ النظم التشريعية والإدارية السارية في الأراضي المحتلة بشأن حماية الممتلكات الثقافية، مثال ذلك: ضمان الالتزام بقواعد وأحكام البناء في مناطق الممتلكات الثقافية، وتطبيق القانون الجنائي فيما يتعلق بالإتجار غير المشروع في الآثار، واتخاذ أية تدابير أخرى ملائمة من شأنها حماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي¹.

ويتعين الانتباه إلى أنه في حالة قيام السلطات المختصة داخل دولة الاحتلال بطلب المساعدة الفنية من اليونسكو لحماية الممتلكات الثقافية، وفقاً لما تقرره المادة 23(1) من اتفاقية لاهاي، أو إذا عرضت اليونسكو هذه المساعدة، من تلقاء نفسها، وفقاً لنص المادة 23(2)، فإنه يقع على عاتق السلطات المختصة

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 136.

التزام بمساعدة ممثلي اليونسكو للوصول إلى الممتلكات الثقافية الكائنة داخل الأراضي المحتلة¹.

وفرضت الاتفاقية التزاماً على عاتق سلطات الاحتلال لاتخاذ تدابير وقائية ملحة، قدر استطاعتها، بالتعاون مع السلطات الوطنية المختصة للمحافظة على الممتلكات الثقافية الكائنة في الأراضي المحتلة، وذلك إذا اقتضت الظروف اتخاذ تلك التدابير نتيجة تعرض الممتلكات الثقافية لأضرار جراء العمليات الحربية. ولكن هذا الالتزام مشروط بثبوت عدم قدرة السلطات الوطنية المختصة بحماية الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة على اتخاذ التدابير الوقائية العاجلة².

وعدم قدرة السلطات الوطنية المختصة في اتخاذ التدابير العاجلة، حال تعرض الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة لأضرار بسبب العمليات العسكرية، لا يجعلها ترتكن فحسب إلى التزام سلطات الاحتلال بحماية تلك الممتلكات

¹ ففي عام 1982، طلبت السلطات المختصة اللبنانية من المدير العام لليونسكو بإرسال ممثل خاص للمناطق الأثرية في مدينة صور الواقعة تحت سيطرة الاحتلال الإسرائيلي. ورداً على ذلك، قام المدير العام لليونسكو بإخطار السلطات الإسرائيلية بقرار إرسال فريق إلى تلك المواقع، استناداً إلى أن إسرائيل ملتزمة بالموافقة وفقاً لبنود الاتفاقية. وبالفعل وافقت سلطات الاحتلال الإسرائيلية على قرار اليونسكو، واتخذت الترتيبات الضرورية لتسهيل المهمة الفريق المرسل من جانبها. انظر:

Report on the Activities undertaken to Safeguard the Entire Archeological Site of Tyre and its Surrounding Ares, Doc. Code 22 C/INF.8, 1983, para. 7.

² المادة (2)5 من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

الثقافية، وإنما يجوز لها أيضاً أن تطلب مساعدة اليونسكو للقيام بتلك التدابير العاجلة وفقاً لما تقرره الاتفاقية¹.

ويتعين الانتباه إلى أن الاتفاقية لم تشتمل على نص صريح يحظر على سلطات الاحتلال القيام بأية أعمال أو دعم أو تنقيب في الأراضي المحتلة دون الحصول على موافقة من السلطات الوطنية المختصة.

وكان من شأن غياب هذا النص في الاتفاقية أن قامت سلطة الاحتلال الإسرائيلي بالتنقيب والحفر العميق في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ولا سيما في القدس.

وبالرغم من إصدار المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو لمجموعة من التوصيات بشأن المبادئ العامة المطبقة على التنقيب الأثري عام 1956، ليقرر حظراً صريحاً على الدولة المحتلة، يمنعها من القيام بأي عمل من أعمال التنقيب الأثري داخل الأراضي المحتلة²، إلا أن ذلك لم يمنع سلطات الاحتلال الإسرائيلية

¹ تنص المادة (23) من اتفاقية لاهي لعام 1954 على أنه "1. يجوز للأطراف السامية المتعاقدة طلب المعونة التقنية من منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة لتنظيم وسائل حماية ممتلكاتها الثقافية أو بشأن أية مشكلة أخرى ناجمة عن تطبيق هذه الاتفاقية أو لاحتها التنفيذية. وتمنح المنظمة معونتها في حدود برنامجها وإمكانياتها.

2. للمنظمة أن تقدم للأطراف السامية المتعاقدة من تلقاء نفسها أية اقتراحات في هذا الشأن".

² Article (32) of Recommendation on International Principles Applicable to Archeological Excavation, 5 December 1956.

من الاستمرار في أعمال الحفر والتنقيب في المناطق المحيطة بالمسجد الأقصى بدعوى البحث عن الآثار¹.

وإذا كان لا يوجد نص صريح في اتفاقية لاهاي لعام 1954 يحظر أعمال الحفر والتنقيب التي تقوم بها قوات الاحتلال الإسرائيلية حول المسجد الأقصى، إلا أن ذلك لا يحول دون اعتبار تلك الممارسات انتهاكاً لنص المادة (5) من الاتفاقية، نظراً لإخلال قوات الاحتلال الإسرائيلية بالتزامها بحماية ووقاية الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة من خلال قيامها بأعمال الحفر والتنقيب على نحو من شأنه أن يلحق الضرر بالمسجد الأقصى.

ولعل عدم وجود نص صريح في اتفاقية لاهاي لعام 1954، في ظل الانتهاكات المستمرة من قوات الاحتلال الإسرائيلية، هو ما دعا إلى نقادي هذا الأمر عند وضع المادة (9) من البروتوكول الإضافي الثاني، والتي قررت حظر صريح على أعمال التنقيب على الآثار إلا إذا كان من شأن ذلك صون وحفظ الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة.

¹ انظر: حسن صابر البابا، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني، أعمال المؤتمر العملي الدولي: القانون الدولي الإنساني في ضوء الشريعة الإسلامية-ضمانات التطبيق والتحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون واللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2015، ص 515-516. انظر أيضاً: سلامة صالح عبد الفتاح الرهايفة، المرجع السابق، ص 184 وما بعدها.

الضرورة العسكرية القهرية كاستثناء على الحماية العامة المقررة بموجب الاتفاقية:

لم تحدد أية وثيقة دولية المقصود بالضرورات العسكرية القهرية¹، ومع ذلك فهو يشمل، وفقاً لمفهومه العام المستقر عليه في الفقه، الآثار التي لا يمكن تجنبها خلال العمليات العسكرية الهجومية أو الدفاعية²، على نحو يدفع أفراد القوات

¹ لم تضع اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام 1907 أو اللائحة المرفقة بها تعريفاً للمقصود بضرورات الحرب، لذلك تولى الفقه أمر تحديد المقصود بالضرورة العسكرية. انظر:

Ronald T.P. Alcalá Babylon Revisited, op. cit. p. 213. See also: Mlle Assaf Nour, op. cit., p. 30–38.

² عرف اوبنهايم الضرورة العسكرية التي تبيح تدمير ممتلكات العدو بأنها:

“All destruction of, and damage to, enemy property for the purpose of offence and defence is necessary destruction and damage, and therefore lawful, whether it be on the battlefield during battle, or in preparation for battle or siege. To strengthen a defensive position, a house may be destroyed or damaged. To cover the retreat of an army, a village on the battle-field may be fired. The district around a fortress held by any enemy may be razed, and, therefore all private and public buildings, all vegetation may be destroyed, and all bridges blown up within a certain area. If a farm, a village, or even a town is not to be abandoned, but prepared for defence, it may be necessary to damage in many ways, or entirely destroy, private and public property.” L.

المسلحة الذين يتعرضون إلى تلك الظروف إلى الخروج على قوانين وأعراف الحرب¹.

وإمكانية التمسك بالضرورات العسكرية القهرية كاستثناء على الحماية المقررة على الممتلكات المدنية، بصفة عامة، والممتلكات الثقافية، بصفة خاصة، هي من القواعد المستقرة في القانون الدولي العرفي².

ووفقاً لقاعدة الضرورات العسكرية القهرية، فإنه يمكن للدولة الطرف أن تستخدم الممتلكات الثقافية والمنطقة المحيطة بها لأغراض عسكرية، وأن تدير الأعمال العسكرية تجاه تلك الممتلكات. ويلاحظ أن شروط أعمال هذا الاستثناء واسعة وفضفاضة ولا يحوطها الدقة، مما يفسح المجال أمام الدول الأطراف للترفع

Oppenheim, International law, A Treatise, Vol. II–War and Neutrality, op. cit., p. 212–213.

¹ د. محمد سامح عمرو، المرجع السابق، ص 158-159.

² أشارت اللجنة الدولية للصليب الأحمر القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني، حيث جاءت القاعدة (38) لتقرر أنه:

أ. يجب إيلاء اهتمام خاص في العمليات العسكرية لتجنب الإضرار بالمباني المخصصة لأغراض دينية أو فنية أو علمية أو تربوية أو خيرية وبالأثار التاريخية ما لم تكن أهدافاً عسكرية.
ب. يجب ألا تكون الممتلكات ذات الأهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب محلاً للهجوم إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورة العسكرية القهرية". انظر: القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، القاعدة 38، ص 114-115.

بالضرورات العسكرية الملحة لتوجيه ضربات عسكرية تجاه الممتلكات الثقافية المحمية¹.

وبالرغم من أن هذا الاستثناء يهدف من الناحية العملية إلى إجراء نوع من التوفيق بين متطلبات حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة من ناحية، ومصالح المتحاربين خلال العمليات الحربية من ناحية أخرى، بحيث لا تكون حماية الممتلكات الثقافية بمثابة عائق في حالة وجود ضرورات عسكرية قهرية، إلا أنه يلاحظ أن الاتفاقية لم تشمل على تعريف محدد للمقصود بالضرورة العسكرية، مما يعني أن مسألة تحديد الضرورة العسكرية هو أمر متروك تقديره لكل طرف من أطراف الاتفاقية وفقاً لكل حالة، مما يفتح المجال أمام التجاوز، استناداً إلى أن الدولة قدرت أن هناك ضرورة عسكرية تستدعي الهجوم على الممتلكات الثقافية².

¹ Jan Hladik, The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity," International Review of Red Cross vol. 81, no. 835, September 1999, p. 622.

² Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Reports, UNESCO Doc. CLT-95/WS/13, Paris, December 1995, p. 23. See also: Craig J. S. Forest, op. cit., p. 193.

ثانياً: نظام الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية:

أقرت اتفاقية لاهاي لعام 1954 نظاماً للحماية الخاصة، يتجاوز نظام الحماية العامة لكافة الممتلكات الثقافية. وينطبق نظام الحماية الخاصة على عدد محدود من الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً¹.

وأقرت الاتفاقية مجموعة من القواعد تتعلق بشروط منح الحماية الخاصة، ونطاق الحصانة التي تتمتع بها الممتلكات الثقافية وأسباب رفعها، وكيفية تمييز الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة وآلية الرقابة عليها، فضلاً عن إقرار قواعد لوضع وسائل نقل الممتلكات الثقافية تحت نظام الحماية الخاصة.

وسوف نوضح تلك الأمور تباعاً على النحو التالي:

1. شروط منح الحماية الخاصة:

حددت اتفاقية لاهاي لعام 1954 الممتلكات الثقافية التي تتمتع بحماية خاصة، وتشمل "عدد محدود من المخابئ المخصصة لحماية الممتلكات الثقافية المنقولة، ومراكز الأبنية التذكارية، والممتلكات الثقافية الثابتة ذات الأهمية الكبيرة جداً"².

ويستفاد من ذلك أن الممتلكات الثقافية المنقولة المتمثلة في الأعمال الفنية والكتب والمخطوطات وغيرها من العناصر ذات القيمة الفنية والتاريخية والمعمارية، وفقاً

¹ المادة (1)8 من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² المرجع نفسه، المادة (1)8.

لما قررته المادة 1 (أ) من الاتفاقية، لا تتمتع بالحماية الخاصة في حد ذاتها، وإنما يمكن، مع ذلك، أن تتمتع بالحماية الخاصة من الناحية الفعلية إذا كانت محفوظة في أحد المخابئ أو مراكز الأبنية التذكارية المشمولة بحماية خاصة.

وينطبق هذا الأمر كذلك على المباني المخصصة لحفظ وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة، كما هو الحال بالنسبة للمتاحف والمكتبات ومستودعات السجلات، لا تتمتع في حد ذاتها بالحماية الخاصة، وإنما يمكن لها أن تتمتع بتلك الحماية من الناحية الواقعية إذا كانت تشتمل على مخابئ مشمولة بالحماية الخاصة، أو كانت كائنة في نطاق مراكز الأبنية التذكارية المشمولة بحماية خاصة¹.

ولكي تسري الحماية الخاصة المقررة بموجب الاتفاقية، فإن هناك شرطاً إجرائياً يتعين تحقيقه، ويتمثل في ضرورة قيد الممتلك الثقافي في "السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة" الذي تشرف عليه منظمة اليونسكو².

ومع ذلك، يتعين توافر ثلاثة شروط موضوعية لكي يتم قيد الممتلك الثقافي في السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة، وهي:

أ- الأهمية الكبيرة جداً للممتلكات الثقافية:

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 142-3.

² د. محمد سامح عمرو، المرجع السابق، ص 155.

يتعين أن تتسم الممتلكات الثقافية بأهمية كبيرة جداً، لكي تكون جديرة بالحماية الخاصة المقررة بموجب الاتفاقية. والحقيقة أن الاتفاقية لم توضح المعيار القانوني الواجب اتباعه لتحديد الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً، وذلك لتمييزها عن الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الكبرى للشعوب، وفقاً للتعريف الوارد في المادة 1(أ) من الاتفاقية. وبالتالي، فإن هذا الأمر يخضع تقديره، وفقاً لكل حالة منفردة، بحسب الانطباع العام بصدد درجة أهمية الممتلك الثقافي المطلوب شموله بالحماية الخاصة. وعليه، فإنه من المتوقع أن يعترض أحد الأطراف على دخول أحد الممتلكات الثقافية غير المنقولة في السجل الدولي للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية الخاصة، استناداً إلى أنها تتمتع بأهمية كبرى، ولكنها لا تتمتع بأهمية كبيرة جداً للتراث الثقافي¹.

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 144.

النُبع عن الأهداف العسكرية والمراكز الصناعية الكبرى:

أقرت الاتفاقية قاعدة عامة في هذا الشأن ولكنها عادت لتورد عليها بعض الاستثناءات:

القاعدة العامة:

يتعين لإقرار حماية خاصة للممتلكات الثقافية أن تكون واقعة على مسافة كافية من أي أهداف عسكرية، أو مركز صناعي كبير، كمصنع يعمل للدفاع الوطني أو طريق مواصلات هام أو محطة سكك حديدية أو ميناء.

ومن المستقر عليه في الفقه أن المسافة الكافية بين الممتلكات الثقافية والأهداف العسكرية أو المراكز الصناعية الكبرى، هي مسألة يتم تحديدها وفقاً لكل حالة منفردة، ووفقاً للأوضاع السائدة بشأن كل نزاع من النزاعات المسلحة¹.

وقد اعترض جانب من ممثلي الدول أثناء مؤتمر لاهاي على هذا الشرط، استناداً إلى أن من شأنه استبعاد العديد من الممتلكات الثقافية التي تحظى بأهمية كبيرة جداً لشعوبها بسبب قربها من مراكز صناعية كبرى أو أهداف عسكرية². فقال

¹ د. محمد سامح عمرو، المرجع السابق، ص 156-157.

² بل إن هذا الشرط كان محلاً لانتقاد الفقه الدولي، وتم وصفه بأنه سبباً في فشل نظام الحماية الخاصة المقرر بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1951، الأمر الذي دعا إلى ضرورة إقرار نظام آخر لحماية الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً عند وضع البروتوكول الثاني لعام 1999. أنظر:

ممثّل بولندا أن التقييد بهذا الشرط لن يسمح سوى بحصول الأهرامات المصرية على الحماية الخاصة¹، مما يؤدي إلى استبعاد ممتلكات ثقافية شديدة الأهمية، منها: الكنائس المتواجدة في ويستمنستر بلندن ونوتردام بباريس وسانت بيير بروما². وأكدت المملكة المتحدة والاتحاد السوفيتي على رأي ممثّل بولندا³.

وحرى بالبيان أن جمهورية مصر العربية قد حاولت إدراج العديد من الممتلكات الثقافية المتواجدة في الأقصر وأسوان ضمن سجل الممتلكات الثقافية التي تتمتع بحماية خاصة، ومنها: وادي الملوك ووادي الملكات، ومقابر النبلاء ومقبرة طيبة

Burra Srinivas, Special and Enhanced Protection of Cultural Property during Armed Conflicts, ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law, vol. 5, 2005, p. 252-253.

¹ وبالرغم من هذا التصريح فإن أهرامات الجيزة لم تدخل ضمن السجل الدولي لحماية الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة. فلم يشتمل السجل الصادر عام 2015 سوى على مدينة الفاتيكان وبعض المناطق والمخابئ في النمسا وألمانيا وهولندا. أنظر:

International Register of Cultural Property under Special Protection, UNESCO, Doc. No. CLT/HER/CHP, 23 July 2015.

² أورد ممثّل بولندا رأيه أثناء مؤتمر لاهاي على النحو التالي:

« réduit a un tel point la possibilité de mettre un bien culturel sous Protection spéciale que bientôt seules les Pyramides d'Egypte auront droit à cette protection. » Actes de la Conférence Intergouvernementale Sur La Protection Des Biens Culturels En Cas de Conflit Arme, op. cit. para. 469, p. 172.

³ المرجع نفسه، ص 173، 213.

ومعابد الدير البحري ومعبد أبو سمبل، إلا أن هذا الطلب لم يتم الاستجابة له حتى الوقت الراهن.

ويبدو أن اشتراط وجود الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً على مسافة من أهداف عسكرية هو السبب في عدم إدراجها¹، حيث تتواجد مقبرة طيبة على مقربة من محطة قطار الأقصر، بينما يتواجد معبد أبو سمبل على مقربة من السد العالي.

وحري بالبيان أن مراقب اللجنة الدولي للصليب الأحمر قد وجه انتقاداً شديداً خلال مؤتمر لاهاي عام 1954 إلى اشتراط وجود الممتلكات الثقافية على مسافة كافية من المراكز الصناعية الكبرى، استناداً إلى أن هذا الشرط يمكن تفسيره بأن المراكز الصناعية الكبرى يمكن أن تكون عرضه للقصف العسكري، دون تمييز

¹ وبسبب تلك القيود، لم تطلب بولندا إدراج ممتلكاتها الثقافية ضمن نظام الحماية الخاصة المقرر بموجب الاتفاقية، نظراً لوقوع تلك الممتلكات على مقربة من الجسور ومحطات القطارات ومراكز الاتصالات الرئيسية. انظر:

Protection of Cultural Property in Case of Armed Conflict: information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in Case of Armed Conflict, The Hague 1954, CC/MD/41, 25 June 1979, p. 27.

بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية، الأمر الذي يمثل هجوماً تمييزياً محظوراً بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني¹.

ولا جدال أن الهجوم غير التمييزي قد أصبح محظوراً بشكل تام بموجب قواعد القانون الدولي العرفي والاتفاقي المنطبقة على النزاعات المسلحة، ويترتب على ذلك بالضرورة عدم توجيه أية هجمات تجاه المدنيين أو الممتلكات المدنية، وقصرها على الأهداف العسكرية. وهذا الأمر أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها عندما أوردت صراحة بأن مبدأ التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية، يعد من المبادئ الأساسية التي لا يجوز الخروج عليها²؛ أي أنها ضمن القواعد القطعية للقانون الدولي.

¹ « Le Comité international de la Croix Rouge s'est toujours élevé contre le bombardement sans discrimination d'une ville entière, industrielle ou non, bombardement qui n'est pas compatible avec l'article 27 du Règlement de La Haye et les nouvelles dispositions de la Convention de Genève prévoyant le respect des hôpitaux » Actes de la Conférence Intergouvernementale Sur La Protection Des Biens Culturels En Cas de Conflit Arme, op. cit. para. 773, p. 198.

² فقد قالت المحكمة في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها أنه "لا ينبغي للدول أبداً أن تجعل المدنيين هدفاً لهجوم وبالتالي لا ينبغي لها البتة أن تستخدم الأسلحة غير القادرة على التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية". انظر: فتوى محكمة العدل

الاستثناء على شرط المسافة الكافية من الأهداف العسكرية:

كان من شأن القيد الصارم المتمثل في ضرورة تواجد الممتلكات الثقافية على مسافة كافية من المراكز التجارية الكبرى والأهداف العسكرية، وذلك لكي يتسنى لها التمتع بالحماية الخاصة المقررة بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954، أن يؤدي إلى خروج العديد من الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً من نطاق الحماية الخاصة. لذلك حاولت الاتفاقية التخفيف من صرامة هذا القيد من خلال إيراد استثناءان رئيسيان:

فمن ناحية أولى، يمكن وضع الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً تحت نظام الحماية الخاصة المقررة بموجب الاتفاقية، إذا كانت تتواجد على مقربة من هدف عسكري هام، شريطة أن يتعهد الطرف الذي يطلب الحماية الخاصة، بعدم استخدام هذا الهدف العسكري في حالة اندلاع نزاع مسلح، لا سيما إذا كان هذا الهدف العسكري يتمثل في مطار أو محطة سكة حديد أو ميناء، وأن يتم تحويل كافة حركات المرور منه، على أن يتم اتخاذ كافة التدابير والإجراءات اللازمة لتحويل حركة المرور منه منذ وقت السلم¹.

الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، 15 أكتوبر 1996، ص 35، الفقرة 78.

¹ المادة (5)8 من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

والدولة الوحيدة التي تقدمت بهذا التعهد، حتى الوقت الراهن، هي إيطاليا، فيما يتعلق بالمتلكات الثقافية المتواجدة داخل مدينة الفاتيكان، حيث تعهدت بعدم استخدام الطريق الروماني Via Aurelia لأية أغراض عسكرية في حالة نزاع مسلح، لكي يتم إدراج المتلكات الثقافية للفاتيكان في السجل الدولي للمتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة¹.

ومن ناحية أخرى، أقرت الاتفاقية إمكانية تمتع المخابئ أو الملاجئ المخصصة لاحتواء المتلكات الثقافية المنقولة ذات الأهمية الكبيرة جداً، بغض النظر عن موقعها؛ وبخاصة إذا كانت على مسافة قريبة من الأهداف العسكرية، شريطة أن يتم بناؤها بطريقة لا تترك أية احتمالية لإمكانية تدميرها من خلال القصف بالقبائل².

وبناء عليه، فإنه يمكن للأعمال الفنية والكتب والمخطوطات وغيرها من المنقولات التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً أن تستفيد، من الناحية الفعلية، من الحماية الخاصة، حتى ولو كانت المخابئ التي تحويها تتواجد بجوار الأهداف العسكرية.

عدم استعمال المتلكات الثقافية لأغراض عسكرية.

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 150.

² المادة (2)8 من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

وفقاً لنص المادة 8(1)(ب) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، فإن الممتلكات الثقافية تفقد الحماية المقررة في أوقات النزاعات المسلحة، إذا كانت تستخدم لخدمة أغراض عسكرية أو كانت أهدافاً عسكرية.

والحقيقة أن اتفاقية لاهاي لعام 1954 لم تحدد المقصود بعبارة "الأهداف العسكرية"، ومع ذلك أشارت إلى الحالات التي يعد فيها الممتلك الثقافي قد استعمل لخدمة أغراض عسكرية أو كهدف عسكري، وهي: إذا تم استخدام الممتلك الثقافي في تنقلات القوات العسكرية أو كمخزن للأسلحة أو حتى لمجرد المرور من خلاله أو تمت به أعمالاً ذات صلة بالأنشطة العسكرية أو صناعة الأسلحة¹.

وحرصت الاتفاقية على بيان أن وجود قوات مسلحة أو أفراد من الشرطة لحراسة الممتلكات الثقافية لا يعد استعمالاً لهذه الممتلكات لخدمة أغراض عسكرية².

نطاق الحصانة التي تتمتع بها الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة وأسباب رفعها:

تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية بأن تضمن حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة بمجرد قيدها في السجل الدولي. فمن ناحية أولى، تلتزم

¹ انظر المادة 8(3) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، المرجع السابق.

² المادة 8(4)، المرجع نفسه. انظر أيضاً: د. محمد سامح عمرو، المرجع السابق، ص 158.

الدول الأطراف بعدم توجيه أية أعمال عدائية تجاه الممتلكات الثقافية¹، سواء تمثلت تلك الأعمال العدائية في القصف أو التخريب أو النهب أو التدمير، أو الهدم².

ومن ناحية أخرى، فإنه يتعين على الدول الأطراف، في سبيل كفالة حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة أن تمتنع عن استعمالها، أو استعمال المنطقة المحيطة بها للأغراض العسكرية. وبالنظر إلى أن هذا الالتزام يقع على عاتق الدول الأطراف منذ قيد الممتلكات الثقافية في السجل الدولي، فإنها بالتالي تتقيد به في وقت السلم ووقت النزاع المسلح على حد سواء.

وحرى بالبيان أنه يمكن لأحد أطراف الاتفاقية، مدفوعاً بوجود ظروف استثنائية غير متوقعة، أن ينشئ ملجأً مرتجلاً أثناء النزاع المسلح، وأن يتواصل مع المفوض العام بصدد قيد هذا الملجأ في السجل الدولي³. وإذا قدر المفوض العام أن الظروف المحيطة بالممتلكات الثقافية، نظراً لأهميتها البالغة، تستدعي إقامة

¹ المادة (9) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² Captain Joshua E. Kastenberg, op. cit., p. 293.

³ يتم اختيار المفوض العام من قائمة دولية، بناء على اتفاق بين الطرفين المقرر له المفوض العام، والدول الحامية التي تتصرف نيابة عن الأطراف المتنازعة. وفي حالة عدم توصل الأطراف لاتفاق خلال ثلاثة أسابيع من بدأ المشاورات في هذا الشأن، جاز لهم أن يطلبوا من رئيس محكمة العدل الدولية تعيين المفوض العام، بحيث لا يستطيع أن يمارس مهامه إلا بعد موافقة الطرفين المقرر له. المادة (4) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي لعام 1954.

ملجأ مرتجل، فله أن يتخذ ما يلزم من إجراءات ويطلب من المدير العام لليونسكو قيد الملجأ في السجل الدولي للممتلكات الثقافية تحت الحماية الخاصة¹.

ويترتب على مخالفة الالتزام بالامتناع عن استخدام الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة أو المنطقة المحيطة بها لأغراض عسكرية، رفع الحصانة المقررة على تلك الممتلكات، بحيث يجوز للطرف المعادي توجيه هجماته العسكرية تجاه تلك الممتلكات. ويثبت كذلك للمدير العام لليونسكو سلطة إلغاء قيد الممتلكات الثقافية في السجل الدولي².

علاوة على ذلك، فإنه يمكن رفع الحصانة عن الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة في حالة الضرورة العسكرية التي لا يمكن تجنبها. غير أن الاتفاقية

¹ وتتمثل الإجراءات التي يتعين على المفوض العام اتخاذها في سبيل قيد الممتلكات الثقافية في السجل الدولي للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة، فيما يلي:
أولاً الترخيص للطرف الذي ينشئ الملجأ المرتجل باستعمال الشعار المميز ثلاث مرات على نحو يدل على وجود ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية خاصة.

ثانياً: ضرورة إبلاغ قراره دون تأخير لمفوضي الدول الحامية المعنية بالنزاع، حيث يمكن لأي منهم، خلال مدة ثلاثين يوماً، أن يطلب السحب الفوري للشعار الموضوع على الممتلكات الثقافية.

ثالثاً: إذا وافق مفوضي الدول الحامية على وضع الشعار، أو لم يبد أي منهم أي اعتراض خلال مدة الثلاثين يوماً المحددة، فإنه يمكن للمفوض العام بعد التحقق من استيفاء المخبأ للشروط المقررة في الاتفاقية بشأن الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية الخاصة، أن يطلب من المدير العام إدراجه في السجل الدولي. انظر المادة (11)، المرجع السابق.

² المادة 16(ب)، المرجع السابق.

قد أحاطت هذا الاستثناء بالعديد من الضمانات التي تحول إلى حد كبير، دون التعسف في إعماله. لذلك فإن هذا الاستثناء يعد أكثر صعوبة في إمكانية التمسك به من الاستثناء المقرر بالنسبة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية عامة، والمتمثل في الضرورة العسكرية القهرية وفقاً لنص المادة 4(2) من الاتفاقية.

وتمثلت الضمانات التي أقرتها الاتفاقية لإمكانية التمسك بالضرورات العسكرية التي لا يمكن تجنبها، كسبب لرفع الحصانة عن الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة، فيما يلي:

- لا يجوز رفع الحماية الخاصة عن الممتلكات الثقافية، إلا إذا كانت هناك ضرورات عسكرية لا يمكن تجنبها، وأن تكون تلك الضرورات مستمرة، وإلا عادت الحماية مرة أخرى للممتلكات الثقافية فور زوال الضرورات العسكرية.
- يتعين أن يصدر القرار بوجود ضرورات عسكرية لا يمكن تجنبها من رئيس هيئة حربية تعادل في الأهمية أو تفوق فرقة عسكرية.
- يتم إبلاغ قرار رفع الحصانة عن الممتلكات الثقافية، كلما كان ذلك ممكن إلى الطرف الآخر في النزاع المسلح، وذلك قبل تنفيذه بمدة كافية¹.

¹ انظر المادة 11(2) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، المرجع السابق.

كيفية تمييز الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة وآلية الرقابة عليها:

دعت الاتفاقية أطرافها إلى ضرورة تمييز الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة من خلال وضع شعار مميز عليها¹، يتم تكراره ثلاث مرات²، على أن تشمل الممتلكات الثقافية الثابتة على توقيع مؤرخ من جانب السلطات المختصة للدولة الطرف التي توجد بها تلك الممتلكات³.

وإذا كان عدم قيام الدولة الطرف بوضع شعار مميز على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة يعد مخالفة لإحدى القواعد المطبقة أثناء النزاعات المسلحة على نحو يثير المسؤولية الجنائية الفردية لمرتكبيها، إلا أنه يتعين الانتباه مع ذلك أنه لا يجوز للطرف المعادي تجاهل الحصانة المقررة على تلك الممتلكات الثقافية متى علم بوجودها، حيث يظل ملتزماً بضمان حصانتها، وأي خروج على هذا الالتزام من شأنه أن يمثل جريمة حرب.

فضلاً عن ذلك، دعت الاتفاقية أطرافها إلى ضرورة السماح بوضع الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة تحت الرقابة الدولية، وفقاً للأحكام المقررة في اللائحة التنفيذية للاتفاقية⁴.

¹ المادة (10) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² المادة 17(1)(أ)، المرجع السابق.

³ المادة 17(4)، المرجع السابق.

⁴ المادة (10)، المرجع السابق.

وبالرغم من عدم وجود نص مماثل يقرر الرقابة الدولية على الممتلكات الثقافية تحت الحماية العامة، إلا أن الأحكام الواردة في اللائحة التنفيذية قد جاءت بصيغة عامة، مما يعني سريانها على كافة الممتلكات الثقافية، سواء كانت مشمولة بحماية خاصة أو عامة.

ويؤكد الواقع العملي صحة هذا الاستنتاج، حيث تم تعيين مفوض عام للممتلكات الثقافية بعد الحرب بين مصر وإسرائيل عام 1967، لضمان سلامة الممتلكات الثقافية الكائنة في الأراضي المحتلة، رغم عدم قيد أي من تلك الممتلكات في السجل الدولي للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاص¹.

وضع نظام نقل الممتلكات الثقافية تحت الحماية الخاصة:

أقرت الاتفاقية حماية على وسائل النقل المخصصة لنقل الممتلكات الثقافية، سواء داخل الإقليم أو خارجه. ويشترط لإعمال الحماية في هذه الحالة أن يكون النقل قاصراً على الممتلكات الثقافية وأن تطلب الدولة الطرف صاحبة الشأن ذلك، وفقاً للشروط المنصوص عليها باللائحة التنفيذية المرفقة بالاتفاقية.

ويتعين على الأطراف الامتناع عن القيام بأي عمل عدائي تجاه وسائل نقل الممتلكات الثقافية، ومن ثم لا يجوز تعريضها أو تعريض الأعيان الثقافية التي

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict,

op. cit., p. 161-162.

تنقلها للاستيلاء أو الحجز¹. ويتعين وضع شعار مميز يتم تكراره ثلاث مرات على وسائل النقل المشمولة بحماية خاصة².

ويتم منح وسائل نقل الممتلكات الثقافية حماية خاصة من خلال طلب يتقدم به الطرف الذي يرغب في الحصول على الحماية الخاصة للمفوض العام المعتمد لدى هذا الطرف، مبيناً فيه كافة التفاصيل المتعلقة بعملية النقل. فإذا أطمئن المفوض العام لمبررات نقل الممتلكات الثقافية للموقع المقترح، قام بالتشاور مع مفوضي الدول الحامية لاتخاذ ما يلزم من تدابير للقيام بعملية النقل. ويتعين على المفوض العام في هذه الحالة تعيين مفتش أو أكثر للتحقق من أن الممتلكات الثقافية المذكورة في الطلب هي التي سيتم نقلها، وأن يصاحبها إلى جهة الوصول المحددة³.

ويمكن القول، بصفة عامة، إنه يقع على عاتق الدول التزاماً بتعزيز التعاون والمساعدة الفنية والقضائية لمنع ارتكاب الجرائم تجاه الممتلكات الثقافية التي تمثل التراث المشترك للشعوب خلال القيام بعملية نقلها من مكان إلى آخر⁴.

¹ المادة 14(1) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² المادة 12(2) والمادة 17(1)(ب)، المرجع السابق.

³ المادة 17(1) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي لعام 1954.

⁴ جاء قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي بشأن حماية الاتجار بالممتلكات الثقافية 2004/34 ليحث الدول على ضرورة تعزيز التعاون الدولي والمساعدة المتبادلة لمنع الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات المنقولة التي تمثل جزءاً من التراث الثقافي للشعوب وملاحقتها قضائياً.

وقد تم تطبيق القواعد المتعلقة بنقل الممتلكات الثقافية خلال النزاع المسلح في كمبوديا عام 1972، عندما تم نقل العديد من الممتلكات الثقافية الثمينة خارج فنوم بنه¹. وبالرغم من ذلك يذهب رأي إلى أن عملية النقل التي تمت في كمبوديا لم تضاف عليها الصفة الرسمية وفقاً للضوابط والإجراءات المقررة بموجب اتفاقية لاهاي ولائحتها التنفيذية².

راجع: قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي الصادر في الجلسة العامة 47، في 21 يولييه 2004.

¹ Étienne Clément and Farice Quini, La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés, à travers l'application de la Convention de La Haye de 1954, Revue Internationale De La Croix-Rouge, vol. 85, no. 854, Juin 2004, p. 394.

² Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 162.

المطلب الثاني

البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لعام 1954

كان من شأن أعمال الاستيلاء والنقل الممنهجة التي قامت بها ألمانيا النازية خلال الحرب العالمية الثانية للعديد من الأعمال والقطع الفنية من الأراضي المحتلة، وبيعها للأفراد العاديين والمؤسسات الخاصة والعامة، أن دفع واضعي اتفاقية لاهاي إلى مناقشة مسألة تصدير الممتلكات الثقافية من الأراضي المحتلة.

ونظراً إلى أن هذه المسألة سوف تتداخل مع بعض حقوق الملكية الخاصة المقررة بموجب القوانين الوطنية، فقد أبدت العديد من الحكومات تخوفها من إقرار هذه المسألة. لذلك كان الاتجاه هو معالجة تلك المسألة من خلال وثيقة مستقلة، لكيلا تكون سبباً في امتناع العديد من الدول عن الانضمام للاتفاقية. وبناء على ذلك، اعتمد البروتوكول الأول ودخل حيز النفاذ في نفس توقيت الاتفاقية¹.

ويتضح مما سبق أن نطاق تطبيق البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي يقتصر على حالة الاحتلال الحربي. لذلك فرض البروتوكول على عاتق أطرافه الالتزام بمنع تصدير الممتلكات الثقافية من الأراضي المحتلة، خلال فترة النزاع المسلح².

¹ Patrick J. O'Keefe, The First Protocol to the Hague Convention Fifty Years on, Art Antiquity and Law, vol. 9, no. 2, June 2004, p. 99-100.

² المادة (1) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1954.

والالتزام بالمنع المقرر على عاتق دولة الاحتلال هو التزام عام، لا يقتصر فحسب على سلطاتها أو قواتها العسكرية، وإنما يمتد المنع ليشمل الأفراد العاديين.

وحرص البروتوكول على إقرار مزيداً من الحماية في حالة عدم قدرة أو إخفاق سلطة الاحتلال عن الوفاء بالتزامها بمنع تصدير الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة؛ وتمثل ذلك في فرض التزام على عاتق الدولة التي يتم استيراد الممتلكات الثقافية إلى إقليمها بأن تضعها تحت رعايتها إما بطريقة تلقائية بمجرد دخولها إلى إقليم الدولة. وفي حالة عدم القيام بذلك، فإنه يتعين وضع الممتلكات الثقافية تحت رعايتها بناء على طلب من السلطات المختصة في الإقليم المحتل¹.

وفيما يتعلق بإعادة الممتلكات الثقافية التي تم تصديرها خلال فترة الاحتلال الحربي، فقد قرر البروتوكول أنه يقع على عاتق الطرف الذي يتواجد على إقليمه ممتلكات ثقافية تم تصديرها بالمخالفة للقواعد المقررة في البروتوكول، التزاماً بإعادة تلك الممتلكات، فور انتهاء المعارك العسكرية، للسلطات المختصة للدولة التي كانت واقعة تحت الاحتلال².

ويستفاد من ذلك، أن البروتوكول فرض التزام على عاتق الدول برعاية الممتلكات الثقافية التي يتم استيرادها إلى أقاليمها من الأقاليم المحتلة؛ على ألا يتم إعادة تلك الممتلكات مرة أخرى، إلا بعد انتهاء النزاع المسلح، وعودة الأراضي

¹ المادة (2)، المرجع السابق.

² المادة (3)، المرجع السابق.

المحتلة للسلطة الشرعية. وإذا كانت العلة من هذا الحكم تبدو في عدم إعادة الممتلكات الثقافية مرة أخرى لدولة الاحتلال التي لم تحافظ على التزامها بعدم تصدير الممتلكات الثقافية المتواجدة داخل إقليم الدولة، إلا أن هذا الحكم، من ناحية أخرى، قد يؤدي في بعض الحالات إلى نتائج غير عادلة، وتحديدًا إذا كان جزء من الأراضي التي تم تصدير الممتلكات الثقافية منها مازال واقعاً تحت الاحتلال، حينما يوجد في الوقت ذاته أجزاء كبيرة من أراضي الدولة خاضعة للسلطة الشرعية، مما يعني عدم إعادة الممتلكات الثقافية إلا بعد زوال الاحتلال عن الأقاليم، وهو أمر قد يستمر لفترة طويلة جداً، مما يعني بقاء الممتلكات الثقافية لسنوات طوال لدى الدولة الحامية. لذلك نرى أنه كان يتعين على واضعي البروتوكول إقرار إعادة الممتلكات الثقافية إلى الحكومة الشرعية داخل الأراضي التي لم تقع تحت وطأة الاحتلال.

وحرصت الاتفاقية على تأكيد أن مصاريف إعادة الممتلكات الثقافية إلى الأراضي المحتلة بعد انتهاء المعارك العسكرية وعودة الأراضي إلى السلطة الشرعية، سوف تكون على عاتق سلطة الاحتلال، بشرط أن يثبت أنها قد أخلت بالتزامها في منع تصدير الممتلكات الثقافية من الأراضي المحتلة¹. ويمكن القول إنه يمكن لسلطة الاحتلال أن تتحلل من الالتزام بدفع مصاريف إعادة الممتلكات الثقافية، إذا أثبتت أن تصدير الممتلكات الثقافية لم يكن ناشئاً عن إخلال لأية التزامات مقررة على عاتقها بموجب البروتوكول.

¹ المادة (4)، المرجع السابق.

فضلا عن ذلك، أقرت الاتفاقية قاعدة تتعلق بإعادة الممتلكات الثقافية المودعة في الخارج بغرض المحافظة عليها ضد المخاطر الناشئة عن النزاع المسلح، حيث فرضت على عاتق الدولة المودع لديها الممتلكات الثقافية التزاماً بإعادتها، فور انتهاء المعارك المسلحة، إلى السلطات المختصة في الإقليم الذي أتت منه تلك الممتلكات الثقافية¹.

ويلاحظ على هذا الحكم الأخير أمران:

الأول: أنه لا يشترط لإرسال الممتلكات الثقافية لدولة ثالثة بغرض حمايتها، أن يكون إقليم الدولة المرسلة قد وقع تحت وطأة الاحتلال.

الثاني: إن هذا الالتزام، المقرر بموجب البروتوكول، بإعادة الممتلكات الثقافية التي تم إرسالها إلى دولة ثالثة بغرض حمايتها، يختلف عن نظام النقل تحت الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية إلى الخارج، المقرر بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954، إذ أن إعادة تلك الممتلكات الثقافية سوف يتم وفقاً لأحكام المادة (18) من اللائحة التنفيذية للاتفاقية.

¹ المادة (5)، المرجع السابق.

المطلب الثالث

البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999

جاء تبني البروتوكول الثاني عام 1999 بغرض إضفاء مزيداً من الحماية على الممتلكات الثقافية، نظراً للقصور الواضح الذي ظهر واضحاً على نظام الحماية الخاصة المقرر بموجب اتفاقية عام 1954، خاصة فيما يتعلق بنظام الرقابة الدولية، وتقديم التقارير الدورية من جانب الدول، ونظام الجزاءات المقرر على انتهاك بنود الاتفاقية، وعدم وجود حظر على أعمال التنقيب في الأراضي المحتلة¹.

وكان للحروب التي اندلعت منذ أوائل الثمانينات وحتى أوائل التسعينات من القرن المنصرم؛ وعلى وجه التحديد الحرب بين العراق وإيران²، وحرب

¹ تركت اتفاقية لاهاي لعام 1954 لكل دولة السلطة التقديرية المطلقة في اتخاذ ما تراه ملائماً من إجراءات لمحاكمة الأشخاص الذين يخالفون أو يأمرن بمخالفة أحكام الاتفاقية، فضلاً عن تحديد الجزاءات التي يمكن تطبيقها عليهم. انظر المادة (28) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، المرجع السابق.

² Robert A. Bailey, "Why Do States Violate the Law of War: A Comparison of Iraqi Violations in Two Gulf Wars," *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 27, no. 1, Winter 2000, p. 105-107.

الخليج الأولى عام 1990¹، وحرب يوغسلافيا عام 1991، أثرها في تشجيع اليونسكو على تبني بروتوكول إضافي بغرض تحقيق أهداف اتفاقية لاهاي².

لذلك، فإن البروتوكول الثاني قد جاء مكملاً لاتفاقية لاهاي لعام 1954، وبالتالي فإنه يشترط لكي تصبح الدولة طرف في البروتوكول الثاني أن تكون طرفاً بالفعل في اتفاقية لاهاي³.

وينطبق هذا البروتوكول في الحالات التالية:

1. إعلان حالة الحرب.
2. أي نزاع مسلح ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف، حتى ولو لم يكن هناك اعتراف من جانب أحدهما بأن هناك حالة حرب.
3. الاحتلال الحربي، الكلي أو الجزئي لإقليم دولة طرف، حتى ولو تم الاحتلال بدون مقاومة عسكرية.

¹ United States: Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War—Appendix on the Role of the Law of War, op. cit., p. 626.

² Roger O’Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, Melbourne Journal of International Law, vol. 11, no. 2, 2010, p. 339 et seqq.

³ المادة 1(د) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

4. النزاعات المسلحة غير الدولية التي تندلع في إقليم إحدى الدول الأطراف.
5. في وقت السلم؛ وذلك بالنسبة للنصوص التي يفترض البروتوكول تطبيقها في أو منذ وقت السلم.
6. على دولة غير طرف، إذا قبلت تطبيقه وتقيدت بأحكامه في العلاقة بينها وبين الطرف الآخر-أو الأطراف الأخرى- في النزاع، المُقيد بأحكام البروتوكول¹.
- وتضمن البروتوكول العديد من النصوص التي تهدف إلى تعزيز الحماية العامة للممتلكات الثقافية، فضلاً عن سد جوانب القصور في الحماية الخاصة المقررة بموجب اتفاقية لاهاي، من خلال إقرار نظام الحماية المعززة للممتلكات الثقافية، كذلك أقر البروتوكول قواعد لإنفاذ أحكامه عند ارتكاب المخالفات الجسيمة². وسوف نوضح تلك الأمور تباعاً على النحو التالي:

¹ المادة (3)، المرجع السابق. انظر أيضاً:

Roger O'keefe, International Criminal Law, Oxford University Press, 2015, p. 244-245.

² فيتوريو مينتي، آفاق جديدة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح: دخول البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي 1954 حيز النفاذ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بدون سنة نشر، ص 2-4.

أولاً: نظام الحماية العامة:

اشتمل البروتوكول على العديد من القواعد التي تهدف تعزيز الحماية العامة المقررة بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954، فيما يتعلق بصيانة وحماية الممتلكات الثقافية¹، واتخاذ التدابير الوقائية للحد من الأثار المدمرة للنزاعات المسلحة، وأخيراً حماية الممتلكات الثقافية في الأقاليم المحتلة.

1. صيانة وحماية الممتلكات الثقافية:

أقر البروتوكول قواعد هامة لتعزيز صيانة واحترام الممتلكات الثقافية على النحو التالي:

أ- صيانة الممتلكات الثقافية:

سعى البروتوكول إلى تعزيز صيانة الممتلكات الثقافية من خلال إيراد عدداً من التدابير التحضيرية التي يتعين على الدول اتخاذها في وقت السلم. وقد أورد البروتوكول هذه التدابير على سبيل المثال، وليس الحصر، لكي تسترشد بها الدول عند إنفاذ نص المادة (3) من الاتفاقية، وتشمل: إعداد قوائم لحصر الممتلكات الثقافية، ووضع خطط طوارئ للحماية من الحرائق أو من انهيار المباني،

¹ حرص البروتوكول على تأكيد أن مفهوم الممتلكات الثقافية هو ذاته المقرر بموجب المادة (1) من الاتفاقية. أنظر: المادة 1(ب) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

والاستعداد لنقل الممتلكات الثقافية المنقولة، أو توفير الحماية لتلك الممتلكات في موقعها، وتحديد السلطات المسؤولة عن صون الممتلكات الثقافية¹.

ونظراً إلى أن التدابير التحضيرية يتطلب نفقات وخبرات فنية معينة لوضعها موضع النفاذ، فقد حرص البروتوكول على إنشاء صندوق لحماية الممتلكات الثقافية، لتقديم الدعم المالي والفني اللازم بغرض اتخاذ تلك التدابير التحضيرية وغيرها من التدابير التي تهدف إلى صيانة الممتلكات الثقافية².

كذلك يمكن لأي طرف في البروتوكول أن يطلب المساعدة الفنية من منظمة اليونسكو فيما يتعلق بتنظيم اتخاذ التدابير التحضيرية اللازمة لصون ممتلكاته الثقافية³، كما يمكن طلب تلك المساعدة الفنية من دولة أو دول أخرى⁴.

¹ المادة (5)، المرجع السابق.

² ولا يقتصر دور الصندوق على تقديم الدعم المالي لصيانة الممتلكات الثقافية، وإنما يشمل كذلك أوجه الدعم اللازمة لإقرار الحماية المعززة، واتخاذ التدابير الوقائية أو المؤقتة. وتتكون موارد الصندوق من المساهمات التي يقدمها الأطراف في البروتوكول، المساهمات أو الهبات التي تقدمها دول أخرى أو اليونسكو أو منظمات أخرى تابعة للأمم المتحدة، أو منظمات دولية أخرى، حكومية وغير حكومية، أو هيئات عامة أو خاصة، أو من خلال الأموال المتحصلة من عمليات جمع الأموال وإيرادات الفعاليات التي تنظم لصالح الصندوق، وغير ذلك من الموارد التي ترخص بها المبادئ التوجيهية المطبقة على الصندوق. انظر المادة (29)، المرجع السابق.

³ المادة 33(1)، المرجع السابق.

⁴ المادة 33(2)، المرجع السابق.

احترام الممتلكات الثقافية:

ثار نقاشاً واسعاً بصدد المادة 4(2) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، فيما يتعلق بالضرورة العسكرية باعتباره استثناء على احترام وحماية الممتلكات الثقافية من قبل أطراف النزاعات المسلحة.

فذهب رأي إلى ضرورة إلغاء الضرورة العسكرية نهائياً خشية إساءة استعمالها من جانب المتحاربين. وحاول هذا الرأي أن يعضد من وجهة نظره من خلال التأكيد على أن المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول والمادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، لم يقرأ الضرورة العسكرية باعتبارها مبرراً لشن هجمات عسكرية تجاه الممتلكات الثقافية¹.

وعلى الجانب الآخر، أكد الرأي المؤيد لضرورة الإبقاء على الضرورة العسكرية على أن أية وثيقة دولية مزعم عقدها يتعين أن تكون مقبولة من جانب الدول وسلطاتها العسكرية، وأشاروا إلى حقيقة أن الضرورة العسكرية تعد من الاستثناءات المقررة بموجب القواعد العرفية والاتفاقية المنطبقة أثناء النزاعات المسلحة؛ وهي تستفاد من مفهوم المادة 52(2) من البروتوكول الإضافي الأول

¹ نادى التقرير الذي أعده بويلان باتريك Poylan J. Patrick بشأن مراجعة اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح، بضرورة استبعاد الضرورة العسكرية كسبب لاستهداف الممتلكات الثقافية عند إجراء مراجعة على اتفاقية 1951. انظر:

Patrick J. Boylan, Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UNESCO, 1993, p. 17.

لعام 1977 الذي يحدد المقصود بالأهداف العسكرية. وبالتالي فإنه يمكن استهداف الممتلكات الثقافية إذا كانت تساهم مساهمة فعالة في العمل العسكري، بحيث أن تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها من شأنه أن يحقق ميزة عسكرية أكيدة.

وفي محاولة للتوفيق بين الرأيين السابقين، استقر الرأي بين الدول المشاركة في وضع البروتوكول الثاني بشأن الإبقاء على الاستثناء من حيث المبدأ، على أن هناك تعييناً واضحاً للظروف التي يمكن إعمال الاستثناء حال وقوعها¹.

وعليه، جاءت المادة (6) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي عام 1999، لتؤكد على ضرورة كفالة احترام الممتلكات الثقافية، وفقاً لما تقرره المادة (4) من اتفاقية عام 1954، كما أكدت على عدم جواز التذرع بالضرورة العسكرية القهرية لتوجيه عمل عدائي للممتلكات الثقافية، إلا إذا تحقق شرطان أساسيان:

أولاً: إذا كانت الممتلكات الثقافية قد تحولت من حيث وظيفتها إلى هدف عسكري.

¹ انظر بشأن الآراء التي أثرت أثناء مؤتمر لاهاي، المعني بوضع البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي، وذلك فيما يتعلق بحالة الضرورة العسكرية باعتبارها استثناء على الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة:

Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, op. cit., p. 251-252.

ثانياً: إذا لم يكن هناك "بديل عملي لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة للميزة التي يتيحها توجيه عمل عدائي" تجاه تلك الممتلكات الثقافية باعتبارها هدفاً عسكرياً.

ويلاحظ أن المادة 1(و) من البروتوكول قد عرفت الهدف العسكري بأنه "إحدى الأعيان التي تسهم، بحكم طبيعتها أو موقعها أو الغرض منها أو استخدامها، إسهاماً فعالاً في العمل العسكري"، بينما قصرت المادة 6(أ)(1) الهدف العسكري على الممتلكات الثقافية التي تساهم بحكم وظيفتها-أو استخدامها- في العمل العسكري. ويعني ذلك أن التوفيق بين وجهات النظر المتعارضة للدول أثناء وضع البروتوكول أدى إلى تبني معيارين في تحديد الهدف العسكري، أحدهما واسع والآخر ضيق. والمفهوم الواسع المقرر بموجب المادة 1(و) من بروتوكول 1999، يعكس المفهوم المستقر عليه في القانون الدولي العرفي، والمقرر أيضاً بموجب نص المادة 52(2) من البروتوكول الإضافي الثاني، بينما المفهوم الضيق ورد في نص المادة 6(أ)(1) من بروتوكول 1999، لكي يقيد من اللجوء إلى الضرورة العسكرية كمبرر للخروج على الاحترام والحماية الواجبتين تجاه الممتلكات الثقافية. وعليه، فإن الأمر يظل خاضعاً للسلطة التقديرية للدول في الاختيار بين المفهوم الواسع والضيق عند تحديد ما إذا كان الممتلك الثقافي يعد هدفاً عسكرياً يمكن توجيه الهجمات العسكرية تجاهه.

ويتعين الانتباه إلى أن الشرط الثاني الذي يتطلب عدم وجود بديل عملي آخر لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة لتلك المتمثلة في توجيه عمل عدائي تجاه

الممتلكات الثقافية يعد تطبيقاً للقواعد العامة المقررة في القانون الدولي العرفي والاتفاقي المنطبقة أثناء النزاعات المسلحة¹، والتي يمكن استخلاصها من اشتراط أن تكون الضرورة العسكرية قهرية؛ أي لا يكون هناك سبيل آخر لتحقيق ميزة عسكرية أكيدة سوى استهداف الممتلكات الثقافية. وإن كنا نرى أن صياغة المادة 6(أ)(2) من بروتوكول 1999 قد جاءت أكثر وضوحاً ودقة بهدف تعضيد الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية.

واحترام الممتلكات الثقافية لا يقتصر فحسب على منع الطرف المعادي من توجيه هجمات عدائية تجاه الممتلكات الثقافية، إلا إذا توافرت شروط الضرورة العسكرية القهرية، وإنما يشمل أيضاً منع الطرف الذي تتواجد على إقليمه الممتلكات الثقافية من استخدامها لتحقيق أهداف عسكرية، وذلك ما لم يكن هناك خيار بخلاف استخدام الممتلكات الثقافية لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة².

علاوة على ما سبق، أقر البروتوكول ضمانتين أساسيتين لإمكانية التمسك بالضرورة العسكرية القهرية، لشن هجمات تجاه الممتلكات الثقافية، وهما:

¹ كما هو الحال بالنسبة للمادة 23(ز) من قواعد لاهاي لعام 1907، والمادة 57(3) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977، والمادة 4(2) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

² المادة 6(ب) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

أولاً: أن يتم اتخاذ القرار بتوافر الضرورة العسكرية القهرية قائد قوة عسكرية تعادل في حجمها أو تفوق حجم كتيبة. وإذا لم تكن الظروف تسمح بوجود قائد من هذه الدرجة، فإنه يمكن أن يتخذ القرار في هذه الحالة قائد قوة أصغر¹.

ثانياً: لا يجوز القيام بهجوم، استناداً إلى توافر ضرورة عسكرية قهرية، إلا بعد إعطاء إنذار فعال مسبق، كلما سمحت الظروف بذلك². والمقصود بذلك هو التحقق من أن الإنذار قد تم إرساله واستقباله من جانب الطرف الآخر قبل الضلوع في شن الهجوم على الممتلكات الثقافية بفترة معقولة، بحيث تتاح له الفرصة في اتخاذ التدابير المناسبة للحيلولة دون تعرض تلك الممتلكات للتدمير من جراء الهجوم المسلح، وذلك إما من خلال التوقف عن استخدام تلك الممتلكات الثقافية لخدمة الأغراض العسكرية، أو من خلال إجراء ترتيبات مع الطرف المعادي لتجنب الهجوم على الممتلكات الثقافية³.

¹ المادة 6(ج)، المرجع السابق. أنظر أيضاً:

Craig J. S. Forest, op. cit., p. 214-5.

² المادة 6(د) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

³ Mark S. Ellis, op. cit., p. 38. See also: Jean-Marie Henckaerts, New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict, International Review of the Red Cross, No. 835, 9 March 1999.

التدابير الوقائية:

إذا كانت المادة (3) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 أقرت بضرورة اتخاذ تدابير لوقاية الممتلكات الثقافية منذ وقت السلم، بهدف منع الأضرار التي تسببها أثناء النزاعات المسلحة، إلا أن البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999 انتهج نهجاً واسعاً عندما قرر مجموعة من التدابير الوقائية التي يتعين على أطراف النزاع اتخاذها، مهتدياً في ذلك بما سبق أن قرره البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977.

لذلك انقسمت التدابير الوقائية التي يتعين اتخاذها وفقاً للبروتوكول الثاني إلى تدابير وقائية أثناء الهجوم المسلح، وتدابير وقائية ضد الآثار الناجمة عن الهجمات العسكرية.

أ- التدابير الوقائية أثناء الهجوم المسلح:

جاءت المادة (7) من البروتوكول الثاني لتقرر أربع التزامات أساسية على عاتق الدول الأطراف بغرض وقاية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح، وتتمثل تلك الالتزامات فيما يلي:

- أن يبذل كل طرف ما في وسعه للتحقق من أن الأهداف محل الهجوم ليست أهدافاً عسكرية محمية بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954¹. وكانت لجنة الخبراء المشكلة من حكومات الدول لمراجعة اتفاقية لاهاي لعام 1954، قد اقترحت في إحدى جلساتها عام 1994 أن يقوم أفراد القوات المسلحة بالرجوع إلى قوائم الممتلكات الثقافية المحمية قبل شن الهجوم المسلح².

- أن يتخذ كل طرف كافة الاحتياطات المتاحة عند اختيار وسائل وأساليب الهجوم، لكي يتجنب، أو على أقل تقدير التقليل إلى أقصى درجة ممكنة من الأضرار العرضية التي يمكن أن تصيب الممتلكات الثقافية المحمية.

¹ المادة 7(أ) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

² Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 257. See also: M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Volume 1: Sources, Subjects and Contents, op. cit., p. 986.

- الامتناع عن اتخاذ قرار بشن هجوم مسلح من شأنه إحداث أضرار عرضية على ممتلكات ثقافية محمية بموجب اتفاقية لاهاي، تتجاوز إلى حد بعيد ما يتوقع تحقيقه من مزايا عسكرية مباشرة وملموسة¹.

وأساس الحظر في هذه الحالة هو غياب التناسب بين فعل الهجوم والميزة العسكرية المباشرة والملموسة التي يرجى تحقيقها². ويتم تحديد مدى توافر التناسب من عدمه، من خلال الأخذ بمعيارين؛ الأول موضوعي، ويتمثل في الأضرار العرضية المفرطة التي يمكن أن تلحق بالممتلكات الثقافية المحمية من جراء الهجوم المسلح، والثاني شخصي، يتمثل في الاعتقاد الذي ينشأ لدى الطرف القائم بالهجوم بأن هذا الهجوم من شأنه إلحاق أضرار عرضية جسيمة تتجاوز الميزة العسكرية المباشرة والملموسة، وذلك وفقاً للظروف المحيطة وقت القيام بهذا الهجوم. ويتعين على الطرف القائم بالهجوم أن يبذل عناية الشخص الحريص عند تقدير مدى توافر التناسب، إذ لا يكفي في هذه الحالة بذله لعناية الشخص المعتاد، وهو ما يستفاد من اشتراط أن تكون الميزة العسكرية المرجو تحقيقها ملموسة ومباشرة.

¹ المادة 7(ب) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

² المادة 7(ج)، المرجع السابق.

- إلغاء الهجوم أو تعليقه إذا كان الهدف العسكري من الممتلكات الثقافية المحمية، أو إذا كان من شأن الهجوم إلحاق أضرار عرضية مفرطة بالممتلكات الثقافية المحمية تتجاوز الميزة العسكرية الملموسة والمباشرة¹.

وتفترض هذه الحالة أنه قد تم اتخاذ قرار فعلي بشن هجوم مسلح على هدف عسكري محدد، ولكن تبين بعد ذلك أنه من الممتلكات الثقافية المحمية، أو أنه بالرغم من توافر العلم بأن الهدف العسكري من الممتلكات الثقافية المحمية، إلا أنه ثبت فيما بعد أن الأضرار العرضية التي تلحق بتلك الممتلكات تتجاوز الميزة العسكرية المباشرة والملموسة.

ويتعين الانتباه إلى أن الالتزامات المقررة بموجب البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي جاءت انعكاساً لذات الالتزامات المقررة بموجب المادة (57) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977. وأصبحت تلك الالتزامات مقررة بموجب قواعد القانون الدولي العرفي، مما يعني أن الالتزام بها يمتد ليشمل الدول غير الأطراف في البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي.

التدابير الوقائية تجاه الآثار الناجمة عن الهجمات العسكرية:

فرض البروتوكول على عاتق أطرافه التزاماً باتخاذ تدابير وقائية بغرض الحد أو التقليل إلى أقصى درجة ممكنة من الآثار السلبية الناجمة عن الهجمات العسكرية.

¹ المادة 7(د)، المرجع السابق.

وتتمثل تلك التدابير الوقائية فيما يلي:

أولاً: أن يتم إبعاد الممتلكات الثقافية من المناطق المجاورة للأهداف العسكرية. وفي حالة تعذر تحقيق هذا الأمر، يتعين توفير حماية كافية لها تجاه الهجمات العسكرية.

ثانياً: عدم إقامة أهداف عسكرية في المناطق القريبة من الممتلكات الثقافية¹.

وقد جاءت تلك التدابير انعكاساً لما هو منصوص عليه في المادة (58) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف. وبالتالي يمكن أن تكون ملزمة على عاتق الدول غير الأطراف، إذا كان من الثابت أنها قد أصبحت ملزمة بموجب قواعد القانون الدولي العرفي.

كذلك فإن التدابير الوقائية المقررة بموجب البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي هي تدابير يفترض اتخاذها منذ وقت السلم، أي أنها قد جاءت لتكمل وتعزز التدابير الوقائية المقررة بموجب المادة (3) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

وبالنظر إلى أن اتخاذ التدابير الوقائية المتمثلة في إبعاد الممتلكات الثقافية من جوار الأهداف العسكرية، يتطلب نفقات مالية كبيرة قد لا يتوافر لدى بعض الدول القدرات المالية لتغطيتها، فقد نص البروتوكول صراحة على أنه يمكن اللجوء

¹ المادة (8)، المرجع السابق.

إلى صندوق حماية الممتلكات الثقافية-المنشأ بموجب البروتوكول-للحصول على الدعم المالي اللازم لتحقيق هذا الغرض¹.

حماية الممتلكات الثقافية في الأقاليم المحتلة:

إذا كانت اتفاقية لاهاي لعام 1951 قد أقرت قواعد لحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي بموجب نص المادة (5)، إلا أن الممارسات التي ارتكبتها بعض دول الاحتلال في الفترة اللاحقة على وضع الاتفاقية، دعا إلى ضرورة إقرار قواعد تكميلية لإقرار حماية إضافية للممتلكات الثقافية في الأقاليم المحتلة².

فكان من شأن أعمال النهب التي قامت بها السلطات الفيتنامية خلال فترة احتلالها لكمبوديا في الفترة من 1978 حتى عام 1989 لمدينة أنغور أثرها في إقرار المادة 9(أ) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي التي فرضت على سلطات الاحتلال أن تُحرم وتمنع أي تصدير غير مشروع لممتلكات ثقافية، وأي نقل غير مشروع لتلك الممتلكات من أي جزء من الأقاليم التي تحتلها.

¹ نصت المادة (29) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي على أنه "1. ينشأ بموجب هذا صندوق للأغراض التالية:

ب. تقديم مساعدة مالية أو غير مالية بصدد تدابير الطوارئ أو التدابير المؤقتة أو غيرها من التدابير التي تتخذ من أجل حماية الممتلكات الثقافية أثناء فترات النزاع المسلح أو فترات العودة إلى الحياة الطبيعية فور انتهاء العمليات الحربية وفقاً لأحكام من بينها أحكام الفقرة الفرعية (أ) من المادة 8".

² Jan Hladik, Protection of Cultural Property: The Legal Aspects, International Law Studies. US Naval War College, vol. 80, 2006, p. 324.

وتستهدف تلك المادة كافة أعمال التصدير والنقل غير المشروع الذي يرد على الممتلكات الثقافية المنقولة، كذلك فإنه يحظر نقل الملكية غير المشروع الذي يرد على الممتلكات الثقافية غير المنقولة.

والتزام دولة الاحتلال بتحريم ومنع أفعال التصدير أو النقل غير المشروع للممتلكات الثقافية من الأراضي المحتلة لا يقتصر فحسب على الأفعال التي ترتكبها القوات العسكرية أو الموظفين التابعين لسلطات الاحتلال، وإنما يشمل أيضاً الأفعال المرتكبة من جانب أشخاص القانون الخاص¹.

والتصدير والنقل غير المشروع وفقاً لمفهوم الاتفاقية هو الذي يتم بالإكراه أو من خلال اتباع وسائل تنطوي على انتهاك القواعد المقررة بموجب القانون الداخلي للأراضي المحتلة أو بموجب القانون الدولي².

وتشمل القواعد المطبقة بموجب القانون الدولي، القواعد المطبقة أثناء النزاعات المسلحة، فيما يتعلق بالاحتلال الحربي، وتحديدًا قواعد القانون الدولي العرفي التي تحظر اختلاس ومصادرة الممتلكات الثقافية العامة والخاصة، المقررة في المادتين (46) و(56) من قواعد لاهاي، والقواعد العرفية الدولية التي تحظر

¹ وهذا الالتزام العام المقرر على عاتق سلطة الاحتلال بشأن حماية الممتلكات الثقافية المتواجدة داخل الأقاليم المحتلة تجاه كافة الأعمال التي تهدف إلى نهبها وتصديرها أو نقل ملكيتها، هو ذاته الذي سبق إقراره بموجب نص المادة (3)4 من اتفاقية لاهاي لعام 1951.

² المادة 1(ز) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

السلب والنهب، المقررة في المادة (47) من اتفاقية لاهاي، والمادة (33) من اتفاقية لاهاي الرابعة، وحظر سرقة وسلب ومصادرة الممتلكات الثقافية الوارد في المادة (3)4 من اتفاقية لاهاي لعام 1954. وإذا كانت دولة الاحتلال طرفاً في اتفاقية اليونسكو بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكة الممتلكات الثقافية، فإنه يقع على عاتقها الالتزام بأحكامها، خاصة أن المادة (11) أفرت صراحة بعدم مشروعية أي عمل من أعمال تصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية قسراً من الأقاليم المحتلة، طالما أنها تمت بشكل مباشر أو غير مباشر بسبب الاحتلال¹.

كذلك كان لعمليات التنقيب عن الآثار التي قامت بها قوات الاحتلال الإسرائيلي في الضفة الغربية وشرق القدس، ولا سيما في المسجد الأقصى²، فضلاً عن عمليات تعديل استخدام الممتلكات الثقافية في الأقاليم المحتلة، كما كان الحال بالنسبة للمسجد الإبراهيمي، الذي تم تحويل جزء منه إلى معبد إسرائيلي عقب احتلال الضفة الغربية. وقد أثارت الممارسات الإسرائيلية في الأقاليم المحتلة قلق المجتمع الدولي منذ عام 1967، الأمر الذي انعكس على قرارات الجمعية العامة الصادرة بشأن تقارير اللجنة الخاصة للتحقيق في الممارسات الإسرائيلية التي تؤثر

¹ اعتمد اتفاقية اليونسكو بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية في 14 نوفمبر 1970، ودخلت حيز النفاذ في 24 إبريل 1972، ويوجد 140 دولة طرف حتى أكتوبر 2019.

² انظر: طایل إبراهيم المجالي، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة جرش، 2012، ص 52.

على حقوق الإنسان الخاصة بسكان الأقاليم المحتلة، حيث أعلنت البطلان المطلق لتلك الممارسات¹.

وبالرغم من أن حظر التنقيب الأثري في الأقاليم المحتلة قد ورد في المادة (32) من التوصية الصادرة من اليونسكو بشأن المبادئ الدولية المطبقة على التنقيب الأثري الصادر عام 1952²، إلا إنه لم يتم إقرار هذا الحظر في أية وثيقة دولية ملزمة.

¹ General Assembly Resolution on the Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories, UN. Doc. A/RES/3240(XXIX)A-C, 29 November 1974, para. 3(g). see also: General Assembly Resolution on the Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories, UN. Doc. 3525(XXX)A, 15 December 1975, para. 5(g). See also: General Assembly Resolution on the Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories, UN. Doc. A/RES/31/106C, 1976, para. 5(h).

² نصت المادة (32) من توصيات المبادئ الدولية المطبقة على أعمال التنقيب الأثري، الصادرة من منظمة اليونسكو، في 5 ديسمبر 1956، على أنه "في حالة نزاع مسلح، يتعين على أية دولة طرف تحتل إقليم دولة أخرى أن تمتنع عن القيام بأعمال التنقيب الأثري في الأقاليم المحتلة. وفي حالة الاكتشافات التي تتم مصادفة، لا سيما أثناء الأعمال العسكرية، فإنه يتعين على سلطة الاحتلال أن تتخذ كافة التدابير المتاحة لحماية هذه الاكتشافات، والتي يتعين تسليمها بعد انتهاء

لذلك حظر البروتوكول الثاني على الدولة الطرف التي تحتل إقليم دولة أخرى أو جزء منها أن تحظر وتمنع أي عمل من أعمال التنقيب عن الآثار، وذلك فيما عدا الحالات التي تقتضيها صون الممتلكات الثقافية أو تسجيلها أو الحفاظ عليها¹، كما حظر البروتوكول الثاني أيضاً "إجراء أي تغيير في الممتلكات الثقافية أو في أوجه استخدامها بقصد إخفاء أو تدمير أي شواهد ثقافية أو تاريخية أو علمية²."

وبالرغم مما سبق، فإن البروتوكول حرص على ألا يكون هناك حظر تام على كافة عمليات التنقيب أو تعديل الممتلكات الثقافية التي تتم بطريق مشروع في الأقاليم المحتلة، ولكنه أكد على ضرورة أن يتم ذلك في إطار تعاون وثيق مع السلطات الوطنية المختصة للأراضي المحتلة، إلا إذا كان هناك ظروف تحول دون إجراء هذا التعاون³.

ثانياً: نظام الحماية المعززة:

ساد اتجاه عام أثناء مؤتمر وضع البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي بأن نظام الحماية الخاصة المقرر بموجب اتفاقية لاهاي عام 1951 يشوبه العديد من أوجه

الأعمال القتالية للسلطات المختصة للإقليم الذي سبق احتلاله، مصحوباً بكافة الوثائق ذات العلاقة."

¹ المادة 9(ب) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

² المادة 9(ج)، المرجع السابق.

³ المادة 9(2)، المرجع السابق.

القصور التي حالت دون تحقيقه لأهدافه في حماية العديد من الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية استثنائية، لذلك استقر الرأي على ضرورة إجراء تعديلات في البروتوكول الثاني من خلال إقرار نظام الحماية المعززة¹.

وحي بالبيان أنه في الحالات التي تكون فيها الممتلكات الثقافية قد مُنحت حماية خاصة أو حماية معززة في آن واحد، فإنه لا تُطبق سوى أحكام الحماية المعززة².

أقر نظام الحماية المعززة الوارد في البروتوكول الثاني حصانة أكثر فعالية وثباتاً للممتلكات الثقافية التي تتمتع بقيمة استثنائية أفضل من تلك المقررة بموجب نظام الحصانة الخاصة الوارد في اتفاقية عام 1951. فقد اشتمل على شروط أكثر قابلية للتحقيق، ولم يشترط، من ناحية أخرى، ضرورة تواجد الممتلكات الثقافية على مسافة كافية من أي هدف عسكري؛ وهو الشرط الذي تعرض لانتقادات فقهية واسعة، نظراً إلى أن إعماله أدى إلى استبعاد العديد من الممتلكات الثقافية ذات

¹ Burra Srinivas, Special and Enhanced Protection of Cultural Property during Armed Conflicts, op. cit., p. 249–250.

² المادة (4) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999. أنظر أيضاً: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اتفاقية عام 1954 لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح وبروتوكولها، الخدمات الاستشارية حول القانون الدولي الإنساني، مايو 2014، ص 3.

الأهمية الكبيرة جداً من الدخول في السجل الدولي للممتلكات الثقافية تحت الحماية الخاصة¹.

كذلك اشتمل البروتوكول الثاني على إجراءات محددة تضمن حصول الممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً ذات أهمية عظمى للإنسانية على الحماية المعززة، كما أقر ضوابط واضحة بشأن تمتع الممتلكات الثقافية بالحصانة المعززة وفقدائها.

ونبين تلك الأمور تفصيلاً على النحو التالي:

1. شروط اكتساب الحماية المعززة:

وفقاً للبروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي، فإنه يلزم توافر ثلاثة شروط لكي يتم وضع الممتلكات الثقافية تحت نظام الحماية المعززة، وتتمثل تلك الشروط فيما يلي:

أ. أن يكون تراثاً ثقافياً ذات أهمية عظمى للإنسانية "the greatest importance for humanity". واشترط أن يكون الممتلك الثقافي ذات أهمية عظمى للإنسانية، لا يعني أن هناك ضوابط أكثر صرامة يتعين تحققها في الممتلك الثقافي، وذلك مقارنة بأن يكون الممتلك الثقافي ذات أهمية كبيرة جداً وفقاً لاتفاقية لاهاي لعام 1954؛ إذ أن استخدام اصطلاح "التراث الثقافي ذات الأهمية العظمى للإنسانية" عوضاً عن استخدام اصطلاح "الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الكبيرة

¹ Burra Srinivas, Special and Enhanced Protection of Cultural Property during Armed Conflicts, op. cit., p. 252-3.

جداً للشعوب" هو أمر تطلبته اعتبارات التطور القانوني على المستوى الدولي للدلالة على القيمة الاستثنائية لبعض الممتلكات الثقافية التي تحتاج إلى حماية من نوع خاص. كذلك فإن مسألة تقدير ما إذا كان الممتلك الثقافي يعد تراثاً ذات أهمية عظمى للإنسانية، هي مسألة واقعية يتم تقديرها في كل حالة منفردة.

ب. أن يكون هناك تدابير قانونية وإدارية ملائمة يتم اتخاذها على الصعيد الوطني، تعترف للممتلكات بالقيمة الثقافية والتاريخية الاستثنائية¹، وتكفل لها أعلى مستوى من الحماية.

وهذه التدابير يتعين على الدول اتخاذها منذ وقت السلم. ولكن يلاحظ أن بعض الدول النامية التي قد لا يتوافر لديها القدرات المالية أو الفنية التي تمكنها من اتخاذ التدابير القانونية والإدارية الملائمة التي تكفل أعلى مستوى من الحماية للممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً ذات أهمية عظمى للإنسانية². لذلك اتخذ البروتوكول تدابير

¹ شاب هذا الشرط ضعف في الصياغة عند الإشارة إلى "القيمة الثقافية والتاريخية"، حيث إن استخدام اصطلاح "القيمة الثقافية كان كافياً لكي يشمل في طياته كافة العناصر الأخرى التاريخية والفنية والعلمية والمعمارية، على النحو الذي أقرته المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام 1954. أنظر فيما يتعلق بنقد صياغة هذا الشرط:

Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, op. cit., p. 267-8.

² Jiří Toman, *property in War: Improvement in Protection, Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, UNESCO,

تهدف إلى تيسير تحقيق هذا الشرط بالنسبة لتلك الدول على وجه الخصوص؛ وهي:

- إنشاء صندوق حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح، لتقديم المساعدة الفنية والتقنية للدول بغرض تحقيق هذا الشرط¹.
- إنشاء لجنة يدخل ضمن مهامها تقديم المساعدة الدولية فيما يتعلق بتطبيق هذا الشرط، متى طُلب منها ذلك².
- يمكن لأي طرف أن يطلب من منظمة اليونسكو المساعدة الفنية لاستيفاء هذا الشرط³، بل يمكن لمنظمة اليونسكو، من تلقاء نفسها، أن تقدم مقترحات للدول الأطراف فيما يتعلق بكيفية تحقيق هذا الشرط.
- شجع البروتوكول الدول الأطراف على الدخول في معاهدات ثنائية ومتعددة الأطراف، في سبيل تقديم المساعدات الفنية التي تهدف إلى تنفيذ أحكام وقواعد البروتوكول بشكل عام⁴.

2009, p. 214. (hereinafter referred to as Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954).

¹ المادة 29(1)(أ) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

² المادة 32(1)، المرجع السابق.

³ المادة 33(1)، المرجع السابق.

⁴ المادة 33(2)، المرجع السابق.

ج. ألا يتم استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية أو كدروع لوقاية مواقع عسكرية، وأن يصدر الطرف الذي يتولى السيطرة والرقابة على تلك الممتلكات إعلاناً يقر بموجبه أنه لن يستخدمها لأغراض عسكرية أو لوقاية مواقع عسكرية¹.

واشترط عدم استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية أو لوقاية مواقع عسكرية، جاء متفقاً مع الاتجاه المستقر في القانون الدولي؛ ومؤداه أن استخدام الأعيان المدنية وما في حكمها من الممتلكات الثقافية لتحقيق أغراض عسكرية أو لخدمة الجهود العسكرية، من شأنه أن يرفع عنها الحماية الدولية².

وبالنسبة للحكم الخاص بضرورة قيام الدولة الطرف بإصدار إعلان بأنها لن تستخدم الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية أو كدروع لوقاية المواقع العسكرية، فإنه جاء متقارباً مع الحكم المقرر في المادة 8(5) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، ولكن الفارق بين الحكمين أن الحكم المقرر بموجب البروتوكول جاء بصيغة عامة؛ أي أن عدم استخدام الممتلكات الثقافية يتعين أن يكون في جميع الأحوال، سواء في زمن السلم أو الحرب، وذلك بخلاف اتفاقية لاهاي التي اشترطت فحسب أن يكون عدم استخدام الممتلكات الثقافية قاصراً على حالة نشوب نزاع مسلح.

¹ المادة (10)، المرجع السابق.

² واشترط عدم استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية جاء ترديداً لما ورد في نص المادة 8(1)(ب) من اتفاقية لاهاي لعام 1954.

وبتحليل الشروط السابقة، يتبين لنا ما يلي:

- أنها جاءت في مجملها أقل تشدداً من الشروط الواردة في المادة (8) من اتفاقية لاهاي لعام 1953 المتعلقة بنظام الحماية الخاصة، لا سيما في سياق الضوابط والإجراءات التي أقرها البروتوكول في سبيل إزالة المعوقات التي تحول دون تحققها في بعض الحالات.

- أن نظام الحماية المعززة لا يقتصر فحسب على الممتلكات الثقافية الثابتة، وإنما يمتد ليشمل القطع الفنية والأثرية وغيرها من الممتلكات الثقافية المنقولة ذات الأهمية العظمى للإنسانية، والتي يتم وضعها وحفظها في المتاحف والمعارض التي لم تستوف في حد ذاتها الشروط اللازمة للتمتع بالحماية المعززة.

- على عكس نظام الحماية الخاصة المقرر بموجب المادة (8) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، لم يتطلب نظام الحماية المعززة أن تكون الممتلكات الثقافية كائنة على مسافة معقولة من الأهداف العسكرية، مما كان من شأنه دخول العديد من الممتلكات الثقافية التي تتمتع بقيمة استثنائية ضمن نظام الحماية الخاصة.

ومن جماع ما تقدم، نخلص إلى إن نظام الحماية المعززة جاء باعتباره نظاماً تكملياً في سبيل توفير الحماية للممتلكات الثقافية التي تتمتع بقيمة استثنائية، حال عدم قدرتها على استيفاء الشروط المقررة بموجب نظام الحماية الخاصة المقرر في اتفاقية لاهاي.

إجراءات إقرار الحماية المعززة:

لا يكفي توافر الشروط السابقة لكي يتمتع ممتلك ثقافي ذا أهمية عظمى بالحماية المعززة، وإنما ثمة إجراءات معينة يتعين اتخاذها تنتهي بإدراج الممتلك الثقافي في قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة¹. يتم اتخاذ هذه الإجراءات بواسطة لجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤلفة من اثني عشر عضواً يتم انتخابهم بواسطة مؤتمر الدول الأطراف في البروتوكول²، حيث يدخل

¹ Jan Hladik, Protection of Cultural Property, op. cit., p. 36.

² جاءت المادة (24) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لتقرر إنشاء لجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، حيث نصت على أنه:

"1- تنشأ بموجب هذا لجنة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، تتألف من اثني عشر طرفاً ينتخبهم اجتماع الأطراف.

2- تجتمع اللجنة في دورة عادية مرة في السنة وفي دورات استثنائية كلما ارتأت ضرورة ذلك.

3- عند البت في عضوية اللجنة، يسعى الأطراف إلى ضمان تمثيل عادل لمختلف المناطق والثقافات في العالم.

4- تختار الأطراف الأعضاء في اللجنة ممثلها من بين أشخاص مؤهلين في ميادين التراث الثقافي أو الدفاع أو القانون الدولي وتسعى، بالتشاور فيما بينها، إلى ضمان أن اللجنة في مجموعها تضم قدرًا كافيًا من الخبرة المتخصصة في كل هذه الميادين". أنظر: سلامة صالح عبد الفتاح الرهايفة، المرجع السابق، ص 110.

ويتعين على الدول الأطراف أن تقدم بموجب المادة 37(2) تقارير إلى اللجنة كل أربع سنوات عما تم اتخاذه من تدابير فيما يتعلق بتنفيذ هذا البروتوكول. كذلك عُهد إلى اللجنة بمهمة إدارة الصندوق المنشأ بموجب البروتوكول لحماية الممتلكات الثقافية، والذي يعتمد على المساهمات المقدمة من الدول الأطراف في البروتوكول. انظر:

ضمن مهام اللجنة منح وتعليق وإلغاء الحماية المعززة للممتلكات الثقافية، وتعمل على تعزيز تحديد الممتلكات الثقافية المستحقة للممتلكات الثقافية، وتنشئ لهذا الغرض قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة.

وتتمثل الإجراءات التي يتعين اتخاذها لكي يتمتع ممتلك ثقافي، يمثل تراثاً ذات أهمية عظيمة للإنسانية، بنظام الحماية المعززة المقرر بموجب البروتوكول، فيما يلي:

أ- تقديم طلب الإدراج في قائمة الحماية المعززة:

يتم تقديم طلب الإدراج في قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة من جانب الدول التالية:

- الدولة الطرف: وتتقدم للجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح بقائمة تشمل الممتلكات الثقافية التي تعترم طلب إدراجها ضمن نظام الحماية المعززة¹.

David Keane, Lead Article: The Failure to Protect Cultural Property in Wartime, *Journal of Art and Entertainment Law*, vo. 14, no.1, 2004, p. 28-29.

¹ المادة 11(1) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

وحرى بالبيان أن سويسرا أصدرت القانون رقم 520-3 بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح، الكوارث الطبيعية والطوارئ، في 20 يونيو 2014، حيث قرر في مادته الثامنة أنه

- الدول المتنازعة على إقليم معين: فإنه يجوز لأية دولة من الدول المتنازعة أن تطلب إدراج ممتلك ثقافي كائن في هذا الإقليم في قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة¹.

- الدول التي تمارس السيطرة أو الرقابة أو الاختصاص على الممتلك الثقافي، كما هو الحال بالنسبة لسلطة الاحتلال، حيث يمكن لها أن تتقدم بإدراج ممتلك ثقافي كائن في الإقليم المحتلة ضمن قائمة الحماية المعززة.

- لأية دولة تدعوها لجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، لتقديم طلب إدراج ممتلكات ثقافية على القائمة²، سواء وجهت اللجنة هذه الدعوة من تلقاء نفسها، أو بناء على توصية من اللجنة الدولية للدرع الأزرق، أو أية جهة أو منظمة غير حكومية أخرى ذات خبرة في مجال الممتلكات الثقافية.

يمكن تقديم طلبات الحماية المعززة للممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية وطنية، وفقاً للضوابط المقررة في المادة (11) من البروتوكول الثاني. انظر:

International Review of the Red Cross, vol. 96, no. 895-896, December 2014, p. 1093-1114.

¹ تنص المادة 11(4) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999 على أنه "لا يخل طلب إدراج ممتلكات ثقافية واقعة في أراض تدعي أكثر من دولة سيادتها أو ولايتها عليها، ولا إدراج تلك الممتلكات، بحال من الأحوال، بحقوق أطراف النزاع".

² المادة 11(2) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

وحي بالبيان أنه إذا كان تقديم الطلب يعد إجراءً ضرورياً كبداية لوضع ممتلك ثقافي يتمتع بأهمية عظيمة في قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية المعززة، إلا أن ذلك لا يعني أن إعداد القائمة وتقديمها إلى اللجنة يعد، في حد ذاته، أمراً إلزامياً يقع على عاتق الدول الأطراف، وإنما استهدف البروتوكول تشجيع الدول على تقديم هذا الطلب.

استطلاع الرأي والمشورة:

يتعين على اللجنة حال تلقيها طلب إدراج ممتلك ثقافي معين على قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة أن تخطر جميع الأطراف بهذا الطلب. ولأية دولة طرف أن تقدم للجنة، في غضون ستين يوماً، احتجاجها على هذا الطلب، شريطة أن يكون الاحتجاج مستنداً إلى عدم تحقق الشروط اللازمة لإدراج الممتلك الثقافي، وأن يكون مبنياً على وقائع دقيقة ومحددة ترجح قبوله.

وفي هذه الحالة، تنظر اللجنة في الاحتجاج مع منح الدولة الطرف طالبة الإدراج مهلة معقولة للرد قبل أن تتخذ قرارها. ولا يترتب على الاحتجاج في حد ذاته إلغاء الطلب أو استبعاده، وإنما يترتب عليه، إذا كان مستوفياً لضوابط تقديم الاحتجاجات المقررة بموجب البروتوكول، أن يتم التصويت على طلب الإدراج بأغلبية مشددة، تتمثل في أغلبية أربعة أخماس الأعضاء الحاضرين والمصوتين¹، أما إذا لم يكن الاحتجاج مستوفياً للضوابط المقررة، كما لو اتسم بعدم الدقة

¹ المادة 11(5)، المرجع السابق.

والوضوح، فلن يؤدي ذلك إلى تطبيق أغلبية الأربعة أخماس عند التصويت على الطلب.

يتعين على اللجنة، كذلك، قبل اتخاذ قرارها في طلب إدراج ممتلك ثقافي في القائمة، أن تلتزم المشورة من المنظمات الحكومية وغير الحكومية والخبراء الأفراد¹. وليس للاستشارة أو التوصية التي تصدر من الجهات السابقة أية قيمة إلزامية²، حيث إن اللجنة سوف تتخذ قرارها وفقاً للالتزام بالشروط المقررة بموجب المادة (10) من البروتوكول³.

ويضمن هذا الحكم الأخير تقليل الأثر القانوني المترتب على الاحتجاجات المقدمة من جانب الدول⁴، لتجنب حالة كمبوديا عام 1972، عندما تقدمت بطلب إدراج العديد من الممتلكات الثقافية في السجل الدولي للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة، ولكن أبدت حكومات مصر وكمبوديا ورومانيا ويوغسلافيا، اعتراضها على الطلب، تأسيساً على أن تقديمه لم يتم من قبل السلطة المعترف بها

¹ المادة 11(6)، المرجع السابق.

² Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 212.

³ المادة 11(7) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهي لعام 1999.

⁴ Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 214-215.

في كمبوديا. وترتب على ذلك وقف المدير العام لليونسكو إجراءات تسجيل الممتلكات الثقافية¹.

اتخاذ القرار بشأن طلب الإدراج في قائمة الحماية المعززة:

تتخذ اللجنة قرارها في الطلب المقدم، بعد استيفاء إجراءات استطلاع الرأي والمشورة، بأغلبية ثلثي أعضائها الحاضرين والمصوتين²، وذلك فيما عدا حالة تقديم احتجاجات استوفت الشروط الموضوعية المقررة بموجب البروتوكول، حيث يكون التصويت في هذه الحالة الأخيرة بأغلبية ثلاثة أرباع الأعضاء الحاضرين والمصوتين.

وإذا اتخذت اللجنة قرارها بإدراج ممتلك ثقافي ضمن القائمة، فإن المدير العام لليونسكو يتولى إخطار كافة الدول الأطراف والأمين العام للأمم المتحدة بالقرار³.

الإجراءات الاستثنائية لإدراج ممتلك ثقافي في القائمة:

¹ Jiří Toman, The Protection of Cultural Property in the Event of armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in the Hague, and on other instruments of international Law concerning such protection, UNESCO Publishing, 1996, p. 108.

² المادة 26(2) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

³ المادة 11(11)، المرجع السابق.

أقر البروتوكول الثاني قواعد تهدف إلى منح الحماية المعززة للممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية عظيمة للإنسانية، بهدف تكملة أوجه القصور التي اعترت المادة (11) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي لعام 1954، حيث تضمنت إجراءات لإمكانية إقرار الحماية الخاصة على الممتلكات الثقافية بصفة استثنائية تُثبت عدم إمكانية تطبيقها من الناحية العملية، لذلك أقر البروتوكول نظاماً أكثر موضوعية وواقعية لإمكانية إقرار الحماية المعززة بصفة استثنائية¹.

فقد يحدث ألا يستوفي ممتلك ثقافي الشرط المتعلق بضرورة اتخاذ التدابير القانونية والإدارية لحماية الممتلكات الثقافية التي تتمتع بقيمة استثنائية، وغالباً ما يكون ذلك راجعاً إلى عدم قدرة الدولة طالبة الحماية على تحقيق هذا الشرط، لذلك انتبه البروتوكول إلى هذا الأمر، مقررّاً أنه يمكن للجنة، بالرغم من عدم استيفاء هذا الشرط، أن تقرر منح الحماية المعززة، بشرط أن تطلب الدولة المعنية المساعدة الدولية وفقاً للضوابط المقررة في المادة (32) من البروتوكول².

¹ Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 214-215.

² تنص المادة (32) على أنه: 1- يجوز لطرف أن يطلب من اللجنة مساعدة دولية من أجل الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، وكذلك فيما يتعلق بإعداد أو تطوير أو تنفيذ القوانين والأحكام الإدارية والتدابير المشار إليها في المادة 10.

2- يجوز لطرف في النزاع ليس طرفاً في هذا البروتوكول ولكنه يقبل ويطبق أحكامه وفقاً للفقرة 3 من المادة 2، أن يطلب مساعدة دولية مناسبة من اللجنة.

علاوة على ذلك، أقر البروتوكول إجراء استثنائياً آخر لمنح الحماية المعززة، حيث يمكن في حالة اندلاع نزاع مسلح، أن يطلب أحد أطراف النزاع، استناداً للظروف الطارئة، حماية معززة للممتلكات ثقافية تخضع لولايته أو رقبته. وفي هذه الحالة، تُرسل اللجنة الطلب على الفور لجميع أطراف النزاع، وتنتظر بصفة مستعجلة فيما يقدم بشأنه من احتجاجات. وإذا تحققت اللجنة أن الممتلك الثقافي المطلوب إقرار الحماية المعززة بصدده قد استوفى الشرطين الأول باعتبارهما ذات أهمية عظمى للإنسانية، والشرط الثالث المتمثل في عدم استخدامه لأغراض عسكرية، فإنها تتخذ قرارها، على وجه السرعة، بمنح الحماية المعززة، بأغلبية ثلاثة أرباع الأعضاء الحاضرين والمصوتين، وذلك سواء كان هناك احتجاجات قد قدمت على الطلب، أم لم يكن ثمة أية احتجاجات. غير أن هذه الحماية المعززة التي تمنحها اللجنة ما هي إلا حماية مؤقتة استدعتها الظروف الاستثنائية. وبناء عليه، فإن منح الحماية المعززة بشكل دائم يستلزم اتباع الإجراءات العادية المقررة بموجب البروتوكول¹.

3- تعتمد اللجنة قواعد لتقديم طلبات المساعدة الدولية وتحدد الأشكال التي يمكن أن تتخذها المساعدة الدولية.

4- تشجع الأطراف على أن تقدم عن طريق اللجنة كل أشكال المساعدة التقنية إلى من يطلبها من الأطراف في البروتوكول أو من أطراف النزاع".

¹ المادة 11(9)، المرجع السابق.

ضوابط التمتع بالحصانة وفقدانها:

أقر البروتوكول الثاني ضوابط تتعلق بتمتع الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بحصانة خاصة، ولكن البروتوكول، حرص، مع ذلك، ألا تكون تلك الحصانة مطلقة، بل أقر بإمكانية سقوط تلك الحصانة، وفقاً لضوابط معينة، في سبيل التوفيق بين مصالح الدول المتنازعة.

أ- حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة:

قرر البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، من خلال النص في المادة (12) على أن "تكفل أطراف النزاع حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بالامتناع عن جعلها هدفاً للهجوم، أو عن أي استخدام لممتلكات ثقافية أو جوارها المباشر في دعم العمل العسكري".

واستخدم البروتوكول الثاني اصطلاح "الامتناع عن جعل الممتلكات الثقافية هدفاً للهجوم، وذلك عوضاً عن استخدام اصطلاح "الامتناع عن أي عمل عدائي موجه للممتلكات الثقافية، المستخدم في المادة (6) من البروتوكول بشأن حماية الممتلكات الثقافية، والمادة (9) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 بشأن حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية خاصة، والمادة (14) من اتفاقية لاهاي، والمادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول والمادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الأربعة.

ويذهب رأي في الفقه إلى أن اصطلاح "الامتناع عن جعل الممتلكات الثقافية هدفاً للهجوم" من شأنه أن يُضيق من نطاق الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، لأنه لا يشمل حظر أعمال القصف والتدمير، وذلك على خلاف ما يمكن استخلاصه من اصطلاح "الامتناع عن أي عمل عدائي موجه للممتلكات الثقافية" المستخدم في المواد سالفه الذكر¹.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الرأي فيما انتهى إليه، وذلك لسببين رئيسيين:

- إن الدول الأطراف في البروتوكول استخدموا اصطلاح "الامتناع عن أي عمل عدائي موجه للممتلكات الثقافية" في نص المادة (6) المتعلق بإقرار احترام الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية عامة، وإذا كان هذا الاصطلاح أكثر شمولاً وإقراراً للحماية من اصطلاح "الامتناع عن جعل الممتلكات الثقافية هدفاً للهجوم" لكان قد تم استخدامه لإقرار حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة.

- أرادت الدول الأطراف من استخدام اصطلاح "الامتناع عن جعل الممتلكات الثقافية هدفاً للهجوم" إقرار حماية أكبر على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، من خلال فرض الالتزام بالمنع على طرفي النزاع المسلح، حيث يقع على عاتق الطرف الذي يمارس سيطرته أو اختصاصه على الممتلكات الثقافية بالامتناع عن استخدامها، لكيلا تكون هدفاً للهجوم، بينما يقع على الطرف الذي

¹ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit., p. 272.

يشن الهجوم بالامتناع عن توجيه هجمات أو عمل عدائي آخر تجاه الممتلكات الثقافية. وهذا الأمر على خلاف الحال فيما يتعلق بالالتزام بالامتناع عن أي عمل عدائي موجه للممتلكات الثقافية، وهو الالتزام الذي يقع بشكل أساسي على عاتق الطرف الذي يشن الهجوم.

ويؤكد صحة هذا الأمر أن المشروع التمهيدي للبروتوكول الثاني كان يستخدم اصطلاح "الامتناع عن أي عمل عدائي"، كما هو الحال بالنسبة للمادة (6) من البروتوكول المتعلقة بالحماية العامة للممتلكات الثقافية، والمادة (9) من اتفاقية لاهي لعام 1954 المتعلقة بالحماية الخاصة، ولكن تم الاستقرار على استبدالها باصطلاح "الامتناع عن جعل الممتلكات الثقافية هدفاً للهجوم"، مما يدل على أن المقصود بذلك هو توسيع نطاق الحماية المقررة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة¹.

- جاء في التعليق على المادة (9) من اتفاقية لاهي لعام 1954 أن اصطلاح "الهجوم" يعد أوسع مدى من اصطلاح "الأعمال العدائية"، وذلك كما يلي:

"تشكل الأعمال العدائية مجموعة كاملة من أعمال الحرب وعملياتها بالمعنى الواسع، بغض النظر عما إذا كانت ارتكبت من قبل الطرف المعادي أو من طرف

¹ Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 220.

النزاع الذي يحوز ممتلكات ثقافية. وقد فضل واضعو البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1977 مصطلح "الهجوم"، الذي تم تعريفه في التعليمات العسكرية للعديد من البلدان على أنه عمل هجومي يهدف إلى تدمير قوات العدو وأحراز التقدم الميداني. والتعريف الذي اعتمده البروتوكول أوسع لأنه يشمل كلا من الأعمال الدفاعية (وبخاصة، "الهجمات المضادة")، والأعمال الهجومية، حيث إن كلاهما يؤثر سلباً على الممتلكات الثقافية المحمية.

وكانت اللجنة الدولية للصليب الأحمر قد عرّفت اصطلاح الهجوم بأنه "استخدام القوة المسلحة للقيام بعملية عسكرية في بداية النزاع المسلح أو أثناءه"¹.

علاوة على ذلك، أقر البروتوكول حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة من خلال الامتناع عن استخدامها، أو استخدام المناطق المجاورة لها مباشرة لدعم العمل العسكري. واستخدام البروتوكول اصطلاح "العمل العسكري" وذلك على غرار المادة (2)52 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977²، ولم يستخدم اصطلاح "دعم المجهود الحربي، المقرر المادة (ب)53 من

¹ Id, p. 139. See also: Jiří Toman, La Protection des Biens Culturels en Cas de Conflit Arme, Commentaire de la Convention de la Haye du 14 Mai 1954, UNESCO, 1994, p. 160.

² نصت المادة (2)52 من البروتوكول الإضافي الأول على أن "تقتصر الهجمات على الأهداف العسكرية فحسب. وتقتصر الأهداف العسكرية فيما يتعلق بالأعيان على تلك التي تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها أو بموقعها أم بغايتها أم باستخدامها، والتي

البروتوكول الإضافي الأول¹، والمادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الأربعة².

والسبب في ذلك أن اصطلاح "العمل العسكري" يعد أكثر تقييداً من استخدام اصطلاح "دعم المجهود الحربي" الذي يشمل كافة الأعمال التي تدعم العمليات العسكرية والمجهود الحربية، فعلى سبيل المثال، يعد وجود مصانع أو منشآت لتزويد القوات المسلحة بالغذاء، في منطقة مجاورة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، من المنشآت التي تدعم المجهود الحربية، ولكنها لا تدعم العمليات العسكرية، وبالتالي لا يجوز استهدافها على نحو يؤدي إلى إمكانية تدمير الممتلكات الثقافية. ولكن إذا كانت الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة يتم استخدامها، أو استخدام المناطق المجاورة لها مباشرة، لشن هجمات عسكرية على الطرف الآخر في النزاع، فإنها بالتالي تدعم العمل العسكري.

يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة".

¹ حظرت المادة 53(ب) من الإضافي الأول استخدام "الأعيان في دعم المجهود الحربي"
² نصت المادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني على أنه "يحظر ارتكاب أية أعمال عدائية موجهة ضد الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، واستخدامها في دعم المجهود الحربي".

لذلك فإن الالتزام بالامتناع عن استخدام الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة أو استخدام المناطق المجاورة لها مباشرة في دعم العمل العسكري، هو أكثر إقراراً للحصانة، من الالتزام بالامتناع عن دعم المجهود الحربي.

فقدان الحماية المعززة:

الحصانة المقررة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة ليست مطلقة من كل قيد وفقاً لقواعد وأحكام البروتوكول، بل يمكن أن تعثرها بعض العوارض التي تؤدي إلى فقدان الحصانة.

وأشار البروتوكول إلى ثلاث حالات يترتب عليها فقدان الحصانة:

الحالة الأولى: إذا لم تعد الممتلكات الثقافية قادرة على استيفاء شرط أو أكثر من الشروط اللازمة للتمتع بالحماية المعززة. ولا يترتب على ذلك فقدان الحصانة بشكل مباشر وتلقائي، وإنما يظل الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للجنة، فلها أن تقرر تعليق الحماية، إذا كان عدم الوفاء بأحد الشروط مؤقتاً، ولها أن تلغيه من خلال حذفه من القائمة، إذا تبين لها أن زوال الشرط دائم، أو بسبب فعل متعمد من الدولة التي تخضع الممتلكات الثقافية لسيادتها أو سيطرتها أو اختصاصها، كما لو قامت باستخدام الممتلكات الثقافية للأغراض العسكرية أو لوقاية مواقع عسكرية¹.

¹ المادة 14(1)، المرجع السابق.

الحالة الثانية: إذا تم استخدام الممتلكات الثقافية لدعم العمل العسكري، فإنه يجوز للجنة أن تعلق شمولها بالحماية المعززة، حتى تتخذ الدولة الطرف المعنية التدابير التي تحول دون استخدامها لدعم العمل العسكري. ولكن إذا تبين للجنة تعنت الدولة واستمرارها في استخدام الممتلكات الثقافية لدعم العمل العسكرية، فيجوز للجنة في هذه الحالة أن تلغي الحماية المعززة، بصفة استثنائية، وتحذف الممتلكات الثقافية من القائمة¹.

ونرى أن هذه الحالة الثانية المقررة بموجب البروتوكول، تتداخل في مفهومها مع ما هو مقرر في الحالة الأولى؛ إذ أن استخدام الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة لخدمة ودعم العمل العسكري، من شأنه أن يفقد تلك الممتلكات أحد الشروط أو المتطلبات الأساسية لكي يستمر تمتعها بالحماية المعززة، ويظل الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للجنة في تعليق الحماية أو إلغائها، بحسب الظروف المحيطة، ومدى ثبوت عنصر التعمد من جانب الدولة في استخدام تلك الممتلكات الثقافية.

علاوة على ذلك، فإن اشتراط الصفة الاستثنائية فيما يتعلق بقرار الإلغاء أو الحذف من القائمة، هو بمثابة توجيه للجنة بعدم اللجوء إلى إلغاء الحماية المعززة إلا في الحالات الاستثنائية التي يثبت فيها عدم إمكانية إزالة العارض الذي يمنع تمتع الممتلكات الثقافية بالحماية المعززة.

¹ المادة 14(2)، المرجع السابق.

الحالة الثالثة: إذا أصبحت الممتلكات الثقافية، بحكم استخدامها هدفاً عسكرياً، وظلت على هذا الحال¹. والحقيقة أن هذه الحالة، وفقاً لما قرره البروتوكول تتداخل مع الحالتين السابقتين، طالما أن استخدام الممتلكات الثقافية للأغراض العسكرية أو لوقاية مواقع عسكرية أو لدعم العمليات العسكرية، من شأنه أن يفقدها أحد شروطها الأساسية للتمتع بالحماية المعززة ويجعلها هدفاً عسكرياً.

ومع ذلك، فإن الممتلكات الثقافية في هذه الحالة الأخيرة تفقد الحماية المعززة بشكل مباشر وتلقائي، وذلك على عكس الحالتين السابقتين التي يتم فيهما تعليق الحماية أو فقدها بناء على قرار من لجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، وفقاً لسلطتها التقديرية.

ونتيجة لتلك الطبيعة التلقائية والمباشرة لهذه الحالة الأخيرة التي تؤدي إلى إسقاط الحماية المعززة عن الممتلكات الثقافية، وتجعلها هدفاً عسكرياً مشروعاً من جانب الطرف المعادي، فقد أحاطها البروتوكول بمجموعة من الضوابط الموضوعية والإجرائية للحيلولة دون إساءة استهداف الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بحجة أنه قد أصبحت هدفاً عسكرياً.

ووفقاً للضوابط الموضوعية التي أقرها البروتوكول، فإنه لا يجوز أن تتخذ الممتلكات الثقافية هدفاً عسكرياً إلا إذا:

¹ المادة 13(1)(ب)، المرجع السابق.

1. كان الهجوم هو الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنهاء استخدام تلك الممتلكات العسكرية للأغراض العسكرية¹.

2. أن يتم اتخاذ جميع الاحتياطات المناسبة عند اختيار وسائل وأساليب الهجوم، بغرض إنهاء ذلك الاستخدام، وتجنب الإضرار بالممتلكات الثقافية، أو على أقل تقدير، حصر تلك الأضرار في أضيق نطاق ممكن.

ووفقاً للضوابط الإجرائية التي أقرها البروتوكول، فإنه لا يجوز أن تتخذ الممتلكات الثقافية هدفاً عسكرياً، إلا إذا:

1. أن يصدر الأمر بالهجوم من جانب أعلى درجات القيادة التنفيذية.

2. أن يتم توجيه إنذار مسبق من جانب الطرف الذي يشن الهجوم إلى الطرف الآخر، بإنهاء استخدام الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة للأغراض العسكرية على نحو يجعلها هدفاً عسكرياً.

3. أن يتم منح الطرف الذي يسيطر على الممتلكات الثقافية فترة معقولة لاتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح وضع الممتلكات الثقافية التي تعد هدفاً عسكرياً.

ومع ذلك، فإن للطرف الذي يشن الهجوم ألا يتقيد بالضوابط الإجرائية السابقة في حالة الدفاع الشرعي الملح، حيثما لا يكون أمامه فرصة معقولة لاتخاذ مثل تلك الإجراءات.

¹ المادة 13(2)(أ)، المرجع السابق.

ويستنتج من ذلك أن الدفاع الشرعي لا يعد في حد ذاته سبباً كافياً لشن الهجوم على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، باعتبارها هدفاً عسكرياً، طالما أن الظروف لم تستدع البدء المباشر في الهجوم، دون اتخاذ تلك الإجراءات.

ثالثاً: الالتزامات المقررة حال ارتكاب المخالفات الجسيمة:

كشفت عملية مراجعة اتفاقية لاهاي لعام 1954 عن عدم الرضا عن العقوبات الجزائية المنصوص عليها في المادة (28)، نظراً لضعفها وعدم فاعليتها. وكان من شأن غياب الجزاءات الرادعة بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954 أن تعرضت العديد من الممتلكات الثقافية للتدمير خلال الحرب التي وقعت في يوغسلافيا السابقة، وعلى وجه الخصوص في إقليمي كرواتيا والبوسنة والهرسك¹.

لذلك أنشأ البروتوكول الثاني في الفصل الرابع نظاماً شاملاً للجزاءات على نحو يعزز من تطبيق الاتفاقية². ويعد هذه النظام الجزائي من أبرز المزايا التي اشتمل عليها البروتوكول³، حيث ينطبق على كلا من النزاعات المسلحة الدولية

¹ تقرير الأمين العام الصادر بموجب الفقرة (2) من قرار مجلس الأمن 808(1993)، المرجع السابق، فقرة 9.

² حيث أكد البروتوكول في ديباجته على أنه يستهدف استكمال الأحكام المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي لعام 1954 من خلال تدابير تسعى نحو تعزيز الاتفاقية.

³ وثار الجدل بين مفوضي الدول أثناء مؤتمر لاهاي الثاني بشأن تحديد النظام الجزائي للبروتوكول، حيث ذهب رأي إلى ضرورة تبني النظام المقرر في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977، بينما ذهب رأي آخر إلى ضرورة تبني النظام الذي أقرته المحكمة

وغير الدولية على حد سواء. والحقيقة إن إقرار البروتوكول لتطبيق الجزاءات الواردة فيه كان محلاً لاعتراض بعض الدول أثناء مؤتمر وضع البروتوكول¹. وترتب على ذلك بالتبعية إقرار نص المادة 22(4) التي أقرت عدم إخلال البروتوكول "بالولاية القضائية الأساسية لطرف يدور في أراضيه نزاع مسلح لا يتسم بطابع دولي حول الانتهاكات المنصوص عليها في المادة (15)".

وبناء على ذلك، ألزمت المادة 16(1) من البروتوكول أطراف الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية في أنظمتها الوطنية الجنائية لإقرار ولايتها القضائية عند ارتكاب الانتهاكات الجسيمة المنصوص عليها في المادة (15). وتشمل الولاية الجنائية الوطنية للدول الأطراف الانتهاكات الجسيمة التي ترتكب على إقليمها (مبدأ الولاية الإقليمية)، والتي يتم ارتكابها بواسطة أحد مواطنيها (مبدأ الشخصية

الجنائية الدولية. وفي النهاية استقر الرأي على ضرورة تبني نظاماً جنائياً متفرداً لحماية الممتلكات الثقافية. انظر:

Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague, 15–26 March 1999), Summary Report, UNESCO, June 1999, para. 7.

¹ وجاءت الفقرة الرابعة من المادة 22 في البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي بناء على اقتراح من الصين والهند. انظر:

Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 425.

الإيجابية) أو التي ترتكب خارج أراضيها بواسطة أحد الأجانب، وذلك عندما يكون مرتكب الجريمة متواجداً داخل إقليم الدولة (مبدأ العالمية).

وحرص البروتوكول على تأكيد ثبوت الولاية القضائية بموجب القوانين الوطنية والقانون الدولي الاتفاقي والعرفي بالنسبة للنزاعات الدولية دون ثبوت أية أولوية في قيام الولاية القضائية الجنائية¹. وبالتالي فإن نص المادة 22(4) يعد الاستثناء الوحيد على ثبوت أولوية الاختصاص للدولة التي يقع فيها النزاع الذي لا يتسم بالطابع الدولي.

وبناء على ما تقدم نعرض للانتهاكات الجسيمة والعقوبات المقررة بموجب البروتوكول ثم الالتزام الواقع على عاتق الدول باتخاذ التدابير التشريعية.

1. الانتهاكات الجسيمة المقررة بموجب البروتوكول:

أوردت المادة 15(1) من البروتوكول الثاني خمس فئات من الجرائم التي يعد ارتكابها انتهاكاً جسيماً، وذلك إذا ما تم ارتكابها عمداً وبالمخالفة لأحكام البروتوكول واتفاقية لاهاي لعام 1954. واشترط التعمد يعني ضرورة توافر الركن المعنوي لكي تقوم المسؤولية الجنائية الفردية تجاه مرتكب الجريمة؛ أي أن الإهمال في حد ذاته

¹ المادة 16(2)(أ) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1952.

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية، وإن كان لا يمنع من إمكانية اتخاذ الإجراءات التأديبية تجاه مرتكب الفعل، وفقاً للقوانين والأنظمة المطبقة داخل كل دولة¹.

وتتمثل فئات الجرائم المقررة بموجب البروتوكول فيما يلي:

1. الهجوم على ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة.
2. الهجوم على ممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية والبروتوكول.
3. استخدام ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة أو المناطق المجاورة لها مباشرة لدعم العمل العسكري.
4. التدمير واسع النطاق أو الاستيلاء على الممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية والبروتوكول.
5. سرقة أو نهب أو اختلاس أو تخريب الممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية.

وهناك ملاحظتان هامتان على فئات الجرائم التي عددها البروتوكول باعتبارها تمثل انتهاكاً جسيماً لأحكامه، ونفصلها كما يلي:

¹ Kevin Chamberlain, War and Cultural Heritage, Leicester: Institute of Art and Law, 2004, p. 206.

أولاً: الفئة الأولى من الجرائم تقتصر على حالة تعمد الهجوم على ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة، بينما الفئة الثانية أشارت إلى حالات الهجوم على الممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية والبروتوكول. ويستفاد من ذلك أن الفئة الثانية تقتصر على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية عامة. ومع ذلك، فإننا نرى أن تجريم الهجوم على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية الاتفاقية والبروتوكول يشمل في مفهومه كافة أعمال الهجوم التي تتم على الممتلكات الثقافية، سواء كانت مشمولة بحماية عامة أو حماية معززة. لذلك لم يكن هناك جدوى حقيقية من النص على جريمة مستقلة تتمثل في استهداف الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بالهجوم. ويعضد من هذا المفهوم أن الفئة الرابعة من الجرائم اشتملت على تحريم التدمير الواسع النطاق أو الاستيلاء على الممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية والبروتوكول، فهل هذا يعني أن تلك الفئة تقتصر فحسب على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية عامة دون الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة؟ الإجابة قطعاً بالنفي طالما أن قدر الحماية المقررة بموجب البروتوكول يتجاوز ذلك القدر المقرر على الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية عامة.

ثانياً: حرمت الفئة الخامسة من الجرائم أفعال السرقة والنهب والاختلاس والتخريب التي تقع على الممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية، الأمر الذي قد يثير اللبس بأن تلك الفئة لا تشمل ارتكاب الأفعال السابقة إذا كانت موجهة ضد الممتلكات الثقافية المحمية بموجب البروتوكول، ولا سيما الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة. ولكن يبدو في عقيدتنا أن هذا لا يعدو كونه عيباً في

صياغة النص، وأن الهدف الحقيقي منه هو تحريم سرقة ونهب واختلاس وتخريب الممتلكات الثقافية، وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة 4(3) من اتفاقية لاهاي لعام 1954، حيث لم يرد تكرار هذا التحريم في نصوص البروتوكول، فضلاً عن أن كافة أطراف البروتوكول هم بالضرورة أطراف في الاتفاقية¹.

¹ Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 297.

التزامات الدول باتخاذ التدابير التشريعية الملائمة:

إذا كانت القوانين الوطنية تهدف إلى إقرار حماية قانونية للممتلكات الثقافية، فإنه مما يعضد هذه الحماية ما تفرضه الاتفاقيات الدولية المعنية من التزامات على عاتق الدول من ضرورة اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة، بغرض إعمال الالتزامات الواردة في تلك الاتفاقيات¹. وبشكل عام، فإنه يقع على عاتق الدول الأطراف التزامين رئيسيين بموجب أحكام البروتوكول؛ يتمثل الأول في الالتزام بإقرار الولاية القضائية على الانتهاكات الجسمية، بينما يتمثل الثاني في الالتزام بالمحاكمة أو العقاب على تلك الانتهاكات.

أ- الالتزام بإقرار الولاية القضائية على الانتهاكات الجسمية:

حدد البروتوكول الثاني ثلاثة أشكال للولاية القضائية الجنائية التي يتعين على الدول إقرارها في أنظمتها الوطنية لمساءلة الأشخاص المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة لأحكامه، وتتمثل تلك الأشكال في:

1. الاختصاص الإقليمي، وذلك عندما ترتكب الجريمة على إقليم الدولة التي تمارس الاختصاص.

2. اختصاص الشخصية الإيجابية، وذلك عندما ترتكب الجريمة بواسطة أحد مواطني دولة الاختصاص.

¹ Mark S. Ellis, op. cit., p. 56.

3. الاختصاص العالمي، وذلك إذا كانت الجريمة ارتُكبت خارج إقليم الدولة بواسطة شخص لا يحمل جنسيتها، إذا كان الشخص متواجداً داخل إقليم دولة الاختصاص¹.

ويلاحظ أن البروتوكول لم يفرض على الدول اتخاذ التدابير التشريعية لإقرار الاختصاص العالمي المطلق أو المكتسب، والذي يعطي لأية دولة محاكمة ومعاينة مُرتكب جريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية ولو لم يكن متواجداً داخل إقليم الدولة؛ أي أن تتم محاكمته غيابياً. واكتفى البروتوكول بإلزام الدول بإقرار الاختصاص العالمي بموجب تشريعاتها الوطنية حال تواجد مُرتكب الجريمة داخل إقليمها فقط. وإن كان لا يوجد ما يمنع وفقاً للسلطة التقديرية لكل دولة في أن تتخذ منهاجاً واسعاً في إقرار الاختصاص العالمي المطلق، على نحو يمنحها الحق في محاكمة مرتكبي جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية غيابياً²، الأمر الذي أكد عليه البروتوكول عندما نص صراحة على أن ممارسة الولاية القضائية بموجب البروتوكول ليس من شأنه الإخلال بما قرره المادة (28) من الاتفاقية، فيما يتعلق

¹ المادة 16(1)، المرجع نفسه.

² وكانت المسودة الأولى لمشروع البروتوكول تتضمن النص بأنه يقع على عاتق الدولة التي يتواجد على إقليمها الشخص المتهم بارتكاب جرائم تجاه الممتلكات الثقافية التزاماً إما بمحاكمته أو تسليمه للدولة التي ارتكب فيها جرائمه لكي تحاكمه. انظر:

Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 320-321.

باتخاذ كافة التدابير التشريعية لمحاكمة ومعاقبة مرتكبي جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية مهما كانت جنسياتهم.

وإذا كان يقع على عاتق الدول الأطراف، بموجب أحكام البروتوكول الثاني، الالتزام باتخاذ التدابير التشريعية لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية على عاتق من يرتكب الانتهاكات الجسيمة لأحكام البروتوكول، فإن ذلك لا يخل بإمكانية قيام المسؤولية الجنائية الفردية على الصعيد الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي¹.

ولم يحدد البروتوكول الجهة القضائية التي يكون لها الأولوية في مباشرة ولايتها؛ أي فيما إذا كانت أولوية الاختصاص تثبت للقضاء الوطني أم للقضاء الدولي. ونرى أن الأمر سوف يتوقف على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المختصة التي تنتظر النزاع².

¹ المادة 16(2)(أ) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

² فمحكمة نورمبرج نصت على أن يكون لها اختصاص مانع للاختصاص الوطني في محاكمة كبار مجرمي الحرب. وتتمتع محكمتا يوغسلافيا السابقة ورواندا باختصاص مترامن، على أن يكون للمحكمتين الأسبقية على القضاء الوطني في محاكمة المتهمين بارتكاب الجرائم التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة. وتتمتع المحكمة الجنائية الدولية باختصاص تكميلي، بحيث تثبت أولوية الاختصاص للقضاء الوطني. انظر: د. أحمد المهدي بالله، النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2009، ص 568-570.

وأورد البروتوكول حكماً استثنائياً على ممارسة الولاية القضائية تجاه أفراد القوات المسلحة ومواطني الدول غير الأطراف. فأكد على أن المسؤولية الجنائية الفردية لا تنشأ تجاههم بموجب أحكام البروتوكول، كما أنه لا يوجد ثمة التزام على عاتق الدول الأطراف بإقامة ولايتها القضائية عليهم أو تسليمهم¹.

وقد أثار الحكم السابق جدلاً في الفقه نظراً إلى أنه يبدو متعارضاً مع أحكام المسؤولية الجنائية والولاية القضائية التي أقرها البروتوكول. فذهب رأي إلى أن استهلاكية الفقرة (2) من المادة (16) أكدت على أنه لا يوجد ما يخل بأحكام المادة (28) من الاتفاقية، وهي المادة التي ألزمت الدول باتخاذ التدابير التشريعية لإقرار الاختصاص العالمي على كل من يرتكب أو يأمر بارتكاب جرائم تجاه الممتلكات الثقافية بغض النظر عن جنسياتهم؛ أي أن تلك المادة أقرت الاختصاص العالمي الإلزامي دون أية استثناءات. ولكن عاد البروتوكول مرة أخرى في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة (2) للمادة (16) ليورد استثناء على هذا الأمر باستبعاد أفراد القوات المسلحة ومواطني الدول غير الأطراف من الخضوع للمسؤولية الجنائية الفردية بموجب أحكام البروتوكول، الأمر الذي يمثل في مظهره تعديلاً لنص المادة (28)².

¹ المادة 16(2)(ب) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهي لعام 1999.

² Toman Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954, op. cit., p. 331-332.

ونرى بالرغم من ذلك أن الهدف من الاستثناء الوارد في المادة 16(2)(ب) من البروتوكول الثاني هو الالتزام بمبدأ نسبية أثر المعاهدات الدولية المقرر بموجب المادة (34) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات¹. فإذا أقر البروتوكول المسؤولية الجنائية الفردية على عاتق الدول غير الأطراف، وألزم من ناحية أخرى الدول الأطراف بإقامة ولايتها القضائية الجنائية تجاه مواطني الدول غير الأطراف، فإن من شأن ذلك إلزام الدول غير الأطراف بأحكام البروتوكول على نحو يتعارض مع مبدأ نسبية أثر المعاهدات الدولية، فضلاً عن مبدأ الرضائية بأحكام القانون الدولي.

وهناك عدة أمور تؤكد صحة ما انتهينا إليه بصدد الاستثناء الذي أورده البروتوكول:

أولاً: أن الأحكام الواردة في البروتوكول يمكن أن تغدو ملزمة على عاتق الدول غير الأطراف إذا تحولت إلى قواعد قانونية عرفية. وفي هذه الحالة، فإن القواعد العرفية تكون هي الأساس في ممارسة الولاية القضائية وإقامة المسؤولية الجنائية الفردية². لذلك أكد البروتوكول على أنه لا يوجد في أحكامه ما يستبعد تحمل

¹ تنص المادة (34) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أنه "لا تنشئ المعاهدة التزامات أو حقوقاً للدولة الغير بدون رضاها".

² أقرت المادة (38) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات أن القواعد الواردة في المعاهدة تصبح ملزمة على عاتق الدول الغير إذا تحولت إلى عرف دولي.

المسؤولية الجنائية الفردية أو ممارسة الولاية القضائية بموجب القانون الدولي العرفي.

ثانياً: أكد البروتوكول على أن المسؤولية الجنائية الفردية تقع على عاتق أفراد القوات المسلحة ومواطني الدول غير الأطراف بموجب أحكام البروتوكول، كما يفرض البروتوكول التزاماً على عاتق الدول الأطراف بإقامة ولايتها القضائية الجنائية على هؤلاء الأشخاص أو تسليمهم حال عدم محاكمتهم، شريطة أن تقبل الدول غير الأطراف التقيد بأحكام البروتوكول. ويعد هذا الأمر متسقاً مع مبدأ الرضائية الذي أكدت عليه المادة (35) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات¹.

ثالثاً: إذا كان البروتوكول لم يفرض التزاماً على عاتق الدول الأطراف بإقامة ولايتها القضائية أو بتسليم المتهمين بارتكاب جرائم ضد الممتلكات الثقافية من مواطني الدول غير الأطراف، إلا أنه لم يفرض، مع ذلك، حظراً على الدول الأطراف في هذا الشأن. وبالتالي، فإنه يمكن لكل دولة طرف أن تقرر بموجب قوانينها الوطنية إقامة المسؤولية الجنائية الفردية تجاه مواطني الدول غير الأطراف، لا سيما إذا كانت الجريمة قد تم ارتكابها على إقليم الدولة التي تمارس ولايتها القضائية. كما لا يوجد ما يحول دون أن تقيم دولة طرف في البروتوكول ولايتها القضائية بموجب قواعد الاختصاص العالمي على مواطني الدول غير الأطراف حال تواجدهم على

¹ وتتص المادة (35) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه "ينشأ التزام على الدولة الغير من نص في المعاهدة إذا قصد الأطراف فيها أن يكون هذا النص وسيلة لإنشاء الالتزام وقبلت الدولة الغير ذلك صراحة وكتابة".

إقليمها. وفي الحالتين السابقتين، سوف تجد المسؤولية الجنائية الفردية أساسها في أحكام القوانين الوطنية للدولة التي تمارس ولايتها، وليس في أحكام البروتوكول.

رابعاً: أن الاستثناء المقرر في البروتوكول لا يستفاد منه التعارض مع نص المادة (28) من الاتفاقية، بل جاء تأكيداً لمبدأ نسبية أثر المعاهدات الدولية الذي أصبح من المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي. وهو مبدأ يتقيد به الاتفاقية بنفس القدر الذي يتقيد به البروتوكول الثاني.

الالتزام بالمحاكمة أو التسليم:

جاءت المادة 15(2) من البروتوكول الثاني تأكيداً لم تم إقراره في المادة (28) من اتفاقية لاهاي لعام 1954 عندما فرضت على عاتق الأطراف التزاماً بضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمحاكمة ومعاقبة الأشخاص الذين يرتكبون أو يأمرون بارتكاب أية انتهاكات للالتزامات الواردة في الاتفاقية. ويتعين أن يكون النظام القانوني الذي تقرره الدول بشأن حماية الممتلكات الثقافية شاملاً، بحيث لا يقتصر فحسب على تجريم الانتهاكات التي تقع على الممتلكات الثقافية، وإنما يتعين أن يشمل على القواعد القانونية المتعلقة بالمحاكمة والعقاب والتسليم بشأن تلك الانتهاكات¹.

ولم تحدد الاتفاقية أو البروتوكول نطاق ونوعية العقوبات التي يتعين على كل دولة اتخاذها تجاه المسؤولين عن انتهاك الممتلكات الثقافية المحمية بموجب

¹ Jean-Marie Henckaerts, op. cit.

أحكامهما، وإنما تركت الأمر للسلطة التقديرية، شريطة أن تكون عقوبات مناسبة. ومع ذلك، فإن البروتوكول كان أكثر حرصاً بإقراره ضوابط محدده يتعين على الدول الالتزام بها عند إقرار تلك العقوبات، وتتمثل في ضرورة التقيد بالمبادئ العامة للقانون، ومبادئ القانون الدولي. ويستفاد من ذلك أن مفهوم العقوبة المناسبة يتعين أن يشتمل على العقوبات السالبة للحرية، فلا يكفي أن تكون الغرامة أو المصادرة هي العقوبة الوحيدة المناسبة على ارتكاب جرائم ضد الممتلكات الثقافية، وإن كان ذلك لا يمنع من أن تكون ضمن العقوبات التبعية للعقوبات السالبة للحرية¹. بل إنه لا يوجد ما يحول دون تطبيق عقوبة الإعدام إذا بلغت الجريمة درجة من الجسامه تستدعي تطبيق تلك العقوبة. وإن كان من شأن تطبيق عقوبة الإعدام في بعض الحالات أن يمثل أساساً قانونياً لرفض الدول التي ألغت عقوبة الإعدام تسليم المتهمين بارتكاب جرائم ضد الممتلكات الثقافية، وذلك ما لم تقدم الدولة طالبة التسليم الضمانات القانونية اللازمة بأنها لن تطبق عقوبة الإعدام على المتهم².

ومن مزايا نظام المسؤولية الذي أقره البروتوكول الثاني أنه أشار صراحة بأن المسؤولية الجنائية الفردية لا تقتصر فحسب على المساهمة الأصلية في ارتكاب جريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية المحمية بموجب الاتفاقية

¹ Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, op. cit., p. 281.

² Kevin Chamberlain, op. cit., p. 208.

والبروتوكول، وإنما تمتد لتشمل المساهمة التبعية في ارتكابها، ومنها التخطيط والتحريض والمساعدة¹.

وتحقيقاً لفعالية وسرعة محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم جسيمة ضد الممتلكات الثقافية المحمية، طالب البروتوكول أطرافه بالاختيار بين أحد التزامين، حال تواجد هؤلاء المتهمين داخل أراضيها: إما تسليمهم للدولة التي ينعقد لها الاختصاص الإقليمي أو الشخصي أو العالمي، حال تقدمها بطلب تسليمهم، وإما محاكمتهم أمام قضائهم الداخلي، سواء وفقاً للقواعد والإجراءات الوطنية، أو وفقاً للقواعد والإجراءات الدولية، إن كان ممكناً².

وفي سبيل تحقيق الالتزام بالمحاكمة أو التسليم، فإنه يقع على عاتق الدول الأطراف الالتزام بتبادل المساعدة القانونية فيما يتعلق بالتحقيقات والإجراءات الجنائية وتسليم المجرمين³.

وأقر البروتوكول قواعد تفصيلية بالنسبة لتسليم المتهمين بارتكاب جرائم جسيمة ضد الممتلكات الثقافية، حيث أكد على أنه في الحالة التي يستلزم النظام القانوني لدولة طرف ضرورة وجود معاهدة لتسليم المجرمين لكي تستجيب لطلب

¹ المادة 15(2) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

² المادة 17(1) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

³ المادة (19)، المرجع نفسه.

تسليم من دولة أخرى، فإن البروتوكول ذاته يعتبر الأساس القانوني لتسليم
المجرمين¹.

علاوة على ذلك، أكد البروتوكول على عدم جواز اعتبار الجرائم الجسمية التي
ترتكب ضد الممتلكات الثقافية بالمخالفة لأحكام البروتوكول بمثابة جرائم سياسية أو
مرتبطة بجرائم سياسية، على نحو يمنح الدولة سنداً قانونياً لرفض تسليم المتهمين
بارتكاب تلك الجرائم.

ومع ذلك، لم يغفل البروتوكول حق الدول في منح الملجأ، وبالتالي لم
يسلبها الحق في رفض طلب التسليم إذا توافرت لديها أسباب جوهرية للاعتقاد بأن
الشخص المطلوب تسليمه سوف يتعرض للمحاكمة والعقاب أو الإجحاف بمركزه
القانوني بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو أصله الإثني أو رأيه السياسي².

ويتعين، في جميع الأحوال، أن يكفل النظام القانوني الداخلي كافة
ضمانات المعاملة المنصفة والمحاكمة العادلة عند اتخاذ الإجراءات القضائية تجاه
المتهمين بارتكاب جرائم جسيمة ضد الممتلكات الثقافية، بحث لا تقل هذه
الضمانات بأي حال من الأحوال عن تلك التي يقرها القانون الدولي³.

¹ المادة 18(2)، المرجع نفسه.

² المادة 20(2)، المرجع نفسه.

³ المادة 17(2)، المرجع نفسه.

وبالرغم من أن العديد من الدول لديها تشريعات لحماية التراث الثقافي، إلا أنها كثيراً ما تقتصر للآليات اللازمة لإنفاذها. ويثير إنفاذ القوانين، ولا سيما في زمن النزاعات المسلحة، العديد من الإشكاليات، فعلى سبيل المثال، نجد أن سوريا والعراق لديهم قوانين وطنية تجرم سلب وتدمير الآثار، ومع ذلك لا توجد أية آليات فعالة لإنفاذ تلك القوانين أثناء النزاعات المسلحة التي اندلعت في البلدين¹.

كذلك لم تقم سلطات دولة مالي بأية جهود ملموسة في سبيل محاكمة ومعاينة المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للتراث الثقافي المشترك خلال النزاع المسلح الذي اندلع خلال 2012-2013، حيث أكدت حكومة مالي في خطابها الخاص بإحالة الدعوى إلى المحكمة الجنائية الدولية أن قضاء دولة مالي غير قادر على محاكمة المتهمين عن الجرائم الدولية المرتكبة في شمال مالي إبان النزاع المسلح، وذلك لسببين رئيسيين:

أولاً: ضعف النظام القضائي الذي يرجع أساساً لعدم توافر الكفاءات القضائية، وعدم كفاية الميزانية المخصصة للنظام القضائي في سبيل الاضطلاع بمهامه على الوجه الأكمل.

ثانياً: افتقار سلطات دولة مالي للقدرة والآليات التي تمكنها من القبض على المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات الجسيمة أثناء النزاع المسلح وتقديمهم للعدالة.

¹ David W. Bowker, op. cit.

وبناء عليه، أدركت حكومة مالي أن المحكمة الجنائية الدولية هي الجهة القضائية الملائمة لإجراء التحقيقات والمحاكمات اللازمة. وبمجرد إصدار المحكمة الجنائية الدولية لمذكرة القبض، لم يستغرق المسؤولون في النيجر سوى ثمانية أيام، بالتعاون مع حكومة مالي، للقبض على المهدي وتسليمه للمحكمة الجنائية الدولية في لاهاي، تمهيداً لمحاكمته¹.

وبالرغم من أن المشرع المصري أصدر عام 2018 القانون رقم (91) بشأن تعديل بعض أحكام قانون حماية الآثار رقم (117) لسنة 1983، إلا أنه لم يقرر الاختصاص العالمي للقضاء المصري بالمحاكمة والعقاب على أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي تتم خارج الإقليم المصري. كذلك لم يقرر

¹ وجاء في تقرير الخبير المستقل بشأن أوضاع حقوق الإنسان في دولة مالي:

“the Judicial system does not have the capacity or resources to deal with the diversity and complexity of crimes committed in northern Mali, which include international crimes such as crimes against humanity, terrorism, abduction and drug trafficking. Generally speaking, the judicial system faces a number of challenges that limits its ability to function. These include inadequate financial and material resources, the insufficient independence of the judiciary, corruption, high legal costs, the remoteness of the courts, inadequate training and the lack of human rights training.” See: Report of the Independent Expert on the Situation of Human Rights in Mali, Suliman Baldo, General Assembly, Human Rights Council, Twenty Fifth Session, UN. Doc. A/HRC/25/72, 10 January 2014, para. 27–36, p. 7–8.

المشرع المصري أية نصوص صريحة بشأن تجريم أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي يتم ارتكابها في زمن النزاعات المسلحة وتمثل جريمة حرب معاقب عليها. لذلك فإنه حري بالمشرع المصري أن يتدارك أوجه القصور في القوانين الجزائية الوطنية بغرض تحقيق أكبر قدر من الحماية للممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية جمعاء، وهو ما يأتي انطلاقاً من مكانة مصر المرموقة باعتبارها ضمن أقدم الحضارات في التاريخ الإنساني.

الفصل الثاني

القواعد التي تحكم المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية

تمهيد وتقسيم:

كان لمحاكمات نورمبرج وطوكيو أثراً عظيماً في إقرار مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية الفردية على ارتكاب جرائم الحرب، لا سيما فيما يتعلق بإنهاء حصانة مسؤولي الدول حال ارتكابهم للجرائم الدولية، مما قيد من نظرية أعمال السيادة المطلقة.

وإذا كانت أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية تتم من خلال قيام شخص أو مجموعة من الأشخاص بإتيان الفعل المكون للركن المادي للجريمة، على نحو يثير مسؤوليتهم المباشرة والأصلية عن ارتكاب الجريم، إلا أنه ثمة حالات قد لا يقوم فيها الشخص بإتيان الفعل المكون للركن المادي للجريمة بشكل مباشرة، وإنما يساهم بطريقة أو أخرى في التخطيط أو التنفيذ لارتكاب الجريمة، وكثيراً ما تكون مساهمته جوهرية في ارتكاب الجريمة، لذلك كان لزاماً إقرار مسؤوليته عن ارتكاب الجريمة. ولتحقيق قدر أكبر من الردع عن ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، فإنه يتعين إقرار المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن الشروع في ارتكاب الجريمة. ويتضح من ذلك تعدد صور المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

وجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية في حد ذاتها ليست من طبيعة واحدة؛ فهي قد تُرتكب في زمن النزاعات المسلحة، سواء الدولية أو غير الدولية، بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني وتمثل بالتالي جريمة حرب. ويمكن أن يتم تدمير الممتلكات الثقافية في إطار خطة ممنهجة أو واسعة النطاق لاضطهاد جماعة معينة، سواء في زمن السلم أو الحرب، فإنها تشكل بالتالي جريمة ضد الإنسانية. وكذلك قد يتم تدمير الممتلكات الثقافية ومحو وطمس الهوية الثقافية لجماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية في إطار خطة لإبادتها كلياً أو جزئياً بصفتها هذه، وبالتالي يمكن أن يتم الاستناد إلى تدمير الممتلكات الثقافية كوسيلة لإثبات توافر القصد الخاص اللازم لقيام جريمة الإبادة الجماعية.

وإذا كانت محاكمات نورمبرج قد حرصت في بعض أحكامها على تجريم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، إلا أن قضاء محكمة يوغسلافيا أفرد مساحات واسعة في أحكامه لتأسيس المسؤولية الجنائية الفردية عن الأفعال المكونة لجريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية. ولكن يلاحظ أن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي نظرتها نورمبرج ومحكمة يوغسلافيا السابقة كانت مرتبطة بارتكاب جرائم دولية أخرى تقع على الأفراد، لذلك كان للمحكمة الجنائية الدولية السبق في إجراء محاكمة دولية تُعقد بشكل خاص للمحاكمة والعقاب على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

المبحث الأول: صور المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن جرائم الاعتداء على
الممتلكات الثقافية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجرائم الدولية المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية:

المبحث الثالث: المحاكمات الدولية على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

المبحث الأول

صور المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية

المسؤولية الجنائية الدولية لا تقع إلا على الأفراد؛ أي أن فكرة المسؤولية الجنائية للدولة لم يتم إقرارها على الصعيد الدولي. وكانت محكمة نورمبرج حاسمة في إقرارها لمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية بقولها إن "الجرائم ضد القانون الدولي تُرتكب بواسطة الأشخاص، وليس بواسطة الكيانات المجردة"¹.

وإذا كانت المسؤولية الجنائية الدولية لا تقع إلا على الأفراد، إلا أن ذلك لا ينفي حقيقة أن الدولة تظل مسؤولة، وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية الدولية عن الجرائم التي تُرتكب بواسطة مسؤوليها²، خاصة إذا تم ارتكاب تلك الجرائم في إطار سياسة عامة للدولة ووفقاً لخطة منظمة وممنهجة³.

¹ Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, vol. 1, 14 November 1945–1 October 1946, p. 223.

² انظر فيما يتعلق بالتمييز بين المسؤولية الجنائية الدولية والمسؤولية الدولية المدنية: صبرينة العيفاوي، القصد الجنائي الخاص كسبب لقيام المسؤولية الجنائية الدولية في جريمة الإبادة الجماعية، مكتبة الوفاء القانونية، 2014، ص 144 وما بعدها.

³ André Nollkaemper, Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52, No. 3, July 2003, p. 616–640.

ومسألة ازدواجية المسؤولية الجنائية الفردية ومسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية هي من المسائل التي تم إقرارها في الفقه والقضاء الدولي¹. فذهب رأي في الفقه إلى أن أعمال التدمير والسلب والنهب التي يرتكبها أفراد القوات المسلحة تجاه الممتلكات المدنية أثناء النزاعات المسلحة، تعد مخالفة لقواعد وأعراف الحرب على نحو يثير مسؤولية الدولة التي يتبعها الجنود الذين ارتكبوا الجرائم الدولية.

وفي قضية فورونديزجا Furundžija التي نظرتها المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، صرحت الدائرة الاستئنافية بأنه "وفقاً للقانون الدولي الإنساني الراهن، فإنه بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية الفردية، فإن الدولة يمكن أن تسأل نتيجة لقيام مسؤوليها بالاشتراك في التعذيب أو تقصيرهم في منع التعذيب أو محاكمة مرتكبيه. وإذا تم القيام به في سياق ممارسة شاملة لمسؤولي الدولة، فإن التعذيب يعد انتهاكاً جسيماً لالتزام دولي ذا أهمية رئيسية لضمان بقاء الإنسان، ومن ثم يمثل فعل غير مشروع يثير مسؤولية الدولة"².

¹ Alwyn V. Freeman, Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces, Collected Course of the Hague Academy of International Law, vol. 88, 1955, p.305.

² Prosecutor v. Anto Furundžija, ICTY, Trial Chamber judgment, (IT-95-17-1-T), 10 December 1998, para. 142. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Furundžija)

بل إن محكمة العدل الدولية أكدت على فكرة ازدواجية المسؤولية الجنائية الفردية ومسؤولية الدولة في قضية الإبادة الجماعية (البوسنة والهرسك ضد صربيا الجبل الأسود)، حيث قررت أنه بالرغم من أن صربيا ليست مسؤولة عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية في سربيرنيتشا أو التحريض على ارتكابها وفقاً لاتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية، إلا أنها أقرت مع ذلك مسؤوليتها عن الإخلال بالتزامها في منع وقع جريمة الإبادة الجماعية وفقاً لما تقرره الاتفاقية¹.

والمسؤولية الجنائية الفردية لا تقع فحسب على من يرتكب الفعل المكون للركن المادي للجريمة الدولية، وإنما تمتد لتشمل كل من ساهم في ارتكابها، سواء كان دوره رئيسياً أو ثانوياً. فالغالب أن تتحقق النتيجة الإجرامية للجريمة الدولية من خلال مساهمة عدد كبير من الجناة. ويتم ذلك في العادة وفقاً لنظام مؤسسي مكون من ممثلين للدولة أو أفراد في القوات المسلحة. ويتولى كل فرد من أفراد تلك المنظومة القيام بدور محوري في ارتكاب الجريمة، سواء من حيث التخطيط أو الأمر أو المساعدة وصولاً إلى تنفيذ الفعل الإجرامي ذاته.

¹ استنتجت محكمة العدل الدولية بأن "صربيا انتهكت الالتزام بمنع الإبادة الجماعية فيما يتعلق بالإبادة الجماعية التي ارتكبت في سربيرنيتشا، والتزاماتها بموجب الاتفاقية لعدم تسليمها راتكو ملاديتش الذي صد في حقه قرار اتهام بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية والمشاركة في ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية لمحاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، وبالتالي فإنها لم تتعاون تعاوناً تاماً مع تلك المحكمة". انظر: محكمة العدل الدولية، تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود)، الحكم الصادر في 26 فبراير 2007، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (2003-2007)، ص 193.

لذلك نجد أن محكمة نورمبرج اتجهت نحو توسيع نطاق المسؤولية الجنائية الفردية لكي تتمكن من محاكمة أكبر عدد ممن ساهموا في ارتكاب الجرائم التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة، فظهرت صور مختلفة للمسؤولية الجنائية الفردية، منها: المسؤولية عن العضوية في المنظمات الإجرامية، وعن التآمر لارتكاب الجريمة الدولية، ومسؤولية القادة ورؤساء الدول. علاوة على التخطيط والتحريض والتنظيم والمساعدة على ارتكاب الجرائم التي تدخل في اختصاص محكمة نورمبرج¹.

والحقيقة إن تعدد صور المساهمة في ارتكاب الجرائم التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي لمحكمة نورمبرج ليس من شأنه أن يؤثر على درجة المسؤولية التي توقع على كل من تثبت إدانته أو على العقوبة التي يمكن توقعها، وإنما الهدف الرئيس منها، كما سبق أن ذكرنا، هو مد نطاق المسؤولية الجنائية الفردية على أكبر عدد ممن ساهموا في ارتكاب جرائم الحرب على دول الحلفاء.

وعند إنشاء المحاكم المؤقتة، برز الاهتمام بفكرة المساهمة في ارتكاب الجرائم الدولية. فجاءت المادة 7(1) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمادة 6(1) من النظام الأساسي لمحكمة رواندا، ليميز بين

¹ المادة 6(ج) من نظام المحكمة العسكرية الدولية بنورمبرج (محكمة نورمبرج)، أنشأت بموجب اتفاق بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة والاتحاد السوفيتي وفرنسا لمحاكمة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب من دول المحور، وتم توقيعه في لندن، في 8 أغسطس 1945.

اقتراف الجريمة، والتخطيط، والأمر والتحريض والمساعدة. كذلك أقرت محكمة يوغسلافيا فكرة المشروع الإجرامي المشترك¹.

وجاءت المادة 25 من نظام روما الأساسي لتأخذ بصور المساهمة التي أقرتها محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا، ولكنها أضافت إليها بعض صور الجرائم الناقصة، كالتحريض على ارتكاب الإبادة والشروع.

وأكدت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قرارها بشأن اعتماد التهم الموجهة إلى أحمد الفقي المهدي، في القضية المتعلقة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية، بأن التهمة الموجهة للمتهم تتضمن عدة أشكال للمسؤولية. وبالتالي يتعين على الدائرة التمهيدية التعرض إليها لكي تتمكن من اعتماد التهم الموجهة للمتهم².

وعليه، فإن تحديد كل صورة من صور المسؤولية الجنائية الفردية يعد ذات أهمية خاصة في سبيل الوقوف على مسؤولية كل من يساهم في ارتكاب الجرائم

¹ Prosecutor v. Tadić, ICTY, Appeal Judgment (IT-94-1-A), 15 July 1999, para. 185. (hereinafter referred to as Tadić Appeal Judgment).

² المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحالة في جمهورية مالي، قرار بشأن اعتماد التهم، الدائرة التمهيدية الأولى (ICC-01/12-01/15)، 24 مارس 2016، الفقرات 21-27.

الدولية الموجهة للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية وفقاً لقواعد القانون الدولي المطبقة¹.

وبناء على ذلك، فإننا نقسم صور المسؤولية الفردية إلى ثلاث فئات رئيسية، وتحديداً: المسؤولية عن المساهمة الأصلية في الجريمة (مطلب أول)،

¹ وحري بالبيان أن فكرة وضع تصنيف للمسؤولية الجنائية الفردية لم يكن محل اتفاق بين قضاة محكمة يوغسلافيا السابقة، حيث ذهب جانب من قضاة المحكمة إلى أنه من الهام التقيد بالمبادئ العامة المستقرة فيما يتعلق بالتمييز بين المسؤولية الأصلية والمسؤولية التبعية، بينما ذهب جانب آخر من القضاة إلى أنه لا توجد جدوى من التمييز إلا إذا كان من شأنه فقط أن يؤثر على مدى العقوبة الموقعة على الشخص الذي ساهم بدور محدد في ارتكاب الجريمة. أنظر فيما يتعلق بالاتجاه المؤيد للتمييز بين المسؤولية الأصلية والمسؤولية التبعية:

Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY, Trial Chamber Judgment (IT-98-33-T), 2 August 2001, paras 643-645. Prosecutor v. Mirolslav Kvočka, Milado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub prcac., ICTY, Trial Chamber Judgment (IT-98-30/1-T), 2 November 2001, paras. 278, 279.

انظر فيما يتعلق بالرأي المعارض للتمييز بين المسؤولية الأصلية والمسؤولية التبعية:

Prosecutor v. Mirolslav Kvočka et al., ICTY, Trial Chamber, Separate Opinion of Judge David Hunt on Decision on Dragoljub Ojdanić Motion Challenging Jurisdiction, Trial Chamber (IT-99-37-AR72), 21 May 2003, para. 31.

والمسؤولية عن المسؤولية التبعية في الجريمة (مطلب ثان)، والمسؤولية عن
الجريمة الناقصة (مطلب ثالث)¹.

¹ وذهب رأي في الفقه إلى أن المادة 25(3) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم
تكتف فقط بتعداد صور المساهمة في ارتكاب الجريمة، وإنما قام بتصنيف درجات المسؤولية
الجنائية الفردية، من خلال تقسيمها إلى أربع فئات: تشتمل الأولى على ارتكاب الجريمة، والثانية
على الأمر والتحريض، والثالثة على المساعدة، والرابعة على الاشتراك في جماعة إجرامية.
أنظر:

Gerhard Werle, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC
Statute, Journal of International Criminal Justice, vol. 5, No. 4, 2007, p.
956-7.

المطلب الأول

المسؤولية عن المساهمة الأصلية في الجريمة

القاعدة العامة المستقرة في قواعد القانون الجنائي هي عدم مسائلة شخص عن فعل أو امتناع غير مشروع لم يقترفه أو لم يساهم في اقترافه. وتستند هذه القاعدة إلى فكرتين أساسيتين:

الأولى: أنه لا يمكن مساءلة عضو في جماعة معينة عن الجرائم الدولية التي تم ارتكابها بواسطة أعضاء الجماعة الآخرين، لأن فكرة المسؤولية الجنائية الجماعية لم تعد مقبولة في قضاء المحاكم الدولية.

الثانية: أنه لا يمكن مساءلة الشخص إلا إذا ثبت ذنبه عن الاعتداء على حق تحميه قواعد القانون الدولي وتقرر المسؤولية الجنائية الفردية بشأنه¹. ويفترض ذلك بالضرورة أمرين؛ فمن ناحية أولى، يتعين أن يتوافر لدى الشخص العلم والإرادة بأن هناك اعتداء على الحق المحمي بموجب قواعد القانون الدولي، أو أن يتمتع، سواء عن قصد أو إهمال، عن وقف الجرائم التي تُرتكب بواسطة تابعيه أو أن يتخذ إجراءات معاقبتهم على تلك الجرائم.

¹ Antonio Cassese, International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, p. 136.

المساهم الأصلي في ارتكاب الجريمة هو من يرتكبها بنفسه مباشرة أو بالاشتراك مع غيره، أو من خلال شخص آخر (أو الفاعل المعنوي للجريمة) أو بطريق الامتناع.

أولاً: الارتكاب المباشر للجريمة:

إن قيام الشخص مباشرة باقتراف الفعل الذي يستوفي عناصر الركن المادي للجريمة الدولية، فضلاً عن توافر الركن المعنوي المتمثل في العلم والإرادة بالفعل الإجرامي المُرتكب، يعد مسؤولاً وفقاً لقواعد القانون الجنائي الدولي عن اقتراف الجريمة. وقد أشارت الدائرة الاستئنافية في قضية تاديتش إلى أن الارتكاب المباشر للجريمة يتم من خلال قيام الجاني بنفسه بارتكاب الركن المادي للجريمة¹.

وأوردت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قرار اعتماد التهم الصادرة ضد نتاجاندا Ntaganda العناصر الواجب توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن الارتكاب المباشر للجريمة، وهي: ارتكاب المتهم للعناصر المكونة للركن المادي للجريمة بشخصه، وتوافر العلم والإرادة عند ارتكاب الجريمة، وتوافر القصد الخاص إذا كانت تدخل ضمن عناصر الركن المعنوي للجريمة المرتكبة².

¹ Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 188.

² The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial

وكانت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية قد أكدت مسؤولية أحمد
الفاقي المهدي باعتباره مرتكباً مباشرة، نظراً لاشتراكه بشخصه في استهداف وتدمير
الأثار التاريخية والمباني المخصصة للأغراض الدينية في تمبكتو بمالي¹.

وحري بالبيان أن الشخص يظل مكتسباً لوصف المرتكب المباشر للجريمة
حتى ولو توافر بشأنه مانع من موانع المسؤولية الجنائية، كما لو أقترب الجريمة
تحت تأثير الإكراه².

Chamber II (ICC-01/04-02/06), 9 June 2014, para. 136. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Ntaganda)

¹ المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، قرار بشأن اعتماد التهم، المرجع السابق، الفقرتين 3،
8، ص 22-23.

² Neha Jain, Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes, Hart Publishing Ltd, 2014, p. 121.

ثانياً: الاشتراك في ارتكاب الجريمة¹:

قد تتم المساهمة الأصلية في ارتكاب الجريمة من خلال قيام عدد من الأشخاص بالتصرف مجتمعين بغرض اقتراف الفعل المكون للركن المادي للجريمة. وفي هذه الحالة يكون كل منهم مسؤول بشكل فردي عن ارتكاب الجريمة.

والسمة المميزة لهذه الصورة من صور المساهمة الأصلية هي أن المشاركين في ارتكاب الجريمة الدولية يتصرفون في إطار خطة مشتركة لتنفيذ الجريمة. ويترتب على ذلك أن كل شخص من الأشخاص المشاركين في ارتكاب الفعل الإجرامي يعد مسؤولاً بصفة فردية عن كافة الأفعال التي ارتكبها كافة المشاركين في ارتكاب الجريمة؛ أي أنه يسأل عن كامل الجريمة التي تمت في إطار الخطة المشتركة².

وتفترض المسؤولية الجنائية الفردية استناداً إلى هذه الصورة من صور المساهمة الأصلية توافر عنصرين رئيسيين:

¹ المقصود بالاشتراك في ارتكاب الجريمة، تعدد الفاعلين أو المساهمين الأصليين في ارتكاب الجريمة، وذلك وفقاً لنص المادة 25(3)(أ) من نظام روما الأساسي التي قررت أن "الشخص يسأل جنائياً ويكون عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة حال قيام هذا الشخص بارتكاب هذه الجريمة سواء بصفته الفردية أو بالاشتراك مع آخر أو عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا كان ذلك الآخر مسؤولاً جنائياً".

² Ciara Damgaard, Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes, Selected Pertinent Issues, Springer, 2008, p. 190.

الأول مادي، ويتمثل في الاشتراك في الاقتراف المادي للفعل الإجرامي.

والثاني معنوي، ويتمثل في الاتفاق بين المشاركين في الجريمة في إطار خطة أو غرض أو مشروع مشترك.

ولا يشترط أن يرتكب كل عضو من أعضاء الخطة أو الغرض المشترك الفعل المادي للجريمة، كله أو بعضه، بنفسه، وإنما يكفي أن تكون مشاركته ذات أثر جوهري في تحقيق النتيجة الإجرامية لكي تقع عليه المسؤولية الكاملة عن ارتكاب الجريمة. وكان هناك خلاف بين المحاكم الجنائية الدولية فيما يتعلق بمدى ثبوت المسؤولية عن المساهمة في خطة أو غرض مشترك، حيث اختلف قضاء محكمة يوغسلافيا عما أقرته المحكمة الجنائية الدولية في هذا الصدد¹.

ونوضح ذلك على النحو التالي:

¹ Stefano Manacorda, Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise, Journal of International Criminal Justice, vol. 9, no. 2, 2011, p. 159 et Seq.

1. المشروع الإجرامي المشترك أمام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة:

اتخذت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة منهجاً مؤداه المساواة في المسؤولية الجنائية الفردية تجاه كافة من يشتركون في تنفيذ مشروع إجرامي مشترك joint criminal enterprise، بغض النظر عن دور كل منهم في ارتكاب الجريمة.

فأعلنت الدائرة الاستئنافية في قضية تاديتش أنه وفقاً لمفهوم المادة (17) من النظام الأساسي للمحكمة، فإن اختصاص المحكمة على الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني لا يقتصر فحسب على من قام بارتكاب الركن المادي للجريمة، ولكنه يمتد ليشمل كل من ساهم في ارتكابها، سواء بالتحريض أو الأمر أو المساعدة أو التخطيط، طالما أنه قد تم في إطار مشروع مشترك.

وكانت محكمة يوغسلافيا قد بررت هذا الاستنتاج بقولها:

"إن هذا التفسير لا تمليه فحسب أهداف وأغراض النظام الأساسي، ولكن تقره الطبيعة الخاصة لغالبية الجرائم الدولية، والتي غالباً ما تُرتكب في زمن الحروب. وفي غالب الأحوال، لا تنتشأ هذه الجرائم من النزعة الإجرامية لأشخاص منفردين، ولكنها تمثل مظهر لإجرام جماعي: فالجرائم غالباً ما ترتكب بواسطة مجموعة من الأفراد يتصرفون وفقاً لنموذج إجرامي مشترك. وبالرغم من أن بعض أعضاء الجماعة هم من يرتكبون فعلياً الفعل الإجرامي (القتل والإبادة والتدمير العمدي

للمدن والقرى)، فإن مساهمة ومشاركة باقي أعضاء الجماعة غالباً ما تكون جوهرية في تسهيل ارتكاب الجريمة المعنية. ويستتبع ذلك أن الخطورة المعنوية لهذه المساهمة لا تقل-بل في الواقع لا تختلف-عن تلك المتوفرة لدي من قام بالارتكاب الفعلي للجريمة"¹.

وانتهت محكمة يوغسلافيا السابقة إلى أن العناصر اللازم توافرها في الركن المادي للمساهمة في مشروع إجرامي مشترك تتمثل فيما يلي:

أ. تعدد الجناة: ولا يشترط أن يكونوا أعضاء في نظام عسكري أو سياسي أو إداري.

ب. وجود خطة أو نموذج أو غرض مشترك يتضمن ارتكاب جريمة منصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة. ولا يشترط أن يكون هناك اتفاق مسبق أو تنظيم لهذه الخطة أو هذا النموذج أو الغرض المشترك؛ إذا أن هذه الخطة المشتركة يمكن أن تنشأ بشكل تلقائي، ويمكن استخلاصها من واقع انسجام الأفعال المتعددة للجناة بغرض تحقيق المشروع الإجرامي المشترك.

ج. مساهمة المتهم في النموذج المشترك من خلال ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة. ولا يشترط في المساهمة أن

¹ Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 189 et seq.

تتطوي على ارتكاب جريمة محددة من الجرائم المنصوص عليها، بل يكفي أن تتخذ شكل المساعدة أو المشاركة في تنفيذ الخطة أو الغرض المشترك¹.

وأكدت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في أحكامها الصادرة في قضية كرونوجيلاج Krnojelac، وقضية فاسيلجفيتش Vasiljević، وقضية كفوسكا وآخرين Kvočka et al، ضرورة توافر العناصر السابقة لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن المساهمة في المشروع الإجرامي المشترك².

ونخلص من ذلك أنه وفقاً لقضاء محكمة يوغسلافيا السابقة، فإن أي قدر من المساهمة في المشروع الإجرامي المشترك يعد من قبيل الارتكاب الفعلي للجريمة، دون حاجة إلى إثبات أن مساهمة المتهم في المشروع كانت جوهرية أو ضرورية

¹ المرجع نفسه، الفقرة 227.

² Prosecutor v. Milorad Krnojelac, ICTY, Appeal Judgment (IT-97-25-A), 17 September 2003, para. 31; Prosecutor v. Mitar Vasiljević, ICTY, Appeal Judgment (IT-98-32-A), 25 February 2004, para. 100; Prosecutor v. Mirolslav Kvočka, Milado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub prcac, ICTY, Appeal Judgment (IT-98-30/1-A), 28 February 2004, para. 81 (hereinafter referred to as Kvočka et al. Appeal Judgment).

لتنفيذ الخطة أو الغرض المشترك. ويترتب على ذلك المساواة بين جميع أعضاء المشروع الإجرامي في المسؤولية الجنائية الفردية¹.

علاوة على ذلك، أوردت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة ثلاث فئات من المشروع الإجرامي المشترك؛ رئيسية، ونظامية، وممتدة. ووفقاً للرأي المحكمة، فإنه بالرغم من أن الركن المادي لكل فئة يظل واحداً، إلا أن ثمة اختلاف فيما يتعلق بالركن المعنوي²:

فبالنسبة للفئة الرئيسية من المشروع الإجرامي المشترك، وهي التي تتضمن اشتراك مجموعة من الأشخاص في ارتكاب إحدى الجرائم الدولية المعاقب عليه بموجب أحكام القانون الدولي الجنائي، ويتم تنفيذ الجريمة فعلياً وفقاً للخطة أو الغرض المشترك. فكل من ساهم في ارتكاب الجريمة يشترك في نفس القصد الإجرامي، ويسأل كل عضو من أعضاء المشروع الإجرامي المشترك بطريقة متساوية مع غيره ممن ساهم في تنفيذ الخطة أو الغرض المشترك³.

وبالنسبة للفئة النظامية للمشروع الإجرامي المشترك، فإنها تتسم بوجود منظومة إجرامية ممنهجة، كما هو الحال بالنسبة لنظام إساءة معاملة المسجونين

¹ Kvočka et al. Appeal Judgment, op. cit., paras. 94, 104, 187, para. Prosecutor v. Radoslav Brđanin, ICTY, Appeal Judgment (IT-99-36-a), 3 April 2007, para. 365.

² Kvočka et al. Appeal Judgment, op. cit., paras. 82-83.

³ Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 196-200.

في معسكرات الاعتقال أو أماكن الاحتجاز. فإنه يشترط لقيام المسؤولية الجنائية، أن يكون الجاني على علم بهذا النظام، وأن تتجه نيته نحو تعزيز الغرض الإجرامي لهذا النظام¹.

وبالنسبة للفئة الممتدة للمشروع الإجرامي المشترك، فهي تتعلق بإسناد المسؤولية عن الجرائم التي تتجاوز حدود الخطة أو الغرض الإجرامي المشترك. ووفقاً للدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة، فإن المساهم في المشروع الإجرامي المشترك يمكن أن يسأل عن الجرائم التي لم تدخل ضمن الخطة المشتركة، إذا كانت نتيجة طبيعية ومتوقعة لتنفيذ الغرض المشترك². ومع ذلك، فإنه ثمة متطلبين أساسيين يتعين توافرها لقيام الركن المعنوي لهذه الفئة: أولاً، أن يتوافر القصد لدى المتهم في المساهمة والمشاركة في الغرض الإجرامي المشترك. ثانياً، أن يتوافر العلم لدى المتهم بأن الجريمة التي تخرج عن حدود المشروع الإجرامي المشترك يمكن أن يتم ارتكابها بواسطة أحد أعضاء الجماعة، وأن يقبل

¹ المرجع نفسه 202-203.

² أوردت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة حالة توضيحية للفئة الثالثة للمشروع الإجرامي المشترك، تتمثل في مسؤولية المتهم الذي يساهم في خطة مشتركة لجماعة معينة بغرض إحداث التطهير العرقي لسكان منطقة معينة، حيث تم قتل العديد من الضحايا خلال عملية التطهير العرقي. فيما أن القتل يعد نتيجة متوقعة للإبعاد القسري للسكان المدنيين تحت قوة السلاح، فإن المتهم يسأل عن جرائم القتل التي وقعت، فضلاً عن جريمة التطهير العرقي. المرجع نفسه الفقرة 204.

المخاطرة بإمكانية تحقق الجريمة من خلال المساهمة والاستمرار في تنفيذ الخطة المشتركة¹.

ووفقاً لهذا المفهوم الأخير للمشروع الإجرامي المشترك، فإنه لا يشترط لكي يسأل المتهم عن المساهمة في مشروع إجرامي مشترك أن يكون قد شارك مشاركة جوهرية في تنفيذ الخطة المشتركة. بل يسأل المتهم، وفقاً لما قرره الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا في قضية بوبوفيتش وآخرين Popović عن المساهمة في مشروع إجرامي مشترك، حتى ولو كان العمل الذي قام به يندرج ضمن أعماله الروتينية، طالما أنه ساهم في تعزيز الخطة أو الغرض المشترك².

¹ Kvočka et al. Appeal Judgment, op. cit., paras. 82–83.

ويلاحظ أن محكمة يوغسلافيا السابقة قد أشارت إلى أنه يكفي أن يقبل المتهم بإمكانية وقوع الجريمة وليس أرجحيه وقوعها، ويعد ذلك عنصر من عناصر الركن المعنوي أضعف من الإهمال، لأن المتهم في هذه الحالة يقبل المخاطرة بإمكانية وقوع جريمة لن يرتكبها بنفسه، وإنما سوف يرتكبها غيره، وذلك باعتبارها نتيجة محتملة للجريمة الأصلية التي ساهم في ارتكابها. أنظر:

Christopher Cowley, To What Degree is the Concept of Extended Joint Criminal Enterprise Coherent? A Discussion with Regard to the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia, *The Journal of Criminal Law*, vol. 79, no. 4, 2015, p. 272.

² Prosecutor v. Vuljadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Radivoje Miletić and Vinko Pandurević, ICTY, Appeal Chamber Judgment (IT-05-88-A), 30 January 2015, para. 1615. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Popović)

ولا يشترط أيضاً أن يتوافر لدى المتهم كافة عناصر الركن المعنوي للجريمة. وتبرز أهمية ذلك فيما يتعلق بالقصد الخاص اللازم لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية¹. فالشخص الذي يساهم في مشروع إجرامي مشترك يمكن أن يعد مسؤولاً عن جريمة الإبادة الجماعية التي تُرتكب تجاه جماعة معينة خارج إطار المشروع الإجرامي المشترك، طالما أن عملية الإبادة الجماعية تعد نتيجة طبيعية ومتوقعة لتنفيذ الغرض المشترك، على أن يتوافر العلم لدى المتهم بإمكانية وقوع جريمة الإبادة الجماعية². ومثال ذلك، أن يساهم الشخص في خطة مشتركة تستهدف الإبعاد القسري لجماعة دينية من منطقة معينة، ولكن يترتب على تنفيذ هذه الخطة المشتركة القيام بأعمال قتل جماعي لأعضاء هذه الجماعة بصفتها كذلك. ففي هذه الحالة، ووفقاً للاتجاه الذي أقرته محكمة يوغسلافيا السابقة، فإن

¹ ومع ذلك رفضت المحكمة الخاصة بلبنان تطبيق هذا المفهوم للمشروع الإجرامي المشترك في قضية عياش Ayyash، مقررّة أن تطبيق الفئة الثالثة من فئات المشروع الإجرامي على الجرائم التي تستوجب توافر قصد خاص، كما هو الحال بالنسبة لجريمة الإرهاب، من شأنه أن يؤدي إلى انحراف قانوني خطير، لأنها سوف تؤدي إلى إقرار المسؤولية على شخص لم يتوافر لديه القصد الخاص اللازم لقيام الركن المعنوي للجريمة. أنظر:

Prosecutor v. Ayyash et al., Special Tribunal for Lebanon, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, perpetration, Cumulative Charging (STL-II-01/I), 16 February 2011, para. 245.

² Gerhard Werle, op. cit., p. 960.

هذا الشخص يسأل عن أعمال الإبادة الجماعية التي تمت في سياق تنفيذ المشروع الإجرامي المشترك¹.

وأكدت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضيتي مارتيتش Martić وبوبوفيتش أن المتهم يمكن أن يسأل وفقاً لفئة أو أكثر من فئات المشروع الإجرامي المشترك؛ فيسأل وفقاً للفئة الأولى عن الجرائم التي يتم ارتكابها في إطار الخطة المشتركة، ووفقاً للفئة الثانية بالنسبة للجرائم التي يرتكبها في إطار منظومة إجرامية، بينما يسأل وفقاً للفئة الثالثة عن الجرائم التي تخرج عن إطار الخطة المشتركة إذا كانت نتيجة طبيعية ومتوقعة لتنفيذ الغرض المشترك².

وقد استقر قضاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة على تطبيق فئات المشروع الإجرامي المشترك في كافة أحكامها التي تنطوي على

¹ Stephen Ranieri, Extended Joint Criminal Enterprise in International Criminal Law: From Foreseeability, to Intention to Control over the Crime, The Journal of Criminal Law, Vol, 80, no. 6, 2016, p. 440.

² Prosecutor v. Milan Martić, ICTY, Appeal Chamber Judgment (IT-95-11-A), 8 October 2008, para. 171-173. Prosecutor v. Popović, op. cit., para. 42-43.

تنفيذ خطة أو غرض مشترك، وصدرت آخر الأحكام في هذا الصدد في قضيتي ستانيسيتش Stanišić وبرليتش وآخرين¹.

ووجه جانب من الفقه النقض لهذا الاتجاه الموسع الذي انتهجته محكمة يوغسلافيا السابقة، استناداً لعدة أسباب منها:

- إن قاعدة المسؤولية عن المساهمة في مشروع إجرامي مشترك لم تستقر بشكل حاسم في قواعد القانون الدولي العرفي، كما أنه لم يتم النص صراحة على تلك الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة، وبالتالي فإن تطبيقها من جانب محكمة يوغسلافيا يمثل مخالفة صريحة لمبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات².

¹ Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin, ICTY, Appeal Judgment (IT-08-91-A), 30 June 2016, paras. 977-981 (hereinafter referred to as Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Appeal Judgment); Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić and Berislav Pušić, ICTY, Appeal Judgment (IT-04-74-A), 29 November 2017, paras. 2891-3. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Prlić et al., Appeal Judgment)

² Antonio Cassese, The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, Journal of International Criminal Justice, vol. 5, no.1, 2007, 114-123. Attila Bogdan, Individual Criminal Responsibility in the Execution of a Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former

- إن تطبيق ما يطلق عليه الشكل الممتد للمشروع الإجرامي المشترك من شأنه أن يتعارض مع مبدأ شخصية الجريمة والعقوبة، حيث ستقع المسؤولية عن الجريمة تجاه شخص لم يتوافر لديه كافة عناصر الركن المعنوي اللازم لارتكاب تلك الجريمة¹.

- لم تبين الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا الحد الفاصل بين المشروع الإجرامي المشترك، والمساعدة على ارتكاب الجريمة. فمن الثابت أنه في المساعدة على ارتكاب الجريمة يقوم الجاني بفعل رئيسي يساعد مباشرة على ارتكاب الجريمة، وبالتالي يسأل عنها بصفتها كذلك. ومع ذلك ذهبت الدائرة الاستئنافية إلى أن المساعدة على ارتكاب الجريمة في إطار خطة أو غرض مشترك، تعد سبباً لقيام المسؤولية الجنائية الفردية استناداً إلى المساهمة في مشروع إجرامي مشترك².

- استندت الفئة الثالثة للمشروع الإجرامي المشترك ذات الصيغة الممتدة إلى عنصر غامض وغير دقيق، وتحديدًا التوقع؛ إذا إنها تؤدي إلى إقرار شكل من أشكال المسؤولية الجنائية الفردية المشددة في سياق القانون الدولي الجنائي، من

Yugoslavia, *International Criminal Law Review*, vol. 6(1), 2006, p. 109-112.

¹ Christopher Cowley, *op. cit.*, p. 271-272. See also: Stephen Ranieri, *op. cit.*, p. 440-441. Also: Neha Jain, *op. cit.*, p. 37-40.

² Kai Ambos, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, no. 1, 2007, 161-176.

خلال إقرار مسؤولية المساهم في المشروع الإجرامي المشترك لمجرد إمكانية توقعه وقوع جريمة خارج إطار الخطة أو الغرض المشترك، وذلك بالرغم من عدم وجود أساس قانوني دقيق يقرها، مما يمثل مخالفة صارخة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. لذلك حاولت الدائرة الاستثنائية التخفيف من حدة هذا الغموض من خلال اشتراط العلم بالإضافة للتوقع. وأدى ذلك بالتبعية إلى صعوبة قانونية أخرى، تتمثل في عدم إمكانية تحديد الطبيعة القانونية الدقيقة للجريمة المرتكبة، فالعلم هو أحد العناصر الأساسية في الجرائم العمدية، وعلى العكس يعد التوقع من العناصر الأساسية للجرائم غير العمدية¹.

وبناء على تلك الانتقادات التي وجهت لفكرة المشروع الإجرامي المشترك، ذهب رأي إلى ضرورة التخلي عن تلك الفكرة، وتبني فكرة أخرى أكثر دقة تتمثل في الاشتراك في ارتكاب الجريمة co-perpetration، بحيث يلزم لقيام المسؤولية الجنائية الفردية أن يكون المشارك في ارتكاب الجريمة قد قام بدوراً رئيسياً في سبيل تعزيز الخطة أو الغرض المشترك². لذلك اتجه نظام روما الأساسي إلى تطبيق

¹ المرجع نفسه، ص 174-175. أنظر أيضاً:

Stephen Ranieri, op. cit., p. 440-441.

² Kai Ambos, op. cit., p. 171.

ورد أنطونيو كاسيسي، أول رئيس للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة ببوغسلافيا السابقة على هذا النقد مصرحاً أن هناك بالفعل فارق واضح بين المساعدة على ارتكاب الجريمة كجريمة مستقلة، وبين المساعدة على ارتكاب الجريمة في إطار مشروع إجرامي مشترك. ففي هذه الجريمة الأخيرة، فإنه يتوافر لدي الشخص الذي يساعد على ارتكاب الجريمة العناصر التالية:

فكرة الاشتراك في ارتكاب الجريمة، عوضاً عن فكرة المشروع الإجرامي المشترك. ولكن ذلك لا ينفي أن قضاء المحكمة الجنائية الدولية قد تأثر في بعض أحكامه عند تطبيق الاشتراك في ارتكاب الجريمة بالسوابق القضائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة.

الاشتراك في ارتكاب الجريمة أمام المحكمة الجنائية الدولية:

وفقاً لنص المادة 25(3)(أ) من نظام روما الأساسي، فإن الشخص يسأل جنائياً عن الجرائم التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة إذا ارتكب تلك الجريمة بالاشتراك مع شخص آخر. ويظهر من ذلك أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد اتخذ منهجاً مغايراً للمساهمة في ارتكاب الجريمة، حيث اعتبر أن الاشتراك في ارتكاب الجريمة يعد أحد صور المساهمة الأصلية التي تستوجب

-
1. المساهمة في خطة أو غرض مشترك لارتكاب جريمة محددة، سواء قتل أو تطهير عرقي أو تدمير ممتلكات أو أعيان مدنية أو غيرها.
 2. توافر العلم والإرادة بالمساهمة في مشروع إجرامي مشترك، وإبراز مساهمته في تلك الجريمة من خلال المساعدة على ارتكابها.
 3. يأخذ على عاتقه المخاطرة بإمكانية ارتكاب أي عضو آخر من أعضاء الجماعة لجريمة أخرى متوقعة.

أما بالنسبة للمساعدة كجريمة مستقلة، فإن المساعد لا يشارك مرتكب الجريمة في قصد ارتكاب الجريمة، وإنما تنصرف إرادته فحسب إلى مساعدة الفاعل الأصلي على ارتكاب الجريمة. وبالرغم من علمه بأن هناك جريمة دولية سوف ترتكب إلا أنه لا يشترك مع الفاعل الأصلي في الركن المعنوي. ولهذا السبب، فإن المسؤولية الجنائية الفردية لمن يساعد على ارتكاب الجريمة هي أقل درجة من تلك التي تتوافر بالنسبة لمن يساهم في مشروع إجرامي مشترك.

أعلى درجات المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب الجرائم الدولية. ويؤكد هذا الاستنتاج أن النظام الأساسي أقر ثلاث صور لارتكاب الجريمة الدولية باعتبارها من صور المساهمة الأصلية؛ وهي: ارتكاب الشخص للجريمة بنفسه (أو بصفته الفردية)، وارتكابها بالاشتراك مع غيره، وارتكابها عن طريق شخص آخر¹.

ويذهب رأي إلى أن الاشتراك في ارتكاب الجريمة كما أقره نظام روما الأساسي، يماثل إلى حد الكبير الفئة الرئيسية للمشروع الإجرامي المشترك التي أقرتها الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية تاديتش، ولكنه مع ذلك

¹ وكانت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة قد أسست قيام المسؤولية الجنائية الفردية في قضية ستاكيثش استناداً إلى فكرة الاشتراك في ارتكاب الجريمة مقرر أن "يكفي في الاشتراك لارتكاب الجريمة أن يكون ثمة اتفاق صريح أو ضمني للوصول إلى هدف مشترك من خلال التعاون والتنسيق والسيطرة المشتركة على السلوك الإجرامي. ويمكن وصف ذلك بأنه أفعال مشتركة يكون من شأنها تحقيق أهداف مشتركة". أنظر:

Prosecutor v. Milomir Stakić, ICTY, Trial Judgment (IT-97-24-T), 31 July 2003, para. 440.

ولكن الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة رفضت الاستنتاج الذي توصلت إليها الدائرة الابتدائية مقرر أن المحكمة أخطئت في توصيف المسؤولية الجنائية الفردية للمتهم على أساس الاشتراك في ارتكاب الجريمة، وكان يتعين عليها أن تستند إلى فكرة المشروع الإجرامي المشترك، مقرر أن فكرة الاشتراك في ارتكاب الجريمة لا تجد لها أساساً في القانون الدولي العرفي، على خلاف فكرة المشروع الإجرامي المشترك التي ترسخت في قواعد القانون الدولي العرفي، فضلاً عن قضاء المحكمة درج على الاستناد إليها لتأسيس المسؤولية الجنائية الفردية عن الاشتراك في ارتكاب الجريمة. أنظر:

Prosecutor v. Milomir Stakić, ICTY, Appeal Judgment (IT-97-24-A), 22 March 2006, para. 62.

يعد أقل نطاقاً لأنه لا ينطوي على إقرار المسؤولية الجنائية الفردية استناداً إلى الفئة الثانية والثالثة من المشروع الإجرامي المشترك¹.

وأكدت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قرار التأييد الصادر في قضية لوبانجا Lubanga، على أنه يشترط لقيام المسؤولية عن الاشتراك في ارتكاب الجريمة توافر عناصر موضوعية (الركن المادي) وأخرى شخصية (الركن المعنوي)².

أ- عناصر الركن المادي للاشتراك في ارتكاب الجريمة:

تتمثل عناصر الركن المادي في السيطرة على ارتكاب الجريمة، وضرورة وجود اتفاق أو خطة مشتركة بين شخصين أو أكثر، والمشاركة الرئيسية في ارتكاب الجريمة.

السيطرة على ارتكاب الجريمة:

¹ Neha Jain, op. cit., p. 34–35. See also: Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 196–200.

² The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01/04-01/06), 29 January 2007, para 332– 367. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Lubagna)

لكي تتم مساءلة الشريك في الجريمة باعتباره مساهماً أصلياً، فإنه يتعين أن يكون لديه، بالاشتراك مع المساهمين الآخرين، سيطرة على ارتكاب الجريمة، وذلك بمقتضى المهام الرئيسية الموكلة إليهم¹.

فالاشتراك في ارتكاب الجريمة يتضمن تقسيم المهام الرئيسية بين شخصين أو أكثر يتصرفون بطريقة مدبرة بغرض ارتكاب الجريمة؛ أي أن السيطرة على ارتكاب الجريمة تكون مقسمة بينهم، بحيث إن عدم قيام أحدهم بالمهمة الرئيسية الموكلة إليه سوف يحول دون ارتكاب الجريمة².

وعنصر السيطرة هو الذي يضمن التمييز بين الاشتراك في ارتكاب الجريمة باعتبارها ضمن المساهمة الأصلية في ارتكاب الجريمة وبين الأشكال الأخرى للمساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة. كما أنها تضمن التمييز بين من يقومون بدور رئيسي في الجريمة وبين من يقومون بدور عرضي في تنفيذها³.

¹ المرجع نفسه، ص 332

² المرجع نفسه، الفقرة 342.

³ Thomas Weigend, Intent, Mistake of Law and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, Journal of International Criminal Justice, Vol. 6, 2008, p. 480.

ضرورة وجود خطة أو اتفاق مشترك بين شخصين أو أكثر:

يعد هذا العنصر من العناصر الهامة التي أقرتها الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية، نظراً لقيامه على أساس موضوعي لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية للمشارك في ارتكاب¹، وذلك حتى لا يتم الاستناد إلى معايير افتراضية تقوم على مجرد توقع الوضع في حالة عدم قيام المشارك في الجريمة بالمهمة الرئيسية الموكلة إليه². فعلى سبيل المثال، إذا كان دور أحد المساهمين هو الوساطة بين قائد إحدى المجموعات العسكرية ومؤسسة للتزويد بمتفجرات سوف يتم استخدامها لتدمير ممتلكات ثقافية محمية بموجب أحكام القانون الدولي. ففي هذه الحالة يجوز لهذا الشخص أن يدفع بأن دوره لم يكن رئيسياً في ارتكاب الجريمة، إذا أثبت أن أي شخص آخر كان يمكن أن يقوم بدور الوسيط في تزويد القائد العسكري بالمتفجرات اللازمة. ومع ذلك، إذا ثبت أن هذا الشخص كان عضواً في خطة مشتركة، فيجوز في هذه الحالة مساءلته عن جريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتباره شريكاً في ارتكاب الجريمة.

ولا يشترط أن تستهدف الخطة المشتركة ارتكاب جريمة دولية تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، بل يكفي أن يتوافر الإدراك لدى المشاركين

¹ Prosecutor v. Lubagna, op. cit., para. 343-345.

² Thomas Weigend, Intent, op. cit., p. 480.

في ارتكاب الجريمة بأن تنفيذ الخطة المشتركة من شأنه أن يؤدي إلى ارتكاب إحدى الجرائم الدولية المعاقب عليها، ويقبلون هذه النتيجة¹.

ولا يشترط كذلك أن يكون الاتفاق بين المشاركين في الجريمة صريحاً، بل يكفي أن يستفاد هذا الاتفاق من التصرفات الممنهجة والمدبرة للمشاركين في الجريمة².

المشاركة الرئيسية في ارتكاب الجريمة.

يتعين أن يضطلع كل مشارك في الجريمة بدور رئيسي يساهم في تحقيق عناصر الركن المادي للجريمة. ولا يشترط أن يتولى الشريك في الجريمة تنفيذ مهمته الرئيسية في مسرح الجريمة³. وبالتالي يعد مشاركاً في ارتكاب الجريمة كل من يخطط لارتكابها، أو يقدم الأسلحة أو الأدوات اللازمة لتنفيذها، أو من يمارس

¹ وقد عبرت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية عن ذلك في قضية لوبانجا بأن الخطة المشتركة يتعين أن تشمل على عنصر إجرامي. أنظر:

Prosecutor v. Lubagna, op. cit., para. 344.

وعادت الدائرة التمهيدية في قضية كاتانجا Katanga لتوضح أن المقصود بالعنصر الإجرامي هو أن الخطة المشتركة يتعين أن تتطوي ارتكاب جريمة. أنظر:

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01-/04-01/07), 30 September 2008, para. 523. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Katanga et al.)

² المرجع نفسه، الفقرة 345.

³ المرجع نفسه، الفقرة 348.

السيطرة على تحريك القوات العسكرية، أو يشرف على أنشطة تلك القوات. وكل تلك الأفعال تعد مشاركة رئيسية في ارتكاب الجريمة بغض النظر عن مكان وتوقيت ممارستها.

لذلك قررت الدائرة التمهيدية في قرارها بشأن إقرار التهم في قضية المهدي بأن المتهم كان مشاركاً في كافة مراحل الخطة المشتركة، وهي: مرحلة التخطيط، والإعداد والتنفيذ¹.

ويتضح من ذلك أن الاتجاه الذي اتخذته المحكمة الجنائية الدولية بالنسبة للاشتراك في الجريمة يختلف عما قرره محكمة يوغسلافيا السابقة بالنسبة للمشروع الإجرامي المشترك. فوفقاً لنظام روما الأساسي وقضاء المحكمة الجنائية الدولية، ليست كل مساهمة في ارتكاب الجريمة ترقى لأن تكون اشتراك في ارتكاب الجريمة وفقاً لمفهوم المادة 25(3)(أ)².

¹ اعتبر المساهمين في الخطة المشتركة أن الآثار التاريخية والممتلكات المخصصة للأغراض الدينية في تمبكتو بمالي تمثل رذيلة واضحة. وبالتالي فإن تدميرها يندرج تحت اختصاص الحسبة. والمهدي باعتباره رئيساً للحسبة فقد أشرف على تنفيذ عملية الهجوم على تلك الآثار التاريخية والممتلكات الدينية. المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، قرار بشأن اعتماد التهم، المرجع السابق، الفقرة 18.

² Gerhard Werle, op. cit., p. 962.

عناصر الركن المعنوي للاشتراك في ارتكاب الجريمة:

هناك عنصرين رئيسيين يتعين توافرها في الركن المعنوي اللازم لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن الاشتراك في ارتكاب الجريمة؛ هما: استيفاء المشاركين للركن المعنوي للجريمة المرتكبة، إدراك المشارك لدوره الرئيسي في تنفيذ الخطة المشتركة.

استيفاء الركن المعنوي للجريمة المرتكبة:

وفقاً لنص المادة (1)30 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، فإنه يتعين أن يتوافر لدي المساهم في ارتكاب الجريمة عنصري الركن المعنوي؛ وهما العلم والإرادة. فالعلم في حد ذاته غير كاف لقيام المسؤولية عن الاشتراك في الجريمة، بل يتعين أن يتوافر كذلك الإرادة القائمة على الاختيار الحر.

ووفقاً لنظام روما الأساسي، فإن الركن المعنوي لارتكاب الجريمة يتحقق في الحالات التالية:

الأولى: أن يقصد الشخص من خلال سلوكه ارتكاب الركن المادي للجريمة.

الثانية: أن يقصد الشخص التسبب في وقوع الجريمة.

الثالثة: أن يدرك الشخص أن الجريمة ستقع في إطار المسار العادي للأحداث¹.

¹ المادة (2)30 من نظام روما الأساسي لعام 1998.

وإذا كانت الحالة الأولى تتعلق بالقصد المباشر في ارتكاب الجريمة، فإن الحالة الثانية تتعلق بالوضع الذي لا يتوافر لدى المتهم إرادة إتيان عناصر الركن المادي للجريمة، ولكنه يدرك بأن هذه العناصر سوف تتحقق كنتيجة ضرورية لفعله أو امتناعه غير المشروع، أما الحالة الثالثة فهي تتوفر عندما يكون المتهم مدركاً بأن عناصر الركن المادي للجريمة سوف تتحقق نتيجة فعله أو امتناعه، ويرتضي بها¹. ويطلق على الحالتين الثانية والثالثة القصد المباشر من الدرجة الثانية.

وتأثرت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قضية لوبانجا بما قرره محكمة يوغسلافيا فيما يتعلق بالفئة الثالثة للمشروع الإجرامي المشترك، وأوردت تفسيراً موسعاً للإرادة، من خلال افتراضها أن الاختيار الحر يتوافر لدى المتهم إذا كان مدركاً لخطر إمكانية وقوع الجريمة نتيجة فعله أو امتناعه غير المشروع، وقبوله لها، مقررة أن ذلك يتفق مع مفهوم الحالة الثالثة للركن المعنوي المقررة في المادة 30(2)(ب). وقررت في هذا الصدد بين وضعين:

الأول: إذا كانت مخاطرة المتهم بوقوع عناصر الركن المادي للجريمة جوهرية؛ أي أن هناك أرجحية لوقوع الجريمة وفقاً للمجرى العادي للأحداث، فإن الركن المعنوي للجريمة يمكن استخلاصه من إدراك المتهم بأن سلوكه يُرجح بشكل جوهري وقوع الجريمة، واتخاذها رغم ذلك القرار بتنفيذ فعله أو امتناعه غير المشروع².

¹ Prosecutor v. Lubagna, op. cit., para. 344.

² المرجع نفسه، الفقرة 353.

الثاني: إذا كانت مخاطرة المتهم بوقوع الجريمة ضعيفة، فإنه يتعين أن يقبل بشكل صريح وواضح حقيقة أن الجريمة يمكن أن تقع بسبب فعله أو امتناعه¹.

ونحن لا نتفق مع ما انتهت إليه الدائرة الاستئنافية في قضية لوبانجا بأن الإرادة الحرة والواعية تتوافر لدي المتهم إذا أخذ على عاتقه إمكانية وقوع الجريمة، نظراً لتعارض ذلك مع مفهوم المادة 30(2)(ب) التي تقر بتوافر الركن المعنوي إذا كان الشخص يدرك بأن الجريمة ستقع وفقاً للمسار العادي للأحداث. وبالتالي فإن إدراك الشخص لإمكانية أو احتمالية وقوع الجريمة لا يكفي للقول بتوافر الركن المعنوي للجريمة المرتكبة. فالشخص الذي يأخذ على عاتقه المخاطرة بإمكانية وقوع الجريمة لا تتجه نيته نحو تحقيقها، ولكنه غالباً ما يعتمد على مهاراته الخاصة أو خبرته للحيلولة دون وقوعها². ولعل مما يؤكد هذا الاستنتاج أن الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية عدلت عن اتجاهها في قضية بيمبا Bemba، حيث أكدت أن المادة (30) من نظام روما الأساسي لا يقر فكرة القصد الاحتمالي

¹ المرجع نفسه، الفقرة 354.

² ويؤكد جانب في الفقه أن الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية قد جانبها الصواب في إقرار قيام الركن المعنوي للجريمة الدولية استناداً للقصد الاحتمالي *dolus eventualis*. أنظر:

Ellies Van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012. See also: Thomas Weigend, *op. cit.*, p. 46-48. P. 481-485

dolus eventualis كعنصر من عناصر الركن المعنوي للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة¹.

إدراك المشارك لدوره الرئيسي في الخطة المشتركة:

يتعين أن يكون المتهم مدركاً لكافة الظروف الواقعية التي تمكنه بالاشتراك مع غيره من السيطرة على ارتكاب الجريمة. ويستدعي ذلك بالضرورة أن يكون المتهم مدركاً لدوره الرئيسي في تنفيذ الخطة المشتركة التي يترتب عليها ارتكاب الجريمة، وأن يدرك كذلك بأنه يمتلك القدرة على إحباط تنفيذ الخطة المشتركة، ومن ثم الحيلولة دون وقوع الجريمة، وذلك من خلال الامتناع عن القيام بالدور الرئيسي المسند إليه².

ويبرز هذا الأمر الفارق بين الاشتراك في ارتكاب الجريمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، والمشروع الإجرامي المشترك أمام محكمة يوغسلافيا السابقة. فقبول المخاطرة بإمكانية وقوع جريمة خارج حدود الخطة المشتركة، باعتبارها نتيجة

¹ The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Situation in the Central African Republic, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/05-01/08), 15 June 2009, paras. 360-369. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Bemba).

² المرجع نفسه، 367.

متوقعة وطبيعية لتنفيذ تلك الخطة، يعد في حد ذاته كافياً لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية أمام محكمة يوغسلافيا، بينما الحال على خلاف ذلك أمام المحكمة الجنائية الدولية، حيث يشترط توافر العلم والإرادة الحرة الواعية بطبيعة وأركان أية جريمة تُرتكب نتيجة تنفيذ الخطة المشتركة.

وتبدو أهمية ذلك بالنسبة للجرائم التي يتطلب ركنها المعنوي توافر قصد خاص، كما هو الحال تحديداً بالنسبة لجريمة الإبادة الجماعية. فأمام محكمة يوغسلافيا السابقة، يمكن أن يسأل المتهم عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية التي تقع خارج إطار الخطة المشتركة، حتى ولو لم يكن يتوافر لديه القصد الخاص اللازم لارتكابها. وعلى العكس، فإنه لا يسأل المتهم عن الاشتراك في ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية وفقاً لنص المادة 25(3)(أ) من نظام روما الأساسي، إلا إذا توافر لدية العلم والإرادة الواعية بكافة عناصر الركن المادي والمعنوي لجريمة الإبادة الجماعية، بما في ذلك القصد الخاص اللازم لارتكابها¹.

¹ ويذهب رأي إلى أن هناك صوراً مختلفة لجريمة الإبادة الجماعية، وأن لكل صورة من هذه الصور أركاناً خاصة بها، ويعني ذلك أنه يتعين أن يتوافر لدى المشارك في ارتكاب الجريمة القصد الخاص اللازم لارتكاب صورة معينة من صور الإبادة الجماعية، لكي يسأل جنائياً عن هذه الجريمة. أنظر: سهيل حسين فتلاوي، جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، موسوعة القانون الدولي الجنائي، دار الثقافية للنشر والتوزيع، 2011، ص 165-416

ثالثاً: الفاعل المعنوي للجريمة:

أقرت المادة 25(3)أ) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 بأن المسؤولية الجنائية الفردية تثبت في مواجهة الشخص الذي يرتكب الجريمة عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا هذا الشخص الآخر مسؤولاً جنائياً؛ أي أنها تثبت في مواجهة الفاعل المعنوي.

وفكرة الفاعل المعنوي هي من الأفكار المعترف بها في النظم الجنائية الرئيسية للدول. وانقسم الرأي في الفقه الدولي حول الأساس القانوني للفاعل المعنوي في القانون الدولي الجنائي.

فيذهب رأي إلى أن إقرارها في نظام روما الأساسي يعد من الأمور المستحدثة، نظراً لعدم تنظيمها في قواعد القانون الجنائي أو التطرق إليها صراحة في السوابق القضائية للمحاكم الدولية المؤقتة¹، كما أنها تشتمل على حالة مسائلة الشخص الذي يرتكب الفعل عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا كانت المسؤولية تثبت في مواجهة الأخير، وهي بالتالي تغطي نطاق أوسع من الحالات التي يتم فيها ارتكاب الجريمة بواسطة أشخاص آخرين، عما هو مقرر بموجب القاعدة التقليدية للارتكاب غير المباشر للجريمة².

¹ Gerhard Werle, op. cit., p. 963-4.

² Ellies Van Sliedregt, op. cit., p. 94. See also: p. Neha Jain, op. cit., p.90.

ويذهب رأي آخر إلى أن فكرة الفاعل المعنوي تجد أساسها في قضية العدالة التي تم نظرها في المحاكمات التالية لنورمبرج، وتحديدًا قضية ألتسلويتز آخرين Altsloetter et al. التي نظرتها المحكمة العسكرية الأمريكية بنورمبرج¹، كما تجد أساسها أيضاً في قضية أيكمان Eichmann التي نظرتها المحكمة العليا الإسرائيلية. بل الأكثر من ذلك، أكد هذا الرأي بأن فكرة الفاعل المعنوي تجد أساسها في المادة 7(1) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، مستنداً إلى تفسير الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة لاصطلاح "الارتكاب" الوارد في تلك المادة، والذي يعني "مساهمة المتهم بصفته الفردية، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر في ارتكاب العناصر المادية للجريمة المتهم بها، من خلال القيام بعمل إيجابي، أو استناداً إلى التزام بالتصرف

¹ فقد جاء في حكم المحكمة في القضية العسكرية أن المتهم لم يرتكب بيده جريمة من الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة، ولكنه ساهم عن وعي في خطة حكومية ممنهجة وواسعة النطاق تهدف إلى الكراهية وعدم العدالة، بالمخالفة لقوانين الإنسانية والحرب، وارتكب جرائمه باسم القانون من خلال استخدام السلطة القضائية. أنظر بشأن هذا الحكم:

U.S. v. Altsloetter et al. (Justice Trial), US Military Tribunal sitting at Nuremberg, 4 December 1947, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals (US-GPO-1947), p. 984-5

أو الامتناع، سواء بشكل فردي أو بالاشتراك مع آخرين"¹، حيث أشار هذا الرأي أن الفاعل المعنوي هو الذي يرتكب الجريمة بطريق غير مباشر².

وأيدت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية ما انتهى إليه الرأي الثاني بشأن الأساس القانوني للفاعل المعنوي في السوابق القضائية، وذلك بموجب قرارها بشأن تأكيد الاتهامات في قضية كاتانجا³.

وبغض النظر عن هذا الجدل بشأن الأساس القانوني لفكرة الفاعل المعنوي في الممارسات والسوابق القضائية، فإن ذلك لن يحول دون إقرار المسؤولية الجنائية الفردية على الفاعل المعنوي، باعتباره مساهماً أصلياً في ارتكاب الجريمة، وفقاً لما قررته المادة 25(3)(أ) من نظام روما الأساسي، طالما أن المحكمة الجنائية الدولية لن تمارس اختصاصها على الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاصها الموضوعي إلا بعد دخول النظام الأساسي للمحكمة حيز التنفيذ، وبالتالي لن تكون هناك رجعية في تطبيق أحكام النظام الأساسي، كما كان الوضع أمام المحاكم المؤقتة. لذلك فإنه لا توجد-في رأينا-أهمية حقيقية في بيان الأساس القانوني لفكرة الفاعل المعنوي المقررة في نظام روما الأساسي، ويكفي أنها من الأفكار الراسخة والثابتة في القوانين الجنائية للنظم اللاتينية والأنجلوسكسونية على حد سواء.

¹ Prosecutor v. Stakić, ICTY, Trial Judgment, op. cit., para. 439.

² انظر فيما يتعلق بهذا الرأي:

Kai Ambos, op. cit., p. 182.

³ Prosecutor v. Katanga et al.), op. cit., para. 503, 506.

وكما سبق أن ذكرنا، فإن الفاعل المعنوي يرتكب جريمته إما بواسطة شخص غير مسؤول جنائياً، وإما بواسطة شخص مسؤول جنائياً.

1- ارتكاب الجريمة بواسطة شخص غير مسؤول جنائياً:

تعد هذه الصورة هي الأكثر شيوعاً بالنسبة للفاعل المعنوي، بل إن مفهوم الفاعل المعنوي في الأنظمة القانونية الجنائية للدول ينطبق فحسب على هذه الصورة.

وتتم الجريمة في هذه الحالة من خلال قيام المتهم باستخدام شخص آخر لا يكون مسؤول جنائياً، كأداة أو وسيلة لتنفيذ الجريمة. ويكون للفاعل المعنوي سلطة السيطرة والتوجيه على الشخص الذي ينفذ الجريمة.

وتتوقف براءة أو عدم مسؤولية الشخص الذي يرتكب الفعل الإجرامي على توافر عذر من الأعذار المعفية من المسؤولية¹، ومنها:

- تصرف الشخص استناداً إلى خطأ بطبيعة الفعل المجرم. وتبدو أهمية هذه الحالة في سياق الاعتداء على الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة. فعلى سبيل المثال، قد يُصدر قائد عسكري أعلى إلى قائد إحدى السفن الحربية أمراً بإطلاق قذيفة بعيدة المدى على هدف يحتوي على ممتلكات ثقافية محمية، فينفذ قائد السفينة هذا الأمر اعتقاداً منه بأنه يستهدف هدفاً عسكرياً مشروعاً. ففي هذه الحالة تقع المسؤولية الجنائية على عاتق القائد الأعلى باعتباره فاعلاً معنوياً

¹ المرجع نفسه، ص 495.

للجريمة، ولا تقع المسؤولية الجنائية على عاتق قائد السفينة، نظراً لتوافر عذر من الأعدار المعفية من المسؤولية الجنائية في حقه.

- تصرف الشخص تحت وطأة الإكراه. وقد يكون الإكراه مادياً، كما لو تعرض للتعذيب، وقد يكون معنوياً، كما لو تعرض للتهديد بالقتل أو التعذيب، أو تم تهديه بتعذيب أو قتل أحد ذويه أو أحبائه.

- عدم توافر الأهلية لدى مرتكب الفعل الإجرامي. وتبرز هذه الحالة تحديداً عند استخدام أطفال دون سن الخامسة عشرة لارتكاب الجرائم الدولية.

ارتكاب الجريمة بواسطة شخص مسؤول جنائياً:

وفقاً لنظام روما الأساسي، فإن المسؤولية الجنائية الفردية تثبت تجاه الشخص الذي يرتكب جريمته عن طريق شخص آخر يُسأل جنائياً عن ارتكاب الجريمة. وتهدف هذه الصورة من صور المسؤولية الجنائية الفردية إلى محاكمة القادة العسكريين الذين يمارسون قدراً كبيراً من السيطرة والتوجيه على تابعيهم، على نحو يُضعف من قدرتهم على رفض تنفيذ الأوامر الصادرة إليهم بارتكاب الجرائم الدولية.

ومع ذلك، فإن ثمة عناصر موضوعية يلزم توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية تجاه الفاعل المعنوي الذي يرتكب الجريمة بواسطة شخص آخر مسؤول جنائياً.

وتتمثل تلك العناصر في السيطرة على التنظيم ووجود تدرج منظم للسلطات وضمن تنفيذ الجرائم من خلال الامتثال التلقائي للأوامر¹. بل إن الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية قد تطلبت في قرارها الصادر بشأن ثبوت التهم ضد نتاجاندا ضرورة توافر شرطين آخرين، وهما: وجود خطة أو اتفاق مشترك بين عدة أشخاص، وأن يضطلع المشارك في ارتكاب الجريمة بدور رئيسي في تنفيذ الجريمة². ويدل ذلك على أن العناصر الموضوعية اللازم توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية تجاه المشارك غير المباشر في ارتكاب الجريمة أو الفاعل المعنوي تعد أكثر صعوبة من العناصر اللازم توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية تجاه المشارك المباشر في الجريمة. وبالنظر إلى أن العنصرين الأخيرين قد تم التطرق إليهما عند مناقشة وتحليل موضوع الاشتراك في ارتكاب الجريمة، فإننا سوف نكتفي بمناقشة العناصر الثلاثة الأولى.

¹ حددت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية العناصر الموضوعية الواجب توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية تجاه الشخص الذي يرتكب جريمته بواسطة شخص آخر يسأل أيضاً جنائياً. المرجع نفسه، الفقرات 500-518. انظر أيضاً:

Ellies Van Sliedregt, op. cit., p. 167-8.

² Prosecutor v. Ntaganda, op. cit., para. 104.

أ- السيطرة على التنظيم:

أكدت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية أن الحكم الوارد في المادة 25(3)أ من النظام الأساسي بشأن ارتكاب الجريمة عن طريق شخص آخر مسؤول جنائياً، تنطوي على الحالة التي يسيطر فيها المتهم على تنظيم معين.

وأشارت المحكمة إلى إن إقرار تلك الفكرة في نظام روما الأساسي قد أدى إلى تبني القضاء الجنائي للعديد من الدول لها لإقرار مسؤولية القادة عن الجرائم التي يتم ارتكابها بواسطة تابعيهم، وذلك باعتبارهم مساهمين أصليين في ارتكاب الجريمة. وكان الوضع المتبع قبل ذلك أنه بالنسبة للجرائم التي تُرتكب بواسطة عدد كبير من المساهمين، فإن المساهم الذي يكون بعيداً عن تنفيذ عناصر الركن المادي للجريمة تكون درجة مسؤوليته أقل¹.

وبناء على ذلك، فإن درجة اللوم (أو الإثم) تزيد على المتهم كلما تمتع بدرجة أعلى في سلم الهرم القيادي؛ حتى وإن كانت لا تربطه أية علاقة إشراف أو توجيه مباشر للمنفذ الفعلي للجريمة؛ إذ إن ذلك يدل على مدى سيطرته المحكمة

¹ ومن الدول التي اتبع قضائها الوطني فكرة مبدأ السيطرة على التنظيم لتأسيس مسؤولية القادة عن الجرائم الدولية، ألمانيا والأرجنتين، وبيرو، وشيلي، وإسبانيا. مشار إليه في قرار الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قضية كاتانجا. أنظر:

Prosecutor v. Katanga et al.), op. cit., para. 502.

على عملية تنفيذ الجريمة الدولية، وفقاً للأوامر الصادرة لكافة درجات هذا السلم القيادي¹.

وجود تدرج منظم للسلطات:

يتعين أن يقوم التنظيم على تدرج في السلطة بين القادة والتابعين، وأن يكون تحت إمرة القائد عدد وافر من التابعين لكفالة تنفيذ الأوامر الصادرة منه، بحيث إذا لم يتم أحد تابعية بتنفيذ الأمر، فإن غيره سوف يتولى تنفيذه.

ويتعين على القائد أن يبرز سلطته وسيطرته على التابعين له لكي يضمن تنفيذهم للأوامر الصادرة إليهم. وتتمثل الوسائل التي يمتلكها القائد في فرض السيطرة على تابعيه في قدرته على تدريبهم وتزويدهم بالأدوات اللازمة ودفع أجورهم وفرض العقوبات التأديبية عليهم².

وإذا كانت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية قد أبرزت الضوابط الواجب توافرها لكي يتوافر عنصر التدرج المنظم في السلطة، باعتباره من العناصر الأساسية لإمكانية مسائلة المتهم باعتباره فاعلاً معنوياً لجريمة تم تنفيذها بواسطة

¹ وأكدت الدائرة التمهيدية أن هذه الفكرة تم إقرارها في المحاكمات الدولية، ومنها قضية العدالة بمحاكمات نورمبرج، وقضية ستاكنيتش أمام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة. المرجع نفسه، الفقرة 503.

² المرجع نفسه، الفقرة 514. أنظر أيضاً:

شخص آخر يسأل عنها كذلك¹، إلا أن تطبيق هذا العنصر كان أكثر وضوحاً في قرار تأكيد التهم الصادر عن الدائرة التمهيدية في قضية موثورا وآخرين Muthaura et al. المتعلقة بالوضع في جمهورية الكونغو، عندما أبرزت أن السيد موثورا والسيد كينيا تا كان لديهم سيطرة على منظمة مونجيكبي، التي تتسم بهيكل وظيفي يسوده تدرج السلطة بين أعضائه، ووفقاً لآلية صارمة تضمن انصياع كافة أفراد المنظمة للأوامر الصادرة إليهم. وبناء على ذلك، تم تنفيذ الجرائم الواردة في قرار الاتهام، بناء على الأوامر الصادرة².

ومرة أخرى، أكدت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قرارها الصادر بشأن تأكيد التهم ضد روتو وآخرين Ruto et al.، ثم في قرارها الصادر بشأن تأكيد التهم ضد نتاجاندا على ضوء توافر عنصر تدرج السلطة التي يفرض بموجبها القائد السيطرة والتوجيه على تابعيه بغرض ارتكاب الجرائم الدولية³.

¹ Prosecutor v. Katanga et al.), op. cit., para. 511–514.

² The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Situation in the Republic of Kenya, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/09-02/11), 23 January 2012, para. 408. Para. 313–316. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Muthaura et al.)

³ The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Situation in the Republic of Kenya, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/09-01/11), 23

ضمان تنفيذ الجرائم من خلال الامتثال التلقائي للأوامر.

يتعين أن يتم إنشاء التنظيم على نحو يمكّن القائد من فرض سيطرته على كافة تابعة، فيكونون بمثابة أدوات يتم توجيهها من أجل تحقيق النتيجة الإجرامية بشكل آلي. ويترتب على ذلك أنه إذا فشل أي من التابعين في اتباع وتنفيذ الأوامر، فإنه يمكن استبداله بسهولة بتابع آخر في التنظيم لكي يتولى تنفيذ الخطة الإجرامية. وبعبارة أخرى، فإن التنظيم يتمتع بحياة خاصة به تمكنه من الاستمرار باستقلالية عن هوية أي منفذ معين بداخله.

وضمن الامتثال التلقائي للأوامر لا يتحقق فحسب من خلال إمكانية وسهولة استبدال التابعين الذين لا ينفذون الأوامر الصادرة إليهم، وإنما يمكن أن يتحقق بوسائل أخرى، منها، على سبيل المثال، فرض القائد لنظام تدريبي صارم على بعض القصر المخطوفين، بحيث يعلمهم القتل والاعتصاب والسرقعة على نحو يضمن الامتثال المباشر والتلقائي لأوامر القائد المتعلقة بارتكاب تلك الأفعال¹.

وأوردت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية بعض الوسائل التي يستخدمها قادة التنظيم لضمان الامتثال التلقائي لأوامرهم بشأن تنفيذ الجرائم الدولية. ففي قضية موثورا وآخرين، كانت الوسيلة التي يستخدمها التنظيم تتمثل في

January 2012, para. 313–316. See also: Prosecutor v. Ntaganda, op. cit., para. 118–120. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Ruto et al.)

¹ Prosecutor v. Katanga et al.), op. cit., para. 515–518.

قيام التابعين الذي يتولون ارتكاب الفعل الإجرامي مباشرة، بقسم يمين الولاء على الامتثال لأوامر التنظيم، وذلك من خلال اتباع شعائر وطقوس لقسم هذا اليمين على نحو يطبع الخوف في نفوس التابعين، كما تم اتباع تدابير عقابية عنيفة، من خلال وجود قضاء غير محايد تابع للتنظيم، يفرض عقوبات تمثلت في القتل والإخفاء القسري لمن يثبت عدم ولائه أو يخرج عن قواعد التنظيم¹.

كذلك أشارت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قضية روتو وآخرين إلى الوسيلة المستخدمة لضمان الامتثال التلقائي للأوامر كانت من خلال استخدام آلية دفع الأموال، فيتقاضى كل عضو من أعضاء التنظيم أجور لتحفيزهم ومكافأتهم على ارتكاب الجرائم، بالإضافة إلى استخدام آلية عقابية، يتم بموجبها إجبار أعضاء التنظيم على الاشتراك في الأعمال القتالية وارتكاب الجرائم الدولية، مع فرض جزاءات تصل إلى حد القتل تجاه من يبدي رفضه أو اعتراضه².

رابعاً: ارتكاب الجريمة بطريق الامتناع:

تقوم فكرة المسؤولية بطريق الامتناع على وجود التزام على عاتق الشخص بالتصرف. ولا يشترط أن يكون هذا الالتزام مفروضاً على عاتق الشخص رسمياً

¹ وكان تنظيم مونجكي في كينيا يوجد لديه شرطة خاصة به تعمل على ملاحقة وضبط كل من يخالف أوامر التنظيم. وكان يوجد نظام شبه قضائي، يشتمل على ما يسمى بمحاكم الكنغر، التي تصدر أحكاماً بالإعدام تجاه من يمتنع عن تنفيذ الأوامر، باعتبارها جريمة ضد التنظيم. أنظر:

Prosecutor v. Muthaura et al., op. cit., paras. 208–213.

² Prosecutor v. Ruto et al., op. cit., paras. 320–327.

بشكل مسبق، وإنما قد ينشأ هذا الالتزام نتيجة الظروف التي يقع فيها المجني عليه، وتحتاج إلى القيام بعمل إيجابي من جانب المتهم، ويتعمد بالرغم من ذلك الامتناع عن القيام بالعمل قاصداً تحقيق النتيجة الإجرامية¹.

وإذا كان من شأن الامتناع أن يساهم بشكل جوهري ومباشر في تحقيق النتيجة الإجرامية، فإن المسؤولية الجنائية الفردية التي تقوم في حق الشخص الذي يرتكب الجريمة بطريق الامتناع تتساوى من حيث الدرجة مع تلك المسؤولية التي تقوم في حق الشخص الذي يأتي عمل إيجابي لتحقيق النتيجة الإجرامية².

ويبرز في هذا السياق الفارق بين جريمة الامتناع وارتكاب الجريمة بطريق الامتناع. فجريمة الامتناع تقع، وفقاً لأبرز الأمثلة في الأنظمة الوطنية، عندما يحضر الشخص إلى مسرح الجريمة، ويمتنع عن تقديم المساعدة للضحايا. وهذا

¹ op. cit., p. 118. Ellies Van Sliedregt,

² فعلى سبيل المثال، القائد العسكري الذي يعلم بأن تابعة ترتكبون جرائم دولية تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة، ويمتنع مع ذلك أن إصدار أية قرارات أو اتخاذ أية تدابير لمنع ارتكاب تلك الجرائم، أو لمحاكمة ومعاقبة من ارتكب تلك الجرائم، يعد مساهماً أصلياً في ارتكاب تلك الجرائم بطريق الامتناع. انظر:

Kai Ambos, op. cit., p. 176. See also: Greg R. Vetter, Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC), Yale Journal of International Law, vol. 25, Winter 2000, p. 102. See also: Damien Vandermeersch, Symposium on National Implementation of the ICC Statute-The ICC Statute and Belgian Law, Journal of International Criminal Justice, vol. 2, no. 1, 2004, p. 133.

النوع من الجرائم هو محل جدل، ولا يوجد استقرار عليه بشكل حاسم في المبادئ العامة للقانون الجنائي المستقر عليها في الأنظمة القانونية الوطنية الرئيسية، أما ارتكاب الجريمة بطريق الامتناع-وهو محل دراستنا-فتقع عندما يمتنع الشخص عن التدخل لمنع وقوع الجريمة، ويكون امتناعه من الأسباب المباشرة في وقوعها، مع ضرورة توافر العلم والإرادة بطبيعة الجريمة المرتكبة¹.

ولم يشتمل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أي نص يقرر صراحة المسؤولية الجنائية الفردية بطريق الامتناع، رغم أن مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كان ينص صراحة على الامتناع كأحد صور ارتكاب الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة. فجاءت المادة (28) من المشروع تحت عنوان "الفعل الجرمي (الفعل و/أو الامتناع) لتتنص على:

"1. السلوك الذي يمكن أن يجعل الشخص مسؤولاً من الناحية الجنائية وعرضه للعقاب بوصفه جريمة يمكن أن يشكل إما فعلاً أو امتناعاً، أو الاثنين معاً.

2. ما لم يكن منصوصاً على غير ذلك ولأغراض الفقرة 1، يمكن اعتبار الشخص مسؤولاً من الناحية الجنائية عن الامتناع وعرضه للعقاب إذا كان قادراً على باستطاعته، دون التسبب في أي خطر لنفسه أو الآخرين تجنب نتائج الجريمة ولكنه لم يفعل ذلك عن قصد، بقصد تيسير وقوع الجريمة أو عن علم إذا:

¹ Micahel Duttwiler, Liability for Omission in International Law, International Criminal Law Review, vol. 6, no. 1, 2006, p. 4-5.

أ. كان الامتناع محددًا في تعريف الجريمة بموجب هذا النظام؛ أو

ب. في الظروف، التي تتوافق فيها النتيجة الناجمة عن الامتناع مع النتيجة التي تتجم عن ارتكاب الجريمة بواسطة فعل، التي تكون فيها درجة عدم المشروعية الناجم عن هذا الامتناع تعادل درجة عدم المشروعية الناجم عن ارتكاب الجريمة، ويكون فيها الشخص إما تحت التزام سابق قانوني بموجب هذا النظام بدرء نتيجة هذه الجريمة أو يتسبب في خطر أو تهديد معين يؤدي فيما بعد إلى ارتكاب هذه الجريمة.

3. لا يكون الشخص مسؤولاً من الناحية الجنائية بموجب هذا النظام عن ارتكاب جريمة إلا إذا كان الضرر اللازم لارتكاب الجريمة قد تسبب فيه وكان مسؤولاً عنه عزى إلى فعله أو امتناعه.¹

لكن جاءت الصيغة النهائية للنظام الأساسي خالية من النص على الامتناع بسبب اعتراضات فرنسا على إقرار المسؤولية الجنائية الفردية بطريق الامتناع، وذلك بالرغم من أن غالبية المفوضين المشاركين في مؤتمر روما قد أكدوا على أن هناك العديد من الحالات التي تُرتكب فيها الجريمة بطريق الامتناع، ولكنهم استقروا في النهاية على ترك الأمر للمحكمة تفرره وفقاً لكل حالة تعرض

¹ انظر: تقرير اللجنة التحضيرية لإنشاء محكمة جنائية دولية، مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، روما، إيطاليا، 15 يونية-17 يولية 1998، ص 57-58.

عليها، فضلاً عن أن هناك بعض صورة الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي تشتمل بحكم طبيعتها الامتناع، أو تدخل ضمن نطاق المادة (28) المتعلقة بمسؤولية الرؤساء والقادة العسكريين¹.

ووفقاً لنص المادة (28) فإن القائد العسكري يسأل جنائياً عن الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة، المرتكبة بواسطة قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليتين إذا "لم يتخذ ذلك القائد العسكرية جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب مثل هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة". كذلك يسأل الرئيس عن الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة، المرتكبة بواسطة مرؤوسيه، إذا "علم أو تجاهل عن وعي أي معلومات تبين بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم" ولم يتخذ التدابير اللازمة لمنع وجمع ارتكاب هذه الجرائم.

ويذهب رأي في الفقه إلى أن تصدي المحكمة الجنائية الدولية لمسألة تقدير ما إذا كانت جريمة من الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة يمكن أن تُرتكب بطريق الامتناع، من شأنه أن يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة (22) من النظام الأساسي للمحكمة، إذا لم

¹ Per Saland, International Criminal Law Principles, in Roy S. Lee, The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 212.

يكن الامتناع كصورة من صور المسؤولية الجنائية الفردية قد تم إقرارها صراحة بالنسبة لتلك الجريمة¹. وبالتالي، فإن السلطة التقديرية للمحكمة-وفقاً لهذا الرأي- سوف تكون مقيدة في هذا الشأن، استناداً إلى صريح نص المادة 22(3) التي تؤكد على أن "يؤول تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس، وفي حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة". ويستدعي ذلك بالتبعية ضرورة إجراء تعديل على النظام الأساسي للمحكمة للنص صراحة على قيام المسؤولية الجنائية الفردية بطريق الامتناع بالنسبة للجرائم التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة².

والحقيقة إن ما ذهب إليه الرأي الأول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأن المادة (22) من نظام روما الأساسي يتعين قراءتها وتفسيرها في ضوء المادة (21). ونخلص من ذلك أن المادة (22) تهدف في المقام الأول إلى منع إقرار

¹ وإذا كنا نرى أن النص الصريح الذي يقرر المسؤولية الجنائية الفردية بطريق الامتناع هو نص المادة (28) الخاص بمسؤولية الرؤساء والقادة، وذلك فيما يتعلق بارتكاب أية جريمة تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، إلا أن رأياً آخر في الفقه الدولي يرى أن النظام روما الأساسي قد قرر صراحة أن ارتكاب الجريمة بطريق الامتناع يتحقق في جريمة تجويع السكان المدنيين المنصوص، باعتبارها جريمة حرب، وفقاً لنص المادة 8(2)(ب)(25)، وجريمة الحرمان من الحرمان من الحصول على الطعام والدواء، بقصد إهلاك جزء من السكان، باعتبارها جريمة ضد للإنسانية، وفقاً لنص المادة 7(1)(ب) و(2)(ب). انظر:

Gerhard Werle, op. cit., p. 965.

² Ciara Damgaard, op. cit., p. 120-121. See also: Kai Ambos, op. cit., p. 178.

جرائم غير مقررة في النظام الأساسي للمحكمة بطريق القياس، وليس الهدف منها منع تطبيق القواعد والمبادئ العامة للقانون الجنائي المتعلقة بصور المساهمة الجنائية الدولية¹، وذلك وفقاً لمفهوم المادة 21(1)(ب)-(ج).

¹ من الثابت أن القتل بطريق الامتناع أو الترك يعد من الجرائم المعاقب عليها بموجب الشريعة الإسلامية. فمن المقرر أن الأم التي تمنع عن طفلها الرضاع قاصدة قتله تعتبر مرتكبة لجريمة القتل العمد، بالرغم من عدم قيامها بعمل إيجابي. وإذا حضرت امرأة ولادة طفل وامتنعت عن ربط حبله السري، وهي تعلم بأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى وفاته، وتوفى الطفل بالفعل نتيجة هذا الامتناع، فإنها تعد مرتكبة لجريمة قتل عمد بطريق الامتناع. انظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، ترجمة محمد بن أحمد الدسوقي، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 215. وبمراجعة قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، المعدل بالقانون رقم 164 لسنة 2019، فإننا نجد أنه قد قرر المسؤولية الجنائية على الجرائم التي ترتكب بطريق الامتناع وفقاً لنصوص المواد (99) و(104) و(105) و(106 مكرر (أ) و(ب) و(124 و(أ) و(124 مكرر (أ) و(161 مكرر) و(309 مكرر (أ) و(328 و(375 مكرر).

ومع ذلك، فإنه لا يوجد في تلك النصوص ما يقرر صراحة إمكانية وقوع جريمة القتل التي ترتكب بواسطة الشخص العادي بطريق الامتناع، ولم تستقر محكمة النقض المصرية على حكم ثابت فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية عن القتل بالامتناع. وهناك حكم صادر عن محكمة النقض المصرية عام 1936 يقرر بأن "لا نزاع في أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً وتركه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل يعتبر قتلاً عمداً إذا كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال". ولكن هذا الحكم لا يعد أساساً قانونياً ثابتاً لإقرار المسؤولية الجنائية بطريق الامتناع، خاصة أن المحكمة قد أكدت على أن المسؤولية الجنائية تقوم إذا كانت الوفاة قد نتجت مباشرة عن أفعال الضرب والترك، مما يعني أن الوفاة نشأت عمل إيجابي المتمثل في الضرب، واقترن معه العمل السلبي لتحقيق النتيجة الإجرامية. وبالتالي لا يمكن أن نستخلص بشكل حاسم أن محكمة النقض المصرية قد أسست فكرة المسؤولية الجنائية بطريق الامتناع. حكم محكمة النقض المصرية، 28 ديسمبر 1936 قضية رقم 2105 سنة 6 ق.

وبناء على ذلك، فإن ارتكاب الجريمة بطريقة الامتناع يعد من صور المساهمة الجنائية المقررة بموجب المبادئ العامة المستقرة في الأنظمة الجنائية الوطنية. بل إن جانباً في الفقه ذهب إلى أنها تعد ضمن قواعد القانون الدولي العرفي¹.

يضاف إلى ذلك أنه قد تم إقرار المسؤولية الجنائية الدولية الفردية بطريق الامتناع في قضية الأطباء وقضية القيادة العليا، خلال المحاكمات التالية على نورمبرج، التي عُقدت بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (10)²، كما أكدت الدائرة

ويبدو أن القضاء المصري قد تأثر بما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي رفض إقرار المسؤولية الجنائية بطريق الامتناع، باعتبارها تمثل صورة من صور المسؤولية المشددة في المسائل الجنائية، مما يتعارض مع اعتبارات الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد. وبالرغم من ذلك، فإن السوابق القضائية في العديد من أنظمة القانون العام (الانجلو-أمريكي) والقانون اللاتيني (الروماني) أكدت على قيام المسؤولية الجنائية تجاه أي فرد يرتكب الجريمة بطريق الامتناع ولو لم يكن هناك واجب رسمي مقرر على عاتقه يلزمه بالتصرف. انظر:

Ellies Van Sliedregt, op. cit., p. 54, 117-119.

¹ Micahel Duttwiler, op. cit., p. 1-61. See also: Ellies van Sliedregt, op. cit., p. 94.

ويشكك جانب آخر في الفقه في مدى اكتساب المسؤولية الجنائية الفردية على الصعيد الدولي لمرتبة القاعدة القانونية العرفية. انظر:

Lars C. Berster, Duty to Act and Commission by Omission in International Criminal Law, International Criminal Law Review, vol. 10, no. 5, 2010, p. 620-631.

² U.S. v. Brandt et al. (Medical Trial), US Military Tribunal sitting at Nuremberg, 20 August 1947, in Trials of War Criminals before the

الاستثنائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في العديد من أحكامها أن الجرائم الدولية يمكن أن تقع بطريق الامتناع¹. واتخذت الدائرة التمهيدية ذات الاتجاه فيما يتعلق بالعديد من قراراتها الصادرة بشأن اعتماد التهم². بل أكدت في قرارها الصادر بشأن إقرار التهم في قضية بيمبا Bemba على أن نص المادة 30(2) و(3) من نظام روما الأساسي تشتمل على ارتكاب الجريمة بطريق الامتناع³، ثم أعادت التأكيد على هذا الأمر في قضية موثاورا Muthaura⁴. وأشارت الدائرة التمهيدية في

Nuremberg Military Tribunals vol. II, United States Government Printing Office, Washington 1950, p. 193. See also: U.S. v. Brandt et al. (High Command Trial), 28 October 1947, p. 493 et seq.

¹ Prosecutor v. Zenjil Delalic, Zdravco Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo, Čelebići Case, ICTY, Appeal Judgment (IT-96-21-A), 20 February 2001, paras. 424-6; Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Appeal Judgment, op. cit., paras. 32 et seq.; Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeal Judgment (IT-95-14-A), 29 July 2004, para. 47 (hereinafter referred to as Prosecutor v. Blaškić, Appeal Judgment), Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 188, Prosecutor v. Popović, op. cit., para. 17 et seq.

² Prosecutor v. Lubagna, op. cit., paras. 351-355.

³ Prosecutor v. Bemba, op. cit., paras. 358-360.

⁴ Prosecutor v. Muthaura et al., op. cit., Para. 335.

قضية ناتاجاندا إلى أن التحريض والأمر بارتكاب الجريمة يمكن أن يتحقق بطريق
الامتناع¹.

¹ Prosecutor v. Ntaganda, op. cit., paras. 145, 153.

المطلب الثاني

المسؤولية عن المساهمة التبعية في الجريمة

يمكن أن يساهم الشخص في الجريمة دون أن يتوافر لديه قصد الاشتراك الفعلي في تنفيذ مشروع أو خطة أو غرض مشترك. وبالتالي فهو لا يعد مرتكباً للجريمة بصفته مساهماً أصلياً، وإنما فحسب مشتركاً في ارتكابها بصفته مساهماً تبعياً، الأمر الذي يستوجب، وفقاً للظروف المحيطة بارتكاب الجريمة، قدراً أقل من المسؤولية عن تلك المقررة بالنسبة للمساهم الأصلي في ارتكاب الجريمة¹.

ووفقاً لنظامي المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، فإن الأفعال التي تمثل مساهمة تبعية في ارتكاب الجريمة هي التخطيط والتحريض والأمر والمساعدة²، بينما أشتمل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أفعال الأمر والإغراء والحث وتقديم العون والتحريض والمساعدة³. وتعد أفعال الإغراء والحث ضمن المفهوم العام للتحريض، ويعد تقديم العون ضمن المفهوم العام للمساعدة على ارتكاب الجريمة.

¹ Neha Jain, op. cit., p. 153-158.

² المادة (1)7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة لعام 1993، والمادة (1)6 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا لعام 1994.

³ المادة 25(3)(ب)،(ج) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ولم يكن ثمة توافق في قضاء محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا فيما يتعلق بنطاق المسؤولية عن التخطيط لارتكاب الجريمة؛ فبينما ذهب قضاء محكمة رواندا إلى أنه يشترط لثبوت المسؤولية عن التخطيط أن يتم الارتكاب الفعلي للجريمة¹، نجد أن قضاء محكمة يوغسلافيا قد ذهب على خلاف ذلك، مقررًا أن المسؤولية الجنائية يمكن أن تقع على التخطيط في حد ذاته دون حاجة لإثبات وقوع الجريمة بناء عليه. واستندت محكمة يوغسلافيا في ذلك إلى أن المادة 7(1) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا قد أقرت بأن التخطيط لارتكاب الجريمة يعد جريمة مستقلة².

وإذا كان نظام روما الأساسي لم ينص صراحة على أفعال التخطيط والإعداد، إلا أن ذلك لا يعني عدم المساءلة عليهما. ولكن بالنظر إلى أن أفعال الإعداد والتخطيط يتم ارتكابها بواسطة أعلى السلطات في الهرم القيادي العسكري

¹ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR, Trial Judgment (ICTR-96-4), 1 June 2001, para. 475. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Akayesu); Prosecutor v. Rutaganda, ICTR, Trial Judgment, (ICTR-96-3-A), 6 December 1999, para. 34; Prosecutor v. Alfred Musema, Trial Chamber Judgment (ICTR-96-13-A), 27 January 2000, para. 115. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Musema).

² Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment, ICTY, Appeal Judgment, IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 386. Prosecutor v. Prlić et al., Appeal Judgment, para. 808; Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Appeal Judgment, para. 50.

والمدني، فإن المساءلة عليها تتم باعتبارها مساهمة تبعية في ارتكاب الجريمة، طالما ترتب على التخطيط الارتكاب الفعلي للجريمة؛ أي أن المحكمة الجنائية الدولية لم تعتبر التخطيط جريمة مستقلة تقوم المسؤولية الجنائية الدولية الفردية بصدها¹.

وسوف نعرض لأفعال التحريض والمساعدة والأمر بارتكاب الجريمة باعتبارها الصور الرئيسية للمساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة.

أولاً: التحريض:

يتخذ التحريض على ارتكاب الجريمة شكل الحث والتشجيع والإقناع على ارتكاب الجريمة². ولا يشترط في التحريض وجود تدرج في السلطة، تعطي للمحرّض أفضلية أو سيطرة على مُرتكب الفعل الإجرامي، بل يكفي أن يقوم المُحرّض بعمل أو يتخذ موقفاً من شأنه تعزيز رغبة شخص آخر على ارتكاب الجريمة، مع توافر العلم والإرادة لدى المُحرّض على ارتكاب الجريمة³؛ ومن ثم فإن التحريض يمكن

¹ المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، قرار بشأن اعتماد التهم، المرجع السابق، الفقرة 55. أنظر أيضاً:

Prosecutor v. Ruto et al., op. cit., paras. 113 et seq., Prosecutor v. Muthaura et al., op. cit., Paras. 147 et seq.

² جاء النص على التحريض باعتباره صورة من صور قيام المسؤولية الجنائية الفردية في المادة 25(3)(ج) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Appeal Judgment, op. cit., para. 27.

أن يقع سواء من خلال القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل¹، ويمكن أن يتحقق التحريض بطريق الامتناع، إذا كان الشخص يتقلد منصباً يفرض عليه منع ارتكاب الجريمة، ولكنه تواجد في مكان وزمان ارتكاب الجريمة دون أن يتخذ أي إجراء لمنع وقوعها على نحو يستفاد منه التحريض أو التشجيع على ارتكابها².

وثمة ثلاثة شروط يتعين توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن التحريض على ارتكاب الجريمة:

أولاً: أن يكون التحريض مباشراً وواضحاً؛ أي أن يكون موجهاً نحو ارتكاب جريمة من الجرائم الدولية المعاقب عليها بموجب أحكام القانون الدولي الجنائي³.

ثانياً: أن يترتب على التحريض ارتكاب الجريمة التي انصب عليها التحريض. ومفاد ذلك أن التحريض على ارتكاب الجريمة في حد ذاته غير معاقب عليه طالما أن الجريمة المُحرّض على ارتكابها لم تقع من الناحية الفعلية. علاوة على ذلك، فإنه يلزم توافر رابطة سببية بين التحريض والجريمة المرتكبة، بمعنى أن الجريمة

¹ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, ICTY, Trial Judgment (IT-95-14-T), 3 March 2000, para. 280. (hereinafter referred to as prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment).

² Wibke Kristin Timmermann, Incitement in International Law, International Review of the Red Cross, vol. 88, no. 864, December 2006, p. 840.

³ Antonio Cassese, International Criminal Law, op. cit, p. 189.

تتشأ بناء على التحريض، ويكفي أن يكون التحريض ضمن الأسباب التي أدت إلى ارتكاب الجريمة¹.

ويتعين الانتباه إلى أن التحريض على ارتكاب الجريمة لا يعد في حد ذاته مجرمًا، وذلك باستثناء الحالة التي نص عليها نظام روما الأساسي صراحة، والتي تتعلق بالتحريض المباشر والعلني على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية².

ثالثاً: أن يتوافر القصد الإجرامي لدى المُحرِّض على ارتكاب الجريمة. فيتعين أن يكون عالماً ومدركاً بأن سلوكه سوف يعزز من ارتكاب الجريمة، وأن يكون مدركاً لعناصر الركن المعنوي للجريمة المرتكبة³. فإذا كانت الجريمة تشترط توافر قصد خاص، كما هو الحال بالنسبة لجريمة الإبادة الجماعية، فإنه يكفي أن يكون مدركاً لهذا القصد الخاص، ولا يشترط أن يشارك مُرتكب الجريمة هذا القصد الخاص⁴.

ثانياً: المساعدة:

¹ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Appeal Judgment, op. cit., para. 27.

² المادة 25(3)(هـ) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

³ Prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 278; Prosecutor v. Radoslav Brđanin, ICTY, Trial Judgment (IT-99-36-T), 1 September 2004, para. 269.

⁴ Gerhard Werle, op. cit., p. 967.

يمكن أن يساهم شخص في ارتكاب الجريمة، بدون مشاركة للقصد الجنائي مع المرتكب الفعلي للجريمة، وذلك من خلال تقديم العون والمساعدة على ارتكاب الجريمة أو توفير وسائل ارتكابها، وذلك وفقاً لما قرره المادة 25(3)(ج) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وتوسعت محكمتا يوغسلافيا السابقة ورواندا في مفهوم المساعدة باعتبارها من صور المساهمة التبعية في ارتكاب الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها الموضوعي، فاعتبرت أن المساعدة على ارتكاب الجريمة يمكن أن تتحقق من خلال التشجيع وتقديم الدعم المعنوي، بل يمكن أن تتوفر المساعدة في ظروف معينة من مجرد التواجد في مسرح الجريمة¹. بل إن الدائرة الاستئنافية قد سلكت

¹ ففي قضية فروندوزيجا أقرت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة بأن تواجده المتهم بصفته أحد الضباط المسؤولين بينما يتم اغتصاب الضحية بواسطة ضابط آخر أثناء قيام المتهم باستجوابها، فإن ذلك يمثل مساعدة وتشجيع ودعم معنوي له أثراً جوهرياً في ارتكاب الجريمة بواسطة الضابط الآخر، وتثبت بالتالي مسؤوليته عن المساعدة على ارتكاب جريمة الاغتصاب.

Prosecutor v. Furundžija, op. cit., paras. 270-5.

كذلك أقرت الدائرة الابتدائية في قضية أكاييسو Akayesu بأن تواجده المتهم في عدة مناسبات تم خلالها ارتكاب الاغتصاب والاعتداء الجنسي على نساء التوتسي، فإنه بسلوكه وأقواله قد شجع على ارتكاب أفعال الاغتصاب، ومن ثم يعد مسؤولاً عن المساعدة على ارتكابها. أنظر:

Prosecutor v. Akayesu, op. cit., paras. 706-7.

أنظر أيضاً فيما يتعلق بثبوت المسؤولية الجنائية الفردية عن المساعدة على ارتكاب الجريمة من خلال التواجد على مسرح الجريمة:

Prosecutor v. Musema, op. cit., para. 126.

مسلماً أكثر توسعاً في قضية بلاسكيتش عندما قررت أن المسؤولية الجنائية الفردية يمكن أن تقوم تجاه من قام بتقديم المساعدة بعد وقوع الجريمة، وأنه لا يشترط أن تتوافر رابطة سببية بين المساعدة والجريمة المرتكبة¹.

وأشارت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية تاديتش إلى أنه لا يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الفردية تجاه من ساعد على ارتكاب الجريمة أن يكون مشتركاً في خطة أو غرض مشترك مع الفاعل الأصلي للجريمة، كما لا يشترط أن يكون الفاعل الأصلي عالماً بمساهمة من يساعد على ارتكاب الجريمة، وإنما يكفي أن يدرك المساهم التبعية بأن مساعدته سوف يكون من شأنها تسهيل ارتكاب الجريمة².

ووفقاً لمفهوم نص المادة 25(3)(ج) من نظام روما الأساسي فإنه لا يشترط أن تكون المساعدة ذات أثراً جوهرياً في ارتكاب الجريمة، كما لو كانت المساعدة على ارتكاب الجريمة من شأنها تسهيل ارتكاب الجريمة، ولكن الشخص الذي يساعد على ارتكاب الجريمة لا يكون لديه سيطرة على سبل ارتكابها.

ويمكن القول إن المادة 25(3)(ج) تشمل حالة المساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة التي لا تشملها فكرة الاشتراك في ارتكاب الجريمة. ولا يشترط أن يتوافر لدى المساعد على ارتكاب الجريمة عناصر خاصة بالركن المعنوي القائمة

¹ Prosecutor v. Blaškić, Appeal judgment, op. cit, para. 48.

² Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 229.

لدى الفاعل الأصلي للجريمة، كما هو الحال بالنسبة للقصد الخاص اللازم لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية. إذ يكفي في هذه الحالة أن يكون المساعد على ارتكاب الجريمة عالماً بهذا القصد الخاص¹.

وانتقد رأي في الفقه مسألة عدم اشتراط مشاركة المساعد على ارتكاب الجريمة للقصد الخاص اللازم لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، نظراً لأن الإدانة على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية تقتضي إثبات توافر القصد الخاص لارتكابها بغض النظر عن شكل المساهمة في ارتكاب الجريمة².

ونحن من جانبنا لا ننتق مع هذا الرأي نظراً إلى أنه يكفي أن يتوافر القصد الخاص لدى من يشارك في ارتكاب الجريمة بوصفه مساهماً أصلياً، كما لو قام مجموعة من الأشخاص بقتل أعضاء جماعية بقصد تدميرها كلياً أو جزئياً، بسبب انتمائها لجماعة عرقية أو إثنية أو دينية أو قومية، بالإضافة إلى تدمير ممتلكاتهم وإرثهم الثقافي في إطار محو هوية هذه الجماعة، فإنهم يسألون عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، وفقاً لنص المادة 6(أ) من نظام روما الأساسي. ولكن إذا كان هناك

¹ Gerhard Werle, op. cit., p. 969.

² Claus Kerb, The Crime of Genocide under International Law, in Antonio Cassese, Florian Jebberger, Robert Cryer and Urmila De, International Criminal Law: Critical Concepts, Vol. II (Substantive Law), Routledge Taylor and Francis Group, 2015, p.185 et seq. see also: Neha Jain, op. cit., p. 60.

شخص أو أكثر يقدم المساعدة لهؤلاء الأشخاص لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، فإنه لا يشترط لقيام مسؤوليته عن المساعدة في ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أن تتجه نيته نحو إبادة تلك الجماعة، بل يكفي أن يكون عالماً بقصد الإبادة القائم في حق المساهمين الأصليين في الجريمة.

والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل باعتبارات المسؤولية الجنائية الفردية وفقاً لقواعد القانون الدولي الجنائي التي تستهدف القضاء على أشد الجرائم خطورة، من خلال مسألة ومعاقبة كل من يساهم بأي شكل في ارتكاب تلك الجرائم. وهذا الاستنتاج يتفق مع نص المادة 25(3)(ج) من نظام روما الأساسي التي أقرت المسؤولية الجنائية الفردية على من يساعد بأي شكل لغرض تيسير ارتكاب الجريمة أو الشروع فيها. ويدل ذلك على أن الركن المعنوي لجريمة المساعدة ينشأ بمجرد أن تتجه نية المساعد نحو تيسير ارتكاب الجريمة، حتى ولو لم تتجه نيته إلى ارتكاب الجريمة ذاتها بواسطة غيره.

وأقرت الدائرة التمهيدية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية كرسيتش إلى أنه يكفي لقيام المسؤولية الجنائية عن المساعدة على ارتكاب جريمة الإبادة

الجماعية أن يتوافر العلم بخطة الإبادة لدى من يقدم المساعدة، دون حاجة لإثبات
مشاركة المساعد للقصد الخاص مع منفذي الجريمة¹.

وأخيراً، جاء قرار الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية ليحسم الجدل
في هذه المسألة، وذلك على النحو التالي:

"تنص المادة 25(3)(ج) من النظام الأساسي على تحميل الشخص المسؤولية
الجنائية الفردية إذا قام لغرض تيسير ارتكاب جريمة بتقديم العون أو التحريض أو
المساعدة بأي شكل آخر أو الشروع في ارتكابها، بما في ذلك توفير وسائل
ارتكابها"².

¹ Prosecutor v. Krstić, Appeal Judgment, op. cit., para. 137. See also:
M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Volume 1: Sources,
Subjects and Contents, op. cit., p. 433.

² وهو ما أكدته الدائرة التمهيدية للمحكمة في قراراتها الصادرة بشأن اعتماد التهم في قضايا بيمبا
وبليه جوديه Blé Goudé، وأنجوين Ongwen. أنظر:

Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Situation in the Republic of Côte
d'Ivoire, Decisions on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I
(ICC-02/11-02/11), 11 December 2014, para. 167; Prosecutor v.
Dominic Ongwen, Situation in Uganda, Decision on the Confirmation of
Charges, Pre-Trial Chamber II (ICC-02/04-01/15), 23 March 2016,
para. 43.

وقضت الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في قضية المهدي بأنه يشترط من حيث الجوهر لإقرار هذا الشكل من أشكال المسؤولية أن يقدم الشخص المعني المساعدة في ارتكاب الجريمة وأن يقصد، بإتيانه هذا السلوك تيسير ارتكابها. ولا يشترط أن تكون هذه المساعدة جوهرية أو مرهونة بأي شرط آخر سوى توافر القصد المحدد لتيسير ارتكابها (تميزاً له عن شرط مشاطرة مرتكبي الجريمة)¹.

ثالثاً: الأمر:

يستوجب إقرار المسؤولية الجنائية الفردية عن الأمر بارتكاب الجريمة أن تكون ثمة سلطة أو سيطرة، سواء كانت قانونية أو واقعية، يمارسها من يصدر الأمر تجاه من يتولى تنفيذ الجريمة². ولا يشترط أن يصدر الأمر كتابياً، بل يمكن أن يصدر شفهاً أو بأية طريقة أخرى³.

¹ المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، قرار بشأن اعتماد التهم، المرجع السابق، الفقرة 26.
² وكانت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة قد أقرت في قضية كورديتش وسركيتش بأنه لا يشترط وجود سلطة قيادية رسمية لإقرار المسؤولية الجنائية عن الأمر بارتكاب الجريمة؛ طالما يتبين من الظروف المحيطة أن المتهم يمتلك قدر من السيطرة على من يرتكب الجريمة. أنظر Prosecutor v. Kordić & Čerkez, ICTY, Trial Judgment (IT-95-14/2-T), 26 February 2001, para. 338. (hereinafter referred to as Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment)

³ prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 281.

ووفقاً لانتونيو كاسيسي، الرئيس الأسبق لمحكمة يوغسلافيا السابقة، فإن إثبات الأمر يمكن أن يتم من خلال الظروف المحيطة بارتكاب الجريمة، كما لا يشترط لقيام المسؤولية الجنائية أن يتم تنفيذ الأمر. فتقع إدانة القائد الذي يُصدر أمراً ينطوي على ارتكاب جريمة، ولو لم يقم تابعيه بتنفيذ الأمر، طالما أن القائد قد اتجهت نيته نحو تنفيذ الأمر، مع علمه بأن الأمر الصادر عنه غير مشروع، أو كان من الواضح أن هذا الأمر غير مشروع، ويعني ذلك أن مسؤوليته تكون مسؤولية أصلية باعتباره مرتكباً لجريمة مستقلة. وفي حالة تنفيذ الأمر، فإن القائد يسأل بصفته مشارك في ارتكاب الجريمة مع تابعه الذي تولى ارتكاب الجريمة؛ أي تتم مساءلته في هذه الحالة باعتباره مساهماً تبعياً في ارتكاب الجريمة¹.

ويؤكد ذلك أن النصوص الواردة في كل من المادة 23(د) من قواعد لاهاي لعام 1907، والمادة (40) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977 تحظر صراحة الإعلان أو الأمر بأنه لن يبقى أحد على قيد الحياة، مما يعني أن الأمر في حد ذاته يعد جريمة تثبت بشأنها المسؤولية الجنائية الفردية.

كذلك أقرت محكمة يوغسلافيا السابقة في قضية بلاسكيتش بأن القائد الذي يمرر الأمر الصادر إليه من رئيسه إلى تابعيه، مع علمه بأن هذا الأمر غير مشروع، أو كان من الواضح عدم مشروعيته، فضلاً عن إدراكه بأن هناك احتمالية كبيرة بأن الجريمة سوف يتم ارتكابها بناء على هذا الأمر. فإن ذلك يعد دليلاً على

¹ Antonio Cassese, International Criminal Law, op. cit, p. 194.

قبوله لارتكاب الجريمة، وبالتالي يسأل على قدم المساواة مع من أصدر الأمر بارتكاب الجريمة¹.

ونخلص مما سبق إلى أن الأمر إذا كان بحكم طبيعته يعد ضمن صور المساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة، متى ترتب عليه قيام الفاعل الأصلي بارتكاب الجريمة، إلا أنه نظراً لخطورة الجرائم الدولية والآثار الخطيرة التي تترتب على الأوامر الصادرة من الرؤساء والقادة، فإن قواعد القانون الدولي الجنائي وأحكام القضاء الدولي قد أقرت بأن الأمر بارتكاب جريمة دولية يعد في حد ذاته جريمة مستقلة، حتى ولو لم يفض إلى ارتكاب الجريمة الدولية التي صدر الأمر بشأنها.

¹ prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 282, Prosecutor v. Blaškić, Appeal Judgment, op. cit., para. 42. See also: K. J. Heller, Legacy, in Antonio Cassese, Florian Jeberger, Robert Cryer and Urmila De, International Criminal Law: Critical Concepts, Vol. I (Substantive Law), Routledge Taylor and Francis Group, 2015, p. 383.

المطلب الثالث

المسؤولية عن الجريمة الناقصة

إن المسؤولية والعقاب في العديد من الأنظمة الجنائية الوطنية لا تقتصر فحسب على ارتكاب الجريمة في صورتها الكاملة، وإنما ثمة حالات يتم فيها المعاقبة على الجرائم الناقصة، التي تتسم بأنها:

- تعد تمهيداً لاكتمال ارتكاب جرائم معاقب عليها.
- لم تكتمل على نحو يؤدي إلى إحداث ضرر بالآخرين.
- معاقب عليها في حد ذاتها، ولو لم يترتب عليها ارتكاب الجريمة في صورتها الكاملة.

وترجع الحكمة في إقرار المسؤولية الجنائية عن الجرائم الناقصة إلى رغبة بعض الأنظمة الوطنية في إقرار أكبر قدر من الحماية داخل المجتمع، من خلال تجريم بعض الأفعال التي تتم خلال مراحل التمهيد والإعداد للجريمة، وذلك لإحباط ارتكاب الجريمة في صورتها الكاملة، وتجنب الآثار الضارة المترتبة عليها¹.

وهذه الحكمة بالتأكيد تتوافر في الجرائم الدولية التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للقضاء الدولي الجنائي، والتي يعد تحريمها ضمن القواعد الآمرة

¹ Antonio Cassese, International Criminal Law, op. cit, p. 190.

للقانون الدولي؛ إذ تتجه مقاصد كافة أعضاء الجماعة الدولية نحو القضاء عليها والحيلولة دون ارتكابها.

وكان ميثاق المحكمة العسكرية بنورمبرج ينص على جريمة التآمر باعتبارها من الجرائم الناقصة التي يتم المعاقبة عليها بغض النظر عن ثبوت اشتراك أو مساهمة المتآمر في ارتكاب الجريمة. وقد لاقى إقرار هذه الجريمة في ميثاق المحكمة انقساماً بين قضاة المحكمة. وكان القاضي الفرنسي دونيديو دي فابريس من أشد المعارضين لتطبيق نظرية التآمر على ارتكاب الجريمة، مؤكداً أن تلك النظرية لا تجد أساساً لها سواء في القانون الفرنسي أو البريطاني أو الألماني. ولكن بعد مداوات مستمرة بين القضاة تم التوصل إلى توافق يقضي بقصر تطبيق جريمة التآمر على الجرائم ضد السلام¹. ونظراً للانتقادات الواسعة التي وجهت لفكرة المسؤولية الجنائية عن التآمر في محاكمات الحرب العالمية الثانية، لم يتم تطبيقها في المحاكمات الجنائية الدولية التي تمت بعد ذلك²، وذلك باستثناء جريمة التآمر على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية وفقاً لما قرره المادة 3(ب) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948.

¹ Ellies Van Sliedregt, op. cit., p. 24-25.

² Hiromi Sato, The Separate Crime of Conspiracy and Core Crimes in International Criminal Law, Connecticut Journal of International Law, vol. 32, no. 1, 2016, p. 83-90.

ووفقاً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن الجرائم الناقصة
تتخذ صورتين رئيسيتين¹:

الأولى: الشروع في ارتكاب الجريمة. وتشمل الأفعال التي تعد بدء في تنفيذ
الجريمة، ولكن لا يكتمل تنفيذها نتيجة ظروف تخرج عن إرادة الجاني.

الثانية: التحريض على ارتكاب الإبادة الجماعية: ويعاقب عليه في حد ذاته، ولو لم
يترتب على هذا التحريض ارتكاب الجريمة أو البدء في تنفيذها.

أولاً: الشروع في ارتكاب الجريمة:

تقوم المسؤولية الجنائية الفردية عن الشروع في ارتكاب الجريمة عندما يتخذ الجاني
كافة التدابير لارتكاب الجريمة، ولكن لا يتمكن من تحقيق النتيجة الإجرامية
لأسباب خارجة عن إرادته.

ويتحقق الشروع في ارتكاب الجريمة في حالتين:

الأولى: إذا اتخذ الجاني الخطوات التمهيدية الرئيسية لارتكاب الجريمة ولكن تم
منعه من التنفيذ بواسطة شخص أو أشخاص آخرين. ومثال هذه الحالة محاولة
ضابط عسكري بقصف ممتلكات ثقافية محمية، ولكن تم منعه بالقوة بواسطة أحد
زملائه قبل القيام بعملية القصف.

¹المادة 25(3)(هـ)-(و) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

الثانية: إذا قام الجاني باتخاذ كافة خطوات تنفيذ الجريمة، ولكن لم تتحقق النتيجة الإجرامية لظروف خارجه عن إرادته. ومثال هذ الحالة قيام ضابط عسكري بتوجيه ضربة عسكرية نحو ممتلكات ثقافية محمية، ولكن يخطئ الهدف ولا يحدث أضراراً بالممتلكات الثقافية¹.

ووفقاً لنص المادة 25(3)(و) من نظام روما الأساسي فإنه ثمة ثلاثة عناصر رئيسية يتعين استيفائها لقيام المسؤولية الجنائية عن الشروع في ارتكاب الجريمة:

1. أن يتمثل سلوك الجاني في البدء في تنفيذ الجريمة. فالأعمال التحضيرية لارتكاب الجريمة لا تكون في حد ذاتها كافية لقيام المسؤولية عن الشروع في ارتكاب الجريمة². فحصول الجاني على المتفجرات التي سوف يستخدمها في تدمير الممتلكات الثقافية المحمية لا يعد في حد ذاتها شروعا في جريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية، طالما أنه لم يبدأ في استخدام تلك المتفجرات.

2. توافر قصد ارتكاب الجريمة.

3. أن يفشل في تحقيق مقصده نتيجة ظروف خارجه عن إرادته.

¹ Antonio Cassese, International Criminal Law, op. cit, p. 195.

² Gerhard Werle, op. cit., p. 972-3.

وبالنظر إلى أن قصد ارتكاب الجريمة هو العنصر المميز لقيام المسؤولية الجنائية عن الشروع في ارتكاب الجريمة، فإن نظام روما الأساسي أراد أن يشجع الشخص الذي يشرع في ارتكاب جريمة تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة في العدول عنها. فقرر عدم معاقبة الشخص الذي يعدل بمحض إرادته عن بذل الجهد لارتكابها أو يحول بأية وسيلة أخرى دون إتمامها¹.

فعلى سبيل المثال إذا قام أحد الضباط العسكريين بتوجيه ضربة إلى أحد الممتلكات الثقافية المحمية ولكنها لم تصب الهدف، فقرر بإرادته عدم توجيه ضربة أخرى لإصابة الهدف. ففي هذه الحالة لا يسأل هذا الضابط عن الشروع في تدمير ممتلكات ثقافية محمية أثناء النزاعات المسلحة لأنه كف بإرادته عن بذل الجهد لارتكاب الجريمة. وكذلك الوضع إذا أصدر قائد عسكري أمراً إلى تابعة بتدمير أحد المباني الثقافية المحمية، ولكن بعد وضع المتفجرات في المبني وقبل القيام بعملية التفجير، أصدر القائد أمراً بمحض إرادته بوقف العملية نهائياً. ففي هذه الحالة أيضاً لا يسأل القائد العسكري لأنه اتخذ قرار إرادياً حال بموجبه دون إتمام الجريمة.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن صياغة نص المادة 25(3)(و) التي قررت الإعفاء من العقاب في حالة عدول الشخص بإرادته عن ارتكاب الجريمة أو

¹ المادة 25(3)(و) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

إتمامها قد شابه الغموض، لأنه لم يبين فيما إذا كان المقصود هو نفي الصفة الجرمية عن الفعل المرتكب أم أنها تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية¹.

ونرى أن هذا الحكم يعد ضمن موانع المسؤولية، وليس من شأنه نفي

الصفة الجرمية عن الفعل المرتكب، ونستند في هذا الاستنتاج إلى الحجج التالية:

1. أن كافة الأعدار المعفية من المسؤولية والعقاب تستند إلى تخلف أحد عناصر الركن المعنوي، بالرغم من توافر كافة عناصر الركن المادي للجريمة، كما هو الحال بالنسبة لحالات القصور العقلي والسكر غير الإرادي والإكراه والدفاع الشرعي. وبالتالي فإن عدول الشخص عن ارتكاب الجريمة بمحض إرادته وليس لظروف أو عوامل أخرى، يؤدي إلى تخلف أحد عناصر الركن المعنوي، ومن ثم إلى عدم مساءلته.

2. أن هذا الحكم يفترض أن الشخص قد بدأ بالفعل في تنفيذ الجريمة ولكنه عدل بإرادته عن ارتكابها أو إتمامها، أما إذا كان الشخص في مرحلة الأعمال التحضيرية للجريمة ثم عدل بإرادته عن المضي قدماً في تنفيذ الجريمة، فإن الصفة الجرمية تنتفي عن تلك الأعمال التحضيرية، نظراً لعدم تحقق أي عنصر من عناصر الركن المادي أو المعنوي لقيام المسؤولية الجنائية عن الشروع في ارتكاب الجريمة. وهذه الحالة الأخيرة لا تحتاج إلى نص خاص يقررها.

¹ Gerhard Werle, op. cit., p. 973.

3. أشارت المادة (31) من نظام روما الأساسي إلى وجود أسباب أخرى لامتناع المسؤولية الجنائية بخلاف الأسباب الواردة بها. ويعد الحكم الوارد في المادة 25(3)(و) ضمن أسباب امتناع المسؤولية الجنائية.

ثانياً: التحريض على الإبادة الجماعية:

جاء النص صراحة على جريمة التحريض على الإبادة الجماعية في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948. واقتبست كل من أنظمة محكمة يوغسلافيا السابقة ومحكمة رواندا والمحكمة الجنائية الدولية النص حرفياً، والذي قرر المسؤولية والعقاب على أفعال "التحريض المباشرة والعلني على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية".¹

وكانت لجنة القانون الدولي قد أوضحت في تعليقها على المادة 2(3)(و) من مشروع القانون المتعلق بالجرائم ضد السلام وأمن الإنسانية لعام 1996، بأن التحريض في حد ذاته يمثل جريمة نظراً لمساهمته الجوهرية في ارتكاب الجريمة.² ثم أكدت الدائرة الابتدائية لمحكمة رواندا في قضية اكايسو بأن أفعال التحريض

¹ المادة 3(ج) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها 1948، والمادة 4(3)(ج) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة 1993، والمادة 2(3)(ج) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا 1994، والمادة 35(3)(هـ) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

² Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries, 1996, p. 22.

تمثل خطورة عالية على المجتمع، ومن ثم يعاقب عليها، وإن لم ترتب أثرها في ارتكاب الجريمة¹.

ويشترط لقيام المسؤولية الجنائية عن التحريض على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أن يكون هذا التحريض علنياً ومباشراً. ويستدعي ذلك أن يدعو الجاني إلى ارتكاب جريمة الإبادة بشكل علني ومباشر لكي يستقطب شخص أو أكثر للتفاعل مع التحريض وتنفيذ الجريمة. ولا يشترط أن يكون التحريض على ارتكاب الإبادة الجماعية صريحاً، ولكن يمكن استخدام التعبيرات المجازية أو الرمزية والتي تفيد بوضوح لدى المتلقي بأنها تحريض على ارتكاب الإبادة الجماعية. ومع ذلك، فإن التصريحات أو العبارات الاستفزازية غير المباشرة تجاه جماعة معينة، قد لا تكفي لقيام التحريض على ارتكاب الإبادة الجماعية، طالما أن المتلقي لم يستوعبها باعتبارها تحريض على ارتكاب الجريمة².

ويتعين أن يتوافر لدى الجاني العلم والإرادة بأنه يحرض على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، وعلى وجه الخصوص القصد الخاص اللازم لارتكاب تلك الجريمة³.

¹ Prosecutor v. Akayesu, op. cit., para. 562. Jean Kambanda v. Prosecutor, ICTR, Appeal Judgment (ICTR-97-23-A), October 2000, para. 2.

² المرجع نفسه، الفقرة 557. أنظر أيضاً:

³ Gerhard Werle, op. cit., p. 972.

وتبدو أهمية التحريض على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية في سياق جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي تمثل التراث المشترك للإنسانية، في الحالة التي يتولى فيها مجموعة من الأشخاص عملية التدمير والإتلاف الممنهج لممتلكات ثقافية تابعة لجماعة عرقية أو إثنية أو وطنية كبدائية لتنفيذ خطة لإبادة هذه الجماعة ومحو هويتها وثقافتها، حيث يمكن محاكمة ومعاقبة هؤلاء الأشخاص بتهمة التحريض على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية استناداً إلى أفعال التدمير والتخريب المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية، متى اقترنت بوجود تصريحات صادرة عنهم تعيد رغبتهم في إبادة الجماعة التي تتبعها تلك الممتلكات الثقافية.

المطلب الرابع

أهمية التمييز بين صور المساهمة في ارتكاب الجرائم الدولية

تبدو أهمية التمييز بين صور المساهمة في ارتكاب الجرائم الدولية في تحديد درجة المسؤولية الجنائية التي تقع على كل شخص ساهم في ارتكاب الجريمة. ومع ذلك، فإن الوضع في سياق القانون الدولي الجنائي يختلف بشكل كبير عما هو مقرر في الأنظمة القانونية الوطنية، فإذا كانت المساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة يمكن أن تعد في بعض الأنظمة الوطنية ذات درجة أقل من حيث ثبوت المسؤولية الجنائية الفردية، فإن الأمر يختلف في العديد من الحالات فيما يتعلق بالمساهمة التبعية في ارتكاب الجرائم الدولية.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن المساهم التبعية الذي يتولى التخطيط أو التوجيه أو الأمر أو الإشراف على ارتكاب الجريمة، غالباً ما يكون دوره أكثر تأثيراً وفعالية من الأشخاص الذين ينفذون بأنفسهم الجريمة. فنجد أن أدولف هتلر قد أمر بقتل ملايين الأشخاص بالرغم من أنه لم ينفذ بيده عملية قتل أي شخص. ومع ذلك، فإن الأمر الصادر منه، كرئيس دولة، كان له عظيم الأثر في إحداث عمليات القتل والإبادة واسعة النطاق خلال الحرب العالمية الثانية. والأمر ذاته ينطبق على أدولف أيكمان الذي أدار عمليات الإبادة والقتل الممنهج في أوروبا من مكتبه في برلين.

وكانت الدائرة الاستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة قد أكدت على هذا الأمر في قضية تاديتش بقولها "إن غالبية الجرائم لا تنشأ عن نزعة جنائية لفرد واحد، ولكنها تمثل مظهر من مظاهر الإجماع الجماعي: فالجرائم غالباً ما يتم ارتكابها بواسطة مجموعة من الأشخاص تتصرف وفقاً لنموذج إجرامي مشترك. وبالرغم من أن بعض أعضاء الجماعة يرتكبون بأنفسهم الفعل الإجرامي (كالقتل)، إلا أن مساهمة واشتراك باقي أعضاء الجماعة غالباً ما تكون عنصراً أساسياً لتسهيل ارتكاب الجريمة. ويترتب على ذلك أن جسامه الركن المعنوي لهذا الاشتراك لا يقل-بل بالأحرى لا يختلف- عن ذلك الذي يتوافر بالنسبة لمن يرتكبون الفعل الإجرامي بأنفسهم"¹.

وبالرغم من ذلك، نجد أن قضاء محكمتا يوغسلافيا السابقة ورواندا قد أولى اهتماماً خاصاً للتمييز بين المساهمة الأصلية والمساهمة التبعية في ارتكاب الجريمة، ليس فحسب لبيان نطاق المسؤولية الجنائية الفردية التي تقع على كل متهم تتم إدانته، بل لتحديد مدى العقوبة الموقعة عليه. فنجد، على سبيل المثال، أن الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية فاسيليفيتش Vasiljević أقرت بأن المساعدة تعد ضمن صور المساهمة التي تستدعي توقيع عقوبة أقل من عقوبة الاشتراك في ارتكاب الجريمة²

¹ Tadić Appeal Judgment, op. cit., para. 191.

² Prosecutor v. Mitar Vasiljević, ICTY, Appeal Judgment, (IT-98-A), 25 February 2004, p. 182.

ونجد أن محكمة رواندا لم تسوي بين كافة صور المساهمة التبعية فيما يتعلق بتحديد نطاق المسؤولية الجنائية الفردية ومدى العقوبة الموقعة على الجاني، حيث قررت الدائرة الاستئنافية في قضية سيمانزا Semanza بأنه بالنظر إلى أن المتهم قد أمر وساعد على ارتكاب الجريمة، فإن الأمر بارتكاب الجريمة يمثل صورة من صور المساهمة الجنائية التي تستتبع درجة أعلى من المسؤولية الجنائية الفردية عن المساعدة، ومن ثم عقوبة أكبر¹.

ومن هذا المنطلق، فإن التمييز بين صور المساهمة الجنائية في ارتكاب الجرائم الدولية تعد ذات أهمية معتبرة عند تحديد درجة المسؤولية الجنائية الفردية ونطاق العقوبة الموقعة على الجاني.

¹ Prosecutor v. Laurent Semanza, ICTR, Appeal judgment, (ICTR-97-20-A), 20 May 2005, para. 355.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية

تمهيد وتقسيم:

منذ محاكمات نورمبرج وطوكيو، صارت المسؤولية الجنائية الفردية تقع على ثلاثة جرائم رئيسية، تحديداً: جرائم الحرب، الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية. وأضاف نظام روما الأساسي لعام 1998 إلى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية جريمة العدوان¹.

والاعتداء على الممتلكات الثقافية يمكن أن يتم في إطار نزاع مسلح، سواء اتسم بالطابع الدولي أو غير الدولي، الأمر الذي يصبغ على الجرائم المرتكبة وصف جرائم الحرب. ومع ذلك، فقد يحدث أن يقع الاعتداء بشكل ممنهج وواسع

¹ تمكنت جمعية الدول الأطراف عام 2010 من إقرار تعريف وقواعد تحكم مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها على جريمة العدوان. وأصدرت جمعية الدول الأطراف قرارها بتفعيل جريمة العدوان في ديسمبر 2017، لبيدأ اختصاص المحكمة على الجريمة في 17 يوليو 2018. أنظر:

قرار جمعية الدول الأطراف للمحكمة الجنائية الدولية رقم 6/RC/Res، اعتمد بتوافق الآراء في الجلسة العامة الثالثة عشرة في 11 يونية 2010، المرفق الأول. انظر أيضاً: قرار جمعية الدول الأطراف للمحكمة الجنائية الدولية ICC-ASP/16/Res.5، بشأن تعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على جريمة العدوان، اعتمد بتوافق الآراء في الجلسة العامة الثالثة عشرة، المعقودة في 14 ديسمبر 2017، الفقرة 1.

النطاق، بغض النظر عن ضرورة توافر نزاع مسلح، مما يصبغ على الجرائم المرتكبة وصف الجرائم ضد الإنسانية.

والأكثر من ذلك، فقد يأتي الاعتداء على الممتلكات الثقافية في إطار خطة ممنهجة للتخلص من جماعة معينة، إثنية أو قومية أو دينية أو عنصرية¹، مما يعني أن الاعتداء على الممتلكات الثقافية قد يعد دليلاً مادياً ثابتاً وواضحاً لإثبات القصد الخاص المتطلب لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية.

ولمزيد من البيان يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، بحيث نبين في الأول الاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتبارها جريمة حرب، وفي الثاني الاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتبارها جريمة ضد الإنسانية، وفي الثالث الاعتداء على الممتلكات الثقافية كدليل على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية.

¹ تنص المادة (2) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لسنة 1948 على:
"في هذه الاتفاقية، تعني الإبادة الجماعية أي من الأفعال التالية، المرتكبة على قد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، بصفتها هذه:
(أ) قتل أعضاء من الجماعة.
(ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
(ت) إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً.
(ث) فرض تدابير تستهدف الحؤول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة.
(ج) نقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلى جماعة أخرى.

المطلب الأول

الاعتداء على الممتلكات الثقافية كجريمة حرب

يعد وجود نزاع مسلح، سواء كان ذات طبيعة دولية أو غير دولية، عنصراً أساسياً لقيام جريمة الحرب. وعليه، فإنه لكي يتم وصف أعمال الاعتداء على الممتلكات الثقافية بأنها جريمة الحرب، فإنه يلزم إثبات وجود رابطة بين تلك الأعمال ونزاع مسلح، بحيث يمكن أن وجود هذا النزاع قد لعب دوراً جوهرياً في قدرة الجاني على ارتكاب الجريمة، أو التأثير على قراره لارتكابها، أو الوسيلة أو الغرض الذي ارتكبت الجريمة من أجلها¹.

واعتبرت العديد من المواثيق الدولية الاعتداء على الممتلكات الثقافية في صورة المختلفة جريمة يثبت بشأنها المسؤولية والعقاب.

وارتُكبت في الآونة الأخيرة العديد من جرائم الحرب تجاه الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية، في كل من سوريا والعراق، الأمر الذي لفت انتباه

¹ وعدم وجود رابطة بنزاع مسلح هو أحد أسباب عدم إمكانية محاكمة مسؤولي طالبان عن ارتكاب جريمة حرب، بسبب تدمير تماثيل بوذا باميان. فقد تم ارتكاب تلك الجريمة عندما كانت طالبان تحت السيطرة الكاملة لقوات طالبان، دون إمكانية ربطها بأية نزاع أو معارك عسكرية. أنظر:

Roger O'Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, op. cit., p. 341-3.

الجهات والمنظمات المعنية في سبيل الحد من تلك الجرائم وصون الممتلكات الثقافية.

أولاً: مفهوم جريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية في موثيق القضاء الجنائي الدولي:

قررت المادة 6(ب) من ميثاق نورمبرج أن جريمة الحرب هي انتهاكات قواعد وأعراف الحرب، ويعني ذلك أن أية انتهاكات تم ارتكابها من جانب القادة والمسؤولين الأمان بالمخالفة للقواعد والأعراف الدولية الواردة في اتفاقية لاهاي لعام 1907، ولا سيما الانتهاكات المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية، تعد جريمة حرب.

وأوردت المادة 6(ب) أمثلة على بعض الأفعال التي تعد جريمة حرب، ومنها سلب الممتلكات العامة والخاصة، والتدمير الغاشم للمدن والمراكز والقرى، والتخريب الذي لا تقتضيه الضرورة العسكرية.

واكتفت المادة 5(ب) من محكمة طوكيو بتعريف جرائم الحرب بأنها الانتهاكات لقوانين وأعراف الحرب دون إيراد أية أمثلة على الأفعال المكونة لتلك الانتهاكات، ومع ذلك فإنها تشمل في مضمونها الانتهاكات والاعتداءات المرتكبة تجاه التراث الثقافي خلال الحرب العالمية الثانية من جانب اليابان.

وأقرت محكمة نورمبرج أن استيلاء الألمان على الممتلكات العامة والخاصة في الدول المحتلة، بما في ذلك الممتلكات الخاصة باليهود في ألمانيا

والنمسا، تمثل جريمة حرب بموجب نص المادة 6(ب) من ميثاق نورمبرج، نظراً لمخالفتها للقواعد الواردة في اتفاقية لاهاي لعام 1907، وتحديداً نص المادة (46) المتعلقة بحظر مصادرة الممتلكات الخاصة¹، والمادة (56) المتعلقة بالممتلكات التابعة للبلديات والمؤسسات الدينية والتعليمية والخيرية والفنية والعلمية². وأبرزت المحكمة أن تلك القواعد معترف بها من قبل الأمم المتعددة، وهي كاشفة عن قوانين وأعراف الحرب المشار إليها في نص المادة 6(ب) من ميثاق نورمبرج. وبناء عليه، فإن مخالفة تلك القواعد يمثل جرائم تستوجب عقاب من تثبت إدانته³.

ونصت المادة 3(د) من نظام محكمة يوغسلافيا السابقة أن جريمة الحرب تقع بالنسبة لأعمال "الاستيلاء والتدمير والتخريب العمدي للمؤسسات المخصصة للأغراض الدينية والخيرية والتعليمية والفنون والعلوم والآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية". واستندت محكمة يوغسلافيا لهذا النص في العديد من أحكامها

¹ Barry A. Feinstein, The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupies Territories: The case of Israel's Security Barrier, Northwestern University Journal of Human Rights, vol. 4, No. 238, Fall, 2005, p. 288.

² انظر ما سبق أن أوضحناه سابقاً تحت عنوان "القواعد الخاصة لحماية الممتلكات الثقافية خلال فترة الاحتلال الحربي" بشأن المادة (56) من اتفاقية لاهاي لعام 1907.

³ Judgment of the International Military Tribunal, The Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, p. 63-69.

لإقرار المسؤولية والعقاب عن الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي وقعت أثناء النزاع الذي اندلع في يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991¹.

وكان للأحكام الصادرة عن محكمة يوغسلافيا السابقة أثرها عند اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث جاء نص المادة 8(2) (ب)(9) والمادة 8(2)(هـ)(4) لتقرر الاختصاص على جرائم الحرب المتمثلة في "تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية" سواء اتسمت النزاعات التي ارتُكبت فيها تلك الجرائم بالطابع الدولي أو غير الدولي.

وتم إدراج نصوص مماثلة لتلك الواردة في نظام روما الأساسي في نصوص اللائحة رقم 15/2000 الصادرة عن إدارة الأمم المتحدة للعدالة الانتقالية في تيمور الشرقية، والتي أنشئت دوائر خاصة في المحكمة المركزية بديلي، يثبت لها

¹ Prosecutor v. Brđanin, Trial Judgment, op. cit., Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., Prosecutor v. Miodrag Jokic, ICTY, Trial Judgment, Case No. IT-01/42/1-S, 18 March 2004, prosecutor v. Blaškić, Trial and Appeal Judgments, op. cit., Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial and Appeal Judgments, op. cit., Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Judgment, op. cit., Prosecutor v. Biljana Plavšić, ICTY, Trial Judgment, (IT-00-39&40/1-S), 27 February 2003.

اختصاص خالص بالمحاكمة على الجرائم الجزائية الخطيرة، بما في ذلك جرائم الحرب¹.

وحرى بالذكر أن نظام المحكمة العراقية الخاصة الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق عام 2003، اشتمل على نصوص مماثلة لتلك الواردة في نظام روما الأساسي فيما يتعلق بجريمة الحرب المتمثلة في الاعتداء على الممتلكات الثقافية، وذلك بالرغم من أن المحكمة العراقية الخاصة لا تعد محكمة جنائية دولية نظراً إلى عدم اكتساب إنشائها وتشكيلها للصبغة الدولية².

¹ Articles 6(1)(b)(9) and 6(1)(e)(4) of the Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UN Doc. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000.

² أنظر المادة 13(ب)(10) والمادة 13(د)(4) من نظام المحكمة العراقية الخاصة لعام 2003.

ثانياً: صور الاعتداء على الممتلكات الثقافية كجريمة حرب:

تتمثل صور الاعتداء على الممتلكات الثقافية المعاقب عليها باعتبارها جريمة حرب أمام القضاء الدولي الجنائي في الهجوم غير المشروع وإلحاق أضرار عرضية بطريقة غير مشروعة والأعمال العدائية والاستيلاء غير المشروع.

1. الهجوم غير المشروع على الممتلكات الثقافية:

لقد أصبح من المستقر في القواعد العرفية والاتفاقية للقانون الدولي الإنساني أن تعد توجيه هجمات للممتلكات الثقافية تعد جريمة حرب تستوجب المسؤولية والعقاب¹.

وهذه الجريمة لها طبيعتها الخاصة التي تميزها عن جريمة توجيه هجمات تجاه الأعيان المدنية. بالرغم من أن هذه الجريمة الأخيرة تنطوي في مفهومها على أفعال توجيه الهجمات للممتلكات الثقافية. ولكن نظراً لأهمية إقرار حماية خاصة للممتلكات الثقافية، فقد تم حظر استهدافها أثناء النزاعات المسلحة بموجب

¹ أنظر ما سبق أن عرضناه في الفصل الأول فيما يتعلق بالنظام القانوني لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة.

الاتفاقيات الدولية المعنية¹، كما أقرت مواثيق المحاكم الدولية المسؤولية والعقاب عليها².

والهجوم على الممتلكات الثقافية تتخلع عنه صفة عدم المشروعية إذا أصبحت تلك الممتلكات أهدافاً عسكرية³. ومع ذلك يتعين التقيد بمعيار التناسب عند الهجوم على الممتلكات الثقافية التي تعد أهدافاً عسكرية. وتطبيقاً لذلك، أقرت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية برليتش وآخرين *Prlic et al.* بأن تدمير الجسر القديم في موستار كان له تأثير نفسي عظيم على السكان المسلمين في موستار، نظراً للقيمة الثقافية التاريخية البارزة لهذا الجسر. وانتهت المحكمة إلى أنه بالرغم من أن الهجوم كانت تبرره الضرورة العسكرية، إلا أن تأثيره

¹ أنظر بشكل عام فيما يتعلق بإقرار حماية خاصة للممتلكات الثقافية: اتفاقية لاهاي لعام 1907، واتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977، واتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح لعام 1954.

² المادة 3(د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة 1993، والمادة 8(ب)(9) والمادة 8(هـ)(4) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

³ المادة 52(2) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف لعام 1977، والمادة 1(و) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999، والمادة 8(ب)(9) والمادة 8(هـ)(4) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

على السكان المدنيين كان شديداً ومتجاوزاً، على نحو ينفي توافر التناسب مع
المزية العسكرية المحققة¹.

وإذا كانت موثيق المحاكم الجنائية الدولية أقرت بمشروعية الهجوم على
الممتلكات الثقافية التي يتم استخدامها لدعم الجهود العسكرية، ومن ثم تصبح أهدافاً
عسكرية مشروعة، إلا أنها لم تنص صراحة على تجريم استخدام الممتلكات الثقافية
لدعم الجهود العسكرية وفقاً لما هو مقرر في البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات
جنيف².

وكانت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة قد أشارت في قضية
ستروجر إلى أنه إذا ثبت أن القوات العسكرية لكرواتيا قد استخدمت المدينة القديمة
بدبروفينيك لاتخاذ مواقع عسكرية دفاعية، فإن ذلك يعد مخالفة لوضع حماية التراث
العالمي المقرر لتلك المدينة³. ومع ذلك، فإننا نرى أن هذا ليس من شأنه إثبات

¹ Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić and Berislav Pušić, ICTY, Trial Judgment (IT-04-74-T), Vol. I, 29 May 2013, paras. 121-127.

² المادة 53(ب) من البروتوكول الإضافي الأول، والمادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني.
أنظر أيضاً:

Yaron Gottlieb, Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC, Penn State International Law Review vol. 23, no. 4, Spring 2005, p. 867.

³ Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., para. 183.

المسؤولية الجنائية الفردية عن استخدام الممتلكات الثقافية لدعم العمل العسكري، وإنما الهدف منه هو إقرار مدى توافر الضرورة العسكرية لدى الطرف الذي يشن الهجوم على تلك الممتلكات بسبب استخدامها لدعم العمل العسكري. ونخلص من ذلك أن القضاء الدولي الجنائي لم يقر المسؤولية الجنائية الفردية عن فعل استخدام الممتلكات الثقافية لدعم العمل أو الجهود العسكرية على نحو يجعلها عرضة للهجوم¹.

ولكي تقوم المسؤولية الجنائية الفردية عن جريمة الحرب المتمثلة في توجيه هجوم تجاه الممتلكات الثقافية، فإنه يتعين أن يتوافر العلم والإرادة لدى المتهم؛ أي أن تتجه نيته نحو توجيه هجوم نحو هدف معين مع علمه بأنه من الممتلكات الثقافية المحمية بموجب قواعد القانون الدولي².

وأوضحت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية ستروجر و Strugar على أن النية المطلوبة لقيام جريمة الحرب المتمثلة في توجيه هجمات تجاه الممتلكات الثقافية، تشتمل على عنصري العمد والإهمال³. وذلك بالرغم من عدم وجود استقرار في قواعد العرف الدولي بشأن مدى كفاية الإهمال لقيام نية

¹ د. عصام بارة، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية الممتلكات الثقافية-حالة مالي أنموذجا، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 29، إبريل 2018، ص 80-82.

² Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., para. 329; Prosecutor v. Strugar, Appeal Judgment, op. cit., para. 279.

³ Prosecutor v. Strugar, Appeal Judgment, op. cit., para. 277.

ارتكاب الجريمة، لا سيما أن نظام روما الأساسي قد عرف النية بأنها قصد ارتكاب الفعل الإجرامي فيما يتعلق بسلوكه¹.

ويمكن إثبات توافر العلم والإرادة لدى المتهم من خلال الظروف المحيطة بارتكاب الجريمة. فنجد أن محكمة يوغسلافيا السابقة في قضية ستروجر قد أثبتت توافر العلم والإرادة من خلال إثبات أن الشعار المميز المقرر بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954 كان مرئياً فوق المدينة القديمة بدبروفنيك من أماكن تمركز القوات المسلحة اليوغسلافية، يضاف إلى ذلك وضع المدينة القديمة باعتبارها ضمن مواقع التراث العالمي لليونسكو، مما يؤكد على أن توجيه الهجمات تجاه الممتلكات الثقافية كان عمدياً².

إلحاق أضرار عرضية بالممتلكات الثقافية بطريقة غير مشروعة:

أقرت المادة 8(2)(ب)(4) بأن تعمد شن هجمات مع العلم بأنها ستؤدي إلى إلحاق أضرار عرضية بالأعيان المدنية، يكون إفراطه واضحاً قياساً بمجمل ما يتوقع تحقيقه من مكاسب عسكرية ملموسة ومباشرة. ويفترض ذلك بالضرورة أن تكون الهجمة موجهة تجاه هدف عسكري، وليس مباشرة تجاه الممتلكات الثقافية-أو

¹المادة 30(2)(أ) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

² Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., p. 329; Prosecutor v. Pavle Strugar, ICTY, Appeal Judgment, op. cit., para. 279.

الأعيان المدنية بصفة عامة-وإلا كنا بصدد الصورة السابقة من صور الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

وبمراجعة أحكام القضاء الجنائي الدولي، نجد أنه لم يتم حتى وقتنا هذا إجراء أية محاكمة جنائية استناداً إلى ارتكاب هذه الجريمة.

ويتم الأخذ بمعيار التناسب لتحديد مدى توافر عناصر الركن المادي للجريمة. ويشتمل التناسب على عاملي الكم والكيف. فتحديد نطاق الضرر العرضي الذي أصاب الممتلكات الثقافية بسبب الهجوم، لا يتم فحسب من خلال حساب المساحة أو الأجزاء التي أصابها الضرر، وإنما أيضاً بالنظر إلى قيمة الممتلكات الثقافية ذاتها¹.

ومن أبرز الأمثلة على إعمال معيار التناسب أثناء النزاعات المسلحة، التصرف الذي اتخذه قائد قوات التحالف أثناء حرب الخليج عام 1991 عندما قامت القوات العراقية بوضع طائرتين مقاتلتين بجوار زقورة أور ذات القيمة التاريخية العظيمة، حيث قرر قائد التحالف عدم الهجوم على الطائرتين انطلاقاً من احترام الممتلكات الثقافية، فضلاً عن اعتقاده بأنه وضع الطائرتين بجوار زقورة أور، بدون وجود معدات لخدمة الطائرات وعدم وجود ممر للإقلاع، يعني أن

¹ Roger O'Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, op. cit., p. 353-4.

الطائرتين قد أصبغا خارج الخدمة، مما يقلل من قيمة تدميرهما بواسطة قوات التحالف، بما لا يتناسب مع المخاطر التي يمكن أن تلحق بالمتكالت الثقافية¹.

ووفقاً لنظام روما الأساسي، فإنه يتعين أن تكون الخسائر العرضية مفرطة بشكل واضح، أي أن يكون عدم التناسب بين الهجوم والأضرار العرضية المفرطة واضحاً. ويترتب على ذلك عدم إمكانية إقامة المسؤولية الجنائية الفردية إلا إذا لحقت بالفعل خسائر مفرطة بالمتكالت الثقافية. فلا يجوز إقامة المسؤولية الجنائية الفردية لمجرد أن الهجمة كانت خطيرة، وأنه كان من شأنها إلحاق أضرار عرضية مفرطة بالمتكالت الثقافية، طالما أنه لم يترتب عليها تلك الأضرار. بل لا تقوم المسؤولية الجنائية الفردية إذا لحقت بالمتكالت الثقافية أضراراً عرضية طالما أنها ليست مفرطة، وكانت متناسبة مع المكاسب العسكرية المباشرة والملموسة².

ويفترض الركن المعنوي لتلك الجريمة أن يكون الهجوم متعمداً، وأن يتم شنه مع العلم بأنه في سياق المجرى العادي للأحداث سوف يترتب عليه أضراراً عرضية بالأعيان المدنية.

¹ Conduct of the Persian Gulf War, Final Report to Congress Pursuant to Title V of the Persian Gulf Conflict Supplemental Authorization and Personal Benefits Act of 1991, Appendix on the Role of the law of War, April 1992, p. 626.

² المادة 8(2)(ب)(4) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

ووفقاً لمفهوم نص المادة 8(2)(ب)(4) من نظام روما الأساسي، فإنه لا يشترط العلم بأن العين المدنية تعد ممتلكاً ثقافياً، وإن كان توافر هذا العلم من عدمه سوف يكون له قيمته عند تقدير عنصر التناسب. فعدم التناسب يكون أكثر وضوحاً إذا كان من يشن الهجوم على علم بالطبيعة الثقافية للعين التي ستلحق بها الأضرار العرضية¹.

الأعمال العدائية تجاه الممتلكات الثقافية:

تؤدي الأعمال العدائية تجاه الممتلكات الثقافية التي لا تتخذ شكل الهجوم إلى قيام المسؤولية الجنائية الفردية. ومن أمثلة تلك الأعمال العدائية هدم الممتلكات الثقافية باستخدام المتفجرات أو استخدام أدوات وآلات الهدم الأخرى².

وكان هناك محاكمات لمجرمي الحرب الألمان أمام محكمة نورمبرج بسبب دورهم في التدمير العمدي للممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة.

¹ Roger O'Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, op. cit., p. 353-4. See also: Patty Gerstenglith, op. cit., p. 369-370. Also: Craig J. S. Forest, op. cit., p. 211-212

² Ronald T.P. Alcalá, Babylon Revisited, op. cit. p. 209. See also: Mark v. Vlastic and Helga Turku, Protecting Cultural Heritage as a Means for International Peace, Security and Stability: The Case of ISIS, Syria and Iraq, Vanderbilt Journal of Transitional Law, vol. 49, 2016, p. 1399.

وأقرت المادة 3(د) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا المسؤولية الجنائية الفردية عن الأعمال العدائية جنباً إلى جنب مع الهجوم على الممتلكات الثقافية، وذلك عندما أشارت إلى أن جريمة الحرب تشمل "التدمير أو التخريب العمدي الذي يقع على المؤسسات المخصصة للأغراض الدينية والخيرية والتعليمية والفنية، أو الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية والعلمية". ويستفاد من ذلك أن التدمير والتخريب العمدي للممتلكات الثقافية يشتمل على أفعال الهجوم المسلح على الممتلكات الثقافية، بالإضافة للأعمال العدائية الأخرى التي لا تمثل هجوماً مسلحاً بالمفهوم الدقيق.

وحددت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا في قضية بلاسكيتش Blaškić الشروط الواجب توافرها لقيام جريمة التخريب أو التدمير العمدي للمؤسسات المخصصة لأغراض دينية أو تعليمية، مقررّة أنه يتعين أن يتم ارتكاب التدمير أو التخريب تجاه الممتلكات التي يكون من الواضح تخصيصها لأغراض دينية أو تعليمية، دون أن تستخدم لأغراض عسكرية وقت الهجوم. كذلك يتعين ألا تكون تلك المؤسسات في منطقة مجاورة مباشرة للأهداف العسكرية¹.

بالإضافة إلى ذلك، أشارت محكمة يوغسلافيا في قضية كورديتش Kordić وسيركيتش Čerkez بأنه قد أصبح من الثابت أن توافر قصد التمييز عند ارتكاب

¹ prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 185.

فعل تخريب وتدمير المؤسسات الدينية والتعليمية، يعد بمثابة هجوم على جوهر الهوية الدينية لجماعة معينة¹.

وبالفعل، أدانت محكمة يوغسلافيا السابقة كل من بلاسكيتش وناليتيليتش وبردانين على ارتكاب أفعال التدمير والتخريب العمدي للممتلكات الثقافية، كما أقر بلافسيتش Plavšić بالذنب بالنسبة لارتكاب تلك الأفعال².

ووفقاً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن الأعمال العدائية تتمثل في تدمير ممتلكات العدو، سواء اتسم النزاع بالطابع الدولي أو غير الدولي، وذلك ما لم يكن هذا التدمير تحتّمه ضرورات الحرب³.

وأقرت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية مسؤولية المهدي عن ارتكابه لجريمة حرب في تمبكتو بمالي، بسبب تدمير الأضرحة التي تمثل تراثاً ثقافياً للإنسانية¹.

¹ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment, op. cit., para. 207.

² prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., p. 267-8. Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Trial Judgment, op. cit., p. 275. Prosecutor v. Brđanin, Trial Judgment, op. cit., p. 370. Prosecutor v. Biljana Plavšić, ICTY, Trial Judgment (IT-00-39&40/1-S), 27 February 2003, para. 5, 43-44.

³ المادة (2)8(ب)(13) والمادة (2)8(هـ)(12) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

والركن المادي اللازم لقيام تلك الجريمة يتمثل في أفعال التدمير المتمثلة في فناء الشيء والتخريب الذي يجعل الشيء غير صالح للاستعمال أو لتأدية الغرض منه أو وظيفته، متى ارتكبت بطريقة غير مشروعة تجاه الممتلكات الثقافية. وبالتالي يخرج من إطار عدم المشروعية أفعال التدمير والتخريب التي تقتضيها الضرورات الملحة للحرب. ويفترض ذلك عدم وجود أية بدائل أخرى ملائمة غير تدمير الممتلكات الثقافية للتعامل مع الموقف العسكري القائم.

ففي بعض الحالات قد يكون تدمير بعض الأعيان أمراً حتمياً لعرقلة تقدم العدو، أو لتطهير مجال إطلاق النيران، أو لمنع الحماية والتغطية لقوات العدو. ومع ذلك، فإن تلك الأعمال يتعين تقدير جدواها في إطار الضرورة العسكرية.

وبناء على ذلك، أدانت محكمة يوغسلافيا السابقة بردانين بسبب تدميره للمساجد والكنائس باستخدام الألغام والمتفجرات وهدمها باستخدام الآلات الثقيلة، وإشعال النيران بها، حيث قررت المحكمة أن تدميرها لم يعط أية ميزة عسكرية، كما لا توجد كذلك أية ضرورة عسكرية تحتمها².

¹وأشارت المحكمة الجنائية الدولية إلى أن السيد المهدي شارك بنفسه في الهجوم، "وقرر في وقت ما أثناء الهجوم أنه ينبغي استعمال الجرافة". أنظر: المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحكم والعقوبة، المرجع السابق، الفقرة 38.

² Prosecutor v. Brđanin, Appeal Judgment, op. cit., para. 342.

فضلاً عن ذلك، فإنه يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الدولية الفردية توافر الركن المعنوي المتمثل في توافر قصد تخريب أو تدمير الممتلكات الثقافية لدى الجاني، سواء تم الفعل الإجرامي عمداً أو بسبب الإهمال¹.

وتأكيداً لذلك، أشارت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية ناليتيليتش Naletilic ومارتينوفيتش Martinovic أنه لكي يتحقق الركن المعنوي لجريمة تدمير الممتلكات، يتعين أن يكون الجاني قد أتى الفعل بنية تدمير الممتلكات المحمية أو آتاه بإهمال دون أن يكثرث لاحتمالية وقوع مثل هذا التدمير². وهذا الاستنتاج أكدته الدائرة الابتدائية مرة أخرى في قضية بردانين³.

وحرى بالبيان أن الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا أكدت على أن الإهمال المجرّد "mere negligence" لا يكفي لتحقيق الركن المعنوي اللازم لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن انتهاك الحماية المقررة للممتلكات الثقافية. والمقصود هنا هو الإهمال الذي لا يصحبه علم بأنه يمكن أن تترتب خسائر على الممتلكات الثقافية⁴.

¹ Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., para. 311.

² Prosecutor v. Naletilic & Martinovic,, Trial Judgment, op .cit., para. 577.

³ Prosecutor v. Brđanin, Trial Judgment, op. cit., para. 599.

⁴ Prosecutor v. Strugar, Appeal Judgment, op. cit., para. 270.

والركن المعنوي اللازم لارتكاب الجريمة يتمثل في توافر العلم والإرادة. ويقتضي ذلك توافر القصد لدى الجاني في القيام بأعمال عدائية، وأن يكون عالماً بطبيعة الممتلكات التي تقع عليها تلك الأعمال العدائية. وإن كان العلم بطبيعة الممتلكات يختلف أمام محكمة يوغسلافيا السابقة عنه أمام المحكمة الجنائية الدولية. فيشترط لقيام المسؤولية الجنائية عن الأعمال العدائية غير المشروعة أمام محكمة يوغسلافيا السابقة أن يكون المتهم عالماً بأن التدمير أو التخريب موجهاً لمؤسسات مخصصة لأغراض دينية أو خيرية أو تعليمية أو فنية، أو تجاه الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية والعلمية¹. ولكن يكفي لقيام تلك المسؤولية أمام المحكمة الجنائية الدولية أن يكون المتهم عالماً بأن الممتلكات التي تقع عليها الأعمال العدائية ذات طبيعة مدنية.

الاستيلاء غير المشروع على الممتلكات الثقافية:

تقع المسؤولية الجنائية الفردية، باعتبارها جريمة حرب، على الأشخاص الذين يرتكبون أعمال السلب والنهب والاستيلاء غير المشروع للممتلكات الخاصة والعامة، بما في ذلك الممتلكات الثقافية، سواء وقعت تلك الجرائم في زمن النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية.

¹ Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., p. 329; Prosecutor v. Pavle Strugar, ICTY, Appeal Judgment, op. cit., para. 279.

وأقرت المادة 6(ب) من نظام محكمة نورمبرج المسؤولية الجنائية الفردية على جرائم سلب ونهب الممتلكات الخاصة والعامة التي يتم ارتكابها خلال المعارك العسكرية أو خلال فترة الاحتلال الحربي. وبناء على ذلك، أدانت محكمة نورمبرج ألفرد روزنبرج استناداً إلى تنظيمه عملية سلب الممتلكات العامة والخاصة في الدول الأوروبية المحتلة¹.

وأقرت المادة 3(هـ) من نظام محكمة يوغسلافيا باختصاص المحكمة بالمحاكمة والعقاب على جرائم الاستيلاء غير المشروع للممتلكات العامة والخاصة. وأكدت المحكمة في العديد من أحكامها على أن الجريمة تشمل:

- الأفعال الجماعية المرتكبة بطريقة منظمة وممنهجة للسيطرة والاستحواذ على الممتلكات على نحو يتعارض مع الحق في الملكية.
- الأفعال الفردية المتمثلة في السرقة والسلب والنهب لتحقيق مكاسب شخصية².

¹ Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, op. cit., p. 540.

² وجاء في حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية سلبيسي، ما يلي:
“prohibition against the unjustified appropriation of public and private enemy property is general in scope and extends both to acts of looting committed by individual soldiers for their private gain, and to the

وجرمت المادة 3(د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، أفعال الاستيلاء والتخريب والتدمير العمدي الموجه للمؤسسات المخصصة للأعمال والأنشطة الدينية والتعليمية والخيرية والفنية والعلمية، والمعالم التاريخية، إذا تمت بطريقة عمدية، ولكن يلاحظ أن محكمة يوغسلافيا السابقة لم تحدد مدى التخريب الذي يمكن بموجبه أن تتحقق الجريمة، كما لم توضح الفارق الجوهرى بين التخريب والتدمير العمدي للممتلكات الثقافية باعتبارهما ضمن جرائم الحرب. ومع ذلك، ذهب رأي إلى أنه إذا أخذنا في الاعتبار طبيعة تلك المؤسسات المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني، بما تشمله من تحريم وتجريم أي اعتداء يقع عليها، فإن التخريب يعد فعلاً أقل درجة من التدمير¹.

organized seizure of property undertaken within the framework of a systematic economic exploitation of occupied territory". Prosecutor v. Zenjil Delalic, Zdravco Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo, Čelebići Case, ICTY, Trial Judgment (IT-96-21-T), 16 November 1998, paras. 590. see also: Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment, op. cit., para. 325; Prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 184; Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Trial Judgment, op. cit., para. 612.

¹ Guenael Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 1st Edition, Oxford University Press, 2005, p. 95.

وعرفت الدائرة التمهيدية لمحكمة يوغسلافيا في قضية جيليسيتش Jelisić السلب بأنه "الاستيلاء الاحتياالي للأموال العامة والخاصة المتعلقة بالعدو أو الطرف المعادي المرتكبة أثناء النزاع المسلح، أو المرتبطة به"¹.

وتعد الأفعال التالية جرائم حرب، وفقاً لنظام روما الأساسي:

- الاستيلاء على ممتلكات العدو الذي لا تحتمه الضرورات العسكرية الملحة².

- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن كان قد تم الاستيلاء عليها عنوة³.

ويتعين لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن أفعال الاستيلاء والنهب أثناء النزاعات المسلحة أن يتوافر العلم والإرادة لدى الجاني، بأن تتجه نيته نحو ارتكاب تلك الأفعال وأن يعلم بعدم مشروعيتها⁴.

¹ Prosecutor v. Goran Jelisić, ICTY, Trial Judgment (IT-95-10-T), 14 December 1999, para. 48

² المادة 8(2)(ب)(13) والمادة 8(2)(هـ)(12) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

³ المرجع نفسه، المادة 8(2)(ب)(16)، والمادة 8(2)(هـ)(5).

⁴ المرجع نفسه، المادة 30(1).

ثالثاً: جرائم الحرب المرتكبة على الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا:

وقعت خلال النزاعات المسلحة التي اندلعت في العراق وسوريا العديد من الانتهاكات الخطيرة تجاه الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية.

وارتُكبت أخطر الانتهاكات تجاه الممتلكات الثقافية من جانب الدولة الإسلامية في العراق والشام (داعش). وتباينت تلك الانتهاكات بين أفعال التدمير والسرقه والنهب.

بالإضافة إلى ذلك، فقد قامت القوات العسكرية النظامية لسوريا بتدمير بعض الممتلكات الثقافية في سياق الحرب الأهلية الذي اندلعت في سوريا منذ مارس 2011، وذلك في سياق المعارك العسكرية مع المعارضين.

ودفعت تلك الانتهاكات الخطيرة والمستمرة تجاه الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا جهات المجتمع الدولي للتحرك السريع لاتخاذ تدابير تهدف إلى وقفها.

1. صور جرائم الحرب المرتكبة على الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا:

هناك صورتين رئيسيتين لجرائم الحرب المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا. وتتمثل الصورة الأولى في أفعال تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية، بينما تتمثل الصورة الثانية في أفعال سرقة ونهب الممتلكات الثقافية.

أ- تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا:

ارتكبت داعش أفعال تدمير وتخريب واسعة النطاق للمواقع والأعيان التراثية، في كل من العراق وسوريا، دون أن يقتضي ذلك أية ضرورة عسكرية، مما يمثل جرائم حرب معاقب عليها بموجب أحكام القانون الدولي الجنائي.

ففي العراق، جاءت أفعال التدمير والتخريب التي ارتكبتها داعش على النحو التالي:

- نسف مسجد النبي يونس في الموصل.
- تدمير عدد من الكنائس والأديرة في منطقة شمال غرب العراق.
- تخريب أحد التماثيل عند بوابة نينوي.
- تدمير الأعيان والمنقولات الأثرية داخل متحف الموصل¹.
- طمس وإزالة أجزاء من التراث الثقافي العراقي في مدينة نمرود، وتدمير تماثيل بلاد الرافدين في متحف الموصل التي يمتد عمرها إلى أكثر من ثلاثة آلاف عاماً².

¹ Patty Gerstenglith, op. cit., p. 372-3.

² UNESCO, The Director-General of UNESCO, Irina Bokova, has welcomed the UN Security Council's Statement denouncing the attack on the Mosul Museum, 28 February 2015, available at: <https://whc.unesco.org/en/news/1241> (Last visited on 11 April 2019).

وفي سوريا، جاءت أفعال التدمير والتخريب التي ارتكبتها داعش على النحو التالي:

- تدمير الأضرحة الخاصة بالأقليات الدينية، سواء من الطوائف الإسلامية أو من المسيحيين.

- إضرار النيران في البازار العثماني بحلب.

- تدمير المسجد الأموي الكبير بحلب.

- تدمير العديد من المواقع الأثرية في حلب.

- نسف المنطقة الأثرية بتدمر¹.

واتبعت داعش منهجاً واحداً في نسف وتدمير الممتلكات الثقافية، حيث كانت تزرع المتفجرات في المنشآت الثقافية وتقوم بتفجيرها على مرأى من العامة. واستهدفت داعش من ذلك إثارة الرعب في نفوس المعارضين وفرض سيطرتها داخل المناطق التي احتلتها، فضلاً عن إبراز عدم اكتراثها برد فعل المجتمع الدولي الذي طالما ما ندد بتلك الممارسات غير المشروعة².

علاوة على ما سبق، فقد قامت القوات العسكرية النظامية السورية بتدمير بعض المناطق الأثرية، منها: قصف حصن الأكراد بحمص، واستخدام المنطقة

¹ المرجع نفسه، ص 357-358.

² قرار مجلس الأمن رقم 2347، بشأن صون السلم والأمن الدوليين، مارس 2017، وثيقة الأمم المتحدة رقم (S/RES/2347).

المجاورة لتدمر الأثرية، مما جعلها هدفاً عسكرياً و عرضها للتدمير والتخريب، وكذلك أعمال التدمير والتخريب للممتلكات والأعيان المدنية في حلب، وما ترتب على ذلك من تدمير الجامع الأموي الكبير والمباني العثمانية في المركز التاريخي بحلب¹.

وعلى عكس الوضع بالنسبة لداعش، نجد أن القوات العسكرية قد قامت بالأفعال السابقة في سياق المعارك العسكرية مع قوات المعارضة، وبالتالي فإنها يمكن أن تدفع المسؤولية استناداً إلى توافر الضرورة العسكرية الملحة، لا سيما أنه يصعب في الوقت الحالي تحديد حجم الأضرار التي تسبب فيها كل طرف من الأطراف المتنازعة².

سرقة ونهب الممتلكات الثقافية في سوريا:

كذلك قام تنظيم داعش وتنظيم القاعدة والجماعات والمؤسسات المرتبطة بهما، بالبحث والتنقيب عن الممتلكات الثقافية، ثم القيام بنهبها وتهريبها.

¹ Marina Lostal, Syria's World Cultural Heritage and Individual Criminal Responsibility, International Review of Law, 2015, p. 3-4.

² Patty Gerstenglith, op. cit., p. 373-4.

ففي العراق، قامت داعش بنهب العديد من المواقع الأثرية في المناطق الواقعة تحت سيطرتها، وإن كان لا توجد إحصائيات دقيقة بشأن حجم القطع الأثرية التي تم نهبها خلال فترة سيطرة داعش¹.

وفي سوريا، ارتُكبت عمليات السرقة والنهب المنهجية في منطقة دورا أوربوس ومملكة ماري بدير الزور، ومنطقة أفاميا، وهي من المناطق المسجلة على قائمة التراث العالمي، بالإضافة إلى قلعة شمعون ووادي اليرموك في درعه. ووفقاً لبعض الإحصاءات، فإن ثمة حوالي 720 قطعة أثرية قد تم نهبها حتى وقتنا هذا في سوريا².

وكانت سرقة ونهب الآثار تتم بشكل منهج وواسع النطاق، لكي تتولى قوات داعش بيعها في السوق بغرض تمويل ودعم أنشطتها الإرهابية وتأجيج حدة النزاع المسلح في كل من العراق وسوريا³.

¹ Flippo Ristoldo, *Attacks against Cultural Property as Weapon of War: An exploratory Case Study*, insitut Barcelona Estudis Internacionals, 2016–2017, p. 19–21.

² Maamoun Abdulkarim, *Illicit Trafficking of Syrian Cultural Property*, *Uniform Law Review*, vol. 20, no. 4, 2015, p. 562.

³ Patty Gerstenglith, *op. cit.*, p. 376. See also: Maamoun Abdulkarim, *op. cit.*, p. 563.

ووفقاً لتحقيق أجرته شبكة بي بي سي الإخبارية، توصلت بموجبه إلى أن القطع الأثرية المنهوبة من العراق وسوريا يتم بيعها عبر استخدام موقع التواصل الاجتماعي فيس بوك. أنظر:

ولا جدال أن أعمال السرقة والنهب، فضلاً عن أفعال التخريب والتدمير التي ارتكبتها داعش تجاه الممتلكات الثقافية تمثل جرائم حرب تستوجب المسؤولية والعقاب وفقاً للقواعد المقررة في القانون الدولي الإنساني، بالإضافة لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وبالرغم من أن العراق وسوريا لم ينضمّا لنظام روما الأساسي، فإن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يمكن أن ينعقد بمحاكمة مجرمي الحرب من تنظيم داعش من خلال إعمال نص المادة 12(3) من نظام روما الأساسي، وذلك من خلال قبول العراق وسوريا لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظر الجرائم التي ارتكبتها مليشيات داعش¹.

واتخذت الحكومة السورية بعض التدابير بهدف حماية الممتلكات الثقافية خلال فترة النزاع الدولي القائم. وتمثلت تلك التدابير فيما يلي:

- إرسال قوات عسكرية لحراسة أبرز الممتلكات الثقافية من حيث القيمة التاريخية، ولا سيما تلك الواردة في قائمة مواقع التراث العالمي.

Steve Seann, Antiquities looted in Syria and Iraq are Sold on Facebook, BBC New, 2 May 2019. Available at:

<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47628369> (Last visited on 22 January 2020)

¹ تنص المادة 12(3) من نظام روما الأساسي على أنه "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً [...] جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء".

- وضع ضوابط تجارية لمنع الدولة الإسلامية في العراق والشام (المسماة بداعش) والجماعات الموالية لها من نهب الممتلكات الثقافية والإتجار بها في الأسواق الأجنبية، بما في ذلك: تركيا، وسويسرا، والولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والصين.

- إجراء التحقيقات اللازمة والبدء في إجراءات المحاكمة على التخريب والتهريب والاتجار بالممتلكات الثقافية.

- إنشاء حلقة تعاون مع الدول الأخرى لتضييق الخناق على سوق الإتجار بالآثار المنهوبة¹.

وإذا كان لا يخفى أهمية التدابير التي تتخذها الحكومة السورية في ظل الانتهاكات المستمرة والخطيرة التي يتم ارتكابها تجاه الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية، إلا أنها، مع ذلك، غير كافية، في ظل الوضع المتدهور في سوريا. إذ أن الأمر ما زال يحتاج إلى تضافر جهود الدول والمنظمات الدولية في سبيل إيجاد حلول نهائية للوضع في سوريا.

علاوة على ذلك، فإن العراق قد تمكنت من استعادة المناطق التي كانت تقع تحت حيازة داعش في نوفمبر 2017، وبدأت في اتخاذ الإجراءات القانونية

¹ David W. Bowker, Laura Goodall, and Rebecca A. Haciski, Confronting ISIS's War on Cultural Property, American Society of International Law 20(12), 14 July 2016.

نحو محاكمة المسؤولين من عناصر داعش عن الجرائم التي ارتكبوها في العراق، ومنها تدمير الممتلكات الثقافية العراقية ذات الأهمية الكبرى للتراث الثقافي المشترك¹.

2. جهود المجتمع الدولي لوقف انتهاكات الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا:

تباينت مواقف الدول تجاه الوضع في العراق وسوريا، إلا أنه يوجد العديد من الجماعات تعمل بجهد للحد، إلى أقصى درجة ممكنة من تدمير الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية، وذلك من خلال اتخاذ التدابير الأمنية لحماية المناطق الأثرية من التنقيب أو الحفر غير المرخص به، وحماية المتاحف من التعرض للنهب².

¹ انظر: سكاى نيوز، سقوط داعش في آخر منطقة له بالعراق، 17 نوفمبر 2017، متاح من خلال الرابط التالي:

www.skynewsarabia.com/middle-east/997314 -سقوط-داعش-آخر-منطقة-

بالعراق (آخر زيارة للموقع في 22 يونية 2019).

² منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافية (اليونسكو)، صون تراث سوريا الثقافي. متاح من خلال الرابط التالي:

[/http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage](http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage)

(آخر زيارة للموقع في 11 إبريل 2019).

وتمثلت الجهود الدولية التي تم اتخاذها لحماية الممتلكات الثقافية في

العراق وسوريا فيما يلي:

أ- جهود الأمم المتحدة:

تمثلت جهود الأمم المتحدة في القرارات والمبادرات الصادرة عن الجمعية العامة ومجلس الأمن ومجلس حقوق الإنسان واليونسكو، على النحو التالي:

قرار الجمعية العامة بشأن إنقاذ تراث العراق الثقافي:

أصدرت الجمعية العامة القرار 281/69 (2015) بشأن إنقاذ تراث العراق الثقافي، أدانت بموجبه الأعمال الوحشية التي ارتكبتها قوات داعش وتمثلت في تدمير ونهب التراث الثقافي للعراق¹. وأعربت عن جام غضبها تجاه استخدام تلك الهجمات كأسلوب من أساليب الحرب، ولبث الرعب والكرهية وتأجيج وتنمية الأفكار والاتجاهات المتطرفة².

وأكدت الجمعية العامة كذلك في قرارها السابق بأن تلك الهجمات الموجهة للممتلكات الثقافية المحمية تمثل جرائم حرب. ودعت الدول إلى ضرورة اتخاذ كافة

¹قرار الجمعية العامة 281/69 بشأن إنقاذ تراث العراق الثقافي، 28 مايو 2015، الفقرة 1.

²المرجع نفسه، الفقرة 2.

التدابير القضائية في إطار أنظمتها الوطنية في سبيل محاسبة مرتكبي تلك الجرائم¹.

ويؤكد ذلك أن الجمعية العامة قد دعت الدول إلى ضرورة إقرار الاختصاص العالمي في أنظمتها الوطنية للمحاكمة والعقاب على جرائم الحرب التي تُرتكب تجاه الممتلكات الثقافية المحمية بموجب قواعد القانون الدولي.

قرارات مجلس الأمن:

أصدر مجلس الأمن العديد من القرارات التي أدان بموجبها الانتهاكات الخطيرة التي ارتكبتها قوات داعش وجبهة النصرة والقاعدة وكافة التنظيمات والأفراد المرتبطة بهم في كل من العراق وسوريا، تجاه الممتلكات الثقافية. وأكدت تلك القرارات على ضرورة تقديم المسؤولين عن تلك الانتهاكات للمحاكمة.

وجاءت قرارات مجلس الأمن على النحو التالي:

- القرار 2139(2014) الذي دعا الأطراف في سوريا إلى ضرورة اتخاذ الخطوات الملائمة لضمان حماية مواقع التراث العالمي في مناطق النزاعات المسلحة².

¹المرجع نفسه، الفقرتين 5، 6.

²قرار مجلس الأمن 2139 بشأن الشرق الأوسط، 22 فبراير 2014.

- القرار 2170(2014) الذي أدان كافة أعمال تدمير المواقع الثقافية والدينية التي يتم ارتكابها في العراق وسوريا. وأكد على ضرورة تعاون الدول لكي تتخذ كافة التدابير الملائمة لضمان محاسبة تنظيم داعش وجبهة النصرة وسائر الجهات والتنظيمات التي ترتبط بتنظيم القاعدة¹.

- القرار 2199(2015) الذي أدان تدمير المواقع الدينية بواسطة قوات داعش وجبهة النصرة، سواء كان هذا التدمير عرضياً أو متعمداً².

- القرار 2347(2017) الذي يعد أول قرار يصدر عن مجلس الأمن يناقش بصفة حصرية موضوع التراث الثقافي، حيث أدان أفعال التدمير والسطو والنهب التي ترتكبها داعش وتنظيم القاعدة وما يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات، تجاه الممتلكات الثقافية، مقررة بأن تلك الأفعال تمثل جرائم حرب تستوجب المحاكمة والعقاب. ودعت جميع الدول إلى اتخاذ كافة التدابير سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي أو الدولي بغرض وضع مسؤولية مرتكبي تلك الجرائم موضع التنفيذ³.

¹قرار مجلس الأمن 2170 بشأن التهديدات التي يتعرض لها السلم والأمن الدوليين نتيجة لأعمال الإرهابية، 15 أغسطس 2014، الفقرات 1-6.

²قرار مجلس الأمن 2199، بشأن الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين، 12 فبراير 2015.

³قرار مجلس الأمن 2347، بشأن صون السلم والأمن الدوليين، 24 مارس 2017، الفقرات 1-9.

ونظراً لتمتع تلك القرارات الصادرة عن مجلس الأمن بالطبيعة الإلزامية، فإنها تعد الأساس القانوني لمحاكمة ومعاقبة مسؤولي أفراد داعش وجبهة النصرة وتنظيم القاعدة وغيرهم من الجماعات والهيئات الذين شاركوا في ارتكاب جرائم الحرب تجاه الممتلكات الثقافية في كل من العراق وسوريا.

قرارات مجلس حقوق الإنسان:

أصدر مجلس حقوق الإنسان القرار دإ-1/22، بشأن الوضع في العراق، أعرب بموجبه عن بالغ قلقه عن استفحال أعمال التدمير الممنهج التي ترتكبها قوات داعش تجاه الممتلكات الثقافية. وطالب بضرورة محاكمة المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان¹.

كما أصدر مجلس حقوق الإنسان القرار دإ-1/25 بشأن الوضع في سوريا، طالب بموجبه من لجنة التحقيق الدولية المستقلة بشأن الجمهورية العربية السورية²، أن تحدد الأشخاص الذين "توجد بشأنهم أسباب معقولة للاعتقاد

¹قرار مجلس حقوق الإنسان S-22/1، اعتمده مجلس حقوق الإنسان في دورته الاستثنائية الثانية والعشرين، بشأن حالة حقوق الإنسان في العراق في ضوء التجاوزات التي يرتكبها ما يسمى "الدولة الإسلامية في العراق والشام" والجماعات المرتبطة فيها، 1 سبتمبر 2014، ص 4، الفقرة 3.

²أنشأ مجلس حقوق الإنسان لجنة التحقيق الدولية المستقلة في سوريا في 22 أغسطس 2011، . وعهد إليه بمهمة التحقيق في انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان التي تقع في سوريا منذ مارس 2011. أنظر:

بمسؤوليتهم عن انتهاكات وتجاوزات القانون الدولي لحقوق الإنسان" تمهيداً لمحاكمتهم عن تلك الانتهاكات¹.

جهود اليونسكو:

أصدر المجلس التنفيذي لليونسكو القرار 195م ت/31 أكد بموجبه على أن "الانتهاكات التي تضر بالتراث الأثري والتاريخي والثقافي والديني، سواء أكان مادياً أم غير مادي، إنما هي انتهاكات تضر بالتراث الثقافي للبشرية جمعاء، وأن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المعتمد في 16 تموز/يوليو 1998، ينص على أن تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، أو ضد الآثار التاريخية، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية، هو جريمة حرب، سواء أحصل ذلك في إطار نزاعات مسلحة دولية أم في إطار نزاعات لا بُد دولي لها". وأكد القرار كذلك على ما ورد في إعلان اليونسكو لعام 2003 بشأن التدمير الدولي للتراث الثقافي².

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/IndependentInternationalCommission.aspx>. (آخر زيارة للموقع في 22 يناير 2020)

¹ قرار مجلس حقوق الإنسان S-25/1، اعتمده مجلس حقوق الإنسان في دورته الاستثنائية الثانية والعشرين، بشأن تدهور حالة حقوق الإنسان في الجمهورية العربية السورية، والوضع مؤخراً في حلب، 21 أكتوبر 2016، الفقرة 13.

² قرار المجلس التنفيذي لليونسكو بشأن حماية التراث العراقي، 28 نوفمبر 2014، وثيقة اليونسكو 195م ت/31، الفقرتين 6، 8.

وأصدر المجلس التنفيذي لليونسكو أيضاً القرار 196م ت/29 أكد بموجبه على أن الأضرار التي تلحق بالمتكاثات الثقافية والتاريخية والدينية من شأنها إلحاق أضرار بالتراث الثقافية للإنسانية جمعاء، وأن تعمد توجيه هجمات لتلك المتكاثات دون أن تمثل أهدافاً عسكرية يعد جريمة حرب¹.

علاوة على ما سبق، دعا المدير العام لليونسكو إلى ضرورة إنشاء مناطق ثقافية محمية حول المتكاثات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية في كل من سوريا والعراق، وذلك لحمايتها ضد الانتهاكات التي تقع أثناء النزاعات المسلحة².

وأطلقت منظمة اليونسكو عدة مناقشات للدول الأعضاء بضرورة دعم التراث الثقافي في سوريا، من خلال إنشاء صندوق خاص لهذا الغرض، والتعاون

¹قرار المجلس التنفيذي لليونسكو بشأن الثقافة في مناطق النزاع: مسألة إنسانية وأمنية-دور اليونسكو ومسؤولياتها، 1 أكتوبر 2014، وثيقة اليونسكو 196م ت/29، 22 مايو 2015، الفقرة 3.

² UNESCO Conference Calls for Protected Cultural Zones to be established in Syria and Iraq, available at: <https://en.unesco.org/news/unesco-conference-calls-protected-cultural-zones-be-established-syria-and-iraq-1> (last visited on 22 January 2020).

في منع الإتجار غير المشروع في الآثار السورية. يضاف إلى ذلك، دعوة اليونسكو لسوريا إلى ضرورة التصديق على البروتوكول الثاني لاتفاقية 1954¹.

مشروعات صون التراث الثقافي:

قام المتحف البريطاني بإعداد مشروع إدارة التراث العراقي، وقام الاتحاد الأوروبي بإعداد مشروع الصون العاجل للتراث الثقافي السوري، وتم الاتفاق في مؤتمر أبو ظبي عام 2016 على إنشاء صندوق حماية التراث الثقافي في مناطق الحروب.

مشروع الصون العاجل للتراث الثقافي السوري:

أعد الاتحاد الأوروبي مشروعاً لتقديم مساعدة ما بعد النزاع، في سبيل وقف الخسائر المستمرة والفادحة للتراث الثقافي المتفرد والتمين لسوريا. وبالرغم من أن العديد من حالات التدمير للممتلكات الثقافية لا يمكن إصلاحها، إلا أن اتخاذ بعض التدابير من شأنه أن يخفف من الآثار السلبية طويلة الأمد الناجمة عن تدمير التراث الثقافي، وتشمل تلك التدابير: زيادة حملات التوعية، وتقوية القدرات الفنية للعاملين في مجال التراث الثقافي، وتعزيز التنسيق بين الجهود الوطنية والدولية لحماية التراث الثقافي.

¹ UNESCO, Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, World Heritage Committee, Decisions adopted by the World Heritage Committee at its 39th Session, Bonn 2015, p. 10, 51.

وبناء على مشروع الصون العاجل للتراث الثقافي السوري، يتولى اليونسكو أعمال الرقابة ومشاركة المعرفة والوثائق مع شركاء اليونسكو بهدف صون التراث الثقافي لسوريا، على أن يتم ذلك من خلال مراقب التراث الثقافي السوري. وهذا النظام المتبع سوف يضمن توفير بيانات تفصيلية بشأن مدى الدمار الذي لحق بالمتعلقات الثقافية، وتقديم معلومات بشأن المشروعات والمبادرات الراهنة لصون المتعلقات الثقافية القائمة.

ويهدف اليونسكو إلى تعزيز المساعدات الفنية والقدرة على البناء بالنسبة للعاملين على المستوى الوطني والمستفيدين في سوريا، وذلك من خلال ما يلي:

1. توفير الدعم الفني لإنشاء قاعدة بيانات شُرطية بخصوص الآثار المنهوبة.
2. تدريب قوات الشرطة ورجال الجمارك في سوريا والدول المجاورة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمتعلقات الثقافية.
3. تدريب أصحاب المصلحة الوطنيين على حماية التراث المنقول والمتاحف أثناء وبعد النزاعات المسلحة، بالإضافة إلى تدريبهم بشأن الآليات الواردة في اتفاقية صون التراث الثقافي غير المادي لعام 2003.
4. تقديم المساعدة الفنية والتدريب على حماية التراث الثقافي المُشيد¹.

¹انظر: موقع منظمة اليونسكو، مشروع الصون العاجل للتراث الثقافي السوري، مرصد التراث الثقافي السوري. متاح من خلال الرابط التالي: ar.unesco.org/syrian

مشروع إدارة التراث العراقي:

قام المتحف البريطاني بالمملكة المتحدة بإعداد نظاماً لصون التراث العراقي أُطلق عليه مشروع الإدارة الطارئة للتراث العراقي؛ وهو نظام مدعوم حكومياً لحماية المواقع الثقافية ضد الدمار الناجم عن الحرب، فضلاً عن هجمات داعش.

وهذا النظام الذي تكلف ثلاثة ملايين جنيهًا إسترلينيًا شمل مجموعة من الخبراء البريطانيين لتحديد المناطق المعرضة للخطر في العراق، والبدء في عملية إعادة البناء والحفاظ على الآثار الثقافية التي تعد ضمن أكثر الآثار قيمة في العالم. ويتم ذلك تحديداً من خلال إعداد برنامج لمدة ستة أشهر لإدارة المواقع الأثرية، وإقامة مشروعات التنقيب عن الآثار بالتعاون مع مجلس الدولة العراقي للآثار والتراث، بغرض تعليم آليات إنقاذ الآثار في زمن النزاعات المسلحة.

وأوضح وزير الشرق الأوسط وشمال أفريقيا في بريطانيا، توبياس إيلوود Tobias Ellwood أهداف هذا المشروع على النحو التالي:

- يتم إيلاء الأولوية للأزمة الإنسانية في الشرق الأوسط، لذلك تأتي المملكة المتحدة في مقدمة الجهود الدولية لتقديم الدعم لكل من تأثر من النزاعات في

observatory/مشروع-الصون-العاجل-للتراث-الثقافي-السوري (آخر زيارة للموقع في 11 إبريل 2019).

العراق وسوريا. ولكن لا يمكن التوقف وتجاهل المحاولات المروعة والمتعمدة لمحو التراث الثقافي الغني، والشعور بالانتماء لكافة المجتمعات في العراق وسوريا¹.

- إن التمويل الحالي للمتحف البريطاني لتدريب الخبراء العراقيين على عملية إنقاذ الآثار سوف يساهم بجدية في عملية حفظ المواقع الأثرية والفنية لمصلحة الأجيال المستقبلية، وفي تعزيز الهوية الوطنية العراقية.

- إن الهدف الرئيسي من مشروع إدارة التراث الثقافي في العراق هو الإعداد للفترة التي يعود فيها الإقليم للسيطرة الفعلية للحكومة الشرعية. وعليه، فإن العديد من التدابير تم اتخاذها لتمكين السلطات المختصة من تسجيل وتوثيق نطاق ومدى الدمار الذي لحق بالمتراكات الثقافية، على نحو يساهم في عملية الإعمار وإعادة البناء. وإذا كان المشروع لا يضمن منع أية هجمات أخرى على المتراكات الثقافية، إلا أنه يساعد على تزويد الأفراد بالمهارات الأساسية لحفظ وإعادة المناطق المتضررة، مما يساعد على توفير حماية أكبر للمناطق والأعيان التي تتمتع بأهمية عالمية².

¹ Marc Balcells, Left Behind? Cultural Destruction, the Role of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Deterring it and Cultural Heritage Prevention Policies in the Aftermath of the Balkan Wars, European Journal on Criminal Policy and Research, 2015, p. 1-2.

² Tobias Ellwood and The Rt Hon John Whittingdale, New scheme to protect cultural sites from destructions, Department for Culture, Media &

صندوق حماية التراث الثقافي في مناطق الحروب:

عُقد في مدينة أبو ظبي مؤتمر دولي برعاية دولتي الإمارات العربية المتحدة وفرنسا، وبمشاركة 40 دولة، بغرض إنشاء صندوق لحماية التراث الثقافي العالمي المعرض للخطر في مناطق الحروب.

وجاء إنشاء هذا الصندوق كرد فعل على النتائج والإحصائيات التي توصلت إليها منظمة اليونسكو، من أن هناك 55 موقعاً من أصل 1052 موقع حول العالم مصنفة على أنها مهددة، وتشمل قلعة الحصن بمحافظة حمص والمباني والقطع الأثرية في مدينة تُدمر في سوريا، والتماثيل المتبقية في وادي باميان بأفغانستان، ومدينة صنعاء القديمة في اليمن ومدينة تمبكتو في مالي.

ويهدف هذا الصندوق بصفة خاصة إلى حماية المواقع الأثرية التي لحقتها الدمار بسبب الأعمال العسكرية وأعمال السلب والنهب التي قامت بها مليشيات داعش، ولا سيما في مدينتي تدمر في سوريا، ونمرود في العراق.

وسوف يساعد هذا الصندوق على "تمويل العمليات الوقائية والطارئة ومكافحة الإتجار غير المشروع في القطع الأثرية الثقافية والمساهمة في ترميم الممتلكات الثقافية التي لحقت بها الأضرار"، كما يساعد الصندوق أيضاً على

Sport, Foreign & Commonwealth Office, Gov.UK, 28 October 2015.
Available at: <https://perma.cc/SQT5-LYJT> (Last visited on 11 April 2019).

إنشاء شبكة دولية من الملاذات الآمنة لحماية الممتلكات الثقافية المعرضة لخطر النزاعات المسلحة أو الإرهاب في البلدان التي تقتصر إلى آليات توفير الحماية الملائمة لتلك الممتلكات الثقافية¹.

¹ انظر: بي بي سي بالعربي، 40 دولة تتفق على إنشاء صندوق لحماية التراث الثقافي في مناطق الحروب. متاح من خلال الرابط التالي: <http://www.bbc.com/arabic/art-and-culture-38194474> (آخر زيارة للموقع في 11 إبريل 2019).

المطلب الثاني

تدمير الممتلكات الثقافية كجريمة ضد الإنسانية

إن ارتكاب أفعال التدمير والتخريب والسلب والنهب تجاه الممتلكات الثقافية بشكل ممنهج وواسع النطاق، دون أن ترتبط تلك الأفعال بوجود نزاع دولي، يعني عدم إمكانية إقرار المسؤولية والعقاب عليها باعتبارها جرائم حرب.

ومع ذلك، فإن تعمد انتهاك حقوق جماعة معينة فيما يتعلق بممارسة عاداتها وثقافتها، كما هو الحال بالنسبة لتدمير الأعيان التي تمثل أهمية خاصة لتلك الجماعة، في سياق عملية اضطهاد استناداً لأسس ثقافية أو دينية أو إثنية، من شأنه أن يشكل جريمة ضد الإنسانية¹.

ولعل قيام جماعة طالبان في أفغانستان بتدمير تماثيل بوذا باميان دون أن يكون لأفعال التدمير أي علاقة بنزاع مسلح قائم، هو ما يدعو إلى ضرورة تقييم مدى إمكانية المحاكمة الدولية على تلك الأفعال باعتبارها جرائم ضد الإنسانية.

¹ Yaron Gottlieb, op. cit, p. 873.

أولاً: شروط وضوابط ثبوت جريمة ضد الانسانية بسبب الاعتداء على الممتلكات الثقافية:

لم تشتمل أية وثيقة من المواثيق المنشئة للمحاكم الجنائية الدولية على نص يجرم صراحة التدمير العمدي والتمييزي للتراث الثقافي باعتباره جريمة ضد الإنسانية. ومع ذلك أقرت المحاكم الجنائية الدولية بأن تدمير التراث الثقافي، إذا اتخذ صورة الاضطهاد تجاه جماعة معينة في إطار خطة ممنهجة وواسعة النطاق، فإنه يمثل جريمة ضد الإنسانية¹.

ولم تكن المحاكمة على جرائم تدمير وسلب ونهب الممتلكات الثقافية أمام محكمة نورمبرج باعتبارها جريمة ضد الإنسانية واضحة بشكل كاف، فبالرغم من محاكمة ألفريد روزنبرج والتر فونك عن جرائم سلب المتاحف والمكتبات ومصادر الأعمال والمجموعات الفنية من الأراضي المحتلة، إلا أنه كان من الظاهر أن المحكمة قد أقرت المحاكمة والعقاب على تلك الأفعال باعتبارها جريمة حرب².

¹ Anne Marie Thake, The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a genocidal Act and a Crime against Humanity, European Society of International Law, ESIL Conference paper series, vol. 10, no. 5, 2017, p. 8-9.

² Judicial Decisions Involving Questions of International Law, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, American Journal of International Law, vol. 41, no. 1, January 1947, p. 248-9.

ولكن في قضية جويرنج، أكدت محكمة نورمبرج بأن الاضطهاد ضد اليهود ظهر جلياً من خلال تدمير معابدهم¹.

وفي المحاكمات التالية على نورمبرج، التي عقدت بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (10)، أشارت المحكمة في قضية الوزراء إلى أن فرض غرامات باهظة على اليهود ومصادرة أملاكهم، في الفترة السابقة مباشرة على اندلاع الحرب العالمية الثانية، يعد جريمة ضد الإنسانية².

وحاولت محكمة نورمبرج إبراز العلاقة المتبادلة بين الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والجرائم ضد السلام، إلا أنه قد أصبح من المستقر عليه في قواعد القانون الدولي العرفي أن الجرائم ضد الإنسانية لها ذاتيتها وخصوصيتها، ومن ثم لا يشترط توافر رابطة بينها وبين جرائم الحرب أو أية جريمة دولية أخرى. وعليه، فهي تقع سواء في زمن السلم أو النزاعات المسلحة³.

¹ Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, op. cit., p. 295.

² Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond Nuremberg Legacy, Second Edition, Oxford University Press, 2001, p. 76.

³ لقد تم إزالة الربط بين الجريمة ضد الإنسانية والحرب في التقرير الصادر عن لجنة القانون الدولي عام 1950. وبالرغم من أن تقرير لجنة القانون الدولي لا يكتسب صفة الإلزام إلا أنه يعد تقنياً للقانون الدولي العرفي. وكان لتلك القواعد العرفية انعكاسها عند وضع نظامي المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، ومحكمة رواندا. أنظر: القانون الدولي الإنساني،

واتخذت محكمة يوغسلافيا السابقة موقفاً أكثر وضوحاً، مقررة أن تدمير الممتلكات الثقافية يمكن أن يشكل اضطهاداً باعتباره أحد الأفعال المكونة للجريمة ضد الإنسانية¹.

ففي قضية بلاسكيتش، أبرزت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا العلاقة بين الممتلكات الثقافية والهوية الدينية، فقررت بأن هجوم القوات الصربية على الممتلكات الثقافية لمسلمي البوسنة، ولا سيما الممتلكات المخصصة للأغراض الدينية والتعليمية، يؤكد بدون أدنى شك بأن هذا الهجوم كان موجهاً تجاه السكان المدنيين من المسلمين، على نحو يشكل اضطهاداً وفقاً لمفهوم نص المادة 5(ح) من النظام الأساسي للمحكمة. وأوضحت المحكمة أن مفهوم الاضطهاد لا يقتصر فحسب على الأفعال المتمثلة في إلحاق أذى بدني وذهني، أو انتهاك حريات الأفراد، ولكنه يشمل أيضاً استهداف الممتلكات، طالما أن الضحايا قد تم انتقائهم بسبب انتمائهم إلى جماعة معينة².

دليل التطبيق على الصعيد الوطني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم أ.د. أحمد فتحي سرور، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الثالثة، 2001، ص 78 وما بعدها.

أنظر أيضاً: سهيل حسين فتلاوي، المرجع السابق، ص 250.

¹ Julia Brooks, Attacks on Cultural Heritage in Armed Conflict, Harvard Humanitarian Initiative, August 3, 2015. Available at: <http://atha.se/blog/ihi-briefing-2> (Last visited on January 30, 2019).

² prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 233, 425.

وفي قضية كورديتش وسيركيتش، أكدت الدائرة الابتدائية بأن أفعال التدمير العمدي للمؤسسات المخصصة للأغراض الدينية، عندما ترتكب بقصد تمييزي، فإنها تمثل هجوماً على الهوية الدينية للجماعة، وتشكل بالتالي عمل من أعمال الاضطهاد¹.

وفي قضية ميلوتينوفيتش وآخرين Milutinović et al.، أبرزت الدائرة الابتدائية الفارق بين عناصر المادة 3(د) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا المتمثل في الانتهاكات الجسيمة لاتفاقية جنيف فيما يتعلق بتدمير الممتلكات الثقافية على نحو يمثل جريمة حرب، وبين إمكانية أن يعد تدمير الممتلكات الثقافية ضمن الأفعال والعناصر المكونة للجريمة ضد الإنسانية. وانتهت المحكمة إلى أن تدمير المواقع الدينية والآثار التاريخية عندما تتم مع توافر القصد التمييزي فإنها تمثل اضطهاداً باعتباره جريمة ضد الإنسانية، طالما لا تبررها أية ضرورة عسكرية².

وأوردت الدائرة الابتدائية في قضية ستانيسيتش Stanišić وزوبلجانين Župljanin بعض العناصر التي يستدل منها أن التدمير العمدي للممتلكات الثقافية يمثل جريمة ضد الإنسانية، وهي:

¹ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment, op. cit., para. 207.

² Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević and Sreten Lukić, ICTY, Trial Judgment (IT-05-87-T), 26 February 2009, paras 204 et seq.

1. أن يتم تدمير الممتلكات الدينية أو الثقافية على نطاق واسع.
2. عدم وجود ضرورة عسكرية تبرر تدمير الممتلكات الدينية أو الثقافية.
3. أن يأتي الجاني الفعل الإجرامي بقصد تدمير أو إهلاك الممتلكات الدينية أو الثقافية، أو أن يأتي الفعل بإهمال دون اكتراث باحتمالية وقوع الدمار أو الهلاك لتلك الممتلكات¹.

كذلك أقرت الدائرة التمهيدية لمحكمة يوغسلافيا في العديد من أحكامها بأن سلب الممتلكات العامة والخاصة، إذا تم بقصد تمييزي يمكن أن يمثل اضطهاداً باعتباره جريمة ضد الإنسانية²، إلا أنه لا يمكن القول بأن هناك توافق في قضاء محكمة يوغسلافيا بشأن اعتبار السلب من الأفعال المكونة للجريمة ضد الإنسانية. ففي قضية بلاسكيتش، أشارت الدائرة الاستئنافية إلى أن هناك شك بشأن مدى اعتبار أفعال السلب يمكن أن ترتقي إلى درجة الجسامة المطلوبة في الجرائم ضد الإنسانية³.

¹ Prosecutor v Stanišić & Župljanin, Trial Judgment, op. cit., para. 88.

² Prosecutor v. Tadić, ICTY, Trial Judgment (IT-94-1-T), 7 May 1997, para. 704; Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment, op. cit., para. 205; Prosecutor v. Naletilić & Martinović,, Trial Judgment, op .cit., para. 698.

³ Prosecutor v. Blaškić, Appeal judgment, op. cit, para. 148.

واشتملت المادة 7(1)(ح) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أشكال أكثر من الاضطهاد مما كان مقرراً في نظام محكمة يوغسلافيا السابقة، التي قصرت الاضطهاد باعتباره جريمة ضد الإنسانية على الأسباب السياسية والعرقية والدينية. فجاء تعريف الجريمة على النحو التالي:

"اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3، أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة"¹.

وعرفت المادة 7(2)(ز) الاضطهاد بأنه "حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرماناً متعمداً وشديداً من الحقوق الأساسية، بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع".

ويستفاد من مفهوم الاضطهاد أنه لا يشترط أن يكون واقعاً على أقلية محددة داخل المجتمع، بل يمكن أن يقع على مجموع السكان الذين يتمتعون بهوية معينة، وبالتالي فإن أفعال تدمير أو سلب ونهب الممتلكات الثقافية التي تضر بمجموع السكان الذين يتمتعون بهوية معينة، يمكن أن تشكل اضطهاداً تجاه هؤلاء

¹ ووفقاً لنص الفقرة (3) من المادة 7، فإن المقصود بنوع الجنس هو "الجنسين، الذكر والأنثى في إطار المجتمع".

السكان، وبالتالي جريمة ضد الإنسانية. ومن أبرز الأمثلة على ذلك، قيام جماعة الخمير الحمر في كمبوديا باستهداف الفنانين وأعمالهم الفنية، الأمر الذي يشكل اضطهاداً يستوجب المساءلة باعتبارها جريمة ضد الإنسانية¹.

وثمة شروط يتعين توافرها لقيام المسؤولية الجنائية الفردية على أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتبارها اضطهاداً مكوناً لجريمة ضد الإنسانية:

1. أن يتم تدمير أو سلب الممتلكات الثقافية في إطار هجوم واسع النطاق أو ممنهج ضد أية مجموعة من السكان المدنيين. ويتعين أن يتم هذا الهجوم في إطار سياسة دولة أو منظمة أو لتعزيز هذه السياسة². وبالتالي فإنه لا يكفي أن تُرتكب تلك الأفعال في مناسبات منفصلة أو متباعدة، ولكن يتعين أن تصل إلى درجة معينة من الخطورة، وتتمثل في أنها تتم إما بناء على سياسة مباشرة من حكومة دولة، أو بناء على ممارسات ممنهجة أو واسعة النطاق، والتي تتخذ شكل الهجمات المتتالية والمنظمة على الممتلكات الثقافية، مع توافر تسامح أو تغاضي أو دعم من

¹ Yaron Gottlieb, op. cit., p. 875

² المادة (1)7 والمادة (2)7(أ) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998. وكانت الدائرة الاستئنافية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية كوناراك Kunarac قد رفضت استنتاج الدائرة التمهيدية المتمثل في ضرورة أن تكون الجرائم ضد الإنسانية قد ارتكبت في سياق سياسة عامة.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, ICTY, Appeal Judgment, (IT-96-23) & (IT-96-23/1-A), 12 June 2002, para. 96.

حكومة الدولة التي تُرتكب فيها تلك الانتهاكات أو السلطة الفعلية داخل تلك الدولة¹.

2. أن يتوافر قصد تدمير أو تخريب أو سلب الممتلكات الثقافية مع العلم بأنها تُرتكب في سياق هجوم واسع النطاق أو ممنهج ضد مجموعة من السكان المدنيين.

3. أن يتم ارتكاب أفعال تدمير أو تخريب أو سلب الممتلكات الثقافية مع توافر قصد التمييز تجاه مجموعة من السكان المدنيين لأي سبب من الأسباب المقررة بموجب نص المادة (1)7(ح).

4. أن يكون اضطهاد الجماعة مرتبطاً بأي فعل من الأفعال المقررة في الفقرة (1) من المادة (7) أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة²، بحيث يمكن

¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, op. cit, p. 64–66.

² الجرائم الأخرى المنصوص عليها في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، هي جريمة الإبادة الجماعية (المادة 6)، وجرائم الحرب (المادة 8)، أما الأفعال الأخرى في المادة (1)7 تشمل جرائم القتل العمد والإبادة والاسترقاق وإبعاد السكان أو النقل القسري للسكان والسجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي، التعذيب، الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة، الاختفاء القسري للأشخاص، جريمة الفصل العنصري، والأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.

القول إن الجريمة قد ترتب عليها حرمان شخص أو أكثر من حقوقهم الإنسانية الأساسية¹.

ويدلل هذا الشرط الأخير أن المحكمة لا يمكن لها أن تحاكم على جريمة الاضطهاد في حد ذاتها باعتبارها جريمة ضد الإنسانية، وإنما يتعين أن تكون مرتبطة بأي فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة (1)7، مثل القتل أو الاسترقاق أو الإبعاد أو الاغتصاب، أو فيما يتعلق بجريمة حرب أو جريمة إبادة جماعية².

ويذهب رأي في الفقه إلى أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم إمكانية إقرار المسؤولية الجنائية الفردية تجاه مسؤولي حكومة أية دولة يرتكبون أعمال تدمير أو تخريب أو سلب واسعة النطاق على ممتلكات ثقافية تتمتع بقيمة عالية، طالما لم يتم ارتكابها في سياق نزاع مسلح، أو لم تكن مرتبطة بأي فعل أو جريمة أخرى من الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي¹.

¹ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, p. 404.

² ويؤكد أستاذنا الدكتور شريف بسيوني بأنه لا توجد أية سوابق قضائية تشير بالمحاكمة على فعل الاضطهاد باعتباره جريمة قائمة بذاتها، وإنما غالباً ما يتم المحاكمة عليها عند ارتباطها بأفعال إجرامية أخرى. ولهذا السبب، فإن فعل الاضطهاد كان من أكثر الأفعال التي نالت تحليلاً ومناقشة أمام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والمختلطة. المرجع السابق، ص 405.

¹ Yaron Gottlieb, *op. cit.*, p. 875-6.

ومع ذلك، فإننا نرى أنه في حالة ارتكاب أفعال تدمير أو تخريب أو سلب واسعة النطاق أو ممنهجة تجاه الممتلكات الثقافية، مع توافر القصد التمييزي تجاه جماعة معينة، سواء لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية أو غيرها من الأسباب، فإن ذلك يمكن أن يكون مرتبطاً بالأفعال اللاإنسانية الأخرى التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو أذى خطير يلحق بالصحة العقلية¹. وبالتأكيد فإن هذا الأمر سوف يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الجنائية الدولية، وفقاً لما تسبغه من تفسير على نصوص نظام روما الأساسي، ووفقاً للظروف المحيطة بارتكاب الجريمة والقيمة الاستثنائية للممتلكات الثقافية بالنسبة للجماعة، لكي تتمكن من استنتاج أن الأفعال المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية قد تسببت في أذى خطير بالصحة العقلية للجماعة².

وبسبب الصعوبات التي تحيط بإمكانية إقرار المسؤولية الجنائية الفردية عن أفعال تدمير أو تخريب أو سلب الممتلكات الثقافية التي تقع خارج إطار أي نزاع مسلح، والتي يتعذر ربطها في الوقت ذاته بأي جريمة من الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، أو بأي فعل من الأفعال الأخرى المكونة للجريمة ضد الإنسانية، فإننا نرى أنه يتعين إجراء تعديل على نظام روما الأساسي

¹ وذلك وفقاً لنص المادة (17)(ك) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

² أصبح من المستقر عليها أن مفهوم الاضطهاد يشير إلى الممارسات التمييزية التي ينشأ عنها أذى مادي أو معنوي أو اقتصادي، أو كلها مجتمعة. أنظر:

للمحكمة الجنائية الدولية لكي يتم إقرار المسؤولية الجنائية الفردية على أفعال تدمير أو تخريب أو سلب الممتلكات الثقافية التي تقع في زمن السلم بشكل ممنهج أو واسع النطاق، باعتبارها جريمة ضد الإنسانية.

وبالتالي تصبح جريمة الاعتداء واسع النطاق بكافة أشكاله على الممتلكات الثقافية في زمن السلم جريمة لها ذاتيتها ضمن الجرائم ضد الإنسانية، وليست من الأفعال التي يتم المحاكمة عليها في سياق الاضطهاد الذي يتطلب توافر قصد تمييزي والارتباط مع جرائم أخرى تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

وإقرار جريمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتبارها جريمة مستقلة من الجرائم ضد الإنسانية من شأنه أن يؤكد على مدى جسامة الجريمة، ويحقق بالتبعية قدراً أكبر من الحماية للممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية.

وحري بالذكر أن منظمة اليونسكو أصدرت تقريراً عام 2014 كرد فعل على الانتهاكات الخطيرة التي ارتكبتها داعش والجماعات الأخرى المرتبطة بها تجاه التراث الثقافي في كل من العراق وسوريا، طرحت بموجبه جريمة جديدة أطلقت عليها "جريمة التطهير الثقافي". وجاء تعريف تلك الجريمة بأنها "استراتيجية متعمدة تهدف القضاء على التنوع الثقافي من خلال الاستهداف المقصود للأفراد على أساس انتمائهم الثقافي والعرقى والديني مجتمعة مع هجمات متعمدة على أماكن العبادة والأضرحة والمؤسسات التعليمية التابعة لهم".

وأكدت منظمة اليونسكو في تقريرها بأن استراتيجية التطهير العرقي التي شهدتها كل من العراق وسوريا تمثلت في الهجوم على الممتلكات الثقافية، سواء في صورتها المادية، المتمثلة في الآثار التاريخية، فضلاً عن صورتها المعنوية المتمثلة في العادات والتقاليد والمعتقدات¹.

ثانياً: تدمير الممتلكات الثقافية في أفغانستان:

قامت حكومة طالبان عام 2001، إبان فترة سيطرتها على أفغانستان، بانتهاج خطة تمثلت في تدمير تماثيل بوذا باميان التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، الأمر الذي أثار سخط المجتمع الدولي. وترتب عليه قيام اليونسكو بإصدار إعلان بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي عام 2003.

1. تدمير طالبان لتماثيل بوذا باميان:

قامت مليشيات طالبان العسكرية عام 2001 بتدمير تماثيل "بوذا باميان" التي ظلت قائمة في أفغانستان لأكثر من 1500 عام، والتي لا تخفى أهميتها الثقافية البارزة، حيث كان وادي باميان التي تتواجد فيه تلك التماثيل، نقطة هامة على

¹ تقرير اليونسكو بعنوان التراث والتنوع الثقافي معرضان للخطر في العراق وسوريا، 3 ديسمبر 2014، ص 3.

طريق التجارة بين الصين والهند، كما أنها جزء من آسيا تعايشت فيها اللغات والأديان المختلفة: البوذية والهندوسية ثم الإسلام¹.

وفي محاولة من منظمة اليونسكو لتجريم أعمال تدمير "بوذا باميان" التي ارتكبتها طالبان في أفغانستان، أصدر المدير العام لليونسكو بياناً أشار بموجبه إلى أن تدمير التماثيل يعد عمل من أعمال سلطة الاحتلال².

ويتعين الانتباه إلى أن وقوع نزاع مسلح، دولي كان أو غير دولي، في أي منطقة داخل دولة معينة، من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني في كافة أنحاء الدولة، ومع ذلك فإن ذلك لا يعني أن كافة الأفعال التي ترتكب على إقليم تلك الدولة سوف يخضع لقواعد القانون الدولي الإنساني، حيث يتعين أن تكون الأفعال مرتبطة بالنزاع المسلح³.

¹ لذلك أشار ممثل ألمانيا، السيد كاستروب أمام الجمعية العامة أن تحطيم تماثيل بوذا سيمثل كارثة لعلماء الفن الآسيوي، هذا إلى جانب الطبيعة الخاصة لباميان باعتبارها من الأماكن القليلة التي تضم نماذج ضخمة لتماثيل بوذية، على نحو يفتح المجال لأسئلة لا حصر لها حول الكيفية التي تطورت بها البوذية ومدى تأثيرها على حضارات أخرى في آسيا. أنظر: مشروع قرار الجمعية العامة بشأن الحالة في أفغانستان وآثارها على السلم والأمن الدوليين، الجلسة العامة 94، البند (46) من جدول الأعمال، 9 مارس 2001، وثيقة الأمم المتحدة رقم A/55/L.79.

² Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, op. cit., p. 98-99.

³ وهذا الأمر أكدته المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا. أنظر:

وبناء على ذلك، فإن تدمير طالبان لتمائيل بوذا لا يتعلق بالنزاع المسلح، وبالتالي لا يخضع لقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية خلال النزاعات المسلحة¹.

ومع ذلك، فإن تدمير تماثيل بوذا باميان من جانب طالبان يمكن أن يندرج تحت مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، طالما أنه لا يشترط لارتكاب الجرائم ضد الإنسانية أن تكون مرتبطة بوجود نزاع مسلح. كما أن طالبان قد ارتكبت أعمال التدمير في إطار خطة ممنهجة. ويؤكد ذلك التصريح الصادر من المدير العام

Prosecutor v. Tadić, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, op. cit., para. 70. Prosecutor v. Kunarac, et al., ICTY, Appeal Judgment, op. cit., para. 55–60. Prosecutor v. Rutaganda, ICTR, Appeal Judgment (ICTR–96–3–A), 26 May 2003, paras. 569–570.

¹ ويؤكد رأي في الفقه هذا الأمر بقوله:

« les affaires des Taliban est une belle illustration de cette hypothèse. En effet, les bouddhas n'ont pas été démolis au cours d'opérations militaires. » Theodore Georgopoulos, Avez-Vous Bien Dit – Crime Contre la Culture – La Protection Internationale des Monuments Historiques, Revue Hellénique de Droit International, 2001, p. 471–2.

لمنظمة اليونسكو بأن تدمير تماثيل بوذا باميان يعد عمل غير مشروع من أعمال سلطة الاحتلال¹.

وإذا كانت أفغانستان قد انضمت لنظام روما الأساسي عام 2003، إلا أن المحكمة الجنائية الدولية لا يثبت لها الاختصاص من حيث الزمان لمحاكمة مسؤولي طالبان على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

وبالرغم من أنه لا توجد محكمة جنائية دولية يقع على عاتقها الاختصاص بمحاكمة طالبان على الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية في أفغانستان، إلا أن ذلك لا يعنى عدم إمكانية اتخاذ تدابير فعالة بموجب أحكام القانون الدولي؛ إذ يمكن إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة، على غرار المحاكم الخاصة بسيراليون وكمبوديا ولبنان، لمحاكمة المسؤولين في أفغانستان عن الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية.

إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي:

ترتب على أعمال التدمير المتعمدة لتماثيل بوذا باميان بواسطة جماعة طالبان، قيام المؤتمر العام لليونسكو باعتماد قرار بشأن "الأفعال التي تمثل جريمة ضد التراث المشترك للإنسانية"، حيث دعا بموجبه كافة أعضاء المجتمع الدولي للانضمام إلى

¹ Fransesco Francioni and Federico Lenzerini, The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law, vol. 13 no. 619, European Journal of International Law, 2003.

الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية التراث الثقافي، مؤكداً أن المبادئ الأساسية التي تشتمل عليها تلك الاتفاقيات تحظر تدمير التراث الثقافي. وبناء على ذلك، طلب المؤتمر من المدير العام لليونسكو أن يصيغ في ضوء تلك المبادئ مشروع إعلان بشأن التدمير العمدي للتراث الثقافي¹.

وصدر إعلان اليونسكو عام 2003، مقررًا ضرورة اتخاذ الدول لكافة التدابير لمنع ووقف وقمع أفعال التدمير المتعمد للتراث الثقافي، أينما كان هذا التراث². وأشار إلى أهمية قيام الدول-إذا لم تكن قد قامت بذلك بالفعل-بالانضمام إلى اتفاقية لاهاي لعام 1954، وبروتوكولها، فضلاً عن البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف، وذلك عند الدخول في نزاع مسلح، سواء اتسم بالطابع الدولي، أو الطابع غير الدولي، يضاف إلى ذلك حالة الاحتلال³.

ويتعين على الدول أن تتخذ كافة التدابير لإدارة أنشطتها العسكرية بطريقة تضمن حماية التراث الثقافي، بما يتوافق مع القانون الدولي العرفي، ومبادئ وأهداف الاتفاقيات الدولية، وتوصيات اليونسكو المتعلقة بحماية التراث الثقافي أثناء العمليات العسكرية⁴.

¹القرار 26 الذي اعتمده المؤتمر العام لليونسكو في دورته الحادية والثلاثين، 2001، ص72.

²الفقرة 3(1) من إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي لعام 2003

³المرجع نفسه، الفقرة 3(4)(أ).

⁴المرجع نفسه، الفقرة (5).

وأقر الإعلان بأن الدولة التي تتعمد تدمير أو عدم اتخاذ التدابير الملائمة لمنع ووقف وتطبيق العقاب على التدمير العمدي للتراث الثقافي الذي يمثل أهمية عظيمة للإنسانية، سواء كان هذا التراث مدرجاً في القائمة المقررة بموجب اليونسكو أو أية منظمة دولية أخرى، فإنها تتحمل المسؤولية الدولية عن هذا التدمير، وفقاً للضوابط والقواعد المقررة بموجب القانون الدولي¹.

ويتعين على الدول أن تتخذ كافة التدابير الملائمة بموجب قوانينها الوطنية لإقرار اختصاصها وتوقيع العقاب الجنائي على الأشخاص الذين يرتكبون أو يأمرّون بارتكاب أفعال التدمير العمدي للتراث الثقافي.

وبغرض إقرار حماية شاملة، يتعين على الدول أن تتعاون مع بعضها في سبيل إقرار اختصاصها ومعاقبة من يرتكبون أو يأمرّون بارتكاب أفعال التدمير العمدي للتراث الثقافي، متى كانوا متواجدين داخل إقليمها، وذلك أياً كانت جنسيتهم أو مكان ارتكابهم للجريمة².

وبالرغم من أن إعلان اليونسكو لا يفرض التزامات على عاتق أعضاء اليونسكو، حيث إن هدفه تشجيعي في المقام الأول، إلا أن إشارة الإعلان إلى قواعد القانون الدولي العرفي والاتفاقي يعد بمثابة تأكيد لتلك القواعد، كما أنه يعكس

¹ المرجع نفسه، الفقرة (6).

² المرجع نفسه، الفقرة (7).

التوافق بين أعضاء الجماعة الدولية بشأن ضرورة تجريم أفعال الاعتداء العمدي على التراث الثقافي الذي يمثل أهمية عظيمة للإنسانية.

ويدلل هذا الإعلان على أن أفعال التدمير العمدي لتماثيل بوذا باميان التي ارتكبتها طالبان في أفغانستان، دون أن يقترن ذلك بحالة نزاع مسلح، تعد جريمة تستوجب عقاب المسؤولين عنها.

المطلب الثالث

تدمير التراث الثقافي لإثبات جريمة الإبادة الجماعية

كان هناك العديد من المحاولات الفقهية والدولية لإقرار أن أفعال تدمير الممتلكات الثقافية التي تمثل الهوية الثقافية لجماعة معينة تعد ضمن الأفعال المكونة لجريمة الإبادة الجماعية.

واعتبر القضاء الدولي أن تدمير الممتلكات الثقافية لجماعة معينة يمكن أن يُتخذ دليلاً لإثبات القصد الخاص لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية.

أولاً: الجهود الدولية لإقرار جريمة الإبادة الثقافية:

كان رافائيل ليمن Raphael Lemkin، الذي ينسب إليه صياغة اصطلاح الإبادة الجماعية باللغة الإنجليزية Genocide، اقترح عام 1933 بأن يتم إدراج تخريب وتدمير التراث الثقافي ضمن جرائم الإبادة الجماعية المعاقب عليها، مؤكداً عدم قدرة الجماعات العرقية والوطنية والدينية على البقاء إذا لم تتمكن من المحافظة على وحدتها الروحية والأدبية¹.

وأشار رافائيل ليمن إلى أن الإبادة الثقافية يمكن أن تتحقق بشكل واضح في المجالات الدينية والثقافية من خلال تدمير المؤسسات والأعيان التي تمثل

¹ Edward C. Luck, Cultural Genocide and the Protection of Cultural Heritage, The J. Paul Hetty Trust, 2018, p. 17 et seq.

التعبير عن الحياة الروحية لجماعة إنسانية، مثال ذلك أماكن العبادة والأعيان الخاصة بطائفة دينية، والمدارس والقطع الفنية والثقافية. فإذا تم تدمير المؤسسات والقيادات الروحية، فإن قوى التماسك الروحي في إطار الجماعة سوف تتلاشى، وتبدأ تلك الجماعة في التفكك. ويبرز هذا الأمر بوضوح في الجماعات الدينية. فيمكن تدمير الدين داخل جماعة معينة حتى ولو استمرت تلك الجماعة في التواجد من الناحية المادية¹.

وجاء قرار الجمعية العامة 196(1) لسنة 1946 ليعرف جريمة الإبادة الجماعية بأنها: "إنكار الحق في الوجود لجماعة إنسانية بأسرها، وبما أن القتل يعد إنكاراً لحق الإنسان في الحياة، فإن إنكار الحق في الوجود يهز ضمير الإنسانية، بما ينتج عنه من خسائر فادحة للإنسانية في شكل المساهمات الثقافية وغيرها من المساهمات التي تمثلها تلك الجماعات الإنسانية، مما يتعارض مع القانون الأخلاقي وروح ومقاصد الأمم المتحدة"². ويستخلص من هذا التعريف أن الخسائر التي تلحق بالمتلكات الثقافية التابعة لجماعة معينة يعد ضمن عناصر جريمة الإبادة الجماعية.

¹ Raphael Lemkin, Genocide as a Crime under International Law, United Nations Bulletin, vol. IV, no. 2, 15 January 1948, p. 71.

² General Assembly Resolution 96(I), The Crime of Genocide, UN Doc. A/RES/96, 11 December 1946.

وكانت المسودة النهائية لاتفاقية الإبادة الجماعية لعام 1948 تشتمل على المقترح الذي ساقه ليمن المتعلق بالإبادة الثقافية. فكان مفهوم الإبادة الوارد في المادة (1) من الاتفاقية يشتمل على "التدمير الممنهج للآثار التاريخية والدينية، أو تحويلها لاستخدامات أجنبية، وتدمير وتبديد الوثائق والأعيان التي تتمتع بقية تاريخية وفنية ودينية، والأعيان المستخدمة في العبادة الدينية"¹. بل كانت المسودة الأولية للاتفاقية الواردة في تقرير لجنة الإبادة الجماعية تقرر ضمن تعريف الإبادة الجماعية أفعال تدمير المكتبات والمتاحف والمدارس والآثار التاريخية وأماكن العبادة وغيرها من المؤسسات الثقافية والأعيان الخاصة بجماعة معينة، بقصد تدمير ثقافة تلك الجماعة².

ولكن تم استبعاد الإبادة الثقافية في النسخة النهائية للاتفاقية. فأتت المناقشات المتعلقة بصياغة اتفاقية الإبادة الجماعية، اقترح الاتحاد السوفيتي في الوثيقة التي قدمها بعنوان "المبادئ الأساسية لاتفاقية الإبادة" أن يتم اعتبار الأفعال والتدابير التي تستهدف اللغة أو الثقافة الوطنية ضمن أفعال الإبادة الجماعية، وأطلق عليها "إبادة الثقافة الوطنية"، وتشمل تدمير المعالم التاريخية والدينية،

¹ المادة 1(2)(3)(هـ) من مشروع اتفاقية الإبادة الجماعية، المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، وثيقة الأمم المتحدة رقم E/447، 26 يونية 1947.

² Article 3(2) of the Draft Convention on Genocide, in the Report of the Ad Hoc Committee on Genocide, UN Doc. E/794, 24 May 1948.

والمتاحف والوثائق والمكتبات، وغيرها من معالم وعناصر الثقافة الوطنية أو العبادة الدينية¹.

وفي محاولة لتعويض استبعاد الجانب الثقافي من جريمة الإبادة الجماعية، اتفق أطراف الاتفاقية على إقرار الجماعات الإثنية ضمن الجماعات المستهدفة من جريمة الإبادة الجماعية، لضمان حماية السمات الثقافية واللغوية المميزة لجماعات معينة. ومع ذلك، فإن التدمير وفقاً لمفهوم المادة (2) من اتفاقية الإبادة الجماعية يتعين أن يكون مادياً، بمعنى أن يكون تدميراً جسدياً أو روحياً. وبمعنى آخر، فإن التدمير العمدي للممتلكات والأعيان التي تميز الهوية الثقافية لجماعة معينة لا يكفي لقيام جريمة الإبادة تجاه تلك الجماعة، ما لم يكن مقترناً بالتدمير الجسدي أو الروحي تجاه تلك الجماعة².

وقد حاول رأي في الفقه مؤخراً أن يورد تفسيراً على اتفاقية الإبادة الجماعية ليثبت أنها تنطوي على جريمة الإبادة الثقافية، حيث ذهب إلى أن تدمير الممتلكات الثقافية التابعة لجماعة معينة لا يعد من الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات، وإنما هي

¹ Tasnim Motala, The Genocide Name Game: The Case for Crimes against Humanity to Prevent Genocide, Vol. 37, Quinnipiac Law Review, 2019, p. 619-621.

² Micaela Frulli, Advancing the Protection of Cultural Property through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Italian Yearbook of International Law, vol. 15, 2005, p. 212

من الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص، وبالتالي يمكن أن تعد جريمة إبادة جماعية إذا كان من شأنها إلحاق أذى روحي خطير بأعضاء الجماعة وفقاً لمفهوم المادة 2(ب) من اتفاقية الإبادة الجماعية¹.

ومع ذلك، فإن هذا الاتجاه يتعذر قبوله لعدة أسباب:

أولاً: أنه يتعارض مع الأعمال التحضيرية لاتفاقية الإبادة الجماعية، ومع نية واضعي اتفاقية الإبادة الجماعية التي اتجهت نحو عدم إقرار تدمير الممتلكات الثقافية ضمن الأفعال المكونة لجريمة الإبادة الجماعية.

ثانياً: أن مفهوم الأذى الروحي في حد ذاته غير محدد على نحو دقيق². ومع ذلك، فإن هذا الأذى الروحي يتعين أن يلحق بأعضاء جماعة معينة من خلال استهدافها مباشرة، كما في حالة اعتقال أعضاء الجماعة بشكل تعسفي أو ترحيلهم بعيداً عن وطنهم في ظل ظروف معيشية غير ملائمة للحياة.

ثالثاً: يتعارض هذا الاتجاه مع أحكام القضاء الدولي التي أقرت صراحة بأن القانون الدولي لا يقر فكرة الإبادة الثقافية. وبالتالي لا يمكن الاستناد فحسب إلى أفعال تدمير الممتلكات الثقافية التابعة لجماعة معينة لإقرار جريمة الإبادة الجماعية.

¹ Elisa Novic, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Oxford University Press, 2016, p. 65-6.

² Anne Marie Thake, *op. cit.*, p. 21.

ومن جماع ما تقدم، فإنه لكي يتم إقرار المسؤولية الجنائية الفردية عن التدمير العمدي للممتلكات التي تميز الهوية الثقافية والروحية لجماعة معينة، فإنه يتعين إجراء تعديل لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لكي ينص صراحة على اختصاص المحكمة بجريمة الإبادة الثقافية.

ثانياً: اتجاه القضاء الدولي لإثبات القصد الخاص لجريمة الإبادة الجماعية:

أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بخصوص التحفظات على اتفاقية الإبادة الجماعية عام 1951، بأن المبادئ المقررة بموجب اتفاقية الإبادة الجماعية تعد من المبادئ المعترف بها بين الأمم المتمدينة باعتبارها ملزمة على عاتق الدول، ولو لم يكن ثمة التزام بموجب الاتفاقية¹. وبناء على ذلك، اقتبست الأنظمة الأساسية لمحكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا والمحكمة الجنائية الدولية تعريف الإبادة الجماعية الوارد في اتفاقية عام 1948، ولم يكن ثمة إشارة لموضوع الإبادة الثقافية².

¹ محكمة العدل الدولية، تحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها، الرأي الاستشاري الصادر في 28 مايو 1951، الفقرة 23.

² المادة (2) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها 1948، المادة 4(2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة 1993، المادة 2(2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، المادة (6) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

وبالرغم من استبعاد الإبادة الثقافية من اتفاقية الإبادة الجماعية، فضلاً عن عدم إقراره في الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، والمحكمة الجنائية الدولية، إلا أنه أصبح من الجلي أن العناصر الثقافية تعد ذات صلة وأهمية عند إثبات الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية المتمثل في قصد تدمير جماعة معينة؛ فتوافر الأدلة على أن الجاني اشترك في تدمير الممتلكات الثقافية التابعة لجماعة معينة، من شأنه أن يساعد المحكمة على تقدير مدى توافر القصد الخاص اللازم لتكليف الفعل الإجرامي بأنه جريمة إبادة جماعية¹.

وبالنظر إلى الأثر الممتد لجريمة تدمير الممتلكات الثقافية، فإنه يمكن القول إن تدمير الممتلكات الثقافية التابعة لجماعة معينة يعد أحد السمات المميزة لسياسة الإبادة الجماعية.

وكانت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية كرسيتيش قد رفضت إقرار الإبادة الثقافية باعتبارها جريمة مستقلة بذاتها، استناداً إلى أن القانون الدولي العرفي يقصر تعريف الإبادة الجماعية على الأفعال التي تستهدف التدمير المادي أو الروحي لجماعة معينة أو جزء منها، مقرر أن مفهوم الإبادة الجماعية لا يشمل الهجوم على العناصر الثقافية والاجتماعية لجماعة إنسانية بغرض محو عناصر الهوية التي تميز تلك الجماعة عن غيرها من الجماعات داخل المجتمع.

¹ Matthew Lippman, The 1948

ولكن الدائرة التمهيدية عادت لتؤكد بأن الهجوم العمدي على الممتلكات الثقافية يمكن الاستناد إليه بغية إثبات الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية. ووفقاً لرأي الدائرة الابتدائية، فإنه في الحالات التي يتم فيها توجيه هجمات مباشرة تجاه جماعة معينة بغرض تدميرها جسدياً أو روحياً، وتكون في الوقت ذاته مصحوبة بهجمات متتابعة تجاه الممتلكات والرموز الدينية والثقافية للجماعة المستهدفة. فإن الهجمات على تلك الممتلكات يمكن أن تتخذ دليلاً مشروعاً على توافر قصد التدمير الجسدي للجماعة¹.

وأكدت الدائرة الاستئنافية صحة الاستنتاجات التي توصلت إليها الدائرة الابتدائية²، وكذلك أكد القاضي محمد شهاب الدين في رأيه المعارض جزئياً بأن تدمير الممتلكات الثقافية لجماعية معينة لا يعد في حد ذاته إبادة جماعية، وإنما يمكن أن يتخذ دليلاً على توافر قصد تدمير جماعة معينة بصفقتها تلك³.

وأيدت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في قضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود) اتجاه محكمة يوغسلافيا السابقة فيما يتعلق برفض إقرار جريمة الإبادة

¹ Prosecutor v. Krstić, Trial Judgment, op. cit., para. 580–599.

² Prosecutor v. Krstić, Appeal Judgment, op. cit., para. 25.

³ المرجع نفسه، الرأي المعارض جزئياً للقاضي محمد شهاب الدين، الفقرة 53.

الثقافية، مع إمكانية الاستناد إلى أفعال تدمير الممتلكات الثقافية كدليل لإثبات قصد تدمير جماعة معينة بصفتها هذه¹.

وأخيراً، أشارت الدائرة الابتدائية الثامنة للمحكمة الجنائية الدولية في أمر جبر الأضرار الصادر في قضية المهدي، بأن قيام المتهم بتدمير الممتلكات الثقافية في تمبكتو قد تسبب في ضرر معنوي وأذى نفسي خطير لأعضاء الجماعة، مما يستوجب جبر الضرر عنها². وذهب رأي إلى أن قرار المحكمة يمثل تطوراً في الاتجاهات القضائية من خلال إقرار أن التدمير العمدي والتمييزي

¹ وأقرت محكمة العدل الدولية بأن هناك تدمير عمدي للتراث الثقافي والتاريخي والديني خلال النزاع في يوغسلافيا السابقة، ولكنها رفضت مع ذلك اعتبار تلك الأفعال في حد ذاتها تمثل جريمة إبادة جماعية. واستنتجت محكمة العدل الدولية ما يلي:

“The Court concludes that the destruction of historical, religious and cultural heritage cannot be considered to be a genocidal act within the meaning of Article II of the Genocide Convention. At the same time, it also endorses the observation made in the Krstić case that where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group.” Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ, Judgment of 26 February 2007, Para. 344.

² المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحالة في جمهورية مالي، أمر بجبر الأضرار، الدائرة الابتدائية الثامنة (ICC-01/12-01/15)، 17 أغسطس 2017، الفقرات 84-89.

للممتلكات الثقافية يمكن أن يلحق أذى روحي خطير بالجماعة¹. ومع ذلك، فإننا نرى أن المحكمة لن تتمكن من إقرار جريمة الإبادة الثقافية دون وجود نص صريح يقرها حفاظاً على مقتضيات مبدأ الشرعية في المسائل الجنائية.

¹ Anne Marie Thake, op. cit., p. 21.

المبحث الثالث

المحاكمات الدولية على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية

كان للانتهاكات الجسيمة المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية خلال الحرب العالمية الثانية أثرها في المحاكمات التي عقدها الحلفاء لمحاكمة المسؤولين من دول المحور على جرائمهم. لذلك تضمن ميثاق المحكمة العسكرية الدولية لعام 1945 (ميثاق نورمبرج)¹، وميثاق المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى لعام 1946 (ميثاق طوكيو)²، قواعد تقرر المحاكمة والعقاب على الأفعال التي تمثل اعتداء على الممتلكات الثقافية.

وكان لهذا الأمر أثره فيما بعد عند إنشاء المحاكم الجنائية المؤقتة، والمحاكم الجنائية المختلطة، وأخيراً المحكمة الجنائية الدولية المنشئة بموجب نظام روما لعام 1998. فقد اهتمت محكمة يوغسلافيا السابقة بالمحاكمة على الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية، كما كان ثمة محاكمات جنائية عن الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية أمام الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا.

¹ Charter of the International Military Tribunal established by the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Signed at London, on 8 August 1945.

² Charter of the International Military Tribunal for the Far East established by the Supreme Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; Charter dated January 19, 1946; amended on April 26, 1946.

وأخيراً، أقامت المحكمة الجنائية الدولية محاكمة خاصة في حق أحمد
الفيقي المهدي بمناسبة أعمال التدمير المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية في مالي.

ولمزيد من البيان، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، بحيث نبين في
الأول محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية بعد الحرب العالمية الثانية، وفي
الثاني محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام المحاكم المؤقتة، وفي الثالث،
محاكمة المهدي أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول

محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية بعد الحرب العالمية الثانية

بالرغم من وجود قواعد وأعراف دولية تهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية خلال النزاعات المسلحة، إلا أنه ارتكبت العديد من الانتهاكات الجسيمة خلال الحرب العالمية الثانية تجاه تلك الممتلكات، الأمر الذي أدى إلى محاكمة بعض القادة والمسؤولين الألمان عقب انتهاء الحرب مباشرة على الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية¹.

وجاء في تقرير لجنة المسؤوليات التي تم إنشائها بعد الحرب العالمية الأولى أن "التدمير الجائر للمباني الدينية، والتعليمية، والآثار التاريخية" تعد ضمن انتهاكات قواعد وأعراف الحرب، التي يتعين أن تخضع للمحاكمة والعقاب².

¹ Yaron Gottlieb, op. cit., p. 860.

² Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919, p.115

أولاً: مظاهر الاعتداء على الممتلكات الثقافية خلال الحرب العالمية الثانية:

تمثلت أبرز الجرائم المرتكبة في قيام الألمان خلال فترة الاحتلال بالاستيلاء على أعداد هائلة من الأعمال الفنية والقطع الأثرية من المتاحف والمكتبات، بالإضافة إلى الاستيلاء على الممتلكات الخاصة المملوكة لليهود في الاتحاد السوفيتي والدول الأوروبية المحتلة، ثم نقلها لألمانيا. كذلك قام الألمان بالاستيلاء على المتاحف والقصور والمكتبات في الاتحاد السوفيتي، وبتدمير المباني والمواقع التاريخية والفنية والدينية انطلاقاً من الفكر النازي الذي يضمّر الكراهية للشيوعية ويزدري الجنس السلافي. وكان الهدف من الاستيلاء على الممتلكات الثقافية ونقلها، هو إثراء ألمانيا وليس المحافظة على تلك الممتلكات¹.

والحقيقة أن الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية أثناء الحرب العالمية الثانية لم تكن قاصرة على دول المحور، إنما ارتكبت دول الحلفاء أيضاً جرائم تجاه تلك الممتلكات، ولكن بالنظر إلى أن المهزوم فقط هو من يدفع فواتير الحرب في نهاية المطاف، فهو الذي يُسأل دون غيره عن أية انتهاكات وقعت خلال تلك الحرب، فلم تتم محاكمة ومعاقبة سوى المسؤولين من دول المحور باعتباره الطرف

¹ قام الألمان خلال الفترة من مارس 1941 حتى يوليو 1944 بنقل 4174 صندوق يحتوي على أعمال فنية وقطع أثرية إلى ألمانيا النازية. أنظر:

Judgment of the International Military Tribunal, The Trial of German Major War Criminals, op. cit., p. 56.

المهزوم، وعلى وجه الخصوص من القادة الألمان. لذلك فإن هذا الأمر دفع البعض إلى وصف محاكمات الحرب العالمية الثانية بأنها عدالة المنتصرين¹.

وكان من شأن القصف الجوي الكثيف الذي قامت به قوات الحلفاء على كل من ألمانيا واليابان، وعلى وجه الخصوص إلقاء القنبلتين الذريتين بواسطة الولايات المتحدة الأمريكية على مدينتي هيروشيما وناجازاكي اليابانيتين، أن ألحق أضراراً فادحة بالتراث الثقافي لألمانيا واليابان.

ثانياً: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام محكمة نورمبرج:

وجهت محكمة نورمبرج لألفريد روزنبرج Alfred Rosenberg الاتهام بالاستيلاء والتدمير الممنهج للأعمال الفنية والآثار في الأقاليم المحتلة، وأدانته المحكمة في هذا الاتهام، بالإضافة لاتهامات أخرى وجهت إليه، بارتكابه جريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية².

وأوردت المحكمة في حكمها أن ألفريد روزنبرج يعد مسؤولاً عن التدمير الممنهج للممتلكات العامة والخاصة في الدول التي قامت ألمانيا بغزوها في أوروبا،

¹ انظر بصفة عامة فيما يتعلق بعدالة المنتصرين:

Richard H. Minear, Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial, Princeton University Press, 1971.

² David Keane, The Failure to Protect Cultural Property in Wartime, DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law, vol. 14, no. 1, 2004, p. 14.

حيث تولى تنظيم وتوجيه أعمال تدمير المتاحف والمكتبات، ومصادرة الأعمال والمجموعات الفنية، وسلب ونهب الممتلكات العامة والخاصة في الأقاليم المحتلة، حيث تبين أن مجموع ما قام بالاستيلاء عليه يصل تقريباً إلى أثنى وعشرين ألف قطعة فنية¹.

ورفضت محكمة نورمبرج الدفع المقدم من روزنبرج بأن الاستيلاء على تلك الممتلكات الثقافية من الأقاليم المحتلة كان بهدف صيانتها، حيث أشارت إلى القرار الذي أصدره هيملر Himmler في 1 ديسمبر 1939، مقررًا مصادرة الممتلكات الثقافية بغرض تعزيز قوة ألمانيا، وذلك كدليل على توافر القصد الجنائي لارتكاب الجريمة.

وقررت المحكمة بأن تدمير المؤسسات الدينية والثقافية والاستيلاء على الممتلكات العامة والخاصة، بما في ذلك ممتلكات اليهود في الأراضي المحتلة يعد اضطهاداً مكوناً للجريمة ضد الإنسانية. وبناء على ذلك، وقعت المحكمة عقوبة الإعدام على ألفريد روزنبرج².

¹ Teresa Giovannini, The Holocaust and Looted Art, Art Antiquity and Law, vol. 7, no. 3, September 2002, p. 264.

² Owen C. Pell, The Potential for a Mediation/Arbitration Commission to Resolve Disputes Relating to Artworks Stolen or Looted during World War II, DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law, vol. 10, no. 1, Fall 1999, p. 33.

وقد تمت محاكمة روزنبرج بارتكابه جرائم واسعة النطاق ضد الممتلكات الثقافية، في ضوء أمرين: أولاً، باعتباره من كبار مجرمي الحرب الألمان، حيث تولى منصب رئيس الوزراء في الأقاليم الشرقية المحتلة، وثانياً، أن محاكمته على ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية قد جاءت بالاقتران مع محاكمته على جرائم أخرى أكثر بشاعة قام بارتكابها في الأقاليم المحتلة.¹

كذلك أقرت محكمة نورمبرج مسؤولية جوليوس سترايكر عن الجرائم ضد الإنسانية استناداً إلى الأمر الصادر عنه بتدمير المعبد اليهودي بنورمبرج عام 1938، بالإضافة إلى مسؤوليته عن أفعال الاضطهاد المرتكبة تجاه اليهود.²

ولم تكن ثمة محاكمات أخرى عن الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية أمام المحكمة العسكرية الدولية بنورمبرج. ويرجع السبب في ذلك إلى أن محكمة نورمبرج استهدفت في المقام الأول محاكمة كبار القادة الألمان الذين ارتكبوا أكثر الجرائم بشاعة خلال الحرب العالمية الثانية. لذلك تمت إقامة المحاكمات الأخرى

¹ لمزيد من المعلومات بشأن مساهمة ألفريد روزنبرج في مسألة إبادة اليهود في الأراضي المحتلة، أنظر:

Rachel Dubin, Museums and Self-Regulation: Assessing the Impact of Newly Promulgated Guidelines on the Litigation of Cultural Property, University of Miami Business Law Review, vol. 18, no. 1, 2010, p. 108.

² Judgment of the International Military Tribunal, The Trial of German Major War Criminals, op. cit., p. 249-5.

لمجرمي الحرب الأقل مرتبة، ولا سيما فيما يتعلق بالاعتداء على الممتلكات الثقافية أثناء الحرب العالمية الثانية أمام المحاكم العسكرية التي أنشأتها الولايات المتحدة في ألمانيا، وكذلك التي أنشأها الحلفاء في الدول التي سبق أن احتلتها ألمانيا خلال الحرب العالمية الثانية¹.

ثالثاً: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية في المحاكمات التالية على نورمبرج:

أقيمت العديد من المحاكمات للقادة ومجرمي الحرب الألمان من خلال محاكم عسكرية عقدتها دول الحلفاء، سواء في ألمانيا أو في الأقاليم التي تم تحريرها من الاحتلال النازي، وأبرزها المحاكم العسكرية الأمريكية التي تم إنشائها بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (10) الذي أصدره الحلفاء في 20 ديسمبر 1945 لكي يمنحهم السلطة في محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم حرب في المناطق المحتلة وفي ألمانيا².

¹ عُقدت في الفترة التالية على محكمة نورمبرج اثني عشرة محاكمة بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (10) الذي أصدره الحلفاء لإجراء محاكمات خاصة لمجرمي الحرب الألمان بشأن جرائم الحرب المرتكبة خلال الحرب العالمية الثانية. أنظر:

Nicholas R. Doman, *The Nuremberg Trials Revisited*, American Bar Association Journal, vol. 47, no. 3, March 1961, p. 260–264.

² وتعرض تطبيق قانون مجلس الرقابة رقم (10) للانتقاد باعتباره قد تم إصداره بواسطة قوة أجنبية لتطبيقه داخل ألمانيا، كما أن المحاكم العسكرية التي تم إنشائها بواسطة الولايات المتحدة

تمت محاكمة ويلهلم فون ليبب Wilhelm Von Leeb في قضية القيادة العليا، بتهمة ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، المتمثلة في نهب الممتلكات العامة والخاصة خلال فترة الحرب، كما تمت إدانة إرنست فون ويزاكر Ernst Von Weizaeker في قضية الوزراء لارتكابه جريمة الاستيلاء وتدمير الممتلكات الثقافية، بالمخالفة للمادة (56) من لوائح لاهاي لعام 1907.

كذلك نظرت المحكمة العسكرية الدائمة في فرنسا القضية الخاصة بأحد المواطنين الألمان كارل لينجنفلدر Karl Lingensfelder، بتهمة تدمير الآثار والنصب التذكارية العامة. وأكدت المحكمة أن هذه الجرائم تعد بشكل واضح انتهاكاً لقوانين وأعراف الحرب، ومن ثم يمكن المعاقبة عليها باعتبارها جرائم حرب¹.

وفي محاكمة آرثر جريزر Arthur Greiser أمام المحكمة العليا الوطنية في بولندا، وجه إلى جريزر-بالإضافة إلى اتهامات أخرى تتعلق بارتكابه جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية-اللاتهام بالتدمير الممنهج للثقافة البولندية، وسرقة الثروات الثقافية البولندية، وألمنة (Germanization) الدولة والشعب البولندي،

الأمريكية قد جاء تشكيلها من قضاة أمريكيين. وبالتالي، فإنه، وفقاً لرأي، يعد افتتاحاً على السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية لألمانيا. أنظر:

August von Knieriem, Nuremberg Trials. Chicago, H. Regnery Co., 1959, p. 21-27.

¹أنظر بشأن محاكمات الحرب العالمية الثانية المتعلقة بتدمير التراث الثقافي المشترك: القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، القاعدة 40، ص 119-120.

والاستيلاء غير المشروع على الممتلكات العامة، بما في ذلك الكنائس ونهب محتوياتها¹.

حري بالبيان أن المحكمة الإسرائيلية التي تولت محاكمة أدولف Eichmann عام 1961، قد وجهت إليه الاتهام بسلب ونهب ممتلكات اليهود في الأقاليم المحتلة ونقلها لألمانيا، وذلك في إطار الاضطهاد الممنهج تجاه اليهود².

ويلاحظ أنه في كافة محاكمات مجرمي الحرب لم يتم توجيه الاتهام بسبب القصف الجوي غير المميز على المناطق المحمية. وكانت لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب قد أشارت إلى أن غالبية أعضاء اللجنة نظروا إلى المسألة باعتبارها شديد التعقيد، لذلك فقد تم تركها دون البت فيها³.

¹ Trial of Ulrich Greifelt and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 10th October, 1947–10th March, 1948, Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, V. XIII, 1949.

² D. Lasok, "The Eichmann Trial," International and Comparative Law Quarterly, vol. 11, no. 2, 1962, p. 359, 361–4, 370.

³ وأوردت لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب في تقريرها ما يلي:

“While the 1919 Commission on Responsibilities listed deliberate bombardment of undefended places as a war crime, Committee I during its existence did not rule whether or not bombardment from air of undefended places in the course of military operations constitutes a war crime [...] The question of whether or not such bombing came within the

لذلك ليس بغريب أن نجد المحكمة العسكرية الأمريكية في قضية أوليندورف Ohlendorf تقر بأن القصف الجوي يعد عملاً عسكرياً مشروعاً حتى ولو ترتب عليه قتل المدنيين وتدمير الطرق والمنازل والمصانع. بل إن القصف يعد مشروعاً أيضاً حتى ولو تم باستخدام القنبلة الذرية طالما أن من شأنه إضعاف معنويات العدو وإجباره على الاستسلام، ومن ثم إنهاء الحرب ووقف القتل. واعتبرت أن الخسائر التي تحدث من إلقاء القنبلة الذرية تعد أمراً عرضياً ومقبولاً أثناء الحرب¹.

ونرى أن السبب في عدم إدراج القصف الجوي العشوائي أو غير المميز ضمن جرائم الحرب التي تختص بها محكمة نورمبرج، بالرغم من أن لجنة مسؤوليات مبتدأ الحرب التي أنشأت عام 1919 بعد الحرب العالمية الأولى مباشرة، كانت قد أقرت بأن القصف العمدي للمناطق غير المحمية يعد جريمة حرب، هو إفراط قوات الحلفاء في اللجوء إلى مثل هذا النوع من الانتهاكات تجاه

notion of war crimes in the light of modern warfare was never decided, since the majority of the members of Committee I considered the problem too complex to be resolved in the short time remaining of the committee's existence. The question was, therefore, left undecided, as indeed it has been in the minds of authorities on international law." History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, H. M. Stationery Office, 1948, p. 492-3.

¹ U.S. v. Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case), Opinion and Judgment, Case No. 9, Nuremberg, Germany, 8 April 1948, p. 467.

المدن التابعة لدول المحور، ومن أبرز الانتهاكات التي ارتُكبت خلال الحرب العالمية الثانية إلقاء القنبلتين الذريتين على هيروشيما ونجازاكي، لذلك فإن ما أوردته المحكمة العسكرية الأمريكية في حكمها في قضية أوليندورف يعد خروجاً على قوانين وأعراف الحرب، وينطوي على تحايل واضح للتغطية على الجريمة الأليمة التي ارتكبتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد الإنسانية.

المطلب الثاني

محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام المحاكم الدولية المؤقتة والمختلطة

المحاكم الجنائية الدولية هي تلك المحاكم التي أنشئت بموجب قرارات صادرة عن مجلس الأمن لإجراء المحاكمات الجنائية الدولية بالنسبة للأحداث التي وقعت في مكان أو منطقة محددة خلال فترة زمنية محددة، وبالتالي يطلق عليها المحاكم الخاصة، نظراً إلى أنها خاصة بوقائع وفترة زمنية معينة. وتتقضي تلك المحاكم فور إجراء تلك المحاكمات الخاصة التي أنشئت من أجلها، لذلك يطلق عليها المحاكم المؤقتة.

وتعد المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة (محكمة يوغسلافيا السابقة) من أبرز المحاكم المؤقتة التي تم إنشاؤها في الآونة الأخيرة، حيث ساهمت في إرساء العديد من الأحكام المتعلقة بجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

والمحاكم المختلطة هي تلك المحاكم التي تُنشأ لإجراء محاكمات على الجرائم الدولية الخطيرة، ولكنها تتسم بأن إنشائها أو تشكيلها أو قواعدها أو كل تلك العناصر تكون مختلطة؛ أي أن إنشائها يتم بموجب اتفاقية بين جهة دولية والدولة المعنية بالنزاع والمحاكمة، أو يكون تشكيلها مكوناً من قضاة دوليين وقضاة

وطنيين، أو أن تكون القواعد القانونية المطبقة تجمع بين القواعد الدولية والقواعد الوطنية للدولة التي تُقيم المحاكمات الجنائية على الجرائم الدولية.

وقد أقامت الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا محاكمات جنائية على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي تم ارتكابها خلال فترة حكم بول بوت والخمير الحمير، عندما كانت تعرف كمبوديا باسم كمبوشيا الديمقراطية.

أولاً: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام محكمة يوغسلافيا السابقة:

بذلت محكمة يوغسلافيا السابقة جهداً كبيراً في تأكيد قواعد المسؤولية والعقاب على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية في صورها المختلفة، الأمر الذي تجلّى في العديد من الأحكام الصادرة عنها.

1. القواعد التي ارستها محكمة يوغسلافيا السابقة:

كانت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة أكثر تأكيداً من قضاء محكمة نورمبرج فيما يتعلق بتوجيه الاتهام على أفعال تدمير الممتلكات الثقافية¹.

¹ انظر على سبيل المثال:

Prosecutor v. Pavle Strugar, ICTY, Trial Judgment (IT-01-42-T), 31 January 2005; Prosecutor v. Mićo Stanišić & Stojan Župljanin, ICTY, Trial Judgment (IT-08-91-T), 27 March 2013; Prosecutor v. Radovan Karadžić & Ratko Mladić, ICTY, Indictment (IT-95-5-I), 2 October 1995; Prosecutor v. Slobodan Milošević, ICTY, Case No. IT-02-54-T,

فلا مرأ أن اصطلاح "التطهير العرقي" اكتسب أهمية قانونية خلال النزاع المسلح في يوغسلافيا. والتطهير العرقي في مفهومه القانوني لا يقتصر فحسب على الأفعال التي تستهدف القضاء الأشخاص الذين ينتمون إلى عرق معين، وإنما يمتد أيضاً ليشمل إزالة أي أثر تاريخي أو اجتماعي أو ثقافي مرتبط بهؤلاء الأشخاص. فعلاوة على انتهاج سياسات القتل والإبعاد القسري والاعتقال غير المشروع والتمييز العنصري، يشمل التطهير العرقي طمس التراث الثقافي للجماعات العرقية والأثنية والدينية، والذي يتم عادة من خلال تدمير المساجد والكنائس والأديرة والمعابد والأضرحة والمدارس والمباني الأثرية والمخطوطات والكتب الأدبية والعلمية الخاصة بتلك الجماعات، بهدف القضاء نهائياً على أي أثر مستقبلي لها، لكيلا تدركها الأجيال القادمة؛ كما لو كانت لم تظهر مطلقاً في هذا الوجود¹.

وكانت السمة البارزة في النزاع المسلح بيوغسلافيا السابقة هي الهجوم على المجتمعات التابعة للعدو، حيث كان هناك هجوم منهجي على المدينة القديمة في

2004; Prosecutor v. Naletilic & Martinovic, ICTY, Trial Judgment (IT-98-34-T), 31 March 2003; Prosecutor v. Plasvic, ICTY, Case No. IT-00-39 & 40/1; prosecutor v. Miodrag Jokic, ICTY, Case No. IT-01/42/1-S; Prosecutor v. Krajisnik, ICTY, Case No. IT-00-39-T.

¹ Mark S. Ellis, op. cit., p. 41-42.

دوبروفنيك ¹Dubrovnik، وعلى المكتبة الوطنية في سراييفو، وجسر موستار *Mostar Bridge*، مما تسبب في خسائر تاريخية وثقافية شديدة، وذلك وفقاً لما جاء في التقرير النهائي للجنة الخبراء المنشئة بموجب قرار مجلس الأمن 780(1992)². لذلك كانت الكارثة الثقافية عاملاً هاماً عندما قام واضعي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة بتضمينه نصاً يتعلق بتدمير التراث الثقافي، باعتباره إحدى فئات جرائم الحرب وفقاً لما ورد في المادة 3(د). والحقيقة أن هذا النص جاء نتاجاً للتحقيقات التي أجرتها لجنة الخبراء الخاصة بيوغسلافيا السابقة، وهي لا جرم خطوة جديرة بالاعتبار، نظراً إلى أنها المرة الأولى التي يثبت للقضاء الدولي الجنائي الاختصاص بالمحاكمة والعقاب على مثل هذا النوع من الجرائم³.

¹ E. Perot Bissell V, Monuments to the Confederacy and the Right to Destroy in Cultural-Property Law, Yale Law Journal, February 2019, p. 1139.

² لكي تتمكن لجنة الخبراء من إثبات تدمير الممتلكات الثقافية في يوغسلافيا السابقة، استندت إلى قاعدة البيانات المتعلقة بتلك الممتلكات الثقافية، بالإضافة إلى التحقيقات الميدانية والتقارير الواردة من المنظمات الدولية، بما في ذلك اليونسكو والجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا. أنظر: Annex XI Destruction of Cultural Property Report. UN Doc. S/1994/674/Add.2, Vol. V, Dec. 28, 1994.

³ أشار تقرير لجنة الخبراء المختص بالتحقيقات في الجرائم المرتكبة في يوغسلافيا السابقة إلى أن الجرائم المرتكبة في دوبروفنيك تتعلق بالتدمير الشامل والاستيلاء على الممتلكات على نحو لا تبرره الضرورة العسكرية، ومصادرة وتدمير وإلحاق الضرر بالمؤسسات الدينية المخصصة

ومع إقرارنا بأن إدراج الجرائم المتعلقة بالممتلكات الثقافية والدينية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة يعد إضافة هامة للوثائق القانونية الدولية، إلا أن المحاكمة والمعاقبة على ارتكاب تلك الجرائم هي التي تضمن تعزيز وإنفاذ تلك الوثائق الدولية المعنية بحماية التراث الثقافي خلال النزاعات المسلحة، من خلال تحقيق اعتبارات الردع العام والخاص، لترسيخ مبدأ ثابت بأن الاعتداء على التراث الثقافي لن يمر دون عقاب¹. لذلك كان لقرارات الاتهام والأحكام الصادرة من محكمة يوغسلافيا السابقة أهمية بالغة في إرساء مبدأ قانوني مؤداه أن تدمير المنشآت التي تمثل هوية الجماعات خلال حملات التطهير العرقي يعد ضمن مظاهر الاضطهاد والجرائم ضد الإنسانية².

لأغراض خيرية وتعليمية وفنية وعلمية، فضلاً عن النصب التاريخية وغيرها من الأعمال الفنية والعلمية. أنظر:

Final Report of Commission of Experts for the Former Yugoslavia, 1994, Para. 285 et seq., U.N. Doc. S/1994/674.

¹ Rebecca Hersher, Militant Who Destroyed Mali Cultural Sites Pleads Guilty to War Crimes, August 22, 2016. Available at: <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2016/08/22/490962861/militant-who-destroyed-mali-cultural-sites-pleads-guilty-to-war-crimes> (last visited on January 30, 2019).

² Helen Walasek, The ICTY and the Prosecution of Crimes against Cultural and Religious Property, heritage.sense-agency.com , 2016.

وإذا كان نص المادة 3(د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة لم يكن صريحاً في الإشارة إلى الممتلكات الثقافية، وإنما أوردت تعداداً للمؤسسات التي تجعل الهجوم عليها عرضة للمحاكمة والعقاب؛ وهي المؤسسات المخصصة للأغراض الدينية، والخيرية والتعليم والفن والعلوم والمعالم التاريخية، إلا أن المحكمة جاءت لتؤكد أن الإشارة إلى الهجوم على بعض أنواع المؤسسات باعتبارها انتهاكاً لقوانين وأعراف الحرب قد جاء على سبيل المثال لا الحصر؛ مما يعني إمكانية المحاكمة والعقاب بصدد الهجوم على أية ممتلكات ثقافية أخرى لم تدخل ضمن تعداد المؤسسات المحمية الواردة في النص¹.

القضايا التي نظرتها محكمة يوغسلافيا السابقة:

أقرت محكمة يوغسلافيا السابقة المسؤولية الجنائية الفردية عن الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية². ففي قضية بلاسكيتش *Blaškić*³، وجالتش *Galic*⁴، أقرت الدائرة الابتدائية بأن القانون الدولي العرفي المطبق في كلا من النزاعات الدولية وغير الدولية يقر المسؤولية الجنائية الفردية عن توجيه هجمات عمدية، مع

¹ Prosecutor v. Tadić, ICTY, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 87.

² Roger O'Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, op. cit., p. 358.

³ prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit., para. 69.

⁴ Prosecutor v Stanislav Galic, ICTY, Trial Judgment, Case No. IT-98-29, 5 December 2003.

العلم بأنها سوف تحدث تدمير للأعيان المدنية، بما في ذلك الممتلكات الثقافية، والتي تتسم بالإفراط قياساً بما هو متوقع من مكاسب عسكرية ملموسة ومباشرة¹.

ولكي يتم إقرار المسؤولية الجنائية الفردية، فإنه يقع على عاتق المحكمة الدولي التحقق من عدة أمور، أبرزها:

أولاً: الرابطة بين تدمير الممتلكات من ناحية، والنزاع المسلح من ناحية أخرى، سواء كان ذات طابع دولي أو غير دولي². ففي قضية بلاسكيتش، على سبيل المثال، أشارت المحكمة إلى ضرورة أن يكون سلوك الجاني قد تم في السياق الجغرافي والزمني للنزاع³. ولا يعني ذلك بالضرورة أن ترتكب الجرائم في مكان جغرافي محدد تحديداً دقيقاً، وإنما بالأحرى يعني أن يكون هناك صلة وثيقة بالأعمال العدائية⁴.

- ثانياً: ألا تكون الممتلكات الثقافية قد تم استخدامها للقيام بالأعمال العسكرية أثناء النزاع المسلح.

¹ Roger O'Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, op. cit., p. 353.

² Caroline Ehlert, Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 214.

³ prosecutor v. Blaškić, Trial Judgment, op. cit. para. 69-71.

⁴ ماركو ساسولي وأنطوان بوفيه، بالتعاون مع سوزان كار، ليندسي كامرون، وتوماس دي سان موريس، كيف يوفر القانون الحماية في الحرب، مختارات من القضايا الخاصة بممارسات معاصرة في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2011، ص 321-322.

ثالثاً: توافر القصد لدى الجاني في تدمير الممتلكات الثقافية¹.

وبناء على ذلك، وجه المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة الاتهام لميلوسوفيتش Milošević لارتكابه جرائم التدمير العمدي للمعالم التاريخية والمؤسسات المخصصة للأغراض الدينية والتعليمية، المعاقب عليها وفقاً لنصوص المواد 3(د) و7(1) و7(3) من النظام الأساسي².

كذلك وجه المدعي العام الاتهام لكل من كاراديتش وما لاديتش Karadžić and Mladić بسبب التدمير الممنهج وواسع النطاق الموجه ضد الأماكن المقدسة للمسلمين والمسيحيين الكاثوليك³.

علاوة على ذلك، وجه المدعي العام الاتهام لستانيسيتش وزوبلجانين Stanišić and Župljanin لارتكابهما جرائم التدمير العمدي للمساجد وغيرها من المباني والممتلكات الثقافية الخاصة بالمسلمين. وأشارت الدائرة الابتدائية إلى أن الهجوم اتسم بالانتقائية والمنهجية، حيث تم ارتكابه عمداً للتمييز بين المسلمين

¹ وذلك وفقاً لما أكدته الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة في قضية ناليتيتش Naletilić ومارتینوفيتش Martinović. انظر:

Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Trial Judgment, op .cit., para. 605.

² Prosecutor v Slobodan Milošević, ICTY, Second Amended Indictment "Croatia" (IT-02-54-T), 28 July 2004, para. 72, 83.

³ Prosecutor v. Radovan Karadžić & Ratko Mladić, ICTY, Indictment (IT-95-5-I), 2 October 1995, para. 30-31.

والكروات على أساس إثني. وتمثل ذلك بشكل أساسي في وضع قيود على حرية السكان المسلمين في التنقل، ونهب ممتلكاتهم، وهدم منازلهم ومساجدهم¹.

و أكدت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة في قضية جوكتش Miodrag Jokić على أن الهجوم على الممتلكات الثقافية يؤثر ليس فحسب على تاريخ وميراث المنطقة التي وقع بها النزاع، وإنما أيضاً على التراث المشترك للإنسانية بأسره. وأشارت إلى أنه نظراً إلى أن تدمير الممتلكات المدنية يعد في حد ذاته انتهاكاً جسيماً للقانون الدولي الإنساني، فإن الجريمة تعد بالتأكيد أكثر جسامة إذا تمثلت في توجيه هجمات إلى منطقة محمية، كما هو الحال بالنسبة للمدينة القديمة بدبروفنيك². وعليه، فإن قضية جوكتش أبرزت القيمة المتأصلة والطبيعة غير المتجددة للثروات الثقافية، مؤكدة أن توجيه هجمات للممتلكات الواردة في قائمة التراث العالمي يؤدي حتماً إلى زيادة خطورة الجريمة المرتكبة³.

وفي قضية المدعي العام ضد بافل ستروجر Pavle Strugar، المتعلقة أيضاً بالهجوم على المدينة القديمة بدبروفنيك، استنتجت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة أن الممتلكات الثقافية التي تعرضت للهجوم تعد ذات أهمية كبرى للتراث الثقافي لجميع الشعوب. وانتهت المحكمة إلى أن نتائج الهجوم على

¹ Prosecutor v Stanišić & Župljanin, Trial Judgment, op. cit., para. 1119.

² Prosecutor v. Jokic, Trial Judgment, op. cit., para. 46.

³ Ibid, para. 51-53.

الممتلكات الثقافية في المدينة القديمة اتسمت بالخطورة، حيث إن عملية ترميم ممتلكات من هذا النوع لن تؤدي إلى إعادتها لحالتها الأولى قبل الهجوم¹. ويتبين من هذا الحكم أن تحديد مدى خطورة الجريمة المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية لم يعد مرتبطاً فحسب بمدى أهمية الممتلكات الثقافية بالنسبة للضحايا، وإنما تعدى ذلك لتقدير مدى أهميتها باعتبارها تراثاً مشتركاً للإنسانية.

كذلك حددت محكمة يوغسلافيا السابقة مدى جسامة الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية في قضية بلافيسيتش Biljana Plavšić، حيث انتهت إلى أن نطاق التدمير العمدي للممتلكات والمباني الدينية، يساهم في اعتبار الجريمة ذات خطورة كبيرة، لا سيما إذا ارتكبت في سياق حملة تطهير عرقي. وتأكيداً لما انتهت إليه المحكمة، أشارت إلى إحدى الحالات التي تم فيها الهجوم على مسجد ألدزا Aladža Mosque المقام في منطقة فوكا Foča منذ عام 1550، حيث ظهر جلياً أن بلافيسيتش قد ربط بين الأشخاص وتاريخهم بتدميره لهذا المسجد².

ويمكن القول إن الجناة في القضايا السابقة التي نظرتها المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا اتجهت نيّتهم الإجرامية نحو تدمير تاريخ وأثار امتدت لمئات السنين، متسببين في أضرار لا يمكن تداركها فيما يتعلق بالهوية الثقافية والتاريخية للمجني عليهم. لذلك، ذهب رأي-بحق-إلى أن الهدف من تدمير الممتلكات

¹ Prosecutor v. Strugar, Trial Judgment, op. cit., paras. 231–232.

² Prosecutor v. Plavšić, op. cit., para. 52, 44.

الثقافية للأجيال الحالية هو عزل الأجيال المستقبلية عن معرفتهم وأصلهم، الأمر الذي يحد من اعتبارات التنوع الثقافي بين المجتمعات¹.

وبناء عليه، فإن التحديد الدقيق لخطورة الجريمة يستوجب ألا تكنفي المحكمة بتحديد الوصف الإجرامي للجريمة المرتكبة، وإنما يتعين أن تُقيمها في ضوء مدى ونطاق تأثيرها في المنطقة التي ارتكبت بها وعلى المجتمع الدولي بأسره.

ثانياً: محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا:

صدر قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا عام 2001 للمحاكمة على الجرائم المرتكبة خلال فترة الخمير الحمر لمحاكمة كبار قادة الحزب الشيوعي لكمبوتشيا عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي وقانون العقوبات الكمبودي.

¹ Hiram Abtahi, op. cit., p. 2.

ووفقاً لهذا الرأي فإنه إذا كان لا يمكن إنكار الفارق الواضح بين التعذيب والقتل من ناحية، وتدمير الممتلكات الثقافية من ناحية أخرى، فإنه يتعين، مع ذلك، إدراك خطورة الآثار المترتبة على تدمير الممتلكات الثقافية، لاسيما على المدى الطويل.

ونصت المادة (7) من القانون على ثبوت الاختصاص للدوائر الاستثنائية لمحاكمة المسؤولين عن تدمير الممتلكات الثقافية وفقاً لأحكام اتفاقية لاهاي لعام 1954¹.

قامت حكومة الخمير الحمر بتدمير ما يقرب من 2000 معبد ودير خلال فترة الحرب الأهلية في كمبوديا، كما حاولت القضاء نهائياً على البوذية من الدولة².

وقد تم إدانة كل من نون تشيا، أحد رموز الحزب الشيوعي، وكيو سامفان الرئيس الأسبق لكمبوتشيا الديمقراطية، لارتكاب جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية ضد مسلمي تشام والفيتناميين والبوديين، وحكم عليهم بالسجن مدى الحياة³.

وجاء في قرار الاتهام الموجه لنون تشيا وكيو سامفان أن الحزب الشيوعي لكمبوتشيا (الخمير الحمر) تبني سياسات استهدفت المسلمين والبوديين. وتمثلت في

¹ Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 2001, as amended on 27 October 2004.

² Sandra Yvonn Ruud Johnsen, Willful Destruction of Cultural Property as the Principal Charge before the ICC: The Al Mahdi Case and the Gravity Threshold for Admissibility, The University of Bergen, 2017, p. 12.

³ Co-Prosecutors v. Nuon Chea and Khieu Samphan, Trial Chamber, Summary of Case no. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16 February 2018, para. 26-36.

تقييد حرية تشام في ممارسة شعائهم الدينية والطرده الممنهج والقبض على القادة الدينيين وعلماء المسلمين. واشتمل ذلك على حظر ممارسة الشعائر الدينية وغلق وتدمير المساجد أو تحويلها لأغراض أخرى، كما تم حظر استخدام لغة تشام أو ملابسهم التقليدية.

وانتهج نون تشيا وكيو سامفان المسلك ذاته تجاه البوذيين، حيث تم حظر البوذية وتدمير المعابد البوذية والأماكن المقدسة الخاصة بالبوذيين، أو تحويلها إلى أغراض أخرى غير دينية، بالإضافة إلى تدمير التماثيل البوذية وتجريد الكهنة البوذيين من مكانتهم الدينية¹.

وجاء في قرار الاتهام أن الأفعال التي ارتكبتها كل من نون تشيا ضد مسلمي تشام والبوذيين، تمثل اضطهاداً باعتباره جريمة ضد الإنسانية².

وتعد القضية السابقة التي نظرتها الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا ذات أهمية خاصة في سياق حماية التراث الثقافي، لسببين رئيسيين:

¹ Co-Prosecutors v. Nuon Chea and Khieu Samphan, Decision on Severance of Case 002 Following Supreme Court Chamber Decision of 8 February 2013, Case no. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 26 April 2013, para. 740-756.

² المرجع نفسه، الفقرات 1419-1421.

أولاً: أنها تناولت جريمة الاعتداء على التراث الثقافي غير المادي، وذلك بخلاف غالبية القضايا التي نظرتها المحاكم الجنائية الدولية التي تعرضت لجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية المادية.

ثانياً: أن المدعي العام ساق الأدلة أمام المحكمة لإثبات أن تدمير الممتلكات الثقافية لمسلمي تشام واتباع تدابير قسرية لطمس هويتهم، يعد دليلاً على توافر قصد إبادتهم¹.

¹ Anne Marie Thake, op. cit., p. 15.

المطلب الثالث

محاكمة الاعتداء على الممتلكات الثقافية أمام المحكمة الجنائية الدولية

يُثبت للمحكمة الجنائية الدولية الاختصاص بالمحاكمة على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية بموجب نظام روما الأساسي لعام 1998. وبناء عليه، أقامت المحكمة الجنائية الدولية أول محاكمة جنائية تُعقد بصفة خاص لإقرار المسؤولية والعقاب على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، وذلك على خلاف الحال أمام المحاكم المؤقتة والمختلطة، حيث كانت المحاكمة على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية تتم في سياق ارتكاب جرائم أخرى تتم أثناء النزاعات المسلحة.

أولاً: الاختصاص بالمحاكمة على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية:

أقر نظام روما الأساسي صراحة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالمحاكمة والعقاب على ارتكاب جرائم انتهاك التراث الثقافي. فقد أكد النظام الأساسي في ديباجته أنه يتعين ألا تمر "أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره دون عقاب، وأنه يجب مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من خلال تدابير تتخذ على الصعيد الوطني وكذلك من خلال تعزيز التعاون الدولي"¹، سواء ارتكبت تلك

¹ ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

الجرائم في سياق النزاعات المسلحة ذات طابع دولي أو غير دولي؛ أي أنها تعد جرائم حرب تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية¹.

والنصوص التي أكد عليها نظام روما الأساسي باعتبارها أساساً للمحاكمة والعقاب على انتهاك التراث الثقافي، تجد أساسها في المادتين (27) و(56) من لوائح لاهاي لعام 1907، حيث يلاحظ أن المادة (8) من النظام الأساسي قد اقتبست اللغة المستخدمة في اتفاقية لاهاي لعام 1907، وذلك فيما يتعلق بتحريم تدمير المباني المخصصة للأغراض الدينية والفنية والعلمية والخيرية، والنصب التذكارية، والمستشفيات، ومناطق تجمع المرضى والجرحى، شريطة عدم استخدامها لتحقيق أغراض عسكرية.

ومع ذلك، فإنه يؤخذ على نظام روما الأساسي أنه لم يقرر حماية واضحة للممتلكات الثقافية المنقولة، حيث جاءت الإشارة إلى المباني والمنشآت التي يمكن اعتبارها ضمن التراث الثقافي، كذلك أنه لم يورد تعريفاً للأهداف العسكرية التي تعد

¹ أقرت المادة (5) من نظام روما الأساسي لعام 1998 اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالمحاكمة والعقاب على جرائم الحرب. أقرت المادة (2)8(ب)(9) اختصاص المحكمة بجرائم الحرب التي ترتكب ضد التراث الثقافي في وقت النزاعات المسلحة الدولية، ثم جاءت المادة (2)8(هـ)(4) لتقرر اختصاص المحكمة بجرائم الحرب التي ترتكب ضد التراث الثقافي في وقت النزاعات المسلحة غير الدولية.

ضمن الأعدار المعفية من المساءلة والعقاب، مما يكون من شأنه إضعاف نطاق الحماية الجنائية الدولية المقررة بموجب نظام روما الأساسي¹.

ثانياً: محاكمة المهدي أمام المحكمة الجنائية الدولية:

أصدرت المحكمة الجنائية الدولية في 27 سبتمبر 2016 حكماً بإدانة أحمد الفقي المهدي بسبب اشتراكه في جريمة حرب، متمثلة في توجيه هجمات عمدية نحو المباني الدينية والتاريخية في تمبوكتو بمالي، والتي تدخل ضمن مواقع التراث العالمي لليونسكو، وذلك وفقاً لنص المادة 8(2)(هـ)(4) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية².

تعد قضية أحمد الفقي المهدي التي نظرتها المحكمة الجنائية الدولية ذات أهمية خاصة لسببين رئيسيين:

¹ وعدم وجود قواعد لحماية الممتلكات الثقافية المنقولة في اتفاقيات جنيف الأربعة وبروتوكولها الإضافيين من شأنه أن يزيد من صعوبة تحديد العناصر المختلفة للقواعد الجنائية الدولية التي تقرر حمايتها. انظر:

Micaela Fulli, The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency, European Journal of International Law, 2011, p. 210-213.

² Sandra Yvonn Ruud Johnsen, op. cit., p. 30.

1. أنها أول حالة تنظرها المحكمة الجنائية الدولية، تتعلق بالمحاكمة على انتهاك التراث الثقافي المشترك باعتباره جريمة حرب¹. فالمحاكمة عُقدت بشكل خاص لإقرار المسؤولية والعقاب على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.
2. أنها أول قضية يعترف فيها المتهم بالذنب عن ارتكاب جريمة حرب، متمثلة في انتهاك التراث الثقافي المشترك².
3. تعد القضية بمثابة تطور في قواعد القانون الجنائي الدولي، لأنها أبرزت اهتمام مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية في تحريك الدعاوى التي تنطوي على الاعتداء العمدى والممنهج على الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية.

1. وقائع الدعوى:

¹ Owen Bowcott, ICC's first cultural destruction trial to open in The Hague, GUARDIAN, February 28, 2016. Available at: <https://www.theguardian.com/law/2016/feb/28/iccs-first-cultural-destruction-trial-to-open-in-the-hague> (Last visited on February 2, 2019).

² قضية المهدي: المتهم يعترف بذنبه في الجلسة الافتتاحية للمحاكمة، بيان صحفي، 22 أغسطس 2016، ICC-CPI-20160822-PR1236، متاح على موقع المحكمة الجنائية الدولية:

(آخر) <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1236&ln=Arabic>

زيارة للموقع في 2 فبراير 2019)

في 16 يناير 2013، فتح المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية تحقيقاً بشأن جرائم الحرب التي تم ارتكابها في مالي، وذلك بعد قيام حكومة مالي بإحالة المسألة للمحكمة الجنائية الدولية.

وكان نزاع مسلح غير دولي اندلع في مالي في يناير 2012، حيث قامت جماعات مسلحة مختلفة بفرض سيطرتها على الأجزاء الشمالية لمالي. وفي إبريل 2012، قامت جماعة أنصار الدين وجماعة القاعدة في المغرب الإسلامي بالسيطرة على تمبكتو Timbuktu، وفرضوا على سكانها تعاليمهم الدينية والسياسية. وأنشأ أنصار الدين والقاعدة حكومة اشتملت على محكمة إسلامية وقوة شرطية ولجنة إعلامية وفرقة أخلاقية أُطلق عليها الحسبة. ويتمثل دور الحسبة في منع وقمع أي أمر تراه جماعة أنصار الدين يمثل سوء أخلاق¹.

وعندما قام أنصار الدين بالاستيلاء على مدينة تمبكتو القديمة عام 2012، شرعوا في هدم المواقع الإسلامية المقدسة، وكانت جميعها، فيما عدا موقع واحد، ضمن قائمة التراث العالمي². ومدينة تمبكتو، التي تعرف باسم "مدينة

¹ بيان صحفي صادر عن المحكمة الجنائية الدولية، الدائرة الابتدائية الثامنة في المحكمة الجنائية الدولية تدين السيد المهدي بارتكاب جريمة الحرب المتمثلة في الهجوم على مبان تاريخية ودينية في تمبكتو وتحكم عليه بالسجن تسع سنوات، وثيقة رقم ICC-CPI-20160927-PR1242. متاح على موقع المحكمة الجنائية الدولية:

(آخر <https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=pr1242&ln=Arabic>)

زيارة للموقع في 29 يناير 2020).

p. 46. ² Prosecutor v. Al Mahdi, Trial Chamber, op. cit.,

الثلاثمائة ثلاثة وثلاثين (333) قديس" كانت ملتقى طرق في نمو وانتشار الإسلام في إفريقيا. ولكن بعد هجوم أنصار الدين، تحولت قرون من الحضارة والثقافة إلى مجرد رماد غير قابل للعودة إلى الوجود مرة أخرى¹.

شارك المهدي، بصفته عضواً في جماعة أنصار الدين ورئيساً للحسبة، في توجيه عدة هجمات متعمدة، سواء بشكل فردي أو بالاشتراك مع غيره، تجاه المعالم والآثار التاريخية، والمباني الدينية، التي اتسمت بقيمة تاريخية متفردة، نظراً لقدمها والبراعة المستخدمة في إنشائها، فضلاً عن قيمتها الثقافية. واشتملت تلك المعالم والآثار التاريخية التي كانت محلاً للهجوم على تسعة أضرحة ومسجد².

وكانت أفعاله ذات أثر جوهري وحاسم في ارتكاب جريمة تدمير الممتلكات الثقافية، باعتبارها إحدى جرائم الحرب، التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، وجاءت تلك الأفعال على النحو التالي:

1. اختيار المواقع والمباني الأثرية التي سيتم تدميرها.
2. رسم خطة ومنهج وتسلسل تدمير تلك المواقع التاريخية، بحيث يبدأ التدمير من الشمال وينتهي في جنوب مدينة تمبكتو.

¹ E. Perot Bissell V, op. cit., p. 1159.

² كان المهدي حاضراً أثناء تنفيذ الهجمات العشر على الممتلكات الثقافية، وهناك أدلة مثبتة بالفيديو تؤكد أنها شارك في تنفيذ خمس هجمات على الأقل من تلك الهجمات. أنظر: المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحكم والعقوبة، المرجع السابق، الفقرتين 45-46.

3. قدم الوسائل المادية لتنفيذ التدمير العمدي للمواقع التاريخية.

4. الحرص على التواجد في كل موقع من المواقع التاريخية المستهدفة أثناء الضلوع في عملية تدميرها¹.

القواعد القانونية الدولية المطبقة على قضية المهدي:

تلتزم دولة مالي بالعديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية التراث الثقافي في زمن النزاعات المسلحة، وعلى وجه الخصوص اتفاقية جنيف لعام 1954، والبروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف لعام 1977، كما أنها طرف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ ويعني ذلك أن دولة مالي ملتزمة بأحكام نظام روما الأساسي المقررة في المادة 8(2)(هـ)(4)، التي تشير إلى النزاعات المسلحة غير الدولية. علاوة على ذلك، فهي أيضاً طرف في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966².

وتنطبق اتفاقية 1954 على النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء، وبما أن قضية المهدي تتعلق بنزاع مسلح غير دولي، فإن المادة (19) من الاتفاقية تكون واجبة التطبيق. وتنص تلك المادة، تحديداً، على ما يلي:

¹ Prosecutor v. Al Mahdi, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Case No. ICC-01/12-01/15, 22 August 2016.

² قامت مالي بالتوقيع على اتفاقية التراث العالمي ولكنها لم تصدق عليها بعد.

"في حالة نزاع مسلح ليس له طابع دولي ينشب على أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية".

ومن اللافت للنظر أن مالي لم تكن طرفاً في البروتوكول الثاني لعام 1999 (لاتفاقية جنيف لعام 1954)، ولكن بعد ارتكاب المهدي للجرائم الموجهة تجاه التراث الثقافي، سارعت مالي بالتصديق على البروتوكول في نوفمبر 2012¹؛ ويعني ذلك أنه لا يجوز الاستناد إلى البروتوكول الثاني كأساس لإقرار الجرائم التي ارتكبتها المهدي، وفقاً لما يقرره مبدأ عدم رجعية الجرائم والعقوبات.

مقبولية الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية:

لا جرم أن السوابق القضائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة فيما يتعلق بتحديد خطورة جريمة تدمير الممتلكات الثقافية كان لها اعتبارها أمام المحكمة الجنائية الدولية. ويرجع ذلك، بصفة أساسية، إلى حقيقة أن السلطات الممنوحة للمدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية وفقاً لنص المادة 15(2) بشأن إجراء التحقيقات الأولية

¹ Marina Lostal, The First of Its Kind: The ICC Opens a Case Against Ahmad Faqi Al Mahdi for the Destruction of Cultural Heritage in Mali, Global Policy Forum, 2 October 2015. Available at: <https://www.globalpolicy.org/home/163-general/52814-icc-opens-a-case-for-the-destruction-of-cultural-heritage-in-mali.html> (last visited on 1 April 2019).

يظل خاضعاً للحدود المقررة في نص المادة (53) والتي تستلزم قبل أن يشرع المدعي العام في إجراء التحقيق أن يتحقق بشأن:

أ. ما إذا كانت المعلومات المتاحة للمدعي العام توفر أساساً معقولاً للاعتقاد بأن جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتُكبت أو يجري ارتكابها.

ب. ما إذا كانت القضية مقبولة أو يمكن أن تكون مقبولة بموجب المادة (17).

ج. ما إذا كان يرى، أخذاً في اعتباره خطورة الجريمة ومصالح المجني عليه، أن هناك مع ذلك أسباباً جوهرية تدعو للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة¹.

وبالرغم من ذلك، فإن مفهوم خطورة الجريمة لم يتم تعريفه أو توضيحه بشكل كاف، سواء في نظام روما الأساسي أو قواعد الأجراء والإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية. فوفقاً لنص المادة (53) يتعين على المدعي العام أن يميز بين صغار وكبار مجرمي الحرب، أو بمعنى آخر تقييم مدى بشاعة الجريمة المرتكبة²، فضلاً عن عدد الضحايا المتضررين من الجريمة¹.

¹ المادتين (52) و(53) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² Leila Nadya Sadat & S. Richard Carden, The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution, Georgetown Law Journal, 2000, p. 419.

ويذهب رأي إلى أنه لكي يرتقي السلوك الإجرامي إلى الدرجة المرجوة من الخطورة على نحو يجعلها صالحة للدخول ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، فإن هذا السلوك يتعين أن يشتمل على مجموعة من الأفعال المترابطة التي تتم بطريقة ممنهجة وواسعة النطاق. ووفقاً لهذا الرأي، فإن الأنشطة الإجرامية التي تتم بطريقة منعزلة وغير مترابطة لن تكون كافية، من الناحية القانونية، للدخول في اختصاص المحكمة².

ولا نتفق في الواقع مع الرأي السابق في أن خطورة الجريمة يمكن الاستدلال عليها من خلال ارتكاب عدة أفعال إجرامية في إطار خطة ممنهجة أو واسعة النطاق، وذلك لأن خطورة الجريمة يمكن أن تتحقق من خلال ارتكاب فعل إجرامي واحد، كما هو الحال بالنسبة لجريمة الإبادة الجماعية التي يمكن أن تتحقق من خلال ارتكاب فعل واحد، طالما توافر القصد الخاص المتمثل في إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفقتها كذلك، سواء كان إهلاكاً كلياً أو جزئياً. وإذا كانت المادة (1)8 من نظام روما الأساسي قد أشارت إلى أن اختصاص المحكمة يثبت بالنسبة لجرائم الحرب "ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو

¹ وتطبيقاً لذلك، أشارت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة ببوغسلافيا السابقة في قضية بلاسكيتش إلى عدد الضحايا باعتباره ضمن الظروف المشددة. انظر:

Prosecutor v. Blaškić, Appeal judgment, op. cit, para. 686.

² Susana SáCouto & Katherine A. Cleary, The Gravity Threshold of the International Criminal Court, American Journal of International Law, 2008, p. 811.

سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق" ، فإن ذلك لا يعني استبعاد اختصاص المحكمة إذا لم تكن جريمة الحرب قد ارتكبت في إطار خطة ممنهجة وواسعة النطاق، أو أنه يفترض بالضرورة أن تلك الجريمة الأخيرة لا يتوافر بشأنها الخطورة الإجرامية اللازمة، ومن ثم لا تدخل ضمن اختصاص المحكمة، وإنما المقصود من نص المادة 8(1) أن إقرار اختصاص المحكمة بجرائم الحرب التي ترتكب في إطار خطة ممنهجة وواسعة النطاق يكون أكثر يسراً من جرائم الحرب الأخرى التي تحتاج مزيداً من التحقيق لإثبات مدى خطورتها الإجرامية.

ويؤكد صحة ما انتهينا إليه ما أقرته الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية عند اعتمادها للتهم في قضية بحر إدريس أبو قرده الخاصة بالوضع في السودان، بأنه عند تحديد الخطورة الإجرامية لا يكفي الأخذ بالمعيار الكمي، وإنما يتعين أيضاً أخذ المعيار النوعي في الاعتبار. ووفقاً للدائرة التمهيدية، فإن هذا المعيار النوعي يتم تحديده من خلال عدة عوامل، أبرزها: نطاق الضرر الواقع على الضحايا وأسرهم، وطبيعة السلوك غير المشروع، والوسائل المستخدمة لارتكاب الجريمة، ودرجة المساهمة، ومكان وزمان ارتكاب الجريمة والظروف المحيطة بها¹.

¹ The Prosecutor v. Abu Garda, ICC, Decision on the Confirmation of Charges, Doc. ICC-02/05-02/09, 8 February 2010, p. 30-34.

وعليه، فإن العوامل المذكورة تعد في منظور المحكمة الجنائية الدولية ذات صلة جوهرية عند تحديد خطورة الجريمة، لكي يتم قبول الدعوى، وفقاً لنص المادة 17(1)(د) من النظام الأساسي للمحكمة، وكذلك عند تقرير العقوبة¹، وفقاً لما تقرره القاعدة 145(1)(ج) من قواعد الإجراء والإثبات الخاصة بالمحكمة².

وبناء على ذلك، انتهى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية من خلال التحقيقات التي تم إجرائها أن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي ارتكبها أحمد الفقي المهدي بشكل ممنهج، وصلت إلى درجة من الخطورة جعلتها تستوفي اعتبارات المقبولية أمام المحكمة الجنائية الدولية.

ثبوت الاختصاص ومباشرة الإجراءات أمام المحكمة الجنائية الدولية:

بالنظر إلى أن دولة مالي هي إحدى الدول الأطراف في نظام روما الأساسي³، فإنها بالتأكيد سوف تستفيد من نصوص نظام روما الأساسي التي تجرم الهجوم

¹ وفقاً للمادة 17(1)(ج) فإن للمحكمة أن تقرر عدم قبول الدعوى "إذا لم تكن على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر".

² تنص القاعدة 145(1)(ج) من قواعد الإجراء والإثبات إلى أن المحكمة عند تقرير العقوبة تنظر في "جملة أمور منها مدى الضرر الحاصل، ولا سيما الأذى الذي أصاب الضحية وأسرته، وطبيعة السلوك غير المشروع المرتكب والوسائل التي استخدمت لارتكاب الجريمة؛ ومدى مشاركة الشخص المدان؛ ومدى القصد؛ والظروف المتعلقة بالطريقة والزمان والمكان؛ وسن الشخص المدان وحظه من التعليم وحالته الاجتماعية والاقتصادية".

³ ويتعين الانتباه إلى أن مالي انضمت إلى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في 16 أغسطس 2000.

المتعمد تجاه المباني المخصصة لأغراض دينية وتعليمية وفنية وعلمية، إضافة إلى الهجوم على المعالم التاريخية دون وجود أية ضرورة عسكرية تستدعي هذا الهجوم¹.

وقد قامت حكومة مالي في يوليو 2012 بإحالة الدعوى إلى المحكمة الجنائية الدولية وفقاً لنص المادة (14) من نظام روما الأساسي²، الأمر الذي أدى إلى قيام اختصاص المحكمة بنظر الدعوى³.

وقام المدعي العام بإجراء الفحص الأولي وفقاً لنص المادة (53) من نظام روما الأساسي، للتحقق فيما إذا كان هناك أسس قانونية موضوعية تستدعي البدء في التحقيقات الرسمية. وبناء على تلك التحقيقات، انتهى المدعي العام إلى

¹ المادة 8(2)(هـ)(4) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² تنص المادة (14) من نظام روما الأساسي على أنه:

1. يجوز لدولة طرف أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت وأن تطلب إلى المدعي العام التحقيق في الحالة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص معين أو أكثر بارتكاب تلك الجرائم.

2. تحدد الحالة، قدر المستطاع، الظروف ذات الصلة وتكون مشفوعة بما هو في متناول الدولة المحيلة من مستندات مؤيدة".

³ قام اختصاص المحكمة وفقاً لنص المادة 13(أ) من نظام روما الأساسي. وتنص تلك المادة على أن "للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة (5) وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي [...] إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت".

أن هناك أسس قانونية تدعم ارتكاب العديد من الأفعال الإجرامية التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة، وأبرزها: القتل والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب، بالمخالفة للمادة 8(2)(ج)(1)، وتعتمد توجيه هجمات ضد الأعيان المحمية بالمخالفة للمادة 8(2)(هـ)(4) والنهب بالمخالفة للمادة 8(2)(هـ)(5) والاعتصاب بالمخالفة للمادة 8(2)(هـ)(6). وبناء على النتائج التي توصل إليها المدعي العام، انتهى إحالة القضية للدائرة التمهيدية الأولى للمحكمة الجنائية الدولية¹.

وفي 18 سبتمبر 2015، أصدرت المحكمة الجنائية الدولية أمر قبض ضد أحمد الفقي المهدي. وبناء عليه، قامت سلطات النيجر بنقل المهدي إلى لاهاي، حيث امتثل للمرة الأولى أمام المحكمة في 30 سبتمبر 2015، ووجهت إليه تهمة ارتكاب جريمة الحرب المتمثلة في تدمير التراث الثقافي لمالي. وبالرغم من أن المهدي هو واحد من ضمن عدة أشخاص تم توجيه الاتهام إليهم ومثلهم للمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية لارتكابهم جرائم حرب خلال الحرب الأهلية

¹ انتهى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بعد الفحص الأولي إلى أن هناك أسس معقولة للاعتقاد بأن جرائم حرب تم ارتكابها في سياق الوضع في مالي، وبما أنه لا توجد أية إجراءات قضائية وطنية يتم اتخاذها تجاه الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الأشد خطورة التي ارتكبت في مالي، فإنه لا يوجد ما يمنع من مقبولية تلك الجرائم أمام المحكمة الجنائية الدولية. راجع:

Report on Preliminary Examination Activities, ICC Office of the Prosecutor, 2013, para. 231.

أنظر أيضاً: د. عصام بارة، المرجع السابق، ص 84-85.

في مالي، إلا أن المهدي يتميز عن غيره في أنه أول شخص تتم محاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية بتهمة انتهاك التراث الثقافي المشترك خلال نزاع مسلح¹.

الحكم في قضية المهدي:

اعترف المهدي بارتكاب الجرائم الموجهة إليه في قرار الاتهام الصادر من المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية. وترتب على اعتراف المهدي انتهاء المحكمة من الفصل في القضية في غضون عدة أيام. فقد بدأت محاكمة المهدي أمام الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية في 22 أغسطس 2016. واعترف المهدي بارتكاب جريمة الحرب المتمثلة في تدمير الأعيان الدينية والتاريخية في تمبكتو، خلال الفترة من 30 يونيو 2012 حتى 11 يوليو 2012². وانتهت إجراءات المحاكمة في 24 أغسطس 2016، وتمت إدانة المهدي في 27 سبتمبر، 2016، وحُكم عليه بالسجن لمدة 9 سنوات³.

وبالرغم من أن هذه القضية قد انتهت خلال وقت قصير، إلا أن أهميتها تبرز في أنها أول قضية جنائية دولية تركز، بشكل أساسي، على محاكمة تدمير التراث

¹ د. عصام بارة، المرجع السابق، ص 86-87.

² Press Release, Al Mahdi Case: Trial to open on 22 August 2016, ICC Press Release, 1 June 2016, ICC-CPI-20160601-PR1217.

³ المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحكم والعقوبة، المرجع السابق.

الثقافية باعتبارها ضمن الجرائم التي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، مما يساهم بفاعلية في ردع ارتكاب مثل تلك الجرائم مستقبلاً.

الأمر بجبر الأضرار:

أصدرت الدائرة الابتدائية الثامنة في 17 أغسطس 2017، قراراً بجبر الأضرار التي لحقت بالمجني عليهم جراء جرائم تدمير الممتلكات الثقافية التي ارتكبتها المهدي، مقررّة أن الحكم بجبر الأضرار من شأنه أن يفني بهدفيين رئيسيين: أولاً: إلزام المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الخطيرة بإصلاح الضرر الذي ألحقه بالمجني عليهم.

ثانياً: مساءلة مرتكبي الجرائم الخطيرة عن أفعالهم.

ويتم تحقيق هذين الهدفين من خلال ما يلي:

- رفع المعاناة التي سببتها الجرائم الخطيرة.
- معالجة العواقب الناشئة عن ارتكاب الفعل غير المشروع.
- تمكين المجني عليهم من استعادة كرامتهم.
- ردع من تسول له نفسه ارتكاب مثل تلك الجرائم الخطيرة تجاه الممتلكات الثقافية مستقبلاً.

- تعزيز المصالحة بين المجني عليهم والمجتمعات المحلية المتضررة من ناحية، وبين الجاني من ناحية أخرى¹.

وأشارت الدائرة الابتدائية إلى أن هناك ثلاثة أنواع من الأضرار التي أصابت الممتلكات الثقافية، والتي تستوجب التعويض. وتتمثل تلك الأضرار في:

- تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية المحمية.

- الأضرار الاقتصادية الناشئة عن خسارة أعداد كبيرة من الأفراد لمصدر رزقهم، بالنظر إلى أن الممتلكات الثقافية التي تم تدميرها كانت تعد مصدر جذب للسياحة.

- الضرر المعنوي المتمثل في طمس الهوية الثقافية لسكان تمبكتو².

ووسائل جبر الضرر إما أن تكون فردية أو جماعية. ومع ذلك، فإنها ليست وسائل حصرية، ويمكن الحكم بوسائل الجبر الفردية والجماعية في آن واحد. ويجوز جبر الضرر من خلال الصندوق الاستئماني، ولكنه ليس بديلاً لجبر الأضرار الفردية والجماعية³.

¹ المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، أمر بجبر الأضرار، المرجع السابق، الفقرتين 27-28.

² المرجع نفسه، الفقرات 60-92.

³ المرجع نفسه، الفقرة 45.

وبناء على ذلك، قررت الدائرة الابتدائية توقيع وسائل الجبر الفردية والجماعية على النحو التالي:

- الضرر الذي لحق بالمباني المحمية: يتم جبر الضرر جماعياً من خلال إعادة بناء المباني المتضررة.

- الخسائر الاقتصادية غير المباشرة: يتم جبر الضرر فردياً بالنسبة لمن كانت المباني المحمية مصدر رزقهم الوحيد، بينما يتم جبر الضرر بالنسبة لسائر سكان تمبكتو بشكل جماعي.

- الضرر المعنوي: ويتم جبر الضرر فردياً بالنسبة لمن لحقت بأضرار أسلافهم ضرر جراء الهجوم، كما يتم جبر الضرر جماعياً بالنسبة لسائر سكان تمبكتو¹.

ويتخذ جبر الضرر الصور التالية:

- التعويض: يتم دفع مبالغ مالية للمجني عليهم جراء ما لحق بهم من أضرار مادية². وحكم على المهدي بدفع مبلغ مالي إجمالي قدره 2,7 مليون يورو لتعويض الخسائر المالية الفردية وإعادة تأهيل المباني الدينية والتاريخية التي لحق بها الدمار والتخريب في تمبوكتو، فضلاً عن رفع الأضرار الاقتصادية التي لحقت بأهل

¹المرجع نفسه، الفقرة 104.

²المرجع نفسه، الفقرة 47.

تمبكتو¹. كذلك حكم على المهدي بدفع مبلغ إضافي قيمته 250 يورو لكل شخص أصابه ضرر اقتصادي بسبب تدمير الممتلكات الثقافية².

وبالنظر إلى أن المهدي شخص معوز لا يمتلك المبلغ المحكوم به، فقد أمرت الدائرة التمهيدية بأن يتم استكمال مبلغ التعويض المحكوم به من الصندوق الاستئماني للمحكمة، وحثت الصندوق على بذل جهود جمع التبرعات لاستكمال مبلغ التعويضات المحكوم به³.

- إعادة الحال إلى ما كان عليه: ويهدف إلى إعادة المجني عليهم ومجتمعاتهم إلى حالتهم السابقة. ويشمل التنمية الاقتصادية وتقديم الخدمات القانونية والاجتماعية والقانونية.

- الترضية: ويتخذ طابعاً رمزياً لإزالة الضرر المعنوي الذي لحق بالمجني عليهم ومجتمعاتهم⁴. وخلصت الدائرة الابتدائية إلى أن الاعتذار الذي قدمه المهدي يعد خالصاً وقاطعاً وينم عن شعور بالتعاطف، ولكنها طلبت من مسجل المحكمة أن يكفل، كتدبير رمزي، استخراج مقطع التسجيل المرئي لاعتذار المهدي ونشره

¹ المرجع نفسه، الفقرة 104(2)، والفقرة 135.

² المرجع نفسه، الفقرة 77.

³ المرجع نفسه، الفقرة 138. أنظر أيضاً: د. عصام بارة، المرجع السابق، ص 90-91.

⁴ المرجع نفسه، الفقرات 48-49.

على موقع المحكمة مع ترجمه نص الاعتذار للغات التي يتكلمها سكان تمبكتو. ويمكن للصندوق الاستثماني أن يقترح طرقاً أخرى لاستخدام اعتذار المهدي¹.

كذلك حُكم على المهدي بدفع مبلغ رمزي قيمته يورو واحد لحكومة دولة مالي، ويورو آخر للمجتمع الدولي الذي تُعد اليونسكو أفضل ممثل له².

ونخلص من ذلك أن جبر الأضرار المادية والاقتصادية والمعنوية التي لحقت بالمجني عليهم والمجتمع المدني يعد ضمن العناصر الرئيسية لتحقيق العدالة الجنائية الدولية. فبالإضافة للعقوبة السالبة للحرية التي توقع على الشخص المدان، فإن جبر الأضرار يعد أمراً هاماً في سبيل إزالة الآثار السلبية الناشئة عن ارتكاب الجريمة، فضلاً عن تحقيق قدر أكبر من الردع تجاه ارتكاب الجرائم الدولية، ولا سيما تلك التي تنطوي على التخريب والتدمير العمدي للممتلكات المحمية.

وإذا كان نظام روما الأساسي قد نص صراحة على قاعدة جبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم، إلا أنه منح المحكمة سلطة تقديرية لتحديد المبادئ المتعلقة بجبر الأضرار، وتحديدًا فيما يتعلق بنطاق ومدى الضرر الذي لحق بالمجني عليهم، وصور الجبر التي يمكن الحكم بها³. لذلك حرصت الدائرة التمهيدية الثامنة على توضيح المبادئ التي استندت إليها عند الحكم بجبر الأضرار على المهدي.

¹ المرجع نفسه، الفقرتين 70-71.

² المرجع نفسه، الفقرتين 106-107.

³ المادة (75) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

الانتقادات التي وجهت إلى محاكمة المهدي:

تعرضت محاكمة المهدي أمام المحكمة الجنائية الدولية للنقد من جانب بعض المحللين القانونيين، وذلك للأسباب التالية:

1. أن جريمة المهدي المتمثلة في الاعتداء على التراث الثقافي لا ترقى إلى مرتبة الجرائم التي تدعو إلى المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية؛ أي أنها تأتي في مرتبة أدنى من جرائم دولية أخرى تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، مثل جرائم القتل والتعذيب والاعتصاب¹.

2. لم يكن من المستساغ أن يكرس المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية جهوده للمحاكمة على قضايا تقتصر فحسب على الجرائم الثقافية التي يترتب عليها ضرر معنوي.

3. لا يوجد منطق في اهتمام المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة المهدي على ارتكاب جريمة انتهاك التراث الثقافي المشترك، في الوقت الذي يوجد فيه العديد من النساء اللاتي تعرضن لجرائم جنسية مختلفة، دون أن يثبت لهم الحق في الحصول على عدالة ملائمة، سواء في مالي، أو أمام المحكمة الجنائية الدولية.

¹ Timur Tusiray, The International Criminal Court Takes on Attacks on Cultural Heritage, But is it Enough? Center for Art Law, October 13, 2015.

ولعل ما عضد هذا النقد أن المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة كانت دائماً ما تعطي الأولوية لنظر القضايا التي تنطوي على ارتكاب الأفعال الجسيمة، دون أن تولي اهتماماً خاصاً بنظر القضايا المتعلقة فقط بانتهاك الممتلكات الثقافية¹.

ومع ذلك، كان للحكم الصادر من المحكمة الجنائية الدولية أثره في محور الفكرة الخاطئة بأن انتهاك التراث الثقافي المشترك يعد من الجرائم التي تأتي في مرتبة ثانية للجرائم الخطيرة. فقد أسس الحكم مبدأ قانوني مؤداه أن الهجوم على الممتلكات الثقافية، كما هو الحال بالنسبة للهجوم على الأشخاص، يعد من جرائم الحرب التي يتعين أن تكون محلاً للمحاكمة الجنائية الدولية. ومن ثم فإن قضية المهدي تبدو أهميتها في تحديد المعايير والتدابير التي يتعين على أعضاء الجماعة الدولية اتخاذها مستقبلاً لمنع وقوع مثل تلك الانتهاكات العمدية على التراث المشترك للإنسانية².

¹ Mark S. Ellis, op.cit., p. 25.

² Hiram Abtahi, The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Harvard Human Rights Journal, 2001, p. 30-31.

وكان الاتحاد الدولي لحقوق الإنسان قد دعا المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية إلى عدم إلقاء اهتماماً متزايداً للدمار الواقع على التراث الثقافي على نحو يؤدي إلى تهميش العدوان الواقع على الأشخاص¹.

وبالرغم من أن هذه الانتقادات قد تبدو منذ الوهلة الأولى تستند إلى بعض المنطق، إلا أنها غير سليمة على إطلاقها، سواء من الناحية القانونية أو الأخلاقية. إذ لا يمكن القول أن النائب العام للمحكمة الجنائية الدولية قد جانبه الصواب عندما بدأ في مباشرة التحقيقات تجاه الانتهاكات الخطيرة للتراث الثقافي لدولة مالي. فلا جرم أن الهجوم المسلح على التراث الثقافي في مالي قد ترتب عليه إلحاق دمار بالمناطق المستهدفة، فضلاً عن إلحاق أذى جسيم بالسكان المدنيين².

وليس ثمة كلمات معبرة عن حجم الدمار الذي خلفه الهجوم على التراث الثقافي في تمبكتو، أكثر من تلك التي ساقها المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بقوله:

"إن تدمير أضرحة تمبكتو هو لا شك محو لعناصر الهوية الجماعية التي تم بنائها عبر العصور، فهو بمثابة اجتثاث للعلامة الحضارية، وتدمير لجذور أمة بأسرها، على نحو أثر، بشكل لا يمكن تداركه، على تكوينها وسلوكها وممارساتها الاجتماعية"³.

¹ Mark S. Ellis, op.cit., p. 27.

² E. Perot Bissell V, op. cit., p. 1159.

³ بل إن هذا الأمر قد دعا أحد سكان تمبكتو إلى القول:

وبشكل عام، فإن موقف المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية ليس محل تشكك. ويدلل على ذلك أن المهدي أقر بارتكابه للجرائم المنسوبة إليه، وسعى أثناء محاكمته نحو الحصول على عفو المحكمة بصددها¹. واعتبر المدعي العام

“Timbuktu is on the verge of losing her soul; Timbuktu is threatened by outrageous acts of vandalism; Timbuktu is being held under a sharpened blade ready for use in a cold-blooded murder”.

¹ وجاءت كلمات أحمد الفقي المهدي، متضمنة طلب العفو من المحكمة على النحو التالي:

“I would like to remember the words of those who said that we need to speak justice even against ourselves. We have to be true to ourselves even that truthfulness would burn our hands. Ladies and gentlemen, it is with deep regret and with great pain I had to enter Guilty plea and all the charges brought against me are accurate and correct. I am really sorry. I am really remorseful, and I regret all the damage that my actions have caused. I regret what I have caused to my family; my community in Timbuktu; what I have caused my home nation. Mali; and I am really remorseful for what I have caused the international community as a whole.

My regret is directed particularly to the generations, the ancestors of the holders of the mausoleums that I have destroyed. I would like to seek the pardon of the whole people of Timbuktu. I would like to make them a solemn promise that this was the first and the last wrongful act that I will ever commit. I seek their forgiveness and I would like them to like at me as a son that has lost his way and consider me part of the social fabric that is Timbuktu and must not forget what I have contributed in the past

للمحكمة الجنائية الدولية إقرار المتهم بالذنب عن جرائمه بانتهاك التراث الثقافي في مالي، نقطة فارقة في تاريخ المحكمة الجنائية¹.

to Timbuktu.” Prosecutor v. Al Mahdi, Trial Hearing, Statement made by Mr. Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, 22 August 2016.

¹ وجاء تعليق المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية على النحو التالي:

“It is all the more historic in view of the destructive rage that marks our times, in which humanity’s common heritage is subject to repeated and planned ravages by individuals and groups whose goal is to eradicate any representation of a world that differs from theirs by eliminating the physical manifestations that are at the heart of communities. The differences and values of these communities are thus simply denied and annihilated.” Prosecutor v. Al Mahdi, Statement of the Prosecutor, op. cit.

الخاتمة

ارتُكبت خلال التاريخ الإنساني العديد من الانتهاكات الجسمية على الممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية جمعاء. ولكن أدرك المجتمع الدولي على مر العصور أن استهداف الممتلكات الثقافية لا يؤثر فحسب على التراث الثقافي الخاص بجماعة معينة، وإنما يؤثر على التراث الثقافي للإنسانية بأسرها. لذلك تزايدت جهود الدول في سبيل وضع نظام قانوني دولي يقرر حماية فعالة للممتلكات الثقافية.

وفعالية أي نظام قانوني دولي لا تتحقق إلا إذا كان ثمة آليات تضمن إقرار المسؤولية والعقاب على من يخالف أحكامه. ويعنى ذلك أنه بالرغم من أن القواعد التي تستهدف حماية الممتلكات الثقافية قد بدأت في التبلور في القانون الدولي العرفي منذ منتصف القرن التاسع عشر، إلا أن ذلك لم يمنع من تعدد واختلاف أشكال الاعتداء على الممتلكات الثقافية، حتى أصبح الاعتداء على الممتلكات الثقافية يستخدم كوسيلة لترسيخ أهداف وإيديولوجيات سياسية ودينية لجماعات متطرفة، كما حدث من جانب تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام والجماعات الموالية لها خلال فترة النزاع المسلح. وأدى هذا الأمر بالتبعية إلى ظهور اصطلاح جديد في القانون الدولي أطلق عليه "التطهير الثقافي"¹.

¹ Pascale Coissard, op. cit., p. 10-11.

وبناء على ذلك، فإن الهجوم على التراث المشترك لا يعد مجرد حوادث منعزلة، وإنما هو عدوان له أثر سلبي واسع النطاق على القيم التاريخية المشتركة للإنسانية؛ فهو جريمة تستهدف ثروات كافة المجتمعات، ومن ثم تفقرنا جميعاً وتدمر القيم العالمية السامية التي يتضافر المجتمع الدولي لحمايتها.

لذلك أصبح أمراً ملحاً على الجماعة الدولية أن تتصرف لصون الممتلكات الثقافية. فلا شك أن المواقع والقطع الأثرية ذات القيمة التاريخية هي أكثر من مجرد صخور، فهي تعبر عن هوية وتاريخ جماعة ضمن الجماعة الإنسانية¹. ويبرز بالتالي في هذا السياق دور القضاء الدولي في تأكيد وترسيخ الحماية المقررة على تلك الممتلكات الثقافية².

وعليه، فإننا قد توصلنا من خلال تلك الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات، نفردها على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

¹ فمنذ انتهاء الحرب العالمية الثانية وما تلاها من حروب ونزاعات، ذات طبيعة دولية وغير دولية، شهد المجتمع الدولي تدمير شامل للممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، الأمر الذي لفت انتباه المجتمع الدولي، ودعا الدول إلى اتخاذ تدابير لإقرار حماية فعالة للممتلكات الثقافية. انظر:

Quincy Kayton, Cultural Preservation in Areas of Military Conflict: Protecting Cultural Heritage and Persuading International Politics, Boston University International Law Journal, Spring 2016, p. 180.

² Mark S. Ellis, op. cit., p. 61.

1. اختلفت وتعددت التعريفات الواردة في المواثيق الدولية للمقصود بالمتلكات الثقافية، وذلك نظراً لتعدد عناصر وطبيعة المتلكات الثقافية المستحقة للحماية الدولية، سواء كانت منقولة أو ثابتة، وسواء كانت مادية أو معنوية. ومع ذلك، وضعت اتفاقيات لاهاي لعام 1954 تعريفاً عاماً لكي يشمل بالحماية كافة عناصر المتلكات الثقافية المادية، المنقولة والثابتة.

2. تُستخدم اصطلاحات المتلكات الثقافية والأعيان الثقافية والتراث الثقافي كمرادفات، ولا يوجد اختلاف بينها فيما يتعلق بمدلولها أو الأثر القانوني المترتب عليها.

3. لم تكن أعرف الحرب السائدة من العصور القديمة وحتى القرن التاسع عشر تجرم الاعتداء على المتلكات الثقافية أثناء المعارك الحربية، ومع ذلك ظهرت مبادرات من جانب الدول، ونداءات من بعض الفقهاء لحماية المتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وإن كانت تلك المحاولات لم ترق إلى مستوى القواعد القانونية الملزمة.

4. إن حماية المتلكات الثقافية في زمن النزاع المسلح، سواء كان ذا طابع دولي أو غير دولي، قد تم إقراره بموجب اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، بالإضافة إلى إقرار حمايتها بموجب اتفاقيات دولية خاصة، وتحديداً: اتفاقية لاهاي لعام 1954، والبروتوكولين الملحقين بها.

5. لم تحظر الاتفاقيات الدولية فحسب أعمال التدمير والتخريب التي ترد على الممتلكات الثقافية، وإنما حظرت أيضاً أعمال السلب والنهب والاستيلاء والتقيب وأعمال النقل غير المشروع للممتلكات الثقافية.

6. إذا كانت اتفاقيات القانون الدولي الإنساني لم تقرر حماية للممتلكات الثقافية في حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية، فإنه يمكن مع ذلك إقرار المسؤولية الجنائية الفردية دون حاجة إلى وجود نزاع مسلح، إذا كان الاعتداء على الجرائم الثقافية يتم في إطار ممنهج وواسع النطاق بغرض اضطهاد جماعة معينة على نحو يمكن وصفه قانوناً بأنه جريمة ضد الإنسانية.

7. لم تقرر الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية مطلقة على الممتلكات الثقافية التي تتمتع بقيمة هامة للتراث الثقافي، وإنما أقرت إمكانية استهداف تلك الممتلكات في حالة الضرورة العسكرية، وذلك انطلاقاً من تحقيق التوازن بين اعتبارات حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة واعتبارات تحقيق مصالح المتحاربين خلال زمن سير العمليات العسكرية، لأن عدم تحقيق هذا التوازن سوف يجعل قواعد القانون الدولي المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية عديمة الجدوى، لأن الدول سوف تعطي الأولوية لحماية مصالحها وأمنها على أية اعتبارات أخرى، حتى ولو كانت تتعلق بحماية الممتلكات الثقافية التي تمثل أهمية كبرى للتراث المشترك للشعوب.

8. تطورت فكرة الضرورة العسكرية التي تبيح الهجوم على الممتلكات العسكرية، فبعد أن كانت فكرة الضرورة العسكرية تخضع لتقدير الطرف الذي يشن الهجوم، أصبحت الضرورة العسكرية تستوجب أن تكون الممتلكات الثقافية تساهم مساهمة فعالة في العمليات العسكرية، لكي يتوافر المبرر القانوني لتوجيه هجمات مسلحة تجاهها. كذلك فإن الضرورة العسكرية التي تبيح الهجوم على الممتلكات الثقافية تقتضي توافر عنصر التناسب، بحيث لا تتجاوز الأضرار التي تلحق بالممتلكات الثقافية الميزة العسكرية المرجوة. بل إن البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999 قد قيد من نطاق الضرورة العسكرية عندما تطلب عدم وجود بديل عملي آخر لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة لتلك المتمثلة في توجيه عمل عدائي للممتلكات الثقافية التي تعد هدفاً عسكرياً مشروعاً، يضاف إلى ذلك الضمانات الإجرائية التي يتعين اتباعها قبل التمسك بالضرورة العسكرية.

9. لم تحظر قواعد لاهاي لعام 1907، وكذلك اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية، مما كان من شأنه إضعاف الحماية المقررة على تلك الممتلكات، لذلك حرصت اتفاقية لاهاي لعام 1954 على وضع حظر تام بشأن استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية، وتم تأكيد هذا الأمر في البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977، ثم في البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999.

10. تعد اتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها بمثابة القانون الخاص الذي ينظم حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وبالتالي تتمتع الاتفاقية وبروتوكولها بأولوية التطبيق على قواعد القانون الدولي الإنساني الأخرى فيما يتعلق بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، طالما أن المتحاربين أطراف في الاتفاقية وبروتوكولها.

11. إن فكرة المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب الجرائم الواقعة على الممتلكات الثقافية قد تم إقرارها منذ قواعد لاهاي لعام 1907، مما كان له أثره في محاكمات نورمبرج عن الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية. ومع ذلك، كان لاتفاقية لاهاي لعام 1954 عظيم الأثر في إرساء المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم الممتلكات الثقافية، الأمر الذي ظهر جلياً في المحاكمات التي نظرتها محكمة يوغسلافيا السابقة.

12. تعد أعمال الحفر والتقيب التي تقوم بها سلطات الاحتلال الإسرائيلية في المناطق الأثرية داخل الأراضي الفلسطينية المحتلة، وبخاصة في المناطق المحيطة بالمسجد الأقصى بمثابة جريمة حرب، تستوجب إقرار المسؤولية الجنائية الفردية ومعاقبة مرتكبيها.

13. اثبت نظام الحماية الخاصة المقرر بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954 عدم جدواه في توفير الحماية للعديد من الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية كبيرة جداً للتراث الثقافي للشعوب، نظراً لاشتراطه ضرورة وجود تلك الممتلكات الثقافية على

مسافة كافية من الأهداف العسكرية أو المراكز الصناعية الكبرى، الأمر الذي يتعذر تحقيقه بالنسبة للعديد من الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية شديدة، ومنها أهرامات الجيزة، والعديد من الممتلكات الثقافية الكائنة في مدينتي الأقصر وأسوان. لذلك جاء البروتوكول الثاني لعام 1999 ليقرر نظام الحماية المعززة وفقاً لشروط قابلة للتنفيذ على نحو يضمن حماية الممتلكات الثقافية التي تتمتع بأهمية استثنائية.

14. ضرورة اتخاذ الدول تدابير وقائية خلال فترة السلم للحيلولة دون وقوع أضرار بالممتلكات الثقافية الهامة خلال فترة النزاعات المسلحة. وأقر البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999 إنشاء صندوق لدعم الدول التي لا يتوافر لديها القدرات المالية لاتخاذ تلك التدابير الوقائية.

15. يقع على عاتق الدول التزام باتخاذ التدابير التشريعية لإقرار اختصاصها الجنائي بمحاكمة ومعاقبة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة للممتلكات الثقافية. ويتعين أن يشمل الاختصاص الجنائي للدول الأطراف في هذا الصدد على الاختصاص الإقليمي، واختصاص الشخصية الإيجابية، والاختصاص العالمي لضمان فعالية ملاحقة مرتكبي جرائم الممتلكات الثقافية.

16. يقع على عاتق الدول بموجب قواعد القانون الدولي الالتزام بمحاكمة أو تسليم الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم تجاه الممتلكات الثقافية المحمية. ويعتبر

البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999 الأساس القانوني لتسليم المجرمين حال عدم وجود اتفاقية ثنائية لتسليم المجرمين بين الدول الأطراف في البروتوكول.

17. لا يجوز، وفقاً لقواعد القانون الدولي، اعتبار الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية جرائم سياسية كأساس قانوني لرفض تسليم المجرمين، وذلك ما لم تتوافر أسباب جوهريّة لدى الدولة التي يتواجد المتهم على إقليمها بأنه سوف يتعرض لمعاملة أو عقوبة قاسية أو للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو أصله الإثني أو رأيه السياسي.

18. بعد أن كانت المحاكمات الجنائية الدولية على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية تتم في سياق جرائم أخرى تقع على الأفراد، أقامت المحكمة الجنائية الدولية عام 2016 محاكمة خاصة تجاه أحمد الفقي المهدي لارتكابه جرائم تدمير الممتلكات الثقافية خلال فترة النزاع في مالي، الأمر الذي يمثل تطوراً هائلاً في مقتضيات العدالة الجنائية الدولية، من خلال اعتبار جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية من الجرائم الهامة التي تقتضي إجراء محاكمات مباشرة بشأنها.

19. يمكن أن تنشأ المسؤولية المزدوجة عن جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، وذلك على النحو التالي:

- المسؤولية الجنائية الدولية الفردية على الأشخاص الذين يرتكبون أو يساهمون في ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية بالمخالفة لقواعد القانون الدولي.

- المسؤولية الدولية على عاتق الدولة بسبب قيام قادتها ومسؤوليها بارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

20. لا تقع المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، إلا إذا كان الجاني قد ساهم في ارتكاب الجريمة إما بصفة أصلية أو تبعية. وبالتالي لا يمكن مساءلة الشخص لمجرد عضويته في جماعة أو منظمة معينة طالما أنه لم يقدّم دوراً في ارتكاب الجريمة.

21. أخذت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة بفكرة المشروع الإجرامي المشترك لتأسيس المساهمة الجنائية الأصلية في ارتكاب الجرائم الدولية. ولكن نظراً للصعوبات التي يثيرها تطبيق فكرة المشروع الإجرامي المشترك، أخذت المحكمة الجنائية الدولية بفكرة الاشتراك في ارتكاب الجريمة، والتي تتطلب قيام الجاني بدور رئيسي في ارتكاب الجريمة.

22. يتعين لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب إحدى جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية أن يتوافر العلم والإرادة بعناصر الركن المادي للجريمة لدى الجاني. وعليه، فإن القصد الاحتمالي لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن ارتكاب الجريمة.

23. المساهمة الأصلية في ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية يمكن أن تقع بواسطة الفاعل المعنوي الذي يستخدم غيره في ارتكاب الجريمة.

24. يُسأل القائد باعتباره مساهماً أصلياً في جرائم الاعتداء على الممتلكات

الثقافية، وذلك في أي من الحالتين التاليتين:

- إذ أمر بارتكاب الجريمة.

- إذا امتنع عن اتخاذ التدابير اللازمة لوقف الانتهاكات التي يرتكبها تابعيه.

وقد تكون درجة مسؤولية القائد أكبر من تابعيه الذين ينفذون الركن المادي للجريمة، وفقاً لمدى السيطرة والتوجيه الذي يمارسه القائد على تابعيه.

25. تقع المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن التحريض أو المساعدة أو الأمر

بارتكاب أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتبارها مساهمة تبعية في

ارتكاب الجريمة. وتعد درجة الجرم لدى المساهم التبعي أقل من نظيرتها لدى

المساهم الأصلي، مما ينعكس على تحديد العقوبة الموقعة.

26. لا يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم تدمير وتخريب

الممتلكات الثقافية أن تكون الجريمة قد ارتُكبت في صورتها التامة، بل إن الشروع

في ارتكاب الجريمة يكون كافياً لقيام تلك المسؤولية، وذلك ما لم يثبت عدول المتهم

بإرادته عن ارتكاب الجريمة.

27. لا يترتب على عدول الشخص بمحض إرادته عن ارتكاب الجريمة نفي

الصفة الجرمية عن الفعل المرتكب، وإنما يعد مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية

الفردية، نظراً لتخلف الركن المعنوي اللازم لارتكاب الجريمة.

28. يعد تحديد درجة مساهمة كل شخص من الأشخاص في ارتكاب الجرائم الواقعة على الممتلكات الثقافية ذات أهمية خاصة عند تحديد درجة مسؤوليته ونطاق العقوبة واجبة التطبيق.

29. تتمثل جرائم الحرب المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية والمعاقب عليها أمام القضاء الدولي الجنائي في أفعال الهجوم غير المشروع وإلحاق أضرار عرضية بطريقة غير مشروعة والأعمال العدائية والاستيلاء غير المشروع على الممتلكات الثقافية.

30. تعد أفعال تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية التي تقع في زمن النزاعات المسلحة بمثابة جريمة حرب. وإذا كانت أحكام القضاء الدولي الجنائي لم توضح الفارق بين أفعال التدمير والتخريب الذي يلحق بالممتلكات الثقافية في سبيل تحديد درجة المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب تلك الأفعال، إلا أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن أفعال التخريب تعد ذات درجة أقل من أفعال التدمير.

31. يعد تدمير وتخريب وسلب ونهب الممتلكات الثقافية الخاصة بجماعة معينة، بمثابة جريمة ضد الإنسانية، إذا تم في إطار خطة ممنهجة أو واسعة النطاق لاضطهاد هذه الجماعة، سواء تم ذلك في زمن السلم أو في زمن الحرب.

32. ارتكب تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام والجماعات الموالية له العديد من الانتهاكات الجسيمة تجاه الممتلكات الثقافية المحمية، تمثلت في التدمير والتخريب والسلب والنهب، الأمر الذي دعا بعض جهات المجتمع المدني والجهات

الدولية إلى اتخاذ تدابير عاجلة لوقف تلك الانتهاكات. ومع ذلك فإنه يتعين على أعضاء الجماعة الدولية اتخاذ تدابير فعالة لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية على الانتهاكات المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية في كل من العراق والشام.

33. يعد الحكم الصادر في قضية المهدي إقراراً صريحاً من المحكمة الجنائية الدولية بجسامة جريمة تدمير الممتلكات الثقافية، الأمر الذي من شأنه أن يعضد من إمكانية محاكمة داعش والقوات الموالية لها على جرائم تدمير الممتلكات الثقافية في العراق وسوريا. ومع ذلك، فإنه يوجد مانع قانوني يتمثل في عدم قيام الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية على الجرائم الدولية التي تُرتكب في سوريا والعراق، بسبب عدم انضمام الدولتين لنظام روما الأساسي، إلا إذا أحال مجلس الأمن الحالة للمحكمة الجنائية الدولية أو أنشأ محكمة دولية خاصة لهذا الغرض.

34. أصدر مجلس الأمن العديد من القرارات التي أدان بموجبها الجرائم التي ارتكبتها داعش والقوات الموالية لها في كل من العراق وسوريا، تجاه الممتلكات الثقافية المحمية. وتعد هذه القرارات هي الأساس القانوني لإجراء المحاكمات الجنائية، سواء على المستوى الدولي أو الوطني، لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية تجاه المسؤولين عن ارتكاب تلك الجرائم.

35. ارتكبت محكمة نورمبرج مخالفة لقوانين وأعراف الحرب عندما أقرت بأن قتل المدنيين وتدمير الممتلكات المدنية الناتجة عن عمليات القصف أو إلقاء القنبلة الذرية لا تعد جرائم حرب طالما يترتب عليها إضعاف العدو.

36. لم تكتف المحكمة الجنائية الدولية في قضية أحمد الفقي المهدي بالحكم بعقوبة السجن على المتهم، بل أصدرت أمر بجبر الأضرار الفردية والجماعية الناشئة عن تدمير الممتلكات الثقافية، سواء كانت أضراراً مادية أو معنوية. كذلك حكمت بضرورة قيام الصندوق الاستئماني للمحكمة باستكمال قيمة جبر الأضرار بسبب عدم قدرة المتهم على دفع كامل التعويضات المستحقة.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة إقرار تعريف موحد في القانون الدولي يشتمل على كافة صور وعناصر الممتلكات الثقافية المستحقة للحماية، بحيث لا تكون قاصرة على عناصر الممتلكات الثقافية المادية فحسب، وإنما تشتمل أيضاً على عناصر الممتلكات الثقافية المعنوية.

2. يتعين أن توسع منظمة اليونسكو من قائمة الممتلكات التي تمثل أهمية كبرى للتراث الثقافي والتي تستوجب إحاطتها بحماية خاصة أثناء النزاعات المسلحة، وذلك من خلال العمل على تقليل حدة الشروط اللازم توافرها لإحاطة تلك الممتلكات بالحماية الخاصة. وكذلك من خلال الترتيب مع الدول التي تتواجد بها الممتلكات الثقافية التي تمثل أهمية كبرى للتراث الثقافي، لكي تتخذ ما يلزم من تدابير بغرض تحقيق الشروط اللازمة لإحاطتها بالحماية الخاصة قدر الإمكان.

3. يتعين على الدول استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة لتمييز الممتلكات الثقافية، وذلك تجنباً لاستهدافها أثناء النزاعات المسلحة، لا سيما أن التطور

التكنولوجي في مجال الأعمال العسكرية أدى إلى استخدام أساليب القصف والاستهداف عن بعد بواسطة الصواريخ والطائرات بدون طيار. لذلك يتعين استخدام أدوات إلكترونية يتم وضعها على المنشآت والمؤسسات الثقافية وغيرها من المباني التي تحتوي على ممتلكات ثقافية هامة يكون من شأنها إرسال إشارات تفيد بأنها ضمن الممتلكات الثقافية المحمية، ومن ثم يقع على عاتق المتحاربين التزام بتجنب استهدافها أثناء سير العمليات العسكرية.

4. أن يتم إدراج دراسة القواعد الدولية المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في المناهج الدراسية للقوات المسلحة والشرطة وغيرها من الجهات والهيئات التعليمية التي يدخل ضمن أهدافها السعي نحو إعداد خريجين متخصصين في مجال حماية وصيانة الممتلكات الثقافية، سواء في زمن السلم والحرب.

5. يتعين أن تشتمل الكتيبات العسكرية في الدول المختلفة على قواعد وإجراءات تستهدف حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة، وأن تكون هناك أقسام في القوات المسلحة تتشكل من متخصصين في مجال وقاية الممتلكات الثقافية تكون مهمتها اتخاذ التدابير التي تضمن تجنب الممتلكات الثقافية أية اعتداءات تقع عليها، سواء في زمن النزاعات المسلحة، أو في زمن الاضطرابات والقتال وعدم الاستقرار.

6. ضرورة اتخاذ المجتمع الدولي لقرارات صارمة تجاه الممارسات غير المشروعة التي ترتكبها قوات الاحتلال الإسرائيلية تجاه الممتلكات الثقافية الكائنة

في الأراضي الفلسطينية المحتلة. وأن تكون هناك تدابير فعالة لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية في مواجهة المسؤولين عن ارتكاب جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي تمثل أهمية كبرى للتراث الثقافي للشعوب، ولا سيما الشعوب الإسلامية والعربية.

7. أن تحرص كافة الدول على مراجعة قوانينها الجنائية لإقرار اختصاصها العالمي على جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية. ونوصي الحكومة المصرية بصفة خاصة بأن تراجع قوانين حماية الآثار لإقرار اختصاصها العالمي على جرائم سلب ونهب وتدمير وإتلاف الممتلكات الثقافية التي تعد تراثاً مشتركاً للإنسانية، خاصة أن القانون رقم 91 لسنة 2018 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون حماية الآثار رقم 117 لسنة 1983 قد أغفل إقرار مبدأ الاختصاص العالمي. ويتعين كذلك لمزيد من الفعالية أن يتم إقرار الاختصاص العالمي في مفهومه الواسع، بحيث يقبل القضاء المصري نظر الدعاوى الجنائية تجاه مرتكبي جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية، حتى ولو لم يكن المتهم متواجداً داخل القطر المصري.

8. أن تعزز الحكومة المصرية من جهودها على المستوى الإقليمي والعالمي بغرض إبرام الاتفاقيات الثنائية والجماعية، لتعزيز المساعدة القضائية وتسليم المجرمين الذين يرتكبون جرائم تجاه الممتلكات الثقافية، فضلاً عن تيسير إعادة الممتلكات الثقافية المنهوبة التي تمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية.

9. أن تسعى الدول نحو إقرار تشريعات وطنية لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية على ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. وأن تشمل تلك التشريعات على نصوص صريحة لتجريم أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية التي تمثل جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية.

10. ضرورة إقرار جريمة الإبادة الثقافية باعتبارها ضمن الجرائم الدولية المعاقب عليها أمام القضاء الدولي الجنائي، وذلك كما كان مقررًا في مشروع اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها.

11. ضرورة تبني أعضاء الجماعة الدولية لاتفاقية دولية بشأن التعاون الدولي لمكافحة الجرائم المرتكبة تجاه الممتلكات الثقافية، سواء التي تُرتكب في زمن السلم أو النزاعات المسلحة. ويتعين أن تشمل هذه الاتفاقية بشكل أساسي على قواعد تتعلق بما يلي:

- إقرار الدول للاختصاص العالمي المطلق تجاه مرتكبي جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية.

- المساعدة القضائية في مجال التحقيقات والمحاكمات التي يتم إجراؤها في هذا السياق.

- تسليم المجرمين المنسوب إليهم ارتكاب جرائم تجاه الممتلكات الثقافية.

12. أن يتم إجراء تعديلات على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لكي يشتمل على نصوص صريحة بشأن ما يلي:

أ. اعتبار تدمير أو تخريب أو سلب أو نهب أو الاستيلاء أو التقيب أو النقل غير المشروع للممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي بمثابة جريمة حرب، سواء ارتُكبت في زمن النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، وذلك ما لم تبرره ضرورة عسكرية ملحة.

ب. اعتبار تدمير أو تخريب أو سلب أو نهب أو الاستيلاء غير المشروع على الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي، التي تتم في إطار خطة ممنهجة أو واسعة النطاق تجاه جماعة معينة بمثابة جريمة ضد الإنسانية.

ت. اعتبار تدمير أو تخريب أو سلب أو نهب الممتلكات الثقافية الخاصة بجماعة وطنية أو إثنية أو عرقية أو دينية، والتي تتم بقصد محو الهوية الثقافية والتاريخية لتلك الجماعة بمثابة جريمة إبادة جماعية.

13. أن يتم اتخاذ كافة التدابير الفعالة على المستوى الدولي لإجراء محاكمات جنائية فعالة تجاه الجرائم التي ارتكبتها داعش وتنظيم القاعدة وجماعة النصرة في كل من العراق وسوريا، بما في ذلك جرائم التدمير والتخريب والسلب والنهب الممنهج وواسع النطاق للممتلكات الثقافية التي تمثل التراث المشترك للإنسانية.

ويمكن أن ينعقد الاختصاص الجنائي الدولي تجاه داعش والجماعات الموالية لها،
بأحد الوسائل التالية:

أ. قرار يصدر من مجلس الأمن بإحالة الوضع في العراق وسوريا إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب نص المادة 13(ب) من نظام روما الأساسي.

ب. إعلان قبول اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من جانب حكومتي العراق وسوريا يودع لدى مسجل المحكمة، فيما يتعلق بالجرائم التي ارتكبتها داعش والقوات الموالية لها، وفقاً لنص المادة 12(3) من نظام روما الأساسي.

ت. أن تتقدم الحكومتان العراقية والسورية بطلب لمجلس الأمن لإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة داعش والقوات الموالية لها على الجرائم المرتكبة خلال فترة النزاع في العراق وسوريا.

14. إنشاء مجلس الأمن لمحكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة مسؤولي طالبان على جرائم تدمير الممتلكات الثقافية في أفغانستان.

15. ضرورة اتخاذ منظمة اليونسكو لتدابير وإجراءات أكثر فعالية لوضع الممتلكات الثقافية التي تمثل التراث المشترك للإنسانية تحت وصايتها المباشرة، لا سيما في زمن النزاعات المسلحة التي تعرض تلك الممتلكات لخطر الهلاك والاندثار.

16. أن يتم إنشاء هيئة لتسوية المنازعات تحت مظلة منظمة اليونسكو، يكون من اختصاصها نظر الدعاوى التي تنشأ بين الدول فيما يتعلق بالتعويضات عن أفعال تدمير وتخريب الممتلكات الثقافية التي تقع أثناء النزاعات المسلحة، فضلاً عن استرداد الممتلكات الثقافية التي تم سلبها أو نهبها بطريقة غير مشروعة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ. الكتب:

1. أ.د. أحمد أبو الوفا، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، 2009.
2. أ.د. زهر عبد الأمير الفتلاوي، العمليات العدائية طبقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018.
3. جون-ماري هنكرتس وآخرين، القانون الدولي الإنساني العرفي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلد الأول: القواعد، بدون سنة نشر.
4. الحرب وقيودها الأخلاقية: مقارنات بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني، إعداد مجموعة من الباحثين، الطبعة الأولى، بيروت، 2018.
5. د. أحمد سي علي، حماية الأعيان المدنية في القانون الدولي الإنساني، دار الأكاديمية، 2011، ص 12.
6. د. صالح محمد بدر الدين، حماية التراث الثقافي والطبيعي في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، 1999، ص 15.

7. د. علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي: دراسة تطبيقية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
8. دراسات في القانون الدولي الإنساني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم د. مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، 2000.
9. سهيل حسين فتلاوي، جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، موسوعة القانون الدولي الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
10. الشرح الكبير للشيخ الدريد وحاشية الدسوقي، ترجمة محمد بن أحمد الدسوقي، دار الفكر، بدون سنة نشر.
11. صبرينة العيفاوي، القصد الجنائي الخاص كسبب لقيام المسؤولية الجنائية الدولية في جريمة الإبادة الجماعية، مكتبة الوفاء القانونية، 2014.
12. القانون الدولي الإنساني، دليل التطبيق على الصعيد الوطني، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم أ.د. أحمد فتحي سرور، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الثالثة، 2001.
13. ماركو ساسولي وأنطوان بوفيه، بالتعاون مع سوزان كار، ليندسي كامرون، وتوماس دي سان موريس، كيف يوفر القانون الحماية في الحرب، مختارات من القضايا الخاصة بممارسات معاصرة في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2011.

ب. المقالات:

1. حسن صابر البابا، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني، أعمال المؤتمر العملي الدولي: القانون الدولي الإنساني في ضوء الشريعة الإسلامية-ضمانات التطبيق والتحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون واللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2015.
2. خالد روشو، فقدان حماية الأعيان الثقافية في القانون الدولي الإنساني، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات بالجلفة، 2013.
3. د. عصام بارة، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية الممتلكات الثقافية-حالة مالي أنموذجا، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 29، إبريل 2018.
4. د. محمد ثامر مخاطو ود. عدنان محمد الشدود، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية (دراسة تطبيقية على الممتلكات الثقافية في محافظة ذي قار)، مجلة الحقوق، الجامعة المس تنصيرية، العدد الخامس عشر، 2011.
5. د. محمد سامح عمرو، اتفاقيات اليونسكو لحماية التراث الثقافي: دراسة قانونية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2009.
6. رضا فراوة، معايير دولية في مجال حماية التراث الثقافي وإدارته وتعزيزه، المجلة العربية للثقافة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2008.

7. عبد الواحد ذنون طه، تحالف الممالك الإسبانية في الأندلس وأثره على سقوط غرناطة، جامعة محمد الخامس، المعهد الجامعي للبحث العلمي، العدد 34، 1984، ص 59-78.

8. عليوة سليم، واقع الأعيان الثقافية الفلسطينية تحت نير الاحتلال الإسرائيلي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2016.

9. غالية عز الدين، المسؤولية الدولية المترتبة عن انتهاك قواعد وأحكام حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، 2016.

10. فيتوريو مينتي، آفاق جديدة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح: دخول البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي 1954 حيز النفاذ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بدون سنة نشر.

11. محمد نصر، الحماية الدولية والإقليمية للتراث الإنساني والأعيان الثقافية: دراسة تطبيقية على الحماية من الجرائم التي تقع على التراث، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 2016.

12. محمود عبد علي الزبيدي، النظام القانوني لحماية الأعيان الأثرية والثقافية وتطبيقاته في العراق، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، 2011.

13.

ج. الرسائل العلمية:

1. د. أحمد المهدي بالله، النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2009.
2. د. مصطفى كامل الإمام شحاته، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة، مع دراسة تطبيقية عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977.
3. سلامة صالح عبد الفتاح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2005.
4. عمار مراد غركان، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2013.

د. الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية التراث الثقافي المغمور بالمياه، اليونسكو، باريس، 2 نوفمبر 2001.
2. الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، لاهاي، 18 أكتوبر 1907.

3. اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا) بشأن الأعيان الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة لعام 1995.
4. اتفاقية اليونسكو بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية في 14 نوفمبر 1970، دخلت حيز النفاذ في 24 إبريل 1972.
5. اتفاقية جنيف الأولى بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان 1949.
6. اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب 1949.
7. اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار 1949.
8. اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب 1949.
9. اتفاقية حماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية (ميثاق رويرخ)، واشنطن، 15 إبريل 1935.
10. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، اعتمدت وعرضت للتوقيع في 23 مايو 1969، ودخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980

11. .
12. اتفاقية لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب لعام 1899.
13. اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، 14 مايو 1954.
14. اتفاقية لحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي، اعتمدت في باريس، في 23 نوفمبر 1972.
15. اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها 1948.
16. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217أ(د-3) في 10 ديسمبر 1948.
17. البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق على المنازعات المسلحة وتطويره، وذلك بتاريخ 8 يونية 1977، ودخل حيز النفاذ في 7 ديسمبر 1978، وفقاً لأحكام المادة (95).
18. البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، اعتمد

وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق على المنازعات المسلحة وتطويره، وذلك بتاريخ 8 يونيو 1977، ودخل حيز النفاذ في 7 ديسمبر 1978، وفقاً لأحكام المادة (23).

19. البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، 26 مارس 1999.

20. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (د-21) في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 3 يناير 1976.

21. القواعد المتعلقة بالقصف البحري، الواردة في الاتفاقية الخاصة بالقصف البحري بالقنابل في زمن الحرب، لاهاي، 18 أكتوبر 1907.

22. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا لعام 1994.

23. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة لعام 1993.

24. نظام المحكمة العراقية الخاصة لعام 2003.

25. نظام المحكمة العسكرية الدولية بنورمبرج (محكمة نورمبرج)، أنشأت بموجب اتفاق بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة والاتحاد السوفيتي

وفرنسا لمحاكمة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب من دول المحور، وتم توقيعه في لندن، في 8 أغسطس 1945.

26. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

هـ. قرارات المنظمات الدولية:

1. قرار المجلس التنفيذي لليونسكو بشأن حماية التراث العراقي، 28 نوفمبر 2014، وثيقة اليونسكو 195م/ت/31.

2. توصيات المبادئ الدولية المطبقة على أعمال التنقيب الأثري، الصادرة من منظمة اليونسكو، في 5 ديسمبر 1956.

3. القرار 26 الذي اعتمده المؤتمر العام لليونسكو في دورته الحادية والثلاثين، 2001.

4. قرار الجمعية العامة 281/69 بشأن إنفاذ تراث العراق الثقافي، 28 مايو 2015.

5. قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي الصادر في الجلسة العامة 47، في 21 يولييه 2004.

6. قرار المجلس التنفيذي لليونسكو بشأن الثقافة في مناطق النزاع: مسألة إنسانية وأمنية- دور اليونسكو ومسؤولياتها، 1 أكتوبر 2014، وثيقة اليونسكو 196م ت/29، 22 مايو 2015.

7. قرار جمعية الدول الأطراف للمحكمة الجنائية الدولية - ICC ASP/16/Res.5، بشأن تعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على جريمة العدوان، اعتمد بتوافق الآراء في الجلسة العامة الثالثة عشرة، المعقودة في 14 ديسمبر 2017.

8. قرار جمعية الدول الأطراف للمحكمة الجنائية الدولية رقم 6 RC/Res.، اعتمد بتوافق الآراء في الجلسة العامة الثالثة عشرة في 11 يونية 2010.

9. قرار مجلس الأمن 2139 بشأن الشرق الأوسط، 22 فبراير 2014.

10. قرار مجلس الأمن 2170 بشأن التهديدات التي يتعرض لها السلم والأمن الدوليين نتيجة للأعمال الإرهابية، 15 أغسطس 2014.

11. قرار مجلس الأمن 2199، بشأن الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين، 12 فبراير 2015.

12. قرار مجلس الأمن 2347، بشأن صون السلم والأمن الدوليين، 24 مارس 2017.

13. قرار مجلس الأمن رقم 2347، بشأن صون السلم والأمن الدوليين، مارس 2017، وثيقة الأمم المتحدة رقم (S/RES/2347).

14. قرار مجلس حقوق الإنسان S-22/1، اعتمده مجلس حقوق الإنسان في دورته الاستثنائية الثانية والعشرين، بشأن حالة حقوق الإنسان في العراق في ضوء التجاوزات التي يرتكبها ما يسمى "الدولة الإسلامية في العراق والشام" والجماعات المرتبطة فيها، 1 سبتمبر 2014.

15. قرار مجلس حقوق الإنسان S-25/1، اعتمده مجلس حقوق الإنسان في دورته الاستثنائية الثانية والعشرين، بشأن تدهور حالة حقوق الإنسان في الجمهورية العربية السورية، والوضع مؤخراً في حلب، 21 أكتوبر 2016.

16. مشروع قرار الجمعية العامة بشأن الحالة في أفغانستان وآثارها على السلم والأمن الدوليين، الجلسة العامة 94، البند (46) من جدول الأعمال، 9 مارس 2001، وثيقة الأمم المتحدة رقم A/55/L.79.

و. الوثائق والتقارير الدولية:

1. تقرير الأمين العام الصادر بموجب الفقرة (2) من قرار مجلس الأمن 808(1993)، المرجع السابق، فقرة 9.

2. تقرير الأمين العام بشأن اتفاق نموذجي بين الأمم المتحدة والدول الأعضاء المساهمة بأفراد ومعدات في عمليات صيانة السلم التي تضطلع بها الأمم المتحدة،

دراسة شاملة لكامل مسألة عمليات صيانة السلم من جميع نواحي هذه العمليات،
وثيقة رقم A/46/185، 23 مايو 1991.

3. تقرير اللجنة التحضيرية لإنشاء محكمة جنائية دولية، مشروع النظام
الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين
المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، روما، إيطاليا، 15 يونية-17 يولية 1998.

4. تقرير اليونسكو بعنوان التراث والتنوع الثقافي معرضان للخطر في العراق
وسوريا، 3 ديسمبر 2014.

5. دليل أوكسفورد بشأن قوانين الحرب البرية، 9 سبتمبر 1880.

6. اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي لعام 1954.

7. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اتفاقية عام 1954 لحماية الممتلكات
الثقافية في حالة نزاع مسلح وبروتوكولاتها، الخدمات الاستشارية حول القانون الدولي
الإنساني، مايو 2014.

8. مجلة رسالة اليونسكو الجديدة، التراث، مركز مطبوعات اليونسكو، نوفمبر
2005.

9. مشروع اتفاقية الإبادة الجماعية، المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم
المتحدة، وثيقة الأمم المتحدة رقم E/447، 26 يونية 1947.

10. مشروع الإعلان الدولي بشأن قوانين وأعراف الحرب، اعتمد في بروكسل، في 27 أغسطس 1874.

ز. الأحكام القضائية:

1. حكم محكمة النقض المصرية، 28 ديسمبر 1936 قضية رقم 2105 سنة 6 ق.

2. محكمة العدل الدولية، تحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها، الرأي الاستشاري الصادر في 28 مايو 1951.

3. محكمة العدل الدولية، تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود)، الحكم الصادر في 26 فبراير 2007، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (2003-2007).

4. المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحالة في جمهورية مالي، الحكم والعقوبة، الدائرة الابتدائية الثامنة (ICC-01/12-01/15)، 27 سبتمبر 2016.

5. المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحالة في جمهورية مالي، أمر بجبر الأضرار، الدائرة الابتدائية الثامنة (ICC-01/12-01/15)، 17 أغسطس 2017.

6. المدعي العام ضد أحمد الفقي المهدي، الحالة في جمهورية مالي، قرار بشأن اعتماد التهم، الدائرة التمهيدية الأولى (ICC-01/12-01/15)، 24 مارس 2016.

ح. القوانين الوطنية:

1. القانون السويسري رقم 520-3 بشأن حماية الممتلكات الثقافية في زمن نزاع مسلح، الكوارث الطبيعية والطوارئ، في 20 يونيو 2014.
2. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، المعدل بالقانون رقم 164 لسنة 2019.

ط. المراجع الإلكترونية:

1. قاعدة بيانات اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>

2. سكاى نيوز، سقوط داعش في آخر منطقة له بالعراق، 17 نوفمبر 2017:

www.skynewsarabia.com/middle-east/997314-سقوط-داعش-

[آخر-منطقة-بالعراق](#)

3. منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافية (اليونسكو)، صون تراث

سوريا الثقافي:

<http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage>

4. مجلس حقوق الإنسان-لجنة التحقيق الدولية المستقلة في سوريا في 22 أغسطس 2011:

<https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/IndependentInternationalCommission.aspx>

5. موقع منظمة اليونسكو، مشروع الصون العاجل للتراث الثقافي السوري، مرصد التراث الثقافي السوري:

ar.unesco.org/syrian-observatory
مشروع-الصون-العاجل-للتراث-الثقافي-السوري

6. بي بي سي بالعربي، 40 دولة تتفق على إنشاء صندوق لحماية التراث الثقافي في مناطق الحروب:

<http://www.bbc.com/arabic/art-and-culture-38194474>

7. قضية المهدي: المتهم يعترف بذنبه في الجلسة الافتتاحية للمحاكمة، بيان صحفي، 22 أغسطس 2016:

<https://www.icccpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1236&ln=Arabic>

[bic](#)

8. بيان صحفي صادر عن المحكمة الجنائية الدولية، الدائرة الابتدائية الثامنة في المحكمة الجنائية الدولية تدين السيد المهدي بارتكاب جريمة الحرب المتمثلة في الهجوم على مبان تاريخية ودينية في تمبكتو وتحكم عليه بالسجن تسع سنوات:

<https://www.icc->

[cpi.int//Pages/item.aspx?name=pr1242&ln=Arabic](https://www.icc-international-crimes-tribunal.org/icc-international-crimes-tribunal.org/Pages/item.aspx?name=pr1242&ln=Arabic)

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

أ. الكتب:

1. A. B. Bosworth, Conquest and Empire: The Reign of Alexander the Great, Cambridge University Press, 1993.
2. A. Pearce Higgins, Hague Peace Conferences and Other International Hague Peace Conferences and Other International Conferences concerning the Laws and Usages of War, Cambridge England, University Press, 1909.

3. Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organizations*, Revised Edition, The Macmillan Company, 1927.
4. Angela Saltarelli, *Restitution of Looted Art in Europe: Few Cases, Many Obstacles*, *Revista la Propiedad Inmaterial*, 25, 2018.
5. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
6. August von Knieriem, *Nuremberg Trials*. Chicago, H. Regnery Co., 1959.
7. B. Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari Libri III*, text of 1582, translated by J. P. Bate (Washington, DC: Carnegie Institution, 1912).
8. *Brownlie's Principles of Public International Law*, by James Crawford, Eighth Edition, Oxford University Press, 2012.

9. Caroline Ehlert, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
10. Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes, Selected Pertinent Issues*, Springer, 2008.
11. Claus Kerb, *The Crime of Genocide under International Law*, in Antonio Cassese, Florian Jebberger, Robert Cryer and Urmila De, *International Criminal Law: Critical Concepts, Vol. II (Substantive Law)*, Routledge Taylor and Francis Group, 2015.
12. Craig Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Routledge, 2010.
13. Dr. Ahmed Abou–El–Wafa, *Public International Law*, Dar–Al–Nahda–Al Arabia, 2002.
14. E. de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, applique´s a` la Conduite et aux Affaires des*

Nations et des Souverains, text of 1758 (Washington, DC: Carnegie Institution, 1916).

15. Edward C. Luck, Cultural Genocide and the Protection of Cultural Heritage, The J. Paul Hetty Trust, 2018.

16. Edwin F. Glenn, Hand-Book of International Law. St. Paul, Minn, West Pub. Co, 1895.

17. Elisa Novic, The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective, Oxford University Press, 2016.

18. Elies Van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, 2012.

19. Emil Alexandrov, International Legal Protection of Cultural Property, Sofia Press, 1979.

20. F. de Vitoria, 'De Indis Relectio Posterior, sive De Jure Belli Hispanorum in Barbaros', first published 1557, text of 1696, in De Indis et De Jure Belli Relectiones, translated by J. P. Bate (Washington, DC: Carnegie Institution, 1917).

21. F. Sua´rez, ‘On Charity’, text of 1621, in Selections from Three Works of Francisco Sua´rez, S.J., translated by G. L. Williams et al. (Oxford: Clarendon Press, 1944).
22. Flippo Ristoldo, Attacks against Cultural Property as Weapon of War: An exploratory Case Study, insitut Barcelona Estudis Internacionals, 2016–2017.
23. Francoise Choay, The Invention of the Historic Monuments, Translated by Lauren M. O’Connell, Cambridge University Press, 2001.
24. Frederick H. Russell, The Just War in the Middle Ages, Cambridge University Press, 1975.
25. Gerhard von Glahn, The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation, University of Minnesota Press, 1957.
26. Guenael Mettraux, International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, 1st Edition, Oxford University Press, 2005.

27. H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, first published 1625, text of 1646, translated by F. W. Kelsey (Oxford: Clarendon Press, 1925).
28. J. W. Textor, *Synopsis Juris Gentium*, text of 1680, translated by J. P. Bate (Washington, DC: Carnegie Institution, 1916).
29. Janet Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2015.
30. Janet Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2015.
31. Joseph R. Baker and Henry G. Crocker, *Laws of Land Warfare concerning the Rights and Duties of Belligerents as Existing on August 1, 1914*. Washington, Govt. Print. Off, 1919.
32. K. J. Heller, *Legacy*, in Antonio Cassese, Florian Jenberger, Robert Cryer and Urmila De, *International Criminal*

Law: Critical Concepts, Vol. I (Substantive Law), Routledge Taylor and Francis Group, 2015.

33. Kevin Chamberlain, War and Cultural Heritage, Leicester: Institute of Art and Law, 2004.

34. L. Oppenheim, International law, A Treatise, Vol. II–War and Neutrality, Third Edition, edited by Ronald F. Roxburgh, Longmans, Green and Co., 1921.

35. M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application, Cambridge University Press, 2011.

36. M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Volume 1: Sources, Subjects and Contents, Third Edition, Martinus Nijhoff, 2008.

37. Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Second Edition, Martinus Nijhoff publishers, 2013.

38. Neha Jain, *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes*, Hart Publishing Ltd, 2014.
39. Paul Fauchille, and Henry Bonfils. *Traite de Droit International Public*, Paris, Rousseau et Cie, 1921.
40. Per Saland, *International Criminal Law Principles*, in Roy S. Lee, *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
41. Richard H. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, 1971.
42. Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006.
43. S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, first published 1672, text of 1688, translated by C. H. and W. A. Oldfather (Oxford: Clarendon Press, 1934).

44. Sandra Yvonn Ruud Johnsen, *Willful Destruction of Cultural Property as the Principal Charge before the ICC: The Al Mahdi Case and the Gravity Threshold for Admissibility*, The University of Bergen, 2017.

45. Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond Nuremberg Legacy*, Second Edition, Oxford University Press, 2001.

46. William Edward Hall, *Treatise on International Law*, 4th Edition, Oxford, The Clarendon Press, 1895.

47. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, first published 17409, text of 1764, translated by J. H. Drake (Oxford: Clarendon Press, 1934).

ب. المقالات:

1. Albert Elsen, *Why Do We Care about Art*, *Hastings Law Journal*, Vol. 27, No. 5, May 1976.

2. Alwyn V. Freeman, Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 88, 1955.
3. André Nollkaemper, Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52, No. 3, July 2003.
4. Anne Marie Thake, The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a genocidal Act and a Crime against Humanity, European Society of International Law, ESIL Conference paper series, vol. 10, no. 5, 2017.
5. Antonio Cassese, The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, Journal of International Criminal Justice, vol. 5, no.1, 2007.
6. Attila Bogdan, Individual Criminal Responsibility in the Execution of a Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Law Review, vol. 6(1), 2006.

7. Barry A. Feinstein, The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupies Territories: The case of Israel's Security Barrier, *Northwestern University Journal of Human Rights*, vol. 4, No. 238, Fall, 2005.
8. Betsy Baker Roben, The Method behind Bluntschli's Modern International Law, *Journal of the History of International Law*, vol. 4, no. 2, 2002.
9. Burra Srinivas, Special and Enhanced Protection of Cultural Property during Armed Conflicts, *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. 5, 2005.
10. Captain Joshua E. Kastenber, Usaf, The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict, *The Air Force Law Review*, Vol. 42, 1997.
11. Charles de Visscher, Protection Internationale des Objets d'Art et des Monuments Historiques, *La Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. 16, no. No. 2, 1935.

12. Charles de Visscher, Protection Internationale des Objets d'Art et des Monuments Historiques, La Revue de Droit International et de Legislation Comparee, vol. 16, no. No. 2, 1935.

13. Christopher Cowley, To What Degree is the Concept of Extended Joint Criminal Enterprise Coherent? A Discussion with Regard to the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia, The Journal of Criminal Law, vol. 79, no. 4, 2015.

14. Christopher Parkin, A Comparative Analysis of the Tension Created by Disability Access and Historic Preservation Laws in The United States and England, Connecticut Journal of International Law, vol. (22), No. (379), 2007.

15. Cody Corliss, Prosecuting Members of ISIS for the Destruction of Cultural Property, Florida State University Law Review, Vol. 45, 2017.

16. Craig J. S. Forest, The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflict, California Western International Law Journal, Vol. 42, Spring 2007.

17. D. Lasok, "The Eichmann Trial," International and Comparative Law Quarterly, vol. 11, no. 2, 1962.

18. Damien Vandermeersch, Symposium on National Implementation of the ICC Statute—The ICC Statute and Belgian Law, Journal of International Criminal Justice, vol. 2, no. 1, 2004.

19. Dana Wolf, Transitional Post-conflict Occupation Obligations under the Law of Belligerent Occupation, Minnesota Journal of International Law, Vol. 27, No. 5, Winter 2018.

20. David Keane, Lead Article: The Failure to Protect Cultural Property in Wartime, Journal of Art and Entertainment Law, vo. 14, no.1, 2004.

21. David Keane, *The Failure to Protect Cultural Property in Wartime*, *DePaul–LCA Journal of Art and Entertainment Law*, vol. 14, no. 1, 2004.
22. David W. Bowker, Laura Goodall, and Rebecca A. Haciski, *Confronting ISIS’s War on Cultural Property*, *American Society of International Law* 20(12), 14 July 2016.
23. Diane Barthel, *The Role of Fictions in the Redefinition of Mission*, *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, vol. 26, no. 4, December 1997.
24. Douglas Cox, *Archives and Records in Armed Conflict: International Law and the Current Debate over Iraqi Records and Archives*, *Catholic University Law Review*, Vol. 59, No. 1001, 2010.
25. E. Perot Bissell V, *Monuments to the Confederacy and the Right to Destroy in Cultural–Property Law*, *Yale Law Journal*, February 2019.

26. Étienne Clément and Farice Quini, La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés, à travers l'application de la Convention de La Haye de 1954, *Revue Internationale De La Croix-Rouge*, vol. 85, no. 854, Juin 2004.

27. Francesco Francioni, Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a shared Interest of Humanity, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, no. 4, 2004, p. 619–620.

28. Fransesco Francioni and Federico Lenzerini, The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law, vol. 13 no. 619, *European Journal of International Law*, 2003.

29. George H. Aldrich, Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, *American Journal of International Law*, vol. 85, No. 1, January 1991.

30. Gerhard Werle, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, No. 4, 2007.
31. Greg R. Vetter, Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC), *Yale Journal of International Law*, vol. 25, Winter 2000.
32. Gregory Raymond Bart, The Ambiguous Protection of Schools under the Law of War, Time for Parity with Hospitals and Religious buildings, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 40, No. 405, Winter, 2009.
33. Gregory Raymond Bart, The Ambiguous Protection of Schools under the Law of War, Time for Parity with Hospitals and Religious Buildings, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, No. 405, Winter, 2009.
34. Helen Walasek, The ICTY and the Prosecution of Crimes against Cultural and Religious Property, heritage.sense-agency.com , 2016.

35. Hiram Abtahi, The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Harvard Human Rights Journal, 2001.

36. Hiromi Sato, The Separate Crime of Conspiracy and Core Crimes in International Criminal Law, Connecticut Journal of International Law, vol. 32, no. 1, 2016.

37. Jan Hladik, Marking of Cultural Property with the distinctive emblem of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, International Review of the Red Cross, Vol. 86, no. 854, June 2004.

38. Jan Hladik, Protection of Cultural Property: The Legal Aspects, International Law Studies. US Naval War College, vol. 80, 2006.

39. Jan Hladik, The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict

and the notion of military necessity," *International Review of Red Cross* vol. 81, no. 835, September 1999.

40. Janet Blake, *On Defining the Cultural Heritage*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, no. 1 January 2000.

41. Jean de Breucker, *Pour les Vingt Ans de la Convention de la Haye du 14 Mai 1954 pour la Protection des Biens Culturels*, *Revue Belge de Droit International / Revue Belge de Droit International*, vol. 11, no. 2, 1975.

42. Jean-Marie Henckaerts, *New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, *International Review of the Red Cross*, No. 835, 9 March 1999.

43. Johann Caspar Bluntschli, *Le Droit International Codifié*, Cinquième Edition Revue et Augmentée, Guillaumin, 1895.

44. John Alan Cohan, *An Examination of Archaeological Ethics and Repatriation Movement Respecting Cultural*

Property (Part Two), *Environ: Environmental Law & Policy Journal*, Vol. 28, Fall, 2004.

45. John Rubinstein, Looting of Art and Cultural Property – a War Crime, *International Legal Practitioner*, vol. 24, no. 3, September 1999.

46. Joseph F Edwards, Major Global Treaties for the Protection and Enjoyment of Art and Cultural Objects, *University of Toledo Law Review*, vol. 22, no. 4, Summer 1991.

47. Joseph L. Sax, Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbe Gregoire and the Origins of an Idea, *Michigan Law Review*, vol. 88, no. 5, April 1990.

48. Kai Ambos, Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, no. 1, 2007.

49. L. Lynn Hogue, Identifying Customary International Law of War in Protocol I: A Proposed Restatement, *Loyola of Los*

Angeles International and Comparative Law Journal, vol. 13, no. 2, December 1990.

50. Lars C. Berster, Duty to Act and Commission by Omission in International Criminal Law, *International Criminal Law Review*, vol. 10, no. 5, 2010.

51. Leila Nadya Sadat & S. Richard Carden, The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution, *Georgetown Law Journal*, 2000.

52. M. Cherif Bassiouni, Reflections on Criminal Jurisdiction in International Protection of Cultural Property, *Syracuse Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, 1983.

53. Maamoun Abdulkarim, Illicit Trafficking of Syrian Cultural Property, *Uniform Law Review*, vol. 20, no. 4, 2015.

54. Mackenzie Warner, The Last Poor Plunder from a Bleeding Land: The Failure of International Law to Protect Syrian Antiquities, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 42, 2016.

55. Marc Balcells, Left Behind? Cultural Destruction, the Role of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Deterring it and Cultural Heritage Prevention Policies in the Aftermath of the Balkan Wars, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2015.

56. Margaret M. Miles, The Art of International Law: War and Passion: Who Keeps the Art? Case Western Reserve *Journal of International Law*, Vol. 49, Spring 2017.

57. Marina Lostal, Syria's World Cultural Heritage and Individual Criminal Responsibility, *International Review of Law*, 2015.

58. Mark S. Ellis, The ICC's Role in Combatting the Destruction of Cultural Heritage, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 29, no. 1, 2017.

59. Mark v. Vlastic and Helga Turku, Protecting Cultural Heritage as a Means for International Peace, Security and Stability: The Case of ISIS, Syria and Iraq, *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, vol. 49, 2016.

60. Marten Zwanenburg, *The Law of Occupation Revisited: The Beginning of an Occupation*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 10, No. 99, 2007.
61. Mary Ellen O’Connell, *Beyond Wealth: Stories of Art, War and Greed*, *Alabama Law Review*, Vol. 59, No. 1075, 2008.
62. Matthew Smart, *An Issue of Monumental Proportions: The Necessary Changes to be made before International Cultural Heritage Laws Will Protect Immovable Cultural Property*, *Chicago–Kent Law Review*, Vol. 91, 2016.
63. Micaela Frulli, *Advancing the Protection of Cultural Property through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 15, 2005.
64. Micaela Fulli, *The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency*, *European Journal of International Law*, 2011.

65. Micahel Duttwiler, Liability for Omission in International Law, *International Criminal Law Review*, vol. 6, no. 1, 2006.
66. Michael A. Lundberg, The Plunder of Natural Resources during War: A War Crime(?), *Georgetown International Law*, Vol. 39, No. 495, Spring 2008.
67. Michael N. Schmitt and Major Michael Schauss, Uncertainty in the Law of Targeting: Towards a Cognitive Framework, *Harvard National Security Journal*, Vol. 10, No. 148, 2019.
68. Mlle Assaf Nour, La Protection de Bien Culturels Lors des Conflits Armes « Identitaires » : Exposé Critique et Propositions de Réforme, Master 2 Recherche Droit International Public, Année Universitaire, 2017-2018
69. Nicholas R. Doman, The Nuremberg Trials Revisited, *American Bar Association Journal*, vol. 47, no. 3, March 1961.

70. Nobuo Hayashi, Military Necessity as Normative Indifference, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, No. 675, Winter 2013.

71. Olivera Medenica, Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality? *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Vol. 23, No. 329, May, 2001.

72. Owen C. Pell, The Potential for a Mediation/Arbitration Commission to Resolve Disputes Relating to Artworks Stolen or Looted during World War II, *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, vol. 10, no. 1, Fall 1999.

73. Pascale Coissard, La Protection du Patrimoine Culturel en Cas de Conflit Arme : enjeux et limites du cadre international, Institut d'études Politique de Lyon, Université Lyon 2

74. Patrick J. O'Keefe, The First Protocol to the Hague Convention Fifty Years on, *Art Antiquity and Law*, vol. 9, no. 2, June 2004.

75. Patty Gerstenglith, *The Destruction of Cultural Heritage: A Crime Against Property or a Crime Against People?* *The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law*, Vol. 15, No. 336, 2016.

76. Rachel Dubin, *Museums and Self-Regulation: Assessing the Impact of Newly Promulgated Guidelines on the Litigation of Cultural Property*, *University of Miami Business Law Review*, vol. 18, no. 1, 2010.

77. Raphael Lemkin, *Genocide as a Crime under International Law*, *United Nations Bulletin*, vol. IV, no. 2, 15 January 1948.

78. Robert A. Bailey, "Why Do States Violate the Law of War: A Comparison of Iraqi Violations in Two Gulf Wars," *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 27, no. 1, Winter 2000.

79. Robert J. Delahunty and John Yoo, *From Just War to False Peace*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 13, Summer, 2013.

80. Roger O’Keefe, Protection of Cultural Property under International Criminal Law, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11, no. 2, 2010.

81. Ronald T. P. Alcala, *Babylon Revisited: Reestablishing a Corps of Specialists for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, *Harvard National Security Journal*, vol. 6, no. 1, 2015.

82. Ronald T.P. Alcala, *Babylon Revisited*, op. cit. p. 235.
See also: Elizabeth Varner, *Symposium on Moral and Ethical Perspectives in War, Terrorism, and Military Law: The Art of Armed Conflicts: An Analysis of The United States' Legal Requirements Towards Cultural Property under The 1954 Hague Convention*, *Creighton Law Review*, Vol. 44, June, 2011.

83. Ronald T.P. Alcala, *Babylon Revisited: Reestablishing a Corps of Specialists for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, *Harvard National Security Journal*, Vol. 6, 2015.

84. Stefano Manacorda, Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, no. 2, 2011.

85. Stephen Ranieri, Extended Joint Criminal Enterprise in International Criminal Law: From Foreseeability, to Intention to Control over the Crime, *The Journal of Criminal Law*, Vol, 80, no. 6, 2016.

86. Susana SáCouto & Katherine A. Cleary, The Gravity Threshold of the International Criminal Court, *American Journal of International Law*, 2008.

87. Tasnim Motala, The Genocide Name Game: The Case for Crimes against Humanity to Prevent Genocide, Vol. 37, *Quinnipiac Law Review*, 2019.

88. Teresa Giovannini, The Holocaust and Looted Art, *Art Antiquity and Law*, vol. 7, no. 3, September 2002.

89. Theodor Meron, Francis Lieber's Code and Principles of Humanity, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, no. Issues 1&2, 1998.
90. Theodore Georgopoulos, Avez-Vous Bien Dit – Crime Contre la Culture – La Protection Internationale des Monuments Historiques, *Revue Hellénique de Droit International*, 2001.
91. Thomas Weigend, Intent, Mistake of Law and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008.
92. Timur Tusiray, The International Criminal Court Takes on Attacks on Cultural Heritage, But is it Enough? *Center for Art Law*, October 13, 2015.
93. Waseem Ahmad Qureshi, The Protection of Cultural Heritage by International Law in Armed Conflict, *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 15, no. 1, Fall 2017.

94. Yaron Gottlieb, Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC, Penn State International Law Review vol. 23, no. 4, Spring 2005.

ج. الاتفاقيات الدولية:

1. Charter of the International Military Tribunal established by the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Signed at London, on 8 August 1945.

2. Charter of the International Military Tribunal for the Far East established by the Supreme Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; Charter dated January 19, 1946; amended on April 26, 1946.

د. قرارات المنظمات الدولية:

1. General Assembly Resolution 96(I), The Crime of Genocide, UN Doc. A/RES/96, 11 December 1946.

2. General Assembly Resolution on the Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices affecting the

Human Rights of the Population of the Occupied Territories,
UN. Doc. A/RES/3240(XXIX)A–C, 29 November 1974.

3. General Assembly Resolution on the Report of the
Special Committee to Investigate Israeli Practices affecting the
Human Rights of the Population of the Occupied Territories,
UN. Doc. 3525(XXX)A, 15 December 1975.

4. General Assembly Resolution on the Report of the
Special Committee to Investigate Israeli Practices affecting the
Human Rights of the Population of the Occupied Territories,
UN. Doc. A/RES/31/106C, 1976.

5. Recommendation on International Principles Applicable
to Archeological Excavation, 5 December 1956.

هـ. الوثائق والتقارير الدولية:

1. Actes de la Conférence Convoquée Par L'organisation
des Nations Unies Pour l'éducation, La Science et La Culture,
Conférence Intergouvernementale Sur La Protection Des
Biens Culturels En Cas de Conflit Arme, Tenue à La Haye du

21 Avril au 14 Mai 1954, Publiés par Le Gouvernement Des Pays-Bas, 1961.

2. Annex XI Destruction of Cultural Property Report. UN Doc. S/1994/674/Add.2, Vol. V, Dec. 28, 1994.
3. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919.
4. Conditions of Application of Rules, other than Humanitarian Rules, of Armed Conflict to Hostilities in which United Nations Forces may be engaged, Adopted by the Institute of International Law, Session of Wiesbaden 1975.
5. Conduct of the Persian Gulf War, Final Report to Congress Pursuant to Title V of the Persian Gulf Conflict Supplemental Authorization and Personal Benefits Act of 1991, Appendix on the Role of the law of War, April 1992.
6. Decisions adopted by the World Heritage Committee at its 39th Session, UNESCO, Convention concerning the

Protection of the World Cultural and Natural Heritage, World Heritage Committee, Bonn 2015.

7. Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague, 15–26 March 1999), Summary Report, UNESCO, June 1999.

8. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries, 1996.

9. Draft Convention on Genocide, in the Report of the Ad Hoc Committee on Genocide, UN Doc. E/794, 24 May 1948.

10. Final Communiqué of the NATO–Partnership for Peace Conference on Cultural Heritage Protection in Wartime and in State of Emergency, 1996.

11. Final Report of Commission of Experts for the Former Yugoslavia, 1994, Para. 285 et seq., U.N. Doc. S/1994/674.

12. History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, H. M. Stationery Office, 1948.
13. ICRC Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, by Yves Sandoz et al., Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987.
14. Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Reports, UNESCO Doc. CLT-95/WS/13, Paris, December 1995.
15. International Committee of the Red Cross, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law in Armed Conflict: Report on the Work of the Conference, 1st Session, 24 May–12 June 1971.
16. International Register of Cultural Property under Special Protection, UNESCO, Doc. No. CLT/HER/CHP, 23 July 2015.

17. International Review of the Red Cross, vol. 96, no. 895–896, December 2014.
18. Jiří Toman, *La Protection des Biens Culturels en Cas de Conflit Arme, Commentaire de la Convention de la Haye du 14 Mai 1954*, UNESCO, 1994.
19. Jiří Toman, *property in War: Improvement in Protection, Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, UNESCO, 2009.
20. Jiří Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in the Hague, and on other instruments of international Law concerning such protection*, UNESCO Publishing, 1996.
21. *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian*

Law applicable in Armed Conflict, Geneva, Vol. III (1974–1977).

22. Patrick J. Boylan, Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UNESCO, 1993.

23. Press Release, Al Mahdi Case: Trial to open on 22 August 2016, ICC Press Release, 1 June 2016, ICC–CPI–20160601–PR1217.

24. Protection of Cultural Property in Case of Armed Conflict: information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in Case of Armed Conflict, The Hague 1954, CC/MD/41, 25 June 1979.

25. Records of the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Resolutions, Fifth Session, July, 1950.

26. Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UN Doc. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000.
27. Report of the Independent Expert on the Situation of Human Rights in Mali, Suliman Baldo, General Assembly, Human Rights Council, Twenty Fifth Session, UN. Doc. A/HRC/25/72, 10 January 2014.
28. Report on Preliminary Examination Activities, ICC Office of the Prosecutor, 2013.
29. Report on the Activities undertaken to Safeguard the Entire Archeological Site of Tyre and its Surrounding Ares, Doc. Code 22 C/INF.8, 1983.
30. Resolutions of the Intergovernmental Conference on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.

31. Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, Doc. No. ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.
32. Section by Section Analysis of Provisions of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Hague Protocol, U.S. Government Printing Office, Washington, 1999.
33. The Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Resolution 20: Protection of Cultural Property, Geneva, vol. 1, 1974–1977.

و. القوانين والتقارير الوطنية:

1. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863.
2. United States: Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf—Appendix on the Role of the Law of War, Vol. 31, No. 3, May 1992.

3. The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, UK, 2004 Edition.

4. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 2001, as amended on 27 October 2004.

ز. أحكام القضاء الدولي:

1. Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ, Judgment of 26 February 2007.

2. Co-Prosecutors v. Nuon Chea and Khieu Samphan, Decision on Severance of Case 002 Following Supreme Court Chamber Decision of 8 February 2013, Case no. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 26 April 2013.

3. Co-Prosecutors v. Nuon Chea and Khieu Samphan, Trial Chamber, Summary of Case no. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16 February 2018.
4. Judgment of the International Military Tribunal, The Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 30 September and 1 October 1946.
5. Judicial Decisions Involving Questions of International Law, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, American Journal of International Law, vol. 41, no. 1, January 1947.
6. Kvočka et al. Appeal Judgment, op. cit., paras. 94, 104, 187, para. Prosecutor v. Radoslav Brđanin, ICTY, Appeal Judgment (IT-99-36-a), 3 April 2007.
7. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ, Advisory Opinion, 8 July 1996.
8. Prosecutor v Slobodan Milošević, ICTY, Second Amended Indictment “Croatia” (IT-02-54-T), 28 July 2004.

9. Prosecutor v Stanislav Galic, ICTY, Trial Judgment, Case No. IT-98-29, 5 December 2003.
10. Prosecutor v. Akayesu, op. cit., para. 562. Jean Kambanda v. Prosecutor, ICTR, Appeal Judgment (ICTR-97-23-A), October 2000.
11. Prosecutor v. Al Mahdi, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Case No. ICC-01/12-01/15, 22 August 2016.
12. Prosecutor v. Al Mahdi, Trial Hearing, Statement made by Mr. Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, 22 August 2016.
13. Prosecutor v. Alfred Musema, Trial Chamber Judgment (ICTR-96-13-A), 27 January 2000.
14. Prosecutor v. Anto Furundžija, ICTY, Trial Chamber judgment, (IT-95-17-/1-T), 10 December 1998.
15. Prosecutor v. Ayyash et al., Special Tribunal for Lebanon, Interlocutory Decision on the Applicable Law:

Terrorism, Conspiracy, Homicide, perpetration, Cumulative Charging (STL-II-01/I), 16 February 2011.

16. Prosecutor v. Biljana Plavšić, ICTY, Trial Judgment (IT-00-39&40/1-S), 27 February 2003.

17. Prosecutor v. Biljana Plavšić, ICTY, Trial Judgment, (IT-00-39&40/1-S), 27 February 2003.

18. Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Decisions on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I (ICC-02/11-02/11), 11 December 2014.

19. Prosecutor v. Dominic Ongwen, Situation in Uganda, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber II (ICC-02/04-01/15), 23 March 2016.

20. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, ICTY, Appeal Judgment, (IT-96-23) & (IT-96-23/1-A), 12 June 2002.

21. Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić and Berislav Pušić, ICTY, Appeal Judgment (IT-04-74-A), 29 November 2017.
22. Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić and Berislav Pušić, ICTY, Trial Judgment (IT-04-74-T), Vol. I, 29 May 2013.
23. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR, Trial Judgment (ICTR-96-4), 1 June 2001.
24. Prosecutor v. Kordić & Čerkez, ICTY, Appeal Judgment, IT-95-14/2-A, 17 December 2004.
25. Prosecutor v. Kordić & Čerkez, ICTY, Trial Judgment (IT-95-14/2-T), 26 February 2001.
26. Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Judgment, ICTY, Appeal Judgment, IT-95-14/2-T, 26 February 2001.
27. Prosecutor v. Laurent Semanza, ICTR, Appeal judgment, (ICTR-97-20-A), 20 May 2005.

28. Prosecutor v. Mićo Stanišić & Stojan Župljanin, ICTY, Trial Judgment (IT-08-91-T), 27 March 2013.
29. Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin, ICTY, Appeal Judgment (IT-08-91-A), 30 June 2016.
30. Prosecutor v. Milan Martić, ICTY, Appeal Chamber Judgment (IT-95-11-A), 8 October 2008.
31. Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević and Sreten Lukić, ICTY, Trial Judgment (IT-05-87-T), 26 February 2009.
32. Prosecutor v. Milomir Stakić, ICTY, Appeal Judgment (IT-97-24-A), 22 March 2006.
33. Prosecutor v. Milomir Stakić, ICTY, Trial Judgment (IT-97-24-T), 31 July 2003.
34. Prosecutor v. Milorad Krnojelac, ICTY, Appeal Judgment (IT-97-25-A), 17 September 2003.

35. Prosecutor v. Miodrag Jokic, ICTY, Trial Judgment, Case No. IT-01/42/1-S, 18 March 2004.
36. Prosecutor v. Mirolslav Kvočka et al., ICTY, Trial Chamber, Separate Opinion of Judge David Hunt on Decision on Dragoljub Ojdanić Motion Challenging Jurisdiction, Trial Chamber (IT-99-37-AR72), 21 May 2003.
37. Prosecutor v. Mirolslav Kvočka, Milado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub prcac,, ICTY, Trial Chamber Judgment (IT-98-30/1-T), 2 November 2001.
38. Prosecutor v. Mirolslav Kvočka, Milado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub prcac, ICTY, Appeal Judgment (IT-98-30/1-A), 28 February 2004.
39. Prosecutor v. Mitar Vasiljević, ICTY, Appeal Judgment (IT-98-32-A), 25 February 2004.
40. Prosecutor v. Mitar Vasiljević, ICTY, Appeal Judgment, (IT-98-A), 25 February 2004.

41. Prosecutor v. Naletilic & Martinovic, ICTY, Trial Judgment (IT-98-34-T), 31 March 2003.
42. Prosecutor v. Pavle Strugar, ICTY, Trial Judgment (IT-01-42-T), 31 January 2005.
43. Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY, Trial Chamber Judgment (IT-98-33-T), 2 August 2001.
44. Prosecutor v. Radoslav Brđanin, ICTY, Trial Judgment (IT-99-36-T), 1 September 2004.
45. Prosecutor v. Radovan Karadžić & Ratko Mladić, ICTY, Indictment (IT-95-5-I), 2 October 1995.
46. Prosecutor v. Radovan Karadžić & Ratko Mladić, ICTY, Indictment (IT-95-5-I), 2 October 1995.
47. Prosecutor v. Rutaganda, ICTR, Appeal Judgment (ICTR-96-3-A), 26 May 2003.
48. Prosecutor v. Rutaganda, ICTR, Trial Judgment, (ICTR-96-3-A), 6 December 1999.

49. Prosecutor v. Tadić, ICTY, Appeal Judgment (IT-94-1-A), 15 July 1999.
50. Prosecutor v. Tadić, ICTY, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.
51. Prosecutor v. Tadić, ICTY, Trial Judgment (IT-94-1-T), 7 May 1997.
52. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeal Judgment (IT-95-14-A), 29 July 2004.
53. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, ICTY, Trial Judgment (IT-95-14-T), 3 March 2000.
54. Prosecutor v. Vuljadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Radivoje Miletić and Vinko Pandurević, ICTY, Appeal Chamber Judgment (IT-05-88-A), 30 January 2015.
55. Prosecutor v. Zenjil Delalic, Zdravco Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo, Čelebići Case, ICTY, Appeal Judgment (IT-96-21-A), 20 February 2001.

56. The Prosecutor v. Abu Garda, ICC, Decision on the Confirmation of Charges, Doc. ICC-02/05-02/09, 8 February 2010.

57. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/04-02/06), 9 June 2014.

58. The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Situation in the Republic of Kenya, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/09-02/11), 23 January 2012.

59. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01-/04-01/07), 30 September 2008.

60. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Situation in the Central African Republic, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges

of the Prosecutor against Jean–Pierre Bemba Gombo, Pre–Trial Chamber II (ICC–01/05–01/08), 15 June 2009.

61. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC, Pre–Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges (ICC–01/04–01/06), 29 January 2007.

62. The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Situation in the Republic of Kenya, Decision on the Confirmation of Charges, Pre–Trial Chamber II (ICC–01/09–01/11), 23 January 2012.

63. Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, vol. 1, 14 November 1945–1 October 1946.

64. Trial of Ulrich Greifelt and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 10th October 1947–10th March 1948, Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, V. XIII, 1949.

65. U.S. v. Altsloetter et al. (Justice Trial), US Military Tribunal sitting at Nuremberg, 4 December 1947, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals (US-GPO-1947).
66. U.S. v. Brandt et al. (High Command Trial), 28 October 1947.
67. U.S. v. Brandt et al. (Medical Trial), US Military Tribunal sitting at Nuremberg, 20 August 1947, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals vol. II, United States Government Printing Office, Washington 1950.
68. U.S. v. Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case), Opinion and Judgment, Case No. 9, Nuremberg, Germany, 8 April 1948.

ثالثاً: المراجع الإلكترونية:

1. The Fate of Cultural Property in Wartime: why it Matters and What Should be Done, Carnegie Council Transcripts and Articles, September 17, 2013:

https://www.carnegiecouncil.org/publications/ethics_online/00

85

2. UNESCO, Committee Takes Decisions for the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts, Culture Sector, 13 December 2016:

http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/single-view/news/committee_takes_decisions_for_the_protection_of_cultural_pro/

3. Corine Wegener and Marjan Otter, Cultural Property at War: Protecting Heritage during Armed Conflict, The Getty Conservation Institute, spring 2008:

http://www.getty.edu/conservation/publications_resources/new_sletters/23_1/feature.html

4. UNESCO, The Director-General of UNESCO, Irina Bokova, has welcomed the UN Security Council's Statement denouncing the attack on the Mosul Museum, 28 February 2015:

<https://whc.unesco.org/en/news/1241>

5. Steve Seann, Antiquities looted in Syria and Iraq are Sold on Facebook, BBC New, 2 May 2019:

<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47628369>

6. UNESCO Conference Calls for Protected Cultural Zones to be established in Syria and Iraq:

<https://en.unesco.org/news/unesco-conference-calls-protected-cultural-zones-be-established-syria-and-iraq-1>

7. Tobias Ellwood and The Rt Hon John Whittingdale, New scheme to protect cultural sites from destructions, Department for Culture, Media & Sport, Foreign & Commonwealth Office, Gov.UK, 28 October 2015:

<https://perma.cc/SQT5-LYJT>

8. Julia Brooks, Attacks on Cultural Heritage in Armed Conflict, Harvard Humanitarian Initiative, August 3, 2015:

<http://atha.se/blog/ihl-briefing-2>

9. Rebecca Hersher, Militant Who Destroyed Mali Cultural Sites Pleads Guilty to War Crimes, August 22, 2016:

<https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2016/08/22/490962861/militant-who-destroyed-mali-cultural-sites-pleads-guilty-to-war-crimes>

10. Owen Bowcott, ICC's first cultural destruction trial to open in The Hague, GUARDIAN, February 28, 2016:

<https://www.theguardian.com/law/2016/feb/28/iccs-first-cultural-destruction-trial-to-open-in-the-hague>

11. Marina Lostal, The First of Its Kind: The ICC Opens a Case Against Ahmad Faqi Al Mahdi for the Destruction of Cultural Heritage in Mali, Global Policy Forum, 2 October 2015:

<https://www.globalpolicy.org/home/163-general/52814-icc-opens-a-case-for-the-destruction-of-cultural-heritage-in-mali.html>

**مدى فاعلية القواعد الحمائية للقانون الدولي الإنساني
في مواجهة الأوبئة والجوائح
(دراسة حالة : جائحة Covid-19)**

د. حنان أحمد الفولي أبوزيد

أستاذ مساعد القانون الدولي بكلية الحقوق – جامعة طيبة

عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي

المقدمة

الهدف من القانون الدولي الإنساني هو التخفيف من المعاناة التي تخلفها النزاعات المسلحة من خلال حماية أولئك الذين لا يشاركون أو توقفوا عن المشاركة في القتال ، وفي الآونة الأخيرة واجه القانون الدولي الإنساني العديد من التحديات كتطوير تقنيات واسلحة جديدة للحرب والتي جعلت تطبيق القانون الدولي الإنساني صعبا ، ومع ظهور جائحة كوفيد19 اتخذ هدف الحماية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني لأولئك الذين لا يشاركون أو توقفوا عن المشاركة في الاعمال العدائية ابعادا جديدة ، حيث تزيد الأوبئة من صعوبة تحقيق هذا الهدف .

الأشخاص الذين يعيشون في مناطق النزاع المسلح يرزحون تحت وطأة العديد من التهديدات لحياتهم مثل اطلاق النيران والقصف والتفجيرات والافتقار الي سبل الرعاية الصحية المنقذة للحياة، وتأتي الأوبئة لتضيف لهذه التهديدات تهديداً اخر وتثقل كاهلهم بمعاناة اخري في وقت يفنقرون فيه الى أي وسيلة لمواجهة هذا الوباء ، وإذا كان الهدف من القانون الدولي الإنساني حماية هؤلاء والتخفيف من معاناتهم فهل نصوصه ستكون قادرة على القيام بهذا الدور وكفالة الحماية لضحايا النزاعات المسلحة في ظل الأوبئة .

مشكلة البحث

في مناطق النزاع المسلح تبلغ الآثار الكارثية للأوبئة ذروتها وتبلغ أوجها، ففي هذه المناطق يعيش الناس على حافة السكين، وأي صدمة إضافية تشكل كارثة،

فمناطق النزاع هي أماكن هشة شديدة التعقيد ويوجد حاليا حوالي 100 نزاع مسلح حول العالم يضم 60 دولة وأكثر من 100 جماعة مسلحة من غير الدول اطراف في تلك النزاعات، وإذا كانت قواعد القانون الدولي الإنساني تهدف الى كفالة الحماية للفئات المتضررة من النزاعات المسلحة ، فما هو مدى كفاية هذه الحماية أثناء الجوائح هل تكفي لمواجهة تداعيات الجوائح مثل جائحة كوفيد 19 ؟ هل قواعد الحماية التي تضمنها القانون الدولي الإنساني ستكون فاعلة في ظل انتشار جائحة مثل جائحة كوفيد 19؟ أم أنه يجب تطوير الإطار التنظيمي الحمائي للتعامل مع جائحة كوفيد 19 ولمواجهة الجوائح المحتملة ؟

أهمية البحث

للبحث أهمية من الناحيتين العلمية والعملية، وذلك على النحو التالي :

الأهمية العلمية : يمثل البحث إضافة الى سلسلة الدراسات البحثية القانونية التي أعقبت جائحة كوفيد 19 والتي تناولت مدى ملاءمة قواعد القانون بمختلف فروعها للتعامل مع هذا التحدي غير المسبوق ، كما يشكل البحث أساس يمكن البناء عليه والاضافة له من قبل الباحثين في مجال القانون الدولي الإنساني في سياق دراسة الأوبئة والجوائح ومنها كوفيد 19 كأحد التحديات المعاصرة لقواعده.

الأهمية العملية : تتجسد في أهمية الموضوع محل الدراسة ذاته حيث انه محل اهتمام المجتمع الدولي في وقتنا المعاصر، وفيما تقدمه الدراسة من نتائج تقييم

الوضع الحالي وتوصيات يمكن الاستفادة منها في تحسين استجابات الدول في التعامل مع جائحة كوفيد 19 أو الأوبئة والجوائح المحتملة .

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحقيق عدد من الأهداف منها :

- إبراز العلاقة بين الجوائح والنزاعات المسلحة عبر التاريخ
- تحديد تداعيات الجوائح على الفئات المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني .
- بيان قواعد القانون الدولي الإنساني ذات الصلة بالجوائح وتقييم مدى فاعليتها .
- توضيح كيفية تحقيق التوازن بين الضرورات الصحية والعسكرية والإنسانية من خلال تحديد التزامات اطراف النزاع المسلح أثناء الجوائح .
- بيان أثر انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني على الاستجابة للجوائح .

منهج البحث

اتبعت في هذا البحث المنهج الوصفي لتحديد أبعاد المشكلة محل الدراسة والتوصل لوصف متكامل لها، كما انتهجت المنهج الاستقرائي في استقراء نصوص وقواعد القانون الدولي الإنساني ذات الصلة بالجوائح ، وانتهجت المنهج التحليلي في تحليل الاطار القانوني للمشكلة محل الدراسة وذلك للتوصل لمدي فاعليته أثناء

الجوائح للإجابة على تساؤلات البحث في اطار تقييمي والخروج بتوصيات بناءة وفاعلة على الأرض .

مصطلحات البحث

الوباء : حالة انتشار مفاجئة وسريعة لمرض أو فيروس يهدد حياة المواطنين في منطقة جغرافية معينة .

الجائحة : هو وباء ينتشر بين البشر في مساحة كبيرة كالقارة مثلا أو قد تتسع لتضم جميع انحاء العالم مع ضعف القدرة على السيطرة عليه . وقد أكدت منظمة الصحة العالمية أنه لا يمكن تصنيف مرض كجائحة بسبب انتشاره الواسع وقتله لكثير من الافراد فقط ، وانما لا بد أن يكون معدياً ويمكن انتقاله من شخص لآخر .

ولما كانت الجائحة وباء عالمي خرج عن السيطرة ، ففيما يتعلق بدراستنا سيكون لهما ذات المعني، ولذا قد نستخدم احد المصطلحين في حين نقصد كلاهما حيث انه في طيات دراستنا لهما ذات الأثر وكلاهما تستهدفه الدراسة.

خطة البحث

المبحث الأول : الجوائح والفئات التي يحميها القانون الدولي الانساني أثناء النزاعات المسلحة

المطلب الأول : الجوائح والنزاعات المسلحة عبر التاريخ

المطلب الثاني : تداعيات الجوائح علي الفئات المحمية بموجب قواعد القانون
الدولي الإنساني

المبحث الثاني : الاطار الحمائي للقانون الدولي الإنساني أثناء الجوائح

المطلب الأول : قواعد الحماية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني للفئات المحمية
أثناء الجوائح

المطلب الثاني: احترام قواعد القانون الدولي الإنساني والاستجابة للجوائح

المبحث الأول

الجوائح والفئات المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني

للأوبئة تداعيات على الفئات التي يشملها القانون الدولي الإنساني بحمايته ، وسوف نتناول في هذا المبحث هذه التداعيات مسلطين الضوء على أشد الفئات تضررا ، الا اننا قبل ذلك سنرجع الى الماضي عبر التاريخ لكي نتعرف على الجوائح في تاريخ النزاعات المسلحة وطبيعة العلاقة بينهما .

المطلب الأول

الجوائح والنزاعات المسلحة عبر التاريخ

لا تتشارك الجوائح والنزاعات المسلحة فقط في كونهما يشكلان تهديداً لحياة البشر، وإنما أيضا تجمعهما علاقة طردية، لذا ولبيان علاقة الجوائح بالنزاعات المسلحة نتناول أولاً الجوائح في تاريخ النزاعات المسلحة ثم نوضح ابعاد العلاقة بينهما.

الفرع الأول

الجوائح في تاريخ النزاعات المسلحة

على مر تاريخ النزاعات المسلحة صاحبته الأوبئة في علاقة تكافلية ، ففي عام 430 قبل الميلاد اجتاح وباء الطاعون أثينا وكانت قد انخرطت لتوها في آتون حرب البليونيز الشهيرة ضد اسبرطة، وقد فتك بجل جيش أثينا حيث ازهق هذا الوباء أرواح ما يربو على ثلاثين الف مواطن ما بين مدنيين وعسكريين وبحارة .

في الفترة الزمنية (165-180 و 250 م) وصل الطاعون الانطوني أحد الأوبئة الاولى في العالم الى روما أول مرة من قبل الفيلقائيين العائدين من حصار في العراق المحاصر، فدمر الجيش الروماني وكان مساهما في انهيار الإمبراطورية في نهاية المطاف .

ربما كان الوباء التاريخي الأكثر دموية هو نقشي الطاعون الدبلي في 1348-1351. والذي عرف بالموت الأسود هو دليل واضح على العلاقة التكافلية المعقدة بين الحروب والأوبئة. فقد جلبت الحرب الطاعون إلى أوروبا. ومع انتشار الموت الأسود في جميع أنحاء أوروبا ، قتل ما يصل إلى 50 ٪ من السكان، وفر

الناس من المدن ، وتوقفت الحكومات عن العمل ، وتباطأت التجارة إلى حد كبير¹.

في عام 1918 م تفشت الإنفلونزا الإسبانية (فيروس HINI) بينما كانت رعى الحرب العالمية الأولى ما تزال تدور. واكتسحت الجائحة السكان في ثلاث موجات متتاليات: أولها في ربيع 1918 والثانية - وهي الأشد فتكًا وتسببت في قتل 90 في المئة من إجمالي الضحايا - في خريف 1918، والثالثة من شتاء 1918 إلى ربيع 1919. وبنهاية تلك الجائحة أصيب أكثر من نصف سكان العالم بالعدوى، ويشير المؤرخون وعلماء الأوبئة في الوقت الحاضر إلى ان نسب الوفاة تراوحت ما بين 2.5 في المئة إلى 5 في المئة من سكان العالم، وهو ما يتراوح بين

¹ Pandemic effects on war & society , Norwich University Online ,January 27th,2021 . Available at :

<https://online.norwich.edu/academic-programs/resources/pandemics-effect-cause-war> (last Accessed 15-6-2021) . See Also : David Kaniewski& Nick Marriner, Conflicts and the spread of plagues in pre-industrial Europe, Humanities and Social Sciences Communications , Article number: 162(2020) Available at:

<https://www.nature.com/articles/s41599-020-00661-1> (last Accessed 16-6-2021)

50 و100 مليون حالة وفاة إذا ترجمناها إلى أرقام. فالإنفلونزا الإسبانية، إذن، كانت أشد فتكًا من الحرب العالمية الأولى بخمس مرات إلى عشر.¹

صحيح ان الحرب لم تكن السبب في جائحة الانفلونزا الاسبانية إلا أن لها دور بارز في انتشارها. فتجمع الرجال واختلاطهم، والتحرك الكبير والسريع للقوات، وتعبئة الجنود وتسريحهم، والتكنات المزدحمة، ومعسكرات الاعتقال، والاجتماعات المتعلقة بدعاية الحرب، أو المصانع التي تعمل بأقصى سرعة، كلها خلقت بيئة مواتية للجائحة. اتُخذت قرارات سيئة، مثل التخلي عن الحجر الصحي والتخلي عن حظر السفر بغرض تحريك القوات العسكرية. كما أعاقت الحرب الاستجابة الطبية في الدول المتحاربة، حيث كان العديد من الأطباء والمرمضات عند خط المواجهة يخدمون الجرحى والمرضى. وساهم غياب الممرضات الماهرات في زيادة معدل الوفيات في بعض المناطق.²

وقد شكلت الجائحة كارثة للسكان الذين كانوا يعانون بالفعل من آثار الحرب. ففاقمت الجائحة آثار دمار البنية التحتية، وسوء الصرف الصحي، والمجاعة، والاحتفاظ، أو الأمراض المعدية الأخرى مثل التيفوس أو السل. أدى وجود عدوى

¹ سيدريك كوتر ، من الانفلونزا الاسبانية الى كوفيد-19 : دروس من جائحة 1918 والحرب العالمية الاولى ، مجلة الإنساني ، مجلة تصدر عن المركز الإقليمي للإعلام للجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 67 ، 12 مايو 2020 ..

² المرجع السابق .

بكتيرية متعددة في المخيمات وفي أوساط السكان إلى حالة الاعتلال المشترك مع
جائحة الإنفلونزا.¹

في عام 2016 انتشر وباء الكوليرا في اليمن التي تنهكها حرب مضنية
واجتاح 19 محافظة يمنية من أصل 21 محافظة مخلفا أرقاما واحصائيات مخيفة
ومهولة وتم السيطرة على هذه الموجة، إلا أنه مع استمرار وتقويض النظام الصحي
في البلاد، وتدمير البنية التحتية، وندرة المياه النظيفة ، تفشت موجة اخري من
الوباء عام 2017 في نصف المحافظات اليمنية تقريبا ، وبنهاية عام 2017
وصفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر الوضع الانساني في اليمن بأنه أسوأ أزمة
إنسانية بسبب الحرب ، حيث وصل عدد الحالات المحتمل اصابتها بالكوليرا الى
مليون حالة².

في عام 2019 أوائل شهر ديسمبر تفشي لأول مرة في مدينة ووهان الصينية
جائحة فيروس كورونا أو جائحة كوفيد-19 ، وفي يناير 2020 اعلن المدير العام
لمنظمة الصحة العالمية أن هذا الفيروس " طارئة صحية عامة تثير قلقا دوليا³،

¹ المرجع السابق .

² نبيل اليوسفي ، الكوليرا تقتص الأضعف في حرب اليمن ، مجلة الإنساني ، العدد 63 ، 17
مايو 2018 .

³ بيان المدير العام لمنظمة الصحة العالمية بشأن لجنة الطوارئ الخاصة بفيروس كورونا
المستجد المشكلة بموجب اللوائح الصحية الدولية ، 20 يناير 2020 . متاح علي :

وفي مارس أعلن أن هذه الفاشية ينطبق عليها وصف " جائحة " ¹ . وقد خلفت جائحة كورونا آثار منهكة للمجتمعات والأنظمة الصحية حول العالم ، فحتى تاريخ 26 مايو 2021 تم الإبلاغ عن عن أكثر من 167 مليون إصابة بكوفيد-19 في أكثر من 188 دولة ومنطقة تتضمن أكثر من 3.480.000 حالة وفاة ² . وكان تأثيرها مضاعفا في تلك المجتمعات التي تنهشها النزاعات المسلحة ، وعلى الرغم من أن هذه الجائحة لم تنتشأ في بلد اندلعت فيه حرب لكن كان آثارها كارثي في كل بلد به نزاع مسلح .

لذا وفي 23 مارس 2020 دعا الأمين العام للأمم المتحدة أنطونيو غوتيريش الى وقف اطلاق نار عالمي فوري لتمكين العالم من مواجهة " عدو مشترك "

[https://www.who.int/ar/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/ar/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))

¹ الملاحظات الافتتاحية التي أدلى بها المدير العام لمنظمة الصحة العالمية في الإحاطة الإعلامية بشأن مرض كوفيد-19 ، 11 مارس 2020 . متاح على :

<https://www.who.int/ar/director-general/speeches/det>

² ويكيبيديا .

ولإنشاء ممرات للمساعدات المنقذة للحياة ، وفتح نوافذ للدبلوماسية، وبالتالي تسهيل وقف انتشار كوفيد- 19 لكن نداءه ذهب ادراج الرياح الى حد كبير¹.

وفي يوليو / تموز ، تبني مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بالإجماع القرار 2532 الذي يطالب "بوقف عام وفوري للأعمال العدائية في جميع المواقع المدرجة على جدول أعماله" و "توقف إنساني لمدة 90 يوماً".

¹ Guterres A. Transcript of the Secretary-General's virtual press encounter on the appeal for global ceasefire. United Nations Secretary-General.

الفرع الثاني

العلاقة بين الجوائح والنزاعات المسلحة

هناك علاقة مباشرة بين الجوائح والنزاعات المسلحة فتتفاقم الجائحة والنزاعات المسلحة يدوران في حلقة مفرغة، فطالما كانت الحروب سببا في انتشار الأوبئة، كما قد يؤدي انتشار الأوبئة الى تأجيج الصراعات المسلحة. فالحرب والابئة لا ينفصمان.

1- الحروب وانتشار الأوبئة

تؤدي الحروب الى انتشار الأوبئة ويرجع ذلك الى عدة عوامل¹:

- ضعف البنية التحتية للرعاية الصحية بفعل عوامل كالتدمير العمدي وغير العمدي للمرافق الصحية ، ففي سوريا نتيجة النزاع الدامي انهارت المنظومة الصحية بفعل تعرض المرافق الصحية لهجمات متتالية مما أدى الى اغلاق نصف المستشفيات العامة بالبلد ومراكز الرعاية الصحية العامة أو أصبحت تعمل بأقل من طاقتها .

- فرار الأطباء وأطقم التمريض بسبب اعمال القتال ، ففي الحرب الاهلية بلييريا في أوائل التسعينات كان هناك أقل من 15 طبيب يعملون في الميدان ، وفي النزاع

¹ مجلة الإنساني ، مجلة تصدر عن المركز الإقليمي للإعلام اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، النزاع والمرض... الحلقة المفرغة ، العدد 63 ، 17 مايو 2018 .

الدامي الذى تدور رحاه في جنوب السودان، يتوفر ، حسبما تقول اللجنة الدولية للصليب الأحمر، طبيب واحد لكل 65 الفا من السكان المدنيين .

- يتسبب النزاع في ضعف أدوات الإنقاذ المبكر وغياب أساليب الرقابة والسيطرة على الأوبئة ، علاوة على نفاذ الامدادات كالأدوية والتطعيمات .

ولا تتوقف ابعاد ازمة الامراض الوبائية خلال النزاعات المسلحة على دولها فقط إذ أنها قد تمتد إلى الدول المجاورة فعلي سبيل المثال تم اعتبار تفشي شلل الأطفال بسوريا عام 2014 حالة طوارئ صحية عالمية إذ كان من الممكن انتقال المرض إلى دول مجاورة مثل تركيا .

واحيانا تفوق أعداد صرعى الأوبئة التي تصحب الحروب ، أو تأتي على أثرها ، عدد قتلي النزاعات ذاتها ¹.

تنتج النزاعات المسلحة العديد من الفرص للفيروسات المسببة للأوبئة وتشكل طريقة فعالة للغاية لتعزيز حركة مرور الفيروسات وزيادة معدلات الإصابة والوفيات .

كما ان الحرب تتسبب في نزوح وهجرة السكان ويعد هذا من أهم عوامل انتشار الأوبئة ، فالنازحون والمهاجرون يمكن أن يكونوا ناقلين للأمراض المعدية ، مما يؤدي لانتشار الأوبئة في المناطق المستقبلية ، حيث يتم إيواء السكان النازحين في

¹ For more information about the impact of pandemic on armed conflicts see: Rebecca M. Seaman, Epidemics and war " the impact of disease on major conflicts in history " , Volumes 1 April 2018 .

كثير من الأحيان في مخيمات ضيقة للاجئين . فقد ذكرت مفوضية الأمم المتحدة لثئون اللاجئين في أوائل 1995 أن الحصبة وامراض الاسهال والتهابات الجهاز التنفسي الحادة والملاريا تمثل من 60-80% من أسباب الوفيات المبلغ عنها في مخيمات اللاجئين¹.

كما أنه من المعروف أن التعب وسوء التغذية والجروح والإجهاد تعمل على تقليل الاستجابات المناعية لدى البشر. علاوة على ذلك ، فإن الحياة في المخيمات في ظروف مزدحمة وغير صحية تساعد على انتشار الأمراض المعدية وتخلق منافذ بيئية مثالية لكل من الفيروسات المحلية والمستوردة.

2- الأوبئة وانتشار الحروب

قد تؤدي الأوبئة إلى تأجج الصراعات المسلحة ، فمن شأن استمرار النزاعات المسلحة أن يعيق جهود مكافحة الوباء في مناطق النزاع ، في الوقت نفسه ، قد يشعل الوباء القتال ويؤججه بسبب عواقبه الاقتصادية السلبية ونافذة الفرص التي يوفرها لحركات المعارضة.

¹ The UN Refugee Agency (1995) The state of the world's refugees 1995: in search of solutions.

<https://www.unhcr.org/publications/sowr/4a4c70859/state-worldsrefugees-1995-search-solutions.html>

فإذا نظرنا الى جائحة كورونا نجد أن البلدان النامية تأثرت بشكل خاص وشهدت زيادة في معدلات الفقر ، وتشير العديد من الدراسات إلى أن الظروف الاقتصادية المتدهورة يمكن أن تؤدي إلى اشتعال القتال وتكثيفه حيث يتم تجنيد الأفراد المحرومين اقتصادياً في الجماعات المتمردة لذلك قد يؤدي الوباء إلى زيادة النزاع المسلح بشكل غير مباشر بسبب آثاره على الاقتصاد. على سبيل المثال ، في اليمن والصومال ، تسعى الجماعات المتمردة إلى تجنيد مقاتلين من بين المحرومين في ظل جائحة كورونا .

في الوقت نفسه ، قد تنظر جماعات المعارضة التي تعترق تحدي الدولة إلى الوباء باعتباره فرصة سانحة لأن هدفها يركز على اتخاذ تدابير ضد الوباء. هذا هو الحال بشكل خاص إذا كان ينظر إلى هذه التدابير على أنها غير كافية ، مما يشير إلى ضعف الدولة. وفي هذا السياق ، أشار المجلس الانتقالي الجنوبي اليمني صراحةً إلى فشل الحكومة المركزية في الاستعداد لتفشي الفيروس عند إعلانها الانفصالية والإدارة الذاتية للأراضي التي تسيطر عليها. بالإضافة إلى ذلك ، أدى الوباء إلى قيام المتدخلين الخارجيين في الصراعات في سوريا والعراق بتقليص العمليات أو حتى سحب قواتهم بالكامل، وبالتالي فتح المجال أمام زيادة نشاط المتمردين. وبالتالي ، فإن انخفاض قدرة الدول على القتال واستعراض القوة قد لا

يؤدي بالضرورة إلى السلام ، ولكن بدلاً من ذلك يساعد منافسيها من غير الدول

1 .

1 Marius Mehrl , Paul W Thumer , The Effect of the Covid-19 Pandemic on Global Armed Conflict: Early Evidence , Political Studies Reviews, Sage Journals ,13 August 2020 . Available at ;

<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1478929920940648>

المطلب الثاني

تداعيات الجوائح علي الفئات المحمية بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني

النزاعات المسلحة تلحق الاضرار بالبنية التحتية للرعاية الصحية، فالقصف والاستهداف المتعمد لمنشآت الرعاية الصحية يلحق اضرار جسيمة بأنظمة الرعاية الصحية الهشة بالفعل . حيث انه في كثير من الأحيان تدور النزاعات المسلحة في بلدان فقيرة تكون موارد الرعاية الصحية فيها عند ادني مستوى قبل نشوب النزاع المسلح ، ويأتي النزاع المسلح ليقضي على القليل المتاح ، كما انه قد يكون الحصول على الرعاية الصحية محفوفًا بالمخاطر عندما تغلق بسبب القتال الطرق المؤدية إلى المستشفيات والوحدات الصحية، من جهة اخري ينخفض الانفاق على الرعاية الصحية في مناطق النزاع المسلح حيث ان الحرب تستوعب نسبة كبيرة من ميزانية الدولة مما يقلل الموارد المخصصة للصحة فينخفض الانفاق على البنية التحتية للصحة والتعليم والتي تعد في أوقات الحروب من قبيل الرفاهية العامة¹. وإذا كانت جائحة فيروس كوفيد -19 قد أثقلت كاهل نظم الرعاية الصحية الأكثر

¹ Guha-Sapir, Debarati ; van Panhuis, Willem G., Armed conflict and public health: A report on knowledge and knowledge gaps. Report commissioned by the Rockefeller Foundation, New York, USA, (2002) 61 pages <http://hdl.handle.net/2078.1/179723>

تقدما في العالم فماذا سيكون تأثيرها على الأنظمة الصحية المتهالكة في مناطق النزاع المسلح.

فالوضع في القطاع الصحي في الدول التي تشهد نزاعات مسلحة كارثي ، ففي ليبيا، التي تمتعت في السابق بأوضاع صحية جيدة، فإن القطاع الطبي تعرض للدمار والتدهور بفعل سنوات الحرب القاسية التي استهدفت فيها أطراف الصراع المنشآت الطبية، ومخازن الأدوية، فأحدث ذلك نقصًا في المعدات الطبية والأدوية الأساسية، ولم تعد المستشفيات والمرافق الطبية قادرة على توفير الرعاية اللازمة للمواطنين.

وعن سورية، قالت منظمة الصحة العالمية إنها أكثر دولة عرضة لتفشي فيروس كوفيد 19 مع وجود أكثر من ثلاثة ملايين محاصرين في ظروف بالغة الصعوبة، في ظل نقص الماء والغذاء. كما أن المستشفيات غير قادرة على استقبال أي مصابين.

أدى كل ذلك إلى عجز القدرات عن الاستجابة لأي وباء كارثي، حيث أصبحت تلك الدول أرضًا خصبةً تنتظر تفشي الجائحة، فالخطوات التجهيزية لمواجهة هذه الأزمة التي تتخذها البلدان الأخرى يستحيل تطبيقها في بلدان تعاني من تدهور الخدمات في ظل الصراع.

للجوائح تأثير سلبي علي الفئات المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني وهو ما أشار اليه الأمين العام للأمم المتحدة في بيانه حول تأثير جائحة كورونا على

حقوق الانسان بقوله ان اكثر الأشخاص عرضة للخطر هم الأشخاص الذين يعيشون في أوضاع هشّة ومهمشة ، بمن فيهم كبار السن والمهاجرون والملاجئون والمشردون داخليا والأشخاص ذوي الإعاقة .¹

وفي قرار مجلس الامن رقم 2532 لعام 2020 أوضح ان حالات النزاع تؤدي إلى استفحال الجائحة، وان الجائحة تؤدي الى استفحال الآثار الإنسانية السلبية لحالات النزاع . كما اعترف بالاثر السلبي غير المتناسب الناجم عن الجائحة لا سيما الأثر الاجتماعي والاقتصادي على النساء والفتيات والأطفال والنازحين وكبار السن والأشخاص ذوي الإعاقة.²

¹ A/HRC/PRST/43/1,UNDOCS . org .

² S/Res/2532(2020) , 1July 2020 .

الفرع الأول

تداعيات الجوائح على الأطفال

تؤثر النزعات المسلحة على صحة وسلامة الأطفال بشكل خاص، حيث يتعرضوا لنقص التغذية، ويكونوا عرضة للأوبئة مثل شلل الأطفال وغيرها نتيجة عدم تلقي التطعيم ، وتناقص فرص الحصول على الخدمات الصحية¹ .

كما تسببت جائحة كورونا في إغلاق العديد من المدارس مؤقتًا كإجراء احترازي لمنع انتشار الوباء وبالرغم من أنه إجراء وقائي مهم، إلا أنه يضع استمرارية التعليم تحت ضغط إضافي في السياقات التي قد يكون فيها التعليم قد تعطل بالفعل بسبب النزاع المسلح. إن لتعطيل التعليم آثار طويلة المدى، بالإضافة إلى ذلك تعطلت التطعيمات الروتينية للأطفال.

كذلك أدت جائحة كورونا والتدابير الاحترازية ذات الصلة إلى زيادة تعرض الأطفال للتجنيد والاستغلال بسبب إغلاق المدارس أو فقدان دخل الأسرة. حيث يؤدي الفقر المدقع إلى إلهام الجماعات المسلحة للاعتداء على نقاط ضعف الأطفال المتزايدة مع تحفيز الأطفال أيضًا للانضمام إلى الجماعات المسلحة أو الانخراط في أشكال أخرى من العمل الخطر . كما يؤدي انسحاب الدولة والجهات الفاعلة الإنسانية في بعض مناطق النزاع إلى تفاقم هذا الضعف، لا سيما إذا كانت

¹ أسماء سالم حمود البجمدية ، الحماية الدولية أثناء النزاعات المسلحة ، رسالة ماجستير ، جامعة السلطان قابوس ، كلية الحقوق ، عمان ، 2014 ، ص 93 .

الجماعات المسلحة هي المهيمنة ، وتشمل المخاطر أيضا تجنيد القصر من قبل بعض القوات المسلحة.

الأطفال المحتجزين يكونوا عرضة للإصابة بفيروس كورونا نتيجة الازدحام وسوء التهوية داخل أماكن الاحتجاز، فضلا عن انه في حالة إصابة احدهما وعزله يكون لذلك تأثير نفسي سيئ ، ففي أفغانستان انتحر صبي بعد وضعه في الحبس الانفرادي عندما اعتقدت سلطات السجن أنه أصيب بالفيروس¹.

من المحتمل أن يكون تعرض الفتيات للاغتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي قد تقاوم بسبب تعليق الخدمات، وانخفاض القدرة على الحركة ، وزيادة العزلة.

كما ان اغلاق المدارس بسبب جائحة كوفيد 19 قد يؤدي الى احتمالية احتلالها وبمجرد احتلالها ، يصبح من الصعب على الأطفال استئناف دراستهم ، حتى بعد انحسار خطر الوباء. على سبيل المثال ، ورد أن قوات الدعم السريع السودانية استولت على مدرسة ابتدائية للبنات في يونيو لاستخدامها كقاعدة تدريب

¹ Factsheet: COVID-19 and Children in Armed Conflict , Watchlist on Children and Armed Conflict published (September 2020) Available at: https://watchlist.org/wp-content/uploads/2406-watchlist-factsheet-covid_final.pdf

، مما منع المدرسة من إعادة فتحها للامتحانات. فكلما طال بقاء الأطفال خارج المدرسة ، زاد احتمال عدم عودتهم أبداً¹.

كما أدت التدابير الرامية إلى وقف انتشار الفيروس وحماية السكان إلى انخفاض حركة السلع الإنسانية والموظفين، على الصعيدين الوطني والدولي ، وتقليص وصول المساعدات الإنسانية في الوقت المناسب للأطفال المتضررين من النزاع، كما عاقت جائحة كورونا اليات الرصد والابلاغ عن حالات انتهاكات القانون الدولي الإنساني ضد الأطفال مثل التجنيد والاستغلال والعنف الجنسي والاختطاف بسبب القيود المفروضة على الحركة .

يضاف لتداعيات جائحة كورونا على الأطفال في مناطق النزاع المسح الاثار السلبية السيئة التي خلفتها التدابير الاحترازية على صحتهم النفسية ، وهو ما أوضحه روبرت مارديني المدير للجنة الدولية للصليب الأحمر بقوله ان الازمة الصحية الناجمة عن كوفيد 19 فاقمت المعاناة النفسية لملايين الأشخاص الذين يعيشون بالفعل في ظل النزاعات والكوارث ، إن قيود الاغلاق وفقدان التفاعل الاجتماعي والضغط الاقتصادي تؤثر جميعها على الصحة النفسية " علي سبيل المثال في سوريا بعد رفع تدابير الاغلاق الرامية لاحتواء كوفيد 19 في مدينة الموصل لوحظ زيادة في حالات الأطفال المصابين باضطرابات عقلية منها التوحد

¹ Ibid .

وذلك في ضوء وجود صعوبة الحصول على برامج العلاج وإعادة التأهيل لإغلاق دور الرعاية أبوابها بسبب انتشار كوفيد 19 ، هذا بالإضافة الى افتقار المدينة لمقومات الرعاية الأساسية كالأمن والتعليم والامن الغذائي والخدمات الطبية ، حيث تستقبل دار رعاية الايتام وذوي الاحتياجات الخاصة 51 طفلا فقط من أصل 300 الف طفل مشرد أو فاقد للمعيل¹ .

¹ محمود النجار ، الموصل المنكوبة تصارع الوباء ، مجلة الإنساني ، العدد 67 ، 12 مايو 2020.

الفرع الثاني

تداعيات الجوائح على المساعدات الإنسانية

تعد عرقلة إيصال المساعدات الإنسانية من أكثر انتهاكات القانون الدولي الإنساني انتشارا في الآونة الأخيرة ، وهو ما يشكل معاناة حادة للمدنيين ، ومع ظهور جائحة كورونا تفاقمت هذه المعاناة ، فالمساعدات الإنسانية تعد ضمانا أساسية لبقاء ضحايا النزاعات المسلحة على قيد الحياة ، لكن التدابير الاحترازية التي فرضها وباء كوفيد-19 أقت بظلالها على استمرار تدفق المساعدات ووصولها لمناطق النزاع المسلح ، فتعليق الرحلات الجوية وإغلاق الحدود وتدابير الحجر الصحي وحالات الإغلاق وحظر التجول أعاقت بشكل كبير قدرة العاملين في المجال الإنساني على التنقل بين البلدان وداخلها، وأعاقت نقل الأدوية والبضائع الأخرى مما ترك ضحايا النزاعات المسلحة بدون دعم .

مع حلول نهاية عام 2020 احتاج أكثر من 4.1 ملايين شخص في العراق إلى المساعدة وازدادت حدة الاحتياجات على مدار السنة وهو ما يعزى إلى حد كبير إلى كوفيد 19، وفي ليبيا زادت الاحتياجات الإنسانية ، حيث يقدر أن 1.3 مليون شخص بحاجة إلى المساعدة ، وفي سوريا ، تعد أبسط أساليب الوقاية من الجائحة كالكمامة والصابون والمطهرات سلع صعبة المنال .

الفرع الثالث

تداعيات الجوائح على النازحين واللاجئين والمحتجزين

على مدي السنوات الأخيرة استمرت معدلات النزوح في الارتفاع ، فبحلول منتصف عام 2020 ، كان هناك 26.4 مليون لاجئ في جميع انحاء العالم . وبحلول نهاية عام 2019 بلغ عدد النازحين اعلي مستوى له على الاطلاق، حيث نزح 45.7 مليون شخص قسرا بسبب النزاعات واعمال العنف ، وفي الأشهر الستة الاولي من عام 2020 كانت هناك 14.6 مليون حالة نزوح جديدة ، من بينها 4.8 ملايين حالة ناجمة عن النزاعات والعنف.¹

أثرت جائحة كورونا بشدة على النازحين واللاجئين الذين يعيشون أوضاعا هشة ، بحيث تفاقمت أوجه الضعف الموجودة اصلا ، وزادت ظروف العمل والاكتظاظ المعيشي إمكانية التعرض للمخاطر ، وقوضت فرص الحصول على الخدمات الأساسية ، بما في ذلك الرعاية الصحية ، وقيدت تدابير الاغلاق الشامل فرص كسب العيش . وتعد التدابير الوقائية، مثل التباعد الاجتماعي وغسل اليدين، من قبيل الترف في مخيمات النزوح ومرافق الاحتجاز.

سيتضرر العديد من النازحين داخليا بسبب الآثار الاقتصادية لتدابير الاغلاق ، نظرا لظروفهم غير المستقرة بالفعل واعتمادهم الشديد على العمل العرضي والدعم الخارجي أو كليهما لتلبية احتياجاتهم الأساسية مما يجعلهم أكثر عرضة للاستغلال

¹ A/76/74-E/2021/54, UNDOCS . org .

وسوء المعاملة بما في ذلك تعرضهم للعنف الجنسي ، كما قد يوصم النازحون ويستهدفون عمدا بسبب اتصالهم بالعاملين الأجانب في مجال الإغاثة أو لأنهم جاءوا من مناطق بها معدلات إصابة مرتفعة¹ .

المحتجزين في السجون أو الفارين من العنف في مخيمات اللاجئين يعدون من الفئات الأكثر عرضة للعدوى بالأوبئة ، فمحدودية الوصول للرعاية الصحية ، وضعف التغذية وحالة الاكتظاظ والافتقار الى مرافق الصرف الصحي الكافية تؤدي الى زيادة فرص انتقال المرض² .

إذا ظهرت أي إصابة بالوباء في احد أماكن الاحتجاز فلن يستطيع النظام الصحي للسجون مواجهة الوضع لوجود ضعف بالإمدادات الطبية والموارد البشرية ، كما ان معدل انتقال الأوبئة داخل أماكن الاحتجاز يكون اعلي منه خارج أماكن الاحتجاز حيث ان أماكن الاحتجاز غالبا ما تكون التهوية فيها غير مناسبة ومكتظة، بالإضافة الى ضعف الأنظمة الصحية داخلها . مما يعني ان إصابة شخص واحد قد تؤدي الى إصابة مئات الأشخاص ليس فقط بين السجناء ولكن قد

¹ الحد من أثر جائحة كوفيد 19 علي النازحين داخليا ، كتيب أصدرته اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، مايو 2020 .

² Emily Camins, The value of international humanitarian law in the time of Covid-19, Australian Red Cross . Available at :

<https://www.redcross.org.au/stories/ihl-blog/ihl-and-covid-19> (last accessed 23-5-2021)

تنتقل العدوى الى خارج أماكن الاحتجاز من خلال الموظفين والزوار، ناهيك عن ان ضعف الرعاية الصحية داخل أماكن الاحتجاز وما قد يعاني منه بعض السجناء من ضعف الجهاز المناعي قد يؤدي الى ارتفاع معدل الوفيات بين السجناء .

و في تقرير للأمين العام حول حماية المدنيين في النزاعات المسلحة¹ ، قال إن كوفيد -19 يشكل أيضًا تهديدًا كبيرًا للاجئين والنازحين داخليًا في المخيمات المزدحمة والمجتمعات التي تفتقر إلى الصرف الصحي والصحة- مرافق الرعاية. وقال إنه تم تأكيد لحالات اصابة في مخيم للاجئين في بنغلاديش وفي موقع لحماية المدنيين في جنوب السودان .

¹ S / 2020/366.

المبحث الثاني

الإطار الحمائي للقانون الدولي الإنساني أثناء الجوائح

يوفر القانون الدولي الإنساني سياقاً حمائياً قوياً لضحايا النزاعات المسلحة، وتتضمن قواعده ما يكفل الحماية لهم حتى في أوقات الجوائح، ولذا يعد احترام الحماية القانونية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني أساساً للاستجابة في التعامل مع الجوائح، كما أن انتهاك قواعده يعوق الاستجابة للجوائح ومنها جائحة كورونا.

وسوف نتناول في مطلبين متتاليين أولاً الحماية القانونية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني أثناء الجوائح وثانياً احترام القانون الدولي الإنساني كأساس للاستجابة للجوائح.

المطلب الأول

قواعد الحماية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني للفئات المحمية أثناء الجوائح

الفرع الأول

حماية المرضى وأفراد الخدمات الطبية

يوفر القانون الدولي الإنساني إطاراً حمائياً يضمن حماية واحترام مرافق الرعاية الصحية والعاملين الطبيين والمركبات الطبية والجرحى والمرضى في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء .

1- الحماية القانونية للجرحى والمرضى

حظى المرضى بالحماية المبكرة من قبل القانون الدولي الإنساني، فاتفاقية جنيف 1864 عند مراجعتها عام 1906 أضيف مصطلح المرضى إلى عنوانها وظل الوضع كذلك في معاهدة جنيف 1929 ومعاهدة جنيف الأولى 1949¹.

تناولت اتفاقية جنيف الأولى لعام 1949 أحكام تكفل حمايتهم في الفصل الثاني المعنون الجرحى والمرضى² حيث كفلت الاتفاقية للمرضى والجرحى الاحترام

¹ د. عبد على محمد سوادى ، مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع ، 2017 ، ص 87 .

² رغم كفاءة اتفاقيات جنيف لعام 1949 الحماية للجرحى والمرضى إلا أنها لم تتضمن تعريف لهذه الفئة من ضحايا النزاعات المسلحة أما البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 فقد عرف

والحماية في جميع الأحوال ، والزمّت اطراف النزاع معاملتهم معاملة إنسانية والعناية بهم دون أي تمييز ضار وحظرت أي اعتداء على حياتهم أو استعمال العنف معهم وعلى الأخص القتل أو الإبادة أو التعريض للتعذيب أو لتجارب خاصة بعلم الحياة أو تركهم عمدا دون علاج أو رعاية طبية أو خلق ظروف تعرضهم لمخاطر العدوى بالأمراض أو تلوث الجروح ، وإن تكون الأولوية في نظام العلاج على أساس الدواعي الطبية العاجلة وحدها¹. كما الّزمت اطراف النزاع في جميع الأوقات أن يتخذوا دون ابطاء جميع التدابير الممكنة للبحث عن الجرحى والمرضى وحمايتهم من السلب وسوء المعاملة، وتأمين الرعاية اللازمة لهم ، وإن يتفقوا ، كلما سمحت الظروف، على عقد هدنة أو وقف اطلاق النيران أو ترتيبات محلية لجمع أو تبادل أو نقل الجرحى والمرضى ولمرور افراد الخدمات الطبية والمهمات الطبية الى المناطق المحاصرة أو المطوقة². كما الّزمت السلطات العسكرية بأن تسمح للسكان وجمعيات الإغاثة بأن تجمع المرضى وإن يعتنوا بهم والزام السكان المدنيين باحترام المرضى والامتناع عن اقتراف أي اعمال عنف

هذه الفئة كما أضاف لمفهومها المدنيين ولم يقصرها على العسكريين . لمزيد من التفصيل انظر : د. حنان أحمد الفولي ، د. إيناس الصادق ، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني " الماهية- المبادئ - النطاق- الآليات " (دراسة تطبيقية على المملكة العربية السعودية) ، مكتبة الشقري ، المدينة المنورة ، 2018 ، ص 224 وما بعدها.

¹ المادة 12 من اتفاقية جنيف الاولي 1949م .

² المادة 15 من اتفاقية جنيف الاولي 1949 .

ضدهم¹. كما اوجب البروتوكول على السكان المدنيين رعاية المرضى و لا يجوز التعرض لأي شخص او ادانته أو محاكمته او عقابه لقيامه بإيواء المرضى.²

ويركز القانون الدولي الإنساني على حماية الصحة في النزاعات المسلحة من خلال تكليف جميع أطراف النزاع المسلح بضمان تقديم الرعاية الطبية الملائمة، دون تمييز، للجرحى والمرضى إلى أقصى حد ممكن عملياً وبأقل تأخير ممكن.³ وهذا يعني أن جميع الأطراف ملزمة بعدم التسبب في ضرر جسيم للجرحى والمرضى، أو حرمانهم من العلاج الطبي أو إعاقة تقديم الرعاية الطبية لهم ، ويعد الاخلال بهذا الالتزام من قبيل المعاملة القاسية أو اللاإنسانية والتي تشكل جريمة حرب ، ويحمي المهنيين الطبيين العاملين في منطقة النزاع . وقد اتسع نطاق تدابير الحماية ، بما في ذلك محاولات تقويض أخلاقيات مهنة الطب.

ويعد المصابين بالأوبئة بما فيها وباء كورونا من المدنيين أو المقاتلين مرضي يتعين رعايتهم والعناية بهم وفقا للقواعد الموضحة أعلاه ، كما ان المناطق التي تقام لإيواء المصابين بالأوبئة والتي يطلق عليها مناطق العزل تكون مشمولة بالحماية.

¹ المادة 18 من اتفاقية جنيف الاولي 1949 م .

² م1/17 من البروتوكول الإضافي الأول 1977

³ المادة 10 من البروتوكول الإضافي الأول 1977 .

2- الحماية القانونية للمنشآت الطبية وأفراد الخدمات الطبية

كفل القانون الدولي الإنساني الحماية للمنشآت والوحدات الطبية وهو ما رسخته اتفاقية جنيف الأولى في الفصل الثالث منها ونصوص البروتوكولين الإضافيين، فقد اوجب القانون الدولي الإنساني على اطراف النزاع احترام وحماية المنشآت والوحدات الطبية في كل الأوقات ، وان تستمر في تقديم خدماتها للمرضي والجرحى الموجودين فيها في حال سقوطها في ايدي الخصم طالما ان الدولة الأسرة لا توفر هذه الخدمات¹ . كما دعا اطراف النزاع الى انشاء مناطق ومواقع استشفاء منظمة بكيفية تسمح بحماية الجرحى والمرضي من اضرار الحرب، وكذلك حماية الافراد المكلفين بتنظيم وإدارة هذه المناطق والمواقع وبالعناية بالأشخاص المجمعين فيها، كما دعا الدولة الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر الى تقديم مساعيها الحميدة لتسهيل انشاء مناطق ومواقع الاستشفاء² . ووجب عدم انتهاك الحماية التي تتمتع بها الوحدات والمنشآت الطبية والا تكون هدفا لاي هجوم³ . وتمتد تلك الحماية للمركبات الطبية⁴.

¹ المادة 19 من اتفاقية جنيف الأولى 1949 .

² المادة 23 من اتفاقية جنيف الأولى 1949 .

³ المادة 12 من البروتوكول الإضافي الأول 1977، المادة 11 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977 .

⁴ المادة 21 من البروتوكول الإضافي الأول 1977 .

اما افراد الخدمات الطبية فقد كفل لهم القانون الدولي الإنساني الحماية والاحترام في جميع الأوقات¹ ، فاحترامهم وحمايتهم امر واجب²، فلا يجوز استبقاءهم اذا وقعوا في قبضة الخصم الا بقدر ما تقتضيه الحالة الصحية لأسري الحرب، ورغم عدم اعتبارهم اسري حرب الا انهم يجب ان ينتفعوا ، على اقل تقدير، بجميع احكام اتفاقية جنيف بشأن اسري الحرب، ولا يجوز الزامهم باي عمل خارج نطاق مهامهم الطبية . لا يجوز ارغامهم على القيام بأعمال تتنافي مع شرف المهنة مع مراعاة القواعد التي تفرض الإبلاغ عن الامراض المعدية³.

وقد اكد مجلس الامن في قراره رقم 2286 لعام 2016 بشأن حماية الرعاية الصحية في حالات النزاعات المسلحة على الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي الإنساني فيما يتعلق بحماية واحترام المنشآت والمرافق الطبية والعاملين في المجال الطبي، وحث الدول على ضرورة معاقبة من يرتكب في النزاعات المسلحة انتهاكات للقانون الدولي الإنساني تتصل بحماية الجرحي والمرضى والعاملين في المجال

¹ المادة 24 من اتفاقية جنيف الاولي 1949م ، المادة 9 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977.

² م1/15 من البروتوكول الإضافي الأول 1977 م .

³ م3/16 من البروتوكول الإضافي الأول 1977 ، المادة 10 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977.

الطبي والعاملين في مجال تقديم المساعدة الإنسانية الذين يزاولون حصريا مهام طبية، وبحماية وسائل نقلهم ومعداتهم وكذلك المستشفيات وسائر المرافق الطبية.¹

كما اعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل كجريمة حرب سواء وقع هذا الفعل في نزاع مسلح دولي أو غير دولي.²

¹ S/Res/2268 (2016), 3May2016 .

² م 24/ب/2/8 ، م 2/8/هـ / 2 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998 .

الفرع الثاني

حماية النازحين واللاجئين والمحتجزين في ظل الأوبئة

1- النازحين داخليا واللاجئين

النازحون داخليا هم اشخاص اجبروا على النزوح عن ديارهم مع بقائهم داخل حدود بلدهم ، وغالبا ما ينتج النزوح الداخلي في حالات النزوح المسلح عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني واخفاق الجيش والجماعات المسلحة والسلطات في الوفاء بالتزاماتها.

وفيما يتعلق بحماية القانون الدولي الإنساني للنازحين فلا يوجد صك عالمي خاص بالنازحين داخليا ، الا ان معظم الدول اعترفت بالمبادئ التوجيهية بشأن التشرد الداخلي التي وضعتها الأمم المتحدة .

ويشمل القانون الدولي الإنساني على قواعد تكفل الحماية للنازحين داخليا، فقد نصت المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 على حظر النقل القسري الجماعي أو الفردي للأشخاص أو نفيهم من مناطق سكناهم الى أراضي اخرى، إلا في أحوال أن يكون ذلك في مصلحتهم بهدف تجنيبهم مخاطر النزاعات المسلحة .

وعلى مدي السنوات الأخيرة استمرت معدلات النزوح في الارتفاع ، فبحلول منتصف عام 2020 ، كان هناك 26.4 مليون لاجئ في جميع انحاء العالم . وبحلول نهاية عام 2019 بلغ عدد النازحين اعلي مستوى له على الاطلاق ، حيث

نزح 45.7 مليون شخص قسراً بسبب النزاعات واعمال العنف ، وفي الأشهر الستة الاولى من عام 2020 كانت هناك 14.6 مليون حالة نزوح جديدة ، من بينها 4.8 ملايين حالة ناجمة عن النزاعات والعنف.¹

اما اللاجئ فقد عرفته الاتفاقية الخاصة بالوضع القانوني للاجئين لعام 1951² والمادة الاولى من البروتوكول الخاص بالوضع القانوني للاجئين لعام 1967 بأنه " أي شخص يكون ...، بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب .عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه الى فئة اجتماعية معينة أو ارائه السياسية ، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف ، أن يستظل بحماية ذلك البلد ، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد اقامته المعتادة السابق بنتيجة مثل تلك الاحداث ولا يستطيع ، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يعود إلى ذلك البلد ... " ، وقد توسع هذا التعريف بموجب اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لعام 1969 والتي تنظم الجوانب الخاصة بمشكلات اللاجئين في افريقيا ، وتشمل خاصة الأشخاص الفارين من نزاع مسلح او اضطرابات .

¹ A/76/74-E/2021/54, UNDOCS.org.

² تم اعتماد هذه الاتفاقية في 28 يوليو 1951 في مؤتمر المتحدة للمفوضين المعني بأوضاع اللاجئين وعديمي الجنسية المنعقد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 429 ، وتشكل الاتفاقية وبروتوكول 1967 المتعلق بوضع اللاجئ اساساً للقانون الدولي للاجئين .

اما في قاموس القانون الدولي الإنساني فاللاجئون هم مدنيون لم يعد بإمكانهم الحصول على حماية حكوماتهم ، وهذا التفسير الواسع يشمل نزوح السكان الناتج عن النزاعات المسلحة .

ويتمتع اللاجئون بالحماية في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ، ففي حالة نشوب نزاع مسلح دولي يتمتع مواطني أي دولة بعد فرارهم من الاعمال العدائية واستقرارهم في بلد الخصم بالحماية على أساس انهم أجنب يقيمون في أراضي طرف في النزاع، وفيما يتعلق بحمايتهم في ظل الأوبئة فوفقا لاتفاقية جنيف الرابعة يجب ان تتم مغادرتهم في ظروف ملائمة من حيث الامن والشروط الصحية ، والسلامة والتغذية¹. يجب أن يحصلوا على العلاج الطبي والرعاية في المستشفى، وفقا لما تقتضيه حالتهم الصحية².

بيد ان مواطني أي دولة الفارين من نزاع مسلح للإقامة في أراضي دولة لا تشترك في نزاع مسلح دولي لا يتمتعون بالحماية بموجب القانون الدولي الإنساني، ما لم تقع الدولة الأخيرة بدورها فريسة لنزاع مسلح داخلي ، ويتمتعون اللاجئون حينئذ

¹ المادة 36 من اتفاقية جنيف الرابعة .

² المادة 2/38 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 .

بالحماية وفقا للمادة الثالثة المشتركة من بين اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الثاني¹ .

2- المحتجزين واسري الحرب

تشكل مرافق الاحتجاز تحديا خطيرا في ظل الجوائح ومنها جائحة كورونا ، حيث ان هذه الأماكن غالبا ما تفتقر الى النظافة والتهوية ، وقد كفل القانون الدولي الإنساني اطار حمائي للمحتجزين اثناء النزاعات المسلحة لو التزمت به الدولة الحاجزة لشكل حماية للمحتجزين حتى في أوقات الاوبئة ، ففيما يتعلق بأماكن الاحتجاز اوجب القانون الدولي الإنساني ان تكون مقامة فوق الأرض وان تتوفر فيها كل ضمانات الصحة والسلامة ، ويجب نقل اسري الحرب و المعتقلين في مناطق غير صحية في اسرع وقت² . وان تكون أماكن النوم كافية الاتساع والتهوية ، كما الزم الدولة الحاجزة ان تتخذ كافة التدابير الصحية الضرورية لتأمين نظافة المعسكرات والمعتقلات وملاءمتها للصحة والوقاية من الأوبئة ، وان توفر مرافق صحية تستوفي فيها الشروط الصحية وتراعي فيها النظافة الدائمة ، وذلك الى جانب الحمامات والمرشات التي يجب ان تزود بها أماكن الاحتجاز ، كما

¹ جان - فليب لافوييه ، اللاجئون والأشخاص المهجرون : القانون الدولي الإنساني ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد 305 ، 1995/4/30 .

² م22 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949 .

توفر للأسري والمحتجزين كميات كافية من الماء والصابون لنظافة اجسامهم وغسل ملابسهم¹.

أيضا لزم الدولة الأسرة ان توفر في كل معسكر أو معتقل عيادة لتقديم الخدمات الطبية، وان تخصص عند الاقتضاء عناصر لعزل المصابين بأمراض معدية². كذلك الالتزام بإجراء فحوص طبية للأسري والمعتقلين للكشف عن الامراض المعدية³ مما يعني ضرورة قيام الدولة الحاجزة، في ظل الظروف الراهنة ، في حال اكتشاف حالة اشتباه بالإصابة بكورونا ان تجري مسحة للمشتبه فيه ومخالطيه من الاسري أو المعتقلين الاخرين المحتجزين معه .

وقد قدمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر عدة مقترحات فيما يتعلق باوضاع المحتجزين واللاجئين والنازحين في سبيل تحقيق التوازن بين التدابير الصحية وما تتطلبه حماية هؤلاء الفئات وتتمثل في⁴ :

¹ المادة 29 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949 .، المادة 85 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 .

² م 30 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949 ، المادة 91 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 .

³ م 31 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949 ، المادة 92 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 .

⁴ Covid- 19 : How IHL provides crucial safeguards during pandemics , IHL Rules on Humanitarian Access and Covid, International committee of the red cross , 31 March , available at :

<https://www.icrc.org/en/document/covid-19-how-ihl-provides-crucial-safeguards-during-pandemics>

- توقع طرق بديلة لتقديم المساعدة وتقديم الخدمات للمشردين داخليا والمجتمعات المضيفة. على سبيل المثال ، يمكن توزيع الطعام على مراحل وفي مجموعات أصغر لتجنب تجمع الكثير من الناس في وقت واحد .

- تعديل أنشطة الاحتجاز التي تقوم بها اللجنة الدولية ، عندما يكون ذلك ممكناً ، وفقاً للظروف السائدة لتجنب مخاطر انتقال العدوى (حتى تعليق الزيارات). على سبيل المثال ، المناقشات مع السلطات أو المحتجزين (بما في ذلك المقابلات بدون شهود) في الهواء الطلق على مسافة مترين ، وتوزيع رسائل الصليب الأحمر من خلال السلطات أو قادة المحتجزين

- في أماكن الاحتجاز ، إذا تم تعليق الزيارات العائلية أو زيارات العاملين في المجال الإنساني لتجنب انتشار الفيروس ، يجب إيجاد وسائل بديلة لإبقاء المحتجزين على اتصال بالعالم الخارجي .

الفرع الثالث

حماية الأطفال وكبار السن والأشخاص ذوي الإعاقة أثناء الجوائح

1- قواعد حماية الأطفال أثناء الجوائح

يعتبر الأطفال من الفئات الهشة التي تحتاج الى حماية خاصة اثناء النزاعات المسلحة لذلك اهتم القانون الدولي الإنساني بحمايتهم وشكلت قواعده اطار حمائي لهم ، فموجب اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 يستفيد الطفل من كل الضمانات والحماية التي تقررت للبالغين باعتبارهم جزء من المدنيين بالإضافة للحماية الخاصة التي كفلتها لهم الاتفاقية في حوالي سبعة عشر مادة¹، اما البروتوكولان الاضافيان لعام 1977 فقد منحا حماية دولية خاصة للأطفال حيث نص البروتوكول الإضافي الأول في م1/77 على انه يجب ان يكون الأطفال موضع احترام خاص وأن يهئى اطراف النزاع لهم الحماية والعون . كما نص البروتوكول الإضافي الثاني في م2/4 على انه يجب توفير المعونة والرعاية للأطفال بالقدر الذي يحتاجون إليه .

ومن قواعد الحماية التي كفلها القانون الدولي الإنساني للاطفال ذات الصلة بالجوائح:

¹ لمزيد من التفصيل حول ضمانات حماية الأطفال اثناء النزاعات المسلحة انظر: على مخزوم التومي ، حماية الأطفال اثناء النزاعات المسلحة : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني ، مجلة الجامعة الاسمرية الإسلامية ، س13، ع 26 ، 2016 ، ص380 وما بعدها .

- ما نصت عليه م 14 من اتفاقية جنيف الرابعة من قيام اطراف النزاع المسلح بإرادتهم أو بمساعدة الدولة الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر بإنشاء مناطق ومواقع استشفاء وامن لحماية الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر ، وقد أوضح مشروع اتفاق بشأن مناطق مواقع الاستشفاء الملحق باتفاقية جنيف الرابعة الشروط الواجب توافرها في هذه المناطق وتتمثل في : ان لا تكون مكتظة بالسكان والا تكون قريبة من أي أهداف عسكرية أو أهداف مهمة وأن توضع علامات تميزها عن بعد، ويقع على عاتق طرف النزاع الذي أنشأ هذه المناطق اتخاذ التدابير اللازمة لمنع دخول الأشخاص الذين ليس لهم حق الدخول أو التواجد فيها ، وأن يقوم بالإبلاغ بمناطق الأمان والاستشفاء الكائنة في الأراضي التي تسيطر عليها¹.

- ما نصت عليه م 17 من اتفاقية جنيف الرابعة من قيام اطراف النزاع بإقرار ترتيبات لنقل الأطفال من المناطق المحاصرة أو المطوقة ولمرور افراد الخدمات الطبية والمهمات الطبية الى هذه المناطق .

- ما نصت عليه م 23 من اتفاقية جنيف الرابعة من التزام اطراف النزاع بالترخيص بحرية مرور الادوية والمهمات الطبية والمقويات المخصصة للأطفال.

- ما نصت عليه المادة 24 من التزام اطراف النزاع بتيسير تعليم الأطفال .

¹ حيدر كاظم عبد على السرباوي ، حماية النساء والأطفال أثناء النزاعات المسلحة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، 2004 ، ص 22 وما بعدها .

- ما نصت عليه م 5/38 من التزام اطراف النزاع بأن ينتفع الأطفال من أي معاملة تفضيلية يتمتع بها رعاياها، ويقصد بعبارة معاملة تفضيلية جميع الاحكام التي تسن من أجل حماية الأشخاص الذين يستحقون مثل هذا التعاطف في البلدان التي تشتعل فيها الحروب ، ويمكن ان تشمل هذه المعاملة على منح بطاقات تغذية ، وتوفير المرافق والخدمات الطبية والعلاج في المستشفيات البعيدة عن الأماكن الخطيرة.¹

- ما نص عليه البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 في المادة 78 من مشروعية اجلاء الأطفال الى دولة اخري إذا كان الهدف من هذا الاجراء هو تلقي الطفل العناية والرعاية الطبية اللازمة .

- فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية نجد البروتوكول الإضافي الثاني نص في م 3/4 الزم اطراف النزاع بتوفير الرعاية والمعونة للأطفال .

- اعتبرت م 8/ من البروتوكول الإضافي الأول الأطفال حديثي الولادة من الجرحى والمرضى الذين يحتاجون الى مساعدة ورعاية طبية خاصة .

¹ فادى قسيم شديد، حماية المدنيين تحت الاحتلال العسكري وفقا لقواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي ، دار اضاءات للنشر و التوزيع ، عمان ، 2011 ، ص 183 .

ومن المهم ألا تكون الجهود المبذولة لضمان استمراريته فكرة متأخرة في أوقات الأزمات. يحتوي القانون الإنساني الدولي على قواعد تتطلب من أطراف النزاع تسهيل الوصول إلى التعليم¹.

وتشير ممارسات الدول إلى إدراج الوصول إلى التعليم في الاحترام والحماية الخاصين اللذين يحق للأطفال الحصول عليهما بموجب القانون العرفي. هناك حاجة ماسة إلى اتخاذ تدابير لضمان عدم انقطاع التعليم وتمكين الأطفال من التعلم من المنزل.

2- حماية كبار السن وذوي الإعاقة

كبار السن قد يعانون من ضعف في جهاز المناعة، أو يعانون من امراض مزمنة ، جميعهم معرضون بصورة خاصة لخطر الإصابة بأمراض حادة إذا أصيبوا بفيروس كوفيد-19. ، أما ذوي الإعاقة، فقد يواجهون مجموعة متنوعة من العوائق في التواصل، والإعاقة البدنية تعرقل وصولهم إلى خدمات الرعاية الصحية اللازمة أو يواجهون صعوبات معينة في تنفيذ التدابير الصحية المطلوبة لمنع العدوى (على سبيل المثال، قد لا يكون التباعد الاجتماعي ممكنًا بالنسبة لمن يعتمدون على دعم الآخرين لقضاء مهامهم اليومية). يوجب القانون الدولي الإنساني على أطراف النزاع احترام وحماية الجرحى والمرضى وكذلك اتخاذ جميع التدابير الممكنة للبحث عنهم وجمعهم وإجلائهم، دون تمييز سلبي، كلما سمحت الظروف ودون تأخير. يجب أن

¹ المادة 24 ، 50 ، 94 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 ، المادة 3/4 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977 .

يتلقوا، إلى أقصى حد ممكن عملياً وبأقل تأخير ممكن، الرعاية الطبية والرعاية التي تتطلبها حالتهم، دون تمييز بخلاف التمييز القائم على الأغراض الطبية. علاوة على ذلك، توجب أحكام القانون الدولي الإنساني احتراماً وحماية خاصين لكبار السن والأشخاص ذوي الإعاقة المتضررين من النزاع المسلح¹.

¹ Cordula Droege , Covid-19 response in conflict zones hinges on respect for international humanitarian law, Humanitarian Law & policy ,16 April 2020 .

الفرع الرابع

حماية مرافق وشبكات المياه والإغاثة الانسانية

تعتبر مرافق إمدادات المياه ذات أهمية حاسمة خلال فترات الاوبئة. وتؤدي الحروب الى تدمير العديد من هذه المنشآت بسبب القتال على مر السنين. واي تعطيل لعمل هذه الامدادات يعني أن آلاف المدنيين لن يكونوا قادرين على تنفيذ تدابير الوقاية الأساسية ، مثل غسل اليدين المتكرر ، مما قد يؤدي إلى زيادة انتشار الوباء.

ويحظر القانون الدولي الإنساني صراحة مهاجمة أو تدمير أو تعطيل الاشياء التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة ، بما في ذلك مرافق مياه الشرب وشبكاتها¹. علاوة على ذلك ، أثناء إدارة العمليات العسكرية ، يجب الحرص الدائم على تقادي الأعيان المدنية ، بما في ذلك شبكة منشآت وشبكات مياه الشرب².

غالبًا ما يكون للنزاعات المسلحة تأثير مدمر على قدرة السلطات على توفير الاحتياجات الأساسية للمدنيين ، بما في ذلك صحتهم. إذا كان طرف في نزاع

¹ م2/54 من البروتوكول الإضافي الأول 1977 ، المادة 14 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977 .

² م1/57 من البروتوكول الإضافي الأول 1977 . المادة 13 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977 .

مسلح غير قادر على تأمين الاحتياجات الأساسية للسكان الخاضعين لسيطرته - بما في ذلك احتياجاته الطبية - فيجب أن يوافق على عرض منظمة إنسانية محايدة للقيام بأنشطة إنسانية.¹ يطالب القانون الدولي الإنساني جميع أطراف النزاع بالسماح بالمرور السريع ودون عوائق للإغاثة الإنسانية للمدنيين المحتاجين وتسهيل ذلك. وهذا يعني أيضًا أنه يجب على الدولة الطرف في النزاع السماح بالإغاثة الإنسانية وتسهيلها للمدنيين الذين يعيشون تحت سيطرة جماعة مسلحة غير تابعة للدولة ، بما في ذلك تخفيف القيود الإدارية أو غيرها من القيود المفروضة على اللقاحات التي تنظمها منظمات إنسانية محايدة في حين لا يمكن حجب الموافقة على عمليات الإغاثة هذه بشكل غير قانوني ، يحق لأطراف النزاع فرض تدابير للسيطرة ، مثل التحقق من طبيعة المساعدة.

فوض القانون الدولي الإنساني صراحةً المنظمات الإنسانية غير المتحيزة ، مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، بتقديم خدماتها إلى أطراف النزاع. لا يؤثر تقديم المساعدة الإنسانية ، بما في ذلك اللقاحات ، في منطقة خاضعة لسيطرة جماعة مسلحة من غير الدول على الوضع القانوني لأطراف النزاع. بعبارة أخرى ، لا يضفي الحوار والمشاركة الإنسانية الشرعية على جماعة مسلحة من غير الدول.

أظهرت النزاعات المسلحة على مدى العقد الماضي أن تدابير مكافحة الإرهاب يمكن أن تقلل من قدرة المنظمات الإنسانية غير المتحيزة ، بما في ذلك

¹ م2/18 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977 .

اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، على تنفيذ أنشطتها. هذا هو الحال بشكل خاص في المناطق التي تنشط فيها الجماعات المسلحة المصنفة على أنها إرهابية. لضمان استفادة الجميع من اللقاحات ، بغض النظر عن المكان الذي يعيشون فيه ، من الضروري الحفاظ على مساحة إنسانية في جميع الأماكن المتأثرة بالنزاع المسلح. يجب أن تمتثل إجراءات مكافحة الإرهاب للقانون الدولي الإنساني ويجب ألا تعرقل الأنشطة الإنسانية المحضة للمنظمات الإنسانية غير المتحيزة .

ويثور التساؤل حول ما إذا كانت قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحكم وصول المساعدات الإنسانية يمكن تطبيقها في أوقات الجوائح ؟ بمعنى اخر ما هو مدى ملائمة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحكم المساعدات الإنسانية في أوقات الجوائح ؟ فهل تتعارض التدابير الاحترازية مع قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحكم وصول المساعدات الإنسانية ؟

وقد أوضحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر ان قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحكم وصول المساعدات الإنسانية اثناء النزاع المسلح في زمن الأوبئة تتمثل في 4 قواعد أساسية :¹

¹ IHL Rules on Humanitarian Access and Covid-19, ICRC, April 2020, Available at: <https://logcluster.org/document/icrc-ihl-rules-humanitarian-access-and-covid-19-april-2020>

1- يلتزم كل طرف من اطراف النزاع بتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان الخاضعين لسيطرته .

2- المنظمات الإنسانية المحايدة لها الحق في تقديم خدماتها الإنسانية ، وبصفة خاصة عندما لا يتم تلبية احتياجات السكان .

3- الأنشطة الإنسانية المحايدة اثناء النزاع المسلح تخضع بشكل عام لموافقة اطراف النزاع .

4- بمجرد الموافقة على خطط الإغاثة الإنسانية المحايدة ، يجب على اطراف النزاع ، والدول الأخرى السماح وتسهيل المرور السريع لعمليات الإغاثة وعدم اعاققتها .

كما أنه وان كان يحق للدول بموجب القانون الدولي الإنساني أن تفرض تدابير للمراقبة وغيرها من الترتيبات التقنية على أساس الاعتبارات الصحية من أجل تنظيم الأنشطة الإنسانية التي وافقت عليها. إلا أنه ، لا يمكن أن تصل هذه التدابير والترتيبات ، من الناحية العملية ، إلى حد رفض الموافقة أو تأخير العمليات الإنسانية دون داع أو جعل تنفيذها مستحيلاً .

المطلب الثاني

احترام قواعد القانون الدولي الإنساني والاستجابة للجوائح

يفرض القانون الإنساني على اطراف النزاع المسلح العديد من الالتزامات التي يتعين عليهم مراعاتها ، وسوف نتناول الالتزامات التي تشكل استجابات يتعين على اطراف النزاع التقيد بها لمواجهة الجوائح ، ثم نتناول آثر انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني على الاستجابة للجوائح .

الفرع الاول

التزامات اطراف النزاع المسلح في ظل الجوائح

تقتضي قواعد القانون الدولي الإنساني التزام اطراف النزاع بحماية المدنيين، وأن تسمح بمرور احتياجات الإغاثة الإنسانية وتيسر وصولها الى المدنيين المحتاجين إليها بسرعة وبدون عوائق ، وأن تحترم وتحمي موظفي المساعدة الإنسانية والخدمات الطبية ، الى جانب الأغراض المستخدمة في عمليات الإغاثة الإنسانية والوحدات الطبية ووسائل النقل .

وسوف نتناول الالتزامات التي تقع على عاتق اطراف النزاع أثناء الجوائح، والتي تهدف لتحقيق التوازن بين الضرورات العسكرية والضرورات الصحية والعمل الإنساني.

1- الالتزام بتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان

ان الالتزام بتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان مستمد من القانون الدولي العام ، وعدد من قواعد القانون الدولي الإنساني والتزامات الدول في مجال حقوق الإنسان. ويشمل هذا الالتزام المعاملة الإنسانية للأشخاص الموجودين تحت سلطة أحد الأطراف، والحق الأساسي لكل فرد في التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من الصحة البدنية والعقلية.

وتتحمل كل دولة مسؤولية تلبية احتياجات الأشخاص الموجودين في إقليمها أو الخاضعين لسيطرتها في النزاع المسلح، تتحمل الجماعات المسلحة المنظمة

أيضاً مسؤولية تلبية احتياجات المدنيين الخاضعين لسيطرتها عندما لا تكون الدولة قد فعلت ذلك.

ومع ذلك، هناك أوقات تفشل فيها الأطراف المعنية في تلبية هذه الاحتياجات، وفي مثل هذه الظروف، يمكن للمنظمات الإنسانية أن تلعب دوراً رئيسياً في تقديم المساعدة للأشخاص المحتاجين. قد تطلب الدول صراحةً المساعدة الخارجية ، أو قد تعرض المنظمات الإنسانية المحايدة لتنفيذ أنشطة المساعدة.

ويعد إعاقة وصول الاحتياجات الإنسانية للمدنيين جريمة حرب وفقاً للمادة 25/ب/2/8 التي تنص على انه يعد جريمة حرب " تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب بحرمانهم من المواد التي لا غني عنها لبقائهم، بما في ذلك تعمد عرقلة الامدادات الغوثية على النحو المنصوص عليه في اتفاقيات جنيف " .

وقد شدد مجلس الامن في قراره رقم 2573 (2021) بشأن حماية المدنيين اثناء النزاعات المسلحة في ضوء الظروف الراهنة على التزام اطراف النزاع بتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان المدنيين الذين يوجدون داخل أراضيها أو تحت سيطرتها، وبإفصاح المجال ، بسرعة ودون عراقيل، لمرور امدادات الإغاثة الإنسانية المقدمة بشكل محايد إلى جميع المحتاجين وتيسير ذلك.

وتتطلب تلبية الاحتياجات الأساسية للسكان المدنيين حماية الاعيان التي لا غني عنها لبقاء المدنيين، والتي تشمل البني التحتية المدنية ذات الأهمية الحاسمة

في إتاحة تقديم الخدمات الأساسية في النزاعات المسلحة ، وقد أوضح مجلس الأمن ان من سبل القيام بذلك :

- حماية المدنيين الذين يشغلون هذه الاعيان أو يقومون بصيانتها أو إصلاحها ، وتوفير الحماية لهم عند تنقلهم لأغراض صيانة تلك الاعيان أو إصلاحها أو تشغيلها.

- إتاحة وتيسير المرور الآمن لما يلزم من المعدات ووسائل النقل والامدادات لإصلاح تلك الاعيان أو صيانتها أو تشغيلها

يجب تزويد المدنيين بإمكانية الوصول إلى المواد الأساسية للوقاية من COVID. في حالات الاحتلال ، يقع على عاتق القوى المحتلة واجب تبني وتطبيق "الإجراءات الاحترازية اللازمة لمكافحة انتشار الأمراض المعدية والأوبئة" مثل COVID¹.

2- الالتزام بالسماح بعمليات الإغاثة وتسهيلها والحق في فرض تدابير الرقابة تنص المادتان 3 و 10/9/9/9 من اتفاقيات جنيف لعام 1949 والمادة 18 من البروتوكول الإضافي الثاني على ما يسمى بـ "حق المبادرة" ، أي الحق القانوني الممنوح لمنظمة إنسانية محايدة لاقتراح أنشطتها على جميع الأطراف في نزاع مسلح. بموجب القانون الدولي الإنساني ، لا شيء (بما في ذلك التدابير المتعلقة بالجائحة) يقيد حق هذه المنظمات في تقديم خدماتها. على العكس من

¹ اتفاقية جنيف الرابعة ، المادة 56 .

ذلك ، يمكن أن تضع الأوبئة قدرة المتحاربين على تلبية الاحتياجات الأساسية للسكان تحت ضغط كبير ، وبالتالي تجعل الأنشطة الإنسانية أكثر ضرورة وملاءمة.

بموجب القانون الدولي الإنساني ، يجب على المنظمات الإنسانية المحايدة العاملة في حالات النزاع المسلح أن تسعى للحصول على موافقة أطراف النزاع المعنية¹، بما في ذلك عندما تؤثر الأوبئة على الأراضي الخاضعة لسيطرتها.

ومع ذلك ، فإن الموافقة على العمليات الإنسانية ليست تقديرية. لا يحترم القانون الدولي الإنساني تمامًا سيادة الدولة عندما يتعلق الأمر بالعمليات الإنسانية.

وهنا يثار التساؤل هل يعد رفض اطراف النزاع عرض لتقديم الخدمات الإنسانية قانونيا ، الواقع ان هذه المسألة ترتبط ارتباطاً جوهرياً بالتزامات اطراف النزاع تجاه السكان الخاضعين لسيطرتهم، ولا سيما قدرتهم على الوفاء بالتزامهم الرئيسي بتلبية الاحتياجات الأساسية لتلك السكان. وعليه إذا كان الطرف الراض في وضع لا يسمح له بالوفاء بالتزامه الأساسي لتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان الخاضعين لسيطرتهم فلا يعد رفضه قانونيا ، ففي هذه الحالة يجب عليه أن يوافق على الأنشطة الإنسانية للمنظمات الإنسانية غير المتحيزة ، بما في ذلك في مجال الصحة .

¹ م 10/9/9/9 من اتفاقيات جنيف الأربع 1949 ، م 18 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977.

ويمكن القول ان الطرف الراض يكون رفضه قانونيا في حالتين هما :

(1) عندما يأتي عرض الخدمات من منظمة غير مؤهلة لتكون محايدة أو ان أنشطتها ليست ذات طبيعة إنسانية

(2) عندما لا تكون هناك حاجة لتقديم المساعدات الانسانية في المنطقة المعنية ، لأن الطرف في نزاع مسلح ، على سبيل المثال ، لديه القدرة ومستعد للوفاء بالتزامه الأساسي بنفسه .

وفي ظل الجوائح تتضخم احتياجات المجتمعات المتضررة من النزاعات ، وتعد عمليات الإغاثة والأنشطة الإنسانية ضرورة لبقائهم على قيد الحياة وتجنب انتشار الوباء، كما إن رفض الأنشطة الإنسانية قد يرقى الى مرتبة الاخلال الجسيم بقواعد القانون الدولي الإنساني أي جريمة حرب عندما يؤدي هذا الرفض إلى تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب أو عندما يؤدي هذا الرفض إلى عدم وفاءها بالتزامها الأساسي بتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان الخاضعين لسيطرتها من خلال حرمانهم من الإمدادات الضرورية لبقائهم على قيد الحياة ، وفي أوقات الجوائح قد ينقل عمال الإغاثة مواد تتعلق بمواجهة انتشار الوباء مثل اقنعة الوجه أو اللقاحات، ولا يمكن التذرع بالتدابير الاحترازية لمواجهة فيروس كورونا أو غيره لرفض الموافقة على الأنشطة الإنسانية .

كما تضمنت المادة 23 من اتفاقية جنيف الرابعة التزام اطراف النزاع

بحرية مرور جميع رسالات الادوية والمهمات الطبية والأغذية والملابس وأن يكون

للدولة التي ترخص بحرية مرورها وضع الشروط الفنية التي يسمح بالمرور بمقتضاها . كما تنص الفقرة الثانية من المادة 70 من البروتوكول الإضافي الأول على ان يلتزم اطراف النزاع وكل طرف متعاقد أن يسمح ويسهل المرور السريع وبدون عرقلة لجميع ارساليات وتجهيزات الغوث والعاملين عليها حتى لو كانت هذه المساعدة معدة للسكان المدنيين التابعين للخصم .

وهذا الالتزام لا تعفي الدول منه في أوقات الجوائح بل انه يمكن القول ان هذا الالتزام يمكن ان يتضمن في ظل الجوائح ما يأتي¹:

- اعتبار عمل المنظمات الإنسانية المحايدة كخدمة أساسية ، والعاملين في المجال الإنساني المعتمدين من قبل السلطات كعاملين أساسيين يستفيدون من الإعفاءات من قيود الحركة .

- تبسيط الإجراءات الإدارية قدر الإمكان لتسهيل التأشيرات أو مسائل الهجرة الأخرى (الإعفاء من متطلبات تأشيرة الدخول للأفراد المشاركين في العمليات الإنسانية أو إنشاء تأشيرة "عبور" مبسطة وسريعة).

- تسريع تسليم موافقات الرحلات الميدانية .

¹ IHL Rules on humanitarian access and Covid -19, ICRC, P3 -4 .
available at: [ihl_humanitarian_access_and_covid-19.pdf](https://www.icrc.org/ihl_humanitarian_access_and_covid-19.pdf)

- تسريع الإجراءات الجمركية وإعطاء الأولوية لتعيينات الإمدادات والمعدات الإنسانية.

- السماح بمرور الشحنات مجاناً من خلال عدم استيفاء ضرائب الدخول والخروج وغيرها من الرسوم.

- إعفاء الرحلات الإنسانية من أي حظر قائم على الرحلات الدولية وإعطاء أولوية لهبوط الطائرات التي تحمل إمدادات المساعدة الإنسانية .

ويحق للدول وفقاً للفقرة الثالثة من المادة 70 من البروتوكول الإضافي الأول وضع الترتيبات الفنية عند السماح بعمليات الإغاثة ، وفي أوقات الجوائح يمكن أن تتخذ هذه الترتيبات الأشكال الآتية :

- التأكد من أن الإمدادات والمعدات الإنسانية تلبى الحد الأدنى من المعايير الصحية. على سبيل المثال ، قد يتعين الموافقة على الأدوية للاستخدام في كل من دولة المنشأ والمستقبل أو أن تكون مؤهلة مسبقاً من قبل منظمة الصحة العالمية .

- اشتراط أن يخضع الأفراد المشاركون في الخطط الإنسانية للفحص الطبي ، وفحصهم حتى لا يكونوا معديين ، و / أو مجهزين بشكل كافٍ لتجنب انتشار الوباء.

- تكييف الأنشطة الطبية من أجل تجنب أو الحد قدر الإمكان من تجمع الأشخاص في المراكز الطبية التي تديرها اللجنة الدولية ، ونقل مرضى اللجنة

الدولية غير المصابين بالفيروس في حال قررت السلطات تخصيص مستشفى على أنه مخصص حصريًا للمصابين بالوباء .

- الحجر الصحي المؤقت لعمال الإغاثة .

3- الالتزام بتطعيم الجميع بما في ذلك الأشخاص الخاضعين لسيطرة الجماعات المسلحة

من المسلم به حاليا ان الحماية الفعالة ضد العدوى بفيروس كورونا لا يمكن تحقيقها الا من خلال التطعيم على نطاق واسع ، ولكي تكون اللقاحات فعالة يجب أن تصل إلى جميع أجزاء المجتمع، وفي مناطق النزاع المسلح قد يتم التغاضي أو استبعاد بعض الفئات من خطط التطعيم الوطنية مثل النازحين والمحتجزين والسكان الذين يعيشون في مناطق تسيطر عليها الجماعات المسلحة غير الحكومية وهنا تكمن الخطورة فالحصول العادل على اللقاحات ضروري للتصدي للجوائح والابوة والحيلولة دون انتشارها .

ويعد السكان الذين يعيشون في المناطق التي تسيطر عليها الجماعات المسلحة غير الحكومية اكثر الفئات عرضة لخطر التغاضي عن تطعيمهم أو عدم إمكانية ذلك ، ووفقا لتقدير اللجنة الدولية للصليب الأحمر يوجد ما بين 60-80 مليون شخص يعيشون تحت سيطرة الجماعات المسلحة غير الحكومية .

ويثور التساؤل هل يوجد بقواعد القانون الدولي الإنساني ما يلزم اطراف النزاع بتلقيح الأشخاص تحت سيطرتهم ضد الوبئة ؟

الواقع ان القانون الدولي الإنساني لا يحتوى التزام محدد لأطراف النزاع المسلح سواء كانوا دول أو غير دول بتلقيح الأشخاص الذين يعيشون تحت سيطرتهم ، ومع ذلك ، فإن كل طرف في النزاع مسؤول عن توفير الاحتياجات الأساسية للأشخاص تحت سيطرتهم فيشمل هذا الالتزام الرعاية الصحية الأساسية ، وينبغي اعتبار التطعيمات لاحتواء انتشار الأوبئة جزءاً من الرعاية الصحية الأساسية ، فتزويد المدنيين بالمواد الأساسية اللازمة للوقاية من الأوبئة من قبيل الاحتياجات الأساسية، كما يلزم القانون الدولي الإنساني دولة الاحتلال اعتماد وتطبيق التدابير الوقائية اللازمة لمكافحة انتشار الأمراض والأوبئة¹ . كما يطالب أطراف النزاع المسلح برعاية الجرحى والمرضى، والحفاظ على صحة المحتجزين ونظافتهم. وتتطلب هذه الالتزامات من جميع الأطراف اتخاذ إجراءات لحماية الجرحى والمرضى والمعتقلين من الأمراض المعدية والأوبئة .

بالإضافة إلى ذلك ، بموجب حق الإنسان في الصحة ، تلتزم الدول باتخاذ الخطوات اللازمة للوقاية من الأوبئة وعلاجها ومكافحتها ، وضمان توفير الرعاية الصحية لكل شخص يخضع لولايتها القضائية ، دون تمييز. فيما يتعلق بالأشخاص الذين يعيشون في المناطق الخاضعة لسيطرة الجماعات المسلحة غير الحكومية² ، فقد تم تفسير هذا الالتزام على أنه يتطلب من الدول اتخاذ - إلى أقصى حد ممكن - تدابير لضمان حماية حقوق الإنسان الخاصة بهؤلاء

¹ المادة 56 من اتفاقية جنيف الرابعة 1949 .

² المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع 1949 .

الأشخاص. في حين يجب فهم هذا الالتزام في إطار حقيقة أن بعض الناس يعيشون خارج نطاق وصولهم ، يجب على الحكومات مع ذلك اتخاذ جميع التدابير الممكنة ، مثل إدراج هؤلاء السكان في خطط التطعيم الوطنية وتسهيل وصول المنظمات الإنسانية والرعاية الصحية. عندما تمارس الجماعات المسلحة من غير الدول سيطرة ثابتة على إقليم ما وتكون قادرة على التصرف كسلطة تابعة للدولة ، يمكن القول أيضاً إن لديها مسؤولية فعلية عن احترام الحق في الصحة وحمايته.

وقد أكدت الأمم المتحدة في قراراتها على اطراف النزاع بضرورة الوفاء بالتزاماتها اثناء جائحة كورونا ، ففي قرار مجلس حقوق الانسان رقم 22/46 لعام 2021 بشأن حالة حقوق الانسان في سوريا أكد المجلس على ضرورة "الحصول على نحو متكافئ على الامدادات المتعلقة بكوفيد - 19 ، بما في ذلك اللقاحات ، في جميع انحاء الجمهورية السورية ، ويؤكد من جديد دور السلطات السورية في هذا الصدد "

وقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة على التزام اطراف النزاع بتوفير اللقاحات حيث شدد على أهمية الحصول في الوقت المناسب وبطريقة منصفة وخالية من العراقيل على ادوية ولقاحات وتشخيصات وعلاجات مأمونة وميسورة التكلفة وفعالة وجيدة ، وغيرها من المنتجات والتكنولوجيات الصحية اللازمة لكفالة التصدي للجائحة على نحو ملائم وفعال ، بما في ذلك لأشد الناس ضعفا المتضررين من النزاعات

المسلحة.¹ وأوضح أهمية التعاون الدولي في هذا السياق مشيرًا إلى أنه " لا أحد في مأمن حتى يصبح الجميع بأمان " .

كما أشار مجلس الأمن في قراره رقم 2573 (2021) بشأن حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة في ضوء الظروف الراهنة على ضرورة تسليم وتوزيع اللقاعات المضادة لكوفيد 19 على نحو منصف وآمن ودون عراقيل في مناطق النزاع المسلح.²

وعليه يقع على عاتق اطراف النزاع المسلح توفير وتيسير الحصول على التطعيم للأشخاص الخاضعين لسيطرتهم ، وأن تيسر عمل المنظمات الإنسانية والطواقم الصحية المسؤولة عن عمليات التلقيح وفقا لالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني.

4- الالتزام باحترام وحماية الوحدات الطبية ووسائل النقل والعاملين في المجال الطبي

وفقًا للقانون الدولي الإنساني، يجب احترام الوحدات الطبية المخصصة حصريًا للأغراض الطبية وحمايتها في جميع الظروف، ويجب ألا تكون هدفًا لأي هجوم. ويعني احترام الوحدات الطبية أنه يجب ألا تتعرض للهجوم أو الإضرار بأي شكل من الأشكال. وهذا يعني أيضًا أنه يجب عدم التدخل في عملهم ، على سبيل

¹A/HRC/PRST/43/1,UNDOCS.org

² S/RES/2573(2021), adopted at 27 April 2021,para 7.

المثال عن طريق منع أو إعاقة أو تقييد الوصول إلى الرعاية الصحية أو إمدادات وخدمات الوقاية من الأمراض. أما الالتزام بحماية الوحدات الطبية فيعني أنه يجب اتخاذ تدابير لتسهيل عمل الوحدات الطبية ، عند الضرورة ، وتقديم المساعدة ، إذا لزم الأمر ، على سبيل المثال من خلال تسهيل مرور إمدادات الوقاية من الأمراض. لا يجوز استخدام الوحدات الطبية لحماية الأهداف العسكرية من الهجوم ويجب وضعها على مسافة كافية من الأهداف العسكرية التي يمكن مهاجمتها بشكل قانوني. كما يتطلب من أطراف النزاع المسلح ضمان احترام الآخرين لهم ، بما في ذلك اتخاذ التدابير الممكنة لضمان عدم تعرضهم لسوء المعاملة أو التعرض للخطر.

ووفقاً للقانون الدولي الإنساني ، قد يتم تجهيز الأفراد العاملين في الوحدات الطبية بأسلحة فردية خفيفة للدفاع عن أنفسهم أو للدفاع عن الجرحى والمرضى والمدنيين الموكلين إليهم لأغراض طبية ، و "الأسلحة الفردية الخفيفة" هي تلك التي يحملها ويستخدمها فرد واحد بشكل عام ، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر الأسلحة اليدوية مثل المسدسات. ومع ذلك، يُحظر استخدام المدافع الرشاشة والأسلحة الثقيلة الأخرى التي لا يمكن لأي فرد نقلها بسهولة والتي يتعين تشغيلها بواسطة عدد من الأشخاص. وبهذا المعنى ، فإن وجود أفراد مدججين بالسلح في الوحدات الطبية للدفاع عن الجرحى والمرضى والمدنيين الموجودين تحت مسؤوليتهم لا يؤدي إلى فقدان الحماية لهذه الوحدات. بصرف النظر عن جواز استخدام الأفراد المسلحين بأسلحة فردية خفيفة ، فإن وجود أي شخص مسلح

في الوحدات الطبية يزيد حتماً من خطر أن يصبحوا هدفاً للهجمات ويعرض حياة المدنيين وكرامتهم وأمنهم للخطر داخل الوحدة الطبية وفي المباني المجاورة.

قد يكون العاملون في الوحدات الطبية مقاتلين تم تكليفهم مؤقتاً بأداء واجبات طبية حصرياً ولفترة زمنية محدودة ، أو أفراد طبيين دائمين. يستفيد جميع العاملين في المجال الطبي من الحماية وعليهم أن يحملوا شارة الحماية (الصليب الأحمر أو الهلال أو الكريستال). ومع ذلك ، إذا لم يتم ارتداء الشارة ، فهذا لا يعني أن العاملين الطبيين غير محميين لأن الشارة تتيح التعرف عليهم ، ولكنها لا تشكل عنصراً للحماية. يحظر إساءة استخدام شارة الحماية لأغراض عسكرية. يفقد الأفراد الذين يقدمون المساعدة أو يحرصون الوحدات الطبية حمايتهم إذا ارتكبوا أعمالاً ضارة بالعدو خارج وظائفهم الإنسانية ، مثل المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية باستخدام القوة ضد قوات العدو المقاتلة خارج نطاق الدفاع عن النفس. هذا قد يجعلهم عرضة للهجوم. قد يعرض هذا أيضاً للخطر الوحدات الطبية الموجودة في المباني القريبة. ولهذا حتماً تأثير سلبي على توفير الخدمات الصحية وإمكانية الوصول إليها .

يجب حماية المتخصصين في الرعاية الصحية والمرافق المشاركة في التطعيمات متخصصو الرعاية الصحية والمرافق - سواء كانوا من الحكومات أو المجتمعات المحلية أو المنظمات الإنسانية - ضرورة لبدء برامج التطعيم. بموجب القانون الدولي الإنساني .

يتمتع المدنيون ، بمن فيهم العاملون في مجال الرعاية الصحية ، بالحماية من الهجمات ، ما لم يشاركوا بشكل مباشر في الأعمال العدائية وطوال الوقت الذي يقومون فيه بذلك. كما يحظر القانون الدولي الإنساني معاقبة أي شخص على أداء واجبات طبية متوافقة مع أخلاقيات مهنة الطب ، وإرغام أي شخص يشارك في أنشطة طبية على القيام بأعمال تتعارض مع أخلاقيات مهنة الطب. على سبيل المثال ، سيكون من غير القانوني معاقبة مهنيي الرعاية الصحية ، مثل العاملين الصحيين المجتمعيين ، على تنفيذ حملات التطعيم في منطقة خاضعة لسيطرة جماعة مسلحة من غير الدول. علاوة على ذلك ، يوفر القانون الدولي الإنساني حماية خاصة للموظفين الطبيين المدنيين أو العسكريين والوحدات ووسائل النقل المخصصة حصرياً للأغراض الطبية من قبل السلطات المختصة ، بما في ذلك عندما يعملون على الوقاية من المرض عن طريق توزيع اللقاحات أو إعطائها. هذا يعني أنه يجب عدم مهاجمتهم ويجب حمايتهم من أي شكل من أشكال الأذى.

وقد شدد مجلس الامن في قراره رقم 2573 (2021) بشأن حماية المدنيين اثناء النزاعات المسلحة في ضوء الظروف الراهنة على التزام اطراف النزاعات المسلحة بموجب القانون الدولي الإنساني بحظر الهجمات على العاملين في المجال الطبي والعاملين في المجال الإنساني الذين يضطلعون حصراً بواجبات طبية أو ضد وسائل نقلهم ومعداتهم أو المستشفيات وغيرها من المرافق الطبية .

5- الالتزام بمراعاة الفئات الأكثر عرضة للعدوى عند الاستجابة للجوائح
يعد السجناء ونزلاء أماكن الاحتجاز الأخرى أكثر عرضة للإصابة بالعدوى
مقارنة بعامة السكان بسبب ظروف العزلة التي يعيشون فيها سويًا لفترات طويلة ،
وعلاوة على ذلك تثبت التجربة أن السجون ومراكز الاحتجاز والأماكن المماثلة
التي يشتد فيها الاكتظاظ قد تشكل مصدراً للعدوى ولاتساع نطاق الأمراض المعدية
وانتشارها داخل السجون وخارجها ، لذلك يتعين على أطراف النزاع اتخاذ التدابير
الاحترازية المناسبة للحيلولة دون انتشار الوباء داخل السجون ومن ثم إلى خارجها
، ومن التدابير المناسبة في هذا الشأن¹ :

- إعطاء الأولوية للتدابير غير الاحتجازية المتخذة لصالح المتهمين والسجناء ذوي
الملفات منخفضة المخاطر ، مع إعطاء الأفضلية للحوامل والنساء اللاتي يعلن
أطفال.

- اتخاذ إجراءات توزيع فعالة لتوزيع السجناء بحيث يخصص قدر من الزنانات
الفردية لأشد الفئات ضعفاً .

- لدي الدخول إلى السجون وأماكن الاحتجاز الأخرى، يجب فحص جميع
الأشخاص للتأكد من عدم إصابتهم بالحمي واعراض إصابة المسالك التنفسية
الأخرى، وينبغي إيلاء اهتمام خاص للأشخاص المصابين بأمراض معدية أو لديهم

¹ التأهب لمواجهة مرض كوفيد-19 والوقاية منه ومكافحته في السجون وأماكن الاحتجاز
الأخرى، إرشادات مؤقتة وضعتها منظمة الصحة العالمية وأصدرتها اللجنة الدولية للصليب
الأحمر ، 15 مارس 2020 .

اعراض تتشابه مع اعراض كوفيد 19 فيجب وضعهم في عزل طبي حتى يتسنى اجراء المزيد من التقييمات والاختبارات الطبية .

- ينبغي أن يستند أي قرار يقضي بوضع السجناء أو المحتجزين في أوضاع العزل الطبي إلى ضرورة طبية تحددتها الجهة المخولة بذلك .

- ينبغي ابلاغ الأشخاص الذين يتعرضون للعزل الطبي بسبب هذا العزل واعطائهم الفرصة لاطار طرف ثالث .

- حماية الأشخاص المعزولين من أي شكل من أشكال سوء المعاملة وتيسير سبل الاتصال البشري قدر المستطاع وفقا للظروف علي سبيل المثال عن طريق وسائل الاتصال السمعية والبصرية .

- عدم استخدام تقشي الوباء كمبرر للإعفاء من التقيد بالضمانات الأساسية المدرجة في قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء ، بما في ذلك علي سبيل المثال لا الحصر ، شرط عدم جواز أن تتل القيود بأي حال من الأحوال إلى حد التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة القاسية أو الحاطة بالكرامة ، وحظر الحبس الانفرادي لفترات طويلة (أي أكثر من 15 يوم متتالية) ، على الرغم من جواز تقيد سبل الاتصال الاسري في ظروف استثنائية لفترة زمنية محدودة الا انه لا يجوز حظرها حظرا مطلقا .

النازحون داخليا أكثر عرضة لخطر الإصابة بالعدوى وأكثر عرضة للإصابة بالمضاعفات بسبب ظروف المعيشة المكتظة في المخيمات والأماكن الشبيهة بالمخيمات وسوء حالة التغذية والوضع الصحي ومحدودية خدمات الصرف الصحي ، وصعوبة الوصول للرعاية الصحية . لذا أصدرت اللجنة الدولية للصليب الأحمر عدة توصيات للحد من أثر جائحة كوفيد 19 على النازحين داخليا ووجهت هذه التوصيات الى سلطات الدول ومنها¹:

- ينبغي استيعاب النازحين داخليا في استراتيجيات وخطط التأهب والاستجابة الوطنية المتعلقة بجائحة كوفيد 19 .

- يجب الا تسبب القيود المفروضة على التحرك بغرض التصدي للجائحة تمييزا ضد النازحين .

- يجب اتخاذ جميع التدابير الممكنة لمنع وانهاء العنف ضد النازحين داخليا فيما يتعلق بهذه الجائحة .

- يجب استمرار وصول المساعدات الإنسانية الى النازحين داخليا وغيرهم من المحتاجين .

¹ الحد من أثر جائحة كوفيد 19 علي النازحين داخليا ، كتيب أصدرته اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، مايو 2020 .

6- الالتزام بمعاملة المصابين بالأوبئة باعتبارهم مرضى

يجب على الأطراف المتحاربة معاملة أولئك الذين أصيبوا بفيروس كورونا في ضوء التزامهم برعاية المرضى والجرحى (اتفاقية جنيف الأولى ، المادة 12). يمكن القول إن الأطراف المتحاربة يجب أن توفر أيضًا الوصول إلى مواد الوقاية من COVID لأولئك المدنيين الذين هم بالفعل مرضى أو جرحى لحمايتهم من المزيد من الضرر.¹

¹ Oona Hathaway ,Mark Stevens and preston Lim , Covid-19 and International Law Series : International Humanitarian law – Humanitarian access, Just Security, 12 November 2020 . Available at: <https://www.justsecurity.org/73336/covid-19-and-international-law-series-international-humanitarian-law-humanitarian-access/> (last Accessed 12-6-2021) .

الفرع الثاني

آثر انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني على الاستجابة للجوائح

احترام القانون الدولي الإنساني يعد الأساس لاي استجابة للتعامل مع الجوائح ومنها جائحة كوفيد 19 في مناطق النزاع المسلح، حيث يؤدي النزاع المسلح في حد ذاته الى عواقب إنسانية مثل النزوح وفقدان الوصول الى الخدمات الأساسية ، ولا شك ان الضعف الشديد الذي تعاني منه مناطق النزاع المسلح امام جائحة كورونا يعزو الى تجاهل اطراف النزاع على مدى سنوات عديدة لالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني تجاه السكان الخاضعين لسيطرتهم .

فيجب احترام القانون الدولي الإنساني - الذي يهدف إلى تقليل المعاناة ، وتجنيد أرواح أولئك الذين وقعوا ضحية القتال وحماية العاملين في مجال الرعاية الصحية والمرافق الصحية.

نحن نرى ان احترام القانون الدولي الإنساني ووفاء اطراف النزاع بالتزاماتها وفقا لأحكامه من شأنه أن يقلل من الاثار الكارثية للجوائح في مناطق النزاع المسلح ويقلل من فرص انتشار الوباء، فانتهكات القانون الدولي الإنساني تزيد الوضع سوءاً في أوقات الأوبئة وتزيد من تداعيات الوباء، فقد أشار رئيس اللجنة الدولية

لصليب الأحمر الى ان " انتهاكات القانون الدولي الإنساني هي عدو الاستجابة للجائحة " ¹

يوفر القانون الدولي الإنساني حماية قوية للخدمات والمرافق الطبية ، ويرجع ذلك الى ان الهدف الأساسي له هو التخفيف من المعاناة التي تسببها النزاعات المسلحة ، لذا يوفر القانون الدولي الإنساني الاطار الحمائي للمرضي والمصابين سواء من المقاتلين أو المدنيين . وعندما تتقاطع النزاعات المسلحة والابوة يكون هذا الاطار الحمائي أكثر أهمية من أي وقت مضى يعيش الأشخاص الذين دمرت منازلهم أو نزحوا بسبب النزاع المسلح مكتظين معا في ملاجئ ومخيمات وبدون مرافق نظافة كافية مما يساعد على انتشار الفيروس بسرعة اكبر وعلى نطاق أوسع ، كما ان توقف المستشفيات عن العمل بسبب الهجمات عليها يعني ان العلاج المنقذ للحياة لن يكون متاح.

إذا كان القانون الدولي الإنساني يكفل حماية العاملين في مجالي الأنشطة الإنسانية والرعاية الطبية، الا ان الأونة الأخيرة شهدت تزايد في شن الهجمات على الموظفين الطبيين والمرافق الطبية مما يشكل كارثة في ظل جائحة كورونا ، فقد

¹ Peter Maurer, ICRC President, Six essential Lessons for a pandemic response in humanitarian settings , Statement to UN Security Council open debate : Panademics and Security, ICRC, 2 July 2020, <https://www.icrc.org/en/document/six-essential-lessons-pandemic-response-humanitarian-settings> , Last accessed 31-5-2021 .

سجل نظام رصد الهجمات على منظومة الرعاية الصحية 322 حادث أثرت على توفير الرعاية الطبية في 16 بلداً وإقليمياً تعيش نزاعات في عام 2020 ، وهو ما خلف 505 إصابات في صفوف العاملين بالمجال الصحي والمرضي، كما ابلغ عن وقوع 169 حادثاً امنياً ضد العاملين في مجال الأنشطة الإنسانية في 19 بلداً تعيش نزاعات مسلحة¹ .

وشملت الهجمات التي تعرض لها العاملون في مجال الرعاية الصحية والجرحى والمرضى القتل والاعتصاب والإيذاء الجسدي والخطف والنهب وتدمير المرافق الطبية ومركبات النقل الطبية. وسُجلت أيضاً عراقيل أعاقت تقديم خدمات الرعاية الصحية مثل منع حملة تلقيح من القيام بعملها أو منع سيارة إسعاف من اجتياز نقطة تفتيش.

ولا شك ان الاستجابة لازمة كوفيد 19 قد إعيقت بشكل كبير بسبب الهجمات على مرافق الرعاية الصحية ، فعلي سبيل المثال ، في سوريا ، هاجم المتحاربون عمداً أو عشوائياً العاملين والمرافق الطبية على مدار ما يقرب من عشر سنوات من الصراع، مما ترك الأنظمة الصحية غير مجهزة للسيطرة على انتشار COVID-19. تقدر منظمة أطباء من أجل حقوق الإنسان أن أكثر من 900 أخصائي طبي قتلوا منذ بداية النزاع. فقد أدى الاستهداف المنهجي للعاملين في مجال الرعاية الصحية والمرافق الصحية إلى ترك البلاد بدون أعداد كافية من العاملين في مجال

¹ A/76/74-EL2021/54,UNDOCS.org .

الرعاية الصحية ، الأمر الذي يعيق الآن الاستجابة الكافية لـ COVID-19 مع ارتفاع معدلات الإصابة بين المهنيين الطبيين وانتشار الوباء بشكل كبير خارج نطاق السيطرة¹.

ومن المؤسف انه منذ صدور قرار مجلس الامن رقم 2268 لعام 2016 الذي طالب فيه بوضع حد للإفلات من العقاب على هذه الهجمات أحصت اللجنة الدولية وقوع 3780 هجوماً بين عامي 2016 و2020 في 33 بلداً في المتوسط كل عام. وقد وقع ثلثا الهجمات والحوادث في أفريقيا والشرق الأوسط. وتشمل البلدان التي وقع فيها أكبر عدد من الحوادث التي سجلتها اللجنة الدولية أفغانستان وجمهورية الكونغو الديمقراطية والأراضي المحتلة وسورية. ونظراً إلى صعوبة جمع هذه البيانات في مناطق النزاع، فمن المرجح أن العدد الإجمالي الذي سجلته اللجنة الدولية هو أقل من العدد الحقيقي للهجمات.²

ولقد طالب مجلس الامن في الفقرة 13 من هذا القرار من الأمين العام ان يقدم بصفة عاجلة توصياته بشأن التدابير اللازم اتخاذها لتجنب وقوع أعمال العنف

¹ Oona Hathaway, Mark Stevens & Preston Lim , Covid – 19 and international law series : International Humanitarian Law – Conduct Of Hostilities ,Just Security ,10November 2020 .

² مقدمو الرعاية الصحية والمرضي تعرضوا لآلاف الهجمات التي استهدفت خدمات الرعاية الصحية خلال السنوات الخمس الماضية حسبما تظهره بيانات اللجنة الدولية ، بيان صحفي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 3 مايو 2021 .

والهجمات والتهديدات ضد الجرحى والمرضى والعاملين في المجال الطبي والعاملين في المجال الإنساني الذين يزاولون حصرياً مهام طبية. ووسائل ومعدات النقل الطبي ، وكذلك المستشفيات والمرافق الطبية الأخرى ولكفالة المزيد من المساءلة وتعزيز حمايتها¹، واستجابة لهذه الفقرة اصدر الأمين العام للأمم المتحدة عدد من التوصيات أولاً إنشاء أو تعزيز إطار احترام وحماية الجرحى والمرضى والعاملين في المجال الطبي والعاملين في المجال الإنساني الذين يزاولون حصرياً مهام طبية ووسائل النقل والمعدات الخاصة بهم ، وكذلك المستشفيات والمرافق الطبية الأخرى في النزاع المسلح من خلال الالتزام بالمعاهدات الدولية ذات الصلة، وتعزيز الأطر التشريعية الوطنية ، وضمان قدرة الأفراد الذين يزاولون حصرياً مهام طبية على التصرف وفقاً لأخلاقيات مهنة الطب، دون التعرض لعقوبات على القيام بذلك ، وتعزيز التعاون المنتظم ، بما في ذلك تبادل المعلومات والتحليل وأفضل الممارسات بين جميع أصحاب المصلحة ، واستخدام وسائل التأثير المتاحة تجاه أطراف النزاع من أجل ضمان احترام ومنع انتهاكات القانون الدولي المتعلق بحماية الرعاية الطبية في النزاع المسلح، ونشر الوعي والامتنال . ثانياً تعزيز حماية الرعاية الطبية في النزاعات المسلحة من خلال اعتماد ومراجعة وتنفيذ الإجراءات الاحترازية التشغيلية . ثالثاً تعزيز التوثيق والمساءلة عن أعمال العنف

¹ S/RES/2286(2016),para 13 available at:

[https://undocs.org/ar/S/RES/2286\(2016\)](https://undocs.org/ar/S/RES/2286(2016)) Last accessed 5-6-2021 .

ضد الرعاية الطبية في النزاعات المسلحة وتوفير الإنصاف والمساعدة من خلال جمع البيانات وتحليلها والابلاغ عن الحوادث وتقديم المساعدة والتعويضات للضحايا واستعادة الخدمات الأساسية¹.

وقد أكد مجلس الامن في قراره رقم 2573 لعام 2021 على ان تعزيز القانون الدولي الإنساني وكفالة احترامه سيخفف من آثار جائحة كورونا في مناطق النزاع المسلح ، حيث أوضح ان النزاعات المسلحة لها آثار مدمرة على المدنيين والاعيان المدنية بما يشمل المدنيين الذين يضطعون بمهام تتصل بتشغيل أو صيانة أو إصلاح البنى التحتية المدنية ذات الأهمية الحاسمة في تقديم الخدمات الأساسية للسكان المدنيين وعلي الاعيان التي لا غني عنها لبقاء المدنيين ، وانها تسبب تفاقم مواطن الهشاشة وتؤدي الى استخدام الموارد المتاحة حتى الاجهاد ، مما يؤدي الى تدني فرص الحصول على الخدمات الأساسية مثل الرعاية الصحية والمياه والصرف الصحي والطاقة ويسفر عن عواقب مدمرة على السكان المدنيين ويعوق الاستجابة الإنسانية الفعالة . وكرر دعوة جميع اطراف النزاعات المسلحة

¹UN Security Council, Letter dated 18 August 2016 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council (2016) , Available at:

http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2016_722.pdf, Accessed 5-6-2021

الى الامتثال لالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني، وأشار الى ان انتهاكات القانون الدولي الإنساني يمكن ان تضاعف من انتشار الامراض المعدية وتعوق استجابة مرافق الصحة العامة بفعالية¹.

¹ S/RES/2573 (2021), 27 April 2021 .

الخاتمة

لا تؤدي الجوائح الى توقف الحرب ؛ بل تزيد من المعاناة التي تخلفها هذه الأخيرة ، وتشكل تهديداً إضافياً ، حيث تزيد الجوائح من نقاط الضعف في البلدان التي أضحت مدمرة بسبب النزاعات المسلحة حيث النظم الصحية ضعيفة للغاية والوصول للخدمات الإنسانية محدود للغاية مما يضيف معاناة جديدة لضحايا النزاعات المسلحة، مما حدا بنا للبحث عن مدى فاعلية الحماية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني للفئات المتضررة من النزاعات المسلحة أثناء الجوائح وبصفة خاصة جائحة كوفيد 19 ، ولذلك تعرضنا في بداية بحثنا للجوائح وعلاقتها بالنزاعات المسلحة عبر التاريخ ثم انتقلنا لتداعياتها على الفئات المتضررة من النزاعات المسلحة والتي يكفل لها القانون الدولي الإنساني الحماية ، بعد ذلك تناولنا الاطار الحمائي الذي يكفله القانون الدولي الإنساني للفئات المتضررة من النزاعات المسلحة والتي تكون ذات صلة بالجوائح وأخيرا دور احترام قواعد القانون الدولي الإنساني كأساس للاستجابة للجوائح ومنها جائحة كوفيد 19 ، وانتهينا من بحثنا هذا لعدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي :

أولا : النتائج

1- احكام القانون الدولي الإنساني الحالية تفرض سياج حمائي قوي لمواجهة الجوائح بما فيها جائحة كوفيد 19، المشكلة ليست في عدم كفاية قواعد القانون انما الإشكالية في عدم احترام هذا القانون وانعدام المساءلة والعقاب على انتهاكه ،

التحدي الذي يواجه حماية ضحايا النزاعات المسلحة ليس ضعف الاطار القانوني الحمائي أو عدم كفايته في أوقات الجوائح ؛ وإنما ضعف الامتثال لقواعد القانون الدولي الإنساني وعدم المساءلة عن انتهاكه. فالقانون الدولي الإنساني هو مجموعة قواعد عملية ومرنة تم تصميمها للتعامل مع وضع استثنائي وهو النزاع المسلح ، ومن ثم تظل قواعده صالحة للتعامل مع الأوضاع الاستثنائية كالأوبئة . فقواعد الحماية التي يكفلها لضحايا النزاعات المسلحة تكفل حمايتهم في كافة الظروف .

2- هناك عدد من قواعد القانون الدولي الإنساني ذات صلة خلال الجوائح ولديها القدرة على المساعدة بشكل كبير في ضمان الاستجابة للتعامل مع الأوبئة والجوائح وتوفير حماية لضحايا النزاعات المسلحة خلال تلك الأوقات .

3- انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني يقوض جهود مكافحة الجوائح ومنها جائحة كوفيد 19 .

4- زيادة الهجمات على البنية التحتية للرعاية الصحية في الآونة الأخيرة عن قصد، حيث تم استغلال الأوبئة من جانب بعض اطراف النزاع لتحقيق مكاسب . تؤثر هذه الهجمات سلباً على حماية الرعاية الصحية واحتواء المرض والاستجابة الشاملة للأزمة.

5- تشكل الجوائح معاناة إضافية في البلدان المتضررة من جراء النزاعات المسلحة، نتيجة عدم توفر شروط النظافة الصحية الأولية، وهشاشة البنية التحتية للرعاية الصحية، والاحتفاظ في مخيمات النازحين، وفي أماكن الاحتجاز.

6- الجوائح لا تعترف بمنطق الحدود السياسية ولا تميز في نطاق انتشارها ،
وعبر التاريخ كانت هناك علاقة تكافلية بين النزاعات المسلحة والوبئة .

ثانيا : التوصيات

1- إذا كان هناك عدد من قواعد القانون الدولي الإنساني ذات صلة خلال الجوائح ولديها القدرة على المساعدة بشكل كبير في ضمان الاستجابة للتعامل مع الأوبئة والجوائح وتوفير حماية لضحايا النزاعات المسلحة خلال تلك الأوقات . إلا أن ذلك لا يمنع تطوير البناء القانوني الحالي وإضافة حماية إضافية للفئات محل حماية القانون الدولي الإنساني تسري أثناء الجوائح .

2- ضرورة وضع قرارات مجلس الامن بشأن حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة موضع التنفيذ بصفة خاصة ما تتضمنه من ضرورة المساءلة والعقاب واتخاذ خطوات ملموسة لحماية الخدمات الصحية . وان تعزز الدول الأعضاء جهودها لتنفيذ قرارا مجلس الامن رقم 2016/2286 والتوصيات المرتبطة به ، وهو ما أكده رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر (بيتر ماورير) بقوله ان قرار مجلس الامن رقم 2286(2016) والقرارات ذات الصلة لن تثمر إذا لم تسفر عن تغييرات ذات مغزى على الأرض .

3- ضرورة امتثال اطراف النزاع المسلح للقانون الدولي الإنساني وأن تكفل الحماية لجميع الموظفين الطبيين والعاملين في المجال الإنساني الذين يقتصر عملهم على القيام بمهام طبية ، ووسائل نقلهم ومعداتهم فضلا عن المستشفيات والمرافق الطبية الأخرى .

4- كفالة حصول المتضررين من النزاع والعنف على اللقاح أسوة بغيرهم ودونما تمييز، وألا يُتخذ وضعهم سبباً لدفعهم إلى ذيل الأولويات أو نسيانهم بالكلية. وهذا يشمل المجتمعات المستضعفة مثل المحتجزين والنازحين داخلياً والمهاجرين وطالبي اللجوء .

5- التزام اطراف النزاع المسلح بالعمل في مناطق الاحتجاز على تعزيز الفحوصات الطبية وإجراءات الوقاية للوافدين الجدد والزوار والحراس وطواقم تسليم المحتجزين. ودعم إجراءات التطهير وتوزيع مستلزمات النظافة الشخصية.

6- احترام القانون الدولي الإنساني هو بداية الاستجابة لجائحة كوفيد 19 في مناطق النزاع المسلح ، فقد اظهر لنا الوباء الاثار المدمرة على المجتمعات عند انتهاك القانون الدولي الإنساني ، حيث أدت الانتهاكات الى تدمير النظم الصحية والخدمات الأساسية واعاق وصول المساعدات الانسانية مما دفع المدنيين الى نزوح واسع النطاق

7- يمكن التخفيف من آثار الجوائح على المساعدات الإنسانية من خلال اتخاذ عدد من التدابير مثل تقديم إعفاءات لأسباب إنسانية ومد جسور جوية وزيادة الاعتماد على الجهات الفاعلة المحلية .

8- إذا كان استهداف المنشآت والوحدات الطبية يعد جريمة حرب إلا انه يجب تغليظ العقوبة على هذا الفعل إذا تم ارتكابه أثناء الجوائح .

9- ادخال تعديل علي ميثاق روما يضيف لجرائم الحرب التي تضمنتها المادة الثامنة ارتكاب احد اطراف النزاع الفعل التالي : عدم القيام أو إعاقة عملية تطعيم السكان الخاضعين لسيطرته .

المراجع

الكتب والرسائل العلمية العربية

أسماء سالم حمود البحمديّة ، الحماية الدولية أثناء النزاعات المسلحة ، رسالة ماجستير ، جامعة السلطان قابوس ، كلية الحقوق ، عمان ، 2014.

حنان أحمد الفولي ، إيناس الصادق ، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني " الماهية- المبادئ - النطاق- الآليات " (دراسة تطبيقية على المملكة العربية السعودية) ، مكتبة الشقري ، المدينة المنورة ، 2018 .

حيدر كاظم عبد على السريباوي ، حماية النساء والأطفال أثناء النزاعات المسلحة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، 2004 .

فادى قسيم شديد، حماية المدنيين تحت الاحتلال العسكري وفقا لقواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي، دار اضاءات للنشر و التوزيع ، عمان ، 2011.

الكتب الأجنبية

Rebecca M. Seaman, Epidemics and war " the impact of disease on major conflicts in history", Volumes 1 April 2018 .

الأبحاث العلمية

عبد على محمد سوادي ، مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع ، 2017 .

على مخزوم التومي ، حماية الأطفال اثناء النزاعات المسلحة : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني، مجلة الجامعة الاسمية الإسلامية ، س13، ع 26 ، 2016 .

إصدارات اللجنة الدولية للصليب الاحمر

جان - فليب لافوييه ، اللاجئين والأشخاص المهجرون : القانون الدولي الإنساني ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد 305 ، 1995/4/30 .

سيدريك كوتر ، من الانفلونزا الاسبانية الى كوفيد-19 : دروس من جائحة 1918 والحرب العالمية الاولى ، مجلة

نبيل اليوسفي ، الكوليرا تقتنص الأضعف في حرب اليمن ، مجلة الإنساني ، العدد 63 ، 17 مايو 2018 .

النزاع والمرض..الحلقة المفرغة، مجلة الإنساني ، مجلة تصدر عن المركز الإقليمي للإعلام اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، العدد 63 ، 17 مايو 2018 .

التأهب لمواجهة مرض كوفيد-19 والوقاية منه ومكافحته في السجون وأماكن الاحتجاز الأخرى، إرشادات مؤقتة وضعتها منظمة الصحة العالمية وأصدرتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 15 مارس 2020 .

محمود النجار ، الموصل المنكوبة تصارع الوباء ، مجلة الإنساني ، العدد 67 ، 12 مايو 2020 .

الحد من أثر جائحة كوفيد 19 علي النازحين داخليا ، كتيب أصدرته اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، مايو 2020.

المقالات الإلكترونية

Pandemic effects on war & society , Norwich University Online ,January 27th,2021 .

David Kaniewski& Nick Marriner, Conflicts and the spread of plagues in pre-industrial Europe, Humanities and Social Sciences Communications , Article number: 162(2020) .

Marius Mehrl , Paul W Thumer , The Effect of the Covid-19 Pandemic on Global Armed Conflict: Early Evidence , Political Studies Reviews, Sage Journals , 13 August 2020 .

Emily Camins, The value of international humanitarian law in the time of Covid-19, Australian Red Cross .

Covid- 19 : How IHL provides crucial safeguards during pandemics , IHL Rules on Humanitarian Access and Covid, International committee of the red cross , 31 March .

Cordula Droege , Covid-19 response in conflict zones hinges on respect for international humanitarian law, Humanitarian Law & policy ,16 April 2020 .

IHL Rules on Humanitarian Access and Covid-19, ICRC, April 2020 .

Oona Hathaway ,Mark Stevens and preston Lim , Covid-19 and International Law Series : International Humantrian law – Humantrian access, Just Security, 12 November 2020 .

Oona Hathaway, Mark Stevens & Preston Lim , Covid – 19 and international law series : International Humanitarian Law – Conduct Of Hostilities ,Just Security ,10November 2020 .

التقارير والبيانات والنشرات واللقاءات الافتراضية

Guha-Sapir, Debarati ; van Panhuis, Willem G. , Armed conflict and public health: A report on knowledge and knowledge gaps. Report commissioned by the Rockefeller Foundation, New York, USA, (2002) 61 pages .

UN Security Council, Letter dated 18 August 2016 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council (2016) .

- بيان المدير العام لمنظمة الصحة العالمية بشأن لجنة الطوارئ الخاصة بفيروس كورونا المستجد المشكلة بموجب اللوائح الصحية الدولية ، 20 يناير 2020 .

- الملاحظات الافتتاحية التي أدلى بها المدير العام لمنظمة الصحة العالمية في الإحاطة الإعلامية بشأن مرض كوفيد- 19 ، 11 مارس 2020 .

Guterres A. Transcript of the Secretary-General's virtual press encounter on the appeal for global ceasefire. United Nations Secretary-General, 23 March 2020

Peter Maurer, ICRC President, Six essential Lessons for a pandemic response in humanitarian settings , Statement to UN Security Council open debate : Panademics and Security ,ICRC. 2 July 2020.

Factsheet: COVID-19 and Children in Armed Conflict , Watchlist on Children and Armed Conflict published (September 2020).

وثائق وقرارات منظمة الأمم المتحدة

S/Res/2532(2020) , 1 July 2020 .

A/HRC/PRST/43/1, UNDOCS . org .

A/76/74-E/2021/54, UNDOCS . org .

S/Res/2268 (2016), 3 May 2016 .

A/HRC/PRST/43/1, UNDOCS.org.

S/RES/2573(2021), 27 April 2021.

الاتفاقيات الدولية

- . اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 .
- . اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين 1951 .
- . البروتوكولين الاضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977 .
- . النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998 .